

E. Kapitel 4 – Kaufrechtliche Ansprüche aufgrund unrichtiger Limitierungsangaben

Eine weitere mögliche Quelle von Ansprüchen in Fällen, in denen die durch den Künstler oder Dritte kommunizierten Limitierungsangaben nicht zutreffend sind und somit das Vertrauen eines Käufers in das Limitierungsversprechen des Künstlers enttäuscht wurde, liegt in der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung. Handelt es sich bei dem Vertrag, unter dem die fragliche Fotografie erworben wurde, um einen Kaufvertrag, einen Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB) oder einen Tausch (§ 480 BGB), so kann der unzufriedene Käufer Ansprüche aus den §§ 434 ff. BGB haben.¹¹⁹⁸

Zentrale Frage dieses Kapitels ist es, unter welchen Voraussetzungen eine falsche Auflagenangabe einen Gewährleistungsanspruch auslösenden Sachmangel darstellen kann und welche Ansprüche dem Käufer in diesem Fall zustehen. „Falsch“ ist eine Auflagenangabe, wenn sie in Bezug auf den zahlenmäßigen Umfang der Auflage unzutreffend ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie eine Auflage verspricht, die niedriger ist als die Anzahl der in Wirklichkeit bereits abgezogenen Werkexemplare. Insoweit baut auch dieses Kapitel auf den in Kapitel 1 erörterten praktischen Besonderheiten aus der Praxis der Herstellung von limitierten Auflagen auf. Weiterhin spielt auch die bereits in Kapitel 3 vorgenommene Auslegung von Limitierungserklärungen eine bedeutende Rolle. Entscheidend für die kaufrechtlichen Ansprüche ist auch, was genau durch Mitteilung einer Limitierungsangabe im Rahmen eines Verkaufs vereinbart wird und wann somit überhaupt eine negative Abweichung von dieser vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt. Die in Kapitel 3 gewonnenen Ergebnisse müssen insoweit unter den besonderen Voraussetzungen des kaufrechtlichen Sachmangelbegriffs geprüft werden, wobei es insbesondere

¹¹⁹⁸ Für den Werklieferungsvertrag (anwendbar z. B. bei der Anfertigung von Auftragswerken) und den Tausch wird vollständig auf die kaufrechtliche Mängelgewährleistung verwiesen (§ 651 S. 1 BGB bzw. § 480 BGB). Besondere Bedingungen gelten im Fall des Erwerbs durch Schenkung (§ 516 BGB) in Form einer zugunsten des Schenkers stark eingeschränkten Gewährleistung (§ 524 BGB). Im Weiteren erfolgen sämtliche Erörterungen am Beispiel des Kaufvertrags, sie lassen sich aber nach dem eben Dargelegten gleichfalls auf Werklieferungsverträge und Tauschgeschäfte anwenden.

auf die konkrete Person ankommen wird, die als Verkäufer des Kunstwerks auftritt. Da kaufrechtliche Ansprüche vertragliche Ansprüche sind, bestehen sie grundsätzlich nur gegenüber dem Vertragspartner. Es gilt daher zunächst auch, sich der unterschiedlichen Verkaufsmodalitäten des Kunstmarkts und der ihnen zugrunde liegenden Vertragskonstellationen im Allgemeinen zu vergewissern, da die Person des Vertragspartners entscheidende Auswirkungen auf den Umfang der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte haben kann. Angesichts der in Kapitel 3 gefundenen Ergebnisse zu Ansprüchen aus einem Limitierungsvertrag gegenüber dem Künstler besteht damit für das vorliegende Kapitel auch ein besonderes Interesse an der Frage, welche Personen außer dem Urheber für ein Auflagenversprechen einzustehen haben könnten.

I. Vorbemerkung: Rechtsbeziehungen beim Kunstkauf

Wie bereits oben erwähnt,¹¹⁹⁹ kann man den Kunsthandel in einen Primär- und einen Sekundärmarkt unterteilen¹²⁰⁰. Auf dem Primärmarkt werden „frische“ Werke direkt durch den Künstler oder z. B. durch seinen Galeristen erstmalig an einen Sammler verkauft.¹²⁰¹ Verkauft der Sammler sein Werk weiter, so handelt es sich um ein Geschäft auf dem Sekundärmarkt¹²⁰². Dieser umfasst somit diejenigen Geschäfte mit Kunstwerken, von denen der Künstler selbst nicht mehr unmittelbar¹²⁰³ (sondern allenfalls mittelbar über den Folgerechtsanspruch des § 26 UrhG¹²⁰⁴) profitiert.¹²⁰⁵

1199 B.II.3.d), S. 84.

1200 Teilweise wird vom Auktionenhandel auch als weiterem (Tertiär-)Markt gesprochen; vgl. *Knebel*, in: Was kostet Kunst?, 17 ff., der die Unterscheidungskraft einer solchen Abgrenzung jedoch sogleich relativiert. Siehe zudem m. w. N. *Anton*, in: FS Siehr, 334.

1201 *Anton*, in: FS Siehr, 333.

1202 *Anton*, in: FS Siehr, 333 f.

1203 Dies auch als Ausfluss des Erschöpfungsgrundsatzes; vgl. zum Erschöpfungsgrundsatz z. B. *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger, § 15 Rn. 23 ff.

1204 Zum Folgerechtsanspruch oben Fn. 392

1205 Auktionen sind daher normalerweise Transaktionen auf dem Sekundärmarkt. Inzwischen gibt es einige bemerkenswerte Ausnahmen. Wegbereitend war wohl der Künstler Damien Hirst, der am 15. und 16. September 2008 vom Auktionshaus Sotheby's Werke versteigern ließ, die direkt aus seinem Atelier kamen, vgl. z. B. *Gropp*, Rose-Maria, Gebt dem Künstler, was des Künstlers ist, FAZ vom 11. September 2008, 31 sowie *Dies.*, Der Hirst-Block oder Das Goldene Kalb lebt, FAZ vom 20. September 2008, 41. Auch die streitgegenständlichen Fotografien im Rechtsstreit *Sobel v. Eggleston* (oben B.III.2, S. 92, waren „druckfrisch“ auf Auktionen verkauft worden. In Deutschland könnte die

Nur bei Geschäften auf dem Primärmarkt kann somit eine unmittelbare (kauf-)vertragliche Rechtsbeziehung des Käufers zum Künstler selbst entstehen. Jedoch haben die meisten der (etablierten) Künstler eine (vielfach auch exklusive¹²⁰⁶) Vereinbarung mit einer Galerie¹²⁰⁷, die den Absatz neuer Werkstücke für sie übernimmt, sodass der Künstler selbst in den Verkauf seiner Werke nicht mehr unmittelbar eingebunden ist. Häufig kümmern sich diese Galerien auch um die Außendarstellung des Künstlers und fungieren somit gleichzeitig als dessen Agenten, PR-Berater und Manager.¹²⁰⁸ Verkaufen die Galerien Werke des Künstlers, so könnten sie als dessen Stellvertreter gemäß §§ 164 ff. BGB auftreten, wodurch der Kaufvertrag – auch ohne direkte Beteiligung des Künstlers an den Verhandlungen – unmittelbar zwischen Sammler und Künstler zustande kommen würde.¹²⁰⁹ Etwaige Mängelgewährleistungsansprüche würden dann ebenfalls nur zwischen Künstler und Käufer bestehen, während eine Haftung gegen den als Stellvertreter auftretenden Verkäufer nur im Einzelfall im Rahmen der sogenannten „Vertreter-eigenhaftung“ gemäß § 311 Abs. 3 BGB begründet werden könnte.¹²¹⁰ Das Stellvertretermodell ist jedoch in der Praxis wohl nicht der Regelfall. In der Regel agiert der Galerist, wenn er auf dem Primärmarkt Kunstwerke verkauft, im Rahmen eines Kommissionsgeschäftes in *eigenem* Namen und somit gerade nicht als Stellvertreter des Künstlers.¹²¹¹

Bei einer Kommission (§§ 383 ff. HGB) besteht zwischen dem Auftraggeber der Kommission (Kommittent) und dem Kommissionär ein Vertragsverhältnis (Kommissionsverhältnis), welches die Abwicklung des Verkaufs durch den Kommissionär regelt (vgl. § 383 Abs. 1 HGB). Hieraus erwächst dem Kommissionär z. B. die Pflicht, das durch den Verkauf der Ware Erlangte (in der Regel also den Kaufpreis) an den Kommittenten herauszugeben (§ 384 Abs. 2 HGB). Der Kommissionär wiederum schließt mit dem Käufer einen normalen Kaufvertrag gemäß § 433 BGB. Für den Käufer bleibt der Kommit-

Versteigerung von „ungebrauchter“ Kunst wegen § 34 b Abs. 6 Nr. 5 b) GewO rechtlich unzulässig sein, vgl. Anton, in: FS Siehr, 341 f.

1206 G. Schulze, in: Ebling/Schulze, 4. Teil Rn. 15; Schack, Kunst und Recht, Rn. 645, 649, 653 f.

1207 Heutzutage teilweise auch mit sogenannten Kunstberatern oder Kunstagenturen, von denen sich der Galerist regelmäßig durch seine Ausstellungstätigkeit unterscheidet, Mues, Ausstellungsvertrag, 15.

1208 Anton, in: FS Siehr, 359 f.; Mues, Ausstellungsvertrag, 15 f.; Schack, Kunst und Recht, Rn. 654 f.

1209 Schack, Kunst und Recht, Rn. 656; Braun, WM 1992, 893 (895 f.).

1210 Ausführlich z. B. bei Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen, § 311 Rn. 109 ff. Für eine Vertreter-eigenhaftung des Auktionators noch vor der Kodifizierung in § 311 Abs. 3 BGB: OLG Düsseldorf, OLGZ 1978, 317 (318).

1211 Anton, in: FS Siehr, 352 f.; Mues, Ausstellungsvertrag, 47; Schack, Kunst und Recht, Rn. 657; Gernot Schulze, in: Kunstrecht, 4. Teil Rn. 16.

tent im Hintergrund – auf dem Sekundärmarkt kennt er häufig nicht einmal dessen genaue Identität. Aufgrund des in weiten Teilen sehr um Diskretion bemühten Kunstmarkts – insbesondere zum Schutz der Bezugsquellen¹²¹² – ist die Kommission dort das bevorzugte Modell zur Abwicklung von Transaktionen insbesondere auf dem Sekundär-, aber eben auch auf dem Primärmarkt.¹²¹³ In der Folge hat der Käufer bei einem Kommissionsgeschäft kaufvertragliche Ansprüche stets nur gegen den Kommissionär.¹²¹⁴

Zu einem Kaufvertrag zwischen Sammler und Künstler kommt es auf dem Primärmarkt somit im Prinzip nur im Rahmen sogenannter „Atelierverkäufe“¹²¹⁵. In allen anderen Fällen ist grundsätzlich der Galerist als Intermediär der ausschließliche Vertragspartner¹²¹⁶ des Sammlers und somit kaufrechtlicher „Ansprechpartner“ bei Unzufriedenheit mit dem Kaufgegenstand.

Auf dem *Sekundärmarkt* ist Verkäufer der Noch-Eigentümer des Kunstwerks, d. h. regelmäßig ein Sammler. Eine kaufrechtliche Beziehung zwischen dem Käufer und dem Künstler selbst ist auf dem Sekundärmarkt ausgeschlossen, da letzterem das Werk ja auch gar nicht mehr gehört und er an der Transaktion unbeteiligt ist. Aber auch auf dem Sekundärmarkt kommt der Kaufvertrag häufig nicht unmittelbar zwischen dem Verkäufer und dem Erwerber zustande. Vielmehr handelt der normalerweise eingeschaltete Intermediär (Kunsthändler, Auktionshaus) vielfach ebenfalls im Rahmen eines Kommissionsgeschäfts in eigenem Namen auf Rechnung des Auftraggebers, d. h. in der Regel für den „Noch-Eigentümer“ des Kunstwerks.¹²¹⁷

Ob insbesondere in der Handelspraxis der Auktionshäuser das Vertretermodell oder das Kommissionsmodell überwiegt, kann nicht eindeutig festgestellt werden.¹²¹⁸ Auch in der Literatur gehen die Meinungen auseinander.¹²¹⁹ Zumindest die großen Kunstauktionshäuser vereinbaren in ihren

1212 Anton, in: FS Siehr, 352; Braunschmidt, Versteigerungsbedingungen, 13 f.; Braun, WM 1992, 893 (896); Großgerge, Verkäuferhaftung, 33 f.

1213 Anton, in: FS Siehr, 352 f.

1214 Häuser, in: MüKo HGB, § 383 Rn. 39, 57.

1215 Anton, in: FS Siehr, 337.

1216 Abgesehen von dem in Kapitel 3 diskutierten Limitierungsvertrag.

1217 Anton, in: FS Siehr, 352 f.; G. Schulze, in: Kunstrecht, 4. Teil Rn. 20; vgl. diesbezüglich auch beispielhaft die Hinweise in den Versteigerungsbedingungen der Auktionshäuser Lempertz (Nr. 1), Villa Grisebach (§ 1 Nr. 1) und Van Hamm (Nr. 1.1); Stand: April 2015.

1218 So auch LG Mannheim, Urteil vom 27.5.2011, Az. 9 O 208/09, 6.

1219 Für das Überwiegen des Kommissionsmodells G. Schulze, in: Ebling/Schulze, 4. Teil Rn. 20; Kirchmaier, in: Ebling/Schulze, 5. Teil Rn. 189; Schubert, in: MüKo BGB, § 164 Rn. 167; zuletzt auch Braunschmidt, Versteigerungsbedingungen, 13, der von 67,5 % Anteil des Kommissionsmodells am deutschen Kunstauktionsmarkt spricht; anders Häuser, in: MüKo HGB, § 406 Rn. 47.

Versteigerungsbedingungen (momentan) noch die Kommission als das übliche Geschäftsmodell. Laut Auskunft von Marktteilnehmern gibt es jedoch Tendenzen (insbesondere bei kleineren bzw. spezialisierten Auktionshäusern), die Vorteile des Vertretermodells (zum Beispiel, dass der Auktionator bezüglich etwaiger Mängelansprüche leichter auf den Einlieferer verweisen kann) nutzen zu wollen.¹²²⁰ Ausschlaggebend für eine Entscheidung zwischen den beiden Gestaltungsmöglichkeiten wird dabei in der Regel sein, wie hoch von dem jeweiligen Auktionshaus die Wahrung der Anonymität des Einlieferers geschätzt wird. Insbesondere kleinere Häuser haben insoweit häufig geringere Hemmungen, das Vertretermodell zu verwenden. Hierbei kann es aber unter Umständen zu Problemen kommen, wenn die Stellvertretung des Auktionshauses nur in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart wird, der Gesamteindruck von Angebot und Vertragsgestaltung (wie z. B. die Wahrnehmung von Gestaltungsrechten durch den Auktionator) aber für ein Handeln des Auktionators in eigenem Namen und damit ein Kommissiongeschäft spricht. Letztlich ist hier das sogenannte „Offenkundigkeitsprinzip“¹²²¹ zu beachten (§ 164 Abs. 2 BGB), wonach Unklarheiten hinsichtlich des Wunschs in fremdem Namen zu handeln, zu Lasten des „Vertreters“ gehen, sodass im Zweifel gerade *keine* Stellvertretung vorliegt.¹²²²

Häufig muss der Käufer daher seine kaufrechtlichen Ansprüche auf dem Sekundärmarkt an das Auktionshaus bzw. den Kunsthändler richten. Eine Ausnahme hierzu bildet nur der Privatverkauf von einem Sammler zum anderen.

Die Frage nach den kaufrechtlichen Ansprüchen des Sammlers bei Verletzung der Limitierung muss diesen unterschiedlichen schuldrechtlichen Konstellationen Rechnung tragen. Dies gilt insbesondere deswegen, weil

1220 Zu den Vor- und Nachteilen des Vertretermodells *Braun*, WM 1992, 893 (895 f.).

1221 *Dörner*, in: HK BGB, § 164 Rn. 5. Auch „Offenheitsprinzip“ vgl. *Schubert*, in: MüKo BGB, § 164 Rn. 24; *Valenthin*, in: BeckOK BGB, § 164 Rn. 17 f.

1222 Im Ergebnis so auch LG Mannheim, Urteil vom 27.5.2011, Az. 9 O 208/09, 7. Vgl. auch die Klauseln, welche das Auktionshaus bei LG Freiburg, Urteil vom 15.12.2011, Az. 3 S 238/11, BeckRS 2012, 03803 (Vorinstanz: AG Freiburg, Urteil vom 08.07.2011, Az. 1 C 2020/10, BeckRS 2011, 19914) verwendet. Hier vereinbart das Auktionshaus trotz gewollter Stellvertretung in den Einliefererbedingungen noch einmal explizit eine Mängelhaftung des Einlieferers sowie deren Umfang. Gleichzeitig wird in den Versteigerungsbedingungen die Gewährleistung gegenüber dem Käufer ausgeschlossen. Diese Konstruktion wäre bei einer Stellvertretung aus Sicht des Auktionshauses eigentlich überflüssig. Auch die verwendete Klausel, wonach das Auktionshaus über „Ansprüche wegen Mängeln, die von Käufern geltend gemacht werden, selbstständig mit Wirkung für den Einlieferer“ entscheidet, können Zweifel an einer echten Stellvertretung im Sinne des § 164 Abs. 1 BGB aufkommen lassen.

die tatsächliche Verantwortlichkeit für eine Auflagenerweiterung und damit einen potenziellen „Mangel“ der Kaufsache regelmäßig beim Künstler und nicht bei den Verkäufern liegen wird.

II. Internationalprivatrechtliche Grundlagen

Das auf Kaufverträge anwendbare Recht bestimmt sich innerhalb der Europäischen Union, wenn keine Rechtswahl der Parteien im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO¹²²³ vorliegt, nach Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO. Auf den Vertrag findet demnach das Recht des Staats Anwendung, in dem der *Verkäufer* seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort¹²²⁴ hat. Für Versteigerungen gilt die Sonderregel des Art. 4 Abs. 1 lit. g Rom I-VO, wonach das Recht des Versteigerungsortes Anwendung findet. Sonderregelungen zum Schutz von Verbrauchern enthält Art. 6 Rom I-VO, wobei § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB dessen Bedeutung für das Kunstauktionswesen in Deutschland relativiert.

Das vereinheitlichte (materielle) UN-Kaufrecht (CISG)¹²²⁵, welches bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen grundsätzlich anwendbar ist, wenn Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO auf das Recht eines Vertragsstaats des Übereinkommens verweist (Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG) und dessen Anwendung nicht durch die Parteien ausgeschlossen wurde (Art. 6 CISG),¹²²⁶ hat für die in dieser Arbeit diskutierten Fälle nur eine geringe Bedeutung. Das Abkommen findet weder beim Kauf von Waren für den persönlichen Gebrauch (Art. 2 lit. a CISG) noch beim Kauf im Rahmen von Versteigerungen (Art. 2 lit. b CISG) Anwendung. Regelmäßig gilt somit das gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a oder g Rom I-VO ermittelte, nationale Recht.¹²²⁷

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die Darstellung der Rechtslage nach den Sachnormen der Bundesrepublik Deutschland.

1223 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht; ABl. L 177, 6; ber. 2009 L 309, 87.

1224 Hierzu im Detail *Spickhoff*, in: BeckOK BGB, VO (EG) 593/2008 Art. 4 Rn. 8; *Thorn*, in: Palandt, Rom I 4 Rn. 6.

1225 Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980; BGBl. 1989 II, 586, ber. 1990, 1699.

1226 Vgl. *Spickhoff*, in: BeckOK BGB, VO (EG) 593/2008 Art. 4 Rn. 8; *Thorn*, in: Palandt, Rom I 4 Rn. 5.

1227 Zukünftig wird an dieser Stelle auch zu prüfen sein, ob die Parteien das vereinheitlichte europäische Kaufrecht für ihren Vertrag gewählt haben. Ein Verordnungsvorschlag der Kommission zu einem solchen vereinheitlichten europäischen Kaufrecht (COM/2011/635/FINAL) befindet sich derzeit im Gesetzgebungsprozess.

III. Ansprüche aus kaufrechtlicher Gewährleistung bei falschen Auflagenangaben

Ist das Kunstwerk mangelhaft, hat der Käufer eines Kunstwerks gegenüber dem Verkäufer (welcher entweder der Künstler selbst, ein Galerist, Kunsthändler oder ein Auktionshaus sein kann),¹²²⁸ aus dem zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag (§ 433 BGB) die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsansprüche nach §§ 434 ff. BGB. Grundvoraussetzung für die in § 437 BGB aufgezählten Mängelgewährleistungsrechte ist das Vorliegen eines Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 434 BGB). Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen eine beim Kauf unrichtige Auflagenangabe einen solchen Sachmangel begründen kann.

1. Voraussetzungen für das Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB definiert den Sachmangel als eine Divergenz der zwischen Käufer und Verkäufer beim Abschluss des Kaufvertrags *vereinbarten* Beschaffenheit des Kaufgegenstands von der tatsächlichen Beschaffenheit im Moment des Gefahrübergangs (sogenannter „subjektiver Fehlerbegriff“¹²²⁹).

