



Joris Nikolaus Großgerge

Beschränkungen der Verkäuferhaftung für Sachmängel im Kunst- und Kunstauktionshandel

Einleitung

Das Thema der Arbeit liegt an der Schnittstelle von Kunst, Recht und Wirtschaft. Es sind Systeme, die der Soziologe *Niklas Luhmann* als *autopoietisch* bezeichnet, Systeme, die sich aus sich selbst heraus erschaffen, operativ geschlossen sind und sich nur bedingt gegenseitig beeinflussen.¹ Die Arbeit befasst sich mit Beschränkungen der Verkäuferhaftung für Sachmängel im Kunst- und Kunstauktionshandel. Sie zeigt den Käuferschutz im Spannungsfeld von Risiko und Vertrauen und untersucht die Möglichkeiten, auf bestehende Risiken und Probleme zu reagieren.

Ein zentrales Problem der Praxis ist, dass Zuschreibungen die Gewissheit fehlt und Unechtheit schwer beweisbar ist. Gerade im Kunsthandel werden rechtliche Aspekte jedoch oft ausgespart. Schriftliche Verträge sind unüblich und Absprachen i.d.R. wenig konkret. Die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) ist nur im Auktionshandel Standard. Der Erwerb von Kunstwerken ist gleichwohl immer in das Recht eingebunden. Für alle ab dem 1.1.2002 geschlossenen Kaufverträge gilt generell das Kaufrecht in seiner durch das Gesetz zur Reformierung des Schuldrechts erlangten Fassung.² Das Gesetz ist in bestimmten Grenzen dispositiv. Die Parteien können Rechtskonzepte entwickeln, die den spezifischen Problemen im Zusammenhang mit der gehandelten Ware nach ihrem Dafürhalten besser entsprechen. Die Ausgestaltung des Typus „Kaufvertrag“³ ist private Normsetzung und Bestätigung der verfassungsrechtlich (Art. 2 I GG) geschützten Privatautonomie. Die Arbeit betont die zentrale Bedeutung der Beschaffungsvereinbarung.

Käufer können eine Grundaufklärung erwarten, müssen sich aber weitgehend eigenverantwortlich mit den Charakteristika zu erwerbender Kunstwerke vertraut machen. Für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit von Haftungsfreizeichnungen bestehen allerdings grundlegende Unterschiede zwischen Kunsteinzel- und Kunstauktionshandel. Für den Verkauf gebrauchter Sachen in einer öffentlichen Versteigerung gelten die Regeln des Verbrauchsgüterkaufs nicht (§ 474 I 2 BGB).

1 Vgl. Luhmann, S. 62, 161, 434 ff.; ders. in Werber, S. 139 ff.; vgl. Röhl/Röhl, S. 446 ff. Es gibt Vernetzungen; Luhmann, S. 440 ff., 482, spricht von struktureller Kopplung; kritisch Röhl/Röhl, S. 450. „Notwendig ist der Dialog zwischen den Disziplinen“, Jayme, Wiener Vorträge (2001), S. 223, 240.

2 Gemäß Art. 229 § 5 EGBGB i.d.F. des am 1.1.2002 in Kraft getretenen Reformgesetzes.

3 Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 302, 465 f.

Was eine solche Versteigerung ist und wie sich Kunstwerke in gebrauchte und neu hergestellte Sachen einordnen lassen, ist eines der untersuchten Einzelthemen. Auch die Vertragsgestaltung wird berücksichtigt.

Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel sind Ausführungen zum Sinn und Zweck des Gewährleistungsrechts vorangestellt. Skizziert werden sodann die Besonderheiten der Kunst als Kaufgegenstand sowie die Strukturen des Kunstmarktes und seine Entwicklung. Nach einer Einführung in die Schuldrechtsreform und den Verbrauchsgüterkauf folgt eine kurze Rechtsprechungsübersicht. In einer Phänomenologie werden Begriffe erläutert, die für den Kunsthändel von überragender Bedeutung sind. Im zweiten Kapitel geht es um den Sachmangel und um Haftungserweiterungen mit Garantien. Gegenstand des dritten Kapitels sind Gewährleistungsausschlüsse und die Minimierbarkeit von Haftungsrisiken. Schließlich folgt eine Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse.

