

---

# Ausgewählte juristische Fragen der Bewertung von Kunstwerken

Von Prof. DR. IUR. MARKUS MÜLLER-CHEN, RA

## Inhalt

1.	Einleitung.....
2.	Der Kunstschätzer und die Bewertung von Kunstwerken .....
2.1	Begriff des Kunstschätzers.....
2.2	Vorschriften zur Bewertung von Kunstwerken .....
3.	Der Bewertungsvertrag .....
3.1	Vertragstypus .....
3.2	Inhalt.....
3.3	Pflichten des Kunstschätzers .....
a)	Allgemeine Pflichten .....
b)	Pflichten bei der Schätzung .....
3.4	Vertragliche Haftung des Kunstschätzers.....
3.5	Aufhebung des Vertrags .....
4.	Haftung des Kunstschätzers gegenüber Dritten .....
4.1	Fallkonstellationen .....
4.2	Haftungsgrundlagen .....
a)	Art. 41 Abs. 1 OR .....
b)	Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter .....
c)	Vertrauenshaftung.....
4.3	Einschränkung der Haftung.....
5.	Haftung des gerichtlich bestellten Kunstschätzers.....
6.	Zusammenfassung.....

## 1. Einleitung\*

Die Bewertung von einzelnen Kunstwerken bzw. von ganzen Sammlungen ist ein wichtiger Bestandteil des Kunstmarktes. Nicht nur Laien, sondern auch professionelle Sammler, Galeristen u.a.m. sind auf den Kunstschätzer angewiesen, der sich im Dschungel der verschiedenen Bewertungsmethoden auskennt und über die verschiedenen preisbildenden Faktoren den Überblick hat.

\* Der vorliegende Beitrag ist die leicht veränderte und um Nachweise aus Literatur und Rechtsprechung erweiterte Fassung des anlässlich der Tagung „Kunst und Recht“ am 18. Juni 2010 in Basel gehaltenen Referats. Die Vortragsform wurde beibehalten. Für die Hilfe bei der Erstellung des Fussnotenapparats danke ich ganz herzlich meiner Assistentin Céline Hofer.

In diesem Beitrag werden vor allem die Person und die entgeltliche Tätigkeit des Kunstschätzers, seine Rechte und Pflichten sowie die Folgen einer unsachgemäss ausgeführten Bewertung gegenüber dem Auftraggeber bzw. gegenüber einem Dritten behandelt.

## 2. Der Kunstschätzer und die Bewertung von Kunstwerken

### 2.1 Begriff des Kunstschätzers

Die Bezeichnung "Kunstschätzer" ist weder ein gesetzlich definierter Begriff noch eine geschützte Berufsbezeichnung. So bieten denn auch die verschiedensten Personen ihre Dienste zur Schätzung von Kunst an. Vornehmlich sind es Kunstberater, Kunsthistoriker, Kunsthändler, Auktionshäuser und Online-Services (z.B. Artprice.com). Auch gegenwärtige oder ehemalige Museumskuratoren bewerten im Gebiet ihrer Expertise Kunstwerke, soweit dies, wie z.B. in Frankreich, nicht gesetzlich verboten ist.<sup>1</sup> Manchmal übernehmen es auch Erben eines Künstlers, dessen Werke zu bewerten. Stiftungen, welche den Nachlass eines Künstlers verwalten, schätzen hingegen in der Regel dessen Werke nicht. Sie nehmen aber trotzdem Einfluss auf den Wert eines Kunstwerks durch die Ausstellung von Echtheitszertifikaten oder durch die (Nicht-)Aufnahme des Werks in den catalogue raisonnée.<sup>2</sup>

Die Tatsache, dass es keinen gesetzlich anerkannten Beruf des Kunstschätzers gibt, bringt es auch mit sich, dass für den Nachfrager keine Garantie besteht, dass der Anbieter über die notwendigen persönlichen und fachlichen Qualifikationen verfügt, um eine einwandfreie Bewertung sicherzustellen. In den USA existiert die American Appraiser Association,<sup>3</sup> die gewährleistet, dass ihre Mitglieder unabhängig, unparteilich, fachlich qualifiziert sind und auf die Befolgung eines Code of Ethics verpflichtet sind.<sup>4</sup> Es gibt in der Schweiz im Bereich der Kunstschätzer keine vergleichbare Organisation.

Immerhin: Amtet ein Kunstschätzer in einem Zivilprozess als gerichtlich bestellter Sachverständiger, verlangt die am 1. Januar 2011 in Kraft tretende schweizerische ZPO, dass der Kunstschätzer unabhängig und unparteilich ist (Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 ZPO). Er wird zudem zur Wahrheit und fristgemässen Ablieferung des Gutachtens verpflichtet (Art. 184 Abs. 1 ZPO). Die Erstattung eines falschen Gutachtens und die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist strafbar (Art. 184 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 307 bzw.

<sup>1</sup> DURET-ROBERT, Droit du marché de l'art, Rn. 70.05. KNAPP, S. 93. KIRCHMAIER, Rn. 263. GERLACH, S. 32 ff. GLAUS, S. 110 f. SCHACK, Rn. 144.

<sup>2</sup> Z.B. <http://www.calder.org>; <http://www.warholfoundation.org/faq/index.html>. DE WERRA, Kap. 7/39. LERNER/BRESLER, S. 625. FINDLAY, S. 55 ff. KRAUS, S. 63 ff.

<sup>3</sup> <http://www.appraisersassoc.org>. LERNER/BRESLER, S. 554.

