

KUR

Kunst und Recht | Journal für Kunstrecht, Urheberrecht und Kulturpolitik

Herausgeber: Dr. Ulf Bischof

Wissenschaftlicher Beirat:

Dr. Michael Franz

Leiter der Koordinierungsstelle Magdeburg

Robert Kirchmaier

Leitender Regierungsdirektor bei den
Bayerischen Staatsgemäldesammlungen,
München

Thomas R. Kline

Rechtsanwalt, Andrews Kurth LLP,
Washington D.C.

Dr. Andrea F.G. Raschèr

Raschèr Consulting, Zürich

Prof. Dr. Haimo Schack

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Thomas Weis

Geschäftsführer der Internationalen
Gesellschaft der Bildenden Künste, Berlin

Aus dem Inhalt:

Kunstexperte und Kunstrichter – 171
Das Gutachten der Experten im
Urteil der Richter

Mischa Senn

The Case of the “Not Right” Basquiat 175

Joseph A. Patella

Kommentar zum Schwabinger Kunstfund – 179
„Herr Gurlitt trägt neben rechtlichen auch
moralische Verpflichtungen“

Ulf Bischof

Kunstrecht auf dem Prüfstand: 183
Der „Schwabinger Kunstfund“ an der
Schnittstelle von Strafverfolgung
und Sachenrecht

Matthias Weller



Schleuen Verlag

Kunstexperte und Kunstrichter – Das Gutachten der Experten im Urteil der Richter

Mischa Senn*

Kunstexperten und Kunstrichter haben letztlich eine gleiche Aufgabe: Sie urteilen über einen Sachverhalt, wie er nach den Regeln ihrer „Kunst“ (lege artis) den spezifischen Normen zuzuordnen ist. „Letzte Instanz“ ist das Gericht. Das Verhältnis von Experte und Richter ist Gegenstand dieser Betrachtung, in der eine Übersicht zu Rechtsfragen über Gutachten und Anforderungen an die Experten und Richter dargelegt wird. Im Vordergrund der Betrachtung stehen dabei nicht die vertragsrechtlichen Verhältnisse¹, sondern die prozessrechtlichen Bestimmungen, also die Stellung der Gutachten im Rechtsverfahren.²

I. Begriff und Art der Gutachten/Expertisen

■ Ist die Rede von (Kunst-)Expertisen, muss man sich erst einmal Klarheit darüber verschaffen, von welchem *Begriff* man ausgeht: Der im Kunstbereich üblicherweise verwendete Begriff der (Kunst-)Expertise hat sich insbesondere mit der Urheberbestimmung, der Echtheit und der Periode zu befassen; es geht dabei um eine *Zuschreibung*.³ Von Gutachten spricht man im Kunstmarkt vor allem dann, wenn der Gegenstand (hier: Kunstwerk) eine Preisbestimmung (Schätzung) zum Inhalt hat. Da formalrechtlich ein (Kunst-)Sachverständigen-Gutachten vorliegt,⁴ wird nachfolgend hauptsächlich als Oberbegriff der Terminus *Gutachten* verwendet, der auch die Expertise zum Inhalt hat.

Hinsichtlich der *Art von Expertisen* zeigt sich, dass unterschiedliche Darstellungen zur Systematik der Methoden und Analysen bestehen. Sinnvoll erscheint eine Unterteilung von Expertisen nach den drei Analyse-Methoden, nämlich dem stilistischen, der kunsthistorischen/kunstwissenschaftlichen und naturwissenschaftlichen/technischen Verfahren, wobei klar bleibt, dass die Übergänge fließend sein können und eine einzelne Expertise mehrere Analysen umfassen kann, abhängig vom Auftrag und der Leistungskapazität der untersuchenden Institution oder Person.