Kapitel 1: Grundlagen und Begriffe

§ 1 Grundlagen

A. Sinn und Zweck des Gewährleistungsrechts

Das Sachmängelgewährleistungsrecht der §§ 433 I 2 ff. BGB ist Teil des Leistungsstörungsrechts und dient dem privatrechtlichen Vertrauensschutz.⁴ Sein für die Normauslegung richtungweisender Sinn und Zweck ist auch beim Erwerb von Kunstwerken die Wahrung der Vertragsgerechtigkeit durch den Ausgleich des mangelbedingten Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, einer sog. Äquivalenzstörung.⁵ Die synallagmatische Hauptleistungspflicht zur Sachverschaffung frei von Mängeln (§ 433 I 2 BGB) ist aufgrund ihrer hohen Bedeutung weitreichend vor Parteiaabreden geschützt (§§ 475, 309 Nr. 7 und 8 b, 307 I, 1, II Nr. 1 und 2 BGB). Der Käufer kann die Annahme mangelhafter Sachen selbst im Falle eines wirksamen vollständigen Gewährleistungsausschlusses verweigern und gegen den Kaufpreisanspruch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 BGB geltend machen.⁶ Mit dem in § 433 I 2 BGB neu geschaffenen Anspruch auf Sachverschaffung frei von Mängeln begründen Sachmängel die Vertragswidrigkeit – nicht mehr nur Gewährleistungsrechte (§§ 459–478 BGB a.F.).⁷ Der Käufer soll bekommen, wofür er sein Geld bezahlt hat: *pacta sunt servanda*.⁸ Das Preisbildungsrisiko bleibt unberührt, sofern nur der Verkäufer irrtumsfrei handelte und der Käufer die wertbildenden Faktoren kannte, sie zumindest nicht grob fahrlässig verkannte (vgl. § 442 I BGB).⁹

Für die Mangelfolgen kann § 437 BGB weitgehend auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht verweisen, weil Äquivalenzstörungen wegen § 433 I 2 BGB eine Pflichtverletzung begründen. Die Äquivalenz legen die Parteien vertrags-

4 v. Graffenried in Schwander/Studer, S. 53, 71.

5 Vgl. Hoeren/Martinek/Malzer, Teil 1, Rn. 355, v. §§ 434 ff. Rn. 1; Reinicke/Tiedke, Rn. 310, 323; Weiler, ZGS 2002, 249, 254; vgl. auch Schlegelberger/Hefermehl, § 377 Rn. 19 f.; Herberger, S. 15, 72; Soergel, 12. Aufl. – Huber, § 459 Rn. 19 f.; Köhler, JuS 1979, 267, 268; Müller, JZ 1988, 381, 387; vgl. auch Raape, AcP 150 (1949), 481, 483 f.

6 Vgl. BGH, NJW 1995, 1737 (Brandschaden); BGH, NJW 1997, 652 (Grundstücksaltlasten).

7 Palandt/Weidenkaff, § 433 Rn. 1 f.

8 Vgl. Oechsler, Rn. 134.

9 Musielak, GK BGB, Rn. 581; vgl. Esser/Weyers, § 5 II, S. 35 f.; Larenz, SchuldR BT, § 41 I, S. 40; vgl. zudem Honsell, JZ 1989, 41, 44, zur Anfechtung nach § 119 II BGB.

autonom in der Bestimmung von Kaufgegenstand und Kaufpreis fest. Der Kaufpreis richtet sich typischerweise nach der Beschaffenheitsvereinbarung und dem Maß der Haftung. Je enger und uneindeutiger die Beschaffenheitsvereinbarung, je geringer das Maß der Haftung, desto geringer ist grundsätzlich der Kaufpreis.¹⁰ Im Idealfall stimmen die Erwartungen des Käufers mit den tatsächlichen Gegebenheiten überein. Oft ist es anders. Die Bedeutung des Äquivalenzausgleichs ist beim Erwerb von Kunstwerken besonders sinnfällig, denn Äquivalenzstörungen sind hier zum Teil frappierend. Für Kunstwerke werden hohe Summen gezahlt, die in ihren extremen Spitzen sowohl im Kunstauktionshandel als auch im Kunsteinzelhandel die 100-Millionen-Dollar-Grenze bereits mehrfach überschritten haben.¹¹ Gerade die Echtheit ist ein derart wertbestimmender Faktor, dass im Falle einer sich erweisenden Unechtheit der Wert äußerst drastisch abfallen kann.

