

Friedrich-Schiller-Universität Jena

**„Art-Compliance: Darstellung rechtlicher
Risikobereiche des deutschen Kunst- und
Kunstauktionshandels und Möglichkeiten
der Risikovermeidung durch Compliance-
Maßnahmen“**

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

Doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Johannes von Egelkraut-Gottanka

geboren am 19.05.1984

in München

Gutachter:

1. Gutachter (Referent): Prof. em. Dr. Olaf Werner
2. Gutachter (Koreferent): Prof. Dr. Christian Alexander
3. Prüfer: Prof. Dr. Christoph Ohler, LL.M. (Brügge)

Disputation:

25.10.2018

Inhalt

Inhalt	III
Abkürzungsverzeichnis.....	VII
Kapitel I: Einführung	1
Kapitel II: Der Kunsthandel und seine Märkte	6
1. Kunst als Gegenstand des Warenverkehrs	6
1.1 Handelbarkeit eines Kunstwerkes	7
1.2 Die Nachfrage und Bewertung von Kunst.....	9
2. Geschichtliche Entwicklung des Kunsthandels und seiner Märkte.....	12
3. Die Gliederung der Kunstmärkte	13
4. Übersicht über die wichtigsten Akteure des Sekundärmarktes.....	15
4.1 Kunsthändler und Sekundärmarkt-Galeristen	16
4.2 Kunstversteigerer.....	16
4.2.1 Formen der Auktion und rechtliche Vorgaben für den Kunstversteigerer	17
4.2.2 Kritische Handelspraktiken im Kunstauktionshandel	19
4.3 Rechtsbeziehungen im Kommissionsmodell.....	23
5. Diskussion um Intransparenz und Unterregulierung.....	25
Kapitel III: Darstellung branchenspezifischer rechtlicher Risikobereiche im Kunst- und Kunstauktionshandel.....	27
1. Branchenspezifische Rechtsrisiken nach dem deutschen Schuldrecht.....	27
1.1 Wissenszurechnung und Verschuldenszurechnung bei Mitarbeitern.....	27
1.2 Zivilrechtliche Due-Diligence-Pflichten: Grundsätze für die Kunstmärkte.....	28
1.2.1 Differenzierung nach Spezialisierungsgrad.....	31
1.2.2 Steigende Sorgfaltspflicht mit steigendem Wert des Kunstgegenstandes.....	33
1.2.3 Differenzierung zwischen Auktionshaus und Kunsthändler/ Sekundärmarkt-Galeristen.....	34
1.3 Ausgewählte Rechtsrisiken im Verhältnis Kunsthändler/ Kunstversteigerer und Einlieferer	35
1.3.1 Interessenwahrungspflicht	35
1.3.2 Weisungsbefolgungspflicht	37
1.3.3 Benachrichtigungs- und Informationspflichten	38
1.3.4 Due-Diligence-Pflicht bei Bewertung des Kunstgegenstandes	39
1.3.5 Due-Diligence-Pflichten im Umgang mit zweifelhaften Einlieferungen	40
1.3.6 Rückgriffmöglichkeit des Versteigerers gegen den Einlieferer.....	43
1.4 Ausgewählte Rechtsrisiken im Verhältnis Kommissionär und Käufer/ Ersteigerer ..	45
1.4.1 Einführung in die kaufrechtliche Haftung im Kunst- und Auktionshandel....	45

1.4.1.1	Kaufrechtliche Mängelhaftung des Verkäufers	45
1.4.1.2	Sachmangel (§ 434 BGB) und Rechtsmangel (§ 435 BGB).....	46
1.4.1.3	Katalogangaben.....	49
1.4.1.4	Kunstgegenstände illegaler Herkunft (insb. Raub- und Beutekunst).....	50
1.4.1.4.1	Fehlende Verfügungsbefugnis auf Grund illegalen Herkunft des Kunstgegenstandes	51
1.4.1.4.2	„Beutekunst“/ „Trophäenkunst“ und sachenrechtliche Einordnung.....	54
1.4.1.4.3	„Raubkunst“ und sachenrechtliche Einordnung	55
1.4.1.4.4	„Entartete Kunst“ und sachenrechtliche Einordnung	56
1.4.1.4.5	Fazit.....	58
1.4.1.5	Formulärmäßiger Haftungsausschluss	59
1.4.1.5.1	Möglichkeit der Besichtigung des Kunstgegenstandes vor der Auktion ...	60
1.4.1.5.2	Keine Verletzung der Due-Diligence-Pflichten bei Entgegennahme	61
1.4.1.5.3	Haftungsbrücke zugunsten des Käufers.....	62
1.4.1.6	Nichtigkeit des Kaufvertrages durch Anfechtung nach § 123 BGB.....	63
1.4.2	Auswahl wichtiger Due-Diligence-Pflichten des Verkäufers.....	65
1.4.2.1	Pflicht zur Prüfung der rechtmäßigen Herkunft.....	66
1.4.2.2	Pflicht zur Überprüfung der Vertrauenswürdigkeit des Einlieferers	69
1.4.2.3	Pflicht zur Überprüfung der Echtheit: Kunstwissenschaftliche, kunsttechnologische und materialanalytische Untersuchung	70
1.4.2.3.1	Untersuchungsmethoden.....	71
1.4.2.3.2	Umfang der Untersuchungspflichten	72
1.4.2.4	Aufklärungs- und Informationspflichten	77
1.4.2.4.1	Allgemeine Aufklärungs- und Informationspflicht	77
1.4.2.4.2	Besondere Informationspflicht bei Verbraucherverträgen.....	78
1.5	Zusammenfassung und Stellungnahme	79
2.	Branchenspezifische Rechtsrisiken aus dem Deliktsrecht	80
2.1	Haftungsrisiken aus § 823 Abs. 1 BGB.....	80
2.1.1	Beispiele für deliktische Risiken des Kunsthändlers/ des Kunstversteigerers nach § 823 BGB.....	80
2.1.2	Zurechenbares deliktisches Handeln durch Unterlassen	82
2.2	Haftungsrisiken aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem sog. „Schutzgesetz“	83
2.2.1	Auswahl kunstmarktrelevanter Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB	85
2.2.1.1	§ 263 StGB Betrug.....	85
2.2.1.2	§ 259 StGB Hehlerei.....	85
2.2.1.3	§ 261 StGB Geldwäsche und Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte	86
2.3	Haftungsrisiken aus § 824 BGB	87
2.4	Haftungsrisiken aus § 826 BGB	87

2.5 Haftungsrisiken aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB	89
2.6 Zusammenfassung und Stellungnahme	89
3. Branchenspezifische Rechtsrisiken nach dem deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht	90
3.1 Betrug nach § 263 StGB.....	91
3.2 Gebrauch einer unechten Urkunde nach § 267 Abs. 1 StGB	92
3.2.1 Das signierte Kunstwerk als unechte oder gefälschte „Urkunde“	93
3.2.2 Tathandlung des „Gebrauchmachens“	95
3.2.3 Zusammenfassung und Stellungnahme	96
3.3 Hehlerei nach §§ 259 StGB.....	97
3.3.1 Tatobjekt und Tathandlung i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB	97
3.3.2 Zusammenfassung und Stellungnahme	100
3.4 Geldwäsche nach § 261 StGB	100
3.4.1 Tatobjekt	101
3.4.2 Tathandlungsvarianten.....	102
3.4.3 Zusammenfassung und Stellungnahme	103
3.5 Handeln durch Unterlassen i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB im Unternehmen.....	104
3.6 Unternehmensgeldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG	105
3.7 Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG	110
3.8 Zusammenfassung und Stellungnahme	113
4. Branchenspezifische Rechtsrisiken nach dem deutschen Kulturgutschutzgesetz (KGSG).....	115
4.1 Hintergrund der Neuregelung des Kulturgutschutzrechts	115
4.2 Strenge Ein- und Ausfuhrvorschriften.....	118
4.2.1 Ausfuhr von Kulturgut nach §§ 21 KGSG	118
4.2.2 Einfuhr von Kulturgut nach §§ 28 ff. KGSG	120
4.3 Verbot des Inverkehrbringens nach § 40 Abs. 1 KGSG	121
4.4 Allgemeine „Due-Diligence“-Pflichten nach § 41 KGSG	124
4.5 Besondere „Due-Diligence“- und Dokumentationspflichten nach § 42 ff. KGSG ..	125
4.5.1 Besondere „Due-Diligence“-Pflichten für Kunsthändler/ Kunstversteigerer	125
4.5.2 Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten nach § 45 KGSG	128
4.6 Zusammenfassung und Stellungnahme	129
5. Branchenspezifische Rechtsrisiken nach dem deutschen Geldwäschegesetz (GwG)	130
5.1 Geldwäsche auf dem Kunstmarkt.....	132
5.2 Rechtsrisiken aus der Verletzung von Due-Diligence-Pflicht nach dem GwG	134
5.2.1 „Verpflichteter“ i.S.d. GwG	135
5.2.2 Identifizierungspflichten (Customer-Due-Diligence-Measures)	137
5.2.2.1 Allgemein.....	138

5.2.2.1.1	Auslösetatbestände der Identifizierungspflichten	138
5.2.2.1.2	Risikobasierter Ansatz („Risk Based Approach“)	138
5.2.2.2	„Customer-Due-Diligence“-Maßnahmen im Einzelnen	139
5.2.2.3	„Enhanced Customer-Due-Diligence“-Maßnahmen	142
5.2.3	Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten	143
5.2.4	Pflicht zum Risikomanagement	144
5.2.5	Pflicht zur Meldung von Verdachtsfällen	146
5.2.6	Sanktionen	147
5.3	Zusammenfassung und Stellungnahme	148
5.4	Selbstregulierungs-Initiativen zur Geldwäscheprävention auf den Kunstmärkten ...	149
5.4.1	Basel Art Trade Principles on Anti-Money Laundering	150
5.4.2	Guidelines on combatting Money Laundering and Terrorist Financing	152
Kapitel IV: Haftungsvermeidung auf den Kunstmärkten – Überlegungen zur „Art-Compliance“		155
1. „Art Compliance“: Compliance auf den Kunstmärkten		155
1.1	Haftungsvermeidung durch Compliance	155
1.2	Relevanz der Compliance für Kunsthändler/ Kunstversteigerer	157
1.3	Verständnis des Begriffs „Art Compliance“	159
2. Risikobasierter Ansatz der Art Compliance		160
3. Art Compliance Maßnahmen		164
Kapitel V: Schlussbemerkung		167
1. Zu These 1: Keine Unterregulierung der Kunstmärkte		167
2. Zu These 2: Relevanz der Compliance für Kunsthändler/ Versteigerer		169
Anhang: Auswahl prominenter Skandale auf den Kunstmärkten der letzten Jahre ..		171
1. Kunstbetrug um Werke der russischen Avantgarde		171
2. Fall „Beltracchi“		173
3. Niedergang der Knoedler & Co. Gallery in New York		175
4. „Schwabinger Kunstfund“		176
5. Fall „Achenbach“		178
6. Fall „1 Malaysia Development Bhd. (1MDB)“		179
7. Skandal um Geschäftspraktiken des Larry Gagosian		180
8. Bouvier ./ Rybolowlew		181
9. Skandal um Zollfreilager		182
Literaturverzeichnis		IX
Thesen		XXIII

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	<i>alte Fassung</i>
AG	<i>Aktiengesellschaft</i>
AGB	<i>Allgemeine Geschäftsbedingungen</i>
Anm.	<i>Anmerkung</i>
Az.	<i>Aktenzeichen</i>
BayObLG	<i>Bayerisches Oberstes Landesgericht</i>
BeckOK	<i>Beck'sche Online-Kommentare</i>
BeckRS	<i>Beck Online Rechtsprechung</i>
Begr.	<i>Begründung</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGBI	<i>Bundesgesetzblatt</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BKM	<i>Die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien</i>
BKR	<i>Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht</i>
BR	<i>Bundesrat</i>
BT	<i>Bundestag</i>
CISG	<i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>
Drs.	<i>Drucksache</i>
DS	<i>Der Sachverständige</i>
DStR	<i>Deutsches Steuerrecht</i>
EGBGB	<i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i>
f.	<i>folgend</i>
GbR	<i>Gesellschaft bürgerlichen Rechts</i>

GmbH..... *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*

GRUR..... *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*

GRUR-Prax *GRUR Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*

GRUR-RR..... *GRUR Rechtsprechungs-Report*

GWB..... *Kartellgesetz*

GWR..... *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht Zeitschrift*

HGB *Handelsgesetzbuch*

i.S.d..... *im Sinne des/ der*

JZ..... *Juristen Zeitung*

KG *Kommanditgesellschaft*

KGaA *Kommanditgesellschaft auf Aktien*

KK *Karlsruher Kommentar*

KUR *Kunst und Recht - Journal für Kunstrecht, Urheberrecht*

LG..... *Landgericht*

LSK *Leitsatzkartei (des C.H. Beck Verlag)*

m.w.N. *mit weiteren Nachweisen*

NJOZ..... *Neue Juristische Online Zeitschrift*

NJW-RR *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht*

NRW *Nordrhein-Westfalen*

NZM *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*

o.V..... *ohne Verfasser*

oHG *Offene Handelsgesellschaft*

OLG..... *Oberlandesgericht*

OWiG *Ordnungswidrigkeitengesetz*

RGBI..... *Reichsgesetzblatt (amtliches Verkündungsblatt des Deutschen Reiches)*

Rn. *Randnummer*

RzW..... *Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht*
SJZ..... *Schweizerische Juristenzeitung*
SZ *Süddeutsche Zeitung*
u.a. *unter anderem*
UWG *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*
v. *von/ vom/ vor*
v. Chr. *vor Christus*
VerstV *Versteigererverordnung*
VwVfG *Verwaltungsverfahrensgesetz*
z.B. *zum Beispiel*
ZRFC..... *Zeitschrift für Risk, Fraud & Compliance*

Kapitel I: Einführung

Durch das stete Aufkommen neuer Skandale¹ auf den Kunstmärkten wurde in den letzten Jahren der Eindruck erweckt, die Kunstmärkte seien Orte des gelebten Rechtsbruches ohne ausreichende Regulierung und die Nichteinhaltung bestehender Gesetze zum Vorteil der „Big Player“ sei sozusagen Branchen-Usus. Dies trifft nicht zu. Auch ist *De Sanctis*‘ Feststellung, strafrechtlich relevantes Verhalten sei endemisch für den Kunstsektor², übertrieben.

Dennoch kann ein Glaubwürdigkeitsproblem der Kunstmärkte und seiner Akteure nicht von der Hand gewiesen werden. Die Diskussionen über die herrschenden Handelspraktiken gibt es seit Jahrzehnten.³ Die Einsicht, dass der (internationale) Kunsthandel auf Grund seiner Marktpraktiken vor einem Glaubwürdigkeitsproblem steht, welches langfristig dem eigenen Geschäft schaden könnte, wächst auch unter den internationalen Kunstmarktakteuren. Dies zeigten zuletzt die durch Deloitte Luxembourg und ArtTactic, einem Unternehmen für Kunstmarktanalyse, für die Jahre 2016 und 2017 vorgenommenen und im Art&Finance Report 2016 und Art&Finance Report 2017 dargestellten Umfragen.⁴

Für den Art&Finance Report 2017 befragten Deloitte Luxembourg und ArtTactic im Zeitraum zwischen Mai 2017 und August 2017 Vermögensverwalter (sog. „Wealth Manager“)⁵, wichtige Sammler („Art collectors“)⁶ und sonstige professionelle Marktakteure (sog. „Arts professionals“: Galerien, Auktionshäuser, Kunstberater, Kunstversicherer, Kunstspediteure und spezialisierte Rechtsanwälte)⁷ nach den zentralen Themen, die aus ihrer Sicht den Ruf der

¹ Siehe dazu auch die Auswahl prominenter Kunstmarktskandale der letzten Jahre im „Anhang“ dieser Arbeit.

² De Sanctis, 2013, S. 3.

³ Siehe z.B.: *Gerstenblith*, William and Mary Law Review 1988, S. 501 ff.; Vgl. hierzu z.B.: *Adam*, „Secrets of the auction room“, ft.com, v. 03.01.2009, <http://www.ft.com/cms/s/0/cb1e2906-d6c7-11dd-9bf7-000077b07658.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

⁴ Deloitte Luxembourg and ArtTactic, 2016, S. 142 ff.; Deloitte Luxembourg and ArtTactic, 2017, S. 235 ff..

⁵ Befragt wurden insgesamt 69 Privatbanken in Europa, den USA und Asien sowie 27 „Family offices“ in Europa und den USA (Deloitte Luxembourg and ArtTactic, 2017, S. 17).

⁶ Befragt wurden insgesamt 107 Sammler aus Europa, den USA, dem Mittleren Osten, Latein Amerika und Asien (Deloitte Luxembourg and ArtTactic, 2017, S. 17).

⁷ Befragt wurden insgesamt 155 professionelle Marktakteure aus Europa, den USA, dem Mittleren Osten, Latein Amerika und Asien (Deloitte Luxembourg and ArtTactic, 2017, S. 17).

Kunstmärkte/ des Kunsthandels bedrohen oder beschädigen.⁸ Neben Problemen u.a. der Authentizität und der Provenienz von Kunstwerken, der fehlenden Transparenz, der Preismanipulation und der Geldwäsche nannten die Befragten als weitere Risiken für das Vertrauen in den Kunsthandel u.a. die Nicht-Offenlegung der gleichzeitigen Vertretung widerstreitender Interessen, geheime Kommissionzahlungen und Insiderhandel^{9, 10}.

Trotz dieser sicher bestehenden Glaubwürdigkeitsprobleme wird dem bereits seit langem erklingenden Ruf nach einer verstärkten Regulierung der (deutschen) Kunstmärkte, der befeuert durch die zahlreichen Kunstmarktskandale¹¹ in den vergangenen Jahren stetig lauter wurde¹², im Rahmen dieser Arbeit entgegengetreten. Das Bild der unterregulierten Kunstmärkte trifft jedenfalls in Deutschland seit Jahren nicht zu.

Dennoch wurde durch Inkrafttreten des Kulturgutschutzgesetzes („KGSG“)¹³ am 06.08.2016 eine Verstärkung der Regulierung in Deutschland umgesetzt. Die EU ermahnt ihre Mitgliedstaaten zudem, die Kunstmärkte bei der Bekämpfung illegalen Kulturgüterhandels

⁸ (Deloitte Luxembourg and ArtTactic, 2017, S. 235 ff.).

⁹ Nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 der EU-Marktmissbrauchsverordnung, Verordnung (EU) Nr. 596/2014, liegt ein „Insidergeschäft“ vor, „[...] wenn eine Person über Insiderinformationen verfügt und unter derselben für eigene oder fremde Rechnung direkt oder indirekt Finanzinstrumente, auf die sich die Informationen beziehen, erwirbt oder veräußert. [...]“. Nach Art. 14 der EU-Marktmissbrauchsverordnung ist das Tätigen und Empfehlen des Tätigens von Insidergeschäften verboten. Dieses EU-Verbot wird in § 38 Abs. 3 WpHG aufgegriffen. Für den Kunsthandel gibt es kein gesetzliches Verbot des Insiderhandels. Insiderhandel auf den Kunstmärkten wird seit längerem diskutiert, vgl. z.B.: Timm, „Auf der Suche nach dem Interessenten“, zeit online, 25.07.2013, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2013/31/kunstmarkt-kunstfonds-rendite> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); Roth, 2016, S. 166 f. m.w.N. Ob ein Verbot des „Insiderhandels“ auf die Kunstmärkte angewendet werden kann, ist zweifelhaft. Unklar ist zudem, wie eines solches Verbot ausgestaltet werden soll.

¹⁰ Deloitte Luxembourg and ArtTactic, 2017, S. 242.

¹¹ Siehe dazu auch die Auswahl prominenter Kunstmarktskandale der letzten Jahre im „Anhang“ dieser Arbeit.

¹² Vgl. u.a.: Koldehoff, „Avantgarde unter Verdacht“, zeit online, 21.03.2018, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2018/13/kunstbetrug-faelschungen-verkauf-landgericht-wiesbaden> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018), der in seinem Bericht zum Strafprozess vor dem LG Wiesbaden um den Skandal des Verkaufs von gefälschten Werken der russischen Avantgarde (siehe dazu im „Anhang“ Ziff.1.) abschließend darauf hinweist, dass der Prozess – laut einiger Beobachter – gezeigt habe, dass der Kunstmarkt mehr gesetzliche Regulierung benötigt; Timm, „Reguliert den Laden!“, zeit.de, 09.02.2015, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2014/33/kunstmarkt-handel-betrug> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); Heddaya, „Does the Art Market Need Regulation“, boulinartinfo.com, 03.02.2015, abrufbar unter: <http://www.boulinartinfo.com/news/story/1077893/does-the-art-market-need-regulation> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); Riegel, „Kunstmarkt ist ein Tummelplatz für Geldwäscher“, welt.de, 29.10.2014, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/article133765120/Kunstmarkt-ist-ein-Tummelplatz-fuer-Geldwaescher.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

¹³ Gesetz zum Schutz von Kulturgut (Kulturgutschutzgesetz „KGSG“) vom 31.07.2016, BGBl. I 2016, 1914 ff.

sowie bei der Bekämpfung der Geldwäsche¹⁴ und der Terrorismusfinanzierung noch stärker in die Pflicht zu nehmen bzw. zu überwachen.

Beim Rufen nach mehr Regulierung wird übersehen, dass zahlreiche der auch in den Art&Finance Reports von Deloitte erwähnten Glaubwürdigkeitsprobleme gar nicht wirksam durch eine Erhöhung der Regulierung der Kunstmärkte in Deutschland bekämpft werden können, da diese Probleme jedenfalls in Deutschland zu maßgeblichen Teilen in Bereiche fallen, die bereits – und nicht erst seit Inkrafttreten des KGSG – einer gesetzlichen Regulierung unterliegen.

So hat sich ein Galerist/ Kunsthändler/ Kunstversteigerer in Deutschland im Alltagsgeschäft seit Jahren an eine außerordentliche Vielzahl von gesetzlichen Regelungen zu halten. Diese legen ihm einen umfangreichen Katalog bestehend u.a. aus zivilrechtlichen, kulturgutschutzrechtlichen, geldwäscherechtlichen sowie straf- und bußgeldrechtlichen Due-Diligence Pflichten auf, die ihm Verhaltensweisen, wie sie in den Art&Finance Reports von Deloitte aufgezählt sind, verbieten.

Legen Galeristen/ Kunsthändler/ Kunstversteigerer in Deutschland dennoch ein solches Fehlverhalten (z.B. in Form der Nicht-Offenlegung von Interessenkonflikten, von geheimen Kommissionszahlungen, von Geldwäsche oder im Zusammenhang mit dem Umgang mit Kunstwerken zweifelhafter Authentizität und Provenienz) an den Tag, so nehmen diese entweder bewusst den Rechtsbruch in Kauf oder es geschieht, weil sie ihre gesetzlichen Pflichten unterschätzen oder fahrlässig nicht kennen.

Die Folgen eines Gesetzesverstößes können für den Galeristen/ Kunsthändler/ Kunstversteigerer enorm sein. Beispielhaft sei neben möglichen zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen samt den damit einhergehenden Anwalts- und Gerichtskosten insbesondere auf die Gefahr bußgeld- und strafrechtlicher Sanktionen verwiesen. All dies kann zudem langfristige Imageschäden zur Folge haben, deren wirtschaftliche Konsequenzen nur schwer abschätzbar sind. Die Öffentlichkeit reagiert auf Irregularitäten bei

¹⁴ EU-Kommission, Bericht über die Bewertung der mit grenzüberschreitenden Tätigkeiten im Zusammenhang stehenden Risiken der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung für den Binnenmarkt (Report Supranational Risk Assessment on money laundering and terrorist financing), kurz: „SNRA-Bericht“, 26.07.2017, EU-Kommission (2017) 340 final, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-340-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (zuletzt abgerufen: 16.03.2018), S. 20, 23. Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel III.5.

Kunsttransaktionen inzwischen hochsensibel. Oft kommt es dabei zu pauschalen Vorverurteilungen. Eine differenzierte Unterscheidung zwischen fahrlässigen Pflichtverstößen eines Akteurs und den vorsätzlichen Verstößen eines anderen unterbleibt.

Zum eigenen Schutz sollten Galeristen/ Kunsthändler/ Kunstversteigerer sich und ihre Mitarbeiter ausreichend über die bestehenden gesetzlichen Pflichten informieren und aktiv um deren Einhaltung bemühen.

Um die Regeltreue eines Unternehmens und seiner Mitarbeiter sicherzustellen – nicht zuletzt mit dem Ziel, dadurch die eigene Glaubwürdigkeit zu fördern – wird im Finanzsektor und anderen Wirtschaftsbereichen auf das Instrument der Compliance („to comply“) zurückgegriffen.

Das Instrument der Compliance verdankt seine heutige Bedeutung insbesondere der Erkenntnis, dass in der Praxis allein die Existenz einer rechtlichen Vorgabe nicht dazu führt, dass das Verhalten in einem Unternehmen durchgängig rechtskonform ist.¹⁵ Vielmehr bedarf es unternehmensinterner Maßnahmen, die Mitarbeiter auf ihre rechtlichen Pflichten aufmerksam machen und die Einhaltung aktiv unterstützen sowie überwachen. Zu Beginn steht dabei stets eine umfassende Analyse der wesentlichen für das Unternehmen bestehenden rechtlichen Risiken.

Aus Sicht des Erstellers ist der Wiederverkauf/ Weiterverkauf von Kunstwerken, d.h. der Verkauf von Werken, die zuvor bereits schon in den Handelskreislauf eingeführt wurden, für die beteiligten Akteure mit dem höchsten rechtlichen Risiko verbunden.¹⁶ Im Sinne der obengenannten Analyse sollen deshalb im Rahmen dieser Arbeit die relevanten – in dieser Einführung bereits beispielhaft aufgezählten – branchentypischen rechtlichen Risiken, die sich für Wiederverkäufer/ Weiterverkäufer von Kunst im Rahmen ihrer Tätigkeit aus der deutschen Rechtsordnung ergeben, untersucht werden. Da der Wiederverkauf/ Weiterverkauf von Kunstwerken in erster Linie durch Kunsthändler/ Sekundärmarkt-Galeristen¹⁷ sowie durch Kunstversteigerer erfolgt, bezieht sich die Analyse auf die rechtlichen Risiken dieser

¹⁵ Klindt/Pelz/Theusinger, NJW 2010, 2385.

¹⁶ Vgl. zum erhöhten rechtlichen Risiko beim Wiederverkauf/ Weiterverkauf von Kunst sodann die Ausführungen in Kapitel II.3.

¹⁷ Sekundärmarkt-Galeristen sind wie Kunsthändler wiederverkaufend/ weiterverkaufend tätig. Zur Erläuterung der verschiedenen Akteure und zur Abgrenzung zwischen Primärmarkt- und Sekundärmarkt-Galeristen sowie zum Unterschied des Primär- und Sekundärmarktes, vgl. die Ausführungen in Kapitel II. 3., 4. ff.

Akteure (die im weiteren Verlauf dieser Arbeit zumeist zusammen bezeichnet werden als: Kunsthändler/ Kunstversteigerer¹⁸ oder Kunsthandel-/ Kunstauktionsunternehmen).

Die Analyse ist auf die rechtlichen Themenbereiche beschränkt, mit denen aus Sicht des Erstellers im Alltagsgeschäft der Kunsthändler/ Kunstversteigerer ein besonders relevantes Risiko eines Rechtsverstößes und der Realisierung einer der bereits beispielhaft skizzierten negativen Folgen für das Unternehmen (z.B. Schadensersatzzahlungen, Bußgelder, strafrechtliche Sanktionen und Schäden der Reputation) verbunden ist.

Auf eine Darstellung der durchaus bestehenden – aber im Alltagsgeschäft nicht in dem Umfang – relevanten rechtlichen Risiken aus dem Wettbewerbsrecht, dem Kartellrecht sowie dem Urheberrecht wurde deshalb verzichtet. Auch eine Darstellung der rechtlichen Risiken aus ausländischen Regularien¹⁹ hätte den Rahmen dieser Arbeit leider gesprengt.

Die Ergebnisse der Analyse sollen unter anderem die nachfolgenden Arbeitsthese bestätigen:

These 1: Die Bezeichnung der (deutschen) Kunstmärkte als „unterreguliert“ war bereits vor Inkrafttreten des Kulturgutschutzgesetzes („KGSG“) am 06.08.2016 unzutreffend. Die vorzunehmende Analyse wird bestätigen, dass die Geschäftstätigkeit der Kunsthändler/ Kunstversteigerer bereits vor Inkrafttreten des KGSG nach der deutschen Rechtsordnung einer umfassenden Regulierung unterworfen war.

These 2: Auf Grund dieser hohen Regulierungsanforderungen ist das Instrument der Compliance auch für kleine und mittelständische Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmen relevant.

¹⁸ Da das Tätigkeitspektrum des Kunsthändlers und des Sekundärmarkt-Galeristen (vgl. Ausführungen in Kapitel II.4.1.) vergleichbar ist, wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit auf eine explizite Nennung der Sekundärmarkt-Galeristen zumeist verzichtet.

¹⁹ Beispielhaft sei der am 01.07.2011 in Großbritannien zur Korruptionsbekämpfung in Kraft getretene „UK Bribery Act“ genannt. Diesem unterfallen ebenfalls Unternehmen ohne Niederlassung in Großbritannien, die dort geschäftlich tätig sind. Somit können deutsche Unternehmen, die Exportgeschäfte nach Großbritannien durchführen, dem „UK Bribery Act“ unterfallen. Bei Verstößen kann sich das Unternehmen nur anhand eines bestehenden „adäquaten“ Compliance-Programms verteidigen (siehe hierzu: *Deister*, CCZ 2011, 12 ff). Zu beachten ist in den USA ausdrücklich das Bundesgesetz „Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)“, das ebenfalls auf ausländische Unternehmen Anwendung findet (*Spehl/Grützner*, CCZ 2013, 198 ff.).

Kapitel II: Der Kunsthandel und seine Märkte

Die Einführung in die Thematik Kunst als Gegenstand des Warenverkehrs, in die geschichtliche Entwicklung des Kunsthandels und den Aufbau seiner Märkte sowie der Überblick zu den beteiligten Akteuren sind notwendige Voraussetzungen für die Analyse der rechtlichen Risiken, die mit dem Handeln von Kunst verbunden sind.

Dabei wird auf Ausführungen zu den verschiedenen Nuancen bestehender Definitionsversuche des Begriffs „Kunst“ verzichtet. Diese interessante Frage muss vorliegend nicht geklärt werden, um die Kunstmärkte und ihre rechtlichen Risiken darzustellen. Zu den Kriterien, ob und wann ein Objekt Teil des Handelskreislaufs der Kunstmärkte wird, gehört nämlich nicht, ob ein Objekt einer bestimmten Definition des Begriffs „Kunst“ unterfällt. Es bedarf auf tatsächlicher Ebene vielmehr nur der Handelbarkeit und der Nachfrage. Außerdem kann eine einheitliche Definition des Begriffs „Kunst“ wohl auch nicht erbracht werden, wie die unüberschaubare Vielzahl an Versuchen, des Begriffes „Kunst“ terminologisch habhaft zu werden und das Wesen der Kunst begrifflich zu definieren, zeigen.²⁰ Die Versuche variieren von dem Zitat des US-amerikanischen Künstlers und Kunsttheoretikers Ad Reinhardt *„Kunst ist Kunst-als-Kunst, und alles andere ist alles andere. Kunst-als-Kunst ist nichts als Kunst. Kunst ist nicht, was nicht Kunst ist“*²¹ über die verschiedenen ästhetischen Theorien der Philosophie bis zu den zahlreichen Versuchen von Seiten der „Juristerei“²².

1. Kunst als Gegenstand des Warenverkehrs

*„Man muss sich bewusst sein, dass man als eine Art Währung benutzt wird, eine Handelsware. Ich mache sehr gerne Gemälde, aber ich weiß, was Gemälde heute in unserer Gesellschaft bedeuten: dass sie eine Ware sind. (...)“*²³

- Oscar Murillo -

²⁰ Ebenso: Goepfert, 1991, S. 16.

²¹ Zitiert nach Reißer/Wolf, 2003, S. 75 ff.

²² Vgl. dazu ausführlich: Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 16 ff.; vgl. z.B.: BVerfGE 30, 173, 188 („Mephisto“).

²³ Zitiert nach Monopol Magazin, 03/2014, S. 85.

Die Aussage aus dem Jahr 2014 des damals nicht einmal 30-jährigen kolumbianischen Künstlers Oscar Murillo, dessen Gemälde ihren Marktwert in nur wenigen Jahren teilweise um das Hundertfache gesteigert hatten²⁴, beschreibt – ohne die gesellschaftliche Bedeutung von Kunst dadurch herabwürdigen zu wollen – sehr treffend die Wechselbeziehung zwischen Kunst und Kunsthandel. Gleichzeitig ist es nachvollziehbar, dass die Bezeichnung von Kunst als Ware vielen Künstlern und dem großen Teil des Publikums nach wie vor widerstreben mag.²⁵

Für den Handel mit Kunst bedarf es des Vorliegens eines Kunstwerkes²⁶ mit objektivem Warencharakter bzw. mit Marktfähigkeit.²⁷ In subjektiver Hinsicht muss der erstellende Künstler die Absicht haben und es muss die Möglichkeit bestehen, dass ein Kunstwerk auf Grund von entsprechender Nachfrage sowie auf Grund seiner besonderen Beschaffenheit in den volkswirtschaftlichen Absatzmarkt eingeführt werden kann.²⁸ Das „Kunstwerk“ wird dadurch zum „Kunstgut“ als Objekt des Kunstmarktes.²⁹

1.1 Handelbarkeit eines Kunstwerkes

Um als Kunstwerk handelbar zu sein, muss es beweglich und grundsätzlich objektiv verkörpert, d.h. es muss greifbar und somit „tauschfähig“ sein.³⁰ Der Kunsthandel befasst sich deshalb naturgemäß mit dem Handel von Werken der Malerei, der Zeichenkunst, der Graphik, der Fotografie³¹, der Bildhauerei und des Designs sowie des Kunsthandwerks.

²⁴ Monopol Magazin, 03/2014, S. 84.

²⁵ So bereits: Drey, 1910, S. 19, 20.

²⁶ Im weiteren Verlauf dieser Arbeit auch bezeichnet als: „Werk der Kunst“, „Kunstobjekt“, „Kunstgegenstand“ oder „Kunstgut“.

²⁷ Jaquet, 1962, S. 13 ff., der neben der Mobilisierung der Kunst zudem die Verselbständigung des Künstlers (S. 17 ff.) durch den finalen Wegfall des Mäzenatentums Mitte des 19. Jahrhunderts als Ursprung der Wandlung der Kunst zur Ware ansieht; Christophersen, 1995, S. 7 f.

²⁸ Drey, 1910, S. 13; Jaquet, 1962, S. 13; Christophersen, 1995, S. 7.

²⁹ Goepfert, 1991, S. 18 m.w.N..

³⁰ Jaquet, 1962, S. 4; Christophersen, 1995, S. 9; Drey, 1910, S. 13.

³¹ Zur Übersicht über die Techniken der zweidimensionalen bildenden Kunst: Frey, 2011, S. 2.

Jedoch können Werke, die auf den ersten Blick vom objektiven Merkmal der Werk-Materialisierung abweichen, zu den Kunstwerken mit Warencharakter zählen. Werke der Performance können gehandelt werden, indem Fotografien, Einzelteile oder Reste dieses Werkes auf dem Markt zu Verkauf angeboten werden.³² Auch die neueren Werkarten wie die der Videoinstallation oder Werke der Digital-Art (Kunst der neuen Medien) erweisen sich als handelbar. „Tauschfähig“ sind jedenfalls die Datenträger, auf denen die Werke gespeichert sind.

Digital-Art wird vermehrt ausschließlich digital gehandelt. Das britische Kunstauktionshaus Phillips und die Internetplattform tumblr.com richteten im Oktober 2013 in New York mit der PADDLES ON! erfolgreich die erste Kunstauktion ausschließlich für Digital-Art aus und wiederholten diesen Erfolg in Europa im Juli 2014 in London.³³

Die Bedeutung der Tauschfähigkeit des Kunstgegenstandes für dessen Handelbarkeit zeigt ein aktuelles Beispiel: Die einst naturgemäß ortsgebundenen – da vornehmlich auf Hauswände gesprühten – Graffiti-Werke des britischen, nicht mit bürgerlichem Namen bekannten Graffiti-Sprayers *Banksy* haben inzwischen – den durchaus umstrittenen – Eingang in die internationalen Kunstauktionen gefunden und erzielen horrende Preise.³⁴ Indem man die Mauerstücke mit den Graffiti von den Gebäuden trennte, die Graffiti von Wänden, Türen ablöste, wurden die Graffiti beweglich und somit als Ware handelbar.

³² Boll, 2005, S. 158 m.w.N..

³³ Siehe hierzu der Internetauftritt von PADDLES ON!, abrufbar unter: <http://paddleson.tumblr.com/>.

³⁴ Siehe hierzu etwa: *Reyburn*, „Off the street, onto auction block“, International NY Times, 05.05.2014, abrufbar unter: https://www.nytimes.com/2014/05/05/arts/international/taking-art-off-the-street-and-onto-the-auction-block.html?_r=0 (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); vgl. die speziellen “Street Art“-Auktionen des Auktionshauses Julien’s Auctions, Los Angeles (abrufbar unter: <http://www.juliensauctions.com/auctions/index.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018) und die Versteigerung von Werken Banksy’s bei Christie’s (<http://artist.christies.com/Banksy--54406.aspx> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

1.2 Die Nachfrage und Bewertung von Kunst

Aus ökonomischer Sicht ist ein Kunstgegenstand ein knappes, entgeltlich zu erwerbendes, dauerhaftes Gut, d.h. ein sog. „wirtschaftliches Gut“, dessen Konsum durch den Gebrauch und nicht durch den physischen Verbrauch stattfindet.³⁵

Um Kunst als Wirtschaftsgut auf den Märkten abzusetzen, bedarf es der entsprechenden Nachfrage. Der Käufer als Nachfrager bewertet das Kunstwerk – als Wirtschaftsgut – nach seinem objektiven und/ oder subjektiven Nutzen zur Bedürfnisbefriedigung.³⁶ Die Nützlichkeit von Kunst wird vom Käufer vornehmlich an zahlreichen subjektiven Maßstäben gemessen, da ein objektiver messbarer Gebrauchszweck von Kunst nur eingeschränkt vorliegt.³⁷ So kann der Käufer in der Kunst subjektiv einen ästhetischen Nutzen³⁸ oder einen repräsentativen Nutzen zur Darstellung von Intellektualität und erlesenem Geschmack („Aushängeschild ihres Kulturhunger“³⁹) sowie von finanzieller Leistungsfähigkeit sehen.⁴⁰

Ein Käufer kann einen Kunstgegenstand auch im Hinblick auf dessen Eignung als Kapitalanlage- bzw. Spekulationsobjekt oder dessen Nutzen nach den steuerlichen Vorteilen, die sich aus dem Erwerb von Kunst ergeben können, beurteilen.⁴¹

In Zeiten niedriger Zinsen, eines schwachen Aktienmarkts schafft der Ankauf von etablierter, hochpreisiger und im Preisniveau weitgehend stabiler Kunst, z.B. der klassischen Moderne

³⁵ Drey, 1910, S. 15; Christophersen, 1995, S. 10.

³⁶ Jaquet, 1962, S. 35.

³⁷ Jaquet, 1962, S. 36; Frey, 2011, S. S. 1; Bernhard, 2005, S. 146 ff.; Christophersen, 1995, S. 11.

³⁸ D.h. das Ritual der Auseinandersetzung zwischen dem Kunstwerk und dem Betrachter bzw. die Befriedigung des menschlichen Dranges nach Schönem (Boll, 2005, S. 93; Jaquet, 1962, S. 36).

³⁹ Jaquet, 1962, S. 41.

⁴⁰ Boll, 2005, S. 94; Jaquet, 1962, S. 41.

⁴¹ vgl. Jaquet, 1962, S. 37; Bernhard, 2005, S. S. 147 ff.; Goepfert, 1991, S. 20; zur Eignung und betriebswirtschaftlichen Bewertung von Kunst als Kapitalanlage ausführlich: Frey, 2011, S. 14 ff.; Boll, 2005, S. 98 ff. m.w.N.; vgl. zum Erwerb des „Mei/Moses-Fine-Art-Index“ durch Sotheby's, *Boucher*, „See What Experts Have to Say About Sotheby's Acquisition of the Mei Moses Art Indices“, Artnet.com, 29.10.2016, abrufbar unter: <https://news.artnet.com/market/sothebys-acquisition-mei-moses-art-indices-725648> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); zur aktuellen Entwicklung und der Tendenz, Kunst als Investment zu sehen: Adam, 2017, S. 129 ff. m.w.N.

oder des Impressionismus⁴², für hochvermögende Käufer die Möglichkeit der Erzielung einer über dem Zinsniveau liegenden Rendite oder – in Zeiten der Inflation – ferner die Möglichkeit des Werterhalts.⁴³

Der – hochspekulative und vor allem in Zeiten hoher Liquidität attraktive – Ankauf von Werken zeitgenössischer, noch nicht am Markt etablierter Künstler⁴⁴ bietet die Möglichkeit, im Falle eines Popularitätszuwachses und des damit verbundenen Anstiegs des Marktwertes des Künstlers durch Weiterverkauf überdurchschnittlich hohe Gewinne zu realisieren.⁴⁵

Die Gründe für die Nachfrage von Kunst sind somit vielseitig und beruhen zumeist auf dem individuellen subjektiven Nutzen, den ein Käufer in dem Objekt sieht. Dies macht die Kunstbewertung oftmals schwer nachvollziehbar und anfällig für Manipulation.⁴⁶

Wichtige objektive Faktoren für die Bewertung von Kunstwerken sind jedoch insbesondere die Urheberschaft⁴⁷ und Originalität⁴⁸, der Bekanntheitsgrad des Künstlers, die Marktgängigkeit, das Sujet, der Entstehungszeitpunkt, die Provenienz⁴⁹ des konkreten Werkes sowie die für vergleichbare Werke des Künstlers zuletzt bei Auktionen erzielten Preise. Auf

⁴² Allerdings sind auch Werke der klassischen Moderne und des Impressionismus keinesfalls vor plötzlichem Wertverlust geschützt. Dies zeigte der Kunstmarkt-Kollaps im Jahr 1990, im Zuge dessen insbesondere der Markt für die o.g. Werke massiv einbrach und bei den Impressionisten zu Teils 30-prozentigen Wertkorrekturen führte, vgl. hierzu: Herchenröder, 2000, S. 35 ff.

⁴³ Boll, 2005, S. 98 ff. m.w.N.

⁴⁴ So zum Beispiel der Kauf von Werken von des 24-jährigen US-amerikanischen Künstlers Lucien Smith, vgl. zu dieser „Spekulationsspirale“: Karich, „Wer ist eigentlich Lucien Smith?“, FAZ, 17.02.14.

⁴⁵ Zu den besonderen Mechanismen auf den internationalen Märkten der zeitgenössischen Kunst: Thompson, 2008, S. 9 ff.

⁴⁶ Zur Problematik der Preisbildung bei Kunst anhand aktueller Beispiele der letzten Jahre: Adam, 2017, S. 73 ff. m.w.N.

⁴⁷ Schack bezeichnet die „Urheberschaft“ zu Recht als „die wertbildende Eigenschaft par excellence“ (Schack, KUR 2017, S. 130).

⁴⁸ Das Original ist das ursprüngliche Werk des Künstlers (Schack, 2017, S. 18 Rn. 23).

⁴⁹ Die sog. „museale Provenienz“ hat besondere Bedeutung. Boll stellt hierzu treffend fest: „Durch eine kuratierte Ausstellung in einer öffentlichen Institution wird die Signatur des Künstlers gewissermaßen ‚beglaubigt‘ und das physische Objekt zum einen in den Werkzusammenhang – das Oeuvre – gestellt. Als Folge wächst das Renommee des Stücks unter dem Einfluss der als neutral einzustufenden öffentlichen Hand“ (Boll, in: Hausmann, 2014, S. 186). Wie wichtig eine bedeutende Provenienz ist, zeigte die Versteigerung von Werken aus der Sammlung des verstorbenen Musikers David Bowie im November 2016 bei dem Auktionshaus Sotheby's in London. Die Vorbereitungen lockte 37600 Besucher an und die Abendauktion die Rekordzahl von 720 Bietern aus 46 Ländern: Dieckvoss, „Bowiemanía“, NZZ, 12.11.2016.

Auktionsergebnisse, die selbst dem Risiko der Manipulation ausgesetzt sind⁵⁰, wird auch zur Ermittlung von Schätzpreisen, z.B. bei der Festlegung des steuerlichen Gemeinwertes, zurückgegriffen.⁵¹

Als wichtiger Wertfaktor von Kunst dient zudem oftmals die Tatsache, dass es sich um ein Unikat⁵² handelt, das als solches unvermehrbar ist.⁵³ Nach *Schack* lebt „[d]as Kunstwerk [...] vom Nimbus seiner Einzigartigkeit“.⁵⁴ Jedoch muss ein Kunstwerk kein Unikat sein, um ein Original zu sein, vielmehr können auch Werke der multiplizierbaren Kunst (sog. „ars multiplica“, wie Fotografie, Druckgraphik, z.B. Werke der Lithographie, der Radierung oder Holzschnittes oder die Plastik) „Originale“ sein. Bei der „Original“-Eigenschaft wird bei serieller Kunst darauf abgestellt, ob die Druckform eigenhändig durch den Künstler erstellt und, ob der Druck selbst vom Künstler zumindest beaufsichtigt wurde.⁵⁵

Im Hinblick auf die freie Reproduzierbarkeit fotografischer Werke (insbesondere unter Verwendung der Digitalfotografie) sowie der Werke der Lithographie, der Radierung oder Holzschnittes wird die Knappheit oftmals – aber nicht zwingend – durch die Schaffung von limitierten Auflagen erzeugt.⁵⁶

⁵⁰ So etwa OLG Brandenburg DS 2014, 222, 223, wonach für die Wertbemessung die Einschätzung des Künstlers selbst oder von Auktionshäusern nicht maßgeblich sein soll; Kresse, 2014, S. 290; Theis, 2001, S. 160; zum Risiko der Preisverfälschung durch die Gewährung von Preisgarantien seitens der Auktionshäuser siehe unten Kapitel II.4.2.2.

⁵¹ *Heuer*, DStR 1995, 438, 439; Kresse, 2014, S. 291; Theis, 2001, S. 89.

⁵² Jaquet, 1962, S. 32 ff.; Zum Merkmal des Originals als wertbildender Faktor: Goepfert, 1991, S. 55 ff. m.w.N.; Schack, 2017, S. 18 Rn. 23.

⁵³ Jaquet, 1962, S. 32 ff.; Drey, 1910, S. 13 ff.; Christophersen, 1995, S. 10; Goepfert, 1991, S. 21; Mangold, 2009, S. 69; Spinellis, 2000, S. 32; Bischoff, 2012, S. 21.

⁵⁴ Schack, 2017, S. 16 Rn. 21.

⁵⁵ Goepfert, 1991, S. 55, 69; *Heinbuch*, NJW 1984, 15, 18; Schack, 2017, S. 18 Rn. 23 m.w.N.

⁵⁶ Umso der Verwässerung der „Aura“ des Kunstwerkes entgegenzuwirken, vgl. Jaquet, 1962, S. 28 f., 32 f.

2. Geschichtliche Entwicklung des Kunsthandels und seiner Märkte

Die geschichtliche Entwicklung des Kunsthandels reicht bis in die Zeit um 1500 v. Chr. zurück, als Händler ägyptische Kunstwerke nach Kreta transportierten.⁵⁷ Bereits um 450 v. Chr. boten Kunsthändler Kunstwerke in Marktbuden an, später auch an griechischen Kultstätten in Form von nachgebildeten Götterbildern.⁵⁸

Diese Entwicklung setzte sich im antiken Rom fort. Hier traten erstmals private Sammlungen auf, die ab der Kaiserzeit von jedem vermögenden Römer besessen werden mussten.⁵⁹

Ab Mitte des 15. Jahrhunderts blühte der Kunsthandel außer in Florenz und Venedig zudem in Frankreich und vor allem in den Niederlanden.⁶⁰ Während Kunsthändler – wie der florentinische Edelmann Giovanni Battista della Palla – einen breiten Geschmack an antiker wie zeitgenössischer Kunst bedienten und bereits ab dem Jahr 1420 Kunsthandel mit Frankreich führten⁶¹, spezialisierten sich ab Mitte des 17. Jahrhundert vereinzelt Kunsthändler auch auf ein bestimmtes Sujet.⁶²

Mit den ersten überregionalen und internationalen Kunstauktionen und der Entstehung von Kunstauktionshäusern machte der Kunsthandel einen enormen Entwicklungsschritt.⁶³ Im Jahr 1674 wurde mit dem Auktionshaus Auktionsverkert in Stockholm das erste, heute noch bestehende Auktionshaus gegründet.⁶⁴ Im Jahr 1744 wurde das Auktionshaus Sotheby's vom Buchhändler Samuel Baker in London gegründet.⁶⁵ Die Gründung des Auktionshauses

⁵⁷ *Hülsen-Esch*, in: Hausmann, 2014, S. 37 m.w.N.; Boll, 2005, S. 12 m.w.N..

⁵⁸ Boll, 2005, S. 12 m.w.N.; *Hülsen-Esch*, in: Hausmann, 2014, S. 37 m.w.N.

⁵⁹ *Hülsen-Esch*, in: Hausmann, 2014, S. 38 m.w.N.; Boll, 2005, S. 13 m.w.N.

⁶⁰ *Hülsen-Esch*, in: Hausmann, 2014, S. 39 m.w.N.; Boll, 2005, S. 14 m.w.N.

⁶¹ Schack, 2017, S. 57 Rn. 101 m.w.N.

⁶² Boll, 2005, S. 15.

⁶³ Schack, 2017, S. 58 Rn. 102.

⁶⁴ *Boll*, in: Hausmann, 2014, S. 178 m.w.N.; *Hülsen-Esch*, in: Hausmann, 2014, S. 39.

⁶⁵ Vgl. zur Geschichte des Auktionshauses Sotheby's: <http://www.sothebys.com/de/inside/about-us.html>.

Christie's, neben Sotheby's heute das weltgrößte Auktionshaus, erfolgte im Jahr 1766 durch James Christie.⁶⁶

Der Übergang zu den modernen Kunstmärkten wurde unter anderem bedingt durch den Einfluss des ökonomischen Aufstieges der Vereinigten Staaten im 19. Jahrhundert und die Verarmung britischer Großgrundbesitzer, die gezwungen waren, eine große Anzahl ihrer Kunstschatze zu verkaufen.⁶⁷

Entscheidend für die Entstehung des modernen Kunsthandels war der Wegfall des Mäzenatentums, da der Künstler dadurch ohne Auftraggeber arbeiten und das Kunstwerk – nunmehr final zur Ware geworden – den Weg über den Kunsthandel nehmen musste.⁶⁸ Prägend war ferner die Bewegung des Impressionismus, die sich erfolgreich gegen die bis dahin bestehenden Kunst- und Kunstmarktstrukturen durchsetzen konnte.⁶⁹

3. Die Gliederung der Kunstmärkte

Für die Analyse der mit dem Verkauf von Kunstwerken einhergehenden rechtlichen Risiken ist der sachliche und räumliche „Aktionsradius“ eines Kunsthändlers/ Kunstversteigerers von Bedeutung. Es muss also geklärt werden, mit welcher Art von Kunstwerken er handelt und an wen sowie auf welche Art er diese anbietet, d.h. auf welchem Markt⁷⁰ der Akteur tätig ist.

Für die Risikoanalyse besonders wichtig ist die Frage, in welcher Phase ein Akteur mit dem Handel eines Kunstwerkes befasst ist. Kurz gesagt: Zirkuliert ein Kunstwerk schon länger im Handelskreislauf geht eine Händler beim erneuten Verkauf (dem Weiter- oder Wiederverkauf) dieses Kunstwerkes ein höheres Risiko ein, als wenn er ein Kunstwerk vom Künstler entgegennimmt und es erstmals auf den Markt bringt. Die vorliegende Untersuchung zielt

⁶⁶ Boll, in: Hausmann, 2014, S. 178 m.w.N.

⁶⁷ Boll, 2005, S. 21 m.w.N.

⁶⁸ Jaquet, 1962, S. 13.

⁶⁹ Boll, 2005, S. 22.

⁷⁰ Die Bezeichnung „Markt“ umschreibt grundsätzlich eine Summe von gleichartigen Austauschprozessen („transactions“); bezeichnet wird neben dem räumlichen Aspekt des Marktes als zentralisierter Ort des Austausches auch abstrakt das Zusammenkommen von Angebot und Nachfrage (Martinek, in: Martinek/Semler/Flor, § 2 Rn. 9 ff. m.w.N.. 17 ff. m.w.N.).

somit auf die mit dem Weiter-/ Wiederverkauf von Kunstwerken befassten Akteure ab und somit auf den Markt, auf dem diese tätig sind:

Vorab gilt, dass es – anders als oftmals bezeichnet – nicht den einen, einheitlichen Kunstmarkt gibt, vielmehr bestehen zahlreiche für sich stehende Kunstmärkte.⁷¹

Um die verschiedenen Stadien des Handels mit Kunst bildlich darzustellen, wird in diesem Zusammenhang von der sog. vertikalen Einteilung der Kunstmärkte in den Primärmarkt und den Sekundärmarkt gesprochen.⁷²

Die erstmalige Einführung eines Werkes in den volkswirtschaftlichen Absatzmarkt findet demnach auf dem sog. Primärmarkt statt.⁷³ Klassisches Beispiel dafür ist der Fall, in dem ein Künstler ein Werk herstellt und dieses Werk von einem Galeristen sodann angeboten und verkauft wird, d.h. das Werk erstmals in den Handelskreislauf eingeführt wird. Das rechtliche Risiko im Zusammenhang mit Fragen der rechtmäßigen Herkunft oder der Authentizität ist in der Konstellation des Primärmarkthandels für den Galeristen in der Regel gering, da er das Werk aus der Hand des Künstlers selbst erhält und zwischen Entstehung des Werks und Übergabe an den Galeristen zum Verkauf somit oftmals keine Personen zwischengeschaltet sind.

Der Wiederverkauf/ Weiterverkauf von Kunstwerken findet auf dem sog. Sekundärmarkt statt.⁷⁴ Hier erfolgt der reine Kunsthandel mit Werken, die schon einmal verkauft wurden und die vom Eigentümer nun – oftmals mittels zwischengeschalteter Kunsthändler – weiterverkauft werden.⁷⁵ Ziel für einen Künstler ist es, sich in der Sekundärmarktzirkulation langfristig zu etablieren.⁷⁶ Da der weiterverkaufende Händler das Werk nicht direkt vom Künstler selbst bezieht, entsteht ein höherer rechtlicher Unsicherheitsfaktor in Bezug auf

⁷¹ Herchenröder, 1979, S. 8 ff.; Herchenröder, 2000, S. 8; Christophersen, 1995, S. 7.

⁷² Frey, 2011, S. 36 f.; Bernhard, 2005, S. 21 f.

⁷³ Frey, 2011, S. 36 f.; Bernhard, 2005, S. 21 f.; Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 6 ff. m.w.N.

⁷⁴ Großgerge, 2013, S. 29 m.w.N.

⁷⁵ Hausmann, in: Hausmann, 2014, S. 23; Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 10 ff. m.w.N.; Bernhard, 2005, S. 22; Frey, 2011, S. 36 f.

⁷⁶ Frey, 2011, S. 37.

Fragen der rechtmäßigen Herkunft und der Authentizität, dem der Händler mit höherer Sorgfalt begegnen muss.

Neben der oben dargelegten Differenzierung des „Kunstmarktes“ ist zudem auch eine sachliche Unterteilung in zahlreiche nebeneinanderstehende Einzelmärkte vorzunehmen, auf denen die Werke der unterschiedlichen Kunstgattungen und Kunstepochen sowie der unterschiedlichen Preissegmente gehandelt werden (z.B. Markt für Werke der alten Meister, für spät-impressionistische Werke des ausgehenden 19. Jahrhunderts oder Markt für Street-Art).⁷⁷ Auch findet eine Unterteilung in räumlicher Hinsicht statt in lokale, nationale und internationale Kunstmärkte.⁷⁸ Jeder dieser eigenen Märkte hat – je nach gehandeltem Gut, örtlicher Besonderheit oder auf Grund von grenzüberschreitendem Handel – seine eigenen Risikomerkmale (z.B. das Risiko-Thema Raubgrabungen bei antiker Kunst). In Bezug auf die vorgenannten Unterteilungen wird regelmäßig von der sog. horizontalen Unterteilung der Kunstmärkte gesprochen⁷⁹; horizontal, weil diese Märkte nebeneinander stehen.

4. Übersicht über die wichtigsten Akteure des Sekundärmarktes⁸⁰

Die Funktion des Wiederverkäufers/ Weiterverkäufers von Kunst auf dem Sekundärmarkt wird durch den Kunsthändler, den Sekundärmarkt-Galeristen und durch den Kunstversteigerer wahrgenommen.⁸¹ Die Akteure können als Einzelkaufmann oder in der Rechtsform einer juristischen Person bzw. rechtsfähigen Personengesellschaft auf dem Markt tätig werden.

⁷⁷ Jaquet, 1962, S. 7, 24 ff.; Herchenröder, 1979, S. 35 ff.

⁷⁸ Christophersen, 1995, S. 7.

⁷⁹ Jaquet, 1962, S. 7, 24 ff.; Frey, 2011, S. 36 f.; Bernhard, 2005, S. 21 f.

⁸⁰ Da der Fokus dieser Arbeit auf der Darstellung der branchenspezifischen rechtlichen Risiken für Kunsthändler/ Kunstversteigerer liegt, wird auf eine Darstellung der weiteren Kunstmarktakteure verzichtet. Zu diesen gehören beispielweise Kunstmessen, Kunstvermittler, Kunstberater, Vermögensberater, Kunstexperten/ Kunstgutachter, öffentliche Museen/ Kunstvereine/ Stiftungen, Unternehmenssammlungen, private Sammler (sog. „private dealer“) und schließlich die Künstler selbst (hierzu z.B. ausführlich: *Hausmann*, in: Hausmann, 2014, S. 20 ff.).

⁸¹ *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 10 ff. m.w.N. Bernhard, 2005, S. 22; Frey, 2011, S. 36 f.

4.1 Kunsthändler und Sekundärmarkt-Galeristen

Kunsthändler handeln mit Kunstgegenständen, die bereits auf den Kunstmärkten zirkulieren.⁸² Diese erwerben sie entweder selbst⁸³, um sie gewinnbringend weiter zu veräußern, oder treten als Vertreter⁸⁴ des einliefernden Kunden auf oder nehmen Kunstgegenstände als Kommissionär in Verkaufskommission (§ 383 HGB) und veräußern diese im eigenen Namen und auf fremde Rechnung.⁸⁵ Auch viele Galeristen sind – neben der klassischen Tätigkeit der Galeristen⁸⁶ auf dem Primärmarkt (als sog. „Marktmacher der Kunst“ durch das Entdecken, Fördern und Etablieren eines Künstlers) – wiederverkaufend/ weiterverkaufend als sog. Sekundärmarkt-Galeristen tätig⁸⁷ und sind in diesem Zusammenhang den gleichen rechtlichen Risiken wie ein Kunsthändler ausgesetzt. Im weiteren Verlauf der Arbeit wird auf eine separate Nennung der Sekundärmarkt-Galeristen verzichtet und so wird nur von Kunsthändlern/ Kunstversteigern gesprochen.

4.2 Kunstversteigerer

Der Kunstversteigerer stellt neben dem Kunsthändler den wichtigsten Akteur beim Wiederverkauf/ Weiterverkauf von Kunstgegenständen dar. Der Vorteil des Verkaufs eines Kunstwerkes durch Auktion ist, dass es gleichzeitig einer Vielzahl von Interessenten

⁸² Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 10 m.w.N.

⁸³ Der Nachteil ist, dass der Händler dann das Absatzrisiko trägt (Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 21).

⁸⁴ Bei diesem sog. Agenturgeschäft verkauft der Kunsthändler/ der Kunstversteigerer den eingelieferten Kunstgegenstand im Rahmen der offenen Stellvertretung, d.h. im Namen und auf Rechnung des Einlieferers (Braunschmidt, 2012, S. 19 ff.; Braunschmidt, NJW 2013, 734, 739).

⁸⁵ Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer erhält für die Ausführung der Geschäfte typischerweise eine Provision (§ 396 HGB). Der Einlieferer überträgt dem Kunsthändler/ Auktionshaus mit Übergabe gerade nicht das Eigentum an den Kunstgegenständen, sondern übergibt ihm die abzusetzende Ware zum Verkauf (Schack, 2017, S. 60 Rn. 104; zur Verkaufskommission: BGH NJW-RR 2003, 1056, 1058 m.w.N.).

⁸⁶ Gemäß der klassischen Vorstellung agieren die meisten Galerien als Schnittstelle zwischen Kunstherstellung und Kunsthandel, indem sie junge Künstler fördern, aufbauen und den Kontakt zwischen dem Künstler als Anbieter und dem Käufer als Nachfrager herstellen (vgl. hierzu die Abbildung in: Bernhard, 2005, S. 23; Großgerge, 2013, S. 29 m.w.N.).

⁸⁷ Hausmann, in: Hausmann, 2014, S. 22; Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 9 m.w.N.

angeboten werden kann und sich die Interessenten (als sog. Bieter) beim Kauf im direkten spürbaren Wettbewerb befinden.⁸⁸

4.2.1 Formen der Auktion und rechtliche Vorgaben für den Kunstversteigerer

Auch der Kunstversteigerer bietet Kunst – im Vergleich zum Anbieten von Eigenware oder dem Auftreten des Kunstversteigerers als Vertreter des Einlieferers – hauptsächlich als Kommissionär i.S.d. § 383 HGB⁸⁹ an. Durch Zuschlag an den Meistbietenden (§ 156 BGB) kommt somit ein Kaufvertrag nach §§ 433 ff. BGB zwischen Versteigerer und Bieter/Ersteigerer zustande.⁹⁰

Es gibt verschiedene Formen der Auktion. Nach dem Modell der sog. „englischen Auktion“ werden Waren dadurch versteigert, dass von den Bietern jeweils höhere Gebote geboten werden, bis ein Gebot nicht mehr übertroffen wird, während bei der sog. „holländischen Auktion“ der vom Verkäufer festgesetzte Höchstpreis schrittweise absteigt, bis ein Gebot abgegeben wird.⁹¹

Kunstauktionen erfolgen in der Regel nach dem Modell der „englischen Auktion“. ⁹² Neben der persönlichen Abgabe des Gebots im Auktionssaal können die Gebote auch schriftlich, über Telefon oder über zwischengeschaltete Dritte abgegeben werden, was oftmals zum Vorwurf der Intransparenz des Auktionsablaufs führt.⁹³

⁸⁸ Siehe hierzu § 34b Abs. 6 Nr. 5 lit. b GewO; Schack, 2017, S. 62 Rn. 109; Braunschmidt, 2012, S. 7.

⁸⁹ *Kappus*, in: Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Auktionsbedingungen“, Rn. 6; Schack, 2017, S. 62 Rn. 109; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 383 Rn. 4; Theis, 2001, S. 76; *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 17 ff. m.w.N.; Großgerge, 2013, S. 33; Braunschmidt, 2012, S. 13, dort insb. Fn. 69, der in Bezug auf Auktionshäuser nach einem Vergleich von 40 Versteigerungsbedingungen zu dem Ergebnis kommt, dass 67,5% als Kommissionär und 25% als Agenturgeschäft versteigern.

⁹⁰ *Kappus*, in: Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Auktionsbedingungen“, Rn. 6; Schack, 2017, S. 63 Rn. 110 m.w.N.; keine Auktion im vorgenannten Sinn stellen sog. „Internet-Auktionen“ wie etwa solche auf der Ebay-Internetplattform dar; auf sie findet § 156 BGB keine Anwendung (BGH ZIP 2017, 21 ff. m.w.N. – *Shill-Bidding*). Der Abschluss des Kaufvertrages auf Ebay beurteilt sich vielmehr nach dem Grundprinzip von Angebot (§ 145 BGB) und Annahme (§ 146 BGB).

⁹¹ Braunschmidt, 2012, S. 5 auch zu den weiteren Auktionsmodellen.

⁹² Braunschmidt, 2012, S. 6.

⁹³ Schack, 2017, S. 65 Rn. 114 m.w.N.; vgl. zur Thematik der Intransparenz des Kommissionsmodells ebenso in Kapitel III.5.

Der gewerbliche Kunstversteigerer unterliegt den Vorgaben des § 34b GewO⁹⁴ und der Versteigererverordnung (VerstV).⁹⁵ Er benötigt eine behördliche Erlaubnis nach § 34b Abs. 1 S. 1 GewO. Diese kann nach § 34b Abs. 4 Nr. 1 GewO wegen „Unzuverlässigkeit“ und nach § 34 Abs. 4 Nr. 2 GewO wegen ungeordneten Vermögensverhältnissen versagt werden.

§ 34b Abs. 6 Nr. 1-5 GewO enthält verschiedene Handlungsverbote für den Versteigerer. So normiert § 34b Abs. 6 Nr. 1 GewO beispielweise das Verbot für den Versteigerer, selbst oder durch andere bei den Versteigerungen für sich zu bieten. Zusammen mit den Verboten des § 34b Abs. 6 Nr. 2, Nr. 3 GewO soll damit möglichen Interessenkonflikten entgegengewirkt und „[...] die Unparteilichkeit des Versteigerers im Interesse einer marktgerechten Preisfindung [...]“⁹⁶ gesichert werden. Verstöße gegen die Verbote des Abs. 6 können nach § 144 Abs. 3 GewO als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden. Außerdem können Verstöße den Widerruf (§ 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG) der behördlichen Genehmigung (§ 34b Abs. 1 S. 1 GewO) rechtfertigen, wenn auf Grund der Verstöße die Zuverlässigkeit nach § 34b Abs. 4 Nr. 1 GewO als nicht mehr gegeben angesehen wird.⁹⁷

Im Falle einer besonderen Sachkunde kann der Kunstversteigerer auf Antrag von der zuständigen Behörde allgemein öffentlich zum Versteigerer – auch für bestimmte Arten von Versteigerungen – bestellt werden nach § 34b Abs. 5 GewO. Öffentlich bestellte Versteigerer nach § 34b Abs. 5 GewO halten dabei eine besondere Vertrauensstellung inne, da sie gem. § 34b Abs. 5 GewO als besonders sachkundig anzusehen sind und sie darauf vereidigt wurden, „ihre Aufgaben gewissenhaft, weisungsfrei und unparteiisch [zu] erfüllen [...]“ (§ 34b Abs. 5 GewO).⁹⁸

Der öffentlich bestellte Kunstversteigerer ist befugt, die Kunstauktion als sog. „öffentliche Versteigerung“ i.S.d. § 383 Abs. 3 S. 1 BGB durchzuführen.⁹⁹ Da dem Versteigerer auf Grund

⁹⁴ Anders als für Kunstversteigerer besteht für Kunsthändler in Deutschland hingegen keine Pflicht zur Einholung einer besonderen gewerberechtlichen Erlaubnis und keine ständige Überwachung, vgl. Katalog des § 38 GewO (Schack, 2017, S. 60 Rn. 104; Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 12 m.w.N.).

⁹⁵ Schack, 2017, S. 62 Rn. 108.

⁹⁶ Martini, in: BeckOK, Gewerberecht, § 34b Rn. 49, 50.

⁹⁷ Martini, in: BeckOK, Gewerberecht, § 34b Rn. 59 m.w.N.

⁹⁸ Braunschmidt, NJW 2013, 734, 737 m.w.N.

⁹⁹ Braunschmidt, 2012, S. 7; BGH NJW-RR 2010, 1210, wonach der die Auktion leitende öffentlich bestellte Versteigerer nicht auch deren Veranstalter sein muss.

seiner öffentlichen Bestellung eine besondere Vertrauensstellung zukommt, sieht das Gesetz mit § 935 Abs. 2 BGB die sachenrechtliche Besonderheit vor, dass ein gutgläubiger Käufer/Ersteigerer bei „öffentlichen Versteigerungen“ gemäß § 932 BGB Eigentum auch an abhandengekommenen Gegenständen erlangen kann.¹⁰⁰

4.2.2 Kritische Handelspraktiken im Kunstauktionshandel

Auktionsergebnisse sind ein wichtiger Faktor bei der Bewertung eines Kunstgegenstandes¹⁰¹, da sie im Optimalfall die Preisbildung durch unverfälschten Wettbewerb widerspiegeln.¹⁰² Jede Handelspraxis, die diesen Preisbildungsprozess unzulässig beeinträchtigen kann, sollte deshalb sehr kritisch betrachtet werden.¹⁰³ Da die Frage unzulässiger Eingriffe in den Preisbildungsprozess bei Kunstauktionen sehr speziell ist, deshalb nur am Rand zur Analyse der rechtlichen Risiken von Kunsthändlern/ Kunstversteigerern gehört und eine vertiefte Darstellung zudem den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde¹⁰⁴, soll nur ein kurzer Überblick dazu gegeben werden:

Die weitverbreitete Praxis der Vereinbarung eines sog. „reserve“ zwischen Auktionshaus und Einlieferer (auch bekannt als „Mindestzuschlagspreis“ oder „Einliefererlimit“, i.e. Preis unterhalb dem das Werk nicht zugeschlagen werden darf) steht in der Kritik, irrationales Bieterverhalten zu fördern, weshalb diese Praxis als nicht vereinbar mit der

¹⁰⁰ Vgl. BGH NJW 1990, 899 – *Hamburger Städtiesiegel*; Spinellis, 2000, S. 300; Schellerer, 2016, S. 124 ff.; siehe zu den Fragen des gutgläubigen Erwerbs §§ 935 Abs. 2, 383 Abs. 3 S. 1 BGB auch die Ausführungen und weitere Verweise in Kapitel III.1.4.1.4.1.

¹⁰¹ Siehe hierzu bereits: Kapitel I.1.2.

¹⁰² Zur Kunstauktion als Wettbewerbsverfahren und zu den rechtlichen Risiken ausführlich: Kresse, 2014, S. 1 ff.; Heimann, in: FS Bornkamm, 2014, S. 175 ff.; zu ausgewählten kartellrechtlichen Problemen auf den Kunstmärkten: Bischoff, 2012, S. 1 ff.

¹⁰³ Eine offensichtliche Form der unzulässigen Preisbeeinflussung erfolgt durch sog. „Händlerringe“, in denen mehrere Bieter vereinbaren, sich keine Konkurrenz zu machen, mit dem Ziel eines besonders niedrigen Zuschlagspreises und der Aussicht einer Weiterveräußerung mit Gewinn (hierzu z.B.: Schack, 2017, S. 67 Rn. 118). Unzulässig ist die Abgabe von sog. Scheingeboten durch einen Versteigerer oder durch einen beauftragten Dritter, um den Mindestpreis zu erreichen. Ein solches Scheingebot ist nach §§ 116 S. 2, 117 Abs. 1 BGB unwirksam (Schack, 2009, S. 66 Rn. 116 m.w.N.; zu Scheingeboten auf Internet-Auktionen: BGH ZIP 2017, 21 ff. m.w.N. – *Shill-Bidding*); mit Hinweis auf die Praxis des „Shill-Bidding“ bei Kunstauktionen: Adam, 2017, S. 84.

¹⁰⁴ Für vertiefende Informationen wird insbesondere verwiesen auf die sehr ausführliche Darstellung in: Kresse, 2014, S. 1 ff.

Vertrauensstellung des Versteigerers befunden wird.¹⁰⁵ Die Vereinbarung eines „reserve“ wird heute dennoch von den meisten Auktionshäusern genutzt, um Einlieferer zur Einlieferung von Werken zu bewegen.¹⁰⁶ Der Mindestzuschlagspreis wird in der Regel nicht veröffentlicht, sondern zwischen Auktionshaus und Einlieferer vertraulich vereinbart (als „*secret reserve*“).¹⁰⁷

Sotheby's nahm auf diese Kritik hin in den frühen 1970iger Jahren den Hinweis in seine Versteigerungsbedingungen auf, dass zwar ein „reserve“ verwendet wird, dass aber der „reserve“-Preis unterhalb des angegebenen Schätzpreis (dem sog. „*Estimate*“) liegt. Dies soll den Auktionsteilnehmern wenigstens eine ungefähre Vorstellung des „reserve“-Preises geben. Dies wird bis heute von den Auktionshäusern so praktiziert.¹⁰⁸ Der „reserve“-Preis liegt regelmäßig bei ca. 60-80% des unteren Schätzpreises.¹⁰⁹ Die Mitglieder des Bundesverbandes Deutscher Kunstversteigerer e.V. (BDK) verpflichten sich in diesem Zusammenhang in Ziffer 4 des Verhaltenskodex, „[...] [i]m Wettbewerbsverhalten die Regeln der Lauterkeit und Fairness einzuhalten und in der Werbung keine irreführenden Aussagen zu machen, insbesondere keine Schätzpreise zu nennen, die unterhalb vereinbarter Mindestpreise liegen.“.

Weitere Kritik im Zusammenhang mit dem „reserve“ entstand bereits in den späten 1960iger Jahren, als Sotheby's Werke, die im Rahmen eines vereinbarten „reserve“ zurück an den Einlieferer gegangen waren, im Nachhinein als an einen Dritten „versteigert“ in seinen

¹⁰⁵ Zur rechtlichen Problematik des Verschweigens des Einliefererlimits ausführlich u.a.: Kresse, 2014, S. 224 ff., 241., der im Verschweigen des Einliefererlimits eine Verletzung der Treu- und Neutralitätspflicht des Versteigerers nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB sieht, da er darin eine Maßnahme annimmt, die die Förderung von irrationalem Verhalten beim Bieter bezweckt.

¹⁰⁶ Siehe z.B.: Boll, in: Hausmann, 2014, S. 190.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu z.B.: Das Auktionshaus Sotheby's führt in seinem Glossar dazu aus: „*Der Mindestzuschlagpreis (sogenannte Reserve) wird zu keinem Zeitpunkt veröffentlicht und ist der vertrauliche Mindestpreis, auf den sich der Einlieferer und Sotheby's geeinigt haben. Mindestzuschlagpreise müssen dem niedrigen Schätzpreis entsprechen oder darunter liegen. Wenn der Bietvorgang beendet ist, bevor der Mindestzuschlagpreis (Reserve) erreicht wurde, wird das Objekt nicht verkauft*“ (abrufbar unter: <http://www.sothebys.com/de/Glossary.html>, zuletzt abgerufen: 26.03.2018). Im Glossar des Auktionshauses Christie's heißt es zum Begriff „reserve“: „*The minimum price the consignor is willing to accept for a lot to be sold. This amount is confidential and will not be higher than the low estimate. Unless otherwise indicated, all property sold at Christie's is subject to a reserve.*“ (abrufbar unter: <https://www.christies.com/about-us/help/> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Schack, 2017, S. 66 Rn. 116.

Auktionsergebnissen veröffentlichte.¹¹⁰ Durch dieses System konnten die Einlieferer sowohl den Marktwert des gehandelten Werkes wie auch den Marktwert von anderen Werken des Künstlers künstlich beeinflussen.¹¹¹ Mit der Veröffentlichung des Scheinzuschlagspreises griffen die Auktionshäuser in den Preisbildungsprozess der Werke ein, da die Interessenten *„im Falle eines späteren Versteigerungs- oder freihändigen Verkaufs [...] unter Umständen von falschen Wertvoraussetzungen aus[-gingen], wenn der Scheinzuschlagspreis in solchen Listen oder Verzeichnissen erscheint“*.¹¹² Dieses Eingreifen in den Preisbildungsprozess ist mit der besonderen Vertrauensstellung des Versteigerers nicht vereinbar.¹¹³ Auf massive Kritik der Öffentlichkeit ließen die Auktionshäuser größtenteils bereits ab 1975 von dieser Praxis ab und führten die auf Grund eines vereinbarten „reserve“-Preises zurückgegangenen Lose (kurz für: Losnummer, i.e. Nummer des aufgerufenen Auktionsguts) fortan nicht mehr als versteigertes Los in den Auktionsberichten.¹¹⁴

Die Mitglieder des Bundesverbandes Deutscher Kunstversteigerer e.V. (BDK) verpflichten sich in Ziffer 7 des Verhaltenskodex, *„[...] [i]n ihren Ergebnislisten nur solche Ergebnisse aufzuführen, die zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Liste tatsächlich erzielt worden sind, und dabei klarzustellen, wie sich die als Ergebnisse genannten Preise zusammensetzen.“*

Im Jahr 1972 führte Sotheby's die Praxis der Preisgarantien ein. Um dem Veräußerer einen Anreiz zur Einlieferung des Werkes zu geben, vereinbart der Versteigerer mit ihm gegen Zahlung einer erhöhten Versteigerungskommission eine Verkaufspreisgarantie, d.h. einen sicheren Verkaufspreis für den eingelieferten Kunstgegenstand.¹¹⁵ Für den Fall, dass das Werk

¹¹⁰ Gerstenblith, *Picture Imperfect: Attempted Regulation of the Art Market*, 29 Wm. & Mary L. Rev., 1988, p. 501, 529, 530; Thompson, 2008, S. 132, 133.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Kresse, 2014, S. 291.