Die einleitende Darstellung der Analyse-Methoden erscheint hier deshalb angezeigt, als darin auch die Art der Methode aufzuzeigen ist, nämlich ob es sich um eine *subjektive* oder *objektive* Methode handelt.⁵ Denn dieser Gesichtspunkt ist in der vorliegenden Untersuchung hinsichtlich des prozessrechtlichen Verfahrens von Bedeutung, wenn es um die Unterscheidung zwischen Werturteil und Tatsachenfeststellung geht (vgl. unten IV). Präzisierend ist vorab festzuhalten, dass der meist verwendete Begriff der „Methode“ im Zusammenhang mit der Zuordnung zur subjektiven oder objektiven Verfahrensweise insofern dann nicht zutrifft, wenn man die *Durchführung* als solche betrachtet. Denn diese kann auch bei der sog. subjektiven Methode durchaus nach objektiven Kriterien erfolgen, beispielsweise nach anerkannten wissenschaftlichen Standards. Eine Zuordnung zu subjektiver oder objektiver „Methode“ ist dann zutreffend, wenn man sich auf das Ergebnis und die *Beurteilung* bezieht.

Diese Prämisse im Auge, lassen sich die drei Analyse-Kategorien nach den Merkmalen *Gegenstand*, *Verfahren* und *Art* (der Methode) darstellen. Danach hat die stilistische Analyse eine Attributsbeurteilung (stilistische Eigenschaften) zum Gegenstand, das Verfahren ist eine künstlerisch/wissenschaftliche Untersuchung und das wertende Ergebnis ist subjektiv (Werturteil).⁶ Demgegenüber hat die kunsthistorische bzw. kunstwissen-

* Prof. Dr. iur. Mischa Senn ist Leiter des Zentrums für Kulturrecht (ZKR) an der Zürcher Hochschule der Künste. Der Autor dankt lic. iur. Cornelia Bichsel und Rechtsanwalt Dr. iur. Andreas Gersbach für die nützlichen Hinweise.

1 Diese Aspekte wurden bereits hinreichend abgehandelt, vgl. beispielsweise die Beiträge in KUR 2|2013.

2 Der Beitrag untersucht diese Aspekte basierend auf Schweizer Recht.

3 Dies war denn auch Thema der Tagung „Expertise. Das Kunsturteil zwischen Geschichte, Technologie, Recht und Markt“ vom 16./17.5.2013, veranstaltet vom Schweizerischen Institut für Kunstwissenschaft (SIK-ISEA), dem Kunsthistorischen Institut der Universität Zürich und dem Zentrum für Kulturrecht (ZKR) – siehe dazu die beiden Beiträge von *Nägeli* und *Küffer* in KUR 5|2013.

4 Vgl. *Florian Schmidt-Gabain*, *Kunstsachverständigen-Vertrag*, Andrea Raschèr/Mischa Senn, *Kulturrecht – Kulturmarkt*, Zürich 2012, S. 243; *Anna Blume Huttenlauch*, *Die Haftung des Kunstexperten*, KUR 2004, 118-128, 118; *Bruno Glaus*, *Haftung von Experten und Werkverzeichner*, KUR 2004, 112-117, 113.

5 Vgl. auch *Huttenlauch* (Fn. 4) S. 122.

6 Vgl. auch *Friederike Gräfin von Brühl*, *Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem*, Köln 2008, S. 20; *Huttenlauch* (Fn. 4) S. 122.

schaftliche Analyse eine Kontextbeurteilung bzw. Provenienzforschung zum Gegenstand, während sich das Verfahren auf eine kunstwissenschaftliche oder kunsthistorische Untersuchung stützt; die wertende Schlussfolgerung ist subjektiv. Die naturwissenschaftliche oder technische Analyse schließlich gibt hinsichtlich ihres Gegenstandes Auskunft über Herkunft, Alter oder Zustand und ist damit eine Entstehungszuschreibung⁷; das Verfahren stützt sich auf technische, chemische oder physikalische (Labor-)Untersuchungen (z.B. Farben, Pigmente, Bindemittel); die rein faktenmäßige Zusammenfassung des Ergebnisses ist objektiv (Tatsachenfeststellung).⁸

II. Gutachten im Rechtsverfahren

Hauptfunktion der Gutachten ist die Beurteilung eines Sachverhaltes, bei einer Kunst-Expertise ist also das Kunstwerk der Gegenstand der Beurteilung. In Kunstrechtsfällen können Expertisen selbst Gegenstand des Verfahrens sein, beispielsweise dann, wenn das Gutachten mangelhaft oder gar (bewusst) falsch ist. Die Stellung und die Anforderungen an Gutachten werden hier dargestellt. Prozessrechtlich ist dabei zwischen einem Gerichtsgutachten und einem Privatgutachten zu unterscheiden.

