

Picasso und van Gogh im Spiegelbild – Überlegungen zum Grundlagenirrtum im Kunstrecht

THOMAS KOLLER/JON S. PLOTKE*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	364
1.	Der Ausgangsfall.....	364
2.	Das Problem.....	365
II.	Der Grundlagenirrtum in den „Unechtheits-Fällen“.....	367
1.	Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den „Unechtheits-Fällen“.....	368
a)	Der „Chah-Abbaz-Fall“.....	368
b)	Der „Léopold-Robert-Fall“.....	369
c)	Der „van Gogh-Fall“.....	369
d)	Der „Picasso-Fall 1“.....	370
e)	Der „Gallé-Fall 2“.....	370
2.	Analyse der Irrtumsproblematik bei „Unechtheits-Fällen“.....	371
a)	Vorbemerkung.....	371
b)	Die (formale) Subsumtion der „Unechtheits-Fälle“ unter Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.....	372
c)	Das Problem der angemessenen Risikozuweisung.....	373
d)	Ausblick.....	376
III.	Der Grundlagenirrtum in „Echtheits-Fällen“.....	377
1.	Vorbemerkung.....	377
2.	Überblick über die Rechtslage in Deutschland bei den „Echtheits-Fällen“.....	377
a)	Der „Leibl-statt-Duveneck-Fall“.....	378
b)	Der „Mozart-Noten-Fall“.....	378
c)	Beurteilung dieser Fälle in der deutschen Literatur.....	379
3.	Analyse der Irrtumsproblematik bei „Echtheits-Fällen“.....	380
a)	Die anders gelagerte Struktur der „Echtheits-Fälle“.....	380
b)	Das anders gelagerte Risikoverteilproblem.....	381

* Die Autoren danken Frau stud. iur. Monika Binz, Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Das Manuskript wurde am 30. September 2006 abgeschlossen.

4.	Fallgruppen möglicher „Echtheits-Fälle“	382
a)	Fälle, in denen das verkaufte Werk nach den gemeinsamen Vorstellungen der Parteien von einem bestimmten Künstler stammen sollte	382
b)	Fälle des Verkaufs einer Kopie und des bewussten Ausschlusses eines bestimmten Urhebers.....	384
c)	Fälle, in denen kein spezifischer Künstler als Urheber vereinbart wurde	385
d)	Fälle mit bewusster Unkenntnis des Urhebers seitens des Verkäufers.....	386
IV.	Schluss	387

I. Einleitung

1. Der Ausgangsfall

BRUNO HUWILER, dem diese Festschrift gewidmet ist, hat sich in seinem Beitrag für die Festgabe unserer Fakultät zum Schweizerischen Juristentag 1988 in der ihm eigenen gründlichen Art in kritischer und fundierter Weise mit der Frage auseinandergesetzt, ob dem früheren Eigentümer gegen den „Fahrniseigentümer kraft Ersitzung“ ein Bereicherungsanspruch zusteht¹. Zur Illustration des ihn interessierenden Problems bediente er sich dabei des folgenden Ausgangsfall:

„Der Verkäufer V. veräussert dem Käufer K. ein unsigniertes Bild des ausgehenden 18. Jahrhunderts zu einem angemessenen Preis von Fr. 11'000.-. Acht Jahre nach Abwicklung dieses Geschäftes stellt sich – ausgelöst durch einen Zufall – heraus, dass es sich beim seinerzeitigen Kaufgegenstand um ein Originalgemälde eines sehr gesuchten Meisters jener Epoche handelt. Der Wert des Bildes wird von Experten nunmehr auf rund Fr. 800'000.– geschätzt. Damit stellt sich die Frage – der Fall hat sich in etwa so ereignet –, ob V. allenfalls rechtliche Möglichkeiten besitze, entweder das Bild wieder herauszuverlangen oder doch wenigstens an dessen jetzigem objektivem Wert zu partizipieren.“

Unmittelbar im Anschluss an diesen Ausgangsfall führt der Jubilar dieser Festschrift aus: „Unstreitig ist, dass V. den Kaufvertrag, auch acht Jahre nach

¹ BRUNO HUWILER, Zum Bereicherungsanspruch gegen den Fahrniseigentümer kraft Ersitzung: Eine rechtsvergleichende Fallstudie, in: Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, dargeboten von der juristischen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, hrsg. von GUIDO JENNY und WALTER KÄLIN, Bern 1988, S. 99 ff.

dessen Abschluss, wegen eines Willensmangels – in casu handelt es sich um einen Grundlagenirrtum – gemäss Art. 31 OR erfolgreich anfechten kann, falls er dies binnen Jahresfrist nach der Entdeckung des Irrtums tut.² Anschliessend widmet sich Huwiler einlässlich der ihn interessierenden Frage, ob der irrende Verkäufer, der das Bild beim Käufer nicht mehr vindizieren kann, weil dieser längst kraft Ersitzung Eigentum am Kaufgegenstand erworben hat, den Irrtumsgegner wenigstens aus ungerechtfertigter Bereicherung belangen kann.

2. Das Problem

Als unbefangener Leser ist man auf den ersten Blick spontan geneigt, der Aussage zuzustimmen, hier liege beim Verkäufer ein Grundlagenirrtum vor. Wer kennt nicht die *berühmten Fälle aus dem Kunsthandel*, die das Bundesgericht in den letzten Jahrzehnten beschäftigt haben? Im einen Fall glaubte der Käufer ein Bild des Malers *van Gogh*³, im andern Fall von *Picasso*⁴ gekauft zu haben. In beiden Fällen stellte sich erst viele Jahre nach Abwicklung des Kaufes heraus, dass die Bilder nicht echt waren. Da allfällige *Sachmängelgewährleistungsansprüche* jeweils längst verwirkt und verjährt waren⁵, blieb den Käufern nichts anderes übrig, als sich auf Grundlagenirrtum zu berufen, wenn sie ihr Geld zurückhaben wollten⁶. In beiden (sowie in weiteren⁷) „Unechtheits-Fällen“ hat das Bundesgericht nicht nur den Grundlagenirrtum bejaht, sondern auch – was ihm eine Menge an Kritik eingebracht hat⁸ – ausdrücklich erklärt, der Käufer könne sich stets alternativ auf Sachmängelgewährleistung oder auf Willensmängel berufen; das Sachmängelgewährleis-

² A.a.O., S. 99 f.

³ BGE 82 II 411.

⁴ BGE 114 II 131.

⁵ Siehe dazu Art. 210 OR.

Im „van Gogh-Fall“ berief sich der Käufer rund 3 ¼ Jahre, im „Picasso-Fall“ gar erst rund 11 Jahre nach Übergabe des Bildes auf die Unechtheit.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass das Bundesgericht in BGE 56 II 424 E. 4 S. 428 ff. („Léopold-Robert-Fall“) aus der vom Verkäufer bei Vertragsschluss ausdrücklich abgegebenen Echtheitsgarantie auf eine (stillschweigende) Vereinbarung auf Verlängerung sowohl der Verwirkungs- als auch der Verjährungsfrist i.S.v. Art. 210 Abs. 1 OR auf 10 Jahre schloss.

⁶ Letztlich gelang dies dem Käufer im „Picasso-Fall“ (BGE 114 II 131) trotz erfolgreicher Berufung auf Grundlagenirrtum allerdings nicht, weil das Bundesgericht den kondiktionsrechtlichen Rückforderungsanspruch als verjährt betrachtete (Art. 67 OR).

⁷ Siehe dazu sogleich im Text.

⁸ Siehe dazu etwa die Nachweise in BGE 114 II 131 E. 1 S. 133 ff.; vgl. zum „Picasso-Entscheid“ HANS MERZ, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 1988, Obligationenrecht, ZBJV 1990, S. 252 ff., spez. S. 255 ff.; WOLFGANG WIEGAND, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989, S. 101 ff.; PETER GAUCH, SAG 1989, S. 152 ff.; PAUL PIOTET, À propos de l'arrêt „Picasso“, JdT 1988 I 519 ff.

tungsrecht verdränge die Willensmängelregeln nicht⁹. Der von HUWILER verwendete Ausgangsfall – ein von den Vertragsparteien als „gewöhnliches“ Bild eingestuftes Kaufgegenstand erweist sich im Nachhinein als von einem berühmten Künstler stammend – erscheint prima vista wie das Spiegelbild des „van Gogh-Falles“ und des „Picasso-Falles“. Warum sollte sich da nicht der Verkäufer – wie in den „Unechtheits-Fällen“ der Käufer – auf Grundlagenirrtum berufen können?¹⁰ Warum sollte das unerwartete Vorhandensein einer Eigenschaft keinen Grundlagenirrtum für den Verkäufer bedeuten, wenn das unerwartete Fehlen einer Eigenschaft einen Grundlagenirrtum beim Käufer bewirkt? Warum sollte ein „negativer“ Sacheigenschaftsirrtum des Verkäufers rechtlich nicht ebenso relevant sein wie ein „positiver“ Sacheigenschaftsirrtum des Käufers?

Bei näherer Betrachtung kommen dem kritischen Leser allerdings gewisse Zweifel. Sind die beiden Fallkonstellationen wirklich ohne weiteres und unter allen Umständen vergleichbar? Kann sich der Verkäufer V. im Ausgangsfall – den man im Gegensatz zu den „Unechtheits-Fällen“ bildhaft und verkürzt als „Echtheits-Fall“ etikettieren könnte – wirklich stets auf Grundlagenirrtum berufen, ohne dass dies näher begründet werden muss? Ist es sachgerecht, wenn er von einem unerwarteten allfälligen Gewinn profitiert oder gebührt „der Gewinn der nachträglichen Entdeckung“ nicht eher „demjenigen, dem das Bild zur Zeit der Entdeckung gehört“¹¹?

Die Rechtsprechung hatte sich in der Schweiz soweit ersichtlich mit dieser Problematik noch nicht zu befassen¹², und in der gängigen Literatur zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts wird diese „spiegelbildliche“ Fallkonstellation kaum thematisiert; Ausnahmen bilden ALFRED KOLLER, der (auch) für diesen Fall einen Grundlagenirrtum ausdrücklich bejaht, sowie PETER GAUCH, welcher diese Konstellation bloss mit der Bemerkung erwähnt, die leidige Frage der Alternativität (von Willensmängelanfechtung und Sachmängelgewährleistung) entfalle selbstverständlich dann, wenn sich der Verkäufer auf Grundlagenirrtum berufe, weil er über die Urheberschaft des verkauften Bildes im Irrtum gewesen sei, ohne dass GAUCH ausdrücklich

⁹ Die alternative Anwendbarkeit der beiden Rechtsbehelfe (Willensmängelregeln einerseits und Sachmängelgewährleistungsregeln andererseits) geht auf eine jahrzehntelange Rechtsprechung zurück (siehe dazu die Nachweise in BGE 82 II 411 E. 6b S. 420).