- a) Die Beschaffenheit der Kaufsache im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB beim Kunstkauf

Der gesetzgeberische Grundfall des Sachmangels in § 434 Abs. 1 S. 1 BGB setzt eine (vertragliche) *Parteivereinbarung* über die *Beschaffenheit* der Kaufsache voraus, von der in negativer Hinsicht abgewichen wird. Der Begriff wird insbesondere im Bereich des Kunstkaufs seit Jahren umfangreich rechtswissenschaftlich diskutiert und ist in diesem Bereich auch regelmäßiger Gegenstand einer teilweise widersprüchlichen Rechtsprechung.

1228 Dazu bereits oben bei E.I, S. 266.

1229 Saenger, in: HK BGB, § 434 Rn. 1, 7; Westermann, in: MüKo BGB, § 434 Rn. 5.

(1) Die „vereinbarte Beschaffenheit“ im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Begriff der „vereinbarten Beschaffenheit“ gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB wurde durch die Schuldrechtsreform von 2002¹²³⁰ neu in das Gesetz aufgenommen, jedoch vom Gesetzgeber bewusst nicht näher definiert.¹²³¹ Die „Beschaffenheit“ einer Sache soll weit zu verstehen sein.¹²³² Sie umfasst daher nicht nur die natürlichen (physischen) Eigenschaften der Kaufsache sowie tatsächliche und rechtliche Verhältnisse in Bezug auf sie, welche ihren Grund in der Sache selbst haben und ihr mit einer gewissen Dauer anhaften.¹²³³ Vielmehr muss die „Beschaffenheit“ im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB letztlich alle Eigenschaften umfassen, die Gegenstand einer Vereinbarung der Vertragsparteien über die Kaufsache werden können, da es gesetzgeberisches Ziel der Verwendung eines „subjektiven Fehlerbegriffs“ war, die Bedeutung privatautonomer Abreden zur Bestimmung der Vertragsgemäßheit der Kaufsache hervorzuheben.¹²³⁴ Im Ergebnis soll der Käufer in Bezug auf die zwischen den Parteien übereinstimmenden Erwartungen an den Kaufgegenstand nicht enttäuscht werden.¹²³⁵

Gegenstand der Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des Mängelgewährleistungsrechts ist jedoch stets eine *gegenwärtige* Beschaffenheit; namentlich im Moment des Gefahrübergangs.¹²³⁶ Notwendig für eine Beschaffenheitsvereinbarung sind zwei korrespondierende Willenserklärungen

1230 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I, 3138).

1231 Müller-Katzenburg, NJW 2006, 553 (554); Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rn. 9; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 299 f.

1232 Müller-Katzenburg, NJW 2006, 553 (554); Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 309 ff.

1233 So die Definition vor der Schuldrechtsreform; vgl. im Übrigen Berger, in: Jauernig BGB, § 434 Rn. 6; Schack, Kunst und Recht, Rn. 381; Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rn. 11; zur Entwicklung des Beschaffenheitsbegriffs auch Mangold, Verbraucherschutz, 157 ff.; Westermann, in: MüKo BGB, § 434 Rn. 8 ff.

1234 Graf von Westphalen, in: Henssler/Graf von Westphalen, § 434 Rn. 9; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 310; Berger, KUR 2003, 137 (137 f.); vgl. auch Pfeiffer, ZGS 2002, 23 (31 f.).

1235 Umfangreich zu der streitigen Frage, inwieweit eine solche vereinbarte Beschaffenheit noch „irgendeinen“ Bezug zur Kaufsache haben muss oder vollständig dem subjektiven Parteiwillen unterfällt: Braunschmidt, Versteigerungsbedingungen, 75 ff. Im Ergebnis geht auch er davon aus, dass im Bereich des Kunsthandels jedenfalls auch die (nicht unmittelbar dem Kaufgegenstand anhaftenden) Angaben zur Provenienz, zur Ausstellungsgeschichte sowie zur Aufnahme in ein Werkverzeichnis Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein können: Braunschmidt, Versteigerungsbedingungen, 85 f. Ebenfalls zur Frage des Beschaffenheitsbegriffs und im Ergebnis für einen „uneingeschränkt subjektiven“ Beschaffenheitsbegriff Großgerge, Verkäuferhaftung, 61 ff. Für einen weiten Beschaffenheitsbegriff (ebenfalls unter dem Aspekt des Kunstkaufs) wohl auch Beckmann, KUR 2013, 57 (59).

1236 Westermann, in: MüKo BGB, § 434 Rn. 9; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 312 ff.

gen von Käufer und Verkäufer, die die Vereinbarung der Beschaffenheit ausdrücklich oder zumindest schlüssig regeln.¹²³⁷

Zu Vereinbarungen über die Beschaffenheit einer Sache im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB zählen daher die in einem Kaufvertrag tatsächlich festgehaltenen Spezifikationen des Kaufgegenstandes. Aber auch Beschreibungen, mit denen der Verkäufer einen Kaufgegenstand im Rahmen der Werbung bzw. des Verkaufsangebots ausgestattet hat, können zu den Beschaffenheitsvereinbarungen gezählt werden, wenn sie ein nachvollziehbarer Teil der Kaufentscheidung des Käufers geworden sind.¹²³⁸

Insoweit ist – falls im Einzelfall eine Beschaffenheitsvereinbarung verneint wird – ohnehin auch an den Tatbestand des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB zu denken, der werbende Äußerungen des Verkäufers über die Beschaffenheit der Kaufsache unter bestimmten Umständen zur geschuldeten Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB erklärt.¹²³⁹

Im Bereich des Kunsthandels ist insoweit an die Bezeichnung der Kaufgegenstände (also insbesondere die Identität des Künstlers, das Alter des Werks, aber bei Auflagenwerken eben auch die Angaben zur Auflagenhöhe¹²⁴⁰) in Verkaufskatalogen bzw. Auktionskatalogen sowie an die Beschreibungen in Kaufverträgen selbst zu denken.¹²⁴¹ Gleiches gilt für „Schildchen“ mit Werkdaten im Verkaufsraum einer Galerie, die neben einem bestimmten Kunstgegenstand hängen und die somit Grundlage der Kaufentscheidung eines Galeriebesuchers werden können.

Da es sich auf der Grundlage von Angaben des Verkäufers, solange sie nicht ausdrücklich Gegenstand z. B. eines schriftlichen Kaufvertrags geworden sind, stets nur um eine *konkludente* Beschaffenheitsvereinbarung handeln kann, ist im Einzelfall im Wege der Auslegung – nach dem objektiven

1237 *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 315; auch *Beckmann*, KUR 2013, 57 (59 f.); *Jacobs*, GRUR 2013, 8 (11).

1238 *Oechsler*, Vertragliche SV, Rn. 108 f.; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 315.

1239 Hierzu später unter E.III.1.b)(bb), S. 288.

1240 Dazu sogleich ausführlich unter E.III.1.a)(2), S. 279.

1241 Dafür, dass Katalogangaben (insbesondere in Auktionskatalogen) regelmäßig Grundlage einer Beschaffenheitsvereinbarung werden, auch *H. Schmidt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, (8) Versteigerungsbedingungen Rn. 3; *Braunschmidt*, Versteigerungsbedingungen, 86 ff.; *Mangold*, Verbraucherschutz, 170; *Beckmann*, KUR 2013, 57 (60); *Berger*, KUR 2003, 137 (137 f.). Im Übrigen wurden Katalogangaben auch nach altem Recht als Eigenschaftsbeschreibungen angesehen, was funktionell der heutigen Beschaffenheitsvereinbarung entspricht: *Goepfert*, Haftungsprobleme, 113 ff.; *Thomsen*, Käuferschutz, 69 f., 75; *Braun*, WM 1992, 893. Anders zur heutigen Rechtslage wohl nur OLG Köln, Urteil vom 27.03.2012 - 9 U 141/11, BeckRS 2012, 09298, II. 2. b) und diesem diesbezüglich offenbar zustimmend *Jacobs*, GRUR 2013, 8 (11). Nicht eindeutig *Großgerge*, Verkäuferhaftung, 71.

Empfängerhorizont¹²⁴² und damit aus Sicht eines durchschnittlichen Käufers – zu ermitteln, ob der Kunde die Verkäuferangaben berechtigterweise zur Grundlage seiner Kaufentscheidung machen durfte oder ob z. B. offenkundig war, dass der Verkäufer für die Angaben nicht einstehen konnte oder wollte.¹²⁴³

Dies vorausgeschickt, sind zunächst zwei neuere Urteile zu beleuchten, die teilweise an dem eben Gesagten Zweifel aufkommen lassen könnten.

(aa) LG Freiburg v. 15.12.2011 – „Lithografie“

Kritisch ist ein Urteil des LG Freiburg zu betrachten, welches bezüglich der Katalogangaben eines Auktionshauses (im Einzelfall) bereits das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung grundsätzlich verneint.¹²⁴⁴ In dem konkreten Fall hatte ein Auktionshaus eine Serigrafie (Siebdruck) in den Katalogangaben als Lithografie beschrieben.¹²⁴⁵ Das Auktionshaus trat als Vertreter (§ 164 Abs. 1 BGB) des Einlieferers auf.¹²⁴⁶ Während die Vorinstanz die Frage, ob ein Mangel tatsächlich vorlag, offen ließ, urteilte das LG Freiburg, dass die Beschreibung des Kaufgegenstands schon keine Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB gewesen sei. Die Angaben im Katalog hätten im Zusammenhang mit der Haftungsfreizeichnung der Versteigerungsbedingungen gelesen werden müssen. Es handele sich nur um eine „Wissenserklärung“ bzw. eine „behelfsmäßige Beschreibung zur Identifizierung des Gegenstands“. Dies sei sachlich gerechtfertigt, da bei einem erzielten Preis in Höhe von 746 Euro und einem Limit von 350 Euro eine Sachverständigenuntersuchung von vornherein nicht wirtschaftlich sinnvoll gewesen sei. Nach der Lesart des LG Freiburg hätte der Verkäufer somit bis zur Grenze der Arglist den Kaufgegenstand nach Belieben unrichtig beschreiben können,¹²⁴⁷ ohne dass der Käufer in den hierdurch geweckten

1242 Grundsätzliches dazu oben bei D.II.1.b), S. 182.

1243 Beckmann, KUR 2013, 57 (59).

1244 LG Freiburg, Urteil vom 15.12.2011 - 3 S 238/11, BeckRS 2012, 03803 (Vorinstanz: AG Freiburg, Urteil vom 08.07.2011 - 1 C 2020/10, BeckRS 2011, 19914).

1245 Allgemein wird eine Lithografie als das höherwertige Verfahren angesehen. Die Serigrafie gilt als Massendruck, dessen Originaleigenschaft zumindest zweifelhaft ist, vgl. Czychowski, in: Handbuch des Urheberrechts, § 70 Rn. 55. Zu einem ähnlichen Fall, bei dem ein Druck als Ölgemälde angeboten wurde und der vom AG Ulm im Ergebnis genauso entschieden wurde, siehe Jayme, in: Original und Fälschung, 36; Jayme, in: FS Kaissis, 431 f.; Mangold, Verbraucherschutz, 244 ff.

1246 Zu den diesbezüglichen Gepflogenheiten im Kunsthandel bereits oben bei A.I, S. 21.

1247 Vgl. insoweit auch Höffmann, ZGS 2011, 299 (303).

Erwartungen an den Kaufgegenstand rechtlich geschützt worden wäre. Und selbst im Falle der Arglist hätte der Käufer nur die Möglichkeit der Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 1. Fall BGB, aber keine Mängelgewährleistungsansprüche gehabt,¹²⁴⁸ da diese ohne eine Beschaffenheitsvereinbarung überhaupt nicht zur Entstehung hätten kommen können. Dass das LG Freiburg hierbei zugunsten des Auktionshauses sogar die Klausel in den Versteigerungsbedingungen bemüht, wonach die Katalogangaben „nach bestem Wissen und Gewissen“ gemacht seien, muss für den düpierten Käufer wie Hohn geklungen haben. Was das Gericht insoweit nicht beachtet, ist die Tatsache, dass das Auktionshaus keineswegs „gezwungen“ war, das streitgegenständliche Blatt zum Zwecke der „Identifizierung“ als „Lithografie“ zu bezeichnen.¹²⁴⁹ Die Verwendung eines solchen Fachbegriffes suggeriert nämlich dem „unvoreingenommenen Kunden“ (den das Gericht bei Auslegung der Katalogangaben bemüht), dass sich hier der Beschreibende konkrete Gedanken zu dem Werk gemacht hat. Das Auktionshaus hätte vielmehr auch einen weiter gefassten Gattungsbegriff wie z. B. „Druckgrafik“ wählen können.¹²⁵⁰ Da es dies aber nicht getan hat, wäre es nur folgerichtig gewesen, das Auktionshaus an seiner Wortwahl festzuhalten.¹²⁵¹

Auch das vom LG Freiburg bemühte „Preisargument“, wonach ein Sachverständigengutachten unwirtschaftlich gewesen wäre und die Bezeichnung „Lithografie“ schon deshalb nur als unverbindliche „Wissenserklärung“ verstanden werden dürfe, verfängt nicht. Zum einen ist ein kostspieliges Sachverständigengutachten zur korrekten Beschreibung der verwendeten Technik überhaupt nur in den wenigsten Fällen notwendig. Einen Druck von einem Ölgemälde zu unterscheiden, sollte z. B. in der Regel auch dem unbedarftesten Laien gelingen.¹²⁵² Zum anderen existiert auch kein allgemeiner Grundsatz, wonach die kaufrechtliche Mängelgewährleistung für Sachen im Wert von weniger als 350,- Euro suspendiert wäre. Ganz im Gegenteil betrifft insbesondere der große Bereich des Verbrauchsgüterkaufs im Allgemei-

1248 Ansonsten würden diese auch bei einem vereinbarten Haftungsausschluss im Falle der Arglist gemäß § 444 BGB wieder durchsetzbar sein.

1249 *Beckmann*, KUR 2013, 57 (60) weist ebenfalls zutreffend darauf hin, dass es ein Auktionshaus „selbst in der Hand“ habe, die Katalogbeschreibungen zu formulieren und z. B. durch klarstellende Hinzufügungen für notwendige Relativierungen zu sorgen. Das Risiko unzutreffender Katalogangaben sei „beherrschbar, und zwar vom Auktionator, weswegen es billig ist, ihn dieses Risiko tragen zu lassen“; *Beckmann*, KUR 2013, 57 (61).

1250 So auch *Braunschmidt*, NJW 2013, 734 (737).

1251 Noch plastischer ist der von *Jayme* sowie *Mangoldt* (oben Fn. 1245) beschriebene Fall, in dem ein Druck als Ölgemälde beschrieben wurde, das AG Ulm jedoch genauso wie nun die Freiburger Gerichte entschied.

1252 Vgl. *Jayme*, in: FS Kaissis, 431 f.

nen Produkte, die weit weniger wertvoll sind. Zu Recht würde bei einem Kaufhaus niemand auf die Idee kommen, bei einem Großteil der Ware die kaufrechtliche Mängelgewährleistung nicht anzuwenden, weil es für das Kaufhaus unwirtschaftlich sei, die Produkte auf Mängel zu überprüfen. Durch die gesetzgeberische Entscheidung für verschuldensunabhängige Mängelgewährleistungsansprüche (die Ansprüche nach § 437 Nr. 1 und 2 BGB) ist vielmehr in Kauf genommen worden, dass ein Verkäufer für die Vertragsgemäßheit der Kaufsache haftet und diese Haftung unter Umständen nicht ohne Weiteres vermeiden kann. Das „Preisargument“ des LG Freiburg hätte lediglich im Rahmen der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs (z. B. nach § 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB) Bedeutung erlangen können.¹²⁵³ Da hier ein *Verschulden* des Verkäufers vorausgesetzt wird, hätte man argumentieren können, dass ein teures Sachverständigengutachten (z. B. zur Echtheit des Blatts) aufgrund des geringen Schätzwertes nicht angezeigt war.¹²⁵⁴ Die Nichteinholung eines Gutachtens wäre dann keine Sorgfaltswidrigkeit des Verkäufers gewesen, sodass er die Pflichtverletzung in Form der Lieferung einer mangelhaften Sache (jedenfalls unter dem Aspekt, kein Sachverständigengutachten eingeholt zu haben) nicht zu vertreten gehabt hätte.¹²⁵⁵

Im Übrigen wäre bei Verneinung einer Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB durch das Gericht noch daran zu denken gewesen, in den Katalogangaben „öffentliche Angaben“ des Verkäufers¹²⁵⁶ zur Kaufsache zu sehen, welche aufgrund des Tatbestands des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB¹²⁵⁷ ebenfalls Sachmängel begründen können. Wäre man im Ergebnis zu der richtigen Einschätzung gekommen, dass es sich für eine vertragsgerechte Kaufsache sehr wohl um eine Lithografie hätte handeln müssen, so wäre noch die interessante Frage zu klären gewesen, ob der Haftungsausschluss für Mängel sich auch auf die Lieferung eines *aliud* erstreckt hätte, da die

1253 In diesem Sinne wohl auch *Braunschmidt*, NJW 2013, 734 (737), der für den besprochenen Fall davon ausgeht, dass die verschuldensunabhängige Haftung ohnehin wirksam in den AGB abbedungen war.

1254 Vgl. auch *Garbers-von Boehm*, GRUR-Prax 2013, 507 (509).

1255 Der Fall liegt anders, wenn es sich um ein teures Werk handelt und sich zudem Zweifel an dessen Echtheit geradezu aufdrängen; vgl. LG Köln, Urteil vom 28.09.2012 – 2 O 457/08, BeckRS 2012, 03803, Rn. 67 ff.

1256 Auch wenn „Verkäufer“ aufgrund der Stellvertretung der Einlieferer war, so wäre ihm die Aussage des Auktionshauses einerseits nach § 164 Abs. 1 BGB als eigene zuzurechnen gewesen, andererseits haftet der Verkäufer nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB auch für Äußerungen seiner „Gehilfen“.

1257 Dazu später ausführlich unter E.III.1.b)(bb), S. 288.

Aliudlieferung inzwischen gemäß § 434 Abs. 3 1. Fall BGB einem Sachmangel gleichgestellt ist.¹²⁵⁸

(bb) OLG Köln v. 27.03.2012 – „Provenienz Kahnweiler“

Zweifelhaft ist auch ein Urteil des OLG Köln¹²⁵⁹, welches in den Katalogbeschreibungen des Auktionshauses keine Grundlage für Beschaffenheitsvereinbarungen im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB sehen will. In dem konkreten Fall ging es um eine bestimmte, in der Katalogbeschreibung angegebene Provenienz, über die es später zum Streit kam.¹²⁶⁰ Hätte sich das OLG Köln bei seinen Ausführungen auf diesen speziellen Sachverhalt (d. h. eine undeutliche Angabe der *Provenienz* als Sachmangel) beschränkt, so müsste die Kritik an dem Urteil nicht so deutlich ausfallen. Das OLG Köln will aber offenbar *grundsätzlich* für *alle* Katalogangaben bei Kunstauktionen (für Internetauktionen soll – ohne Begründung – etwas anderes gelten) eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB verneinen.¹²⁶¹ Erstaunlich ist an dem Urteil, wie das OLG Köln zunächst die Unterschiede

1258 Im Ergebnis ist wohl davon auszugehen, dass jedenfalls ein pauschaler Gewährleistungsausschluss nicht durchgreift, wenn eine andere Sache als angeboten geliefert wird. Anderenfalls wäre der Käufer bis zur Grenze der Arglist schutzlos. Zu diesem Ergebnis kann man kommen, indem man den Haftungsausschluss entsprechend einschränkend auslegt; AG Aachen, NJW-RR 2005, 1143; *Jayme*, in: FS Kaissis, 433 f., 437; *Mangold*, Verbraucherschutz, 245 f. Für aus rechtsvergleichende Sicht interessante Bemerkungen zum italienischen Recht vgl. *Farneti*, Bulletin Kunst & Recht 1/2012, 25 (25 f.).

1259 OLG Köln, Urteil vom 27.03.2012 - 9 U 141/11, BeckRS 2012, 09298. Kritisch zu diesem Urteil auch *Beckmann*, KUR 2013, 57 ff.

1260 In der Katalogbeschreibung war das Gemälde laut der Urteilsbegründung unter anderem mit folgender Beschreibung angeboten worden: „Provenienz: Daniel-H. Kahnweiler, Paris; Gustav Kahnweiler, Buckinghamshire; ehemals Privatsammlung Schweiz; deutsche Privatsammlung.“ Über die Richtigkeit dieser Angaben und dabei insbesondere die Zugehörigkeit des Werks zur Sammlung von Daniel-Henry Kahnweiler kam es zum Streit zwischen den Parteien, da die Beklagte diese im Nachhinein nicht mehr als gesichert ansah und daher ihren Kauf rückgängig machen wollte (so der verkürzte Sachverhalt). Daniel-Henry Kahnweiler war Anfang des 20. Jahrhunderts einer der bedeutendsten Galeristen in Paris. Die Möglichkeit, die Herkunft des Werks sicher auf seine Sammlung zurückführen zu können, würde in höchstem Maße für die Echtheit desselben streiten. Die Bedeutung eines solchen Nachweises kann in einem durch den Skandal um die vermeintliche „Sammlung Jägers“ („Fall Beltracci“) erschütterten Kunstmarkt gar nicht überschätzt werden (so auch *Beckmann*, KUR 2013, 57 (60)).

