

Festschrift für Anton K. Schnyder

Herausgegeben von

Pascal Grolimund
Alfred Koller
Leander D. Loacker
Wolfgang Portmann

Festschrift für Anton K. Schnyder

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Pascal Grolimund

Alfred Koller

Leander D. Loacker

Wolfgang Portmann

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7364-6

© Umschlagbild: Fotolia/lil_22

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	XV

Zur Person

LEANDER D. LOACKER Anton K. Schnyder – ein Portrait	XXIII
GION JEGHER Eine Reihe von schönen Tagen	XXXIII

I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie nationales Verfahrensrecht

JÜRGEN BASEDOW <i>Soft Law</i> im Kollisionsrecht – Anmerkungen zu den Haager Grundsätzen über die Rechtswahl	3
HARALD BAUM Die Anwendung des «falschen» Rechts durch ein Schiedsgericht	19
LUKAS BOPP Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung	35
GIAN ANDRI CAPAUL Zum Anknüpfungszeitpunkt im internationalen Erbrecht	49
DIETMAR CZERNICH Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in der Schiedsgerichtsbarkeit	63

WOLFGANG ERNST / PREDRAG SUNARIC Zum Gebrauch von EU-Recht durch Schweizer Gerichte – IPRG Art. 13 und Privatrecht von EU-Mitgliedstaaten	79
ANDREAS FURRER / JUANA VASELLA «Transportkollisionsrecht» – Zur Rolle des IPR bei der grenzüberschreitenden Beförderung von Gütern	103
DANIEL GIRSBERGER / DIRK TRÜTEN Weltweite Parteiautonomie bei internationalen Handelsverträgen und ihre Grenzen	131
PASCAL GROLIMUND «Materialisierung von Kollisionsrecht»	145
FRANZ HASENBÖHLER / SONIA YAÑEZ Strengbeweis und Freibeweis in der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)	157
DOMINIQUE JAKOB Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive	171
PETER JUNG Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis	187
JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungs- verfahren	209
MANUEL LIATOWITSCH Das anwendbare Recht bei der deliktischen Haftung der Gesellschaft für ihre Organe im internationalen Konzern	225
ALEXANDER R. MARKUS / ZINA CONRAD Einstweiliger Rechtsschutz – international	235

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts	251
STEFANIE PFISTERER Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts <i>ratione temporis</i> – eine Illusion?	275
RODRIGO RODRIGUEZ Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG	295
IVO SCHWANDER Sonderanknüpfung? Sonderanknüpfungen und «Sonderanknüpfungen»!	315
KURT SIEHR Anerkennung ausländischer Entscheidungen bei Leihmutterchaften auf Wunsch von Inländern	327
MIGUEL SOGO Streitgegenstand und Parteiautonomie im Zivilprozess und Betreibungsverfahren	341
DANIEL STAEHELIN Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law	357
PETER STRICKLER Kollisionsrecht im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren – der Spagat zwischen Universalität und Sonderanknüpfung	373
FABIAN SUTER Überlegungen zum Ordre public-Charakter des Pflichtteilsrechts	385
CLAUDIO WEINGART Nachlassplanung, Nachlassspaltung, Nachlasskonflikt und EU-Erbrechtsverordnung	395

CORINNE WIDMER LÜCHINGER
Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG 427

ANDREAS WIEDE
Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz –
Ein Fallbeispiel zur Regelbildung 455

II Schuldrecht, insbesondere Vertrags- und Haftpflichtrecht

DOMENICO ACOCELLA
Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungs-
verhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln 493

NOEMI BHALLA / ISAAK MEIER / NICOLA MÜLLER
Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts 515

PETER BREITSCHMID / ANNINA VÖGELI
Haftungsrisiken des Beraters bei «Umgehungstatbeständen» am Beispiel
von Art. 527 Ziff. 4 ZGB 547

CHRISTIAN HEIERLI
Geldwäscher als «Begünstigter» (Art. 50 Abs. 3 OR) 565

HELMUT HEISS
Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis
zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre 589

ALFRED KOLLER
Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner – Bemerkungen zu
Art. 406a–406h OR – ein Überblick 611

ERNST A. KRAMER
Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433 621

AHMET KUT / DAVID VASELLA
Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte ... 631

LEANDER D. LOACKER Arbeitsrechtliche Aspekte genetischer Untersuchungen beim Menschen	647
HANS NIGG Die Krux der Anwendung der Adäquanzformel	681
WOLFGANG PORTMANN Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen	699
HANS RUDOLF TRÜEB Smart Contracts	723
MARC WEBER Freizeichnungsklauseln in Auktionsbedingungen	735
 III Versicherungsrecht	
HANS-ULRICH BRUNNER Zum «Regressobligatorium» nach Art. 65 Abs. 3 SVG	755
ANDREA EISNER-KIEFER Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?	769
WALTER FELLMANN Brokervertrag als multilateraler Innominatvertrag – vom Umgang mit dem Interessenkonflikt des Brokers	797
MARIO GASSNER / MARTINA TSCHANZ Die Weiterentwicklung des liechtensteinischen Versicherungsrechts ab 2006	813
CHRISTOPH K. GRABER Geschäftsführung und Folgepflicht in der offenen Mitversicherung	839

MORITZ W. KUHN Zulässigkeit der Rückversicherungstätigkeit aus dem Ausland in der Schweiz – Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG	853
ANDREA PFLEIDERER Die aufschiebende Wirkung und das Verfahren bei der Rückerstattung von unrechtmässig erbrachten Leistungen im Sozialversicherungsrecht	867
IOANNIS ROKAS Occurrence of the risk due to an intentional act by the policyholder in a fire insurance on account of a third party and the insurable interest of the bank which has a pre-notice of a mortgage on the insured building	877
MARTIN SCHAUER Die Entscheidung des EuGH «Endress/Allianz» und ihre Folgen für das österreichische Recht	893
MANFRED WANDT Die Gruppenversicherung in den Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)	903
ROLF H. WEBER / RAINER BAISCH «Nudging» im Versicherungssektor	925

IV Gesellschaftsrecht

MARC AMSTUTZ Kodifikation des Konzernrechts? Was der Gesetzgeber von Cosimo de' Medici (1389–1464) lernen kann	947
PETER BÖCKLI Kommanditaktiengesellschaft: Drei Fragen zu einem Mischwesen des Gesellschaftsrechts	973
CHRISTOPH B. BÜHLER Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung	989

JEAN NICOLAS DRUEY Konzerntransparenz	1017
LUKAS HANDSCHIN / LUCA KENEL Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR	1035
LAURENT KILLIAS Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse?	1053
HANS CASPAR VON DER CRONE / MERENS CAHANNES Die Societas Unius Personae (SUP) aus Schweizer Sicht	1069
 V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht	
STEPHAN BREITENMOSE / ROBERT WEYENETH Sprünge der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen in öffentlich-rechtliche Untiefen	1093
IVO LORENZO CORVINI-MOHN Wein und Recht – die Geschichte eines geschichtsträchtigen Seminars	1113
JOACHIM FRICK Die Zukunft grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen	1123
ANDREAS HEINEMANN Die internationale Reichweite des Kartellrechts	1135
MARKUS HESS Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht	1163

RETO M. HILTY Innovationsförderung durch Schutzbegrenzungen – ein Plädoyer für die Zwangslizenz	1179
CLAIRE HUGUENIN / OLIVER DREYER Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen	1197
PETER NOBEL Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise	1217
MARK PIETH / INGEBORG ZERBES Geheimnisschutz. Vom Grundrecht zum Instrument wirtschaftlicher Machtsicherung	1241
PRZEMYSŁAW JANUSZ PRZEZAK Rechtliche Aspekte der Werbung und Verkaufsförderung von Medizinprodukten	1249
RALF MICHAEL STRAUB Der Konzern als Kartellrechtssubjekt	1269
ANDREAS THIER Überlegungen zu einer Geschichte des Wirtschaftsrechts in der Schweizerischen Eidgenossenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts – das Wettbewerbsrecht als Beispiel	1305
PHILIPP ZURKINDEN / BORIS WENGER Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba	1327

Verzeichnisse

Schriftenverzeichnis Anton K. Schnyder	1341
Betreute Dissertationen	1359

Freizeichnungsklauseln in Auktionsbedingungen

Inhaltsübersicht	Seite
I. Probleme	735
II. Rechtsprechung	737
A. Schweiz	737
B. Deutschland	740
III. Rechtsbehelfe des Ersteigerers	745
A. Schweizer Recht	745
B. Deutsches Recht	746
IV. Auktionshaus als direkte oder indirekte Stellvertreterin	747
A. Lösung <i>de lege ferenda</i>	747
B. Haftungsbrücke	748
V. Unterschiedliche Haftung des Kunstverkäufers	748
A. Galerist	749
B. Auktionshaus	751
C. Kritik und Vorschlag <i>de lege ferenda</i>	751
VI. Schlussfolgerungen	752

I. Probleme

Der Verkauf von Kunstfälschungen¹ und die rechtlichen Folgen haben in jüngster Zeit an medialer Beachtung gewonnen. Der Strafprozess gegen den Kunstfälscher Wolfgang Bel-

1 Interessant ist in diesem Zusammenhang die europarechtliche Bestimmung, wonach auch Exemplare als Originale gelten, «die als Originale von Kunstwerken angesehen werden»; vgl. Art. 2 Abs. 1 a.E. Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABL EG L 272/32 vom 13.10.2001; so der Hinweis von ERIK JAYME, Nachahmung oder Transformation: Zweitkunst im Zwielficht des Rechts, in: Mosimann/Schönenberger (Hrsg.), Kunst & Recht 2016/Art & Law 2016, Referate zur gleichnamigen Veranstaltung der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 17. Juni 2016, Bern 2016, S. 32 (13–38).

tracchi² ging um die Welt und seine zivilrechtlichen Folgen³ dienen als Anschauungsmaterial für die facettenreichen Haftungsfragen.