<sup>4</sup> <http://www.appraisersassoc.org/personal-property-appraiser/fine-art-appraisals/find-an-appraiser/PageId/1/LId/0,1,3/Id/3/Code-of-Ethics.html>

---

320 StGB). Fachliche Anforderungen (z.B. eine gewisse Ausbildung) muss der Kunstschätzer aber nicht erfüllen, um als Sachverständiger berufen werden zu können.

Etwas anders ist die Rechtslage in Deutschland. Dort haben Kunstschätzer die Möglichkeit, sich gemäss § 36 GWO für ein bestimmtes Gebiet (z.B. Gemälde) u.a. durch die Industrie- und Handelskammer eines Bundeslandes zum sog. *öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen* ernennen zu lassen.<sup>5</sup> Diese Bezeichnung ist gesetzlich geschützt (§ 132a dtStGB). Dazu muss ein Bewerbungsverfahren durchlaufen werden, welches die persönliche und fachliche Eignung des Kandidaten prüft.<sup>6</sup> Der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige ist der Objektivität verpflichtet, muss unparteilich und weisungsfrei (unabhängig) sein, weshalb er in Gerichtsverfahren vorrangig vor anderen Sachverständigen als Gutachter zum Einsatz kommen soll (§ 404 Abs. 2 dtZPO).

## 2.2 Vorschriften zur Bewertung von Kunstwerken

Es gibt weder in der Schweiz noch in Europa Gesetzesvorschriften oder verbindliche Branchenrichtlinien, wie ein Kunstwerk *lege artis* zu schätzen bzw. zu bewerten ist. Dies hängt mit dem erwähnten Fehlen einer Branchenorganisation zusammen, welche entsprechende Standards ausarbeiten könnte. Die US-amerikanische Appraisers Association hat solche Richtlinien aufgestellt. Die allgemeinen Pflichten des Schätzers finden sich im Code of Ethics, die bei der Bewertung an sich zu befolgenden Pflichten sind in den Elements of a Correctly Prepared Appraisal publiziert. Beide Dokumente konkretisieren die sog. „*Uniform Standards of Professional Appraisal Practice*“ (momentan in der Fassung 2010-2011)<sup>7</sup> der US-amerikanischen Appraisal Foundation,<sup>8</sup> eine gemeinnützigen Stiftung, welche im Auftrag des US-amerikanischen Kongresses allgemeine Bewertungsstandards herausgibt.

Diese Richtlinien sind *Soft Law* und entfalten damit nicht die gleiche Wirkung wie gesetzliche Vorschriften. Sie können jedoch zur Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Schätzers hinzugezogen werden.<sup>9</sup> Zudem ist in der Praxis zu beobachten, dass auch schweizerische und europäische Schätzer sich nach diesen Standards richten, so dass diese als Ausdruck von *best practice* betrachtet werden können.

<sup>5</sup> SCHACK, Rz. 144. DREIER, S. 100.

<sup>6</sup> GERLACH, S. 32 f.

<sup>7</sup> [http://www.uspap.org/2010USPAP/USPAP/stds/std07\\_intro.htm](http://www.uspap.org/2010USPAP/USPAP/stds/std07_intro.htm).

<sup>8</sup> <http://www.appraisalfoundation.org>. LERNER/BRESLER, S. 554.

<sup>9</sup> Siehe dazu unten Kapitel 3.

### **3. Der Bewertungsvertrag**

#### **3.1 Vertragstypus**

Im Regelfall wird der Kunstschätzer entgeltlich tätig sein. Die Erstellung eines Bewertungsgutachtens kann Gegenstand entweder eines Auftrags nach Art. 394 ff. OR oder eines Werkvertrags nach Art. 363 ff. OR sein. Im ersten Fall ist der Schätzer als Beauftragter zur getreuen und sorgfältigen Ausführung des Auftrags verpflichtet (Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR), im zweiten Fall ist ein Erfolg, ein Ergebnis geschuldet. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei Gutachtensverträgen entscheidend, ob das gutachterliche Ergebnis aufgrund objektiver Kriterien nachprüfbar ist und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann.<sup>10</sup> Auch wenn die Bewertung eines Kunstwerks zu einem grossen Teil auf objektiven Kriterien basiert bzw. basieren sollte, bleibt doch ein bedeutender Ermessensspielraum bei der Gewichtung und Evaluierung der einzelnen wertbildenden Faktoren. Es ist daher dafür zu halten, dass der Vertrag zur Erstellung einer Kunstschätzung ein einfacher Auftrag und kein Werkvertrag ist.

#### **3.2 Inhalt**

Gemäss Art. 396 Abs. 1 OR wird der Umfang eines Auftrages primär durch die vertragliche Vereinbarung bestimmt. Wird der Umfang nicht ausdrücklich bezeichnet, bestimmt er sich nach der Natur des zu besorgenden Geschäftes. Daher ist es unabdingbar, dass eine Bewertung den Grund bzw. Zweck nennt, warum ein Kunstwerk oder eine Sammlung bewertet werden soll.<sup>11</sup> Vieles ist denkbar: Verkauf, Steuer- oder Versicherungsfragen, Inventarisierung, Erbschaftsplanung oder -teilung, Gründung einer Stiftung, Schenkung, Eigentumsstreit, vergleichsweise Beilegung von Schadenersatzansprüchen im Prozess, Basis für eine Verpfändung des Objekts etc.

Der Zweck der Schätzung begrenzt damit den Umfang des Auftrags, umschreibt seinen Inhalt und den Gegenstand der Bewertung. Ausserdem spielt er eine Rolle für die Frage, ob der Wiederbeschaffungswert (z.B. für die Versicherung) oder der niedrigere Liquidationswert ermittelt werden soll.