Insofern die Bestimmung des Kaufgegenstandes über die Beschaffenheitsvereinbarung geschieht, geht es bei der Gewährleistung um die Gewähr einer informationellen Richtigkeit. Der Verkäufer muss in dem Maße, in dem er den Vertragsinhalten entsprechend Vertrauen in Anspruch nimmt, dafür einstehen.¹² Mit seinen Rechtsfolgenandrohungen wirkt das Gewährleistungsrecht zugleich disziplinierend und als Ausgleich dafür, dass die GewO für den Kunst- und Auktionshandel Ausbildungen nicht voraussetzt.¹³

Käufer und Verkäufer haben regelmäßig gegenläufige Interessen. Das Gesetz betrachtet den Käufer als schutzwürdig. §§ 433 I 2 ff. BGB und die verdrängten §§ 119 II, 142 I BGB (Anfechtung) und §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB (c.i.c.) mit hohem Gerechtigkeitsgehalt belegen, dass ein Mangel weniger Sache des Käufers als des Verkäufers ist.¹⁴ Der Käufer verliert seine Mängelrechte grundsätzlich erst ab grob fahrlässiger Mängelunkenntnis (§ 442 I BGB). Der Verkäufer haftet grundsätzlich verschuldensunabhängig. Die in die Beschaffenheitsvereinbarung

10 Schack, KuR, Rn. 398.

11 Die höchste jemals für ein versteigertes Kunstwerk bezahlte Summe beläuft sich auf 119,9 Millionen Dollar für das *Munch*-Gemälde „Der Schrei“ 2012 bei Sotheby’s in New York (Crow, WSJ v. 3.5.2012, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052702304743704577380681484724806.html>; abgerufen am 18.12.2012). Außerhalb der Auktionen soll der Rekord sogar bei mindestens 250 Millionen Dollar liegen für den Verkauf des *Cézanne*-Gemäldes „Die Kartenspieler“ im Jahr 2011 (Blinda, Spiegel Online v. 4.2.2012, <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/teuerstes-kunstwerk-der-welt-katar-kaufte-cezanne-bild-fuer-250-millionen-dollar-a-813339.html>; abgerufen am 18.12.2012) gefolgt von 140 Millionen Dollar für den Verkauf des *Pollock*-Gemäldes „No. 5, 1948“ im Jahr 2006, Herchenröder, Weltkunst 2007, S. 11, 17. Der deutsche Auktionsrekord liegt bei 3,9 Millionen Euro für das *Beckmann*-Gemälde „Anni (Mädchen mit Fächer)“ 2005 bei der Villa Grisebach in Berlin, Baumer, SZ v. 23/24.7.2005, S. 18.

12 Vgl. § 442 I 2 BGB.

13 Kunsthändler werden gewerblich nicht besonders überprüft, vgl. § 38 I Nr. 1 GewO.

14 Vgl. schon zu §§ 459 ff. a.F.: Peters, JZ 1991, 385, 387.

einfließende Information muss, jedenfalls sofern es nicht um Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche geht (vgl. § 437 Nr. 3 BGB und § 276 I 1 BGB), nicht verschuldet falsch sein; es genügt, dass sie falsch ist. Das Risiko einer Irreführung wird nach dem Risikoprinzip dem Verkäufer zugerechnet, weil dieser angesichts seines tendenziell besseren Informationszugangs¹⁵ dem Risiko näher steht als der vertrauende Käufer.¹⁶ Ein hohes Maß werbender Information führt daher zu einem tendenziellen Preisanstieg, birgt jedoch ein Haftungsrisiko.

Gerade im Kunsthandel ist der Schutz des Vertrauens des Käufers als der grundsätzlich schwächeren Partei immanent wichtig.¹⁷ Obzwar Kunstwerke vor dem Kauf generell überprüfbar sind, sind es Vertrauensgüter. Die Echtheit ist selbst nach dem Kauf nur bedingt feststellbar. Oft besteht eine Informationsasymmetrie und der eigentliche pekuniäre Wert von Unikaten ist weder vor noch nach dem Kauf taxierbar. Er widerspiegelt sich nicht in Katalogwerten, die den Michelwerten von Briefmarken entsprechen.¹⁸ Maßgeblich sind schwer fassbare immaterielle Gesichtspunkte und nur äußerst selten der leicht ermittelbare Materialwert oder funktional-technische, rein körperliche Eigenschaften.¹⁹ Auktionsergebnisse vergleichbarer Objekte sind nur bedingt aussagestark.²⁰