¹⁰ Dass sich in dieser Fallkonstellation anders als bei den „Unechtheits-Fällen“ die Frage der Konkurrenz zwischen Sachmängelgewährleistungsregeln und Willensmängelregeln nicht stellt, ist offenkundig.

¹¹ So eine treffende Formulierung von WERNER FLUME, Der Kauf von Kunstgegenständen und die Urheberschaft des Kunstwerks, JZ 1991, S. 633 ff. spez. S. 634.

¹² Weshalb „Echtheits-Fälle“ in der Gerichtspraxis anders als „Unechtheits-Fälle“ kaum je vorkommen, liegt auf der Hand. Ein Verkäufer, der ein Kunstwerk als Kopie, Nachahmung etc. veräussert hat, wird nachträglich nur selten erfahren, dass er in Wirklichkeit ein wertvolles Original verkauft hat. Jedenfalls wird es der vorsichtige Käufer unterlassen, den Verkäufer über diesen Umstand zu orientieren, um nicht eine Irrtumsanfechtung zu provozieren.

Stellung zur Frage nimmt, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen diesfalls ein Grundlagenirrtum vorliegt¹³. Eine weitere Ausnahme, die aber soweit ersichtlich in der späteren Lehre interessanterweise keinen Widerhall gefunden hat, findet sich bei SCHNEIDER/FICK in ihrem Kommentar zum Eigenschaftsirrtum nach Art. 19 Ziff. 3 aOR – im weitesten Sinne eine Art „Vorgängernorm“ zu Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und Vorbild für § 119 Abs. 2 BGB¹⁴; diese beiden Autoren führen als Beispiel den Verkauf eines Rings mit einem echten Diamanten an, den die Verkäufer für einen blossen Rheinkiesel halten und daher mit Recht zurückfordern würden¹⁵.

Grundlegend anders verhält es sich demgegenüber im deutschen Recht; deutsche Gerichte hatten sich schon mit „Echtheits-Fällen“ zu befassen, und dementsprechend wird diese Fallkonstellation in der deutschen schuldrechtlichen Literatur eingehender behandelt¹⁶.

Im Folgenden möchten wir aufzeigen, dass die Frage, ob sich der Verkäufer in einem „Echtheits-Fall“ gleich wie der Käufer in einem „Unechtheits-Fall“ auf einen Grundlagenirrtum berufen kann, wesentlich heikler ist, als man auf den ersten Blick meinen könnte, und dass daher eine differenzierte Betrachtungsweise notwendig ist¹⁷.

II. Der Grundlagenirrtum in den „Unechtheits-Fällen“

Der „van Gogh-Fall“ und der „Picasso-Fall“ sind sicher die in der schweizerischen Vertragsrechtslehre bekanntesten „Unechtheits-Fälle“, in denen sich das Bundesgericht mit der Frage der Alternativität der beiden Rechtsbehelfe des Willensmängelrechts und des Sachmängelgewährleistungsrechts auseinandersetzen hatte; die ersten und einzigen solchen Fälle waren sie aber

¹³ ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Band I, Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen, Bern 2006, § 14 Rz. 41. GAUCH [Fn. 8], S. 155. Beide Autoren verweisen dabei auf das Urteil des BGH vom 8. Juni 1988 – VIII ZR 135/87 München, NJW 1988, S. 2597 ff. (vgl. zu diesem Urteil unten Kap. III. 2. a).

¹⁴ Vgl. dazu unten Kap. III. 1.

¹⁵ A. SCHNEIDER/H. FICK, Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, Zürich 1891, Art. 19 [aOR] N 3.

Vgl. auch das Beispiel, a.a.O.: „So wenn Jemand ... die Copie eines Calame für ein Original ansieht, und *umgekehrt*.“ (Hervorhebung von uns).

¹⁶ Vgl. dazu unten Kap. III. 2.

¹⁷ Wir haben das Problem im Rahmen einer Übung mit Studierenden auf Bachelorstufe besprochen. Interessanter- und erfreulicherweise kam dabei eine intensive Diskussion mit höchst kontroversen Standpunkten auf. Längst nicht alle Studierenden waren ohne weiteres gewillt, den hier interessierenden Fall gleichsam als Spiegelbild des „van Gogh-Falles“ und des „Picasso-Falles“ aufzufassen.

beileibe nicht. Bereits in zwei früheren Urteilen musste sich unser höchstes Gericht ebenfalls mit diesem Problem befassen¹⁸.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert nun die Frage, wie das Bundesgericht in diesen „Unechtheits-Fällen“ das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines Grundlagenirrtums auf Seiten des Käufers begründete und welche Schlüsse daraus für den „positiven“ Sacheigenschaftsirrtum gezogen werden können.

1. Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den „Unechtheits-Fällen“

a) Der „Chah-Abbaz-Fall“¹⁹

Im Jahr 1926 hatte sich das Bundesgericht erstmals mit diesem Problemkreis auseinanderzusetzen. Kaufgegenstand war ein teurer Perserteppich „Chah Abbaz“, von dem sich später herausstellte, dass es sich in Wirklichkeit bloss um einen Teppich „Tébriz, dessin Chah Abbaz“ handelte. Der Verkäufer hatte in diesem Fall eine ausdrückliche Echtheitsgarantie („Authenticité garantie“) abgegeben.

Die 1. Zivilabteilung untersuchte in ihren Urteilerwägungen in beinahe lehrbuchartiger Weise die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR²⁰. Das Kriterium der *subjektiven Wesentlichkeit* konnte sie dabei aufgrund einer (überzeugenden) Würdigung der Umstände des konkreten Falles problemlos als erfüllt betrachten: Der Käufer war offenkundig der (irrigen) Auffassung gewesen, einen echt antiken Orientteppich von hohem Wert zu kaufen, und dieser Umstand war für ihn für den Vertragsschluss entscheidend. Interessanter sind die Äusserungen des Bundesgerichts zu den Tatbestandsmerkmalen der *objektiven Wesentlichkeit* und der *Erkennbar-*

¹⁸ Siehe dazu sogleich unten (Kap. II.1).

Auch die kantonalen Gerichte hatten sich mit verschiedenen „Unechtheits-Fällen“ zu befassen (vgl. dazu die Nachweise bei BRUNO SCHMIDLIN, in: Commentaire Romand, Code des obligations I, [édit. LUC THÉVENOZ et FRANZ WERRO], Basel 2003, [im Folgenden: CR CO I-SCHMIDLIN], art. 23–24 CO N 48 Anm. 53, sowie bei BRUNO SCHMIDLIN, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1 b, Mängel des Vertragsschlusses, Kommentar zu Art. 23–31 OR, [hrsg. HEINZ HAUSHEER], Bern 1995, [im Folgenden: BK-SCHMIDLIN], Art. 23/24 N 469).

¹⁹ BGE 52 II 143.

²⁰ BGE 52 II 143 S. 146 f.

Siehe zu den Tatbestandsmerkmalen des Grundlagenirrtums in der heutigen Literatur etwa PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, Band I (im Folgenden: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID), N 776 ff.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, Rz. 37.24 ff.; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 206 f.; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 327 ff.

keit²¹. Dazu führt es kurz und knapp aus: Der Käufer „... était convaincu, et il pouvait l'être de bonne foi, que la défenderesse lui vendait une pièce ancienne authentique de grande valeur et non la reproduction moderne d'un tapis ancien. Et son erreur a porté sur un fait que la loyauté commerciale lui permettait de considérer comme un élément nécessaire du contrat. (...) Enfin, le vendeur, qui a donné la garantie stipulée, a dû se rendre compte que l'acheteur voulait et croyait faire l'acquisition d'un tapis ancien véritable.“²²

b) Der „Léopold-Robert-Fall“²³

In diesem Fall hatte der Käufer – ebenfalls mit einer ausdrücklichen Echtheitsgarantie des Verkäufers – ein Bild erworben, das vermeintlich vom Genremaler Léopold Robert stammte, was sich im Nachhinein aber als unzutreffend erwies. Das Bundesgericht setzte sich in seinen Erwägungen einerseits mit der – hier nicht interessierenden – Frage der Konkurrenz zwischen Sachmängelgewährleistungsregeln und Willensmängelregeln sowie andererseits mit dem (vom beklagten Verkäufer aufgeworfenen) Problem, ob sich ein Grundlagenirrtum auf einen Vertragsbestandteil beziehen müsse, auseinander, während es das Kriterium der objektiven Wesentlichkeit nicht diskutierte. Ganz offenkundig war für das Bundesgericht dieses (zentrale) Tatbestandselement des Grundlagenirrtums in casu ohne weiteres erfüllt.

c) Der „van Gogh-Fall“²⁴

Kaufgegenstand in diesem Fall war ein Gemälde, das in zahlreichen kunstgeschichtlichen Werken als „Selbstporträt des Malers van Gogh“ aufgeführt war. Im Nachhinein stellte sich heraus, dass das Bild in Wirklichkeit von der Pariser Malerin Judith Gérard als Kopie eines Selbstportraits von van Gogh angefertigt worden war. Das Bundesgericht bejahte das Vorliegen der objektiven Wesentlichkeit mit den Worten: „Die Echtheit des Gemäldes, die beim Vertragsschluss von beiden Parteien als gegeben vorausgesetzt wurde, stellt einen Umstand dar, der bei objektiver Betrachtung vom Standpunkt des loya-

²¹ Mit dem Kriterium der Erkennbarkeit ist gemeint, dass der Irrtumsgegner die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts für den Irrenden erkannt haben muss oder zumindest hätte erkannt haben können. Nicht erforderlich ist, dass der Kontrahent den Irrtum seiner Gegenpartei erkannt hat (SCHWENZER [Fn. 20], Rz. 37.27; BGE 118 II 297 E. 2b S. 300; BGE 110 II 293 E. 5b S. 303).

In der Lehre ist umstritten, ob die Erkennbarkeit im umschriebenen Sinne überhaupt eine Tatbestandsvoraussetzung des Grundlagenirrtums ist (befürwortend SCHWENZER [Fn. 20], Rz. 37.27; BUCHER [Fn. 20], S. 207; ENGEL [Fn. 20], S. 332; ablehnend GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [Fn. 20], N 781, m.w.Nw. zum Meinungsstand).

²² BGE 52 II 143 S. 147 (Hervorhebungen von uns).

²³ BGE 56 II 424.