<sup>10</sup> BGE 127 III 328, E. 2c; BGE 4A.51/2007, E 4.3. REMMERS, S. 199. CHAPPUIS, S. 51 f.

<sup>11</sup> GERLACH, S. 47 f. GLAUS, S. 112 f. SCHACK, Rn. 145.

---

### 3.3 Pflichten des Kunstschätzers

#### a) Allgemeine Pflichten

Der Kunstschätzer ist nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet, die Bewertung persönlich vorzunehmen (Art. 398 Abs. 3 OR), zweckmässig zu handeln, die Interessen seines Auftraggebers nach besten Kräften wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was diesen schädigen könnte. Dazu gehört, dass er unabhängig ist und die Bewertung frei von äusserlichen Einflüssen vornimmt. Er unterliegt ferner Geheimhaltungs- und Aufklärungspflichten.<sup>12</sup> Im Sinne der Regel "know your client" ist er zur Identifizierung seines Auftraggebers verpflichtet (Standard Rule 7-2). Darüber hinaus trifft ihn m.E. nach den Umständen des Einzelfalls die Pflicht, sich nach der Herkunft des zu bewertenden Kunstwerks zu erkundigen und bei zweifelhafter Provenance den Auftrag abzulehnen bzw. - bei Verdacht auf Raub- oder Diebesgut - die zuständigen Stellen zu kontaktieren.

Der Schätzer muss, wie bereits gesagt, die Bewertung sorgfältig, d.h. *lege artis*, vornehmen. Das Mass der dabei zu beachtenden Sorgfalt orientiert sich zum einen an den vertraglichen Vorgaben und zum anderen an einem berufs- und fachspezifischen Durchschnittsverhalten.<sup>13</sup> Die Rechtsprechung geht von der nach objektiven Kriterien definierten Sorgfalt eines gewissenhaften Beauftragten aus, berücksichtigt die berufstypischen Verhaltensregeln und Usancen und zieht schliesslich die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls und der Vertragsart in Betracht.<sup>14</sup> Als solche Verhaltensregeln und Usancen können die vorher erwähnten Standards und Richtlinien gelten. Der Schätzer darf ausserdem keine Bewertung übernehmen, der er mangels fachlicher Qualifikation, Ausbildung, Zeit oder ungenügender Hilfsmittel nicht gewachsen ist, ansonsten ihn ein Übernahmeverschulden trifft.<sup>15</sup> Er muss daher u.a. die anerkannten Bewertungsmethoden kennen und anwenden können (Standard Rule 7-1) und sich in seinem Gebiet weiterbilden.

#### b) Pflichten bei der Schätzung

Der Schätzer hat das Kunstwerk zunächst zu inventarisieren. Best practice ist es, dafür die Getty-Checkliste (Objekt ID) zu verwenden.<sup>16</sup> Diese gibt

<sup>12</sup> REMMERS, S. 198.

<sup>13</sup> Siehe dazu MÜLLER-CHEN, Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters, S. 507 ff.; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht BT, S. 316 ff.; HUGUENIN, OR BT, Rn. 789; RENOLD, Kap. 8/89. GLAUS, S. 116.

<sup>14</sup> BGE 115 II 62 ff.; im Grundsatz zustimmend WIEGAND, S. 134, 136 ff. BGE 4C.159/2000, E. 1a.

<sup>15</sup> BGE 124 III 163, E. 3a. REMMERS, S. 197.

<sup>16</sup> <http://www.appraisersassoc.org/personal-property-appraiser/fine-art-appraisals/find-an-appraiser/PageId/1/LId/0,17,29/Id/29/Object-ID.html>.

vor, welche Elemente so präzise wie möglich zu erfassen sind: Urheber, Typ (Gemälde, Skulptur, Uhr etc.), Material (Holz, Bronze, Öl auf Leinwand etc.), Technik (Radierung, Druck, Abguss etc.), Masse (Grösse, Gewicht), Titel, Datierung, Kennzeichen oder Markierungen (z.B. Unterschrift, Widmung, Stempel etc.), besondere Merkmale (z.B. Schäden, Restaurierungen etc.) und das Sujet des Kunstwerks. Eine kurze ergänzende Beschreibung des Werks sollte dessen Provenance (inkl. Ausstellungsgeschichte), bei einem Bild Informationen über den Rahmen und die Rückseite und wo verfügbar die Nummer im catalogue raisonné enthalten. Das Kunstwerk sollte schliesslich fotografiert und ein Exemplar der Fotografie der Bewertung beigelegt werden.<sup>17</sup>

In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob das Werk echt, d.h. authentisch ist. Dazu sind die verschiedensten Quellen heranzuziehen, z.B. der catalogue raisonné, Provenienzen, Expertisen etc. Bei Zweifeln sind andere Experten zu konsultieren, z.B. die bereits erwähnten Stiftungen, die den Nachlass eines Künstlers verwalten, oder dessen Erben.<sup>18</sup>

Die Schätzung wird stark beeinflusst vom jeweils aktuellen Preisniveau auf dem relevanten, meist internationalen, Markt für das betreffende Kunstwerk. Der Schätzer hat daher den relevanten Markt in seinem Gutachten zu bestimmen sowie alle bedeutsamen ökonomischen Umstände zur Zeit der Bewertung zu analysieren und einzubeziehen (Standard Rule 7-3). Er muss dazu einerseits regelmässig persönlich bei Auktionen und Messen den Puls des Markts fühlen. Zum anderen muss er die Preisentwicklung durch Konsultation von Messe- und Auktionsberichten verfolgen (Standard Rule 7-5). Weit aus wichtigste Quelle sind neben den Websites der grossen Auktionshäuser die (kostenpflichtigen) Internet-Datenbanken, welche Millionen von Auktionsergebnissen, Indizes und Kurse für hunderttausende von Künstlern zur Verfügung stellen.<sup>19</sup>

