

(Rechtliche) Risiken beim internationalen Kauf von Kunst

Markus Müller-Chen*

Inhaltsübersicht

A.	EINLEITUNG.....	1
B.	GERICHTSSTAND UND ANWENDBARES RECHT	1
1.	<i>Internationale Zuständigkeit</i>	1
2.	<i>Anwendbares Recht</i>	3
a)	Rechtswahl.....	3
b)	Objektive Anknüpfung	3
3.	<i>Anwendung öffentlich-rechtlicher Kulturgüterschutznormen</i>	4
C.	UNTERGANG ODER BESCHÄDIGUNG DES KAUFGEGENSTANDS DURCH FREMDEINWIRKUNG	5
1.	<i>Gefahrübergang nach CISG</i>	6
a)	Beim Versendungskauf	6
b)	Andere Fälle	6
2.	<i>Rechtsfolgen</i>	7
D.	MANGELNDE SORGFALT DER VERTRAGSPARTEIEN	7
1.	<i>Pflichten des Käufers</i>	7
2.	<i>Pflichten des Verkäufers</i>	9
a)	Allgemeines.....	9
b)	Verpackung des Kunstwerks	10
E.	TRANSPORTRISIKEN	10
F.	ZUSAMMENFASSUNG.....	11

* Prof. Dr. iur. Markus Müller-Chen, Rechtsanwalt, Ordinarius für Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität St. Gallen. Die Vortragsform wurde beibehalten. Ich danke Frau Lara Kopp, B.A. HSG in Law and Economics für ihre wertvolle Mitarbeit bei der Vorbereitung und Redaktion des Beitrags.

A. Einleitung

"*Art is a commodity like pork bellies or wheat*".¹ Natürlich ist Kunst so viel mehr als schnöde Schweinebäuche oder Weizen. Aber trotz allem Genuss und aller Freude, die uns Kunst bereitet, ist sie auch Handelsware und Investitionsgut und als solche Teil des Geschäfts- und Rechtsverkehrs. Aufgrund ihrer Eigenheiten stellt sie aber in vielerlei Hinsicht eine Herausforderung für das Rechtssystem dar, welches eben doch eher auf pork bellies zugeschnitten ist. Im internationalen Verhältnis akzentuieren sich die rechtlichen Schwierigkeiten angesichts der mannigfaltigen Einflüsse unterschiedlicher Rechtstraditionen. Es kommt hinzu, dass der Kunstmarkt nach wie vor relativ resistent ist gegen den Abschluss ausgefeilter schriftlicher Verträge. Vertrauen, Diskretion, Gepflogenheiten und Bräuche bilden das Grundgerüst des Kunstgeschäfts.

Von einer vollständigen Auflistung aller mit einem internationalen Kunstkauf verbundenen Risiken sind wir angesichts der zeitlichen Restriktionen weit weg. So lasse ich insbesondere die Besonderheiten des Auktionswesens ausser Betracht. Wir konzentrieren uns auf Fragen der internationalen Zuständigkeit im Falle einer Auseinandersetzung, auf das auf den Kauf anwendbare Recht sowie die Risikotragung bei der unverschuldeten Zerstörung oder Beschädigung des Kaufobjekts. Behandelt werden zudem Risiken, die sich aus mangelnder Erfüllung wichtiger Rechtspflichten der Parteien ergeben – Parteien, die stärker auf die künstlerische und ökonomische Seite des Geschäfts fixiert sind als auf rechtliche Feinheiten. Zur Sprache kommen schliesslich auch faktische Risiken, welche mit dem internationalen Transport von Kunst verbunden sind.

B. Gerichtsstand und anwendbares Recht

1. Internationale Zuständigkeit

Bevor Aussagen über das auf einen internationalen Kunstkauf anwendbare Recht gemacht werden können, muss überlegt werden, vor welchem Forum eine allfällige Streitigkeit ausgetragen wird.² Im vorliegenden Zusammenhang beschränke ich mich auf *schuldrechtliche* Fragen. Aus Zeitgründen ausgeklammert bleibt die schwierige Problematik der *sachenrechtlichen* Berechtigung an einem Kunstwerk.³

Haben die Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Staaten und wird der Rechtsstreit vor einem Schweizer Gericht oder einem Gericht eines EU-Mitgliedstaats ausgetragen, sind die Regeln des LugÜ⁴ bzw. der EuGVVO⁵ massgeblich. Für Klagen aus oder im Zusammenhang mit einem Kunstkaufvertrag ist dabei grundsätzlich das Gericht am Wohnsitz des Beklagten oder – subsidiär – am gewöhnlichen Aufenthalt zuständig. Darüber hinaus besteht unter gewissen

¹ LANEY SALISBURY und ALY SUJO, *Provenance*, New York 2009, S. 19 ff. (das Zitat wird Eugene V. Thaw, NY Times vom 3.2.1985, zugeschrieben); GÜNTHER PICKER, *Kunstgegenstände & Antiquitäten*, München 2000, S. 63 ff.

² Die Ausführungen in den Abschnitten B, C und D sind eine zusammengefasste und überarbeitete Version von MARKUS MÜLLER-CHEN, *Crux mit dem Eigentum an Kunst*, AJP 2003, S. 1269 f.; MARKUS MÜLLER-CHEN und MARC-ANDRÉ RENOLD, in: Peter Mosimann, Marc-André Renold und Andrea F.G. Raschèr (Hrsg.), *Kultur Kunst Recht, Schweizerisches und Internationales Recht*, Basel 2009, Kap. 6 Rn. 111 ff.; MARKUS MÜLLER-CHEN, *Neuere Entwicklungen im internationalen Sachenrecht*, AJP 2005, S. 273 ff. sowie MARKUS MÜLLER-CHEN, *Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts*, ZSR 2010 II, S. 5 ff.

³ S. weiterführend MÜLLER-CHEN (Fn. 2), *Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts*, S. 103 ff.

⁴ Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), SR 0.275.12.

⁵ Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO), Verordnung Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000.

Voraussetzungen die Zuständigkeit am vertraglichen Erfüllungsort und am Ort der Niederlassung einer Partei.

Den Parteien steht es frei, eine Gerichtsstandsvereinbarung abzuschliessen (Art. 23 LugÜ bzw. EuGVVO). Diese muss gewissen Formvorschriften genügen; gemäss Art. 23 Nr. 2 LugÜ bzw. EuGVVO reicht aber eine Form, die den Nachweis in Text ermöglicht (z.B. E-Mail). Allerdings ist im Zusammenhang mit dem Kauf von Kunst eine wichtige Einschränkung anzubringen. Erfolgt der Erwerb des Kunstwerks zu einem Zweck, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Käufers zugerechnet werden kann, sind die Prorogationsmöglichkeiten der Parteien beschränkt (Art. 17 LugÜ bzw. EuGVVO). Der Verbraucher kann die Klage gegen seinen eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübenden Vertragspartner entweder am Wohnsitz des Beklagten oder an seinem eigenen Wohnsitz erheben (Art. 16 Nr. 1 LugÜ bzw. EuGVVO). Der Vertragspartner, also z.B. der Galerist, kann umgekehrt nur am Wohnsitz des Verbrauchers z.B. auf Bezahlung des Kaufpreises klagen (Art. 16 Nr. 2 LugÜ bzw. EuGVVO). Damit stellt sich die wichtige Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Verbraucherkauf von Kunst anzunehmen ist.