Auch in der Schweiz haben sich die Gerichte verschiedentlich über die Rechtsbehelfe des Käufers gegen den Verkäufer beim Kauf eines gefälschten Kunstwerks befassen müssen. Bei der Rechtsfrage, ob der Verkäufer für den Verkauf von Fälschungen haftet, sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden. Die eine Fallgruppe handelt vom Verkauf bei einem Galeristen oder anderen privaten Verkäufer und bei der zweiten Gruppe geht es um den Kauf auf einer privaten (freiwilligen) Versteigerung. Der Käufer wird sich an den Verkäufer wenden und Gewährleistungsansprüche geltend machen bzw. den Kauf rückabwickeln wollen.⁴ Die Auktionshäuser schliessen in ihren Versteigerungsbedingungen ihre Haftung für den Verkauf mangelhafter Objekte regelmässig aus. Sie lauten namentlich wie folgt:⁵

«Reklamationen können nach erfolgtem Zuschlag keine Berücksichtigung finden.

Die Beschreibungen im Katalog wurden nach bestem Wissen und Gewissen abgefasst und entsprechen dem Wissensstand im Zeitpunkt der Abfassung des Katalogtextes. Für die Angaben wird jedoch nicht gehaftet.

Jede Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel, ebenso jede Schadenshaftung aus Auftragsrecht, ist wegbedungen.

Den Objekten beigelegte Expertisen oder vom Versteigerer eingeholte Expertisen geben blosse Meinungsäusserungen wieder, für die jede Haftung wegbedungen ist.

Allfällige mündliche oder schriftliche Äusserungen sind keine besonderen Zusicherungen.»

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellen Losbeschreibungen in Auktionskatalogen keine Zusicherung von Eigenschaften dar und selbst ein Kataloghinweis auf ein Expertengutachten⁶ bei gleichzeitiger Freizeichnung begründet keine Echtheitszusiche-

2 Vgl. statt vieler THOMAS DREIER, Die Moral des Fälschers – Beltracchi, KUR 16 (2014) 35–40.

3 LG Köln 28.09.2012, GRUR-RR 2012, 444 – Campendonk.

4 Der englische High Court hatte am 16. Januar 2015 über die Echtheit des Gemäldes «Die Falschspieler» von Caravaggio zu befinden. Dabei ging es nicht um die Klage des Käufers gegen den Verkäufer auf Rückabwicklung des Kaufs aus Gewährleistung (breach of warranty), sondern um eine Klage des vormaligen Eigentümers gegen Sotheby's wegen unsorgfältiger Begutachtung des Gemäldes (negligence). Das Gericht wies die Klage ab; vgl. *Thwaytes v Sotheby's*, [2015] EWHC 36 (Ch D), [2016] 1 WLR (Ch D) 2143; und hierzu MARC WEBER, Caravaggio vor Gericht, Bulletin Kunst & Recht 8 (2017) 96–101.

5 Vgl. Ziff. 4 der Auktionsbedingungen der Galerie Jürg Stuker AG, vgl. www.galeriestuker.ch/bedingungen-und-formulare/auktionsbedingungen/.

6 Expertengutachten dienen in einem allfälligen Zivilprozess des Käufers gegen den Verkäufer auf Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Kaufobjekts als Beweismittel zur Frage der Echtheit des Kaufobjekts; vgl. PETER MOSIMANN, Das Gutachten als Beweismittel im kunstrechtlichen Prozess, in: Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durch-

rung.⁷ Der vorliegende Aufsatz, der dem Jubilar in Dankbarkeit und freundschaftlicher Verbundenheit gewidmet ist, beschränkt sich auf die Haftung der Auktionshäuser für den Verkauf gefälschter oder falsch zugeschriebener Kunstwerke im Schweizer und deutschen Recht.⁸

II. Rechtsprechung

A. Schweiz

1. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Oktober 1987, unveröffentlicht

In einem unveröffentlichten Urteil vom 27. Oktober 1987 hat das Bundesgericht mit Blick auf BGE 109 II 24 f. (Verkauf eines Gebrauchtwagens) zur Frage, wie sich die Beschreibungen in Katalogen von Kunstauktionen zu Freizeichnungsklauseln verhalten, ausgeführt, das bietende Publikum dürfe angesichts der Vielfalt des angebotenen Auktionsguts nicht ohne Weiteres davon ausgehen, der Auktionator habe die einzelnen Gegenstände näher überprüfen können und übernehme mit ihrer Beschreibung zugleich die Garantie der Echtheit. Die Beschreibung im Auktionskatalog solle in erster Linie die zur Versteigerung gelangenden Gegenstände darstellen und den Interessenten den Entscheid darüber erleichtern, ob und bis zu welcher Höhe sie mitbieten wollen. Ferner komme dem Kaufpreis im Rahmen der Versteigerung nicht der gleiche Stellenwert wie bei einem gewöhnlichen Kauf zu. Er werde durch das Gebot des Bieters und weniger durch den Aufruf des Auktionators bestimmt. Selbst ein Kataloghinweis auf ein Expertengutachten ver-

setzung. Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 455–469 (458–460); MICHA SENN, Kunstexperte und Kunstrichter. Das Gutachten der Experten im Urteil der Richter, KUR 15 (2013) 171–175. – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Kunstsachverständigen im Schweizer Recht vgl. CHRISTINE CHAPPUIS, L'authentification d'œuvres d'art: responsabilité de l'expert et qualification du contrat en droit suisse, in: Renold/Gabus/Werra (Hrsg.), L'expertise et l'authentification des œuvres d'art, Zürich 2007, 47–74; zum deutschen Recht vgl. TILO GERLACH, Die Haftung für fehlerhafte Kunstexpertisen, Baden-Baden 1998, 1 ff.; KURT SIEHR, Haftung des Kunstexperten nach deutschem Recht, KUR 15 (2013) 48–56; JAN PATRICK EHINGER, Echtheitsmängel beim Kauf von Kunstwerken. Die Schadenersatzhaftung des Kunstexperten gegenüber dem Käufer auf Grundlage von § 311 Abs. 3 S. 2 BGB, KUR 17 (2015) 135–140; am Beispiel des Kunstexperten Werner Spies, der eine Expertise zu einem Werk von Max Ernst (1891–1976) abgab und ankündigte, dieses Werk – das sich später als Fälschung herausstellte – in den Werkkatalog aufzunehmen; vgl. FRIEDRICH TOBIAS SCHÖNE/ELISABETH ROBBA, Frankreich: Keine Expertenhaftung bei Ankündigung der Aufnahme eines gefälschten Werkes in den Catalogue raisonné, KUR 18 (2016) 82–84; zum österreichischen Recht vgl. ERNST PLOIL, Die Haftung des Kunstsachverständigen nach österreichischem Recht, Bulletin Kunst & Recht 4 (2013) 43–47; rechtsvergleichend: ANNE SANDERS, Die Haftung des Kunstexperten – eine rechtsvergleichende Betrachtung, KUR 18 (2016) 183–188.

⁷ BGER 21.11.1996, BGE 123 III 165 E. 4 S. 170 m.w.H. auf BGER 27.10.1987, unveröffentlicht.