Die eigentliche Schätzung basiert neben den erwähnten Kriterien (Zweck der Bewertung, Identifikation des Objekts, angewandte Bewertungsmethode, Preisniveau vergleichbarer Objekte) auf der Qualität und dem Zustand des Objekts. Die Schätzung wird in der Regel in einer Preisspanne ausgedrückt und in der vom Kunden gewünschten Währung erfolgen. Ergänzt wird die Bewertung um eine Entwicklung des Schätzwerts über eine gewisse Zeitperiode sowie, wenn möglich, mit einer Auflistung einer bestimmten Anzahl von Referenzwerken (Standard Rule 7-4). Dies ist besonders wichtig, wenn die Schätzung für steuerliche oder gerichtliche Zwecke erstellt wird.

Die Bewertung hat ferner die angewandte Bewertungsmethode (für Kunst i.d.R. Marktwertmethode) kurz zu beschreiben und alle für die Erstellung

<sup>17</sup> GERLACH, S. 34. HEUER, S. 693 ff.

<sup>18</sup> KIRCHMAIER, Rn. 262, 269. Chappuis, S. 52. DURET-ROBERT, L'authenticité des oeuvres d'art dans la pratique du marché de l'art, S. 29..

<sup>19</sup> Z.B. <http://www.artprice.com>; [www.artnet.com](http://www.artnet.com).

---

der Bewertung verwendeten Quellen sowie alle im Gutachten getroffenen Annahmen und Vermutungen offenzulegen,<sup>20</sup> so dass der Auftraggeber das Bewertungsergebnis nachvollziehen kann (Standard Rule 8-1). Die Bewertung muss schliesslich datiert, unterschrieben und mit einer Eigenständigkeitserklärung versehen werden (Standard Rule 8-3).

### 3.4 Vertragliche Haftung des Kunstschätzers

Verletzt der Schätzer seine vertraglichen Pflichten, d.h. handelt er unsorgfältig, schuldet er dem Auftraggeber Ersatz für den aufgrund der Sorgfaltpflichtverletzung erlittenen Schaden (Art. 398 OR). Vorausgesetzt ist, dass er nicht nachweisen kann, dass ihn an der Vertragsverletzung kein Verschulden trifft (Art. 97 Abs. 1 OR). Haftungsauslösend ist dabei jedes Verschulden, auch bloss leichte Fahrlässigkeit.<sup>21</sup> Das geringe Verschulden kann bei der Schadenersatzbemessung zu Gunsten des Schätzers berücksichtigt werden.

Ein Vermögensschaden kann z.B. eintreten, wenn das für den Verkauf bewertete Kunstwerk für einen zu niedrigen Preis verkauft wird oder wenn in der Erbteilung ein Erbe aufgrund der unsachgemässen Schätzung benachteiligt wird.

Wenn der Kunstschätzer die Bewertung nach dem erwähnten Massstab nicht richtig erbringt, ist der Auftraggeber zudem befugt, das vereinbarte Honorar zu reduzieren.<sup>22</sup> Im Extremfall kann dies dazu führen, dass bei unsorgfältiger Ausführung des Mandates gar kein Honorar geschuldet ist.<sup>23</sup>

Die Haftung aus dem Vertrag kann nach Massgabe von Art. 100 Abs. 1 OR für leichte Fahrlässigkeit bzw. für Hilfspersonen des Schätzers nach Art. 101 Abs. 2 OR auch für grobe Fahrlässigkeit wegbedungen werden.

### 3.5 Aufhebung des Vertrags

Der Bewertungs- oder Schätzungsvertrag kann gemäss Art. 404 OR sowohl vom Auftraggeber wie vom Kunstschätzer jederzeit aufgelöst werden. Die-

<sup>20</sup> <http://www.appraisersassoc.org/personal-property-appraiser/fine-art-appraisals/find-an-appraiser/PageId/1/LId/0,17,28/Id/28/Elements-of-a-Correctly-Prepared-Appraisal.html>.

<sup>21</sup> Zum Verhältnis zwischen der Vertragsverletzung und dem Verschulden beim Auftrag siehe MÜLLER-CHEN, Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters, S. 507 ff. HUGUENIN, OR BT, Rn. 786. KIRCHMAIER, Rn. 271. CHK-FURRER/WEY, OR 97-98, N. 116 f. i.V.m. OR 99, N. 5 ff. ZK-OSER, OR 99, Rn. 2.

<sup>22</sup> Das volle Honorar ist somit abhängig von der vertragskonformen Erfüllung des Auftrags (BGE 124 III 423). HONSELL, OR BT, S. 324. CHK-GEHRER/GIGER, OR 394, N. 4. BK-FELLMANN, OR 394, Rn. 498.

<sup>23</sup> BAK-WEBER, Art. 394 N 43; weiterführend GRIEDER, S. 1509 ff.

ses Recht ist gemäss (umstrittener) Rechtsprechung zwingend,<sup>24</sup> so dass das jederzeitige Kündigungsrecht vertraglich weder ausgeschlossen noch erschwert werden darf. Die Kündigung muss nicht begründet werden; sie entfaltet ihre Wirkungen ex nunc, d.h. ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung. Die bereits entstandenen Forderungen bleiben gültig, sodass insb. der Auftraggeber den Schätzer für die bereits geleistete Arbeit entschädigen und auch Auslagen- und Verwendungsersatz leisten muss. Eine Schadenersatzpflicht des Auflösenden entsteht nur, wenn der Widerruf bzw. die Kündigung zur Unzeit erfolgt (Art. 404 Abs. 2 OR).