Für die Zwecke des LugÜ bzw. der EuGVVO gilt als Verbraucher nur eine *natürliche* Person. Es ist der nicht berufs- oder gewerbebezogen handelnde, private Endverbraucher.⁶ Massgebend ist die objektive Stellung des Käufers bezogen auf Natur und Zweck des konkreten Vertragsverhältnisses.⁷ Die Festlegung des Verwendungszwecks obliegt primär dem Käufer, dieser muss dem Geschäftspartner aber bekannt bzw. mindestens aufgrund der Umstände erkennbar sein.⁸ Kauft z.B. der Geschäftsführer eines Berliner Auktionshauses bei Bruno Bischofberger in St. Moritz ein Werk von Andy Warhol erkennbarerweise für seine Ferienwohnung, ist er trotz seiner persönlichen Fachkunde Verbraucher i.S.v. von Art. 15 LugÜ bzw. EuGVVO.

Ferner wird vorausgesetzt, dass der Vertragspartner entweder im Wohnsitzstaat des Verbrauchers eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgendeinem Weg auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers *ausrichtet*. Zudem muss der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fallen (Art. 15 Nr. 1 lit. c) LugÜ bzw. EuGVVO). Besonders im Zusammenhang mit dem Betrieb einer Website fragt sich, wann die Tatbestandsvariante des "Ausrichtens" der Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers erfüllt ist. Besonders nieder- und mittelpreisige Kunst wird in grossem Umfang über das Internet abgesetzt. Der EuGH hat in den Fällen Pammer/Reederei Schlüter und Hotel Alpenhof/Heller Indizien zur Entscheidung entwickelt, ob eine Tätigkeit des Gewerbetreibenden auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers "ausgerichtet" ist. Solche Kriterien sind vor allem der internationale Charakter der Tätigkeit, die Angabe von Anfahrsbeschreibungen oder einer Telefonnummer mit internationaler Vorwahl, die Benutzung einer anderen Sprache als die des Anbieters, die dem Kunden gewährte Möglichkeit in der eigenen Währung zu bezahlen etc. Demgegenüber reicht die blosse Zugänglichkeit einer Webseite nicht aus, auf der sich eine Galerie lediglich präsentiert, einige Bilder von Kunstwerken aufschaltet und Kontaktinformationen ohne internationalen Bezug vermittelt.⁹

⁶ JAN KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Aufl., Frankfurt am Main 2011, Art. 15 EugVo Rz. 6 f.

⁷ EuGH 3. Juli 1997, Benincasa, RS C-269/95, Nr. 16.

⁸ ULRICH MAGNUS, in: Julius Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2011, Berlin 2011, Art. 6 Rz. 46.

⁹ SALIM RIZVI und SILVIO ALONSO, Zum Begriff des «Ausrichtens» in der EuGVVO und dem Lugano-Übereinkommen sowie der Bedeutung für den E-Commerce, recht 2011 2, S. 77, S. 80; MATEUSZ PILICH, Ausrichten der Tätigkeit des Unternehmers auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers, Anm. zum Urteil des EuGH vom 18. Mai 2010, verb. Res. C-585/08 Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und C-144/09 Hotel Alpenhof GmbH/Heller, GPR 4/11, S. 178, S. 179 ff.; ALEXANDER WITTWER, EuGH-Rechtsprechung zur EuGVVO aus den Jahren 2009 und 2010, ZEuP 2011, S. 636, S. 647 ff.

2. Anwendbares Recht

a) Rechtswahl

Primär unterliegt der internationale Kunstkaufvertrag dem von den Parteien gewählten Recht (Art. 116 CH-IPRG¹⁰, Art. 3 Rom I-Vo¹¹). Die Rechtswahl muss nicht schriftlich erfolgen, sie kann sich auch - unter der Voraussetzung der Eindeutigkeit - aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben. Zwar macht der Kunsthandel erfahrungsgemäss wenig Gebrauch von dieser Möglichkeit. Ausnahmen bilden Verträge, die von anwaltlich beratenen Parteien abgeschlossen werden. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass es im Einzelfall auch ohne Rechtswahlklausel zu einer parteiautonomen Festlegung des anwendbaren Rechts kommen kann, so z. B. wenn beide Parteien sich in einem gerichtlichen Verfahren übereinstimmend auf ein Recht berufen (BGE 119 II 176).

Liegt ein Verbrauchervertrag vor, ist nach Art. 120 Abs. 2 CH-IPRG eine Rechtswahl gänzlich ausgeschlossen, nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-Vo unter dem Vorbehalt des Günstigkeitsprinzips hingegen im Grundsatz möglich. Im Kern geht es um die typischen Konsumverträge, d.h. Leistungen, welche üblicherweise von Privathaushalten am Markt nachgefragt werden.¹² Daher wird in der Regel der Kauf von niederpreisiger Kunst ein Verbrauchergeschäft, Kauf von hochpreisiger Kunst hingegen keines sein.

b) Objektive Anknüpfung

Liegt keine Rechtswahl vor, wird aus den nachfolgenden Gründen in sehr vielen Fällen das *Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf* (CISG) vom 11. April 1980 massgeblich sein. Mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland sind praktisch alle wichtigen Kunsthandelsnationen Vertragsstaaten des CISG.

Haben beide Parteien des Kaufvertrags ihre Niederlassung in Vertragsstaaten des CISG, kommt dieses direkt zur Anwendung (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG).¹³ Das CISG muss unter gewissen Voraussetzungen jedoch selbst dann beachtet werden, wenn eine der Parteien ihre Niederlassung nicht in einem Vertragsstaat des CISG hat. Dies ist vereinfacht gesagt dann der Fall, wenn nach den Kollisionsregeln des Forums auf den konkreten Kaufvertrag das Recht eines Vertragsstaats und somit das CISG Anwendung findet (Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG). Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Kauft ein Londoner Kunsthändler eine Skulptur von Jeff Koons in einer Heidelberger Galerie, kommt aufgrund Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-Vo deutsches Recht als Verkäuferrecht zur Anwendung. Im Rahmen seines sachlichen Anwendungsbereichs sind die Bestimmungen des CISG massgeblich, da Deutschland Mitgliedstaat des CISG ist. Mutatis mutandis gilt dies auch für die Schweiz. Diese Ausführungen zeigen, dass das CISG in vielen Fällen auf internationale Kunsthandelsverträge Anwendung findet, vielfach wird dies den Parteien aber gar nicht bewusst sein.

Ein kleiner, aber feiner Unterschied zwischen Deutschland und der Schweiz existiert beim praktisch bedeutsamen Messekauf. Nehmen wir an, ein deutscher Kunsthändler erwerbe ein Werk von Max Beckmann am Stand einer Berner Galerie an der Messe Art Cologne. Kommt es z.B. wegen behaupteter Sachmängel zu einem Prozess in der Schweiz, führen die in der Schweiz

¹⁰ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291.

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 596/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

¹² ALEXANDER BRUNNER, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 120 Rz. 24.