⁸ Einen kurzen Überblick zur Rechtslage in der Schweiz liefert ANNE LAURE BANDLE, The Sale of Mis-attributed Artworks and Antiques at Auction, Cheltenham 2016, 101–147 und insb. 114–135.

mochte im beurteilten Fall angesichts der Klarheit der Freizeichnungsklausel nach Treu und Glauben keine Echtheitszusicherung zu begründen.⁹

2. BGE 123 III 165

Am 26. Oktober 1991 ersteigerte der Beklagte eine in limitierter Auflage in den Handel gekommene Uhr der Marke Swatch «OIGOL ORO». Ein halbes Jahr später zeigte eine Prüfung, dass die Uhr nicht fabrikneu war und ihr Wert nur einem Bruchteil desjenigen einer fabrikneuen Uhr entsprach. Gemäss den Auktionsbedingungen entsprechen die Katalogbeschreibungen «bestem Wissen und Gewissen und dem Stand im Zeitraum der Abfassung der Katalogtexte». Zudem übernimmt der Auktionator die «Garantie für die Echtheit der Uhren». Der Nachweis einer Fälschung ist vom Käufer innert vier Wochen zu erbringen. Sollte sich herausstellen, dass eine Fälschung vorliegt, so wird der Auktionator den Zuschlag aufheben und den Kaufpreis zurückerstatten.¹⁰ Der Beklagte klagte auf Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe der Uhr. Die erste Instanz wies die Klage ab; eine Berufung des Beklagten wurde gutgeheissen, und das Bundesgericht wies schliesslich eine Beschwerde der Klägerin (Versteigererin) gut.

Nach Auffassung des Bundesgerichts bringe der Auktionator mit der Formulierung «die Beschreibungen im Katalog entsprechen bestem Wissen und Gewissen zur Zeit der Abfassung der Katalogtexte» nicht zum Ausdruck, der Käufer könne sich auf dessen Richtigkeit verlassen, sondern er betone im Gegenteil die Unsicherheit der Angaben, indem er sie zum einen zeitlich relativiert, zum andern den Bieter zu eigener Kontrolle einlade und deutlich mache, dass der Käufer in dieser Hinsicht sein Angebot auf eigene Verantwortung unterbreite.¹¹

Der Auktionator erkläre zwar zunächst die bedingungslose Übernahme der Echtheitsgarantie, gebe aber anschliessend die Obliegenheiten des Käufers für die Geltendmachung der Wandelung bekannt. Im Vergleich dazu erscheine die Berufung auf bestes Wissen und Gewissen als Hinweis auf eine Distanzierung vom Kataloginhalt, womit angetönt werde, dass der Verfasser darin von dritter Seite Erfahrenes wiedergibt. Sie drücke gerade nicht aus, dass sich der Auktionator ein eigenes Bild vom Zustand des Einlieferungsgegenstandes gemacht hat und bereit ist, sich dabei behaften zu lassen. Darüber hinaus lassen sich die unterschiedlichen Zusicherungen bezüglich Design(er) oder Zustand der Uhr den betreffenden Rubriken im Katalog eindeutig zuordnen, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt jeglicher Zweifel über den Umfang der Gewährleistung ausgeschlossen sei.¹²

Sei davon auszugehen, dass die Berufung auf bestes Wissen und Gewissen und die Ablehnung der Haftung für die Zustandsbeschreibung im Katalog als Hinweis auf deren Unzu-

⁹ BGer 27.10.1987, unveröffentlicht, zit. in BGer 21.11.1996, BGE 123 III 165 E. 4 S. 170.

¹⁰ BGer 21.11.1996, BGE 123 III 165 f.

¹¹ BGer 21.11.1996, BGE 123 III 165 E. 3b S. 169.

¹² BGer 21.11.1996, BGE 123 III E. 3b S. 169.

verlässigkeit verstanden werden mussten, kann daraus von vornherein kein Inkaufnehmen eines auf falschen Angaben beruhenden Kaufentschlusses erblickt werden, wie die Vorinstanz dem Beklagten zu unterstellen scheint und damit auf eine Täuschungsabsicht mit Eventualvorsatz geschlossen hat. Wusste der Beklagte nicht, dass die Angabe im Katalog, die «OIGOL ORO» sei fabrikneu, unrichtig war, bleibe für den Vorwurf absichtlicher Täuschung im Sinne von Art. 28 OR, der bewussten Erweckung einer falschen Vorstellung im Verhandlungspartner mit dem Zweck, ihn zum Vertragsschluss zu bewegen, kein Raum.¹³

3. Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 18. August 2013

Das Zivilgericht Basel-Stadt hatte folgende Klausel in den allgemeinen Steigerungsbedingungen des Auktionshauses (Klägerin) zu beurteilen:¹⁴

«Der Text des Katalogs wurde nach bestem Wissen und Gewissen abgefasst. Jede Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel wird wegbedungen, hingegen wird die Haftung für die Sorgfalt, hinsichtlich der im Katalog gemachten Angaben, übernommen.»

Am 8. Mai 2010 nahm der Beklagte mit Wohnsitz im Ausland an einer Versteigerung der Klägerin in Basel teil und ersteigerte sich ein Bild, das er im Vorfeld der Versteigerung bereits besichtigt hatte. Im Auktionskatalog wurde das Werk beschrieben mit «Larsson, Carl Olof. 1853 Stockholm – 1919 Facun. Auf einem Fauteuil sitzender Junge in einem blauen Kleid. Daneben Kopfstudie. Aquarellierte Bleistiftskizze. U. r. monogrammiert 1914. 34 : 26 cm», im bebilderten Katalog mit «Larsson, Carl Olof. 1853–1919 (?) 1200.–». Der Beklagte erhielt den Zuschlag und im Anschluss entstand eine Streitigkeit über die Echtheit des Bildes. Der Beklagte verweigerte die Abholung des Bildes sowie die Kaufpreiszahlung mit der Begründung, das Bild sei kein echtes Werk von Carl Olof Larsson. Die Klägerin klagte am Erfüllungsort (Art. 5 Abs. 1 lit. b LugÜ) auf Bezahlung des Kaufpreises. Der Beklagte erhob Widerklage und machte u.a. absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR und Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend. Das Gericht wies die Widerklage ab mit dem Hinweis auf Art. 234 Abs. 3 OR, dass bei einem privaten Steigerungskauf grundsätzlich jede Gewährleistung mit Ausnahme der Haftung für absichtliche Täuschung wegbedungen werden könne.¹⁵ Lügen zugleich eine Zusicherung und ein Gewährleistungsausschluss vor, dann gelte, wie im Rahmen von Art. 199 OR, der Ausschluss nicht für die zugesicherte Eigenschaft.¹⁶ Eine solche liege aber nicht vor, denn der Katalog gebe keine Referenz auf ein Gutachten an, sondern enthalte ein Fragezeichen.

13 BGer 21.11.1996, BGE 123 III E. 3b S. 169 m.w.H. auf BK-SCHMIDLIN, Art. 28 OR N 16 und BGE 120 III 136 E. 2 am Anfang.

14 ZivGer Basel-Stadt 28.08.2013, BJM 2014, 262.

15 ZivGer Basel-Stadt 28.08.2013, BJM 2014, 262 E. 6.3.3 S. 265 f.

16 ZivGer Basel-Stadt 28.08.2013, BJM 2014, 262 E. 6.3.3 S. 266 m.w.H. auf HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, Rz. 10.2.

Eine Haftung bezüglich Sorgfalt bei der Erstellung des Katalogs und der Platzierung der Fragezeichen komme nicht in Betracht.¹⁷ Eine Berufung wurde abgewiesen.¹⁸

B. Deutschland

Der BGH hat in der Jawlensky-Entscheidung (1975) und später in der Bodensee-Entscheidung (1980) klargestellt, dass der Auktionator sich nicht auf die formularmässige Freizeichnung berufen kann, wenn er bei Annahme des Werks die ihm gegenüber dem Bieter obliegende Sorgfaltspflicht verletzt hat. In der jüngeren Jawlensky-Entscheidung schränkte der BGH die unzulässige Freizeichnung der Haftung auf Fälle von grobfahrlässigen Sorgfaltspflichtverletzungen ein, in der späteren Bodensee-Entscheidung liess der BGH schon leichte Fahrlässigkeit für die Haftung des Auktionshauses genügen.