## **4. Haftung des Kunstschätzers gegenüber Dritten**

### **4.1 Fallkonstellationen**

Ein Bewertungsgutachten kann aus verschiedenen Gründen nicht nur dem Auftraggeber, sondern auch Dritten bekannt gemacht werden.<sup>25</sup> Dies kann von den Parteien gewollt sein, wenn z.B. das Bewertungsgutachten seinem Inhalt nach auch für Dritte erstellt und vom Auftraggeber anschliessend zweckgemäss verwendet wurde. Der Eigentümer eines Gemäldes gibt z.B. eine Schätzung in Auftrag, um die Versicherungssumme anpassen zu lassen. Der Bewerter weiss in diesem Fall, dass ein Dritter, d.h. die Versicherung, vom Gutachten Kenntnis nehmen und sich für die Festlegung der Versicherungsdeckung darauf verlassen wird.

Es gibt aber auch Fälle, in denen die Kunstschätzung in die Hände von Dritten gelangt, ohne dass dies ursprünglich so vorgesehen war. Denkbar ist z.B., dass zum Zweck einer Erbteilung eine Sammlung kostbarer Manuskripte bewertet wird. Nach vollzogener Teilung wird die Bewertung Jahre später dem Verkauf der Sammlung zu Grunde gelegt, ohne dass dies ursprünglich so beabsichtigt war. Der spätere Käufer ist kein „intended user“ der Schätzung.

In beiden Fallkonstellationen stellt sich die Frage, ob der Dritte, der nicht Vertragspartei ist, gegenüber dem Kunstschätzer Schadenersatzansprüche hat, wenn er sich auf das Gutachten verlässt, gestützt darauf Vermögensdispositionen tätigt und einen Schaden erleidet, weil sich die Bewertung in irgendeiner Hinsicht als fehlerhaft erweist.

<sup>24</sup> BGE 115 II 464, E. 2a, erneut ausdrücklich bestätigt im BGE 4A.437/2008, E. 1.4 ff. Kritisch: HUGUENIN, OR BT, Rn. 835. HONSELL, OR BT, S. 324 ff. BK-FELLMANN, OR 404, Rn. 104 ff. BAK-WEBER, OR 404, Rn. 9.

<sup>25</sup> Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf Überlegungen, die der Autor in „Probleme des dualistischen Haftungskonzepts“, in: Haftpflichtprozess 2008, hrsg. von WALTER FELLMANN und STEPHAN WEBER, Zürich 2008, S. 13 ff. veröffentlicht hat.

---

## 4.2 Haftungsgrundlagen

### a) Art. 41 Abs. 1 OR

Die Haftung des Kunstschätzers dem vertragsfremden Dritten gegenüber könnte sich zum einen aus Art. 41 Abs. 1 OR ergeben. Dieser Schadenersatzanspruch setzt eine widerrechtliche, verschuldete Schadenszufügung voraus. Im vorliegenden Zusammenhang problematisch ist insb. das Erfordernis der Widerrechtlichkeit. Ein Verhalten gilt als widerrechtlich, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensverbote oder -gebote des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts verstösst.<sup>26</sup>

Unter Vorbehalt bestimmter Rechtfertigungsgründe ist die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter immer widerrechtlich (sog. *Erfolgsunrecht*). Die Verletzung solcher Rechte, wie z.B. Persönlichkeitsrechte, die körperliche Integrität oder das Eigentum, indiziert die Widerrechtlichkeit. Diese wird unabhängig von einem Verstoss gegen eine Verhaltensnorm festgestellt.<sup>27</sup> In dem vorliegend interessierenden Zusammenhang spielt aber die Verletzung solcher absoluter Rechte keine praktische Rolle. Wer sich auf ein fehlerhaftes Gutachten verlässt, erleidet einen reinen Vermögensschaden. Sein Vermögen ist vermindert, ohne dass eine Körperverletzung, Persönlichkeitsverletzung oder ein Sachschaden vorliegt.

Die Beeinträchtigung nur des Vermögens ist widerrechtlich, wenn eine Verhaltensnorm verletzt wird, die dem Schutz vor solchen Schädigungen dient (sog. *Verhaltensunrecht*).<sup>28</sup> Eine solche Schutznorm muss nach ihrem Sinn und Zweck das Vermögen als Individualrecht schützen. Die verletzte Person muss zudem zum geschützten Personenkreis gehören. Für die Haftung des Kunstschätzers wegen eines unrichtigen Gutachtens kommen verschiedene Straftatbestände in Betracht. Zu denken ist z.B. an Art. 146 StGB (Betrug), Art. 151 StGB (arglistige Vermögensschädigung), Art. 251 StGB (Urkundenfälschung), Art. 252 StGB (Fälschung von Bescheinigungen) oder Art. 307 StGB (falsches Gutachten). Es ist jedoch zu beachten, dass die zivilrechtliche Widerrechtlichkeit voraussetzt, dass der Kunstschätzer den Vermögensschaden zumindest eventualvorsätzlich herbeigeführt haben muss.<sup>29</sup>

Im Einklang mit der neueren Lehre ist darüber hinaus dafür zu halten, dass auch der Verstoss gegen die in den verschiedenen Standards niedergelegten

<sup>26</sup> SCHWENZER, Rn. 32.05 ff. ROBERTO, Rn. 42 ff. BGE 119 II 127, E. 3. ZK-OSER, OR 41, Rn. 8. BAK-SCHNYDER, OR 41, Rn. 31. CHAPPUIS, S. 67.

