

Extrait de l'œuvre

«**Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier**»

Edités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par
Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz

Das Kulturgütertransfersgesetz und das Privatrecht

Heinrich Honsell

Schulthess §

Information bibliographique de «Der Deutschen Bibliothek»
Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008
ISBN 978-3-7255-5528-1

www.schulthess.com

Das Kulturgütertransfergesetz und das Privatrecht*

Dr. iur. HEINRICH HONSELL, Professor em. der Universität Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
- II. Die Neuregelung von Ersitzung und gutgläubigem Erwerb
- III. Rechts- und Sachmängelhaftung
- IV. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit
- V. Sorgfaltspflichten
- Literatur

I. Allgemeines

Das Kulturgütertransfergesetz (KGTG vom 20.6.2003, in Kraft seit 1. Juni 2005, AS 444.1) bezweckt die Erhaltung des kulturellen Erbes der Menschheit und will Diebstahl, Plünderung und illegale Ein- und Ausfuhr von Kulturgut verhindern (Art. 1 KGTG).

Das Gesetz definiert das Kulturgut nicht, sondern verweist auf die UNESCO-Konvention vom 14.11.1970¹. Danach sind Kulturgüter Gegenstände, die aus religiösen oder

* Ich widme diese Skizze dem grossen Schweizer Juristen Pierre Tercier zum 65. Geburtstag.

¹ Art. 1: Im Sinne dieses Übereinkommens gilt als Kulturgut das von jedem Staat aus religiösen oder weltlichen Gründen als für Archäologie, Vorgeschichte, Geschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvoll bezeichnete Gut, das folgenden Kategorien angehört:

- a) seltene Sammlungen und Exemplare der Zoologie, Botanik, Mineralogie und Anatomie sowie Gegenstände vom paläontologischem Interesse;
- b) die Geschichte betreffendes Gut, einschliesslich der Geschichte von Wissenschaft und Technik, der Militär- und Gesellschaftsgeschichte sowie des Lebens der führenden Persönlichkeiten, Denker, Wissenschaftler und Künstler und der Ereignisse von nationaler Bedeutung;
- c) Ergebnisse archäologischer Ausgrabungen (sowohl vorschriftsmässiger als auch unerlaubter) oder archäologischer Entdeckungen;
- d) Teile künstlerischer oder geschichtlicher Denkmäler oder von Ausgrabungsstätten, die zerstückelt sind;
- e) Antiquitäten, die mehr als hundert Jahre alt sind, wie beispielsweise Inschriften, Münzen und gravierte Siegel;
- f) Gegenstände aus dem Gebiet der Ethnologie;
- g) Gut von künstlerischem Interesse wie
 - i) Bilder, Gemälde und Zeichnungen, die ausschliesslich von Hand auf irgendeinem Träger und in irgendeinem Material angefertigt sind (ausgenommen industrielle Entwürfe und handverzierte Manufakturwaren);
 - ii) Originalarbeiten der Bildhauerkunst und der Skulptur in irgendeinem Material;
 - iii) Originalgravuren, -drucke und -lithografien;
 - iv) Originale von künstlerischen Zusammenstellungen und Montagen in irgendeinem Material
- h) seltene Manuskripte und Inkunabeln, alte Bücher, Dokumente und Publikationen von besonderem Interesse (historisch, künstlerisch, wissenschaftlich, literarisch usw.), einzeln oder in Sammlungen;

weltlichen Gründen für Archäologie, Geschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvoll sind, z.B. Bilder, ebenso Antiquitäten, die mehr als 100 Jahre alt sind (usw.). Das Gesetz unterscheidet eingetragene Kulturgüter («kulturelles Erbe», Art. 2 Abs. 1 bzw. 2 KGTG) und (einfache) Kulturgüter. Es gibt ein Kulturgüterverzeichnis des Bundes und auch die Kantone können solche einrichten. Während die konstitutive Eintragung von Kulturgut dem Staat bzw. den Kantonen obliegt, ist die Qualifikation als (einfaches) Kulturgut, durch die gesetzliche Definition vorgegeben. Es handelt sich um einen Rechtsbegriff der nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen und anzuwenden ist². Sachen aus Epochen, von denen mehrere vergleichbare Stücke vorhanden sind, werden idR nicht bedeutungsvoll im Sinne des Gesetzes sein. Insgesamt ist bei der Annahme von Kulturgut Zurückhaltung geboten. Freilich sind die Anforderungen an einfaches Kulturgut geringer als an eingetragenes. Zu monieren ist allerdings, dass weitgehende zivilrechtliche Folgen an einen vagen und in jedem Einzelfall ausfüllungsbedürftigen Begriff geknüpft sind. Auch dies spricht für eine restriktive Anwendung.