1. Jawlensky-Entscheidung

In der Jawlensky-Entscheidung vom 15. Januar 1975 bejahte der deutsche Bundesgerichtshof grundsätzlich die Zulässigkeit von Haftungsausschlussklauseln für Sachmängel insbesondere auch zufolge von Katalogbeschreibungen.¹⁹ Im Kunsthandel treffe den Kommissionär hinsichtlich der Echtheit und der Herkunftsangaben typischerweise ein erhebliches Risiko. Angesichts der häufigen Eigentumswechsel von Kunstgegenständen sei das Auktionshaus «vielfach» gar nicht in der Lage, durch «zumutbare» eigene Nachforschungen Sicherheit über die Echtheit des Werkes zu erlangen.²⁰

Allerdings gelte die Zulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses auch hier nicht uneingeschränkt. Jedenfalls dann, wenn der Verkäufer die ihm obliegende Nachforschungspflicht grob fahrlässig verletzte oder sich über einen sich ihm aufdrängenden Zweifel hinweggesetzt hat, ohne dem Käufer davon Mitteilung zu machen, wäre der Ausschluss des Wandelungsrechts «unangemessen und damit unwirksam». Ob der Ausschluss des Wandelungsrechts darüber hinaus auch bei einer nur leicht fahrlässigen Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den Verkäufer unwirksam ist, liess der Bundesgerichtshof offen.

Die Ersteigerer machten vor drei Instanzen erfolglos geltend, das Auktionshaus sei im vorliegenden Fall seinen Sorgfaltspflichten nicht nachgekommen. Weder seien berechnete Zweifel unterdrückt, noch Nachforschungspflichten verletzt worden.

17 ZivGer Basel-Stadt 28.08.2013, BJM 2014, 267, E. 6.3.4.

18 Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt 07.05.2014, ZB.2014.3, unveröffentlicht.

19 BGH 15.01.1975, BGHZ 63, 369 = GRUR 1975, 612: «Ob und unter welchen Voraussetzungen insbesondere ein formularmässiger Ausschluss der kaufrechtlichen Gewährleistung hingenommen werden kann, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten der einzelnen Branche und der jeweiligen Handelsstufe beurteilen.»

20 BGH 15.01.1975, BGHZ 63, 369 = GRUR 1975, 612 – Jawlensky; hierzu ASTRID MÜLLER-KATZENBURG, Grundsätze der Haftung bei Kunstauktionen, KUR 2 (1999) 31–33.

2. Bodensee-Entscheidung

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Katalogbeschreibungen für eine Kunstauktion als Eigenschaftszusicherungen anzusehen sind bzw. der Haftungsausschluss in den Auktionsbedingungen eben nicht greift, hat der Bundesgerichtshof in der bekannten Bodensee-Entscheidung aus dem Jahr 1980 beantwortet:²¹

«Der Auktionator nimmt nicht nur dem Ersteigerer gegenüber die Stellung eines Sachkenners ein, sondern entscheidet auch selbst, welche Werke er von den Einlieferern zur Auktion annimmt, und kann daher zumindest deren Vertrauenswürdigkeit prüfen – eine Möglichkeit, die dem Ersteigerer im Regelfall verschlossen ist. Es würde daher den Ersteigerer entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wenn man ihm schlechthin das Risiko auch für diejenigen Fälschungen aufbürden würde, die der Auktionator bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 I 2 BGB) als solcher hätte erkennen können.»²²

3. Campendonk-Entscheidung

Am 29. November 2006 wurde beim Auktionshaus Lempertz in Köln das Bild «Rotes Bild mit Pferden», 1914, von Heinrich Campendonk (1889–1957) für EUR 2 880 000 (inklusive Aufgeld) an eine Malteser Stiftung versteigert.²³ Die Käuferin liess das Bild später von einem englischen Institut chemisch untersuchen. Aufgrund des Alters der Farbe kam das Institut zum Schluss, das Bild könne nicht im Jahr 1914 geschaffen worden sein. Die Käuferin verklagte das Auktionshaus auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Bildes. Da der Fälscher Wolfgang Beltracchi im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren zugab, das Bild (neben anderen 13) gefälscht zu haben, ginge es beim zivilgerichtlichen Verfahren nur noch darum, ob und auf welcher Grundlage der Käuferin ein Rückzahlungsanspruch bzw. Schadenersatzanspruch zusteht.²⁴ Das Gericht hiess die Klage gut und zwar über den beschwerlichen Weg der Anfechtung des Kaufs wegen Täuschung, der Vertrauenshaftung (*culpa in contrahendo*) und die Frage der Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Auktionshauses.²⁵

Das Landgericht Köln hätte allerdings über die Gewährleistungsbestimmungen (§§ 434 Abs. 1 Satz 1, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 311a Abs. 2 BGB) viel einfacher zu einem Schadenersatzanspruch der Käuferin kommen können, wobei das Auktionshaus wegen eige-

21 BGH 13.02.1980, NJW 1980, 1619 – Bodensee.

22 BGH 13.02.1980, NJW 1980, 1619 – Bodensee.

23 LG Köln 28.9.2012, GRUR-RR 2012, 444 – Campendonk; vgl. hierzu LUCAS ELMENHORST/PASCAL DECKER, Sorgfaltsstandards für Auktionshäuser bei der Echtheitsprüfung von Kunstwerken für Versteigerungen, GRUR-RR 2012, 417–420.

24 Vgl. RAINER JACOBS, Kunstfälschungen, GRUR 2013, 13 f. (8–14).

25 Der vom LG Köln eingeschlagene Weg müsste zu einem Bereicherungsanspruch der Käuferin gegen das Auktionshaus führen. Die Käuferin hätte einen ungeschmälernten Schadenersatzanspruch nach §§ 818 Abs. 4 und 819 Abs. 2 BGB, ohne dass es auf die Frage der Sorgfaltspflichtverletzung des Auktionshauses angekommen wäre; vgl. die Kritik bei JACOBS (Fn. 24) 13.

ner Sorgfaltspflichtverletzung sich nicht auf den Haftungsausschluss in seinen Versteigerungsbedingungen berufen kann.²⁶

4. Buddha-Entscheidung

Einen ganz anderen Weg wählte das Oberlandesgericht München in der vielbeachteten Entscheidung vom 26. Juni 2012 im Rechtsstreit um Gewährleistungsansprüche wegen einer versteigerten Buddha-Skulptur.²⁷

Der Auktionskatalog beschrieb das Los als «Sitzender Buddha. China, Sui-Dynastie, 581–618». Tatsächlich erwies sich die Skulptur als neuzeitliche Fälschung. Der Kläger machte Rückzahlung des Kaufpreises infolge Rücktritt vom Vertrag sowie einen Schadenersatzanspruch geltend. Das Gericht liess die Frage nach der Beschaffenheitsvereinbarung offen. Den Sachmangel begründete es damit, dass die Kaufsache gemäss § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB mangelhaft sei. Der am Erwerb interessierte Kunstsammler dürfe erwarten, dass es sich bei der angebotenen Skulptur nicht um eine neuzeitliche Nachahmung eines Ausgrabungsfunds, sondern um ein echtes Sammlerstück handle.²⁸

Das Gericht gab der Klage trotz Freizeichnungsklausel statt, weil es die hierfür massgebliche Ausschlussklausel für unwirksam hielt.²⁹ Die Klausel schloss die Gewährleistungshaftung mit der Massgabe aus, dass das Auktionshaus ihm binnen Jahresfrist nachgewiesene begründete Mängelrügen dem Einlieferer geltend macht, ohne zugleich vorzusehen, dass das Auktionshaus das im Einlieferungsverhältnis infolge des Mangels Erlangte an den Ersteigerer zurück zu erstatten hat. Eine solche Klausel sei «überraschend» im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB und «ungewöhnlich» und benachteilige den Käufer in unangemessener Weise.³⁰

Die Regelung in den Versteigerungsbedingungen eines Auktionshauses, wonach der Käufer gegen das Auktionshaus keine Einwendungen oder Ansprüche wegen Sachmängeln

26 Ausser Acht gelassen hat das LG Köln auch die Frage, ob die Gewährleistungsregeln die Täuschungsanfechtung wie auch die Irrtumsanfechtung nicht verdrängen.

27 OLG München 26.06.2012, NJW 2012, 2891; vgl. hierzu LEO SCHAPIRO, Die Angaben zum Kunstwerk in den Versteigerungskatalogen von Auktionshäusern, JZ 68 (2013) 551 (549–557).

28 OLG München 26.06.2012, NJW 2012, 2891, 2892.

29 Die Klausel schloss die Gewährleistungshaftung mit der Massgabe aus, dass das Auktionshaus ihm binnen Jahresfrist nachgewiesene begründete Mängelrügen dem Einlieferer geltend macht, ohne zugleich vorzusehen, dass das Auktionshaus das im Einlieferungsverhältnis infolge des Mangels Erlangte an den Ersteigerer auszukehren hat.