Während Werkbesteller Kunstwerke nach spezifischen Vorgaben fertigen lassen, nehmen Käufer auf die Werkentstehung so gut wie keinen Einfluss. Sie erwerben i.d.R. nicht vom Künstler direkt. Damit stehen sie Kunstwerken weniger nahe als Händler. Zudem besteht im Kunsthandel die Verkehrssitte, dass Kommis-

15 Posner in Assmann/Kirchner/Schanze, S. 184, 194.

16 Zum Risikoprinzip: Larenz, Methodenlehre, S. 476.

17 Vgl. Renold in Mosimann/Renold/Raschèr, Kap. 8 Rn. 18, 35.

18 Vgl. hierzu OLG Stuttgart, NJW 1969, 610, 611 – „*Briefmarkensammlung*“; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2007, 1210, 1211 – „*Briefmarkenstempel*“; G. Schmidt, NJW 1969, 1118, 1119.

19 Vgl. BGH, NJW 1980, 1619, 1621 – „*Bodensee-Kunstauktion*“; OLG Köln, NJW 2006, 625, 626 zur Bewertung von Kunstwerken durch Auktionshäuser; OLG Saarbrücken, OLG-Report Saarbrücken 2001, 145, 146 – „*Jacque*“; vgl. auch *Furstenberg v. United States*, 595 F.2d 603 (Ct. Cl. 1979) (Merryman/Elsen/Urice, S. 1121 ff.); Braufels, S. 122 Fn. 459, S. 133 f.; Dechow, 47; Kappus (Stand: 1998), Rn. 15; Müller-Katzenburg, Weltkunst 2004, Heft 4, S. 102 f.; Picker, Kunstrechts, 80 f.; Schack, KuR, Rn. 556 ff.; v. Westerholt/Graupner, NJW 1978, 794, 795; Wrede, S. 85 ff., 136.

20 Schon angesichts schwieriger Vergleichbarkeit (OLG Köln, NJW 2006, 625 ff.; Herchenröder, Die neuen Kunstmärkte, S. 36; Schrader, FS Kirchner, S. 343, 347), zudem wegen eventueller Preisabsprachen, Scheingebote, Scheinzuschläge, Rückkäufe (Beckmann/Kräkel/Schauenberg, ZfB, 1997, 41, 57 f.; Bonus/Ronte, S. 150 f.; Herchenröder, Kunstmärkte im Wandel, S. 140 f.; MünchVertrHdb, Bd. 3/Vinck, XI. 64, Anm. 5), besonderer Bieterkonstellationen sowie Moden und rahmensprengender Liebhaberinteressen (OLG Saarbrücken, OLG-Report Saarbrücken 2001, 145, 146 – „*Jacque*“; Braufels, S. 134 f.; Fackler/Konermann, S. 61; Kappus (Stand: 1998), Rn. 15; Schrader, FS Kirchner, S. 343, 351 f.; vgl. Beckmann/Kräkel/Schauenberg, ZfB, 1997, 41, 46, 54 ff., 58 ff., Tab. 5, 6; Herchenröder, Kunstmärkte im Wandel, S. 325; Merryman/Elsen/Urice, S. 1118).

sionäre die Eigentümer geheim halten.²¹ Käufer müssen sich wegen der Intransparenz weitgehend auf Angaben verlassen, die ihnen die Händler vermitteln.

Das Prinzip des Einstehens für Unzulänglichkeiten des eigenen Geschäftskreises ist ebenso wie das Generalprinzip des Vertrauensschutzes rechtsethischer Natur.²² Im Sinne des Käufer- und Vertrauensschutzes ging der BGH in einer neueren Entscheidung davon aus, ein pauschaler Ausschluss der Sachmängelhaftung sei regelmäßig so auszulegen, dass er nicht für das Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 I 1 BGB) gelte. Sie sei sonst für den Käufer „ohne Sinn und Wert“.²³ Verkäufer sind also nicht davon befreit, die Richtigkeit ihrer Angaben zu prüfen. Dies gilt insbesondere beim Verbrauchsgüterkauf, weil die entsprechenden Regeln den Verbraucher noch deutlich mehr schützen. Vertrauensprinzip und materielles Äquivalenzprinzip sind dort stark zu Lasten der Privatautonomie betont.