Ein- und Ausfuhr regeln die Art. 5–9 KGTG. War die Ausfuhr illegal und besteht ein Staatsvertrag mit der Schweiz, so muss auch ein gutgläubiger Erwerber das Kulturgut zurückgeben. Er hat jedoch gemäss Art. 9 Abs. 5 KGTG einen gegenüber Art. 934 Abs. 2 ZGB erweiterten Anspruch auf eine Entschädigung, die sich am Kaufpreis und an den notwendigen und nützlichen Aufwendungen zur Bewahrung und Erhaltung des Kulturguts orientiert. Ein gutgläubiger Erwerb nach Art. 933 ZGB entfällt auch, wenn das Kulturgut unter einer Rückgabegarantie gemäss Art. 10, 13 KGTG in die Schweiz gekommen ist.

Im Folgenden werden nur die privatrechtlichen Vorschriften des KGTG erörtert. Sie enthalten eine grundlegende Neuregelung des Verjährungs- bzw. Ersitzungsrechtes sowie der Rechts- und Sachmängelhaftung für Kulturgüter. Ferner werden neue Sorgfaltspflichten für den Kunsthandel normiert.

Ins ZGB neu eingeführt bzw. geändert sind folgende Vorschriften:

Art. 724 Abs. 1 und 1^{bis}

Abs. 1: Herrenlose Naturkörper oder Altertümer von wissenschaftlichem Wert sind Eigentum des Kantons, in dessen Gebiet sie gefunden worden sind.

Abs. 1^{bis} Ohne Genehmigung der zuständigen kantonalen Behörden können solche Sachen nicht veräussert werden. Sie können weder ersessen, noch gutgläubig erworben werden. Der Herausgabeanspruch verjährt nicht.

Art. 728 Abs. 1^{ter}

Abs. 1^{ter} Unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen beträgt die Ersitzungsfrist für Kulturgüter im Sinne von Art. 2 Abs. 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003 30 Jahre.

i) Briefmarken, Steuermarken und ähnliches, einzeln oder in Sammlungen;

j) Archive einschliesslich Phono-, Foto- und Filmarchive;

k) Möbelstücke, die mehr als hundert Jahre alt sind, und alte Musikinstrumente.

² Allg. M., s. nur BasK ZGB II-STARCK/ERNST Art. 934 N 17e; GABUS/RENOLD Commentaire LTBC – Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels, 2006, Art. 2 LTBC N 8 ff. mNw.

Art. 934 Abs. 1^{bis}

Abs. 1^{bis} Das Rückforderungsrecht für Kulturgüter im Sinne Art. 2 Abs. 1 des Kulturgütertransfergesetzes vom 20. Juni 2003, die gegen den Willen des Eigentümers abhanden gekommen sind, verjährt 1 Jahr, nachdem der Eigentümer Kenntnis erlangt hat, wo und bei wem sich das Kulturgut befindet, spätestens jedoch 30 Jahre nach dem Abhandenkommen.

II. Die Neuregelung von Ersitzung und gutgläubigem Erwerb

Die Neuregelung ist sehr weitgehend. Schon bisher fielen Altertümer von erheblichem wissenschaftlichen Wert in das Eigentum des Kantons. Der Gesetzgeber hat jetzt das Adjektiv erheblich gestrichen, so dass die Regelung für alle Altertümer von wissenschaftlichem Wert gilt. Man wird dies restriktiv dahin interpretieren müssen, dass es sich um Unikate oder jedenfalls um sehr seltene Sachen handelt. Die Tatsache allein, dass sie gut ins Museum des Kantons passen würden, reicht keinesfalls.

