



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„ORIGINAL UND FÄLSCHUNG
Rechtsproblem für bildende Künstler“

Verfasserin

Mag. phil. Mag iur. Gabriele Härth

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt: 101 Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.Prof. Dr. Josef Aicher

DANKSAGUNG

Meinen Eltern und meinem Partner, die mich durch meine gesamte Studienzeit begleitet haben, sowie all jenen Menschen die mich immer wieder ermutigten und unterstützen meinen Weg zu gehen.

Wien, 2010

Gabriele Härth

Inhalt

I.	EINLEITUNG	7
II.	BEGRIFFSBESTIMMUNG „ORIGINAL“ UND „FÄLSCHUNG“	12
II.1	DAS „ORIGINAL“ AUS JURISTISCHER SICHT	12
II.1.1	<i>Kunstfreiheit und die Undefinierbarkeit des Kunstbegriffes</i>	13
II.1.2	<i>Schutz des Originalkunstwerkes durch das Urheberrecht</i>	21
II.2	DAS „ORIGINAL“ AUS KUNSTHISTORISCHER SICHT	35
II.2.1	<i>Bedeutung des „Originales“ in der Kunstgeschichte – ein historischer Abriss</i>	36
II.2.2	<i>Wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem „Original“-Begriff</i>	40
II.2.3	<i>Versuch einer „Original“-Definition für Plastik und Fotografie</i>	45
II.3	GESAMTBETRACHTUNG – ORIGINAL AUS JURISTISCHER UND KUNSTHISTORISCHER SICHT	49
II.4	DIE „FÄLSCHUNG“ AUS JURISTISCHER SICHT	50
II.4.1	<i>Definition der „Kunstfälschung“ durch die Umkehrung des § 16 b Abs 3 UrhG</i>	51
II.4.2	<i>Appropriation Art – bildende Kunst in der Grauzone?</i>	52
II.5	DIE „FÄLSCHUNG“ AUS KUNSTHISTORISCHER SICHT	56
II.5.1	<i>Wandel des „Fälschungsbegriffes“ in der Kunst des 20. und 21. Jahrhunderts</i>	58
II.6	GESAMTBETRACHTUNG – FÄLSCHUNG AUS JURISTISCHER UND KUNSTHISTORISCHER SICHT	64
II.7	ABGRENZUNG VON SYNONYMEN	66
II.7.1	<i>Verfälschung</i>	66
II.7.2	<i>Imitation</i>	66
II.7.3	<i>Replik und Variation</i>	67
II.7.4	<i>Falsifikat</i>	68
II.7.5	<i>Reproduktionsgrafik</i>	68
II.7.6	<i>Plagiat</i>	69
II.7.7	<i>Collage</i>	69
II.7.8	<i>Kopie</i>	70
II.7.9	<i>Faksimile</i>	70
II.7.10	<i>Freie Fälschung</i>	71
II.7.11	<i>Pasticcio</i>	71
III.	URHEBERRECHTLICHE ANSPRÜCHE	73
III.1	VORFRAGEN	74
III.1.1	<i>Schutzzweck des Urheberrechtsgesetzes</i>	74
III.1.2	<i>Schutzobjekt des Urheberrechtsgesetzes</i>	74
III.1.3	<i>Werkteile</i>	76
III.1.4	<i>Exkurs: Bearbeitung</i>	77
III.1.5	<i>Eigentümlichkeit der Schöpfung</i>	80
III.1.6	<i>Exkurs: Wandel des Werkbegriffes – der Einfluss des „Alltäglichen“</i>	82
III.1.7	<i>Freihaltebedürfnis</i>	83
III.1.8	<i>Urheber/Anspruchsberechtigte</i>	84
III.2	ZIVILRECHTLICHE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN DES URHG	87
III.2.1	<i>§ 20 UrhG – Recht auf Namensnennung</i>	88
III.2.2	<i>§ 21 UrhG – Werkschutz</i>	89
III.2.3	<i>Zivilrechtliche Anspruchsdurchsetzung</i>	90
III.2.4	<i>Einstweilige Verfügung</i>	91
III.2.5	<i>Unterlassungsanspruch (§ 81 UrhG)</i>	92
III.2.6	<i>Beseitigungsanspruch (§ 82 UrhG)</i>	97
III.2.7	<i>Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch für Werke der bildenden Künste</i>	103
III.2.8	<i>Schadenersatz und Herausgabe des Gewinnes</i>	105
III.2.9	<i>Urteilsveröffentlichung (§ 85 UrhG)</i>	115