30 OLG München 26.06.2012, NJW 2012, 2891, 2893; zustimmend SCHAPIRO (Fn. 26) 551; a.A. JOHANNES HEYERS, Gewährleistung und Gewährleistungsausschluss im Kunstauktionshandel. Eine Würdigung der jüngsten Rechtsprechung aus juristisch-ökonomischer Perspektive, GRUR 2012, 1206 (1206–1211).

erheben könne, verstosse gegen § 309 Nr. 7 lit. a BGB³¹ und sei deshalb insgesamt unwirksam.³²

5. Léger-Entscheidung

Ein international bekanntes Auktionshaus versteigerte die Gouache «Contraste de Formes» des französischen Kubisten Fernand Léger (1881–1955). Im Auktionskatalog hiess es unter anderem: «Provenienz: Daniel H. Kahnweiler.» Der Käufer, ebenfalls ein Kunsthändler, verweigerte bei der Abnahme des Werks die Kaufpreiszahlung mit der Begründung, die Provenienzanzeige sei falsch. Das Oberlandesgericht Köln verneinte einen Sachmangel und verurteilte den Käufer zur Zahlung des Kaufpreises. Das Gericht verwies auf die Bodensee-Entscheidung³³ und kam zum Schluss, Katalogbeschreibungen könnten weder als Garantieübernahme noch als Beschaffenheitsabrede qualifiziert werden, denn sie dienten vorrangig der Beschreibung des Kunstwerks, die weiteren Recherchen des Bieters Raum geben solle.³⁴ Das Gericht untermauerte sein Ergebnis mit der folgenden Hilfserwägung: Selbst bei Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung seien die Gewährleistungsansprüche des Käufers aufgrund der Freizeichnung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen. Diese sei in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wirksam, und das Auktionshaus dürfe sich hierauf berufen, weil es keine Sorgfaltspflichten bei der Prüfung der Provenienz verletzt habe.³⁵

6. Max Ernst-Entscheidung

Das Landgericht Freiburg lehnte in seinem Urteil vom 15. Dezember 2011 eine Beschaffenheitsvereinbarung – wenn auch mit anderer Begründung – ab.³⁶ Der Käufer verlangte die Rückabwicklung, weil er eine Serigrafie erworben hatte, im Auktionskatalog der Kaufgegenstand indessen als «Lithografie, Max Ernst» beschrieben worden war. Nach Ansicht des Gerichts müsse der potentielle Ersteigerer die Katalogbeschreibung «Lithografie» im Zusammenhang mit den Versteigerungsbedingungen verstehen. Verwende das Auktionshaus die Klausel «Die Katalog-Beschreibungen werden nach bestem Wissen und Gewissen vorgenommen, stellen jedoch keine Garantien im Rechtssinne dar», seien Katalogbeschreibungen «nicht nur keine Garantie i.S. des § 444 BGB [...] sondern darüber

31 Nach § 309 Nr. 7 lit. a BGB kann die Verschuldenshaftung für Körper- und Gesundheitsschäden nicht, für sonstige Schäden nur für den Fall einfacher Fahrlässigkeit ausgeschlossen oder begrenzt werden.

32 OLG München 26.06.2012, NJW 2012, 2891, Revision eingelegt: BGH 09.10.2013, NJW 2013, 3570 – Buddha; und hierzu die Anm. von PETER RAUE/ANNA-SOPHIE HOLLENDERS, Freizeichnungsklauseln in der Kunstauktion, GRUR 2014, 96–100; SCHAPIRO (Fn. 26) 551; MARTIN SCHWAB, Schuldrecht: Formulärmäßige Beschränkungen der Gewährleistung in der Kunstauktion, JuS 2014, 550–552; FLORIAN BRAUNSCHEIDT, Rechtsfolgen unzutreffender Katalogangaben bei Kunstauktionskäufen, NJW 2013, 736 (734–739).

33 Vgl. vorne Fn. 21.

34 OLG Köln 27.03.2012, NJW 2012, 2665, 2666.

35 OLG Köln, NJW 2012, 2665, 2666; SCHAPIRO (Fn. 26) 550.

36 LG Freiburg 15.12.2011, NJW-RR 2012, 426; vgl. SCHAPIRO (Fn. 26) 550.

hinaus auch ganz ohne Einfluss auf die vertragliche Sollbeschaffenheit [...], indem sie sich als reine Wissenserklärung bzw. als behelfsmäßige Beschreibung zur Identifizierung des Gegenstandes darstellen.»³⁷ Hinzu komme der tiefe Preis (Auktionserlös EUR 746, Limit bei EUR 350). Angesichts der knappen Beschreibung als Lithografie, des schliesslich erzielten Preises und des Fehlens jeglicher weiterer Aussagen kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass ein durchschnittlicher Ersteigerer keinen Grund hatte, darauf zu vertrauen, es handle sich bei dem als Lithografie bezeichneten Gegenstand auch definitiv um eine solche.³⁸ Eine bestimmte Beschaffenheit sei nicht vereinbart worden; vielmehr hätte der Käufer das Blatt vor der Versteigerung näher untersuchen oder bei der Kalkulation des Gebots das Beschaffenheitsrisiko berücksichtigen müssen.³⁹

7. Medaillen-Entscheidung

Entgegengesetzt entschied das Landgericht Saarbrücken in seinem Urteil vom 14. September 2012 und bejahte eine Beschaffenheitsvereinbarung.⁴⁰ Der Kläger erwarb bei einer Münzauktion zwei Medaillen. Aus einer Gesamtschau der Angaben im Auktionskatalog, insbesondere durch die Bezugnahme auf das sogenannte Brakteatenbuch, folgte, dass der Auktionator seine Münzen als mengenmässig sehr begrenzte Prägungen aus dem Jahre 1847 oder zumindest zeitnah danach beschrieb. Nach den Feststellungen des Sachverständigen wurden die Medaillen keinesfalls Mitte des 19. Jahrhunderts hergestellt. Das Landgericht Saarbrücken bejahte einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB und hiess die Klage des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises gut. Die Parteien hätten auf der Grundlage der Katalogangaben eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Der formularmässige Gewährleistungsausschluss stehe dem nicht entgegen, weil sich dieser nicht auf eine Beschaffenheitsvereinbarung beziehen könne.⁴¹

8. Kritische Würdigung

Katalogangaben sollten meines Erachtens als Beschaffenheitsgarantie behandelt werden und eine Wegbedingung der Haftung verunmöglichen. Die zwingenden Bestimmungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG⁴² gebieten die Qualifizierung sämtlicher vorvertraglicher Beschaffenheitsangaben als Beschaffenheitsvereinbarung.⁴³ Nach Art. 2 Abs. 2a RL 1999/44/EG wird vermutet, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäss sind, wenn

37 LG Freiburg 15.12.2011, NJW-RR 2012, 426.

38 LG Freiburg, 15.12.2011 NJW-RR 2012, 426.

39 LG Freiburg 15.12.2011, NJW-RR 2012, 426.

40 LG Saarbrücken 14.09.2012, BeckRS 2012, 21 093; vgl. SCHAPIRO (Fn. 26) 550 f.

41 LG Saarbrücken 14.09.2012, BeckRS 2012, 21 093.

42 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171/12 vom 07.07.1999.

43 SCHAPIRO (Fn. 26) 552, r. Sp.

sie mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmen,⁴⁴ wobei unter den Begriff «Beschreibung» auch Katalogangaben fallen.⁴⁵ Die Bodensee-Entscheidung, wonach die Auktionshäuser wegen der Anzahl an Versteigerungsobjekten nur beschränkte Möglichkeiten hätten, die vom Einlieferer gemachten Angaben zu überprüfen,⁴⁶ überzeugt meines Erachtens aber nicht. Erstens haben seriöse Auktionshäuser durchaus Möglichkeiten, die Richtigkeit der Angaben zum Los zu überprüfen und zweitens haben Auktionshäuser ein grosses Interesse, die Objekte zu einem möglichst hohen Preis zu verkaufen, weil die Provision von der Höhe des Kaufpreises abhängt. Da die Katalogangaben den Kaufpreis erheblich beeinflussen, ist es gerechtfertigt, dass der Auktionator für die Richtigkeit der Angaben – wenigstens auf Grundlage einer Zusicherung (Beschaffensvereinbarung) – einzustehen hat.⁴⁷

III. Rechtsbehelfe des Ersteigerers

A. Schweizer Recht

Die mangelnde Echtheit eines Kunstwerks ist zum einen ein Sachmangel und zum anderen kann sie Gegenstand eines wesentlichen Irrtums sein.⁴⁸ Der Käufer verlangt den Kaufpreis Zug um Zug gegen Rückerstattung des Kaufgegenstands zurück. Der Käufer hat in der Regel zwei Rechtsbehelfe gegen den Verkäufer: Wandelung des Kaufvertrags wegen Gewährleistung (Art. 205 Abs. 1 OR) oder Geltendmachung der (einseitigen) Unverbindlichkeit des Kaufvertrags wegen Irrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR).⁴⁹ Dies gilt nicht nur beim «gewöhnlichen» Kauf, sondern auch bei der freiwilligen (privaten) Versteigerung.