¹¹³ Nach Kresse haftet das Auktionshaus im Fall einer erneuten Versteigerung des Werkes nach Veröffentlichung des Scheinzuschlagspreises nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB und nach § 33 GWB auf Schadensersatz, da in der Veröffentlichung des Scheinzuschlagspreises eine Pflichtverletzung und eine Missbrauchshandlung zu sehen sei (Kresse, 2014, S. 291). Diese liege in der Täuschung über das für die Bildung der Wertschätzung der Marktteilnehmer relevante Ergebnis der vorangegangenen Auktion (Kresse, 2014, S. 291). Theis sieht die Täuschung bereits durch den Bezugnahme auf den Scheinzuschlagspreis im Katalog zur Zweitauktion als gegeben an (Theis, 2001, S. 160 m.w.N).

¹¹⁴ Thompson, 2008, S. 133.

¹¹⁵ Gerstenblith, *Picture Imperfect: Attempted Regulation of the Art Market*, 29 Wm. & Mary L. Rev., 1988, p. 501, 530.

kein Gebot in der garantierten Höhe erhält, kauft das Auktionshaus das Werk selbst an und zahlt dem Einlieferer den garantierten Preis aus.

In der Öffentlichkeit begegnet die „Garantie“-Praxis der Auktionshäuser Kritik. Es wird darüber diskutiert, ob diese Garantien das freie Bieterverhalten und damit die Marktpreise beeinflussen. So stellt der Journalist Scott Reyburn in einem Artikel für die NY Times die Frage in den Raum, ob das Auktionsergebnis in Höhe von 25,6 Mio. Dollar für das Werk „Düsenjäger“ des Künstler Gerhard Richter bei der Auktion des Hauses Phillips im November 2016 tatsächlich den „*true market price*“, i.e. den wahren Marktpreis, darstelle.¹¹⁶ Das Werk war durch eine Garantie gesichert und wurde vom Garantiegeber für 25,6 Mio. Dollar „ersteigert“.¹¹⁷ Er sieht in den Garantien die Gefahr, dass dadurch Preise künstlich „aufgebläht“ werden und dass durch „*irrevocable bids*“¹¹⁸, die entsprechend im Katalog gekennzeichnet sind, einen abschreckenden Effekt auf das Bieterverhalten bei den Auktionen haben können.¹¹⁹

Die Gewährung solcher Garantien ist dennoch bei Auktionshäusern weit verbreitet. Das finanzielle Risiko einer erfolglosen Auktion wurde damit vom Einlieferer auf die Auktionshäuser verlagert. Diese Praxis führte dazu, dass Sotheby's und Christie's beim Zusammenbruch des Marktes für zeitgenössische Kunst im Jahr 2008 erhebliche Verluste einführen und als Reaktion – jedenfalls eine Zeit lang – keine Garantien mehr einräumten¹²⁰

¹¹⁶ Reyburn, „Sotheby's, Christie's and Phillips Take Different Paths to 'Sold!'“, NY Times online, 23.11.2016, abrufbar unter: <http://www.nytimes.com/2016/11/23/arts/design/sothebys-christies-and-phillips-take-different-paths-to-sold.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Sotheby's führte um 2008 das Modell der „*irrevocable bid*“ ein, bei dem das Auktionshaus bereits vor der Durchführung der Auktion einen Bieter findet, der bereit ist für das Kunstwerk einen bestimmten, für die anderen Bieter aber nicht offengelegten Betrag zu zahlen (Mercker/Mues, „Was bedeutet denn unwiderruflich?“, faz.net, 24.05.2010, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunstmarkt/kommentare-glossen/kunst-und-recht-was-bedeutet-denn-unwiderruflich-1594822.html>, zuletzt abgerufen: 19.02.2018); In dem Modell der „*irrevocable bid*“ wird teilweise nur eine andere Bezeichnung für eine „*third-party guarantee*“ gesehen (Reyburn, „Sotheby's, Christie's and Phillips Take Different Paths to 'Sold!'“, NY Times online, 23.11.2016, abrufbar unter: <http://www.nytimes.com/2016/11/23/arts/design/sothebys-christies-and-phillips-take-different-paths-to-sold.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

¹¹⁹ Reyburn, „Sotheby's, Christie's and Phillips Take Different Paths to 'Sold!'“, NY Times online, 23.11.2016, abrufbar unter: <http://www.nytimes.com/2016/11/23/arts/design/sothebys-christies-and-phillips-take-different-paths-to-sold.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

¹²⁰ Bowley, „Sotheby's and Christie's Return to Guaranteeing Art Prices“, 07.01.2015, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2015/01/08/arts/design/sothebys-and-christies-return-to-guaranteeing-art-prices.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

bzw. bestrebt waren, die aus den Garantien entstehenden Risiken zu reduzieren.¹²¹ Die Garantien werden seitdem oftmals über vom Auktionshaus angeworbene Dritte (sog. „*third-party guarantee*“) finanziert.¹²² Diese Dritten verpflichten sich gegenüber dem Auktionshaus im Vorfeld der Auktion, dass Werk zu dem garantierten Preis anzukaufen. Für den Fall, dass das Werk über dem Garantiepreis verkauft wird, partizipieren sie wirtschaftlich an der erfolgten Versteigerung.

4.3 Rechtsbeziehungen im Kommissionsmodell

Ist der Kunsthändler/ Kunstversteigerer – wie überwiegend¹²³ - als Kommissionär tätig, geht er Rechtsbeziehungen sowohl mit dem Einlieferer wie auch mit dem späteren Käufer ein. Aus Sicht einer Risikoanalyse gilt zunächst die einfache Überlegung: Je mehr rechtliche Verpflichtungen eingegangen werden, desto höher ist das Risiko, eine dieser rechtlichen Verpflichtungen zu verletzen.

Wie oben bereits angesprochen, kommt es beim Kommissionsmodell zwischen dem Einlieferer des Kunstgegenstandes (sog. Kommittent) und dem späteren Käufer zu keinem Vertragsschluss und in der Regel auch zu keinem direkten Kontakt, so dass – wie erwünscht –

¹²¹ Die Verluste 2008 führten jedoch nicht zu einem vollständigen Verschwinden der Garantie. Gegenüber der NY Times teilt Edward Dolman, CEO des Auktionshauses Phillips, mit, dass weiterhin an Garantien festgehalten wird, weil Kunden dies schätzen (Pogrebin, „Third Place? In Auction World, Phillips Is Making Strides“, NY Times online, 29.11.2016, abrufbar unter: http://www.nytimes.com/2016/11/29/arts/third-place-in-auction-world-phillips-is-making-strides.html?_r=0, zuletzt abgerufen: 26.03.2018). Sie sind insbesondere heute wieder weit verbreitet. So waren die Lose aus der Sammlung Steven und Ann Ames, angeboten im *evening sale* bei Sotheby's am 17.11.2016, kollektiv mit Garantien des Hauses und teilweise mit „*irrevocable bid*“ versehen (vgl. Groppe, „Von den zeitgenössischen Markthelden hängt (fast) alles ab“, FAZ, 12.11.2016).

¹²² Die Auktionshäuser Sotheby's und Phillips setzten bei ihren Herbst-Auktionen 2016 in New York für zeitgenössische und moderne Kunst umfangreich „*third-party guarantees*“ ein (Reyburn, „Sotheby's, Christie's and Phillips Take Different Paths to 'Sold!'“, NY Times online, 23.11.2016, abrufbar unter: <http://www.nytimes.com/2016/11/23/arts/design/sothebys-christies-and-phillips-take-different-paths-to-sold.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018). Bei den Herbst-Auktionen des Auktionshauses Phillips in New York hatten laut NY Times 13 der insgesamt 37 Lose Garantien. Davon waren 3 Garantien durch das Auktionshaus selbst ausgestellt und 10 sog. „*third-party guarantees*“ (Pogrebin, „Third Place? In Auction World, Phillips Is Making Strides“, NY Times online, 29.11.2016, abrufbar unter: http://www.nytimes.com/2016/11/29/arts/third-place-in-auction-world-phillips-is-making-strides.html?_r=0 (zuletzt abgerufen: 26.03.2018)).

¹²³ Braunschmidt, 2012, S. 13, dort insb. Fn. 69, der in Bezug auf Auktionshäuser nach einem Vergleich von 40 Versteigerungsbedingungen zu dem Ergebnis kommt, dass 67,5% als Kommissionär und 25% als Agenturgeschäft versteigern; das Vertreter- bzw. Agenturgeschäft ist im Kunstvertrieb weniger verbreitet, da es direkt zur (regelmäßig ungewollten) Offenlegung der Bezugsquelle führt (Kappus, in: Graf von Westphalen/ Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Auktionsbedingungen“, Rn. 6).

die Bezugs- und Absatzquelle des Kunsthändlers geheim bleibt und Umgehungsgeschäfte vermieden werden.¹²⁴

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer agiert insofern als „intermediary“ (d.h. als Vermittler) zwischen Einlieferer und Käufer und muss darauf achten, bei der Erfüllung der jeweiligen vertraglichen Pflichten die teilweise konträren Interessen beider Parteien (z.B. hoher vs. niedriger Kaufpreis) in Einklang zu bringen.¹²⁵ Dem Kunstversteigerer wird – insbesondere wenn er öffentlich bestellt ist – eine Treuhänderfunktion zugeschrieben.¹²⁶

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer schließt mit dem Einlieferer (Kommittenten) einen Kommissionsvertrag (§§ 383 ff. HGB), der auf eine entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB ausgerichtet ist.¹²⁷ Im Rahmen dieses Vertrages hat der Kunsthändler/ Kunstversteigerer gegenüber dem Einlieferer neben der Pflicht zum sorgfältigen Verkauf/ der Versteigerung des Kunstgegenstandes, in der Regel die Pflicht zur Schätzung des Kunstgegenstandes und zur weiteren Vorbereitung und Bewerbung des Verkaufs (Katalogdruck, Präsentation des Werkes) sowie ggf. zur Versicherung und zum Transport des Kunstgegenstandes.¹²⁸

¹²⁴ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 383 Rn. 6 m.w.N.; Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 17 ff., 21 m.w.N.; Spinellis, 2000, S. 85; Mangold, 2009, S. 54 ff.; Braunschmidt, 2012, S. 13 ff. m.w.N.; zu beachten ist jedoch die (zwar abdingbare Pflicht) des Kommissionärs nach § 384 Abs. 3 HGB zur Benennung des Käufers.

¹²⁵ Schneider, 1999, S. 119 ff.. Dabei werden für die besondere Stellung des Versteigerers vergleichsweise die Grundsätze zum Doppelmakler nach § 654 HGB herangezogen, die insbesondere eine Neutralitätspflicht des Doppelmaklers begründen (Schneider, 1999, S. 120, 121 m.w.N.; zum Doppelmakler: Roth, in: MüKo, BGB, § 654 Rn. 7 ff.). Daraus wird gefolgert, dass der Versteigerer im Kommissionsverhältnis seine Treuhänderfunktion nur erfüllen kann, wenn er wirtschaftlich neutral ist (Schneider, 1999, S. 119 ff. m.w.N.).

¹²⁶ BR-Drs. 401/60, S. 2; Schneider, 1999, S. 119 ff.; Kappus, in: Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Auktionsbedingungen“, Rn. 8; Schneider, DB 1981, 199; Kresse, 2014, S. 61 m.w.N.; BGH, Urteil vom 19.12.1984, Az. VIII ZR 286/83, BeckRS 1984, 31076453; bestätigend: BGH NJW 1996, 527, 529.

¹²⁷ Hopt, in: Baumbach/ Hopt, HGB, § 383 Rn. 6; Braunschmidt, 2012, S. 15 ff. m.w.N., der ausführlich die Frage des werk- oder dienstvertraglichen Charakters der Geschäftsbesorgung behandelt mit dem überzeugenden Ergebnis für einen Dienstvertragscharakter.

¹²⁸ Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 19; ausführlich zu den Regelungen in der Rechtsbeziehung zwischen Einlieferer und Versteigerer: Schneider, 1999, S. 33 ff. Zu den Anwendbarkeit der seit 16.03.2014 geltenden neuen Vorgaben für Verbraucherverträge (z.B. besondere Informationspflichten nach § 312a Abs. 2 BGB) in Umsetzung der europäischen Verbraucherrechtlinie („VRR“) nach §§ 312 ff. BGB auf Versteigerungsverträge, vgl. ausführlich: Strobl, NJW 2015, 721 ff.

Beim Kunstversteigerer werden diese Pflichten gegenüber dem Einlieferer zudem durch die Regelungen des Versteigerungsauftrages (mit dem Mindestinhalt nach § 1 VerstV)¹²⁹ sowie den besonderen Verbote und Pflichten nach § 34b Abs. 6 GewO ergänzt.

Beim Kunstversteigerer kommt hinzu, dass er im Rahmen der Durchführung der Versteigerung grundsätzlich mit jedem Bieter in einem Geschäftsbesorgungsverhältnis nach §§ 675 ff. BGB steht, das ihn zur sorgfältigen und sachkundigen Wahrnehmung des fremden Geschäfts verpflichtet.¹³⁰

Schließlich kommt es durch Vornahme des Ausführungsgeschäftes (i.e. Verkauf des Kunstgegenstandes) – wie dargestellt – zwischen dem Kunsthändler/ Kunstversteigerer und dem Käufer/ Ersteigerer zum Abschluss eines Kaufvertrages nach §§ 433 ff. BGB.¹³¹

5. Diskussion um Intransparenz und Unterregulierung

Wie bereits dargestellt, kommt es bei der Abwicklung einer Kunsttransaktion im Kommissionsmodell in der Regel zu keinem Kontakt zwischen dem Einlieferer (als Kommittent) und dem Käufer. Dies hat nicht nur für den Kunsthändler/ Kunstversteigerer den Vorteil des Quellenschutzes, auch die Beteiligten schätzen die dadurch entstehende Anonymität.

Das Kommissions-Modell wird – gerade auf Grund der zuvor genannten Vorteile – oftmals als Beispiel für fehlende Transparenz und verdeckte Interessenskollisionen herangezogen, was wiederum auf eine bestehende gesetzliche Unterregulierung zurückzuführen sein soll.¹³² So stellt der Art&Finance Report 2017 mit Blick auf die internationalen Märkte fest: „[...] *The role of intermediaries in the art market remains a grey and unregulated area* [...]“¹³³.

¹²⁹ Für das Beispiel eines Versteigerungsauftrages: *Bleutge*, in: Landmann/ Rohmer, Gewerbeordnung, § 34b Rn. 9a.

¹³⁰ Schneider, 1999, S. 119. Die Begründung des Geschäftsbesorgungsverhältnisses wird in der Vereinbarung des Aufgeldes gesehen (Schneider, 1999, S. 101 m.w.N.); *Heermann*, in: MüKo, BGB, § 675 Rn. 13).

¹³¹ *Kappus*, in: Graf von Westphalen/ Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Auktionsbedingungen“, Rn. 6; zur Anwendung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts: vgl. Ausführung in Kapitel III.1.4.1.

¹³² Deloitte Luxembourg and ArtTactic, 2017, S. 240.

¹³³ *Ibid.*

In der für den Art&Finance Report 2017 durchgeführten Umfrage nannten 65 Prozent der Vermögensverwalter („Wealth Managers“), 63 Prozent der Sammler und 69 Prozent der sonstigen professionellen Marktakteure (Galerien, Auktionshäuser und Kunstberater) die fehlende Transparenz und potentielle Interessenskonflikte im Verhältnis von zwischengeschalteten Dritten als Vermittler (sog. „intermediaries“), Käufer und Verkäufer als eine der größten Gefahren für den Ruf der Kunstmärkte.¹³⁴

Diese Einschätzung kann jedenfalls mit Blick auf den Deutschen Rechtsraum nur eingeschränkt geteilt werden. Wie die nachfolgende Darstellung¹³⁵ zeigen wird, sieht das deutsche Recht durch die Vorschriften des §§ 383 ff. HGB umfangreiche Regelungen für die Rechtsbeziehung zwischen Kommissionär und Kommittenten vor. Dem Kommissionär wird ein weitreichender Pflichtenkatalog auferlegt. Dieser enthält Sorgfalts-, Interessenwahrungs- und Transparenzpflichten. Diese Pflichten sollen den Kommittenten insbesondere vor Interessenskonflikten des Kommissionärs schützen.

Geeignetes Beispiel für das Vorliegen eines Interessenskonflikts des Kommissionärs ist die heimliche und gleichzeitige Vertretung der Preisinteressen des Käufers und des Kommittenten. Dieses Vorgehen, das der mächtigste Kunsthändler der Welt Larry Gagosian nach eigener Aussage bereits öfters angewendet hat¹³⁶, wäre nach deutschem Recht eine schuldhaftige Verletzung der Treupflicht des Kommissionärs.¹³⁷

In Bezug auf die – durch das Kommissionsmodell begünstigte – anonyme Abwicklung von Kunsttransaktionen gilt zudem: Wird eine Kunsttransaktion „zu anonym“ abgewickelt (z.B. wenn die Transaktion über Gesellschaften getätigt werden, ohne dass der dahinterstehende „wirtschaftlich Berechtigte“ (der sog. „Beneficial Owner“) identifiziert wird), verstößt dies zudem gegen die geltenden Vorschriften des GwG.¹³⁸

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel III.1.3.

¹³⁶ Vgl. zum Geschäftsgebaren von Larry Gagosian im „Anhang“ Ziff.7.

¹³⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen zur Interessenwahrungspflicht nach § 384 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 1 HGB, in Kapitel III.1.3.1.

¹³⁸ Zu Thematik der Geldwäsche ausführlich in Kapitel III.5.

Kapitel III: Darstellung branchenspezifischer rechtlicher Risikobereiche im Kunst- und Kunstauktionshandel

1. Branchenspezifische Rechtsrisiken nach dem deutschen Schuldrecht

Branchenspezifische zivilrechtliche Rechtsrisiken für den Kunsthändler/ den Sekundärmarkt-Galeristen/ den Kunstversteigerer sind hauptsächlich solche der zivilrechtlichen Haftung (z.B. zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nach §§ 280, 249 ff. BGB¹³⁹). Wie und in welchen Bereichen sich diese im Alltagsgeschäft realisieren können, wird nachfolgend dargestellt:

1.1 Wissenszurechnung und Verschuldenszurechnung bei Mitarbeitern

Beschäftigt der Kunsthändler/ Kunstversteigerer Mitarbeiter, ergibt sich für ihn bereits daraus ein Rechtsrisiko als typische Begleiterscheinung arbeitsteiligen Wirtschaftens¹⁴⁰: Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer kann beim Einsatz von Mitarbeitern regelmäßig für deren Fehlverhalten haftbar gemacht werden, weshalb aus Compliance-Sicht daher ein kurzer Überblick zu den besonders relevanten zivilrechtlichen Zurechnungsnormen notwendig ist:

Handelt der Mitarbeiter als Vertreter des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers, wird das Wissen bzw. das Kennen oder Kennenmüssen von Tatsachen dem Arbeitgeber über § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet. Liegt keine Vertreterstellung des Mitarbeiters vor, erfolgt eine Zurechnung regelmäßig über § 166 Abs. 1 BGB analog.¹⁴¹

Zudem muss sich der Kunsthändler/ Kunstversteigerer nach § 278 S. 1 BGB das Verschulden seiner Mitarbeiter, die er zur Erfüllung einer Verbindlichkeit (z.B. Erfüllung der Pflicht zur

¹³⁹ Vgl. BGH NJW 1993, 2103 – *Burra I*, bei dem der Beklagte die Differenz zwischen Marktwert des gefälschten und des echten Gemäldes ersetzen musste.

¹⁴⁰ So auch in Bezug auf die Wissenszurechnung: *Buck-Heeb*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 2 Rn.1.

¹⁴¹ *Buck-Heeb*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 2 Rn.15, 21 m.w.N.. Insgesamt besteht in größeren Unternehmen regelmäßig im Rahmen der unternehmerischen Organisationspflicht auch eine Pflicht zur „Wissensorganisation“ in ihren drei Ausprägungen der Informationsweiterleitung, der Informationsabfrage und der Informationsspeicherung (*Buck-Heeb*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 2 Rn.26 m.w.N.). Diese Organisationspflicht liegt bei einer AG beim Vorstand und bei einer GmbH beim Geschäftsführer (*Buck-Heeb*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 2 Rn.26 m.w.N.).

sorgfältigen Untersuchung des eingelieferten Kunstgegenstandes) einsetzt, genauso vorwerfen lassen wie eigenes Verschulden.¹⁴² Die Zurechnungsnorm des § 278 BGB basiert auf dem Gedanken, den Gläubiger „[...] vor möglichen haftungsausschließenden Folgen einer arbeitsteiligen Wirtschaft [zu] schützen [...]“¹⁴³ und zu verhindern, dass sich der Schuldner durch den Einsatz von Gehilfen der Haftung für Leistungsstörungen entziehen kann.

Ist das Kunsthandelsunternehmen/ das Auktionshaus als juristische Person¹⁴⁴ organisiert, wird das Verhalten eines Organs der juristischen Personen nach § 31 BGB wie eigenes Verhalten zugerechnet, was insbesondere dann relevant wird, wenn es zu deliktischem Verhalten im Kunsthandelsunternehmen/ im Auktionshaus kommt. Die Anwendung des § 31 BGB analog erstreckt sich auch auf „faktische Organe“ (z.B. weisungsbefugte externe Personen, leitende Angestellte, Filialleiter etc.).¹⁴⁵

1.2 Zivilrechtliche Due-Diligence-Pflichten: Grundsätze für die Kunstmärkte

Der Kern des zivilrechtlichen Haftungsgefüges sind die Sorgfaltspflichten (i.e. „Due-Diligence-Pflichten“). Das Zivilrecht verweist im BGB beispielweise auf die Erforderlichkeit der Einhaltung der „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ (§ 276 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB) und im HGB auf die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ (§ 347 Abs. 1 HGB).¹⁴⁶ Derjenige handelt fahrlässig (und soll dafür haften), der diese Sorgfalt außer Acht lässt.

¹⁴² Dabei findet § 278 BGB nur bei Schuldverhältnissen oder ähnlichen Rechtsverhältnissen Anwendung (*Unberath*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 278 Rn. 2 m.w.N.).

¹⁴³ BGH NJW 1985, 2475, 2476 m.w.N.

¹⁴⁴ Die Vorschrift des § 31 BGB wird auf sämtliche juristische Personen, d.h. auf die AG, GmbH, KGaA, oHG, KG sowie auf die GbR angewendet (Ausführliche: *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 76; zur Rechtsstellung der GbR: BGH NJW 2003, 1445, 1446; *Schmidt*, NJW 2003, 1897 ff.).

¹⁴⁵ *Passarge*, in: Martinek/Semler/Flor, § 79 Rn. 35 m.w.N.; BGH NJW 1998, 1854, 1856; durch die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 31 BGB soll der Anwendungsbereich der Exkulpationsnorm des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB eingeschränkt werden (*Arnold*, in: MüKo, BGB, § 31 Rn. 6 f. m.w.N.). Scheinbar neben der analogen Anwendung des § 31 BGB gibt es mit der „Lehre des Organisationsmangels“ ein weiteres Institut, das von der Rechtsprechung angewendet wird, um die Möglichkeit einer vollständigen Delegation von Organisationspflichten zu verhindern. Der BGH sieht in der nicht erfolgten verfassungsmäßigen Berufung als Vertreter einen Organisationsmangel, für den der Geschäftsherr haften soll (BGH NJW-RR 1996, 867, 868 m.w.N.; BGH NJW 1957, 1315, 1316; BGH NJW 1980, 2810, 2811; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 82 m.w.N.; kritisch zur Entstehung und dem Hintergrund der „Lehre vom Organisationsmangel“: *Arnold*, in: MüKo, BGB, § 31 Rn. 7, 8 m.w.N.; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 82 m.w.N.; ablehnend: *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 823 Rn. 32).

¹⁴⁶ Auch die Vorschriften des Gesellschafts- und Aktienrechts normieren eine Sorgfaltspflicht für Geschäftsführer (§ 43 Abs. 1 GmbHG) und Vorstände (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) gegenüber der Gesellschaft selbst und

Die Analyse der zivilrechtlichen Risiken für Kunsthändler/ Kunstversteigerer erfordert daher die Feststellung, welcher Sorgfaltsmaßstab und welche einzelnen Sorgfaltspflichten auf diese Akteure anwendbar sind. Da der Sorgfaltsmaßstab des „ordentlichen Kunsthändlers“ bzw. des „ordentlichen Kunstversteigerers“ nicht gesetzlich definiert ist, bedarf es des Rückgriffs auf einschlägige Beispiele aus branchenspezifischer Rechtsprechung zur Bestimmung sowohl des branchenspezifischen Sorgfaltsmaßstabs wie auch zur Darstellung konkreter Sorgfaltspflichten des Kunsthändlers/ des Kunstversteigerers.

Ausgangspunkt ist die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ (§ 347 Abs. 1 HGB), da die zu betrachtenden Akteure in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit als „Kaufmänner“¹⁴⁷ agieren. Die nach § 347 Abs. 1 HGB von einem ordentlichen Kaufmann aufzuwendende Sorgfalt ist grundsätzlich höher als diejenige nach § 276 Abs. 2 BGB.¹⁴⁸ Dies lässt sich bereits aus der Gesetzessystematik ableiten, wonach eindeutig zwischen der zu einem Handelsgeschäft zählenden Tätigkeit (§ 347 Abs. 1 HGB) und sonstiger Tätigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB) unterschieden wird.

Bereits in der Einführung wurde darauf hingewiesen, dass der oftmals erfolgende, erklärende Hinweis von Kunstmarktakteuren, „*das würden alle so handhaben*“ oder „*das sei normal*“ keinen Schutz vor zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen oder strafrechtlicher Verfolgung bietet. Denn:

Die in den Verkehrskreisen (hier: den Kunsthändlern/ den Kunstversteigerern) „übliche“ Sorgfalt erfüllt nicht unbedingt den Maßstab der einzuhaltenden, gesetzlich vorausgesetzten erforderlichen Sorgfalt.¹⁴⁹ Dies bedeutet, dass zu lockere Gepflogenheiten auf den Kunstmärkten nicht den gesetzlich vorausgesetzten Sorgfaltsmaßstab senken, denn die

begründen keine Ansprüche nach außen (BGH NJW 2012, 3439, 3441 m.w.N., u.a. auf: BGH NJW 1974, 1371, 1372; BGH NJW 1990, 976; BGH NJW 1979, 1829; NJW 1990, 1725; BGH NJW 1994, 1801).

¹⁴⁷ Kaufmann ist derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt. Unter den Gewerbebegriff „fällt [...] jede selbständige und berufsmäßige – aber nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche – Tätigkeit, die von der Absicht dauernder Gewinnerzielung getragen ist, auf dem Markt erkennbar nach außen hervortritt und nicht gesetzes- oder sittenwidrig ist“. Ein Handelsgewerbe ist „jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, da[ss] das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert“ (§ 1 Abs. 1, Abs. 2 HGB).

¹⁴⁸ Grundmann, in: MüKo, BGB, § 276 Rn. 59; Grunewald, JZ 1982, 627, 630; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 347 Rn. 1.

¹⁴⁹ BGH NJW 1952, 779; BGH NJW 1953, 257; BGH NJW 1965, 1075; LG Köln GRUR-RR 2012, 444, 447; Stadler, in: Jauernig BGB, § 276 Rn. 29; Grundmann, in: MüKo, BGB, § 276 Rn. 60.

Anforderungen an die gesetzlich vorausgesetzte „erforderliche Sorgfalt“ „werden durch übliches oder einem verbreiteten Brauch entsprechendes, weniger sorgfältiges Verhalten [d.h. „lockere Sitten“] der betreffenden Verkehrskreise nicht reduziert“¹⁵⁰. Der objektive Maßstab der erforderlichen Sorgfalt wird vielmehr nach dem ausgerichtet, „was der normale und gesunde Verkehr erfordert, ohne daß auf eingerissene Nachlässigkeiten und Unsitten Rücksicht zu nehmen ist“¹⁵¹. Bei der Festlegung des objektiven Maßstabes für den Verkehrskreis des Kunsthändlers/ des Kunstversteigerers können dabei auch die Richtlinien der Verbände herangezogen werden.¹⁵² Wertend herangezogen werden können zum Beispiel der für Mitglieder des Bundesverbandes Deutscher Galerien und Kunsthändler e.V. („BDGV“) und für die Mitglieder des Kunsthändlerverband Deutschland e.V. selbstverpflichtende „CINO A Code of Ethics“¹⁵³ bzw. der F.E.A.G.A-Charta¹⁵⁴ oder der „Verhaltenskodex“¹⁵⁵ für Mitglieder des BDK.

Subjektive Entlastungsgründe, z.B. eine zu geringe Ausbildung für die Erfüllung der Aufgabe, sollen hingegen unberücksichtigt bleiben.¹⁵⁶ Insgesamt soll dadurch zu Recht verhindert werden, dass sorglose Aktivitäten gewisser Verkehrskreise oder fehlende Qualifikation die gesetzliche Regelung der „erforderlichen Sorgfalt“ unterhöhlen bzw. aushebeln.

Eine abschließende Bestimmung der von dem „sorgfältigen Kunsthändler“ bzw. dem „sorgfältigen Kunstversteigerer“ im Einzelnen zu beachtenden Sorgfaltspflichten gibt es nicht, was der Uneinheitlichkeit der verschiedenen sachlich und räumlich unterschiedlichen

¹⁵⁰ LG Köln GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*.

¹⁵¹ BGH NJW 1953, 257; darauf Bezug nehmend: LG Köln GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*; zustimmend: *Grundmann*, in: MüKo, BGB, § 276 Rn. 60; *Stadler*, in: Jauernig BGB, § 276 Rn. 29; keine Reduzierung bei organisatorischer Nachlässigkeit: BGH NJW 1984, 1400.

¹⁵² OLG Köln NJW 1990, 2262; Mangold, 2009, S. 213; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 276 Rn. 18 m.w.N.

¹⁵³ “CINO A Code of Ethics: Cinoa Ethical Code of Conduct”, abrufbar unter: <https://www.cinoa.org/cinoa/codeofethics> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

¹⁵⁴ F.E.A.G.A-Charta, Fassung vom 18.3.1991, abrufbar unter: http://www.bvdg.de/sites/default/files/FEAGA_Code_10102005_0.pdf (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

¹⁵⁵ „Verhaltenskodex für den Bundesverband Deutscher Kunstversteigerer e.V.“, abrufbar unter: <http://www.kunstversteigerer.de/verhaltenskodex-des-bdk> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

¹⁵⁶ BGH NJW 2003, 2022, 2024; BGH NJW 1988, 909 m.w.N.; BGH NJW 1994, 2232, 2233; BGH NJW 1995, 1150, 1151; BGH NJW 1988, 2298, 2299; NJW 1993, 2989, 2990, 2991; *Grundmann*, in: MüKo, BGB, § 276 Rn. 56; Mangold, 2009, S. 213; *Stadler*, in: Jauernig BGB, § 276 Rn. 29; *Taupitz*, NJW 1991, 1505, 1506.

Kunstmärkte¹⁵⁷ (d.h. dem Vorliegen in sich sehr unterschiedlicher Kunstmärkte, den sehr unterschiedlichen Interessenlagen der beteiligten Kunstmarktakteure) und dem Grundsatz geschuldet ist, dass sich die Sorgfaltspflichten nach dem jeweiligen Verkehrskreis und dem jeweiligen Handelsgeschäft richten.¹⁵⁸

Die Rechtsprechung hat den Umfang und den Inhalt der Sorgfaltspflichten für Kunsthändler/ Kunstversteigerer über die Jahre konkretisiert. Sie nimmt bei der Bestimmung des Due-Diligence-Maßstabs für Kunsthändler/ Kunstversteigerer im konkreten Einzelfall zu Recht Differenzierungen danach vor, welche Verkehrserwartung¹⁵⁹ (d.h. des Käufers, des Einlieferers) der Akteur gegen sich geltend lassen muss:

1.2.1 Differenzierung nach Spezialisierungsgrad

Der an den Kunsthändler/ Kunstversteigerer gesetzte Due-Diligence-Maßstab ist umso strenger, je mehr Vertrauen er für sich beansprucht.¹⁶⁰ Es ist überzeugend, dass ein als Spezialist für einen bestimmten Fachbereich auftretender Kunsthändler/ Kunstversteigerer, der am Markt aktiv eine subjektive Stärke kommuniziert und die Erwartung weckt, auf diesem Gebiet über besondere Expertise zu verfügen, sich an diesem Maßstab sodann messen lassen muss.¹⁶¹

¹⁵⁷ Vertiefend zum Kunstmarktbezug vgl. Kapitel II.3.

¹⁵⁸ Grundmann, in: MüKo, BGB, § 276 Rn. 55 ff.; RGZ 64, 254, 257; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 347 Rn. 1; Schmidt, in: MüKo, HGB, § 347 Rn. 7; Grunewald, JZ 1982, 627 ff.; Braunschmidt, NJW 2013, 734, 737.

¹⁵⁹ Es wird also „auf das Maß an Fähigkeiten, Umsicht und Sorgfalt abzustellen [sein], das von den Angehörigen der betreffenden Berufsgruppe bei der Erledigung des entsprechenden Geschäfts typischerweise verlangt werden kann“, abgestellt (BGH NJW 2003, 2022, 2024).

¹⁶⁰ LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 448 – Campendonk; LG Augsburg, Urteil vom 27.01.2012 - 22 O 3163/10, BeckRS 2012, 21453 – Historischer Perserteppich.

¹⁶¹ Dies steht im Einklang mit der Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001 (BReg, BT-Drs. 14/6040, S. 210), wonach eine Untersuchungspflicht den Verkäufer ausnahmsweise zukommen kann, „[...] wenn der Verkäufer eine besondere Sachkunde besitzt“. Zudem auch: BGH NJW 2015, 81, 82; BGH NJW-RR 2006, 1170, 1171; BGH NJW-RR 1990, 406, 407; BGH NJW 1987, 1479; Grundmann, in: MüKo, BGB, § 276 Rn. 56; Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 276 Rn. 15 m.w.N.; Stadler, in: Jauernig BGB, § 276 Rn. 29.

An einen öffentlich bestellten Versteigerer (der bereits gem. § 34b Abs. 5 GewO als besonders sachkundig gilt) ist deshalb ein strengerer Maßstab zu legen als an sonstige Versteigerer.¹⁶²

Bei der Frage, welches Vertrauen der Akteur für sich beansprucht, wird zu Recht z.B. auf den Ruf, die Erfahrung („renommiertes Traditionshaus“ vs. Neuling), das örtliche Tätigkeitsspektrum (regional vs. international), die Spezialisierung, die personelle Ausstattung mit Mitarbeitern mit besonderem Fachwissen und die Vernetzung des Akteurs auf dem Markt abgestellt.¹⁶³ Beispielsweise gründete das Auktionshaus Sotheby's durch den Zukauf des auf forensische Materialanalyse und Authentizitätsprüfung spezialisierten Unternehmens Orion Analytical LLC¹⁶⁴ im Dezember 2016 an den Standorten London und New York ein eigenes „Scientific Research Department“ unter der Leitung des Gründers von Orion, James Martin.¹⁶⁵ Orion Analytical profilierte sich besonders im spektakulären Skandal um die Gallery Knoedler¹⁶⁶ in New York. Das Vorhandensein dieser besonderen Prüfungs-Ressourcen wird richtigerweise zu einer Erhöhung des anzulegenden Due-Diligence-Maßstabes führen.

Im Einklang mit den dargelegten Überlegungen, eine Differenzierung nach der Verkehrserwartung vorzunehmen, ist der Due-Diligence-Maßstab für einen auf das Hochpreissegment spezialisierten Kunstversteigerer zu Recht strenger anzusetzen, als der eines sog. Varia-Versteigerers (i.e. ein Universalversteigerer, der viele unterschiedliche Gegenstände im Niedrigpreissektor versteigert).¹⁶⁷ Das OLG München stellte in seiner

¹⁶² LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 448 – *Campendonk*, wonach dem Versteigerer mit Verweis auf das „Bodensee-Auktionshaus“-Urteil des BGH (BGH, Urteil vom 13. 2. 1980 - VIII ZR 26/79, NJW 1980, 1619, 1621) bereits aus seiner Stellung als Sachkenner einer besondere Vertrauensposition zukommt; zur besonderen Stellung des Versteigerers siehe auch die Ausführungen in Kapitel II.4.2.

¹⁶³ LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 448 – *Campendonk*; LG Bielefeld, NJW 1990, 1999 (insbesondere zum Merkmal des Renommées und der personellen Ausstattung); *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 105; *Braunschmidt*, NJW 2013, 734, 739.

¹⁶⁴ Weitergehende Informationen können dem Internetauftritt des Unternehmens entnommen werden: <http://orionanalytical.com/about-us/> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

¹⁶⁵ Porträt von James Martin auf der Internetseite des Auktionshauses Sotheby's, abrufbar unter: <http://www.sothebys.com/en/specialists/james-martin/bio.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); Vgl. *Pogrebin*, „Sotheby's Hires Fraud Expert to Start New Research Department“, NY Times, 05.12.2016, abrufbar unter: http://www.nytimes.com/2016/12/05/arts/design/sothebys-hires-fraud-expert-james-martin-orion-analytical.html?_r=0 (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

¹⁶⁶ Vgl. dazu im „Anhang“ Ziff. 3.

¹⁶⁷ OLG München NJW 2015, 81 ff. – *Historischer Perserteppich*; LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 448 – *Campendonk*; so auch: Mangold, 2009, S. 218; Braunfels, 1994, S. 166.

„Teppich-Entscheidung“¹⁶⁸ überzeugend fest, dass an ein Universalauktionshaus, das, wie vom Einlieferer geplant, aus einem Nachlass eine Reihe unterschiedlicher Gegenstände zur Versteigerung hereingenommen hat, ein niedrigerer Sorgfaltsmaßstab zu setzen ist, als wenn es sich um ein – im konkreten Fall auf Teppiche – spezialisiertes Auktionshaus handeln würde. Das LG Augsburg hatte in der Vorinstanz bereits überzeugend festgestellt, dass die erforderliche Sorgfalt von den Umständen des konkreten Einzelfalls abhängt und „[...] zu berücksichtigen [ist], ob es sich bei dem Auktionshaus um ein international tätiges Auktionshaus oder ein Spezialauktionshaus handelt oder um einen lediglich regionalen Universalversteigerer ohne eine Spezialisierung auf bestimmte Gegenstände“¹⁶⁹. Das LG Augsburg stellte dabei ferner auf die sachliche und personelle Ausstattung des Auktionshauses, auf die Anzahl der pro Jahr zur Versteigerung angebotenen Gegenstände sowie auf den Durchschnittszuschlag – der bei dem konkreten Varia-Versteigerer bei 150,00 € lag – ab.¹⁷⁰ In der dargelegten Rechtsprechung wird somit zu Recht berücksichtigt, dass ein Universalversteigerer nicht für alle Gegenstände sachverständig sein kann und die Einholung von Gutachten zu allen Gegenständen aus ökonomischer Sicht ein unzumutbarer und wirtschaftlich nicht vertretbarer Aufwand wäre.¹⁷¹

1.2.2 Steigende Sorgfaltspflicht mit steigendem Wert des Kunstgegenstandes

Es ist zu Recht anerkannt, die Verkehrserwartung und damit den Maßstab der Due-Diligence-Pflichten mit dem Wert des angebotenen Kunstgegenstandes bzw. mit dem im Versteigerungskatalog genannten Preis steigen zu lassen.¹⁷² Dies trägt sowohl der notwendigen unternehmerischen Erwägung des Versteigerers Rechnung, für den die Untersuchungen einen erheblichen Zeit- und damit Geldaufwand bedeuten und der diesen

¹⁶⁸ OLG München NJW 2015, 81 ff. – *Historischer Perserteppich* (Leitsatz der Redaktion). Das OLG München bestätigte damit die Vorentscheidung des LG Augsburg: LG Augsburg, Urteil vom 27.01.2012 - 22 O 3163/10, BeckRS 2012, 21453.

¹⁶⁹ LG Augsburg, Urteil vom 27.01.2012 - 22 O 3163/10, BeckRS 2012, 21453; dem folgend: LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 448 – *Campendonk*.

¹⁷⁰ LG Augsburg, Urteil vom 27.01.2012 - 22 O 3163/10, BeckRS 2012, 21453.

¹⁷¹ Ausdrücklich: OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 1522, 1524.

¹⁷² Mangold, 2009, S. 217 m.w.N.; Goepfert, 1991, S. 119 m.w.N.; Braunfels, 1994, S. 166; *Braunschmidt*, NJW 2013, 734, 738; *Elmenhorst/Decker*, GRUR-RR 2012, 417, 419; ebenfalls auf den Preis abstellend: BGH NJW 1980, 1619, 1621 – *Bodensee-Auktionshaus*; LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 446, 447 – *Campendonk*; ausdrücklich: LG Augsburg, Urteil vom 27.1.2012, Az. 22 O 3163/10, BeckRS 2012, 21453 – *Historischer Perserteppich*.

Untersuchungsaufwand somit am zu erwartenden Gewinn ausrichten muss.¹⁷³ Auch aus Käufersicht ist dieser Grundsatz vertretbar, da der Käufer eines Kunstgegenstandes mit hohem Schätzwert auf Grund des damit verbundenen höheren Mangelschadens schutzbedürftiger ist.¹⁷⁴

1.2.3 Differenzierung zwischen Auktionshaus und Kunsthändler/ Sekundärmarkt-Galeristen

Bei der Beurteilung des Due-Diligence-Maßstabes der Kunsthändler/ Sekundärmarktgalerien kann nach der hier vertretenen Auffassung die vornehmlich im Zusammenhang mit dem Kunstauktionshandel entwickelte Rechtsprechung beispielhaft herangezogen werden. Denn bei Kunsthändler/ Sekundärmarkt-Galeristen kommt es im Wesentlichen darauf an, welche Verkehrserwartung sie hervorrufen:

Kunsthändler/ Sekundärmarkt-Galeristen verfügen – im Gegensatz zu Kunstauktionshäusern¹⁷⁵ – meist über eine verhältnismäßig geringere Anzahl von Verkaufsobjekten¹⁷⁶ und sind in der Regel auf ein bestimmtes Sachgebiet spezialisiert und beanspruchen für diesen Bereich ein besonderes Sonderwissen/ Expertise, was sich auf den anzulegenden Sorgfaltsmaßstab ebenfalls erhöhend auswirkt.¹⁷⁷ Demgegenüber muss jedoch stets Berücksichtigung finden, dass mittelständische Kunsthändler/ Sekundärmarkt-Galeristen¹⁷⁸ in der Regel über geringere wirtschaftliche und personelle Ressourcen verfügen als auf Kunstversteigerungen spezialisierte internationale Auktionshäuser. Deshalb kann nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass Käufer dem Spezialhändler ein höheres Vertrauen entgegenbringen, als den (spezialisierten) Auktionshäusern.

¹⁷³ So auch: Braunfels, 1994, S. 166 m.w.N..

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ein Auktionshaus versteigert i.d.R. mehrere tausend Objekte pro Jahr (Großgerge, 2013, S. 215).

¹⁷⁶ Bereits aus der geringeren Anzahl an Verkaufsobjekten wird vereinzelt ein höherer Zeitaufwand für eine eingehendere Überprüfung gefordert (Mangold, 2009, S. 217; Berger, KUR 2003, 137, 139).

¹⁷⁷ Braunfels, 1994, S. 167; Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 276 Rn. 15 m.w.N.; Mangold, 2009, S. 217.

¹⁷⁸ Kunsthändler und Galeristen mit den wirtschaftlichen Ressourcen im Maßstab der weltweit agierenden U.S.-amerikanischen Gagosian Gallery (vgl. „Anhang“ Ziff. 7) oder der Galerie White Cube aus London sind von dieser Aussage selbstverständlich ausgenommen.

Im Einzelfall ist bei Kunstversteigern wie auch bei Kunsthändler/ Sekundärmarkt-Galeristen ausschlaggebend, welche Erwartungen sie bei Kunden (Einlieferern, Käufern) in Bezug auf ihren Spezialisierungsgrad und ihre Recherche- und Überprüfungsressourcen wecken. Danach richtet sich der von ihm zu erfüllenden Due-Diligence-Maßstab.

1.3 Ausgewählte Rechtsrisiken im Verhältnis Kunsthändler/ Kunstversteigerer und Einlieferer

Für den Kunsthändler/ Kunstversteigerer als Kommissionär bestehen klare gesetzliche (Due-Diligence-) Pflichten, deren Verletzung den Kunsthändler/ Kunstversteigerer dem Risiko von Schadensersatzansprüchen des Einlieferers (als Kommittent) aussetzt, die nachfolgend dargestellt werden:

1.3.1 Interessenwahrungspflicht

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss als Kommissionär die umfassende Interessenwahrungspflicht nach § 384 Abs. 1 S. 2 HGB¹⁷⁹ erfüllen und den Verkauf des eingelieferten Kunstwerkes (als sog. Ausführungsgeschäft) sorgfältig und für den Einlieferer (als Kommittenten) vorteilhaft auszuführen.¹⁸⁰ Des Weiteren muss er die sich bereits aus der Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB ergebende Pflicht zur Loyalität und Diskretion gegenüber dem Einlieferer (als Kommittenten) erfüllen.¹⁸¹

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss also die Interessen des Einlieferers eines Kunstwerkes (z.B. an einem hohen Verkaufspreis) über seine eigenen Interessen stellen (sog. Priorität der Kommittenten-Interessen)¹⁸² und muss ihm insbesondere mögliche

¹⁷⁹ Die Interessenwahrungspflicht nach § 384 Abs. 1 S. 2 HGB ist als vertragliche Hauptleistungspflicht anzusehen (*Martinek*, in: Oetker, HGB, § 384 Rn. 3).

¹⁸⁰ BGH NJW-RR 2002, 1344; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 384 Rn. 1; *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 17. Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer darf bei der Durchführung des übernommenen Verkaufsgeschäfts (i.e. sog. „Ausführungsgeschäft“) Erfüllungsgehilfen einsetzen (für deren Pflichtverletzungen er über § 278 BGB haftet), ohne dafür eine besondere Erlaubnis seitens des Kommittenten einholen zu müssen (*Martinek*, in: Oetker, HGB, § 384 Rn. 13).

¹⁸¹ *Heermann*, in: MüKo, BGB, § 675 Rn. 13; *Seiler*, in: MüKo, BGB, § 662 Rn. 33, 36.

¹⁸² BGH NJW-RR 2003, 1056; *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 17, 33 m.w.N.; *Füller*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 384 Rn. 16.

Interessenskonflikte mitteilen.¹⁸³ Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss sich bewusst machen, dass er als Kommissionär als „Vertrauensmann“ des Einlieferers handelt und verpflichtet ist, alles ihm Mögliche zu unternehmen, den Verkauf des Kunstgegenstandes (i.e. das Ausführungsgeschäft des Kommissionsvertrages) zu den für den Kommittenten günstigsten Bedingungen abzuschließen (§ 387 Abs. 1 HGB).¹⁸⁴

Die Interessenwahrungspflicht ist beim Kommissionsgeschäft erheblich höher als bei sonstigen gegenseitigen Verträgen, da der Kommissionär vom Kommittenten gerade zur Erreichung der eigenen wirtschaftlichen Zwecke eingesetzt wird.¹⁸⁵

Bei der Verkaufskommission bedeutet dies, dass der Kunsthändler/ Kunstversteigerer das höchste Kaufangebot annehmen muss (außer der Kommittent hat Interesse an einem niedrigen Angebot).¹⁸⁶ Ein eklatanter Verstoß gegen diese Pflicht wäre es, wenn der Kunsthändler/ Kunstversteigerer den Kaufinteressenten ermuntert, ein niedriges Kaufpreisangebot für das Gemälde zu unterbreiten oder dem Kaufinteressenten finanzielle Schwierigkeiten des Verkäufers mit dem Hinweis mitteilt, er Verkäufer würde deshalb auch niedrige Kaufpreisangebote akzeptieren. Ein solches Verhalten wurde der US-amerikanischen Gallery Gagosian in einem Gerichtsverfahren in New York im Jahr 2012 vorgeworfen, im Zuge dessen der Gründer der Galerie Larry Gagosian aussagte, er kenne keine Loyalität gegenüber seinen Kunden.¹⁸⁷ Nach deutscher Rechtslage stellt dieses Verhalten und die Aussage Gagosians einen eklatanten Verstoß gegen die Interessenwahrungspflicht nach § 384 Abs. 1 S. 2 HGB dar.

Nach deutscher Rechtslage ist es nicht vereinbar (§ 384 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 1 HGB), wenn ein Kunsthändler/ Kunstversteigerer gleichzeitig die Preisinteressen des Käufers und des Einlieferers (als Kommittent) vertritt, ohne dies gegenüber dem Einlieferer offenzulegen.¹⁸⁸

¹⁸³ Häuser, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 19, 32 m.w.N. Diese Mitteilungspflicht des Kommissionärs gilt in einem noch höheren Maß nach Abschluss des Kommissionsvertrages und bei der Durchführung des Ausführungsgeschäftes (Füller, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 384 Rn. 16).

¹⁸⁴ BGH NJW-RR 2002, 1344; Häuser, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 5 m.w.N., 17, 18, 31 m.w.N.

¹⁸⁵ Häuser, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 17.

¹⁸⁶ Füller, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 384 Rn. 16.

¹⁸⁷ Siehe hierzu im „Anhang“ Ziff. 7.

¹⁸⁸ Dieser Geschäftspraktik bediente sich der Kunsthändler Larry Gagosian nach eigener Aussage bereits öfters. Vgl. in „Anhang“ Ziff. 7 zum Rechtsstreit zwischen Jan Cowles und der Gallery Gagosian vor dem Supreme

Mit der Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Einlieferer (als Kommittenten) wäre es auch nicht zu vereinbaren, wenn der Kunsthändler/ Kunstversteigerer vom späteren Käufer eine Provision dafür erhält, dass ihm das verkaufte Kunstwerk günstig verschafft wurde, da eine solche Provisionsvereinbarung das Ausführungsgeschäfts (Verkauf des Kunstwerks zum bestmöglichen Preis aus Sicht des Einlieferers) konkret beeinträchtigen würde.¹⁸⁹ Derartige, den Kommissionär unzulässiger Weise beeinflussende Zahlungen müsste er nach § 384 Abs. 2 Hs. 2 Alt. 2 HGB zudem an den Einlieferer (als Kommittenten) herausgeben.¹⁹⁰

Verletzt der Kunsthändler/ Kunstversteigerer die oben beschriebene Interessenwahrungspflicht nach § 384 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 1 HGB löst dies eine Schadensersatzpflicht nach §§ 280 Abs. 1, 249 ff. BGB aus. Dieser Schadensersatz ist auf das negative Interesse gerichtet.¹⁹¹

Hintergeht der Kunsthändler/ Kunstversteigerer den Einlieferer im oben, zum Fall Larry Gagosian¹⁹² beschriebenen Ausmaß, erwachsen zudem dem Einlieferer deliktische Schadensersatzansprüche etwa wegen sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB.

1.3.2 Weisungsbefolgungspflicht

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss darauf achten, die Weisungen des Einlieferers einzuhalten, um seiner Weisungsbefolgungspflicht nach § 384 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 2 HGB zu

Court des Staates New York um den Verkauf eines Gemäldes von Roy Lichtenstein („Girl in Mirror“, 1964) durch die Gagosian Gallery, New York, im Sommer 2009.

¹⁸⁹ Im Fall einer konkreten Beeinträchtigung des Ausführungsgeschäfts von einer Unvereinbarkeit mit der Interessenwahrungspflicht des Kommissionärs ausgehend: *Füller*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 384 Rn. 17 m.w.N.; *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 36 m.w.N.

¹⁹⁰ *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 83 m.w.N.

¹⁹¹ *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 38 m.w.N.

¹⁹² Siehe hierzu ausführlich in der Auswahl prominenter Kunstmarktskandale im „Anhang“ Ziff. 7 dieser Arbeit.

genügen.¹⁹³ Die Weisungen betreffen beispielsweise den Höchst- und Mindestpreis bei der Einkaufs- bzw. Verkaufskommission (die sog. „Limitierung“, vgl. § 386 HGB).¹⁹⁴

Handelt der Kunsthändler/ Kunstversteigerer nicht gemäß den Weisungen des Einlieferers (verkauft er das Kunstwerk etwa zu einem zu niedrigen Preis), hat dieser einen Anspruch auf Ersatz des daraus entstandenen Schadens nach § 385 Abs. 1 HS. 1 HGB und muss das Geschäft nicht auf seine Rechnung gelten lassen (§ 385 Abs. 1 HS 2 HGB). Er ist so zu stellen, als hätte der Kunsthändler/ Kunstversteigerer das Kunstwerk zum angewiesenen Preislimit verkauft.¹⁹⁵ Der Schadensersatz umfasst also das positive Interesse.¹⁹⁶

1.3.3 Benachrichtigungs- und Informationspflichten

In der Praxis ist es üblich, dass Kunsthändler/ Kunstversteigerer den Namen des Käufers gegenüber dem Einlieferer geheim halten. Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss sich dabei bewusst sein, dass er nach § 384 Abs. 3 HGB eigentlich verpflichtet ist, dem Einlieferer den Verkauf des Kunstwerkes unter Nennung des Käufers mitzuteilen. Macht er dies nicht, muss er kraft Gesetzes und ohne Verschulden nach § 384 Abs. 3 HGB dem Einlieferer gegenüber auf Erfüllung des geschlossenen Geschäfts haften (also z.B. einspringen, wenn der Käufer nicht zahlt¹⁹⁷).¹⁹⁸

¹⁹³ Die Weisung i.S.d. § 384 HGB ist eine bindende Anordnung nach Vertragsschluss und nicht nur ein bloßer Hinweis oder eine Empfehlung (*Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 43 m.w.N.; *Füller*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 384 Rn. 18). Die Weisungsbefolgungspflicht ist als vertragliche Hauptleistungspflicht anzusehen (*Martinek*, in: Oetker, HGB, § 384 Rn. 3).

¹⁹⁴ BGH NJW-RR 2003, 1056, 1059; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 385 Rn. 1; *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 43 m.w.N. Der Kommittent soll durch das Weisungsrecht als „wirtschaftlicher Herr“ des Ausführungsgeschäftes die Möglichkeit haben, auf dieses gestaltend einzuwirken und die vertraglichen Pflichten des Kommissionärs nach Vertragsschluss weiter zu konkretisieren (*Füller*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 384 Rn. 17; *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 43 m.w.N.).

¹⁹⁵ Der Kommittent ist so zu stellen, „wie er gestanden hätte, wenn [...] [der Kommissionär] [den Auftrag] ordnungsgemäß erfüllt hätte“ (BGH NJW-RR 2002, 1272).

¹⁹⁶ BGH NJW-RR 2002, 1272; *Martinek*, in: Oetker, HGB, § 385 Rn. 29.

¹⁹⁷ Fälle, in denen der Käufer/ Ersteigerer eines Werkes den Kaufpreis nicht zahlt und das Werk nicht abholt, kommen immer wieder vor. Beispielsweise klagen derzeit verschiedene Auktionshäuser (Sotheby's, Phillips) vor New Yorker Gerichten gegen den Kunsthändler Anatole Shagalov, der in Auktionen Werke ersteigerte, diese aber nicht bezahlte, vgl. *Adams/ Shaw*, „Murky side of buying art with loans exposed“, The Art Newspaper, Nr. 299, März 2018, S. 42.

¹⁹⁸ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 384 Rn. 12; BGH GWR 2015, 381 (zu sog. „Mistrades“). Mit dieser Eigenhaftung des Kommissionärs soll der Kommittent als Träger des wirtschaftlichen Risikos bei der Kommission vor Risiken geschützt werden, die aus der fehlenden Kenntnis der Personen des Dritten resultieren könne (*Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 118 m.w.N.).

Um die erstrebte Geheimhaltung¹⁹⁹ rechtsrisikofreier umzusetzen, sollte die Drittbenennungspflicht und die Eigenhaftung des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers nach § 384 Abs. 3 HGB im Kommissionsvertrag abbedungen werden.²⁰⁰ Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss dabei beachten, dass allein der Ausschluss der Drittbenennungspflicht nicht zum Wegfall der Eigenhaftung führt.²⁰¹

1.3.4 Due-Diligence-Pflicht bei Bewertung des Kunstgegenstandes

Regelmäßig übernimmt der Kunsthändler/ Kunstversteigerer bei der Einlieferung des Kunstgegenstandes zudem dessen (meist unentgeltliche) Schätzung zur Festsetzung der Preis-Limits, ohne zu wissen, welche Pflichten dies für ihn zur Folge hat:

Erkennt der Kunsthändler/ Kunstversteigerer im Rahmen der im Vorfeld durchgeführten Schätzung nicht, dass es sich bei dem eingelieferten Kunstgegenstand um ein besonders wertvolles Exemplar (z.B. um einen besonders seltenen persischen Teppich²⁰², eine unerkannte Vase der Ming-Dynastie²⁰³, um ein Werk eines namhaften Künstlers) handelt und wird der Kunstgegenstand in der Folge zu einem zu niedrigen Preis verkauft, macht sich der Kunsthändler/ Kunstversteigerer schadensersatzpflichtig. Der Einlieferer hat einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Hauptleistungspflicht (bei Annahme eines konkludent geschlossenen Auskunftsvertrags²⁰⁴), jedenfalls aber wegen

¹⁹⁹ Die Geheimhaltung dient dem Schutz der Bezug- und Absatzquelle und ist oft im Interesse der Käufer auf Anonymität (Braunschmidt, 2012, S. 13; *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 17 ff. m.w.N.).

²⁰⁰ *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 131 m.w.N.; *Martinek*, in: Oetker, HGB, § 384 Rn. 42. Auch wenn teilweise davon ausgegangen wird, dass im Kunsthandel ein Ausschluss des Drittbenennungsrechts durch Handelsbrauch anzunehmen ist, da von dem Verzicht von Auktionshäusern seit langem Gebrauch gemacht wird (Theis, 2001, S. 81), sollte auf einen vertraglichen Ausschluss der Drittbenennungspflicht sowie der Eigenhaftung nicht verzichtet werden.

²⁰¹ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 384 Rn. 14 m.w.N.; *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 131 m.w.N.; *Martinek*, in: Oetker, HGB, § 384 Rn. 42.

²⁰² OLG München, NJW 2015, 81, 82 – *Historischer Perserteppich*; LG Augsburg, Urteil vom 27.01.2012 - 22 O 3163/10, BeckRS 2012, 21453 – *Historischer Perserteppich*.

²⁰³ Zur Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 BGB: RG, Urteil vom 22.02.1929, Az. II 357/28, RGZ 124, 115 – *Ming-Vase*; a.A. AG Coburg NJW 1993, 938, 939 – *Mozart*; zum Problem des unbewussten Verkaufs eines Meisterwerks: *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 102; auch: *Schack*, KUR 2017, S. 130, 132 m.w.N.

²⁰⁴ Im Zusammenhang mit der Erteilung von Auskünften durch den Kunsthändler/ Kunstversteigerer ist die vom BGH zur Frage der Erteilung einer unrichtigen Auskunft entwickelte Rechtsprechung zu beachten. Der BGH nimmt danach unabhängig von § 675 Abs. 2 BGB das stillschweigende Zustandekommen eines Auskunftsvertrages dann an, „wenn [...] [die Auskunft] für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will, der Auskunftgeber ferner

Verletzung einer nebenvertraglichen Aufklärungs- und Auskunftspflicht nach 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 249 ff. BGB.²⁰⁵

Im Fall einer Falschbewertung hat der Einlieferer zudem das Recht, den Verkauf wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 BGB anzufechten, falls er es bevorzugt, das Kunstwerk zurückzuerlangen.²⁰⁶ Nach § 142 Abs. 1 BGB wäre der Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen und nach den bereicherungsrechtlichen Grundsätzen rückabzuwickeln. Entstehen dem Käufer des Kunstgegenstandes auf Grund der Rückabwicklung finanzielle Nachteile (beispielweise weil er den Kunstgegenstand bereits anderweitig weiterverkaufen könnte), muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer dem Käufer die daraus entstehenden Schäden grundsätzlich ersetzen.

1.3.5 Due-Diligence-Pflichten im Umgang mit zweifelhaften Einlieferungen

Im Alltagsgeschäft kommt es immer wieder vor, dass Kunsthändler/ Kunstversteigerer nach Abschluss des Kommissionsvertrages feststellen, dass das eingelieferte Werk von zweifelhafter Authentizität oder Herkunft (nachfolgend bezeichnet als „zweifelhafte Einlieferung“/ „zweifelhaftes Werk“) ist.²⁰⁷ Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss seine Mitarbeiter auf diesen „Krisenfall“ vorbereiten und ihnen bestenfalls konkrete Vorgaben machen, wie sie sich gegenüber dem Einlieferer aber auch gegenüber einem interessierten Bieter/ Käufer zu verhalten haben. Dies zuvorderst aus einem Grund: Der Zweifel des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers an der Echtheit oder der rechtmäßigen Herkunft eines

besonders sachkundig ist oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Auskunfterteilung hat“ (BGH NJW 1992, 3167, 3168 m.w.N. (Aktionär); so bereits: BGH NJW 1953, 60 (Wirtschaftstreuhand); BGH NJW 1979, 1449 (Anlagevermittler); BGH NJW 1986, 180, 181 (Steuerbevollmächtigter); NJW 1989, 1029 (Produkthersteller); BGH NJW-RR 1993, 1114 (Anlagevermittler); BGH, Beschluss v. 29.01.2009 - Az. III ZR 74/08, BeckRS 2009, 05522 (Fondvermittler).

²⁰⁵ *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 102; zur allg. Aufklärungspflicht des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers gegenüber dem Käufer siehe unten Kapitel III.1.4.2.4.

²⁰⁶ BGH NJW 1988, 2597, 2598; *Jacobs*, GRUR 2013, 8, 12;

²⁰⁷ Bei Vorliegen eines begründeten Verdachts an der Authentizität oder der rechtmäßigen Herkunft des Einlieferungsguts kann der Kunstversteigerer den Versteigerungsauftrag vor Versteigerung kündigen (analog § 627 BGB), da ihm nicht zugemutet werden kann, eine mangelhafte Sache anzubieten (BGH NJW-RR 1991, 1053, 1055 m.w.N.; *Martinek*, in: Oetker, HGB, § 383 Rn. 32; OLG Zweibrücken JZ 1998, 196, 198 mit Anm. *Braun*; LG Baden-Baden NJW 2003, 3714, 3715– *Kupka*).

Kunstgegenstandes ist eine hochsensible Information, da ein mit Zweifeln behaftetes Kunstwerk erheblich an Wert verliert bzw. gar nicht absetzbar ist:²⁰⁸

Fahrlässig gegenüber Dritten geäußerte Zweifel an der Echtheit (oder der rechtmäßigen Herkunft) des eingelieferten Kunstgegenstandes erzeugen das Risiko, von Seiten des Einlieferers auf Schadensersatz wegen der Verletzung der Interessenwahrungspflicht nach § 384 Abs. 1 S. 2 HGB in Anspruch genommen zu werden. Des Weiteren kann der Einlieferer als Eigentümer des Kunstgegenstandes nach § 823 Abs. 1 BGB vom Kunsthändler/ Kunstversteigerer Ersatz des Wertverlustes verlangen, den der Kunstgegenstand durch die fahrlässige Äußerung von Zweifeln an der Echtheit oder der rechtmäßigen Herkunft erlitten hat.

Beim Umgang mit der zweifelhaften Einlieferung muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer als Kommissionär seiner Rolle als „Vertrauensmann“ des Einlieferers gerecht werden und darf grundsätzlich keine Äußerungen tätigen, die den Einlieferer schädigen bzw. den Verkauf des eingelieferten Kunstwerkes beeinträchtigen. Gleichzeitig muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer gegenüber dem Käufer/ Ersteigerer seine vorvertraglichen Aufklärungspflichten (z.B. Aufklärung über Zweifel an Echtheit des Kunstwerkes²⁰⁹) erfüllen.

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss den Käufer vor dem Verkauf selbstverständlich über bestehende Zweifel aufklären.²¹⁰ *Schneider* führt dazu aus (unter Heranziehung der Grundsätze zum Doppelmakler), dass der Konflikt zwischen Verschwiegenheitspflicht des Kommissionärs und Aufklärungspflicht zu Gunsten der Aufklärungspflicht gelöst werden muss, da der Kunstversteigerer nur so seine besondere Vertrauensposition erfüllen kann.²¹¹

Um das Risiko zu minimieren, von Seiten des Einlieferers dem Vorwurf der Verletzung der Interessenwahrungspflicht nach § 384 Abs. 1 S. 2 HGB ausgesetzt zu sein, sollte der Kunsthändler/ Kunstversteigerer seine Mitarbeiter anweisen, aufkommende Zweifel zuerst

²⁰⁸ Zu den unterschiedlichen Folgen: *Schack*, KUR 2017, 133 ff. m.w.N.

²⁰⁹ Zur allg. Aufklärungspflicht des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers gegenüber dem Käufer siehe unten Kapitel III.1.4.2.4.

²¹⁰ Der Käufer könnte den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung nach §§ 123 Abs. 1, 124 Abs. 1 BGB anfechten. Auch wären deliktsrechtliche und strafrechtliche Implikation des Verschweigens relevant. Vgl. dazu unten Kapitel III.1.4.2.4.

²¹¹ *Schneider*, 1999, S. 125 m.w.N.

mit dem Einlieferer zu besprechen, um ihm damit die Möglichkeit zu geben, die Zweifel auszuräumen. Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer sollte die Zweifel keinesfalls ohne Wissen des Einlieferers direkt mit dem Bieter/ dem Käufer oder mit Dritten teilen.

Vor diesem Hintergrund muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer auch bei der Eintragung des zweifelhaften Kunstwerkes in eine sog. Warndatei²¹² (wie zum Beispiel in die „Datenbank kritischer Werke“²¹³ des Bundesverbandes deutscher Kunstversteigerer (BDK)²¹⁴) seine Bedenken (z.B. an der Authentizität des Werkes) sorgfältig prüfen und begründen. Beispielsweise sollen in der „Datenbank kritischer Werke“ nur Kunstwerke „[...] *im Fall eines begründeten Verdachts nach gründlicher und gewissenhafter Prüfung eines Objekts durch einen qualifizierten Mitarbeiter des jeweiligen Auktionshauses* [...]“²¹⁵ hinterlegt werden und es wird von Seiten des BDK betont, dass in der Datenbank keine Daten von Privatpersonen erfasst werden.²¹⁶

Auch wenn es durchaus zu begrüßen ist, dass der Markt vor kursierenden Werken zweifelhafter Authentizität oder zweifelhafter Herkunft gewarnt wird²¹⁷, muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer wissen, dass neben datenschutzrechtlichen Bedenken²¹⁸ auch

²¹² Sog. Warndateien werden auch in anderen Wirtschaftsbereichen zum Reputations- und Vertrauensschutz verwendet, um andere Marktteilnehmer oder Verbraucher entweder vor bestimmten Gütern oder unseriösen Anbietern zu warnen (*Bergles/ Eul*, BKR 2003, 273 (Warndateien im Bankensektor)).

²¹³ Die „Datenbank kritischer Werke“ ist abrufbar unter: <http://www.kunstversteigerer.de/datenbank-kritischer-werke> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018). Die „Datenbank kritischer Werke“ wurde im Jahr 2005 als Kooperation zwischen Mitgliedern des BDK, anerkannten Kunstexperten und der Polizei initiiert, „[...] mit dem Ziel der regulierten Weitergabe von rein objektbezogenen Informationen zur Bekämpfung von Betrug und von Fälschungen im Kunsthandel [...]“ (*Engels/ Löhr*, KUR 2015, 141).

²¹⁴ Der Bundesverbandes deutscher Kunstversteigerer (BDK) hat 34 Auktionshäuser als Mitglieder, abrufbar unter: <http://www.kunstversteigerer.de/mitglieder> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

²¹⁵ *Engels/ Löhr*, KUR 2015, 141.

²¹⁶ *Engels/ Löhr*, KUR 2015, 141 mit Verweis auf das Vorliegen einer Unbedenklichkeitserklärung des Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit NRW; mit datenschutzrechtlichen Bedenken gegen die „Datenbank für kritische Werke“ des BDK und von der Annahme ausgehend, es werden Daten zur Person des Einlieferers erhoben: *Wünschel*, KUR 2015, 49 ff.

²¹⁷ Und zwar als Ergebnis einer Abwägung der Interessen des Einlieferers mit den berechtigten Eigeninteressen des Auktionshauses und den Interessen der anderen Marktteilnehmer an der Verhinderung des Umlaufs zweifelhafter Kunstgegenstände. Anders wird das Ergebnis dann ausfallen, wenn Daten zu den Personen der Einlieferer an Dritte übermittelt werden. Eine solche Übermittlung von Daten an Dritte wäre in Bezug auf das Bundesdatenschutzgesetz BDSG (§ 28 Abs. 2 Nr. 2a BDSG) problematisch, vgl. hierzu ausführlich: *Wünschel*, KUR 2015, 49 ff.

²¹⁸ Ausführlich zu den datenschutzrechtlichen Aspekten der Warndateien: *Wünschel*, KUR 2015, 49 ff. (bezogen auf die „Datenbank für kritische Werke“ des BDK allerdings unter der Annahme, es werden Daten zur Person des Einlieferers erhoben); *Bergles/ Eul*, BKR 2003, 273 (Warndateien im Bankensektor); *Gola/ Klug/*

das Risiko besteht, dass der Einlieferer/ Eigentümer des Werkes für den Fall, dass die Eintragung fahrlässig unzutreffender Weise erfolgte, den Kunsthändler/ Kunstversteigerer beispielsweise wegen Verletzung der Interessenwahrungspflicht nach § 384 Abs. 1 S. 2 HGB auf Schadensersatz oder deliktsrechtlich auf Schadensersatz bzw. Unterlassung nach §§ 823 Abs. 1, 824 BGB in Anspruch nehmen kann.²¹⁹

Vor diesem Hintergrund ist dringend zu empfehlen, den Einlieferer bereits im Rahmen des Einlieferungsprozesses über die Möglichkeit einer Eintragung in eine Warndatei individualvertraglich bzw. in den AGB aufzuklären und die Mitarbeiter im Umgang mit Zweifeln an eingelieferten Werken zu einer besonderen Vorsicht – vor allem im Umgang und der Korrespondenz mit dem Einlieferer – anzuhalten.

1.3.6 Rückgriffmöglichkeit des Versteigerers gegen den Einlieferer

Bei dieser Frage geht es nicht um ein Haftungsrisiko des Kommissionärs, sondern um die Rückgriffmöglichkeiten, die er im Fall einer Inanspruchnahme durch den Käufer gegenüber dem Kommissionär hat.

Die §§ 383 ff. HGB enthalten keine Regelungen, die eine Gewährleistung des Einlieferers gegenüber dem Kommissionär für die Mangelhaftigkeit des Einlieferungsgutes vorsehen.²²⁰ Deshalb vereinbaren Kunsthändler/ Kunstversteigerer oftmals individualvertraglich oder über die AGB mit dem Einlieferer die Anwendbarkeit des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts nach §§ 437 ff. BGB.²²¹

Körffer, in: Gola/Schomerus, BDSG, § 29 Rn. 17; *Elmenhorst/ Decker* merken an, dass die Schaffung einer „öffentlichen Liste“ (wie das Artloss Register) absehbar zu einer Flut von Klagen der betroffenen Eigentümer gegen die Eintragung führen dürfte (*Elmenhorst/ Decker*, GRUR-RR 2012, 417, 419).

²¹⁹ *Schack*, KUR 2015, 159, 165 m.w.N.; vgl.: LG Köln, Urteil vom 25.02.2013, Az. 24 O 374/12, BeckRS 2013, 07674, zur Frage von Unterlassungsansprüchen nach §§ 824, 1004 BGB wegen Aussagen zur fehlenden Echtheit Kunstwerken in Gutachten. Das Gericht stufte die Aussagen in dem Gutachten als Werturteile ein; ebenso: KG, Urteil vom 13.08.1993, Az. 5 U 2661/93, BeckRS 1993, 00874.

²²⁰ *Kappus*, in: Graf von Westphalen/ Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Auktionsbedingungen“, Rn. 17.

²²¹ *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 100; OLG Frankfurt a. M. NJW 1993, 1477 – *Leprin*; OLG Zweibrücken, NJW 1998, 1409 – *Purrmann*; a.A.: *Kappus*, in: Graf von Westphalen/ Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Auktionsbedingungen“, Rn. 17 (sieht Unwirksamkeitsbedenken bei AGB nach § 305c Abs. 1 BGB und § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB); ebenso: *Heyers*, GRUR 2012, 1206, 1209. Dies steht im Zusammenhang mit der Vereinbarung einer sog. „Haftungsbrücke“ in den AGB zwischen Auktionshaus und Käufer (siehe ausführlich in Kapitel III.1.4.1.5.3.).

Die individualvertragliche Vereinbarung ist dabei klar zu empfehlen, da gegen die formularmäßige Vereinbarung berechtigte Wirksamkeitsbedenken nach §§ 305 ff. BGB bestehen. Mit Hinweis auf das gesetzliche Leitbild des Kommissionsgeschäftes wird in einer formularmäßige Vereinbarung eine „überraschende Gestaltung“ nach § 305c Abs. 1 BGB bzw. eine unangemessen Benachteiligung wegen Abweichens vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) gesehen.²²²

Das LG Baden Baden ging in seiner „Kupka“- Entscheidung vom 30.10.2003 überzeugend von dem Recht eines renommierten Auktionshauses im Fall eines erhärteten Fälschungsverdachts aus „- gerade auch angesichts der gegenüber dem Ersteigerer bestehenden Treue- und Sorgfaltspflichten - das Veräußerungsgeschäft zu Lasten [...] rückgängig zu machen“²²³.

Vor dem Hintergrund der Pflichten des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten, die auch nach dem Ausführungsgeschäft weiter auf die Förderung und Wahrung des Geschäftsherrninteresses gerichtet sind, ist dieser Rechtsprechung mit großer Zurückhaltung zu begegnen. Die Interessenwahrungspflicht des Kommissionärs nach § 384 Abs. 1 S. 2 HGB verpflichtet diesen, seine eigenen Interessen gegenüber denjenigen des Kommittenten zurückstellen.²²⁴ Konkret bedeutet die Interessenwahrungspflicht, dass der Kommissionär geltend gemachte Ansprüche des Käufers auf deren Berechtigung hin prüfen muss und er sie nicht aus Kulanzgründen annehmen darf.²²⁵ Durch ein aus Kulanz rückabgewickelter Ausführungsgeschäft entsteht deshalb für den Kunsthändler/ Kunstversteigerer ein erhebliches finanzielles Risiko, da er die Rückzahlung des Erlöses vom Einlieferer grundsätzlich nur dann verlangen kann, wenn er beweist, dass die Rückabwicklung des Ausführungsgeschäftes nicht zu umgehen war.²²⁶

²²² Kappus, in: Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Auktionsbedingungen“, Rn. 17; Heyers, GRUR 2012, 1206, 1209.

²²³ LG Baden-Baden NJW 2003, 3714, 3715 – Kupka (Rechtskraftverweis NJW 2005, 2736); Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 100.

²²⁴ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 384 Rn. 1 m.w.N.; Häuser, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 33 m.w.N.

²²⁵ Allgemein: Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 384 Rn. 4 m.w.N; für den Auktionshandel: Schack, 2017, S. 210 Rn. 413; Heyers, GRUR 2012, 1206, 1210; a.A.: Braunfels, 1994, S. 183 f.; LG Baden-Baden NJW 2003, 3714, 3715 – Kupka (Rechtskraftverweis NJW 2005, 2736).

²²⁶ Häuser, in: MüKo, HGB, § 384 Rn. 37. Von der Rechtsprechung wird die Rückgriffsmöglichkeit des Versteigerers gegenüber dem Einlieferer teilweise bei Vorliegen grober Fahrlässigkeit des Versteigerers

1.4 Ausgewählte Rechtsrisiken im Verhältnis Kommissionär und Käufer/ Ersteigerer

1.4.1 Einführung in die kaufrechtliche Haftung im Kunst- und Auktionshandel

1.4.1.1 Kaufrechtliche Mängelhaftung des Verkäufers

Der als Kommissionär tätige Kunsthändler/ Kunstversteigerer kann vom Käufer/ Ersteigerer nach erfolgter Übergabe eines mangelhaften Kunstgegenstandes nach den Vorschriften der kaufrechtlichen Gewährleistung nach § 433 ff. BGB in Anspruch genommen werden.²²⁷

Dies erfolgt z.B. in Form des Rücktritts vom Vertrag und der damit einhergehenden Pflicht zur Rückabwicklung der Kunsttransaktion nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323 und 326 Abs. 5 BGB, der Minderung nach §§ 437 Nr. 2, 441 BGB oder in Form von Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311a BGB (auch in Form von entgangenem Gewinn)²²⁸ bzw. in Form von Ersatz der vergeblichen Aufwendungen nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 284 BGB.