In Übereinstimmung zur Interpretation von Art. 723 ZGB (Schatz) erklärt Art. 724 Abs. 1^{bis} ZGB Altertümer von wissenschaftlichem Wert zu herrenlosen Sachen. Die Formulierung «[...] Wertgegenstand [...], von dem nach den Umständen mit Sicherheit anzunehmen ist, dass er seit langer Zeit vergraben oder verborgen war und keinen Eigentümer mehr hat[...]» wird dahin verstanden, dass der Schatz herrenlos ist³. Indessen ist die Formulierung in Art. 723 Abs. 1 ZGB ungenau. Die Tatsache des langen Verborgenen- oder Vergrabenseins führt ja nicht dazu, dass die Sache keinen Eigentümer mehr hat. Hat der Eigentümer die Sache in ein Versteck gelegt, und ist später die Kenntnis von diesem Versteck durch die Umstände verloren gegangen, so bleibt das Eigentum gleichwohl bestehen und geht im Wege der Erbfolge auf die gesetzlichen Erben über. Dasselbe gilt, wenn die Sache durch eine Katastrophe in Verlust geraten ist. Genauer ist deshalb die Formulierung des § 784 BGB: «... eine Sache die solange verborgen war, dass sich ihr Eigentümer nicht mehr ermitteln lässt ...». Doch kommt es hierauf im vorliegenden Kontext nicht an. Der Unterschied zwischen dem Schatzfund nach Art. 723 ZGB und dem Gegenstand von wissenschaftlichem Wert nach Art. 724 ZGB besteht darin, dass das Gesetz für letzteren in Art. 724 Abs. 1^{bis} ZGB die Unersitzbarkeit anordnet.

Beim Schatzfund wird der Grundstückseigentümer mit der Entdeckung und der Besitzergreifung durch den Finder originärer Eigentümer. Eine Inbesitznahme durch ihn ist nicht erforderlich⁴. Das Behalten durch den Finder ist Abhandenkommen. Obwohl kein Besitzverlust vorliegt, sind Art. 714 Abs. 2, 934 ZGB anwendbar. Dies bedeutet, dass gutgläubiger Erwerb nach Art. 734 ZGB nicht möglich ist. In Betracht kommt jedoch Ersitzung nach Art. 728 ZGB, welche bei Mobilien in 5 Jahren eintritt, weshalb auch der Herausgabeanspruch in Art. 934 Abs. 2 ZGB dieser Frist begrenzt ist.

³ Vgl. z.B. BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 723 N 2.

⁴ Vgl. REY Sachenrecht N 1871 ff.; BSK ZGB II-SCHWANDER N 3.

Die Möglichkeit der Ersitzung und des gutgläubigen Erwerbs entfällt bei eingetragenen Kulturgütern (Art. 3 Abs. 2 lit. a KGTG). und bei Altertümern von wissenschaftlichem Wert (Art. 724 Abs. 1^{bis} ZGB). Sie können vom Kanton unbefristet vindiziert werden.

Hingegen können einfache Kulturgüter nach Art. 933 ZGB gutgläubig erworben werden. Auch eine Ersitzung ist möglich; für sie gilt jedoch neu eine 30-jährige Ersitzungsfrist (Art. 728 Abs. 1^{ter}, 934 Abs. 1^{bis} ZGB).. Die Neuregelung ist eine Konzession an das anglo-amerikanische Recht, dem Verjährung und Ersitzung weitgehend unbekannt sind. Für europäische Verhältnisse ist die 30-Jahresfrist sehr lang. Dies gilt insbesondere im Vergleich zu der kurzen Ersitzungsfrist von Art. 728 Abs. 1 ZGB (5 Jahre). 30 Jahre sind eine Versechsfachung. In Deutschland beträgt die Frist für die Ersitzung von Mobilien 10 Jahre (§ 937 BGB Abs. 1). Die zu lange Regelung ist beeinflusst von der Problematik der Restitution des von den Nazis geraubten jüdischen Besitzes. Auch hier gilt der alte Satz «hard cases make bad law». Im allgemeinen sind dreissig Jahre schon deshalb zu lang⁵, weil in unserer kurzlebigen Zeit niemand so lange Belege und Quittungen aufbewahrt. Dementsprechend bestimmt Artikel 16 Abs. 3 KGTG eine Verpflichtung zur Aufbewahrung der Aufzeichnungen und Belege für die Dauer von 30 Jahren.

Die allgemeine Regelverjährung von 10 Jahren wäre eine Verdoppelung der Ersitzungsfrist und ein vernünftiger Kompromiss gewesen. Schon das OR von 1912 hatte sich statt für die 30 Jahre des BGB für eine 10-jährige Regelverjährung entschieden. Acquisitiv-Verjährung (Ersitzung) und Extinktiv-Verjährung wurden im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtsklarheit geschaffen. Gaius⁶ schreibt im 2. Jahrhundert n. Chr. über die Ersitzung, sie sei eingeführt worden, damit die Eigentumsverhältnisse nicht zu lange im Ungewissen blieben, zumal dem Eigentümer 1 oder 2 Jahre für Nachforschungen genügen müssten, die Zeit, die dem Besitzer zur Ersitzung zugeteilt sei: *Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendum rem suam anni aut bienni spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.*

Im Gegensatz zum römischen Recht, wo spätere Bösgläubigkeit nichts schadete (*mala fides superveniens non nocet*), verlangt das geltende Recht Gutgläubigkeit während der gesamten Besitzdauer. Lagen die Voraussetzungen eines gutgläubigen Ersitzungsbesitzes schon bei dem Rechtsvorgänger vor, so wird dessen Ersitzungszeit angerechnet, dies gilt sowohl bei Singular- wie bei Universalsukzession.