1261 OLG Köln, Urteil vom 27.03.2012 - 9 U 141/11, BeckRS 2012, 09298, II. 2. b). Vgl. auch *Beckmann*, KUR 2013, 57 (58). Dem konkreten Urteil lag allerdings die Konstellation eines gewerblichen Ersteigerers zugrunde, worauf *Braunschmidt*, NJW 2013, 734 (737)

zwischen Beschaffenheitsvereinbarung im neuen Kaufrecht und Zusicherung nach altem Recht betont, um dann geschmeidig beide gleichzusetzen: „Eine stillschweigende Eigenschaftszusicherung oder [Sic!] Beschaffenheitsvereinbarung liegt nur vor, wenn aus der Sicht des Empfängers derartige Erklärungen hinreichend deutlich erkennen lassen, dass der Verkäufer eine über die normale Haftung hinausgehende besondere Gewähr zu übernehmen und für ihr Vorhandensein einzustehen bereit ist.“¹²⁶² Abgesehen davon, dass hierdurch nach den Terminologien des neuen Schuldrechts auch Garantie und Beschaffenheitsvereinbarung gleichgesetzt werden,¹²⁶³ stellt sich zudem die Frage, was dann nach Auffassung des OLG Köln die „normale Haftung“ sein soll, über welche die Haftung für „Beschaffenheitsvereinbarungen“ hinaus geht. Nach dem neuen Kaufrecht ist eine Beschaffenheitsvereinbarung konzeptionell die „normale Haftung“. Letztlich ebnet das Urteil alle Differenzierungen zwischen Beschreibungen, die Sachmängel begründen können, völlig ein. Die grundsätzliche Ablehnung einer Beschaffenheitsvereinbarung für Katalogbeschreibungen führt außerdem¹²⁶⁴ dazu, dass nicht einmal im Falle der Arglist des Verkäufers (vgl. § 444 BGB) eine Berufung auf die Mängelrechte möglich wäre, weil solche – ohne Beschaffenheitsvereinbarung – ja gar nicht entstehen können.

Richtigerweise ist daher davon auszugehen, dass – im Gegensatz zu den vom LG Freiburg und vom OLG Köln vertretenen Ansichten – die Angaben zum Kaufgegenstand auch im Kunstmarkt (und dort insbesondere solche in Verkaufs- und Auktionskatalogen) grundsätzlich als Beschaffenheitsvereinbarungen Teil der geschuldeten Beschaffenheit der Kaufsache werden können, sofern sie nicht ausdrücklich relativiert worden sind und sich dadurch im Einzelfall durch Auslegung ergibt, dass der Käufer keinen Anlass hatte, sich auf sie zu verlassen.¹²⁶⁵

hinweist. Fraglich bleibt, inwieweit das OLG Köln insoweit tatsächlich zwischen den Sachverhalten (Verbrauchsgüterkauf/gewerblicher Kauf) unterscheiden wollte.

1262 OLG Köln, Urteil vom 27.03.2012 - 9 U 141/11, BeckRS 2012, 09298, II. 2. b); unter Verweis auf das Urteil BGH, NJW 1980, 1619, welches zur Eigenschaftszusicherung ergangen war. Zu diesem Fehler des Gerichts ebenso *Beckmann*, KUR 2013, 57 (58).

1263 Zu diesem Fehler des OLG Köln auch *Beckmann*, KUR 2013, 57 (58), *Braunschmidt*, NJW 2013, 734 (737).

1264 Wie im bereits dargestellten Fall des LG Freiburg.

1265 Zu letzterem auch *Beckmann*, KUR 2013, 57 (59 f.). Insbesondere gilt das für Angaben zur Provenienz. Vgl. insoweit auch die Literatur in Fn. 1235.

(2) Die Auflagenlimitierung als vereinbarte Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Auflagenlimitierung hat eine ausgesprochen hohe Bedeutung für die Wertschätzung eines Werks der zeitgenössischen Fotokunst.¹²⁶⁶ Dieser hohen Bedeutung trägt die Tatsache Rechnung, dass Angaben zur Auflage normalerweise zum Kanon der in einer Angebotsbeschreibung (z. B. in einem Auktionskatalog oder einem Verkaufsprospekt der Galerie) aufgezählten Werkeigenschaften zählen.¹²⁶⁷ Der Käufer wird daher in aller Regel mit den Angaben zur Auflage konfrontiert, gerade weil sie ihm für die Kaufentscheidung und dabei insbesondere für die Preisfindung wichtig sind. Die Nennung der Auflagenhöhe sowie ihre Bedeutung für die Kaufentscheidung lassen den Schluss zu, dass diese Auflagenangaben zur vereinbarten Beschaffenheit eines Werks der zeitgenössischen Fotokunst im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB zu zählen sind.¹²⁶⁸

Ein Gegenbeispiel zu den Überlegungen in Bezug auf Angaben zur Auflagenhöhe bilden Angaben zum Werktitel. Auch der Werktitel ist regelmäßig Teil der beim Verkauf einer Fotografie dem interessierten Kunden mitgeteilten Informationen. Auch er könnte daher Gegenstand der vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB werden. Die Auslegung der Parteierklärungen wird jedoch im Regelfall zu dem Ergebnis kommen, dass es nach dem Willen beider Parteien keinen Mangel darstellen soll, wenn es sich beim verkauften Werk nicht um (zugespitzt formuliert) „Untitled III“ sondern „Untitled IV“ handelt, solange das Werk geliefert wird, welches sich der Käufer ausgesucht hatte.

Abzugrenzen von einer Beschaffenheitsvereinbarung ist noch die Möglichkeit, in der Nennung der Limitierung eine bloße „Wissensmitteilung“¹²⁶⁹ des Verkäufers zu sehen. Die Limitierungsangabe ist regelmäßig auf dem Werk selbst oder einem das Werk begleitenden Zertifikat vom Künstler aufgebracht. Der Galerist übernimmt normalerweise diese Zahl in seine Angebotsbeschreibung. Man könnte daher vertreten, dass hiermit gerade keine Beschaffenheit vereinbart, sondern nur eine (von einem Dritten übernom-

1266 Vgl. oben bei B.I.2.b), S. 53.

1267 Vgl. zum Beispiel die Empfehlungen „Describing a photograph“ bei AIPAD (Hrsg.), *Collecting Photographs*, 24 f.

1268 So *Braunfels*, Haftung, 34 f.; *Goepfert*, Haftungsprobleme, 95 f.; *Großgerge*, Verkäufershaftung, 94 f.; *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 379, 385; *G. Schulze*, in: Ebling/Schulze, 4. Teil Rn. 13; im Ergebnis auch *Reis*, Bulletin Kunst & Recht 1/2011, 48 (50).

1269 Teilweise auch „Wissenserklärung“; vgl. BGH, NJW 2008, 1517 (1518); OLG Düsseldorf, NJW-RR 2009, 398; *Saenger*, in: HK BGB, § 434 Rn. 8. Vgl. auch *Braunschmidt*, Versteigerungsbedingungen, 86.

mene) Information wiedergegeben wurde, deren Unrichtigkeit jedoch keine kaufrechtliche Mängelgewährleistung begründen soll.¹²⁷⁰ Insoweit ist jedoch zu differenzieren: Ein Verkäufer produziert seine Produkte in den wenigsten Fällen selbst und übernimmt daher zwangsläufig den Großteil seiner Aussagen über ein Produkt den Herstellerangaben. Würde man alle diese weitergegebenen Informationen als bloße Wissensmitteilungen qualifizieren, so gäbe es vermutlich praktisch keinen Anwendungsbereich mehr für die Beschaffenheitsvereinbarung des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, was der gesetzgeberischen Intention der Beschaffenheitsvereinbarung als Regelfall des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB offensichtlich zuwiderlaufen würde. Wissensmitteilungen sind daher die Ausnahme und müssen vom Verkäufer als solche kenntlich gemacht werden.¹²⁷¹ Schließlich wird auch die Urheberschaft eines Werks regelmäßig aus der Signatur des Kunstwerks übernommen werden. Nicht einmal mehr für die Urheberschaft zu haften, würde die kaufrechtliche Mängelgewährleistung im Bereich des Kunstmarkts jedoch *ad absurdum* führen. Eine Wissensmitteilung kann daher in diesem Bereich nur dann vorliegen, wenn der Verkäufer Formulierungen wählt wie „Auflage laut Echtheitszertifikat“ oder (für den Fall der Urheberschaft): „mit Signatur [Name]“ bzw. „signiert [Name]“. Nur durch derartige Formulierungen wird deutlich, dass es sich um die bloße Weitergabe einer Information handelt.¹²⁷² Es steht dann in der Entscheidung des Käufers, ob er sich auf ein „Spekulationsgeschäft“¹²⁷³ einlassen möchte oder vom Käufer eine ausdrückliche Bestätigung der Auflagenhöhe verlangt. Im Regelfall ist daher die Auflagenhöhe eine vereinbarte Beschaffenheit des Kaufobjekts im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.

Dass die Limitierungsangabe zur vereinbarten Beschaffenheit zu zählen ist, gilt zumindest für die Angaben zur Höhe der Auflage (also den Nenner des „Auflagenbruchs“). Die Situation stellt sich bei der Nummer des Abzugs (dem Zähler des „Auflagenbruchs“) anders dar. Zwar ist auch die Nummer des Abzugs Gegenstand der normalerweise kommunizierten Auflagenbezeichnung. Der Tatsache, ob es sich um den Abzug „5/6“ oder „6/6“ handelt, wird im Bereich der Fotografie (anders als bei der Grafik) aber im Regelfall keine besondere Bedeutung zugemessen.¹²⁷⁴ Man wird daher aus Sicht eines objektiven Empfängers wohl meistens auch nicht davon ausgehen können, dass sie Bestandteil der kaufvertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung

1270 Saenger, in: HK BGB, § 434 Rn. 8.

1271 Daher wohl falsch LG Freiburg, Urteil vom 15.12.2011, Az. 3 S 238/11, BeckRS 2012, 03803.

1272 So auch Braunschmidt, Versteigerungsbedingungen, 86.

1273 Vgl. insoweit Schack, Kunst und Recht, Rn. 388.

1274 Hierzu oben bei A.II., S. 22.

werden soll. Jedoch kann bei Hinzutreten besonderer Umstände (z. B. einer bestimmten, bekannten Provenienz des konkreten Abzugs¹²⁷⁵) auch die Abzugszahl zu der vereinbarten Beschaffenheit gezählt werden. Hierbei handelt es sich um eine einzelfallabhängige Betrachtung, die ein subjektiver Fehlerbegriff, wie ihn § 434 Abs. 1 S. 1 BGB statuiert, notwendig mit sich bringt.

Grundsätzlich gilt demnach, dass ein Auseinanderfallen der Angabe der Auflagenhöhe und der tatsächlichen Anzahl der existierenden Werkstücke bei zeitgenössischer Fotografie einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB begründen kann.

(3) Die Unterschreitung der Auflage als Sachmangel?

Streng zu unterscheiden ist bei der Prüfung des Vorliegens eines Sachmangels zwischen dem Fall einer *überschrittenen* Auflage und dem einer *unterschrittenen* Auflage.¹²⁷⁶ Die Überschreitung der Auflage verstößt gegen den eigentlich Sinn der Auflage, stellt eine negative Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit dar und kann daher einen Sachmangel begründen. Die *Unterschreitung* der Auflage verstößt gerade nicht gegen den Zweck, der mit einer *Auflagenbegrenzung* verfolgt wird. Eine festgelegte Auflagenhöhe ist keineswegs eine *Untergrenze*, sondern nach dem natürlichen wie dem branchenspezifischen Verständnis¹²⁷⁷ stets nur eine *Obergrenze*. Dasselbe Ergebnis folgt aus einem Blick auf die wirtschaftlichen Interessen des Käufers eines Auflagenwerks: Geht man davon aus, dass eine höhere Auflage im Regelfall einen niedrigeren Preis für das einzelne Werkexemplar mit sich bringt, so macht derjenige, der ein Werk aus einer niedriger als angegebenen Auflage erwirbt, ein gutes Geschäft. Letztlich handelt es sich um eine positive Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit, die für den

1275 Zur falschen Provenienzangabe als Sachmangel vgl. *Locher*, Recht des bildenden Künstlers, 129 f.; *Mangold*, Verbraucherschutz, 165; *Berger*, KUR 2003, 137 (138). Die entsprechende Provenienz soll den Wert eines Kunstwerks um bis zu 30 % steigern können; *Heuer*, NJW 2008, 689 (694). Der Provenienz wohl eher eine geringe Bedeutung zuerkennend OLG Köln, Urteil vom 27.03.2012 - 9 U 141/11, BeckRS 2012, 09298, II. 2. b). Dazu auch oben bei E.III.1.a)(1)(bb), S. 277.

1276 Zu kurz greift die Gleichstellung der Fälle bei *Reis*, Bulletin Kunst & Recht 1/2011, 48 (49).

1277 Vgl. insofern auch die Feststellungen zur Praxis des Nichtausschöpfens von Auflagen oben B.II.1, S. 78.

Käufer keinen Mangelanspruch begründen kann.¹²⁷⁸ Auch¹²⁷⁹ im Bereich des Gewährleistungsrechts ist daher eine nicht ausgeschöpfte Auflage als unproblematisch zu betrachten.

- (4) Die Auslegung der Limitierungsangabe als Voraussetzung für die Feststellung des Vorliegens eines Sachmangels

Dass eine überschrittene Auflage bei künstlerischen Werken in seriellen Medien einen Sachmangel darstellen kann, wurde auch schon von anderen Autoren gesehen.¹²⁸⁰ Dabei wurde jedoch bislang noch nicht ausreichend Rücksicht auf Probleme genommen, die sich in der Praxis aufgrund unterschiedlicher Handhabungen von Auflagenlimitierungen ergeben können.

Ebenso wie die Auflagenangabe als Grundlage eines Limitierungsvertrags zwischen Künstler und Sammler der Auslegung bedarf,¹²⁸¹ so muss auch der Inhalt einer Angabe zur Höhe der Limitierung beim Verkauf, welche als Beschaffenheitsvereinbarung Gegenstand des Kaufvertrags geworden ist, gegebenenfalls durch Auslegung ermittelt werden.¹²⁸²

Hierbei kann auf Überlegungen, die bereits im Rahmen der Auslegung des Limitierungsversprechens des Künstlers angestellt wurden,¹²⁸³ *mutatis mutandis* zurückgegriffen werden.

- (5) Die Auflagenlimitierung als Voraussetzung einer im Rahmen von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB geschuldeten Originaleigenschaft

Im Rahmen dieser Arbeit wird vertreten, dass eine wirksame Auflagenbegrenzung für die (urheberrechtliche) Originaleigenschaft von Fotografien obligatorisch ist.¹²⁸⁴ Folgt man dieser Ansicht, so könnte die Verletzung der

1278 Berger, in: Jauernig BGB, § 434 Rn. 9.

1279 Dasselbe Ergebnis im Hinblick bereits oben bei C.II.10.a), S. 156, sowie D.II.2.c)(4), S.201.

1280 Zuerst findet sich der Gedanke bei *Heinbuch*, NJW 1984, 15 (20). Siehe aber auch *G. Schulze*, in: Ebling/Schulze, 4. Teil Rn. 13; *Ohly*, in: Urhebervertragsrecht, 450; *Goeppfert*, Haftungsprobleme, 95 f.; *Hamann*, Originalbegriff, 196; *Mangold*, Verbraucherschutz, 164; *Maaßen*, in: Wandtke/Ohst, Kapitel 5 Rn. 394; *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 385; *Berger*, KUR 2003, 137 (138).

1281 Dazu bereits ausführlich oben D.II.2.c), S. 188.

1282 Dabei gelten die gleichen Grundsätze zur Auslegung von Willenserklärungen wie oben bei D.II.1.b), S. 182, zur Limitierungsangabe dargestellt wurden.

1283 Grundlegend und im Einzelnen dazu oben D.II.2.c), S. 188.

1284 Oben C.II.9.d), S. 150.

Auflagenlimitierung auch dann zu einem Sachmangel führen, wenn zur vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ausdrücklich die Limitierung, wohl aber die *Originaleigenschaft* des Kunstwerks gehört hat.

Wird im Kunsthandel ein „Original“ („Originalfotografie“) angeboten, so ist der Originalcharakter des Werks als vereinbarte Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB anzuerkennen. Das Fehlen von Eigenschaften, die an ein Original gestellt werden, würde dann zu einem Sachmangel führen.¹²⁸⁵ Fraglich ist jedoch, was in diesem Zusammenhang unter einem „Original“ verstanden werden darf. Die Probleme und die umfangreichen Diskussionen um den Originalbegriff wurden oben bereits dargestellt.¹²⁸⁶ Besteht zwischen Käufer und Verkäufer Uneinigkeit, was die Bedeutung des Begriffs „Original“ anbelangt (insbesondere im Hinblick darauf, ob ein Original eine strenge Auflagenlimitierung voraussetzt), so muss im Rahmen der Auslegung darauf abgestellt werden, was ein objektiver Empfänger nach Treu und Glauben unter einem Original verstehen durfte.¹²⁸⁷ Der in der vorliegenden Arbeit vorgeschlagene¹²⁸⁸ Originalbegriff hat seinen Ursprung in dem durch die EU-Folgerechtsrichtlinie beeinflussten Urheberrecht. Es besteht zwar kein zwingender Grund, ihn auch bei der Auslegung von kaufrechtlichen Erklärungen zugrunde zu legen. Vielleicht bestehen sogar Bedenken, den Funktionsbegriff eines Rechtsgebiets in den Bereich der Auslegung von menschlichen Willenserklärungen in einem anderen Rechtsgebiet zu „transplantieren“.¹²⁸⁹ Angesichts dessen, dass dem Originalbegriff des Urheberrechts eine umfangreiche Diskussion (insbesondere unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauungen) vorausgegangen ist, stellt aber der urheberrechtliche Originalbegriff zumindest eine gut begründete Ausgangslage auch für den Originalbegriff im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung dar. Wie bereits in Kapitel 2¹²⁹⁰ soll daher auch hier dafür geworben werden, in Ermangelung eines „besseren“ Originalbegriffs, den urheberrechtlichen Originalbegriff im Rahmen der Auslegung von Parteierklärungen auch im Kaufrecht heranzuziehen.¹²⁹¹

1285 *Heinbuch*, NJW 1984, 15 (20); *Heinbuch*, in: *International Sales*, 204 f.; *Goepfert*, Haftungsprobleme, 57 ff.; *Hamann*, Originalbegriff, 200 ff.; *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 385.

1286 C.II.8, S. 133.

1287 Vgl. auch *Heinbuch*, NJW 1984, 15 (19).

1288 Oben C.II.9, S. 138.

1289 So *Heinbuch*, NJW 1984, 15 (19).

1290 C.I, S. 102.

1291 So auch schon *Hamann*, Originalbegriff, 200 ff.

Legt man den in dieser Arbeit vorgeschlagenen Originalbegriff zugrunde, so liegt beim Verkauf einer als „Original“ bezeichneten, zeitgenössischen Fotografie ein Sachmangel vor, wenn die Limitierung überschritten wurde beziehungsweise die Limitierungsangabe falsch ist. Im Detail kann insofern auf die Überlegungen oben zur Auflagenlimitierung als vereinbarter Beschaffenheit verwiesen werden.¹²⁹²

b) Die weiteren Mängelbegriffe des § 434 Abs. 1 S. 2 und S. 3 BGB

Für die Fälle, in denen keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB festzustellen ist, nennen § 434 Abs. 1 S. 2 und S. 3 BGB verschiedene weitere Anknüpfungspunkte, um die geschuldete Beschaffenheit der Kaufsache und einen gegebenenfalls daraus folgenden Sachmangel feststellen zu können.

(1) Fehlende Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung sowie zur gewöhnlichen Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 BGB)

§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB verweist zunächst auf den beim Vertragsschluss (konkulent) von den Parteien zugrunde gelegten Verwendungszweck der Kaufsache, um deren Vertragsgerechtigkeit zu ermitteln. Für diesen Verwendungszweck muss die Kaufsache grundsätzlich geeignet sein, damit ihr kein Sachmangel anhaftet.

Lässt sich kein entsprechender Verwendungszweck aus den Parteivereinbarungen entnehmen bzw. liegt diesbezüglich keine (auch keine konkludente) Einigung der Parteien vor, so verweist § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auf die gewöhnliche Beschaffenheit, die von der konkreten Kaufsache aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer entsprechend gebildeten Vergleichsgruppe erwartet werden kann. Insofern gilt beispielweise, dass ein Fahrzeug, welches als Verkehrsmittel erworben wird, zumindest fahrtüchtig und verkehrssicher zu sein hat.¹²⁹³

Beide Tatbestandsalternativen von § 434 Abs. 1 S. 2 BGB begegnen in ihrer Anwendung auf den Bereich des Kunstmarkts gewissen Schwierigkeiten.¹²⁹⁴ Der Begriff der „vertraglich vorausgesetzten Verwendung“ im Sinne

1292 Oben E.III.1.a)(2) – (4), S. 279 ff.

1293 Vgl. BGH, NJW 2008, 53 (43).

1294 Dazu ausführlich *Mangold*, Verbraucherschutz, 170 ff. sowie *Wrede*, Kopien, 226 ff.

von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB ist im Bereich des Kunsthandels schwierig auszufüllen, da sich der unmittelbare „Verwendungszweck“ eines Kunstwerks häufig in dessen „Besitz“ erschöpft.¹²⁹⁵ Für die Angaben zur Auflagenlimitierung kann zudem nicht davon ausgegangen werden, dass es irgendeine Form von „gewöhnlicher“ oder „zu erwartender“ Auflagenhöhe gibt. Dies wiederum bedeutet grundsätzlich, dass eine ausdrückliche (d. h. konkrete) Aussage des Verkäufers zur Auflagenhöhe vorliegen muss, welche dann auch schon unter § 434 Abs. 1 S. 1 BGB fällt. Allerdings kann über den Verweis von § 434 Abs. 1 S. 3 auf S. 2 Nr. 2 BGB die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB doch noch eine gewisse Bedeutung erlangen.¹²⁹⁶

Im Übrigen wird im Hinblick auf die „gewöhnliche Verwendung“ im Bereich des Kunstkaufs vorgeschlagen,¹²⁹⁷ dass man zumindest die „Ausstellungsfähigkeit“ und damit die „Echtheit“ des Werks als eine Art Mindestbeschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB wird unterstellen können, die der Käufer „erwarten“ darf. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn der Schätz- bzw. Verkaufspreis nicht wesentlich unter demjenigen für ein echtes Werk des Künstlers angesiedelt war und es sich somit nicht um einen reinen „Spekulationskauf“¹²⁹⁸ handelte.¹²⁹⁹

In aller Regel werden die Tatbestandsalternativen von § 434 Abs. 1 S. 2 BGB allerdings keine wesentliche, eigenständige Bedeutung haben, da zu meist wenigstens eine (konkludente) Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB zu bejahen sein wird.¹³⁰⁰ Ob ein Rückgriff auf § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 BGB möglich bzw. nötig ist, hängt daher insbesondere vom Einzelfall ab.