III.3	STRAFRECHTLICHE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN DES URHG	116
III.3.1	<i>Zivilrechtliche Grundlagen zur urheberstrafrechtlichen Verfolgung</i>	116
III.3.2	<i>Aktiv- und Passivlegitimation</i>	119
III.3.3	<i>Verschulden</i>	121
III.3.4	<i>Versuch</i>	122
III.3.5	<i>Strafausschließungsgründe</i>	122
III.3.6	<i>Strafrahmen</i>	123
III.3.7	<i>Strafprozess – § 91 UrhG</i>	124
III.4	CONCLUSIO	140
IV.	SACHVERSTÄNDIGENHAFTUNG BEI FEHLERHAFTEN KUNSTEXPERTISEN	141
IV.1	DER KUNSTSACHVERSTÄNDIGE	143
IV.1.1	<i>Definition des Sachverständigen in der ZPO</i>	143
IV.1.2	<i>Definition des Sachverständigen in der StPO</i>	146
IV.1.3	<i>Der Kunstsachverständige aus der Perspektive des Kunsthistorikers</i>	147
IV.2	DAS KUNSTSACHVERSTÄNDIGENGUTACHTEN	149
IV.2.1	<i>Inhalt eines Gutachtens</i>	150
IV.2.2	<i>Methoden des Kunstsachverständigen</i>	152
IV.3	SORGFALTSMAßSTAB DES KUNSTSACHVERSTÄNDIGEN	168
IV.3.1	<i>Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB</i>	168
IV.3.2	<i>Sorgfaltsmaßstab des Kunstsachverständigen nach § 1299 ABGB</i>	170
IV.3.3	<i>Schadenersatzanspruch bei fehlerhafter Kunstexpertise</i>	171
IV.4	DAS INDIREKTE VERTRAGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN SACHVERSTÄNDIGEM UND GESCHÄDIGTEM	173
IV.4.1	<i>Haftung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter</i>	176
IV.4.2	<i>Exkurs: Stellung der deutschen Lehre zum Haftungsanspruch Dritter</i>	178
IV.4.3	<i>Haftung aufgrund Verletzung objektiv-rechtlicher Schutzpflichten</i>	180
IV.5	CONCLUSIO	186
V.	ZIVILRECHTLICHE ANSPRÜCHE	187
V.1	SPEZIFIKA DES KUNSTHANDELS	188
V.1.1	<i>Überprüfung der angebotenen Kunstwerke</i>	188
V.1.2	<i>Preisbildung und Preistransparenz</i>	189
V.1.3	<i>Art der Warenpräsentation</i>	190
V.1.4	<i>Marktentwicklung</i>	191
V.2	ZIVILRECHTLICHE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN IM FALL EINER KUNSTFÄLSCHUNG	192
V.2.1	<i>Anfechtung des Vertrages wegen Irrtum</i>	192
V.2.2	<i>Anfechtung des Vertrages wegen List</i>	194
V.2.3	<i>Anfechtung des Vertrages wegen laesio enormis</i>	196
V.2.4	<i>Gewährleistungsanspruch</i>	199
V.2.5	<i>Exkurs: Echtheitsgarantie</i>	202
V.2.6	<i>Schadenersatzanspruch</i>	207
V.3	CONCLUSIO	208
VI.	SCHLUSSFOLGERUNGEN	209

I. Einleitung

Seit einigen Jahren wird das einstige Tabuthema „Kunstfälschung“ zunehmend in den Medien thematisiert. Sogar die Kronen Zeitung konfrontierte ihre LeserInnen mit diesem Thema in einer Sonntagsausgabe:¹



Die Gründe für das neue Interesse an Kunstfälschungen sind vielfältig. Zum einen setzen sich Wissenschaft und Forschung im Rahmen von Großprojekten mit historisch gewachsenen Künstler-Oeuvres auseinander und decken mit Hilfe neuester Forschungsmethoden bislang als „Originale“ bekannte Werke als Fälschungen auf, wie das Beispiel *Rembrandt* deutlich zeigt:

Das Rembrandt Research Project ist eines der umfangreichsten Forschungsprojekte zur Klärung eines Künstler-Oeuvres.² Aufgrund der detaillierten Forschungsergebnisse (basierend auf modernsten naturwissenschaftlichen und kunsthistorischen Analysen) mussten zahlreiche *Rembrandt*-„Originale“ in bekannten Museen, wie beispielsweise dem Louvre oder in

¹ Kronen Zeitung vom 9. 5. 2010, 8.