¹³ Momentan gibt es 76 Vertragsstaaten; ausser England, Irland, Malta und Portugal gehören alle EFTA und EU-Mitgliedsstaaten dazu. Eine jeweils aktualisierte Vertragsstaatenliste findet sich unter www.uncitral.org.

massgeblichen Vorschriften zur Anwendbarkeit des *deutschen* Rechts.¹⁴ Erfolgt jedoch die Auseinandersetzung vor einem deutschen Gericht, weil z.B. der Käufer nicht zahlt, folgt aus Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-Vo im Grundsatz die Massgeblichkeit des *schweizerischen* Rechts als Verkäuferrecht.¹⁵

Gemäss Art. 2 lit. a CISG fällt der Verkauf eines Kunstwerks an einen privaten Sammler nicht in den Anwendungsbereich des CISG, wenn dieser bei Vertragsschluss beabsichtigt, das Kunstwerk ausschliesslich privat zu nutzen.¹⁶ Der private Gebrauch wird durch gelegentliches Ausleihen des Kunstwerks für Ausstellungen m.E. nicht zur Geschäftstätigkeit. Die Abgrenzung zwischen privatem Gebrauch und Geschäftstätigkeit ist in jedem Einzelfall aufgrund des Zwecks des Geschäfts, seiner Natur und unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu fällen.¹⁷ Anders als unter Geltung von Art. 6 Rom I-Vo sind nur private *Käufe*, nicht aber private *Verkäufe* vom Anwendungsbereich des CISG ausgeschlossen.¹⁸ Auf diese Geschäfte und sämtliche nicht vom CISG abgedeckten Rechtsfragen findet das nach dem massgeblichen Kollisionsrecht berufene, unvereinheitlichte nationale Recht Anwendung.

Im Rahmen seines Geltungsbereichs findet das CISG zwingend Anwendung. Die Parteien können zwar ausdrücklich oder konkludent vertraglich darauf verzichten (Art. 6 CISG: Opting-out), dies wird in der Praxis des Kunsthandels im Gegensatz zu anderen Bereichen wohl aber eher selten der Fall sein.

3. Anwendung öffentlich-rechtlicher Kulturgüterschutznormen

Beim internationalen Kauf von – vor allem höherpreisiger – Kunst sind öffentlich-rechtliche Kulturgüterschutznormen für den Käufer ein nicht unbeträchtliches Risiko. Zahlreiche Staaten kennen Bestimmungen zum Schutz von bestimmten Kulturgütern, wie z.B. Exportverbote.¹⁹ Damit wird die Handelbarkeit von Kulturgütern beschränkt oder gänzlich ausgeschlossen. Die kollisionsrechtliche Behandlung solcher als Eingriffsnormen²⁰ zu qualifizierenden Vorschriften ist

¹⁴ Art. 118 Abs. 1 CH-IPRG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 des Haager Übereinkommens betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht, SR 0.221.211.4; für die Schweiz am 27.10.1972 in Kraft getreten, übrige Vertragsstaaten: Dänemark, Finnland, Frankreich, Italien, Niger, Norwegen, Schweden.

¹⁵ Eine Ausnahme zu Gunsten des Ortsrechts gilt beim Messekauf nur dann, wenn der Kauf auf der Messe vollständig abgewickelt wird (MAGNUS (Fn. 8), Art. 4 Rom I Rz. 214.). Gerade bei Kunstkäufen im oberen Preissegment ist dies aber nicht der Fall; die Regulierung des Kaufpreises erfolgt in aller Regel später.

¹⁶ BERNARD AUDIT, *La vente internationale de merchandise*, Paris 1990, S. 28; FRANCO FERRARI, in: Peter Schlechtriem und Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5. Aufl., München 2008, Art. 2 Rn. 8; BGH vom 31.10.2001, VIII ZR 60/01, CISG-online 617.

¹⁷ Folgende Indizien können zur Abgrenzung hinzugezogen werden: Systematisches, planmässiges, auf Gewinnerzielung ausgerichtetes Vorgehen; Anzahl der Transaktionen in einem bestimmten Zeitraum; Besitzdauer; Umsatzvolumen; Fremdfinanzierung etc.; s. BGER vom 14.04.2008, 2A.125/2007, E. 2.1.; BGE 125 II 113, E. 3c. m.w.N. zu den Kriterien zur Abgrenzung zwischen (steuerfreier) privater Vermögensverwaltung und gewerbsmässigem Wertschriften- und Immobilienhandel.

¹⁸ FERRARI (Fn. 16), Art. 2 Rn. 11.

¹⁹ Zum Ganzen ausführlich MATHIAS H. PLUTSCHOW, *Staatliche Vorkaufsrechte im internationalen Kulturgüterschutz*, Zürich 2002, S. 246 ff., mit zahlreichen Beispielen.

²⁰ Gemäss Art. 9 Abs. 1 Rom I-Vo ist „eine Eingriffsnorm (...) eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen“.

international unterschiedlich; auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden.²¹ In der Kürze nur dies:

Soweit unumstritten ist, dass Eingriffsnormen der *lex fori* anzuwenden sind (s. Art. 18 CH-IPRG bzw. Art. 9 Abs. 2 Rom I-Vo). Sind es Eingriffsnormen der *lex causae*, d. h. des Vertragsstatuts, sind sie gemäss Art. 13 CH-IPRG unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm massgeblich.²² Unter Geltung der Rom I-Vo ist die Anwendung von Eingriffsnormen des Vertragsstatuts soweit ersichtlich noch nicht geklärt.²³

Daneben sind im schweizerischen Kollisionsrecht auch die zwingenden Bestimmungen ausländischer Schutzgesetze zu berücksichtigen, die weder Teil der *lex fori* noch der *lex causae* sind. Gemäss Art. 19 CH-IPRG sind sie zu berücksichtigen, wenn "schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen" einer Partei die Anwendung der ausländischen Eingriffsnorm verlangen und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist. Letzteres dürfte bei illegal aus dem Herkunftsland importierten Kulturgütern in der Regel erfüllt sein.²⁴ Demgegenüber sieht Art. 9 Abs. 3 Rom I-Vo eine restriktivere Lösung vor. Danach ist die Beachtung von ausländischen Eingriffsnormen auf Vorschriften desjenigen Staates beschränkt, „in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind“.²⁵ Zusätzlich dürfen nur solche Eingriffsnormen beachtet werden, welche „die Erfüllung des Vertrags unrechtmässig werden lassen“.²⁶ Es wird abzuwarten sein, welche Auswirkungen diese Vorschrift auf kulturgüterrechtliche Eingriffsnormen haben wird.²⁷

C. Untergang oder Beschädigung des Kaufgegenstands durch Fremdeinwirkung

Die Frage der Risikoverteilung beim zufälligen Untergang bzw. der unverschuldeten Beschädigung des Kaufgegenstands ist beim internationalen Kunstkauf von grosser Bedeutung. Viele Kunstwerke

²¹ Zum Ganzen ausführlich MATHIAS KUCKEIN, Die "Berücksichtigung" von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht, Tübingen 2008; KARSTEN THORN, in: Thomas Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR / EuIPR, Kommentar, München 2011, Art. 9 Rn. 4.