Zwischen beiden Rechtsbehelfen besteht Anspruchskonkurrenz.⁵⁰ Das Bundesgericht setzt der Alternativität dieser Rechtsbehelfe jedoch Schranken, da es Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche, die der Käufer aus Mängeln der Kaufsache ableitet, in Be-

44 Der deutsche Gesetzgeber sah diese Richtlinienvorschrift durch § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB umgesetzt; vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 212.

45 So ULRICH MAGNUS, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, 32. Ergänzungslieferung, 2007, Bd. IV: Sekundärrecht, A. Verbraucher- und Datenschutzgesetz, 15. Verbrauchsgüterkauf-RL (1999/44/EG), Art. 2 Rz. 26.

46 BGH 13.02.1980, NJW 1980, 1619, 1621 – Bodensee.

47 So auch SCHAPIRO (Fn. 26) 554 r.Sp.

48 BGE 56 II 426; 82 II 420; 114 II 131 («Die Echtheit des Kunstwerks gehört [...] zur notwendigen Geschäftsgrundlage» nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR); vgl. hierzu rechtsvergleichend MARC WEBER, Der internationale Kauf gefälschter Kunstwerke, AJP 2004, 947–957.

49 BGer 07.06.1988, BGE 114 II 131 E. 2a S. 139.

50 BGE 114 II 131 1a, 127 III 83 E. 1b; BGer 19.02.2007, BGE 133 III 335 E. 2.4.4; BGer 4A_551/2010 vom 2.12.2010 E. 2.3.

zug auf seine Prüfungs- und Rügepflichten und die Verjährung den gleichen Vorschriften unterstellt.⁵¹

Die Freizeichnung der Haftung von Gewährleistungsansprüchen umfasst gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁵² auch die konkurrierenden Ansprüche des allgemeinen Teils des Obligationenrechts und schliesst demnach auch eine Irrtumsanfechtung aus.⁵³

Die Gewährleistungsansprüche verjähren zwei Jahre nach Ablieferung der Sache (Art. 210 Abs. 1 OR). Für Kulturgüter i.S. des Kulturgütertransfergesetzes (SR 444.1) verjährt die Klage mit Ablauf eines Jahres, nachdem die Käuferin den Mangel entdeckt hat und in 30 Jahren seit Vertragsschluss (Art. 210 Abs. 3 OR).⁵⁴

B. Deutsches Recht

Auch das deutsche Recht geht davon aus, dass die Herkunft eines Kunstwerks eine verkehrswesentliche Eigenschaft i.S. des § 119 I BGB darstellt, da sie für die Echtheit und damit für dessen Wert und für die Wiederverkäuflichkeit eine erhebliche indizielle Bedeutung hat.⁵⁵ Die Echtheit eines Kunstwerks ist hingegen dann keine verkehrswesentliche Eigenschaft, wenn sie sich als zweifelhaft erweist, die Parteien bei Vertragsschluss jedoch

51 Vgl. zuletzt BGer 19.02.2007, BGE 133 III 335 E. 2.4.4 S. 342.

52 BGer 07.06.1988, BGE 114 II 131.

53 INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 39.41.

54 Nach Art. 2 Abs. 1 Kulturgütertransfergesetz (SR 444.1) gilt als Kulturgut ein aus religiösen oder weltlichen Gründen für Archäologie, Vorgeschichte, Geschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvolles Gut, das einer der Kategorien nach Art. 1 des Übereinkommens über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut vom 14. November 1970 (SR 0.444.1) angehört; zum Begriff «bedeutungsvoll» vgl. WOLFGANG ERNST, Neues Sachenrecht für Kulturgüter, recht 2008, 2–14, 4, und zur Auslegung von «Kulturgut» vgl. PIERRE GABUS/MARC-ANDRÉ RENOLD, Commentaire LTBC. Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC), Zürich 2006, N 25; ANDREA F.G. RASCHÈR/MARC-ANDRÉ RENOLD, in: Mosimann/Renold/Raschèr (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und Internationales Recht, Basel 2009, Rz. 183; zur Rechtsfrage, ob Fälschungen überhaupt unter das KGTG und somit unter das Privileg von Art. 210 Abs. 3 OR fallen, s. MARC-ANDRÉ RENOLD, in: Mosimann/Renold/Raschèr (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und Internationales Recht, Basel 2009, 8. Kap. § 5 Rz. 16 S. 536; MARKUS MÜLLER-CHEN, Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts, ZSR 2010 II, 102 (5–135); BEAT SCHÖNENBERGER: Picasso Revisited? – Unechte Kunstwerke und das Kulturgütertransfergesetz, in: Andrea Bächler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Private Law, national – global – comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 1545–1553 (1541–1554); THOMAS KOLLER/ALAIN MUSTER, Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche beim Kauf von Kulturgütern nach schweizerischem Recht, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht. Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 350 f., 355–359 (339–359).

55 Bejaht vom BGH 08.06.1988, NJW 1988, 2597, 2598 f. – Leibl-Duveneck; hierzu HEINRICH HONSELL, Das Anfechtungsrecht des Verkäufers bei einem Irrtum über die Urheberschaft eine Gemäl-

von der Echtheit überzeugt waren.⁵⁶ Anders als beim Eigenschaftsirrtum des Käufers⁵⁷ stehen die Gewährleistungsvorschriften einer Anfechtung durch den Verkäufer nicht im Wege, sofern nicht zu besorgen ist, dass sich dieser durch die Anfechtung seiner Gewährleistungshaftung entziehen will.⁵⁸ Die bloße Überzeugung der Vertragsparteien von der Echtheit eines Kunstwerks ist keine Eigenschaft, da sie im Unterschied zu der Expertise eines Kunstsachverständigen auf den objektiven Wert der Sache selbst keinerlei Einfluss hat.⁵⁹

Im Gegensatz zum Schweizer Recht verdrängen die Gewährleistungsansprüche die Irrtumsanfechtung und es besteht keine Anspruchskonkurrenz. Sind die Voraussetzungen der Sachgewährleistung erfüllt, dann kann der Käufer den Kaufvertrag nicht wegen Irrtums rückabwickeln.⁶⁰

IV. Auktionshaus als direkte oder indirekte Stellvertreterin

A. Lösung *de lege ferenda*

Das Auktionshaus versteigert entweder im Namen und auf Rechnung des Einlieferers (direkte Stellvertretung)⁶¹ oder im eigenen Namen und auf Rechnung des Einlieferers (indirekte Stellvertretung).⁶² Auktionsbedingungen, nach denen die Versteigererin im Namen und auf Rechnung des Einlieferers Kunst verkauft, sind meines Erachtens unzulässig. Denn in einer solchen Konstellation müsste das Auktionshaus im Auktionskatalog die Identität des Einlieferers offenlegen, was bekanntlich nie geschieht. Der Ersteigerer kann *de lege lata* nur die Kommission vom Auktionshaus verlangen, nicht aber den ganzen

des – zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 06.08.1988 = JT 1989, 41, JZ 1989, 44–45; vgl. auch Palandt/ELLENBERGER, 75. Aufl., München 2016, § 119 Rdnr. 27.

56 OLG Düsseldorf, NJW 1992, 1326 f. mit Anm. EKKEHARD BECKER-EBERHARD, Jus 1992, 461 ff.; MüKo-ARMBRÜSTER, 7. Aufl., 2015, § 119 Rdnr. 135 S. 1267.

57 RGH 11.03.1932, RGZ 135, 339, 342 – Ruysdael; und hierzu CHRISTOPH KRAMPE, Eichen am Wasser – der Ruisdael-Fall RGZ 135, 339, JuS 2005, 773–779; BGH 15.01.1975, BGHZ 63, 369, 376 – Jawlensky; s. auch BGH 13.02.1980, NJW 1980, 1619, 1621 – Bodensee.

58 BGH 08.06.1988, NJW 1988, 2597, 2598.

59 Zutreffend OLG Düsseldorf 08.09.1991, NJW 1992, 1326, 1327 – Warhol. Zum Ganzen vgl. J. von Staudingers/SINGER (2012) § 119 BGB Rdnr. 96 S. 582 f.