Problematisch ist ein in diesem Ausmass abweichendes Sonderrecht ausschliesslich für Kulturgüter. Es gibt andere wertvolle Gegenstände, die man nach wie vor innert 5 Jahren ersitzen kann. Der Gesetzgeber hat sich für die 30 Jahre entschieden, weil dies die längste dem Gesetz bekannte Frist war. Historisch geht diese Frist auf die *longissimi temporis praescriptio* des Kaisers Justinian zurück. § 1478 ABGB und §195 BGB a.F. haben diese lange Frist übernommen. Die Botschaft⁷ verweist lediglich auf die aus-

⁵ a.M. z.B. M. MÜLLER-CHEN, AJP 2003, 1274 der die 30-jährige Frist begrüsst.

⁶ Institutionen 2, 44.

⁷ Über die Unesco-Konvention 1970 und das KGTG v. 21. Nov. 2001, 69.

serordentliche Ersitzung nach Art. 662 ZGB, Art. 10 KernenergiehaftpflichtG sowie Art. 59c USG, die 30 Jahre vorsehen. Die Kontratabular-Ersitzung bei Grundstücken ohne Grundbucheintrag ist jedoch ein echter Ausnahmefall, der sich nicht verallgemeinern lässt.

Analog zur Neuregelung der Ersitzung für Kulturgüter sieht Art. 934 Abs. 1^{bis} eine 30-jährige Klageverjährung vor. Die absolute Frist beginnt mit dem Abhandenkommen. Die absolute Frist wird durch eine einjährige relative ergänzt. Ihr Fristlauf beginnt sobald Eigentümer Kenntnis erlangt hat, «wo und bei wem sich das Kulturgut befindet.»

III. Rechts- und Sachmängelhaftung

1. Eine 30-Jahresfrist gilt auch für die Rechtsmängelgewährleistung (Art. 196a OR). Der 30-jährige Regress des Käufers ist gegenüber der bisherigen Regelverjährung von Art. 127 OR ein Novum. Auch hier muss man wieder einwenden, dass es wenig Sinn macht, gerade nur für Kulturgüter eine so weitreichende Ausnahme von den allgemeinen Regeln zu machen. Ganz abgesehen von der Rechtszersplitterung, die man damit verursacht, entstehen auch leicht Wertungswidersprüche, wenn in vergleichbaren Fällen diese Vergünstigungen für Eigentümer und Käufer nicht gelten.

2. Schliesslich hat der Gesetzgeber auch die Verjährung der Sachmängelhaftung für Kulturgüter geändert (Art. 210 Abs. 1^{bis} OR). Sie beträgt wie bei der Rechtsmängelhaftung 30 Jahre. Im Gegensatz zu dort, wo es gegenüber anderen Rechtsgütern eine Verdreifachung ist, ist es hier eine Verdreissigfachung, denn die Sachmängelverjährung beträgt 1 Jahr seit der Ablieferung der mangelhaften Sache (Art. 210 Abs. 1 OR). Demgegenüber gilt für Kulturgüter wiederum eine 30-jährige absolute und eine einjährige relative Verjährungsfrist⁸. Die kurze Verjährung von Art. 210 Abs. 1 OR ist bei wertvollen Kaufgegenständen, insbesondere bei Kunstwerken schon seit langem als wenig sachgerecht empfunden worden. Erweist sich das für 70 Mio. Dollar gekaufte Gemälde «Sonnenblumen» von van Gogh als Fälschung oder als nur dem Umkreis von van Gogh zugehörig, so erleidet der Käufer einen grossen Schaden, wenn er den Mangel nur 1 Jahr geltend machen kann. Die Rechtsprechung indes hat hier schon seit langem Abhilfe geschaffen, indem sie, methodisch sachwidrig aber im Ergebnis billig, die *lex specialis*-Natur des Sachmängelgewährleistungsrechts verneint und den Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR bei Irrtum über wesentliche Sacheigenschaften konkurrierend neben der Sachmängelhaftung für zugesicherte Eigenschaften zulässt. Diese Judikatur spielt vor allem im Kunsthandel eine Rolle. Nicht selten tauchen Zweifel an der Echtheit eines Gemäldes erst nach Jahren auf. Sachmängelansprüche sind dann verjährt⁹. Manchmal ist es auch so, dass ein Gemälde einen bestimmten

⁸ Vgl. dazu auch M. WEBER, Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer, ZSR 2004 I 495 ff., 514 ff.; K. SIEHR, FS Rey (2003) 127 ff.