1295 *Mangold*, Verbraucherschutz, 177 f.; *Wrede*, Kopien, 226 ff.

1296 Dazu sogleich ausführlich unter E.III.1.b)(bb), S. 288.

1297 *Mangold*, Verbraucherschutz, 176, 177 f.; anders *Wrede*, Kopien, 229, der die Norm bei Kunstwerken schlicht für unanwendbar hält.

1298 Hierunter ist ein Angebot zu verstehen, bei dem aufgrund eines außergewöhnlich niedrigen Preises Zweifel (zum Beispiel an der Authentizität des Werks) offensichtlich eingepreist sind und der Käufer sich auf dieses Risiko bewusst in der Hoffnung einlässt, das Werk können sich doch noch als werthaltig erweisen.

1299 *Mangold*, Verbraucherschutz, 177 f.

1300 Vgl. *Westermann*, in: MüKo BGB, § 434 Rn. 72; *Mangold*, Verbraucherschutz, 172 f., 177 f.; *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 383.

- (2) Öffentliche Äußerungen des Verkäufers oder Herstellers
(§ 434 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB)

Der Verweis auf die zu erwartende Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB wird ergänzt durch S. 3, wonach auch „öffentliche Äußerungen“ des Verkäufers, Herstellers oder seines Gehilfen zur geschuldeten, da vom Käufer zu erwartenden, Beschaffenheit gezählt werden können. Anders liegt der Fall nur, wenn diese Äußerungen dem Verkäufer nicht bekannt waren und auch nicht bekannt sein mussten, sie in „gleichwertiger Weise“ korrigiert wurden oder die Kaufentscheidung gar nicht beeinflussen konnten; § 434 Abs. 1 S. 3 a. E. BGB.

Die Norm betrifft in erster Linie Äußerungen des Herstellers, da Äußerungen des Verkäufers praktisch immer zu Beschaffenheitsvereinbarungen im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB werden.¹³⁰¹ Dies gilt selbstverständlich auch abseits des Kunstmarkts.¹³⁰² Als Teil der nachrangigen Tatbestände des § 434 Abs. 1 BGB, kann § 434 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB nämlich nur zur Anwendung kommen, wenn nicht schon eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vorliegt. Ist diese Voraussetzung jedoch erfüllt, so hat § 434 Abs. 1 S. 3 BGB im Bereich des Kunstmarkts durchaus eine gewisse Bedeutung.¹³⁰³

- (aa) Limitierungsangaben auf Kunstwerken als „öffentliche Äußerungen“ des „Herstellers“ im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 3 BGB, für die der Verkäufer haftet

„Hersteller“ des Kunstwerks ist (zumindest auch) der Künstler.¹³⁰⁴ Eine „öffentliche Äußerung“ durch ihn könnte in der auf dem Kunstwerk angebrachten Signatur, aber insbesondere auch in einer auf dem Kunstwerk angebrachten Limitierungsangabe gesehen werden.¹³⁰⁵ Der Begriff der „öffentlichen Äußerung“ hat – wie das Gesetz selbst sagt – Verlautbarungen im Rahmen der (Hersteller-)Werbung für ein Produkt bzw. die Kennzeichnung

1301 *Mangold*, Verbraucherschutz, 179.

1302 Vgl. z. B. *Faust*, in: BeckOK BGB, § 434 Rn. 75.

1303 Anders *Mangold*, Verbraucherschutz, 179 f.

1304 § 434 Abs. 1 S. 3 verweist insoweit auf § 4 ProdHaftG; vgl. auch *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 331.

1305 Vgl. *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 379.

eines Produkts (z. B. auf der Verpackung) vor Augen.¹³⁰⁶ Da die Anwendung des Tatbestands jedoch nicht auf Werbeaussagen beschränkt ist, fallen letztlich alle Äußerungen der aufgezählten Quellen darunter, die sich an einen nicht konkret bestimmten Personenkreis richten¹³⁰⁷ und sich auf die Beschaffenheit der Kaufsache beziehen. Oben konnte bereits gezeigt werden, dass die Limitierung (und dabei insbesondere die Auflagenhöhe) zur Beschaffenheit eines Auflagenwerks gezählt werden kann.¹³⁰⁸ Fraglich ist jedoch, ob die vom Künstler angebrachte Auflagenbezeichnung tatsächlich als „öffentliche Äußerung“ zu qualifizieren ist. Notwendig wäre hierfür, dass sich die Auflagenbezeichnung auch an unbeteiligte Dritte und damit nicht nur den Käufer bzw. eine fest umrissene Käufergruppe (wie z. B. im Fall des Versands von Angeboten an Stammkunden) richtet.¹³⁰⁹ Der Käufer selbst muss jedoch nicht einmal Teil der Öffentlichkeit sein, an die sich die Äußerung ursprünglich gewendet hat (letztlich wird er dann in der Regel aber auch nicht durch die Äußerung beeinflusst worden sein können).¹³¹⁰

Eine auf der Vorderseite des Kunstwerks¹³¹¹ angebrachte Auflagenbezeichnung wird nach diesen Kriterien im Regelfall als „öffentliche Äußerung“ zu werten sein, da sich ihr Inhalt – zumindest potenziell – an einen nicht vorher abgegrenzten Personenkreis richtet (man denke z. B. an die Vielzahl der möglichen Betrachter im Rahmen einer öffentlichen Ausstellung). Befindet sich eine Auflagenangabe auf einem Zertifikat oder auf der Rückseite des Werks und ist sie somit gerade nur einem sehr begrenzten Kreis zugänglich, so kann man zu einer anderen Einschätzung kommen.

In diesem Fall ist dann aber daran zu denken, ob sich nicht doch im Ausstellungskontext der Fotografie ein Auflagenhinweis findet. Je nachdem, von wem dieser stammt (von einem ausstellenden Museum oder von der den Künstler vertretenden Galerie), würde es sich auch hierbei wieder um eine Äußerung handeln, die dem Hersteller gegebenenfalls zuzurechnen ist und die damit als „öffentliche Äußerung“ im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 3 BGB, für die der Verkäufer haftet, in Frage kommt.

Wesentlich unproblematischer liegt eine solche „Äußerung“ vor, wenn die Fotografie bzw. das konkrete Motiv beispielsweise auf der Internetseite der den Künstler vertretenden Galerie (z. B. im Rahmen einer repräsentati-

1306 *Berger*, in: Jauernig BGB, § 434 Rn. 15; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 332 f.

1307 *Faust*, in: BeckOK BGB, § 434 Rn. 81; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 434 Rn. 28.

1308 E.III.1.a)(2), S. 279.

1309 Vgl. *Matusche-Beckmann* (2013), in: Staudinger, § 434 Rn. 99.

1310 *Faust*, in: BeckOK BGB, § 434 Rn. 82; *Matusche-Beckmann* (2013), in: Staudinger, § 434 Rn. 100; anders *Weiler*; WM 2002, 1784 (1786 f.).

1311 Beispielsweise auf dem Passepartout.

ven Auswahl) gezeigt wird und dort mit einer Auflagenbezeichnung versehen ist. Diese Auflagenbezeichnung muss sich z. B. ein Auktionator, der ein Exemplar aus dieser Auflage verkauft und dem diese Äußerung bekannt war oder bekannt sein musste, zurechnen lassen, wenn er nicht ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass diese Angabe unrichtig ist bzw. dass er für sie keine Gewährleistung übernehmen kann.¹³¹² Denn auch wenn der Begriff des „Gehilfen“ des Herstellers in § 434 Abs. 1 S. 3 BGB eventuell zu weit geraten ist, so kann doch kein Zweifel daran bestehen, dass die den Künstler exklusiv vertretende Galerie als solch ein in den Vertriebsprozess des „Herstellers“ integrierter „Gehilfe“ anzusehen sein wird.¹³¹³ Gleichsam wird es dann Teil der Sorgfaltspflichten eines Verkäufers, vor einem Verkauf die Äußerungen dieser Repräsentanten zur Kenntnis zu nehmen und sich gegebenenfalls von ihnen zu distanzieren.

Die somit durch § 434 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BGB begründete, weitgehende Haftung kann sich Bedenken ausgesetzt sehen, ist jedoch letztlich aufgrund der eindeutigen Gesetzeslage nur noch durch den Verkäufer mithilfe von speziell darauf abzielenden Gewährleistungsausschlüssen zu begegnen.

(bb) Beschreibungen in Katalogangaben als „öffentliche Äußerungen“ des Verkäufers, für die er im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 3 BGB haftet

Neben den Angaben des Herstellers bezieht § 434 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auch Angaben *des Verkäufers* in seinen Anwendungsbereich mit ein, obwohl diese in aller Regel bereits Beschaffenheitsvereinbarungen im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB sind. Aufgrund des Vorrangs der individuellen Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vor den Tatbeständen des § 434 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB, ist die Bedeutung von § 434 Abs. 1 S. 3 BGB im Verhältnis des Verkäufers zum Käufer daher eher als gering einzuschätzen.¹³¹⁴ Etwas anderes gilt aber, wenn man mit Teilen der Literatur und Rechtsprechung die Auffassung teilen möchte, dass

1312 Eine Berichtigung muss für eine allgemeine Wirkung nur grundsätzlich in gleichwertiger Weise (d. h. insbesondere öffentlich) erfolgen, um die Wirkung des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB aufzuheben. Ein individueller Hinweis an den konkreten Käufer genügt aber natürlich auch. Insbesondere, weil hierdurch ausgeschlossen wird, dass die falsche Information Einfluss auf seine Kaufentscheidung gehabt haben kann. Vgl. dazu *Faust*, in: BeckOK BGB, § 434 Rn. 86 sowie die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 14/6040, 215.

1313 Vgl. *Westermann*, in: MüKo BGB, § 434 Rn. 32.

1314 *Faust*, in: BeckOK BGB, § 434 Rn. 75.

insbesondere Katalogangaben im Bereich des Kunsthandels grundsätzlich nicht als Grundlage für eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB anzuerkennen sind.¹³¹⁵ Vertreter dieser Ansicht müssten in den entsprechenden Fällen stets § 434 Abs. 1 S. 3 BGB prüfen, dessen Voraussetzungen in aller Regel vorliegen werden.¹³¹⁶

Insbesondere Aussagen, die ein Auktionator in seinen Auktionskatalogen macht, sind dazu geeignet, von § 434 Abs. 1 S. 3 BGB erfasst zu werden.¹³¹⁷ Hierbei handelt es sich um Äußerungen des Verkäufers, die als „öffentlich“ einzustufen sind, da einerseits der Katalog normalerweise jedem Nachfrager (wenn auch in der Regel gegen eine Schutzgebühr) zugeschickt wird. Andererseits stellen heute aber auch eine ganze Reihe von Auktionshäusern ihre Kataloge bzw. die Lose ins Internet, wodurch an der „Öffentlichkeit“ einer sie begleitenden Beschreibung kein Zweifel mehr bestehen kann.¹³¹⁸ Richtigerweise sind daher Angaben in Auktionskatalogen „öffentliche Äußerungen“ des Verkäufers, die nach § 434 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB Teil der Beschaffenheit werden, die der Käufer erwarten darf.¹³¹⁹ Die gegenteilige Ansicht des OLG Köln¹³²⁰ erschöpft sich letztlich in der bloßen Behauptung, solche Angaben seien nicht geeignet, eine entsprechende Käufererwartung hervorzurufen. Allein die Zahl der Gerichtsprozesse,¹³²¹ die falsche Katalogangaben zum Gegenstand haben, zeigen jedoch, dass bei einer Reihe von Käufern durch die Katalogangaben im Gegensatz zur Ansicht des OLG Köln solche Erwartungen in der Tat hervorgerufen werden. Die pauschale Einordnung von Auktionen als gewissermaßen „hochspekulative Risikokäufe“ wie sie das Gericht offenbar verfolgt, ist im Ergebnis mit der Realität nicht zu vereinbaren.¹³²²

Zumindest missverständlich ist die Aussage, dass es durch den Aufruf des Werks in der Auktion und der damit meistens einhergehenden, mündlichen Kurzbeschreibung (wohl eher Anpreisung) zu einer „Überlagerung“

1315 Exemplarisch und mit weiteren Nachweisen die Beispiele oben bei E.III.1.a)(1), S. 272.

1316 Anders OLG Köln, Urteil vom 27.03.2012 - 9 U 141/11, BeckRS 2012, 09298, II. 2. b).

1317 *Kemle*, in: FS Siehr, 407. Dasselbe gilt aber natürlich auch für Verkaufskataloge oder Verkaufsangebote im Internet von Galerien und anderen Kunsthändlern.

1318 *Kemle*, in: FS Siehr, 407; vgl. auch *Höffmann*, ZGS 2011, 299 (300).

1319 *Berger*, in: Jauernig BGB, § 434 Rn. 15 sowie *Kemle*, in: FS Siehr, 407. In dem Verfahren vor dem LG Mannheim, auf das sich *Kemle* bezieht, konnte die Frage letztlich ungeklärt bleiben.

1320 OLG Köln, Urteil vom 27.03.2012 - 9 U 141/11, BeckRS 2012, 09298, II. 2. b).

1321 Hierfür exemplarisch die unter E.III.1.a)(1), S. 272, besprochenen Urteile.

1322 Im Übrigen tragen nicht einmal die vom OLG Köln zitierten Fundstellen dessen Rechtsauffassung. Insbesondere geht *Westermann*, in: MüKo BGB, § 434 Rn. 72 für die Frage einer falschen Provenienzanzeige (im Gegensatz zum OLG Köln) davon aus, dass diese einen Sachmangel darstellen kann.

der Katalogangaben komme und diese allein schon deswegen unbedeutend würden.¹³²³ Vielmehr können eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB und eine zu erwartende Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB durchaus nebeneinander bestehen,¹³²⁴ solange sie sich nicht widersprechen. Nur im Falle eines Widerspruchs (das heißt, wenn durch eine Beschaffenheitsvereinbarung etwas anderes bestimmt ist) gilt die Subsidiarität der Sätze 2 und 3 gegenüber § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.¹³²⁵ Es kann also eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB bestehen, die jedoch insoweit durch § 434 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ergänzt wird, als die Beschaffenheitsvereinbarung ohne einen erkennbaren, entsprechenden Willen der Parteien hinter den dort gemachten Aussagen zurückbleibt. So wäre es etwa in dem Fall, dass beim Aufruf des Werks nur noch Urheber und Titel oder – wie häufig – nur die Losnummer genannt werden, aber nichts mehr über die Limitierung gesagt wird. War sie zuvor Teil der Angebotsbeschreibung oder der Katalogangaben, so ist sie nun dennoch Teil der geschuldeten Beschaffenheit geworden, solange nicht etwas Gegenteiliges vereinbart wurde.

Freilich werden auch Katalogangaben im Regelfall schon Bestandteil einer vereinbarten Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn der Käufer auf ein solcherart gemachtes Angebot eingeht. Kann eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung aber nicht bewiesen werden, so kann sich der Käufer in einem Prozess dennoch auf die öffentlichen Äußerungen des Verkäufers berufen. Aufgrund der in § 434 Abs. 1 S. 3 BGB statuierten Beweislastumkehr, muss dann der Verkäufer darlegen, dass die in § 434 Abs. 1 S. 3 a. E. BGB genannten Ausschlussstatbestände (wie eine entsprechende Berichtigung der Äußerung oder ihre fehlende Kausalität für die Kaufentscheidung) vorliegen.¹³²⁶

1323 So aber *Mangold*, Verbraucherschutz, 179.

1324 *Westermann*, in: MüKo BGB, § 434 Rn. 6; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 324 f. Vgl. auch BGH, NJW 2008, 53 (54), wo der Bundesgerichtshof auf § 434 Abs. 1 S. 2 BGB zurückgreift, da in Bezug auf den Punkt „Unfallfreiheit“ keine Beschaffenheitsvereinbarung vorlag (sehr wohl aber zu anderen Beschaffenheiten).

1325 Im Detail *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 324 f.

1326 Vgl. *Faust*, in: BeckOK BGB, § 434 Rn. 118; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 434 Rn. 33, 54; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 434 Rn. 25, 33.

c) Zeitpunkt für das Vorliegen des Sachmangels

Damit ein Sachmangel Gewährleistungsansprüche des Käufers auslösen kann, muss er laut § 434 Abs. 1 S. 1 BGB im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestimmt sich nach §§ 446, 447 BGB, wobei im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs¹³²⁷ § 447 Abs. 1 gemäß § 474 Abs. 4 BGB modifiziert wird und § 447 Abs. 2 BGB gemäß § 474 Abs. 5 S. 2 BGB nicht anwendbar ist.¹³²⁸

Im Regelfall des § 446 BGB geht die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache mit der Übergabe, d. h. der tatsächlichen Besitzverschaffung (§ 854 BGB)¹³²⁹ auf den Käufer über. Im Falle eines Versandkaufs wäre laut § 447 BGB auf den Zeitpunkt der Übergabe z. B. an den Kunstspediteur, der das Werk zum Käufer transportiert, abzustellen. Laut § 434 Abs. 1 S. 1 BGB müsste ein Sachmangel in diesem Zeitpunkt vorliegen, um Mängelansprüche auslösen zu können.

Die Tatsache, dass ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorliegen muss, ist insbesondere für die potenziell streitigen Sachverhalte im Bereich der Auflagenlimitierungen problematisch.

Unproblematisch ist lediglich der Fall, dass ein z. B. als „2/7“ gekennzeichnetes und angebotenes Werk bereits im Moment des Verkaufs schon mehr als siebenmal abgezogen worden war.¹³³⁰ Auf dem Primärmarkt könnte in einem solch krassen Fall von Täuschung des Käufers sogar ein strafrechtlich relevanter Betrug (§ 263 StGB) vorliegen. Dieser Fall wird in der Praxis aber eher eine Ausnahmerecheinung sein. Dem gegenüber könnte aber – wenn die Angaben zunächst korrekt waren – theoretisch bereits in der Sekunde nach dem Gefahrübergang die Auflage bewusst erhöht werden, ohne dass dies Gewährleistungsrechte auslösen würde, da für die Gewährleistung allein der Moment des Gefahrübergangs von Bedeutung ist.¹³³¹ Es zeigt sich an dieser Stelle, dass die gesetzliche Mängelgewährleistung des Kaufrechts nicht in der Lage ist, das Vertrauen des Sammlers in die *Dauerhaftigkeit* des Limitierungsversprechens angemessen zu schützen.¹³³²

1327 Zur Frage, wann ein Verbrauchsgüterkauf im Kunsthandel vorliegen kann, vgl. *Mangold*, Verbraucherschutz, 113 ff.; *Wrede*, Kopien, 256 ff.

1328 Zu (missglückten) Neuregelung des § 474 BGB ausführlich *Faust*, in: BeckOK BGB, § 474 Rn. 46 ff.

1329 *Westermann*, in: MüKo BGB, § 446 Rn. 7.

1330 Vgl. auch *Goepfert*, Haftungsprobleme, 96.

1331 *Heinbuch*, NJW 1984, 15 (20).

1332 Insoweit erlangen der Limitierungsvertrag und die aus ihm fließenden Ansprüche ihre besondere Bedeutung. Dazu ausführlich oben D.IV, S. 223.

Die Situation stellt sich auf dem Sekundärmarkt faktisch etwas anders dar. Ein Auktionator oder Kunsthändler, der eine einzelne Fotografie aus einer limitierten Auflage weiterverkauft, muss im Regelfall davon ausgehen, dass die Angaben zur Limitierung, die er dem Werk selbst oder z. B. einem Werkverzeichnis entnimmt, ihre Richtigkeit haben. Ist diese Angabe falsch, so wird regelmäßig kein Täuschungsvorsatz, sondern höchstens eine Sorgfaltspflichtverletzung des Verkäufers vorliegen. Betrachtet man die vom Verkäufer mitgeteilte Auflagenhöhe als vereinbarte Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, so haftet der Verkäufer im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung, wenn sich die Angabe als im Zeitpunkt des Gefahrübergangs falsch herausstellt. Allerdings ist der Käufer natürlich auch hier nicht davor geschützt, dass es *nach* Gefahrübergang zu einer (weiteren) Erhöhung der Auflage kommt.