Das Gewährleistungsrecht soll den sorglosen Käufer nicht allgemein von seinen Entscheidungen freistellen. Zum Zwecke einer gerechten Güterverteilung soll aber grundsätzlich nur das bindend sein, was die Parteien irrtumsfrei für wahr hielten. Insofern sich der Käufer über Eigenschaften des Kaufgegenstandes irrte, tritt das Gewährleistungsrecht an die Stelle eines Anfechtungs- und Irrtumsrechtrechts. Tatsächlich ist ein Irrtum oder zumindest ein Nichtwissen des Käufers Voraussetzung für die Mängelhaftung. Kennt nämlich der Käufer bei Vertragsschluss den Mangel, sind diesbezügliche Mängelrechte nach § 442 I 1 BGB ausgeschlossen. Auch der Verkäufer steht im Falle eines Irrtums nicht rechtmäßig. Bei einem Eigenschaftsirrtums hat er grundsätzlich ein Anfechtungsrecht nach § 119 II BGB. Wer eine „Kopie von Rembrandt“ kauft, soll keinen *Rembrandt* behalten dürfen (umgekehrte Äquivalenzstörung).²⁴ Der Verkäufer darf sich nur nicht von seiner Gewährleistungspflicht befreien²⁵ oder anfechten, wenn er in Kenntnis einer Informationsunsicherheit (Zuschreibungunsicherheit etc.) das Risiko einer Fehlbeurteilung bewusst eingegangen ist.²⁶ Es besteht schon kein Irrtum,²⁷ jedenfalls ist die Echtheit nicht verkehrs- bzw. geschäftswesentlich.²⁸

21 Braun, WM 1992, 893, 896.

22 Larenz, Methodenlehre, S. 336.

23 BGH, NJW 2007, 1346, 1349 (Krad) = BGHZ 170, 86.

24 Flume, S. 91; vgl. ders. AT, S. 488; vgl. RGZ 124, 115 ff. – „*Chinesische Vasen*“ (hierzu Braun, Kunstprozesse, S. 109 ff.).

25 BGH, NJW 1988, 2597, 2598 – „*Leibl-Duveneck*“; Honsell, JZ 1989, 44; zum neuen Recht: Jauernig/Chr. Berger, § 437 Rn. 32; Schack, KuR, Rn. 417; Wertenbruch, NJW 2004, 1977, 1979; vgl. Reischl, JuS 2003, 1076, 1078.

26 Mankowski, S. 383; vgl. S. 394; Schack, KuR, Rn. 412, 418. Das gilt umgekehrt auch für den Käufer, Schack, KuR, Rn. 412.

27 Mankowski, S. 383.

28 Schack, KuR, Rn. 412, 418. Trouvaillen bleiben also möglich; vgl. LG München, SeuffArch. (1910) Bd. 65, Nr. 90, S. 181 ff. – „*Cranach*“; Flume, JZ 1991, 633 f.; Schack, KuR, Rn. 412, 418 f.

Das Gewährleistungsrecht übernimmt auch eine Funktion der c.i.c. Eine c.i.c.-Haftung setzt jedoch anders als die Inanspruchnahme aus Gewährleistungsrechten immer ein Vertretenmüssen voraus. Unter Annahme einer Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts gegenüber der c.i.c. liegen die Voraussetzungen einer Haftung des Verkäufers um so eher vor, je weiter der Raum für Beschaffenheitsvereinbarungen ist. Je weiter der Beschaffenheitsbegriff, desto eher haftet der Verkäufer verschuldensunabhängig und desto schmäler ist der c.i.c.-Anwendungsbereich.

B. Kunst als Kaufgegenstand

Sofern nicht rein immaterieller Natur und sich den Marktgegebenheiten gänzlich entziehend, ist die Kunst als verkörperte künstlerische Leistung auch Handelsware; jedoch keine gewöhnliche.²⁹ Sie ist ein vielschichtiges Kulturgut, das in rechtlicher Hinsicht viele Sonderprobleme aufwirft. Angesichts ihrer Singularität, Heterogenität, Komplexität und Maßstabslosigkeit und der damit verbundenen mangelnden Objektivierbarkeit von Käufererwartungen i.S. einer Normalbeschaffenheit³⁰ sind Beschaffenheitsvereinbarungen sinnvoll, mit denen die Parteien vertragsautonom den Kaufgegenstand entsprechend ihren Erwartungen konkretisieren. Eine Mangelbegründung ist ansonsten gerade bei Kunstwerken, die als Sachindividualitäten keiner eindeutigen Gattung zugehören,³¹ nahezu ausgeschlossen. Beschaffenheitsvereinbarungen sind damit nicht nur Instrument der Haftungsbeschränkung, sondern gerade bei Unikaten Kernvoraussetzung eines Käuferschutzes.