²⁴ BGE 82 II 411.

len Geschäftsverkehrs aus als unerlässlich erscheint, so dass ein Irrtum über ihn nicht als blosser unbeachtlicher Motivirrtum angesehen werden kann. (...) Ein Irrtum über die Echtheit eines Gemäldes ist denn auch in der Rechtsprechung (BGE 56 II 424 ff.) als Grundlagenirrtum anerkannt worden.²⁵

d) Der „Picasso-Fall 1“²⁶

In diesem Fall hatte der Verkäufer – wiederum mit ausdrücklicher Echtheitsgarantie – eine Tuschzeichnung „Modèle et Sculpture“ veräussert, die mit „Picasso“ signiert war. Etliche Jahre später vertrat ein „Comité Picasso“ die Auffassung, die Zeichnung stamme nicht von Picasso. In Bezug auf das Kriterium der objektiven Wesentlichkeit führte das Bundesgericht unter Hinweis auf seine Rechtsprechung in den drei oben skizzierten Fällen aus, die Echtheit eines Kunstwerkes gehöre zur notwendigen Geschäftsgrundlage, weshalb sich eine falsche Vorstellung darüber grundsätzlich nicht als blosser Irrtum im Beweggrund ausgeben lasse. Von besonderer Bedeutung sei dabei, dass die Urheberschaft namentlich dann, wenn sie einem berühmten Künstler zugeschrieben werde, auch den Wert des Werkes beeinflusse, der Käufer den danach bestimmten Preis aber nicht bezahlt haben würde, wenn er von der Echtheit des Werkes nicht überzeugt gewesen wäre²⁷.

e) Der „Gallé-Fall 2“²⁸

In einem weiteren Kunsthandels-Fall, dem „Gallé-Fall 2“, befasste sich das Bundesgericht sodann mit der Frage, wie sich eine *Gewährleistungswegbedingungs-* bzw. *Gewährleistungsmodifikationsklausel* im Kaufvertrag auf die spätere Berufung des Käufers auf einen Grundlagenirrtum auswirkt. Die Käuferin, nach eigenem Bekunden Kennerin der Vasen des Künstlers Emile Gallé („estimant être elle-même experte en matière de vases de Gallé“), hatte eine „vase de tristesse“ von Gallé zum Preis von Fr. 400'000.– erworben. Die Verkäuferin, welche von Gallé-Vasen nichts verstand, hatte im Kaufvertrag zugesichert, dass die Vase echt sei, dass sie sich in gutem Zustand befinde und dass sie während der Zeit, in welcher sie sich im Besitz der Verkäuferin befunden habe, weder beschädigt noch repariert worden sei. Jede weiter zurückreichende Garantie war vertraglich ausdrücklich ausgeschlossen worden

²⁵ BGE 82 II 411 E. 7 S. 424 f.

²⁶ BGE 114 II 131.

Der Kauf eines Werkes von Picasso hat das Bundesgericht in einem weiteren Fall (BGE 119 II 391; „Picasso-Fall 2“) beschäftigt. Gegenstand jenes Falles war indessen nicht die Frage des Grundlagenirrtums.

²⁷ BGE 114 II 131 E. 2a S. 139.

²⁸ BGE 126 III 59.

Der „Gallé-Fall 1“ (BGE 112 II 347) beschlägt eine andere, hier nicht interessierende (aber ebenfalls sehr interessante) Problematik aus dem Vertragsrecht.

(„toute garantie antérieure est exclue“). Das Angebot der Verkäuferin, die Vase vor Vertragsschluss durch einen Experten untersuchen zu lassen, hatte die Käuferin unter Hinweis darauf, dass sie selber Expertin in Sachen Gallé-Vasen sei, abgelehnt. In der Folge stellte sich heraus, dass an der Vase in früheren Jahren einschneidende (aber nicht leicht feststellbare) Änderungen vorgenommen worden waren, welche das Stück praktisch wertlos werden liessen.

Das Bundesgericht ging in casu (zu Recht) davon aus, dass die Parteien die *Gewährleistungspflicht* der Verkäuferin für Veränderungen, die an der Vase vorgenommen worden waren, bevor sie sich im Besitz der Verkäuferin befunden hatte, *wirksam wegbedungen* hätten²⁹. In Bestätigung seiner langjährigen Rechtsprechung führte das Bundesgericht sodann aus, der Käufer, der den Vertrag trotz einer solchen Klausel abschliesse, übernehme das Risiko, dass der Kaufgegenstand die vom Gewährleistungsausschluss betroffenen Eigenschaften nicht habe. *Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr könne er daher das Vorhandensein dieser Eigenschaften nicht als Grundlage des Vertrages („élément nécessaire du contrat“) betrachten*, und er könne sich daher insoweit nicht auf einen Grundlagenirrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR berufen³⁰.

2. Analyse der Irrtumsproblematik bei „Unechtheits-Fällen“

a) Vorbemerkung

Der Irrtum eines Käufers über die Echtheit einer Antiquität wurde schon Jahre vor dem ersten hier erwähnten Bundesgerichtsentscheid von EUGEN HUBER im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum (heute geltenden) OR als Beispiel für einen Grundlagenirrtum aufgeführt³¹. Und bereits unter dem alten Obligationenrecht von 1881 beschäftigte diese Fallkonstellation sowohl die (kantonale) Rechtsprechung³² als auch die Kommentarliteratur³³ unter dem

²⁹ BGE 126 III 59 E. 4 und E. 5 S. 67 ff.; vgl. dazu eindrücklich WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999 und 2000, Obligationenrecht, ZBJV 2002, S. 316 ff., spez. S. 330 f.; kritisch, aber im Ergebnis wohl ebenfalls zustimmend RUTH ARNET, AJP 2000, S. 1162 ff., spez. S. 1167 f.

³⁰ BGE 126 III 59 E. 3 S. 66; zustimmend WIEGAND [Fn. 29], S. 332 f.

Vgl. zu dieser Rechtsprechung bereits BGE 91 II 275 E. 2b S. 279, m.Nw.

³¹ Sten.Bull. NR 1909 S. 475; Hinweis darauf bei EUGEN BUCHER, in: EUGEN BUCHER/WOLFGANG WIEGAND, Übungen im Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2001, S. 231 Anm. 17, sowie bei F. FICK, Der wesentliche Irrtum im revidierten schweizerischen Obligationenrecht (Art. 23–27), in: Festschrift für Georg Cohn zu seinem siebzigsten Geburtstag, Zürich 1915, S. 617 ff., spez. S. 647. Vgl. auch Sten.Bull. StR 1910, Auszug Votum HOFFMANN, S. 163.

Siehe dazu auch schon das Beispiel bei SCHNEIDER/FICK [Fn. 15], Art. 19 [aOR] N 3: „So wenn Jemand ... die Copie eines Calame für ein Original ansieht ...“.

³² Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 9. April 1904, SJZ 1905/1906 S. 189 Nr. 897 („Stradivari-Geigen-Fall“); weitere Hinweise bei FICK [Fn. 31], S. 632.

Gesichtspunkt des *Sacheigenschaftsirrturns* gemäss Art. 19 Ziff. 3 aOR. Auch die neuere Literatur erwähnt die „Unehtheits-Fälle“ praktisch durchwegs als Paradebeispiele für den Grundlagenirrtum³⁴. Interessanterweise wird dabei allerdings kaum je näher analysiert, warum bzw. unter welchen Voraussetzungen in „Unehtheits-Fällen“ die Annahme eines Sacheigenschaftsirrturns bzw. Grundlagenirrtums sachgerecht ist. „Unehtheits-Fälle“ *gelten offenbar seit je mit einer gewissen Selbstverständlichkeit als rechtserhebliche Irrturnskonstellationen*. Für die Beurteilung der Frage, ob bzw. wann bei den spiegelbildlichen „Echtheits-Fällen“ von einem wesentlichen Irrturn ausgegangen werden kann, ist eine nähere Analyse der „Unehtheits-Fälle“ indessen notwendig. Dies soll im Folgenden anhand der vorstehend skizzierten Bundesgerichtsurteile geschehen.

b) Die (formale) Subsumtion der „Unehtheits-Fälle“ unter Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR

Gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR liegt ein rechtserheblicher Grundlagenirrtum vor, wenn der Irrturn einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrtenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde.

In den vier vorstehend skizzierten Fällen, in denen das Bundesgericht einen Grundlagenirrtum des jeweiligen Käufers bejahte, konnten die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung ohne weiteres als erfüllt betrachtet werden. In all diesen Fällen hatten die Vertragsparteien *übereinstimmend* eine ganz *konkrete Vorstellung* über eine *positive Sacheigenschaft* des Kaufgegenstandes. In drei Fällen hatte der Verkäufer gar eine ausdrückliche Echtheitsgarantie abgegeben, und im „van Gogh-Fall“ gingen nicht nur die Vertragsparteien, sondern immerhin auch ein grosser Teil der Kunstkennerzene bis zur Aufdeckung der Nachahmung davon aus, es handle sich um ein „echtes“ Werk. Die in den schuldrechtlichen Lehrbüchern gemeinhin aufgeführten Kriterien der *Bestimmtheit des Sachverhalts*, der *subjektiven Wesentlichkeit*, der *objektiven Wesentlichkeit* und der *Erkennbarkeit*³⁵, die den Grundlagenirrtum vom unwesentlichen Motivirrtum gemäss Art. 24 Abs. 2 OR abgrenzen, lagen damit gleichsam auf dem Präsentierteller³⁶. In Frage stand mit der

³³ SCHNEIDER/FICK [Fn. 15], Art. 19 [aOR] N 3; vgl. dazu bereits vorn Fn. 15.

³⁴ BUCHER [Fn. 20], S. 207; SCHWENZER [Fn. 20], Rz. 37.35; INGBORG SCHWENZER, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. Aufl., Basel 2003, (im Folgenden: BSK OR I-SCHWENZER), Art. 24 N 24; ENGEL [Fn. 20], S. 333; A. KOLLER [Fn. 13], § 14 Rz. 41. CR CO I-SCHMIDLIN [Fn. 18], art. 23–24 CO N 48; BK-SCHMIDLIN [Fn. 18], Art. 23/24 N 469; GAUCH [Fn. 8], S. 152 ff.

³⁵ Kritisch demgegenüber WIEGAND, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid [Fn. 8], S. 105.

³⁶ Vgl. zum letzteren (umstrittenen) Tatbestandsmerkmal vorn Fn. 21.

³⁶ Anders verhielt es sich z.B. im vom Obergericht des Kantons Zürich entschiedenen Fall „Degas/Danseuses“ (Urteil vom 25. Januar 1962, in: ZR 62 [1963], S. 92 ff.). Das Ober-

Echtheit der Kunstgegenstände ein konkreter Sachverhalt. Für alle Käufer war – wie das Beweisverfahren ergeben hatte und wie man auf Grund der Umstände auch sofort glauben konnte – die Echtheit des Kaufgegenstandes *conditio sine qua non* für den Abschluss des Vertrages, und sie durften die Echtheit des jeweiligen Kaufgegenstandes nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch als (objektive) Grundlage des Vertrages betrachten. Denn jeder redliche Dritte wird die Sacheigenschaft „Echtheit“ als Basis eines Vertrages qualifizieren, wenn ein Käufer einen Kunstgegenstand mit Echtheitsgarantie des Verkäufers erwirbt bzw. ein Bild kauft, von dem beide Parteien und ein grosser Teil von Kunstkennern als selbstverständlich annehmen, dass es von van Gogh stammt, und einen entsprechend hohen Preis dafür zahlt. Und in allen vier Fällen war für den Verkäufer bzw. die Verkäuferin klar, dass der Käufer den Vertrag überhaupt nicht bzw. nicht zu den gleichen Konditionen geschlossen hätte, wenn er gewusst hätte, dass der Kaufgegenstand diese Sacheigenschaft nicht besitzt.