Letztlich kommt es für die Ansprüche aus Sachmängelgewährleistung darauf an, dass die Limitierungsangabe im Moment des Gefahrübergangs falsch ist. Dieselbe Fotografie kann daher bei einem früheren Verkauf im Hinblick auf die Auflagenangabe mangelfrei gewesen sein und beim nächsten Verkauf (aufgrund einer zwischenzeitlichen Erhöhung der Auflage) mit einem Gewährleistungsrechte auslösenden Mangel behaftet sein.

d) Zwischenergebnis

Die Höhe der Auflage eines Werks der zeitgenössischen Fotokunst ist Teil dessen Beschaffenheit und damit Vereinbarungen über diese Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB zugänglich. Da die Auflage zu den wesentlichen wertbildenden Faktoren eines Werks der Fotokunst gehört, werden im Rahmen eines Verkaufs in aller Regel auch Angaben zur Auflage gemacht. Insofern diese nicht ausdrücklich relativiert worden sind, werden sie zumindest konkludent Teil der vereinbarten Beschaffenheit der Kaufsache im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, sodass der Verkäufer für die Richtigkeit dieser Angaben im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung haftet. Als Willenserklärungen sind Angaben zur Auflagenhöhe der Auslegung zugänglich und bei Meinungsverschiedenheiten der Parteien sogar der Auslegung bedürftig. Besondere Rücksicht ist bei Auslegung der Parteierklärungen darauf zu nehmen, wie speziell bzw. konkret die Angaben zur Auflage im Einzelfall gemacht wurden. Probleme können unterschiedliche Standpunkte zur Auflagendefinition (motivbezogene, formatbezogene, ausstattungsbezogene Limitierungen) sowie die Herstellung von Artist's Prints bereiten. Beschränken sich die Angaben zur Auflage auf die Angabe der

Werknummer und der Gesamtauflagenhöhe (regelmäßig als Bruch wie z. B. „3/4“ ausgedrückt), so darf der Käufer diese Angabe als motivbezogene Limitierung verstehen, muss aber auch eine begrenzte Zahl von Artist's Prints außerhalb der Auflage in Kauf nehmen.¹³³³

Ein Rückgriff auf die zusätzlichen Tatbestände des § 434 Abs. 1 S. 2 BGB ist in den meisten Fällen nicht nötig. Denkbar ist es jedoch, öffentliche Äußerungen im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB wie z. B. auf Internetseiten der Galerie oder in Auktionskatalogen als Teil der geschuldeten Beschaffenheit aufzufassen. Dieser Rückgriff kann insbesondere dann interessant sein, wenn Zweifel über eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarungen im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB bestehen oder die Äußerungen nicht vom Verkäufer selbst stammen, er aber nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB dennoch für sie haften muss.

Liegt im Zeitpunkt des Gefahrübergangs eine negative Abweichung der tatsächlichen von der angegebenen Auflage vor (das heißt, wurde die Auflage überschritten), so handelt es sich um einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, der die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche (Nacherfüllung, Minderung, Rücktritt, Schadensersatz) auslöst.

Aus Sicht des Käufers ist die Beschränkung der Sachmängelhaftung auf Mängel, die im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen, insbesondere im Hinblick auf die Auflagenlimitierung unbefriedigend. Das Kaufrecht gewährt ihm einen Anspruch nur in dem Fall, dass die Auflagenangabe schon im Zeitpunkt des Verkaufs unrichtig war und schützt damit gerade nicht das Vertrauen des Käufers in die Dauerhaftigkeit des Limitierungsversprechens.

2. Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Sachmangels in Form einer falschen Auflagenbezeichnung

Liegt ein Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB bei Gefahrübergang vor, so stehen dem Käufer grundsätzlich die Gewährleistungsansprüche des § 437 BGB zu, deren Rechtsfolgen an dieser Stelle kurz dargestellt werden sollen.

¹³³³ Zur ausführlichen Begründung dieses Ergebnisses oben in D.II.2.c)(3)(cc), S. 196.

a) Der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB

§ 437 Nr. 1 BGB sieht im Falle einer mangelhaften Kaufsache als Behelf des Käufers zunächst den Nacherfüllungsanspruch vor, welcher in § 439 BGB konkretisiert wird. Nach § 439 Abs. 1 BGB hat der Käufer ein Wahlrecht, entweder die Nachbesserung seines Kaufgegenstands oder die Neulieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen. *Nachbesserung* bedeutet, dass der Käufer die mangelhafte Sache behält und der Verkäufer Maßnahmen ergreift, um diese Sache in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen.¹³³⁴ *Nachlieferung* heißt, dass der Verkäufer die mangelhafte Sache zurücknimmt und dem Käufer eine neue, vertragsgemäße Kaufsache verschafft.¹³³⁵ Der Nacherfüllungsanspruch setzt voraus, dass Nachbesserung bzw. Nachlieferung überhaupt möglich sind. Die Nachlieferung scheidet daher z. B. dann aus, wenn die Kaufsache ein Unikat ist.¹³³⁶

(1) *Nachlieferung* im Sinne von § 439 Abs. 1 2. Fall BGB

Ob eine *Nachlieferung* bei dem im Kunsthandel üblichen Stückkauf überhaupt möglich ist, ist umstritten.¹³³⁷ Kunstkäufe – auch die von seriellen Werken – sind regelmäßig Stückkäufe,¹³³⁸ das bedeutet, im Unterschied zum Gattungskauf (vgl. § 243 Abs. 1 BGB) ist der Kaufgegenstand eindeutig individualisiert und der Kaufvertrag beschränkt sich inhaltlich auf das konkret ausgewählte Objekt. Letztlich muss aber weder die grundsätzliche Frage über die Möglichkeit einer Nachlieferung beim Stückkauf,¹³³⁹ noch die Frage, ob es im Kunsthandel auch Gattungskäufe geben kann, an dieser Stelle beantwortet werden. Die Nachlieferung scheidet im vorliegenden Fall schon deshalb aus, weil sie den Mangel einer unrichtigen Auflagenbezeichnung schlicht nicht heilen kann. Eine Auflagenverletzung wirkt sich auf alle Werkstücke einer Auflage aus, sodass – selbst wenn man eine Austauschbarkeit der einzelnen Werkstücke annehmen würde – jedenfalls kein anderes mangelfreies Werkstück existieren würde.¹³⁴⁰ Eine Mangelbeseiti-

1334 *Berger*, in: Jauernig BGB, § 439 Rn. 8; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 439 Rn. 6.

1335 *Berger*, in: Jauernig BGB, § 439 Rn. 9; *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 89.

1336 Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 439 Rn. 15; *Müller-Katzenburg*, NJW 2006, 553 (555).

1337 Vgl. zum Streit *Mangold*, Verbraucherschutz, 193 ff.; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 420 ff.

1338 Hierzu sowie zu denkbaren Ausnahmen *Mangold*, Verbraucherschutz, 184, 196. Vgl. auch *Berger*, KUR 2003, 137 (138); *Wertenbruch*, NJW 2004, 1977 (1978).

1339 Hierzu z. B. *Westermann*, in: MüKo BGB, § 439 Rn. 11 m. w. N. zur Diskussion.

1340 *Heinbuch*, NJW 1984, 15 (20); *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 385.

gung durch Nachlieferung ist damit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB (objektiv) unmöglich, weshalb ein darauf gerichteter Anspruch des Sammlers nicht besteht.

(2) *Nachbesserung* im Sinne von § 439 Abs. 1 1. Fall BGB

Ziel der Nachbesserung ist ganz allgemein die Herstellung eines vertragsgemäßen Zustands der Kaufsache,¹³⁴¹ was regelmäßig durch eine Reparatur erreicht wird. Für den Fall der Mangelhaftigkeit aufgrund einer überschrittenen Auflagenlimitierung muss man sich von der Vorstellung lösen, eine Nachbesserung sei nur durch eine (manuelle) Reparatur der Kaufsache möglich.¹³⁴² So könnte auch durch die Rückführung der Auflagenhöhe auf die vereinbarte Zahl (z. B. durch Vernichtung der zusätzlichen Exemplare) die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands und damit eine Nachbesserung vorgenommen werden. Ob eine derartige Nachbesserung in der Praxis tatsächlich möglich ist, kann abschließend nur anhand des Einzelfalls beurteilt werden. Zwei Grundfälle können jedoch abstrakt unterschieden werden: Zum einen die Nachbesserung für den Fall, dass das Werkstück durch einen Kunstmarktintermediär (Galerist, Auktionator, Kunsthändler) verkauft wurde. Zum anderen der Fall, dass der Künstler selbst Vertragspartner des Kaufvertrags ist (bei einem sogenannten „Atelierversauf“).

(aa) Nachbesserung durch einen Kunstmarktintermediär

In der Praxis wird die Nachbesserung durch einen bloßen Verkäufer einer Fotografie aus einer limitierten Auflage regelmäßig daran scheitern, dass der Verkäufer überhaupt nicht die Möglichkeit zu Maßnahmen hat, die einen vertragsgemäßen Zustand der Kaufsache herstellen könnten. Einem Verkäufer, der nicht selbst der Künstler ist, fehlen einerseits zumeist die Mittel, um die Auflagenhöhe sicher zu überschauen. Dies kann beispielsweise daran liegen, dass der Künstler in verschiedenen Ländern mit unterschiedlichen Galerien zusammenarbeitet oder dass auch im Inland seine Werke von unterschiedlichen Verkäufern vertrieben werden. Andererseits ist der bloße Verkäufer im Regelfall nicht im Besitz der Negative bzw. der Dateien

1341 *Berger*, in: Jauernig BGB, § 439 Rn. 8; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 439 Rn. 6; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437 Rn. 6.

1342 Wie z. B. im Falle eines Rechtsmangels; *Berger*, in: Jauernig BGB, § 439 Rn. 8.

und hat somit keine Herrschaft über den Produktionsvorgang. Ist nun eine höhere Auflage als angegeben in den Markt gebracht worden, so kann der einzelne Galerist weder den Verbleib aller Exemplare kennen, noch hat er die (rechtliche) Möglichkeit, auf die überzähligen Exemplare (z. B. zum Zwecke der Vernichtung¹³⁴³) zuzugreifen. Dennoch kann im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden, dass man bei einem Verkäufer, der z. B. ein bestimmtes Werk exklusiv verlegt,¹³⁴⁴ nicht doch von einer entsprechenden Möglichkeit zur Nachbesserung ausgehen kann.¹³⁴⁵

Im Ergebnis wird die Nachbesserungspflicht des Verkäufers somit in vielen Fällen bereits gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich und damit ausgeschlossen sein. In den Fällen, in denen der Verkäufer vielleicht theoretisch die Möglichkeit hätte, überzählige Werkexemplare „einzusammeln“ und zu vernichten, kann der Nachbesserungsanspruch aber immer noch daran scheitern, dass der Schuldner sich auf § 439 Abs. 3 bzw. § 275 Abs. 2 BGB beruft und vorträgt, dass die verlangten Maßnahmen unverhältnismäßige Kosten verursachen bzw. einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würden.¹³⁴⁶

Beim Verkauf auf dem Sekundärmarkt (z. B. durch ein Auktionshaus) ist aufgrund dessen, dass hier der Erstverkauf des Werks häufig zeitlich schon deutlich zurückliegt und der Auktionator auch regelmäßig keinerlei Kontakt zu den für die Auflagenlimitierung verantwortlichen Personen hat, praktisch immer von einer objektiven Unmöglichkeit der Nachbesserung im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB auszugehen.

(bb) Nachbesserung durch den Künstler

Anders als beim Verkauf durch einen Dritten ist beim Verkauf durch den Künstler regelmäßig davon auszugehen, dass er die tatsächlichen Mittel zur Begrenzung der Auflage hat (z. B. durch entsprechende Anweisung an sein Fotolabor und die Herrschaft über das Negativ bzw. die Datei). Es kann weiterhin angenommen werden, dass er auch einen besseren Überblick über

1343 Hier stellt sich zudem die umstrittene Frage, ob eine andere Person als der Urheber (z. B. der Galerist) überhaupt Originale vernichten darf (selbst wenn diese Person der Eigentümer der Kunstwerke ist). Einer solchen Zerstörung des Originals könnte der Entstellungsschutz aus § 14 UrhG entgegenstehen. Vgl. hierzu *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 179 ff.

1344 Vgl. auch *Heinbuch*, NJW 1984, 15 (20); *Heinbuch*, in: *International Sales*, 205.

1345 Zu deren konkretem Inhalt sogleich unten bei E.III.2.a)(2)(bb), S. 296.

1346 Vgl. zu diesen Einreden des Verkäufers im Einzelnen und m. w. N. *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 442 ff. Für den Kunsthandel siehe auch *Berger*, KUR 2003, 137 (138).

den Verbleib der einzelnen Werkstücke hat oder sich zumindest einen solchen Überblick (z. B. durch Anforderung von Verkaufsaufzeichnungen seiner Galeristen) verschaffen kann. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass an den Künstler selbst höhere Ansprüche gestellt werden können als an einen beliebigen Verkäufer. Es liegt dann nahe, ihm auch eine Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Kaufsache *durch Nachbesserung* in einem weiteren Umfang zuzumuten als einem bloßen Mittelsmann.

Die Pflicht zur Nachbesserung wäre z. B. dann ohne Einschränkungen zu bejahen, wenn der Käufer eines Werks mit der Editionsangabe „1/2“ am nächsten Tag in den Verkaufsräumen des Künstlers plötzlich zwei mit dem gekauften Werk identische Fotografien angeboten fände. Unter der Voraussetzung, dass die Limitierung bereits im Moment des Gefahrübergangs überschritten war,¹³⁴⁷ könnte der Käufer jetzt vom Künstler verlangen, dass zumindest eine der angebotenen Fotografien vernichtet würde.¹³⁴⁸

Endgültig zu entscheiden ist die Frage nach der Pflicht zur Nachbesserung aber auch gegenüber dem Künstler nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Ferner stehen dem Künstler selbstverständlich auch die Einreden aus § 439 Abs. 3 bzw. § 275 Abs. 2 BGB zur Verfügung, mit denen er sich vor einer unverhältnismäßigen Inanspruchnahme durch den Käufer schützen kann. Bejaht man jedoch im Einzelfall die Möglichkeit einer Nachbesserung durch den Künstler, so ergibt sich im Zusammenspiel mit den Überlegungen zur konkludenten Garantie des Künstlers beim Atelierverkauf,¹³⁴⁹ dass in diesen Fällen der Künstler (d. h. der Verkäufer) auch für Erhöhungen der Auflage *nach* Gefahrübergang kaufrechtlich in Anspruch genommen werden kann und grundsätzlich zunächst die Rückführung der Auflage auf die ursprünglich mitgeteilte Anzahl schuldet. Dies ist ein Anspruch, der dem Rechtsschutzinteresse des Sammlers¹³⁵⁰ in vielen Fällen am stärksten entsprechen wird.

1347 Was im Übrigen im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs gemäß § 476 BGB gesetzlich vermutet würde. Zum Verbrauchsgüterkauf im Kunsthandel vgl. *Mangold*, Verbraucherschutz, 113 ff.

1348 In diesem Fall könnte man noch überlegen, ob nicht einer der beiden angebotenen Abzüge als Artist's Print legitim sein könnte. In diesem Fall müsste er aber zum einen als solcher gekennzeichnet sein. Zum anderen würde die Tatsache, dass er unmittelbar am Markt angeboten wird, faktisch gegen seine Einordnung als legitimer Artist's Print sprechen. Vgl. zu letzter Überlegung auch oben C.II.10.e), S. 162, sowie D.II.2.c)(3)(cc), S. 196.

1349 E.V.2.b)(2), S. 320.

1350 Neben Ansprüchen aufgrund des in Kapitel 3 diskutierten Limitierungsvertrags (oben D.IV, S. 223).

(3) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist realistischer Weise davon auszugehen, dass der Nacherfüllungsanspruch der §§ 437 Nr. 1, 439 BGB wohl in der überwiegenden Anzahl der denkbaren Fälle einer überschrittenen Auflagenlimitierung ausgeschlossen sein wird. Eine Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 2. Fall BGB) ist stets unmöglich und damit gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Die Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 1. Fall BGB) kommt unter bestimmten Bedingungen in Betracht. Jedoch wird auch sie – jedenfalls in den Fällen des Kaufs über einen Kunstmarktintermediär – regelmäßig daran scheitern, dass sie entweder unmöglich oder unter Berufung auf § 439 Abs. 3 bzw. § 275 Abs. 2 BGB unverhältnismäßig ist. In den selteneren Fällen eines Atelierversauchs durch den Künstler ist die Möglichkeit eines Anspruchs auf Nachbesserung in Form einer Zurückführung der Auflage auf die ursprünglich vereinbarte Höhe eher denkbar. Allerdings kann sich natürlich auch der Künstler als Verkäufer bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auf § 439 Abs. 3 bzw. § 275 Abs. 2 BGB berufen.

Häufig liegt daher im Fall von überschrittenen bzw. unrichtigen Auflagenangaben ein von Anfang an nicht behebbarer Mangel vor. Der Fall ist insoweit vergleichbar mit der Situation einer falschen Angabe zur Urheberschaft eines Kunstwerks.¹³⁵¹ Auch dort ist der Nacherfüllungsanspruch von Anfang an wegen qualitativer Unmöglichkeit¹³⁵² ausgeschlossen.¹³⁵³

b) Rücktritt vom Kaufvertrag gemäß §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323, 346 BGB

Der Käufer kann nach erfolgloser Fristsetzung bzw. bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323, 346 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten. Bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung ist die gemäß § 323 Abs. 1 BGB notwendige Fristsetzung wegen § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich. Weiterhin darf es sich gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bei dem Sachmangel nicht um eine unerhebliche Pflichtverletzung des Verkäufers handeln.¹³⁵⁴ Aufgrund der hohen Bedeutung einer korrekt eingehaltenen Limitierung

1351 Im Unterschied zum Verkauf einer Kopie als vermeintlichem Original; vgl. *Berger*, in: *Jauernig BGB*, § 439 Rn. 25.

1352 *Emmerich*, *Leistungsstörungen*, § 5 Rn. 29.

1353 Vgl. *Schack*, *Kunst und Recht*, Rn. 389, 382; *Wertenbruch*, *NJW* 2004, 1977 (1978); *Müller-Katzenburg*, *NJW* 2006, 553 (555).

1354 Zur Erheblichkeit von Mängeln bei Kunstwerken allgemein *Mangold*, *Verbraucherschutz*, 201 f. sowie *Müller-Katzenburg*, *NJW* 2006, 553 (555).

für die Werthaltigkeit eines Auflagenwerks ist davon auszugehen, dass eine falsche Auflagenbezeichnung *stets* einen nicht unerheblichen Mangel darstellt. Erklärt der Käufer den Rücktritt (§ 349 BGB), so wandelt sich der ursprüngliche Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis (vgl. § 346 BGB) um, welches beide Parteien verpflichtet, die empfangenen Leistungen zurückzugeben. Der Käufer könnte dann Zug-um-Zug (§ 348 i. V. m. §§ 320, 322 BGB) gegen Rückgabe des Auflagenwerks die Rückzahlung des von ihm geleisteten Kaufpreises verlangen. Diese Rechtsfolge allein wird jedoch in vielen Fällen nicht dem Rechtsschutzinteresse des Sammlers entsprechen, da er einerseits das Kunstwerk verliert, andererseits ein Zinsanspruch auf den Kaufpreis regelmäßig höchstens in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes¹³⁵⁵ besteht (vgl. § 347 Abs. 1 S. 1 BGB) und dessen Durchsetzung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein kann.¹³⁵⁶ Außerdem verliert der Käufer beim Rücktritt (anders bei der Minderung) durch die vollständige Rückabwicklung einen Vorteil, den er aufgrund eines günstigen Geschäftsabschlusses erzielt hatte.¹³⁵⁷

c) Minderung des Kaufpreises gemäß §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 441 BGB

Laut §§ 437 Nr. 2, 441 BGB kann der Käufer „statt zurückzutreten“ auch den gezahlten Kaufpreis mindern. „Statt zurücktreten“ soll dabei ausdrücken, dass die Voraussetzungen für einen Rücktritt¹³⁵⁸ ebenso bei einer Minderung vorliegen müssen.¹³⁵⁹ Laut § 441 Abs. 1 S. 2 BGB ist eine Minderung jedoch auch bei unerheblichen Mängeln möglich. Im Falle einer unrichtigen Auflagenangabe könnte der Käufer daher verlangen, dass ihm entsprechend § 441 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 BGB ein Teil des gezahlten Kaufpreises erstattet wird.¹³⁶⁰ Naturgemäß wird über die Höhe der Minderung zwischen den Parteien kaum Einigkeit zu erzielen sein. Bei Kunstwerken kommt zudem noch das Problem hinzu, dass es regelmäßig an objektiven Möglichkeiten einer Feststellung des durch den Mangel ausgelösten Minderwertes fehlt.¹³⁶¹ Laut § 441 Abs. 3 S. 2 BGB kann der Minderwert daher auch unter Zugrundele-

1355 OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2011, 878 (879).

1356 Schmid/Stirnweiß, NJOZ 2008, 4589 ff.

1357 Vgl. Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 118.

1358 Siehe oben E.III.2.b), S. 298.

1359 Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 117.