⁹ Vgl. z.B. BGE 56 II 426, unechtes Bild von Léopold Robert; BGE 82 II 24 – falscher van Gogh/BGE 114 II 131 – falscher Picasso.

Maler zugeschrieben wird und nun ein neues Gutachten diese Zuschreibung verneint. Die Echtheit der Bilder beurteilt sich leider manchmal nach dem jeweils letzten Stand des Irrtums der Sachverständigen. Für die Irrtumsanfechtung normiert Art. 31 OR eine relative Jahresfrist, welche erst mit Entdeckung des Irrtums beginnt (Art. OR 31 Abs. 2 OR). Diese Regelung stimmt mit der Neuregelung in Art. 210 Abs. 1^{bis} OR überein. Die Streitfrage, ob auch für die Irrtumsanfechtung in Analogie zu Art. 127 OR eine absolute 10-Jahresfrist anzunehmen ist, wird von der Judikatur verneint¹⁰, von der Literatur hingegen zu Recht bejaht¹¹. Im Ergebnis macht dies keinen Unterschied, weil das Bundesgericht zwar von der Unverjährbarkeit des Gestaltungsrechts ausgeht, aber zu Recht auf die Verjährung des daraus resultierenden Bereicherungsanspruchs nach Art. 67 OR hinweist. Es macht auch keinen Unterschied, ob man der Ungültigkeits- oder Anfechtungstheorie folgt, weil die Anfechtung mit Rückwirkung ausgestattet ist. Im Fall BGE 114 II 131 ist deshalb das Bundesgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die absolute 10-Jahresfrist von Art. 67 OR bereits mit der von Anfang an rechtsgrundlosen Leistung zu laufen begonnen hat. Die Anfechtung wirkt *ex tunc* und nicht *ex nunc*¹². Ungeachtet der Billigkeit dieser Lösung in den Bildfällen liegt die Problematik dieser Rechtsprechung gerade in dem Punkt, der von einigen als Vorteil betrachtet wird: der Ausschaltung der strengen Verwirkungs- bzw. Verjährungsvorschriften der Art. 201 und 210 OR. Lässt man die Sachmängelhaftung und die Irrtumsanfechtung im Sinne einer elektiven Normenkonkurrenz wahlweise nebeneinander zu (Alternativität), so führt dies zu einer Umgehung der Art. 200 Abs. 2, 201, 210 OR. Deshalb überträgt die Judikatur, die Normenkonkurrenz auch zwischen Gewährleistung (Art. 197 ff. OR) und positiver Vertragsverletzung (Art. 97 ff. OR analog) bejaht, die spezifischen Modalitäten des Sachmängelrechts auf diesen Anspruch¹³. Bei der Irrtumsanfechtung findet eine solche Übertragung nicht statt. Dies führt zu folgenden Unterschieden: Nach Art. 200 Abs. 2 OR ist die Sachmängelhaftung bei fahrlässiger Unkenntnis ausgeschlossen, sofern nicht eine Zusicherung vorliegt. Hingegen schliesst fahrlässige Unkenntnis die Irrtumsanfechtung nicht aus. Der fahrlässige Irrtum hat nur die Folge, dass der Anfechtende das negative Interesse ersetzen muss (Art. 26 OR). Wichtiger ist, dass die Art. 201 und 210 für die Irrtumsanfechtung nicht gelten. Dagegen spricht, dass das Gesetz die Verwirkung und Verjährung ausdrücklich nur bei Arglist entfallen lässt (Art. 203, 210 Abs. 3 OR), nicht schon bei Irrtum. Dasselbe gilt für die Freizeichnung nach Art. 100 OR, die nur bei Arglist unwirksam ist.

¹⁰ BGE 114 II 131.

¹¹ S. zuletzt H. HONSELL SJZ 103 (2007) 137 ff., ferner WIEGAND, recht 1989, 101, 111; GAUCH, recht 1989, 126; I. SCHWENZER OR AT N 39.16; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 901 ff.; MERZ ZBJV 1990 256 ff.; P. PIOTET JbC 1988 I 522 ff.

¹² So unrichtig W. WIEGAND aaO.; DERS. FS Gauch (2004) 709 ff.; ebenso BSK-OR-I-HUWILER, Art. 67 N 5.; s. H. HONSELL SJZ 103 (2007) 137 ff.