<sup>27</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 11/18. HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Rn. 3 ff. CHK-MÜLLER, OR 41, N. 44. BK-BREHM, OR 41, Rn. 35 ff.

<sup>28</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 11/19. SCHWENZER, Rn. 50.19 ff. CHK-MÜLLER, OR 41, N. 45.

<sup>29</sup> BGE 133 III 323, 333 ff. BK-BREHM, OR 41, Rn. 52a.

berufstypischen Sorgfaltspflichten die Widerrechtlichkeit zu begründen vermag.<sup>30</sup>

b) Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter

Beim aus dem deutschen Recht stammenden Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter erstrecken sich die Schutzpflichten eines Vertrages nicht nur auf den Vertragspartner, sondern auf alle Personen, die nach dem normalen Lauf der Dinge mit der vom Schuldner erbrachten Leistung typischerweise in Berührung kommen. Nach der Rechtsprechung setzt der Schadenersatzanspruch des geschädigten Dritten folgendes voraus:

- Der Dritte muss in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen worden sein (Leistungsnahe). Dies ist der Fall, wenn er den Gefahren des Schuldverhältnisses in gleichem Masse ausgesetzt ist wie der Vertragspartner.<sup>31</sup>
- Der Gläubiger, d.h. der Auftraggeber des Gutachtens, hat ein ausreichendes Interesse am Schutz des Dritten zu haben. Dazu ist notwendig, dass das Gutachten im Verhältnis zu einem Dritten genutzt bzw. zur Vertragsgrundlage gemacht werden soll.<sup>32</sup>
- Die Haftung muss für den Gutachter vorhersehbar sein. Dies bedingt, dass die Leistungsnahe und das Schutzinteresse des Gläubigers gegenüber dem Dritten für den Gutachter erkennbar sein muss.<sup>33</sup> Die Erkennbarkeit wird durch eine Gesamtbetrachtung aller Umstände ermittelt, wobei diese sich bereits aus dem Verwendungszweck des Gutachtens ergeben kann.<sup>34</sup>
- Letztlich muss der Dritte schutzbedürftig sein. Dies ist der Fall, wenn er keine gleichwertigen vertraglichen Ansprüche geltend machen kann. Dabei ist gleichgültig, gegen wen dieser andere vertragliche Anspruch sich richtet.<sup>35</sup>

Gegenüber der deliktischen Haftung aus Art. 41 OR hat der Vertrag mit Schutzwirkung Dritter den Vorteil, dass die vertragliche Regelverjährungsfrist gilt.

Das Institut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist in der Schweiz umstritten. Das Bundesgericht hat dessen Anwendbarkeit in neue-

<sup>30</sup> ROBERTO, Rn. 56. LERNER/BRESLER, S. 604. GLAUS, S. 113.

<sup>31</sup> BGHZ 70, 327, 329 (1977). FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 22/16. SCHWENZER, Rn. 87.04.

<sup>32</sup> PINGER/BEHME, S. 54, 57. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3913.

<sup>33</sup> BGHZ 49, 350, 354 (1968); BGHZ 159, 1 (2004). FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 22/16.

<sup>34</sup> BGHZ 159, 1 (2004). GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3914.

<sup>35</sup> BGHZ 133, 168, 173 (1996). FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 22/17. SCHWENZER, Rn. 87.01.

---

ren Entscheiden offen gelassen,<sup>36</sup> was bedeutet, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass dieses Haftungskonstrukt eines Tages Eingang in die Schweizer Praxis finden wird.

### c) Vertrauenshaftung

Die dargestellten Probleme im Umgang mit den reinen Vermögensschäden haben dazu geführt, dass vor ca. 15 Jahren in der Schweiz neben der Vertrags- und der Deliktshaftung eine dritte Haftungskategorie eingeführt wurde.<sup>37</sup> Diese sog. *Vertrauenshaftung* konnte sich in der Rechtsprechung etablieren, auch wenn sie in der Lehre nicht unumstritten ist.<sup>38</sup>

In der Sache beruht die Haftung darauf, dass jemand Vertrauen bei einem anderen erweckt und dieses anschliessend enttäuscht. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken.<sup>39</sup> Die Haftung setzt voraus, dass die Beteiligten in eine "rechtliche Sonderverbindung" zueinander getreten sind; es wird ein bewusstes oder normativ zurechenbares Verhalten der in Anspruch genommenen Person, d.h. des Kunstschätzers, verlangt. Ein unmittelbarer Kontakt ist nicht notwendig.

Schadenersatzansprüche auf Grundlage der Vertrauenshaftung können somit entstehen, wenn der Kunstschätzer ausdrücklich oder konkludent kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen oder Mitteilungen einzustehen und wenn der Geschädigte im berechtigten Vertrauen darauf nachteilige Vermögensdispositionen getroffen hat.<sup>40</sup>

## 4.3 Einschränkung der Haftung

Angesichts dieses potentiellen Haftungsrisikos fragt es sich, ob und wie der Kunstschätzer seine Haftung begrenzen kann. Zum einen lässt sich dies über eine klare Formulierung des Zwecks der Schätzung bewerkstelligen. Wird das Bewertungsgutachten weitergegeben, kann nur hinsichtlich dieses Zwecks ein Vertrauenstatbestand entstehen. Darüber hinaus ist zu empfehlen, den intendierten Empfängerkreis der Bewertung zu umschreiben und in einer Klausel darauf hinzuweisen, dass das Gutachten nur für diesen Kreis bestimmt sei und sich niemand anderes darauf verlassen dürfe. Dies limitiert die Möglichkeit des Dritten zu behaupten, er habe sich für seine Vermö-

<sup>36</sup> BGE 117 II 315 ff.; BGE 130 III 345, 347 f., E. 1. BGE 121 III 310 E. 4a ff; BGE 120 II 112 E. 3b.cc.ccc. FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 22/15. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 2915. CHAPPUIS, S. 68 f.