Ist der Käufer Verbraucher (§ 13 BGB) und liegt ein Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 BGB vor, sind die besonderen Regelungen der §§ 474 ff. BGB zu beachten.²²⁹

Für den Kunsthändler/ Kunstversteigerer ist vor diesem Hintergrund besonders die Frage relevant, wann ein Kunstgegenstand als „mangelhaft“ gilt und welche Due-Diligence-

versagt (LG Bielefeld NJW 1990, 1999; *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 100; *Bleutge*, in: Landmann/ Rohmer, Gewerbeordnung, § 34b Rn. 9a).

²²⁷ Vergleiche zur Anwendung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts und zum Mangel von Kunstgegenständen ausführlich: Goepfert, 1991, S. 24 ff.; Mangold, 2009, S. 113 ff., 151 ff.; Großgerge, 2013, S. 59 ff.; Wrede, 2005, S. 214 ff.; *Garbers-von Boehm*, GRUR-Prax 2013, 507 ff.; *Jacobs*, GRUR 2013, 8, 11; *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 85 ff. m.w.N.; *Wertenbruch*, NJW 2004, 1977 ff.; *Heyers*, GRUR 2012, 1206; *Heinbuch*, NJW 1984, 15 ff.; *Müller-Katzenburg*, NJW 2006, 553.

²²⁸ Will der Käufer die Kaufsache behalten, kann er nur einen sog. „kleinen“ bzw. den Schadensersatz neben der Leistung verlangen nach § 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Käufer soll durch Ersatz der Wertminderung so gestellt werden, als hätte er eine mangelfreie Sache erhalten. Nach § 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Käufer alternativ den sog. großen Schadensersatz fordern. Nach §§ 249 BGB soll der Käufer so gestellt werden, als besäße er eine mangelfreie Kaufsache, d.h. der Käufer kann sein ganzes Erfüllungsinteresse fordern. Hierzu zählt nach § 252 BGB der entgangene Gewinn (zur Haftung auf Ersatz des entgangenen Gewinns vgl. BGH NJW 1993, 2103 – *Burra I*, bei dem der Beklagte die Differenz zwischen Marktwert des gefälschten und des echten Gemäldes ersetzen musste; Schack, 2017, S. 191 Rn. 378).

²²⁹ Das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 ff. BGB ist bei Kunstauktionen abzulehnen, da die i.d.R. bereits schon mal verkauften Kunstgegenstände als „gebraucht“ i.S.d. § 474 Abs. 2 S. 2 BGB anzusehen sind. Die Kunstauktion muss dabei eine öffentliche Versteigerung nach § 383 Abs. 3 BGB.

Pflichten er einhalten muss, damit ihm die Unkenntnis des Mangels – falls es zu einem Verkauf kommt – nicht vorgeworfen werden kann (i.S. eines Vertretenmüssen).²³⁰

1.4.1.2 Sachmangel (§ 434 BGB) und Rechtsmangel (§ 435 BGB)

Die Frage des Mangels und der Mängelhaftung richtet nach der Vorliegen oder Nichtvorliegen der Eigenschaften, die der Kunsthändler/ Kunstversteigerer dem Kunstgegenstand zuschreibt (z.B. im Auktionskatalog) oder die er mit dem Käufer/ Ersteigerer vereinbart:

Ein Kunstgegenstand gilt als „mangelhaft“²³¹ i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn er einem bestimmten Urheber oder einer bestimmten Stilepoche zugeschrieben war, diese Eigenschaft vereinbart war und sich der Kunstgegenstand als Fälschung herausstellt.²³² Ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor, wenn eine bestimmte Herkunft des Kunstgegenstandes vereinbart war und nicht gegeben ist.²³³ Ein Kunstgegenstand ist des Weiteren mangelhaft, wenn es sich anstatt wie vereinbart nicht um ein Original sondern um eine Reproduktion (als „aliud“ i.S.d. § 434 Abs. 3 BGB) handelt.²³⁴ Die Zugehörigkeit zu einer limitierten Auflage stellt eine Eigenschaft des Kunstgegenstandes dar, deren Fehlen einen Mangel i.S.d. § 434 BGB darstellt.²³⁵

²³⁰ Ebenso: Mangold, 2009, S. 217.

²³¹ Ob ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB vorliegt, ergibt sich grundsätzlich aus dem Vergleich der Ist- mit der Sollbeschaffenheit zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs, d.h. zum Zeitpunkt der Übergabe des Kunstwerkes (§ 446 BGB). Abzustellen ist auf die vereinbarte Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) oder auf die für den Vertrag vorausgesetzten Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB) bzw. auf die Eignung für die gewöhnliche Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB). Vgl. dazu etwa: insbesondere: Mangold, 2009, S. 217; Goepfert, 1991, S. 28 ff. m.w.N., der sehr ausführlich die Frage der Unechtheit als Fehler des Kunstwerkes erläutert; Schack, 2017, S. 194 Rn. 383 ff. m.w.N.

²³² RGZ 135, 339 – *Ruisdael*; RGZ 115, 286; *Westermann*, in: MüKo, BGB, § 434 Rn. 72 m.w.N.; *Wertenbruch*, NJW 2004, 1977; ausführlich zur Subsumption unter § 434 BGB insbesondere: Großgerge, 2013, S. 75 ff. m.w.N.. Zur Frage der Anforderung an den Nachweis der Zusicherung einer Eigenschaft: BGH NJW 1993, 2103, 2104 – *Burra I*; BGH NJW 1995, 1673 – *Burra II*; zur Frage der Zusicherung einer Eigenschaft durch Angaben im Auktionskatalog siehe Ausführung in Kapitel III.1.4.1.3.

²³³ RG LZ 1916, 1181; *Westermann*, in: MüKo, BGB, § 434 Rn. 72; Schack, 2017, S. 197 Rn. 388.

²³⁴ Schack, 2017, S. 197 Rn. 388; zum Begriff des Originals bei Druckgraphik, Plastik und Fotografie ausführlich: Goepfert, 1991, S. 55 m.w.N.; auch: *Heinbuch*, NJW 1984, 15, 18; Schack, 2017, S. 18 Rn. 23 m.w.N.; vgl. auch die Ausführungen oben unter Kapitel II.1.2.

²³⁵ *Heinbuch*, NJW 1984, 15, 18.

Haben der Kunsthändler/ Kunstversteigerer und der Käufer/ Ersteigerer eine bestimmte Urheberschaft²³⁶ nicht explizit vereinbart, ist dem Käufer aber erkennbar an dieser gelegen, wird darauf abgestellt, dass der Käufer sich an dem Werk eines anerkannten Meisters erfreuen wollte und ihm dies nun verwehrt ist²³⁷ oder, dass der Kauf wegen einer erstrebten Sammlungserweiterung erfolgte, was mit dem Werk eines anderen Urhebers nicht möglich ist,²³⁸ oder die Urheberschaft im rein kommerziellen Interesse des Käufers war²³⁹. Das Kunstwerk, das das Urheberschafts-Kriterium nicht erfüllt, ist dann mangelhaft nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB, weil es sich nicht zur dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung eignet. Hat der Kunsthändler/ Kunstversteigerer einem Kunstgegenstand eine besondere Eigenschaft zugeschrieben (z.B. Zuschreibung im Auktionskatalog als „museal“) erwartet der Käufer eine Eignung als Sammlerstück oder Wertanlage und besitzt einen „mangelhaften“ Kunstgegenstand, wenn es sich um eine zeitgenössische Kopie handelt (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB).²⁴⁰

Verschafft der Kunsthändler dem Käufer einen Kunstgegenstand, der mit öffentlich-rechtlichen Lasten (die auch nicht durch einen gutgläubigen Erwerb nach §§ 935 Abs. 2, 383 Abs. 3 BGB²⁴¹ beseitigt werden können) belegt ist, die die Nutzung einer Sache beschränken (z.B. der Denkmalschutz, Exportverbote), – in Abgrenzung zum Rechtsmangel nach § 435 BGB –, hat er seine kaufvertragliche Pflicht zur Verschaffung eines sachmangelfreien Gegenstandes nicht erfüllt.²⁴² Ein solcher Sachmangel i.S.d. § 434 BGB liegt bei einem

²³⁶ Ob die „Urheberschaft“ zur vertraglich geschuldeten Eigenschaft Kunstgegenstandes gehört, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls; z.B. kann der Käufer, der einen Dalí für 100 € erwirbt, kein echtes Gemälde erwarten (*Schack*, KUR 2017, S. 130, 131).

²³⁷ RGZ 115, 286, 287 - *Ostade*; RGZ 135, 339, 342 – *Ruisdael*; Großgerge, 2013, S. 80 m.w.N. und Verweis darauf, dass dieses weite Gebrauchsverständnis teilweise in der Literatur als bloße Fiktion kritisiert wird (so etwa *Müller*, JZ 1988, 381, 383).

²³⁸ Großgerge, 2013, S. 80; *Schack*, 2017, S. 197 Rn. 387 m.w.N.; RGZ 135, 339, 342 – *Ruisdael*.

²³⁹ OLG Frankfurt, NJW 1982, 651 – *Biedermeierzimmer*; Großgerge, 2013, S. 80.

²⁴⁰ Der BGH stellte auf die Katalogbeschreibung „museal“ ab und leitet daraus die auf der Hand liegende Erwartung der Eignung als Sammlerstück und Wertanlage ab und nahm einen sich aus objektiven Umständen ergebenden Mangel i.S.d. § 434 Abs.1 S. 2.Nr. 2 BGB an, BGH GRUR 2014, 96, 97 - *Buddha aus Sui-Dynastie*, mit kritischer Anmerkung von *Raue/Hollenders*, BGH GRUR 2014, 98 ff.; gegen die Anwendung des „objektiven Mangelbegriffs i.S. d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB bei Kunstgegenständen: *Heyers*, GRUR 2012, 1206, 1208; Großgerge, 2013, S. 81; gegen eine „gewöhnliche Verwendung“ bei Kunstgegenstände: *Wrede*, 2005, S. 229 ff.

²⁴¹ Zum gutgläubigen Erwerb nach §§ 935 Abs. 2, 383 Abs. 3 BGB vgl. Ausführungen unter Kapitel III.1.4.1.4.1.

²⁴² *Spinellis*, 2000, S. 255; *Schack*, 2017, S. 185 Rn.; BGH BauR 1993, 307 ff.

Exportverbot für „national wertvolles Kulturgut“, d.h. Kulturgut, das in das „Verzeichnis wertvollen Kulturguts“ (§ 7 KGSG) eingetragen ist, vor. Dieses darf nur mit Genehmigung der Behörde nach § 23 KGSG ausgeführt werden, was die Verfügungsmöglichkeit über das Kulturgut stark einschränkt.

Nach § 435 BGB ist der Kunsthändler verpflichtet, dem Käufer die Sache frei von Rechten Dritter zu verschaffen.²⁴³ Die fehlende Verschaffung des Eigentums²⁴⁴ stellt dabei keinen Rechtsmangel i.S.d. § 435 BGB dar, da sich die Pflicht zur Eigentumsübertragung bereits aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt.²⁴⁵

Rechtsmängel sind neben dinglichen und obligatorischen Rechten vor allem (ausländische) öffentlich-rechtliche Befugnisse sein.²⁴⁶ Ein solcher Rechtsmangel i.S.d. § 435 BGB liegt vor, wenn der Kunstgegenstand mit einer möglichen Enteignung auf Grundlage des Kulturgüterschutzrechtes belastet ist (vgl. die Vorschriften über Rückgabeansprüche nach §§ 49 ff., 69, 70 ff. KGSG).²⁴⁷ Eine Beschlagnahme durch eine staatliche Behörde begründet dabei erst dann einen Rechtsmangel, „[...] wenn diese – etwa wie eine Beschlagnahme nach §§ 111b und c StPO – den Verfall oder die Einziehung der Sache zur Folge haben kann [...]“²⁴⁸. Keine individualrechtlichen Rückgabeansprüche ergeben sich aus Restitutionsabkommen wie der Washingtoner Erklärung von 1998 oder aus der „Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und

²⁴³ Dabei ist unerheblich, ob der Dritte diese Rechte erst nach dem Gefahrübergang ausübt, denn der Verkäufer ist verpflichtet, bereits die Gefahr einer möglichen Inanspruchnahme auszuräumen (BGH NJW 2004, 1802; OLG Köln, BeckRS 2016, 12872 Rn. 18).

²⁴⁴ Vgl. die Ausführungen unter Kapitel III.1.4.1.4.1. zu den kauf- und sachenrechtlichen Folgen der fehlenden Verfügungsbefugnis auf Grund der illegalen Herkunft eines Kunstgegenstandes.

²⁴⁵ BGH NJW 2007, 3777, 3779 m.w.N.; *Westermann*, in MüKo, BGB, § 435 Rn. 7; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, § 435 Rn. 8 m.w.N.; *Faust*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 435 Rn. 15; *Knöpfle*, NJW 1991, 889 f.; a.A.: *Berger*, in: Jauernig, BGB, § 435 Rn. 5; *Canaris*, JZ 2003, 831.

²⁴⁶ BGH NJW 1992, 362; OLG Köln, BeckRS 2016, 12872 Rn. 18 m.w.N.; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, § 435 Rn. 8 ff., Rn. 11 ff.

²⁴⁷ Zur Abgrenzung Sach- und Rechtsmangel im Zusammenhang mit dem Kulturgüterschutz sehr ausführlich: *Spinellis*, 2000, S. 252 ff. m.w.N., 254.

²⁴⁸ OLG Köln, BeckRS 2016, 12872 Rn. 18 mit Verweis auf BGH NJW 2004, 1802; OLG Köln, Beschluss vom 16.03.2010, Az. 22 U 176/09.

zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz“ vom Dezember 1999.²⁴⁹

1.4.1.3 Katalogangaben

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss beachten, dass die (vorbehaltlosen) Angaben zum Kunstgegenstand in Verkaufs-/ Versteigerungskatalogen als Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB²⁵⁰ eingestuft werden können, was im Falle eines Abweichens von dieser Beschaffenheit zu Gewährleistungsansprüchen des Käufers nach §§ 437 ff. BGB führt. Nicht überzeugend ist demgegenüber die Auffassung, nach der Katalogangaben primär der deskriptiven Darstellung des zum Verkauf angebotenen Gegenstands und dessen zeitlicher und räumlicher Einordnung dienen, weshalb ein Bieter in der Regel „[...] *redlicherweise nicht damit rechnen [könne], dass ein Auktionator mit der Bildbeschreibung zugleich die Haftung für die Richtigkeit ihres Inhalts übernehmen wolle [...]*“²⁵¹. Jedenfalls wird in Katalogangaben eine „öffentliche Äußerung“ des Verkäufers i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB zu sehen sein.²⁵²

Zusammenfassend stellen Katalogangaben im Falle ihrer Unrichtigkeit eine erhebliche zivilrechtliche Haftungsquelle für die Kunsthändler/ Kunstversteigerer dar. Diesem Risiko kann mit Genauigkeit und Sorgfalt²⁵³ bei der Objektbeschreibung (auch bei der mündlichen

²⁴⁹ VG Magdeburg, Urteil vom 17.01.2012, Az. 7 A 326/10; VG Berlin, Urteil vom 29.11.2006, Az. 1 A 162.05; OLG Köln, BeckRS 2016, 12872 Rn. 20.

²⁵⁰ BGH GRUR 1975, 612, 613 f. – *Jawlensky* (der BGH stellt darin fest, dass Katalogangaben eine stillschweigende Eigenschaftszusicherung i.S.d. § 456 Abs. 2 BGB a.F. darstellen können, verneint dies jedoch im konkreten Fall mit dem Hinweis, dass der Katalog am Anfang den Hinweis enthalte, Angaben stellen keine Zusicherungen dar); *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 87 m.w.N.; *Berger*, KUR 2003, 137 f.; *Jacobs*, GRUR 2013, 8, 11; *Heinbuch*, NJW 1984, 15, 21; (Wrede, 2005, S. 224 ff.); *Beckmann*, KUR 2013, 57 ff. m.w.N.; *Wertenbruch*, NJW 2004, 1977, 1979; OLG Celle, Urteil vom 29.03.2007, Az. 11 U 193/06, BeckRS 2007, 08732 – *Püttner* (bzgl. Angaben im Homepage); a.A. BGH NJW 1980, 1619, 1620 – *Bodensee Auktionshaus* (argumentiert gegen eine stillschweigende Eigenschaftszusicherung i.S. des § 459 II BGB a.F.); *Heyers*, GRUR 2012, 1206, 1207.

²⁵¹ *Heyers*, GRUR 2012, 1206, 1207.

²⁵² BGH GRUR 2014, 96, 97 – *Buddha aus Sui-Dynastie*, mit kritischer Anm. von *Raue/Hollenders*; in diesem Zusammenhang gegen die Anwendung des „objektiven Mangelbegriffs“ i.S. d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB bei Kunstgegenständen: *Heyers*, GRUR 2012, 1206, 1208; *Großgerge*, 2013, S. 81; gegen eine „gewöhnliche Verwendung“ bei Kunstgegenstände *Wrede*, 2005, S. 229 ff.; siehe zum Mangelbegriff ebenso Kapitel III.1.4.1.2.

²⁵³ Zur Auswirkung der Verletzung der erforderlichen Sorgfalt bei der Erstellung des Kataloges auf die Möglichkeit des Sich-Berufens auf eine AGB-mäßige Haftungsbeschränkung, siehe nachfolgend Kapitel III.1.4.1.5.

Objektbeschreibung durch Mitarbeiter) entgegengewirkt werden.²⁵⁴ Insbesondere vorbehaltlose Zuschreibungen sollten nur getätigt werden, wenn auf Seiten des Verkäufers keine Zweifel an der Richtigkeit der Angaben bestehen.²⁵⁵ Es ist zu empfehlen, die Angaben in Katalogen deutlich sichtbar mit dem entsprechenden Hinweis (siehe Beispiel in Fussnote²⁵⁶) zu versehen, dass diese keine Eigenschaftszusicherung oder Garantien i.S.d. § 443 Abs. 1 BGB darstellen. Schließlich ist zu empfehlen, die Haftung für Katalogangaben in den AGB so umfangreich als rechtlich möglich zu beschränken²⁵⁷.

1.4.1.4 Kunstgegenstände illegaler Herkunft (insb. Raub- und Beutekunst)

Die illegale Herkunft eines Kunstgegenstandes kann eines vielfältigen Ursprungs sein. Es kann sich zum einen um Gut aus einem Kunstdiebstahl/ Kunstraub (z.B. aus einem Museum, einer Ausstellung oder Galerie) handeln, d.h. aus einem Diebstahl oder Raub ohne kulturgutrechtliche Implikation stammen. Zum anderen kann der Kunstgegenstand aus einer Raubgrabung stammen, mit kolonialistischen Hintergrund im 19. oder 20. Jahrhundert aus Länder entwendet oder neuzeitlich aus politisch instabilen Regionen (z.B. Ägypten, Irak, Syrien) entgegen bestehenden internationalen Kulturgutrechts eingeführt worden sein.²⁵⁸

Insbesondere kann die illegale Herkunft des Kunstgegenstandes in Besitzverschiebungen während der Zeit des Nationalsozialismus oder der Zeit der Besatzung durch die sowjetischen

²⁵⁴ Die für die Mitglieder des BDGV geltende F.E.A.G-Charta enthält in der Ziffer 3.1. etwa genaue Vorgaben für die Bezeichnung der verkauften Ware.

²⁵⁵ So auch: *Elmenhorst/Decker*, GRUR-RR 2012, 417, 419.

²⁵⁶ BGH GRUR 1975, 612, 613 f. – *Jawlensky* (Hinweis am Anfang des Kataloges, dass Angaben im Katalog keine Zusicherungen darstellt, reichte danach aus); *Kappus*, in: Graf von Westphalen/ Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Auktionsbedingungen“, Rn. 34; es empfehlen sich jedoch mehrere Hinweise im Katalog, so etwa der Vorschlag von Braunschmidt, 2012, S. 235, der nachfolgenden Hinweis als Fussnote nach jeder Beschreibung und/ oder über dem Inhaltsverzeichnis empfiehlt: „*Die Katalogbeschreibung stellen weder eine vereinbarte Beschaffenheit noch eine Garantiezusage dar. Sie basieren auf den Angaben des Einlieferers und einer darauf aufbauenden sorgfältigen Prüfung des Versteigerers. Sollten sich einzelne oder alle Angaben als falsch erweisen, wird die Haftung des Versteigerers nach Maßgabe der Klausel „Haftungsausschluss“ eingeschränkt.*“

²⁵⁷ Siehe hierzu nachfolgend Kapitel III.1.4.1.5.

²⁵⁸ *Seegers*, in: Hausmann, 2014, S. 347; Zu diesem Problem siehe insbesondere die Ausführungen zum Kulturgüterschutz in Kapitel III.4.

Truppen begründet sein. Begrifflich ist zwischen Beute- und Raubkunst sowie der Enteignung der sog. „entarteten Kunst“ zu unterscheiden.²⁵⁹

Das Gleiche gilt für die Kunstgegenstände, die durch die Rote Armee und die sowjetische Militärverwaltung nach Ende des 2. Weltkrieges in den russischen Besatzungszonen entzogen und als Beute in die Sowjetunion verschafft wurden.

1.4.1.4.1 Fehlende Verfügungsbefugnis auf Grund illegalen Herkunft des Kunstgegenstandes

Ist der Einlieferer nicht verfügungsberechtigter Eigentümer des eingelieferten Kunstgegenstandes bzw. hat er keine Verfügungsermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB, ist der Kunsthändler/ Kunstversteigerer (mangels Wirksamkeit der vom Einlieferer erteilten Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB) „Nichtberechtigter“ i.S.d. § 932 Abs. 1 BGB. Das bedeutet, dass er dem Käufer kein wirksames Eigentum an dem Gegenstand verschaffen kann.

Der Käufer kann das Eigentum an dem Kunstgegenstand nur durch „gutgläubigen Erwerb“ nach § 932 Abs. 1, 2 BGB erlangen.²⁶⁰ „Bösgläubig“ nach § 932 Abs. 2 BGB ist derjenige, der beim Erwerb von Kunstgegenständen die gebotene Sorgfalt nicht erfüllt. Dies ist der Fall, wenn ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt bleibt, dass der Veräußerer nicht Eigentümer des Kunstgegenstandes ist bzw. zur Veräußerung nicht befugt ist.²⁶¹

Ist ein Kunstgegenstand „gestohlen worden [§ 242 StGB], verlorengegangen oder sonst abhandengekommen“²⁶² i.S.d. § 935 Abs. 1 BGB ist ein gutgläubiger Erwerb in Deutschland grundsätzlich ausgeschlossen, was sich beispielsweise von Italien und Schweden

²⁵⁹ Ausführlich zum Komplex der Raub- und Beutekunst sowie der sog. „entarteten Kunst“ u.a.: Schnabel/Tatzkow, 2007; Lillteicher, 2007; Hartung, 2005; Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2551 ff.; Sprenger/ Gerhardt, ZRP 2014, 185; Raue, GRUR 2015, 1 ff.; Seegers, in: Hausmann, 2014, S. 347 ff.; Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 63 ff. m.w.N.

²⁶⁰ In den „Auftragsbedingungen“ findet sich regelmäßig die Klausel: „Der Einlieferer versichert, verfügungsberechtigter Eigentümer der zur Versteigerung kommenden Sachen bzw. ermächtigt zu sein, für diesen zu handeln.“; vgl. hierzu z.B. die Ziff. 2 der „Einlieferungsbedingungen“ des Auktionshauses Lempertz, abrufbar unter: <https://www.lempertz.com/de/verkaufen/verkaufsbedingungen.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); zu dieser Klausel: Schneider, 1999, S. 38.

²⁶¹ Schack, 2017, S. 193 Rn. 380, S. 264 Rn. 508 ff.; Hartung, 2005, S. 281 ff.; Picker, 1990, S. 158 f.

²⁶² „Abhandengekommen“ setzt einen unfreiwilligen Besitzverlust voraus (Oechsler, in: MüKo, BGB, § 935 Rn. 2 ff. m.w.N.); zum Begriff des „Abhandenkommens“ im Zusammenhang mit der „Beutekunst“, der „Raubkunst“ und der sog. „entarteten Kunst“ vgl. in Kapitel III.1.4.1.4.2 ff.

unterscheidet, nach deren Rechtsordnung auch der gutgläubige Erwerb von abhandengekommenen Gegenständen möglich ist.²⁶³

In Deutschland ist der gutgläubige Eigentumserwerb an abhandengekommenen Gegenständen in zwei Konstellationen möglich: Eine Ausnahme von § 935 Abs. 1 BGB ergibt sich durch den Eigentumserwerb kraft Gesetzes durch Ersitzung nach § 937 BGB, wenn der Erwerber zum Zeitpunkt des Besitzerwerbs gutgläubig war und innerhalb von 10 Jahren keine positive Kenntnis davon erlangte, dass ihm das Eigentum nicht zusteht. Eine weitere Ausnahme stellt die Veräußerung im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung nach § 383 Abs. 3 BGB²⁶⁴ dar. Nach § 935 Abs. 2 BGB kann der gutgläubige Käufer im Rahmen einer solchen Versteigerung gutgläubig gemäß §§ 932, 935 Abs. 2 BGB Eigentum an abhandengekommenen Gegenständen erlangen.²⁶⁵ Zu beachten ist, dass sich die Gutgläubigkeit des Käufers analog § 1244 BGB auch auf die Rechtmäßigkeit der Versteigerung beziehen muss.²⁶⁶

Der gutgläubige Käufer erwirbt das Eigentum grundsätzlich frei von dinglichen Rechten Dritter (§ 936 BGB), allerdings nicht frei öffentlich-rechtlichen Lasten oder denkmalschutzrechtlichen Beschränkungen, staatlichen Rückgabeansprüchen (nach §§ 49 ff., 69, 70 ff. KGSG).²⁶⁷ Der Verkäufer erfüllt dadurch gegenüber dem Käufer somit seine Pflicht auf Übertragung des Eigentums an der Kaufsache, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB.

Da der vormalige Eigentümer gegen den gutgläubigen Erwerber grundsätzlich keine Ansprüche geltend machen kann²⁶⁸, wird der vormalige Eigentümer Ansprüche (z.B. auf

²⁶³ Vgl. dazu z.B.: Rudolph, 2007, S. 119 ff.; Schellerer, 2016, S. 22 ff. m.w.N.; Schack, 2017, S. 264 Rn. 508, alle mit Verweis auf den Rechtsstreit *Winkworth vs. Christie's Manson & Woods Ltd.*, 1980, bei der der italienische Erwerber die in London gestohlenen Kunstgegenstände, die nach Italien gebracht wurden, dort gutgläubig erwerben konnte.

²⁶⁴ Zum Begriff der „öffentlichen Versteigerung“ nach § 383 Abs. 3 BGB vgl. die Ausführungen unter Kapitel II.4.2.

²⁶⁵ Vgl. BGH NJW 1990, 899 – *Hamburger Städtesiegel*; sehr ausführlich zum gutgläubigen Erwerb von Kunstgegenständen: Schellerer, 2016, S. 55 ff., 124 ff. m.w.N.; *Siehr*, KUR 2012, 87 ff. m.w.N.; Spinellis, 2000, S. 300.

²⁶⁶ *Kindl*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 935 Rn. 15 m.w.N.; BGH NJW 1992, 2570.

²⁶⁷ Schack, 2017, S. 193 Rn. 382; *Kindl*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 936 Rn. 4 m.w.N.

²⁶⁸ Rückübertragungsansprüche des vormaligen Eigentümer ergeben sich im Falle eines leicht fahrlässigen Handelns des gutgläubigen Erwerbers auch nicht aus §§ 823 Abs. 1, 249 ff. BGB, da § 932 Abs.2 BGB als spezialgesetzliche Norm Vorrang hat (*Kindl*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 932 Rn. 8; *Oechsler*, in: MüKo, BGB, § 932 Rn. 68 m.w.N.).

Herausgabe des Erlöses nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB) gegen den Versteigerer geltend machen. Auch der das Kunstwerk gutgläubig erwerbende Ersteigerer kann unter Umständen Ansprüche gegen den Kunstversteigerer geltend machen. Zwar hat der gutgläubige Erwerber i.d.R. keine Ansprüche aus dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht, da er unbelastetes Eigentum erlangt hat.²⁶⁹ Der Ersteigerer kann gegen den Kunstversteigerer jedoch wegen fahrlässiger Verletzung seiner Nachforschungspflichten bzw. seiner Aufklärungspflichten²⁷⁰ (über ein mögliches Prozessrisiko auf Grund der zweifelhaften Herkunft) jeweils nach §§ 280 Abs. 1 BGB, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB vorgehen und Ersatz des Schadens verlangen, der ihm im Zusammenhang mit dem Kunstkauf entstanden ist.²⁷¹ Dazu sind etwa Kosten (z.B. Anwalts- und Gerichtskosten) zu zählen, die dem Käufer dadurch entstehen, sich gegen Herausgabeansprüche des vormaligen Eigentümers zu wehren.

Für den Ersteigerer, der gutgläubiges Eigentum erworben hat, kann schließlich die illegale Herkunft – oben dargelegt²⁷² – z.B. durch staatliche Rückgabeansprüche nach (§§ 49 ff., 69, 70 ff. KGSG) einen kaufrechtlichen Mangel nach § 435 BGB darstellen. Der Verkäufer ist dem Käufer im Fall einer Rückgabepflicht nach § 67 Abs. 1 KGSG verpflichtet, dem Käufer die Differenz zwischen objektiven Verkehrswert des Kunstgegenstandes und der vom Exportstaat gezahlten Entschädigung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen.²⁷³

Findet der Verkauf nicht im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung statt, ist es dem Kunsthändler/ Kunstversteigerer bei abhanden gekommenen Kunstwerken wegen § 935 Abs. 1 BGB nicht möglich, seine bestehende Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zu erfüllen.²⁷⁴ Er kann dieser Pflicht auch weiterhin nicht nachkommen, wenn der rechtmäßige Eigentümer der Veräußerung nicht zustimmt.²⁷⁵ Für den Käufer besteht währenddessen das Risiko, dass er sich den Ansprüchen des rechtmäßigen

²⁶⁹ *Kindl*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 932 Rn. 8.

²⁷⁰ Zur allg. Aufklärungspflicht des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers gegenüber dem Käufer siehe unten Kapitel III.1.4.2.4.

²⁷¹ Schack, 2017, S. 193 Rn. 380.

²⁷² Siehe dazu in Kapitel III.1.4.1.2.

²⁷³ Schack, 2017, S. 193 Rn. 382.

²⁷⁴ *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, § 433 Rn. 16 ff.

²⁷⁵ Vgl. hierzu: *Wertenbruch*, NJW 2004, 1977, 1979.

Eigentümers ausgesetzt sieht (vor allem dessen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB, der jedoch nach 30 Jahren verjährt²⁷⁶, bzw. im Falle der Weiterveräußerung die Herausgabe des Erlöses nach §§ 816 Abs. 1 S. 1, 185 Abs. 2 S. 1 BGB). Der Käufer würde sich in diesem Fall gegenüber dem Verkäufer schadlos stellen wollen. Wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages kann der Käufer vom Kaufvertrag zurücktreten sowie daneben (§ 325 BGB) Schadensersatz nach § 311a Abs. 2 BGB wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Vertragserfüllung verlangen.²⁷⁷

1.4.1.4.2 „Beutekunst“/ „Trophäenkunst“ und sachenrechtliche Einordnung

Als „Beutekunst“ werden Kulturgüter bezeichnet, die im Zuge eines Krieges entzogen oder verschleppt wurden.²⁷⁸ Als „Trophäenkunst“ werden die Kunstgegenstände bezeichnet, die durch die Rote Armee und die sowjetische Militärverwaltung nach Ende des 2. Weltkrieges in den russischen Besatzungszonen entzogen und als Beute in die Sowjetunion verschafft wurden.²⁷⁹ Das Ausmaß ist erst Mitte der 1990er bekannt geworden.²⁸⁰

Diese Kulturgüter sind nach deutschem Sachenrecht als „abhandengekommen“ i.S.d. § 935 Abs. 1 BGB zu betrachten.²⁸¹

²⁷⁶ Zum Fall der Verjährung von Herausgabeansprüchen, der insbesondere im Kontext mit NS-Raubkunst vorkommt, und den möglichen Ansprüchen des rechtmäßigen Eigentümers gegen den Besitzer aus §§ 987, 990, 988 BGB auf Nutzungersatz und auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 sowie §§ 992, 823 ff. BGB und nach §§ 687 II BGB, 681 S. 1, 667 BGB auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen: *Jerger/ Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, GWR 2015, 265, 270; *Kähler*, NJW 2015, 1041 ff.

²⁷⁷ *Wertenbruch*, NJW 2004, 1977, 1979; *Westermann*, in MüKo, BGB, § 435 Rn. 7.

²⁷⁸ *Hartung*, 2005, S. 59 m.w.N.; *Müller-Katzenburg*, NJW 1999, 2551, 2553 ff.; *Sprenger/Gerhardt*, ZRP 2014, 185.

²⁷⁹ *Siehr*, KUR 2009, 39 ff. m.w.N.; *Seegers*, in: Hausmann, 2014, S. 347; *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 65; *Hartung*, 2005, S. 49 ff.

²⁸⁰ *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 65; *Hartung*, 2005, S. 49 ff. spricht von etwa 2,5 Millionen Artefakte deutscher Provenienz im heutigen Russland und seinen Nachbarstaaten. Ausführlich z.B. zum Resitiutions-Verfahren „Bundesrepublik Deutschland und Stadt Gotha vs. Cobert Finance S.A. und Sotheby's“ in *Hartung*, 2005, S. 79 ff. m.w.N.; zur Diskussion und den Ansätzen der Rückführung kriegsbedingt in die Sowjetunion verlagter Kulturgüter u.a.: *Hartung*, 2005, S. 426 ff. m.w.N.; *Genieva/Michaletz/Werner*, 2001, S. 1 ff.; *Siehr*, KUR 2009, 39 ff. m.w.N.; hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang das von Professor Olaf Werner entwickelte, bedauerlicherweise von den Ländern nicht umgesetzte Stiftungsmodell: Dabei sollte durch Deutschland und Russland mittels eines völkerrechtlichen Vertrages eine Stiftung errichtet werden, in die Kulturgüter zum Zwecke der Rückführung bzw. Zuordnung eingebracht werden sollten. Der Zweck der Stiftung sollte zudem beispielsweise der „Vertiefung der deutsch-russischen Zusammenarbeit im Bereich der Kultur und Kulturforschung“ sein (die Erläuterung des Stiftungsmodells in: *Werner*, in: *Genieva/Michaletz/Werner*, 2001, S. 357 ff.; *Hartung*, 2005, S. 443 m.w.N..

²⁸¹ *Hartung*, 2005, S. 279; *Schoen*, NJW 2001, 537, 542.

1.4.1.4.3 „Raubkunst“ und sachenrechtliche Einordnung

Als „Raubkunst“ werden im Zusammenhang mit der Zeit des Nationalsozialismus jene Kulturgüter bezeichnet, die im Eigentum einer von den Nationalsozialisten aus rassistischen, religiösen und politischen Gründen verfolgten Personengruppe standen.²⁸² Insbesondere jüdische Mitbürger wurden ab dem Jahr 1934 verfolgungsbedingt gezwungen, diese Kunstgegenstände zu verkaufen, bzw. wurden die Kunstgegenstände vom Staat beschlagnahmt und weiterverkauft.²⁸³ Der Fall um die „*Sammlung Gurlitt*“²⁸⁴ hat gezeigt, dass mehr als 70 Jahre nach Ende des 2. Weltkrieges die Aufarbeitung und Rückführung der während der Zeit des Nationalsozialismus entzogenen jüdischen Kunstbestände weiterhin aktuell ist.

Der Entzug erfolgte auf Grundlage der „Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden“ vom 26.04.1938, der „Verordnung über den Einsatz des jüdischen Vermögens“ vom 03.12.1938 und der „Verordnung über den Verfall des Vermögens emigrierter oder deportierter Juden an das Reich“ vom 25.11.1941.²⁸⁵

Gemeinhin ist anerkannt, dass es sich bei diesen Gesetzen gemäß der sog. „*Radbruch'schen Formel*“²⁸⁶ um sog. „*legislatives Unrecht*“ gehandelt hat, welches nicht in geltendes Recht erwachsen konnte, so dass die Gesetze als nichtig anzusehen waren.²⁸⁷

Das BVerfG stellt im Leitsatz seines Beschlusses vom 14.02.1968 zur Behandlung nationalsozialistischer Rechtsvorschriften unter Anwendung der „*Radbruch'schen Formel*“ fest, dass „*Nationalsozialistischen ,Rechts'vorschriften [...] die Geltung als Recht abgesprochen werden [kann], wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident*

²⁸² Hartung, 2005, S. 60; sehr ausführlich zur zwangsweisen Entziehung jüdischer Kunstsammlungen: Rudolph, 2007, S. 32 ff. m.w.N.

²⁸³ Hartung, 2005, S. 60; Heuer, NJW 1999, 2558, 2561; Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2551, 2553 ff.; Raue, GRUR 2015, 1, 3; Seegers, in: Hausmann, 2014, S. 347.

²⁸⁴ Vgl. dazu die Ausführungen zum Schwabinger Kunstfund im „Anhang“, Ziffer 4.

²⁸⁵ Heuer, NJW 1999, 2558, 2561.

²⁸⁶ *Radbruch*, SJZ 1946, 105, 107; Anwendung der Radbruch'schen Formel in der Rechtsprechung: BVerfGE 23, 98 – *Einbürgerung I*; dazu ausführlich: Hartung, 2005, S. 139 ff.; Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2551, 2553 ff.

²⁸⁷ Heuer, NJW 1999, 2558, 2561; Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2551, 2553 ff.; Hartung, 2005, S. 139 ff.

widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde.“²⁸⁸.

Da für die Enteignung der Kunstgegenstände somit keine gesetzliche Grundlage bestand, sind diese Kunstgegenstände nach deutschem Sachenrecht als „abhandengekommen“ i.S.d. § 935 Abs. 1 BGB zu behandeln.²⁸⁹ Die Duldung der Wegnahme bzw. die Herausgabe an den Staat auf Basis der nichtigen staatlichen Anordnung ist, auf Grund der Alternativlosigkeit, als sog. „willenloser Besitzverlust“ i.S.d. § 935 Abs. 1 BGB einzustufen.²⁹⁰

1.4.1.4.4 „Entartete Kunst“ und sachenrechtliche Einordnung

Bei der sog. „entarteten Kunst“ handelt es sich um ca. 5000 Gemälde sowie 12000 Grafiken der modernen Kunst, die im Jahr 1937 von den Nationalsozialisten aus über 40 deutschen Museen und Plastiken und in der Ausstellung „entartete Kunst“ in München gezeigt wurden.²⁹¹ Mit dem „Gesetz über die Einziehung von Erzeugnissen entarteter Kunst“ aus dem Jahr 1938²⁹² wurde diese entschädigungslose Einziehung rückwirkend (!) mit einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage „legitimiert“. Die staatlichen Hoheitsakte der Einziehung und der Beschlagnahme der „entarteter Kunst“ erfolgten deshalb auf Grundlage eines geltenden Gesetzes, so dass das Deutsche Reich damals wirksam Eigentum an den Kunstwerke erlangen und anschließend rechtswirksam über diese verfügen konnte.²⁹³ Heute werden diese Kunstwerke deshalb nicht als „abhandengekommen“ i.S.d. § 935 Abs. 1 BGB eingestuft.²⁹⁴

Diese rechtliche Beurteilung hat den folgenden (rechts-)geschichtlichen Hintergrund:

²⁸⁸ BVerfGE 23, 98 – *Einbürgerung I*.

²⁸⁹ Hartung, 2005, S. 276, 279 m.w.N.; Heuer, NJW 1999, 2558, 2562, 2563.

²⁹⁰ Jerger/ Graf Wolffskeel v. Reichenberg, GWR 2015, 265, 266 mit Verweis auf BGH NJW 2011, 1979; BGH NJW 1963, 1068, 1069 m.w.N. (zur „Willenlosigkeit“ bei staatlichen Zwang im Kontext der §§ 242, 249 StGB).

²⁹¹ Heuer, NJW 1999, 2558, 2559 m.w.N.; Seegers, in: Hausmann, 2014, S. 353.

²⁹² Heuer, NJW 1999, 2558, 2559 mit Verweis auf das Gesetz über die Einziehung von Erzeugnissen entarteter Kunst vom 31.05.1938, RGBI I 1938, 612.

²⁹³ Dazu z.B. ausführlich: Heuer, NJW 1999, 2558, 2560 ff. m.w.N.; a.A. Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2551, 2552.

²⁹⁴ Ibid.

Der Alliierte Kontrollrat hat das Gesetz nach Ende des Zweiten Weltkrieges nicht aufgehoben.²⁹⁵ Im Rahmen der im Jahr 1947 von den Alliierten in den Westzonen erlassenen sog. „Rückübertragungsgesetze“²⁹⁶ wurden diejenigen Verfügungen in der Zeit zwischen dem 30.01.1933 bis 18.05.1945 als nichtig erklärt, die auf Grund einer Verfolgung aus rassistischen, religiösen und politischen Gründen erfolgte.

Der bundesdeutsche Gesetzgeber folgte diesem Maßstab im „Bundesrückerstattungsgesetz („BRüG“)²⁹⁷ vom 19.07.1957 und stellte ebenso nur auf die Fälle von Vermögensverlusten wegen Verfolgung aus rassistischen, religiösen und politischen Gründen ab.²⁹⁷ Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass Ansprüche, die sich aus der Unrechtmäßigkeit einer nationalsozialistischen Enteignungsmaßnahme ergeben, grundsätzlich nur nach Maßgabe der erlassenen Alliierten und bundesdeutschen Rückerstattungs- und Entschädigungsgesetze und nach den darin vorgesehenen Verfahren verfolgt werden können.²⁹⁸ Dies ist heute insbesondere auf Grund der kurzen Anmeldefristen der Alliierten Gesetze (die Fristen liefen 1949 bzw. 1950 ab)²⁹⁹ und der bundesdeutschen Rückerstattungsgesetze (die Fristen liefen im Jahr 1959 bzw. 1965 ab) umstritten, da es den Geschädigten nach der Anmeldefristen nicht mehr möglich war, ihre Ansprüche geltend zu machen.³⁰⁰

²⁹⁵ *Raue*, GRUR 2015, 1, 3; *Heuer*, NJW 1999, 2558, 2562; *Müller-Katzenburg*, NJW 1999, 2551, 2552.

²⁹⁶ *Reich/Fischer*, NJW 1993, 1417, 1419; *Heuer*, NJW 1999, 2558, 2562 mit Verweis (in Fn. 14) auf das Gesetz Nr. 59 vom 10.11.1947 der Militärregierung Deutschland – amerikanisches Kontrollgebiet; das Gesetz Nr. 59 vom 12.05.1949 der Militärregierung Deutschland – britisches Kontrollgebiet; die Verordnung Nr. 120 vom 10.11.1947 der Militärregierung Deutschland – französisches Kontrollgebiet; sowie die Anordnung BK–O (49) 180 vom 26.07.1949 der Alliierten Kommandantur Berlin.

²⁹⁷ „Bundesgesetz zur Regelung der rückerstattungsrechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reichs und gleichgestellter Rechtsträger (Bundesrückerstattungsgesetz – BRüG)“ vom 19.07.1957, BGBl I 1957, 734; *Heuer*, NJW 1999, 2558, 2562.

²⁹⁸ BGH NJW 2012, 1796, 1797 m.w.N. – *Plakat „Dogge“*.

²⁹⁹ Vgl. Ausführungen bei *Kiechle*, NJOZ 2011, 193, 194; zur alliierten Rückerstattungsgesetzgebung: *Hartung*, 2005, S. 153 ff. m.w.N..

³⁰⁰ *Hartung*, 2005, S. 167 ff. m.w.N.; BGH NJW 2012, 1796, 1797 – *Plakat „Dogge“*, der – ohne die bisherige Rspr. des BGH zur der Frage des Vorrangs der Rückerstattungsgesetze zu ändern – den Ablauf der Anmeldefristen dadurch „umschiffte“, indem er feststellt, dass der Vorrang der Rückerstattungs Vorschriften dann keine Anwendung findet, wenn der entzogene Gegenstand nach dem Krieg verschollen war und der Berechtigte erst nach Ablauf der für die Anmeldung eines Rückerstattungsanspruchs bestimmten Frist von seinem Verbleib Kenntnis erlangt hat.

Die deutsche Rechtsprechung sah in der Einziehung der „entarteten Kunst“ keine Erfüllung eines Tatbestandes der alliierten oder deutschen Rückübertragungsgesetze mit der Begründung, dass sich die entschädigungslose Einziehung nicht gegen bestimmte Personengruppen sondern gegen alle Besitzer von Werken der „entarteten Kunst“ gerichtet habe. Die Einziehung stelle somit keinen Vermögensverlust in Folge einer Verfolgung aus rassistischen, religiösen und politischen Gründen dar, da es auf diese Kriterien bei der Einziehung nicht angekommen sei.³⁰¹

Aus diesem Grund wird das „*Enteignungsgesetz*“ von 1938 zwar als Akt staatlicher Willkür aber nicht als Gesetz gewordenes, „unerträgliches Unrecht“ i.S.d. „*Radbruch'schen Formel*“ gesehen.³⁰² Da somit im Ergebnis eine Rechtsgrundlage für die Enteignung per Hoheitsakt vorlag, werden die Kunstgegenstände nicht als „abhandengekommen“ i.S.d. § 935 Abs. 1 BGB eingestuft. Ein gutgläubiger Erwerb der Gegenstände der „entarteten Kunst“ ist somit grundsätzlich möglich.

1.4.1.4.5 Fazit

Die dargestellten sachenrechtlichen und kaufrechtlichen Konsequenzen zeigen, wie wichtig es für Kunsthändler/ Kunstversteigerer ist, die Herkunft eines Kunstgegenstandes sorgfältig zu prüfen.³⁰³ Nur so kann er davon ausgehen, dass es sich bei der Einlieferung um einen „abhandengekommenen“ Kunstgegenstand handelt oder ob er mit Rechten Dritter belegt ist.³⁰⁴ Dazu gehört auch, zu prüfen, ob der Kunstgegenstand rechtmäßig nach Deutschland eingeführt wurde.³⁰⁵

³⁰¹ Heuer, NJW 1999, 2558, 2562 mit Verweis auf KG, RzW 1965, 161; ORG Berlin, RzW 1967, 299; OLG Düsseldorf, RzW 1952, 266; OLG München, RzW 1968, 58; ORG Berlin, RzW 1967, 301.

³⁰² Ebenso: Heuer, NJW 1999, 2558, 2562 m.w.N.; a.A.: Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2551, 2552 m.w.N., spricht sich für die Anwendung der „*Radbruch'schen Formel*“ auf das Enteignungsgesetz von 1938 aus; ebenso: Reich/ Fischer, NJW 1993, 1417, 1419, der die Beschlagnahme der Werke der „entarteten Kunst“ ebenfalls der „*Radbruch'schen Formel*“ und dessen „*Unerträglichkeits-These*“ unterstellt.

³⁰³ Ausführlich zur besonderen Pflicht des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers zur Überprüfung der legalen Herkunft des Kunstgegenstandes: Kapitel III.1.4.2.1.

³⁰⁴ Mangold, 2009, S. 216.

³⁰⁵ Zu seiner Prüfungspflicht nach dem KGSG, siehe in Kapitel III.3.

1.4.1.5 Formularmäßiger Haftungsausschluss

Auf Grund der oben beschriebenen Haftungsrisiken im Zusammenhang mit dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht empfiehlt es sich für Kunsthändler/ Kunstversteigerer ihre Haftung gegenüber den Ersteigern/ Käufern zu beschränken. Die Beschränkung erfolgt individualvertraglich oder über AGB.

Die Haftungsfreizeichnungen unterliegen zahlreichen rechtlichen Einschränkungen, insbesondere darf der Kunsthändler/ Kunstversteigerer bei Annahme des Kunstgegenstandes seine Due-Diligence-Pflicht³⁰⁶ zur Überprüfung der Echtheit des Werkes und zur Nachforschung bezüglich der legalen Herkunft des Werkes nicht fahrlässig verletzt haben.³⁰⁷ Bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs sind hier etwa die Regelungen des § 475 BGB zu beachten³⁰⁸. Danach ist ein vollumfänglicher Haftungsausschluss unwirksam (§ 475 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB) und eine Beschränkung der Verjährungsfristen nur nach der Maßgabe des § 475 Abs. 2 BGB möglich.³⁰⁹

In den meisten Fällen erfolgt die Haftungsfreizeichnung von Auktionshäusern über die AGB³¹⁰. Sie unterliegen somit der Wirksamkeitskontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Ist der Käufer „Verbraucher“ i.S.d. § 13 BGB sind speziell die §§ 308, 309 BGB wesentlich. So darf sich die Freizeichnung beispielsweise nicht auf die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit³¹¹ oder für Schäden auf Grund von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Auktionshauses beziehen (§ 309 Nr. 7 lit. a), lit. b) BGB).

³⁰⁶ Ausführlich zu den ausgewählten Due-Diligence-Pflichten des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers: Kapitel III.1.4.2.

³⁰⁷ BGH NJW 1980, 1619, 1621 – *Bodensee-Auktionshaus*; zu den weiteren Voraussetzung der Wirksamkeit der Haftungsfreizeichnung siehe nachfolgend.

³⁰⁸ Das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 ff. BGB ist bei Kunstauktionen abzulehnen, da die i.d.R. bereits schon mal verkauften Kunstgegenständen als „gebraucht“ i.S.d. § 474 Abs. 2 S. 2 BGB anzusehen sind. Die Kunstauktion muss dabei eine öffentliche Versteigerung nach § 383 Abs. 3 BGB.

³⁰⁹ *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 92; Braunschmidt, 2012, S. 185 m.w.N.

³¹⁰ Vgl. z.B. Ziff. 4, 5 der Versteigerungsbedingungen des Auktionshauses Lempertz, abrufbar unter: <https://www.lempertz.com/de/kaufen/kaufbedingungen.html> (zuletzt abgerufen am 26.03.2018).

³¹¹ Vgl. BGH GRUR 2014, 96, 97 – *Buddha aus Sui-Dynastie*, der vollständige Haftungsausschluss des Auktionshauses war wegen Fehlens der Einschränkung nach § 309 Nr. 7 lit. a) BGB unwirksam.

Die Möglichkeit einer Haftungsfreizeichnung in den AGB wird von der Rechtsprechung regelmäßig als vereinbar mit den Vorschriften des §§ 305 ff. BGB angesehen. Die sich primär auf Fälle des Auktionswesens beziehende Rechtsprechung will damit dem berechtigten Interesse der Kunstversteigerer auf Beschränkung ihres erheblichen Haftungsrisikos Rechnung tragen, das insbesondere daraus entsteht, dass die Kunstversteigerer in der Regel fremde Kunstgegenstände weiterveräußern. Da Kunsthändler, die als Kommissionäre handeln, ebenfalls fremde Kunstgegenstände anbieten, sind die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auch auf diese anwendbar:

Der BGH führt in seiner „Jawlensky“-Entscheidung vom 15.01.1975 aus, dass den Kunsthändler, der im Wege der Auktion als Kommissionär Kunstwerke versteigert, *„gerade hinsichtlich der Echtheit und der Herkunftsangaben typischerweise ein erhebliches Risiko“*³¹² treffe. *„Angesichts des häufigen Eigentumswechsels von Kunstgegenständen [...] [sei] er vielfach gar nicht in der Lage, durch zumutbare eigene Nachforschungen Sicherheit über die Echtheit des Werkes zu erlangen. Er bleib[e] [...] daher weitgehend auf die Angaben seiner Auftraggeber sowie auf Expertisen angewiesen“*³¹³.

Unter anderem unter den folgenden Voraussetzungen erachtet die Rechtsprechung den formularmäßigen Ausschluss der Gewährleistungsrechte für wirksam³¹⁴:

1.4.1.5.1 Möglichkeit der Besichtigung des Kunstgegenstandes vor der Auktion

Dafür forderte der BGH jedoch, dass dem Käufer die Möglichkeit gegeben wird, den Kunstgegenstand vor der Versteigerung zu besichtigen:

„[...] Wenn in solchen Fällen der Auktionator den Kaufinteressenten Gelegenheit gibt, während einer angemessenen Frist die zur Versteigerung gelangenden Werke zu besichtigen, ihre Echtheit zu prüfen und gegebenenfalls selbst weitere Auskünfte einzuholen, so stellt es keine einseitige und unangemessene Durchsetzung eigener Interessen dar, wenn er die

³¹² BGH GRUR 1975, 612, 614 – *Jawlensky*.

³¹³ BGH GRUR 1975, 612, 614 – *Jawlensky*.

³¹⁴ Die Kriterien wurden vom BGH zwar für die Fälle der Versteigerung von Kommissionsware entwickelt, werden aber ebenso auf andere Formen des Kunsthandels angewendet (*Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 93; OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.11.1989, Az. 10 U 79/89, BeckRS 2013, 02123 – *Bauhaus Dessau* (Auktionshaus handelt als offener Stellvertreter); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 1522, 1523 – *Barockschränk* (Auktionshaus verkauft Eigenware).

*Gewährleistung insbesondere für die Echtheit und die Herkunft der Kunstwerke ausschließt. Mit einer derartigen Haftungsbeschränkung muß jedenfalls beim kommissionsweisen Verkauf im Kunsthandel auch der typischerweise an derartigen Rechtsgeschäften beteiligte Personenkreis rechnen. [...]*³¹⁵

1.4.1.5.2 Keine Verletzung der Due-Diligence-Pflichten bei Entgegennahme

Das Auktionshaus darf bei Annahme des Kunstgegenstandes die ihm obliegenden Due-Diligence-Pflichten³¹⁶ (speziell die Nachforschungspflicht) nicht (fahrlässig) verletzt haben.

In seiner „Bodensee Auktionshaus“- Entscheidung vom 13.2.1980 stellte der BGH klar, dass dem Auktionshaus bereits im Fall einer einfachen Sorgfaltspflichtverletzung das Berufung auf die Haftungsfreizeichnung verwehrt sein soll und nicht erst bei einer Verletzung „*im besonders großen Maße*“:

*„[...] Es besteht aber kein Anlaß, diese Einschränkung der Befugnis, sich auf die Haftungsfreizeichnung zu berufen, auf eine grob fahrlässige Verletzung der Sorgfaltspflicht zu beschränken. Der Auktionator nimmt nicht nur dem Ersteigerer gegenüber die Stellung eines Sachkenners ein, sondern entscheidet auch selbst, welche Werke er von den Einlieferern zur Auktion annimmt, und kann dabei zumindest deren Vertrauenswürdigkeit prüfen - eine Möglichkeit, die dem Ersteigerer im Regelfall verschlossen ist. Es würde daher den Ersteigerer entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 9 I AGBGesetz), wenn man ihm schlechthin das Risiko auch für diejenigen Fälschungen aufbürden würde, die der Auktionator bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 I 2 BGB) als solche hätte erkennen können [...]*³¹⁷

Die Beweislast zur Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt sieht der BGH beim Auktionshaus.³¹⁸ Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Auktionshaus im Auktionskatalog

³¹⁵ BGH GRUR 1975, 612, 614 – *Jawlensky*.

³¹⁶ Ausführlich zu den kunstmarktspezifischen Sorgfaltspflichten in Kapitel III.1.2.

³¹⁷ BGH NJW 1980, 1619, 1621 – *Bodensee-Auktionshaus*; in seiner „*Jawlensky*“-Entscheidung vom 15.01.1975 hatte der BGH die Frage, ob eine fahrlässige Verletzung der Nachforschungspflicht zum Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung führt noch offen gelassen und diese jedenfalls im Falle einer grob fahrlässigen Verletzung gesehen (BGH GRUR 1975, 612, 614 – *Jawlensky*).

³¹⁸ BGH NJW 1980, 1619, 1621 – *Bodensee-Auktionshaus*; OLG Hamm NJW 1994, 1967, 1968 – *Carl Schuch; Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 93; Goepfert, 1991, S. 119 m.w.N.

oder den AGB versichert hat, die Katalogangaben seien nach „*bestem Wissen und Gewissen*“ und die Zuschreibungen „*mit großer Sorgfalt*“ vorgenommen worden.³¹⁹

1.4.1.5.3 Haftungsbrücke zugunsten des Käufers

Weiterhin offen ist die Frage, ob die Wirksamkeit der formularmäßigen Haftungsbeschränkung davon abhängen soll, ob das Auktionshaus dem Käufer ein Partizipationsrecht an möglichen Ansprüchen des Versteigerers gegenüber dem Einlieferer (durch Abtretung der Ansprüche oder Auskehr einer Ersatzleistung) einräumt.³²⁰ Eine solche Vereinbarung wird als sog. „Haftungsbrücke“ bzw. sog. „Auskehrklausel“ oder „Partizipationsklausel“ bezeichnet. Die überwiegende Mehrheit der deutschen Auktionshäuser sieht eine solche Klausel in ihren AGB bereits vor.³²¹

Der BGH ließ in seiner „*Bodensee-Auktionshaus*“-Entscheidung die Frage, ob die Wirksamkeit des Haftungsausschlusses von der o.g. Abtretung abhängt, ausdrücklich offen.³²² Eine neue Entscheidung des BGH lässt weiter auf sich warten. In seiner „*Buddha aus Sui-Dynastie*“-Entscheidung³²³ vom 09.10.2013 ging der BGH auf die Frage jedenfalls nicht ein, sondern stützte die Unwirksamkeit auf den Verstoß gegen § 309 Nr. 7 lit. a BGB und umging damit die spannende Auseinandersetzung mit der Auffassung des OLG München³²⁴, das einen

³¹⁹ BGH NJW 1980, 1619, 1621 – *Bodensee-Auktionshaus*; BGH GRUR 1975, 612, 614 – *Jawlensky*.

³²⁰ Vgl. etwa: *Kappus*, in: Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, „Auktionsbedingungen“, Rn. 31; *Löhr*, KUR 2006, 154, 155 m.w.N.; Mangold, 2009, S. 243; *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 94; Großgerge, 2013, S. 239 ff.; a.A.: Braunschmidt, 2012, S. 203 ff. m.w.N., 2007; *Heyers*, GRUR 2012, 1206, 1209 ff.

³²¹ Dies entspricht dem „Verhaltenskodex für den Bundesverband Deutscher Kunstversteigerer e.V.“, der in Ziff. 2 fordert: „Soweit sie die eigene Haftung für Mängel versteigerten Sachen beschränken, durch Vertragsgestaltung eine Haftungsbrücke zwischen Erwerber und Einlieferer herzustellen.“, abrufbar unter: <http://www.kunstversteigerer.de/verhaltenskodex-des-bdk/> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

³²² BGH NJW 1980, 1619, 1622 – *Bodensee-Auktionshaus*.

³²³ BGH GRUR 2014, 96 - *Buddha aus Sui-Dynastie*.

³²⁴ Das OLG München GRUR 2012, 1285 ff. - *Buddha aus Sui-Dynastie* hatte in seiner Entscheidung vom 26.06.2012 (die durch das Revisions-Urteil BGH GRUR 2014, 96 - *Buddha aus Sui-Dynastie* auf Grund eines Verfahrensfehlers aufgehoben wurde), den Haftungsausschluss des Auktionshauses für unwirksam erachtet, da es das Fehlen einer solchen Haftungsbrücke in den AGB auf Grund der weiten Verbreitung bei anderen Auktionshäusern als überraschende Vertragsgestaltung i.S. von § 305c Abs. 1 BGB wertete. Des Weiteren sah es darin eine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers nach § 307 BGB, da die Regelung einseitig die Interessen des Verwenders auf Kosten des Vertragspartners durchsetze. Das OLG München führte unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des BGH aus, dass das Fehlen einer „Haftungsbrücke“ mit dem heutigen Verbraucherrecht nicht mehr vereinbar ist, da eine angemessene Berücksichtigung der Interessen des Ersteigerers eine Teilhabe an den Rechten des Versteigerers gegenüber dem Einlieferer erfordert.

Haftungsausschluss ohne „Haftungsbrücke“ insbesondere vor dem Hintergrund des neuen Verbraucherschutzrechts als unwirksam erachtete.

Auf Grund des heute geltenden, erheblich verstärkten Verbraucherrechts empfiehlt es sich bis zu einer Klärung dieser Frage durch den BGH dringend, von einem Haftungsausschluss ohne „Haftungsbrücke“ abzusehen.³²⁵

1.4.1.6 Nichtigkeit des Kaufvertrages durch Anfechtung nach § 123 BGB

Die Anfechtung des Kaufvertrages wegen „arglistiger Täuschung“ nach § 123 Abs. 1 BGB stellt für den als Kommissionär handelnden Kunsthändler/ Kunstversteigerer ein weiteres in der Praxis relevantes Rechtsrisiko dar.

Durch die Anfechtung ist das geschlossene Geschäft als von Anfang nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB) und muss rückabgewickelt werden (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB). Die einjährige Anfechtungsfrist (§ 124 Abs. 1 BGB) beginnt erst, wenn der Anfechtungsberechtigte positive Kenntnis von der Täuschung erlangt.³²⁶

Das Recht des Käufers zur Anfechtung nach § 123 BGB tritt – anders als das Recht zur Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB – nicht hinter das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht als *lex specialis* zurück.³²⁷

Eine „arglistige Täuschung“ i.S.d. § 123 Abs. 1 BGB liegt vor, „*wenn der Täuschende durch sein Verhalten beim Erklärungsgegner vorsätzlich einen Irrtum erwecken oder aufrechterhalten möchte*“³²⁸.

Praxisrelevant ist die Täuschung durch Unterlassen. Das Verschweigen von wesentlichen Tatsachen ist nur im Fall einer Aufklärungspflicht als Täuschung zu sehen.³²⁹ Eine

³²⁵ Ebenso: *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 94.

³²⁶ Eine fahrlässige Unkenntnis oder ein Verdacht reicht nicht aus (*Armbrüster*, in: MüKo, BGB, § 124 Rn. 3 m.w.N.; BGH, Beschluss vom 09.11.2011, Az. IV ZR 40/09, BeckRS 2011, 28293; LG Köln GRUR-RR, 444, 446 – *Campendonk*).

³²⁷ BGH NJW 2009, 1266, 1268; *Wendtland*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 123 Rn. 40.

³²⁸ *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, § 123 Rn. 13; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1993, 628, 629, zur wahrheitswidrigen Erklärung, das verkaufte Bild stamme aus dem Nachlass einer bestimmten Malerfamilie.

Aufklärungspflicht über die Beschaffenheit des Kunstgegenstandes und insbesondere über bestehende Zweifel an Herkunft oder Authentizität ist bei Kunsthändler bzw. Versteigerern gegeben.³³⁰

Zu beachten ist, dass von der Rechtsprechung zudem Erklärungen „ins Blaue“ als „arglistige Täuschung“ gesehen werden können, speziell wenn vertragswesentliche Umstände ohne tatsächliche Grundlage zugesichert werden.³³¹ Dass keine Angaben „ins Blaue“ gemacht werden, ist für einen seriösen Kunsthändler jedoch selbstverständlich. Den Nachweis des arglistigen Handelns bzw. für alle tatsächlichen Voraussetzungen der Anfechtung muss der Anfechtende führen.³³²

Für den Kunsthändler bzw. den Versteigerer ergibt sich im Kommissions-Modell ein besonders erhöhtes Risiko einer Anfechtung wegen „arglistiger Täuschung“ nach § 123 Abs. 1 BGB und zwar auch wenn er selbst beim Verkauf gutgläubig handelt. Der Einlieferer wird richtigerweise nicht als „unbeteiligter Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB“ gesehen, da ihm das Ausführungsgeschäft (i.e. der Kaufvertrag über den Kunstgegenstand) als Kommittent wirtschaftlich zugerechnet wird.³³³ „Dritter“ i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB ist gerade nicht, wer im „Lager“ des Erklärungsempfängers (i.e. des Kunsthändlers bzw. Versteigerers als Kommissionär) steht.³³⁴ Im Rahmen des Kommissions-Modells kommt es deshalb gerade nicht darauf an, ob der Kommissionär die Täuschung kannte oder kennen musste i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB.

Dies bedeutet, dass sich der als Kommissionär handelnde Kunsthändler/ Kunstversteigerer die Arglist des Einlieferers zurechnen lassen muss und der Käufer den Kaufvertrag unabhängig

³²⁹ Ausführlich: *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, § 123 Rn. 30 m.w.N.; Schack, 2017, S. 202 Rn. 397, 398; *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 81.

³³⁰ Vgl. hierzu Ausführungen in Kapitel III.1.4.2.1.

³³¹ BGH NJW 1975, 642, 645; BGH NJW 1979, 1886, 1888; BGH NJW 1995, 955, 956; BGH NJW 2006, 2839 2840 (zum Gebrauchtwagenverkauf, Abgabe einer Erklärung ohne tatsächliche Grundlage); *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, § 123 Rn. 15.

³³² BGH NJW 1988, 1266, 1267; *Wendtland*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 123 Rn. 41.

³³³ *Füller*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 383 Rn. 44; *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 383 Rn. 77; *Wendtland*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 123 Rn. 21; LG Köln GRUR-RR, 444, 446 – *Campendonk*.

³³⁴ *Häuser*, in: MüKo, HGB, § 383 Rn. 77; *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, § 123 Rn. 64; *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 83; *Elmenhorst/Decker*, GRUR-RR 2012, 417.

von der Gutgläubigkeit bzw. nicht vorliegenden Fahrlässigkeit des Kommissionärs anfechten kann.³³⁵

In seiner „*Campendonk*“-Entscheidung hat das LG Köln diesen Fall durchexerziert. Das LG Köln führte aus, dass der arglistige Einlieferer den Versteigerer als gutgläubiges Werkzeug nutzte, um seine Täuschung zu übermitteln.³³⁶ In den Entscheidungsgründen legt das LG Köln dar:

*„[...] Der Täuschende kann sich zur Übermittlung seiner Täuschung am Geschäft unbeteiligter Boten ebenso bedienen wie anderer Übermittlungsformen. Für die Person des arglistig Täuschenden kommt es nicht darauf an, wer die Täuschungserklärung gegenüber dem Getäuschten ausspricht, sondern wer sie veranlasst hat. Die Gutgläubigkeit des Übermittelnden beseitigt die arglistige Täuschung nicht [...]“.*³³⁷

Das Auktionshaus konnte sich nicht darauf berufen, dass er selbst gutgläubig handelte und die Täuschung nicht kannte.³³⁸

Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen des LG Köln zur Anfechtung nach § 123 BGB dogmatisch überzeugend³³⁹, auch wenn das Ergebnis aus Sicht des Kunsthandels selbstverständlich unbefriedigend ist. Der Problemkreis verdeutlicht, welchen hohen Risiken der Kunsthändler bzw. der Versteigerer als Kommissionär ausgesetzt ist.

1.4.2 Auswahl wichtiger Due-Diligence-Pflichten des Verkäufers

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss gegenüber dem Käufer des Kunstgegenstandes die ihm obliegenden Due-Diligence-Pflichten einhalten. Dies ergibt sich aus § 276 Abs. 2 BGB bzw. aus § 347 Abs. 1 HGB.³⁴⁰ Wie bereits oben dargestellt, gibt es keine abschließende

³³⁵ LG Köln GRUR-RR, 444, 446 – *Campendonk*.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ LG Köln GRUR-RR, 444, 446 – *Campendonk*, mit Verweis auf: *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 123 Rn. 13 m.w.N.; BGH, NJW-RR 1989, 1183.

³³⁸ LG Köln GRUR-RR, 444, 446 – *Campendonk*.

³³⁹ So die Einschätzung zum „*Campendonk*“-Urteil des LG Köln von: *Elmenhorst/ Decker*, GRUR-RR 2012, 417; *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 83.

³⁴⁰ Vgl. hierzu ausführlich Kapitel III.1.2.

Bestimmung der im Einzelnen vom „sorgfältigen Kunsthändler“ bzw. „sorgfältigen Kunstversteigerer“ zu beachtenden Due-Diligence-Pflichten. Dies liegt an der großen Vielfalt der Märkte und dem Grundsatz, dass sich die Sorgfaltspflichten nach dem jeweiligen Verkehrskreis und dem jeweiligen Handelsgeschäft richten.³⁴¹

Die Rechtsprechung hat über Jahre zahlreiche konkrete Due-Diligence-Pflichten des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers herausgearbeitet:

1.4.2.1 Pflicht zur Prüfung der rechtmäßigen Herkunft

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer hat eine erhöhte Nachforschungspflicht in Bezug auf die rechtmäßige Herkunft des Kunstgegenstandes³⁴², d.h. er muss z.B. sicherstellen, dass es sich nicht um Diebesgut, Raub- oder Beutekunst³⁴³ handelt.

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss zur Sicherstellung der rechtmäßigen Herkunft die (im Idealfall die lückenlose³⁴⁴) Provenienz (i.e. Herkunftsgeschichte des Kunstgegenstandes) überprüfen, die z.B. die Information über Vorbesitzer des Kunstwerkes, über frühere Verkäufe/ Versteigerungen, über die vormalige Zugehörigkeit zu einer bestimmten Sammlung sowie dessen Ausstellungsgeschichte beinhaltet.³⁴⁵ Er muss dabei die Angaben des Einlieferers zur Herkunft des Kunstgegenstandes kritisch prüfen und wachsam³⁴⁶ auf konkrete Verdachtsmomente (z.B. unzutreffende Angaben des Einlieferers, Widersprüchlichkeiten in den Angaben) achten und diese durch weitere Nachforschungen ausräumen.³⁴⁷ Teilt der

³⁴¹ *Grundmann*, in: MüKo, BGB, § 276 Rn. 55 ff.; RGZ 64, 254, 257; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 347 Rn. 1; *Schmidt*, in: MüKo, HGB, § 347 Rn. 7; *Grunewald*, JZ 1982, 627 ff.; *Braunschmidt*, NJW 2013, 734, 737.

³⁴² *Locher*, 1970, S. 156; *Boll*, 2005, S. 210 ff.; *Müller-Katzenburg*, NJW 1999, 2551, 2556; *Spinellis*, 2000, S. 426 ff.; *Armbrüster*, NJW 2001, 3581, 3585 m.w.N.; *Schellerer*, 2016, S. 89, 90 m.w.N.

³⁴³ Zur Unterscheidung von Raub- und Beutekunst vgl. die Ausführungen in Kapitel III.1.4.1.4.2. ff.

³⁴⁴ Die lückenlose Provenienz eines Kunstgegenstandes ist in der Realität jedoch der Einzelfall (vgl. *Hartung*, 2005, S. 128).

³⁴⁵ *Braunschmidt*, 2012, S. 109 ff.; *Boll*, in: *Hausmann*, 2014, 186.

³⁴⁶ Insgesamt wird im Umgang mit Kunst- und Kulturgütern eine besondere Wachsamkeit hinsichtlich möglicher Verdachtsmomente gefordert (BGH WarnR 1973 Nr. 3; OLG München NJW 2003, 673; *Armbrüster*, NJW 2001, 3581, 3585; *Oechsler*, in: MüKo, BGB, § 932 Rn. 64; *Müller-Katzenburg*, NJW 1999, 2551, 2556).

³⁴⁷ OLG Celle GRUR-RR 2011, 24 ff.; *Müller-Katzenburg*, NJW 1999, 2551, 2556; *Armbrüster*, NJW 2001, 3581, 3585; *Schellerer*, 2016, 81 m.w.N.

Einlieferer nur vage Herkunftsangaben mit, darf sich der Kunsthändler/ Kunstversteigerer damit nicht zufrieden geben, sondern ist zu weiteren Nachfragen verpflichtet.³⁴⁸ Kann der Einlieferer seine Angaben sodann nicht konkretisieren oder ergeben sich Zweifel an der Provenienz, muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer eigene Nachforschung durchführen.³⁴⁹ Erhöhte Vorsicht muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer insbesondere auch dann aufwenden, wenn dem Einlieferer ein „schlechter Ruf“ vorausseilt, d.h. wenn der Händler vor dem Einlieferer von Dritten gewarnt oder er bereits selber schlechte Erfahrungen gemacht hat.³⁵⁰ Gleiches gilt, wenn der Kunsthändler/ Kunstversteigerer auf andere Weise davon Kenntnis erlangt, dass der Kunstgegenstand bereits schon einmal von einem anderen Kunsthändler/ Kunstversteigerer abgelehnt wurde oder, dass es sich bei dem Kunstgegenstand um ein Werk illegaler Herkunft handeln soll.³⁵¹

Insbesondere muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer überprüfen, ob die Angaben des Einlieferers mit Unterlagen belegbar sind (z.B. Kaufverträge, Exportpapiere, Zoll- und Versicherungspapiere oder Speditionsrechnungen).³⁵²

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss die Kunstgegenstände zur Überprüfung der rechtmäßigen Herkunft außerdem mit den für den Belegenheitsort des Gegenstandes relevanten Verlustdatenbanken wie dem Lostart, Artloss und Lootart abgleichen.³⁵³

Die Überprüfung der Provenienz und der rechtmäßigen Herkunft eines Kunstgegenstandes ist – unabhängig von den jetzigen Regelung im Kulturgutschutzgesetzes („KGSG“)³⁵⁴ – fester Bestandteil der nebenvertraglichen Pflichten eines Kunsthändlers/ Versteigerers im Rahmen des Kaufvertrages i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB. Bleibt beispielweise fahrlässig unentdeckt, dass

³⁴⁸ OLG Hamm NJW 1994, 1967, 1968 – *Carl Schuch*; zur Sorgfaltspflicht bei der Überprüfung der Herkunft eines Kunstwerkes vgl.: OLG Köln, NJW 2012, 2665, 2667 – *Léger*.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ Schellerer, 2016, 79 ff. m.w.N.

³⁵¹ Für den Fall des Vorliegens eines aufkommenden Fälschungsverdachts: Braunfels, 1994, S. 165; Goepfert, 1991, S. 119.

³⁵² Boll, 2005, S. 210 ff.; Schellerer, 2016, 84 ff. m.w.N.

³⁵³ Mangold, 2009, S. 215 f.; Spinellis, 2000, S. 426 ff.; Hartung, 2005, S. 311; *Armbrüster*, NJW 2001, 3581, 3585; *Müller-Katzenburg*, NJW 1999, 2551, 2556. Nach § 42 Abs. 1 Nr. 6 KGSG ist dies nunmehr als Pflicht des gewerblichen Kunsthändlers und Versteigerers normiert.

³⁵⁴ Vgl. dazu ausführlich in Kapitel III.4.

der verkaufte Kunstgegenstand aus einem Diebstahl stammt, muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer dem Käufer/ Ersteigerer die damit verbundenen Schäden (z.B. Kosten im Zusammenhang mit der Rückgabe des Kunstwerkes an den Eigentümer, entgangener Gewinn, Anwaltskosten für Verteidigung gegen Herausgabeansprüche des vormaligen Eigentümers bei gutgläubigem Erwerb des Kunstgegenstandes im Rahmen der öffentlichen Versteigerung durch den Ersteigerer) als Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ersetzen.³⁵⁵

Die Kunstversteigerer und Kunsthändler haben sich bereits vor Jahren selbst verpflichtet, keine Kunstgegenstände illegaler Herkunft anzubieten und sich entsprechend zur Überprüfung der Provenienz verpflichtet.

Der für die Mitglieder des Bundesverbandes Deutscher Galerien und Kunsthändler e.V. („BDGV“) und für die Mitglieder des Kunsthändlerverband Deutschland e.V. verbindliche „CINOA Code of Ethics“³⁵⁶ enthält in Ziffer 3 die Verpflichtung zur Vornahme umfangreicher Nachforschungen: *„3. The professional shall take all measures necessary to detect stolen objects, and refer, among other resources, to the registers and the databases that are published for this effect and to use them judiciously.“*

Das Bestehen dieser Nachforschungspflichten für Auktionshäuser zeigt der „Verhaltenskodex“ des BDK³⁵⁷, der in Ziffer 8 von seinen Mitgliedern verlangt: *„[...] [k]eine Objekte anzubieten, bei denen Anlass zu der Annahme besteht, dass sie mittels Diebstahls, Unterschlagung oder auf sonstige Weise unrechtmäßig erworben oder wegen Verletzung der Ausfuhrbestimmungen eines Landes illegal importiert worden sind. [...]“*.

Mit Inkrafttreten des neuen Kulturgutschutzgesetzes („KGSG“) am 06.08.2016 wurden in § 42 Abs. 1 Nr. 3 KGSG für gewerbliche Kunsthändler und Versteigerer diese Pflicht nunmehr gesetzlich normiert. Zudem wurden weitere Due-Diligence-Pflicht normiert wie z.B. die

³⁵⁵ Zu den möglichen Rechtsfolgen und Schadensersatzansprüchen beim fahrlässigen Verkauf eines Kunstgegenstandes aus illegaler Herkunft, vgl. unter Kapitel III.1.4.1.4.1.