Ebenso offenkundig ist, dass sich die Käuferin im „Gallé-Fall 2“ richtigerweise nicht auf einen Grundlagenirrtum berufen konnte. Denn in diesem Fall hatten die Parteien über einen ganz konkreten Umstand eine ausdrückliche vertragliche Regelung getroffen (und nicht etwa generalklauselartig jegliche Gewährleistung wegbedungen). Dass das Vorhandensein einer Eigenschaft, für welche die Verkäuferin *expressis verbis* keine Gewähr übernehmen will, von der Käuferin nicht als Fundament des Vertrages betrachtet werden darf, liegt auf der Hand.

c) Das Problem der angemessenen Risikozuweisung

Die vorstehend skizzierten Bundesgerichtsentscheide illustrieren mit aller Deutlichkeit, worum es bei der zu beurteilenden Frage materiell geht: Zu entscheiden war stets das *Problem der angemessenen Risikozuweisung* für die (auf einen konkreten Künstler bezogene) Echtheit bzw. für die Unverfälschtheit eines gekauften Kunstwerks oder einer Antiquität³⁷. Die Irrtumsanfechtung darf – wie es KÖHLER/FRITZSCHE zum Sacheigenschaftsirrtum nach deutschem Recht³⁸ treffend ausdrücken³⁹ – die *geschäftstypische Risikoverteilung* nicht in Frage stellen. Das Bundesgericht bringt dies im „Gallé-Fall 2“ selbst zum Ausdruck, wenn es ausführt: „[L]’acheteur qui accepte de conclure la vente malgré la présence d’une clause de ce type *assume le risque* que soient absentes les qualités de la chose pour lesquelles il n’a pas obtenu de

gericht hielt zu Recht fest, dass der Käufer im konkreten Fall aufgrund der Umstände des Falles nicht damit rechnen konnte, einen echten Degas gekauft zu haben.

³⁷ WIEGAND, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid [Fn. 8], S. 105; DERS. [Fn. 29], S. 332.

³⁸ § 119 Abs. 2 BGB.

³⁹ HELMUT KÖHLER/JÖRG FRITZSCHE, Anfechtung des Verkäufers wegen Eigenschaftsirrtums – BGH, NJW 1988, S. 2597 (Entscheidrezension), JuS 1990, S. 16 ff., spez. S. 18.

garantie, de sorte que la loyauté commerciale ne lui permet plus de considérer la présence de telles qualités comme un élément nécessaire du contrat ...⁴⁰. Gegenstand der Auseinandersetzung war jeweils eine konkrete (positive) Sacheigenschaft der Kaufsache (nämlich deren Echtheit bzw. Unverfälschtheit), und stets war zu beurteilen, *welche der beiden Vertragsparteien das Risiko des Nichtvorhandenseins dieser Sacheigenschaft zu tragen hatte*.

Unter dem Gesichtspunkt des dem Sacheigenschafts- bzw. Grundlagenirrtum zugrunde liegenden Gedankens der angemessenen Risikozuweisung sind hier zwei Publikationen von MICHAEL ADAMS von besonderem Interesse⁴¹. Dieser Autor untersucht (methodisch unter Berufung auf die ökonomische Analyse des Rechts) einlässlich, worin letztlich die sachliche Rechtfertigung für die Annahme eines Sacheigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB bzw. eines Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR besteht. Im Kern kommt ADAMS zum Schluss, dass bei diesen Irrtumsarten stets untersucht werden muss, welche Regelung die Vertragsparteien im Rahmen eines (hypothetisch gedachten) vollständigen Vertrages vereinbart hätten, wenn sie die Möglichkeit der künftigen Entwicklung ex ante bedacht hätten⁴². Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, ein Vertragsrecht, das den auf *verschwendungsfreie Vertragsgestaltung* gerichteten Wünschen der Parteien dienen wolle, müsse für die im unvollständigen einzelnen Vertrag nicht behandelten Fragen diejenige Regelung vorsehen, *die die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Möglichkeit des vertragsbeeinträchtigenden Ereignisses vorhergesehen hätten*⁴³. Adams ausführlichere Begründung seiner These ist stark „informationstheoretisch“ fundiert: Das Vertragsrecht soll – verkürzt ausgedrückt – mit der Gewährung bzw. Verweigerung von Anfechtungsrechten dazu beitragen, dass bei den Parteien *keine falschen Anreize für die mit Kosten verbundene Beschaffung von Informationen erzielt werden*; wer Kosten für die Informationsbeschaffung trägt, soll auch den Nutzen der Information ernten⁴⁴.

In den skizzierten „Unechtheits-Fällen“ sind all diese Kriterien in geradezu exemplarischer Weise erfüllt. Gibt der Verkäufer bei Vertragsschluss eine ausdrückliche Echtheitsgarantie ab, so kann dies nach Treu und Glauben im

⁴⁰ BGE 126 III 59 E. 3 S. 66 (Hervorhebung von uns); so auch WIEGAND [Fn. 29], S. 332.

⁴¹ MICHAEL ADAMS, Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht, AcP 1986, S. 453 ff.; DERS., Der Irrtum über „künftige Sachverhalte“ – Anwendungsbeispiel und Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, recht 1986, S. 14 ff.

⁴² ADAMS, Irrtümer und Offenbarungspflichten [Fn. 41], S. 480 ff.; DERS., Der Irrtum über „künftige Sachverhalte“ [Fn. 41], S. 21 ff.

Ähnlich argumentiert BUCHER [Fn. 20], S. 206 f., wenn er ausführt, die Dinge müssten sich für den Vertragspartner so darstellen, dass er ohne Verstoß gegen Treu und Glauben gar nicht kontrahieren dürfe, ohne den für den Gegner so wichtigen Umstand zur Grundlage des Vertrages zu machen.

⁴³ ADAMS, Irrtümer und Offenbarungspflichten [Fn. 41], S. 458; DERS., Der Irrtum über „künftige Sachverhalte“ [Fn. 41], S. 15.

⁴⁴ Vgl. dazu die beiden erwähnten Aufsätze, passim.

Geschäftsverkehr ohne weiteres wie eine entsprechende *hypothetische Resolutivbedingung* interpretiert werden; dasselbe gilt, wenn (wie im „van-Gogh-Fall“) zwar eine ausdrückliche Echtheitsgarantie fehlt, aber alle Beteiligten sowie die Kunstwelt mit Selbstverständlichkeit von der Echtheit des verkauften Bildes ausgehen. Vernünftig und redlich handelnde Parteien hätten unter diesen Umständen eine auflösende Bedingung für den Fall in den Vertrag aufgenommen, dass sich nachträglich die Unechtheit der verkauften Werke herausstellen sollte. Denn die Echtheit des Bildes beruht hier auf den *gemeinsamen Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss*⁴⁵. Im Gegenzug kann von einer solchen hypothetischen Resolutivbedingung vernünftigerweise gerade nicht ausgegangen werden, wenn die Parteien wie im „Gallé-Fall 2“ über einen bestimmten Umstand (hier die Unverfälschtheit des Kaufgegenstandes) ausdrücklich und wirksam eine Gewährleistungsfreizeichnung vereinbart haben. In allen skizzierten Fällen wurden auch keine falschen Anreize für die Informationsbeschaffung bzw. deren Unterlassung gesetzt. Gibt der Verkäufer eine ausdrückliche Echtheitsgarantie oder gehen alle Beteiligten sowie massgebliche Kreise der Kunstwelt mit Selbstverständlichkeit von der Echtheit des Kaufgegenstandes aus, so besteht für den Käufer berechtigterweise kein Anlass, sich vor Vertragsschluss weitere Informationen zu beschaffen. Lehnt dagegen wie im „Gallé-Fall-2“ die Verkäuferin ausdrücklich und wirksam jegliche Gewähr dafür ab, dass der Kaufgegenstand in früherer Zeit nicht verändert worden ist, hat die Käuferin das Risiko von nachträglich zutage tretenden wertmindernden Eingriffen in das Kunstwerk zu übernehmen, wenn sie sich die Kosten einer fachmännischen Untersuchung vor Vertragsschluss (die ihr die Verkäuferin in casu gar ausdrücklich ermöglicht hätte) ersparen will; es geht diesfalls nicht an, dass die Käuferin die Folgen der Kosteneinsparung nachträglich auf die Verkäuferin abwälzt. In den skizzierten „Unechtheits-Fällen“ hat somit das Bundesgericht den Gedanken der angemessenen Risikozuweisung unter den Vertragsparteien, *soweit der Tatbestand des Grundlagenirrtums für sich zur Diskussion stand*⁴⁶, adäquat in die Tat umgesetzt.

⁴⁵ Siehe zum Kriterium der „gemeinsamen Vorstellungen der Parteien“ beim Grundlagenirrtum etwa SCHWENZER [Fn. 20], Rz. 37.28.

⁴⁶ Eine andere, hier indessen nicht interessierende Frage ist es, ob auch die vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung bejahte *Konkurrenz zwischen den Sachmängelgewährleistungsregeln und den Irrtumsregeln* zu einer sachgerechten Risikozuweisung unter den Parteien führt (kritisch dazu WIEGAND, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid [Fn. 8], S. 104 f.). Hier geht es nur darum aufzuzeigen, dass es in den vier ersten skizzierten Bundesgerichtsentscheiden sachgerecht war, einen Grundlagenirrtum grundsätzlich zu bejahen. Ob es richtig ist, die Berufung des Käufers auf den Grundlagenirrtum in Konkurrenz zu den Sachmängelgewährleistungsregeln zuzulassen oder ob es angemessener wäre, analog zur deutschen Rechtsprechung zum Sacheigenschaftsirrtum die Willensmängelregeln hinter die Leistungsstörungenregeln zurücktreten zu lassen, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