1360 Zu den Einzelheiten der Berechnung des Minderungsbetrages vgl. z. B. Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 118.

1361 Mangold, Verbraucherschutz, 202, 68 ff.

gung von Schätzungen ermittelt werden.¹³⁶² Die Minderung hat für den Käufer den Vorteil, dass er die Kaufsache behalten kann, was insbesondere bei Kunstwerken sein ideelles Interesse an dem konkreten Werk schützt.

d) Schadensersatz

Im Gegensatz zu den verschuldensunabhängigen Ansprüchen auf Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung setzen die im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung nach § 437 Nr. 3 BGB möglichen Schadensersatzansprüche zusätzlich ein Vertretenmüssen des Verkäufers oder eine Garantie in Bezug auf sein unbedingtes Einstehen für die Mangelfreiheit voraus.

- (1) Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB

Für den Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit verweist § 437 Nr. 3 BGB auf zwei verschiedene Anspruchsgrundlagen.

- (aa) Der Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB

War die Auflagenangabe bereits im Zeitpunkt des *Vertragsschlusses* unrichtig und der Nacherfüllungsanspruch ebenfalls schon zu diesem Zeitpunkt unmöglich (z. B. weil die restliche, erhöhte Auflage schon verkauft war¹³⁶³), so ist Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB. Neben dem Vorliegen eines nicht behebbaren Mangels im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist entscheidend für diesen Anspruch, dass der Verkäufer den Mangel und seine Unbehebbarkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kannte bzw. fahrlässig nicht kannte (§ 311a Abs. 2 S. 2 BGB).

1362 Zum praktischen und prozessualen Vorgehen vgl. *Faust*, in: BeckOK BGB, § 441 Rn. 13; kritisch *Müller-Katzenburg*, NJW 2006, 553 (555). Vgl. auch die Ausführungen bei D.IV.3.f), S. 235.

1363 Vgl. insoweit die Überlegungen oben bei E.III.2.a), S. 294.

(i) Vertretenmüssen des Schuldners

Die Einstandspflicht des Schuldners richtet sich nach den §§ 276, 278 BGB. Für die hier diskutierten Fälle stellt sich dabei zum einen die Frage nach der Haftung des Schuldners für Dritte sowie zum anderen nach der Möglichkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung aufgrund der Garantieübernahme.

[a] Haftung des Schuldners für Dritte (§ 278 BGB)

Dem Schuldner eines vertraglichen Schuldverhältnisses wird bei der Prüfung seiner Verantwortlichkeit die Kenntnis von Personen zugerechnet, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient (§ 278 S. 1 BGB). Statt „Verschulden“ ist daher besser von „Vertretenmüssen“ (so auch § 280 Abs. 1 S. 2 BGB) zu sprechen.¹³⁶⁴ Wusste der Verkäufer nicht, dass die von ihm mitgeteilte Limitierung unrichtig ist und hat er diese Unkenntnis auch nicht zu vertreten, so besteht kein Schadensersatzanspruch nach §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB. Da die Formulierung in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB („Dies gilt nicht, ...“) als Beweislastregel gelesen wird, spricht zunächst eine gesetzliche Vermutung für ein Vertretenmüssen des Verkäufers.¹³⁶⁵ Es liegt dann an ihm, nachzuweisen, dass er keine Kenntnis von der wahren Auflagenhöhe hatte und dass ihm diese Unkenntnis auch nicht als Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.

Bezüglich des Vertretenmüssens stellt sich die Frage, ob dem Verkäufer (z. B. einem Galeristen) die Kenntnis des Künstlers zugerechnet werden kann. Hierzu müsste der Künstler als „Erfüllungsgehilfe“ des Verkäufers tätig werden. Der Begriff des „Erfüllungsgehilfen“ erfasst nicht nur unselbstständige Mitarbeiter des Verkäufers, sondern auch selbstständige Personen wie z. B. Subunternehmer.¹³⁶⁶ Nicht vom Begriff des „Erfüllungsgehilfen“ erfasst wird jedoch normalerweise der Hersteller oder Lieferant, da die Herstellung der Kaufsache nicht zu den Pflichten des Verkäufers zählt und der Hersteller somit auch nicht im Pflichtenkreis des Verkäufers tätig wird.¹³⁶⁷ Das Tätigwerden im Pflichtenkreis des Schuldners ist jedoch gerade Voraussetzung für die vergleichsweise strenge Haftung („wie eigenes Verschul-

¹³⁶⁴ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 508.

¹³⁶⁵ Vgl. *Unberath*, in: BeckOK BGB, § 280 Rn. 95 ff.

¹³⁶⁶ *Grüneberg*, in: Palandt, § 278 Rn. 7; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 502.

¹³⁶⁷ *Unberath*, in: BeckOK BGB, § 278 Rn. 27; *Grüneberg*, in: Palandt, § 278 Rn. 13 *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 502.

den“) des § 278 S. 1 BGB.¹³⁶⁸ Der Künstler ist als „Hersteller“ somit regelmäßig kein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers.

Im Übrigen wird davon auszugehen sein, dass bei einem entsprechend engen Verhältnis z. B. des den Künstler exklusiv vertretenden Galeristen zum Künstler, welches häufig auch einen Kontakt zum beauftragten Fotolabor bedingt, regelmäßig die eigene Kenntnis bzw. zumindest fahrlässige Unkenntnis des Verkäufers zu bejahen sein wird. Ein Rückgriff auf § 278 S. 1 BGB ist dann entbehrlich.

[b] Verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners
(§ 276 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz BGB)

Grundsätzlich erfordert ein Vertretenmüssen des Schuldners, dass die Pflichtverletzung zumindest fahrlässig verursacht wurde (§ 276 Abs. 1 S. 1 1. Halbsatz BGB). Der Schuldner soll im Normalfall nicht für Ereignisse haften, die außerhalb seines Einflussbereichs liegen und die er auch bei entsprechender Sorgfalt nicht vermeiden konnte. Anders ist es nur, wenn der Schuldner (z. B. durch Übernahme einer Garantie¹³⁶⁹) vertraglich versprochen hat, „für einen bestimmten Erfolg bedingungslos einzustehen oder ein bestimmtes Schadensrisiko zu übernehmen.“¹³⁷⁰ Teilweise kann bei der Klärung der Frage, ob eine solche Garantie vorliegt, auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur „Zusicherung“ des alten Kaufrechts (§ 459 Abs. 2 BGB a. F.) zurückgegriffen werden. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass mit der Garantie nach heutigem Recht „zumindest auch die Zusicherung einer Eigenschaft der Sache nach früherem Recht“ gemeint sei¹³⁷¹ und entspricht damit der insoweit herrschenden Auffassung.¹³⁷²

Da sich der Inhalt einer Garantie stets aus den konkreten Erklärungen ergibt, kann jedoch z. B. von der Übernahme einer Haltbarkeitsgarantie (vgl. § 443 Abs. 2 BGB)¹³⁷³ noch nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass auch für das Vertretenmüssen im Rahmen eines Anspruchs auf Schadensersatz aus § 437 Nr. 3 BGB verschuldensunabhängig gehaftet werden soll.¹³⁷⁴ Vielmehr bezieht sich eine Haltbarkeitsgarantie zunächst nur

¹³⁶⁸ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 502.

¹³⁶⁹ Zu den Garantien sogleich ausführlich unter E.V, S.313.

¹³⁷⁰ *Schellhammer*, SchuldR, Rn. 115.

¹³⁷¹ BGH, NJW 2007, 1346 (1348).

¹³⁷² *Gutzeit*, NJW 2007, 1350.

¹³⁷³ Auch hierzu ausführlich unter E.V, S. 313.

¹³⁷⁴ So auch *Faust*, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 47; zudem zu den verschiedenen Garantie-

darauf, dass auch für Mängel *nach Gefahrübergang* gehaftet werden soll – dies allerdings grundsätzlich nicht über den in der gesetzlichen Gewährleistung vorgesehenen Umfang hinaus.¹³⁷⁵ Letzteres bedeutet, dass auch bei einem Mangel, der nach Gefahrübergang eingetreten ist, verschuldensunabhängig nur auf Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung, nicht aber Schadensersatz, gehaftet wird. Die besonders weitreichende Haftung auf Schadensersatz (man denke z. B. an die unter Umständen uferlose Belastung aufgrund eines Anspruchs auf Ersatz des entgangenen Gewinns) ist dann immer noch an die Voraussetzung geknüpft, dass der Schuldner den Mangel bzw. die Unmöglichkeit der Nacherfüllung fahrlässig oder vorsätzlich zu vertreten hat und er somit gerade nicht auch für Ereignisse außerhalb seines Einflussbereichs haftet. Im Rahmen der Auslegung ist daher darauf zu achten, ob lediglich eine Haltbarkeitsgarantie übernommen werden sollte oder eine umfassende Garantie übernommen wurde, die dann auch auf das Vertretenmüssen im Rahmen von § 276 Abs. 1 S. 1 bezogen werden könnte (Letzteres ist wohl zumindest dann der Fall, wenn eine Garantie ohne nähere Einschränkungen übernommen worden ist¹³⁷⁶).

Der Wille des Verkäufers, für die Mangelhaftigkeit der Kaufsache verschuldensunabhängig einstehen zu wollen, darf aber im Hinblick auf die kaum zu überblickende Höhe von möglichen Schadensersatzforderungen nur *noch zurückhaltender* angenommen werden als z. B. die Übernahme einer reinen Haltbarkeitsgarantie. Insbesondere bei Ansprüchen gegen den bloßen Verkäufer¹³⁷⁷ ist daher davon auszugehen, dass im Grunde hierfür stets eine *ausdrückliche* Zusage vorliegen muss. Aber auch bei Ansprüchen gegen den Künstler selbst kann nicht automatisch auf eine entsprechende Garantie geschlossen werden, da eine Situation, in der er nicht zumindest fahrlässig für eine Erweiterung der Auflage verantwortlich ist, fast schon denklogisch ausgeschlossen ist und somit die Garantieverantwortung nur extrem fern liegende, zufällige Fälle erfassen würde, für die eine Haftung auch unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht erwartet werden kann.

Für einen Sammler mit entsprechender Marktmacht kann es aber interessant sein, insbesondere beim Kauf von einem Galeristen eine entspre-

begriffen ebenfalls *Faust*, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 9 ff. anders *Weidenkaff*, in: Palandt, § 443 Rn. 9.

1375 Vgl. *Faust*, in: BeckOK BGB, § 437 Rn. 77.

1376 *Faust*, in: BeckOK BGB, § 437 Rn. 77, § 443 Rn. 47, 52.

1377 Zur Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Vertragspartnern für das Vorliegen von Garantieansprüchen vgl. E.V.2, S. 315.

chende, ausdrückliche Garantie in den Kaufvertrag aufzunehmen und so einen starken Anreiz für vertragliches Wohlverhalten zu schaffen.

(ii) Rechtsfolgen

Liegen die Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB vor, so hat der Käufer die Wahl zwischen sogenanntem „kleinem“ und „großem“ Schadensersatz.¹³⁷⁸ Dabei gilt durch den Verweis von § 311a Abs. 2 S. 2 BGB auf § 281 Abs. 1 S. 3 BGB für den Anspruch auf „großen“ Schadensersatz (Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung), dass es sich ebenso wie beim Rücktritt nicht bloß um einen unerheblichen Mangel handeln darf.¹³⁷⁹

Wählt der Gläubiger den „kleinen“ Schadensersatz, so behält er die Fotografie und verlangt als Schadensersatz den Minderwert des mangelhaften Kunstwerks im Vergleich zu einem mangelfreien Kunstwerk. Der Anspruch läuft damit in vielen Fällen auf denselben Betrag und die gleiche Situation wie die Minderung nach § 441 BGB hinaus.¹³⁸⁰ Jedoch umfasst der Schadensersatz auch einen entgangenen Gewinn (§ 252 BGB), sofern ein solcher nachgewiesen werden kann. Scheitert z. B. der profitable Weiterverkauf einer Fotografie, weil sich während der Verkaufsverhandlungen herausstellt, dass die angegebene Limitierung nicht eingehalten wurde, so könnte sich der Eigentümer der Fotografie insoweit beim ursprünglichen Verkäufer schadlos halten.

Liegt ein nicht unerheblicher Mangel vor und fordert der Gläubiger Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung („großer“ Schadensersatz), so muss er den Kaufgegenstand gemäß § 311a Abs. 2 S. 2 i. V. m. §§ 281 Abs. 5, 346 ff. BGB auf Verlangen des Verkäufers zurückgewähren. Als Mindestschaden kann der Käufer dann den gezahlten Kaufpreis geltend machen sowie andere Schäden, wie zum Beispiel den entgangenen Gewinn.¹³⁸¹ Im Endeffekt kombiniert der Käufer durch Verlangen des „großen“ Schadensersatzes die Rechtsfolgen von Rücktritt und Schadensersatz.¹³⁸²

1378 *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 139.

1379 Vgl. auch *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 555. Zur Erheblichkeit des Mangels auch oben bei E.III.2.b), S. 298.

1380 Vgl. dazu *Schwarze* (2015), in: Staudinger, § 325 Rn. 47.

1381 *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 554 f.; a. A. *Faust*, in: BeckOK BGB, § 437 Rn. 138.

1382 *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 593.

(bb) Der Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB

Ist der Mangel (der spätestens bei Gefahrübergang vorliegen muss) erst nach Vertragsschluss unbehebbar geworden, so kommen als Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz statt der Leistung nicht mehr die §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB, sondern nur die §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB in Betracht. Bezugspunkt für das Vertretenmüssen des Schuldners ist im Fall der §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB grundsätzlich die Unmöglichkeit der Nacherfüllung, aber auch die ursprüngliche Lieferung einer mangelhaften Sache.¹³⁸³ Entscheidend ist daher, ob der Schuldner oder ein Erfüllungsgehilfe fahrlässig oder vorsätzlich dafür verantwortlich sind, dass die Nacherfüllung gescheitert ist (zum Beispiel, weil ein Galerist die Auflagen ausverkauft hat, obwohl er wusste, dass er nur mit ihrer Hilfe den Nacherfüllungsanspruch des Käufers hätte befriedigen können) oder dass ursprünglich eine mangelhafte Sache geliefert wurde.

Die weiteren Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen sind dieselben wie im Fall von §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB, sodass auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.¹³⁸⁴

(2) Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB wegen Nichtleistung trotz Fristsetzung

Ein Schadensersatz statt der Leistung kann auch noch auf die §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB gestützt werden, wenn die Nacherfüllung zwar nicht unmöglich, aber eine Frist zur Nacherfüllung fruchtlos verstrichen oder entbehrlich ist (§ 440 BGB). In diesem Fall kann der Käufer ebenfalls den Schadensersatz statt der Leistung geltend machen, wenn der Mangel nicht unerheblich gewesen ist. Im Übrigen gilt das Gleiche wie beim Anspruch nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB.¹³⁸⁵

1383 Umstritten; so wie hier z. B. *Faust*, in: BeckOK BGB, § 437 Rn. 115; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437 Rn. 37 *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 125; anders *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 535.

1384 E.III.2.d)(1)(aa), S. 300.

1385 Siehe oben E.III.2.d)(1)(bb), S. 305.

(3) Aufwendungsersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 284 BGB

Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung (dessen Voraussetzungen somit vorliegen müssen) kann der Käufer auch Aufwendungsersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 284 BGB verlangen. Er kann dabei den Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf die Mangelfreiheit der Sache gemacht hatte und billigerweise machen durfte (z. B. eine neue Rahmung der Fotografie) und die nun aufgrund des Mangels zwecklos geworden sind. Die Norm soll ausgleichen, dass Aufwendungen als „freiwillige“ Vermögenseinbußen vom Schadensersatz grundsätzlich nicht erfasst werden.¹³⁸⁶ Der Ersatz der vergeblichen Aufwendungen kann mit einem Rücktritt kombiniert werden, um eine (wirtschaftliche) Situation wie vor dem Kauf zu erreichen.¹³⁸⁷

(4) Schadensersatz für Mangelfolgeschäden gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB

Aus Gründen der Vollständigkeit soll an dieser Stelle noch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangelfolgeschäden gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB erwähnt werden. Mangelfolgeschäden sind Schäden, die der Käufer aufgrund von Mängeln der Kaufsache an seinen übrigen Rechtsgütern erleidet (zum Beispiel, wenn aufgrund einer fehlerhaften elektronischen Einparkhilfe die Garageneinfahrt touchiert wird).¹³⁸⁸ Notwendig ist hierfür logischerweise, dass dem Mangel überhaupt ein gewisses Potenzial innewohnt, solche Schäden hervorzurufen. Im Falle einer nicht eingehaltenen Auflage ist ein solches Potenzial (wie auch in der Regel bei den übrigen Mängeln im Kunsthandel¹³⁸⁹) praktisch undenkbar. Dem Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB kommt daher im Rahmen dieser Untersuchung keine besondere Bedeutung zu.

1386 *Unberath*, in: BeckOK BGB, § 284 Rn. 11; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 648.

1387 Vgl. das Beispiel bei *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 144.

1388 *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437 Rn. 35, 39; *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 133.

1389 Hierzu mit dem schönen (fiktiven) Beispiel, dass einer der Fischtanks von Damien Hirst aufgrund mangelhafter Verarbeitung leckschlägt und einen Wasserschaden verursacht: *Mangold*, Verbraucherschutz, 208.

3. Verjährung der Ansprüche aus kaufrechtlicher Mängelgewährleistung

Die Ansprüche aus kaufrechtlicher Gewährleistung aufgrund eines Sachmangels verjähren gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB binnen zwei Jahren. Sie verjähren in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat (§§ 438 Abs. 3 S. 1 BGB i. V. m. §§ 195, 199 BGB). Die Verjährung beginnt mit der Ablieferung der Kaufsache; § 438 Abs. 2 BGB.

IV. Verhältnis anderer Ansprüche des Käufers zum Kaufrecht

Liegt ein Fall der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung vor, so hat dies Auswirkungen auf andere Ansprüche, die einem enttäuschten Käufer prinzipiell zur Verfügung stehen könnten.

1. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums; § 119 Abs. 2 BGB

Eine Anfechtung wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft durch den Käufer bei Vorliegen eines Sachmangels ist grundsätzlich ausgeschlossen. Die kaufrechtliche Mängelgewährleistung ist insoweit *lex specialis*. Wäre eine Anfechtung der dem Kaufvertrag zugrunde liegenden Willenserklärungen nach § 119 Abs. 2 BGB unter Berufung auf einen Sachmangel möglich, würde das differenzierte Haftungsregime der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung, wie z. B. die dem Verkäufer eingeräumte Möglichkeit der Nacherfüllung (teilweise als „Recht der zweiten Andienung“ bezeichnet¹³⁹⁰) oder die kurze Verjährung, unterlaufen.¹³⁹¹ Die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ist erst recht ausgeschlossen, wenn sich die Vertragswidrigkeit der Kaufsache erst nach Abgabe der angefochtenen Willenserklärung eingestellt hat (d. h. für die hier diskutierten Fälle, wenn die Auflage erst nach Abschluss des Kaufvertrags überschritten wurde). In diesem Fall fehlt bereits die Voraussetzung der Anfechtung, wonach sich der Erklärende „bei Abgabe“ seiner Erklärung geirrt haben muss. Lag aber

¹³⁹⁰ Beispielsweise bei *Westermann*, in: MüKo BGB, Vorb §§ 433 ff. Rn. 2.

¹³⁹¹ So die herrschende Ansicht; vgl. exemplarisch *Faust*, in: BeckOK BGB, § 437 Rn. 177; *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 437 Rn. 108 f.; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 437 Rn. 53 ff.; *Ellenberger*, in: Palandt, § 119 Rn. 28; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437 Rn. 53.

zu diesem Zeitpunkt noch gar keine Diskrepanz zwischen der Vorstellung des Käufers und den tatsächlichen Eigenschaften der Kaufsache vor, so wird auch kein Anfechtungsrecht begründet.

2. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung; § 123 Abs. 1 1. Fall BGB

Die Anfechtung der auf Abschluss des Kaufvertrags gerichteten Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung wird durch die kaufrechtliche Mängelgewährleistung nicht verdrängt.¹³⁹² Der arglistig täuschende Verkäufer ist nicht schutzwürdig.¹³⁹³ Vielmehr ist das Interesse des Käufers an einer Willensbildung ohne arglistige Einflussnahme höher zu bewerten.¹³⁹⁴

Einzuhalten sind die Anfechtungsfrist von einem Jahr ab Kenntnis des Getäuschten von der Täuschung sowie die absolute Ausschlussfrist von zehn Jahren seit Abgabe der Willenserklärung (§ 124 BGB). Die Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1 1. Fall BGB ist insbesondere auch dann möglich, wenn nicht der Verkäufer selbst arglistig getäuscht hat, sondern eine weitere Person, solange sie nicht als „Dritter“ im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB anzusehen ist, wodurch die Anfechtungsvoraussetzungen um ein Wissenselement beim Anfechtungsgegner bezüglich der Täuschung erschwert würden. Der Begriff des „Dritten“ wird im Rahmen von § 123 Abs. 2 BGB wirtschaftlich-funktional verstanden¹³⁹⁵ und erfasst nur am Geschäft uneteiligte Personen.¹³⁹⁶ Kein „Dritter“ ist beispielsweise bei den auf dem Kunstmarkt häufigen Kommissionsgeschäften der Kommittent im Verhältnis zum Kommanditisten.¹³⁹⁷ Täuscht zum Beispiel der Künstler durch eine bewusst wahrheitswidrige Auflagenangabe auf dem Kunstwerk, so kann ein Kaufvertrag mit dem ihn als Kommanditist vertretenden Galeristen auch dann anfechtbar sein, wenn der Galerist von der Unrichtigkeit der Auflagenangabe gar nichts wusste.¹³⁹⁸

Nach einer erfolgreichen Anfechtung kann der Käufer nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Fall BGB den von ihm geleisteten Kaufpreis vom Verkäufer

1392 *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 437 Rn. 112; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437 Rn. 54.