¹³ So zuletzt BGE 133 III 335; s. ferner BGE 108 II 104; 107 II 418; 107 II 161; 114 II 131. Methodisch ist dies freilich anfechtbar: Richtig ist die exklusive Anwendung der Art. 197 ff. OR. Normenkonkurrenz unter Erstreckung der sachmängelrechtlichen Spezifika auf den konkurrierenden Anspruch läuft allerdings auf dasselbe hinaus.

Schliesslich ist die Judikatur inkonsequent: Beim Viehkauf wird nämlich die Irrtumsanfechtung durch das Sachmängelrecht ausgeschlossen¹⁴. Sachlich lässt sich diese Differenzierung nicht rechtfertigen.

Ein letztes Argument gegen die Zulassung einer elektiven Konkurrenz besteht darin, dass wohl niemand auf den Gedanken käme, dem Verkäufer die Berufung auf Grundlagenirrtum zu gestatten, wenn er der den Mangel ebenfalls nicht gekannt hat. Liesse man dies zu, so könnte er auf einfachem Wege die Schadenersatzhaftung nach OR 208 II u. III aus den Angeln heben. Er müsste nur das negative Interesse ersetzen (OR 26), und auch dies, anders als nach OR 208 II, nur bei Verschulden.

Rechtsvergleichend ist zu bemerken, dass es in der deutschen Doktrin völlig unbestritten ist, dass die Sachmängelhaftung (§§ 434 ff. BGB) die Irrtumsanfechtung (§ 119 BGB) ausschliesst¹⁵. Für Exklusivität des Sachmängelrechts hat sich neuerdings auch die französische Cour de Cassation entschieden¹⁶. Hingegen ist die Rechtslage im österreichischen und im italienischen Recht dieselbe wie im schweizerischen¹⁷.

In den Kulturgüterfällen taucht ein neues Problem auf. Der Sachmängelanspruch ist gegenüber der Irrtumsanfechtung und der aus dieser resultierenden Vindikation oder Kondiktion nach der Neuregelung insofern günstiger, als die Frist dreissig Jahre beträgt und nicht zehn (wie bei der Kondiktion nach Art. 67) oder fünf (wie bei der Ersitzung nach Art. 728 Abs. 1 ZGB). Insofern kann sich die Judikatur zum Grundlagenirrtum als Falle erweisen: Wer voreilig die Irrtumsanfechtung erklärt, verliert die günstigere 30-jährige Verjährung. Ungünstiger ist die Sachmängelregelung freilich im Hinblick auf Art. 201 und 200 und Abs. 2 ZGB. Hier gilt das alte, allgemeine Sachmängelrecht. Wer das Bild nicht untersucht, gegebenenfalls auch auf seine Echtheit untersuchen lässt, und einen allfälligen Mangel nicht unverzüglich rügt, verliert den Anspruch und damit auch die 30-jährige Verjährung. Anfechten kann er dann freilich immer noch.

IV. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit

Bei Anfechtung oder bei Nichtigkeit fehlt die causa und es geht wegen des Prinzips der kausalen Tradition¹⁸ kein Eigentum über. Strittig ist, ob hier die Ersitzung eingreift. Die Frage ist, ob die Ersitzung nicht nur einen Rechtsgrund für den Eigentumserwerb darstellt, sondern auch die Kondiktion ausschliesst. Dies wird von der h.L. bejaht¹⁹. Die Ersitzung bewirkt danach nicht nur, dass der Erwerber bei Gutgläubigkeit Eigentümer wird, sie hat auch zur Folge, dass der Bereicherungsanspruch entfällt. Indessen ist

¹⁴ BGE 70 II 50; 111 II 70 f.

¹⁵ Vgl. statt aller MünchKomm/WESTERMANN § 459 Rn 83 ff.

¹⁶ Vgl. P. HUBER, Der Irrtum über die Echtheit von Kunstgegenständen im französischen Recht, Entscheidung der Cour de Cassation vom 7. November 1995, ZEuP 1997, 1142.

¹⁷ Ausführlich zur Rechtsvergleichung E. KRAMER, Der Irrtum beim Vertragsschluss 148 ff.; dort auch zu weiteren Ländern.

¹⁸ BGE 55 II 302, 306.