60 Vgl. WEBER (Fn. 48) 953, Fn. 35 m.H.

61 So beispielsweise Koller Auktionen AG mit Sitz in Zürich sowie Sotheby's und Christie's.

62 So namentlich die beiden Berner Auktionshäuser Galerie Jürg Stuker AG und Galerie Kornfeld Auktionen AG sowie die Galerie Fischer Auktionen AG mit Sitz in Luzern (Ziff. 14 Satz 1 Auktionsbedingungen; abgedr. bei JOËLLE BECKER, La vente aux enchères d'objets d'art en droit privé suisse: Représentation, relations contractuelles et responsabilité, Genf/Zürich/Basel 2011, S. 359.

Kaufpreis.⁶³ Den Kaufpreis hat der Ersteigerer de lege lata beim für ihn unbekanntem Einlieferer herauszuverlangen.

Die Versteigerung durch ein Auktionshaus als direkte Stellvertreterin des Einlieferers ist also schon aus prozessökonomischen Gründen unzulässig. Das Auktionshaus sollte deshalb nur im eigenen Namen und auf Rechnung des Einlieferers handeln dürfen. Legt das Auktionshaus die Identität des Einlieferers nicht offen, so soll das Auktionshaus wie eine indirekte Stellvertreterin auf den vollen Kaufpreis haften und nicht nur in Höhe der Kommission.

B. Haftungsbrücke

Eine (nicht bindende) interessante rechtliche Konstruktion kennt der Verhaltenskodex für den Bundesverband Deutscher Kunstversteigerer e.V. Er verpflichtet die angeschlossenen Kunstversteigerer, eine sog. Haftungsbrücke zwischen Käufer und Einlieferer zur Verfügung zu stellen.⁶⁴ Rechtstechnisch besteht der Weg dahin, dass der Auftrag zur Versteigerung mit der Massgabe abgeschlossen wird, den Einlieferer zu verpflichten, in entsprechender Anwendung des Kaufrechts für Mängel an der eingelieferten Ware einzustehen. Wird der Einlieferer aufgrund der Mängelrüge des Käufers vom Auktionator auf Rückgewähr in Anspruch genommen (§ 437 BGB), so leitet dieser den erstatteten Erlös gegen Rücknahme des Objekts an den Käufer weiter.⁶⁵

V. Unterschiedliche Haftung des Kunstverkäufers

Die Haftung des Veräußerers ist verschieden, je nachdem, ob der Veräußerer ein Auktionshaus oder eine sonstige Verkäuferin ist. Beim Auktionshaus wiederum ist der Haftungsumfang verschieden, je nachdem, ob das Auktionshaus als Kommissionärin oder

63 Die Klage des Ersteigerers gegen das Auktionshaus auf Rückerstattung des Kaufpreises würde somit an der fehlenden Passivlegitimation der Beklagten scheitern. Eine Klage gegen den Einlieferer ist nicht möglich, weil dieser unbekannt ist bzw. das Auktionshaus den Einlieferer gestützt auf die regelmäßig im Einlieferervertrag vereinbarte Stillschweigepflicht nicht offenlegen darf. Es gibt auch Auktionsbedingungen, die den Anspruch des Ersteigerers auf Offenlegung des Einlieferers/Verkäufers ausdrücklich ausschliessen; vgl. etwa Ziff. 14 Satz 2 der Auktionsbedingungen des Auktionshauses Fischer AG in Luzern; abgedr. bei BECKER (Fn. 62) S. 359.

64 Ziff. 2 des Verhaltenskodex lautet: [Die Kunstversteigerer verpflichten sich] Soweit sie die eigene Haftung für Mängel versteigerteter Sachen beschränken, durch Vertragsgestaltung eine Haftungsbrücke zwischen Erwerber und Einlieferer herzustellen.»; abgedr. bei DIETER LÖHR, Verhaltenskodex für Kunstversteigerer, KUR 9 (2006) 155 (154–157).

65 LÖHR (Fn. 64) 155. Zur Zulässigkeit dieser Konstruktion vgl. OLG Zweibrücken 07.05.1997 (Gemälde von Hans Purmann), JZ 1998, 196, Anm. JOHANN BRAUN; OLG Frankfurt 20.01.1993, NJW 1993, 1477 (Gemälde von Marcel Leprin); zu den verschiedenen Varianten von Haftungsbrücken zwischen Einlieferer und Ersteigerer vgl. FLORIAN BRAUNSCHEMIDT, Die Versteigerungsbedingungen bei öffentlichen Kunstauktionen, Köln 2012, S. 202–207.

als direkte Stellvertreterin des Einlieferers handelt. Bemerkenswerterweise behandelt das Gesetz den Verkauf von Kunstwerken anders, je nachdem, ob sie versteigert oder ausserhalb einer Versteigerung verkauft werden. Das Auktionshaus haftet nicht für Grobfahrlässigkeit (vgl. Art. 234 Abs. 3 OR), der Galerist hingegen schon (Art. 199 i.V.m. Art. 100 Abs. 1 OR).

A. Galerist

Die Wegbedingung der Gewährspflicht ist nach Art. 199 OR ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Ein arglistiges Verschweigen ist zu bejahen, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft der Kaufsache informiert, obwohl eine Aufklärungspflicht besteht.⁶⁶ Art. 100 OR regelt jedoch die Frage, in welchem Ausmass die Haftung überhaupt wegbedungen werden darf.⁶⁷ Art. 100 OR und Art. 199 OR verwirklichen also nicht dieselben Rechtsgrundsätze im Spannungsverhältnis zur Vertragsfreiheit und stehen somit nicht im Verhältnis der *lex specialis* zur *lex generalis*, sondern sind nebeneinander anwendbar.⁶⁸

Nach Art. 100 Abs. 1 OR ist eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, nichtig. Zulässig ist die Freizeichnung also nur für den Fall der mittleren und leichten Fahrlässigkeit.⁶⁹ Fahrlässigkeit ist die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.⁷⁰ Die Fahrlässigkeit ist grob, wenn elementare Sorgfaltspflichten verletzt werden («wie konnte sie nur!»). Es werden Vorsichtsgebote missachtet, die sich jedem verständigen Menschen

66 Vgl. BGer 4A_538/2013 vom 19.03.2014 E. 5.1. Eine Aufklärungspflicht kann sich aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnis ergeben (vgl. BGE 116 II 431 E. 3a S. 434; BGer 4C.16/2005 vom 13.07.2005 E. 2.1). So wird insbesondere bei Vertragsverhandlungen ein Vertrauensverhältnis bejaht, das die Parteien nach Treu und Glauben verpflichtet, einander in gewissem Masse über Tatsachen zu unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können (BGE 106 II 346 E. 4a S. 351). In welchem Masse die Parteien einander aufzuklären haben, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Natur des Vertrags, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten (BGE 105 II 75 E. 2a S. 80; vgl. auch 132 II 161 E. 4.1 S. 166).

67 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Zürich 2014, N 3086; BK-WEBER, Art. 100 N 39; MAX KELLER/KURT SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich, 1995, S. 114.

68 KELLER/SIEHR (Fn. 67) S. 114; THOMAS LÖRTSCHER, Vertragliche Haftungsbeschränkung im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977, S. 144 ff.; BK-GIGER, Art. 199 N 6; ebenso offenbar in BGE 107 II 166 E. 7b erwähnte Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich; a.A. EUGEN BUCHER, Obligationenrecht. Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 84; HEINRICH HONSELL (Fn. 16), S. 92 f.; BSK OR-HONSELL, Art. 199 N 1 S. 1167.

69 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 67) N 3083.

70 Vgl. statt vieler BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 20.

in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen aufgedrängt hätten.⁷¹ Unter «Haftung» i.S.v. Art. 100 und Art. 101 Abs. 2 und 3 ist nicht nur das Einstehenmüssen für Schädigungen durch die Leistung von Schadenersatz zu verstehen, sondern es sind auch alle anderen gesetzlichen Sanktionen, die den Schuldner in der Folge von Vertragsverletzungen treffen, gemeint. Das ist Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 2 und 3 zu entnehmen, wo das Gesetz gleichbedeutende anstelle von «Haftung» nicht etwa von Schadenersatzpflicht, sondern von «Verantwortlichkeit» des Schuldners spricht.⁷² Somit erstreckt sich der sachliche Geltungsbereich von Art. 100 und Art. 101 Abs. 2 und 3 OR auch auf die Sachgewährleistungspflichten des Verkäufers.⁷³ Art. 100 OR ist also auch im Kaufrecht anwendbar.