³⁵⁶ „CINOA Code of Ethics: Cinoa Ethical Code of Conduct“, abrufbar unter: <https://www.cinoa.org/cinoa/codeofethics> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

³⁵⁷ „Verhaltenskodex für den Bundesverband Deutscher Kunstversteigerer e.V.“, abrufbar unter: <http://www.kunstversteigerer.de/verhaltenskodex-des-bdk/> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

Pflicht zur Überprüfung der Provenienz (§ 42 Abs. 1 Nr. 3 KGSG) sowie weitergehende Pflichten zur Prüfung der rechtmäßigen Herkunft (§§ 42 Abs. 1 Nr. 4 ff. KGSG).³⁵⁸

Der Pflichtenkatalog, der den gewerblichen Kunsthändlern/Versteigerern nunmehr zusätzlich mit Inkrafttreten des KGSG auferlegt wurde, wird ausführlich dargestellt in Kapitel III.4.

1.4.2.2 Pflicht zur Überprüfung der Vertrauenswürdigkeit des Einlieferers

Für die Überprüfung der rechtmäßigen Herkunft des Kunstgegenstandes ist es unerlässlich, dass sich der Kunsthändler/ Kunstversteigerer auch mit der Person des Einlieferers kritisch auseinandersetzt.³⁵⁹ Er muss insbesondere die Identität des Einlieferers und dessen Berechtigung an dem Kunstgegenstand (Berechtigung als Eigentümer, Vollmacht eines namentlichen genannten Eigentümers) überprüfen. Die Überprüfungspflicht ist Teil der sog. Customer-Due-Diligence-Pflicht des Kunsthändlers/ des Versteigerers. Die Pflicht ist Ausdruck des in der Compliance verbreiteten Grundsatzes „Know Your Customer“ („KYC“, d.h. „Kenne Deinen Kunden“)³⁶⁰ und ist beispielsweise eine wesentliche Grundlage der Geldwäscheprävention.³⁶¹

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss sich fragen, ob es sich bei der Person des Einlieferers um die Person handelt, die er vorgibt zu sein, und ob sich der Einlieferer verdächtig verhält, das heißt ob sog. „red flags“ vorliegen:³⁶²

Kann sich der Kunsthändler/ Kunstversteigerer nicht erklären, warum der Einlieferer einen auffallend niedrigen Preis für den Kunstgegenstand haben will³⁶³ oder warum er darauf

³⁵⁸ Ausführlich zu den Pflichten nach dem KGSG in Kapitel III.4.

³⁵⁹ *Wertenbruch*, NJW 2004, 1977, 1978; so auch: *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 107; Braunfels, 1994, S. 165; Schellerer, 2016, 79 m.w.N.; OLG Köln NJW 2012, 2665, 2667 – *Léger*; so auch die Vorinstanz: LG Köln, Urteil vom 15.06.2011, Az. 91 O 87/07, BeckRS 2012, 16106 (die Seriosität des Einlieferers führt das Gericht bei der Beurteilung des Vorliegens der Sorgfaltspflichtverletzung entlastend an).

³⁶⁰ *Kerber/Quintus*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 55 Rn. 19.

³⁶¹ Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel III.5.2.2.

³⁶² Siehe hierzu den Entwurf einer Checkliste zu den Sorgfaltsanforderungen bei der Anbahnung des Kunstvermarktungsauftrages: *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 107.

³⁶³ Dieser Grund wird im neuen Kulturgutschutzgesetz („KGSG“) in § 41 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 KGSG als Grund genannt, bei dem sich die Vermutung aufdrängen müsste, dass der Kunstgegenstand von unrechtmäßiger Herkunft ist.

besteht, dass der Verkauf des Kunstgegenstand möglichst schnell durchgeführt werden soll³⁶⁴, muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer kritisch nachfragen. Gleiches gilt, wenn der Kunsthändler/ Kunstversteigerer (z.B. im Rahmen einer immer an allererster Stelle zu empfehlenden Internetrecherche zum Namen des Einlieferers, zum Werk sowie zu den Werkangaben) Widersprüchlichkeiten in den Angaben zur Person bzw. zum Werk entdeckt.³⁶⁵

Der BGH sieht in der kritischen Auseinandersetzung mit der Person des Einlieferers ebenfalls eine Mindestpflicht des Kunstversteigerers (die auch auf Kunsthändler übertragbar ist):

„[...] Der Auktionator nimmt nicht nur dem Ersteigerer gegenüber die Stellung eines Sachkenners ein, sondern entscheidet auch selbst, welche Werke er von den Einlieferern zur Auktion annimmt, und kann dabei zumindest deren Vertrauenswürdigkeit prüfen - eine Möglichkeit, die dem Ersteigerer im Regelfall verschlossen ist. [...]“³⁶⁶

1.4.2.3 Pflicht zur Überprüfung der Echtheit: Kunstwissenschaftliche, kunsttechnologische und materialanalytische Untersuchung

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss – auch wenn er als Kommissionär fremde³⁶⁷ Kunstgegenstände verkauft – die Kunstgegenstände vor Weiterverkauf auf deren Echtheit überprüfen.³⁶⁸ Für den Kunsthändler/ Kunstversteigerer ist insbesondere die Frage zentral,

³⁶⁴ Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 107.

³⁶⁵ Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 107.

³⁶⁶ BGH NJW 1980, 1619, 1621 – *Bodensee-Auktionenhaus*; ebenso: LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*; OLG Hamm NJW 1994, 1967, 1968 – *Carl Schuch*.

³⁶⁷ Im Zusammenhang mit dem Gebrauchtwagenhandel hat die Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, nach denen eine Untersuchungspflicht dann gefordert wird, wenn aus Sicht des Verkäufers (und auch des Verkaufsvermittlers auf Grund seiner „Sachwalterstellung“) konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Mangels gegeben sind (BGH NJW 2015, 1669 m.w.N. (Gebrauchtwagenhändler)); BGH NJW 1975, 642 („Sachwalterstellung“ des Gebrauchtwagen-Vermittlers); BGH NJW 1980, 2184, 2186; Mangold, 2009, S. 213 m.w.N.; Braunfels, 1994, S. 164. Gemäß der Begründung des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001 kann eine Untersuchungspflicht ausnahmsweise „bei besonders hochwertigen oder fehleranfälligen Produkten oder wenn der Verkäufer eine besondere Sachkunde besitzt“ angenommen werden (Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.05.2001, BReg, BT-Drs. 14/6040, S. 210).

³⁶⁸ Zu den Untersuchungspflichten des Käufers im Kunst- und Antiquitätenhandel vgl. *Müller-Katzenburg*, NJW 2006, 553, 557 f. m.w.N., die darauf hinweist, dass eine Untersuchungspflicht des Käufer vor dem Kauf selbst beim Handelskauf grds. nicht besteht (§ 377 HGB enthält für das beidseitige Handelsgeschäft eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit erst nach Ablieferung des Kaufgegenstandes), dass jedoch im Kunst-

welches Maß an Due-Diligence-Pflichten er erfüllen muss, damit er von der Echtheit des gehandelten Kunstgegenstandes respektive von der dem Kunstgegenstand zugesagten Urheberschaft ausgehen kann:

1.4.2.3.1 Untersuchungsmethoden

Zur Überprüfung der Echtheit eines Kunstwerkes stehen verschiedene (teils sehr kostenaufwendige) Untersuchungsmethoden zur Verfügung, die sich grob aufteilen lassen in die kunstwissenschaftlichen/ kunsthistorischen Untersuchung der Urheberschaft des Kunstwerkes durch einen Kunstexperten (z.B. durch Einsicht in Standardsammelwerke der einschlägigen Kunstliteratur³⁶⁹, in das Werkverzeichnis³⁷⁰ und durch stilistische³⁷¹ und zeitliche Einordnung des Werkes anhand der Fachliteratur³⁷² sowie durch Überprüfung der Provenienz³⁷³), der kunsttechnologischen Untersuchung – oftmals durchgeführt durch einen Restaurator – (z.B. durch in Augenscheinnahme unter Streiflicht, die Stereomikroskop-Untersuchung, die Infrarotreflektographie, Infrarotfotografie, UV-Strahlen- und Röntgenuntersuchung) sowie der materialanalytischen Untersuchung durch einen darauf spezialisierten Chemiker (z.B. in Form der Analyse des Querschliffs des Gemäldes, der

und Antiquitätenhandel in vielen Fällen zu bejahen sei. Daneben ist § 442 BGB zu berücksichtigen, wonach die Mangelrechte des Käufers ausgeschlossen sind, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kannte oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (hierzu z.B. ausführlich: Großgerge, 2013, S. 134 ff.

³⁶⁹ OLG Frankfurt, NJW 1993, 1477, 1478; ein Abgleich mit dem Werkverzeichnis des Künstlers wird hier als Mindestmaß anzunehmen sein. Wie der Betrugs-Skandal um den Verkauf von gefälschten Werken der russischen Avantgarde (siehe dazu im „Anhang“ Ziff. 1) sowie den Skandal um den Kunstfälscher Wolfgang Beltracchi (siehe dazu im „Anhang“ Ziff. 2) noch einmal deutlich machte, sind die von einzelnen Experten geführten Werkverzeichnisse anfällig für Manipulation, da Fälscher gezielt versuchen, ihre Fälschungen durch Täuschung des Experten in das Werkverzeichnis einzuführen.

³⁷⁰ OLG Köln, NJW 2012, 2665, 2667-Léger (zur Wirkung einer vorbehaltlosen Zusicherung in den in Vorbereitung befindlichen Werkkatalog durch dessen renommierte Autorin); ebenso die Vorinstanz: LG Köln, Urteil vom 15.06.2011, Az. 91 O 87/07, BeckRS 2012, 16106; Garbers-von Boehm, GRUR-Prax 2013, 507, 509.

³⁷¹ Bzgl. der stilistischen und maltechnischen Einordnung in das Gesamtwerk des Künstler: LG Bielefeld, NJW 1990, 1999. Interessant ist in diesem Zusammenhang die sog. „Morelli“-Methode, die durch den Schweizer Giovanni Morelli in den 1970iger Jahren entwickelt wurde und die insbesondere ein Augenmerk auf den Abgleich von Details wie Händen, Ohren legte, da diese nach seiner Auffassung vom Künstler intuitiv immer wieder gleich gemalt würden (vgl. hierzu: Partsch, 2010, S. 37 ff.).

³⁷² LG München I, Urteil vom 06.04.2011, Az. 23 O 24119/10, BeckRS 2012, 16285.

³⁷³ Siehe hierzu Kapitel III.1.4.2.1.

Pigmentanalyse, der Bindemittelanalyse, der Dendrochronologie des Holzrahmens bei Leinwandgemälden).³⁷⁴

1.4.2.3.2 Umfang der Untersuchungspflichten

Bei der Bestimmung des Umfangs des Due-Diligence-Maßstabes bei der Untersuchung und der konkret durch den Kunsthändler/ Kunstversteigerer zutreffenden Maßnahmen kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.³⁷⁵ Dabei müssen aus praktischen Gesichtspunkten sowohl die jeweils zur Verfügung stehenden Untersuchungsmöglichkeiten und das Kosten-Nutzen-Verhältnis beachtet werden.³⁷⁶

Die Auswirkungen des Spezialisierungsgrades des Kunsthändlers/ des Kunstversteigerers und die Auswirkung der Höhe des Schätzwertes des angebotenen Kunstwerkes auf den Umfang der Untersuchungspflichten wurden bereits oben in Kapitel III.1.2.1., 1.2.2., 1.2.3. dargestellt.

Im Einklang mit diesen dargestellten Grundsätzen hob das LG Köln³⁷⁷ in seiner „Campendonk“-Entscheidung hervor, dass sich „[...] [der] Umfang der Prüfungspflicht des Kunsthändlers [...] nach der Bedeutung des Werkes [...]“³⁷⁸ richtet und, dass der Kunsthändler/ Kunstversteigerer, der viele niedrigpreisige Kunstwerke verkauft, diese einer weniger eingehenden Überprüfung unterziehen muss, als ein Kunsthändler/ Kunstversteigerer der ein Kunstwerk mit einem ungewöhnlich hohen Schätzwert anbietet³⁷⁹. Des Weiteren stellt das LG Köln³⁸⁰ in seiner „Campendonk“-Entscheidung fest, dass u.a. zu berücksichtigen sei, in welchem Umfang die Qualität und der unmittelbare Eindruck des Kunstwerkes, die

³⁷⁴ Ausführlich zu den verschiedenen Untersuchungsmethoden vgl. Braunschmidt, 2012, S. 107 ff.

³⁷⁵ Ebenso ausdrücklich: LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*; für eine ausführliche Checkliste zu den Sorgfaltsanforderungen bei der Kunstvermarktung: *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 108 ff.

³⁷⁶ *Braunschmidt*, NJW 2013, 734, 737; LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*.

³⁷⁷ LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*, mit Verweis auf: BGH, NJW 1980, 1619 – *Bodensee-Kunstauktion*.

³⁸⁰ LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*.

Umstände der Einlieferung, die Plausibilität der (behaupteten) Provenienz Zweifel an der Echtheit des Kunstwerkes erzeugen oder beruhigen.³⁸¹

Vor diesem Hintergrund kann sich ein Varia-Versteigerer auf eine vorhandene Signatur³⁸² und die Angaben des Einlieferers verlassen³⁸³, er muss jedoch bei offenkundigen Verdachtsmomenten, die auf eine Fälschung hinweisen, weitere Untersuchungen vornehmen.³⁸⁴ Ein offenkundiger Verdacht entsteht z.B. bei Widersprüchlichkeit in den Angaben zur Provenienz.³⁸⁵ Der Verdacht der Fälschung wird beispielsweise durch die Eintragung des Kunstwerkes in die „Datenbank kritischer Werke“³⁸⁶ des Bundesverbandes deutscher Kunstversteigerer (BDK) begründet. Der Verdacht der Fälschung wird auch dadurch bestärkt, wenn der Kunsthändler/ Kunstversteigerer auf andere Weise davon Kenntnis erlangt, dass der Kunstgegenstand bereits schon einmal von einem anderen Kunsthändler/ Kunstversteigerer abgelehnt wurde oder, dass es sich bei dem Kunstgegenstand um eine Fälschung handeln soll.³⁸⁷ Er muss diesen Zweifeln nachgehen. Geschieht dies nicht, so kann sich der Kunsthändler/ Kunstversteigerer, wenn sich dieser Zweifel später bestätigt, nicht darauf berufen, dass es sich nicht um einen „kompetenten Warner“ gehandelt hat.³⁸⁸

³⁸¹ LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*. Zweifel an der Provenienz erhöhen die Due-Diligence-Pflichten in Bezug auf die Untersuchung der Echtheit des Kunstwerkes (OLG Hamm, NJW 1994, 1967, 1968 – *Carl Schuch*).

³⁸² *Braunschmidt* weist ansonsten zu Recht darauf hin, dass die Heranziehung der Signatur eine unsichere Methode ist zur Zuschreibung eines Kunstwerkes, da sich die Signatur im Rahmen eines Künstlerlebens ändert und zudem leichter nachzuahmen sei (*Braunschmidt*, NJW 2013, 734, 738); das OLG München sah die Signatur zur Zuschreibung eines Kunstwerkes in einem Verfahren um ein vermeintlich vom Künstler J. Duck gefertigtes Bild mit dem Titel „Die Plünderung eines Hauses“, das vom Kläger zu einem Preis von 25.000,00 € gekauft wurde, nicht als ausreichend an (OLG München, Urteil vom 20.06.2012 - 3 U 85/11, BeckRS 2012, 14563).

³⁸³ Da bei der Vielzahl und Eigenart der Versteigerungsobjekte von einem Varia-Verkäufer Nachforschungen über Herkunft und Echtheit nicht zu erwarten sind (siehe zu den unterschiedlichen Anforderung an die Sorgfaltspflichten eines Varia-Versteigerers gegenüber einem spezialisierten Kunstversteigerer die Ausführungen in Kapitel III.1.2.1.; zudem siehe: Mangold, 2009, S. 218; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 1522, 1524 – *Barockschrank*; OLG Düsseldorf, OLGZ 1979, 317, 319).

³⁸⁴ Mangold, 2009, S. 218; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 1522, 1524 – *Barockschrank*; OLG Düsseldorf, OLGZ 1979, 317, 319.

³⁸⁵ Mangold, 2009, S. 218; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 1522, 1524 – *Barockschrank*; OLG Düsseldorf, OLGZ 1979, 317, 319.

³⁸⁶ Abrufbar unter: <http://www.kunstversteigerer.de/datenbank-kritischer-werke> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

³⁸⁷ Braunfels, 1994, S. 165; Goepfert, 1991, S. 119.

³⁸⁸ Braunfels, 1994, S. 165.

Für ein renommiertes Auktionshaus, das entsprechende Experten beschäftigt, stellt aus Sicht des LG Bielefeld³⁸⁹ bereits die Einlieferung eines Kunstwerkes durch einen Privatmann bzw. Laien regelmäßig einen Umstand dar, aus dem eine Pflicht zur Untersuchung der Echtheit des Einlieferungsstückes entsteht.

Das AG München³⁹⁰ erachtete es bei einem für einen Zuschlagspreis von 1400,00 € (zzgl. Aufgeld und Umsatzsteuer) verkauften Gemälde für ausreichend, dass das Auktionshaus das Gemälde bei Einlieferung durch einen Mitarbeiter in Hinblick auf Komposition und Farbgebung, Material, Signatur und Datum untersuchen lässt. Weitere Untersuchungs- bzw. Nachforschungspflichten (konkret die Überprüfung der Stimmigkeit der Angaben auf einem Aufkleber auf der Rückseite des Gemäldes) lehnte das Gericht ab. In seiner „*Campendonk*“-Entscheidung stellte das LG Köln fest, dass das Auktionshaus den (später als Fälschung entlarvten) Aufkleber der „Galerie Flechtheim“ nicht ungeprüft als Indiz für die Echtheit des Gemäldes (es ging um ein Gemälde mit einem Mindestschätzpreis von 800.000,00 €) heranziehen hätte dürfen.³⁹¹

Wie bereits oben unter Kapitel III.1.4.2.1. dargestellt, darf sich der Kunstversteigerer nicht mit vagen Herkunftsangaben des Einlieferers zufriedengeben, sondern ist zu weiteren Nachfragen verpflichtet.³⁹² Kann der Einlieferer seine Angaben nicht konkretisieren oder ergeben sich Zweifel an der Provenienz, ist der Versteigerer zu anderen Untersuchungen zur Echtheit des Kunstwerkes verpflichtet.³⁹³

Übernimmt der Kunstversteigerer die vom Einlieferer mitgeteilten Angaben vorbehaltlos in den Versteigerungskatalog, erfüllt es die gebotene Sorgfalt nach der oben genannten Rechtsprechung nur dann, wenn es die Angaben auf deren Plausibilität überprüft hat und sich daraus keine Zweifel an der Richtigkeit der Angaben und der Echtheit des Kunstwerkes

³⁸⁹ LG Bielefeld, NJW 1990, 1999.

³⁹⁰ AG München, Urteil vom 29.08.2011 - 191 C 199/10, BeckRS 2013, 00206.

³⁹¹ LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 446 – *Campendonk*.; zur Frage der Gemälderückseite als Informationsquelle für Kunstsachverständige: *Schaefer*, DS 2004, 210 ff.

³⁹² OLG Hamm NJW 1994, 1967, 1968 – *Carl Schuch*.; zur Sorgfaltspflicht bei der Überprüfung der Herkunft eines Kunstwerkes vgl.: OLG Köln, NJW 2012, 2665, 2667 – *Léger*.

³⁹³ *Ibid.*

ergeben.³⁹⁴ Des Weiteren müssen Gutachten oder Echtheitszertifikate, die zu dem Werk vorliegen, auf deren Aussagekraft (z.B. in Bezug auf das Renommee des erstellenden Experten) und deren Echtheit geprüft, gegebenenfalls weitere Nachforschungen vorgenommen und eventuell ein neues Gutachten eingeholt werden.³⁹⁵

Kann der Kunstgegenstand einem Eintrag im Werkverzeichnis des Künstlers eindeutig zugeordnet werden (oder wird dem Kunsthändler/ Kunstversteigerer die Aufnahme in das Werkverzeichnis zugesichert), kann sich der Kunsthändler/ Kunstversteigerer grundsätzlich auf die Richtigkeit des Werkverzeichnisses verlassen.³⁹⁶ Anders gilt, wenn Anhaltspunkte vorliegen, die gegen die Richtigkeit des Werkverzeichnisses bzw. die Seriosität³⁹⁷ des Autors sprechen.³⁹⁸

Im Rahmen der Pflicht zur Überprüfung der Echtheit/ der Urheberschaft des Kunstgegenstandes sollte der Kunsthändler/ Kunstversteigerer zumindest eine kunstwissenschaftliche/ kunsthistorische Untersuchung³⁹⁹ vornehmen, falls notwendig gefolgt von einer kunsttechnologischen Analyse.⁴⁰⁰ Keinesfalls ist stets die Einholung eines invasiven

³⁹⁴ Ebenso: *Wertenbruch*, NJW 2004, 1977, 1979 mit Verweis auf: *Flume*, JZ 1991, 633, 636 ff.

³⁹⁵ BGH GRUR 1975, 612, 613 f. – *Jawlensky*; LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*; OLG Hamm NJW 1994, 1967, 1968 – *Carl Schuch*; oftmals werden zusammen mit gefälschten Gemälden auch gefälschte Gutachten/ Echtheitszertifikate vorgelegt, so legte ein Einlieferer beim Dorotheum in Wien im Jahr 2001 neben 3 gefälschten Werken von Emil Nolde auch gefälschte Echtheitszertifikate vor. Er wurde schließlich Ende 2002 verhaftet. Sichergestellt wurden dabei zudem 13 gefälschte Nolde-Aquarelle. Er wurde vom LG München I im Jahr 2010 zu 3 Jahren und 3 Monaten Haft verurteilt. (*Alexander Krug*, „Genialer Plagiator“, SZ online, 19.05.2010, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/kunstfaelscher-urteil-genialer-plagiator-1.922743> (zuletzt abgerufen am: 14.03.2018); o.V., „Nolde-Fälscher vor Gericht“, der Standard, 18.01.2004, abrufbar unter: <https://derstandard.at/1535401/Nolde-Faelscher-vor-Gericht> (23.03.2018)).

³⁹⁶ OLG Köln, NJW 2012, 2665, 2667 – *Léger*.

³⁹⁷ Zum Skandal um Werke der russischen Avantgarde, wonach Experten davon ausgehen, dass bis zu 95% der Olgemälde Natalia Goncharovas aus dem Zeitraum 1901-1913 Fälschungen seien, und zu den Zweifeln an der Seriosität von Werkverzeichnissen (insbesondere zur Künstlerin Natalia Goncharova) bzw. zu den Zweifeln an der Seriosität der Werkverzeichnisersteller, vgl. *Barbieri Childs*, „Widespread forgery of avant-garde artist exposed at Russian Art Week“, The Art Newspaper, 07.01.2016, abrufbar unter: <http://authenticationinart.org/pdf/artmarket/Widespread-forgery-of-avant-garde-artist-exposed-at-Russian-Art-Week-The-Art-Newspaper1.pdf> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); siehe des Weiteren der Betrugsskandal um Werke der russischen Avantgard, der im März 2018 zur Verteilung der zwei Angeklagten durch das LG Wiesbaden führte (siehe ausführlich im „Anhang“ Ziff.1.).

³⁹⁸ Ebenso: *Garbers-von Boehm*, GRUR-Prax 2013, 507, 509.

³⁹⁹ Siehe dazu oben unter Kapitel III.1.4.2.3.1.

⁴⁰⁰ *Braunschmidt*, NJW 2013, 734, 738.

naturwissenschaftlichen Gutachtens erforderlich, da die Einholung eines solchen Gutachtens mit einem ungleich höheren Zeit- und Kostenaufwand verbunden ist.⁴⁰¹

Das LG Köln hingegen erachtete in seiner „*Campendonk*“-Entscheidung im konkreten Fall die Einholung eines naturwissenschaftlichen Gutachtens als erforderlich (ohne bestehenden Fälschungsverdacht!), da es sich um ein hochpreisiges Werk mit einem Mindestschätzpreis in Höhe von 800.000,00 € handelte, dessen Zuschreibung nicht gesichert war, das jedoch vom Auktionshaus im Auktionskatalog sodann vorbehaltlos dem Künstler Heinrich Campendonk zugeschrieben wurde.⁴⁰²

Das Ansetzen dieses strengen Sorgfaltsmaßstabes wurde noch nicht höchstrichterlich aufgegriffen und ist insbesondere auf Grund der ungeklärten Frage, ab welchem Mindestschätzpreis die Einholung eines naturwissenschaftlichen Gutachtens notwendig ist, kritisch zu sehen. Das Urteil muss bei den Kunsthändlern/ den Kunstversteigern dennoch dringend Beachtung finden.

Für Kunsthändler/ Kunstversteigerer im Hochpreissegment ergibt sich daraus zum Beispiel primär die Konsequenz, dass diese zukünftig im Nachhinein nachvollziehbar begründen können müssen, warum sie auf die Einholung eines naturwissenschaftlichen Gutachten verzichtet und dennoch eine vorbehaltlose Zuschreibung vorgenommen haben.⁴⁰³ Können sie dies nicht, setzen sie sich im Falle der Unechtheit des versteigerten Kunstwerkes einem Fahrlässigkeitsvorwurf aus und machen sich damit angreifbar für Schadensersatzklagen des Käufers.

Eine weitere Möglichkeit das Risiko eines Fahrlässigkeitsvorwurfes zu reduzieren, ist für die Auktionshäuser sicherlich, noch zurückhaltender mit der vorbehaltlosen Zuschreibung von Gemälden zu sein bzw. eine Zuschreibung im Katalog noch deutlicher mit Einschränkungen zu versehen.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*; dem zustimmend vgl. Braunschmidt, NJW 2013, 734, 738, der zutreffend darauf hinweist, dass „ [...] es im Einzelfall ausreichen mag, wenn nicht invasive umfangreiche kunsttechnologische Untersuchungen vorgenommen werden und sich daraus keine Verdachtsmomente ergeben“.

⁴⁰² LG Köln, GRUR-RR 2012, 444, 447 – *Campendonk*.

⁴⁰³ Ebenso: *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 110 ff.

⁴⁰⁴ Ebenso: *Elmenhorst/Decker*, GRUR-RR 2012, 417, 419.

1.4.2.4 Aufklärungs- und Informationspflichten

1.4.2.4.1 Allgemeine Aufklärungs- und Informationspflicht

Dem als Kommissionär handelnden Kunsthändler/ Kunstversteigerer kommt also auf Grund seiner besonderen Vertrauensstellung und seines stets bestehenden eigenen Gewinn- und Provisionsinteresses eine vorvertragliche Aufklärungspflicht zu⁴⁰⁵, die sich gegenüber dem Bieter/ Käufer als vorvertragliche Nebenpflicht aus dem Kaufvertrag bzw. aus dem zwischen Versteigerer und Bieter bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrages nach §§ 675, 666 BGB ergibt.⁴⁰⁶

Der Verkäufer ist deshalb verpflichtet, den Käufer im Vorfeld des Kaufs darüber aufzuklären, dass er um die Unechtheit es Werkes weiß oder Zweifel daran hat.⁴⁰⁷ Jedoch gehört es nicht zur Aufklärungspflicht des Kunsthändlers/ des Kunstversteigerers, den Käufer/ Ersteigerer über die steuerlichen Folgen seines Kaufs aufzuklären⁴⁰⁸ oder den Käufer/ Ersteigerer darauf hinzuweisen, dass der Wiederverkaufswert möglicherweise niedriger ist als der Kaufpreis⁴⁰⁹. Hingegen stellen fahrlässige, unrichtige Angaben (Bezeichnung als „absolutes Schnäppchen“) zum Wert des Kunstgegenstandes eine Verletzung der Aufklärungspflicht dar.⁴¹⁰ Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer macht sich gegenüber dem Käufer wegen Verletzung der Pflichten aus einem stillschweigenden Zustandekommen eines Auskunftsvertrages⁴¹¹ bzw.

⁴⁰⁵ Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 98 m.w.N.; Die Aufklärungspflicht erhöht sich mit Sachkunde des Verkäufers und der Höhe des Kaufpreises (LG Köln, Urteil vom 10.10.2008, Az. 7 O 3/05, BeckRS 2012, 10804; Westermann, in: MüKo, BGB, § 436 Rn. 6).

⁴⁰⁶ Schneider, 1999, S. 124 ff.; eine Aufklärungspflicht des Verkäufers wird dann aus Treu und Glauben angenommen, wenn der Käufer die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte und diese für den Kaufentschluss wesentlich ist (BGH NJW 1971, 1795, 1799; BGH NJW 1979, 2243; LG Köln, Urteil vom 10.10.2008, Az. 7 O 3/05, BeckRS 2012, 10804); keine Aufklärungspflicht wird hingegen bei Vertragsverhandlungen von Privatpersonen beim Verkauf von Kunst angenommen, OLG Karlsruhe, GRUR-Prax 2013, 505 mit Anm. von Garbers-von Boehm.

⁴⁰⁷ Schack, 2017, S. 202 Rn. 398; Goepfert, 1991, S. 53; Locher, 138, 188; Schneider, 1999, S. 123; Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 98 m.w.N.; Heinbuch, NJW 1984, 15, 21; Berger, KUR 2003, 137, 140.

⁴⁰⁸ Berger, KUR 2003, 137, 140.

⁴⁰⁹ Anton, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 98; BGH NJW 2000, 1254, 1255 m.w.N. – Sondermünzen.

⁴¹⁰ Schack, 2017, S. 202 Rn. 396; OLG Düsseldorf NJW 1999, 1973, 1974, in dem der Galerist den Kunstgegenstand fälschlicherweise als „absolutes Schnäppchen“ bezeichnet hat. Im Ergebnis wurde der konkludente Abschluss eines Beratungsvertrages im konkreten Fall abgelehnt; OLG Hamm NJW-RR 1993, 628, 629.

⁴¹¹ Zum Zustandekommen eines Auskunftsvertrages vgl. Ausführungen in Kapitel III.1.3.4.

jedenfalls auch wegen Verletzung seiner vorvertraglichen Aufklärungspflicht nach § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 249 ff. BGB (negatives Interesse) schadenersatzpflichtig.⁴¹²

Verschweigt der Verkäufer eine Information, die der oben dargelegten Aufklärungspflicht unterliegt, kann der Käufer den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung nach §§ 123 Abs. 1, 124 Abs. 1 BGB anfechten.⁴¹³ Ein solches Verschweigen setzt den Verkäufer außerdem dem Risiko aus, vom Käufer wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB⁴¹⁴ in Anspruch genommen zu werden. Das bewusste Verschweigen stellt zudem eine Betrugshandlung nach § 263 StGB⁴¹⁵ dar.

1.4.2.4.2 Besondere Informationspflicht bei Verbraucherverträgen

Neben den o.g. Pflichten müssen Kunsthändler und Kunstversteigerer im Rahmen von Verbraucherverträge nach § 310 Abs. 3 BGB⁴¹⁶ zudem die in den §§ 312a Abs. 2 BGB normierten Informationspflichten beachten. Diese seit 16.03.2014 geltenden neuen Vorgaben für Verbraucherverträge ergeben sich aus dem deutschen Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie („VRRRL“).⁴¹⁷

Die Regelungen des §§ 312 BGB sind grundsätzlich auch auf Verbraucherverträge im Kunst- und Kulturgüterhandel anwendbar, wenn der Kunsthändler oder Kunstversteigerer für einen Verbraucher nach § 13 BGB den entgeltlichen Verkauf und gegebenenfalls die Schätzung und Bewerbung eines Kunstgegenstandes übernimmt.⁴¹⁸

⁴¹² Schack, 2017, S. 202 Rn. 396; *Anton*, in: Martinek/Semler/Flor, § 55 Rn. 98 m.w.N.; Heinbuch, NJW 1984, 15, 21; Berger, KUR 2003, 137, 140; *Gröschler*, NJW 2005, 1601.

⁴¹³ Schack, 2017, S. 203 Rn. 398, 399; zur Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB siehe ausführlich unter Kapitel III.1.4.1.6.

⁴¹⁴ Zu § 826 BGB siehe Ausführungen in Kapitel III.2.4.

⁴¹⁵ Zu § 263 StGB siehe Ausführungen in Kapitel III.3.1.

⁴¹⁶ „*Verbraucherverträge*“ i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB sind Verträge zwischen Verbraucher (§ 13 BGB) und Unternehmer (§ 14 BGB). § 310 Abs. 3 BGB weitet die Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle nach §§ 305c, 306, 307-309 BGB im Verbraucherbereich damit auf einmalig verwendete vorformulierte Verträge aus (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

⁴¹⁷ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013, BGBl I, 2013, S. 3642.

⁴¹⁸ Ausführlich zu den Neuerungen und den Auswirkungen für den Kunsthandel: *Strobl*, NJW 2015, 721 ff.

Für alle Verbraucherverträge (d.h. nicht beschränkt auf Fernabsatzverträge und im Fernabsatz und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge) gelten die besonderen Informationspflichten nach § 312a Abs. 2 BGB.⁴¹⁹ Danach ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des Art. 246 EGBGB zu informieren. Nach Art. 246 Nr. 1 EGBGB muss der Unternehmer den Verbraucher über die „wesentlichen Eigenschaften der Waren [...] in dem für [...] die Waren [...] angemessenen Umfang“ informieren. Als „wesentliche Eigenschaft“ i.S.d. Art. 246 Nr. 1 EGBGB sind jedenfalls alle Eigenschaften, die für die Kaufentscheidung maßgeblich sind anzusehen, mithin alle wertbildenden Faktoren wie z.B. Echtheit, Erhaltungszustand, das Alter, die Provenienz sowie Aufnahme in Werkverzeichnisse.⁴²⁰

Bei Verletzung der in den §§ 312a Abs. 2 BGB normierten Informationspflichten macht sich der Kunsthändler/ Kunstversteigerer gegenüber dem als Verbraucher handelnden Käufer/ Ersteigerer nach § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 249 ff. BGB schadensersatzpflichtig.⁴²¹

1.5 Zusammenfassung und Stellungnahme

Für den als Kommissionär handelnden Kunsthändler/ Kunstversteigerer ergeben sich sowohl im Verhältnis zum Einlieferer wie auch im Verhältnis zum Käufer/ Ersteigerer umfangreiche zivilrechtliche Due-Diligence-Pflichten:

Der als Kommissionär handelnde Kunsthändler/ Kunstversteigerer hat gegenüber dem Einlieferer eine erhöhte Vertrauensstellung. Als „Vertrauensmann“ des Einlieferers ist er verpflichtet, alles ihm Mögliche zu unternehmen, den Verkauf des Kunstgegenstandes (i.e. das Ausführungsgeschäft des Kommissionsvertrages) zu den für den Kommittenten günstigsten Bedingungen abzuschließen (§ 387 Abs. 1 HGB). Des Weiteren ergeben sich für den Kommissionär zahlreiche nebenvertragliche Pflichten gegenüber dem Einlieferer (z.B. im

⁴¹⁹ Stadler, in: Jauernig, BGB, § 312a Rn. 1 unter Verweis auf die zulässige überschüssende Umsetzung gem. der EU-Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011, 2011/83/EU, ABl. EU 2011, Nr. L 304/64, Erwägungsgrund 13; Omlor, NJW 2014, 1703 ff.

⁴²⁰ Strobl, NJW 2015, 721, 723 unter Heranziehung der Erwägungen im Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 06.03.2013, BT-Drs. 17/12637, 74.

⁴²¹ BT-Drs. 17/12637, 51; Strobl, NJW 2015, 721, 724; Wendehorst, NJW 2014, 577 ff.

Falle der Bewertung des Kunstgegenstandes) deren fahrlässige Verletzung den Kunsthändler/ Kunstversteigerer schadensersatzpflichtig machen.

Der als Kommissionär handelnde Kunsthändler/ Kunstversteigerer hat gegenüber dem Käufer des Kunstgegenstandes erhebliche Due-Diligence-Pflichten, um im Falle der Unechtheit des Gemäldes oder einer sich nachträglich ergebenden unrechtmäßigen Herkunft nicht im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistungshaftung nach §§ 433 ff. BGB in Anspruch genommen zu werden.

2. Branchenspezifische Rechtsrisiken aus dem Deliktsrecht

Das Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmen⁴²² muss bei seiner Tätigkeit ferner deliktische Haftungsrisiken aus den §§ 823 ff. BGB berücksichtigen, die insbesondere auch der Einsatz von Mitarbeitern in sich birgt. Die deliktischen Ansprüche des Geschädigten bestehen grundsätzlich neben etwaigen vertragsrechtlichen Haftungsansprüchen.⁴²³

2.1 Haftungsrisiken aus § 823 Abs. 1 BGB

Bei der folgenden Risikoanalyse liegt der Schwerpunkt auf den möglichen mittelbaren Haftungskonstellationen, bei denen die unmittelbare Rechtsgutverletzung durch einen Mitarbeiter des Kunsthändlers/ Versteigerers oder durch einen Dritten erfolgt ist. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage einer möglichen Haftung des Kunsthandelsunternehmens bzw. des Auktionshauses für eigene Organisationsmängel.

2.1.1 Beispiele für deliktische Risiken des Kunsthändlers/ des Kunstversteigerers nach § 823 BGB

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer ist dem Betroffenen grundsätzlich zum Schadensersatz⁴²⁴ oder zum Unterlassen (nach § 1004 BGB) verpflichtet, wenn er schuldhaft

⁴²² Im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zu den deliktischen Haftungsrisiken wird eine Unterscheidung vorgenommen, ob der Kunsthändler bzw. Versteigerer als Einzelkaufmann oder in Form einer juristischen Person (z.B. einer GmbH, AG) organisiert ist.

⁴²³ BGH NJW 1967, 42; *Wagner*, in: MüKo, BGB, Vorbemerkung § 823 Rn. 67.

⁴²⁴ Der Vermögensschaden wird als Differenzschaden in Form des negativen Interesses berechnet. Der Verletzte soll so gestellt werden, wie er ohne den unerlaubten Eingriff stehen würde (BGH NJW 2012, 3510, 3511; *Sprau*, in: Palandt, BGB, Einf. v. § 823 Rn. 24 m.w.N.).

(§ 276 BGB) in die in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter (Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum, ein sog. „sonstiges Recht“⁴²⁵ (d.h. vergleichbar bedeutsame Rechte mit absoluter Wirkung gegenüber jedermann⁴²⁶) eingreift.

Nachfolgend sollen nur einige Beispiele für Haftungsrisiken nach § 823 Abs. 1 BGB gegeben werden:

Beispielsweise kann sich ein deliktisches Haftungsrisiko nach § 823 Abs. 1 BGB ergeben, wenn ein Auktionshaus im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung einen Kunstgegenstand veräußert, dessen Eigentümer nicht der Einlieferer ist.⁴²⁷ Der rechtmäßige Eigentümer verliert im Weg des gutgläubigen Erwerb seitens des Käufers sein Eigentum (§ 932 Abs. 1, 2, ggf. § 935 Abs. 2 BGB) und kann nach § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatzansprüche geltend machen.

Der Einlieferer könnte als Eigentümer des Kunstgegenstandes deliktische Ansprüche wegen Verletzung seines Eigentums nach § 823 Abs. 1 BGB anmelden, wenn der zum Verkauf eingelieferte Kunstgegenstand während der Lagerung beschädigt wurde oder abhandengekommen ist.

Das Risiko einer Schadensersatzforderung nach § 823 Abs. 1 BGB entsteht, wenn der Kunsthändler/ Kunstversteigerer fahrlässig von dem Verdacht einem Fälschungsverdacht oder von einer unrechtmäßigen Herkunft ausgeht und diesen Verdacht Dritten mitteilt. Der Eigentümer kann von ihm den Ersatz des Schadens verlangen, der durch den Verlust der Wertschätzung, d.h. des Marktwertes, entstanden ist.⁴²⁸

⁴²⁵ Unter die „sonstigen Rechte“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB fallen beispielsweise sog. beschränkte dingliche Rechte (z.B. dingliche Nutzungsrechte, Grundpfand- bzw. Verwertungsrechte, Pfandrechte), Anwartschaftsrechte, der unmittelbare (vertraglich berechnigte) Besitz, das Namensrecht, Immaterialgüterrechte (Firma, Marke, Design, Patent oder Urheberrecht) und Ehe- und Familienrechte. Des Weiteren als „sonstiges Recht“ anerkannt ist das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“, das aus Art 1, Art. 2 GG hergeleitet wird und jedermann ein Recht auf Achtung der Privatsphäre gibt. Schließlich ist zudem das Recht am „eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ (i.e. Schutz vor unerlaubten Eingriffen in ein Unternehmen) als „sonstiges Recht“ geschützt (Eine ausführliche Darstellung in: *Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, §823 Rn. 143 ff. m.w.N.).

⁴²⁶ BGH NJW 2012, 2034, 2036; *Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, §823 Rn. 143.

⁴²⁷ BGH NJW 1996, 1535, 1537.

⁴²⁸ *Schack*, KUR 2017, 130, 133 m.w.N.

Ein weiteres Risiko einer Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 1 BGB kann sich ergeben, wenn im Zusammenhang mit einem eingelieferten Werk ein Fälschungsverdacht entsteht und Informationen zum Einlieferer und seinem Werk – ungewollt – an die Öffentlichkeit kommen. In diesem Fall könnte dieser einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Recht auf “informationelle Selbstbestimmung”) nach § 823 Abs. 1 BGB anstreben oder nach § 1004 BGB Unterlassung fordern.⁴²⁹

Hingegen kann der Käufer Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit Beschaffenheitsmängeln des Kunstgegenstandes (z.B. fehlende Authentizität) nicht auf Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB geltend machen. Dies scheidet schon deshalb aus, weil es an einer Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB fehlt. Der Beschaffenheitsmangel lag bereits zum Zeitpunkt der Begründung des Eigentums vor, so dass keine nachträgliche Eigentumsverletzung des Käufers vorlag.⁴³⁰

2.1.2 Zurechenbares deliktisches Handeln durch Unterlassen

Wird der Schaden beim Geschädigten durch einen Mitarbeiter verursacht, so kommt eine Haftung des Geschäftsherrn nur aus eigener unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Unterlassens in Frage.

Für eine Haftung des Inhabers des Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens wegen Unterlassens muss eine spezifische Pflicht zum Handeln zur Verhinderung der Rechtsgutverletzung (auch bezeichnet als „deliktsrechtliche Sorgfaltspflicht“⁴³¹) vorliegen.⁴³² Diese Pflicht kann sich aus einer Garantenstellung⁴³³ oder aus einer Verkehrssicherungspflicht⁴³⁴, hier im Speziellen der Organisationspflicht, ergeben. Die sog.

⁴²⁹ Dazu jedoch im Ergebnis für den konkreten Fall ablehnend: BGH NJW 1991, 1532; BGH NJW 2006, 830.

⁴³⁰ Vgl. z.B. OLG Schleswig NJW-RR 2012, 368.

⁴³¹ Hierzu ausführlich: *Wagner*, in: MüKo, BGB, Vorbemerkung § 823 Rn. 21, 22.

⁴³² BGH, Urteil vom 02.12.2014, Az. VI ZR 501/13, BeckRS 2014, 23725; BGH NJW-RR 2014, 1382, 1383; *Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, §823 Rn. 100; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 823 Rn. 29 ff.; *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 2 m.w.N.

⁴³³ BGH NJW-RR 2014, 1382, 1383; BGH NJW 1990, 976; BGH NJW 2012, 3439.

⁴³⁴ BGH GRUR 2012, 304, 308; BGH NJW 1973, 460, 461; BGH NJW 1993, 2612. Anerkannt sind die Verkehrs(-sicherungs-)pflichten zudem im Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht: BGH, GRUR 1984, 54, 55 (Urheberrecht); BGH GRUR 2012, 304, 308; BGH NJW 1995, 2168 (jeweils Wettbewerbsrecht).

allgemeine Organisationspflicht hat sich in der Rechtsprechung herausgebildet und weist dem Geschäftsherrn nach § 823 Abs. 1 BGB eine Verkehrspflicht zur ordentlichen Betriebsführung und Organisation zu.⁴³⁵ Der Geschäftsherr hat nach § 823 Abs. 1 BGB somit eine „*allgemeine[...] deliktische[...] Pflicht zur gefahrvermeidenden Unternehmensorganisation*“⁴³⁶. Die Abläufe im Betrieb sind so zu organisieren, dass Schädigungen Dritter (im gebotenen Umfang) verhindert werden.⁴³⁷ Der Geschäftsherr muss vor allem allgemeine Aufsichtsmaßnahmen treffen, die die Gewähr für eine ordentliche Betriebsführung bieten.⁴³⁸

Sind die Geschäftsabläufe im Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmen ungenügend organisiert und kommt es deshalb beispielsweise zum fahrlässigen Verkauf eines Kunstgegenstandes, der von einem Nichtberechtigten eingeliefert wurde, besteht ein Schadensersatzanspruch des vormaligen Eigentümers gegen den Inhaber des Kunsthandels- / Kunstauktionsunternehmens.⁴³⁹

2.2 Haftungsrisiken aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem sog. „Schutzgesetz“

Deliktsrechtliche Haftungsrisiken des Inhabers des Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens (speziell bei Vorliegen von reinen Vermögensschäden) ergeben sich im Zusammenhang mit der Verletzung eines sog. „Schutzgesetzes“ i.S.d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB.⁴⁴⁰

⁴³⁵ *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 11 m.w.N.

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 78 m.w.N.; BGH NJW 1952, 418.

⁴³⁸ BGH NJW 1952, 418; BGH NJW-RR 1996, 867, 868; Insbesondere muss „*der Geschäftsherr eine ausreichende Kontrolle durchführen, die eine ordentliche Geschäftsführung und Beaufsichtigung gewährleistet*“ (BGH NJW 1952, 418).

⁴³⁹ Im Rahmen der deliktischen Organisationspflicht kommt es zu einer Beweiserleichterung zu Gunsten des Geschädigten. Der Geschädigte muss zunächst beweisen, dass der Schaden auf Grund einer Pflichtverletzung des Unternehmens entstanden ist (*Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 83). Das Unternehmen muss den konkreten Mitarbeiter sodann identifizieren und den entsprechenden Entlastungsbeweis (z.B. dessen sorgfältige Auswahl) darlegen (*Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 83; BGH NJW 1968, 247, 248).

⁴⁴⁰ Als „Schutzgesetz“ i.S.d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB gilt jede Rechtsnorm (Art. 2 EGBGB), die (auch) auf den Schutz individueller Interessen abzielt (*Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rn. 273 m.w.N.). Über § 823 Abs. 1 BGB hinaus umfasst § 823 Abs. 2 S. 1 BGB den Schutz von Rechtsgütern, die durch Vorschriften des Zivil-, Straf- oder öffentlichen Rechts geschützt werden, und unterstellt deren Verletzung der

Der „Schutzgesetz“-Charakter selbst bestimmt sich nach dem Inhalt und dem Zweck des Gesetzes, d.h. ob der Gesetzgeber einen Rechtsschutz zu Gunsten von Einzelpersonen oder Personengruppe gewollt oder mitgewollt hat.⁴⁴¹

Sowohl in der Literatur wie auch in der Rechtsprechung wird für eine angemessen restriktive Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 823 Abs. 2 BGB argumentiert, um zu vermeiden, dass § 823 Abs. 2 zu einer deliktischen Generalhaftung führt.⁴⁴² Insbesondere muss berücksichtigt werden, dass sich der Gesetzgeber mit § 823 Abs. 1 BGB und § 826 BGB grundsätzlich gegen eine Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden entschieden hat.⁴⁴³ So wird es beispielweise abgelehnt, dass die Vermeidung von reinen Vermögensschäden Dritter vom „Schutzzweck“ des § 130 OWiG (wonach eine Ordnungswidrigkeit vorliegt, wenn der Betriebs- oder Unternehmensinhaber die Maßnahmen zur Aufsicht unterlässt) umfasst ist und der „Schutzgesetz“-Charakter der Vorschrift deshalb verneint.⁴⁴⁴

Die Vorgaben von Branchenverbänden oder private Rechtsregeln (z.B. in Form von Satzungen privater Vereine, Berufsordnung, technische Regeln wie den DIN-Normen) haben keine Rechtsnormqualität.⁴⁴⁵ Somit können die Vorgaben des für Mitglieder des Bundesverbandes

deliktsrechtlichen Schadensersatzpflicht (*Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, §823 Rn. 263 m.w.N.; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 384; BGH NJW 1993, 1580). Der Schutzbereich des § 823 Abs. 2 S. 1 BGB umfasst – anders als § 823 Abs. 1 BGB – auch „reine Vermögensschäden“ (z.B. über die Strafnormen des Betrugs nach § 263 StGB), die auf fahrlässigem Verhalten beruhen (*Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, §823 Rn. 264). Die vorsätzliche Herbeiführung von Vermögensschäden ist sanktioniert mit § 826 BGB.

⁴⁴¹ BGH NJW 2004, 356, 357; BGH NJW 2014, 64; BGH NJW 2012, 1800, 1802.

⁴⁴² Hierzu: *Maier-Reimer*, NJW 2007, 3157 m.w.N.; *Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, §823 Rn. 373.

⁴⁴³ *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 386 m.w.N.; *Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, §823 Rn. 275 m.w.N.; BGH NJW 2012, 1800, 1802; BGH NJW 2008, 1734 (jeweils zur „Schutzgesetz“-Eigenschaft von Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes). Der 2. Zivilsenat stellt fest, dass es „[...] *sich vielmehr aus dem Gesamtzusammenhang des Normengefüges ergeben [muss], daß die Schaffung eines - unter Umständen zusätzlichen - Schadensersatzanspruchs tatsächlich vom Gesetz erstrebt wird, das heißt, daß ein solcher besonderer Schadensersatzanspruch sinnvoll und im Licht des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint [...]*“ (BGH NJW 1994, 1801, 1803 m.w.N.).

⁴⁴⁴ Der 2. Zivilsenat des BGH führt zur Begründung an, dass das „*Schutzgut dieser Vorschrift [...] in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit an der Schaffung und Aufrechterhaltung einer innerbetrieblichen Organisationsform [ist], mit der den von einem Unternehmen als der Zusammenfassung von Personen und Produktionsmitteln ausgehenden Gefahren begegnet wird. [...]*“ (BGH NJW 1994, 1801, 1803). Zweck des § 130 OWiG sei die Schließung einer Strafbarkeitslücke im Unternehmensgefüge, da über § 130 OWiG als Anknüpfungstat i.S.d. § 30 OWiG der Durchgriff zum Unternehmensträger ermöglicht wird (BGH NJW 1994, 1801, 1803 mit Verweis auf die Begr. des Gesetzentwurfs in BT-Drs. V/1269, S. 68 f.).

⁴⁴⁵ *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 57, § 826 Rn. 35a.

Deutscher Galerien und Kunsthändler e.V. („BDGV“) und für die Mitglieder des Kunsthändlerverband Deutschland e.V. selbstverpflichtenden „CINOA Code of Ethics“ bzw. der F.E.A.G.A-Charta oder der „Verhaltenskodex“ für Mitglieder des Bundesverbandes deutscher Kunstversteigerer (BDK) nicht als „Schutzgesetz“ i.S.d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB herangezogen werden.

2.2.1 Auswahl kunstmarktrelevanter Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB

Nachfolgend soll eine beispielhafte, nicht abschließende Auswahl zu den relevanten „Schutzgesetzen“ aus dem Strafrecht aufgezeigt werden, die aus Sicht des Kunsthändlers/Versteigerers risikorelevant sein können:

2.2.1.1 § 263 StGB Betrug

Im Zusammenhang mit dem Verkauf von Kunstgegenständen und dem Vorwurf des Käufers, über die Beschaffenheit des Kunstgegenstandes getäuscht worden zu sein, besteht vor allem das Risiko einer deliktischen Haftung des Verkäufers nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 263 StGB. Die Betrugsnorm nach § 263 StGB ist in ständiger Rechtsprechung des BGH als „Schutzgesetz“ i.S.d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB anerkannt.⁴⁴⁶ Der Schadensersatzanspruch des Käufers berechtigt ihn, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn die Täuschung nicht verübt worden wäre (§ 249 BGB).

2.2.1.2 § 259 StGB Hehlerei

Die Strafvorschrift der Hehlerei nach § 259 StGB wird als „Schutzgesetz“ anerkannt.⁴⁴⁷ Da sich der Kunsthändler bzw. der Versteigerer in Bezug auf die Herkunft des Kommissionsguts zunächst auf die Angaben des Einlieferers und die zu dem Werk übergebene Literatur verlassen muss, stellt diese Strafvorschrift im Kontext der deliktischen Haftung ein in der Praxis relevantes Rechtsrisiko dar.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ BGH NJW 2012, 601, 602; BGH NJW 1972, 36;

⁴⁴⁷ RGZ 94, 191, 192; *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 70 (mit Auflistung der in Frage kommenden Normen des StGB); *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 423; *Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, §823 Rn. 286b.

⁴⁴⁸ Siehe zu § 259 StGB ausführlich in Kapitel III.3.3.

2.2.1.3 § 261 StGB Geldwäsche und Verschleierung unrechtmäßig erlangter

Vermögenswerte

Ein weiteres relevantes „Schutzgesetz“ ist die Strafvorschrift der Geldwäsche und der Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte nach § 261 StGB.⁴⁴⁹ Die Tatbestandsalternativen des „Verschaffens“ nach § 261 Abs. 2 StGB und der Grundtatbestand der Geldwäsche nach § 261 Abs. 1 StGB (sowie der Tatbestand der leichtfertig begangenen Geldwäsche i.S.d. § 261 Abs. 5 StGB) werden als „Schutzgesetz“ i.S.d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB anerkannt.⁴⁵⁰ Die Vorschriften des § 261 Abs. 1 StGB und des § 261 Abs. 2 StGB dienen neben der Wahrung der Rechtspflege jedenfalls auch dem Schutz von Individualinteresse, nämlich dem Interesse des Geschädigten an der Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen den Vortäter.⁴⁵¹ Durch die Vorschriften soll auch die Wiedergutmachung des durch die Vortat entstandenen und durch die Geldwäsche perpetuierten Schadens auf dem Zivilrechtsweges ermöglicht werden.⁴⁵²

Da die Kunstmärkte verstärkt in den Fokus staatsanwaltlicher Ermittlungen wegen Geldwäsche geraten, ist zu erwarten, dass sich für die Kunstmarktakteure vor allem aus der leichtfertig begangenen Geldwäsche ein verstärktes deliktsrechtliches Haftungsrisiko über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 261 StGB entwickelt.

⁴⁴⁹ Die Vorschriften des Geldwäschegesetzes (GwG) werden von der Rechtsprechung hingegen nicht als „Schutzgesetze“ i.S.d. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB anerkannt. Der 11. Zivilsenat des BGH verweist in Bezug auf §§ 2, 8 GwG darauf, dass die Gesetzesmaterialien nicht ergeben, dass die Identifizierungs- und Anzeigepflichten des GwG nach dem Gesetzgeber jedenfalls auch die Vermögensinteressen desjenigen schützen sollen, der durch die Vortaten geschädigt wurde (BGH NJW 2008, 2245, 2249). „Ziel des Geldwäschegesetzes ist es vielmehr, die Weiterverwendung von Gewinnen aus Straftaten, insbesondere aus organisierter Kriminalität, zu unterbinden (BT-Drs. 12/2704, S. 1, 10)“ (BGH NJW 2008, 2245, 2249). Der 11. Zivilsenat des BGH verweist in Bezug auf § 11 GwG auf die Feststellung der Bundesregierung, dass der Hauptzweck sei, sachdienliche Hinweise für die Strafverfolgungsbehörden zu erlangen (BT-Dr 12/2747, S. 4; BGH NJW 2008, 2245, 2249).

⁴⁵⁰ BGH NJW 2013, 1158 ff. m.w.N.

⁴⁵¹ Für § 261 Abs. 1 StGB ergibt sich dies aus der Gesetzesbegründung zum Straftatbestand der Geldwäsche (BT-Dr 12/989, S. 27). Für § 261 Abs. 2 StGB ist der „Schutzzweck“ aus der Gesamtsystematik der Norm und dem Verhältnis zu Abs. 1 als Auffangtatbestand ebenfalls bejaht (BGH NJW 2013, 1158 m.w.N.; a.A. NJOZ KG 2010, 2164, 2165).

⁴⁵² BGH NJW 2013, 1158.

2.3 Haftungsrisiken aus § 824 BGB

Im Kontext mit öffentlichen Äußerungen des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers zur Integrität eines Einlieferers⁴⁵³ bzw. im Kontext von Äußerungen über Zweifel an der Authentizität eines von ihm eingelieferten Werkes, besteht das Risiko für den Kunsthändler/ Kunstversteigerer, nach § 824 BGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden.⁴⁵⁴ Nach § 1004 BGB kann der Betroffene außerdem einen Anspruch auf Unterlassung geltend machen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Rechtsprechung Feststellungen von Gutachtern in gutachterlichen Stellungnahme zur Echtheit eines Kunstgegenstandes regelmäßig als „Werturteile“ einstufen und somit einen Anspruch aus § 824 BGB verneinen.⁴⁵⁵

2.4 Haftungsrisiken aus § 826 BGB

Die Vorschrift des § 826 BGB schützt Personen vor reinen Vermögensschäden, für deren Ersatz jedoch strenge Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein müssen. So fordert § 826 BGB eine sittenwidrige Schadenszufügung und einen entsprechenden Schädigungsvorsatz.

Als „sittenwidrig“ (i.S.d. § 138 BGB) ist nach ständiger Rechtsprechung *„[...] ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt [...].“*⁴⁵⁶

Im Zusammenhang mit dem Verkauf von Kunst ist insbesondere das zum Verkauf führende Verhalten risikorelevant, wenn sich der Käufer darauf beruft, im Rahmen des Kaufgeschäfts „arglistig getäuscht“ worden zu sein. Nach herrschender Meinung stellt eine „arglistige

⁴⁵³ Bezieht sich die Äußerung auf einen anderen Kunsthändler/ Kunstversteigerer und wurde die Äußerung in Wettbewerbsabsicht getätigt, hat der Mitbewerber einen Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch nach § 8 bzw. 9 UWG i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 2 UWG (*Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth, BGB, § 824 Rn. 7 m.w.N.).

⁴⁵⁴ *Schack*, KUR 2017, 130, 133 m.w.N.; *Schack*, KUR 2015, 159, 165 m.w.N.; vgl.: LG Köln, Urteil vom 25.02.2013, Az. 24 O 374/12, BeckRS 2013, 07674, zur Frage von Unterlassungsansprüchen nach §§ 824, 1004 BGB wegen Aussagen zur fehlenden Echtheit Kunstwerken in Gutachten. Das Gericht stufte die Aussagen in dem Gutachten als Werturteile ein; ebenso: KG, Urteil vom 13.08.1993, Az. 5 U 2661/93, BeckRS 1993, 00874.

⁴⁵⁵ KG, Urteil vom 13.08.1993, Az. 5 U 2661/93, BeckRS 1993, 00874.

⁴⁵⁶ BGH NJW 2014, 1380 m.w.N.; *Teichmann*, in: Jauernig BGB, § 826 Rn. 4 m.w.N.

Täuschung“ regelmäßig eine „sittenwidrige Schädigung“ i.S.d. des § 826 BGB dar.⁴⁵⁷ Eine „arglistige Täuschung“ i.S.d. § 123 Abs. 1 BGB liegt vor, „wenn der Täuschende durch sein Verhalten beim Erklärungsgegner vorsätzlich einen Irrtum erwecken oder aufrechterhalten möchte“⁴⁵⁸. In Bezug auf die praxisrelevanten Besonderheiten zum Vorliegen einer arglistigen Täuschung durch Unterlassen und bei Erklärungen „ins Blaue“ hinein wird auf die Ausführungen in Kapitel III.1.4.1.6 Bezug genommen.

Der Anspruch nach § 826 BGB erfordert neben der (auch auf subjektiver Seite notwendigen) Sittenwidrigkeit einen Schädigungsvorsatz.⁴⁵⁹ Dies bedeutet, dass der Handelnde die Schädigung gekannt bzw. vorausgesehen und gewollt (d.h. „dolus directus“) oder billigend in Kauf genommen hat (d.h. „dolus eventualis“).⁴⁶⁰

Bei der Abgrenzung zwischen Fahrlässigkeit und dolus eventualis ist vor allem zu beachten, dass in ständiger Rechtsprechung bei leichtfertigem Verhalten ein Rückschluss auf bedingt-vorsätzliches Verhalten getätigt wird.⁴⁶¹ Im Zusammenhang mit dem Merkmal der Leichtfertigkeit sind die - bereits oben im Rahmen der Sittenwidrigkeit relevanten – Fälle der Erklärungen „ins Blaue“ zu beachten.⁴⁶² Jedoch muss auch hier nochmals angemerkt werden, dass es für einen seriösen Kunsthändler selbstverständlich ist, keine Angaben „ins Blaue“ zu machen. Auch wenn der Sittenwidrigkeit und Schädigungsvorsatz getrennt voneinander festgestellt werden, schließt die Rechtsprechung auf Grund des Vorliegens von Leichtfertigkeit auf ein sittenwidriges⁴⁶³ Handeln und sodann auf das Vorliegen eines

⁴⁵⁷ BGH NJW-RR 2005, 611, 612 m.w.N.; *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 826 Rn. 20.

⁴⁵⁸ *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, § 123 Rn. 13; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1993, 628, 629, zur wahrheitswidrigen Erklärung, das verkaufte Bild stamme aus dem Nachlass einer bestimmten Malerfamilie.

⁴⁵⁹ *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 826 Rn. 10; *Sack*, NJW 2006, 945 ff.; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 826 Rn. 24 ff.

⁴⁶⁰ I.S.d. „Wissens-“ und ein „Wollenselementes“ des Vorsatzes, BGH NJW-RR 2013, 550, 552 m.w.N.

⁴⁶¹ BGH NJW 2008, 2245, 2249 m.w.N.; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 826 Rn. 29 m.w.N.

⁴⁶² Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel III.1.4.1.6; OLG Düsseldorf NJW 1999, 1973, 1974.

⁴⁶³ Bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit sowie des Vorsatzes werden dem Unternehmen nach § 166 Abs. 1 BGB die Kenntnisse der Mitarbeiter, insbesondere der Repräsentanten, zugerechnet (BGH NJW NJW 1996, 1339, 1340; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 826 Rn. 35 m.w.N.).

bedingten Schädigungsvorsatzes.⁴⁶⁴ Die Leichtfertigkeit stellt für beide Tatbestandsmerkmale die Tatsachengrundlage dar.⁴⁶⁵

2.5 Haftungsrisiken aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB

Grundsätzlich haftet der Kunsthändler/ Kunstversteigerer (als Geschäftsherr) für Schäden, die seine Mitarbeiter als Verrichtungsgehilfen verursachen, nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB.⁴⁶⁶ Die deliktische Handlung des Geschäftsherrn ist dabei das Unterlassen der ordnungsgemäßen Auswahl des Verrichtungsgehilfen.⁴⁶⁷ Die Vorschrift des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB sieht die Möglichkeit einer Exkulpation vor. Unter anderem kann der Geschäftsherr darlegen, dass der Verrichtungsgehilfe sorgfältig ausgewählt wurde.⁴⁶⁸

2.6 Zusammenfassung und Stellungnahme

Zusammenfassend muss sich der Kunsthändler/ Kunstversteigerer bewusst machen, dass er unter bestimmten Umständen auch für Verhalten seiner Mitarbeiter nach den Normen des Deliktsrechts auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann.

Insgesamt muss jedoch festgestellt werden, dass das Haftungsrisiko im Zusammenhang mit deliktischem Verhalten von Mitarbeitern geringer einzuschätzen ist, als beispielsweise das oben dargelegte Haftungsrisiko im Zusammenhang mit einer schuldrechtlichen Inanspruchnahme (z.B. aus Kaufvertrag) wegen Verletzung von Due-Diligence-Pflichten.

⁴⁶⁴ BGH NJW 1991, 3282, 3283; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 826 Rn. 30 m.w.N.

⁴⁶⁵ *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 826 Rn. 30 m.w.N.

⁴⁶⁶ Die deliktische Haftung nach dem BGB stellt grundsätzlich eine Individualhaftung dar, wonach der Geschäftsherr nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB wegen der Verletzung seiner Verkehrspflicht bei der Auswahl bzw. dem Einsatz von Verrichtungsgehilfen haftet (*Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 831 Rn. 1).

⁴⁶⁷ *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 831 Rn. 1.; *Altmeyden*, ZIP 2016, 97, 99 m.w.N.

⁴⁶⁸ BGH NJW 2003, 288, 289 f. Im Bereich des Kunsthandels wird auf Grund der besonderen Vertrauensstellung zu den Kunden wohl von einem hohen Sorgfaltsstandard auszugehen sein: Der Maßstab der anzuwendenden Sorgfalt richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Risikoniveau der Tätigkeit für Rechtsgüter Dritter (BGH NJW 2003, 288, 289 f.; BGH NJW-RR 1996, 867, 868). Begründet die Tätigkeit eines Unternehmens typischerweise besondere Gefahren für die Rechtsgüter anderer, ist die sorgfältige Auswahl der mit den Aufgaben betrauten Personen eine wesentliche Verkehrspflicht des Unternehmens (BGH NJW 2013, 3366, 3368; BGH NJW 2008, 758, 762).

3. Branchenspezifische Rechtsrisiken nach dem deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Der Kunstfälscher verkörpert in der öffentlichen Wahrnehmung sicher am stärksten die Verbindung zwischen Strafrecht und Kunst.⁴⁶⁹ Für die Betrachtung der rechtlichen Risiken aus Sicht des legalen Kunst- und Kunstauktionshandels ist die Strafbarkeit des Kunstfälschers und das Bestehen von „illegalen Kunstmärkten“⁴⁷⁰, auf denen neben Fälschungen, vor allem Originalwerke illegaler Herkunft (z.B. illegal aus-/ eingeführte Kunstwerke, Diebesgut) gehandelt werden, an dieser Stelle nur von nachrangigem Interesse.

Die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Risikoanalyse aus Sicht des legalen Kunst- und Kunstauktionshandels sucht vielmehr nach möglichen Berührungspunkten der illegalen mit den legalen Kunstmärkten. Diese Berührungen können sich entweder ergeben, indem dem Kunsthändler/ Kunstversteigerer ein inkriminiertes Handelsgut als Kommissionsgut zum Verkauf eingeliefert wird, oder durch inkriminierte Vermögenswerte, mit denen vom Kunsthändler bzw. Versteigerer angeboten Kunstgegenstände erstanden werden.

Für beide Fallgruppen wählen Kriminelle bevorzugt das Kommissionsmodell zur Durchführung der Kunsttransaktionen. Grund dafür ist – wie bereits mehrfach erwähnt – die im Kommissionsmodell weithin gepflegte Anonymität von Einlieferer und Erwerber.

Kommt es zu den vorgenannten Berührungspunkten, sind Kunsthändler und Versteigerer (bzw. deren Mitarbeiter) dem erheblichen Risiko ausgesetzt, sich im Rahmen der von ihnen (als Kommissionär) durchgeführten Kunsttransaktionen durch fahrlässige Unkenntnis oder billigendes In-Kauf-Nehmen einer illegalen Herkunft selbst zu inkriminieren.⁴⁷¹

Besonders risikorelevant für das Alltagsgeschäft von Kunsthändlern/ Versteigerern sind in diesem Zusammenhang z.B. die Tatbestände des Betruges (§ 263 StGB), der Hehlerei (§ 259

⁴⁶⁹ Er ist „Produzent“ des Handelsgutes „Kunstfälschung“ (Zum Begriff der „Kunstfälschung“ und den straf-, urheber- und gewährleistungsrechtlichen Implikationen ausführlich: *Schack*, KUR 2015, 159 ff.). Der Kunstfälscher selbst macht sich regelmäßig eines Betruges nach § 263 StGB oder einer Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar.

⁴⁷⁰ Vgl. dazu z.B. *Schack*, 2017, S. 71 Rn. 129 ff. m.w.N.

⁴⁷¹ In diesem Zusammenhang muss auch auf die Vorschrift des § 6 Abs. 2 Nr. 3 lit. e.) GmbHG hingewiesen werden, wonach ein Geschäftsführer bei Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer Betrugstat für 5 Jahre von der Geschäftsführertätigkeit ausgeschlossen wird.

StGB) und der Geldwäsche (§ 261 StGB). Diese Auswahl ist jedoch nicht als abschließend zu betrachten.⁴⁷²

Das Ziel einer Analyse der straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Risiken (und den darauf aufbauenden Compliance-Maßnahmen) sollte es stets sein, bereits die Risiken einer Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zu erkennen und zu minimieren. Deshalb soll der Schwerpunkt der nachfolgenden Darstellung auf den objektiven Tatbestandsvoraussetzungen liegen:

3.1 Betrug nach § 263 StGB

Die Strafbarkeit wegen Betrugs setzt nach § 263 Abs. 1 StGB das Vorliegen einer Täuschungshandlung, die Erregung eines Irrtums und eine daraus resultierende Vermögensverfügung des Getäuschten, die bei ihm zu einem Vermögensnachteil führt, voraus. Der Täuschende muss einen Vorsatz in Bezug auf die Täuschungshandlung und die Absicht haben, eine rechtswidrige Bereicherung zu erlangen.

Im Zusammenhang mit dem Verkauf von Kunstgegenständen ist der relevanteste Fall die Strafbarkeit des Verkäufers wegen Betrugs durch Unterlassen⁴⁷³ auf Grund des Verschweigens des Wissens um die Unechtheit des Kunstgegenstandes oder von erheblichen Zweifeln an dessen Echtheit (die z.B. wegen eines ungünstigen Gutachtens angebracht sind).⁴⁷⁴ Für das

⁴⁷² Im Kontext des Kunst- und Auktionshandels können beispielweise die Straftatbestände der Unterschlagung (§ 246 StGB), der üblen Nachrede (§ 186 StGB) bzw. der Verleumdung (§ 187 StGB) einschlägig werden. Auch die Straf- und Bußgeldvorschriften des UWG, z.B. die strafbare Werbung nach § 16 UWG, können im Kontext der Vermarktung eines gefälschten Werkes unter Vortäuschung der Echtheit einschlägig sein (vgl. hierzu Sandmann, 2004, S. 161 ff m.w.N.). Auf eine Darstellung wird auf Grund der geringeren, kunstmarktbezogenen Besonderheiten jedoch im Rahmen dieser Arbeit verzichtet.

⁴⁷³ Im Rahmen der unechten Unterlassendelikte bedarf es zur Gleichstellung von Unterlassen mit aktivem Tun einer rechtlichen Handlungspflicht, die Begehung der Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu verhindern (§ 13 Abs. 1 StGB bzw. § 8 OWiG); diese Handlungspflicht ergibt sich aus der sog. Garantstellung (BGH NJW 2010, 1087, 1090 m.w.N.; *Heuchemer*, in: BeckOK, StGB, § 13 Rn. 33 m.w.N.). Der 4. Strafsenat stellt fest, dass sich eine rechtliche Handlungspflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB nicht allein aus vertraglichen Pflichten aus gegenseitigem Rechtsgeschäft (z.B. den sich aus § 242 BGB ergebenden vorvertragliche Aufklärungspflichten) ergibt, sondern es hierzu des Vorliegens einer „[...] über das bloße Vertragsverhältnis hinausgehende Vertrauensbeziehung [...]“ bedarf (BGH NJW 1994, 950, 951 m.w.N.; BGH NStZ 2010, 502 ff.; *Stree/Bosch*, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 13 Rn. 59 m.w.N.). So macht sich ein Verkäufer nicht nach §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB wegen Betruges durch Unterlassen strafbar, wenn er den Käufer eines Gebäudes nicht im Vorfeld über einen früheren Schimmelbefall aufklärt (OLG Bamberg NStZ-RR 2012, 248, 250 m.w.N.).

⁴⁷⁴ Schack, 2017, S. 73 Rn. 134 m.w.N.

Bestehen einer Pflicht zur Aufklärung ist eine „[...] von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängige und nach Abwägung der Interessenlage und des Verantwortungsbereichs der Beteiligten zu bestimmende Garantenstellung und –pflicht [...]“⁴⁷⁵ vorausgesetzt. Wie oben bereits dargelegt, kommt dem Kunsthändler eine besondere Vertrauensstellung auf Grund seiner besonderen Sachkennerschaft zu, weshalb auch vor dem Hintergrund der nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bestehenden Aufklärungspflicht von einer entsprechenden Garantenstellung auszugehen ist.⁴⁷⁶

Die oben beschriebene Aufklärungspflicht bezüglich bestehender Zweifel am Werk ist für einen seriösen Kunsthändler selbstverständlich. Insofern ist das aus § 263 StGB entstehende Haftungsrisiko für den seriösen Kunsthändler/ Kunstversteigerer relativ gering.

3.2 Gebrauch einer unechten Urkunde nach § 267 Abs. 1 StGB

Nach § 267 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und mit Geldstrafe bedroht, wer „[...] zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht [...]“.⁴⁷⁷ Nach § 267 Abs. 3 Nr. 1 StGB kann das Risiko der Annahme eines besonders schweren Falls wegen Gewerbsmäßigkeit bestehen

Für Kunsthändler/ Kunstversteigerer kommt dieser Strafvorschrift deshalb große Relevanz zu, da die Vorschrift des § 267 Abs. 1 Alt. 3 StGB das „Gebrauchmachen von einer unechten oder verfälschten Urkunde“ unter Strafe stellt, was stets dann relevant wird, wenn der Kunsthändler/ Kunstversteigerer gefälschte Kunstwerke, gefälschte Echtheitszertifikate eingeliefert bekommt und sie Kaufinteressenten vorlegt.⁴⁷⁸ Relevant ist dabei vor allem die

⁴⁷⁵ BGH NStZ-RR 2012, 248 m.w.N.

⁴⁷⁶ Ebenso: Sandmann, 2004, S. 133 ff. m.w.N.; Schack, 2017, S. 73 Rn. 134 m.w.N.. Die Rechtsprechung lässt vertragliche Pflichten (auch aus Treu und Glauben entstehende Aufklärungspflichten) nicht ohne weiteres für die Begründung einer Garantenpflicht i.S.d. § 13 StGB ausreichen (BGH NStZ 2010, 502; OLG NStZ-RR 2012, 248).

⁴⁷⁷ Der Schutzzweck der Vorschrift des § 267 StGB soll nach herrschender Meinung die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs sein, insbesondere des Beweisverkehrs (mit Urkunden). (BGH NJW 1952, 231 ff.; Weidemann, in: BeckOK, StGB, § 267 Rn. 2 m.w.N.; Heine/Schuster, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 267 Rn. 1 m.w.N.).

⁴⁷⁸ Um sich wegen „Gebrauchmachen“ von einer unechten oder gefälschten Urkunde nach § 267 Abs. 1 Alt. 3 StGB strafbar zu machen, müsste der Kunsthändler bzw. Versteigerer zumindest billigend in Kauf nehmen, dass das signierte Kunstwerk im Rechtsverkehr besonderes Vertrauen genießt und dass es sich um ein

strafrechtliche Einordnung von signierten Kunstwerken als „Urkunde“ i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB:

3.2.1 Das signierte Kunstwerk als unechte oder gefälschte „Urkunde“

Urkunden i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB „[...] sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen [...]“⁴⁷⁹

Grundsätzlich ist anerkannt, dass Kunstgegenstände selbst (z.B. ein Gemälde, eine Zeichnung, eine Skulptur, eine Druckgraphik⁴⁸⁰) keine Urkundenqualität i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB haben⁴⁸¹, sondern diese erst vorliegt, wenn das Werk mit einem Signum, einem Künstlerkürzel oder einem im Verkehr bekannten Künstlerzeichen⁴⁸² versehen ist, denn nur dadurch ist die Voraussetzung der Erkennbarkeit des Ausstellers erfüllt.⁴⁸³

Ist ein Kunstwerk nicht signiert, ist die Urkundenqualität i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.⁴⁸⁴ Dies gilt ebenso, wenn das Kunstwerk besondere gestalterische Eigenarten des Künstlers (d.h. eine besondere Malart, ein besondere Sujet) aufweist. Auch wenn das Werk dadurch einem bestimmten Künstler zugeordnet werden könnte, so enthält es dennoch keine

Falsifikat handelt (BGH NStZ 1999, 619, 620; *Weidemann*, in: BeckOK, StGB, § 267 Rn. 28 m.w.N.). Des Weiteren muss er die Absicht haben, dieses zur Täuschung im Rechtsverkehr zu verwenden (*Weidemann*, in: BeckOK, StGB, § 267 Rn. 29 m.w.N.).

⁴⁷⁹ BGH NStZ 2011, 91 m.w.N.; ausführlich zum Begriff der „Urkunde“: *Heine/Schuster*, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 267 Rn. 2 ff. m.w.N.