<sup>37</sup> Siehe zum Ganzen LOSER, N 1 ff.; BGE 120 II 331. BGE 133 III 449, E. 4.1. ROBERTO, Rn. 280 ff. BK-WEBER, OR 97, Rn. 81.

<sup>38</sup> Zum Ganzen FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 11/65. KOLLER, §28/49. CHAPPUIS, S. 69 ff.

<sup>39</sup> BGE 124 III 297, 304, E 6a. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 982e ff.

<sup>40</sup> BGE 130 III 345, E 2.2. HUGUENIN, OR AT, Rn. 1005.

gendsdisposition auf die Bewertung verlassen dürfen. Dadurch kann das Risiko minimiert werden, aus einer auf Vertrauen basierenden Haftungsgrundlage in Anspruch genommen zu werden.<sup>41</sup>

## **5. Haftung des gerichtlich bestellten Kunstschätzers**

Der gerichtlich bestellte Kunstschätzer muss unabhängig und unparteilich sein, ist zur Wahrheit verpflichtet und muss ein vollständiges, klar formuliertes und genügend begründetes Gutachten fristgemäss erstatten (Art. 183 Abs. 2, 184 Abs. 1 und 188 Abs. 2 ZPO). Die ZPO regelt nicht nur die Pflichten, sondern auch – zumindest gewisse – Folgen einer mangelhaften Erfüllung des gerichtlichen Sachverständigenmandats.

Wird das Gutachten nicht fristgemäss abgeliefert, kann das Gericht den Auftrag widerrufen und eine andere sachverständige Person beauftragen (Art. 188 Abs. 1 ZPO). Dies entspricht der Regelung von Art. 404 OR (jederzeitiger Widerruf eines Auftrags). Die ZPO schweigt aber zum Honoraranspruch des Sachverständigen in diesem Fall. In Analogie zu Art. 404 OR hat m.E. der Kunstschätzer Anspruch auf Entschädigung der bis zum Widerruf geleisteten Arbeit. Eine Besonderheit besteht lediglich darin, dass der gerichtliche Entscheid über die Entschädigung von den Parteien mit Beschwerde anfechtbar ist (Art. 184 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Art. 319 ff. ZPO).

Liefert der Schätzer ein unklares, unvollständiges oder nicht gehörig begründetes Gutachten ab, d.h. erfüllt er den Auftrag schlecht, kann das Gericht auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen das Gutachten zur Überarbeitung, Ergänzung oder Erläuterung an den Gutachter zurückweisen oder eine andere sachverständige Person beiziehen (Art. 188 Abs. 2 ZPO). In der Sache ist dies eine Art Nacherfüllungs- bzw. Ersatzvornahmeanspruch. Für den damit verbundenen Zusatzaufwand kann der Schätzer keine Entschädigung geltend machen.

Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass die sachverständige Person diejenigen Mehrkosten zu tragen hat, die infolge der Mängel des Gutachtens entstehen (Art. 108 ZPO).<sup>42</sup>

## **6. Zusammenfassung**

Der Kunstschätzer spielt auf dem Kunstmarkt eine wichtige Rolle. Der Begriff des „Kunstschätzers“ ist gesetzlich nicht definiert und es existieren keine Vorschriften zur Bewertung von Kunstwerken. Für die Bewertung muss deshalb auf die Richtlinien der US-amerikanischen Appraisal Foundation bzw. Association zurückgegriffen werden.

<sup>41</sup> LERNER/BRESLER, S. 626 ff. CHAPPUIS, S. 72 f. GERLACH, S. 65 ff. SCHACK, Rn. 152.

<sup>42</sup> Botschaft ZPO, S. 7325.

---

Das Bewertungsgutachten wird aufgrund des beachtlichen Ermessensspielraumes des Bewerter regelmässig als Auftrag zu qualifizieren sein. Der Inhalt dieses Auftrags ergibt sich aus dem Zweck der Schätzung. Der Kunstschätzer hat einerseits allgemeine Pflichten, andererseits ergeben sich besondere Pflichten bei der Schätzung. So muss er unter anderem das Kunstwerk inventarisieren, die Echtheit prüfen und den relevanten Markt beurteilen. Für unsorgfältiges Arbeiten ist dem Auftraggeber Schadenersatz geschuldet und dieser kann das Honorar reduzieren. Beide Parteien können den Vertrag jederzeit ex nunc auflösen.

Werden durch das Gutachten vertragsfremde Dritte geschädigt, können sich Schadenersatzansprüche aus Art. 41 Abs. 1 OR, aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter oder aus der Vertrauenshaftung ergeben. Der Kunstschätzer hat die Möglichkeit, seine Haftung einzuschränken.

Stellung, Pflichten und Haftung des gerichtlich bestellten Kunstschätzers ergeben sich primär aus der ZPO, daneben ist auch das materielle Auftragsrecht massgeblich.