Der Kaufgegenstand „Kunst“ ist komplex und betrifft im Falle der ethisch problematischen BioArt sogar Lebewesen.³² Die Definition von Kunst ist unmög-

29 Vgl. Bonus/Ronte.

30 Zu den Nachteilen eines objektiven Fehlerbegriffs vgl. RegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 211; RGZ 135, 339, 342 – „Ruisdael“; Esser/Weyers, 8. Aufl., § 5 II, S. 39; Flume, S. 110 f., 125; Schlegelberger/Hefermehl, § 377 Rn. 18; Staudinger (1995) – Honsell, § 459 Rn. 27; Immenga, AcP 171 (1971), 1, 7f.; Rust, S. 72, 75; Schlechtriem, SchR BT, Rn. 40; Westermann/Baltes, JuS 1983, 691, 693; Wrede, S. 71f. Einen allgemeinen Versuch unternehmen Fabricius, JuS 1964, 1, 2 und Knöpfle, S. 279 ff.; ders., JZ 1978, 121 ff.; 127; ders., AcP 180 (1980), S. 462, 485 ff.; Rust, S. 72, spricht von einem „Zugeständnis an den subjektiven Fehlerbegriff“.

31 Vgl. Flume, S. 117; Emmerich, § 4 Rn. 10.

32 Wie im Falle der transgenen Kunst von *Eduardo Kac*, bei der ein natürliches oder synthetisches Gen in einen Organismus überführt wird, um ein neuartiges Lebewesen zu erschaffen. Im Falle des „GFP Bunny“ ein grün floureszierendes Kaninchen.

lich. Grenzüberschreitungen sind ihr wesenseigen.³³ Der Kunsthandel bedarf keiner Definition. Die Parteien können festlegen, ob sie einen Gegenstand als Kunst ansehen oder nicht.³⁴ Wichtiger ist es, die konkreten Erwartungen an den Einzelgegenstand festzuschreiben. Das Hauptaugenmerk der vorliegenden Arbeit richtet sich auf den Erwerb von Kunstwerken in traditionellen Werkmaterialien. Bereits hier ist die Kunst als Kaufgegenstand weitgehend unvergleichbar. Ready-mades und Pop Art haben ihren Gegenstand formal und inhaltlich extrem erweitert. Längst existiert kein maßgebliches Avantgardekonzept mehr. Sogar das ‚Open Source‘-Projekt „Linux“ wird vom Kunstsystem als schöpferische Hervorbringung erkannt.³⁵

Die moderne Kunstentwicklung zeigt eine Tendenz zunehmender Entmaterialisierung.³⁶ Ausgehend von Situationismus, Happening und Fluxus nähern sich Kunst und Leben an.³⁷ Viele Kunstwerke sind in ihrem eigentlichen Gehalt bereits gänzlich unverkäuflich oder bewegen sich an der Grenze zur Unverkäuflichkeit.³⁸ Doch hat der Kunstmarkt selbst scheinbar unverkäufliche Arbeiten absorbiert. Hier spielen neben Fotodokumentationen Zertifikate eine Rolle. Sie dienen beim Erwerb immaterieller Kunstwerke als materielles Substrat und Stellvertreter.³⁹ Beim Erwerb materieller Kunstwerke, denen die klassische Anmutung von Kunstwerken fehlt, bezeugen sie die Kunstwerkeigenschaft und sind notwendiger Begleiter.

33 Vgl. BVerfG, NJW 1985, 261, 262 – „*Anachronistischer Zug*“; BVerfG, NJW 1987, 2661 – „*Strauß-Karikatur*“; BGH, ZUM 1991, 83, 84 – „*Opus Pistorum*“; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 5 Rn. 106; Bernsdorff/Kleine-Tebbe/Kleine-Tebbe, Teil A, § 1 Rn. 12; Locher, S. 17 ff., 58 ff.; vgl. Brockhaus, Enzyklopädie, Band 16, S. 93 f.

34 Vgl. Luhmann in Werber, S. 407; je nachdem kann eine für den Erwerb von Kunstwerken im Einzelfall geltende spezifische Verkehrsanschauung zum Tragen kommen.

35 Mit der Verleihung der Goldenen Nica, dem Hauptpreis der Ars Electronica, an *Linus Torvalds*, dem Initiator von Linux, im Jahr 1999, Strang, S. 186.