⁴⁸⁰ Aus der Signatur einer Druckgraphik wird der Rechtsverkehr ableiten, dass „*der signierende Künstler [...] am Herstellungsproze[ss] wenigstens mit maßgeblichem Einfluss beteiligt gewesen [sei]*“ (Löffler, NJW 1993, 1421, 1424 m.w.N.).

⁴⁸¹ *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1423 m.w.N.; *Schack*, KUR 2015, 161 m.w.N.

⁴⁸² Zur Verletzung des postmortalen allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Künstlers durch ein gefälschtes Werk mit gefälschter Signatur und zum Anspruch nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG auf Entfernung der Signatur: BGH NJW 1990, 1986 – *Emil Nolde*.

⁴⁸³ OLG Frankfurt a.M. NJW 1970, 673, 674; Ausführlich hierzu: Locher, 1970, S. 175 ff. m.w.N.; *Schack*, 2017, S. 32 Rn. 54, 55 ff. m.w.N.; *Schack*, KUR 2015, 161 m.w.N.; *Sandmann*, 2004, S. 27 ff., 30 ff. m.w.N.; *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1423 m.w.N..

⁴⁸⁴ *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1423 m.w.N.; *Schack*, KUR 2015, 161 m.w.N.; *Schack*, 2017, S. 32 Rn. 54, Rn. 55 ff. m.w.N..

Angabe zu dessen Urheber.⁴⁸⁵ Der Schutz vor der Fälschung besonderer Charakteristika eines Künstlers ist gerade nicht vom Schutzzweck der Norm (Schutz des Beweisverkehrs mit Urkunden) umfasst.

Eine Urkunde ist unecht, wenn sie nicht von dem Aussteller stammt, der auf der Urkunde als solcher bezeichnet ist.⁴⁸⁶ Der Rechtsverkehr wird dadurch über die Identität des Ausstellers getäuscht.⁴⁸⁷ Unerheblich für die „Unechtheit“ ist, ob der erklärte Inhalt richtig ist.⁴⁸⁸

Wie aus einem signierten Kunstwerk eine „unechte Urkunde“ i.S.d. § 267 Abs. 1 Alt. 1 StGB bzw. eine „verfälschte Urkunde“ i.S.d. § 267 Abs. 1 Alt. 2 StGB hergestellt wird, ist im Rahmen der Analyse der rechtlichen Risiken für Kunsthändler/ Kunstversteigerer von nachrangiger Bedeutung. Der Prozess wird deshalb nur in aller Kürze dargestellt:

Die „Herstellung“ einer unechten Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 Alt. 1 StGB liegt vor, wenn ein eigenes oder fremdes unsigniertes Werk mit einem fremden (auch frei erfundenen) Signum versehen wird.⁴⁸⁹ Das Anbringen des eigenen Signums auf einem fremden Werk (was der Künstler Camille Corot zur Unterstützung von Kollegen tat, die weniger erfolgreich waren) stellt keine Urkundenfälschung i.S.d. § 267 Abs. 1 Alt. 1 StGB dar.⁴⁹⁰

Die „Verfälschung“ einer echten Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 Alt 2 StGB liegt vor, wenn die bestehende Signatur auf einem Kunstwerk verändert oder ersetzt wird.⁴⁹¹ *Locher* führt als

⁴⁸⁵ Sandmann, 2004, S. 29 m.w.N.; *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1423 m.w.N.; Würtenberger, 1951, S. 105 ff. m.w.N.; a.A.: *Locher*, 1970, S. 175 ff. m.w.N., der einen Urkundencharakter für unsignierte Kunstwerke für denkbar hält, wenn das Kunstwerk über besondere gestalterische Charakteristika, die in den Verkehrskreisen bekannt sind, einem Künstler zugeordnet werden kann (als Beispiel nennt er den „berühmten zeichenhaften Kopf des späten Jawlensky“).

⁴⁸⁶ *Heine/Schuster*, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 267 Rn. 48 m.w.N.

⁴⁸⁷ BGH NJW 1985, 2487; *Heine/Schuster*, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 267 Rn. 48 m.w.N.

⁴⁸⁸ *Heine/Schuster*, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 267 Rn. 48 m.w.N.

⁴⁸⁹ OLG Frankfurt a.M. NJW 1970, 673, 674; *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1424 m.w.N.; Schack, 2017, S. 33 Rn. 55 m.w.N..

⁴⁹⁰ Es handelt sich vielmehr um eine nicht unter § 267 StGB fallende schriftliche Lüge des erkennbaren Ausstellers der Urkunde (*Heine/Schuster*, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 267 Rn. 52 m.w.N.; *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1424 m.w.N.; Schack, 2017, S. 33 Rn. 55 m.w.N.; unzutreffend: *Locher*, 1970, S. 178, wenn er eine Urkundenfälschung annimmt, bei Verwendung des eigenen Signums bei einem fremdem Werk).

⁴⁹¹ Schack, 2017, S. 33 Rn. 55 m.w.N.; Sandmann, 2004, S. 43 m.w.N.; *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1425 m.w.N.; *Locher*, 1970, S. 178, 179 m.w.N.

Beispiel die Veränderung der Signatur eines unbekanntes Künstlers in das Monogramm „A.D.“ (für Albrecht Dürer) unter einem Kupferstich an.⁴⁹²

Eine „Verfälschung“ i.S.d. § 267 Abs. 1 Alt. 2 StGB ist zu bejahen, wenn nicht die Signatur sondern die Jahreszahl neben der Signatur verändert wird, um das Werk einer anderen Periode im Schaffen des Künstlers zuzuordnen.⁴⁹³ Schließlich kann eine Verfälschung dadurch vorliegen, dass die originale Signatur bestehen bleibt, aber der Rest des Kunstwerkes verändert wird⁴⁹⁴, z.B. indem eine Akademiearbeit von Paul Klee unter Bewahrung der Signatur abgewaschen und ein „später Paul Klee“ auf demselben Malgrund aufgebracht wird.⁴⁹⁵

3.2.2 Tathandlung des „Gebrauchmachens“

Ein „Gebrauchmachen“ i.S.d. § 267 Abs. 1 Alt. 3 StGB liegt vor, wenn die unechte oder gefälschte Urkunde „[...] demjenigen, der durch sie getäuscht werden soll, so zugänglich [ge-]macht [wird], da[ss] dieser sie wahrnehmen kann [...]“⁴⁹⁶.

Für den als Kommissionär handelnden Kunsthändler/ Kunstversteigerer kann es damit strafrechtlich relevant werden, wenn ihm ein signiertes Kunstwerk, das als unechte oder gefälschte Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 Alt. 1, Alt. 2 StGB einzustufen ist, eingeliefert wird und er dieses Interessenten zum Kauf anbietet bzw. weiterverkauft.

Übernimmt der Kunsthändler bzw. der Versteigerer den Verkauf und macht das Kunstwerk dem potentiellen Interessenten beispielsweise durch Ausstellung im Verkaufsraum zugänglich, ist darin die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 267 Abs. 1 Alt. 3 StGB zu sehen.⁴⁹⁷

Das Risiko eines „Gebrauchmachens“ wird dadurch noch erhöht, dass der BGH außerdem eine mittelbare Wahrnehmung durch den Dritten, etwa durch Vorzeigen einer Fotokopie (oder

⁴⁹² Locher, 1970, S. 179; dieses Beispiel aufgreifend: *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1424.

⁴⁹³ Würtenberger, 1951, S. 110 m.w.N.; Schack, 2017, S. 33 Rn. 55 m.w.N.

⁴⁹⁴ Locher, 1970, S. 179; kritisch hierzu: *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1425.

⁴⁹⁵ Beispiel nach Locher, 1970, S. 179; zu dieser Frage ausführlich: Sandmann, 2004, S. 44 ff. m.w.N.

⁴⁹⁶ BGH NJW 1989, 1099, 1100 m.w.N.; BGH, Beschluss vom 24.01.2013, Az. 3 StR 398/12, BeckRS 2013, 03331; *Weidemann*, in: BeckOK, StGB, § 267 Rn. 27 m.w.N.

⁴⁹⁷ Ebenso: *Löffler*, NJW 1993, 1421, 1425.

eines sonstigen Abbildes) der unechten Urkunde, für das Vorliegen eines Zugänglichmachens ausreichen lässt.⁴⁹⁸ Die Literatur sieht in dieser Behandlung des sekundären Mediums als Tatobjekt des § 267 Abs. 1 Alt. 3 StGB zu Recht einen dogmatischen Bruch und fordert, dass ein „Gebrauchmachen“ nur dann angenommen wird, wenn dem Dritten das originäre Falsifikat selbst „[...] zur unmittelbaren optischen Wahrnehmung zugänglich gemacht wird [...]“⁴⁹⁹. Auf Grund der dargelegten Ansicht des BGH muss jedoch das Risiko, dass die mittelbare Zugänglichmachung durch Abbildung des originären Falsifikats in einem Katalog als „Gebrauchmachen“ eingestuft wird, dringend bei der Risikoanalyse berücksichtigt werden.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang das Risiko einer Begehung durch Unterlassen i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB. Wie oben dargelegt, ist dafür eine Garantenpflicht erforderlich⁵⁰⁰. Eine solche Garantenpflicht (als Überwachergarant aus Ingerenz) kommt dem Kunsthändler bzw. dem Versteigerer zu, wenn er Kenntnis davon erlangt, dass es sich bei dem von ihm angebotenen (evtl. im Verkaufs- bzw. Versteigerungskatalog veröffentlichten) Kunstwerk um eine Fälschung handelt bzw. das Kunstwerk fälschlicherweise das Signum eines bestimmten Künstlers trägt.⁵⁰¹ Er hat die Pflicht, zu verhindern, dass das Falsifikat weiter im Rechtsverkehr angeboten wird. Folgt man der o.g. Ansicht des BGH zur mittelbaren Zugänglichmachung, darf der Kunsthändler/ Kunstversteigerer die Abbildung des Kunstgegenstandes insbesondere nicht weiter im Katalog belassen.⁵⁰²

3.2.3 Zusammenfassung und Stellungnahme

Zusammenfassend entsteht über die oben beschriebene Möglichkeit, den Tatbestand des Gebrauchmachens einer gefälschten Urkunde über dessen Abbildung im Auktionskatalog zu erfüllen, aus § 267 StGB ein strafrechtliches Risiko, das bei der Einlieferung und bei der

⁴⁹⁸ BGH, Beschluss vom 02.05.2001, Az. 2 StR 149/01 BeckRS 2001, 04983 (Vorlegen der beglaubigten Kopie eines gefälschten Examenszeugnisses); BGH NJW 1978, 2042, 2043 (Bewerbung mit Kopien eines gefälschten polizeilichen Führungszeugnisses); BGH NJW 2016, 884.

⁴⁹⁹ Erb, in: MüKo, StGB, § 267 Rn. 198 m.w.N.; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 267 Rn. 23 m.w.N. Vor diesem Hintergrund kann die Annahme der „Zugänglichmachung“ durch Übersendung eines Lichtbildes des Kunstwerkes an einen Kaufinteressenten bzw. durch Abdruck eines Lichtbildes im Verkaufs- oder Auktionskatalog zu Recht kritisch gesehen werden (Ein „Gebrauchmachen“ bejahend: Würtenberger, 1951, S. 112 mit Verweis auf: RGSt 69, 230; Locher, 1970, S. 180; Löffler, NJW 1993, 1421, 1425; ablehnend: Schack, 2017, S. 33 Rn. 55 m.w.N.).

⁵⁰⁰ Zur Garantenpflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB ausführlich in Kapitel III.3.5.

⁵⁰¹ Lynen, 2013, S. 155; Locher, 1970, S. 181.

⁵⁰² Lynen, 2013, S. 155; Locher, 1970, S. 181.

Vorbereitung des Verkaufs zu beachten ist. Insbesondere muss unverzüglich reagiert werden, wenn im Zusammenhang mit dem Kunstgegenstand ein solcher Fälschungsverdacht entsteht. Der Kunstgegenstand darf dann nicht zum Verkauf angeboten werden, Abbildungen im Verkaufskatalog müssten entfernt werden.

3.3 Hehlerei nach §§ 259 StGB

Die Strafvorschrift der Hehlerei nach § 259 Abs. 1 StGB bekommt aus Sicht des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers Relevanz, sobald ein gestohlener Kunstgegenstand als Kommissionsgut eingeliefert wird. Und sodann an einen (im Rahmen des Kommissionsgeschäftes oftmals anonymen bleibenden) Käufer veräußert wird.⁵⁰³

Nach § 259 Abs. 1 StGB wird derjenige mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, der *„eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft, um sich oder einen Dritten zu bereichern“*. Mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer die Hehlerei gewerbsmäßig begeht, § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB.⁵⁰⁴

3.3.1 Tatobjekt und Tathandlung i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB

Der als Kommissionär handelnde Kunsthändler/ Kunstversteigerer läuft in diesem Fall Gefahr, durch Weiterverkaufen des Kunstgegenstandes die objektiven Voraussetzungen einer Tathandlung der Hehlerei i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB bzw. bereits durch Annahme der eingelieferten Ware einen strafbaren Versuch nach §§ 259 Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB zu begehen.

⁵⁰³ Die Vorschrift des § 259 Abs. 1 StGB ist ein Vermögensdelikt und soll das Opfer vor einer Perpetuierung des durch die Vortat eingetretenen rechtswidrigen Zustands schützen (*Stree/Hecker*, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 259 Rn. 1 m.w.N.; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 259 Rn. 1 m.w.N.).

⁵⁰⁴ Eine Ähnlichkeit in der Tathandlung weist der Tatbestand der sog. Steuerhehlerei nach § 374 AO auf, der ebenfalls den Ankauf, das Sich oder einem Dritten Verschaffen sowie das Absetzen bzw. die Absatzhilfe beinhaltet. Vortat i.S.d. § 374 Abs. 1 AO ist die Hinterziehung von Verbrauchsteuern oder Ein- oder Ausfuhrzöllen. Auf eine weiterführende Darstellung der Steuerhehlerei nach § 374 AO wird verzichtet.

Als geeignetes Tatobjekt der Hehlerei i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB muss der Kunstgegenstand aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat erlangt sein.⁵⁰⁵

Er muss also gestohlen (§§ 242 StGB) worden sein oder beispielsweise aus einer Unterschlagung (§ 246 StGB), Betrug (§ 263 StGB) oder einer Hehlerei (als sog. Kettenhehlerei⁵⁰⁶) stammen.⁵⁰⁷

Beim als Kommissionär handelnden Kunsthändler/ Kunstversteigerer, der durch Einlieferung des Kunstgegenstandes zunächst Besitz an diesem erlangt, um den Kunstgegenstand dann selbstständig auf Rechnung des Einlieferers an den Käufer weiterzugeben, ist die objektive Tatbestandsvariante des „Absetzens“ i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB gegeben.⁵⁰⁸ Der BGH fordert für die „Absatz“-Hehlerei ein selbständiges Unterstützen des Vortäters (durch Entwicklung selbständiger Absatzbemühungen) in Abgrenzung zur „Absatz-Hilfe“, die ein unselbständiges Handeln, d.h. ein Gebundensein an feste Absprachen mit dem Vortäter, voraussetzt.⁵⁰⁹ Ein

⁵⁰⁵ Auf subjektiver Ebene fordert § 259 Abs. 1 StGB zumindest das Vorliegen eines bedingten Vorsatzes in Bezug auf die objektiven Tatbestandsmerkmale (*Stree/Hecker*, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 259 Rn. 39 m.w.N.; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 259 Rn. 16 m.w.N.; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 259 Rn. 40 m.w.N.). Es bedarf also eines bedingten Vorsatzes, dass die Sache aus einer rechtswidrigen, gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat stammt (BGH NStZ-RR 2013, 78, 79; BGH NJW-RR 2000, 106). Zusätzlich fordert der subjektive Tatbestand das Vorliegen einer Absicht (i.S. eines *dolus directus* 1. Grades), sich oder einen Dritten durch den Absatz zu bereichern, d.h. eine Vermögensvorteil zu verschaffen, worunter bereits der einfache Gewinn beim Weiterverkauf fällt (*Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 259 Rn. 43 ff. m.w.N.).

⁵⁰⁶ Eine sog. „Kettenhehlerei“ liegt vor, wenn der „Zwischenhehlerei“ eine eigene Verfügungsgewalt über die Sache hatte und nicht nur „Absetzer“ oder „Absatzhelfer“ ist (*Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 259 Rn. 9.1 m.w.N.). So auch der 3. Strafsenat des BGH in dem BGH, Beschluss vom 20.01.1999, Az. 3 StR 571–98 (BGH NStZ 1999, 351; Sandmann, 2004, S. 155 ff.): In dem Beschluss ging es um ein gefälschtes Gemälde von Eduard Manet, dessen Verkauf der Angeklagte gemäß Auftrag des Mitangeklagten V gegen Provision vermitteln sollte. Laut Angabe des Mitangeklagten hatte er das Gemälde vom Eigentümer erhalten, mit der Erklärung, es halte sich um sog. Beutekunst. Ob dies tatsächlich stimmte, konnte gerichtlich nicht geklärt werden. Der Anklagte wurde schließlich überführt, weil er das Gemälde einem verdeckten Ermittler anbot. Eine Stellung des Mitangeklagten als Zwischenhändler wurde vom Senat verneint, da dieser keine eigene Verfügungsgewalt über das gefälschte Gemälde erhalten hat. Eine Verurteilung des Angeklagten wegen versuchter Hehlerei schied somit aus, da es an einer Vortat in Form der Hehlerei des Mitangeklagten V fehlte.

⁵⁰⁷ *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 259 Rn. 9.1 m.w.N.

⁵⁰⁸ *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 259 Rn. 30 m.w.N.; da im Rahmen des Kommissionsgeschäftes der Besitz Übergangsweise auf den Kommissionär (als Hehler) übergeht, liegt kein „Drittverschaffen“ i.S.d. § 259 StGB vor, weil dafür der Besitz vom Vortäter direkt auf den Dritten übergehen müsste (BGH NStZ-RR 2012, 247, 248). Da der Kommissionär selbstständig handelt, liegt zudem nicht die Alternative der „Absatzhilfe“ i.S.d. § 259 StGB vor (*Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 259 Rn. 30 m.w.N.).

⁵⁰⁹ BGH NJW 1977, 205 (Weiterverkauf von vier gestohlenen Gemälden); BGH NStZ 1983, 455 (Aufbewahren einer 1,9 Mio. teuren, gestohlenen Briefmarkensammlung zur späteren Veräußerung).

selbständiges Unterstützen sieht der BGH bei Verkaufskommissionären als gegeben an.⁵¹⁰ Eine andere Auffassung sieht im Verkaufskommissionär einen „Absatzhelfer“.⁵¹¹ Die Zuordnung ist in der Praxis in der Regel ohne Auswirkung, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es nach inzwischen übereinstimmender Meinung der Strafsenate des BGH zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes des „Absetzens“ und des „Absetzenthelfens“ der Feststellung eines Absatzerfolges (d.h. den erfolgreichen Verkauf des Kunstgegenstandes) bedarf; bei erfolgloser Absatzbemühung liegt nur der Versuch einer Hehlerei vor.⁵¹²

Für den als Verkaufskommissionär handelnden Kunsthändler bzw. den Versteigerer ist relevant, dass die Rechtsprechung das unmittelbare Ansetzen (d.h. den Beginn des strafbaren Versuchs, §§ 259 Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB) bei der Tatbestandsvariante des selbständigen „Absetzens“ bereits bei Übernahme des gestohlenen Gegenstandes in Verkaufskommission annimmt.⁵¹³

In Bezug auf die Leitungsperson des Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens kommt auch im Rahmen des § 259 Abs. 1 StGB eine Tatbeteiligung durch Unterlassen in Frage.⁵¹⁴ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Leitungsperson Kenntnis davon erlangt hat, dass ein Mitarbeiter gestohlene Kunstgegenstände als Kommissionsgut annimmt und diese verkauft. Da die Leitungsperson die Garantenpflicht hat, die Begehung einer „Absatz“-Hehlerei durch einen Mitarbeiter zu verhindern, würde sich die Leitungsperson bei Nichteinschreiten wegen Beihilfe i.S.d. § 27 StGB zur „Absatz“-Hehlerei des Mitarbeiters strafbar machen. Für die Leitungsperson besteht aber auch ein strafrechtliches Risiko, wenn der den Verkauf durchführende Mitarbeiter mangels Vorsatz keine strafbare Hehlerei begeht. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn die Leitungsperson Kenntnis von der Einlieferung eines

⁵¹⁰ BGH NJW 1977, 205 m.w.N.; BGH NJW 1976, 1698 m.w.N.; BGH, Beschluss vom 28.04.1993, Az. 2 StR 181/92, BeckRS 1993, 08271; BGH, Beschluss vom 15.09.2005, Az. 3 StR 282/05, BeckRS 2005, 11891; *Walter*, in: Leipziger Kommentar, StGB, § 259 Rn. 51.

⁵¹¹ BGH, 06.11.1978, 2 StR 587/78; Fischer, § 259 Rn. 20; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 259 Rn. 15.

⁵¹² In seinem Beschluss vom 14.05.2013 (BGH NStZ 2013, 584, 585) gab der 3. Senat die langjährige Rechtsprechung auf, für die vollendete Absatz-Hehlerei keinen Absatzerfolg zu fordern. Der 1., 2., 4. und 5. Strafsenat folgten dieser Rechtsprechung in der Folgezeit (*Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 259 Rn. 29 m.w.N.). Zu beachten aber, dass der 2. Strafsenat bereits in seiner Entscheidung vom 26.05.1976, Az. 2 StR 634/75, einen Absatzerfolg forderte (BGH NJW 1976, 1698).

⁵¹³ BGH NStZ 2008, 152, 153; BGH NJW 1989, 1490.

⁵¹⁴ Zur Hehlerei durch „Absetzen“ bzw. „Absetzenthelfen“ durch Unterlassen: *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 259 Rn. 36 m.w.N.; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 259 Rn. 38 m.w.N.

gestohlenen Kunstgegenstandes erlangt und den Verkauf durch den unwissentlich handelnden Mitarbeiter nicht verhindert. Hier besteht das Risiko, dass sich die Leitungsperson wegen einer „Absatzhilfe“ i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB durch Unterlassen strafbar macht.

3.3.2 Zusammenfassung und Stellungnahme

Zusammenfassend kann ein Kunsthändler/ Kunstversteigerer, der den eingelieferten gestohlenen Kunstgegenstand im Rahmen des Kommissionsvertrages an einen Dritten verkauft, die objektiven Tatbestandsmerkmale einer „Absatz“-Hehlerei i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB erfüllen. Auf subjektiver Ebene können strafrechtliche Vorwürfe gegen den Kunsthändler/ Kunstversteigerer bzw. gegen die Mitarbeiter regelmäßig am fehlenden Vorsatz scheitern. Zur Risikominimierung sollten Compliance-Maßnahmen dringend jedoch bereits darauf abzielen, eine Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zu vermeiden.

3.4 Geldwäsche⁵¹⁵ nach § 261 StGB

Der als Kommissionär handelnde Kunsthändler/ Kunstversteigerer, der „leichtfertig“⁵¹⁶ ein gestohlenen Kunstwerk zum Weiterverkauf annimmt und dieses sodann weiterveräußert, macht sich der leichtfertigen Geldwäsche nach § 261 Abs. 5 StGB strafbar. Im Rahmen seiner täglichen Tätigkeit besteht für den Kunsthändler/ Kunstversteigerer dadurch das Risiko, bei grob nachlässiger Überprüfung der eingelieferten Werke bzw. bei der Nichtbeachtung von Verdachtsmomenten, die auf eine unrechtmäßige Herkunft hinweisen, strafrechtliche Konsequenzen zu haben.

Nach § 261 Abs. 1 S. 1 StGB wird derjenige, der „[...] einen Gegenstand, der aus einer in Satz 2⁵¹⁷ genannten rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die

⁵¹⁵ Zur Frage einer besonderen Anfälligkeit bzw. einer Attraktivität der Kunstmärkte für Geldwäsche-Handlungen wird auf die Ausführungen in Kapitel III.5. verwiesen.

⁵¹⁶ Nach § 261 Abs. 5 StGB ist ausnahmsweise Leichtfertigkeit in Bezug auf das Verkennen der Herkunft des Gegenstandes aus einer Katalogtat i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 2 StGB ausreichend. Leichtfertigkeit liegt vor, wenn sich „[...] die Herkunft eines Gegenstandes aus einer Katalogtat nach Sachlage geradezu aufdrängen muss und der Täter gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt [...]“⁵¹⁶. Die „Leichtfertigkeit entspricht weitgehend der, groben Fahrlässigkeit‘ im Sinne des bürgerlichen Rechts [...]“ (BT-Drs 12/989, S. 28).

⁵¹⁷ Zum Vortaten-Katalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB.

Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet, [...] mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft [...].⁵¹⁸

Nach § 261 Abs. 2 StGB wird bestraft, wer sich oder einem Dritten den Gegenstand verschafft (Nr. 1) oder ihn in Kenntnis seiner Herkunft verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet (Nr. 2). Die Vorschrift des § 261 Abs. 5 StGB stellt außerdem die fahrlässige Begehung (ab der Grenze der Leichtfertigkeit) unter Strafe (bis zu zwei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe).

3.4.1 Tatobjekt

Der Begriff „Gegenstand“ i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB steht für alle Rechtsobjekte mit Vermögenswert, d.h. bewegliche und unbewegliche Sachen sowie Rechte.⁵¹⁹ Beispielsweise können dies also *„Bargeld, Buchgeld in inländischer und ausländischer Währung, Forderungen, Wertpapiere, Edelmetalle, Edelsteine, Grundstücke sowie Rechte an ihnen, Beteiligungen an Gesellschaften sowie Anteile an Gesellschaftsvermögen“*⁵²⁰ sein.

Der Vermögenswert muss aus einer rechtswidrigen (Vor-)Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) stammen, die im abschließenden Vortaten-Katalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB enthalten ist.⁵²¹ Der Vortaten-Katalog enthält neben Verbrechen Vergehen wie u.a. Schmuggel (§ 373 AO), Steuerhehlerei (§ 374 AO), Steuerhinterziehung (§ 370 AO), Diebstahl (§ 242 StGB), Unterschlagung (§ 246 StGB), Hehlerei (§ 259 StGB), Betrug (§ 263 StGB), Urkundenfälschung (§ 267 StGB).

Im Zusammenhang mit dem Kunst-/ Auktionshandel kann das Tatobjekt in Form des eingelieferten Kunstgegenstandes (z.B. Diebesgut) oder in Form der Geldmittel, die zum Kauf der Kunst verwendet werden, auftreten.

⁵¹⁸ Schutzzweck des § 261 StGB ist die staatliche Rechtspflege, die darauf gerichtet ist, die Wirkungen von Straftaten zu beseitigen (*Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 261 Rn. 2 m.w.N.). Daneben wird in §§ 261 Abs. 1, Abs. 2 StGB zudem das durch die Vortat verletzte Rechtsgut geschützt, weshalb diese Vorschriften als Schutzgesetze nach § 259 StGB in Frage kommen (BGH NJW 2013, 1158).

⁵¹⁹ BT-Dr 12/989, S. 27; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 8 ff. m.w.N.; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 261 Rn. 3 m.w.N.

⁵²⁰ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 261 Rn. 3 m.w.N.

⁵²¹ *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 9 m.w.N.

Nach § 261 Abs. 8 StGB können im Ausland begangene Taten als „Vortaten“ i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB angesehen werden, wenn die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist. Dies bedeutet, dass der im Ausland begangene Diebstahl eines Bildes zur Anwendbarkeit des Tatbestandes des § 261 StGB führt.

Anders als bei der Hehlerei nach § 259 StGB muss die Vortat nicht von einem anderen begangen werden.⁵²² Ist der Täter jedoch bereits für die Vortat strafbar ist, enthält § 261 Abs. 9 S. 2 StGB die Regelung, dass er wegen Geldwäsche nicht bestraft wird.

3.4.2 Tathandlungsvarianten

Die Geldwäsche-Handlung i.S.d. § 261 StGB kann in drei Tatbestandsvarianten erfolgen. Diese sind der sog. „Verschleierungstatbestand“ (§ 261 Abs. 1 Var. 1, Var. 2 StGB)⁵²³, der sog. „Vereitelungs- oder Gefährdungstatbestand“ (§ 261 Abs. 1 Var. 3 StGB)⁵²⁴ und der sog. „Isolierungstatbestand“ des § 261 Abs. 2 StGB.

Der sog. „Isolierungstatbestand“ des § 261 Abs. 2 StGB⁵²⁵ stellt ein relevantes strafrechtliches Risiko für das Alltagsgeschäft des Kunsthändlers/ Versteigerers dar.

⁵²² *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 11 m.w.N.

⁵²³ Der „Verschleierungstatbestand“ (§ 261 Abs. 1 Var. 1, Var. 2 StGB) stellt das „Verbergen“ bzw. das „Verschleiern der Herkunft“ des Gegenstandes unter Strafe. Unter letzteres fällt jede Tätigkeit, die darauf abstellt, den Anschein der legalen Herkunft des inkriminierten Gegenstandes zu erzeugen (*Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 261 Rn. 14 m.w.N.; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 24 m.w.N.). Dazu zählt beispielsweise das Vermischen von inkriminiertem Geld mit „sauberem“ Geld in einem Geschäft mit hohem Bargeldaufkommen (*Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 24.2 m.w.N.; *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 261 Rn. 14 m.w.N.). Weder beim Verbergen noch beim Verschleiern kommt es auf den Eintritt eines bestimmten Erfolges an, allerdings muss die Handlung des Täters auf diesen Erfolg abzielen (*Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 24 m.w.N.). Auch heute noch werden Kunsttransaktionen regelmäßig mit hohen Bargeldtransaktionen durchgeführt. Der vorgenannte Tatbestand zeigt das darin liegende Risiko für den Kunsthändler/ Versteigerer auf.

⁵²⁴ Der „Vereitelungs- oder Gefährdungstatbestand“ (§ 261 Abs. 1 Var. 3 StGB) wird nachfolgend nicht eingehend dargelegt, da er für den seriösen Kunsthändler geringe Relevanz hat. Der Tatbestand setzt voraus, dass der Täter durch sein Verhalten die staatlichen Ermittlung tatsächlich zum Scheitern bringt oder sie jedenfalls konkret gefährdet (*Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 261 Rn. 7 m.w.N.). Die staatlichen Ermittlungen müssen auf die Aufklärung der Herkunft, das Auffinden oder die Vorbereitung des Verfalls (§§ 73 ff. StGB), der Einziehung (§§ 74 ff. StGB) oder der Sicherstellung (§§ 111 b ff. StPO) abzielen (*Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 261 Rn. 7 m.w.N.).

⁵²⁵ Der „Isolierungstatbestand“ ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt, indem er den Umgang mit einem inkriminierten Gegenstand weitgehend unter Strafe stellt (*Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 30 m.w.N.). § 261 Abs. 6 StGB sieht eine Einschränkung des sehr weit gefassten Tatbestandes des § 261 Abs. 2 StGB vor. So ist eine Strafbarkeit nach § 261 Abs. 2 StGB nicht gegeben, wenn ein Dritter den Gegenstand zuvor erworben hat, ohne sich strafbar zu machen.

Pönalisiert ist bei diesem Tatbestand, das Tatobjekt sich oder einem Dritten zu verschaffen (§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB) und das Verwahren oder Verwenden des Tatobjekts für sich oder einen Dritten (§ 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Beim Verwahren oder Verwenden muss der Täter es wenigstens für möglich halten (i.S. eines dolus eventualis), dass der Gegenstand illegaler Herkunft ist, wobei eine spätere Kenntnis der Herkunft unschädlich ist.⁵²⁶ Die Handlungen des Verschaffens, Verwahrens und Verwendens können regelmäßig durch berufstypisches Verhalten eines als Kommissionär tätigen Kunsthändlers oder Versteigerers erfüllt sein, z.B. durch die Aufbewahrung des zur Versteigerung eingelieferten Kunstgegenstandes. Wie im Rahmen der sog. „neutralen Beihilfe“ (d.h. der Beihilfe durch äußerlich sozial- bzw. berufsadäquates Verhalten, wie z.B. der Ausführung einer Überweisung durch einen Bankangestellten) wird bei § 261 Abs. 2 StGB bei äußerlich berufsadäquaten Verhalten darauf abgestellt, ob „[...] dessen rechtsgutsverletzende Wirkung nur bloße Folge, nicht aber Zweck dieses Verhaltens ist [...]“⁵²⁷.

Auch die Tathandlungen der Geldwäsche können durch Unterlassen (§ 13 StGB) begangen werden. Eine entsprechende Garantenpflicht kann beispielsweise aus der Anzeigepflicht von Verdachtsfällen nach § 11 GwG erwachsen.⁵²⁸ Allein die spätere Kenntnis einer inkriminierten Herkunft begründet keine Garantenstellung.⁵²⁹

3.4.3 Zusammenfassung und Stellungnahme

Die Handlungsvariante des sog. „Isolierungstatbestandes“ nach § 261 Abs. 2 StGB verdeutlicht, dass ein als Kommissionär handelnder Kunsthändler/ Kunstversteigerer einem erheblichem Risiko ausgesetzt ist, durch den berufsadäquaten, täglichen Umgang mit fremden Vermögenswerten (eingelieferte Kunstgegenstände) auf Grund der Annahme und des Weiterverkaufs eines inkriminierten Gegenstandes den objektiven Tatbestand einer „Geldwäsche“-Handlung zu erfüllen. Gleiches gilt bei der Annahme von hohen Bargeldbeträgen, deren Herkunft unklar ist. Insbesondere der Tatbestand der leichtfertigen

⁵²⁶ *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 261 Rn. 20; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 34.

⁵²⁷ *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 261 Rn. 27 m.w.N.

⁵²⁸ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 261 Rn. 7 m.w.N.; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 50 m.w.N.; der sog. „Verschleierungstatbestand“ (§ 261 Abs. 1 Var. 1, Var. 2 StGB) wird auf Grund des Fehlens der erforderlichen Modalitätenäquivalenz i.S.d. § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB regelmäßig nicht durch ein Unterlassen erfüllt werden können (*Neuheuser*, in: MüKo, StGB, § 261 Rn. 92).

⁵²⁹ *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 261 Rn. 20; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 34.

Geldwäsche nach § 261 Abs. 5 StGB stellt für Kunsthändler/ Kunstversteigerer ein relevantes strafrechtliches Risiko dar.

Dieses strafrechtliche Risiko verdeutlicht die Notwendigkeit, vor Übernahme eines Kunstgegenstandes zum Verkauf und vor der Annahme von Geldbeträgen erhöhte Achtsamkeit in Bezug auf die Herkunft dieser Vermögenswerte anzuwenden. Im Rahmen von Customer-Due-Diligence-Maßnahmen ist die Person des Einlieferers bzw. des Käufers auf „red flags“ (Verdachtsmomente) zu überprüfen. Gleiches gilt für die Authentizität und Provenienz eines eingelieferten Kunstgegenstandes sowie für die Herkunft der verwendeten Vermögenswerte.⁵³⁰

3.5 Handeln durch Unterlassen i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB im Unternehmen

Der Inhaber eines Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens hat eine entsprechende Garantenpflicht, (betriebsbezogene) Straftaten der Mitarbeiter zu verhindern.⁵³¹ Wird eine Garantenstellung des Inhabers eines Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens bejaht, kann in dem Unterlassen die Beteiligung an der Tat des Mitarbeiters liegen.⁵³² Dies stellt ein erhebliches Risiko des Inhabers eines Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens, in die strafrechtlich relevanten Handlungen (z.B. den Betrug oder die Hehlerei) seiner Mitarbeiter „verwickelt“ zu werden.⁵³³

⁵³⁰ Zu den verschiedenen Due-Diligence-Pflichten nach dem GwG, vgl. ausführlich in Kapitel III.5.2.

⁵³¹ *Wessing/Dann*, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 9 Rn. 80 m.w.N.; *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, 29, 30 m.w.N. Bereits in seiner „*Berliner Stadtreinigungsbetriebe*“-Entscheidung vom 17.07.2009 hatte der 5. Strafsenat des BGH eine Garantenstellung i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB des Leiters der Innenrevision angenommen und in einem *obiter dictum* festgestellt, dass auch bei einem Compliance-Beauftragten regelmäßig eine strafrechtliche Garantenstellung i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB anzunehmen ist (BGH NJW 2009, 3173, 3175).

⁵³² Die Rechtsprechung stellt bei der Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassen auf die innere Haltung des Unterlassenden ab (sog. „subjektive Theorie“). Danach ist Haupttäter derjenige, der den Taterfolg als eigenen will und lediglich Gehilfe i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB, wer sich dem Haupttäter unterordnet (BGH NJW 2009, 3173, 3175, im konkreten Fall hätte der Leiter der Innenrevision die betrügerische Handlung des Vorstandesmitgliedes verhindern können, indem er die anderen Vorstandsmitglieder darüber informiert. Der 5. Strafsenat nahm einen Gehilfenvorsatz nach § 27 Abs. 1 StGB an; *Wessing/Dann*, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 9 Rn. 105 m.w.N.).

⁵³³ Der Unternehmensinhaber bzw. die Leitungsperson haftet im Fall einer Garantenstellung nur dann, wenn ihm Vorsatz oder - im Fall eines Fahrlässigkeitsdelikts - Fahrlässigkeit vorgeworfen kann. Er handelt vorsätzlich, „[...] wenn er den Erfolg, die Umstände, die seine Handlungspflicht begründen, die Möglichkeit zur Erfolgsabwendung und die Umstände kennt, aus denen sich die Zumutbarkeit [der Erfolgsabwendung] ergibt [...]“ (*Heuchemer*, in: BeckOK, StGB, § 13 Rn. 71 m.w.N.) und die Verwirklichung zumindest billigend in Kauf nimmt i.S. eines *dolus eventualis* (*Heuchemer*, in: BeckOK, StGB, § 13 Rn. 71 m.w.N.). Für eine Leitungsperson in einem Unternehmen ist ein *dolus eventualis* insbesondere dann anzunehmen, wenn er

Der BGH nimmt beispielsweise eine strafrechtliche Garantenstellung i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB des Inhabers eines Betriebes und des Compliance-Beauftragten in Bezug auf Gefahren an, deren Quelle bei den Mitarbeitern des Unternehmens liegt.⁵³⁴ Im Rahmen der sog. „Geschäftsherrenhaftung“ nimmt der BGH in gefestigter Rechtsprechung die Pflicht des Unternehmensleiters an, „[...] dafür Sorge zu tragen, dass sich die Gesellschaft nach außen rechtmäßig verhält [...]“⁵³⁵.

Auch wenn diese Rechtsprechung in der Literatur kritisiert wird⁵³⁶, muss die Rechtsprechung des BGH aus Compliance-Sicht der Risikoanalyse zu Grunde gelegt werden.⁵³⁷

3.6 Unternehmensgeldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG

Für Kunsthandels- und Kunstauktionsunternehmen besteht zudem das Risiko der Verhängung einer Unternehmensgeldbuße (alternative Bezeichnung: Verbandsgeldbuße) nach § 30 Abs. 1 OWiG⁵³⁸, wenn ein Mitarbeiter des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers in leitender Position eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit schuldhaft und vorwerfbar (§ 1 Abs. 1, § 12 OWiG) begeht.⁵³⁹ Zwar ist die Verhängung einer solchen Unternehmensgeldbuße im Kontext des

Kenntnis von bereits begangenen oder bevorstehenden Straftaten hat bzw. von strukturellen Fehlständen, auf Grund derer eine Wiederholungsgefahr naheliegt (*Wessing/Dann*, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 9 Rn. 100 m.w.N.; *Dann/Mengel*, NJW 2010, 3265, 3268).

⁵³⁴ BGH NJW 2012, 1237, 1238 m.w.N.; BGH NJW 2009, 3173, 3175; *Wessing/Dann*, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 9 Rn. 80 m.w.N.

⁵³⁵ BGH NJW 1997, 130, 131; BGH NJW 1990, 2560, 2562 (zur Garantenstellung von Geschäftsführern einer GmbH auf Grund des Inverkehrbringens eines Ledersprays, das zu Körperverletzungen bei Verbrauchern führte).

⁵³⁶ *Stree/ Bosch*, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 13 Rn. 53 ff. m.w.N.; die Rechtsprechung des BGH zum Compliance Officer ablehnend z.B. *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 ff. m.w.N.

⁵³⁷ Ebenso: *Wessing/Dann*, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 9 Rn. 79.

⁵³⁸ Möglicher Adressat einer Geldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG sind juristische Personen (d.h. z.B. die AG, GmbH), nichtrechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften (d.h. z.B. die OHG, die KG, die GmbH & Co KG) (*Zieglmeier*, NJW 2016, 2163; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 33; *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 20 ff. m.w.N.). Über §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG sollen Vermögensvorteile abgeschöpft werden können, die dem Unternehmen durch das unlautere Handeln seiner Leitungspersonen erwachsen sind (*Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 9 m.w.N.). Damit verfolgt § 30 OWiG auch einen präventiven Ansatz, indem es Unternehmen die „Attraktivität“ von Regeltreue bzw. von regelkonform handelnden Leitungspersonen aufzeigt (BGH NJW-RR 1987, 637, 638; *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn.11 m.w.N.).

⁵³⁹ *Bohnert/ Krenberger/ Krumm*, in: Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, § 30 Rn. 7; *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 59 m.w.N.. Die Vorschrift des § 30 Abs. 4 Abs. 1 OWiG (Festsetzung der Geldbuße in einem

Kunsthandels bisher nicht bekannt.⁵⁴⁰ Im Rahmen der vorgenommenen rechtlichen Analyse ergaben sich jedoch keine sachlichen Gründe, die dafür sprechen, dass das Risiko einer Verhängung von Unternehmensgeldbußen im Kunst- und Kunstauktionshandel in Zukunft geringer sein wird als in anderen Wirtschaftsbereichen. Das Risiko von Unternehmensgeldbußen muss – insbesondere vor dem Hintergrund der erheblichen Höhe einer solchen Geldbuße⁵⁴¹ – somit in der rechtlichen Risikoanalyse eines Unternehmens dringend berücksichtigt werden:

Gegen das Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmen kann eine Unternehmensgeldbuße festgesetzt werden, wenn ein Repräsentant des Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens oder eine sonstige Leitungsperson (als „Anknüpfungstäter“, alternative Bezeichnung: „Bezugstäter“)⁵⁴² eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit begangen hat (sog. „Anknüpfungstat“, alternative Bezeichnung: „Bezugstat“), wodurch Pflichten des Unternehmens verletzt worden sind oder wodurch das Unternehmen bereichert worden ist oder werden sollte.⁵⁴³ Beim Anknüpfungstäter muss es sich um eine Personen in einer Führungsposition mit faktischer Verantwortung für die Leitung des Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens handeln.⁵⁴⁴ In Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmen

selbstständigen Verfahren) stellt klar, dass die Ahndung der Anknüpfungstat nicht Voraussetzung der Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße ist.

⁵⁴⁰ Eine Ausnahme stellt hier das im Jahr 2002 von EU-Kommission gegen die Auktionshäuser Sotheby's und Christie's durchgeführte Kartellverfahren wegen Preisabsprachen in den Jahren 1993 bis 2000 dar, bei dem gegen Sotheby's eine Geldstrafe in Höhe von 20,4 Mio. € verhängt wurde, vgl. z.B.: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-595_de.htm (zuletzt abgerufen: 13.03.2018).

⁵⁴¹ § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 OWiG sehen bei vorsätzlichen Straftaten einen Bußgeldrahmen von EUR 10 Mio. und bei fahrlässigen Straftaten von EUR 5 Mio. vor.

⁵⁴² Der Personenkreis der sog. Anknüpfungstäter, d.h. der Kreis der Personen, deren Tat zu einer Unternehmensgeldbuße führt, wird in den §§ 30 Abs. 1-5 OWiG abschließend geregelt (Meyberg, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 47; Zieglmeier, NJW 2016, 2163). Anknüpfungstäter i.S.d. § 30 OWiG ist u.a. das Organ einer juristischen Person oder ein Mitglied davon (Nr. 1) oder der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft (Nr.3). Nach § 30 Abs. 1 Nr. 4 OWiG kommen als Täter ferner die Personen „auf 2. Leistungsebene“ (d.h. Generalbevollmächtigte oder – sofern jeweils in leitender Stellung – Prokuristen und Handelsbevollmächtigte).

⁵⁴³ Kommen mehrere Anknüpfungstäter in Frage, ist es nicht notwendig den Anknüpfungstäter zu individualisieren, vielmehr ist die Feststellung ausreichend, dass ein i. S. von § 30 OWiG Verantwortlicher die Zuwiderhandlung vorwerfbar begangen hat (BGH NStZ 1994, 346 m.w.N.). Dies ermöglicht die Festsetzung einer sog. „anonymen Verbandsgeldbuße“, d.h. der Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße wegen einer konkreten Anknüpfungstat ohne Individualisierung des konkreten Anknüpfungstäters (Rogall, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 119 m.w.N.; Meyberg, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 57 m.w.N.; Bohnert/Krenberger/ Krumm, in: Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, § 30 Rn. 10).

⁵⁴⁴ Die Personen i.S.d. § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG haben jeweils eine Führungsposition inne (Rogall, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 82). Es wird dabei auf die faktische Verantwortung für die Unternehmensleitung abgestellt

kommen primär die Personen in der Geschäftsführung sowie Mitarbeiter in Frage; zudem sind beispielsweise auch Compliance-Beauftragte (auch: „Compliance Officer“) sowie Geldwäschebeauftragte „Anknüpfungstäter“ nach § 30 Abs. 1 OWiG.⁵⁴⁵

In der Praxis des Kunstauktionsunternehmens sind relevante „Anknüpfungstaten“⁵⁴⁶ nach § 30 Abs. 1 OWiG beispielsweise die Ordnungswidrigkeiten nach § 144 Abs. 2 Nr. 1b GewO i.V.m. § 10 Abs. 1 VerstV sowie die Strafvorschrift des § 148 Nr. 2 GewO i.V.m. § 10 Abs. 4 VerstV. Denn die darin formulierten Pflichten richten sich ausdrücklich an den Versteigerer, legen „[...]ihm in dieser Eigenschaft Ge- oder Verbote [...]“⁵⁴⁷ auf und sind als „betriebsbezogen“⁵⁴⁸ zu qualifizieren. Die Vorschriften des § 144 Abs. 2 Nr. 1b GewO i.V.m. § 10 Abs. 1 Nr. 1-8 VerstV betreffen vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen die in den §§ 1, 3, 8 VerstV vorgeschriebenen Pflichten (z.B. Pflichten bzgl. des Versteigerungsvertrags, Anzeigepflichten etc.), die sich an den gewerblichen Versteigerer richten und ihm für die Ausübung des Versteigerergewerbes zum Schutz der Allgemeinheit, der Einlieferer und der Bieter auferlegt wurden.

Eine typischerweise betriebsbezogene Pflicht ist zudem die Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG. Diese muss in allen Kunsthandelsunternehmen bzw. Auktionshäusern, die als juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft organisiert sind, von den

(Meyberg, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 49 m.w.N.). Demnach ist zum Personenkreis i.S.d. § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG der sog. „faktische Geschäftsführer“ zu zählen, da es – um in der Praxis mögliche Umgehungsreize zu vermeiden – nicht auf die formale Rechtsposition ankommt (Vgl. hierzu die Begründung des Regierungsentwurf zur Änderung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, 13.05.2002, BT-Drs. 14/8998, S. 11; Meyberg, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 49 m.w.N.).

⁵⁴⁵ Meyberg, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 53 m.w.N.; zu den Personen mit Kontrollbefugnis zählen zudem Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG oder – soweit vorhanden – einer GmbH (Begründung des Regierungsentwurf zur Änderung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, 13.05.2002, BT-Drs. 14/8998, S. 10; Bohnert/ Krenberger/ Krumm, in: Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, § 30 Rn. 30); Kraft/ Winkler, NJOZ 2009, 29 ff. (zur Garantienstellung des Compliance-Officers).

⁵⁴⁶ Als Anknüpfungstaten i.S.d. § 30 Abs. 1 OWiG kommen alle Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten in Frage, dabei ist unerheblich, ob sie vermögensrechtlicher Art sind (BGH NStZ 1994, 346; Bohnert/ Krenberger/ Krumm, in: Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, § 30 Rn. 7; Meyberg, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 78 m.w.N.). Es ist für die Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße Voraussetzung, dass der Täter in seiner Funktion als Leitungsperson gehandelt hat, d.h. bei der Wahrnehmung seiner Leitungs- und Kontrollfunktion (in Abgrenzung zu privatem Handeln) (Meyberg, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 68 ff. m.w.N.). Durch die Tat müssen sog. „betriebsbezogene Pflichten“ verletzt worden sein (§ 30 Abs. 1 Alt 1 OWiG) oder es zu einer Bereicherung des Unternehmens gekommen sein oder hätte kommen sollen (§ 30 Abs. 1 Alt 2 OWiG).

⁵⁴⁷ Rogall, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 91; Meyberg, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 80.

⁵⁴⁸ Die Frage, wann eine Betriebsbezogenheit einer Pflicht i.S.d. § 30 Abs. 1 Alt. 1 OWiG vorliegt, ist umstritten (sehr ausführlich zur Diskussion und dem Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung: Rogall, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 81 ff. m.w.N.).

Leitungspersonen beachtet werden. Da die Aufsichtspflicht i.S.d. § 130 OWiG durch fahrlässiges Handeln verletzt werden kann, ist sie Hauptanwendungsfall der Verletzung einer betriebsbezogenen Pflicht und Hauptanknüpfungstat für die Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG.⁵⁴⁹

Die Anknüpfungstat kann des Weiteren in der Beteiligung der Leitungsperson an einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit⁵⁵⁰ liegen, die durch einen anderen Betriebsangehörigen (der selbst keine Leitungsperson ist) begangen wurde. Die Beteiligungshandlung der Leitungsperson ist in diesem Fall ein Unterlassen, d.h. ein pflichtwidriges Nichtverhindern der Tat des Betriebsangehörigen.⁵⁵¹

Im Kunsthandels- und Auktionsbereich sind als „betriebsbezogene Taten“ i.S.d. § 30 OWiG ferner die von der strafbewehrten Norm des § 17 Abs. 1 GwG und der bußgeldbewehrten Norm des § 17 Abs. 2 GwG erfassten Pflichten zur Geldwäscheprävention relevant.⁵⁵² Als Anknüpfungstäter kommt hier speziell der Geldwäschebeauftragte in Frage.⁵⁵³

Schließlich sind im Kunst-/Auktionshandel vor allem die im Kulturgutschutzgesetz vorgesehene Strafnorm des § 83 KGSG und die Bußgeldnorm des § 84 KGSG relevante Anknüpfungstaten i.S.d. § 30 OWiG.

Liegen die oben genannten Voraussetzungen vor, so kann⁵⁵⁴ gem. § 30 Abs. 1 OWiG eine Geldbuße gegen das Unternehmen verhängt werden.⁵⁵⁵ Die Geldbuße setzt sich aus einem

⁵⁴⁹ BGH NSTz 1994, 346; *Zieglmeier*, NJW 2016, 2163; *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 80; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 92.

⁵⁵⁰ Sog. „Jedermanns-Delikten“ sind in der Regel keine geeigneten „Anknüpfungstaten“, da keine „Betriebsbezogenheit“ vorliegt, z.B. Totschlag nach § 212 StGB, (Begründung zum Regierungsentwurf eines „Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)“, 08.01.1967, BT-Drs. 5/1269, S. 60, 61). Ausnahmsweise kann eine Betriebsbezogenheit bejaht werden, wenn das Allgemeindelikt dem Risiko anhaftet, das Ausfluss aus dem Unternehmen oder dem konkreten Tätigkeitsfeld des Mitarbeiters ist (BGH NJW 2012, 1237, 1238 m.w.N.; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 85 m.w.N.).

⁵⁵¹ *Bohnert/Krenberger/Krumm*, in: Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, § 30 Rn. 8.

⁵⁵² Vgl. hierzu insbesondere: *Rütters/Wagner*, NZWiSt 2015, 282 ff. m.w.N.

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ Als Ausdruck des Opportunitätsprinzips nach § 47 OWiG im Ordnungswidrigkeitenrecht.

⁵⁵⁵ Zu beachten ist hier die Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH, Urteil vom 09.05.2017, Az. 1 StR 265/16, wonach bei der Höhe der Festsetzung der Unternehmensgeldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG zu berücksichtigen sei, ob das Unternehmen (auch in der Folge des Strafverfahrens) ein effektives Compliance-System eingerichtet habe.

Ahndungsteil (Abs. 2) und einem Abschöpfungsteil (Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG) zusammen und unterscheidet im Hinblick auf den Sanktionsrahmen, ob die Anknüpfungstat eine Ordnungswidrigkeit oder eine Straftat ist.⁵⁵⁶ § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 OWiG sehen bei vorsätzlichen Straftaten einen Bußgeldrahmen von EUR 10 Mio. und bei fahrlässigen Straftaten von EUR 5 Mio. vor.⁵⁵⁷ Nach §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 S. 1 OWiG soll die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil⁵⁵⁸ des Unternehmens aus der Tat übersteigen. Um dies zu erreichen, kann das o.g. bußgeldrechtliche Höchstmaß überschritten werden (§ 17 Abs. 4 S. 2 OWiG). In der Praxis führt dies dazu, dass der Betrag des Abschöpfungsteils den Ahndungsteil erheblich übersteigt.⁵⁵⁹

Die möglichen Rechtsfolgen verdeutlichen, welches wirtschaftliche Risiko aus der dargestellten Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG erwachsen kann. Vor dem Hintergrund, dass eine fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG als Anknüpfungstat herangezogen werden kann, machen sie klar, dass eine ordnungsmäßige Organisation des Unternehmens und der Kontrolle der Mitarbeiter notwendig sind, um das Risikoprofil eines Unternehmens zu reduzieren.

⁵⁵⁶ Vgl. ausführlich: *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 96 ff. m.w.N.; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 130 ff. m.w.N.

⁵⁵⁷ Dieser Bußgeldrahmen gilt seit der Erhöhung durch die 8. GWB Novelle (in Kraft seit 30.06.2013), BGBl. I 1738. Liegt eine Ordnungswidrigkeit als Anknüpfungstat vor, ergibt sich der Bußgeldrahmen aus § 30 Abs. 2 S. 2, 3, 4 OWiG und richtet sich nach dem Bußgeldrahmen der begangenen Anknüpfungstat (mit der Ausnahme der Verzehnfachung nach § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG).

⁵⁵⁸ Die Art der Bestimmung bzw. Berechnung des aus der Tat gezogenen „wirtschaftlichen Vorteils“ i.S.d. § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG ist umstritten (Zur der Diskussion ausführlich: *Sackreuther*, in: BeckOK, OWiG, § 17 Rn. 119 ff. m.w.N.). Die herrschende Meinung in der Literatur und in der Rechtsprechung berechnet den wirtschaftlichen Vorteil nach dem sog. „Netto-Prinzip“, bei dem eine Saldierung der wirtschaftlichen Werte vor und nach der Tat vorgenommen wird (BGH NStZ-RR 2008, 13, 15, der von Abzugsfähigkeit der anfallenden Steuern im Rahmen des § 17 Abs. 4 OWiG ausgeht, so auch: BVerfG NJW 1990, 1900; OLG Oldenburg, Beschluss vom 07.05.2009, Az. 2 SsBs 21/09, BeckRS 2009, 14514; BayObLG, Beschluss vom 13.06.2003, Az. 3 ObOWi 50/03; BeckRS 2003 30320736; *Bohnert/ Krenberger/ Krumm*, in: Bohnert/ Krenberger/ Krumm, OWiG, § 30 Rn. 42; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 141 m.w.N.; *Mitsch*, in: KK, OWiG, § 17 Rn. 118 m.w.N.; *Krumm*, NJW 2011, 196 ff. m.w.N.; *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 100 ff. m.w.N.; *Sackreuther*, in: BeckOK, OWiG, § 17 Rn. 120 ff. m.w.N.). Die a.A. fordert eine Anwendung des „Brutto-Prinzips“ (d.h. keine Abzugsfähigkeit von Aufwendungen und somit eine 100-prozentige Abschöpfung des Erlangten wie im Rahmen des Verfalls nach § 73 StGB): *Brenner*, NStZ 2004, 256 ff.

⁵⁵⁹ Vgl. beispielsweise im „schwarze Kassen“-Komplex bei Siemens: Das LG München I verhängte gegen Siemens mit Beschluss vom 4.10.2007, Az. 5 KLs 563 Js 45994/07, BeckRS 2008, 01235, ein Gesamt-Bußgeld in Höhe von Euro 201 Mio., bestehend aus einem Ahndungsteil in Höhe von 1 Mio. Euro und einem Abschöpfungsteil von 200 Mio. Euro. Die StA München I erließ darüber hinaus einen Bußgeldbescheid über Euro 395 Mio., wovon Euro 394,75 Mio. eine Abschöpfung und 250.000 Euro eine Ahndung bedeuteten (vgl. LG München I NZG 2014, 345, 346 zum Sachverhalt).

3.7 Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG

Der Inhaber⁵⁶⁰ eines Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens (also eines „Betriebs“⁵⁶¹) handelt nach § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG ordnungswidrig, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig Aufsichtsmaßnahmen unterlässt und es deshalb zu Zuwiderhandlungen gegen betriebsbezogene⁵⁶² Pflichten kommt.⁵⁶³ Die Geldbußen, die bei einem Verstoß gegen den Inhaber des Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens verhängt werden können, sind erheblich.⁵⁶⁴ Um dieses Risiko zu vermeiden, muss der Inhaber des Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens diejenigen Aufsichtsmaßnahmen (Due-Diligence-Pflichten⁵⁶⁵)

⁵⁶⁰ Dem „Inhaber“ i.S.d. § 130 Abs. 1 OWiG werden bei juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften die Leitungspersonen über § 9 Abs. 1 OWiG gleichgestellt (ausführlich: Rogall, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 25 m.w.N.). Dies gilt nach § 9 Abs. 2 OWiG außerdem für Mitarbeiter, denen Aufsichtspflichten übertragen werden, wie z.B. typischerweise beim Compliance Officer (Beck, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 37 f. m.w.N.).

⁵⁶¹ Unter „Betrieb“ i.S.d. § 130 OWiG ist gemäß einer aus dem Arbeitsrecht stammenden Definition eine „[...] räumlich zusammengefasste Organisationseinheiten zu verstehen, mit denen ein Unternehmer bestimmte arbeitstechnische Zwecke, die über die Deckung des Eigenbedarfs hinausgehen, unter Einsatz von personellen, sachlichen und immateriellen Mitteln fortgesetzt verfolgt [...]“ (Rogall, in: KK, OWiG, § 9 Rn. 75 m.w.N.; Beck, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 27). Der Begriff des „Unternehmens“ im Rahmen des § 130 OWiG wird als überflüssig erachtet, da er vom Begriff des Betriebs nicht eindeutig abgrenzbar ist (Beck, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 30 m.w.N.).

⁵⁶² Die Vorschrift des § 130 OWiG fordert als objektive Bedingung der Verfolgbarkeit der Aufsichtspflichtverletzung die Verletzung einer betriebsbezogenen Pflicht als Anknüpfungstat (wie im Rahmen der Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG) (BGH NSTZ 2004, 699, 700 m.w.N.; Beck, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 79 m.w.N.). Der Täter der Anknüpfungstat muss dem Unternehmen angehören. Es reicht dabei aus, dass ein Dritter mit der Wahrnehmung von Angelegenheiten des Betriebes durch den Inhaber betraut wird (Beck, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 88 m.w.N.). Der Betriebsinhaber selbst ist kein geeigneter Täter (BGH NSTZ 2004, 699, 700).

⁵⁶³ Die Vorschrift des § 130 OWiG ist ein unechtes Unterlassungsdelikt und sanktioniert das Unterlassen einer ordnungsgemäßen, gehörigen Aufsicht (Beck, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 13). Die Vorschrift des § 130 OWiG steht im Zentrum der aktuellen Diskussion um die sog. „Criminal Compliance“ und der rechtlichen Stellung des „Compliance-Beauftragten“ (vgl. hierzu: Beck, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 125 ff.).

⁵⁶⁴ Nach § 130 Abs. 3 S. 1 OWiG kann der Inhaber des Unternehmens bzw. die Leitungsperson bei einer vorsätzlichen Aufsichtspflichtverletzung – falls die Anknüpfungstat eine Straftat ist – mit einer Geldbuße von bis zu einer Million Euro sanktioniert werden. Liegt eine fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung vor, beträgt der Geldbußenrahmen nach § 17 Abs. 2 OWiG bis zu 500.000 Euro. Ist die Anknüpfungstat eine Ordnungswidrigkeit, bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße nach dem für die Anknüpfungstat geltenden Höchstmaß, § 130 Abs. 3 S. 2 OWiG.

⁵⁶⁵ Es wird entscheidend auf die Sorgfalt abgestellt, „die von einem ordentlichen Angehörigen des jeweiligen Tätigkeitsbereiches zu verlangen ist, um die Verletzung betriebsbezogener Pflichten zu verhindern“ (OLG Düsseldorf LSK 1983, 050130; Rogall, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 43 m.w.N.).

vornehmen, die nach Lage der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit geeignet, erforderlich und zumutbar sind, um betriebsbezogene Zuwiderhandlungen zu verhindern.⁵⁶⁶

Die Pflichten nach § 130 OWiG stellen „das Minimum an erforderlicher Aufsicht“⁵⁶⁷ dar. Konkretisierend hat sich in der Rechtsprechung herausgebildet, dass zu einer nach § 130 OWiG gehörigen Aufsicht Leitungs-, Koordinations-, Organisations- und Kontrollpflichten gehören.⁵⁶⁸ Bei der Bestimmung des Maßes der Aufsichtsmaßnahmen müssen im Einzelfall die Besonderheiten des jeweiligen Unternehmens (z.B. Betätigungsfeld des Unternehmens, Risikoprofil des Unternehmens sowie der Branche, Größe, Sachkunde der Mitarbeiter, Auftreten von Verstößen in der Vergangenheit) berücksichtigt werden.⁵⁶⁹ Die vorzunehmenden Maßnahmen lassen sich in fünf Stufen einteilen⁵⁷⁰ und sind auch auf Kunsthandels- und Kunstauktionsunternehmen anwendbar:

Der Inhaber ist verpflichtet, zukünftige Mitarbeiter sorgfältig und sachgerecht auszuwählen.⁵⁷¹ Bei der Auswahl muss der Inhaber insbesondere das mit der Stelle verbundene Gefahrenpotential berücksichtigen.⁵⁷²

Vom Inhaber des Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens wird eine ordnungsgemäße betriebliche Organisation gefordert.⁵⁷³ Dies beinhaltet neben allgemeinen

⁵⁶⁶ OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 151; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 40 m.w.N.; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 38.

⁵⁶⁷ *Pelz*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 5 Rn. 37. Die Vorschrift des § 130 OWiG stellt die Pflicht zur Vornahme von Aufsichtsmaßnahmen bereits dem Tatbestand nach („erforderlich“ und „gehörig“) unter den Vorbehalt der Erforderlichkeit (d.h. Grundsatz des mildesten Mittels) und der Zumutbarkeit, § 130 OWiG enthält somit grundsätzlich nicht die Pflicht für den Inhaber, seinen Betrieb auf eine bestimmte Art und Weise zu organisieren (*Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 40 m.w.N.). Am Vorbehalt der Zumutbarkeit werden beispielweise solche Maßnahmen scheitern, die zu unverhältnismäßigen Kosten oder zu einer erheblichen Störung der Effektivität des Betriebsablaufs führen (*Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 54; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 51 m.w.N.).

⁵⁶⁸ *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 42 m.w.N.; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 47 m.w.N.

⁵⁶⁹ BGH NJW 1973, 1511; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 151; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 45 ff. m.w.N.; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 42, 43 m.w.N.

⁵⁷⁰ *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 42 m.w.N.; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 48 m.w.N.

⁵⁷¹ *Rettenmaier/Palm*, NJOZ 2010, 1414, 1416; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 54 m.w.N.; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 61.

⁵⁷² *Rettenmaier/Palm*, NJOZ 2010, 1414, 1416 m.w.N.; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 54 m.w.N.; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 61.

⁵⁷³ *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 55 m.w.N.; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 62 m.w.N.

Organisationsanordnungen die genaue Aufteilung der jeweiligen Verantwortlichkeiten unter den Mitarbeitern sowie die lückenlose Zuteilung der Aufsichtsmaßnahmen, die nicht durch den Inhaber ausgeübt werden.⁵⁷⁴ Die Arbeitszuweisung und Inhalt und Umfang der Pflichten müssen den Personen bereits bei Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich mitgeteilt werden.⁵⁷⁵

Der Inhaber des Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens ist dazu verpflichtet, die Mitarbeiter fortlaufend (einmalige Aufklärung bei Einstellung reicht nicht) über die für den Tätigkeitsbereich relevanten, gesetzlichen Bestimmungen zu unterrichten und aufzuklären.⁵⁷⁶ Für den Inhaber des Kunsthandelsunternehmens bzw. des Auktionshauses bedeutet dies zum Beispiel, dass er Mitarbeiter, die mit der Annahme und dem Verkauf des Kommissionsgutes betraut sind, über die Risiken der Geldwäsche und über die sich aus dem StGB, GwG ergebenden Pflichten aufklären und ihnen konkrete Handlungsvorgaben geben muss. Gleiches gilt beispielweise in Bezug auf die Bestimmungen nach dem KGSG.

Unkenntnis des Unternehmensinhabers befreit nicht von dieser Pflicht; vielmehr muss für eine ordnungsgemäße Unterrichtung gegebenenfalls – falls eigene Sachkunde nicht vorliegt – durch Hinzuziehung eines sachkundigen Dritten (z.B. eines Juristen) gesorgt werden.⁵⁷⁷ Die Unterrichtung kann im Rahmen von Schulungen oder durch Rundschreiben erfolgen.⁵⁷⁸

Der Inhaber des Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmens ist dazu verpflichtet, die Einhaltung der betriebsbezogenen Pflichten (z.B. die Einhaltung der Pflichten nach dem KGSG) durch die Mitarbeiter fortlaufend zu überwachen.⁵⁷⁹ Bei der Bestimmung des dafür anzusetzenden Sorgfaltsmaßstabes sind die Grundsätze der Geeignetheit, der Erforderlichkeit

⁵⁷⁴ *Rettenmaier/Palm*, NJOZ 2010, 1414, 1416 m.w.N.; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 55 m.w.N.; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 62 m.w.N.

⁵⁷⁵ *Rettenmaier/Palm*, NJOZ 2010, 1414, 1416 m.w.N.

⁵⁷⁶ *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 59 m.w.N.; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 63 m.w.N.; ein Prokurist, der mit kartellrechtlichen Sachverhalten umgeht, muss eine diesbezügliche Belehrung, Unterweisung und Warnung erhalten (OLG Düsseldorf BeckRS 2007, 00379; *Rettenmaier/Palm*, NJOZ 2010, 1414, 1416 m.w.N.).

⁵⁷⁷ BayObLG NJW 2002, 766 *Rettenmaier/Palm*, NJOZ 2010, 1414, 1416 m.w.N.

⁵⁷⁸ *Rettenmaier/Palm*, NJOZ 2010, 1414, 1416 m.w.N.

⁵⁷⁹ BGH NJW 1973, 1511, 1514; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 62 m.w.N.; *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 64 m.w.N.; ausführlich zur Kontroll- und Überwachungspflicht: *Rettenmaier/Palm*, NJOZ 2010, 1414, 1417 m.w.N.

und der Zumutbarkeit zu beachten. Es kommt jeweils auf den Einzelfall an und die gehörigen Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen richten sich u.a. nach dem Risikopotential der Tätigkeit des Mitarbeiters und der Dauer seiner Betriebszugehörigkeit.⁵⁸⁰ Neben regelmäßigen angekündigten Kontrollen müssen vor allem unangemeldete Stichproben vorgenommen werden.⁵⁸¹

Die Rechtsprechung verlangt vom Unternehmensinhaber, den Mitarbeitern für den Fall des Verstoßes gegen betriebsbezogene Pflichten arbeitsrechtlich zulässige Sanktionen (z.B. Rügen, Abmahnung, unter besonderen Umständen die Kündigung) anzudrohen bzw. diese bei wiederholtem Verstoß zu vollziehen.⁵⁸²

Die nach § 130 OWiG bestehenden vorgenannten Pflichten stellen „*das Minimum an erforderlicher Aufsicht*“⁵⁸³ dar. Der dargelegte Maßnahmenkatalog im Rahmen des § 130 OWiG überschneidet sich mit den Maßnahmen, die ein Unternehmen bereits im Rahmen der deliktsrechtlichen Organisationspflicht zum Schutz absoluter Rechtsgüter nach § 823 Abs. 1 BGB und im Rahmen der Auswahlpflicht nach § 831 BGB ergreifen muss und sollte somit von jedem Inhaber eines Kunsthandel-/ Kunstauktionsunternehmens im Rahmen der Unternehmensführung berücksichtigt werden.

3.8 Zusammenfassung und Stellungnahme

Zusammenfassend zeigt die Darstellung der bußgeldrechtlichen und strafrechtlichen Risiken, dass zu deren Vermeidung für Kunsthändler/ Kunstversteigerer regelmäßig die Einhaltung von Due-Diligence-Pflichten notwendig ist.

Im Rahmen der strafrechtlichen Risiken u.a. aus der Hehlerei (§ 259 StGB) und der Geldwäsche (§ 261 StGB) richten sich die Due-Diligence-Pflicht besonders auf die Überprüfung der Integrität des Einlieferers (als Customer-Due-Diligence), auf die

⁵⁸⁰ Rogall, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 62 m.w.N.

⁵⁸¹ BGH NJW 1973, 1511, 1514; Beck, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 64.1 m.w.N.; Rettenmaier/Palm, NJOZ 2010, 1414, 1417 m.w.N.; Rogall, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 64 m.w.N.

⁵⁸² OLG Düsseldorf BeckRS 2007, 00379; Rettenmaier/ Palm, NJOZ 2010, 1414, 1418 m.w.N.; Rogall, in: KK, OWiG, § 130 Rn. 65 m.w.N.; Beck, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 65 m.w.N.

⁵⁸³ Pelz, in: Hauschka/ Moosmayer/ Lösler, 2016, § 5 Rn. 37.

Untersuchung des Kunstgegenstandes, auf die Überprüfung der Provenienz und der Herkunft der verwendeten Geldmittel. Hier ist eine starke Überschneidung mit den haupt- und nebenvertraglichen, zivilrechtlichen Due-Diligence-Pflichten festzustellen. Bei allen Maßnahmen gilt, dass Verdachtsmomente („red flags“) zu einer Erhöhung des Due-Diligence-Maßstabes führen. Im strafrechtlichen Bereich besteht in diesem Fall insbesondere das Risiko, dass ein Gericht die Kenntnis/ das Kennenmüssen von „red flags“ als Indiz für das Überschreiten der Schwelle zwischen Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz heranzieht.

Im Rahmen der §§ 30, 130 OWiG richten sich diese u.a. auf die gehörige Aufsicht, Leitung, Organisation des Unternehmens sowie Schulung der Mitarbeiter. Die Einhaltung dieser Vorschriften ist nicht zuletzt auf Grund der erheblichen Bußgeldhöhe von erheblicher Relevanz für Kunsthändler/ Kunstversteigerer. Auch wenn § 130 OWiG keinesfalls die grundsätzliche Pflicht zur unbedingten Einrichtung eines Compliance-Systems enthält, so muss (zu Recht) darauf verwiesen werden, dass die Vorgabe des § 130 OWiG ab einer bestimmten Unternehmensgröße jedenfalls eines Mindestmaßes an „organisatorischer Verankerung“ und somit eines „Compliance Management Systems“ bedarf.⁵⁸⁴

⁵⁸⁴ Busekist/Schlitt, CCZ 2012, 41, 43 m.w.N.

4. Branchenspezifische Rechtsrisiken nach dem deutschen Kulturgutschutzgesetz (KGSG)

Durch das Inkrafttreten des Kulturgutschutzgesetzes („KGSG“) am 06.08.2016 wurde erstmals ein Verbot des Inverkehrbringens von abhandengekommenen, rechtswidrig ausgegrabenen oder unrechtmäßig eingeführten Kulturgütern (§ 40 Abs. 1 KGSG) gesetzlich normiert. In diesem Zusammenhang wurden in das KGSG erstmals umfangreiche Sorgfalts- und Dokumentationspflichten für Kunsthändler/ Kunstversteigerer aufgenommen. Des Weiteren wurden neben den Regelungen über die Unterschutzstellung des nationalen Kulturgutes (§§ 5 KGSG)⁵⁸⁵ die Vorgaben über die Ausfuhr (§§ 21 KGSG) und Einfuhr (§§ 28 KGSG) von Kulturgütern verschärft.

Im Falle eines Verstoßes gegen die Regelungen des KGSG (z.B. Verstoß gegen das Inverkehrbringen von abhandengekommenen, rechtswidrig ausgegrabenen oder unrechtmäßig eingeführten Kulturgütern, § 40 Abs. 1 KGSG) entstehen für den Kunsthändler/ Kunstversteigerer empfindliche straf- und bußgeldrechtlichen Konsequenzen⁵⁸⁶. Zudem kann er sich Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen (z.B. § 40 Abs. 4 KGSG). Insgesamt resultiert aus dem KGSG für Kunsthändler/ Kunstversteigerer somit ein erhebliches rechtliches Risiko, das nachfolgend schwerpunktmäßig dargestellt wird:

4.1 Hintergrund der Neuregelung des Kulturgutschutzrechts

Ausgangspunkt der Neuregelung des Kulturgutschutzrechts war ein Bericht der Bundesregierung zum Kulturgutschutz in Deutschland im April 2013, der zu dem Ergebnis

⁵⁸⁵ Zu den Voraussetzungen und den Folgen der Eintragung in das „Verzeichnis national wertvollen Kulturguts“ sowie zu den Begriffen des „nationalen Kulturguts“ (§ 6 KGSG) und des „national wertvollen Kulturguts“ (§ 7 Abs. 1 KGSG) vgl.: *Fechner*, in: *Martin/Krautzberger*, Teil B, Abschnitt IV.8., zum KGSG, Rn. 146 ff. m.w.N.; *Elmenhorst/Heimann*, NJW 2016, 3398, 3399 m.w.N.

⁵⁸⁶ Neben den straf- und bußgeldrechtlichen Konsequenzen nach §§ 83, 84 KGSG können der Leitungsperson des Unternehmens bußgeldrechtliche Konsequenzen nach § 130 OWiG sowie dem Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG drohen. Verstöße gegen §§ 83, 84 KGSG sind als „betriebsbezogene Taten“ i.S.d. § 30, § 130 OWiG einzustufen (zu § 130 und § 30 OWiG ausführlich in Kapitel III.3.6).

kam, dass der Stand des Kulturgutschutzes in Deutschland unzureichend und eine Novellierung deshalb dringend erforderlich ist.⁵⁸⁷

Dem Bekanntwerden des ersten Referentenentwurfs zum KGSG Ende Juni 2015 folgten breite – teilweise mit begrüßenswertem Erfolg geführte – öffentliche Debatten sowie Initiativen bzw. Reaktionen von Akteuren der Kunstmärkte, von Museen und von Künstlern.⁵⁸⁸ Insbesondere die strengen Aus- und Einfuhrregelungen (§§ 21 ff., §§ 28 ff. KGSG) stehen weiterhin in der Kritik, zu erheblichen Einschränkungen im Handel wie auch im internationalen Leihverkehr zu führen.⁵⁸⁹ Kunstmarktbeobachter sehen in den Regelungen des KGSG einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für den Kunsthandelsstrandort Deutschland, der sich in einem Rückgang hochwertiger Einlieferungen bei deutschen Auktionshäusern bemerkbar mache und zur Verlagerung von Auktionen ins Ausland führe.⁵⁹⁰

Das neue Gesetz vereint alle Normen, die zuvor auf verschiedene Gesetze verteilt waren⁵⁹¹ und dient zudem der Umsetzung u.a. der EU-Richtlinie vom 15.05.2015 über die Rückgabe

⁵⁸⁷ Unterrichtung durch die Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung zum Kulturgutschutz in Deutschland, 29.04.2013, BT-Drs. 17/1337, S. 9; zum Gang der Gesetzgebung ausführlich: *Falckenberg*, in: Elmenhorst/Wiese, KGSG, Anhang Einleitung.

⁵⁸⁸ Beispielsweise schlossen sich die betroffenen Bundesverbände (sowie zwei internationale Verbände) nach Veröffentlichung des Referentenentwurfs Ende Juni 2015 zum sog. „Aktionsbündnis Kulturgutschutz“ zusammen, das u.a. im Februar 2016 einen Forderungskatalog an alle Bundestagsabgeordneten verschickte (Informationen abrufbar unter: <http://www.kulturgutschutz.info/>, zuletzt abgerufen: 26.03.2018). Als Reaktion auf den Referentenentwurf zog der Künstler Georg Baselitz im Juli 2015 alle Dauerleihgaben an Deutsche Museen zurück, da er fürchtete diese könnten auf Grundlage der neuen Regelung in das „Verzeichnis nationalen Kulturguts“ eingetragen werden (vgl. hierzu: *Fechner*, in: Martin/Krautzberger, Teil B, Abschnitt IV.8., zum KGSG, Rn. 144 m.w.N.). Der Künstler Gerhard Richter warf der Bundesregierung einen unzulässigen Eingriff in die Freiheit vor (o.V., „Gerhard Richter wirft Bundesregierung unzulässigen Eingriff vor“, ZEIT online, 14.07.2015, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/kultur/kunst/2015-07/reform-gerhard-richter-kulturgutschutzgesetz>, zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

⁵⁸⁹ Z.B. *Sturm*, KUR 2016, 73 ff. m.w.N.