1393 *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437 Rn. 54.

1394 Vgl. *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 437 Rn. 112.

1395 *Elmenhorst/Decker*, GRUR-RR 2012, 417 (417).

1396 *Ellenberger*, in: Palandt, § 123 Rn. 13.

1397 LG Köln, Urteil vom 28.09.2012, 2 O 457/08, Rn. 61 = BeckRS 2012, 20478; *Häuser*, in: MüKo HGB, § 383 Rn. 55; *Roth*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, § 383 Rn. 14.

1398 Vgl. auch den Fall LG Köln, Urteil vom 28.09.2012, 2 O 457/08, Rn. 57 ff. = BeckRS 2012, 20478; dazu auch *Elmenhorst/Decker*, GRUR-RR 2012, 417 (417 f.).

herausverlangen. Darüber hinaus können Schadensersatzansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB (*culpa in contrahendo*) bestehen.¹³⁹⁹ Bei einem gutgläubigen Verkäufer, der von der Täuschung des Kommittenten nichts wusste, ist dann ein eigenes Verschulden dieses Verkäufers genau zu prüfen.¹⁴⁰⁰

3. Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*); §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB

Für Ansprüche aufgrund eines Verschuldens bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*) ist zu differenzieren: Ansprüche aus *culpa in contrahendo* (c.i.c.) aufgrund der *Lieferung einer mangelhaften Kaufsache* können wegen des abschließenden Charakters der Regelungen der kaufrechtlichen Gewährleistung nicht neben diesen bestehen.¹⁴⁰¹ So könnte die uneingeschränkte Anerkennung von Ansprüchen auf Rückabwicklung des Kaufvertrags nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB dazu führen, dass dem Verkäufer die ihm vom Kaufrecht eingeräumte Möglichkeit der Nacherfüllung („Recht der zweiten Andienung“)¹⁴⁰² genommen würde.¹⁴⁰³

Etwas anderes gilt, wenn eine arglistige Täuschung und damit vorsätzliches Verhalten des Verkäufers bejaht werden kann.¹⁴⁰⁴ Der Verkäufer ist dann nicht schutzwürdig und es besteht der Anspruch aus c. i. c. neben den kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen (Rechtsgedanke des § 142 Abs. 2 BGB). Dieser Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB ist auf Rückgängigmachung des Vertragsverhältnisses gerichtet.¹⁴⁰⁵

Ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB kann auch dann bestehen, wenn der Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 BGB wirksam angefochten wurde. Der Weg-

1399 Dazu sogleich unten bei E.IV.3, S. 309.

1400 Vgl. wiederum den Fall LG Köln, Urteil vom 28.09.2012, 2 O 457/08, Rn. 57 ff. = BeckRS 2012, 20478 sowie die Anmerkungen bei *Elmenhorst/Decker*, GRUR-RR 2012, 417 (418 f.).

1401 BGH, NJW 2009, 2120 (2122); BGH, NJW 2010, 858 (859); *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 437 Rn. 118; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437 Rn. 51b; anders insbesondere *Faust*, in: BeckOK BGB, § 437 Rn. 190.

1402 Für Nachweise siehe auch oben bei E.IV.1, S. 307.

1403 BGH, NJW 2009, 2120 (2122); kritisch zu diesem Argument *Häublein*, NJW 2003, 388 (393).

1404 BGH, NJW 2009, 2120 (2122); BGH, NJW 2010, 858 (859); *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437 Rn. 51b.

1405 *Ellenberger*, in: Palandt, § 123 Rn. 27.

fall der den Kaufvertrag begründenden Willenserklärung wirkt *ex tunc* und damit auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags zurück. Ohne einen wirksamen Kaufvertrag stellt sich auch die Frage nach einem Vorrang der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte nicht mehr.¹⁴⁰⁶

Zudem lässt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung Ansprüche auf Rückabwicklung des Kaufvertrags aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB auch dann noch zu, wenn ein durch dieselbe Handlung begründetes Anfechtungsrecht aus § 123 Abs. 1 BGB wegen Verfristung nicht mehr ausgeübt werden kann.¹⁴⁰⁷

4. Schadensersatz aufgrund deliktischer Schädigung; § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB besteht neben der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung in der Regel deswegen nicht, weil der Käufer niemals mangelfreies Eigentum an der Kaufsache erlangt hatte.¹⁴⁰⁸ Im Fall der Auflagenüberschreitung kommt noch hinzu, dass es sich selbst bei einer überschrittenen Auflage nicht um einen Eingriff in die Sachsubstanz des Kaufgegenstands handelt. Da auch kein anderes der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter und auch kein „sonstiges Recht“¹⁴⁰⁹ durch eine überschrittene Auflage unmittelbar beeinträchtigt wird, sondern es sich im Regelfall um einen „bloßen“ (von § 823 Abs. 1 BGB nicht erfassten)¹⁴¹⁰ Vermögensschaden handelt, bestehen weder im Fall einer anfänglichen, noch einer nachträglichen Aufлагenerhöhung Ansprüche des Sammlers aus § 823 Abs. 1 BGB.

1406 LG Köln, Urteil vom 28.09.2012, 2 O 457/08, Rn. 56 = BeckRS 2012, 20478.

1407 BGH, NJW 1979, 1983 (1984); BGH, NJW-RR 2002, 308 (309); vgl. auch *Ellenberger*, in: Palandt, § 123 Rn. 27.

1408 *Spindler*, in: BeckOK BGB, § 823 Rn. 60; *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 437 Rn. 129; *Sprau*, in: Palandt, § 823 Rn. 10.

1409 Vertragliche Ansprüche stellen aufgrund ihres nur relativen Zuweisungsgehalts gerade keine „sonstigen Rechte“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar; *Sprau*, in: Palandt, § 823 Rn. 11.

1410 Vgl. *Sprau*, in: Palandt, § 823 Rn. 11.

5. Schadensersatz wegen Verletzung eines Schutzgesetzes bzw. sittenwidriger Schädigung; § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 Abs. 1 StGB, § 826 BGB

Waren bereits im Zeitpunkt des Kaufs mehr Exemplare produziert, als durch die Limitierungsangabe (gegebenenfalls nach Auslegung ihres Inhalts¹⁴¹¹) ausgewiesen wurden, so kann neben¹⁴¹² der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 Abs. 1 StGB bestehen. Für die Erfüllung des Tatbestands von § 263 Abs. 1 StGB sind eine Täuschung, ein auf der Täuschung aufbauender Irrtum und ein durch eine auf dem Irrtum beruhende Vermögensverfügung hervorgerufener Vermögensschaden beim Opfer notwendig. Der Täter muss zudem vorsätzlich bezüglich der genannten objektiven Tatbestandsmerkmale und mit Bereicherungsabsicht handeln. Wurde bewusst eine höhere Auflage produziert, als durch die Limitierungserklärung dem Käufer gegenüber zum Ausdruck gebracht worden ist, so liegen eine vorsätzliche Täuschung und in der Regel auch ein kausal auf der Täuschung beruhender Irrtum des Käufers vor. Der Käufer wird in einem solchen Fall über die Mangelhaftigkeit der Kaufsache getäuscht.¹⁴¹³ Zwingend bleibt in einem solchen Fall die Gegenleistung des Verkäufers trotz eines nominell ausgeglichenen Vertragsverhältnisses hinter der vom Käufer in Unkenntnis des Mangels versprochenen Leistung zurück. Es handelt sich um den Fall eines sogenannten „Eingehungsbetrugs“¹⁴¹⁴ Durch Abschluss des Kaufvertrags über das Auflagenwerk kommt es zur Vermögensverfügung und auch zugleich zu einer „schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung“¹⁴¹⁵. Entscheidend ist in allen diesen Fällen, ob der Verkäufer (sei es nun der Künstler selbst, ein Galerist oder ein Dritter) Vorsatz bezüglich der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale des § 263 Abs. 1 StGB hatte.¹⁴¹⁶ Insbesondere müsste er sich bereits im Zeitpunkt des Verkaufs der Fehlerhaftigkeit der Limitierungsangabe aufgrund einer Überschreitung der Auflage bewusst gewesen sein. Die Kenntnis dieser Umstände sowie die bewusste Inkaufnahme einer Täuschung und Schädigung des Käufers sind

1411 Dazu ausführlich oben D.II.2.c), S. 188.

1412 *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 438 Rn. 130.

1413 Vgl. zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache aufgrund einer nicht eingehaltenen Limitierung oben E.III.1, S. 271.

1414 *Derleder*, NJW 2001, 1161 (1166).

1415 Vgl. hierzu z. B. *Beukelmann*, in: BeckOK StGB, § 263 Rn. 65 ff.

1416 Vgl. im Detail BGH, NJW 2002, 1643 (1645 f.) sowie *Spindler*, in: BeckOK BGB, § 823 Rn. 163 ff.

jedoch – insbesondere Jahre später – unter Umständen nur noch schwierig zu beweisen. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 Abs. 1 StGB wird daher nur bei geradezu evidenten Fällen einer Irreführung des Käufers gegeben sein. Selbst dann wären jedoch die Grundsätze des Anscheinsbeweises bei der Feststellung des Vorsatzes des Verkäufers nicht anzuwenden,¹⁴¹⁷ sodass der Käufer unter Umständen dennoch in Beweisschwierigkeiten gerät.

Liegen die Voraussetzungen von § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 Abs. 1 StGB vor, so kann der Geschädigte Schadensersatz verlangen, dessen Umfang sich nach den §§ 249 ff. BGB richtet. Geschuldet ist gemäß § 249 Abs. 1 BGB die Herstellung des Zustands, der ohne Abschluss des nachteiligen Vertrags bestehen würde (sogenanntes „negatives Interesse“).¹⁴¹⁸ In der Regel wäre es in diesen Fällen ohne die Täuschung nicht zu einem Vertragsabschluss gekommen. Der Käufer kann daher auf diesem Weg nur die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen und müsste die Fotografie herausgeben. Im Ergebnis würde hierdurch eine wirtschaftliche Situation „nach Rücktritt“ geschaffen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn dem Geschädigten der Nachweis gelingt, dass er ohne die Täuschung den Vertrag zu günstigeren Bedingungen abgeschlossen hätte. Dieser Nachweis wird jedoch nur in Ausnahmefällen gelingen.

Ist ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 Abs. 1 StGB zu bejahen, so ist in aller Regel auch der Tatbestand des § 826 BGB erfüllt. Auch ein Anspruch aus § 826 BGB kann neben der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung bestehen.¹⁴¹⁹ Er ist regelmäßig im Fall der bewussten Täuschung bei Abschluss eines Vertrags erfüllt.¹⁴²⁰ Für den Schädigungsvorsatz im Rahmen von § 826 BGB genügt es, dass der Schädiger die Folgen seines Handelns grob überschauen konnte und den als möglich erkannten Schaden-

1417 So BGH, NJW 2002, 1643 (1645).

1418 BGH, NJW 1972, 36; *Spindler*, in: BeckOK BGB, § 823 Rn. 176; *Sprau*, in: Palandt, Einf v § 823 Rn. 17. Ausnahmsweise wurde noch unter Geltung des alten Schuldrechts angenommen, dass auch ein auf Delikt gestütztes Schadensersatzbegehren das Erfüllungsinteresse (sogenanntes „positives Interesse“) beinhalten könne, wenn die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aufgrund einer Eigenschaftszusicherung vorlagen; BGH, NJW 1960, 237 f.; BGH, NJW 1998, 983 (984); kritisch hierzu *Tiedtke*, DB 1998, 1019 ff. Ob diese Rechtsprechung unter Geltung des neuen Schuldrechts überhaupt fortgeführt werden muss, ist fraglich, da nun auch der Schadensersatz im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung ausschließlich vom Verschulden des Verkäufers abhängig ist sowie längere Verjährungsfristen gelten; *Spindler*, in: BeckOK BGB, § 823 Rn. 176.

1419 *Berger*, in: Jauernig BGB, § 437 Rn. 36; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437 Rn. 56.

1420 *Spindler*, in: BeckOK BGB, § 826 Rn. 20 mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung.

seintritt billigend in Kauf genommen hat.¹⁴²¹ Nicht ausreichend ist nach dem Wortlaut von § 826 BGB noch so grobe Fahrlässigkeit, wengleich die Rechtsprechung hier nicht ganz konsequent urteilt.¹⁴²² Die Rechtsfolgen entsprechen denen eines Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 Abs. 1 StGB.

V. Ausdehnung der Haftung durch eine Haltbarkeitsgarantie des Verkäufers (§ 443 Abs. 1 2. Fall BGB)

Um die gesetzlichen kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche auszulösen, muss ein Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB *im Zeitpunkt des Gefahrübergangs* vorliegen. Bei Angaben zur Auflage umfasst die Beschaffenheitsvereinbarung aus diesem Grund gerade keine Zusage dahin gehend, die Höhe der Auflage auch für die Zukunft (d. h. für die Zeit nach dem Gefahrübergang) einzuhalten. Ein solches Versprechen des Verkäufers kann nicht sinnvoll Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB sein, da eine Verletzung dieses Versprechens aufgrund der Systematik des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB mit seinem Verweis auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs niemals Ansprüche begründen könnte. Versprechen des Verkäufers, die Auflage auch zukünftig nicht zu überschreiten, können jedoch in Form einer über die Beschaffenheitsvereinbarung hinausgehenden Garantie für den Käufer relevant werden. Garantien begründen eigene vertragliche Ansprüche, die grundsätzlich neben der gesetzlichen Gewährleistung stehen und unabhängig von ihr geltend gemacht werden können. Da sie von den Parteien jedoch häufig nur unvollständig geregelt werden und zudem in einem engen, denklolgischen Zusammenhang mit der kaufrechtlichen Gewährleistung stehen, ist im Wege der ergänzenden Auslegung von Garantieerklärungen häufig auch auf die Regelungen der gesetzlichen Mängelgewährleistung (insbesondere § 437 BGB) zurückzugreifen.¹⁴²³

1421 *Spindler*, in: BeckOK BGB, § 826 Rn. 10 mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung.

1422 *Spindler*, in: BeckOK BGB, § 826 Rn. 11 mit umfangreichen Nachweisen.

1423 In diesem Sinne auch *Faust*, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 43 ff. Weiterhin *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 35.

1. Arten von Garantien

Garantien sind eigene rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, welche die Parteien im Rahmen ihrer Privatautonomie treffen können.¹⁴²⁴ Prinzipiell können sie jeden beliebigen Inhalt haben.¹⁴²⁵ Der konkrete Inhalt dieser Vereinbarungen ist im Einzelfall durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der Willenserklärungen, die der Garantievereinbarung zugrunde liegen, zu ermitteln.¹⁴²⁶ Traditionell wird insoweit auch zwischen unselbständigen und selbständigen Garantien unterschieden.¹⁴²⁷ Erstere sollen dabei lediglich die gesetzliche Sachmängelhaftung zugunsten des Käufers ausweiten und sind daher nur zwischen Verkäufer und Käufer denkbar.¹⁴²⁸ Sie beziehen sich also in besonders enger Weise auf die kaufrechtliche Gewährleistung sowie deren Haftungsregime und sind in der Regel Bestandteil bzw. Nebenabreden des Kaufvertrags.¹⁴²⁹ In Ermangelung spezieller (ausdrücklicher) Parteivereinbarungen ist für ihre Rechtsfolgen auf die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche (vgl. § 437 BGB) zurückzugreifen.¹⁴³⁰ Der Begriff der unselbständigen Garantie darf jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass es sich bei einer solchen Garantie um ein eigenes Rechtsgeschäft handelt, auch wenn dieses ohne den dazugehörigen Kaufvertrag bedeutungslos wird.¹⁴³¹ Von den unselbständigen Garantien werden die selbständigen Garantien unterschieden, die ein eigenes Haftungsregime unabhängig von der kaufrechtlichen Gewährleistung begründen sollen, und damit insbesondere Garantieerklärungen von Dritten betreffen.¹⁴³²

1424 *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 11, 35; *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 165, 167; *Oechsler*, Vertragliche SV, Rn. 421; *Schellhammer*, SchuldR, Rn. 115. Seit 2014 findet sich eine Legaldefinition der „Garantie“ in § 443 Abs. 1 BGB. Zum begrenzten Anwendungsbereich dieser Legaldefinition vgl. *Faust*, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 9.

1425 *Schellhammer*, SchuldR, Rn. 115.

1426 Vgl. *Oechsler*, Vertragliche SV, Rn. 355, 423.

1427 Kritik an dieser Unterscheidung bei *Faust*, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 17; für die Unterscheidung *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 879. Vgl. aber auch *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 11.

1428 *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 12.

1429 *Faust*, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 16; *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 12; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 443 Rn. 5; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 882.

1430 OLG Koblenz, Urteil v. 12.09.2005; Az. 12 U 1047/04, Rn. 29 = ZGS 2006, 36 (38); dem Urteil zustimmend *Oechsler*, Vertragliche SV, Rn. 423; siehe weiterhin *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 35 *Saenger*, in: HK BGB, § 443 Rn. 5. Vgl. aber auch die Ausführungen des Gesetzgebers in BT-Drucks. 14/6040, 239.

1431 *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 14, 35; unklar *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 882.

1432 *Faust*, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 16; *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 13; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 883 ff..

Weiterhin differenziert § 443 BGB in seinem Abs. 1 und Abs. 2 zwischen Garantien hinsichtlich ihres Inhalts:¹⁴³³ Beschaffenheitsgarantien (vgl. § 443 Abs. 1 BGB) decken sich weitgehend mit der gesetzlichen Sachmängelgewährleistung,¹⁴³⁴ können diese aber insofern erweitern, als beispielsweise dem Käufer ein Rücktrittsrecht auch bei unerheblichen Mängeln eingeräumt wird.¹⁴³⁵ Entscheidend für die Begründung des Anspruchs bleibt jedoch – in Ermangelung anderer, ausdrücklicher Vereinbarungen – das Vorliegen des Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Im Gegensatz hierzu erweitern die sogenannten „Haltbarkeitsgarantien“ (in § 443 Abs. 2 BGB legaldefiniert) die Gewährleistung in zeitlicher Hinsicht. Eine Haltbarkeitsgarantie liegt vor, wenn der Verkäufer für Sachmängel¹⁴³⁶ auch dann einstehen will, wenn sie erst nach dem Gefahrübergang eintreten.¹⁴³⁷ Der Zeitraum, in dem für solche Mängel eingestanden werden soll (Garantiefrist), ist der Garantieerklärung (notfalls im Wege der ergänzenden Auslegung) zu entnehmen.¹⁴³⁸

2. Die Auflagenangaben als Garantie

Das Defizit der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung im Fall einer *nachträglichen* Ausweitung von Auflagen könnte also durch eine entsprechende Haltbarkeitsgarantie des Verkäufers ausgeglichen werden. In dieser müsste der Verkäufer erklären, dass er für einen Sachmangel in der Form einer Unrichtigkeit der Auflagenangaben auch dann einstehen möchte, wenn die Unrichtigkeit erst nach Gefahrübergang eintritt. Während Haltbarkeitsgarantien bei Verbrauchsgütern unter dem unausgesprochenen Vorbehalt stehen, dass der Käufer mit der Ware sachgemäß umgegangen ist,¹⁴³⁹ haben solche Einschränkungen für den hier diskutierten Fall keine Bedeutung. In-

1433 Faust, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 14; Saenger, in: HK BGB, § 443 Rn. 3.

1434 Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 881.

1435 Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 165; vgl. zu den Voraussetzungen eines Rücktritts oben E.III.2.b), S. 298.

1436 Streng genommen ist der gewährleistungsrechtliche Begriff des „Sachmangels“ an dieser Stelle verfehlt, da er ja gerade das Vorliegen einer negativen Beschaffenheitsabweichung *im Zeitpunkt des Gefahrübergangs* voraussetzt (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Jedoch verwendet auch § 443 BGB den Begriff des „Sachmangels“. Der besseren Lesbarkeit halber soll er hier im Kontext der Garantie in dem Sinne verwendet werden, dass er das Vorliegen einer Beschaffenheitsabweichung unabhängig vom konkreten Zeitpunkt meint. Vgl. auch Büdenbender, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 46.

1437 Oechsler, Vertragliche SV, Rn. 423; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 881.

1438 Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 882.

1439 BGH, NJW 1996, 2504 (2505 f.); Büdenbender, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 41.

sofern ist eine Haltbarkeitsgarantie in Bezug auf die Auflagenhöhe unproblematisch. Gegenstand der Garantie in diesem Fall ist lediglich eine Modifikation¹⁴⁴⁰ des von § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vorausgesetzten Zeitpunkts für das Vorliegen der Beschaffenheitsabweichung in dem Sinne, dass ein Eintritt des Mangels *während der Garantiefrist* ausreichend ist, um Gewährleistungsansprüche zu begründen.