36 Für sie stand insb. *Sol LeWitt* Pate.

37 Hogrebe in Gamm/Schürmann, S. 157, 173.

38 Vgl. zur Netzkunst: Huber, netz.kunst, S. 134 ff. Nach dem Erwerb kann die Netzkunstarbeit innerhalb einer Datenbank vorgehalten werden, indem sie z.B. mit der URL des erwerbenden Museums verknüpft wird, Strang, S. 232, vgl. S. 222. Ökonomische Knappheit und Exklusivität lassen sich jedoch nur künstlich herstellen, Strang, S. 237; vgl. zu Digitaldateien: Bullinger, KUR 2006, 106, 111. Der Erwerb von Land Art ist über den Erwerb des Grundstücks möglich.

39 Eichhorn, Interview with Daniel Buren, in: Fietzek, S. 87, 91 ff. Für die performativen Arbeiten *Tino Seghers* erwirbt der Käufer ein Zertifikat, das ihm erlaubt, sie instruktionsgemäß aufführen zu dürfen, Yilmaz Dziewior, o.T., Magazin für Kunst, Architektur, Design, S. 3. Beim Kauf von *Ian Wilsons* „Discussions“ bekommt der Sammler ein die Diskussion bestätigendes Zertifikat, Crawford, S. 117.

Ein Teil der Gegenwartskunst basiert auf modernsten Technologien.⁴⁰ Sie machen das Kunstwerk fehleranfällig. Um Mängel auszuschließen, sollte die Handhabung und Pflege zum Vertragsinhalt gemacht werden. Netzkunstarbeiten sind von technischen Inkompatibilitäten existentiell bedroht.⁴¹ Was die digitalen Künste anbelangt, ist eine langfristige Erhaltung und Konservierung nach derzeitigem Kenntnisstand unmöglich.⁴² Bestimmte Investitionen des Käufers zum Erhalt seines Kunstwerkes können im Falle eines Mangels als Aufwendungen zu ersetzen sein. Für die Skulpturen *Marc Quinn*s aus gefrorenem Eigenblut etwa können Notstromaggregate erforderlich sein, sollte die Kühlung ausfallen.⁴³

Auf dem Kunstmarkt werden nicht ausschließlich Werke der reinen bildenden Kunst gehandelt. Die Grenzen zur angewandten Kunst sind fließend und auch Gegenstand der Kunst.⁴⁴ Design mit künstlerischer Anmutung ist Segment des Kunsthändels und wird von Kunstinstitutionen ausgestellt.⁴⁵ Schon der Begriff des Kunstwerks beschränkt sich nicht auf Werke der reinen bildenden Kunst vorwiegend ästhetischen Gepräges,⁴⁶ sondern ist offen für zweckdienliche Werke des Kunsthandwerks, des Kunstgewerbes, der Volkskunst und der Bau- und Gartenkunst.⁴⁷ Antiquitäten sind kunsthandwerkliche und kunstgewerbliche Gegenstände, die mindestens 100 Jahre alt sind.⁴⁸

Der hohe Preis von Kunstwerken, der Beschaffenheitsvereinbarungen zur Absicherung besonders ratsam macht, hängt mit ihrer den Besitz intensivierenden Seltenheit und Rivalität zusammen. Sie sind der Inbegriff der Seltenheits- und Luxusgüter.⁴⁹ Sie lassen sich nicht auf ihre Materialität als Sachen reduzieren.

Im Falle der Wandbilder von *Lawrence Weiner* und *Sol LeWitt* ist Kaufgegenstand schon überhaupt keine Sache (§ 90 BGB), dem Sammler wird ein Recht

40 Diese Komplexität zeigt sich in der Computerinstallation von *Christa Sommerer* und *Laurent Mignonneau* „Interactive Plant Growing“, wo über Berührungen realer Pflanzen ihr virtueller Gegenpart wächst.

41 Strang, S. 221. Dem Künstler könnte das Recht zugestanden werden, sein Werk weiter verändern und ausbauen zu dürfen, Strang, S. 221.

42 Strang, S. 162.

43 Vgl. Kegel, FAZ v. 17.6.2005, S. B 2.

44 Etwa in Arbeiten von *Jorge Pardo*, *Gerwald Rockenschaub* und *Tobias Rehberger*. Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen z.B. bei *Benvenuto Cellinis* Saliera.