d) Ausblick

Auf den ersten Blick könnte man bei der Durchsicht der skizzierten Bundesgerichtsurteile zur Auffassung gelangen, die Rechtslage bei „Unechtheits-Fällen“ sei – *wenn nur erst das Faktum der Unechtheit beweismässig erstellt ist* – stets klar und eindeutig. Dies trifft indessen nicht zu. Denn unser höchstes Gericht hatte sich bis anhin genau besehen bloss mit zwei Fallkonstellationen zu befassen, die *je am äussersten (entgegen gesetzten) Ende des Spektrums denkbarer „Unechtheits-Fälle“ angesiedelt waren*: Auf der einen Seite mit Fällen, in denen entweder eine ausdrückliche Echtheitsgarantie des Verkäufers vorlag oder alle Beteiligten sowie die Kunstwelt von der Echtheit des Kaufgegenstandes ausgingen, und auf der andern Seite mit einem Fall, in dem die nachher strittige Eigenschaft „Unverfälschtheit der Kaufsache“ vertraglich ausdrücklich und wirksam wegbedungen worden war. Dass solche Fälle relativ einfach zu beurteilen sind, liegt auf der Hand. In der Praxis des Kunsthandels werden indessen sehr oft – und dies heute vielleicht sogar in immer stärkerem Masse – Kaufverträge unter ganz anderen Voraussetzungen geschlossen. So werden etwa signierte oder unsignierte Bilder von Privaten an Private, von Kunsthändlern an Private und umgekehrt, oder von Kunsthändlern an andere Kunsthändler veräussert, ohne dass der Verkäufer eine ausdrückliche Echtheitsgarantie abgibt, und *in den massgebenden Kreisen der Kunstwelt mögen bei vielen dieser Bilder geteilte Meinungen über die Urheberschaft vorhanden sein*. In solchen Fällen kann nicht durchwegs und ohne Prüfung der konkreten Umstände angenommen werden, die Echtheit des Bildes bilde stets die Vertragsgrundlage⁴⁷. Verbreitet dürfte sodann der Verkauf von Kunstwerken unter *Beifügung einer Expertise* (aber ohne ausdrückliche Echtheitsgarantie durch den Verkäufer) sein. Auch diesfalls kann, insbesondere bei einem Verkauf durch eine Privatperson, die Echtheit des Kaufgegenstandes nicht ohne weiteres als gemeinsames Fundament des Vertrages qualifiziert werden⁴⁸. Noch viel weniger sicher ist dies, wenn ein Werk ohne ausdrückliche Echtheitsgarantie *mit einem Gutachten veräussert wird, welches zu einem nicht sehr „sicheren“ Ergebnis kommt*. Der Kunsthandel – insbesondere unter Privaten – hat, wie es FLUME treffend ausdrückt, bis zu einem gewissen Grad *aleatorischen Charakter*⁴⁹, und dies darf bei der irrtumsrechtlichen Beurteilung von „Unechtheits-Fällen“ nicht ausser Acht gelassen werden. Kurz: „Unechtheits-Fälle“ liegen irrtumsrechtlich keineswegs stets so einfach, wie man nach der Durchsicht der publizierten höchstrichterlichen Rechtsprechung prima vista annehmen könnte.

⁴⁷ Immerhin ist anzunehmen, dass diese Fälle – mit der gebotenen Vorsicht – zu typischen Fallgruppen zusammengefasst werden können (siehe dazu etwa FLUME [Fn. 11], S. 635, der solche Fallgruppen bildet).

⁴⁸ In diesem Sinne auch FLUME [Fn. 11], S. 635, mit näherer Begründung.

⁴⁹ FLUME [Fn. 11], S. 635.

III. Der Grundlagenirrtum in „Echtheits-Fällen“

1. Vorbemerkung

Wie bereits erwähnt⁵⁰ hatten sich bisher das Bundesgericht und soweit ersichtlich auch kantonale Instanzen⁵¹ (noch) nicht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen sich der Verkäufer in einem „Echtheits-Fall“ auf Grundlagenirrtum berufen kann. Anders sieht die Sachlage in Deutschland aus. Das deutsche Recht kennt zwar den Grundlagenirrtum, wie er in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geregelt ist, nicht, wohl aber – wie bereits unser altes Obligationenrecht von 1881⁵² – den Personen- und *Sacheigenschaftsirrtum*. Gemäss § 119 Abs. 2 BGB gilt als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Deutsche Gerichte hatten schon – wenn auch nicht oft – zu prüfen, ob sich der Verkäufer in einem solchen Sacheigenschaftsirrtum befindet, wenn er bei Vertragsschluss fälschlicherweise von einem andern Urheber des verkauften Werkes ausgeht. Soweit es um die Frage geht, ob bzw. inwieweit die falsche Vorstellung einer Vertragspartei (oder beider Vertragsparteien) über die Urheberschaft eines verkauften Kunstgegenstandes oder einer Antiquität irrtumsrechtlich relevant ist, können der Sacheigenschaftsirrtum des deutschen Rechts und der Grundlagenirrtum des schweizerischen Rechts ohne weiteres miteinander verglichen werden.

2. Überblick über die Rechtslage in Deutschland bei den „Echtheits-Fällen“⁵³

Die folgenden beiden Fälle haben in neuerer Zeit⁵⁴ in Deutschland die Gerichte beschäftigt:

⁵⁰ Vgl. vorn Kap. I. 2.

⁵¹ So handelt es sich z.B. auch bei sämtlichen in BK-SCHMIDLIN [Fn. 18], Art. 23/24 N 469, aufgeführten kantonalen Fällen um „Unechtheits-Fälle“.

⁵² Art. 19 Ziff. 3 aOR; vgl. dazu vorn Kap. I. 2.

⁵³ Der Ausdruck „Echtheits-Fälle“ ist im hier interessierenden Zusammenhang als blosser Verkürzung zu verstehen. Gemeint sind Fallkonstellationen, bei denen eine verkaufte Antiquität bzw. ein verkaufter Kunstgegenstand von einem andern Urheber stammt als vom Verkäufer angenommen und deren/dessen Wert in der Regel (wenn auch nicht zwingend) bei Kenntnis der wahren Urheberschaft höher anzusetzen ist als der vereinbarte Kaufpreis. Der sogleich zu schildernde „Leibl-statt-Duveneck-Fall“ zeigt, was mit der sprachlichen Verkürzung gemeint ist. Beim dem Maler Duveneck zugeschriebenen Bild, das in Wirklichkeit von Leibl stammte, ging es nicht um eine nachträglich entdeckte „Echtheit“ i.e.S.

⁵⁴ Aus früherer Zeit könnte hier etwa RGZ 124, 115 („Ming-Vasen-Fall“) erwähnt werden. Im vorliegenden Zusammenhang bringt uns dieser Fall allerdings nicht weiter, da der Sachverhalt zu wenig abgeklärt war (weshalb das Reichsgericht die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückweisen musste).

a) Der „Leibl-statt-Duveneck-Fall“⁵⁵

Der Kläger (K.) verkaufte dem Beklagten (B.) für DM 6'000.– ein Ölgemälde mit der Erklärung, dass dieses eindeutig ein Bild des Malers Frank Duveneck sei. B. liess das Gemälde kurze Zeit später begutachten, worauf sich herausstellte, dass das Gemälde in Wahrheit vom Maler Wilhelm Leibl stammte. Danach verkaufte B. das Bild für DM 25'000.– dem D. weiter. Als Verkäufer K. von diesen Umständen erfuhr, focht er den Kaufvertrag mit B. wegen eines Irrtums i.S.v. § 119 Abs. 2 BGB an. Der BGH gab ihm Recht. Da die *Urheberschaft des Bildes eine verkehrswesentliche Eigenschaft* darstelle, sich der Kläger diesbezüglich geirrt habe und sich durch die Anfechtung auch *nicht Gewährleistungsansprüchen des Käufers entziehen wolle*, sei der Klage, so der BGH, stattzugeben. In den hier in Frage stehenden Fallkonstellationen sei es zudem unerheblich, ob die erbrachte Leistung gegenüber der vertraglich vorausgesetzten höher- oder gleichwertig sei. So sei beim Verkauf von Kunstgegenständen der wirtschaftliche Wert nicht allein massgebend. Am Umstand, dass die Urheberschaft eines Gemäldes eine verkehrswesentliche Eigenschaft sei, ändere die Tatsache nichts, dass ein Bild von Duveneck nach dem Vortrag des Beklagten ebensoviel wert sein könne wie ein solches von Leibl⁵⁶.

b) Der „Mozart-Noten-Fall“⁵⁷

Der Musikfreund M. kaufte im Oktober 1991 auf einem so genannten offenen Flohmarkt von F. verschiedene antiquarische Notenhefte, Notenblätter und Musikzeitschriften für DM 10.–. Kurze Zeit später stellte sich heraus, dass sich darunter originale Notenmanuskripte von Wolfgang Amadeus Mozart befunden haben. Daraufhin focht Verkäufer F. den Kaufvertrag mit der Begründung an, er sei einem Irrtum erlegen, da er am Tag vor dem Abschluss des Kaufvertrages alle Noten, die vor 1906 erschienen seien, ausgesondert habe, weil er diese nicht habe verkaufen wollen. Er könne sich nicht erklären, wie diese Exemplare trotzdem wieder unter die zum Verkauf vorgesehenen Stücke geraten seien⁵⁸. Das Amtsgericht Coburg folgte dieser Ansicht jedoch nicht und *lehnte das Bestehen eines Irrtums ab*. Da F. beim Bereitstellen der Ware *nicht darauf geachtet habe, um welche Notenhefte es sich im Einzelnen handelte*, er insofern also eine bewusste Gleichgültigkeit an den Tag gelegt habe, könne er sich gerade *nicht bezüglich des genauen Inhalts* (d.h. der Art der Musiknoten) *geirrt* haben. Zudem sei der Wert keine Eigenschaft, in wel-

⁵⁵ BGH, NJW 1988, S. 2597 ff. = BGH, JZ 1989, S. 41 ff.

⁵⁶ BGH, NJW 1988, S. 2597 ff., spez. S. 2598 f.

⁵⁷ Amtsgericht Coburg, NJW 1993, S. 938 f.

⁵⁸ Amtsgericht Coburg, NJW 1993, S. 938.

cher sich F. nach § 119 Abs. 2 BGB habe irren können. Ein möglicher *Irrtum über den tatsächlichen Wert* der überlassenen Noten sei somit *unbeachtlich*.

Im Weiteren führte das Amtsgericht Coburg noch aus, es entspreche dem typischen Charakter eines offenen Flohmarktes, dass hierbei jedermann – auch ohne geschäftliche Erfahrung – Gegenstände aller Art und Güte zu beliebigen, nicht nur auf Gewinnerzielung ausgerichteten Preisen anbieten und erwerben könne. Demzufolge würden auch Treu und Glauben nicht gebieten, gegenüber möglicherweise geschäftsunerfahrenen Anbietern auf den allenfalls weit höheren Wert einer angebotenen Sache hinzuweisen, um diesen vor einem unüberlegten, wirtschaftlich gesehen erheblich nachteiligen Geschäft abzuhalten (womit das Amtsgericht auch eine arglistige Täuschung des Verkäufers durch den Käufer, begangen durch eine allfällige Verschweigung von Tatsachen, verneinen konnte)⁵⁹.

c) Beurteilung dieser Fälle in der deutschen Literatur

In der deutschen Literatur ist die Entscheidung des BGH im „Leibl-statt-Duveneck-Fall“ im Wesentlichen auf Zustimmung gestossen⁶⁰, während das Urteil des Amtsgerichts Coburg im „Mozart-Noten-Fall“ – soweit es in der Lehre überhaupt Widerhall fand – ein eher geteiltes Echo auslöste⁶¹. Im Wesentlichen wurde zum „Leibl-statt-Duveneck-Fall“ schlicht ausgeführt, die Herkunft eines Kunstwerks und die Urheberchaft an einem Gemälde seien

⁵⁹ Amtsgericht Coburg, NJW 1993, S. 939.