⁵⁹⁰ Z.B. *Schreiber*, „Art Cologne – Das Ende der Fairness“, Handelsblatt online, 28.04.2017, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/panorama/kultur-kunstmarkt/arts-n-drafts/art-cologne-das-ende-der-fairness/19731578.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); *Woeller*, „Wo sind die Millionenbilder“, welt.de, 26.05.2017, abrufbar unter: https://www.welt.de/print/die_welt/kultur/article164986260/Wo-sind-die-Millionenbilder.html (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); *Herchenröder*, „Gravierender Materialmangel“, NZZ online, 24.06.2017, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/feuilleton/blick-auf-deutsche-auktionen-nur-noch-kammermusikkonzerte-ld.1302617> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); *Spindler*, „Abgewandert ins Ausland“, Handelsblatt, 30.06.2016, berichtet von der Verlegung von Auktionen ins Ausland und verweist darauf, dass die Asiatika-Auktionen im Juni 2017 des Auktionshauses Nagel in einer neugegründeten Niederlassung in Salzburg und des Auktionshauses Lempertz in seiner Dependence in Brüssel durchgeführt wurden.

⁵⁹¹ Gemäß Art. 10 des Gesetzes zur Neuregelung des Kulturgutschutzrechts, BGBl. I 2016, 1914, 1936, traten mit Inkrafttreten des KGSG gleichzeitig außer Kraft: das Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Juli 1999 (BGBl. I S. 1754), das Kulturgüterrückgabegesetz vom 18. Mai 2007 (BGBl. I S. 757, 2547; 2008 II S. 235), die Kulturgüterverzeichnis-Verordnung vom 15. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2002), das Gesetz zur Ausführung der

von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern sowie der verbesserten Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens vom 14.11.1970 über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut.⁵⁹²

Ein Hauptzweck des Gesetzes ist der Schutz vor Abwanderung von deutschem Kulturgut ins Ausland.⁵⁹³ Der weitere Hauptzweck ist die Bekämpfung des weltweiten illegalen Handels mit Kulturgut.⁵⁹⁴ Dadurch sollen laut Gesetzesbegründung die Finanzierungsmöglichkeiten ausländischer Terrororganisationen (z.B. Islamischen Staates „IS“⁵⁹⁵) eingeschränkt werden, „[...] die sich zunehmend aus Raubgrabungen archäologischer Stätten sowie durch den illegalen Handel mit diesen Kulturgütern finanzieren [...]“⁵⁹⁶.

Das KGSG fügt sich somit in die internationalen Bestrebungen einer forcierten Bekämpfung des illegalen Handels mit Kulturgut (und der damit betriebenen Terrorismusfinanzierung) ein, die durch den geplanten, einheitlichen EU-Rechtsrahmen für die Einfuhr von Kulturgütern noch intensiviert werden soll.⁵⁹⁷ Mit welcher Vehemenz diese Bekämpfung geführt wird,

Konvention vom 14. Mai 1954 zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 18. Mai 2007 (BGBl. I S. 757, 762, 2547).

⁵⁹² Vgl. hierzu die Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 1.

⁵⁹³ BKM, Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis, 2017, S. 12 ff.

⁵⁹⁴ BT-Drs. 18/7456, S. 1; BKM, Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis, 2017, S. 14.

⁵⁹⁵ Vgl. etwa: o.V., „Antiken-Schmuggel: Irak, Syrien, Türkei: So läuft das Geschäft mit der Raubkunst“, Focus, 03.06.2015, abrufbar unter: http://www.focus.de/wissen/konflikte-antiken-schmuggel-das-geschaefit-mit-der-raubkunst_id_4724996.html (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

⁵⁹⁶ BT-Drs. 18/7456, S. 1, 47; zum Problem des illegalen Handels mit Kulturgütern aus dem Irak und Syrien: z.B. Kulturministerium, „Gemeinsamer Appell von Kulturstaatsministerin Prof. Monika Grütters (BKM) und den Kulturministerinnen und Kulturministern der Länder gegen den illegalen Handel mit Kulturgut insbesondere aus Krisenregionen“, 11.12.2014; zur Stellung des Kultusministeriums sehr kritisch und mit dem Vorwurf, das Kultusministerium habe seine Erkenntnis zum illegalen Handel mit Kulturgütern nicht auf belastbare Fakten, sondern auf Presseberichte gestützt: *Sturm*, KUR 2016, 73, 78 m.w.N., insbesondere Verweis auf eine Mitteilung des Bundesfinanzministeriums, wonach der Zoll keine Hinweise auf den Import von Kulturgütern aus den Gebieten des IS nach Deutschland habe, vgl. *Ramthun*, „Keine Erkenntnisse über Einfuhr von Kulturgütern aus IS-Gebieten“, abrufbar unter: <http://www.wiwo.de/politik/deutschland/deutscher-zoll-keine-erkenntnisse-ueber-einfuhr-von-kulturguetern-aus-is-gebieten/12736132.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); hingegen: EU-Kommission, „Questions and Answers on the illegal import of cultural goods used to finance terrorism“, Memo/17/1954, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1954_en.htm (zuletzt abgerufen: 22.03.2018).

⁵⁹⁷ Zur forcierten Bekämpfung des illegalen Handels mit Kulturgütern durch die EU: vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung, „Sicherheitsunion: Illegaler Einfuhr von Kulturgütern zum Zwecke der Terrorfinanzierung Einhalt gebieten“, 13.07.2017, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/germany/news/sicherheitsunion-illegaler-einfuhr-von-kultur%C3%BCtern-zum-zwecke-der-terrorfinanzierung-einhalt-de> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

zeigte sich zuletzt bei der Beschlagnahme von 3561 (archäologischen) Kulturgütern im Rahmen des von Europol geleiteten Einsatzes „Pandora“ im Januar 2017.⁵⁹⁸

4.2 Strenge Ein- und Ausfuhrvorschriften

Die neuen Regelungen über die Ein- und Ausfuhr von Kulturgut⁵⁹⁹ sind für Kunsthändler/Kunstversteigerer, die grenzübergreifend tätig sind, im Alltagsgeschäft besonders risikorelevant, da Verstöße gegen diese Vorgaben straf- und bußgeldrechtliche Sanktionen zur Folge haben:

4.2.1 Ausfuhr von Kulturgut nach §§ 21 KGSG

Die Vorschrift des § 21 KGSG normiert für fünf Konstellationen ein Ausfuhrverbot⁶⁰⁰.

Verboten ist nach § 21 Nr. 1 KGSG die Ausfuhr von Kulturgut nach Einleitung des Eintragungsverfahrens in das „Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes“ (§§ 6 ff. KGSG) bis zu dessen rechtskräftigen Abschluss. Nach § 21 Nr. 2 KGSG ist die Ausfuhr von Kulturgut ohne die nach dem KGSG erforderliche Genehmigung (§§ 22 KGSG) verboten. Nach § 21 Nr. 3 KGSG ist die Ausfuhr von unrechtmäßig eingeführtem Kulturgut, nach § 21 Nr. 4 KGSG von sichergestelltem und nach § 21 Nr. 5 KGSG von angehaltenem Kulturgut verboten.

Das KGSG enthält in diesem Zusammenhang umfangreiche Genehmigungspflichten für die Ausfuhr von Kulturgut:

22.03.2018); den Internetauftritt der EU zu diesem Thema, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/culture/policy/culture-policies/trafficking_de (zuletzt abgerufen: 22.03.2018).

⁵⁹⁸ Siehe hierzu: Europol, Press Release, „3561 artefacts seized in Operation Pandora“, 23.01.2017, abrufbar unter: <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/3561-artefacts-seized-in-operation-pandora> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

⁵⁹⁹ Kulturgut i.S.d. KGSG ist „[...] jede bewegliche Sach- oder Sachgesamtheit von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder aus anderen Bereichen des kulturellen Erbes, insbesondere von paläontologischem, ethnographischem, numismatischem oder wissenschaftlichem Wert [...]“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 KGSG).

⁶⁰⁰ „Ausfuhr“ i.S.d. KGSG ist „[...] die Verbringung von Kulturgut aus dem Bundesgebiet.“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 KGSG).

Die Vorschriften des §§ 22, 23 KGSG normieren die Genehmigungspflicht für die vorübergehende Ausfuhr sowie die dauerhafte⁶⁰¹ Ausfuhr von nationalem Kulturgut i.S.d. § 6 KGSG. Nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 ist die Ausfuhr von Kulturgut, das der Verordnung (EG) Nr. 116/2006 über die Ausfuhr von Kulturgütern⁶⁰² unterliegt, in einen Drittstaat⁶⁰³ genehmigungspflichtig.

Eine einschneidende Beschränkung für Kunsthändler/ Kunstversteigerer stellt die in §§ 24 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 KGSG eingeführte Genehmigungspflicht der Ausfuhr in EU-Mitgliedstaaten für bestimmte Kulturgüter dar, die nicht im Eigentum des Urhebers bzw. Herstellers stehen.⁶⁰⁴ Die Vorschrift des § 24 Abs. 2 KGSG nimmt Bezug auf die Kategorien des Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 116/2006 über die Ausfuhr von Kulturgütern⁶⁰⁵ und stellt auf die darin genannten Altersgrenzen und auf das Doppelte der darin genannten Wertgrenzen des Kulturguts ab.⁶⁰⁶ Folglich unterfallen archäologische Gegenstände, die mehr als 100 Jahre alt sind, der Genehmigungspflicht. Eine Genehmigungspflicht besteht ferner beispielsweise nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 KGSG für Bilder und Gemälde, die mindestens 75 Jahre alt sind und deren Wert mindestens auf EUR 300.000 geschätzt⁶⁰⁷ wird. Für Aquarelle, Gouachen und Pastelle sowie Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst gelten eine Altersgrenze von 75 und eine Wertgrenze von EUR 100.000.

Die Ausfuhr von Kulturgut ist nach § 31 KGSG somit dann unrechtmäßig, wenn sie unter Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 21-27 KGSG oder unter Verstoß gegen die entsprechende EU-Verordnung stattfindet.

⁶⁰¹ Nach § 2 Abs. 1 Nr. 18 lit. b. KGSG ist eine Ausfuhr dauerhaft, wenn sie für einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren erfolgt.

⁶⁰² Verordnung (EG) Nr. 116/2006 über die Ausfuhr von Kulturgütern, 18.12.2008, ABl. EU 2009, Nr. L 39, 1.

⁶⁰³ Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 KGSG ist „Drittstaat“ jeder Staat, der kein Mitgliedstaat der Europäischen Union ist.

⁶⁰⁴ Kritisch hierzu z.B.: *Sturm*, KUR 2016, 73, 74; *Strobl*, DS 2015, 101, 103.

⁶⁰⁵ Verordnung (EG) Nr. 116/2006 über die Ausfuhr von Kulturgütern, 18.12.2008, ABl. EU 2009, Nr. L 39, 1.

⁶⁰⁶ Eine entsprechende Übersicht ist enthalten in: Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 86; auch in: BKM, Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis, 2017, S. 338 ff.

⁶⁰⁷ Nach § 24 Abs. 4 KGSG ist der maßgebliche finanzielle Wert des Kulturguts der innerhalb der letzten drei Jahre gezahlte Preis bei einem An- oder Verkauf, in sonstigen Fällen ein begründeter inländischer Schätzwert zum Zeitpunkt der Antragsstellung bei der Genehmigungsbehörde. Bei Angabe eines Schätzwertes müssen auch die Kriterien und Faktoren der Schätzung angegeben werden (BKM, Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis, 2017, S. 177).

Zusammenfassend muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer vor jeder Ausfuhr von Kulturgut innerhalb der EU prüfen, ob er hierfür eine Genehmigung nach den o.g. Vorschriften benötigt und diese sodann bei der zuständigen Behörde einholen.⁶⁰⁸ Bereits diese Vorgaben machen deutlich, dass sich Kunsthändler/ Kunstversteigerer aktiv mit den Ausfuhr-Vorgaben des KGSG beschäftigen müssen, um nicht gegen das strafbewehrte Ausfuhrverbot zu verstoßen.

Ein Verstoß wird nach § 83 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 KGSG mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe sanktioniert. Die Vorschrift des § 83 Abs. 1 Nr. 5 KGSG stellt zudem das Abschließen eines Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäftes (§ 40 Abs. 3 KGSG) über Kulturgut, das durch Verstöße gegen das Ausfuhrverbot nach § 21 KGSG ausgeführt wurde, unter Strafe.

4.2.2 Einfuhr von Kulturgut nach §§ 28 ff. KGSG

Durch das neue KGSG werden erstmals Einfuhrverbote im nationalen Recht normiert.⁶⁰⁹ Wie oben unter Kapitel III.4.1., sind die Ziele die Bekämpfung des illegalen Handels mit Kulturgütern und die Einschränkung der Finanzierungsmöglichkeiten von ausländischen Terrororganisationen durch den illegalen Handel mit Kulturgütern. Die Vorgaben für die Einfuhr⁶¹⁰ von Kulturgut wurden deutlich erhöht.

Das strafbewehrte⁶¹¹ Einfuhrverbot nach § 28 KGSG ist eine der zentralen Normen in der Bekämpfung des illegalen Handels mit Kulturgütern und beinhaltet drei verschiedene Tatbestandsvarianten:

Nach § 28 Nr. 1 KGSG liegt ein Verstoß vor, wenn das Kulturgut in einem anderen Mitglied- oder Vertragsstaat als nationales Kulturgut eingestuft oder definiert und unter Verstoß gegen dessen Rechtsvorschriften zum Schutz nationalen Kulturguts aus dessen Hoheitsgebiet verbracht worden ist. Nach § 28 Nr. 2 KGSG ist die Einfuhr verboten, wenn das Kulturgut unter Verstoß gegen EU-Recht, das die grenzüberschreitende Verbringung von Kulturgütern

⁶⁰⁸ Nach § 24 Abs. 7 S. 1 KGSG hat die Behörde über den Antrag sodann innerhalb von zehn Arbeitstagen nach Einreichung der vollständigen Antragsunterlagen zu entscheiden.

⁶⁰⁹ *Fechner*, in: Martin/Krautzberger, Teil B, Abschnitt IV.8., zum KGSG, Rn. 172; *Strobl*, DS 2016, 101, 102.

⁶¹⁰ D.h. das Verbringen des Kulturguts in das Bundesgebiet, § 2 Abs. 1 Nr. 5 KGSG.

⁶¹¹ Nach § 83 Abs. 1 Nr. 3 KGSG wird derjenige, der entgegen § 28 KGSG Kulturgut einführt, von dem er weiß, dass es unter Verstoß gegen eine in § 28 KGSG genannte Rechtsvorschrift verbracht worden ist, mit einer Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe.

einschränkt oder verbietet, verbracht worden ist.⁶¹² Schließlich ist nach § 28 Nr. 3 KGSG die Einfuhr verboten, wenn das Kulturgut unter Verstoß gegen Vorgaben des Protokolls der Haager Konvention auf Grund eines bewaffneten Konflikts verbracht worden ist.

Im Alltagsgeschäft ist für Kunsthändler/ Kunstversteigerer insbesondere relevant, dass bei der Einfuhr von Kulturgut, das von einem Mitgliedstaat oder Vertragsstaat als nationales Kulturgut eingestuft worden ist, bußgeldbewehrt⁶¹³ ein Nachweis der Rechtmäßigkeit der Ausfuhr mitgeführt werden muss (§ 30 S. 1 KGSG). Als Nachweis gilt etwa die Ausfuhrgenehmigung des Herkunftsstaats oder eine sonstige Bestätigung i.S.d. Art. 6 lit. a. des UNESCO-Übereinkommens von 1970.⁶¹⁴

Insgesamt ist die Einfuhr eines Kulturguts unrechtmäßig, wenn das Kulturgut nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 KGSG bei der Ausfuhr aus einem anderen Staat unter Verstoß gegen die in diesem Staat geltenden Rechtsvorschriften zum Schutz nationalen Kulturgutes verbracht worden ist, des Weiteren nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 KGSG, wenn die Einfuhr des Kulturgutes gegen das Einfuhrverbot nach § 28 KGSG oder nach § 32 Abs. 1 Nr. 3 KGSG gegen sonstige Rechtsvorschriften in Deutschland verstößt.

Zusammenfassend stellen die Vorgaben zur Einfuhr von Kulturgut zusammen mit den potentiellen strafrechtlichen Sanktionen nach §§ 83 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 KGSG ein erhebliches rechtliches Risiko im Alltagsgeschäft der Kunsthändler/ Kunstversteigerer dar.

4.3 Verbot des Inverkehrbringens nach § 40 Abs. 1 KGSG

Das neue KGSG enthält in § 40 Abs. 1 KGSG ein Verbot des Inverkehrbringens von Kulturgut, das abhandengekommen, rechtswidrig ausgegraben oder unrechtmäßig eingeführt

⁶¹² Vgl. hierzu die Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 90: „[...] In Betracht kommen insbesondere Embargo-Vorschriften wie die Verordnung (EU) Nummer 1332/2013 des Rates vom 13. Dezember 2013 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 36/2012 über restriktive Maßnahmen angesichts der Lage in Syrien (ABl. L 335 vom 14.12.2013, S. 3) oder die Verordnung (EG) Nr. 1210/2003 des Rates vom 7. Juli 2003 über bestimmte spezifische Beschränkungen in den wirtschaftlichen und finanziellen Beziehungen zu Irak und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2465/1996 (ABl. L 169 vom 8.7.2003, S. 6). [...]“.

⁶¹³ Werden die Dokumente vorsätzlich oder fahrlässig für Kulturgut, von dem bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass es im Herkunftsstaat als nationales Kulturgut eingestuft ist, nicht mitgeführt, so kann die Behörde nach § 84 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 KGSG eine Geldbuße bis zu EUR 100.000 verhängen.

⁶¹⁴ Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 91.

worden ist. Das KGSG knüpft an dieses Verbot neben zivilrechtliche außerdem straf- und bußgeldrechtliche Folgen.

Der Norm kommt deshalb für Kunsthändler/ Kunstversteigerer eine erhebliche Praxisrelevanz zu, auch da das Gesetz den Begriff des Inverkehrbringens sehr weit gefasst hat, wonach das Inverkehrbringen nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 KGSG „[...] das Anbieten, das Verkaufen, die Vermittlung, der Vertrieb, das Absetzen, die unentgeltlich Weiter- oder Abgabe zum Zweck der wirtschaftlichen Verwertung oder die wirtschaftliche Verwertung in sonstiger Weise im eigenen oder fremden Namen [...]“ umfasst.

Der Begriff des Abhandenkommens richtet sich nach § 935 BGB.⁶¹⁵

Ein Kulturgut ist rechtswidrig ausgegraben, „[...] wenn es unter Verstoß gegen eine inländische oder ausländische Rechtsvorschrift zum Schutz von archäologischem oder paläontologischem Kulturgut, insbesondere ohne eine nach einer solchen Rechtsvorschrift erforderliche Genehmigung, ausgegraben worden ist [...]“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 14 KGSG).

Das Vorliegen einer unrechtmäßigen Einfuhr richtet sich – wie oben dargelegt – nach der Vorschrift des § 32 KGSG.

Die rechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen das Verbot des § 40 Abs. 1 KGSG sind umfassend:

Nach § 40 Abs. 2 KGSG hat der Verstoß die Nichtigkeit⁶¹⁶ des vom Kunsthändler/ Kunstversteigerer getroffenen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäftes zur Folge.⁶¹⁷ Konsequenz ist, dass der Erwerber nicht Eigentümer des Kulturgutes werden kann.⁶¹⁸

⁶¹⁵ Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 96; BKM, Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis, 2017, S. 204.

⁶¹⁶ In der Literatur wird diskutiert, ob die Regelung des § 40 Abs. 2 KGSG als lex specialis zu den sachenrechtlichen Regelungen des BGB anzusehen ist und deshalb der gutgläubige Erwerb im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung, §§ 935 Abs. 2, 383 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen sei soll (überzeugend gegen diese Auffassung: *Elmenhorst/ Strobl* in Anm. zu OLG Nürnberg, KUR 2017, 158, 159; *Elmenhorst*, in: *Elmenhorst/ Wiese*, KGSG, § 40 Rn. 12). Zum einen geht eine Einordnung des § 40 Abs. 2 KGSG als lex specialis nicht aus der Gesetzesbegründung hervor. Des Weiteren spricht auch der Blick auf die strafrechtlichen Folgen nach § 83 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 5 KGSG dafür, dass § 40 Abs. 2 KGSG einschränkend auszulegen ist und dass durch die Bestimmungen des § 935 Abs. 2 BGB sowie durch Ersitzung nach § 937 BGB wirksam Eigentum auch an abhandengekommenen Kulturgütern begründet werden kann (so überzeugend: *Elmenhorst/ Strobl* in Anm. zu OLG Nürnberg, KUR 2017, 158, 159).

⁶¹⁷ Dies gilt nach § 40 Abs. 3 KGSG zudem für ein Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft über Kulturgut, das entgegen § 21 KGSG ausgeführt wurde.

Der Verstoß gegen § 40 Abs. 1 KGSG kann Schadensersatzansprüche des Erwerbers auslösen (§ 40 Abs. 4 S. 1 KGSG). Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer ist – wenn er nicht darlegen kann, dass er den Verstoß nicht zu vertreten hat (§ 40 Abs. 4 S. 2 KGSG) – dem Erwerber zum Schadensersatz verpflichtet (unter Einschluss des Ersatzes der Aufwendungen anlässlich des Erwerbs und der Aufwendungen zur Erhaltung des Kulturguts). Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer hat den Verstoß dann nicht zu vertreten, wenn er die ihm obliegenden „Due-Diligence“-Pflichten der §§ 41 ff. KGSG erfüllt, die nachfolgend noch einzeln dargelegt werden.

Schließlich normiert § 83 Abs. 1 Nr. 4 KGSG empfindliche strafrechtliche Sanktionen. Nach § 83 Abs. 1 Nr. 4 KGSG ist der Verstoß gegen das Verbot nach § 40 Abs. 1 KGSG mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren und einer Geldstrafe unter Strafe gestellt. Die Vorschrift des § 83 Abs. 1 Nr. 4 KGSG enthält entsprechend der Norm des § 40 Abs. 1 KGSG drei Tatbestandsvarianten des Inverkehrbringens: Variante 1 ist das Inverkehrbringen abhandengekommenen Kulturguts. Variante 2 ist Inverkehrbringen von Kulturgut, von dem er weiß, dass es rechtswidrig ausgegraben wurde und Variante 3 das Inverkehrbringen von unrechtmäßig eingeführtem Kulturgut nach § 32 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 KGSG.

Laut Gesetzesbegründung soll durch § 83 Abs. 1 Nr. 4 KGSG eine Strafvorschrift insbesondere für die Fälle geschaffen werden, die von § 259 StGB nicht erfasst werden, etwa weil es an einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat fehlt.⁶¹⁹ Das erhebliche Strafmaß des § 83 Abs. 1 Nr. 4 KGSG begründet der Gesetzgeber mit dem Vorsatzerfordernis (nur für Var. 1 ist „dolus eventualis“ ausreichend) sowie mit einem Vergleich mit den Straftatbeständen der Hehlerei (§ 259 StGB) und der Geldwäsche (§ 261 StGB), bei denen er einen vergleichbaren Unrechtsgehalt sieht.⁶²⁰

Insgesamt zeigen die vorgenannten Straf- und Bußgeldvorschriften, dass das KGSG für Kunsthändler/ Kunstversteigerer im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit und dem damit verbundenen Inverkehrbringen von Kunstgegenständen eine erhebliche Erhöhung des

⁶¹⁸ *Fechner*, in: *Martin/Krautzberger*, Teil B, Abschnitt IV.8., zum KGSG, Rn. 181; *Elmenhorst/Heimann*, NJW 2016, 3398, 3399 m.w.N.

⁶¹⁹ An einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat fehlt es, wenn die Vortat ausschließlich dem Schutz von öffentlichen Interessen dient (Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 118, 119); BKM, *Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis*, 2017, S. 263.

⁶²⁰ Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 119; BKM, *Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis*, 2017, S. 263.

rechtlichen Risikos (z.B. durch Inverkehrbringen eines abhandengekommenen Gegenstandes) mit sich bringt. Diesem Risiko können Kunsthändler/ Kunstversteigerer nur durch die Einhaltung der nachfolgend dargelegten, gesetzlich normierten, Due-Diligence-Pflichten entgegentreten:

4.4 Allgemeine „Due-Diligence“-Pflichten nach § 41 KGSG

Das KGSG normiert zahlreiche „Due-Diligence“-Pflichten zur Vermeidung des Inverkehrbringens von abhandengekommen, rechtswidrig ausgegrabenen oder unrechtmäßig eingeführten Kulturgütern.

In § 41 Abs. 1 KGSG ist die allgemeine „Due-Diligence“-Pflicht normiert, dass vor dem Inverkehrbringen des Kulturguts mit der erforderlichen Sorgfalt zu prüfen ist, ob das Kulturgut abhandengekommen, unrechtmäßig eingeführt oder rechtswidrig ausgegraben worden ist. Nach § 41 Abs. 2 S. 1 KGSG ist die Prüfung nur durchzuführen, *„[...] wenn sich einer vernünftigen Person die Vermutung aufdrängen müsste, dass einer der in Absatz 1 genannten Tatbestände in Betracht kommt [...]“*. Dies soll nach § 41 Abs. 2 S. 2 KGSG insbesondere der Fall sein, wenn bei einem früheren Erwerb des Kulturgutes ein außergewöhnlich niedriger Preis ohne nähere Begründung oder bei einem Kaufpreis von mehr als EUR 5.000 Barzahlung gefordert wurde. Nach welchen weiteren Umständen sich die Vermutung aufdrängen muss, lässt das Gesetz offen, was nicht gerade zur Rechtssicherheit in der Praxis beiträgt. Insgesamt richtet sich der Due-Diligence-Maßstab auch im Rahmen des KGSG nach dem Vorliegen von sog. „red-flags“.

Die nach § 41 Abs. 1 KGSG „erforderliche Sorgfalt“ umfasst gemäß § 41 Abs. 3 KGSG *„[...] die Prüfung einschlägiger Informationen, die mit zumutbarem Aufwand zu beschaffen sind, oder jede andere Prüfung, die eine vernünftige Person unter denselben Umständen [...]“* unternehmen würde. Nicht definiert wird im Gesetz der Begriff der „vernünftigen Person“. Bekannt ist das Abstellen auf die „vernünftige Person“ bei der Auslegung im internationalen Vertragsrecht (Art. 8 Abs. 2 CISG). Der Gesetzgeber des KGSG wollte mit der Verwendung des Begriffes wohl ausdrücken, dass ein objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab⁶²¹ des Verkehrskreises anzuwenden ist.

⁶²¹ Zum zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstab, siehe ausführliche oben in Kapitel III.1.2.

Der „zumutbare Aufwand“ orientiert sich nach dem Wert des Kulturguts sowie am zeitlichen Abstand zwischen Erwerb und Weiterverkauf sowie beispielsweise danach, ob es sich um eine unentgeltliche Weiter- oder Abgabe im privaten Kreis, z.B. dem Familienkreis, handelt.⁶²² Des Weiteren dürften hier Umstände wie z.B. die Herkunft des Kulturgutes (z.B. Vorbesitzer im Ausland) sowie die Umstände des Erwerbs zu beachten sein.⁶²³

4.5 Besondere „Due-Diligence“- und Dokumentationspflichten nach § 42 ff. KGSG

4.5.1 Besondere „Due-Diligence“-Pflichten für Kunsthändler/ Kunstversteigerer

Soweit dies nicht bereits in den Pflichten nach § 41 KGSG enthalten ist, müssen Kunsthändler/ Kunstversteigerer nach § 42 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 7 KGSG die nachfolgenden Due-Diligence-Pflichten erfüllen:⁶²⁴

Nach Nr. 1 müssen sie den Namen und die Anschrift des Veräußerers, des Einlieferers, des Erwerbers oder Auftraggebers feststellen, eine Beschreibung und eine Abbildung zur Feststellung der Identität des Kulturgutes anfertigen (Nr. 2), die Provenienz des Kulturgutes prüfen (Nr. 3), die Einfuhr- und Ausfuhrdokumente prüfen (Nr. 4), Verbote und Beschränkungen zur Ein- und Ausfuhr sowie zum Handel prüfen (Nr. 5), die Eintragung in öffentlich zugänglichen Verzeichnissen und Datenbanken⁶²⁵ prüfen (Nr. 6) und eine Erklärung des Einlieferers oder Veräußerers einholen, dass dieser berechtigt ist, über das Kulturgut zu verfügen (Nr. 7).

Der Gesetzgeber erkennt⁶²⁶, dass die Kunsthändler/ Kunstversteigerer sich schon vor Einführung des KGSG zur Einhaltung eines maßgeblichen Teils dieser Due-Diligence-

⁶²² Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 97; BKM, Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis, 2017, S. 206.

⁶²³ Vgl.: *Strobl*, DS 2015, 101, 103.

⁶²⁴ In § 42 Abs. 1 KGSG werden die grundlegenden Sorgfaltspflicht beim gewerblichen Inverkehrbringen von Kulturgütern festgelegt (BKM, Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis, 2017, S. 207).

⁶²⁵ Die Gesetzesbegründung sieht als in Betracht kommende Datenbanken (Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 99): Das staatlicherseits vorgehaltene Verzeichnisse: www.kulturgutschutz-deutschland.de, Lost Art-Datenbank (www.lostart.de) oder die Internetdatenbank von Interpol zu gestohlenen Kulturgütern, das kommerziell betriebene Verzeichnisse wie etwa das internationale Art Loss Register (www.artloss.com); zu beiden Datenbanken ausführlich: Schellerer, 2016, S. 44 ff.

⁶²⁶ BKM, Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis, 2017, S. 208.

Pflichten (speziell in Bezugs auf die Pflichten zur Provenienz-Prüfung) als Mitglieder des BDGV bzw. des BDK freiwillig verpflichtet hatten.⁶²⁷ Wie dargestellt, müssen Kunsthändler/Kunstversteigerer diese Pflichten bereits regelmäßig im Rahmen der haupt- und nebenvertraglichen Pflichten des Kaufvertrages i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB oder als Bestandteil von spezialgesetzlichen Regelungen erfüllen.⁶²⁸ Dies ist etwa bei der Pflicht zur Identifizierung des Vertragspartners nach § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KGSG⁶²⁹ der Fall. Diese Pflicht ist vom Versteigerer bereits nach § 1 VerstV (er hat die entsprechenden Angaben zum Auftraggeber in einem schriftlichen Versteigerungsauftrag festzuhalten) zu erfüllen. Des Weiteren enthält der noch bedeutend weitergehende Pflichtenkatalog nach dem Geldwäschegesetz⁶³⁰ als Ausdruck des „Know Your Customer (KYC)“-Prinzips umfangreiche Pflichten zur Feststellung der Identität des Vertragspartners (sog. „Customer-Due-Diligence“-Pflichten).

Nach § 42 Abs. 3 KGSG sind diese erhöhten Pflichten erst ab einem Schwellenwert des Kulturgutes von über EUR 2.500,00 (es sei denn es handelt sich um archäologisches Kulturgut) anzuwenden. Ferner sind die vorgenannten Pflichten der Nr. 3 bis Nr. 7 nach Maßgabe des zumutbaren Aufwandes – besonders der wirtschaftlichen Zumutbarkeit – zu erfüllen (§ 42 Abs. 1 S. 3 KGSG). Laut Gesetzesbegründung soll damit verhindert werden, *„[...] dass zum Teil umfangreiche Recherchen auch bei Kulturgut von geringem wirtschaftlichem Wert erforderlich werden [...]“*⁶³¹. Die Zumutbarkeits-Schranke solle ferner

⁶²⁷ Vgl. dazu oben in Kapitel III.1.4.2.1.

⁶²⁸ Hiervon geht (pauschal) der Gesetzgeber aus, vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 97, 98: *„[...] Teilweise entsprechen diese Sorgfaltspflichten schon geltendem Recht, sie werden hier lediglich zu einem kohärenten System von Pflichten weiterentwickelt und zusammengefasst. In weiten Bereichen entsprechen sie zudem ohnehin den Sorgfaltspflichten, an die sich die Mehrheit der am Kunsthandel Beteiligten bereits durch Zugehörigkeit zu einem der verschiedenen Kunsthandelsverbände und den demnach bestehenden Selbstverpflichtungserklärungen (Verhaltenskodizes) gebunden hat. [...]“*. Vgl. bereits in Kapitel III.1.4.2.1.

⁶²⁹ Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 98.

⁶³⁰ Siehe zu den Voraussetzungen, wann ein Kunsthändler bzw. Versteigerer als „Güterhändler“ die „Customer Due-Diligence“-Pflichten des GwG (insbesondere zu § 3 Abs. 2 S. 5, § 4 ff. GwG) ausführliche in Kapitel III.5.2.2.

⁶³¹ Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg., 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 98.

klarstellen, dass „[...] nicht für jedes Kulturgut eine lückenlose Provenienz zu klären ist. [...]“⁶³².

In der Gesetzesbegründung wird betont, dass „[...] [d]er zumutbare Aufwand [...] jedoch mit höherem Grad der beruflichen Spezialisierung desjenigen, der Kulturgut in Verkehr bringt, entsprechend [...] [steigt]“⁶³³. Dies entspricht dem Ansatz der Rechtsprechung, für spezialisierte Auktionshäuser einen höheren Sorgfaltsmaßstab anzulegen, als für Varia-Versteigerer.⁶³⁴ Bei der Bestimmung der Zumutbarkeit des Aufwandes werden auch die weiteren von der Rechtsprechung zur Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes herangezogenen Faktoren (u.a. Qualität und Bedeutung des in Frage stehenden Kulturgutes, Umstände der Einlieferung, die Höhe des Schätzpreises, Plausibilität der behaupteten Provenienz)⁶³⁵ im Einzelfall zu beachten sein.

Nach § 44 S. 1 KGSG ist der vorgenannte Maßstab des zumutbaren Aufwandes nach § 42 Abs. 1 S. 3 KGSG in drei Konstellationen nicht anzuwenden:

Dies ist der Fall bei Kulturgut, bei dem nachgewiesen oder zu vermuten ist, dass es in der Zeit zwischen dem 30.01.1933 und dem 08.05.1945 durch Verfolgung des Nationalsozialismus entzogen worden ist, es sei denn das Kulturgut wurde restituiert (§ 44 S. 1 Nr. 1 KGSG). In der Praxis wird diese Vorschrift regelmäßig einschlägig sein, da die Schwelle für die Annahme einer „Vermutung“ in diesem Kontext niedrig ist. Jedenfalls wird die Eintragung einer Suchmeldung in die Lost Art Datenbank zur Annahme der Vermutung i.S.d. § 44 S. 1 Nr. 1 KGSG führen und der Kunsthändler/ Kunstversteigerer bei eingetragenen Kulturgütern folglich auch solche Prüfungspflichten durchführen müssen, die über das wirtschaftlich zumutbare Maß hinausgehen. Dies ist in der Praxis insofern problematisch, als die Suchmeldungen vor Veröffentlichung in der Lost Art Datenbank lediglich auf ihre

⁶³² Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg., 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 98. Mit der Zumutbarkeits-Schranke soll der Einwand seitens des Kunsthandels in der mündlichen Anhörung vom 22. April 2015 berücksichtigt werden, dass eine lückenlose Provenienz oft wegen häufigen Eigentümerwechsels und zeitlich lange zurückliegender Erwerbsvorgänge nicht möglich ist und gerade bei in finanzieller Hinsicht nicht besonders wertvollem Kulturgut zu einem unvertretbaren Aufwand führen würde (Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg., 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 98).

⁶³³ Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg., 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 98.

⁶³⁴ Zu dieser Differenzierung im Rahmen des Sorgfaltsmaßstabes vgl. oben in Kapitel III.1.2.1.

⁶³⁵ So auch: *Elmenhorst/Heimann*, NJW 2016, 3398, 3403; zu den Kriterien bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes und damit einhergehenden verschiedenen zivilrechtlichen „Due-Diligence“-Pflichten für Kunsthändler/ Kunstversteigerer siehe oben in Kapitel III.1.2.

Plausibilität, nicht jedoch tiefergehend, geprüft werden und die Löschung der Suchmeldung nach Auffinden des Kunstgegenstandes nicht immer erfolgen muss.⁶³⁶

Der Maßstab des zumutbaren wirtschaftlichen Aufwands ist nicht bei Kulturgut anwendbar, das aus einem Mitgliedstaat oder Vertragsstaat stammt, für den der Internationale Museumsrat (ICOM) eine Rote Liste (sog. „Red List“)⁶³⁷ gefährdeter Kulturgüter veröffentlicht hat (§ 44 S. 1 Nr. 2 KGSG) oder für das ein EU-Verbot⁶³⁸ der Ein- oder Ausfuhr oder ein Verbot des Inverkehrbringens besteht (§ 44 S. 1 Nr. 2 KGSG).

Der Verstoß gegen die Pflichten nach § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 7 KGSG kann nach § 84 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4 KGSG mit einer Geldbuße bis zu EUR 30.000 geahndet werden. Daneben stehen selbstverständlich die Risiken zivilrechtlicher Ansprüche aus der Verletzung der teilweise „deckungsgleichen“ haupt- und nebenvertraglichen Due-Diligence-Pflichten, die in Kapitel III.1.4.1.6. ausführlich dargestellt wurden.

4.5.2 Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten nach § 45 KGSG

Neben den dargelegten „Due-Diligence“-Pflichten enthält das neue KGSG strenge Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten, die eine erhebliche administrative Belastung für Kunsthändler/ Kunstversteigerer darstellen wird.

⁶³⁶ Vgl. hierzu *Elmenhorst/Heimann*, NJW 2016, 3398, 3404; BVerwG, KUR 2015, 17 ff., wonach der Antrag der Klägerin auf Löschung einer Suchmeldung aus der Lost Art Datenbank nach Auffinden des Kunstgegenstandes mit der Begründung versagt wurde, in der Eintragung liege auch nach Auffinden des Kunstgegenstandes keine rechtswidriger Zustand, da der Zweck der Eintragung in die Datenbank noch nicht erfüllt sei. Dieser Zwecke liege neben dem Auffinden des Kunstgegenstandes eben zusätzlich darin, dass durch die Veröffentlichung einer Suchmeldung die einvernehmliche Lösung zwischen den Beteiligten gefördert werde.

⁶³⁷ Der Internationale Museumsrat ICOM (International Council of Museums) als die internationale Organisation für Museen und Museumsfachleute ist dem Erhalt, der Pflege und der Vermittlung des kulturellen und natürlichen Welterbes verpflichtet. ICOM erstellt für Krisen- und Konfliktregionen „Rote Listen“ (sog. „Red Lists“) des gefährdeten kulturellen Erbes heraus. *„Die „Roten Listen“ enthalten Beispiele von Objekttypen und -kategorien, die besonders gefährdet sind, illegal gehandelt zu werden, weil sie Ausfuhrbeschränkungen oder Ausfuhrverboten unterliegen“* (Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg., 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 100). Weitere Informationen sind zu entnehmen auf dem Internetauftritt der ICOM Deutschland, abrufbar unter: <http://www.icom-deutschland.de/ueber-uns-internationaler-museumsrat.php> sowie von ICOM, abrufbar unter: <http://icom.museum/> (jeweils zuletzt abgerufen: 26.03.2018). Die Roten Listen sind alle abrufbar unter: <http://icom.museum/resources/red-lists-database/> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

⁶³⁸ Primär betrifft diese aktuell die kulturgutbezogenen Embargovorschriften der Syrien-Verordnung von 2013 und der Irak-Verordnung von 2003, gilt aber auch für das Verbot der Ein- und Ausfuhr von Kulturgut aus Elfenbein (Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg, 03.02.2016, BT-Drs. 18/7456, S. 100).

Nach § 45 Abs. 1 S. 1 KGSG muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer die Prüfungen und Feststellungen im Rahmen seiner „Due-Diligence“-Maßnahmen nach § 42 KGSG (elektronisch) dokumentieren und zusammen mit den dazugehörigen Unterlagen und Nachweisen 30 Jahre lang aufbewahren.⁶³⁹ Eine geringe Erleichterung von dieser umfangreichen Pflicht stellt nur § 45 Abs. 3 KGSG dar. Nach dieser Vorschrift werden Aufzeichnungen nach anderen Rechtsordnungen den nach dem KGSG geforderten Aufzeichnungen gleichgestellt werden, sofern sie den Prüfungen und Feststellungen nach § 42 KGSG entsprechen und die Feststellung der Identität des Kulturgutes ermöglichen. Die Gesetzesbegründung verweist auf Aufzeichnungen nach der Versteigerungsverordnung und solchen nach dem Geldwäschegesetz. Der administrative Mehraufwand für Kunsthändler bzw. Versteigerer, besonders durch die lange Aufbewahrung von 30 Jahren, wird dennoch erheblich sein.

4.6 Zusammenfassung und Stellungnahme

Die Neuregelung des Kulturgutschutzrechts hat eine deutliche administrative Mehrbelastung für Kunsthändler/ Kunstversteigerer zur Folge und es ergeben sich aus dem KGSG zudem umfangreiche Vorgaben für die Ein- und Ausfuhr sowie das Inverkehrbringen von Kulturgütern. Diese sind von Kunsthändler/ Kunstversteigerer und deren Mitarbeitern dringend zu beachten.

Auch wenn maßgebliche „Due-Diligence“-Pflicht bereits vor Normierung durch das KGSG Bestandteil etwa der kaufvertraglichen Haupt- und Nebenpflichten eines Kunsthändlers/ Kunstversteigerers waren, so verschärft das KGSG die an Kunsthändler/ Kunstversteigerer gestellten Pflichten dennoch erheblich. Unternehmensintern müssen deshalb aktive Maßnahmen getroffen werden, um die Mitarbeiter über die bestehenden Pflichten zu informieren und um ihnen Handlungsempfehlungen für ein KGSG-konformes Verhalten im Alltagsgeschäft an die Hand zu geben. Dies erscheint außerdem erforderlich, um die Mitarbeiter selbst vor etwaigen Sanktionen nach dem KGSG zu schützen.

⁶³⁹ Wiederholte Verstöße gegen die Dokumentations- und Auskunftspflicht nach §§ 45, 46 KGSG können nach § 47 KGSG von der zuständigen Behörde der Gewerbeaufsicht zur Überprüfung der Zuverlässigkeit i.S.d. § 35 GewO mitgeteilt werden.

5. Branchenspezifische Rechtsrisiken nach dem deutschen Geldwäschegesetz (GwG)

Kunsthändler/ Kunstversteigerer sind – nachdem das Problem der Geldwäsche⁶⁴⁰ im Kunsthandel seit Jahren in der Presse⁶⁴¹ sowie von Juristen⁶⁴² thematisiert wurde – endgültig in den Fokus des Gesetzgebers sowie der Behörden und deren Bemühungen der internationalen Geldwäschebekämpfung gerückt:

Die EU-Kommission stuft den Antikenhandel und den Handel mit Kulturgütern in ihrem SNRA-Geldwäsche-Bericht⁶⁴³ vom 26.07.2017 als attraktiv für die Durchführung von

⁶⁴⁰ Die Definition der „Geldwäsche“ („Money Laundering“) ist vom deutschen Gesetzgeber nicht ausdrücklich festgeschrieben (Teichmann, 2016, S. 12 m.w.N.; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 3 m.w.N.). Bei „Geldwäsche“ geht es darum, Gelder oder andere Vermögenswerte aus kriminellen Quellen in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf einzuschleusen, um die kriminelle Herkunft zu verschleiern und um diese Vermögenswerte damit dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen (Begründung zum Gesetzentwurf des Bundesrates „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)“, BT-Drs 12/989, 26; BGH NStZ 2006, 343, 344; FATF, 2006, S. 1 ff.; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 3 m.w.N.). Für eine ausführliche Definition der „Geldwäsche“ vgl. Art. 1 Abs. 3 der „4. EU-Geldwäscherichtlinie“ (Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 (ABl. EU 2015, Nr. L 141 S. 73)).

⁶⁴¹ Bereits in den 1980er Jahren wurde über die Vermutung berichtet, die Mafia wäscht Gelder über den Kauf von Kunstgegenständen: *Schille*, „Die Mafia wäscht ihr Geld mit Kunst“, *Der Spiegel*, 05.12.1988, Nr. 49/1988, S. 206-223; o.V., „Spekulanten in der Spielhölle“, *Der Spiegel*, 28.11.1988, Nr. 48/1988 (Der Artikel enthält auf S. 181 die Feststellung: „Schließlich, so argwöhnen inzwischen fast alle Experten des Kunstmarkts, ist der Gemäldekauf eine günstige Methode, um schwarzes Geld weiß zu waschen.“); *Riegel*, „Kunstmarkt ist ein Tummelplatz für Geldwäscher“, *welt.de*, 29.10.2014, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/article133765120/Kunstmarkt-ist-ein-Tummelplatz-fuer-Geldwaescher.html> (zuletzt abgerufen: 22.03.2018); *Lufkin*, „Laundering Drug Money With Art“, *forbes.com*, 08.04.2003, abrufbar unter: https://www.forbes.com/2003/04/08/cx_0408hot.html#69fbabd266fc (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); *Cohen*, „Valuable as Art, but Priceless as a Tool to Launder Money“, *NY Times*, 12.05.2013, abrufbar unter: <http://www.nytimes.com/2013/05/13/arts/design/art-proves-attractive-refuge-for-money-launderers.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); *Altwegg*, „Genf wäscht am weißesten“, *FAZ online*, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunsthandel-genf-waescht-am-weissesten-13669902.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); mit dem Hinweis, dass Geldwäsche-Fälle auf den Kunstmärkten weiterhin nur vereinzelt auftreten: *Adam*, 2017, S. 187 m.w.N..

⁶⁴² Vgl. z.B.: *Raschèr*, ZRFC 2011, 11 ff.; *Raschèr*, *Kunst & Recht* 2011, 27 ff. m.w.N.; hervorzuheben ist die ausführliche Darstellung in: *De Sanctis*, 2013, S. 1 ff., der sich vor allem mit dem internationalen Handel (aber mit Schwerpunkt auf Brasilien bzw. den US-amerikanischen Kunstsektor) befasst und eine umfangreiche Auswertung von Rechtsprechung und Presseberichterstattung im Zusammenhang mit Geldwäsche im Kunsthandel vornimmt; *Roth*, 2015, S. 1 ff., 92 ff. m.w.N. (mit Schwerpunkt auf dem Schweizerischen Kunsthandel), darin findet sich eine Übersicht mit publizierten und unpublizierten Geldwäscherdachts-Meldungen bei der Schweizerischen Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) im Zusammenhang mit dem Kunsthandel ab dem Jahr 2001.

⁶⁴³ EU-Kommission, Bericht über die Bewertung der mit grenzüberschreitenden Tätigkeiten im Zusammenhang stehenden Risiken der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung für den Binnenmarkt (Report Supranational Risk Assessment on money laundering and terrorist financing), kurz: „SNRA-Bericht“, 26.07.2017, EU-Kommission (2017) 340 final, S. 20, 23.

Geldwäsche ein und empfiehlt den Mitgliedstaaten ausdrücklich, „*das mit diesem Sektor verbundene Risiko [zu] prüfen, Sensibilisierungskampagnen bei Kunsthändlern [zu] unterstützen und Kunsthändler auf[zufordern, Maßnahmen zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung anzuwenden*“⁶⁴⁴.

Hauptrisiko im Kontext der Kunstmärkte ist das sog. „Trade-Based Money Laundering“⁶⁴⁵ (i.e. Geldwäsche durch Nutzung des Warenhandels) mit Kunstgegenständen. Indem Kunstgegenstände bei Kunsthändlern/ Kunstversteigern mit Geldern aus kriminellen Quellen (z.B. der Organisierten Kriminalität) angekauft werden, werden diese in den legalen Wirtschaftskreislauf eingeschleust werden und deren krimineller Ursprung dadurch verschleiert.⁶⁴⁶

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Einschätzung der EU-Kommission bereits in „vorausgehendem Gehorsam“ der Neufassung des deutschen Geldwäschegesetzes („GwG“)⁶⁴⁷, das am 26.07.2017 in Umsetzung der 4.-EU-Geldwäsche-Richtlinie⁶⁴⁸ in Kraft getreten ist, zu Grunde gelegt. So wird in der Begründung des Gesetzesentwurfes zur Definition des „Güterhändlers“ i.S.d. § 1 Abs. 9 GwG-E (unter den grundsätzlich auch der Kunsthändler/ Kunstversteigerer fällt) festgestellt: „[...] Erfasst werden insbesondere auch Auktionatoren, die für eine Provision fremde Güter anbieten und damit in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung agieren.“⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ Die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung gehen auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene meist Hand in Hand und fußen maßgeblich auf denselben Rechtsgrundlagen (weshalb nachfolgend nur verkürzt von „Geldwäschebekämpfung“ gesprochen wird).

⁶⁴⁵ Das „Trade-Based Money Laundering“ ist definiert als “[...] the process of disguising the proceeds of crime and moving value through the use of trade transactions in an attempt to legitimise their illicit origin [...]” (FATF, 2006, S. 3) und funktioniert über das Ausstellen überhöhter Rechnungen, das Erstellen falscher Einfuhr- und Ausfuhrdokumenten unter Falschangaben bei Preis, Umfang und Qualität ein- oder ausgeführter Waren (ausführlich zu den verschiedenen in der Praxis verwendeten Geldwäsche-Methoden: FATF, 2006, S. 4 ff.).

⁶⁴⁶ Zu den unterschiedlichen Methoden der Geldwäsche auf den Kunstmärkten vgl. die Ausführungen in Kapitel III.5.1.

⁶⁴⁷ „Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten“ (GwG) vom 23.06.2017, BGBl 2017 I, S. 1822.

⁶⁴⁸ „4. EU-Geldwäscherichtlinie“, Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05. 2015 (ABl. EU 2015, Nr. L 141 S. 73).

⁶⁴⁹ BReg., Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, BT-Drs. 18/11555, S. 103.

Die vorgenannten erfolgten regulatorischen Verschärfungen und die von EU-Ebene kommende Aufforderung an die Mitgliedstaaten, die Geldwäschebekämpfung auch gegenüber Kunsthändlern/ Kunstversteigerern zu forcieren, führen dazu, dass Geldwäschebekämpfung für Kunsthändler/ Kunstversteigerer kein theoretisches Problem mehr ist. Sie müssen sich aktiv mit der Geldwäscheprävention und den gesetzlichen Pflichten auseinandersetzen, da sie sich ansonsten erheblichen rechtlichen wie finanziellen Risiken (z.B. durch die Verhängung einer Geldbuße nach § 56 GwG) aussetzen:

5.1 Geldwäsche auf dem Kunstmarkt

Als Gründe⁶⁵⁰ für die Attraktivität des Kunst- und Antiquitätenhandel für Geldwäsche werden u.a. der hohen Grad an Intransparenz (resultierend aus der auf den Kunstmärkten herrschenden Diskretion), die hohen und teils irrationalen Preise, die leichte Manipulierbarkeit und Intransparenz der Preisbildung und eine nach wie vor weite Verbreitung von Bargeldtransaktionen genannt.⁶⁵¹ Wie im Immobilienbereich, bei dem anerkannt ist, dass er auf allen Ebenen des Geldwäscheprozesses eingesetzt wird⁶⁵², wird in Bezug auf den Kunst- und Antiquitätenhandel die Vermutung geäußert, „[...] dass der Boom des Kunst- und Antiquitätenhandels in den letzten beiden Jahrzehnten mit entsprechenden Transaktionen auf den Ebenen placement, layering und integration in Verbindung zu bringen ist. [...]“⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Sehr anschaulich beschäftigte sich die schweizerische interdepartementale Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT) in einem Bericht vom Juni 2015 mit der Geldwäsche-Problematik auf den (Schweizer) Kunstmärkten (als viert- bis fünftwichtigster Kunsthandelsstandort der Welt). Als Gründe, die den Kunstmarkt (in der Schweiz) attraktiv für Geldwäscheaktivitäten machen, nennt der Bericht die im Vergleich zum Finanzsektor geringe Regulierung, die hohen Transaktionsvolumina, die auf den Kunstmärkten herrschende Intransparenz, die Diskretion, die Möglichkeit der Parteien, bei der Transaktionsabwicklung anonym zu bleiben, die Möglichkeit der heimlichen Transaktionsabwicklung, die schwierige von subjektiven Gesichtspunkten geprägte Wertbestimmung bei Kunstgegenständen, die oftmals schwere Identifikationsmöglichkeit von Kunstgegenständen und die leichte Manipulierbarkeit von Kunstauktionen (KGGT, Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz, Juni 2015, S. 114 ff.).

⁶⁵¹ *Raschèr*, in: Roth, 2009, 240 ff.; Roth, 2015, S. 95 ff. m.w.N.; *Roth*, KUR 2016, 35, 36 ff. (mit einer Aufzählung von 35 “geldwäschereifreundlichen” Eigenheiten des Kunstmarktes); *Teichmann*, 2016, S. 129 ff. m.w.N., 142 ff. m.w.N., der im Rahmen seiner empirischen Untersuchung durch Befragung von insgesamt 18 Geldwäschepräventionsexperten aus verschiedenen Ländern im Jahr 2015 bestätigt sieht, dass der Handel mit Antiquitäten und Kunst einer der praktizierten Umgehungsmöglichkeiten von Geldwäschepräventionsmassnahmen darstellt.

⁶⁵² *Herzog/Achtelik*, in: *Herzog*, GwG, Rn. 45 ff. m.w.N.

⁶⁵³ *Herzog/Achtelik*, in: *Herzog*, GwG, Rn. 49.

Grundsätzlich muss im Rahmen der Geldwäsche zwischen drei Stufen unterschieden werden: dem sog. „Placement“⁶⁵⁴, dem „Layering“⁶⁵⁵ und der „Integration“⁶⁵⁶ (das sog. „Drei-Phasen-Modell“ der Geldwäsche).⁶⁵⁷ Im Rahmen der Geldwäsche im Kunsthandel stellen sich die Phasen wie folgt dar:

Im Fall des „Waschens“ von Fälschungen bzw. Kunstwerken mit illegaler Herkunft (auch bezeichnet als: „Art Laundering“⁶⁵⁸) erfolgt das „Placement“ beispielsweise durch (langfristiges) Deponieren in Zollfreilagern⁶⁵⁹ und/ oder dem Verkauf im Rahmen von anonymen „private sales“ oder durch die Einlieferung des Gegenstandes bei kleinen, unauffälligen Kunsthändler bzw. Versteigerer in verschiedenen Staaten mit dem Ziel, die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb zu schaffen.⁶⁶⁰ Zum „Layering“ beauftragt man Dritte (bevorzugt meist unter Einschaltung von Offshore-Gesellschaften mit schwer nachvollziehbarem „wirtschaftlich Berechtigten“), den Kunstgegenstand zu einem vereinbarten Preis zu erwerben und wiederholt diese (bevorzugt grenzübergreifenden)

⁶⁵⁴ Beim „Placement“ werden die Vermögenswerte aus krimineller Quelle versteckt, getauscht oder auf erster Stufe in den Wirtschaftskreislauf eingeschleust (*Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 3.1 m.w.N. Im Fall von (Bar-)Geldern aus krimineller Quelle erfolgt dies durch Deponieren in privaten Schließfächern, durch den Besuch von Casinos, das Einzahlen auf Bankkonten (meist in Teilbeträgen, dem sog. „Smurfing“) und durch den Erwerb von Luxusgütern oder eben durch den Erwerb von Kunstgegenständen (Teichmann, 2016, S. 17, 18 m.w.N. und 97 f.; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 3.1 m.w.N.).

⁶⁵⁵ Das „Layering“ auf der zweiten Stufe zielt darauf ab, die Herkunft durch Vornahme einer Vielzahl von (grenzüberschreitenden) Transaktionen und Scheingeschäften (d.h. Geschäfte, die nur nach außen den Anschein eines regulären Geschäfts erwecken sollen) zu „überdecken“, mit dem Ziel, die illegale Herkunft zu verschleiern (Teichmann, 2016, S. 17, 18 m.w.N. und 97 f.; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 3.1 m.w.N.).

⁶⁵⁶ Die „Integration“ stellt die Einführung der nunmehr gewaschenen inkriminierten Vermögenswerte in den regulären Wirtschaftskreislauf dar (Teichmann, 2016, S. 17, 18 m.w.N. und 97 f.; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 3.1 m.w.N.).

⁶⁵⁷ Teichmann, 2016, S. 17, 18 m.w.N. und 97 f.; *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 3.1 m.w.N.; *Griebel*, NZM 2012, 481, 482.

⁶⁵⁸ Schack, 2017, S. 71 Rn. 130 m.w.N.

⁶⁵⁹ Das Problem der heimlichen Kunsttransaktionen in Zollfreilagern erwähnt der KGGT-Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz, Juni 2015, S. 116. In Reaktion darauf beschloss der Eidgenössische Bundesrat am 18.11.2015 eine entsprechende Änderung der Zollverordnung zu den Zolllagern (siehe Medienmitteilung des Eidgenössischen Bundesrates, „Bundesrat nimmt Zolllager in die Pflicht“, 18.11.2015). Dazu gehört insbesondere die Pflicht der Bestandsaufzeichnung unter Nennung des Eigentümers der eingelagerten Ware, in der vor dem 01.01.2016 geltenden Fassung genügte die Nennung der verfügungs- oder dispositionsberechtigten Person.

⁶⁶⁰ Schack, 2017, S. 71 Rn. 130 m.w.N.

(Schein-)Transaktionen, bis der illegale Ursprung durch die „legale Transaktions-Legende“ der jüngeren Vergangenheit nur noch schwer nachvollzogen werden kann.

Dass sich der Kunsthandel des Problems der Geldwäsche durchaus bewusst ist, zeigt der für die Mitglieder des Bundesverbandes Deutscher Galerien und Kunsthändler e.V. („BDGV“) und für die Mitglieder des Kunsthändlerverband Deutschland e.V. selbstverpflichtende „CINOA Code of Ethics“⁶⁶¹. Dieser enthält in Ziffer 4 das Verbot der Beteiligung an Transaktionen, bei denen hinreichender Tatverdacht besteht, dass sie der Geldwäsche dienen: „[...] 4. *The professional should under no circumstances participate in transactions which to the best of their knowledge can be linked to money-laundering operations. [...]*“.

5.2 Rechtsrisiken aus der Verletzung von Due-Diligence-Pflicht nach dem GwG

Zur Bekämpfung von Geldwäsche sieht das Geldwäschegesetz umfangreiche Pflichten u.a. zur Identifizierung des Vertragspartners und gegebenenfalls der dahinterstehenden wirtschaftlich Berechtigten⁶⁶², zur Beiholung von Informationen in Bezug auf den Zweck der Vertragsbeziehung und zur kontinuierlichen Überwachung von Geschäftsbeziehungen vor. Das GwG enthält u.a. Pflichten zur Dokumentation, zur Vornahme interner Sicherungsmaßnahmen und Pflichten zur Meldung von Verdachtsfällen. Die EU-Geldwäscherichtlinien verwenden für die Pflichten den Begriff der „Due-Diligence Measures“.

Die Identifizierungspflichten (in den EU-Geldwäscherichtlinien bezeichnet als: „Customer-Due-Diligence-Measures“) entsprechen dem oben bereits beschriebenen „Know Your Customer“-Prinzip („KYC-Prinzip“). Letzteres kann als das Kernelement und maßgeblicher Baustein von Compliance-Maßnahmen bezeichnet werden.⁶⁶³ Für Kunsthändler/Kunstversteigerer ist die Durchführung von „Customer-Due-Diligence“-Maßnahmen genauso relevant für die Geldwäscheprävention wie für die Prävention sonstiger strafrechtlicher Risiken oder für die Vermeidung von zivil- und kulturgüterschutzrechtlichen Risiken aus der Veräußerung von Kunstgegenständen illegaler Herkunft.

⁶⁶¹ „CINOA Code of Ethics: Cinoa Ethical Code of Conduct“, abrufbar unter: <https://www.cinoa.org/cinoa/codeofethics> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

⁶⁶² Zum Begriff des sog. „wirtschaftlich Berechtigten“ vgl. die Ausführungen unten in Kapitel III.5.2.2.2.

⁶⁶³ Kerber/Quintus, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 55 Rn. 19.

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer sollte sich also bereits mit Blick auf die mit dem Straftatbestand des § 261 StGB verbundenen Risiken eingehend mit diesen Identifizierungspflichten auseinandersetzen. Zusätzlich dazu muss jedoch analysiert werden, ob der jeweilige Kunsthändler/ Kunstversteigerer dem Adressatenkreis des GwG unterfällt und ob er den Anforderungen des GwG genügt. Insgesamt kann bereits vorab festgehalten werden, dass sich der Kunsthändler/ Kunstversteigerer eingehend mit den Anforderungen des GwG auseinandersetzen und vertraut machen sollte.

Genügt der Kunsthändler/ Kunstversteigerer als „Verpflichteter“ den Anforderungen des GwG nicht, setzt er sich dem Rechtsrisiko von Sanktionen aus (vgl. die Bußgeldvorschrift des § 56 GwG). Die Sanktionen wurden in der Neufassung des GwG in Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie erheblich verschärft.

Zu beachten ist im Zusammenhang mit den Pflichten des GwG, dass Verstöße als Anknüpfungstaten für die Verhängung von Unternehmensgeldbußen nach § 30 OWiG dienen können.

5.2.1 „Verpflichteter“ i.S.d. GwG

Die „Verpflichteten“ und damit die Normadressaten des GwG sind in § 2 GwG geregelt. Kunsthändler/ Kunstversteigerer können unter zwei Kategorien der „Verpflichteten“ fallen.

Erstens können sie als sog. Zahlungsdienstleister i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2a des Zahlungsdienstaufsichtsgesetz (ZAG) Verpflichtete nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 GwG sein. Dies erscheint auf den ersten Blick, wenig mit dem Kunst- und Auktionshandel zu tun zu haben. Jedoch können auch Kunsthändler/ Kunstversteigerer als „Zahlungsinstitute“ i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG angesehen werden, wenn sie gewerbsmäßig Bar- oder Buchgeld im Auftrag eines Zahlers oder Zahlungsempfänger übermitteln, da dies den Tatbestand eines sog. „Finanztransfersgeschäft“ i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG erfüllen kann.⁶⁶⁴ Als Finanztransfersgeschäft kommen z.B. ferner solche Geschäfte in Betracht, in denen der Unternehmer als Dienstleistung anbietet, Kaufpreiszahlungen treuhänderisch entgegenzunehmen und den Betrag erst dann weiterzuleiten, wenn der Käufer die Übergabe

⁶⁶⁴ Vgl. zum Begriff „Zahlungsinstitut“ und „Finanztransfersgeschäft“ ausführlich: *Warius*, in: Herzog, GwG, § 2 Rn. 67 ff. m.w.N., 86 ff. m.w.N.; Bafin, Merkblatt - Hinweise zum Zahlungsdienstaufsichtsgesetz (ZAG), 22.12.2011, abrufbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_111222_zag.html (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

des mangelfreien Gegenstandes bestätigt.⁶⁶⁵ Die treuhänderische Entgegennahme von Zahlungen durch zwischengeschaltete Dritte kommt in der Praxis des Kunsthandels häufig vor. Somit muss immer dann, wenn die Entgegennahme und Weiterleitung von Fremdgeldern vorgenommen werden soll, beachtet werden, dass das Geschäft den Tatbestand eines Finanztransfergeschäfts erfüllen und somit die Due-Diligence-Pflichten des GwG auslösen kann. Gleiches gilt in dem Fall, in dem der Kunsthändler/ Kunstversteigerer Finanzierungsgeschäfte anbietet.

Zweitens fallen Kunsthändler/ Kunstversteigerer nach dem GwG grundsätzlich als „Güterhändler“ (i.S.d. § 1 Abs. 9⁶⁶⁶, § 2 Abs. 1 Nr. 16 GwG) in den Anwendungsbereich des GwG. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie für eigene oder für fremde Rechnung tätig sind, so dass auch der als Kommissionär (in eigenem Namen und fremde Rechnung) oder als Vermittler (in fremden Namen auf fremde Rechnung) Kunsthändler/ Kunstversteigerer „Güterhändler“ i.S.d. des GwG ist.

In der Bestimmung des Normadressatenkreises für Güterhändler unterscheidet sich das deutsche GwG von der Systematik der 3. und 4. EU-Geldwäscherichtlinie⁶⁶⁷, die den Normadressatenkreis jeweils in Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. e) der Richtlinien über einen Bargeld-Schwellenwert in Höhe von EUR 15.000 (3. EU-Geldwäscherichtlinie) bzw. EUR 10.000 (4. EU-Geldwäscherichtlinie) begrenzen. So unterstellen beide EU-Richtlinien Güterhändler grundsätzlich erst bei Vorliegen von Bargeldtransaktionen (in der vorgenannten Höhe) dem Adressatenkreis. Im Unterschied zu den EU-Richtlinien greift das GwG die Bargeld-Schwelle (in Höhe von nunmehr EUR 10.000) erst im Rahmen der Erfordernis eines Risikomanagements (§ 4 Abs. 4 GwG) oder der Anwendung der allgemeinen Sorgfaltspflichten i.S.d. § 10 Abs. 6 GwG Abs. 1 GwG auf.

Dieser Bargeld-Schwellen-Wert von EUR 10.000 ist im Kunsthandel/ bei Kunstauktionen schnell erreicht. Zudem löst nur eine einzige Barzahlung über dem Schwellenbetrag dabei

⁶⁶⁵ Bafin, Merkblatt - Hinweise zum Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG), 22.12.2011, zu „Finanztransfergeschäft“.

⁶⁶⁶ § 1 Abs. 9 GwG lautet: „Güterhändler im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, die gewerblich Güter veräußert, unabhängig davon, in wessen Namen oder auf wessen Rechnung“.

⁶⁶⁷ „3. EU-Geldwäscherichtlinie“, Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche einschließlich der Finanzierung des Terrorismus, vom 26.10.2005 (ABl. EU Nr. L 309 S. 15); die „4. EU-Geldwäscherichtlinie“, Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2015 (ABl. EU 2015, Nr. L 141 S. 73).

zum Beispiel die Risikomanagementpflicht aus.⁶⁶⁸ Doch selbst wenn ein Kunsthändler/ Kunstversteigerer – was zu empfehlen ist – keine Barzahlungen von EUR 10.000 mehr entgegennimmt oder tätigt, kann die Frage, ob ein Kunsthändler/ Kunstversteigerer den Pflichten des GwG unterfällt oder nicht, nicht generell und ex ante verneint werden.

Nach § 10 Abs. 6 GwG sind die Identifizierungspflichten und weitere Pflichten unabhängig vom Erreichen eines Schwellenwertes dann zu erfüllen, wenn Tatsachen („red flags“) vorliegen, „[...] die darauf hindeuten, dass es sich bei Vermögenswerten, die mit einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang stehen, um den Gegenstand von Geldwäsche (z.B. nach § 261 des Strafgesetzbuches) handelt oder die Vermögenswerte im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung stehen [...]“ (§ 10 Abs. 6, Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GwG).

In der Praxis entsteht dadurch auch für Transaktionen ohne Bargeldzahlungen in der o.g. Höhe ein „Quasi-Verpflichteten-Status“. Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss demnach jedenfalls solche Maßnahmen (z.B. Mitarbeiterschulungen zum Erkennen von Anzeichen von Geldwäsche) ergreifen, mit denen er und seine Mitarbeiter Hinweise auf Geldwäsche überhaupt erst erkennen können.

Im Ergebnis fallen Kunsthändler/ Kunstversteigerer regelmäßig in den Adressatenkreis des GwG. Vor diesem Hintergrund muss ihnen somit dringend empfohlen werden, sich mit den Pflichten des GwG eingehend vertraut zu machen. Diese Pflichten des GwG werden nachfolgend im Überblick dargestellt:

5.2.2 Identifizierungspflichten (Customer-Due-Diligence-Measures)

Der Kern der von Kunsthändlern/ Kunstversteigern zu beachtenden Pflichten nach dem GwG sind die als „allgemeine Sorgfaltspflichten“ bezeichneten Identifizierungspflichten (sog. „Customer-Due-Diligence-Measures“) nach § 10 Abs. 1 GwG. Diese enthalten z.B. die Pflicht zur Identifizierung des Vertragspartners, zur Einholung von Informationen über den Zweck der Vertragsbeziehung, zur Identifizierung des „wirtschaftlich Berechtigten“ und zur kontinuierlichen Überwachung von Geschäftsbeziehungen.

⁶⁶⁸ BReg., Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, BT-Drs. 18/11555, S. 109, mit dem Hinweis, dass diese Pflicht dadurch relativiert wird, dass „gemäß Absatz 1 dieses Risikomanagement im Hinblick auf Art und Umfang der Geschäftstätigkeit angemessen sein soll“.

5.2.2.1 Allgemein

5.2.2.1.1 Auslösetatbestände der Identifizierungspflichten

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss den Identifizierungspflichten (sog. „Customer-Due-Diligence-Measures“) nach § 10 Abs. 1 GwG immer dann nachkommen, wenn er bei der Kunsttransaktion Barzahlung über mindestens EUR 10.000 tätigt oder entgegennimmt (§ 10 Abs. 6 GwG).

Der Bargeld-Schwellenwert gilt als erreicht, wenn mehrere – inhaltlich im Zusammenhang stehende – Bargeldtransaktionen im Wege der künstliche Aufsplittung (sog. „Smurfing“⁶⁶⁹) durchgeführt werden und sich diese insgesamt auf über mindestens EUR 10.000 belaufen.

Wie oben bereits dargelegt⁶⁷⁰, entstehen die Identifizierungspflichten („Customer-Due-Diligence“-Maßnahmen) nach § 10 Abs. 1 GwG für Kunsthändler/ Kunstversteigerer unabhängig vom Erreichen des o.g. Bargeld-Schwellenwertes zudem dann gemäß § 10 Abs. 6 GwG Abs. 1 GwG, wenn Tatsachen darauf hindeuten, dass der Vermögensgegenstand aus einer Geldwäschebehandlung stammt.

5.2.2.1.2 Risikobasierter Ansatz („Risk Based Approach“)

Die durch das GwG an die Kunsthändler/ Kunstversteigerer gestellten Pflichten folgen dem sog. „Risk Based Approach“⁶⁷¹ (i.e. „risikobasierter Ansatz“) der „Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)“⁶⁷². Dieser wurde zur Steigerung der Effektivität und

⁶⁶⁹ *Warius*, in: Herzog, GwG, § 2 Rn. 190; (Teichmann, 2016, S. 17 m.w.N.); *Ruhmannseder*, in: BeckOK, StGB, § 261 Rn. 3.1.

⁶⁷⁰ Vgl. die Ausführungen zu § 10 Abs. 6 GwG Abs. 1 GwG oben in Kapitel III.5.2.1.

⁶⁷¹ FATF, „Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing - High Level Principles and Procedures“, 2007, S. 22, abrufbar unter: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/High%20Level%20Principles%20and%20Procedures.pdf> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018). Die FATF stellte seit Gründung in regelmäßigen Abständen für verschiedene Wirtschaftssektoren sog. „FATF Guidance on the Risk-Based Approach“ auf (z.B. die „RBA Guidance for Dealers in Precious Metal and Stone“, 17.06.2008 und „RBA Guidance on the Risk-Based Approach for Real Estate Agents“, 17.06.2008 und im Februar 2016 die „RBA Guidance for a Risk-Based Approach for Money or Value Transfer Services“, alle abrufbar unter: [http://www.fatf-gafi.org/documents/riskbasedapproach/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/documents/riskbasedapproach/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)) (zuletzt abgerufen: 26.03.2018)). Eine solche RBA-Guidance hat die FATF für den Handel mit Kunst und Antiquitäten bisher noch nicht erlassen.

⁶⁷² Die „Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)“ wurde 1988 unter der Beteiligung unter Beteiligung von 15 Ländern gegründet und ist der OECD (Organisation for Economic Cooperation and Development) unterstellt. Sie veröffentlicht insbesondere in regelmäßigen Abständen Berichte mit Empfehlungen (sog. „40 + 9 FATF Recommendations“) zur Verbesserung der Geldwäschebekämpfung. Vgl.

der Effizienz der internationalen Geldwäschebekämpfung im Jahr 2007 von der FATF entwickelt und mit Neufassung des GwG auch auf nationaler Ebene intensiviert. Nach dem Risk Based Approach richten sich die zur Geldwäschebekämpfung zu ergreifenden (Gegen-)Maßnahmen nach dem Geldwäscherisiko, das sich in Bezug auf den Vertragspartner, die Geschäftsbeziehung und Transaktion bzw. aus dem Tätigkeitsfeld des Unternehmens ergibt (vgl. § 10 Abs. 2). Bei der Bewertung des Risikos sind die in Anlage 1 und 2 des GwG genannten (nicht abschließenden) Risikofaktoren zu beachten. Anlage 1 enthält eine nicht abschließende Liste mit Faktoren für ein geringeres Risiko, Anlage 2 eine entsprechende Liste mit Faktoren für ein potenziell höheres Risiko (eingeteilt in Kundenrisiko⁶⁷³; Produkt-, Dienstleistungs-, Transaktions- und Vertriebskanalrisiko, geografisches Risiko). Je nach Risikoprofil ergeben sich vereinfachte Customer-Due-Diligence-Pflichten (§ 14 GwG) oder verstärkte Due-Diligence-Pflichten (§ 15 GwG).

Aus Sicht des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers ist insbesondere relevant, dass Anlage 2 als erhöhende Faktoren beispielsweise Transaktionen nennt, die Anonymität begünstigen können (Anlage 2 Ziff. 2 lit. b) oder die ohne persönlichen Kontakt ablaufen. Hier ist speziell an Versteigerungen oder Verkäufe über das Internet oder an die Abgabe von Geboten über das Telefon zu denken.

Die Customer-Due-Diligence-Pflichten stellen sich im Einzelnen wie folgt dar:

5.2.2.2 „Customer-Due-Diligence“-Maßnahmen im Einzelnen

Entsprechend dem „Know Your Customer“-Prinzip (kurz: „KYC-Prinzip“) muss der verpflichtete Kunsthändler/ Kunstversteigerer eine Identifizierung des Vertragspartners (des Einlieferers, des Käufers/ Ersteigerers) und gegebenenfalls der für ihn auftretenden Person (z.B. Kunstberater) vornehmen (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG). Diese besteht nach § 1 Abs. 3 GwG aus der Feststellung der Identität durch Erheben von Angaben (§ 11 GwG) und aus der Überprüfung der Identität (§ 12 GwG). § 11 Abs. 4 GwG schreibt vor, welche Angaben zur

den Internetauftritt der FATF, abrufbar unter: <http://www.fatf-gafi.org/about/> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); z.B. die aktuelle „FATF Recommendation“: International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, 2012 (aktualisiert 2016), abrufbar unter: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

⁶⁷³ Hierzu sollte insbesondere eine Abgleich des Kunden in EU-Sanktionslisten vorgenommen werden: vgl. Justizportal des Bundes und der Länder, abrufbar unter: <http://www.finanz-sanktionsliste.de/fisalis/jsp/index.jsf> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

Feststellung der Identität von natürlichen Personen (z.B. Name, Geburtsort, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Wohnanschrift) und juristischen Personen (z.B. Firma, Name oder Bezeichnung, Rechtsform, Registernummer, Anschrift des Sitzes, Namen der Mitglieder des Vertretungsorgans etc.) erhoben werden müssen. Anhand dieser Angaben ist dann die Identität der Person zu überprüfen (§ 12 Abs. 1, Abs. 2 GwG). Dies erfordert bei natürlichen Personen grundsätzlich die Überprüfung eines amtlichen Ausweises mit Lichtbild (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 GwG) und bei juristischen Personen die Einholung eines Auszuges aus dem Handels- oder Genossenschaftsregister (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 GwG).

Der verpflichtete Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 GwG Informationen über den Zweck und die angestrebte Art der Geschäftsbeziehung einholen, soweit sich diese nicht bereits zweifelsfrei aus der Geschäftsbeziehung selbst ergeben.