²² Vgl. zum Fall der Konfiskation HANS STOLL, Mobile Transformation eines Wandbilds, in: Rainer Frank (Hrsg.), Recht und Kunst, Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Wolfram Müller-Freienfels, Heidelberg 1996, S. 73 ff., S. 73 ff.; a.A. offenbar BGE 131 III 418, 424, kritisch dazu MARC-ANDRÉ RENOLD, Une importante décision suisse en matière de transfert international de biens culturels: l'arrêt du Tribunal fédéral sur les pièces d'or anciennes du 8 avril 2005, Revue de droit uniforme XI (2006), S. 399 ff., S. 401; zu den staatlichen Vorkaufsrechten siehe eingehend PLUTSCHOW (Fn. 19), S. 167 ff.; BGHZ vom 22.6.1972, II ZR 113/70, S. 59, 82 ff., NJW 1972, S. 1575 ff. (Nichtigkeit eines deutschen Recht unterstehenden Versicherungsvertrags wegen Sittenwidrigkeit, welche durch einen Verstoß gegen ein nigerianisches Exportverbot begründet wurde); JAYME, Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies, Vanderbilt Journal of Transnational Law 38 (2005), S. 927 ff., S. 943 f.

²³ STEFAN LEIBLE, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im europäischen Kollisionsrecht, Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht 2009, Nr. 173, S. 65.

²⁴ A.A. PIUS FISCH, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 100 Rn. 59; differenzierend Plutschow (Fn. 19), S. 278 ff; vgl. aber BGE 131 III 418, 424.

²⁵ Siehe THORN (Fn. 21), Art. 9 Rn. 5. Zur englischen *Ralli*-Regel, an dessen Wortlaut Art. 9 Abs. 3 Rom I-Vo angelehnt ist: KUCKEIN (Fn. 21), S. 229.

²⁶ Leible (Fn. 23), S. 64.

²⁷ Früher, unter der Geltung der EVÜ, hat der österreichische OGH entschieden, dass auch dem Kulturgüterschutz dienende Ein- oder Ausfuhrverbote grundsätzlich Eingriffsnormen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EVÜ darstellen können. Die generelle Erstreckung des Begriffs Eingriffsnorm auch auf zwingende drittstaatliche Bestimmungen, die primär die Individualinteressen ausgleichen sollen, wurde hingegen abgelehnt. Kunstmarkt und Kulturgüterschutz – "Großer Wagen mit Pferd", OGH, Urteil vom 30. Juni 2010 – 9 Ob 76/09f, KUR 2011, 3, S. 119-121.

sind fragil und müssen mit grösster Sorgfalt behandelt werden. Gleichzeitig müssen sie häufig über weite Strecken befördert werden, sie gehen durch viele Hände, überqueren Grenzen, sind unterschiedlichen klimatischen Bedingungen ausgesetzt u.v.a.m. Das Risiko der Beschädigung oder der Zerstörung ist gross. Im Idealfall haben die Parteien eine Risikotragungsregel vereinbart und/oder eine Transportversicherung abgeschlossen. Fehlt es daran, ist das anwendbare Recht, d.h. in unserem Fall das CISG, danach zu befragen, wann der Gefahrenübergang eintritt. Dies ist der massgebliche Zeitpunkt für die Frage, wer das Risiko trägt (Art. 36 CISG). Es geht somit nachfolgend *nicht* um eine dem Verkäufer zurechenbare Vertragswidrigkeit.

1. Gefahrübergang nach CISG

Das CISG verknüpft richtigerweise die Lieferpflicht des Verkäufers mit der Gefahrtragung. Die Gefahr soll m.a.W. erst dann auf den Käufer übergehen, wenn der Verkäufer alles getan hat, wozu er gemäss Vertrag und Übereinkommen verpflichtet ist.²⁸ Insofern ist bei der Gefahrtragung nach der Art der Lieferpflicht zu differenzieren.

a) Beim Versendungskauf

Das CISG selbst sieht keine Verpflichtung des Verkäufers zur Beförderung des Kunstwerks vor.²⁹ Eine Beförderungspflicht muss sich demgemäss eindeutig aus dem Vertrag, aus zwischen den Parteien bestehenden Gepflogenheiten, Handelsbrauch oder den Umständen ergeben. Beim internationalen Kauf von Kunst dürfte dies zu bejahen sein; insbesondere wird beim Distanzkauf eine solche Versendungsspflicht häufig anzunehmen sein.³⁰ Generell gilt, dass im Anwendungsbereich des CISG der Versendungskauf die Regel ist.³¹

Erfordert der Vertrag eine Beförderung der Ware, d.h. liegt ein Versendungskauf vor, und hat der Verkäufer nicht an einem anderen Ort zu liefern, erfüllt der Verkäufer seine Lieferpflicht durch Übergabe des Kunstwerks an den ersten Beförderer (Art. 31 lit. a CISG). Unter dem Begriff des „Beförderers“ ist nur das unabhängige, selbständige Transportunternehmen zu verstehen, nicht Angestellte des Verkäufers. Beim internationalen Kunstkauf sollte nur ein auf Kunsttransporte spezialisiertes Unternehmen beauftragt werden, dessen Personal gut geschult und erfahren ist. Der Verkäufer ist vorbehältlich einer vertraglichen Regelung frei in seiner Entscheidung, von wo er das Kunstwerk versenden will.³²

Mit der Übergabe, d. h. mit der Aufgabe des Gewahrsams durch den Verkäufer, geht die Gefahr auf den Käufer über (Art. 67 Abs. 1 S. 1 CISG). Der Käufer ist damit mit dem Transportrisiko belastet;³³ er hat ferner die Kosten des Transports zu tragen, soweit nicht etwas anderes vereinbart wurde („frachtfrei“, CIF).³⁴

b) Andere Fälle

²⁸ CORINNE WIDMER, in: Peter Schlechtriem und Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München 2008, Art. 31 Rz. 11.

²⁹ Umstritten, s. WIDMER (Fn. 28), Art. 31 Rz. 17 m.w.Nw.

³⁰ Distanzkauf: Verkäufer und Käufer haben ihren Sitz an verschiedenen Orten und der Kaufvertrag wird nicht unter Anwesenden über eine am Vertragschluss den Parteien vorliegende Ware abgeschlossen, s. WIDMER (Fn. 28), Art. 31 Rz. 18.

³¹ WIDMER (Fn. 28), Art. 31 Rz. 18 m.w.Nw.

³² WIDMER (Fn. 28), Art. 31 Rz. 5.

³³ GÜNTER HAGER und FELIX MAULTZSCH, in: Peter Schlechtriem und Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München 2008, Art. 67 Rz. 3.

³⁴ WIDMER (Fn. 28), Art. 31 Rz. 83 und 32 Rz. 25.