1. Gerichtsgutachten

Rechtsgrundlagen für ein Gerichtsgutachten sind die Prozessordnungen. Im vorliegenden Beitrag werden die *zivilprozessrechtlichen* Bestimmungen gemäß Zivilprozessordnung (ZPO) untersucht.⁹ Dabei hat das von einem Gericht in Auftrag gegebene Gutachten (Art. 185 ZPO) die Feststellung und Beurteilung von Tatsachen zum Inhalt und soll Erfahrungssätze des aktuellen Wissensstandes festhalten. Prozessrechtlich ist das Gerichtsgutachten eine Urkunde (Art. 177 ZPO) und ein Beweismittel (Art. 168 Abs. 1 lit. b) ZPO¹⁰, womit ihm der Status einer *Tatsachenfeststellung* zugrunde liegt.

Entsprechend hoch sind die Anforderungen an den Gutachter (Sachverständigen): Er hat ein (qualifiziertes) Fachwissen aufzuweisen und muss die Sorgfaltspflichten¹¹ erfüllen. Dementsprechend ist das Gutachten gemäß Art. 188 Abs. 2 ZPO an die Gebote der Vollständigkeit, Klarheit und Schlüssigkeit (Widerspruchsfreiheit) gebunden. Auch gilt das Prinzip der Transparenz (Nachvollziehbarkeit¹²), das hinsichtlich der Methode bzw. dem Vorgehen, den getätigten Abklärungen, den

herangezogenen (tatsächlichen) Grundlagen (sog. Befundtatsachen¹³), den zugrunde gelegten Lehrmeinungen sowie der Begründung der Schlussfolgerungen¹⁴ vorliegen muss. Nebst der Wahrheitsverpflichtung (Art. 184 Abs. 1 ZPO) ist der Gutachter darüber hinaus der Geheimhaltungsverpflichtung bzw. dem Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB) unterstellt.

2. Privatgutachten

Das Privatgutachten ist meist schon vor einem Rechtsverfahren für die Beurteilung von Kunstwerken vorliegend. In einem Streitverfahren kann es also entweder schon bestehend sein oder erst im Auftrag einer Partei von einer Fachperson erstellt werden. Während es sich vom Inhalt her gesehen nicht vom Gerichtsgutachten unterscheidet (höchstens aufgrund der unterschiedlichen Fragestellungen), ist seine Qualifikation im Verfahren eine wesentlich andere: Das Privatgutachten ist eine (reine) Parteibehauptung bzw. ein Parteivorbringen; es ist kein Beweismittel und stellt entsprechend erst mal eine *Tatsachenbehauptung* und keine *Tatsachenfeststellung* dar. Es stellt aber auch eine Urkunde (gemäß Art. 183 Abs. 1 ZPO¹⁵) dar und wird im Rahmen der (Beweis)-Würdigung berücksichtigt.¹⁶

3. Freie Beweiswürdigung

Art. 157 ZPO hält den Grundsatz der freien Beweiswürdigung fest, wonach sich „das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise“ bildet.¹⁷ Zentral ist dabei die *Würdigungsfreiheit*, welche dem Gericht das Recht und die Pflicht gibt, den Entscheid nach freier Überzeugung zu fällen.¹⁸ Diese Freiheit der Würdigung ist jedoch nicht grenzenlos, sondern wird einerseits durch definierte Beweisregeln eingeschränkt¹⁹ und hat sich andererseits an klar definierte Kriterien zu halten. Auf diese Würdigungskriterien ist nun in unserem Zusammenhang der Würdigung von Gutachten durch das Gericht näher einzugehen. Dabei kommt dem Gerichtsgutachten eine „hohe Beweiskraft“, dem Privatgutachten (da Parteibehauptung) ein gewisser „Beweiswert“ zu.²⁰

7 Vgl. Klaus Ebling/Marcel Schulze, *Kunstrecht*, München 2007, S. 244.

8 Vgl. auch von Brühl (Fn. 6) S. 22; Huttenlauch (Fn. 4) S. 122.

9 Zu den strafprozessrechtlichen Bestimmungen siehe den Beitrag von Küffer, KUR 2013, 149–153.

10 Vgl. BPatGer, *Entscheid v. 3.5.2012 (O2012_022)*, E.10.1; BK-ZPO Art. 183 N 17.

11 Ist das Fachwissen zu gering, kann die Übernahme des Auftrags eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen: BK-ZPO Art. 183 N 25.