¹⁹ ZGB-SCHWANDER Art. 728 N 12; P. LIVER SPR V/I, 390; REY Sachenrecht N 2015; VON TUHR/PETER 498.

diese Lehre nicht unbestritten²⁰. Die Gegenmeinung verdient den Vorzug aus folgenden Gründen:

Die Ersitzung will dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung tragen. Mit ihr soll ein dauerndes (oder doch zu langes) Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz vermieden werden²¹. Dies betrifft jedoch nur den Mangel der Eigentümerstellung, also die sachenrechtliche Seite. Ist damit geregelt, wem etwas gehört, so ist noch nicht entschieden, wem etwas gebührt. Für die Fälle des vertragslosen Erwerbs ist dies eine Frage des Bereicherungsrechts.

Wäre es anders, so gälte in allen Fällen des rechtsgrundlosen Erwerbes, in denen wegen des Prinzips der kausalen Tradition ja auch das Eigentum des Erwerbers fehlt, nicht die 10-jährige Verjährungsfrist von OR 67 und 127, sondern die 5-jährige Ersitzungsfrist von ZGB 728. Dies wäre aber ungereimt. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass in ZGB 728 Bereicherungsansprüche nicht vorbehalten sind, wie dies z.B. bei ZGB 726 und 727 der Fall ist. Gegen ein solches *argumentum e contrario* spricht, dass bei Verarbeitung, Vermischung oder Verbindung die Frage nach dem Ausgleichsanspruch auf der Hand liegt. Dies ist bei der Ersitzung nicht der Fall. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber die Probleme, die sich aus der engen Verzahnung von Sachenrecht und Schuldrecht ergeben, offenbar nicht hinreichend beachtet hat.

Die hier vertretene Auffassung zur Kondiktion nach Ersitzung findet man schon in einer Entscheidung des deutschen Reichsgerichts²². Eine unerkannt geisteskranke Frau, die also nicht handlungsfähig war, hatte der Münchner Pinakothek 66 Bilder des Malers Adolf von Menzel geschenkt, welche sie von ihrer Mutter, einer Schwester des Malers, geerbt hatte. Die Münchner Pinakothek hatte die Bilder bereits ersessen. Das Reichsgericht hat den Erben die Kondiktion gewährt, weil der Schenkungsvertrag wegen Geisteskrankheit der Schenkerin nichtig war. Die Frage ist allerdings im deutschen Recht noch heute strittig²³.

Soweit Ersitzung bejaht wird, ist sie bei Kulturgütern nur in 30 Jahren möglich.

Etwas anderes gilt bei Veräußerungsketten: Ist der Verkauf A an B z.B. infolge Anfechtung wegen Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Nr. 4 OR oder nach Art. 20 OR unwirksam und veräußert B an C weiter, so wird wegen des Prinzips der kausalen Tradition an sich auch C nicht Eigentümer. Auch für längere Veräußerungsketten würde nichts anderes gelten. Die h.L. wendet hier nicht das Institut der Ersitzung an, sondern plädiert für eine analoge Anwendung von Art. 714 Abs. 2, 933 ZGB. Damit wird das Erfordernis des Anvertrauens des klassischen Ausgangsfalles, in dem der un-

²⁰ So wird die Kondiktion jedenfalls im Ergebnis bejaht von W. LARESE SJZ 1971, 233 ff.; ebenso B. HÜWILER, Bereicherungsanspruch gegen den Fahrniseigentümer kraft Ersitzung, FS zum schweizerischen Juristentag 1988, ZBJV 1988, Sonderband, 99 ff., 124 ff.

²¹ H. REY Sachenrecht N 1981.

²² RGZ 130, 69.

²³ Nach h.L. lässt die Ersitzung vertragliche Ansprüche und die Leistungskondiktion unberührt, die Eingriffskondiktion ist jedoch ausgeschlossen (s. etwa Staudinger/WIEGAND BGB 937 N 22; MünchKomm/QUACK BGB § 937 N 24; für einen gänzlichen Rückforderungsausschluss Palandt/BASSENGE BGB Vorbem. v. § 937 N 2. Heute ist die Frage praktisch bedeutungslos, weil die Verjährungsfrist nicht mehr dreissig, sondern nur noch drei (§ 195 BGB) bzw. 10 Jahre beträgt (§ 199 BGB).

treue Verwahrer usw. die Sache veräussert, praktisch aufgegeben, denn der Tatbestand des Verkaufs stellt kein Anvertrauen dar. Im Ergebnis wird Art. 933 ZGB auf alle Fälle des freiwilligen Weggebens erstreckt während Art. 934 ZGB die Fälle des Abhandenkommens (Diebstahl, Verlust, Weggabe durch den Geschäftsunfähigen usw.) betrifft. Das ist eine vollständige Aufteilung. *Tertium non datur*.