Das Bundesgericht hat sich noch nicht über das Verhältnis zwischen Art. 100 OR und Art. 199 OR geäußert. In einem Fall aus dem Jahr 1999 hat es zwar nur Art. 199 OR angewandt, das Verhältnis zwischen Art. 199 OR und Art. 100 OR aber offen gelassen und Art. 100 nicht ausdrücklich ausgeschlossen.⁷⁴

Seriöse Auktionshäuser kennen in ihren Auktionsbedingungen eine Klausel, wonach die Objekte innert einer angemessenen Frist zurückgegeben werden können und der Kauf wird rückabgewickelt.⁷⁵

71 Vgl. etwa BGE 111 II 90.

72 LÖRTSCHER (Fn. 68) S. 171.

73 KELLER/SIEHR, (Fn. 67) S. 114; BK-GAUTSCHI, Art. 367 OR N 34; ROLF FURRER, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Zürich 1973, S. 85; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 67) N 3086; BK-GIGER, Art. 199 N 6; LÖRTSCHER (Fn. 68) S. 144 ff.; BK-WEBER, Art. 100 N 39; ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 199 OR N 30a; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2016, Rz. 376; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016, N 827; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 199 N 2; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, Rz. 2644; so wohl auch SCHWENZER (Fn. 49) Rz. 24.11; und CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 199 OR N 11; MARTINA BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996, Rz. 281–298.

74 BGE 126 III 59 E. 4a S. 67 = Pra Nr. 89 [2000] Nr. 117 (antike Vase). Unbeantwortet blieb das Verhältnis zwischen Art. 199 OR und Art. 100 OR auch in BGer vom 12.11.2004, 4C.295/2004 E. 5.2, BGer 4C.242/2004 vom 06.10.2004 E. 3 (nicht abgedr. in 130 III 686); BGE 107 II 161 E. 7a S. 166.

75 Das tun schon heute namentlich Koller Auktionen AG, Sotheby's und Christie's; vgl. Ziff. 4.1–4.3 der Auktionsbedingungen von Koller Auktionen AG, Zürich: Rückgabe mit Einschränkungen und innert zweier Jahren ab Zuschlag, sofortige Rüge nach Entdeckung des Mangels; verfügbar unter www.kollerauktionen.ch/de/kaufen_verkaufen/auktionsbedingungen; ähnlich Sotheby's: Rückgabe innert fünf Jahre ab Zuschlag, Rügefrist von drei Monaten seit Entdeckung des Mangels; vgl. Ziff. 3(i) der Allgemeinen Versteigerungsbedingungen; abgedr. bei BRUNO GLAUS, Die Haftung des Auktionsators für Sachmängel gegenüber dem Ersteigerer, Jusletter vom 14.06.2004, Rz. 37; sowie Christie's: Rückgabe innert fünf Jahren ab Zuschlag und Rüge innert derselben Frist; vgl. Ziff. E2a i.V.m. Ziff. E2h(i) der Verkaufsbedingungen; abgedr. bei BANDLE (Fn. 5) S. 365.

B. Auktionshaus

Nach Art. 234 Abs. 3 OR haftet der Veräusserer bei freiwilliger öffentlicher Versteigerung zwar wie ein anderer Verkäufer, kann aber in den öffentlich kundgegebenen Versteigerungsbedingungen die Gewährleistung mit Ausnahme der Haftung für absichtliche Täuschung von sich ablehnen. In den Auktionsbedingungen kann also jede Gewährleistung mit Ausnahme der Haftung für absichtliche Täuschung ausgeschlossen werden, was in der Sache der Regelung von Art. 199 OR entspricht. Von dieser Freizeichnungsmöglichkeit machen die Veranstalter von Auktionen in der Regel Gebrauch, indem sie in den Auktionsbedingungen die Sachmängelhaftung wegbedingen, um klarzustellen, dass in der katalogmässigen Beschreibung der Auktionsgegenstände keine Zusicherung bestimmter Eigenschaften liegt.⁷⁶

C. Kritik und Vorschlag *de lege ferenda*

Der Haftungsausschluss nach Art. 234 Abs. 3 OR sollte für Auktionshäuser nicht greifen. *De lege ferenda* müssten die Auktionshäuser nicht nur für absichtliche Täuschung, sondern auch für Grobfahrlässigkeit einstehen. Wieso die Haftung der Auktionshäuser im Gegensatz zur Haftung eines anderen Kunstverkäufers weniger streng ausgestaltet sein soll, ist nicht einzusehen. Beide sollen für ihre sorgfältige Prüfung des Kaufobjekts einstehen müssen. Grobfahrlässigkeit ist meines Erachtens namentlich gegeben, wenn das Auktionshaus Kunstwerke ohne Echtheitszertifikate in die Versteigerung nimmt, bei denen allgemein bekannt ist, dass die aller meisten Objekte gefälscht sind – wie beispielsweise bei Tiffany-Lampen. Die Auktionatoren müssen deshalb besonders vorsichtig sein. Nimmt ein Auktionshaus eine Tiffany-Lampe ohne Vorlage eines Echtheitszertifikats in die Auktion und gibt es im Auktionskatalog an: «Tiffany Studio, New York, 1900», so haftet die Versteigererin, wenn es sich nachträglich um eine Kopie der berühmten Manufaktur handelt, es sei denn, das Auktionshaus legt im Katalog offen, dass die Beschreibung «nach den Angaben des Einlieferers» erfolgte. Beschreibt der Auktionskatalog die Tiffany-Lampe aber so, wie wenn sie tatsächlich eine authentische Tiffany-Lampe ist und hat sie sich kein Echtheitszertifikat vorlegen lassen, so haftet sie für die Losbeschreibung. Ein Haftungsausschluss in den Auktionsbedingungen wäre unbeachtlich, weil das Auktionshaus zumindest in Kauf nimmt, den Bieter zu täuschen. Der Haftungsausschluss nach Art. 234 Abs. 3 OR greift folglich nicht. Ein Haftungsausschluss ist ungültig und der Käufer hat einen Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Kaufgegenstandes.⁷⁷

76 BGE 123 III 165 E. 4 S. 170 m.w.H. auf HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Bern 1995, S. 170; HANS-PETER KATZ, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Zürich 1973, S. 55.

77 Eine solche individuelle «Auflösungsvereinbarung» zwischen Versteigerer und Ersteigerer umgeht die nicht zwingende Bestimmung von Art. 234 Abs. 3 OR und ist anwendbar bei fehlender absichtlicher Täuschung oder fehlender Grobfahrlässigkeit des Versteigerers; vgl. auch BECKER (Fn. 62): «La clause réservant à la maison de vente un droit de résolution est valable, dans la mesure où la vente

Kunstkäufer gehen ganz bewusst zu Auktionshäusern. Sie wollen Kunst kaufen, die professionell begutachtet worden ist und dürfen darauf vertrauen, dass das Auktionshaus bei der Prüfung Sorgfalt walten lässt. Schliesslich nehmen seriöse Auktionshäuser Lose zurück, wenn es falsch zugeschriebene Objekte oder Fälschungen sind, und der Ersteigerer innert der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angesetzten Frist das Objekt nach begründeter Rüge zur Rücknahme anbietet.

VI. Schlussfolgerungen

1. Auktionshäuser versteigern richtigerweise im eigenen Namen und auf Rechnung des Einlieferers.
2. Wer gemäss den allgemeinen Auktionsbedingungen im Namen und auf Rechnung des Einlieferers handelt (direkte Stellvertretung), muss im Auktionskatalog die Identität des Einlieferers offenlegen. Wer dies nicht tut, haftet wie ein indirekter Stellvertreter auf Rückerstattung des Kaufpreises nebst Schadenersatz bei unmittelbaren Schäden sowie bei Verschulden auf weiteren Schadenersatz für mittelbare Schäden analog nach Art. 208 Abs. 2 und 3 OR.
3. Katalogbeschreibungen sind entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Zusicherungen.
4. Der Auktionator soll für die Übernahme der vom Einlieferer gemachten Angaben zum Los aus Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR haften.
5. Eine in den allgemeinen Steigerungsbedingungen vereinbarte Wegbedingung der Haftung für grobe Fahrlässigkeit nach Art. 234 Abs. 3 OR soll nicht durchgesetzt werden können.
6. Die (gesetzliche) Ungleichbehandlung zwischen Galeristen und Auktionshäusern bezüglich der Wegbedingung der Haftung für Sachmängel des Verkaufsobjekts (im Gegensatz zu den Auktionshäusern haften Galeristen und andere Verkäufer von Kunst für Grobfahrlässigkeit) ist sachlich nicht begründet und deshalb ungerechtfertigt.
7. Auktionshäuser sollen die verkauften Lose bei begründeter Rüge des Ersteigerers innert angemessener Frist zurücknehmen und den Kaufpreis zurückerstatten. Dies tun seriöse Auktionshäuser bereits heute.

du faux n'est pas le fruit d'un dol de la venderesse (art. 234 al. 3CO) ou d'une faute grave (art. 100 CO).