12 Dike-Komm-ZPO, Zürich 2011, Art. 188 N 17.

13 Dike-Komm-ZPO (Fn. 12), Art. 187 N 10.

14 Vgl. dazu Alfred Bühler, *Gerichts- und Privatgutachten im Immaterialgüterrechtsprozess*, sic! 2007, 607–614, 607.

15 Vgl. BPatGer, *Entscheid v. 3.5.2012 (O2012_022)*, E.10.1.

16 Dike-Komm-ZPO (Fn. 12), Art. 157 N 30.

17 Demgegenüber lautet Art. 10 Abs. 2 StPO: „Das Gericht würdigt die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung.“ – Auf diese Unterschiede ist hier nicht näher einzugehen (vgl. auch den Beitrag von Küffer in KUR 2013, 149–153).

18 Vgl. Bühler (Fn. 14) S. 607.

19 Darauf ist hier nicht weiter einzugehen, siehe dazu Dike-Komm-ZPO (Fn. 12), Art. 157 N 2 ff.

20 Vgl. dazu Dike-Komm-ZPO (Fn. 12), Art. 157 N 27 und 30 – auf die Unterschiede wird hier nicht weiter eingegangen.

Das Gericht hat dabei zuerst zu prüfen, ob die für ein Gutachten beschriebenen *Anforderungen* – wie formale Voraussetzungen, Vollständigkeit und Begründung – erfüllt sind.²¹ Das Gericht selbst unterliegt dann hinsichtlich seiner Beurteilung (Gewichtung) ebenfalls einer *Begründungspflicht*, was bedeutet, dass es seine Überzeugung bzw. Schlussfolgerung (nachvollziehbar) zu begründen hat.²² Die richterliche Überzeugung als solche basiert u.a. auf den (rechtlichen) *Fachkenntnissen*, der *Lebenserfahrung*, der *Menschenkenntnis* und – nicht zuletzt und anerkanntermaßen – auf *Intuition* und *Gefühl*.²³ Die beiden letzteren Komponenten werden zutreffend auch als „irrationale Vorgänge“²⁴ beschrieben; gleichwohl dienen sie der Entscheidungsfindung und ihre reale Bedeutung ist nicht zu unterschätzen (siehe dazu Ziff. IV.).

III. Zur Qualifikation von Gutachten

1. Rechtsnatur

Vertragsrechtlich gesehen, liegt dem Privatgutachten in aller Regel ein *Auftragsverhältnis* zugrunde.²⁵ Ausnahmsweise kann ein *Werkvertragsverhältnis* dann vorliegen, wenn das Ergebnis der Gutachterarbeit „objektiv garantiefähig“ sein soll, d.h. sich die Antworten als „richtig oder falsch erweisen“²⁶ müssen. Insofern enthält eine entsprechende Schlussfolgerung eine Tatsachenbehauptung (worauf sogleich einzugehen ist). Die Rechtsnatur des Gerichtsgutachtens wird zumeist als öffentlich-rechtlicher Vertrag qualifiziert.²⁷ Aufgrund der prozessrechtlichen Stellung als Beweis²⁸ ist es eine Tatsachenfeststellung.

2. Meinungsäußerungen und Tatsachenfeststellung

Unter dem Aspekt von Meinungsäußerungen stellen Gutachten bzw. deren Schlussfolgerungen wie gesehen Werturteile, ausnahmsweise Tatsachenbehauptungen dar.²⁹ Es ergeben sich dabei folgende Konstellationen: Gutachten stellen dann ein Werturteil dar, wenn der Gutachter aufgrund seiner (fachlichen) Untersuchung seine subjektive Wahrnehmung und die

daraus gewonnenen Ergebnisse abgibt³⁰, also eine fachlich begründete Einschätzung vorlegt. Dies wird vom *BGH* zutreffend dahingehend umschrieben, als es sich beim Gutachten „dem Wesen nach (...) um eine Kundgebung seiner subjektiven, gutachterlichen Überzeugung (...) handelt, die ihrer Zielrichtung nach Wertung ist (...)“³¹ Das Gutachten bleibt auch dann ein Werturteil, wenn es „äußerlich als Tatsachenbehauptung formuliert worden ist“, es jedoch (auftragsgemäß) auf Wertungen beruht.³²

Abweichend vom Regelfall können Gutachten eine Tatsachenbehauptung – oder sogar Tatsachenfeststellung – sein. So ist die naturwissenschaftliche/technische Analyse als Tatsachenfeststellung zu betrachten.³³ Geht es um die Bewertung der naturwissenschaftlichen oder technischen Ergebnisse, ist diese Beurteilung ein Werturteil. Sind jedoch keine weiteren Interpretationen notwendig, liegt eine Tatsachenfeststellung vor.