Liegt ausnahmsweise kein Versendungskauf vor, und enthält der Vertrag auch keine Bestimmung des Lieferorts – z.B. durch Vereinbarung einer Klausel aus den Incoterms – hat der Verkäufer gemäss Art. 31 lit. b CISG das Kunstwerk dem Käufer am Ort zur Verfügung zu stellen, an dem sich dieses bei Vertragsschluss befand (z. B. in den Räumlichkeiten der Galerie). Hat in diesem Fall der Verkäufer noch die Sachherrschaft über das Kunstwerk, geht die Gefahr erst auf den Käufer über, wenn er die Ware übernimmt (Art. 69 Abs. 1 HS 1 CISG). Ist aber das Kunstwerk z.B. in einem Depot eingelagert, in einem Museum oder an einem Messestand ausgestellt oder befindet es sich sonst bei einem Dritten, geht die Gefahr über, sobald die Lieferung fällig ist und der Käufer weiss, dass ihm das Objekt an jenem Ort zur Verfügung steht (Art. 69 Abs. 2 CISG).

Liegt aufgrund vertraglicher Vereinbarung ausnahmsweise eine *Bringschuld* vor, muss der Verkäufer die Ware am Bestimmungsort des Transports dem Käufer zur Verfügung stellen. Zudem ist er auf eigene Kosten und Gefahr zur Durchführung des Transports verpflichtet (Art. 32 Abs. 2 CISG).³⁵ Dazu gehört m.E. auch der Abschluss einer Transportversicherung, da im Kunstgeschäft dies „zu den für solche Beförderungen üblichen Bedingungen“ i.S.v. Art. 32 Abs. 2 in finem CISG gehört.³⁶ Diese Transportversicherung sollte als Allgefahrenversicherung "Nagel zu Nagel" ausgestaltet sein, d.h. jeden Schaden versichern, der nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.³⁷

2. Rechtsfolgen

Geht das Kunstwerk nach Vertragsabschluss, aber *vor* Übergang der Gefahr unter, liegt zwar zunächst eine Nichterfüllung der Verkäuferpflicht vor und somit eine Vertragsverletzung nach Art. 45 Abs. 1 CISG. Weil es aber in der uns interessierenden Konstellation um die Risikoallokation von Tatbeständen geht, die dem Verkäufer nicht zugerechnet werden können, greift der Entlastungstatbestand von Art. 79 CISG. Der Käufer kann somit den Vertrag nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG wegen einer wesentlichen Vertragsverletzung aufheben und die Kaufpreiszahlung verweigern bzw. den bereits geleisteten Kaufpreis zurückfordern. Er kann aber weder Erfüllung noch Schadenersatz verlangen. Untergang *nach* Gefahrübergang befreit den Käufer nicht von der Bezahlung des Kaufpreises, er trägt die Leistungs- und Preisgefahr.

D. Mangelnde Sorgfalt der Vertragsparteien

Gesetzgebung, Lehre und Praxis haben in den letzten Jahren die Sorgfaltspflichten der Parteien eines Kunstkaufs kontinuierlich verschärft, wobei international eine gewisse Angleichung des Sorgfaltsmassstabs zu beobachten ist. Nachfolgend werden einige dieser Pflichten des Käufers und Verkäufers beleuchtet.

1. Pflichten des Käufers

Es ist eine höchst bedauerliche, aber unumstössliche Tatsache, dass viele gestohlene, illegal ausgegrabene, unrechtmässig exportierte oder sonstwie abhandengekommene Objekte in den Kunstmarkt gelangen. Kunstkäufer müssen insbesondere vor dem Hintergrund der unterschiedlicher internationalen Regeln zum gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten wachsam sein.

³⁵ WIDMER (Fn. 28), Art. 31 Rz. 16.

³⁶ So der Sache nach wohl auch WIDMER (Fn. 28), Art. 32 Rz. 26.

³⁷ Zur Allgefahrenversicherung: ROMAN B. CAFLISCH, in: Bernhard Ehrenzeller, das schwierige Geschäft mit der Kunst, St. Gallen 2003, S. 85.

Geben die konkreten Umstände des Kaufgeschäfts Anlass zu Misstrauen bzw. hätte ein vorsichtiger Käufer misstrauisch werden müssen,³⁸ muss der Käufer Erkundigungen einziehen, um die Verfügungsbefugnis des Verkäufers zu verifizieren.³⁹ Verdachtsmomente können sich im Einzelfall aus einer Reihe von Faktoren ergeben, wobei auch eine Häufung von für sich genommen unauffälliger Umstände Zweifel auslösen können.⁴⁰ Einbezogen werden müssen die Umstände des Kaufgeschäfts wie z.B. der Ort der Transaktion und die Form der Zahlungsabwicklung. Relevant ist ferner die Person oder Reputation des Verkäufers oder Vermittlers.⁴¹ Ebenfalls zu beachten sind die Art und der Zustand des Kaufobjekts. Grosses Gewicht hat die Höhe des Kaufpreises: Ist dieser auffallend niedrig ("Schnäppchen"), ist Vorsicht geboten, und es wird eine erhöhte Sorgfalt verlangt.⁴²

Inhalt und Umfang der Erkundigungspflicht des Käufers variieren je nach den konkreten Umständen des Kaufgeschäfts. Einzuholen sind u.a. Auskünfte über die Provenienz⁴³, den Erhaltungszustand, die Qualität des Kaufgegenstands, Informationen über den legalen Ex- bzw. Import und die Verfügungsberechtigung des Verkäufers.⁴⁴ Der mit den Recherchen verbundene finanzielle Aufwand ist als Teil der Transaktionskosten vom Käufer zu tragen.

³⁸ Siehe z.B. BGE 123 II 134, E. 6: "le recourant, homme rompu aux affaires et connaisseur d'art, ne s'était soucié ni de l'authenticité, ni de la provenance du tableau; en outre, le recourant avait pris le risque de traiter avec des inconnus et ne s'était assuré de la régularité de l'importation du tableau en Suisse"; vgl. auch schon BGE 80 II 53, wo entschieden wurde, dass man nach dem Krieg nicht schuldlos in Unkenntnis des Risikos sein konnte, das mit Geschäften mit Ware aus Deutschland oder besetzten Staaten verbunden war, weil "in der Schweiz allgemein bekannt war, dass (...) Bilder, Wertsachen und Wertpapiere in Mengen als Raubgut weggeschleppt und im Ausland, insbesondere in der Schweiz, in den Handel gebracht worden waren". Dies muss wohl per analogiam auch für die Situation nach dem Irak-Krieg im Hinblick auf entsprechende Kulturgüter gelten.

³⁹ BGE 113 II 397 E. 2b, c; PETER JÄGGI, in: Arthur Meier-Hayoz et al., Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht / Personenrecht, Familienrecht, Bern 1966, Einleitungsband, Art. 3 Rn. 128; EMIL W. STARK, in: Arthur Meier-Hayoz et al., Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht / Sachenrecht / Besitz und Grundbuch, 3. Aufl., Bern 2001, Band IV, Art. 933 Rn. 46 ff.

⁴⁰ Z.B. BGE 79 II 59, 62 ff.

⁴¹ So schon BGE 38 II 465, E. 2: Eine Erkundigungs- bzw. Nachforschungspflicht kann ausgelöst werden, wenn es sich beim Geschäftspartner des angeblich Gutgläubigen um eine diesem unbekannte Person handelt.