⁶⁰ Siehe dazu aus der Standardliteratur nur etwa REINHARD SINGER, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch I Allgemeiner Teil §§ 90–133 BGB, §§ 1–54, 63 BeurkG, 13. Bearbeitung Berlin 2004 (im Folgenden: STAUDINGER/SINGER), § 119 Rz. 93; FLORIAN FAUST, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, (hrsg. von HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH), München 2003 (im Folgenden: BAMBERGER/ROTH/FAUST), § 437 Rz. 192; HELMUT HEINRICHS, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, 65. Auflage München 2006, (im Folgenden: PALANDT/HEINRICHS), § 119 Rz. 27; ERNST A. KRAMER, in: Münchener Kommentar, Band I, (hrsg. von KURT REBMANN/FRANZ JÜRGEN SÄCKER), 4. Aufl. München 2001, § 119 Rz. 133. Aus der Spezialliteratur vgl. etwa HEINRICH HONSELL, Urteilsanmerkung, JZ 1989, S. 41 ff., spez. S. 44 f.; KÖHLER/FRITZSCHE [Fn. 39], S. 18 ff. (mit Kritik zu hier nicht interessierenden Aspekten der Problematik der Verkäuferanfechtung); THEO MAYER-MALY, Bemerkungen zum Irrtum über den Wert, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, (hrsg. von ERNST BREM/JEAN NICOLAS DRUEY/ERNST A. KRAMER/IVO SCHWANDER), Bern 1990, S. 343 ff., spez. S. 347; ebenso wohl auch zustimmend JOHANNES WERTENBRUCH, Gewährleistung beim Kauf von Kunstgegenständen nach neuem Schuldrecht, NJW 2004, S. 1977 ff., spez. S. 1979; differenzierend FLUME [Fn. 11], S. 634.

⁶¹ Zustimmend STAUDINGER/SINGER [Fn. 60], § 119 Rz. 93; MARTIN JOSEF SCHERMAIER, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, (hrsg. von MATHIAS SCHMOECKEL/JOACHIM RÜCKERT/REINHARD ZIMMERMANN), Tübingen 2003, §§ 116–124, Willensmängel, Rz. 80; ablehnend PALANDT/HEINRICHS [Fn. 60], § 119 Rz. 27 (ohne Begründung), sowie WERTENBRUCH [Fn. 60], S. 1980 (hauptsächlich in Bezug auf die Begründung des amtsgerichtlichen Urteils).

zweifellos verkehrswesentliche Eigenschaften der verkauften Sache, so dass der Verkäufer den Vertrag anfechten könne, wenn er sich über diese geirrt habe⁶². Zum „Mozart-Noten-Fall“ wurde etwa geltend gemacht, beim Kauf eines Bündels Notenhefte auf dem Flohmarkt liege *ein typisches tel quel Geschäft* vor, bei dem beide Seiten nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bewusst das Risiko von Irrtümern über verkehrswesentliche Eigenschaften der Kaufsache eingingen; es fehle daher schon der Tatbestand des Irrtums, wenn sich später herausstelle, dass in dem verkauften Bündel wertvolle Notenblätter von Mozart enthalten gewesen seien⁶³.

3. Analyse der Irrtumsproblematik bei „Echtheits-Fällen“

Wie sogleich zu zeigen sein wird (nachfolgend lit. a), unterscheiden sich die „Echtheits-Fälle“ schon von ihrer Struktur her deutlich von den eingangs skizzierten „Unechtheits-Fällen“. Zudem – und dies ist im vorliegenden Zusammenhang noch bedeutsamer – ist es bei solchen Fällen wesentlich schwieriger als bei den „Unechtheits-Fällen“, eine angemessene Risikozuteilung unter den Vertragsparteien zu finden (nachfolgend lit. b), weshalb letztlich nur eine nach Fallgruppen differenzierte Betrachtungsweise zu angemessenen Lösungen führen kann (nachfolgend Ziff. 4).

a) Die anders gelagerte Struktur der „Echtheits-Fälle“

Bei den „Unechtheits-Fällen“ ging es stets um das Fehlen einer konkreten, genau umschriebenen (positiven) Sacheigenschaft. In einem „Echtheits-Fall“ dagegen wird in aller Regel nicht im Nachhinein eine Eigenschaft des Kaufgegenstandes zu Tage treten, welche die Parteien bei Vertragsschluss konkret als nicht vorhanden angenommen bzw. vertraglich *expressis verbis* wegbedungen haben. Wohl mögen in einem konkreten Fall die Parteien bei Vertragsschluss ausdrücklich und übereinstimmend davon ausgegangen sein, dass der gekaufte Kunstgegenstand z.B. die *Kopie eines Bildes des Malers X* sei oder eine Statue *aus der Schule der Bildhauerin Y* stamme, und später kann sich herausstellen, dass effektiv der Maler X bzw. die Bildhauerin Y Urheber bzw. Urheberin des Kaufgegenstandes ist. Im Allgemeinen aber werden die Parteien den gekauften Kunstgegenstand bei Vertragsschluss einfach als „gewöhnliches“ Werk betrachten, ohne sich darüber zu unterhalten, von wem von all den vielen mehr oder weniger bekannten Künstler es *nicht* geschaffen worden sein wird. Mit andern Worten: *Die Nichturheberschaft durch einen*

⁶² Siehe statt aller etwa STAUDINGER/SINGER [Fn. 60], § 119 Rz. 93, sowie MAYER-MALY [Fn. 60], S. 347.

⁶³ STAUDINGER/SINGER [Fn. 60], § 119 Rz. 12 und 93; ähnlich SCHERMAIER [Fn. 61], §§ 116–124, Willensmängel, Rz. 80.

der zahlreichen berühmten Künstler, welche die Kunstgeschichte seit Jahrhunderten kennt, umfasst in aller Regel einen ausserordentlich breiten Kreis theoretisch denkbarer Möglichkeiten. Der „negative“ Sacheigenschaftsirrtum zeichnet sich in den meisten Fällen gerade dadurch aus, dass er sich auf einen beliebig offenen Sachverhalt bezieht, indem dem Kaufgegenstand eine (in der Regel wertsteigernde) Eigenschaft zukommt, an die bei Vertragsschluss niemand (auch nur im Entferntesten) gedacht hat, während beim „positiven“ Sacheigenschaftsirrtum dem Kaufgegenstand eine bestimmte, ganz konkrete (und nicht irgendeine weit entfernte) Eigenschaft fehlt, an deren Vorhandensein beide Vertragsparteien geglaubt haben. Während bei einem „Unechtheits-Fall“ die Parteien z.B. übereinstimmend und ausdrücklich davon ausgehen, das gekaufte Bild stamme vom berühmten Maler X, werden bei einem „Echtheits-Fall“ die Parteien nie ausdrücklich annehmen, das Bild stamme nicht von den weltbekannten Malerinnen A, B, C, D, E usw. Der (negative) Ausschluss aller Berühmtheiten der Kunstgeschichte als theoretisch mögliche Urheber des Kaufgegenstandes erfolgt in dieser Fallkonstellation gleichsam nur durch einen Umkehrschluss, indem von den Vertragsparteien entweder als Urheberin positiv eine bestimmte (wenig oder nicht bekannte) Künstlerin unterstellt wird oder indem sich die Parteien bei Vertragsschluss gar keine Gedanken über die Urheberschaft am Kunstwerk machen.

b) Das anders gelagerte Risikoverteilproblem

In Frage steht beim „negativen“ Sacheigenschaftsirrtum des Verkäufers sodann ein grundlegend anderes Risikoverteilproblem als bei den „Unechtheits-Fällen“. Zu entscheiden ist nicht, wer das Risiko des Nichtvorhandenseins einer (ursprünglich als vorhanden angenommenen) Eigenschaft und damit den sich daraus ergebenden Verlust zu tragen hat. *Vielmehr steht in der Regel (wenn auch nicht immer) zur Debatte, welcher Vertragspartei im Nachhinein der Gewinn aus dem unerwarteten Vorhandensein einer wertsteigernden Eigenschaft des Kaufgegenstandes zustehen soll.*⁶⁴

Überträgt man die vorne skizzierten Überlegungen von ADAMS⁶⁵ auf die „Echtheits-Fälle“, so zeigt sich sofort, dass die Sachlage hier komplizierter ist als beim „positiven“ Sacheigenschaftsirrtum. Das Fehlen einer konkreten von den Vertragsparteien übereinstimmend vorausgesetzten Eigenschaft eines Kunstwerkes kann wie erwähnt oft als *hypothetische Resolutivbedingung* interpretiert werden. Wie aber soll im umgekehrten Fall das überraschende Vorhandensein einer Eigenschaft, mit der die Parteien beim Vertragsschluss nicht gerechnet haben, als hypothetisch gedachte auflösende Bedingung verstanden werden? Ist ein von den Parteien als echt bezeichnetes Kunstwerk

⁶⁴ Ähnlich FLUME [Fn. 11], S. 634.

⁶⁵ Siehe Kap. II. 2. c).

unecht, so fehlt ihm genau diese *eine* Eigenschaft. *Der möglichen (positiven) Eigenschaften einer Kaufsache dagegen, an welche die Parteien ursprünglich nicht gedacht haben, sind viele!* Das hängt mit der vorstehend skizzierten anders gelagerten Struktur der „Echtheits-Fälle“ zusammen. Es liegt auf der Hand, dass nicht jedes nachträgliche Zutagetreten all der vielen ex ante nicht bedachten eventuellen Eigenschaften eines Kaufgegenstandes am Fundament des Vertrages rütteln kann.

4. Fallgruppen möglicher „Echtheits-Fälle“

- a) Fälle, in denen das verkaufte Werk nach den gemeinsamen Vorstellungen der Parteien von einem bestimmten Künstler stammen sollte

Die erste Fallgruppe liegt den „Unechtheits-Fällen“ am nächsten. Käufer und Verkäufer vereinbaren – wie im „Leibl-statt-Duveneck-Fall“ – den Kauf eines (echten) Bildes eines bestimmten Künstlers. Später stellt sich heraus, dass das Bild von einem anderen Urheber stammt als angenommen.

Bemerkenswert an dieser Fallkonstellation ist zunächst, dass die Voraussetzungen eines Grundlagenirrtums in aller Regel beim *Käufer* erfüllt wären. Gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass das verkaufte Bild vom Maler X (z.B. von Duveneck) stammt, so wird der Käufer, wie bei den „Unechtheits-Fällen“ gezeigt wurde, die positive Eigenschaft „vom Maler X stammend“ als Vertragsgrundlage betrachten dürfen: Wer Anspruch auf einen „Duveneck“ hat, muss nicht mit einem „Leibl“ vorlieb nehmen⁶⁶!