Ein Sonderfall einer Tatsachenbehauptung kann sich dann ergeben, wenn „die der Schlussfolgerung vorausgehende methodische Untersuchung oder die zum Ergebnis führende Anwendung spezieller Kenntnisse und Fähigkeiten nur vorgetäuscht oder grob leichtfertig vorgenommen worden ist“³⁴. Und wie oben (Ziff. II. 1.) gesehen, gelten Gerichtsgutachten als Tatsachenfeststellung.

3. Das Gutachten als „Test“

Der Titel weist auf einen eher unerwarteten Aspekt hin, der aber nichtsdestotrotz zumindest prüfenswert scheint. Während das zweite Augenmerk auf die Folgen dieser Zuordnung gerichtet sein wird, ist zuerst mal der Frage der Qualifikation nachzugehen: Als Test wird das „Feststellen einer oder mehrerer Eigenschaften eines bestimmten Erzeugnisses, Verfahrens oder einer Dienstleistung nach einem vorgeschriebenen geeigneten Verfahren“ verstanden.³⁵ Vergleicht man dazu die oben aufgeführte Umschreibung von Gutachten, lässt sich eine Identität in den

21 Vgl. oben Ziff. II. 1. und 2.

22 Vgl. BGE 130 I 337 E.5.4.2; BK-ZPO Art. 183 N 15.

23 Vgl. zur richterlichen Intuition *Manfred Rehbinder*, Rechtssoziologie, 7. Aufl., München 2009, Rz.118.

24 *Bühler* (Fn. 14) S. 609 (mwH).

25 Da auf diese Aspekte im vorliegenden Beitrag nicht weiter einzugehen ist, wird lediglich anstelle vieler verweisen auf: *Schmidt-Gabain* (Fn. 4) S. 244; *KKR-Renold*, Kultur-Kunst-Recht, Basel 2009, Kap 8 Rz 84; *Glaus* (Fn. 4) S. 113.

26 *Dike-Komm-ZPO* (Fn. 12), Art. 184 N 3.

27 Das *BPatGer* spricht von „prozessrechtlichem Auftrag sui generis mit werkvertraglichen Elementen“ (Entscheid v. 3.5.2012 (O2012_022), E.10.2); *Dike-Komm-ZPO*, Zürich 2011, Art. 184 N 3; gemäß BK-ZPO kommt (nur) in bestimmten Fällen Werkvertragsrecht zur Anwendung (Art. 184 N 1).

28 Siehe Ziff. II. 1. oben.

29 Vgl. Ziff. I. Dazu im Einzelnen *Mischa Senn*, Kulturrecht, Andrea Raschèr/Mischa Senn, Kulturrecht – Kulturmarkt, Zürich 2012, S. 13 f. (mwH).

30 Vgl. dazu *LG Köln*, Urteil v. 25.2.2013 – *Polke-Gutachten*, KUR 2013, 105.

31 *BGH*, Urteil v. 18.10.1977; siehe auch *LG Köln*, Urteil v. 25.2.2013 – *Polke-Gutachten*, KUR 2013, 106.

32 So zutreffend *LG Köln*, Urteil v. 25.2.2013 – *Polke-Gutachten*, KUR 2013, 106; siehe auch *LG Köln*, Urteil v. 28.9.2012 E.3.b – *Beltracchi*, ZUM 2013, 332, 337; *BGH*, Urteil v. 17.6.1997 E.II.1, AfP 1997, 911.

33 Vgl. *LG Köln*, Urteil v. 28.9.2012 E.3.b – *Beltracchi*, ZUM 2013, 332, 335; dazu *Florian Braunschmidt*, Rechtsfolgen unzutreffender Katalogangaben bei Kunstauktionskäufen, NJW 2013, 734–739, 738; siehe dazu die Ausführungen in Ziff. I. oben.