⁴² So schon BGE 43 II 613, 615 ff.: Ein Käufer hätte misstrauisch werden müssen, als ihm vom Betreiber eines Kinos, der nebenbei mit Uhren handelte, Uhren für die Hälfte des Verkehrswerts angeboten wurden, insb. auch weil der Verkäufer "n'avait pas une bonne renommée, ni du point de vue de sa solvabilité, ni en celui de sa moralité"; BGE 107 II 41, 43 f.: Verkaufspreis lag ca. ein Drittel unter dem Verkehrswert; BGE 122 III 1: Im Jahre 1979 wurden aus einer Villa in Versoix bei Genf eine antike Waffensammlung gestohlen. Von den Dieben gelangte die Sammlung über einen Zwischenhändler zu einem Antiquitätenhändler, der sie auf den Tag genau ein halbes Jahr nach dem Diebstahl einem Privatsammler verkaufte. Das Geschäft wurde in der Privatwohnung des Verkäufers abgewickelt und der Erwerber legte den Kaufpreis von CHF 320'000.-- bar auf den Tisch. Bis 1991 blieb die Sammlung verschwunden. Die 1992 erhobene Herausgabeklage wurde 1997 nach einem Umweg übers BGer vom OGer LU abgewiesen. Entscheidend war, dass der Kaufpreis gemäss Experten nicht nachgerade als Schleuderpreis betrachtet werden konnte, der Erwerber keine Zweifel an der Seriosität des Veräusserers zu haben brauchte und sich die Umstände des Kaufes im Rahmen des Branchenüblichen bewegten.

⁴³ Der Kunsthändler Paul Rosenberg, sagte zur Frage der Erkundung nach der Herkunft eines Kunstwerks bereits 1948 folgendes: "En outre, un acheteur de tableaux se renseigne sur l'origine de la pièce. Il est coutume, dans le commerce des tableaux, d'établir le pedigree de chaque tableau et de déclarer cette origine à l'acheteur", zitiert nach ESTHER TISA FRANCINI, ANJA HEUSS und GEORG KREIS, Fluchtgut - Raubgut. Der Transfer von Kulturgütern in und über die Schweiz 1933-1945 und die Frage der Restitution. Veröffentlichungen der Unabhängige Expertenkommission: Schweiz–Zweiter Weltkrieg (UEK), Band 1, 2. Aufl., Zürich 2001, S. 381.

⁴⁴ MARC ANDRÉE RENOLD, in: Peter Mosimann, Marc-André Renold und Andrea F.G. Raschèr (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, Schweizerisches und Internationales Recht, Basel 2009, Kap. 6 Rn. 262; MÜLLER-CHEN (Fn. 2), Crux mit dem Eigentum an Kunst, S. 1267 ff., S. 1271.; s. ferner BGE 69 II 110, 116 ff.: Ein Kommissionär verkaufte ein Bild von Hodler zur Hälfte des instruierten Preises. Der Käufer wurde stutzig, brachte selbständig den Namen des Kommittenten in Erfahrung und liess sich von diesem versichern, dass dieser Eigentümer des Bilds sei; s. auch <http://www.fineartregistry.com/about> FAR: Diese Website erlaubt es Künstlern, ihr Portfolio online zu hinterlegen, zusammen mit Angaben zum Werk und zur Provenienz. Sammler können ihre Sammlung registrieren. Das registrierte Werk wird mit einem fälschungssicheren Aufkleber versehen, welcher eine Identifikationsnummer enthält. Dies hilft auch Käufern, welche entsprechende Informationen beim Kauf eines

Letztlich darf auch nicht vergessen werden, dass *jeder* Käufer gemäss Art. 38 CISG verpflichtet ist, das Kunstwerk innert einer so kurzen Frist zu untersuchen bzw. untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben. Allfällige Mängel hat er innerhalb angemessener Zeit dem Verkäufer anzuzeigen, spätestens aber innerhalb von zwei Jahren (Art. 39 CISG). Art und Ausmass der Untersuchungsobliegenheit werden durch die Gebräuche des Kunsthandels bestimmt. Die Untersuchung erstreckt sich auf offene Mängel, d.h. solche, die bei Abnahme der Ware oder bei ordentlicher Prüfung für den aufmerksamen Käufer erkennbar sind. Der Käufer muss somit prüfen, ob das Kunstwerk keine Beschädigungen, Risse, Übermalungen etc. aufweist.

Unterlässt der Käufer Prüfung und Rüge, verwirkt er seine Rechte. Schon aus diesem Grund sollte nie Kunst gekauft werden, ohne sie gesehen zu haben. Der beste condition report, das genaueste Echtheitszertifikat kann diese visuelle Prüfung nicht ersetzen.⁴⁵

2. Pflichten des Verkäufers

a) Allgemeines

Auch den Verkäufer eines Kunstobjekts treffen eine Reihe von Sorgfaltspflichten. So hat er insbesondere das Kunstwerk bis zur Erfüllung der Lieferpflicht mit aller Sorgfalt zu behandeln. Er muss das Kunstwerk insbesondere sachgemäss lagern, vor Diebstahl, Abnutzung, Temperatur- und Feuchtigkeitseinflüssen schützen, kunstgerecht rahmen und hängen, übermässige Lichteinwirkung vermeiden und angemessen versichern.⁴⁶

Die nationalen Kulturgüterschutzgesetze auferlegen dem gewerblichen Verkäufer ferner bei der Übertragung eines Kulturguts gewisse Sorgfaltspflichten, auf die hier aber nicht im Einzelnen eingegangen wird.⁴⁷

Werks beim Fine Art Registry abfragen können. Dergestalt soll das Fälschungsrisiko minimiert und die Auffindung abhanden gekommener Werke erleichtert werden.

⁴⁵ ROY S. KAUFMAN (ed.), Art Law Handbook, Gaithersburg 2000-2004, § 7.02[A1], S. 453.

⁴⁶ BERTOLD MÜLLER, Leitfaden für Kunstnachlässe, Der Schweizer Treuhänder 2011, S. 177; zur Kunstversicherung s. CHRISTIAN ARMBÜRSTER, Rechtsfragen der Kunstversicherung, KUR 2006, S. 71 ff.