Im Allgemeinen wird man in einem solchen Fall auch auf Seiten des Verkäufers einen Grundlagenirrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR bejahen können. Die gemeinsame Vorstellung der Parteien bei Vertragsschluss, dass das Kunstwerk ein Originalgemälde des Malers X sei⁶⁷, impliziert gleichzeitig den Ausschluss anderer möglicher Urheber. *Die wahre Urheberschaft am Werk bildet diesfalls einen Teil des Vertragsfundamentes*⁶⁸. Sekundär bleibt dabei, ob das Bild auf Grund der veränderten Urheberschaft mehr oder weniger wertvoll ist. Zwar dürfte das praktische Interesse an einer Anfechtung des Vertrages seitens des Verkäufers kleiner sein, wenn sich in der Folge herausstellen sollte, dass das von einem anderen Maler stammende Bild weniger

⁶⁶ Selbstverständlich steht es aber dem Käufer (wie jedem Irrenden) frei, sich nicht auf einen Irrtum zu berufen, wenn er auch mit einem „Leibl“ zufrieden ist (z.B. weil das Bild mehr Wert hat).

⁶⁷ Im „Leibl-statt-Duveneck-Fall“ wurde das Bild mit der Erklärung des Verkäufers verkauft, dass der Sachverständige Dr. S. das Ölbild als „eindeutiges Original von Frank Duveneck begutachtet“ habe (BGH, NJW 1988, S. 2597 ff. spez. 2597; Hervorhebungen weggelassen).

⁶⁸ Der deutsche BGH spricht denn auch von einer „verkehrs wesentlichen Eigenschaft“ des Bildes (BGH, NJW 1988, S. 2597 ff., spez. 2599). So bereits auch RGZ 114, 239 ff. spez. 240 f.

Wert hat. Aber eine Anfechtung seinerseits ist auch dann nicht ausgeschlossen, können doch andere Gründe vorliegen, die für den Verkäufer den Ausschlag geben, dass er das Bild unter diesen geänderten Umständen nicht verkaufen will⁶⁹. Der deutsche BGH führt denn auch in diesem Zusammenhang zu Recht aus, dass beim Verkauf von Kunstgegenständen der wirtschaftliche Wert nicht allein massgebend sei⁷⁰.

Allerdings wird man auch bei dieser Fallkonstellation unter Umständen einen rechtserheblichen Irrtum des Verkäufers verneinen müssen, um eine unangemessene Risikoverteilung unter den Parteien zu vermeiden, *so dann, wenn sich der Verkäufer vorwerfen lassen muss, er hätte den Irrtum vernünftigerweise vermeiden können*. Handelt es sich beim Verkäufer um einen Kunstsachverständigen oder gar um einen Kunsthändler, so muss in jedem Fall anhand eines tendenziell strengen Massstabes geprüft werden, ob es ihm zumutbar gewesen wäre, sich über die wahre Urheberschaft am Werk vor Vertragsschluss Gewissheit zu verschaffen. Dem Verkäufer in einer solchen Situation auch dann eine Berufung auf Grundlagenirrtum zu gestatten, wenn eine derartige Abklärung zumutbar gewesen wäre, würde *einen falschen Such- bzw. Informationsbeschaffungsanreiz schaffen*: Der Verkäufer könnte sich den Aufwand für die Abklärung der Urheberschaft am Bild sparen und würde *nachträglich von allfälligen vom Käufer aufgewendeten Informationsbeschaffungskosten profitieren*. Es muss – bildlich und vielleicht etwas übertrieben ausgedrückt – verhindert werden, dass der Verkäufer mit dem Kauf gleichsam einen „Versuchsballon“ starten und anschliessend über eine Irrtumsanfechtung die Früchte von Anstrengungen des Käufers ernten kann, die er selbst vermieden hat, aber vernünftigerweise hätte in die Wege leiten können.

Die Beschaffung geschäftsrelevanter Informationen ist in der Regel mit Kosten verbunden⁷¹. Will man etwa die Echtheit eines Bildes überprüfen lassen, so müssen dafür aufwändige wissenschaftliche Untersuchungen und teure Expertisen in Auftrag gegeben werden. Diese Investitionen werden jedoch nur dann getätigt, wenn sich – unter der Voraussetzung, dass die Informationssuche erfolgreich verläuft⁷² – dieser Wissensvorsprung auch verwerten lässt. Muss der Suchende damit rechnen, dass der Vertrag durch seinen Vertragspartner angefochten werden könnte und seine Aufwendungen sich damit nicht auszahlen würden, so wird er tendenziell auf derartige Anstrengungen

⁶⁹ So könnte es sein, dass es sich beim wirklichen Urheber des Bildes um den Lieblingsmaler des Verkäufers handelt und er, hätte er von dieser Tatsache gewusst, das Bild niemals verkauft hätte, auch wenn er bei einem späteren Verkauf einen kleineren Preis lösen könnte. Dass ein wesentlicher Irrtum nicht auch ökonomisch erheblich sein muss, erkannte bereits FICK [Fn. 31], S. 654.

⁷⁰ BGH, NJW 1988, S. 2597 ff., spez. S. 2599.

⁷¹ Vgl. dazu auch ADAMS, Irrtümer und Offenbarungspflichten [Fn. 41], S. 468 ff., m.w.Hw.

⁷² Zur Situation, wenn die Suche fehlgeschlagen ist, vgl. ADAMS, Irrtümer und Offenbarungspflichten [Fn. 41], S. 471 f.

verzichten. Suchanstrengungen sollten durch die Rechtsordnung grundsätzlich gefördert oder jedenfalls nicht durch ein falsches Anreizsystem behindert werden⁷³. Ein solches falsches Anreizsystem würde geschaffen, wenn der Verkäufer durch die Bejahung eines Grundlagenirrtums für das Unterlassen der Suchanstrengungen belohnt und dem Käufer die Früchte seiner Suchanstrengungen genommen würden.

Daran ändert im Übrigen auch der Umstand nichts, dass der Verkäufer dem Käufer diese Kosten gestützt auf Art. 26 OR zu ersetzen hätte. Denn diese Kosten würde der Verkäufer ja nur bei einer „erfolgreichen Suche“ erstatten, nicht aber dann, wenn ein vom Käufer in Auftrag gegebenes Gutachten zum Schluss käme, das Bild stamme tatsächlich von dem Maler, von dem die Parteien bei Vertragsschluss ausgegangen sind. Der Käufer würde so immer das Risiko eines „negativen Ergebnisses“ zu tragen haben, während der Verkäufer von einem „positiven Ergebnis“ profitieren könnte.

b) Fälle des Verkaufs einer Kopie und des bewussten Ausschlusses eines bestimmten Urhebers

In dieser Fallkonstellation gehen die Parteien bei Vertragsschluss davon aus, dass es sich beim verkauften Kunstwerk um eine *Kopie* eines Werkes der Urheberin X handelt⁷⁴. In der Praxis noch häufiger dürfte eine damit sehr eng verwandte Situation sein: Bei einem Bild wird in Erwägung gezogen, dass es von Malerin X stammt; eine vom Käufer (ev. auch vom Verkäufer oder von beiden Parteien) vor Vertragsschluss in Auftrag gegebene Expertise kommt dann aber zum (falschen) Schluss, dass Malerin X nicht die Urheberin ist (ohne dass der Experte den wahren Urheber oder die wahre Urheberin benennen kann), und in der Folge wird der Kaufvertrag geschlossen.

Diese zweite Fallgruppe weist grosse Ähnlichkeiten mit der ersten auf. In der Regel wird hier durch die gemeinsame Vorstellung des Verkaufs einer Kopie bzw. durch den bewussten gemeinsamen Ausschluss der Künstlerin X als Urheberin des Kaufgegenstandes diese (konkrete) „negative“ Eigenschaft „nicht von Künstlerin X stammend“ zum Vertragsfundament, so dass der Verkäufer mit Erfolg einen Grundlagenirrtum geltend machen kann, wenn

⁷³ Ähnlich argumentiert im Grunde auch das Bundesgericht in BGE 110 II 293 E. 5b S. 303, wenn es schreibt, dass ein Grundlagenirrtum insbesondere deshalb zu verneinen sei, weil die betreffende Partei „genügend Zeit [gehabt hatte], sich über den Aktienwert ein zuverlässiges Bild zu machen.“

Der vorn skizzierte Bundesgerichtsentscheid „Gallé-Fall 2“ trägt diesem Gedanken perfekt Rechnung. Im Ergebnis hat das Bundesgericht dort (zu Recht) verhindert, dass die Käuferin für das Vermeiden zumutbarer Informationsbeschaffungsanstrengungen vor Vertragsschluss durch das nachträgliche Gewähren der Vertragsanfechtung prämiert wurde.

⁷⁴ Siehe dazu auch das bereits erwähnte Beispiel von SCHNEIDER/FICK [Fn. 15], Art. 19 [aOR] N 3 betr. „Copie“ eines Calame.

sich ex post herausstellt, dass das Werk doch von X stammt⁷⁵. Wie bei der ersten Fallkonstellation wird man aber auch hier unter gewissen Umständen einen rechtserheblichen Irrtum des Verkäufers verneinen müssen. Denn auch hier darf der Verkäufer nicht dafür prämiert werden, dass er vor Vertragsschluss zumutbare Informationsbeschaffungsaufwendungen eingespart hat. Dem Kunstsachverständigen oder Kunsthändler, der ein Bild als blosser Kopie veräußert, wird man daher in aller Regel die Berufung auf einen Grundlagenirrtum versagen müssen. Ein Grundlagenirrtum ist auch zu verneinen, wenn vor Vertragsschluss eine Expertise eingeholt wird, die zu keinem sicheren Ergebnis kommt („Das Bild dürfte mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht von Malerin X stammen.“); dann kann der Verkäufer das bei Vertragsschluss erkennbare Unsicherheitsrisiko nicht nachträglich über eine Irrtumsanfechtung auf den Käufer überwälzen.

c) Fälle, in denen kein spezifischer Künstler als Urheber vereinbart wurde

Gemeinsames Merkmal dieser Fälle ist es, dass sich die Parteien bei Vertragsschluss zwar über den Kauf eines bestimmten Kunstwerkes geeinigt haben, ohne dieses jedoch klar einem bestimmten Urheber zuzuordnen oder eine bestimmte Urheberin ausdrücklich auszuschliessen⁷⁶. Sie sind ausdrücklich oder stillschweigend davon ausgegangen, dass die genaue Urheberschaft des Bildes von untergeordneter Bedeutung sein soll. In der Praxis geschieht dies etwa mit Umschreibungen wie „aus der Schule von ...“, „von einem Kleinmeister des 18. Jahrhunderts“, „dem Maler X zugeschrieben“⁷⁷ etc. Nach Abwicklung des Kaufvertrages stellt sich heraus, dass es sich beim verkauften Kunstgegenstand um das Werk eines berühmten Künstlers handelt, welches einen deutlich höheren Wert besitzt als der vereinbarte und bezahlte Kaufpreis.