34 *LG Köln*, Urteil v. 25.2.2013 – *Polke-Gutachten*, KUR 2013, 107 (unter Hinweis auf das *BGH*-Urteil v. 18.10.1977).

35 So beispielsweise Grundsatz 3.3 Ziff.1 der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK); vgl. dazu *Andreas Gersbach/Mischa Senn*, Neuer Grundsatz über das Testwesen, sic! 2001, 274–278; *Andreas Gersbach*, Der Produktetest im schweizerischen Recht, Zürich 2003, 6 (mwH); *Entscheid der SLK (SLKE)* v. 7.11.2012, E.9 – *Beste Hotelfachschulen*, sic! 2013, 190. Eine ähnliche Umschreibung zieht auch das *BPatG* heran im Beschluss v. 27.6.2012, E.2.c, GRUR 2013, 388.

wesentlichen Punkten feststellen, indem das Gutachten – generell umschrieben – eine nach anerkannter Methode getätigte Feststellung und Beurteilung von Tatsachen zum Inhalt hat.³⁶ Der Gegenstand der Untersuchung bei (Einzel-)Tests³⁷ und bei Kunstgutachten ist in beiden Fällen ein „Produkt“; im ersten Fall sind es Waren und Dienstleistungen, im zweiten Fall ist es ein Kunstwerk, denn letztlich ist ein Kunstwerk ein Produkt.³⁸

Auch hinsichtlich der für einen Test erforderlichen Kriterien lassen sich weitgehende Übereinstimmungen mit jenen für ein Gutachten feststellen, die man dort einerseits bei den Anforderungen und andererseits beim Sorgfaltsmaßstab findet.³⁹ Die hauptsächlichen Kriterien für Tests sind gemäß SLK-GS 3.3 Ziff. 2 die Neutralität und die Objektivität, wobei mit *Neutralität* insbesondere die Unabhängigkeit und die Sachkunde (fachliche Kompetenz) gemeint sind, während die Objektivität als Unterkriterien die Wahrheit resp. die Richtigkeit (und damit das Täuschungsverbot), die Klarheit (Irreführungsverbot) sowie die Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit erfasst.⁴⁰ Hinsichtlich der Kommunikation von Testergebnissen hält die Test-Richtlinie in Ziff. III.1.3 fest, dass Wertungen der Testergebnisse den tatsächlichen Feststellungen entsprechen müssten.

Während sich die Fragen der verlangten Kriterien bei Gutachten erst einmal für das Erstellen der Bewertung manifestieren, legen die Grundsätze der SLK nicht nur die Anforderungen an die Durchführung von Tests fest, sondern – und insofern sind sie *lauterkeitsrechtlich* relevant – auch an deren Kommunikation.⁴¹ Das kann eben auch für Kunstgutachten maßgebend werden, wenn und soweit dessen Inhalt (Ergebnis) öffentlich kommuniziert wird. Das ist zumindest auszugsweise dann der Fall, wenn beispielsweise im Auktionskatalog darauf verwiesen oder daraus zitiert wird und die diesbezüglichen Katalogangaben somit auf dem Kunstgutachten basieren.⁴²

Im Ergebnis lässt sich hierzu festhalten, dass (Kunst-)Gutachten Tests darstellen und man einerseits auch die Test-Kriterien für die Durchführung der Begutachtung heranziehen kann, andererseits die Richtlinien für Tests auf jeden Fall dann zur Anwendung kommen, wenn gutachterliche Ergebnisse kommuniziert werden. Insofern können durch öffentliche Bekanntgabe von (Kunst-)Gutachten lauterkeitsrechtliche Tatbestände erfüllt werden. So kann beispielsweise die Kommunikation ei-

nes mangelhaften Gutachtens den Tatbestand der unlauteren Irreführung gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b. UWG (unrichtige Angaben zu Waren/Werken) und SLK-GS 3.3 Ziff. 3 (Durchführung/Kommunikation von Tests) erfüllen.