⁴⁷ So darf nach Art. 16 Abs. 1 CH-KGTG Kulturgut nur übertragen werden, wenn die übertragende Person nach den Umständen annehmen darf, dass das Kulturgut nicht gestohlen worden, nicht gegen den Willen des Eigentümers abhanden gekommen, sowie weder rechtswidrig ausgegraben noch eingeführt worden ist (ANDREA F.G. RASCHÈR und DANIEL ZIMMERMANN, Sorgfaltspflichten im Umgang mit Kulturgut, KUR 2006, S. 4 ff., S. 5 ff.; BENEDICT FOËX, La loi fédérale sur le transfert international des biens culturels: un point de vue civiliste, in: Marc-André Renold, Pierre Gabus und Jacques de Werra (Hrsg.), Criminalité, Blanchiment et nouvelles réglementations en matière de transfert de biens culturels, Zürich 2006, S. 20 ff.; BORIS T. GRELL und MATHIAS H. PLUTSCHOW, Sorgfaltspflichten gemäss Kulturgütertransfersgesetz (KGTG): Anleitung mit praktischen Tipps, Zürich 2005, S. 28 ff.). Dies verpflichtet den Verkäufer zu entsprechenden Abklärungen und Nachforschungen und dürfte in der Sache spiegelbildlich den von der Rechtsprechung entwickelten Pflichten des Käufers entsprechen (Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG) vom 21. November 2001, BBl 2002 I 590; RENOLD (Fn. 44), Kap. 6 Rn. 265; FLORIAN SCHMIDT-GABAIN, Verkaufen verboten! Bemerkungen zu den zivilrechtlichen Folgen des Art. 16 Abs. 1 KGTG, AJP 2007, S. 575 ff., S. 575 ff.). Ausserdem muss der Verkäufer nach Art. 16 Abs. 2 KGTG (gl. zum Nachfolgenden RENOLD (Fn. 44), Kap. 6 Rn. 269 ff.; FOËX (Fn. 47), S. 23 f.; GRELL/PLUTSCHOW (Fn. 47), S. 31 ff.: Identitätsprüfung nur dann durch beweiskräftiges Dokument zu verifizieren, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die gemachten Angaben unrichtig sind) bzw. § 18 D-KultGüRückG die Identität der einliefernden Person oder des Verkäufers feststellen, und er muss von diesen Personen einen schriftlichen Nachweis über deren Verfügungsberechtigung einholen. Dies entspricht einer Selbstdекlaration der einliefernden Person bzw. des Verkäufers (GRELL/PLUTSCHOW (Fn. 47), S. 34.). Nach § 18 Abs. 1 Ziff. 1 und 4 D-KultGüRückG muss der Verkäufer überdies eine zur Feststellung der Identität des Kulturgutes geeignete Beschreibung sowie die Preise für den An- und Verkauf aufzeichnen. Die Verletzung dieser Sorgfaltspflichten ist strafbewehrt (Art. 25 Abs. 1 lit. a KGTG: Busse bis zu CHF 20'000; § 25 Abs. 2 D-KultGüRückG: bis zu 50'000 €). Ein Verstoß gegen die Verbotsnorm von Art. 16 Abs. 1 CH-KGTG hat ausserdem die zivilrechtliche Nichtigkeit des Kaufvertrags zur Folge (Zur Begründung s. ausführlich MÜLLER-CHEN (Fn. 2), Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts, S. 117).

b) Verpackung des Kunstwerks

Der internationale Transport eines Kunstwerks ist, wie bereits erwähnt, mit einem nicht unbeträchtlichen Schadensrisiko verbunden. Aus diesem Grund ist die Verpflichtung des Verkäufers, das Kunstwerk *lege artis* zu verpacken, von grosser praktischer Bedeutung. Kunst ist mangels einer vertraglichen Vereinbarung gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. d CISG dann ordnungsgemäss verpackt, *"wenn sie in der für Ware dieser Art üblichen Weise oder, falls es eine solche Weise nicht gibt, in einer für die Erhaltung und den Schutz der Ware angemessenen Weise verpackt ist"*. Die Angemessenheit der Verpackung, d.h. die Wahl des richtigen Behältnisses und Verpackungsmaterials hängt u.a. ab von Art, Umfang, Grösse, Beschaffenheit, Material und Gewicht des Objekts, der Art und Länge des Transports, der Möglichkeit von Umleitungen, dem Wechsel des Transportmittels sowie den klimatischen Bedingungen am Abgangsort, während des Transports und am Bestimmungsort. Das Kunstwerk muss durch die Verpackung insb. vor Stoss- und Vibrationsschäden, klimatischen Veränderungen wie Hitze, Kälte, Luftfeuchtigkeit sowie vor Lichteinfall geschützt werden.⁴⁸ Dies bedingt je nach den Umständen des Einzelfalls eine stabile, säurefreie und wasserdichte Verpackung.⁴⁹ Unter Umständen müssen auch entsprechende Kennzeichnungen und Aufschriften angebracht werden.⁵⁰

Ist das Kunstwerk nicht ordnungsgemäss verpackt und wird es deshalb beschädigt oder zerstört, liegt eine Vertragsverletzung des Verkäufers vor. Der Käufer ist –soweit zulässig und möglich – berechtigt, Nachbesserung (Art. 46 Abs. 3 CISG), Schadenersatz (Art. 45 Abs. 1 lit. b CISG), Minderung (Art. 50 CISG) und – aber nur, wenn die Vertragsverletzung wesentlich war – Vertragsaufhebung (Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG) zu verlangen. Dies gilt aufgrund von Art. 36 Abs. 2 CISG auch dann, wenn das Schadensereignis nach Gefahrübergang eingetreten ist, da die Vertragswidrigkeit bei mangelhafter Verpackung im Kern bereits bei Gefahrübergang bestand, sich aber erst später auswirkte.⁵¹

E. Transportrisiken

Internationale Kunsttransporte sind ein kostspieliges und logistisch aufwändiges Unterfangen, das eine gute Koordination aller Beteiligten verlangt: Es ist das geeignete Transportmittel und der beste Transportweg zu bestimmen und ein ausreichendes Sicherheitsdispositiv zu erstellen. Unter Umständen muss die Zahl der Umladungen beschränkt und die Bewachung und Begleitung des Transports sichergestellt werden. Hinzu kommt das Erstellen detaillierter Übergabe- und Übernahmeprotokolle sowie die rechtzeitige Kontaktaufnahme mit den Zollbehörden, um die Formalitäten abzusprechen.⁵² Der Transport sollte ausserdem so organisiert werden, dass

⁴⁸ MICHAEL BALTES, Wenn Kunstwerke auf Reisen gehen, KUR 2006, S. 17.

⁴⁹ MÜLLER (Fn. 46), S. 177; KLAUS HILLMANN, Mit Immendorf nach China, KUR 2006, S. 20; ROBERT KIRCHMAIER, Transport und Versicherung von Ausstellungsgegenständen, in: Haimo Schack und Karsten Schmidt (Hrsg.), Rechtsfragen der internationalen Museumspraxis, Kunstrechtssymposium in der Bucerius Law School, Köln 2006, S. 37.

⁵⁰ INGBORG SCHWENZER, in: Peter Schlechtriem und Ingeborg Schwenger (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl., München 2008, Art. 35 Rz. 29; BALTES (Fn. 48), S. 19.

⁵¹ SCHWENZER (Fn. 50), Art. 35 Rz. 31; Art. 36 Rz. 4; andere Autoren subsumieren diesen Fall unter Art. 36 Abs. 2 CISG, s. z. B. BERNARD AUDIT, *la vente internationale de marchandises*, Paris 1990, Anm. 103; GERT REINHART, UN Kaufrecht. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Heidelberg 1991, Art. 36, Rn. 3; KARL H. NEUMAYER und CATHERINE MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, Lausanne 1993, Art. 36, Anm. 5.

⁵² HILLMANN (Fn. 49), S. 22; THOMAS WEIS, Kunst über Grenzen, KUR 2006, S. 13.

vermieden wird, dass Kunstwerke über das Wochenende oder an Feiertagen an Flughäfen, in Häfen oder Lagerhallen aufbewahrt werden müssen.⁵³ In diesem Zusammenhang ist ein Problem anzusprechen, welches sich vor allem bei Kunst stellt, welche als Luftfracht in die oder aus den Vereinigten Staaten von Amerika transportiert wird.