Des Weiteren besteht nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG für den verpflichteten Kunsthändler/ Kunstversteigerer zudem die Pflicht zur Abklärung, ob der Vertragspartner für einen sog. „wirtschaftlich Berechtigten“ (z.B. den tatsächlichen Eigentümer des eingelieferten Kunstgegenstandes) handelt. Nach § 11 Abs. 5 S. 1 GwG muss der Vertragspartner zumindest den Namen des „wirtschaftlich Berechtigten“ nennen und dem Kunsthändler/ Kunstversteigerer die zur Überprüfung notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Nach § 3 GwG ist „wirtschaftlich Berechtigter“ die natürliche Person, *„in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Vertragspartner letztlich steht, oder die natürliche Person, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder begründet wird“*. Nach § 3 Abs. 2 GwG wird das Vorliegen eines „wirtschaftlich Berechtigten“ bei Gesellschaften angenommen, die ihrer Natur nach keinen besonderen Transparenzanforderungen⁶⁷⁴ entsprechen müssen, bei denen eine natürliche Person unmittelbar oder mittelbar mehr als 25% der Kapitalanteile hält oder Stimmrecht kontrolliert oder auf vergleichbare Weise Kontrolle ausübt. Nach § 3 Abs. 3 GwG ist wirtschaftlich Berechtigter bei rechtsfähigen Stiftungen und Treuhand-Konstruktionen u.a. jede natürliche Person, die als Treugeber handelt oder Mitglied des Vorstandes der Stiftung ist oder als Begünstigte bestimmt ist sowie jede natürliche Person, die auf sonstige Weise unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss auf die Vermögensverwaltung oder Ertragsverteilung ausübt.

⁶⁷⁴ D.h. die Gesellschaft ist nicht an einem organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetz notiert und unterliegt keinen dem Gemeinschaftsrecht entsprechenden Transparenzanforderungen im Hinblick auf Stimmrechtsanteile oder gleichwertigen internationalen Standards.

Dem Gesetzgeber geht es dabei um die Offenlegung des „wahren Hintermanns“⁶⁷⁵ der Transaktion, der sich hinter der nach außen formell auftretenden Person „versteckt“. Damit soll das Problem adressiert werden, dass Transaktionen anonym über zwischengeschaltete Briefkastenfirmen, Offshore-Gesellschaften, Stiftungen oder Trusts durchgeführt werden und es dadurch nicht möglich ist, die Herkunft der Gelder bzw. sonstiger Vermögenswerte und die tatsächlich beteiligten Personen nachzuvollziehen. Dieses Problem ist hauptsächlich durch die Enthüllungen der sog. „Panama Papers“⁶⁷⁶ im April 2016 rund um auf die Gründung panamesischer Briefkastenfirmen spezialisierte Kanzlei Mossack Fonseca prominent geworden.

Zurecht wird zur Pflicht der Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten vorgebracht, dass diese bei den Verpflichteten einen sehr hohen Aufwand verursacht, ohne dass oftmals das erwünschte Ergebnis – die Identifizierung des „Hintermanns“ – erreicht wird. Dennoch wird auf internationaler und europäischer Ebene im Rahmen der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung an dieser Due-Diligence-Pflicht festgehalten und diese weiter ausgebaut werden. Denn der 12. Erwägungsgrund der 4. EU-Geldwäscherichtlinie forderte ausdrücklich, „[...] [j]ede natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle eine juristische Person steht, sollte identifiziert werden. [...]“. Die EU-Kommission betont im 14. Erwägungsgrund der Richtlinie, dass „[...] [d]ie Verpflichtung zum Vorhalten präziser und aktueller Daten zum wirtschaftlichen Eigentümer [...] eine wichtige Voraussetzung für das Aufspüren von Straftätern [...], die ihre Identität ansonsten hinter einer Gesellschaftsstruktur verbergen könnten [...]“, ist. In dem seit Anfang Oktober 2017 bestehenden sog. Transparenzregister (§§ 18, 19 GwG) sind Angaben wie Vor- und Name, Geburtsdatum, Wohnort und Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses nun zentral zu hinterlegen.

Die Problematik der Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten hat praktische Relevanz für die Kunstmärkte. Es ist weit verbreitet⁶⁷⁷, dass Kunsttransaktionen über besondere Vehikel

⁶⁷⁵ Diergarten, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 34 Rn. 79.

⁶⁷⁶ Vgl. dazu: Obermaier/ Obermayer, „Das Ende einer Skandal-Firma“, SZ online, April 2016, abrufbar unter: <http://panamapapers.sueddeutsche.de/articles/e547143/> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

⁶⁷⁷ Als Praxisbeispiel (siehe dazu die Darstellung des Falles in „Anhang“ Ziff. 9) sei auf das Restitutionsverfahren „Philippe Maestracci vs. Helly Nahmad Gallery Inc“ wegen eines Werkes des Künstlers Modigliani verwiesen. Im Rahmen der Enthüllung der Panama Papers stellte sich heraus, dass hinter der International Art Center S.A. mit Sitz in Panama, die das Objekt wohl über Jahre im Genfer Zollfreilager lagerte, die Nahmad Familie steht. Vor dem New Yorker Gericht hatten die Nahmads 2011 noch argumentiert, dass die Helly Nahmad Gallery nicht Eigentümerin des Objekts sei, sondern allein die International Art Center S.A., zu der keine Verbindung bestehe.

(Off-Shore-Gesellschaften, Trusts, Stiftungen) abgewickelt werden, die als Käufer, Verkäufer oder Leihgeber auftreten, hinter denen aber natürliche Personen als wahre wirtschaftlich Berechtigte stehen. Damit werden selbstverständlich nicht immer illegale Zwecke der Verschleierung verfolgt, sondern oftmals vollkommen legale steuerliche Zwecke oder schlichtweg der Zweck, den administrativen Aufwand zu minimieren.⁶⁷⁸

In § 10 Abs. 1 Nr. 4 GwG ist schließlich die Pflicht aufgenommen, mit angemessenem, risikoorientierten Verfahren abzuklären, ob es sich bei dem Vertragspartner oder dem wirtschaftlich Berechtigten um ein sog. „politisch exponierte Person“ (sog. „PePs“) oder um ein Familienmitglied eines PePs oder um eine dieser bekanntermaßen nahestehende Person handelt (§§ 1 Abs. 12, 13 GwG).⁶⁷⁹ PePs sind Personen, die ein hochrangiges wichtiges öffentliches Amt auf internationaler, europäischer oder nationaler Ebene ausüben oder ausgeübt haben (§ 1 Abs. 12 GwG). Darunter fallen u.a. z.B. Staatschefs, Regierungschefs, Minister, Parlamentsabgeordnete, Mitglieder hoher Gerichte (gegen deren Entscheidung es im Regelfall kein Rechtsmittel gibt).

5.2.2.3 „Enhanced Customer-Due-Diligence“-Maßnahmen

Als Ausdruck des „Risk Based Approach“ müssen verpflichtete Kunsthändler/Kunstversteigerer nach § 15 Abs. 1, 2 GwG verstärkte Sorgfaltspflichten („Enhanced Customer-Due-Diligence“-Maßnahmen) erfüllen, wenn sie unter Heranziehung der Risikofaktoren in Anlage 1 zum GwG ein erhöhtes Risiko der Geldwäsche feststellen. Die Voraussetzung für das Entstehen der verstärkten Sorgfaltspflichten nach § 15 GwG ist, dass die Pflicht zur Erfüllung der allgemeinen Sorgfaltspflichten nach § 10 GwG vorliegt.⁶⁸⁰

Die Vorschrift des § 15 Abs. 3 GwG enthält eine Auflistung (beispielhaft, nicht abschließend) von Fällen, in denen seitens des Gesetzgebers von einem erhöhten Risiko ausgegangen wird:

Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn es sich bei dem Vertragspartner oder dem wirtschaftlich Berechtigten um einen sog. „PeP“ handelt, § 15 Abs. 3 Nr. 1 GwG, (z.B. bei Einlieferung

⁶⁷⁸ Hierzu: Roth, 2015, S. 132 ff. m.w.N..

⁶⁷⁹ An das Vorliegen des „PeP“-Status ist bereits in der Fassung des GwG aus dem Jahr 2008 in § 6 Abs. 2 GwG die Anwendung verstärkter Sorgfaltspflichten geknüpft.

⁶⁸⁰ Zu den Auslösetatbeständen der allgemeinen Sorgfaltspflichten nach § 10 GwG vgl. oben in Kapitel III.5.2.2.1.1.

eines Kunstgegenstandes durch das Mitglied eines herrschenden Königshauses).⁶⁸¹ Des Weiteren sind vom Kunsthändler/ Kunstversteigerer verstärkte Sorgfaltspflichten anzuwenden, wenn der Vertragspartner aus einem Drittstaat mit hohem Risiko⁶⁸² stammt (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. b GwG unter Verweis auf Art. 9 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie) oder sowie Transaktionen, die besonders komplex oder groß sind, oder ungewöhnlich ablaufen oder ohne offensichtlichen wirtschaftlichen oder rechtmäßigen Zweck erfolgen (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 GwG).

Ein in der Praxis der Kunsthändler/ Kunstversteigerer nicht selten auftretender Fall, in denen der Kunsthändlers/ Kunstversteigerers erhöhte Vorsicht anwenden sollte, ist beispielweise, wenn der Vertragspartner (der Einlieferer oder der Käufer/ Ersteigerer) als natürliche Person zur Feststellung der Identität nicht persönlich anwesend ist. Der verpflichtete Kunsthändler bzw. Versteigerer müsste die Identität in diesem Fall anhand eines Lichtbildausweises, einer beglaubigten Kopie eines solchen oder mittels eines elektronischen Identitätsnachweises oder einer elektronischen Signatur überprüfen. Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer müsste – im Fall ein Geldtransaktion – außerdem sicherstellen, dass die Transaktion unmittelbar von einem auf den Namen des Vertragspartners laufenden Zahlungskonto erfolgt.

Von großer Bedeutung in der Praxis ist:

Kann der verpflichtete Kunsthändler/ Kunstversteigerer die an ihn nach § 10 ff., 15 GwG gestellten Pflichten nicht erfüllen, darf er die Geschäftsbeziehung nicht begründen oder fortsetzen und es darf keine Kunsttransaktion/ Geldtransaktion durchgeführt werden.

5.2.3 Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten

Soweit Pflichten zur Identifizierung bestehen, muss der Kunsthändler/ Kunstversteigerer die erhobenen Angaben und eingeholten Informationen über den Vertragspartner aufzeichnen. Hierzu gehört beispielweise die Anfertigung einer Kopie (auch digital erfasst) des zur

⁶⁸¹ Die verstärkten Sorgfaltspflichten bestehen darin, dass sich der Mitarbeiter des Verpflichteten vor Begründung einer Geschäftsbeziehung zuerst die Zustimmung seines Vorgesetzten einholen muss und des Weiteren angemessene Maßnahmen zu ergreifen sind, um die Herkunft der im Rahmen der Geschäftsbeziehung bzw. Transaktion eingesetzten Vermögenswerte zu bestimmen (§ 15 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2 GwG). Des Weiteren ist die Geschäftsbeziehung mit einem PeP einer verstärkten kontinuierlichen Überwachung zu unterziehen (§ 15 Abs. 4 Nr. 3 GwG).

⁶⁸² Zu den Drittländern mit hohem Risiko gehören z.B.: Afghanistan, Irak, Syrien; vgl. Delegierte Verordnung (EU) 2016/1675 zu Drittländern mit hohem Risiko bzgl. Geldwäsche/Terrorismusfinanzierung; im Zuge des Inkrafttretens der Delegierten Verordnung 2018/212 der EU-Kommission zu Drittländern mit hohem Risiko bzgl. Geldwäsche/Terrorismusfinanzierung am 06.03.2018 gab es eine Erweiterung der bisherigen Liste um die Länder Sri Lanka, Trinidad und Tobago, Tunesien.

Überprüfung der Identität vorgelegten Dokuments (vgl. § 8 Abs. 2 S. 2 GwG). Unter die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht fallen nicht nur die im Rahmen der „Customer-Due-Diligence“-Maßnahmen erhobenen Informationen, sondern auch die Ergebnisse der Risikobewertung (§ 5 Abs. 2 GwG), die Untersuchungen und Erwägungsgründe nebst Begründung bei nicht Nichtvornahme einer Verdachtsmeldung.

Die Aufbewahrungspflicht der Aufzeichnungen (auch digital) beträgt fünf Jahre (§ 8 Abs. 4 GwG). Im Gegenzug sehen die Regelungen des Kulturgutschutzes eine Aufbewahrungspflicht von 30 Jahren vor.

5.2.4 Pflicht zum Risikomanagement

Über die oben dargestellten Customer-Due-Diligence-Pflichten hinaus müssen Kunsthändler/ Kunstversteigerer in bestimmten Konstellationen ein im Hinblick auf die Art und den Umfang der Geschäftstätigkeit angemessenes Risikomanagementsystem in ihrem Unternehmen einführen, § 4 GwG. Das Risikomanagementsystem umfasst eine Risikoanalyse (§ 5 GwG) und interne Sicherungsmaßnahmen (§ 6 GwG):

Nach § 4 Abs. 4 GwG sind Kunsthändler/ Kunstversteigerer zum nachweisbaren Risikomanagement verpflichtet, soweit sie im Rahmen einer (einzig⁶⁸³) Transaktion Barzahlungen über mindestens EUR 10.000 tätigen oder entgegennehmen. Doch wie oben bereits angesprochen, muss bedacht werden, dass auch in den Fällen, in denen der Schwellenwert nicht überschritten ist, der Kunsthändler/ Kunstversteigerer jedenfalls solche Maßnahmen (z.B. Mitarbeiterschulungen zum Erkennen von Anzeichen von Geldwäsche) ergreifen muss, mit denen der in § 10 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GwG genannte Geldwäscheverdacht erkannt werden und pflichtgemäß die Meldungen des Verdachts der Geldwäsche (§ 43 Abs. 1 GwG) an die zuständige Behörde gegeben werden können.

§ 5 Abs. 1 GwG fordert von den verpflichteten Kunsthändlern/ Kunstversteigerern die Ermittlung und Bewertung der Risiken, die für die von ihnen betriebenen Geschäfte bestehen. Dabei müssen sie vor allem die Risikofaktoren aus den Anlagen 1 und 2 zum GwG berücksichtigen. Die Risikoanalyse muss dokumentiert, regelmäßig aktualisiert und die

⁶⁸³ BReg., Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, BT-Drs. 18/11555, S. 109, mit dem Hinweis, dass diese Pflicht dadurch relativiert wird, dass dieses Risikomanagement im Hinblick auf Art und Umfang der Geschäftstätigkeit angemessen sein soll.

aktuelle Fassung den Aufsichtsbehörden auf Anfrage zur Verfügung gestellt werden. Von der Dokumentationspflicht können kleinere Händler auf Antrag befreit werden (§ 5 Abs. 4 GwG).

Die Vorschrift des § 6 Abs. 2 GwG enthält einen (nicht abschließenden) Katalog von internen Sicherungsmaßnahmen, die der verpflichtete Kunsthändler/ Kunstversteigerer je nach festgestelltem Geldwäscherisiko und unter Beachtung des personellen sowie des Umfangs des Geschäftsbetriebes ergreifen muss. So kommen für verpflichtete Kunsthändler/ Kunstversteigerer beispielsweise die Ausarbeitung von internen Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen (Richtlinien, Anweisungen, Einführung von Monitoring Systemen, d.h. Ablaufkontrollen etc.) in Bezug auf den Umgang mit den festgestellten Geldwäscherisiken, in Bezug auf die Einhaltung der Customer-Due-Diligence-Pflichten, in Bezug auf die Einhaltung der Pflicht zur Meldung von Verdachtsfällen (§ 43 Abs. 1 GwG) und in Bezug auf die Einhaltung der Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten in Frage. Des Weiteren nennt § 6 Abs. 2 GwG u.a. die Ernennung eines Geldwäschebeauftragten, die Überprüfung der Mitarbeiter auf ihre Zuverlässigkeit und die regelmäßige Schulung der Mitarbeiter. Die Schulung der Mitarbeiter ist der unverzichtbare Bestandteil der Präventionsmaßnahmen, da nur dadurch verdächtige Sachverhalte erkannt und entsprechende Verdachtsfälle nach § 43 GwG gemeldet werden können. Im Ergebnis entsteht für verpflichtete Kunsthändler/ Kunstversteigerer die gesetzliche Notwendigkeit zur Einrichtung jedenfalls von Grundzügen eines geldwäschebezogenen Compliance-Systems, d.h. eines Risikomanagements, das nach Art und Umfang angemessen für die Geschäftstätigkeit des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers ist (gemäß der Wertung und Systematik des § 4 Abs. 1 GwG).

Von Kunsthändlern/ Kunstversteigern ist die Vorschrift des § 7 Abs. 3 S. 2 GwG zu beachten. Danach soll die zuständige Aufsichtsbehörde⁶⁸⁴ für Händler, deren Haupttätigkeit der Handel mit hochwertigen Gütern (dazu zählen u.a. Kunstgegenstände, Antiquitäten, § 1 Abs. 10 S. 2 Nr. 4 GwG) ist, die Bestellung eines Geldwäschebeauftragten anordnen. Dies ist in einigen Bundesländern von den jeweiligen Aufsichtsbehörden mittels Allgemeinverfügung

⁶⁸⁴ Nach § 50 Nr. 9 GwG steht der Nichtfinanzsektor unter der Aufsicht der Landesbehörden, z.B.: Für den **Freistaat Thüringen** ist zuständige Aufsichtsbehörde die Landesverwaltungsamt Weimar. Im **Freistaat Bayern** ist zuständige Aufsichtsbehörde gemäß § 1 der GwG-Zuständigkeitsverordnung (GwGZustV) die Regierung von Niederbayern für die Regierungsbezirke Oberbayern und Niederbayern und die Regierung von Mittelfranken für die Regierungsbezirke Oberpfalz, Oberfranken, Mittelfranken, Unterfranken und Schwaben; in **Baden-Württemberg** die Regierungspräsidien Stuttgart, Karlsruhe, Freiburg und Tübingen; in **Nordrhein-Westfalen** die Bezirksregierungen Arnsberg, Detmold, Düsseldorf, Köln und Münster; im Land **Berlin** die Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Forschung;

geschehen.⁶⁸⁵ Die Allgemeinverfügungen enthalten in der Regel Kriterien mit Blick auf Kleinhändler (mehr als 50% Gesamtumsatz mit hochwertigen Gütern, Mindestanzahl von 10 Mitarbeitern, mindestens eine Transaktionen mit einem Bargeldvolumen von nunmehr mind. EUR 15.000 nach der alten Fassung des GwG, nach dem neuen GwG mind. EUR 10.000), bei deren Nichtvorliegen, die Pflicht zur Ernennung eines Geldwäschebeauftragten nicht besteht. Des Weiteren sehen die Allgemeinverfügungen in der Regel die Möglichkeit einer Befreiung von der Bestellungspflicht vor, wenn der Händler nachweist, dass die Gefahr von Informationsverlusten auf Grund arbeitsteiliger Unternehmensstruktur in Bezug auf die Vorschriften der Geldwäscheprävention nicht besteht.

5.2.5 Pflicht zur Meldung von Verdachtsfällen

Kunsthändler/ Kunstversteigerer sind nach § 43 Abs. 1 GwG – unabhängig vom Vorliegen von Bargeldtransaktionen von mind. EUR 10.000 – verpflichtet, Verdachtsfällen der Geldwäsche an die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, der Financial Intelligence Unit (FIU), unter der Zuständigkeit der Generalzolldirektion⁶⁸⁶ zu melden. Die Meldung hat nach § 45 Abs. 1 S. 1 GwG elektronisch zu erfolgen.⁶⁸⁷

Für das Vorliegen eines meldepflichtigen Verdachts ist es ausreichend, dass Tatsachen vorliegen, „[...] die darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand, der mit einer Geschäftsbeziehung, einem Maklergeschäft oder einer Transaktion im Zusammenhang steht, aus einer Straftat steht, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte, [...]“ (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG). Ebenso liegt ein Verdachtsfall vor, wenn der Vertragspartner gegenüber dem Kunsthändler/ Kunstversteigerer nicht offenlegen will, ob er für einen wirtschaftlichen berechtigten handelt (§ 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG).

Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss bei den Verdachtsfällen insbesondere keine abschließende und keine vorläufige Bewertung des „Verdachtsgrades“ vornehmen und die Voraussetzungen des § 261 StGB nicht prüfen, „sondern einen Sachverhalt nach allgemeinen

⁶⁸⁵ Vgl. zur alten Fassung des GwG bis 25.07.2017: z.B. Allgemeinverfügung der Bezirksregierung Köln vom 28.09.2012 zur Bestellung eines Geldwäschebeauftragten bei gewerblichen Güterhändlern nach § 9 Absatz 4 Satz 3 Geldwäschegesetzes (GwG) a.F.

⁶⁸⁶ Für weitere Informationen vgl. den Internetauftritt der FIU, abrufbar unter: http://www.zoll.de/DE/Der-Zoll/FIU/fiu_node.htmlhttps://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Aufgabenbereiche/Zentralstellen/FIU/fiu_node.html (zuletzt abgerufen: 20.03.2018).

⁶⁸⁷ Die Meldung hat über das sog. „goAML“ Web Portal zu erfolgen: <https://goaml.fiu.bund.de/Home> (zuletzt abgerufen: 20.03.2018).

*Erfahrungen und dem bei seinen Mitarbeitern vorhandenen beruflichen Erfahrungswissen unter dem Blickwinkel seiner Ungewöhnlichkeit und Auffälligkeit im jeweiligen geschäftlichen Kontext würdigen [...]“.*⁶⁸⁸ Bei dieser Würdigung sind u.a. der Zweck und die Art der Transaktion, die Besonderheiten in der Person des Kunden oder des wirtschaftlich Berechtigten, der finanzielle und geschäftliche Hintergrund des Kunden und die Herkunft des Kunstgegenstandes zu berücksichtigen.⁶⁸⁹

Zu Informations- und Schulungszwecken können Kunsthändler/ Kunstversteigerer dabei u.a. auf die von der FIU im September 2015 veröffentlichte Übersicht zu 10 Anhaltspunkten („red flags“) für handelsbasierte Geldwäsche („Trade Based Money Laundering) zurückgreifen, die auf einer Studie der FATF basiert.⁶⁹⁰ In der Liste als Anhaltspunkte („red flags“) genannt sind u.a. erhebliche Unstimmigkeiten zwischen dem auf der Rechnung eingetragenen Warenwert und dem angemessenen Marktwert der Ware und der Umstand, dass die Transaktion den Eingang von Bargeld (oder anderer Zahlungsarten) von Dritten umfasst.

5.2.6 Sanktionen

Die am 26.06.2017 in Kraft getretene Neufassung des GwG zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie hat zu einer erheblichen Verschärfung der Sanktionen und Ausweitung des o.g. Bußgeldrahmens geführt.

Das neue GwG enthält die vollkommen „überdimensionierte“ Sanktionsnorm des § 56 GwG mit 64 (!) Fallgruppen von vorsätzlichen und fahrlässigen Pflichtverstößen. In § 56 Abs. 2 GwG ist ein Bußgeldrahmen für schwerwiegende, wiederholte oder systematische Verstöße bis zu EUR 1 Million vorgesehen. Die zudem aufgenommene Möglichkeit der Geldbuße bis zu einer Höhe des Zweifachen des aus dem Verstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils wird zu einer drastischen Erhöhung der mit dem Geldwäschegesetz verbundenen wirtschaftlichen Risiken für Unternehmen führen. Der wirtschaftliche Vorteil umfasst nach § 56 Abs. 2 S. 2 GwG die erzielten Gewinne und vermiedenen Verluste und kann geschätzt werden.

⁶⁸⁸ Bundesfinanzministerium, Auslegungshinweise des Bundesministeriums der Finanzen zur Handhabung des Verdachtsmeldewesens (§ 11 GwG), 06.11.2014, S. 3. Dieser Auslegungshinweis ist auch nach Neufassung des GwG weiterhin aktuell (vgl. BReg., Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, BT-Drs. 18/11555, S. 156).

⁶⁸⁹ BReg., Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, BT-Drs. 18/11555, S. 156.

⁶⁹⁰ FIU, Newsletter Nr. 12, Sept. 2015, abrufbar unter: http://www.forum-institut.de/de/media/Anhaltspunkte_fuer_handelsbasierte_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

Die Abschöpfung von erlangten Vermögensvorteilen ist bisher insbesondere bekannt im Rahmen der Unternehmensgeldbußen nach §§ 30 Abs. 4, 17 Abs. 4 OWiG (sowie im Rahmen des Verfalls nach § 73 ff. StGB). Eine Bebußung in zweifacher Höhe des aus dem Pflichtverstoß entstandenen wirtschaftlichen Vorteils verdoppelt das im Rahmen der Unternehmensgeldbuße bekannte Maß und muss dazu führen, dass die Pflichten des GwG noch mehr in den Fokus der Aufmerksamkeit der Kunsthändler/ Kunstversteigerer rücken.

5.3 Zusammenfassung und Stellungnahme

Zusammenfassend zeigt sich, dass die Diskussion um Geldwäsche auf den Kunstmärkten nicht mit der Begründung, es handele sich um ein theoretisches Problem, beendet werden kann. Mit Blick auf die internationalen Entwicklungen muss damit gerechnet werden, dass sich allgemein die internationalen Bemühungen der Geldwäschebekämpfung weiter verstärken werden. Auch wenn der Kunst- und Antiquitätenhandel bisher von der FATF noch nicht in die „FATF Recommendations“ aufgenommen wurde, so werden die Kunstmärkte in Zukunft verstärkt in den Fokus der Behörden treten. Dies zeigt nicht zuletzt der SNRA-Geldwäsche-Bericht⁶⁹¹ vom 26.07.2017, der die Mitgliedstaaten explizit auf die Geldwäscherisiken auf den Kunstmärkten hinweist. Vor diesem Hintergrund muss betont werden, dass es sich bereits jetzt und in Zukunft kein Kunsthändler/ Kunstversteigerer mehr leisten kann, das Thema Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsprävention nicht zu beachten.

Bereits der Umstand, dass Kunsthändler/ Kunstversteigerer regelmäßig in den Anwendungsbereich des GwG fallen, gibt dieser Problematik eine erhebliche Praxisrelevanz, weil aus der „Non-Compliance“ mit geltenden Gesetzen erhebliche rechtliche Risiken für den Kunsthändler/ Kunstversteigerer entstehen. Der Blick auf den umfangreichen Pflichtenkanon des GwG zeigt, dass Kunsthändler/ Kunstversteigerer in Deutschland durchaus einem erheblichen Regulierungsumfang ausgesetzt sind. Von Unterregulierung kann in diesem Zusammenhang jedenfalls nicht mehr gesprochen werden.

⁶⁹¹ EU-Kommission, Bericht über die Bewertung der mit grenzüberschreitenden Tätigkeiten im Zusammenhang stehenden Risiken der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung für den Binnenmarkt (Report Supranational Risk Assessment on money laundering and terrorist financing), kurz: „SNRA-Bericht“, 26.07.2017, EU-Kommission (2017) 340 final, S. 20, 23.

Insbesondere die Customer-Due-Diligence-Pflichten des GwG sind besonderes praxisrelevant für Kunsthändler/ Kunstversteigerer, da sie regelmäßig in Kollision mit der auf den Kunstmärkten gelebten und erwünschten Verschwiegenheit und Anonymität treten können. Der zentrale Aspekt bei der Bekämpfung von Geldwäsche ist – ebenso wie im Zusammenhang mit Präventionsmaßnahmen gegen zivilrechtliche, kulturgüterschutzrechtliche und sonstige strafrechtliche Risiken – das sog. „Know Your Client/ Customer“-Prinzip. Ein Kunsthändler/ Kunstversteigerer, der dieses Prinzip nicht befolgt, dem Kundenwunsch nach Anonymität nachkommt, ohne die geldwäscherechtlichen Implikationen zu beachten, setzt sich bzw. sein Unternehmen erheblichen rechtlichen wie finanziellen Risiken aus.

Um entsprechende Risiken zu minimieren muss der Kunsthändler die Geldwäscheprävention in seinem Unternehmen aktiv angehen. Dabei geht es – wie bei den sonstigen Art-Compliance-Bemühungen – nicht darum, ein starres und überdimensioniertes Geldwäsche-Compliance-System zu schaffen. Das Ziel ist: Effektivität bei einem Höchstmaß an Effizienz. Die Maßnahmen müssen nach Art und Umfang des Unternehmens angemessen sein (im Einklang mit der Gesetzessystematik und der Wertung des § 4 Abs. 1 GwG). Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer sollte dazu unbedingt eine Analyse der für sein Unternehmen bestehenden rechtlichen Risiken vornehmen (gem. „Risk Based Approach“).

Wie dargelegt, kann die Pflicht zur Erfüllung von Customer-Due-Diligence-Pflichten schwellenwertunabhängig entstehen, etwa beim Vorliegen von Anhaltspunkten („red flags“), die auf Geldwäsche hinweisen. Der Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss somit stets solche Maßnahmen ergreifen, die die Erkennung solcher Verdachtsfälle ermöglichen, insbesondere auch, um seiner Pflicht zur Meldung von Verdachtsfällen nach § 43 Abs. 1 GwG nachzukommen. Somit ergibt sich auch aus dem GwG und den damit (potentiellen) verbundenen Pflichten eine Notwendigkeit zur Einrichtung eines Mindestmaßes an organisatorischen Vorkehrungen. In diesem Zusammenhang wird dringend zur Vornahme von Schulungen, zur anhaltenden Information der Mitarbeiter sowie zu einem Minimalmaß an Überwachung der Unternehmensabläufe (Monitoring) geraten.

5.4 Selbstregulierungs-Initiativen zur Geldwäscheprävention auf den Kunstmärkten

Als Reaktion auf die Geldwäsche-Diskussion rund um den Kunsthandel wurden in der Schweiz zwei Leitlinien veröffentlicht, deren Ziel die selbstverpflichtende

Geldwäscheprävention ist, und mit denen sich auch Kunsthändler/ Kunstversteigerer in Deutschland auseinandersetzen sollten:

5.4.1 Basel Art Trade Principles on Anti-Money Laundering

Das Basel Institute on Governance („BIG“) hat im Januar 2018 die finale Fassung der sog. „Basel Art Trade Principles on Anti-Money Laundering“⁶⁹² („BAT-Principles on AML“) veröffentlicht, die bereits am 17.06.2016 als Diskussionspapier veröffentlicht worden waren, mit dem Ziel der Einführung von AML-Standards für Kunsthandelsakteure („Art Market Operators“) im Rahmen einer Selbstregulierungsinitiative. Das Basel Institute on Governance sieht diese als Ergänzung der bereits 2012 veröffentlichten „Basel Art Trade Guidelines“.⁶⁹³

Die BAT-Principles on AML folgen – wie die 4. EU-Geldwäscherichtlinien – dem oben beschriebenen „Risk Based Approach“. Der RBA des Basel Institute on Governance soll in der Praxis drei Risiko-Kategorien adressieren (Ziff. 12 der BAT-Principles on AML): Erstens die Identität des Kunden (i.S.d. eines „Know Your Client“-Ansatzes), zweitens die Provenienz des Kunstgegenstandes und drittens die Herkunft der zum Kauf verwendeten Vermögenswerte.

Im Rahmen des „Risk Based Approach“ muss der „Art Market Operator“ zunächst das geldwäschespezifische Risikoprofil seines Unternehmens unter Berücksichtigung u.a. der Länder, in denen er Verkäufe durchführt, der verschiedenen Märkte, der Vertriebskanäle, der Art der Transaktionen, der Kundenprofile, des Aufenthaltsortes der Vertragspartner, der Quelle der Vermögenswerte, der Finanzierungsmethoden und des Wertes der Kunstgegenstände (vgl. Ziff. 13 der BAT-Principles on AML). Dies entspricht maßgeblich dem Art. 8 Abs. 1 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie ergänzt um Kunstmärkte-spezifische Faktoren.

In Ziff. 14 der BAT-Principles on AML werden dem „Art Market Operator“ verschiedene Maßnahmen an die Hand gegeben, die er im Rahmen der Umsetzung des „Risk Based

⁶⁹² Basel Institute on Governance, „Basel Art Trade Principles on Anti-Money Laundering“, Januar 2018, abrufbar unter: https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/aml_principles_art_trade_2018_1.pdf (zuletzt abgerufen: 20.03.2018).

⁶⁹³ Basel Institute on Governance, „Basel Art Trade Guidelines“, Working Paper Series Nr. 12, Januar 2012, abrufbar unter: https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/basel_art_trade_guidelines.pdf (zuletzt abgerufen: 22.12.2016).

Approach“ vornehmen sollte.⁶⁹⁴ In den Ziff. 15 ff. der „Basel Art Trade Principles on AML“ sind umfangreiche „Know Your Clients (KYC)“-Maßnahmen enthalten.⁶⁹⁵

In den Ziff. 36 ff. der BAT-Principles on AML sind besondere Pflichten zur Überprüfung der Provenienz und der Authentizität des Kunstgegenstandes. Diese decken sich maßgeblich mit den unter in Kapitel 1.4.2. dargelegten zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten, deren Einhaltung im Rahmen von Kunsttransaktionen regelmäßig von der deutschen Rechtsprechung eingefordert wird, sowie den Sorgfaltspflichten nach dem KGSG (§§ 40 ff. KGSG). In Ziff. 39 ff. der BAT-Principles on AML werden Vorgaben zur Annahme von Geldern aufgestellt.⁶⁹⁶

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die BAT-Principles on AML auf den ersten Blick einen erheblichen Katalog an Pflichten begründen würden. Auf den zweiten Blick entsprechen die Systematik und die zu erfüllenden Pflichten maßgeblich denen der 4. EU-Geldwäscherichtlinie. So stellen die „Basel Art Trade Principles on AML“ in großen Teilen eine Übertragung dieser 4. EU-Geldwäscherichtlinie auf den Kontext des Kunsthandels dar und bringen für diejenigen Kunsthändler/ Kunstversteigerer, die in den Adressatenkreis der EU-Geldwäscherichtlinien bzw. des deutschen GwG fallen, wenig Neues. Dennoch könnten die Basel Art Trade Principles on AML helfen, im Kunsthandel das Bewusstsein für die Geldwäscheproblematik zu stärken.

Jedoch ist anzumerken, dass die Chance der „BAT-Principles on AML“ auf Akzeptanz innerhalb der Kunstmarktakteure steigen würden, wenn die Verfasser klarer herausarbeiten würden, dass maßgebliche Teile des Pflichtenkataloges der „Basel Art Trade Principles on AML“ jedenfalls für Kunsthändler/ Kunstversteigerer⁶⁹⁷ in den Mitgliedsländern der EU

⁶⁹⁴ Die vorgeschlagenen Maßnahmen entsprechen maßgeblich den in Deutschland für verpflichtete Kunsthändler/ Kunstversteigerer bereits bestehenden gesetzlichen Pflichten des § 6 Abs. 2 GwG sowie denen des Art. 8 Abs. 2 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie.

⁶⁹⁵ Sie entsprechen dem Inhalt (insbesondere Identifizierung des „ultimate beneficial owner“, i.e. des „wirtschaftlich Berechtigten) den „Customer-Due-Diligence“-Pflichten des GwG und der 4. EU-Geldwäscherichtlinie. Jedoch sind die Pflichten nach den „Basel Art Trade Principles on AML“ Bargeld-Schwellenwert unabhängig zu erfüllen.

⁶⁹⁶ So sollen Zahlungen nur von seriösen Finanzinstituten angenommen werden, die entsprechende AML-Maßnahmen unterhalten. Des Weiteren sollen im Unternehmen Richtlinien aufgestellt werden, keine Zahlungen von Dritten anzunehmen, die nicht Parteien der Transaktion sind. Schließlich sollen keine Barzahlungen oder wiederholten Barzahlungen von Teilbeträgen angenommen werden. Bei Barzahlung über EUR 10.000 wird eine „Enhanced Due-Diligence“ gefordert.

⁶⁹⁷ Wie oben in Kapitel III.5.2. dargelegt, ist der Anwendungsbereich des deutschen GwG für Kunsthändler/ Kunstversteigerer als „Güterhändler“ regelmäßig eröffnet. Zudem können Sorgfaltspflichten nach dem GwG unabhängig vom Erreichen des Bargeld-Schwellenwerts bei Verdachtsfällen anzuwenden sein und die

bereits jetzt durch die Geldwäschegesetze der Länder (in Umsetzung der EU-Geldwäscherichtlinien) vorgeschrieben und somit einzuhalten sind.

5.4.2 Guidelines on combatting Money Laundering and Terrorist Financing

Die am 26.01.2017 von der Initiative „The Responsible Art Market (RAM)“⁶⁹⁸ in Genf veröffentlichten „Guidelines on combatting Money Laundering and Terrorist Financing“⁶⁹⁹ bestehen aus zehn „Guidelines“, die Kunstmarktakteuren einen Leitfadens beim Ergreifen von Geldwäschepräventionsmaßnahmen liefern sollen. RAM will unter den Kunstmarktakteuren das Bewusstsein für die rechtlichen Risiken schärfen, denen Kunstmarktakteure auf den heutigen (internationalen) Kunstmärkten ausgesetzt sind und will ihnen praktische Leitfäden an die Hand geben, diesen Risiken zu begegnen.⁷⁰⁰

RAM stellt fest, dass insbesondere Probleme fehlender Transparenz und fehlender Authentizität der gehandelten Kunstgegenstände das Vertrauen und die Glaubwürdigkeit der Kunstmärkte beschädigen. Dies deckt sich beispielsweise mit den Erkenntnissen der oben dargelegten Deloitte Art&Finance Reports 2016 und 2017.⁷⁰¹ Gleichzeitig erkennt RAM, dass die regulatorischen Anforderungen auf den Kunstmärkten stetig steigen und bereits jetzt ein erhebliches Maß an Komplexität erreicht haben. Dies begreift RAM zu Recht als erhebliches Risiko für die Kunstmarktakteure. Diese Erkenntnisse sind zu begrüßen und stehen im Einklang mit den Ergebnissen der Darstellung der branchenspezifischen rechtlichen Risiken in Kapitel III. dieser Arbeit.

Kunsthändler/ Kunstversteigerer sind Bargeld-Schwellenwert-unabhängig zur Meldung von Verdachtsfällen verpflichtet.

⁶⁹⁸ Gründungsmitglieder der 2015 gegründeten Initiative sind z.B. das Auktionshaus Christie's, die Universität Genf, die FDA („fondation pour le droit de l'art“) etc., der Internetauftritt ist abrufbar unter: <http://responsibleartmarket.org/about-us/> (zuletzt abgerufen: 20.03.2018).

⁶⁹⁹ RAM, Guidelines on combatting Money Laundering and Terrorist Financing, abrufbar unter: <http://responsibleartmarket.org/guidelines/guidelines-on-combatting-money-laundering-and-terrorist-financing/> (zuletzt abgerufen: 20.03.2018).

⁷⁰⁰ Das Motto von RAM („RAM's mission“) ist: *“To raise awareness amongst Art Businesses of risks faced by the art industry and provide practical guidance on establishing and implementing responsible practices to address those risks.”* Siehe hierzu den Internetauftritt von RAM, abrufbar unter: <http://responsibleartmarket.org/building-an-art-market-for-the-future-guidelines-for-counteracting-money-laundering-and-terrorist-financing-threats/> (zuletzt abgerufen: 20.03.2018).

⁷⁰¹ Deloitte Luxembourg and ArtTactic, 2016, S. 140 ff.; Deloitte Luxembourg and ArtTactic, 2017, S. 235 ff.

Weiterhin ist zu begrüßen, dass RAM – wenn auch nicht deutlich genug – darauf verweist, dass die Inhalte der RAM-Guidelines, die als selbstverpflichtender Leitfaden gedacht sind, außerhalb der Schweiz bereits gesetzlich verpflichtend sein können. RAM stellt sog. „Country Guides“⁷⁰² zur Verfügung, anhand derer der Kunstmarktakteur einen Überblick über den Regulierungsstand im jeweiligen Land erhalten soll. Der Blick auf den „Country Guide: Luxembourg“⁷⁰³ ist auch für Kunsthändler/ Kunstversteigerer in Deutschland zu empfehlen und zeigt, dass alle der in den zehn RAM-Guidelines beinhalteten Due-Diligence-Pflicht im EU-Land Luxemburg bereits durch die Umsetzung der EU-Geldwäscherichtlinien durch nationale Gesetze verpflichtend vorgeschrieben sind. Wie die BAT-Principles sind auch die RAM-Guidelines für Kunsthändler/ Kunstversteigerer in der EU somit kein Leitfaden mit freiwillig selbstverpflichtendem Inhalt, sondern sie beinhalten maßgeblich solche Due-Diligence-Pflichten, die bereits gesetzlich (z.B. durch das deutsche GwG) vorgeschrieben sind.

Die RAM-Guidelines enthalten somit im Wesentlichen die bereits zum GwG dargestellten Due-Diligence-Pflichten. Ein Bargeldschwellenwert ist nicht vorgesehen. Die RAM-Guidelines greifen ebenfalls den bereits bekannten „Risk Based Approach“ auf. In diesem Sinn empfehlen sie eine Risikoanalyse des jeweiligen Unternehmens und darauf aufbauende, risikoangemessene Maßnahmen (Guidelines 1, 2, 3). Die Schwerpunkte der Guidelines liegen auf den „Customer-Due-Diligence“-Pflichten (gemäß des „Know Your Customer“-Prinzips“, den Due-Diligence-Maßnahmen bzgl. der Überprüfung des Kunstgegenstandes auf „red flags“ und den Due-Diligence-Maßnahmen bzgl. der Überprüfung der Transaktion auf „red flags“ (Guidelines 4, 5, 6). RAM stellt dazu grafisch aufbereitete Übersichten zu den „red flags“ dieser drei Kategorien zur Verfügung, die auch für deutsche Kunsthändler/ Kunstversteigerer hilfreiche Übersichten darstellen.⁷⁰⁴

In RAM-Guideline 10 weist RAM darauf hin, dass die Geldwäschegesetzgebung in den einzelnen Ländern verschieden ist und dass es vor diesem Hintergrund für Kunsthändler/ Kunstversteigerer notwendig ist, sich mit den Regularien der Länder, in denen sie tätig sind,

⁷⁰² Mit Stand 20.03.2018 bisher nur für die Schweiz und für Luxemburg.

⁷⁰³ RAM, „Country Guide: Luxembourg“, abrufbar unter: <http://responsibleartmarket.org/wp/wp-content/uploads/2017/01/Responsible-Art-Market-AML-Guidelines-Country-Guide-Luxembourg.pdf> (zuletzt abgerufen: 20.03.2018).

⁷⁰⁴ RAM, „Red Flag List“, abrufbar unter: http://responsibleartmarket.org/wp/wp-content/uploads/2017/01/RED-FLAG-LISTS_web.pdf (zuletzt abgerufen: 20.03.2018).

vertraut zu machen. Dem ist zuzustimmen. Für Kunsthändler/ Kunstversteigerer sind dies insbesondere die Vorschriften des GwG.

Zusammenfassend bieten die RAM-Guidelines und die von RAM erstellten Dokumente auch Kunsthändlern/ Kunstversteigern in Deutschland eine gute Möglichkeit, einen ersten Einblick in die an sie (potentiell) gestellten Anforderungen zu erlangen. Dabei hilft der von RAM grafisch aufbereitete „Quick Reference Guide“ als Übersicht zu den zehn Guidelines.⁷⁰⁵ Im Ergebnis verdeutlichen die RAM-Guidelines, wie relevant es auch für Kunsthändler/ Kunstversteigerer in Deutschland ist, sich eingehend mit dem Thema Geldwäscheprävention auseinanderzusetzen.

⁷⁰⁵ RAM, „Quick Reference Guide“, abrufbar unter: http://responsibleartmarket.org/wp/wp-content/uploads/2017/01/RAM-Quick-Reference-Guide_AML-CFT-Guidelines_web.pdf (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

Kapitel IV: Haftungsvermeidung auf den Kunstmärkten – Überlegungen zur „Art-Compliance“

Die Darstellung der branchentypischen Rechtsrisiken in Kapitel III. hat gezeigt, dass Kunsthändler/ Kunstversteigerer in Deutschland im Alltagsgeschäft einen umfangreichen Katalog an bestehenden branchentypischen zivil-, kulturgutschutz- und geldwäsche-, straf- und bußgeldrechtlichen Due-Diligence Pflichten beachten müssen. Für Kunsthändler/ Kunstversteigerer muss sich deshalb die Frage stellen, wie sie die Einhaltung dieser Pflichten durch sich und ihre Mitarbeiter in der Praxis sicherstellen können, um die in Kapitel III. dargelegten Risiken einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahmen, einer straf- oder bußgeldrechtliche Sanktionierung und den damit einhergehenden Reputationsrisiken zu vermeiden:

1. „Art Compliance“: Compliance auf den Kunstmärkten

1.1 Haftungsvermeidung durch Compliance

Als Instrument zur Haftungsvermeidung ist Compliance⁷⁰⁶ fester Bestandteil nicht nur des Finanzsektors⁷⁰⁷ sondern ferner sämtlicher Wirtschaftsbereiche⁷⁰⁸ und hat sich außerhalb der

⁷⁰⁶ Als „*Legal Transplant*“ (Watson, 1993, S. 21; *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617) stammen die „Corporate Compliance“ und „Corporate Governance“ aus dem US-amerikanischen Rechtskreis. Maßgeblich für die Entwicklung in den USA (als „Mutterland“ der Compliance) war das US-Bundesgesetz „Sarbanes-Oxley-Act of 2002 (SOA)“, das in Reaktion auf die Bilanzskandale von Enron, Worldcom erlassen wurde. Adressat des Gesetzes sind alle börsennotierten US-Unternehmen sowie ausländische Unternehmen, deren Wertpapiere in den USA öffentlich angeboten werden. Das Gesetz umfasst u.a. die Einführung von internen Überwachungs- und Kontrollsystemen (*Grützner/Jakob*, in: Grützner/Jakob, zu „Sarbanes-Oxley Act“; ausführlich: *Obermayr*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 44 Rn. 111).

⁷⁰⁷ Das Hauptanwendungsgebiet von Compliance lag zu Beginn im Finanzdienstleistungsbereich und im Wertpapiersektor und diente der Bezeichnung der organisatorischen Maßnahmen zur Einhaltung kapitalmarkt-, wertpapier- und geldwäscherechtlichen Anforderungen (z.B. § 25a KWG, § 33 Abs. 1 WpHG, § 9 Abs. 1 GWG) (*Bürkle*, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 1 Rn. 6; *Passarge*, NZI 2009, 86 m.w.N.; *Passarge*, DStR 2010, 1675 m.w.N.).

⁷⁰⁸ Im Unternehmenskontext wird oftmals der Begriff „Corporate Compliance“ verwendet. Damit wird ausgedrückt, dass „*Compliance als unternehmensweite Organisationsanforderung im Hinblick auf ein rechtskonformes Verhalten zu begreifen*“ (*Bürkle*, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 1 Rn. 7 m.w.N.) und als solche eng mit der Organisation des Unternehmens vernetzt ist (*Passarge*, in: Martinek/Semler/Flor, § 79 Rn. 88). Auf die Verwendung des Begriffs „Corporate“ wird im Rahmen dieser Arbeit verzichtet.

Privatwirtschaft bei Verbänden, öffentlichen Unternehmen, auf Bundes- und Kommunalebene etabliert.⁷⁰⁹

Compliance („to comply“) steht für „organisierte Rechtskonformität“⁷¹⁰ und verfolgt das Ziel, Haftungsrisiken aus Regelverstößen zu verhindern und zu minimieren, „[...] indem zukunftsorientiert unternehmensinterne Prozesse eingerichtet werden, durch die Rechtsverletzungen durch das Unternehmen, seine Organe und seine Mitarbeiter verhindert oder zumindest reduziert werden können.“⁷¹¹.

Für Compliance gibt es im deutschen Recht keine allgemeingültige Legaldefinition, so dass sich verschiedene Definitionen herausgebildet haben (z.B. in den sog. IDW Prüfungsstandard IDW PS 980⁷¹² oder im „Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)“⁷¹³), die im Kern inhaltlich die vorgenannte Definition widerspiegeln. Der Anwendungsschwerpunkt von Compliance liegt im Kontext der Beachtung von öffentlich-rechtlichen, strafrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben und wird speziell mit der Bekämpfung von Korruption, der Geldwäsche sowie sonstigen betriebsbezogenen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten in Verbindung gebracht.⁷¹⁴

⁷⁰⁹ Bürkle, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 1 Rn. 8; zur Compliance auf Kommunal- und Bundesebene: Vogelsang/Nahrstedt/Fuhrmann, CCZ 2014, 181 ff.

⁷¹⁰ Bürkle definiert den Begriff „Compliance“ kurz und prägnant als „organisierte Rechtskonformität“, da sich „Compliance“ „[...] mit der Summe aller organisatorischen Aktivitäten, mit denen dafür gesorgt werden soll, dass das Unternehmen und die für das Unternehmen handelnden Personen die externen und internen rechtlichen Vorgaben einhalten“ beschäftigt (Bürkle, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 1 Rn. 3).

⁷¹¹ Passarge, DStR 2010, 1675. Daneben kommt der Compliance eine Beratungs- und Informationsfunktion, eine Qualitätssicherungs- und Innovationsfunktion, eine Monitoring- und Überwachungsfunktion sowie schließlich eine sogenannte Marketingfunktion zu (Lösler, NZG 2005, 104; Hauschka/Moosmayer/Lösler, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 1 Rn. 14; Schulz/Galster, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 4 Rn. 12 ff. m.w.N.).

⁷¹² Der IDW Prüfungsstandard IDW PS 980, 11.03.2011, des Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) definiert Compliance als „[...] die Einhaltung von Regeln [...] (z.B. gesetzliche Bestimmungen und unternehmensinterne Richtlinien)“. Der IDW PS 980 legte erstmals allgemeine Standards und prozedurale Empfehlungen zur Ausgestaltung von „Compliance-Management-Systemen (CMS)“ fest (Zum IDW EPS 980 ausführlich z.B.: Böttcher, NZG 2011, 1054 ff.; Busekist/Hein, CZZ 2012, 41 ff.; Busekist/Schlitt, CCZ 2012, 86 ff.).

⁷¹³ Die in Ziffer 4.1.3. des „Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)“, Fassung vom 05.05.2015, definiert „Compliance“: „4.1.3. Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“.

⁷¹⁴ Vgl. z.B. Hauschka, in: Umnuß, 2017, Einführung, S. XVII. ff.; Hauschka/Moosmayer/Lösler, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 1 Rn. 15 ff.; Heybrock, 2011, S. 4; vgl. den Schwerpunkt der inhaltliche Gestaltung der Handreichungen: Moosmayer, 2015, S. 1 ff.; Umnuß, 2017, S. 1 ff.. Der Begriff Compliance ist zudem weiterhin geprägt von der Erfüllung der Leitungs- und Legalitätspflichten des

Der Begriff der Compliance ist dabei aber frei für (branchenspezifische) Modifikationen⁷¹⁵ und umfasst insbesondere auch Maßnahmen, die der Einhaltung von zivilrechtlichen Vorgaben und Pflichten (z.B. zivilrechtliche Due-Diligence-Pflichten) sowie besondere Branchenstandards dienen.⁷¹⁶ Der Anwendungsbereich von Compliance beschränkt sich auch nicht auf Dax-Unternehmen, sondern ist inzwischen im Mittelstand angekommen.⁷¹⁷ Compliance betrifft alle, auch kleine, arbeitsteilig organisierte Unternehmen.⁷¹⁸

1.2 Relevanz der Compliance für Kunsthändler/ Kunstversteigerer

Die internationalen Auktionshäuser Christie's und Sotheby's unterhalten bereits seit einiger Zeit eigene Compliance-Abteilungen („Compliance & Business Integrity Departments“) und wissen dies werbewirksam als Wettbewerbsvorteil zu nutzen, indem sie den besonders hohen Sorgfaltsstandard⁷¹⁹, die Integrität und die verschiedenen Compliance-Maßnahmen (z.B. Verhaltensrichtlinie für Mitarbeiter, das Bestehen einer Whistle-Blower-Hotline) betonen. Im Übrigen findet der Begriff der Compliance im Kontext des Kunsthandels bisher nur wenig Verwendung.⁷²⁰ Jedoch ist die Relevanz der Compliance gerade für kleine und mittelständische Kunsthändler/ Kunstversteigerer erheblich:

Geschäftsführers, § 43 GmbHG sowie des Vorstandes von Aktiengesellschaften, §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG und der Erfüllung der Aufsichtspflichten nach § 130 OWiG.

⁷¹⁵ *Schweizer*, ZUM 2012, 2, 3.

⁷¹⁶ Siehe hierzu z.B. *Weber/Dittrich*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 54 Rn. 1 ff., zu den branchentypischen zivilrechtlichen Haftungsrisiken im Rahmen der Compliance im E-Business; *Partikel*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 57 Rn. 1 ff., zu den branchentypischen zivilrechtlichen Haftungsrisiken im Rahmen der Compliance im Presse- und Verlagswesen.

⁷¹⁷ Die im Jahr 2011 vom Deloitte Mittelstandsinstitut an der Universität Bamberg veröffentlichte Studie kommt u.a. zu dem Ergebnis, dass sich 83% der ca. 1800 der befragten Leitungspersonen mit dem Thema Compliance beschäftigt, es in 48% der befragten Unternehmen ein Compliance-Management gibt und 18% die Einführung eines solchen planen (*Becker*, Deloitte Mittelstandsstudie 2011, S. 73).

⁷¹⁸ *Bürkle*, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 1 Rn. 8 m.w.N.

⁷¹⁹ So zum Beispiel im „Code of Business Conduct“ von Sotheby's, der auf dem Internetauftritt des Unternehmens veröffentlicht ist, abrufbar unter: <http://www.sothebys.com/en/sothebys-compliance.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

⁷²⁰ Verwiesen sei aber auf die Compliance-Abteilungen von Christie's und Sotheby's. In der Literatur des Weiteren: *Raschèr*, in: Roth, 2009, S. 235,240 ff. m.w.N.; *Lynen*, in: Hausmann, 2014, S. 287 ff.; *Hasler*, KUR 2014, 157 ff. (zur Bedeutung der Due-Diligence); *Mercker*, private wealth 2015/1, S. 78; sowie die Initiative des Basel Institute on Governance und der Initiative „The Responsible Art Market (RAM)“, vgl. dazu oben in Kapitel III.5.4.

Die Frage des regelkonformen Verhaltens in der Komplexität der Kunstmärkte stellt sich den kleineren Kunsthändlern/ Versteigern genauso wie den großen internationalen Auktionshäusern wie Christie's oder Sotheby's. Die Handelsakteure der Kunstmärkte sind grundsätzlich größenunabhängig den gleichen rechtlichen Risiken ausgesetzt und zur Rechtstreue verpflichtet.⁷²¹

Compliance ist auch deshalb besonders relevant für kleinere Kunsthandels-/ Versteigerungsunternehmen, weil die regelmäßig höhere finanzielle Ressourcenknappheit dazu führt, dass die Konsequenzen einer „Non-Compliance“ (in Form von straf- oder bußgeldrechtlichen Sanktionen oder Schadensersatzansprüchen) relativ höhere finanzielle Schäden auslösen können als in Großunternehmen.⁷²²

Im Zusammenhang mit den Konsequenzen der „Non-Compliance“ ist zu beachten, dass mittelständische Kunsthändler/ Kunstversteigerer oftmals größeren Abhängigkeiten unterliegen, die daraus entstehen, dass ihre Geschäftstätigkeit regional begrenzt ist oder sie nur auf einem engen Marktsegment tätig sind, wodurch das Risiko von Reputationsschäden und deren Folgen relativ erhöht werden.⁷²³ *Raschèr* weist dabei zu Recht darauf hin, dass „[...] das Vertrauen in den Kunsthandel, seine Praktiken und die ihm angegebenen Provenienzen [...] ein zu wichtiges Gut [ist], als das man sorglos damit umgehen dürfte.“⁷²⁴

Eine Relevanz der Compliance für kleine und mittelständische Kunsthändler/ Kunstversteigerer in Deutschland ist vor diesem Hintergrund somit dringend zu bejahen.⁷²⁵

Dieser Relevanz kann auch nur eingeschränkt mit dem Argument begegnet werden, dass die Implementierung von Compliance-Maßnahmen die begrenzten finanziellen und personellen Ressourcen der Kunsthändler/ Kunstversteigerer übersteigen würden.

⁷²¹ Zur Notwendigkeit der Compliance im Mittelstand: *Laue/Hartke/Wedemeier*, Controlling&Management Review 2014, 44, 45; Montag, 2016, S. 28 m.w.N.; *Nothhelfer/Bacher*, CCZ 2016, 64.

⁷²² So im Zusammenhang mit KMU allgemein: Montag, 2016, S. 53 m.w.N.; *Nothhelfer/Bacher*, CCZ 2016, 64.

⁷²³ Zu der Besonderheit der Risikosituation mittelständischer Unternehmen ausführlich: Montag, 2016, S. 28 ff. m.w.N.

⁷²⁴ *Raschèr*, in: Roth, 2009, S. 248.

⁷²⁵ So auch: *Raschèr*, in: Roth, 2009, S. 240.

Dass umfangreiche Compliance-Strukturen, die für Großunternehmen wie Christie's und Sotheby's entwickelt wurden (z.B. die Einrichtung einer eigenen Compliance-Abteilung, Einsetzung eines internen Compliance Officers etc.), für die in Deutschland zumeist als sog. Kleinst- bzw. Kleinunternehmen⁷²⁶ organisierten Kunsthandels-/ Kunstauktionsunternehmen nicht passen, weil sie zu überdimensioniert, bürokratisch und schlichtweg zu teuer sind, ist selbstredend. Bei der Entwicklung von Art Compliance-Maßnahmen kann es nicht zwingend um die Errichtung einer Compliance-Struktur und um die Einführung „von ganzen Schrankwänden neuer Richtlinien“⁷²⁷ gehen, sondern nur um risikobasierte, angemessene und an das individuelle Risikoportfolio des Kunsthändlers/ Versteigerers angepasste Maßnahmen zu Risikovermeidung.⁷²⁸

1.3 Verständnis des Begriffs „Art Compliance“

Der Begriff „Art Compliance“ soll für die Gesamtheit der Maßnahmen stehen, die das rechtmäßige Verhalten des gewerblichen Kunstmarktakteurs, seiner Organe und Mitarbeiter im Hinblick auf alle gesetzlichen und unternehmenseigenen Pflichten und Verbote sicherstellen sollen.⁷²⁹

Art-Compliance soll – zunächst dem klassischen geprägten⁷³⁰ Begriff der Compliance entsprechend – auf erster Stufe für die Prävention von Verstößen gegen Straf- oder bußgeldbewehrte Normen stehen. Auf zweiter Stufe soll der Begriff vor allem solche Maßnahmen umfassen, die der Vermeidung bzw. Reduzierung branchenspezifischer rechtlicher Risiken dienen. Für Kunsthändler/ Kunstversteigerer sind dies vor allem die unter

⁷²⁶ Als Teil der sog. Kleinst- sowie kleinen und mittleren Unternehmen („KMU“): Siehe hierzu die Definition der EU nach Art. 2 der Empfehlung der EU 2003/361/EG, 06.05.2003, Abl. EU 2003, Nr. L 124/36: Kleinstunternehmen (Beschäftigte: weniger als 10; Jahresumsatz: bis 2 Mio. EUR); Kleinunternehmen (Beschäftigte: weniger als 50; Jahresumsatz: bis 10 Mio. EUR); Mittlere Unternehmen (Beschäftigte: weniger als 250; Jahresumsatz: bis ca. 50 Mio. EUR); Große Unternehmen (Beschäftigte: über 250; Jahresumsatz: über 50 Mio. EUR).

⁷²⁷ *Nothhelfer/Bacher*, CCZ 2016, 64.

⁷²⁸ Zum risikobasierten Ansatz der Art-Compliance siehe unter in Kapitel IV.2.

⁷²⁹ Diese Definition gründet auf dem „Compliance“-Begriff von *Passarge*, NZI 2009, 86 m.w.N.

⁷³⁰ Der Anwendungsschwerpunkt des Begriffs „Compliance“ im Kontext der Beachtung von öffentlich-rechtlichen, strafrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Vorgaben, insbesondere Korruption, der Geldwäsche sowie sonstigen betriebsbezogenen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (Vgl. z.B. *Hauschka*, in: *Umnuß*, 2017, Einführung, S. XVII. ff.; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, 2016, § 1 Rn. 15 ff.).

Kapitel III. dargestellten Risiken. Die schadenersatz-, straf- und bußgeldrechtlichen Folgen sowie die potentiellen Reputationsschäden von Verstößen gegen die in Kapitel III. genannten Due-Diligence-Pflichten sind erheblich. Diese sind als „wesentliches Risiko“⁷³¹, d.h. als Art-Compliance-Risiko, des Kunsthändlers/ Versteigerers anzusehen. Bei Anwendung von Art-Compliance im Bereich anderer Kunstmarktakteure (z.B. Primärmarktgalerien) ist das Risikoprofil entsprechend anzupassen.

Vor dem Hintergrund der „Wesentlichkeit“ ist das Art-Compliance-Risiko wie folgt zu definieren:

Ein Art-Compliance-Risiko ist die Möglichkeit, dass der gewerbliche Kunstmarktakteur durch ein Handeln oder Unterlassen von Organen oder Mitarbeitern dem Vorwurf der Verletzung von gesetzlichen Normen (z.B. straf- und bußgeldbewehrten Normen, zivil- und kulturgutschutzrechtlichen Normen) ausgesetzt ist, der einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden und/oder einen Reputationsschaden und/oder straf- oder bußgeldrechtliche Verfolgung von Organen, Mitarbeitern oder des Unternehmens zur Folge hat.⁷³²

2. Risikobasierter Ansatz der Art Compliance

Compliance-Konzepte für mittelständische Kunsthändler/ Kunstversteigerer müssen an die begrenzten finanziellen, personellen und technischen Ressourcen, die Eigentümerstruktur und die organisatorischen Elemente des Unternehmens angepasst sein.⁷³³ Dabei wird in kleinen und gut überschaubaren Unternehmen eine lokale, institutionalisierte Compliance-

⁷³¹ Jedes Unternehmen muss auf Grundlage der Compliance-Ziele individuell bestimmen, was als „wesentliches“ Risiko, d.h. als Compliance-Risiko angesehen wird. Der Begriff des „Risikos“ ist im engeren Sinne als Verlust- und Schadensgefahr für das Unternehmen zu verstehen und kann in Form von Strafen, Geldbußen, Schadensersatzzahlungen oder Reputationsschäden auftreten (*Busekist/Schlitt*, CCZ 2012, 86, 89 m.w.N.; ausführlich: *Bay/Klingenstein*, in: *Bay/Hastenrath*, 2014, S. 90 ff.; zum Risikobegriff ausführlich: *Glage/Grötzner*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, 2016, § 14 Rn. 8 ff. m.w.N.). Vgl. hierzu auch die „Leitlinien für die Tätigkeit in der Compliance-Funktion im Unternehmen (für Compliance Officer außerhalb regulierter Sektoren)“: *Hauschka/Galster/Marschlich*, CCZ 2014, 242, 244.

⁷³² Diese Definition ist angelehnt an die von Moosmayer festgelegte Definition des „Compliance-Risikos“, das er definiert als „[...] die Möglichkeit, dass eine Aktivität oder eine Exponierung des Unternehmens wegen eines Einfluss, der ganz oder teilweise auf den Vorwurf der Verletzung von straf- oder bußgeldbewehrter Normen zurückgeht, einen Schaden und/oder eine Reputationseinbuße zur Folge hat.“ (*Moosmayer*, in: *Moosmayer*, 2015, S. 6 mit Verweis auf die von Moosmayer zugrundegelegte Definition zum „rechtlichen Risiko“ von *Staub*, CCZ 2009, 121, 126). Die Definition enthält die drei Fälle des „wesentlichen Risikos“ gemäß den „Leitlinien für die Tätigkeit in der Compliance-Funktion im Unternehmen (für Compliance Officer außerhalb regulierter Sektoren)“, *Hauschka/Galster/Marschlich*, CCZ 2014, 242, 244.

⁷³³ So allgemein zur Compliance in KMU: *Laue/Hartke/Wedemeier*, *Controlling&Management Review* 2014, 44, 46.

Organisation regelmäßig verzichtbar sein, aber nicht ein Minimum an präventiven Compliance-Maßnahmen.⁷³⁴

Um die Art der Compliance-Maßnahmen festlegen zu können, ist auf Grundlage eines risikobasierten Compliance-Ansatzes die Vornahme einer Compliance-Risiko-Analyse unerlässlich.⁷³⁵ Mit der These *Moosmayers* aus dem Jahr 2012 ist festzustellen, dass „[...] für das Aufsetzen eines effektiven Compliance-Systems [...] eine sorgfältige und ehrliche Analyse der von dem Unternehmen ausgehenden, aber auch der ihm drohenden Risiken rechtswidrigen Verhaltens [entscheidend ist]. [...]“⁷³⁶.

Da es für ein Unternehmen nicht möglich ist, die Einhaltung aller für das Unternehmen geltenden Rechtsvorschriften ständig zu überwachen, ist es notwendig und gerechtfertigt, eine Beschränkung auf solche Compliance-Risiken vorzunehmen, die das Unternehmen als „wesentlich“⁷³⁷ ansieht (risikobasierter Ansatz).⁷³⁸ Die Analyse ist – auf Grund der überschaubaren Struktur – bei kleinen und mittelständischen Unternehmen einfacher als bei Großunternehmen.⁷³⁹

Durch dieses risikobasierte Vorgehen, das als „Risk Based Approach“ bereits im Rahmen der Geldwäscheprävention⁷⁴⁰ Anwendung findet, kann am Ende ein individuelles Risikoportfolio

⁷³⁴ So allgemein zur Compliance in KMU: *Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41, 43 m.w.N.; *Daum*, in: Bay/Hastenrath, 2014, S. 50.

⁷³⁵ Als Leitfaden kann dabei z.B. dienen: Bundesministerium des Inneren, „Initiativkreis Korruptionsprävention Bundesverwaltung/Wirtschaft“, „Praktische Hilfestellung für Antikorruptionsbekämpfung“, 2013, unter Schritt 2 „Wie bewerte ich mein Risiko“, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/themen/moderne-verwaltung/praktische-hilfestellungen-antikorrptionsmassnahmen.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); dieser Leitfaden ist einer der wichtigsten Leitfäden für die Strukturierung eines Compliance-Programms insbesondere für KMU (*Moosmayer*, in: Moosmayer, 2015, S. 3, 4 m.w.N.).

⁷³⁶ *Moosmayer*, NJW 2012, 3013, 3014; ebenso: *Borowa*, in: Bay/Hastenrath, 2014, S. 117 ff. m.w.N.; *Busekist/Schlitt*, CCZ 2012, 86; die Bedeutung der Risikoanalyse im Rahmen der Compliance wurde durch die „*Siemens/Neubürger*“-Entscheidung des LG München I anerkannt, das die Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation an eine „entsprechende Gefährdungslage“ knüpft und mit der Pflicht zur angemessenen Risikokontrolle begründet (LG München I, NZG 2014, 345, 346 f. m.w.N.-*Siemens/Neubürger*). Aus dem Urteil des LG München I wird teilweise sogar eine Pflicht aller Unternehmen zur Vornahme einer Risikoanalyse abgeleitet (*Remberg*, in: Moosmayer, 2015, S. 103).

⁷³⁷ Zum Begriff des „wesentlichen Risikos“ vgl. oben in Kapitel IV.1.3.

⁷³⁸ Vgl. hierzu: *Hauschka/Galster/Marschlich*, CCZ 2014, 242, 244.

⁷³⁹ *Moosmayer*, NJW 2012, 3013, 3014.

⁷⁴⁰ Siehe Ausführungen in Kapitel III.5.2.2.1.2.

des Kunsthandelsunternehmens/ des Kunstauktionshauses erstellt werden, in dem die Compliance-Risiken nach Schadenspotential geordnet sind.⁷⁴¹ Dieses Portfolio stellt sodann die Grundlage für die Erstellung angemessener, maßgeschneiderter Compliance-Maßnahmen dar.

Die Durchführung des Risk Assessment muss systematisch strukturiert und sollte theoretisch umfassend erfolgen.⁷⁴² In der Praxis kann die Reichweite auf bestimmte Bereich eingeschränkt werden kann, z.B. nach Rechtsgebieten⁷⁴³, Geschäftsbereiche bzw. Unternehmensprozesse⁷⁴⁴ oder Jurisdiktion (sog. „Scoping“).⁷⁴⁵ Vor dem Hintergrund der „Compliance-Ziele“ müssen die heranzuziehenden Rechtsquellen bestimmt werden.⁷⁴⁶

Für Kunsthändler/ Kunstversteigerer in Deutschland empfiehlt es sich, bei der Risikoanalyse zumindest die folgenden drei Risikoschwerpunkte abzudecken:⁷⁴⁷

Wird den gesetzlichen Vorgaben zur „Customer-Due-Diligence“ entsprochen?

Wird den gesetzlichen Vorgaben/ den Vorgaben der Rechtsprechung zur Due-Diligence in Bezug auf die Untersuchung der Authentizität und der Provenienz sowie rechtmäßigen Herkunft des Kunstgegenstandes entsprochen?

Werden die gesetzlichen Due-Diligence-Vorgaben zur Überprüfung der rechtmäßigen Herkunft entgegengenommener Geldwerte erfüllt?

⁷⁴¹ Hierzu ausführlich: *Borowa*, in: Bay/Hastenrath, 2014, S. 117 ff. m.w.N.; *Ebersoll/Stork*, CCZ 2013, 129 ff.; *Schlierenkämper*, in: Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, 2015, § 11 Rn. 70 m.w.N.

⁷⁴² *Busekist/Schlitt*, CCZ 2012, 86, 88.

⁷⁴³ Zu den verschiedenen Rechtsrisiken: IDW PS 980 Tz. A3 (zur Abgrenzung der Compliance-Risikobereiche nach Rechtsgebieten); *Hauschka*, NJW 2004, 257, 258 m.w.N.; *Passarge*, NZI 2009, 86 m.w.N.

⁷⁴⁴ Zu den Geschäftsbereichen: IDW PS 980 Tz. A3.

⁷⁴⁵ *Busekist/Schlitt*, CCZ 2012, 86, 88.

⁷⁴⁶ D.h. es muss festgelegt werden, „[...] ob neben den immer einbezogenen (mit Strafe und Bußgeld bewehrten) Gesetzen und Verordnungen auch interne Richtlinien, freiwillige, unternehmensinterne Selbstverpflichtungen (z. B. Branchenstandards) und auch vertragliche Verpflichtungen Grundlage des Risk Assessments sein sollen [...]“ (*Busekist/Schlitt*, CCZ 2012, 86, 88).

⁷⁴⁷ Diese Schwerpunktbereiche ergeben sich aus der Darstellung der rechtlichen Risiken in Kapitel III.

Vor diesem Hintergrund ist zuvor eine Ersteinschätzung des Risikoprofils des Kunsthandelsunternehmens bzw. des Auktionshaus vorzunehmen.⁷⁴⁸ Hier sind die u.a. die nachfolgenden nicht abschließenden Fragen zu klären:⁷⁴⁹

In welchem Land ist der Geschäftssitz? In welchen Ländern werden Verkäufe durchgeführt und auf welchen Märkten ist der Händler tätig? Wie hoch ist der Durchschnittswert der gehandelten Güter? Welche Art der Transaktionen wird durchgeführt und welche Leistungen werden den Kunden angeboten (z.B. auch Geldtransfersgeschäfte)? Welche Finanzierungsmethoden werden vorgeschlagen? Weisen die Kundenprofile Besonderheiten auf (z.B. Kunden aus Krisenstaaten)? Welche Informationen zu den Kunden werden dokumentiert und wie? Ist das Personal entsprechend geschult und wie aktuell ist die Schulung? Bestehen interne Kontrollmechanismen zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften?

Auf dieser Basis des Kunsthändlers/ Kunstversteigerers erfolgen sodann die Identifizierung, die Priorisierung und die Bewertung der Risiken.⁷⁵⁰ Die Identifizierung wird regelmäßig durch z.B. Fragebögen, Mitarbeitergespräche oder Durchführung von Risiko-Workshops auf Fachabteilungsebene vorgenommen.⁷⁵¹ Die Identifizierung kann auch in zwei Stufen vorgenommen werden, z.B. einem ersten „Screening“ gefolgt von einer weiteren vertieften Analyse.⁷⁵² Bei der Priorisierung werden beispielsweise die 5-10 Top-Risiken (d.h. die wesentlichen Unternehmensrisiken) herausgefiltert⁷⁵³, zu denen bei Kunsthändlern/ Kunstversteigern die in Kapitel III. dargestellten rechtlichen Risiken gehören sollten. Sodann werden diese Risiken im nächsten Schritt auf ihr Schadenspotential hin bewertet, was anhand der zwei Kriterien der Eintrittswahrscheinlichkeit und der Schadenshöhe erfolgt.⁷⁵⁴

⁷⁴⁸ Vgl. hierzu: § 5 Abs. 1 GwG; Art. 8 Abs. 1 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie; Ziff. 13 der BAT-Principles on AML; 2. BAT-Guideline.

⁷⁴⁹ Ebenso: Art. 8 Abs. 1 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie; Ziff. 13 der BAT-Principles on AML; 2. BAT-Guideline.

⁷⁵⁰ Hierzu ausführlich z.B.: *Bay/Klingenstein*, in: Bay/Hastenrath, 2014, S. 99 ff. m.w.N.

⁷⁵¹ *Schlierenkämper*, in: Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, 2015, § 11 Rn. 71 m.w.N.; *Bay/Klingenstein*, in: Bay/Hastenrath, 2014, S. 100.

⁷⁵² So beispielsweise: *Ebersoll/Stork*, CCZ 2013, 129, ff.

⁷⁵³ *Bay/Klingenstein*, in: Bay/Hastenrath, 2014, S. 102 f.

⁷⁵⁴ Ausführlich: *Bay/Klingenstein*, in: Bay/Hastenrath, 2014, S. 101 ff.; *Busekist/Schlitt*, CCZ 2012, 86, 89.

3. Art Compliance Maßnahmen

Auf Grundlage des Ergebnisses der Risikoanalyse entwickelt der Kunsthändler/ Kunstversteigerer sodann eine angemessene, an das Risikoportfolio angepasste Compliance-Organisation⁷⁵⁵ bzw. einzelne Compliance-Maßnahmen.⁷⁵⁶

Es bestehen keine gesetzlichen Vorgaben für den Kunsthändler/ Kunstversteigerer, wie diese ausgestaltet sein sollen. Neben verschiedenen nationalen und internationalen Standards⁷⁵⁷ kann in Bezug auf mögliche Compliance-Maßnahmen auch der Maßnahmenkatalog nach § 6 Abs. 2 GwG herangezogen werden. Beispiele für mögliche Compliance-Maßnahmen von Kunsthändlern/ Kunstversteigerern sind:

Es empfiehlt sich die Einführung einer für das Kunsthandels-/ Auktionsunternehmen eigenen „Compliance-Kultur“⁷⁵⁸, z.B. indem sich die Leitungsebene (sog. „tone at the top“/ „tone from the top“⁷⁵⁹) durch einen „Code of Conduct“⁷⁶⁰/ Unternehmensleitlinien aktiv zur

⁷⁵⁵ Vgl. hierzu z.B. *Marschlich*, in: Bürkle/Hauschka, 2015, § 6 Rn. 9; *Busekist/Schlitt*, CCZ 2012, 41 m.w.N.; in der Literatur beschäftigen sich eine Vielzahl an neueren Handreichungen mit der ordnungsgemäßen Compliance-Organisation und ihren Anforderungen, z.B.: Bay/Hastenrath, 2014, S. 1 ff.;

⁷⁵⁶ Z.B. *Moosmayer*, NJW 2012, 3013, 3014.

⁷⁵⁷ Auf nationaler Ebene formuliert und erläutert das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) in den „IDW Prüfungsstandard: Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW PS 980)“, 11.03.2011, Tz. 23 ff. sieben Grundelementen eines Compliance Management Systems (dazu: Bay/Hastenrath, 2014, S. 1 ff.; Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 9 ff.). Auf internationaler Ebene zu nennen sind hier insbesondere (vgl. insgesamt: *Moosmayer*, in: Moosmayer, 2015, S. 4 m.w.N.; *Wendt*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 9 Rn. 9 ff. m.w.N.; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, 2016, § 1 Rn. 42): OECD, Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business, 2013, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf> (zuletzt abgerufen: 25.01.2017); der „US Resource to the FCPA“ (abrufbar unter: www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance/, zuletzt abgerufen: 24.01.2017) wurde am 14.11.2012 vom DOJ (U.S. Department of Justice) und von der SEC (U.S. Security and Exchange Commission) als Leitfaden für Unternehmen zum Umgang mit dem FCPA von 1977 veröffentlicht (*Spehl/Grützner*, CCZ 2013, 198 ff. m.w.N.); zu beachten ist insbesondere die Anlage zum „UK Bribery Act“ (*Moosmayer*, in: Moosmayer, 2015, S. 4 m.w.N.).

⁷⁵⁸ Hierzu ausführlich: IDW 980 Tz. A14; *Bode*, in: Bay/Hastenrath, 2014, S. 1 ff. m.w.N.; *Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41, 45 m.w.N. (unter dem Begriff „Bekanntnispflicht“).