IV. Vergleich Experte – Richter: Begründungspflicht/Intuition

Vergleicht man die Anforderungen an den Kunstexperten und an den Kunstrichter, so lassen sich einige Parallelen feststellen: Beide müssen einen Kriterienkatalog beachten und ihrem Urteil insbesondere eine Begründung zugrunde legen. Ihr Urteil hat nach formalen und inhaltlichen Kriterien zu erfolgen, doch bleibt in beiden Fällen das recht offene Moment der fachlichen bzw. richterlichen Überzeugung und die darin enthaltenen „irrationalen Vorgänge“ als subjektive Komponenten bestehen. Die *Intuition* als eine Art von „gefühltem“ bzw. „implizitem Wissen“⁴³ oder „unbewusster Intelligenz“⁴⁴ stellt zuweilen sogar die eigentliche Basis des Urteils dar. Auch wenn sie als ein „Modus der Erkenntnis“⁴⁵ angesehen wird, sind die daraus gewonnenen Erkenntnisse nicht (unbedingt) weiter begründbar.⁴⁶ Zutreffend daher die Ansicht, wonach es die Intuition dem Kunstexperten erlaube, „ein Urteil in kürzester Zeit zu fällen, ohne dass einem die Gründe im Augenblick des Entscheidens bewusst wären.“⁴⁷ Ebenso zutreffend ist die Feststellung, wonach ein (etablierter) Fachexperte wie ein „Richter immer Individuum und Institution zugleich“⁴⁸ sei.

Häufig wird von beiden Richtern (Kunst – Recht) auf die Intuition abgestellt, selbst wenn das zuweilen nicht so direkt eingestanden wird – es lässt sich ja beinahe alles nachträglich (nach der intuitiven Eingebung) rational begründen. Das lässt sich im rechtlichen Verfahren durch mehrere Instanzen nur schon daran ablesen, dass die einzelnen Gerichtsinstanzen bei gleichem Sachverhalt teils konträre Urteile fällen, was mit einem doch erheblichen Ermessensspielraum und unterschiedlichen „Intuitionen“ zu erklären ist. Nicht anders auch bei Expertengutachten, die ebenfalls zu höchst unterschiedlichen bis gegenteiligen Schlussfolgerungen gelangen (abgesehen von den Gefälligkeitsgutachten).

Die Gefahr eines Fehlentscheidens ist durch die „weichen Kriterien“ keineswegs zwingend erhöht, sind doch Intuition und Gefühl (und wohl auch der sogenannte gesunde Menschenverstand) „sichere Werte“ der Entscheidungsfindung. Hier wie dort

36 Es finden sich hierzu wenige Beiträge; vgl. dazu *Huttenlauch* (Fn. 4) S. 119.

37 Es geht hier um sog. *Einzeltests* und nicht um *vergleichende Tests*, wo verschiedene Produkte untersucht werden, die zueinander in Konkurrenz stehen können (vgl. dazu die Test-Richtlinien der SLK, Ziff. 2).

38 Vgl. zum Begriff auch *Dirk Boll*, *Kunst ist käuflich*, Zürich 2009, S. 120, der von Produkteigenschaften spricht.

39 Siehe dazu die Ausführungen in Ziff. II. 1.

40 Siehe *Gersbach/Senn* (Fn. 35) S. 275 ff.; SHK-UWG, Bern 2010, 3 lit. e. N. 56; vgl. dazu auch schon *BGH*, Urteil v. 17.6.1997 E.II.1, AfP 1997, 911.

41 *Gersbach/Senn* (Fn. 35) S. 278.; SHK-UWG, Bern 201, 3 lit. e. N. 56.

42 Vgl. auch *Braunschmidt* (Fn. 33) S. 738.

43 *Barbara Nägeli*, *Das Auge ist der Richter? Der Kennerblick in der Kritik* (KUR 2013, 144–149); Spinoza verwendete den Ausdruck *intuitives Wissen*.

44 *Gerd Gigerenzer*, *Mut zum Bauchentscheid*, *Tages-Anzeiger* v. 16.4.2013, S. 23 (vgl. dort die Literaturhinweise).

45 *Karlheinz Barck*, *Ästhetik, Ästhetische Grundbegriffe* (ÄGB), Bd. 1, Stuttgart 2000, S. 391.

46 Vgl. *Klaus-Jürgen Grün*, *Intuition*, *Metzler Lexikon Philosophie*, 3. Aufl., Stuttgart 2008, S. 279.

47 *Nägeli* (Fn. 43).