## Bibliographie

- CAPPUIS, CHRISTINE, *L'authentification d'œuvres d'art: Responsabilité de l'expert et qualification du contrat en droit Suisse*, in: QUENTIN BYRNE-SUTTON/MARC-ANDRÉ RENOLD (Hrsg.), *L'expertise dans la vente d'objets d'art: aspects juridiques et pratiques: actes d'une rencontre organisée le 7 octobre 1991*, Bd. 19, Zürich 1992, S. 47-74.
- DE WERRA, JACQUES, *Kunst und geistiges Eigentum*, in: PETER MOSIMANN/MARC-ANDRÉ RENOLD/ANDREA F. G. RASCHÈR (Hrsg.), *Kunst Kultur Recht*, Basel 2009, S. 439-521.
- DREIER, THOMAS K., *The legal status of the art expert in Germany*, in: QUENTIN BYRNE-SUTTON/MARC-ANDRÉ RENOLD (Hrsg.), *L'expertise dans la vente d'objets d'art: aspects juridiques et pratiques: actes d'une rencontre organisée le 7 octobre 1991*, Bd. 1, Zürich 1992, S. 99-110.
- DURET-ROBERT, FRANÇOIS, *Droit du marché de l'art*, Paris 2007.
- DURET-ROBERT, FRANÇOIS, *L'authenticité des oeuvres d'art dans la pratique du marché de l'art*, in: QUENTIN BYRNE-SUTTON/MARC-ANDRÉ RENOLD (Hrsg.), *L'expertise dans la vente d'objets d'art: aspects juridiques et pratiques: actes d'une rencontre organisée le 7 octobre 1991*, Bd. 19, Zürich 2004, S. 29-37.
- FINDLAY, MICHAEL, *The Catalogue Raisonné*, in: RONALD D. SPENCER (Hrsg.), *The expert versus the object: Judging fakes and false attributions in the visual arts*, Oxford 2004, S. 55-62.
- FURRER, ANDREAS/MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Zürich 2008.
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/EMMENEGGER, SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I und II, Zürich 2008.
- GERLACH, TILO, *Die Haftung für fehlerhafte Kunstexpertisen*, Baden-Baden 1998.
- GLAUS, BRUNO, *Die Haftung des Experten*, in: IVO SCHWANDER/PETER STUDER (Hrsg.), *Neuigkeiten im Kunstrecht*, St. Gallen 2008, S. 109-126.

- 
- GRIEDER, THOMAS, *Schadenersatz und Honorarreduktion*, in: Aktuelle juristische Praxis, 2008(12), S. 1509-1516.
- HEUER, CARL-HEINZ, *Die Bewertung von Kunstgegenständen*, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2008(11), S. 689-697.
- HONSELL, HEINRICH, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich 2005.
- HONSELL, HEINRICH, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, 8. Aufl., Bern 2006.
- HUGUENIN, CLAIRE, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Zürich 2008.
- HUGUENIN, CLAIRE, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 2008.
- KIRCHMAIER, ROBERT, *Kunstsachverständige und Expertisen*, in: KLAUS EBLING/MARCEL SCHULZE (Hrsg.), *Kunstrecht*, S. 242-245, München 2007.
- KNAPP, BLAISE, *La réglementation de la profession d'expert en objets d'art (principes généraux)*, in: QUENTIN BYRNE-SUTTON/MARC-ANDRÉ RENOLD (Hrsg.), *L'expertise dans la vente d'objets d'art: aspects juridiques et pratiques: actes d'une rencontre organisée le 7 octobre 1991*, Bd. 1, Zürich 2004, S. 93-98.
- KOLLER, ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts*, 3. Aufl., Bern 2009.
- KRAUS, PETER, *The Role of the Catalogue Raisonné in the Art Market*, in: RONALD D. SPENCER (Hrsg.), *The expert versus the object: Judging fakes and false attributions in the visual arts*, Oxford 2004, S. 63-71.
- LERNER, RALPH E./BRESLER, JUDITH, *Art Law: the guide for collectors, investors, dealers and artists*, Bd. 1, 3. Aufl., New York 2005.
- LOSER, PETER, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht: Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung*, Bern 2006.

- MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Probleme des dualistischen Haftungskonzepts*, in: WALTER FELLMANN/STEPHAN WEBER (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2008*, Zürich 2008, S. 13-26.
- MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters*, in: PIERRE TERCIER/MARC AMSTUTZ/ALFRED KOLLER/JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI (Hrsg.), *Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht - Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Zürich 2004, S. 507-518.
- PINGER, WINFRIED/BEHME, CASPAR, *Die Haftung Sachverständiger für fehlerhafte Wertgutachten*, in: *Der Sachverständige*, 2009(3), S. 54-63.
- REMMERS, ELISABETH, *Die Haftung des Kunstsachverständigen*, in: THOMAS HOEREN/BERND HOLZNAGEL/THOMAS ERNSTSCHNEIDER (Hrsg.), *Handbuch Kunst und Recht*, Frankfurt am Main 2008, S. 189-215.
- RENOLD, MARC-ANDRÉ, *Vertragsverhältnisse in der Welt der bildenden Kunst und der Museen*, in: PETER MOSIMANN/MARC-ANDRÉ RENOLD/ANDREA F. G. RASCHÈR (Hrsg.), *Kunst Kultur Recht*, Basel 2009, S. 523-561.
- ROBERTO, VITO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002.
- SCHACK, HAIMO, *Kunst und Recht*, 2. Aufl., Tübingen 2009.
- SCHWENZER, INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Bern 2009.
- SIEHR, KURT, *Fälschung im Kunstrechtsstreit*, in: MATHIAS WELLER/ NICOLAI KEMLE/ THOMAS DREIER/ PETER MICHAEL LYNEN (Hrsg.), *Kunst im Markt - Kunst im Recht*, Zürich 2010, S. 145-162.
- WIEGAND, WOLFGANG, *Zur Haftung für Dienstleistungen, Urteilsanmerkung zu BGE 115 II 62*, in: *recht*, 4/1990, S. 134-143.

*Internetseiten zuletzt besucht am 13. August 2010.*