Im Jahr 2010 wurden in England und Dubai Pakete abgefangen, welche in einem Frachtflugzeug aus dem Yemen nach Chicago unterwegs waren und Sprengstoff enthielten. Als Reaktion darauf hat die US-amerikanische Regierung die Sicherheitsmassnahmen bei der Kontrolle von Luftfracht drastisch erhöht. Seit dem 1. August 2010 werden nicht nur Frachtflugzeuge, sondern auch die mit Passagierflugzeugen transportierte Fracht rigorosen Kontrollen unterzogen. Die Vorschriften sehen vor, dass die *gesamte* Fracht – incoming und outgoing – kontrolliert werden muss. Die verschärften Sicherheitsbestimmungen stellen für Kunsttransporte eine grosse Herausforderung dar, denn schätzungsweise 20% aller Kunsttransporte werden als Luftfracht in Passagierflugzeugen abgewickelt.⁵⁴ Es besteht damit die reale Möglichkeit, dass Zollbehörden oder Flughafenangestellte sorgfältig verpackte Behältnisse öffnen und dass dadurch Kunstwerke Schaden nehmen. Aufgrund der gestiegenen Sicherheitsmassnahmen ist es vielfach auch nicht mehr möglich, das Kunstwerk Nagel zu Nagel zu begleiten.

Als Gegenmassnahme wurde die sog. „Customs Trade Partnership Against Terrorism (C-TPAT)“ ins Leben gerufen.⁵⁵ Dieses Programm erlaubt es Museen, Auktionshäusern, Kunsttransporteuren, Händlern und Galeristen abgesicherte Räumlichkeiten einzurichten, in denen Kunstobjekte inspiziert und von zertifizierten Spezialisten verpackt werden können. Die Behältnisse müssen mit speziellen Siegeln und Schlössern gesichert werden. Die Institution muss darüber hinaus dafür sorgen, dass die weiteren in der Transportkette involvierten Parteien die Sicherheitsbestimmungen einhalten. Dies reduziert das Risiko der Öffnung am Flughafen auf ein Minimum.

Allerdings muss man sich bewusst sein, dass nur grosse Institutionen wie z.B. das Metropolitan Museum of Art in New York, die Museen Dahlem in Berlin, das British Museum in London oder spezialisierte Kunsttransportunternehmen die Zeit und den notwendigen personellen und finanziellen Spielraum für diese aufwändigen Sicherheitsmassnahmen haben. Händler und Galeristen werden es sich im Regelfall weder finanziell noch zeitlich leisten können, dem C-TPAT beizutreten. Viele An- und Verkäufe im Kunstgeschäft geschehen kurzfristig: An einem Tag wird das Bild in Frankfurt gekauft, am nächsten muss es schon beim Sammler in Philadelphia sein; es bleibt keine Zeit für aufwändige Sicherheitsprozeduren. So bleibt der Mehrheit der Galeristen und Händler nichts anderes übrig, als zertifizierte Kunsttransporteure zu beauftragen. Dies beschleunigt zwar die Zollabfertigung und schützt vor unsachgemässer Handhabung, zieht aber zusätzliche Kosten und unter Umständen zeitliche Verzögerungen nach sich. Schliesslich wird die sehr auf Diskretion bedachte Kunstwelt in Zukunft damit leben müssen, dass Kunst nicht mehr ohne weiteres anonym über einen Vermittler zum Käufer transportiert werden kann. Die neuen Vorschriften sehen diesbezüglich eine strikte Offenlegung des „wahren“ Absenders bzw. Destinatärs vor, um so die ganze Lieferkette transparent zu machen.⁵⁶

F. Zusammenfassung

⁵³ MÜLLER (Fn. 46), S. 179, Anm. 4.; BALTES (Fn. 48), S. 18.

⁵⁴ Yael Weitz, New Shipping Requirements in Effect: The Art World Reacts, The Art Law Newsletter of Herrick, Feinstein LLP, Winter 2011, Vol. 08, S. 1 f.

⁵⁵ S. http://www.cbp.gov/xp/cgov/trade/cargo_security/ctpat/.

⁵⁶ Randy Kennedy, New Rule on Cargo is Shaking Art World, The New York Times, February 12, 2010, <http://www.nytimes.com>.

Der internationale Kunstmarkt boomt trotz Wirtschaftskrise. Kunst bildet den Gegenstand unzähliger Kaufverträge. Dieser Vortrag geht ausgewählten rechtlichen und tatsächlichen Transaktions- und Transportrisiken nach, denen die Parteien eines internationalen Kunstkaufs ausgesetzt sind.

Vorbehaltlich weniger Ausnahmen steht es den Parteien frei, den Gerichtsstand und das anwendbare Recht im Vertrag schriftlich festzulegen. Dies geschieht aber in der Praxis eher selten, da nach wie vor eine gewisse Zurückhaltung der Kunstbranche gegenüber schriftlichen Verträgen zu beobachten ist. Es besteht diesfalls aber das Risiko einer Partei, an einem für sie unvorteilhaften Gerichtsstand beklagt zu werden bzw. klagen zu müssen. Damit geht die Gefahr einher, dass ein für die Partei fremdes Recht auf den Vertrag Anwendung findet. Hinzu kommt, dass die einschlägigen europäischen Übereinkommen zahlreiche Sondervorschriften für Verbraucher vorsehen, was die schwierige Frage aufwirft, was ein Verbraucher im Kunsthandel ist. Nicht ausser Acht gelassen werden dürfen zudem die international verbreiteten Kulturgüterschutznormen, die allenfalls auf den Vertrag einwirken können (z. B. ein Exportverbot).

Kunstwerke sind in aller Regel empfindliche Objekte, die mit äusserster Sorgfalt behandelt werden müssen. Gleichzeitig werden sie bei internationalen Käufen häufig über weite Strecken und unter unterschiedlichen klimatischen Einflüssen transportiert. Im Falle des Untergangs oder der Beschädigung stellt sich die praktisch bedeutsame Frage, in welchem Moment und unter welchen Voraussetzungen die Gefahr auf den Käufer übergeht. Mangels vertraglicher Regelung hängt dies mit der Art der Lieferpflicht zusammen, wobei beim praktisch wichtigen Versendungskauf das Transportrisiko beim Käufer liegt.

Die Parteien eines Kunstkaufvertrags treffen eine Vielzahl von Pflichten. So ist der Käufer z.B. verpflichtet, sich über die Herkunft des Kunstwerkes zu informieren sowie das Kunstwerk innert kurzer Frist zu untersuchen und allfällige Mängel zu rügen. Der Verkäufer muss unter Geltung des CISG insbesondere das Kunstwerk *lege artis* verpacken.

Aufgrund verschärfter Kontrollen beim Import in die bzw. beim Export aus den Vereinigten Staaten von Amerika besteht die Gefahr, dass sorgsam verpackte Kunstwerke beschädigt oder gar zerstört werden. Dieses Risiko muss von den Parteien in der Planung und Ausführung eines Kunsttransports miteinbezogen werden.