Ob beim Verkauf eines Auflagenwerks eine Garantie in Bezug auf die Auflagenangaben vorliegt, ist von den konkreten Parteivereinbarungen abhängig. Während Eigenschaften der Kaufsache, die der Verkäufer im Rahmen des Verkaufs herausstellt, im Regelfall Gegenstand der vereinbarten Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB werden,¹⁴⁴¹ sind an die Annahme einer Garantie – gleich welcher Art – deutlich höhere Anforderungen zu stellen.¹⁴⁴² So betont der Bundesgerichtshof, dass aufgrund der weitreichenden Folgen einer Garantie (insbesondere der Gefahr einer ausufernden Haftung) bezüglich ihrer Annahme „Zurückhaltung geboten“ sei.¹⁴⁴³

a) Ausdrückliche Haltbarkeitsgarantien in Bezug auf die Auflagenhöhe

Wenig problematisch ist der Fall einer *ausdrücklichen* Garantie, beispielsweise in Form eines „Echtheitszertifikats“¹⁴⁴⁴ oder einer anderen schriftlichen Bestätigung des Verkäufers (z. B. auf einer Rechnung oder im Kaufvertrag), worin dieser die Höhe der Auflage ausdrücklich auch für die Zukunft zusagt oder beispielsweise angibt, dass vom Negativ bzw. der Datei keine weiteren Abzüge hergestellt werden sollen.¹⁴⁴⁵ Wenn der *Verkäufer* auf diese

1440 Zur dogmatischen Einordnung von unselbständigen Garantien vgl. auch *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 2 Rn. 350, 355.

1441 Hierzu im Einzelnen oben E.III.1.a)(1), S. 272; vgl. auch *Berger*, KUR 2003, 137 (139 f.).

1442 *Oechsler*, Vertragliche SV, Rn. 423.

1443 BGH, NJW 2007, 1346 (1348); vgl. auch die Anmerkung *Lorenz*, LMK 2007, 215088. Im Ergebnis ebenso *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, § 443 Rn. 39; *Oechsler*, Vertragliche SV, Rn. 423; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 571; *Berger*, KUR 2003, 137 (139 f.).

1444 *Berger*, KUR 2003, 137 (139).

1445 Im Englischen wird insoweit davon gesprochen, dass das Negativ „retired“ (zurückgezogen) wurde; vgl. *AIPAD* (Hrsg.), *Collecting Photographs*, 24. Beispielsweise wurde in dem unter B.III.2, S. 92, beschriebenen Gerichtsverfahren *Sobel v. Eggleston* von den Beklagten ein Dokument vorgelegt, welches der Fotograf William Eggleston einem von ihm herausgegebenen Portfolio beigefügt hatte. Darin heißt es: „The edition includes fifteen examples numbered 1 through 15 and one hors-commerce example lettered A. No further prints will be made from the negatives for sale. All rights reserved.“ Je nachdem, wer im konkreten Fall der Verkäufer des Portfolios ist, könnte ihm diese Erklärung zugerechnet und als Garantieversprechen entgegeng gehalten werden.

Weise ausdrücklich die dauerhafte Begrenzung der Auflage zusagt, so erwächst dem Käufer aus diesem Versprechen ein entsprechender Garantieanspruch.

Der konkrete Inhalt der Garantie und auch der Zeitraum, für den die Garantie übernommen worden ist (Garantiefrist), muss den Parteierklärungen entnommen werden.¹⁴⁴⁶ Die Beurteilung läuft insoweit auf eine Einzelfallbetrachtung hinaus. Wurden keine speziellen Rechtsfolgen vereinbart, so stehen dem Käufer im Zweifel die gesetzlichen Mängelgewährleistungsrechte (§ 437 BGB)¹⁴⁴⁷ zu, wenn die Auflage während der Garantiefrist erhöht wird.¹⁴⁴⁸ Nicht anzunehmen ist allerdings eine Modifikation des Verschuldensmaßstabs im Rahmen der Schadensersatzansprüche nach § 437 Nr. 3 BGB.¹⁴⁴⁹ Was die Garantiefrist anbelangt, so wird teilweise davon ausgegangen, dass, wenn keine Frist vereinbart wurde, die Garantiefrist der regulären Verjährungsfrist von kaufrechtlichen Ansprüchen und damit einem Zeitraum von zwei Jahren (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) entspricht.¹⁴⁵⁰ Für den Fall der Garantie einer bestimmten Auflagenhöhe liegt es allerdings näher, diese aufgrund ihres Zweckes so zu verstehen, dass sie zumindest die Lebenszeit des Künstlers umfasst.¹⁴⁵¹

Wonach sich die Verjährung sowie der Verjährungsbeginn des einzelnen Garantieanspruchs richten, wenn der Garantiefall eingetreten ist, wird kontrovers beurteilt.¹⁴⁵² Richtigerweise ist davon auszugehen, dass die Verjährung von Garantieansprüchen – jedenfalls im Rahmen von Haltbarkeitsgarantien – mit dem Schluss des Jahres, in dem der Mangel auftritt

1446 *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 165, 167. Vgl. auch *Westermann*, in: MüKo BGB, § 443 Rn. 18

1447 Zu diesen Ansprüchen im Einzelnen oben bei E.III.2, S. 293.

1448 Vgl. hierzu oben E.V.1, S. 314.

1449 *Faust*, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 47; für eine stets verschuldensunabhängige Haftung *Weidenkaff*, in: Palandt, § 443 Rn. 9.

1450 *Weidenkaff*, in: Palandt, § 443 Rn. 13. So ebenfalls zumindest für den Fall der Beschaffenheitsvereinbarung OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 955 (956) m. w. N. Es ist jedoch fraglich, ob diese Überlegung auf Haltbarkeitsgarantien übertragen werden kann, da hier der Zeitraum, für den sie übernommen werden, gerade zentraler Inhalt des Garantieversprechens ist. Ein Abstellen auf die Regelverjährung erscheint insofern willkürlich.

1451 Dies würde nicht § 202 Abs. 2 BGB widersprechen, der eine Verjährungser schwerung über 30 Jahre hinaus verbietet. Die Garantie ist als Dauerschuldverhältnis unverjährbar. Daher kann die Garantiefrist prinzipiell sogar unbegrenzt sein, wenn dies mit der Art der garantierten Beschaffenheit vereinbar ist. Aus ihr im Garantiefall erwachsende Ansprüche können jedoch verjähren bzw. deren Verjährung darf nicht über 30 Jahre hinaus verlängert werden. Vgl. BGH, NJW 2008, 2995 (2996).

1452 Für eine umfassende Darstellung vgl. *Faust*, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 48 sowie *Westermann*, in: MüKo BGB, § 443 Rn. 22 m. w. N.

(also dem Jahr des Garantiefalls) beginnt (§ 195 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und dann der Garantieanspruch in der Regelverjährungsfrist des § 195 BGB nach drei Jahren verjährt.¹⁴⁵³ Eine Anwendung der kaufrechtlichen Verjährung nach § 438 BGB ist nicht angezeigt, da ein Garantieverprechen – wenn auch eng mit dem Kaufvertrag verknüpft – einen eigenen, gerade nicht kaufrechtlichen, Anspruch darstellt.¹⁴⁵⁴

Sind die beigelegten Zertifikate aber – wie häufig – vom *Künstler* ausgestellt, so können sie grundsätzlich keinen Garantieanspruch gegenüber einem vom Künstler verschiedenen Verkäufer begründen (insoweit klarstellend auch § 443 Abs. 1 a. E. BGB), es sei denn, dieser hätte sich die Aussage des Künstlers erkennbar zu eigen gemacht.

Hiervon unabhängig kann solchen Aussagen des Künstlers aber selbstverständlich Bedeutung außerhalb des Kaufrechts im Verhältnis des Sammlers *zum Künstler* zukommen.¹⁴⁵⁵

b) Konkludente (schlüssige) Haltbarkeitsgarantien in Bezug auf die Auflagenhöhe

Liegt keine ausdrückliche Garantie des Verkäufers vor, so kann man fragen, ob der Verkäufer von Fotokunst im Normalfall auch unausgesprochen eine (unselbständige) Haltbarkeitsgarantie für die Auflagenhöhe übernimmt, wenn ein Auflagenwerk verkauft wird.

Wie bereits oben erwähnt, kann sich die Garantieübernahme grundsätzlich auch schlüssig aus den konkreten Umständen des Geschäfts ergeben. Eine solche Situation kann im Bereich der Beschaffenheitsgarantien beispielsweise dann vorliegen, wenn der Käufer bewusst die Sachkunde des Verkäufers sucht und sich bei der Kaufentscheidung erkennbar auf dessen Rat (und die damit verbundene Zusicherung in Bezug auf die empfohlene Kaufsache) verlässt.¹⁴⁵⁶ Rückschlüsse auf die Übernahme einer Garantie können auch ein entsprechender Handelsbrauch oder eine entsprechende Verkehrssitte sein.¹⁴⁵⁷ Fehlen entsprechende Gebräuche oder Sitten, so ist die Frage nach einer Garantie unter Rücksicht auf die typische Interessen-

1453 *Westermann*, in: MüKo BGB, § 443 Rn. 22. Ebenso, aber nicht auf die konkrete Entdeckung, sondern nur die „Entdeckbarkeit“ des Mangels abstellend z. B. *Faust*, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 48.

1454 *Westermann*, in: MüKo BGB, § 443 Rn. 22.

1455 Hierzu ausführlich D, S. 175.

1456 *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 572.

1457 *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 574 ff.

lage der Parteien zu klären.¹⁴⁵⁸ Teilweise hat die Rechtsprechung z. B. im Bereich des Fahrzeughandels angenommen, dass die Auskunft eines gewerblichen Händlers über die Laufleistung eines Gebrauchtfahrzeugs als konkludente Beschaffenheitsgarantie (§ 443 Abs. 1 1. Fall BGB) zu verstehen sei.¹⁴⁵⁹

Ein Handelsbrauch dahin gehend, dass von einer Garantie des Verkäufers in Bezug auf die Auflagenhöhe auszugehen wäre, ist bislang nicht festzustellen. Allgemein bleibt für die Annahme von konkludenten Garantiezusagen im Bereich des Kunsthandels wenig Raum.¹⁴⁶⁰ Eine Beantwortung der Frage unter Rücksicht auf die Interessenlage der Parteien hat jedenfalls insbesondere darauf Rücksicht zu nehmen, zwischen welchen Parteien der Kaufvertrag über ein Auflagenwerk zustande gekommen ist.

(1) Verkauf durch einen Kunstmarktintermediär

Beim Verkauf durch eine Person, die nicht selbst der Künstler ist, kann in der Regel nicht davon ausgegangen werden, dass sie über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs hinaus für die Einhaltung der Limitierung einstehen möchte. Dem bloßen Verkäufer eine solche Garantiezusage zu unterstellen, hieße, ihn auf einen Erfolg zu verpflichten, welcher nicht in seiner Macht steht. Es ist zwar eine berechnete Erwartung des Sammlers, dass der Verkäufer *im Zeitpunkt des Verkaufs* die Richtigkeit der Limitierungsangabe überwacht oder zumindest bei Zweifeln im Hinblick auf ihre Richtigkeit diese Zweifel zur Sprache bringt. Die Interessenlage des Verkäufers würde jedoch grundlegend missachtet, wenn ihm darüber hinaus eine Garantieübernahme im Hinblick auf die zukünftige Einhaltung der Limitierung auferlegt würde, obwohl er regelmäßig weder im Besitz des Negativs (bzw. der Datei) sein wird, noch notwendigerweise Möglichkeiten einer entsprechenden Einflussnahme auf den Künstler hat.¹⁴⁶¹ Mit zunehmendem Zeitabstand zum Verkauf kann außerdem aufgrund verschiedener Umstände (wie z. B. eines Wechsels des Künstlers zu einer anderen Galerie) schon die bloße Überwachung der Einhaltung der Limitierung für den Verkäufer nahezu unmöglich werden.

1458 *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 577.

1459 Vgl. für ein neueres Urteil mit Nachweisen zur bisherigen Rechtsprechung OLG Rostock, NJW 2007, 3290.

1460 *Mangold*, Verbraucherschutz, 222 f. Vgl. auch die restriktive Tendenz in den Urteilen zum Auktionswesen BGH, NJW 1975, 970 (971) und BGH, NJW 1980, 1619 (1620 f.).

1461 Ähnlich bereits *Heinbuch*, NJW 1984, 15 (20).

Für die Annahme einer *konkludenten* Haltbarkeitsgarantie des bloßen Verkäufers eines Werks der zeitgenössischen Fotokunst ist daher kein Raum.

(2) Verkauf durch den Künstler selbst („Atelierverkauf“)

Etwas anderes gilt im Fall eines „Atelierverkaufs“ durch den Künstler selbst. Bestehen der Kaufvertrag und damit auch die Ansprüche aus der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung unmittelbar zwischen Sammler und Künstler, so liegt es nahe, der Limitierungsangabe des Künstlers auch eine konkludente Garantiezusage bezüglich ihrer *zukünftigen* Einhaltung zu entnehmen. Bei einem solchen Verständnis blieben dem Käufer Ansprüche aus der gesetzlichen Mängelgewährleistung über deren eigentlichen zeitlichen Anwendungsbereich hinaus im Rahmen einer unselbständigen Garantie erhalten. Im Gegensatz zum bloßen Verkäufer des Auflagenwerks hat der Künstler die Auflage selbst definiert und kann auch für ihre Einhaltung sorgen. Es entspricht den berechtigten Erwartungen des Käufers, dass die Limitierung insbesondere auch zukünftig durch den Künstler eingehalten wird und somit Ansprüche aufgrund eines Sachmangels auch noch nach Gefahrübergang begründet werden können.¹⁴⁶² Beim Verkauf durch den Künstler selbst ist daher davon auszugehen, dass dieser auch ohne eine ausdrückliche Garantierklärung, sondern allein durch Mitteilung der Limitierung, eine Haltbarkeitsgarantie im Sinne von § 443 Abs. 2 BGB übernimmt. Die Rechtsfolgen des Garantiefalls können dann im Rahmen der ergänzenden Auslegung dem § 437 BGB entnommen werden,¹⁴⁶³ sodass die dort aufgezählten Mängelgewährleistungsrechte auch bei Eintritt des Sachmangels nach Gefahrübergang dem Käufer zur Verfügung stehen. Die Ansprüche des Käufers sind dann im Ergebnis dieselben, wie im Falle eines Mangels, der schon im Moment des Gefahrübergangs vorlag.¹⁴⁶⁴

1462 Dazu bereits oben in D.II.2.c)(4), S. 201.

1463 Vgl. Faust, in: BeckOK BGB, § 443 Rn. 43 f.; wobei dieser das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Neulieferung in diesen Fällen dem Verkäufer zusprechen möchte.

1464 Insoweit ausführlich oben bei E.III.2, S. 293.

VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse dieses Kapitels

Liegt eine Auflagenlimitierung vor, so zählt diese zur Beschaffenheit eines Werks der zeitgenössischen Fotokunst. Werden Kunstwerke aus limitierten Auflagen verkauft, so stellen die Angaben zur Limitierung regelmäßig eine Vereinbarung über die Beschaffenheit der Kaufsache im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Eine unrichtige Auflagenangabe ist daher geeignet, einen Sachmangel zu begründen, der kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche auslöst. Vor dieser Bindungswirkung seiner Angebotsangaben kann sich der Verkäufer schützen, indem er die Unverbindlichkeit der Angaben zur Limitierung herausstellt. Anderenfalls muss er sich an ihnen festhalten lassen, da die Angaben zur Auflagenhöhe im Bereich der zeitgenössischen Fotokunst einen ähnlich hohen Stellenwert für die Kaufentscheidung haben, wie z. B. die Urheberschaft. Ergibt ein Vergleich der (gegebenenfalls durch Auslegung der Limitierungsangabe zu ermittelnden) maximalen Höhe der Auflage mit der tatsächlichen Anzahl der Werkexemplare, dass die Auflage überschritten wurde, so kann dies grundsätzlich einen Sachmangel im Sinne des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts begründen.

Da hierfür jedoch erforderlich ist, dass der Sachmangel bereits bei Gefahrübergang (und d. h. im Regelfall bei Übergabe der Kaufsache) vorliegt, ist der Käufer durch die kaufrechtliche Mängelgewährleistung nicht vor einer nachträglichen Überschreitung der Auflage geschützt.

Aber selbst wenn Ansprüche aus kaufrechtlicher Gewährleistung bestehen sollten, bleiben diese für den Sammler größtenteils unbefriedigend. Der Nacherfüllungsanspruch in Form der Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 2. Fall BGB) ist bei einer überschrittenen Auflage stets unmöglich im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB. Ein Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Auflage durch Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 1. Fall BGB) ist zwar denkbar, wird aber nur in den wenigsten Fällen tatsächlich bestehen. Die Chance, dass ein solcher Anspruch begründet ist, steigt allerdings, wenn der Sammler das Kunstwerk direkt vom Künstler erworben hat. Diese Konstellation stellt auf dem Kunstmarkt eher einen Ausnahmefall dar.¹⁴⁶⁵ Weit häufiger ist der Kauf vom Galeristen oder Auktionator. Insbesondere beim Kauf von Letzterem sind weitere Einschränkungen der Ansprüche durch Haftungsausschlüssen in Versteigerungsbedingungen zu beachten.¹⁴⁶⁶

¹⁴⁶⁵ Vgl. oben E.I, S. 266.

¹⁴⁶⁶ Hierzu ausführlich zuletzt die Abhandlungen von *Braunschmidt*, Versteigerungsbedingungen sowie *Großgerge*, Verkäuferhaftung.

Ein Rücktritt (§§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323, 346 BGB), welcher nach dem Scheitern der Nacherfüllung ebenfalls in Betracht kommt, kann für den Käufer nur eine *ultima ratio* sein. Zwar wird er faktisch so gestellt wie vor dem Kauf. Er verliert jedoch den Kaufgegenstand, was insbesondere seinen ideellen Interessen am Kunstwerk in der Regel nicht gerecht wird. Zudem sieht er sich nach Rückgewähr des Kaufpreises häufig wirtschaftlich schlechter gestellt als vorher. Interessant kann für den Käufer anstelle des Rücktritts die Minderung (§§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 441 BGB) sein, wenn er die Fotografie behalten möchte und es ihm gelingt, seine mangelbedingte Werteinbuße überzeugend zu schätzen.

Liegt ein vom Verkäufer zu vertretender Mangel vor, so stellt der Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 oder §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB) nach seinen Rechtsfolgen die beste Lösung für den Sammler dar. Dies gilt insbesondere dann, wenn z. B. der Weiterverkauf eines Werks daran scheitert, dass die Auflage überschritten wurde und dem Eigentümer hierdurch ein Gewinn entgangen ist. Allerdings steht auch dieser Anspruch unter der Bedingung, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Ob dann im Einzelfall ein Vertretenmüssen des Schuldners bejaht werden kann, hängt von den jeweiligen Umständen ab. Ein Käufer mit entsprechender Marktmacht könnte auch diesbezüglich bereits beim Kauf auf eine Garantie bestehen, nach welcher der Schuldner für die Mangelfreiheit verschuldensunabhängig einstehen soll und somit immer auf Schadensersatz haftet. Hierdurch würde jedoch gerade für den Galeristen eine vergleichsweise weitgehende und vor allem kaum von ihm zu beherrschende Einstandspflicht begründet.

Im Kontext der kaufvertraglichen Mängelgewährleistung ermöglicht nur eine Ausdehnung dieser gesetzlichen Ansprüche mithilfe von Garantiezusagen eine Haftung des Verkäufers für Auflagenerweiterungen (Mängel), die *nach Gefahrübergang* eintreten. Gegenüber einem „bloßen“ Verkäufer von (einzelnen) Fotografien ist ein solcher Garantieanspruch nicht anzunehmen, solange er ihn nicht explizit eingeräumt hat.

Etwas anderes gilt für Kaufverträge, die unmittelbar zwischen dem Künstler und dem Sammler geschlossen werden. Da der Künstler die Limitierungsangabe in der Regel selbst angebracht hat und auch eine unmittelbare Kontrolle über die Einhaltung der Limitierung hat, ist ein diesbezügliches besonderes Vertrauen des Käufers gerechtfertigt. In diesem Fall erscheint es daher angemessen, der Limitierungserklärung des Künstlers eine schlüssige Garantie zur Beständigkeit der Auflagenbegrenzung auch über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs hinaus zu entnehmen (sogenannte

„Haltbarkeitsgarantie“). Die Rechtsfolgen einer solchen Haltbarkeitsgarantie können ausdrücklich geregelt sein. Anderenfalls ist auf die Rechtsfolgen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung und damit auf die in § 437 BGB genannten Ansprüche im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zurückzugreifen.

Die Ansprüche aus einer Haltbarkeitsgarantie sind grundsätzlich nicht nur rechtlich unabhängig von der gesetzlichen Gewährleistung im Kaufrecht (vgl. § 443 Abs. 1 BGB), sondern auch von weiteren Ansprüchen, die sich unmittelbar aus dem Limitierungsversprechen des Künstlers ergeben können.¹⁴⁶⁷ Letztere erlangen insbesondere dann Bedeutung, wenn – wie häufig in der Praxis – kein kaufvertragliches Verhältnis unmittelbar mit dem Künstler besteht oder die kaufvertraglichen Ansprüche dem Rechtsschutzinteresse des Sammlers schlicht nicht genügen.

¹⁴⁶⁷ Dazu bei D.IV, S. 223.