⁷⁵⁹ Es geht hier um eine klare und erkennbare Haltung der Führungsebene zum Thema Compliance, vgl. dazu insbesondere: Bundesministerium des Inneren, „Initiativkreis Korruptionsprävention Bundesverwaltung/Wirtschaft“, „Praktische Hilfestellung für Antikorruptionsbekämpfung“, 2013, unter Schritt 1: „Tone from the Top“, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/themen/moderne-verwaltung/praktische-hilfestellungen-antikorrupsionsmassnahmen.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); *Moosmayer*, in: Moosmayer, 2015, S. 3, 4 m.w.N.

Regeltreue bekennt. Dies fördert die Akzeptanz der Compliance-Maßnahmen innerhalb der Mitarbeiterschaft.

Des Weiteren sollte der Kunsthändler/ Kunstversteigerer – je nach Größe und Risikoprofil des Unternehmens – organisatorische Vorkehrungen und Überlegungen zu organisatorischen und technischen Hilfsmitteln (z.B. IT-Tools zur Speicherung aller relevanten und aufzubewahrenden Daten zur eingelieferten Werken und Kunden, Checklisten zur Sicherstellung der Einhaltung der Customer-Due-Diligence-Pflichten oder die Due-Diligence-Pflichten bei der Entgegennahme eines eingelieferten Werkes) anstellen, um seine Compliance-Ziele erfüllen zu können.⁷⁶¹ Insbesondere sollte konkret bestimmt werden, wer die Einhaltung der Compliance-Ziele maßgeblich überwachen soll (ggf. bietet sich hier auch die Ernennung eines – externen – Compliance-Beauftragten, z.B. eines Rechtsanwalts an).

Eine besondere Bedeutung auch für Kunsthändler/ Kunstversteigerer hat die sog. „Compliance Kommunikation“, bei der die Mitarbeiter über die Pflicht des Compliance-Programms sowie die Verteilung der Verantwortlichkeiten informiert werden.⁷⁶² Dies kann durch entsprechende Mitarbeiterrundschreiben (z.B. Informationen zum Erkennen von Geldwäsche-Verdachtsfällen und zu den notwendigen weiteren Schritten), Compliance-Handbücher, Schulungen (z.B. insbesondere zu den Due-Diligence-Pflichten nach dem KGSG, dem GwG), Verhaltensleitfäden für bestimmte Situationen (darunter fallen auch Verhaltensleitfäden für Krisensituationen, z.B. für den Fall einer Durchsuchung seitens der Strafverfolgungsbehörden⁷⁶³, für den Fall der Einlieferung eines Kunstgegenstandes mit dem Verdacht der Fälschung oder der unrechtmäßigen Herkunft und die dann vorzunehmenden

⁷⁶⁰ Im „Code of Conduct“ werden zentrale Pflichten und Werte eines Unternehmens skizziert (*Grützner/Jakob*, in: *Grützner/Jakob*, zu „Code of Conduct“; *Bode*, in: *Bay/Hastenrath*, 2014, S. 14 ff. m.w.N.). So zum Beispiel im „Code of Business Conduct“ von Sotheby’s, der auf dem Internetauftritt des Unternehmens veröffentlicht ist, abrufbar unter: <http://www.sothebys.com/en/sothebys-compliance.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018).

⁷⁶¹ Die „Compliance-Organisation“ wird als fünftes Grundelement in den IDW 980 Prüfungsstandards genannt. Hierzu ausführlich: IDW 980 Tz. A18; *Bode*, in: *Bay/Hastenrath*, 2014, S. 49 ff. m.w.N. (skizziert das Bild des sog. „House of Compliance“, wonach die Compliance-Organisation drei Bausteinen besteht: dem Vorbeugen, dem Erkennen und dem Reagieren).

⁷⁶² Hierzu ausführlich: IDW 980 Tz. A19; *Hastenrath*, in: *Bay/Hastenrath*, 2014, S. 151 ff. m.w.N.

⁷⁶³ Ein Beispiel dazu in: *Hastenrath*, in: *Bay/Hastenrath*, 2014, S. 180.

Schritte bzw. den Umgang mit dem Einlieferer) erfolgen.⁷⁶⁴ Es sollte zudem festgelegt werden, über welche Anlässe berichtet werden muss und auf welchem Weg.

Als letztes Grundelement bedarf es der „Compliance-Überwachung und Verbesserung“⁷⁶⁵. Dadurch sollen Schwächen der Compliance-Organisation sowie Verstöße festgestellt und an Inhaber des Kunsthandels-/ Auktionsunternehmens oder den ernannten Compliance-Beauftragten berichtet werden, der dann entsprechende Gegenmaßnahmen zur Verbesserung einleiten kann (sog. „Compliance-Monitoring“).

Abschließend sei nochmals betont, dass auch bei kleinen und gut überschaubaren Kunsthandels-/ Kunstversteigerungsunternehmen, bei denen auf eine institutionalisierte Compliance-Organisation regelmäßig verzichtet werden kann, ein Minimum an präventiven Compliance-Maßnahmen ergriffen werden muss, da z.B. den Due-Diligence-Pflichten nach dem KGSG oder der Pflicht zur Meldung von Geldwäsche-Verdachtsfällen (§ 43 Abs. 1 GwG) ohne entsprechende Schulung der Mitarbeiter nicht nachgekommen werden kann.

⁷⁶⁴ Hierzu ausführlich: *Hastenrath*, in: Bay/Hastenrath, 2014, S. 151 ff. m.w.N., der die „Compliance-Kommunikation“ in 3 Phasen aufteilt: Phase 1 in Form des sog. „Roll-Out“ (d.h. die erstmalige Einführung des Themas im Unternehmen), Phase 2 in Form der „Sensibilisierungsphase“ (Schaffung detaillierteren Wissens bei den Mitarbeitern) und Phase 3 in Form der sog. „Verstetigungsphase“ (Überführung der Compliance-Inhalte in den Alltag durch stetige Wiederholung der Compliance-Inhalte).

⁷⁶⁵ Dazu ausführlich: IDW 980 Tz. A20; *Bay/Seeburg*, in: Bay/Hastenrath, 2014, S. 199 ff. m.w.N.

Kapitel V: Schlussbemerkung

Im Rahmen der Schlussbemerkung sollen die Anfangsthesen dieser Arbeit wieder aufgegriffen und resümiert werden, ob sie durch die Ergebnisse dieser Arbeit bestätigt wurden:

1. Zu These 1: Keine Unterregulierung der Kunstmärkte

Eine Unterregulierung der deutschen Kunstmärkte lag auch vor Inkrafttreten des Kulturgutschutzgesetzes („KGSG“) am 06.08.2016 nicht vor.

Die Darstellung der branchentypischen Rechtsrisiken in Kapitel III. hat gezeigt, dass Kunsthändler/ Kunstversteigerer bereits vor Inkrafttreten des KGSG einen umfangreichen Katalog an bestehenden branchentypischen rechtlichen Pflichten erfüllen mussten.

Es wurde dargelegt, dass der Kommissionär gegenüber dem Einlieferer eine erhöhte Vertrauensstellung hat und Interessenskonflikte unverzüglich offenlegen muss. Für den Kommissionär ergeben sich zahlreiche nebenvertragliche Pflichten (z.B. im Falle der Bewertung des Kunstgegenstandes), deren fahrlässige Verletzung zu Schadensersatzansprüchen gegen den Kommissionär führen kann.

Es wurde ferner dargelegt, dass der als Kommissionär handelnde Kunsthändler/ Kunstversteigerer gegenüber dem Käufer des Kunstgegenstandes erhebliche Due-Diligence-Pflichten erfüllen muss. Diese beziehen sich auf die Überprüfung der Vertrauenswürdigkeit des Einlieferers („Customer-Due-Diligence“), sowie auf die Überprüfung der Authentizität, Provenienz und auf die rechtmäßige Herkunft des Kunstgegenstandes. Andernfalls kann er sich dem Risiko einer kaufrechtlichen Gewährleistungshaftung nach §§ 433 ff. BGB aussetzen, sollte sich der veräußerte Kunstgegenstand nachträglich als unecht oder von unrechtmäßiger Herkunft erweisen. Insbesondere kommen dem Kunsthändler/ Kunstversteigerer Due-Diligence-Pflichten in Bezug auf die Überprüfung der Vertrauenswürdigkeit des Einlieferers sowie allgemeine Aufklärungspflichten, die Pflicht zur Untersuchung des Kunstgegenstands auf dessen Echtheit sowie die Pflicht zur Prüfung der Provenienz und der rechtmäßigen Herkunft zu.

Des Weiteren wurde dargelegt, dass der Kunsthändler/ Kunstversteigerer zudem Risiken der deliktischen Haftung beachten muss. Diese können sich vor allem aus Handlungen seiner

Mitarbeiter ergeben. Es wurde insgesamt jedoch festgestellt, dass das Haftungsrisiko im Zusammenhang mit dem Deliktsrecht im Verhältnis etwa zum Haftungsrisiko aus Vertragsrecht geringer ist.

Im Zusammenhang mit den Pflichten aus dem KGSG wurde darauf hingewiesen, dass das KGSG insgesamt zu einer Verschärfung der Due-Diligence-Anforderung an den Kunsthändler/ Kunstversteigerer führt, auch wenn maßgebliche Due-Diligence-Pflichten bereits vor Normierung durch das KGSG Bestandteil etwa der kaufvertraglichen Haupt- und Nebenpflichten eines Kunsthändlers/ Kunstversteigerers waren.

Schließlich wurde dargelegt, dass die Geldwäscheprävention erhebliche Anforderung an den Kunsthändler/ Kunstversteigerer stellt und dass diese regelmäßig in den Adressatenkreis des GwG fallen. Insbesondere wurde aufgezeigt, dass der Kunsthändler/ Kunstversteigerer stets mindestens solche Maßnahmen ergreifen muss, die die Erkennung von Anhaltspunkten von Geldwäsche („red flags“) ermöglichen, da der Kunsthändler/ Kunstversteigerer beim Vorliegen dieser Verdachtsmomente schwellenwertunabhängig die Due-Diligence-Pflichten des GwG anwenden und Verdachtsfälle melden muss.

Insgesamt besteht für Kunsthändler/ Kunstversteigerer somit ein umfangreicher Katalog an branchenspezifischen Rechtspflichten.⁷⁶⁶ Diesen nachzukommen, sollte im Interesse aller Kunsthändler/ Kunstversteigerer sein. Zum einen erfüllen sie so ihre besondere Vertrauensstellung gegenüber den Kunden (d.h. Einlieferer oder Käufer/ Ersteigerer) und zum andere vermeiden sie die mit Verstößen gegen die genannten Pflichten einhergehenden schadensersatz-, straf- und bußgeldrechtlichen Konsequenzen.

⁷⁶⁶ Hinzu kommen die branchenübergreifenden rechtlichen Pflichten von Unternehmen (z.B. im Bereich des Personalmanagements, der IT-Compliance, des Datenschutzes, des Rechnungswesens, des Steuerrechts und im Zusammenhang mit der Korruptionsprävention).

2. Zu These 2: Relevanz der Compliance für Kunsthändler/ Versteigerer

Nach Effizienzgesichtspunkten machen präventive Maßnahmen zur Vermeidung von Regelverstößen nur dann Sinn, „wenn es einen Verhinderungsbedarf“⁷⁶⁷ gibt.

Im Hinblick auf die in Kapitel III. dargestellten rechtlichen Risiken und auf die im „Anhang“ beispielhaft dargelegten Kunstmarktskandale und deren teils sehr drastischen finanziellen Folgen sowie Schäden für den Ruf der involvierten Kunstmarktakteure muss man einen solchen Verhinderungsbedarf auf den Kunstmärkten bejahen. Die Kunstmarktskandale zeigen insbesondere, dass die Kunstmarktakteure den stetig steigenden rechtlichen Anforderungen aktiv begegnen müssen. Ein Verharren im „Status quo“, nach dem Motto „*bisher ist auch nichts passiert*“ und „*die anderen machen es genauso*“, wird sich langfristig nicht auszahlen.

Selbst wenn sich bisher eingegangene rechtliche Risiken noch nicht in einem Schadensfall oder einer straf-/ bußgeldrechtlichen Sanktion realisiert haben, so steigt die Wahrscheinlichkeit, dass dies in Zukunft der Fall sein wird. Der oftmals bemühte Hinweis auf den allgemeinen Branchen-Usus war und ist für berufliche Kunstmarktakteure wenig hilfreich. Dieser macht rechtswidriges Verhalten nicht rechtmäßig; ergo schützt er in der Regel weder vor zivilrechtlichen Schadensersatzpflichten noch vor Strafverfolgung.

Die öffentliche Sensibilisierung und die zahlreichen, medienwirksamen Fälle, in denen sich Betroffene erfolgreich gerichtlich gewehrt haben, ermuntern Geschädigte dazu, zivilrechtlich gegen Verkäufer vorzugehen. Nicht erst die prominenten Fälle „Beltracchi“⁷⁶⁸ und „Achenbach“⁷⁶⁹ haben gezeigt, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden ihre „Berührungsgänge“ mit den Kunstmärkten abgelegt haben.

Tom Christopherson, Head of Art and Law Studies, Sotheby's Institute of Art, London, stellte zu Recht fest, dass sich mit der steigenden Komplexität der internationalisierten Märkte und

⁷⁶⁷ Brettel/Thomas, S. 78.

⁷⁶⁸ Zum Fall Beltracchi vgl. im „Anhang“ Ziff. 1.

⁷⁶⁹ Zum Fall Achenbach vgl. im „Anhang“ Ziff. 5.

dem Anstieg des Marktvolumens auch das Risiko von Missverständnissen und rechtlichen Auseinandersetzungen erhöht hat: „[...] *The world is sadly a more litigious place.* [...]“⁷⁷⁰.

Dieser Entwicklung muss im Rahmen von angemessenen Compliance-Maßnahmen der Kunstmarktakteure aktiv Rechnung getragen werden.

Die Kunsthändler/ Kunstversteigerer müssen sich überlegen, an welcher Stelle ihr Unternehmen in besonderem Maße rechtlichen Risiken ausgesetzt sein könnte und sich fragen, ob diese Risiken zukünftig zu erheblichen finanziellen Nachteilen und Rufschäden führen könnten. Genau dafür stellt eine risikobasierte Art-Compliance das richtige und adäquate Mittel dar.

Schließlich sollten die Kunsthändler/ Kunstversteigerer aktiv durchgeführte und im Markt kommunizierte Compliance auch als Chance begreifen, einer Erosion des Vertrauens in die Kunsthandelsakteure entgegenzuwirken respektive das Vertrauen der Kunden wiederherzustellen.

⁷⁷⁰ Christopherson, in: Dempster, 2014, S. 63.

Anhang: Auswahl prominenter Skandale auf den Kunstmärkten der letzten Jahre

Die Liste der medienwirksamen Skandale auf den Kunstmärkten ist lang.⁷⁷¹ Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend nur eine kleine Auswahl dargestellt:

1. Kunstbetrug um Werke der russischen Avantgarde

Mit der Verurteilung der zwei Angeklagten durch das Landgericht Wiesbaden zu zwei Jahren und acht Monaten bzw. drei Jahren Haft ging im März 2018 eines der spektakulärsten Verfahren um den betrügerischen Verkauf gefälschter Werke der russischen Avantgarde auf den deutschen Kunstmärkten zu Ende.⁷⁷² Die Verurteilung der Angeklagten erfolgte wegen gewerbsmäßigen Betruges in drei Fällen sowie wegen Versuchs in drei Fällen. Angeklagt waren 19 Fälle des gewerbsmäßigen Betruges.

Die Angeklagten wurden bereits 2013 festgenommen und saßen seitdem in Untersuchungshaft. Die Staatsanwaltschaft beschlagnahmte damals zudem insgesamt ca. 1500 Kunstwerke, die im Verdacht standen, allesamt Fälschungen zu sein. Einer der Angeklagten hatte im Jahr 2002 das Unternehmen SNZ Galeries in Wiesbaden gegründet und Werke über in den deutschen Kunstmarkt eingespeist. Dabei versah er die Kunstwerke teilweise mit gefälschten Provenienzen. Außerdem wurden die Werke mit Expertisen des in zweifelhaftem Ruf stehenden sog. „The International Chamber of Russian Modernism“ (kurz: Incorm)⁷⁷³ versorgt, die 2007 von Kunsthistorikern und (selbsternannten) Experten für Russische Moderne gegründet und die ab 2007 von dem Unternehmen SNZ Galeries mit Geld unterstützt wurde. Bei einem Großteil der beschlagnahmten 1500 Werke konnte nicht

⁷⁷¹ Eine interessante Zusammenstellung der aktuellen internationalen Kunstmarktskandale des 21. Jahrhunderts bietet: Adam, 2017, S. 1 ff.

⁷⁷² Vgl. dazu: Koldehoff, „Avantgarde unter Verdacht“, zeit online, 21.03.2018, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2018/13/kunstbetrug-faelschungen-verkauf-landgericht-wiesbaden> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018); Söling, „Gericht verhängt Haftstrafen im Kunstfälscher-Prozess“, hessenschau.de, 15.3.2018, abrufbar unter: <http://www.hessenschau.de/panorama/gericht-verhaengt-haftstrafen-im-kunstfaelscher-prozess.urteil-kunstfaelscher-100.html> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018)

⁷⁷³ Das Incorm ist bereits im Jahr 2011 im Zusammenhang mit der Erstellung des Werkverzeichnisses von Natalia Goncharovas durch zwei Mitglieder des Incorm in große Kritik geraten, da auch Fälschungen Eingang in das Werkverzeichnis fanden (*Barbieri Childs*, „Widespread forgery of avant-garde artist exposed at Russian Art Week“, *The Art Newspaper*, 07.01.2016, abrufbar unter: <http://authenticationinart.org/pdf/artmarket/Widespread-forgery-of-avant-garde-artist-exposed-at-Russian-Art-Week-The-Art-Newspaper1.pdf> (zuletzt abgerufen: 26.03.2018)).

einwandfrei nachgewiesen werden, dass es sich dabei um Fälschungen handelt. Diese werden an die beiden Angeklagten nur wieder herausgegeben.

2. Fall „Beltracchi“

Die Affäre um die sog. „Sammlung Jäger“ des Kunstfälschers Wolfgang Beltracchi erschütterte als „Fälschungscoup des Jahrhunderts“⁷⁷⁴ bei ihrem Aufkommen die (deutschen) Kunstmärkte.

Wolfgang Beltracchi, seiner Ehefrau Helene und weiteren Komplizen gelang es wohl über Jahrzehnte, die von ihm hergestellten Fälschungen von Werken von Malern des 20. Jahrhunderts, z.B. von Max Pechstein, Heinrich Campendonk, Kees van Dongens, Max Ernst oder Fernand Légers, in den Kreislauf des Kunsthandels einzuspeisen und damit über die Jahre Millioneneinnahmen zu generieren.⁷⁷⁵

Die Kunstmarktakteure ließen sich lange täuschen.⁷⁷⁶ Im Rahmen des Falles Beltracchi stellte sich u.a. heraus, dass der Kunsthistoriker Werner Spies, der Autor des Werkverzeichnisses des Künstlers Max Ernst, sieben von Beltracchi gefälschte Werke als echt begutachtet hatte.⁷⁷⁷ Renommierete Experten nahmen die als Neu-/ Wiederentdeckungen gefeierten Stücke in die Werkverzeichnisse der jeweiligen Künstler auf. Kunsthändler sowie Auktionshäuser waren erfreut über neue Ware. Erst im Jahr 2008 flog der Schwindel auf.

⁷⁷⁴ So der Titel des Buches von Koldehoff/Timm, 2012, S. 1 ff., das sich sehr ausführlich mit dem Fall und seinen Hintergründen auseinandersetzt.

⁷⁷⁵ Hierzu ausführlich: Koldehoff/Timm, 2012, S. 1 ff., *Hufnagel/ Chappel*, in: Charney, Art Crime, S. 9 ff. m.w.N.; Zur Person des Fälschers Beltracchi: Dreier, KUR 2014, 35 ff.

⁷⁷⁶ Auch im Skandal um gefälschte Gemälde des Malers Emil Nolde, an dessen Ende die Verurteilung deutschen Geschäftsmannes im Jahr 2010 vom LG München I zu 3 Jahren und 3 Monaten Haft stand, wurden Experten getäuscht und Expertisen gefälscht und dadurch über Jahre gefälschte Nolde-Werke in die Kunstmärkte eingespeist (*Kronsteiner*, „Nolde-Fälschungen im Umlauf“, welt online, 15.03.2003, abrufbar unter: <https://www.welt.de/print-welt/article479343/Nolde-Faelschungen-im-Umlauf.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); *Krug*, „Genialer Plagiator“, SZ online, 19.05.2010, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/kunstfaelscher-urteil-genialer-plagiator-1.922743> zuletzt abgerufen am: 14.03.2018; o.V., „Nolde-Fälscher vor Gericht“, der Standard, 18.01.2004, abrufbar unter: <https://derstandard.at/1535401/Nolde-Faelscher-vor-Gericht> (23.03.2018)).

⁷⁷⁷ Siehe etwa: *Meinhof*, „Werner Spies' Rolle im Kunstfälscherskandal: Ende der Unfehlbarkeit“, SZ online, 15.06.2011, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/kultur/werner-spies-rolle-im-kunstfaelscherskandal-ende-der-unfehlbarkeit-1.1108491> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); Koldehoff/Timm, 2012, S. 131 ff.). Auch wenn die in Frankreich gegen Werner Spies und den Galeristen Jacques de la Béraudière angestrebte Klage eines geschädigten Käufers vom Berufungsgericht von Versailles abgewiesen wurde, bleibt der Ruf von Werner Spies durch den Fall Beltracchi nachhaltig beschädigt (*Grimm-Weissert*, „Fälschungsfall Beltracchi: Werner Spies kann jetzt wieder schlafen“, Handelsblatt online, 11.12.2015, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/panorama/kultur-kunstmarkt/faelschungsfall-beltracchi-werner-spies-kann-jetzt-wieder-schlafen/12710954.html>, zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

Im Oktober 2011 wurde Wolfgang Beltracchi vom Landgericht Köln schließlich zu sechs Jahren Haft verurteilt.⁷⁷⁸ Das Strafverfahren brachte keine abschließende Klärung, wie viele gefälschte Gemälde durch Beltracchi über die Jahre in den Umlauf gebracht wurden.⁷⁷⁹

⁷⁷⁸ Das Urteil war Ergebnis eines Deals zwischen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung in dessen Rahmen Beltracchi ein strafmildernd zu berücksichtigendes Geständnis hinsichtlich Taten im Zusammenhang mit vierzehn Gemälden abgelegt hat (*Hufnagel/ Chappel*, in: Charney, Art Crime, S. 9, 10 m.w.N.; *Sontheimer*, „Gutgelaunt im Gefängnis“, SPIEGEL online, 27.10.2011, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/urteil-im-kunstfaelscher-prozess-gutgelaunt-im-gefaengnis-a-794376.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018)).

⁷⁷⁹ Die Expertenmeinungen gehen bei der Frage auseinander, wie viele Fälschungen Beltracchi insgesamt in den Umlauf gebracht hat. Die Schätzungen variieren zwischen 100 und 200 Werken (Siehe etwa: *Hufnagel/ Chappel*, in: Charney, Art Crime, S. 9, 10 m.w.N.; *Sontheimer*, „Gutgelaunt im Gefängnis“, SPIEGEL online, 27.10.2011, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/urteil-im-kunstfaelscher-prozess-gutgelaunt-im-gefaengnis-a-794376.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); *Koldehoff/ Timm*, „Oh, wie schön ist Panama“, ZEIT online, 25.10.2012, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2012/44/Kunstmarkt-Faelschung-Wolfgang-Beltracchi>).

3. Niedergang der Knoedler & Co. Gallery in New York

Ein weiteres Negativbeispiel ist der Skandal um die im Jahr 1846 gegründete US-amerikanische Knoedler & Co. Gallery, vormals die traditionsreichste New Yorker Galerie, im Zusammenhang mit dem langjährigen (zwischen 1994 und 2009) Verkauf gefälschter Werke u.a. von Jackson Pollock und Mark Rothko in Höhe von ca. 60 Millionen US-Dollar.⁷⁸⁰ Der Skandal endete mit der Schließung der Galerie am 28.11.2011 und zahlreichen Schadensersatzklagen⁷⁸¹ vor New Yorker Gerichten sowie mit der strafrechtlichen⁷⁸² Verurteilung der Beteiligten.⁷⁸³

⁷⁸⁰ Ausführlich zu den Hintergründen: Adam, 2017, S. 113 ff. m.w.N.

⁷⁸¹ Z.B. die Klage der Sammler Eleanore und Domenico De Sole, die 2004 ein gefälschtes Gemälde von Mark Rothko für 8,3 Millionen US-Dollar bei der Galerie erworben haben. Sie klagten 2012 auf Schadensersatz in Höhe von 25 Millionen US-Dollar vor dem US District Court in Manhattan. Das Verfahren wurde im Februar 2016 im Rahmen eines Vergleichs beendet. Vgl. hierzu: *Kinsella*, „Knoedler Fraud Trial Settles“, artnet.com, 10.02.2016, abrufbar unter: <https://news.artnet.com/exhibitions/knoedler-forgery-trial-settles-424367> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

⁷⁸² Glafira Rosales, die die Fälschung an die damalige Leiterin der Galerie, Ann Friedmann, verkaufte, bekannte sich 2013 des Betruges, der Geldwäsche und der Steuerhinterziehung für schuldig, vgl. Pressemitteilung des Federal Bureau of Investigation, „Art Dealer Pleads Guilty in Manhattan Federal Court to \$80 Million Fake Art Scam, Money Laundering, and Tax Charges“, 16.09.2013, abrufbar unter: <https://archives.fbi.gov/archives/newyork/press-releases/2013/art-dealer-pleads-guilty-in-manhattan-federal-court-to-80-million-fake-art-scam-money-laundering-and-tax-charges> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

⁷⁸³ Vgl. Hierzu z.B.: *Miller*, „The big fake: Behind the scenes of Knoedler Gallery’s downfall“, artnews.com, 25.04.2016, abrufbar unter: <http://www.artnews.com/2016/04/25/the-big-fake-behind-the-scenes-of-knoedler-gallery-s-downfall/> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); *Boucher*, „8 Key Points to Know about the Knoedler Trial which starts today“, artnet.com, 25.01.2016, abrufbar unter: <https://news.artnet.com/market/7-things-knoedler-trial-413285> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

4. „Schwabinger Kunstfund“

Der „Schwabinger Kunstfund“ (bzw. der „Fall Gurlitt“) gilt als der spektakulärste Fall im Komplex der Raubkunst der letzten Jahre in Deutschland und fand große internationale Beachtung⁷⁸⁴. Der Fall zeigte auf, wie ungenügend dieses Kapitel der deutschen Geschichte aufgearbeitet war und weiterhin ist. Eine kurze Übersicht der Eckdaten des Falls:

Im Februar 2012 durchsuchte die Staatsanwaltschaft Augsburg im Rahmen einer hochgradig fragwürdigen Aktion die Wohnung des Cornelius Gurlitt und beschlagnahmte dort 1280 Kunstwerke.⁷⁸⁵ Die Beschlagnahme wurde im November 2013 schließlich pressebekannt.⁷⁸⁶ Im Februar 2014 wurden weitere Kunstwerke in Gurlitts Haus in Salzburg beschlagnahmt. Cornelius Gurlitt starb im Mai 2014 und hinterließ die gesamte Sammlung, die von der Staatsanwaltschaft Augsburg bis dahin wieder freigegeben worden war, gemäß Testament dem Kunstmuseum Bern, das Anfang 2015 auch gerichtlich als Erbe bestätigt wurde.⁷⁸⁷

Im November 2013 wurde zur Aufarbeitung des Falls die „Taskforce Schwabinger Kunstfund“⁷⁸⁸ unter der Leitung von Ingeborg Berggreen-Merkel gegründet, die im Januar 2016 ihren – in der Öffentlichkeit stark kritisierten – Abschlussbericht veröffentlichte.⁷⁸⁹ Von 499 dem Verdacht der Raubkunst unterliegenden Kunstwerken, konnte die Taskforce nur bei 11 Fällen die Provenienz zweifelsfrei klären und bei 4 von den Kunstwerken einen

⁷⁸⁴ Z.B. Eddy, „Few Answers on True Owners of Art Found in Gurlitt Trove“, NY Times, abrufbar unter: https://www.nytimes.com/2016/01/15/world/europe/gurlitt-art-collection-germany.html?_r=0 (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

⁷⁸⁵ O.V., „Was passierte wann im Fall Gurlitt“, SZ online, 24.11.2014, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/kultur/chronologie-was-passierte-wann-im-fall-gurlitt-1.2235092> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

⁷⁸⁶ Ibid.

⁷⁸⁷ Dpa, „Kunstmuseum Bern ist rechtmäßiger Erbe“, FAZ online, 26.03.2015, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunst/der-fall-gurlitt/fall-gurlitt-kunstmuseum-bern-ist-rechtmassiger-erbe-13507843.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

⁷⁸⁸ Vgl. zur Chronologie, den Hintergründen und der Aufarbeitung des Schwabinger Kunstfonds den Internetauftritt der „Taskforce Schwabinger Kunstfund“, die zur Aufarbeitung des Falls Gurlitt gegründet wurde: <http://www.taskforce-kunstfund.de/aktuell.htm> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018; die Seite wird seit dem 18.01.2016 nicht mehr aktualisiert).

⁷⁸⁹ Sontheimer, „Etikettenschwindel“, Spiegel online, 14.01.2016 abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/schwabinger-kunstfund-gurlitt-taskforce-zieht-bilanz-a-1072076.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

verfolgungsbedingten Entzug feststellen.⁷⁹⁰ Diese Kunstwerke wurden an die Erben der einstigen jüdischen Eigentümer restituiert.⁷⁹¹

⁷⁹⁰ Ibid.

⁷⁹¹ Ibid.

5. Fall „Achenbach“

Am 16.03.2015 wurde der Kunstberater Helge Achenbach vom Landgericht Essen⁷⁹² zu 6 Jahren Gefängnis u.a. wegen Betruges in 18 Fällen verurteilt. Das Urteil wurde später vom BGH bestätigt.⁷⁹³

Achenbach hatte als Kunstberater über Jahre für reiche Kunden Kunst und Oldtimer gekauft und diese dabei durch geheime Preisauflschläge und gefälschte Rechnungen um ca. 23 Millionen Euro betrogen.⁷⁹⁴

Die Schadenersatzklagen der Geschädigten, darunter die Witwe des verstorbenen Aldi-Gründers Berthold Albrecht, Babette Albrecht, beschäftigen weiterhin die deutschen Gerichte.⁷⁹⁵

⁷⁹² LG Essen, Urteil vom 16.03.15, Az. 56 KLS 10/14.

⁷⁹³ BGH, Beschluss vom 28.04.16, Az. 4 StR 317/15.

⁷⁹⁴ Hülsmeier, „Das Geschäft der Kunstberater“, manager-magazin.de, 05.07.2014, abrufbar unter: <http://www.manager-magazin.de/lifestyle/leute/zum-fall-helge-achenbach-das-geschaefit-der-kunstberater-a-979157.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); Elmenhorst, Handelsblatt, 27./28./29.06.2014, S. 64, 65; Karich, „Wie man 23 Millionen Euro am Kopierer verdient“, welt.de, 17.02.2015, abrufbar unter: <https://www.welt.de/kultur/kunst-und-architektur/article137541392/Wie-man-23-Millionen-Euro-am-Kopierer-verdient.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

⁷⁹⁵ Z.B. Barth, „Urteil kassiert: Teilsieg gegen Aldi-Erben für Kunsthändler Achenbach und Mütze Korsch“, juve.de, 08.04.2016, abrufbar unter: <http://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2016/04/schadenersatz-urteil-kassiert-teilsieg-gegen-aldi-erben-fuer-kunsthändler-achenbach-und-muetze-korsch> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); dpa, „Achenbach erneut zu Millionen-Schadenersatz verurteilt“, 20.06.2017, abrufbar unter: <https://www.monopol-magazin.de/achenbach-erneut-zu-millionen-schadenersatz-verurteilt> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

6. Fall „1 Malaysia Development Bhd. (1MDB)“

Ein prominentes Beispiel, bei dem Kunstgegenstände mit Geldern aus illegalen Quellen angeschafft wurden, um das Geld in den legalen Geldkreislauf einzuspeisen, d.h. zu waschen, stellt der Skandal um den malaysischen Investor und angeblichen Milliardär Jho Low aus dem Frühjahr 2016 dar.⁷⁹⁶ Es stellte sich heraus, dass er mit Komplizen aus dem inneren Kreis des malaysischen Premierministers Najib Razak ab dem Jahr 2013 Gelder aus dem malaysischen Staatsfond „1 Malaysia Development Bhd. (1MDB)“ abgezweigt und u.a. durch umfangreiche Kunstkäufe gewaschen hat.⁷⁹⁷ Die Gesamtsumme der erworbenen Kunstwerke, die vorwiegend im Zollfreilager in Genf gelagert wurden, wird auf eine Viertel-Milliarde US-Dollar geschätzt.⁷⁹⁸

⁷⁹⁶ Vgl. hierzu: *Koldehoff*, „Kunst einkaufen wie Herr Low“, FAZ online, 04.08.2016, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunstmarkt/geldwaesche-skandal-in-malaysia-kunst-kaufen-wie-jho-low-14363252.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); *Wright/Hope*, „Malaysia Prime Minister’s Confidant Had Central Role at Troubled 1MDB Fund“, WSJ online, 19.04.2016, abrufbar unter: <http://www.wsj.com/articles/confidant-of-malaysia-prime-minister-had-central-role-at-troubled-fund-1461028765> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); Adam, 2017, S. 188 ff. m.w.N.

⁷⁹⁷ Ibid.

⁷⁹⁸ Ibid.

7. Skandal um Geschäftspraktiken des Larry Gagosian

Zudem sorgen die Geschäftspraktiken Larry Gagosians, des mächtigsten Kunsthändlers der Welt⁷⁹⁹, regelmäßig für Kopfschütteln. In einem Verfahren⁸⁰⁰ vor einem New Yorker Gericht wurde Larry Gagosian am 4.10.2012 zu seinen Geschäftspraktiken befragt. Er stellte fest, dass es für ihn normal sei, bei Kommissionsgeschäften ohne deren Wissen gleichzeitig den Verkäufer und den Käufer eines Gemäldes zu vertreten.⁸⁰¹ Loyalität gegenüber dem Verkäufer kenne er dabei nicht.⁸⁰²

⁷⁹⁹ Das Netz seiner Gagosian Gallery mit Hauptsitz in der Madison Avenue in New York umspannt mit seinen derzeit 12 Dependancen die gesamte Welt. Das Wirtschaftsmagazin „Forbes“ schätzt den jährlichen Umsatz der Galerie auf circa 925 Millionen US-Dollar. Die „Megagallery“ erwirtschaftet ihn durch den weltweiten Handel mit Werken von Künstlern wie Andy Warhol, Roy Lichtenstein, Yves Klein, Jackson Pollock, Francis Bacon und Pablo Picasso. Sie vertritt namhafte zeitgenössische Künstler wie Takashi Murakami, Andreas Gursky, Ed Ruscha, Anselm Kiefer und Georg Baselitz (vgl. *Ackermann*, „Galeristen-König verhält sich wie Schulhof-Rowdy“, welt.de, 05.02.2013, abrufbar unter: <https://www.welt.de/kultur/kunst-und-architektur/article113386596/Galeristen-Koenig-verhaelt-sich-wie-Schulhof-Rowdy.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018)).

⁸⁰⁰ In dem Zivilprozess warf die Klägerin der Gagosian Gallery unter anderem die eklatante Verletzung der von der Galerie gegenüber Kunden einzuhaltenden Treuhänderpflichten und ungerechtfertigte Bereicherung vor. Es ging dabei um den Verkauf eines Gemäldes von Roy Lichtenstein („Girl in Mirror“, 1964) durch die Gagosian Gallery, New York, im Sommer 2009. Bei Abwicklung des Verkaufs soll eine Mitarbeiterin der Galerie den späteren Käufer aufgefordert haben, ein möglichst niedriges Kaufpreisangebot für das Gemälde zu unterbreiten. Man verriet dem potentiellen Käufer, dass finanzielle Schwierigkeiten den Verkäufer auch zu der Annahme eines niedrigen Kaufangebotes bewegen würden. Der Verkauf des Gemäldes soll sodann weit unter Marktwert für 2 Millionen US-Dollar erfolgt sein, während die Gagosian Gallery aus dem Verkauf eine Kommissionsgebühr von 1 Millionen US-Dollar schöpfte. Zudem soll der Verkauf ohne Wissen und Genehmigung der Klägerin und eigentlichen Eigentümerin des Gemäldes stattgefunden haben. Eingeliefert wurde das Gemälde im Jahr 2008 nämlich durch den Sohn der Klägerin, Charles Cowles, ohne Wissen der Mutter. Die Gagosian Gallery unterließ es schlichtweg, sich über die Eigentumsverhältnisse zu informieren. (*Kennedy*, „Gagosian Suit Offers Rare Look at Art Dealing“, nytimes.com, 07.11.2012, abrufbar unter: <https://artsbeat.blogs.nytimes.com/2012/11/07/gagosian-suit-offers-rare-look-at-art-dealing/?r=0> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); *Kennedy*, „Gagosian Gallery Settles Suit Filed Over Lichtenstein Painting“, nytimes.com, 14.03.2013, abrufbar unter: <https://artsbeat.blogs.nytimes.com/2013/03/14/gagosian-gallery-settles-suit-filed-over-lichtenstein-painting/> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018)).

⁸⁰¹ Vgl. hierzu: *Timm*, „Ich weiß nicht, was ‚loyal‘ heißt“, zeit.de, 15.11.2012, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2012/47/Kunstmarkt-Galerist-Larry-Gagosian> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

⁸⁰² Ibid.

8. Bouvier ./ Rybolowlew

Yves Bouvier ist Chef des Genfer Unternehmens Natural Le Coultre, das u.a. auf Kunstlogistik spezialisiert ist, und als solcher Gründer des Singapurischer Zollfreilagers Singapore Freeport im Jahr 2010 und des Luxemburgers Zollfreilager Le Freeport im Jahr 2014. Bouvier soll bei der Vermittlung von 37 Kunstwerken in den Jahren 2003 bis 2014 an den russischen Unternehmer Dmitri Rybolowlew heimliche Preisaufschläge von insgesamt bis zu 1 Milliarde Euro vorgenommen und diese als Provisionen behalten haben.⁸⁰³ Rybolowlew klagte gegen Bouvier in vier verschiedenen Jurisdiktionen (Monaco, Singapur, Frankreich, Schweiz). So hat die Staatsanwaltschaft von Monaco gegen den früheren Betreiber des Genfer Zollfreilagers Yves Bouvier Anklage erhoben wegen des Verdachts des Betruges sowie der Beihilfe zur Geldwäsche.⁸⁰⁴ Die Pariser Justiz ermittelt gegen Bouvier in einer anderen Sache wegen des Verdachts des Diebstahls bzw. der Hehlerei.⁸⁰⁵ Yves Bouvier wurde im Zuge der Skandale in der Leitung des Genfer Zolllagers durch David Hiler, ehemaliger Finanzdirektor des Kantons Genf, ersetzt.⁸⁰⁶

⁸⁰³ *Grimm-Weissert*, „Die 1000 Rollen des Spediteurs“, Handelsblatt online, 15.06.2015, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/panorama/kultur-kunstmarkt/kriminalfall-rybolowlew-die-1000-rollen-des-spediteurs/11907188.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); *Cascone*, „Arrest of Swiss Freeport Owner Yves Bouvier Over Art Fraud Ring Rocks Art World“, artnet.com, 27.02.2015, abrufbar unter: <https://news.artnet.com/art-world/arrest-of-swiss-freeport-owner-yves-bouvier-over-art-fraud-ring-rocks-art-world-270540> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018). *Sussman*, „In Bouvier Affair’s Latest Twist, Court Halts Lawsuit in Singapore“, artsy.net, 18.04.2017, abrufbar unter: <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-bouvier-affairs-latest-twist-court-halts-lawsuit-singapore> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); einen Überblick zu den rechtlichen Auseinandersetzungen: Adam, 2017, S. 168 ff. m.w.N.

⁸⁰⁴ Ibid.

⁸⁰⁵ Bouvier soll Kunstobjekte, die Picassos Stieftochter Catherine Hutin-Blay bei Bouviers Unternehmen Natural Le Coultre eingelagert hatte, ohne ihr Einverständnis an Dmitri Rybolovlev verkauft haben. Hutin-Blay erstattete im März 2015 Strafanzeige, woraufhin ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde (siehe hierzu: o.V., „Yves Bouvier zu hoher Kautionsverdonnert“, NZZ online, 15.09.2015, abrufbar unter: <http://www.nzz.ch/panorama/ungluecksfaelle-und-verbrechen/yves-bouvier-zu-hoher-kaution-verdonnert-1.18613761> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); *Altwegg*, „Klagen in Monaco und Paris“, FAZ online, 01.10.2015, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunstmarkt/rechtsstreit-zwischen-bouvier-und-rybolovlev-klagen-in-monaco-und-paris-13823543.html> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

⁸⁰⁶ *Cascone*, „Accused of Art Fraud, Yves Bouvier Steps Down From Le Freeport“, artnet.com, 13.04.2015, abrufbar unter: <https://news.artnet.com/art-world/yves-bouvier-steps-down-at-le-freeport-287388> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

9. Skandal um Zollfreilager

Nicht zuletzt durch die Skandale um den Freeport-Betreiber Yves Bouvier sind die in der Kunstwelt beliebten Zollfreilager in Verruf gekommen.⁸⁰⁷ In den Fokus kam insbesondere das Genfer Zollfreilager⁸⁰⁸, das dem Vorwurf gegenüber stand, als Lagerplatz für Kunstwerke illegaler Herkunft und als Schauplatz für Geldwäsche und Steuerhinterziehung zu dienen.⁸⁰⁹

Schließlich durchsuchte die Schweizer Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit den Enthüllungen der sog. *Panama Papers*⁸¹⁰ das Genfer Zollfreilager. Bei den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft ging es um den Verbleib des Werkes „homme assis“ („sitzender Mann“) des Künstlers Amedeo Modigliani, dessen Restitution der Erbe eines jüdischen Kunstsammlers aus Paris seit 2011 vor New Yorker Gerichten durchzusetzen versucht.⁸¹¹ Im

⁸⁰⁷ In den vergangenen Jahrzehnten nutzten Kunstmarktakteure sog. Zolllager (auch Zollfreilager bzw. Freeports genannt), die grundsätzlich der steuer- und zollneutralen Zwischenlagerung von Waren bis zu deren Weiterlieferung zur finalen Destination dienen, von Kunstmarktakteure mehr und mehr dazu genutzt, Kunst längerfristig sicher und steuerfrei zu lagern.

⁸⁰⁸ Nach Angaben von SZ online zum Genfer Freeport sollen darin allein 1,2 Millionen Kunstwerke und drei Millionen Flaschen Wein liegen (Obermaier, „Nazi-Raubkunst: Staatsanwaltschaft durchsucht Genfer Zollfreilager“, SZ online, 10.04.2016, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/kultur/kunsthandel-auf-der-suche-nach-nazi-raubkunst-staatsanwaltschaft-durchsucht-genfer-zollfreilager-1.2942729> (zuletzt abgerufen: 18.03.2018)); zu den Skandalen zum Genfer Freeport: Miller, „Art Collectors Quit Scandal-Hit Geneva“, Bloomberg.com, 29.04.2016, abrufbar unter: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-04-29/art-collectors-start-to-quit-geneva-as-scandals-dent-reputation> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018); Neuendorf, artnet.com, 19.11.2015, abrufbar unter: <https://news.artnet.com/market/switzerland-freeport-regulations-367361> (zuletzt abgerufen: 23.03.2018).

⁸⁰⁹ Bowley/ Carvajal, „One of the World’s Greatest Art Collections Hides Behind This Fence“, NY Times online, 28.05.2016, abrufbar unter: http://www.nytimes.com/2016/05/29/arts/design/one-of-the-worlds-greatest-art-collections-hides-behind-this-fence.html?_r=0 (zuletzt abgerufen: 18.03.2018); Kucera, „Das Genfer Zollfreilager geht in die Offensive“, NZZ online, 22.4.2016, abrufbar unter: <http://www.nzz.ch/schweiz/raubkunst-und-schmuggelware-das-genfer-zollfreilager-geht-in-die-offensive-ld.15438> (zuletzt abgerufen: 18.03.2018); Woeller, „Grauzone zum Weißwaschen von Schwarzgeld?“, welt.de, 12.07.2015, abrufbar unter: <http://www.welt.de/kultur/kunst-und-architektur/article143858173/Grauzone-zum-Weisswaschen-von-Schwarzgeld.html> (zuletzt abgerufen: 18.03.2018).

⁸¹⁰ Langhans/ Obermaier/ Obermayer/ Vahland, SZ Panama Papers, „Panama Painting“, 2016, abrufbar unter: <http://panamapapers.sueddeutsche.de/articles/5707cc2ca1bb8d3c3495b932/> (zuletzt abgerufen: 18.03.2018).

⁸¹¹ Vgl. hierzu ausführlich: Carvajal, „Estate Sues Nahmad Gallery Network for Modigliani Portrait“, NY Times online, 24.11.2015, abrufbar unter: http://www.nytimes.com/2015/11/25/arts/design/estate-sues-nahmad-gallery-network-for-modigliani-portrait.html?_r=0 (zuletzt abgerufen: 18.03.2018); Kinsella/ Viveros-Faune, „Newly-Revealed Documents Show Sotheby’s Contacted Helly Nahmad About Modigliani Claim“, artnet.com, 16.05.2016, abrufbar unter: <https://news.artnet.com/market/documents-show-sothebys-contacted-helly-nahmad-about-modigliani-claim-495047> (zuletzt abgerufen: 18.03.2018); Langhans/ Obermaier/ Obermayer/ Vahland, SZ Panama Papers, „Panama Painting“, 2016, abrufbar unter: <http://panamapapers.sueddeutsche.de/articles/5707cc2ca1bb8d3c3495b932/> (zuletzt abgerufen: 18.03.2018); Obermaier, „Nazi-Raubkunst: Staatsanwaltschaft durchsucht Genfer Zollfreilager“, SZ online, 10.04.2016, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/kultur/kunsthandel-auf-der-suche-nach-nazi-raubkunst-staatsanwaltschaft-durchsucht-genfer-zollfreilager-1.2942729> (zuletzt abgerufen: 18.03.2018); Abrams,

November 2015 reichte der in Frankreich lebende Erbe des jüdischen Kunsthändlers Oscar Stettiner, Philippe Maestracci, Klage beim New York State Supreme Court gegen die Helly Nahmad Gallery auf Herausgabe des Modigliani Werkes ein (Verfahren „Philippe Maestracci vs. Helly Nahmad Gallery Inc“). Es wird vorgebracht, dass das Werk vormals Oscar Stettiner gehörte und von den Nazis 1944 zwangsversteigert wurde. Oscar Stettiner habe sich nach Ende des Krieges erfolglos um Restitution bemüht, das Werk galt jedoch lange als verschollen. 1996 wurde es in einer Auktion bei Christies an einen anonymen Käufer verkauft, wie sich später herausstellt an die International Art Center S.A. mit Sitz in Panama, die das Objekt wohl über die Jahre im Genfer Zollfreilager lagerte. Im Rahmen der Enthüllung der *Panama Papers* stellte sich heraus, dass hinter der panamesischen Firma die Nahmad Familie steht, die als mächtigste Käufermacht auf den Kunstmärkten gilt. Vor dem New Yorker Gericht hatten die Nahmads 2011 noch argumentiert, dass die Helly Nahmad Gallery nicht Eigentümer des Objekts sei, sondern allein die International Art Center S.A., zu der keine Verbindung bestehe. Der Rechtsstreit dauert an.

„Prosecutors Raid Geneva Freeport in Search of David Nahmad’s Modigliani Painting“, artnet.com, 11.04.2016, abrufbar unter: <https://news.artnet.com/art-world/raid-freeport-geneva-nahmad-modigliani-470591> (zuletzt abgerufen: 18.03.2018).

Literaturverzeichnis

- Adam, G. (2017). *Dark side of the boom - The Excess of the Art Market in the 21st Century*. London: Lund Humphries.
- Altmeppen, H. (2016). Haftung für Delikte "aus den Unternehmen", dargestellt am Fall "Dieselgate". *ZIP*, S. 97-103.
- Armbrüster, C. (2001). Privatrechtliche Ansprüche auf Rückführung von Kulturgütern ins Ausland. *NJW*, S. 3581-3587.
- Bamberger, H. G., & Roth, H. (Hrsg.). (2016). *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (40. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Baumbach, A., & Hopt, K. J. (Hrsg.). (2016). *Handelsgesetzbuch Beck'sche Kurzkommentare* (37. Ausg., Bd. 9). München: C.H. Beck.
- Bay, K.-C., & Hastenrath, K. (Hrsg.). (2014). *Compliance-Management-Systeme: Praxiserprobte Elemente, Prozesse und Tools*. München: C.H. Beck.
- Becker, W. (Hrsg.). (2011). *Deloitte Mittelstandsinstitut: Compliance-Management im Mittelstand*. Bamberg: Otto-Friedrich-Universität Bamberg.
- Beckmann, R. M. (2013). Katalogangaben als Beschaffenheitsvereinbarung. *KUR*, S. 57-63.
- Berger, C. (2003). Kaufrechtliche Mängelrechte und Kunsthandel. *KUR*, S. 137-144.
- Bergles, S., & Eul, H. (2003). Warndateien für international agierende Banken - vereinbar mit Datenschutz und Bankgeheimnis? *BKR*, S. 273-280.
- Bernhard, E. M. (2005). *Kunst als Kapitalanlage* (1. Ausg.). Wiesbaden: Deutscher Universitäten-Verlag.
- Bischoff, F. (2012). *Die Kunstmärkte: Funktionsweise und kartellrechtliche Probleme (Diss.)*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- BKM. (2017). *Das neue Kulturgutschutzgesetz - Handreichung für die Praxis*. Die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien (BKM).

- Boll, D. (2005). *Der Kampf um die Kunst: Handel und Auktionen positionieren sich am Kunstmarkt*. Halle/S.: druckfabrik halle.
- Böttcher, L. (2011). Compliance: Der IDW PS 980 - Keine Lösung für alle (Haftungs-)Fälle. *NZG*, S. 1054-1058.
- Braun, J. (1998). Anmerkung zu OLG Zweibrücken, Urteil vom 07.05.1997, Az. 6 U 8/96. *JZ*, S. 196-199.
- Braunfels, F. (1994). *Die Haftung für Fehler und zugesicherte Eigenschaften bei Kunstauktionen: Ein Beitrag zur Rechtsstellung des Ersteigerers beim Erwerb unechter Kunstgegenständen*. München: V. Florentz GmbH.
- Braunschmidt, F. (2012). *Die Versteigerungsbedingungen bei öffentlichen Kunstauktionen*. Köln: Josef Eul Verlag GmbH.
- Braunschmidt, F. (2013). Rechtsfolgen unzutreffender Katalogangaben bei Kunstauktionskäufen. *NJW*, S. 734-739.
- Brenner, K. (2004). Das Bruttoprinzip gilt für den Einzeltäter und für Unternehmen, nicht nur für den unschuldigen Täter oder Dritten. *NStZ*, S. 256-259.
- Brettel, H., & Thomas, S. (2016). *Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Brudermüller, G., Ellenberger, J., & Götz, I. (2018). *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (77. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Bürkle, J. (Hrsg.). (2015). *Compliance in Versicherungsunternehmen: Rechtliche Anforderungen und praktische Umsetzung* (2 Ausg.). München: C.H. Beck.
- Bürkle, J., & Hauschka, C. E. (Hrsg.). (2015). *Der Compliance Officer Handbuch in eigener Sache*. München: C.H. Beck.
- Büscher, W. (Hrsg.). (2014). *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*. München: C.H. Beck.

- Busekist, K. v., & Hein, O. (2012). Der IDW PS 980 und die allgemeinen rechtlichen Mindestanforderungen an ein wirksames Compliance Management System (1) - Grundlagen, Kultur und Ziele. *CZZ*, S. 41-48.
- Busekist, K. v., & Schlitt, C. (2012). Der IDW PS 980 und die allgemeinen rechtlichen Mindestanforderungen an ein wirksames Compliance Management System (2) - Risikoermittlungspflicht. *CCZ*, S. 86-95.
- Canaris, C.-W. (2003). Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf. *JZ*, S. 831-838.
- Charney, N. (2016). *Art Crime: Terrorists, Tomb Raiders, Forgers and Thieves*. New York: Palgrave MacMillan.
- Christophersen, D. (1995). *Umfeldanalyse von Kunsthandels- und Kunstauktionsunternehmen: Ein Beitrag zur Ökonomie des Kunstmarktes*. Köln: Josef Eul Verlag GmbH.
- Dann, M., & Mengel, A. (2010). Tanz auf einem Pulverfass – oder: Wie gefährlich leben Compliance-Beauftragte? *NJW*, S. 3265-3269.
- Davydov, D., & Spennemann, J. (Hrsg.). (2017). *Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege*. München: C.H. Beck.
- De Sanctis, F. M. (2013). *Money Laundering through Art: A Criminal Justice Perspective*. Sao Paulo: Springer International Publishing Switzerland.
- Deister, J. (2011). Der UK Bribery Act 2010 und seine Auswirkung auf deutsche Unternehmen. *CCZ*, S. 12-18.
- Deloitte Luxembourg and ArtTactic. (2016). *Art & Finance Report 2016*.
- Deloitte Luxembourg and ArtTactic. (2017). *Art & Finance Report 2017* (5. Ausg.). Luxemburg.
- Dempster, A. M. (Hrsg.). (2014). *Risk and Uncertainty in the Art World*. London: Bloomsbury.

- Dreier, T. (2014). Die Moral des Fälschers – Beltracchi. *KUR*, S. 35-39.
- Drey, P. (1910). *Der Kunstmarkt, Eine Studie über die wirtschaftliche Verwertung des Bildes*. Stuttgart: Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft.
- Ebersoll, M., & Stork, F. (2013). Smart Risk Assessment: Mehr Effizienz durch Screening. *CCZ*, S. 129-137.
- Elmenhorst, L., & Decker, P. (2012). Sorgfaltsstandards für Auktionshäuser bei der Echtheitsprüfung von Kunstwerken für Versteigerungen. Zugleich Besprechung von LG Köln, Urt. v. 28. 9. 2012 – 2 O 457/08 – Campendonk. *GRUR-RR*, S. 417-419.
- Elmenhorst, L., & Heimann, L. (2016). Die Neuregelung des Kulturgutschutzrechts - Überblick über die Grundstrukturen des KGSG. *NJW*, S. 3398-3404.
- Elmenhorst, L., & Strobl, H. (2017). Anmerkung zur Entscheidung des OLG Nürnberg vom 6.9.2017 - 12 U 2086/15. *KUR*, S. 158-159.
- Elmenhorst, L., & Wiese, V. (Hrsg.). (2018). *Kulturgutschutzgesetz: KGSG*. München: C.H. Beck.
- Engels, K., & Löhr, D. (2015). Stellungnahme des Bundesverbandes deutscher Kunstversteigerer e.V.– vom 16. Oktober 2015 zum Beitrag „Die Datenbank kritischer Werke im Lichte des. *KUR*, S. 141.
- Eser, A., Perron, W., & al., e. (Hrsg.). (2014). *Schönke/ Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Flume, W. (1991). Der Kauf von Kunstgegenständen und die Urheberschaft des Kunstwerks. *JZ*, S. 633-638.
- Frey, N. (2011). *Betriebswirtschaftliche Kunstbewertung* (1. Ausg.). Wiesbaden.
- Garbers-von Boehm, K. (2013). Erwerbsumstände bei Privatkauf eines Kunstwerks, Praxishinweis zu OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.10.2013, Az. 17 U 8/13. *GRUR-Prax*, S. 505-506.
- Garbers-von Boehm, K. (2013). Neue Maßstäbe beim Kunstkauf? *GRUR-Prax*, S. 507-509.

- Genieva, E. J., Michaletz, C., & Werner, O. (Hrsg.). (2001). *Gesten des guten Willens und Gesetzgebung: Dokumentation der internationalen Konferenz zur Problematik kriegsbedingt verlagter Kulturgüter Moskau, 24. und 25. April 2001*. Berlin, Moskau: Arno Spitz GmbH; Rudomino.
- Gerstenblith, P. (1988). Picture Imperfect: Attempted Regulation of the Art Market. *William and Mary Law Review*, S. 501-566.
- Goepfert, A. (1991). *Haftungsprobleme im Kunst- und Auktionshandel*. Berlin: Duncker & Humblot GmbH.
- Gola, P., Klug, C., Körffer, B., & Schomerus, R. (Hrsg.). (2015). *BDSG Bundesdatenschutzgesetz Kommentar (12. Ausg.)*. München: C.H. Beck.
- Graf, J.-P. (Hrsg.). (2016). *Beck'scher Online-Kommentar OWiG (13. Ausg.)*. München: C.H. Beck.
- Griebel, T. (2012). Der Makler als „Hilfssheriff“ im Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung – Das neue „Geldwäschepräventions-Optimierungsgesetz“. *NZM*, S. 481-487.
- Gröschler, P. (2005). Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem Kaufrecht. *NJW*, S. 1601-1604.
- Großgerge, J. N. (2013). *Beschränkungen der Verkäuferhaftung für Sachmängel im Kunst- und Kunstauktionshandel*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- Grunewald, B. (1982). Zur Haftung von Fachleuten im Zivilrechtsverkehr. *JZ*, S. 627-632.
- Grützner, T., & Jakob, A. (Hrsg.). (2015). *Compliance von A-Z (2. Ausg.)*. München: C.H. Beck.
- Hartung, H. (2005). *Kunstraub in Krieg und Verfolgung*. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH.
- Hasler, J. (2014). What is due diligence? Making the case for a more responsible art market. *KUR*, S. 157-159.

- Hauschka, C. (2004). Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: Eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management? *NJW*, S. 257-261.
- Hauschka, C. E., Galster, W., & Marschlich, A. (2014). Leitlinien für die Tätigkeit in der Compliance-Funktion im Unternehmen (für Compliance Officer außerhalb regulierter Sektoren). *CCZ*, S. 242-248.
- Hauschka, C. E., Moosmayer, K., & Lösler, T. (Hrsg.). (2016). *Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen* (3. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Hausmann, A. v. (2014). *Handbuch Kunstmarkt Akteure, Management und Vermittlung*. Bielefeld: Transcript.
- Heinbuch, H. (1984). Kunsthandel und Kundenschutz. *NJW*, S. 15-22.
- Heintschel-Heinegg, B. v. (Hrsg.). (2016). *Beck'scher Online Kommentar StGB*. München: C.H. Beck.
- Herchenröder, C. (1979). *Die Kunstmärkte: Sammelgebiete - Museumspolitik - Auktionsstrategien - Messenmärkte - Die großen Sammler - Fälschungen - Wert der Expertise*. Düsseldorf: Econ Verlag GmbH.
- Herchenröder, C. (2000). *Kunstmärkte im Wandel: Vom Jahrzehnt des Umbruchs in der Gegenwart*. Düsseldorf: Verlag Wirtschaft und Finanzen, Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH.
- Herzog, F., Achtelik, O., & Warius, S. (Hrsg.). (2014). *Geldwäschegesetz (GwG)* (2. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Herzog, R., Scholz, R., Herdegen, M., & Klein, H. H. (Hrsg.). (2017). *Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar* (81. Ergänzungslieferung Ausg., Bd. 1). München: C.H. Beck.
- Heuer, C.-H. (1995). Die Bewertung von Kunstgegenständen. *DStR*, S. 438-443.
- Heuer, C.-H. (1999). Die Kunstraubzüge der Nationalsozialisten und ihre Rückabwicklung. *NJW*, S. 2558-2564.

- Heybrock, H. (2011). *Praxisratgeber Compliance*. Mering: Rainer Hampp Verlag.
- Heyers, J. (2012). Gewährleistung und Gewährleistungsausschluss im Kunstauktionshandel. *GRUR*, S. 1206-1211.
- Jacobs, R. (2013). Kunstfälschungen. *GRUR*, S. 8-14.
- Jaquet, C. (1962). *Werte und Preise auf dem Weltmarkt neuzeitlicher Kunst*. Winterthur: Verlag P.G. Keller.
- Jerger, C., & Graf Wolffskeel v. Reichenberg, L. (2015). Das Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz durch Verjährung und seine Konsequenzen am Beispiel der Raubkunst. *GWR*, S. 265-272.
- Joecks, W., & Miebach, K. (Hrsg.). (2017). *Münchener Kommentar zum StGB* (3. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Joost, D., & Strohn, L. (Hrsg.). (2014). *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch* (3. Ausg., Bd. 1). München: C.H. BECK / Verlag Franz Vahlen.
- Kähler, L. (2015). Vom bleibenden Wert des Eigentums nach der Verjährung des Herausgabeanspruchs. *NJW*, S. 1041-1046.
- Kiechle, F. (2011). Kunst und Restitution: Zu einigen Aspekten des rechtlichen Umgangs mit Kunst und des künstlerischen Umgangs mit Recht. *NJOZ*, S. 193-205.
- Klindt, T., Pelz, C., & Theusinger, I. (2010). Compliance im Spiegel der Rechtsprechung. *NJW*, S. 2385-2391.
- Knöpfle, R. (1991). Liegt ein Rechtsmangel vor, wenn der Verkäufer dem Käufer das Eigentum nicht verschafft hat? *NJW*, S. 889-890.
- Koldehoff, S., & Timm, T. (2012). *Falsche Bilder Echtes Geld: Der Fälschungscoup des Jahrhunderts - und wer alles daran verdiente* (2. Ausg.). Berlin: Verlag Galiani Berlin.
- Kraft, O., & Winkler, K. (2009). Zur Garantenstellung des Compliance-Officers – Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel? *CCZ*, S. 29-33.

- Krenberger, B., & Krumm, C. (Hrsg.). (2016). *Bohnert Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar* (4. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Kresse, B. (2014). *Die Auktion als Wettbewerbsverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Krumm, C. (2011). Gewinnabschöpfung durch Geldbuße. *NJW*, S. 196-197.
- Kühl, K., & Heger, M. (Hrsg.). (2014). *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar* (28. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Laue, J. C., Hartke, J., & Wedemeier, J. (2014). Ressourcefresser Compliance? - Es geht auch anders! *Controlling&Compliance Review*, S. 44-52.
- Laufhütte, W., Rissing-van Saan, R., & Tiedemann, K. (Hrsg.). (2010). *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch* (12. Ausg., Bd. 8). Walter de Gruyter.
- Lillteicher, J. (2007). *Raub, Recht und Restitution*. Göttingen: Wallstein Verlag.
- Locher, H. (1970). *Das Recht der bildenden Kunst*. München: Verlag Karl Thiemig KG.
- Löffler, J. (1993). Künstlersignatur und Kunstfälschung - Zugleich ein Beitrag zur Funktion des § 107 UrhG. *NJW*, S. 1421-1429.
- Löhr, D. (2006). Verhaltenskodex für Kunstversteigerer. *KUR*, S. 154-157.
- Lösler, T. (2005). Das moderne Verständnis von Compliance im Finanzmarktrecht. *NZG*, S. 104-108.
- Lynen, P. M. (2013). *Kunst- und Kulturmanagement - Kunstrecht 2: Schwerpunkte des Kunstgewährleistungsrechts* (Bd. 2). (A. Hausmann, Hrsg.) Wiesbaden: Springer VS.
- Maier-Reimer, G. (2007). Schutzgesetze - Verhaltensnormen, Sanktionen und ihr Adressat. *NJW*, S. 3157-3162.
- Mangold, S. (2009). *Verbraucherschutz und Kunstkauf im deutschen und europäischen Recht*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.

- Marcks, P., Neumann, D., Bleutge, P., Fuchs, B., & al., e. (Hrsg.). (2017). *Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften: Gewerbeordnung Kommentar* (77. Ergänzungslieferung Ausg., Bd. 1). München: C.H. Beck.
- Martinek. (2010). *Handbuch des Vertriebsrechts*. (M. Martinek, F.-J. Semler, S. Habermeier, & E. Flor, Hrsg.) München: C.H. Beck.
- Martinek, M., Semler, F.-J., & Flor, E. (Hrsg.). (2016). *Handbuch des Vertriebsrechts* (4. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Mitsch, W. (Hrsg.). (2018). *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (5. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Montag, P. (2016). *Risikomanagement und Compliance im Mittelstand*. Bamberg: Erich Schmidt Verlag.
- Moosmayer, K. (2012). Modethema oder Pflichtprogramm guter Unternehmensführung? – Zehn Thesen zu Compliance. *NJW*, S. 3013-3017.
- Moosmayer, K. (2015). *Compliance-Risikoanalyse: Leitfaden für Unternehmen*. München: C.H. Beck.
- Müller, G. (1988). Zur Beachtlichkeit des einseitigen Eigenschaftsirrums beim Speziaukauf. *JZ*, S. 381-388.
- Müller-Katzenburg, A. (1999). Besitz- und Eigentumssituation bei gestohlenen und sonst abhanden gekommenen Kunstwerken. *NJW*, S. 2551-2558.
- Müller-Katzenburg, A. (2006). Erste Erfahrungen des Kunsthandels mit der Schuldrechtsreform. *NJW*, S. 553-557.
- Nothhelfer, R., & Bacher, U. (2016). Herausforderungen für das Compliance Management in Start-up-Unternehmen. *CCZ*, S. 64-69.
- Oetker, H. (Hrsg.). (2015). *Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB)* (4. Ausg.). München: C.H. Beck.

- Omlor, S. (2014). Zahlungsentgelte unter dem Einfluss von Verbraucherrechte- und Zahlungsdienste-Richtlinie. *NJW*, S. 173-1707.
- Partsch, S. (2010). *Tatort Kunst: Über Fälschungen, Betrüger und Betrogene*. München: C.H. Beck.
- Passarge, M. (2009). Risiken und Chancen mangelhafter Compliance in der Unternehmensinsolvenz. *NZI*, S. 86-91.
- Passarge, M. (2010). Grundzüge eines nachhaltigen Compliance-Programms – Was jeder Steuerberater zum Thema Compliance wissen sollte. *DStR*, S. 1675-1680.
- Picker, G. (1990). *Praxis des Kunstrechts*. München: F. Bruckmann KG.
- Pielow, J.-C. (Hrsg.). (2016). *Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht* (36. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Radbruch, G. (1946). Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *SJZ*, S. 105.
- Raschèr, A. F. (2009). Blauäugigkeit beim Kunstkauf kann ganz schön ins Auge gehen : Compliance im Kunsthandel und Auktionswesen. In M. Roth (Hrsg.), *Close up on Compliance : Recht, Moral und Risiken : Nahaufnahmen zu Compliance Management und Governance-Fragen*. Zürich, St. Gallen: Dike.
- Raschèr, A. F. (2011). "Lappi tue d'Augen uf" - Ohne saubere Provenienz steigen die Risiken im Kunsthandel. *ZRFC*, S. 11-13.
- Raschèr, A. F. (2011). Kunst zu waschen ist keine Kunst! Geldwäscherei im Kunsthandel. (P. Mosimann, & B. Schönenberger, Hrsg.) *Kunst & Recht*, S. 27-40.
- Raue, P. (2015). Raubkunst und Restitution - Überlegungen aus aktuellem Anlass. *GRUR*, S. 1-5.
- Raue, P., & Hollenders, A.-S. (2014). Freizeichnungsklauseln in der Kunstauktion - Katalogbeschreibung „Buddha aus Sui-Dynastie“, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.10.2013, Az. VIII ZR 224/12. *GRUR*, S. 96-98.

- Reich, S., & Fischer, H. (1993). Wem gehören die als "entartete Kunst" verfemten, von Nationalsozialisten beschlagnahmten Werke? *NJW*, S. 1417-1421.
- Reißer, U., & Wolf, N. (2003). *Kunst-Epochen. Bd. 12: 20. Jahrhundert II*. Stuttgart: Reclam.
- Rettenmaier, F., & Palm, L. (2010). Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen. *NJOZ*, S. 1414-1419.
- Roth, M. (2015). *"Wir betreten den Kunstmarkt"*. St. Gallen: Dike Verlag AG.
- Roth, M. (2016). Geldwäscherei im Kunsthandel: die richtigen Fragen stellen. *KUR*, S. 35-40.
- Rübenstahl, M. (2009). Zur "regelmäßigen" Garantienstellung des Compliance Officers. *NZG*, S. 1341-1344.
- Rudolph, S. (2007). *Restitution von Kunstwerken aus jüdischem Besitz: Dingliche Herausgabeansprüche nach deutschem Recht*. Walter de Gruyter.
- Rütters, S., & Wagner, S. (2015). Der Geldwäschebeauftragte als Bezugstäter im Rahmen des § 30 OWiG. *NZWiSt*, S. 282-286.
- Sack, R. (2006). Der subjektive Tatbestand des § 826 BGB. *NJW*, S. 945-951.
- Säcker, F. J., Rixecker, R., Oetker, H., & Limperg, B. (Hrsg.). (2016, 2017). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (7. Ausg., Bde. I., II., III., V., VI.). München: C.H. Beck.
- Sandmann, M. (2004). *Die Strafbarkeit der Kunstfälschung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Schack, H. (2015). Die Bekämpfung von Kunstfälschungen mit rechtlichen Mitteln. *KUR*, S. 159-165.
- Schack, H. (2017). *Kunst und Recht* (3. Ausg.). Tübingen: Mohr Siebeck Tübingen.
- Schack, H. (2017). Zu- und Abschreibung von Kunstwerken. *KUR*, S. 130-135.
- Schaefer, I. (2004). Gemälderückseiten als Informationsquelle für den Kunstsachverständigen. *DS*, S. 210-212.

- Schellerer, J. (2016). *Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schmidt, K. (2003). Die Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als gesetzliches Schuldverhältnis - Zum Stand der nach den BGH-Urteilen vom 24. 2. 2003 und vom 7. 4. 2003. *NJW*, S. 1897-1904.
- Schmidt, K. (Hrsg.). (2018). *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (4. Ausg., Bd. 5). München: C.H. Beck.
- Schnabel, G., & Tatzkow, M. (2007). *Nazi Looted Art - Handbuch Kunstrestitution weltweit*. Berlin: proprietas-verlag GmbH.
- Schneider. (1981). Rechtliche Risiken beim Erwerb von Antiquitäten und Kunstgegenständen. *DB*, S. 199.
- Schneider, A. (1999). *Auktionsrecht: Das Rechtsverhältnis zwischen Einlieferer, Versteigerer und Ersteigerer*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Schoen, S. (2001). Kulturgüterschutz bei - illegaler - Rückkehr kriegsbedingt verbrachter Kulturgüter aus Russland nach Deutschland. *NJW*, S. 537-542.
- Schreiber, A. (2010). Implementierung von Compliance-Richtlinien. *NZA-RR*, S. 617-623.
- Schweizer, R. (2012). Compliance im Medienkonzern. *ZUM*, S. 2-12.
- Siehr, K. (2009). Beutekunst - kriegsbedingt verlagertes Kulturgut. *KUR*, S. 39-47.
- Siehr, K. (2012). Gutgläubiger Erwerb von Kunstwerken nach deutschem Recht. *KUR*, S. 87-97.
- Spehl, C., & Grützner, T. (2013). „Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act“ („FCPA-Guide“) – Eine Hilfe für Unternehmen im Umgang mit dem FCPA. *CCZ*, S. 198-204.
- Spinellis, E. (2000). *Das Vertrags- und Sachenrecht des internationalen Kunsthandels: Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Eingriffsnormen im heutigen internationalen Rechtsverkehr*. Osnabrück: Rasch Druckerei und Verlag GmbH & Co. KG.

- Sprenger, M., & Gerhardt, R. (2014). Beutekunst und Raubkunst - unendliche Geschichte. *ZRP*, S. 185-186.
- Staub, L. (2009). Überlegungen zur Erfassung und Steuerung rechtlicher Risiken im Unternehmen (aus Schweizer Sicht). *CCZ*, S. 121-132.
- Strobl, H. (2015). Neue Vorgaben für den Kunst- und Kulturgüterhandel durch die Umsetzung der Verbraucherrichtlinie. *NJW*, S. 721-727.
- Strobl, H. (2016). Die Bedeutung des neuen Kulturgutschutzgesetzes für Handel und Museen. *DS*, S. 101-105.
- Sturm, B. M. (2016). Aspekte der Novellierung des Kulturgutschutzes. *KUR*, S. 73-79.
- Stürner, R. (Hrsg.). (2015). *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar* (16. Ausg.). München: C.H. Beck.
- Taupitz, J. (1991). Der Heilpraktiker aus der Sicht des Haftungsrechts: "Arzt", "Mini-Arzt" oder "Laie"? *NJW*, S. 1505-1510.
- Teichmann, F. (2016). *Umgehungsmöglichkeiten der Geldwäschepräventionsmassnahmen (Diss.)*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Theis, A. (2001). *Die zivilrechtlichen Folgen der mißbräuchlichen Beeinflussung von Kunstauktionen*. Köln: (Diss.).
- Thompson, D. (2008). *The \$12 Million Stuffed Shark*. London: Aurum Press Ltd.
- Umnuß, K. (Hrsg.). (2017). *Corporate Compliance Checklisten: Rechtliche Risiken im Unternehmen erkennen und vermeiden*. München: C.H. Beck.
- Vogelsang, U., Nahrstedt, W., & Fuhrmann, S. (2014). Compliance-Systeme auf Kommunal- und Bundesebene - Ein Vergleich. *CCZ*, S. 181-186.
- von Westphalen, F., & Thüsing, G. (Abschnitt Auktionsbedingungen Stand Dez. 2012). *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke* (38. Ergänzungslieferung Ausg.). (P. D. Thüsing, Hrsg.) München: C.H. Beck.
- Watson. (1993). *Legal transplants. An Approach in Comparative Law*.

- Wendehorst, C. (2014). Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie. *NJW*, S. 577-584.
- Wertenbruch, J. (2004). Gewährleistung beim Kauf von Kunstgegenständen nach neuem Schuldrecht. *NJW*, S. 1977-1982.
- Wrede, C. (2005). *Kopien - Imitationen - Fälschungen: Kunst und Kaufrecht - Zur Entwicklung der Kunstmängelhaftung und dem Phänomen der Krypto-Regeln (Diss.)*. Berlin: TENEA Verlag Ltd.
- Wünschel, J. (2015). Die Datenbank kritischer Werke im Lichte des. *KUR*, S. 49-55.
- Würtenberger, T. (1951). *Der Kampf gegen das Kunstfälschertum in der Deutschen und Schweizerischen Strafrechtspflege*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag GmbH.
- Zieglmeier, C. (2016). Unternehmensgeldbuße bei Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen. *NJW*, S. 2163-2165.

Thesen

- These 1:** Die Bezeichnung der (deutschen) Kunstmärkte als „unterreguliert“ war bereits vor Inkrafttreten des Kulturgutschutzgesetzes („KGSG“) am 06.08.2016 unzutreffend. Bereits vor Inkrafttreten des KGSG war die Geschäftstätigkeit der Kunsthändler/ Kunstversteigerer in Deutschland einer umfassenden Regulierung unterworfen war.
- These 2:** Die Schaffung neuer kunstmarktbezogener Gesetze in Deutschland ist sachlich nicht erforderlich, da bereits die allgemein-gesetzlichen Regelungen, z.B. des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), des Handelsgesetzbuches (HGB), des Strafgesetzbuches (StGB) ein ausreichendes Regulierungsniveau auf den deutschen Kunstmärkten gewährleisten.
- These 3:** In der zivilgerichtlichen Rechtsprechung der letzten Jahre ist eine stetige Verschärfung der von Kunsthändlern/ Kunstversteigern zu erfüllenden Sorgfaltspflichten festzustellen.
- These 4:** Insbesondere auf Grund der fortschreitenden Intensivierung der internationalen Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung wird die Regulierung der deutschen Kunstmärkte weiter verstärkt werden.
- These 5:** Auf Grund der hohen und weiter steigenden Regulierungsanforderungen ist das Instrument der Compliance auch für kleine und mittelständische Kunsthandels- / Kunstauktionsunternehmen relevant.

Erklärung

Hiermit erkläre ich ehrenwörtlich,

- dass ich die Dissertation selbst angefertigt habe und alle von mir benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen in meiner Arbeit angegeben habe;
- dass die Hilfe eines Promotionsberaters nicht in Anspruch genommen wurde (falls doch zutreffend, Umfang der Unterstützung angeben);
- dass Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten erhalten haben, die im Zusammenhang mit dem Inhalt meiner vorgelegten Dissertation stehen.

Des Weiteren erkläre ich mich damit einverstanden, dass die elektronische Version der Dissertation einer Überprüfung der Einhaltung der Grundsätze zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis unterzogen wird.

gez. Johannes von Eggelkraut-Gottanka