48 *Karoline Noack*, *Recht und Wahrheit*, *NJW* 2013, 740.

besteht jedoch die Gefahr der Leerformeln, wenn beispielsweise das Gericht lediglich festhält, es sei „von der Richtigkeit und Schlüssigkeit des Gutachtens überzeugt“. Deshalb ist für beide Bereiche die Begründung eine zwingende Pflicht. Ungeklärt (und kaum wissenschaftlich diskutiert) bleibt das Dilemma, wie und wie weit die „irrationalen Vorgänge“ der Intuition und des Gefühls überhaupt begründet werden sollen und können – außer dass man diesen Umstand in der Begründung transparent macht. Im Kunstbereich scheint übrigens das Dilemma der intuitiv erlangten Bewertung mehr oder weniger akzeptiert, gilt doch eine Expertenmeinung als Ergebnis bereits als hinreichend; und wenn nicht, so scheint eine – zuweilen beliebige und austauschbare – Standard-Begründung den meisten zu

genügen. Man kann zuweilen sogar feststellen, dass sich Kunstexperten – wohl qua ihrer (fachlichen) Autorität – beschränkt verpflichtet fühlen, ihre individuelle Beurteilung näher (hinreichend) zu begründen.

Wie dem auch sei, bleibt hinsichtlich des Verhältnisses von Kunstexperte und Kunstrichter die Feststellung einer unterschiedlichen Konsequenz, wonach das Urteil des Kunstexperten bis auf Widerruf gilt, während das des Gerichts verbindlich ist.⁴⁹ ■

⁴⁹ Misha Senn, Rechtsfigur des Durchschnittsrezipienten, KUR 2013, 17-22, 22 (unter Hinweis auf Jürgen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 104).

The Case of the “Not Right” Basquiat

Joseph A. Patella*

On April 2, 2013, the New York Court of Appeals put to rest a six-year-old case in which an art buyer charged that Christie’s committed actual fraud in its sale of a painting purported to be a work by Jean-Michel Basquiat and later found to be a forgery. The Court of Appeals vindicated Christie’s by denying the buyer’s motion for leave to appeal, thus upholding the rulings of two lower courts which granted Christie’s summary judgment on the buyer’s fraud claims. As the trial court found, highly focused deposition testimony revealed a lack of evidence to support the buyer’s broad-based accusations that the auction house had known beforehand that the painting was a fake and sold it anyway. The court reached this outcome despite accusations by the buyer that, prior to the sale of the painting, Christie’s had been warned that the painting was “not right”. Hence the question: why was such a warning found to be insufficient to justify trial on the merits?

I. A Problem for the Out of Time Claimant

■ Many claims alleging faulty authentication of art are decided and dismissed early on in the litigation process based on statute of limitations defenses or other narrow legal issues, such as laches, that deny the plaintiff her ultimate day in court – a trial. Advances in scholarship and technology may not reach a purchaser who safely tucks away the supposed centerpiece of her art collection, making it only available for private viewings. Accordingly, the purchaser of a painting could go many years, even decades, without learning that the attribution of the work has become suspect.

When questions of authenticity finally do come to light, whether through a public exhibition of the work or otherwise, the owner may no longer have recourse, due to the passage of time. For example, in New York, the statute of limitations for negligence claims expires three years after the date of the negligent act alleged to have caused injury, while claims sound-

ing in breach of contract become stale six years from the time of purchase of the artwork. So a purchaser filing suit against the gallery or auction house that sold an allegedly forged work many years prior is usually met with a motion to dismiss the case on the ground that it is time-barred.

But, what happens if the plaintiff/purchaser can find some way around the statute of limitations defense by, for example, alleging fraud? What if the plaintiff/purchaser’s creative allegations based on fraud or some other theory of liability put the gallery or auction house in a position where it has to devote time and legal expenses to defending an embarrassing claim in a full blown litigation that could end in a public trial and even appeals? The hard line that is initially taken in defending claims of authenticity may undergo a dramatic transformation when the defendant’s motion to dismiss is denied and the case goes forward into depositions of the participants. Settlement leverage can then shift to the plaintiff/purchaser.

* Joseph A. Patella is litigation partner with Andrews Kurth LLP. Andrews Kurth represented Christie’s in *Tony Shafrazi Gallery Inc. and Guido Orsi vs. Christie’s Inc.* discussed in this article.