Hier präsentiert sich die Sachlage grundlegend anders als bei den vorne dargelegten „Unechtheits-Fällen“ einerseits und jenen „Echtheits-Fällen“ in den beiden schon skizzierten Konstellationen andererseits. Denn hier stand die *Frage nach dem Urheber des verkauften Werks nicht im Zentrum der Vertragsverhandlungen*. Dass das Bild kein Werk der Malerin X sei, war somit *nicht Grundlage des Vertrages*. Wohl mag der Verkäufer ex post in der Regel glaubhaft darlegen, dass er das Werk überhaupt nicht oder nicht zu

⁷⁵ Selbstverständlich könnte sich in dieser Situation wiederum auch der Käufer auf Grundlagenirrtum berufen. Daran wird er allerdings kaum je ein Interesse haben.

⁷⁶ Ebenfalls zu dieser Fallgruppe dürften jene Sachverhalte gehören, die SCHNEIDER/FICK [Fn. 15], Art. 19 [aOR] N 3, als Beispiele für einen Eigenschaftsirrtum nach Art. 19 Abs. 3 aOR erwähnen.

⁷⁷ Dabei spielt es keine Rolle, ob das Bild einem berühmten oder einem weniger bekannten Künstler zugeschrieben wird.

diesem Preis verkauft haben würde, wenn er die wahre Urheberschaft gekannt hätte; sein Nichtwissen wird das Kriterium der subjektiven Wesentlichkeit erfüllen⁷⁸. Indessen fehlt es hier am Tatbestandsmerkmal der objektiven Wesentlichkeit. Gehen die Parteien bei Vertragsschluss in der dargelegten Weise von einer derart offenen Umschreibung der Urheberschaft am verkauften Werk (wie „zugeschrieben“, „aus der Schule von ...“ etc.) aus, so kann dies nach Treu und Glauben nicht dahingehend gedeutet werden, die Nichturheberschaft von einer bekannten Künstlerin bilde das Fundament des Vertrages. Die Vorstellung einer von den Parteien *hypothetisch vereinbarten Resolutivbedingung*⁷⁹ für den Fall, dass nachträglich ein in der Kunstbranche als hochwertig eingestuftes Urhebers „entdeckt“ werden sollte, passt hier nicht. Wird ein Vertrag über ein Kunstwerk wie geschildert geschlossen, so enthält er eine deutlich *aleatorische Komponente*. Unter dem für den Grundlagenirrtum zentralen Gesichtspunkt der adäquaten Risikoverteilung zwischen den Parteien wäre es dann nicht sachgerecht, dem Verkäufer den Gewinn der nachträglichen Entdeckung zuzuweisen. Dies gilt nicht nur, wenn der Käufer Kosten für die Informationsbeschaffung aufgewendet und daher einen berechtigten Anspruch auf den entsprechenden Entdeckergewinn hat⁸⁰, sondern auch wenn die nachträgliche Entdeckung auf Zufall beruht. Damit scheidet hier die Berufung des Verkäufers auf Grundlagenirrtum aus⁸¹.

d) Fälle mit bewusster Unkenntnis des Urhebers seitens des Verkäufers

Noch eindeutiger – und kaum umstritten – sind jene Fälle, bei denen sich der Verkäufer nicht bloss keine spezifischen Gedanken zum genauen Urheber des fraglichen Werkes gemacht hat, *sondern es ihm schlicht egal war, vom wem das Werk stammt*⁸². Als typische Beispiele können hier der Trödler, der Stras-

⁷⁸ Man wird dies als einen Fall einer „ignorantia“ (fehlende Vorstellung über den entscheidenden Sachverhalt) betrachten dürfen, der gemäss einem Grossteil der Lehre ebenfalls unter die Regeln des Grundlagenirrtums fällt (vgl. dazu CHRISTOPH HEIZ, Grundlagenirrtum, Diss. Zürich 1985, S. 14 f.; BK-SCHMIDLIN [Fn. 18], Art. 23/24 N 54). Zur Frage, ob auch eine fehlende Vorstellung Grundlage eines Irrtums sein kann, vgl. auch das deutsche Reichsgericht, welches ausführte, dass es keinen Unterschied mache, „ob der Mangel, der den Irrtum hervorruft, in einer Verfälschung, oder in einem gänzlichen Fehlen der entscheidenden Vorstellung“ bestehe (RGZ 62, 201 ff., spez. 205).

⁷⁹ Vgl. zum Kriterium der hypothetischen Resolutivbedingung vorn Kap. II. 2. c).

⁸⁰ Siehe zu diesem Aspekt bereits oben Kap. III. 4. a).

⁸¹ Zum gleichen Ergebnis kommt in diesen Fällen auch FLUME [Fn. 11], S. 633 f., der eine Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB dann ausschliessen will, wenn „zur Zeit des Kaufs das Bild noch nicht einem bestimmten Maler zugeschrieben [...] wird, die ‚richtige‘ Zuschreibung sich aber nicht ohne weiteres ergibt, es vielmehr erst einer Entdeckung bedarf, damit das Bild nun als ein solches eines bedeutenden Malers gilt.“ A.M. A. KOLLER [Fn. 13], § 14 Rz. 41, spez. Fn. 492, der die Berufung auf Grundlagenirrtum in diesen Fällen undifferenziert zulässt.

⁸² War dem Verkäufer die wahre Urheberschaft effektiv gleichgültig, so fehlt es bereits an der subjektiven Wesentlichkeit. Diese Fälle sind hier nicht von Interesse.

senhändler oder der Erbe, der den Dachboden seiner Erbtante räumt, gelten, die ohne speziell darauf zu achten, um welche Gegenstände – z.B. von einem berühmten Komponisten stammende Originalnotenhefte – es sich im Einzelnen genau handelt, den (vermeintlichen) Ramsch loswerden wollen⁸³. Kernpunkt dieser Fälle ist, dass sich die Vorstellungen des Verkäufers hier nicht der Ignorantia⁸⁴ zuordnen lassen. Der Verkäufer erliegt nicht einer unbewussten Unkenntnis, was die Urheberschaft am Kaufgegenstand betrifft, *sondern seine Unkenntnis ist ihm bewusst⁸⁵ oder er nimmt sie zumindest mit bewusster Gleichgültigkeit in Kauf*. Diesfalls fehlt eine wichtige Voraussetzung für einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID drücken dies plastisch und zutreffend wie folgt aus: „Wer weiss, dass er nicht weiss, irrt nicht.“⁸⁶

Dementsprechend hat nach unserer Auffassung das Amtsgericht Coburg im „Mozart-Noten-Fall“⁸⁷ richtig entschieden. Weil der Verkäufer nicht darauf geachtet habe, um welche Notenhefte es sich im Einzelnen handelte, als er diese für den Verkauf bereitstellte, habe er – so das Amtsgericht – mit bewusster Gleichgültigkeit gehandelt. Damit war ein Irrtum ausgeschlossen⁸⁸.

IV. Schluss

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass „Echtheits-Fälle“ irrtumsrechtlich nicht einfach spiegelbildlich zu den aus der Rechtsprechung allgemein bekannten „Unechtheits-Fällen“ behandelt werden können. Das hat verschiedene Ursachen. Zum einen waren die vom Bundesgericht zu beurteilenden „Unechtheits-Fälle“ von der Sachlage her zu eindeutig. Im Alltag des Kunsthandels dürften zahlreiche Verträge geschlossen werden, bei denen ein Irrtum des Käufers nicht so ohne weiteres angenommen werden kann, wenn

⁸³ Vgl. oben Kap. III. 2. b).

⁸⁴ Ein Fall einer Ignorantia liegt etwa dann vor, wenn der Irrende eine bloss vage unbestimmte oder gar keine Vorstellung des fraglichen Sachverhaltes hatte. Vgl. dazu BK-SCHMIDLIN [Fn. 18], Art. 23/24 N 54.

⁸⁵ Vgl. dazu auch RGZ 62, 201 ff., spez. S. 205, und (nicht im Ergebnis, aber in Bezug auf die Begriffsbildung kritisch) ADAMS, Irrtümer und Offenbarungspflichten [Fn. 41], S. 458, spez. Fn. 13, m.w.Hw.

In Anlehnung an die Lehre und die Rechtsprechung im Bereich der Sachmängelrechte könnte man auch hier sagen, dass der Verkäufer die Sache „tel quel“ (so wie sie ist) verkauft hat. Der Verkäufer (wie im Übrigen auch der Käufer) nimmt in diesem Fall bewusst später zu Tage tretende positive bzw. negative Eigenschaften der Sache in Kauf. Diese Inkaufnahme widerspiegelt sich entsprechend dem möglichen Risiko/der möglichen Chance im Kaufpreis. Vgl. dazu auch FLUME [Fn. 11], S. 636.

⁸⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [Fn. 20], N 763.

⁸⁷ Vgl. oben Kap. III. 2. b).

⁸⁸ Ebenso wie hier STAUDINGER/SINGER [Fn. 60], § 119 Rz. 12 und 93; ähnlich SCHERMAIER [Fn. 61], §§ 116–124, Willensmängel, Rz. 80; a.M. (aber ohne Begründung) PALANDT/HEINRICHS [Fn. 60], § 119 Rz. 27.

sich nachträglich die Unechtheit des erworbenen Werkes herausstellt⁸⁹. Zum andern sind bei „Echtheits-Fällen“ – wie dargelegt – derart viele Sachverhaltskonstellationen denkbar, dass eine generelle Aussage zur Frage, wann dem Verkäufer die Berufung auf einen Grundlagenirrtum zugestanden werden muss, praktisch unmöglich ist. *Die dem Kunsthandel über weite Strecken eigene Aleatorik*⁹⁰ zeigt sich wohl nirgends so deutlich wie in den „Echtheits-Fällen“. Das macht die irrtumsrechtliche Beurteilung dieser Fälle derart schwierig.

Aufgrund der knappen Sachverhaltsschilderung lässt sich nicht abschliessend beurteilen, ob im von BRUNO HUWILER aufgeworfenen Fall wirklich wie von ihm angenommen ein Grundlagenirrtum des Verkäufers bejaht werden kann. Nach unserer Beurteilung dürfte es sich wohl um ein Beispiel handeln, das in die dritte oder gar (allerdings weniger wahrscheinlich) in die vierte der skizzierten Fallgruppen gehört. Dann wäre dem Verkäufer die Berufung auf den Grundlagenirrtum zu versagen. Ob der Jubilar nach der Lektüre unseres Beitrages seinen damaligen Standpunkt revidieren und sich unserer Meinung anschliessen wird, wissen wir nicht. So oder anders hoffen wir aber, ihn zu einer näheren Auseinandersetzung mit dieser interessanten Frage anregen zu können.

⁸⁹ Vgl. vorn Kap. II. 2. d).

⁹⁰ Siehe dazu bereits vorn Kap. II. 2. d) sowie bei FLUME [Fn. 11], S. 635.