45 Vgl. Partsch, S. 11; Schmidt, Art 4/07, S. 60f.; G. Schulze in Loewenheim, § 70 Rn. 97, 99.

46 So aber Bullinger, S. 17.

47 Vgl. Odendahl, S. 398.

48 Vgl. Tarifposition 99.06 des Gemeinsamen Zolltarifs; Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 2, S. 168, 151 Stichworte: Antiquitäten, antik; Fackler/Konermann, S. 64.

49 Beckmann/Kräkel/Schauenberg, ZfB, 1997, 41, 45; Herchenröder, Die Kunstmärkte, S. 12; Kunstmärkte im Wandel, S. 333f.; Kappus (Stand: 1998), Rn. 2; Klein, S. 152; Ulrich, S. 119; Wrede, S. 25 ff.; vgl. Jaquet, DU – Kulturelle Monatsschrift 1959, Nr. 224, S. 38, 84.

übertragen, das ihm erlaubt, bestimmte Motive nach bestimmten Kriterien zu vervielfältigen.⁵⁰

C. Entstehung und Entwicklung des Kunsthandels

Nicht nur die Kunst blickt auf eine lange Geschichte,⁵¹ auch der Kunsthandel als deren durch professionelle Kunsthändler betriebene Vermittlung und wirtschaftliche Verwertung, bei der sich durch den Abstand zum Kunstproduzenten das Mangelrisiko erhöht. Die ersten Vorläufer der Berufskunsthändler sind phönizische Wanderhändler, gefolgt von hellenischen und römischen Kaufleuten. Auf Kunstwerke spezialisierte Händler waren in der griechischen und römischen Antike noch eine Ausnahme. Es gab jedoch Künstler, die über die eigene Produktion hinaus auch mit Werken ihrer Kollegen Handel trieben.⁵² Im Mittelalter war ein Kunsthandel kaum existent, Künstler waren in erster Linie Auftragskünstler der Kirche. Ein auf Kunst spezialisiertes Berufshändlertum begann erst zur Zeit der späteren Renaissance in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts.⁵³

In den Niederlanden entwickelte sich gegen Ende des 16. Jahrhunderts die Kunstauktion als eigene Handelsform, die seit dem 20. Jahrhundert wirtschaftlich an der Spitze des Kunstmarktes steht.⁵⁴ Sie hat ihre Vorläufer in den Versteigerungen des alten Ägypten und der römischen Hochantike.⁵⁵ Im 18. Jahrhundert beginnt sich die Kunstauktion in England zu etablieren mit den in London gegründeten großen Auktionshäusern Sotheby's und Christie's, die noch heute den Markt beherrschen.⁵⁶ In die Zeit des 18. Jahrhunderts reicht auch der deutsche Kunstauktionshandel zurück, der sich derzeit besonders mit deutscher Kunst des 19. und 20. Jahrhunderts

50 Zu *Lawrence Weiner*: Eichhorn, Interview with Lawrence Weiner, in: Fietzek, S. 131, 141 ff.

51 Sie ist entstanden im Aurignacien des Jungpaläolithikum, Eggers, S. 73. Eine Zeittafel zur Ur- und Frühgeschichte zeigt Bielfeldt in Martin/Krautberger, S. 657f. Rn. 54.

52 Thurn, S. 11 ff.

53 Vgl. Almeroth, S. 10; Boll, S. 12 ff.; Christophersen, S. 8 f.; Hauser, Soziologie der Kunst, S. 540 ff.; Kemp, S. 69, 196, 201, 207; Kornfeld, DU – Kulturelle Monatsschrift 1959, Nr. 224, S. 43, 44; Strauss, Bd. IV, S. 134 Stichwort: Kunsthandel; Rebel, S. 52, 236; Tattersall in Turner, S. 557ff. Stichwort: Art market; Thurn, S. 24 ff.; Würtenberger, S. 65 ff., 74 ff.; ders., NJW 1985, 1586, 1587.

54 Drinkuth, S. 45; Thorncroft in Turner, S. 706 Stichwort: Auction; E. Schneider, DB 1981, 199. Der erste erhaltene Auktionskatalog stammt von 1616, Jahn/Lieb, S. 474 Stichwort: Kunstauktion.

55 Thurn, S. 21; Wilhelm, S. 18 ff.

56 Boll S. 40; Drinkuth, S. 12; N.N., DU – Kulturelle Monatsschrift 1959, Nr. 224, S. 73; Roditi, DU – Kulturelle Monatsschrift 1959, Nr. 224, S. 57 ff.; vgl. Tattersall in Turner, S. 559 Stichwort: Art market; Thorncroft in Turner, S. 706 Stichwort: Auction.