Folgt man der h.L., so kommt es mit der ersten Veräusserung durch einen Nichtberechtigten an einen Gutgläubigen zu einem sofortigen gutgläubigen Erwerb. Bei der Gegenmeinung, die den Fall über Ersitzung lösen will, dauert es bei Kulturgütern 30 Jahre. Eine grössere Disparität der Lösungen ist kaum vorstellbar. Es ist störend, wenn ähnliche Tatbestände so verschieden geregelt sind.

V. Sorgfaltspflichten

Art. 16 KGTG²⁴ normiert strenge Sorgfaltspflichten, die verhindern sollen, dass gestohlene oder rechtswidrig erworbene Kunstgegenstände in den Verkehr gelangen und die ähnlich den Vorschriften gegen Geldwäscherei darauf abzielen, die Identität der Anbieter festzustellen. Auch insoweit ist – ähnlich wie bei der neuen Verjährung – zu kritisieren, dass der Gesetzgeber Zuflucht zu fragmentarischen Regelungen nimmt und Sonderrechte kreiert, die sachlich problematisch und nicht in ein allgemeines System eingebunden sind.

²⁴ Abs. 1: Im Kunsthandel und im Auktionswesen darf Kulturgut nur übertragen werden, wenn die übertragende Person nach den Umständen annehmen darf, dass das Kulturgut:

- a. nicht gestohlen worden ist, nicht gegen den Willen der Eigentümerin oder des Eigentümers abhanden gekommen ist und nicht rechtswidrig ausgegraben worden ist;
- b. nicht rechtswidrig eingeführt worden ist.

Abs. 2: Die im Kunsthandel und im Auktionswesen tätigen Personen sind verpflichtet:

- a. die Identität der einliefernden Personen oder der Verkäuferin oder des Verkäufers festzustellen und von diesen eine schriftliche Erklärung über deren Verfügungsberechtigung über das Kulturgut zu verlangen;
- b. ihre Kundschaft über bestehende Ein- und Ausführregelungen von Vertragsstaaten zu unterrichten;
- c. über die Beschaffung von Kulturgut Buch zu führen und namentlich den Ursprung des Kulturgutes, soweit er bekannt ist, und den Namen und die Adresse der einliefernden Person oder der Verkäuferin oder des Verkäufers, die Beschreibung sowie den Ankaufspreis des Kulturguts aufzuzeichnen;
- d. der Fachstelle alle nötigen Auskünfte über die Erfüllung dieser Sorgfaltspflichten zu erteilen.

Literatur

- Y. FISCHER, Grundzüge des Kulturgütertransfergesetzes, *Der Schweizer Treuhänder*, 2005, 287 ff.;
- P. GABUS/M.-A. RENOLD *Commentaire LTBC – Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels*, Zurich 2006;
- GRELL/BLUTSCHO, Sorgfaltspflichten gemäss Kulturgütertransfergesetz (2005);
- P. GUTZWILLER, Zum Geltungsbereich des Bundesgesetzes über den Internationalen Kulturgütertransfer, *SJZ* 2005, 517 ff.;
- M. MÜLLER-CHEN, Die Crux mit dem Eigentum an Kunst, *AJP* 2003, 1267 ff.;
- A. RASCHÈR, *Cultural property transfer* (Zürich 2005);
- DERS., Kulturgütertransfer und Globalisierung: UNESCO-Konvention 1970 – Unidroit-Konvention 1995; EG-Verordnung 3911/92 – EG-Richtlinie 93/7;
- A. RASCHÈR/K. KUPRECHT/Y. FISCHER, Drum prüfe, wer sich bindet! – «Compliance» im Kulturgüterhandel?, *AJP* 2003, 507 ff.
- M.-A. RENOLD (U.A. HRSG.), *Criminalité blanchiment et nouvelles réglementations en matière de transfert de biens culturels* (Zürich 2006);
- L. REUTTER, *Internationaler Kulturgüterschutz* (Bern 2006);
- SIEGFRIED, *Internationaler Kulturgüterschutz in der Schweiz*, Diss. Zürich 2005;
- K. SIEHR, Das Sachenrecht der Kulturgüter – Kulturgütertransfergesetz und das Schweizerische Sachenrecht, *FS Rey* (Bern 2003) 126 ff.;
- K. SIEHR, Das Kulturgütertransfergesetz der Schweiz aus der Sicht des Auslandes, *AJP* 2005, 675 ff.;
- SPRECHER, *Beschränkungen des Handels mit Kulturprodukten und die Eigentumsgarantie* Diss. Zürich 2003.