² Nähere Informationen unter: <http://www.rembrandtresearchproject.org/>.

englischen Museen, neu zugeschrieben werden. In der Regel „verschwanden“ diese Bilder von ihren prominenten Plätzen in die Depots der Ausstellungshäuser. Das Rijksmuseum in Amsterdam, das weltweit über eine der größten Rembrandt-Sammlungen verfügt, stellte sich dem Fälschungsproblem offen und progressiv und präsentierte anlässlich des 400. Geburtstages des großen Malerfürsten eine Ausstellung unter dem Titel „Really Rembrandt?“.³ Besuchern wurden neben den bekannten Originalen weitere Werke gezeigt, die ursprünglich als „echte“ Rembrandts angekauft worden waren und die sich nach genaueren Untersuchungen in den vergangenen Jahren als „Rembrandt Schule“ oder als „aus der Hand von Nachahmern Rembrandts“ stammend entpuppten.

Zum anderen führte die Entwicklung der bildenden Kunst seit den 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts zu einem radikalen Bedeutungswandel. Appropriation Art schafft beispielsweise neue Werke durch die Verfremdung oder Bearbeitung bereits bestehender Werke. Was für den Juristen auf den ersten Blick als Urheberrechtsverletzung erscheint, ist de facto selbst ein urheberrechtlich geschütztes Werk.⁴ Die Kunstfälschung steht daher in manchen Fällen auf gleicher Ebene wie das Original selbst. Gleichzeitig mit dieser Entwicklung zu einem „positiven Fälschungsbild“ fiel auch die Kriminalisierung des Fälschers weg. Zu Recht, denn wie drei Beispiele zeigen, tendieren auch angesehene Künstler dazu, Werke zu fälschen, ohne dabei bewusst kriminell tätig werden zu wollen:

Michelangelo stellte ursprünglich zu Übungszwecken eine Kopie einer antiken Skulptur her. Dieser „schlafende Amor“ wurde durch das Vergraben im Erdreich mit einer „Patina“ versehen und als „antikes Stück“ verkauft. Wie weit *Michelangelo* Kenntnis davon hatte oder nicht, kann heute nicht mehr festgestellt

³ Nähere Informationen unter: <http://www.rijksmuseum.nl/tentoonstellingen/reallyrembrandt?lang=en>.

⁴ *Anderl/Schmid, Appropriation Art – Kunst oder Verbrechen? (2009).*

werden. Fakt ist, dass man nach der Aufdeckung der Fälschung den Kauf rückabwickelte.⁵

Auch *Camille Corots* „Originale“,⁶ die seine Freunde malten und von ihm zum Zweck der Wertsteigerung signiert wurden, sind eigentlich Fälschungen. *Corot*, der im Gegensatz zu seinen Freunden von seiner Kunst leben konnte, sah dies wohl eher als eine Form der „Künstlerförderung“.

Auch *Salvador Dalí* signierte in seinen späten Jahren in Zusammenarbeit mit seiner Ehefrau *Gala* und seinem Sekretär *Peter Moore* zahlreiche Blanko-Blätter, die erst später Objektträger für Drucke oder andere Werke wurden. Hinzu kam, dass *Moore* und *Gala Dalí* zahlreiche Autorisierungen von *Dalí*-Arbeiten ausstellten, deren Authentizität in Frage gestellt wurde.⁷

Trotz dieser Bedeutungsverschiebung legen Käufer seit jeher großen Wert darauf, ein „Original“ zu besitzen. Grund dafür ist, dass Kunst heute nicht nur mehr rein der ästhetischen Befriedigung des Betrachters, der Repräsentation oder Dekoration dient, sondern primär als Wertanlage betrachtet wird. Kunstwerke werden speziell in Zeiten, in denen Wertpapiere wenig Vertrauen genießen, als alternative Anlageform immer beliebter und locken gerade unerfahrene Käuferschichten an.⁸ Häufig werden Kaufentscheidungen nur aufgrund der Tatsache getroffen, dass es sich um ein Original eines bekannten Künstlers handelt. *Walter Benjamin* bezeichnete dieses Phänomen treffend als „*Der Fetisch des Kunstmarktes ist der Meistername*“.⁹ Grundlage dieser Kaufentscheidungen

⁵ *Römer*, Zwischen Kunstwissenschaft und Populismus: Die Rede vom Original und seiner Fälschung, in *Reulecke* (Hrsg), Fälschungen. Zu Autorenschaft und Beweis in Wissenschaft und Kunst (2006) 347; *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 26 ff.

⁶ *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 49 ff.

⁷ *Scharge*, Die Regeln der Kunst (2009), 82.

⁸ Kunst wie Aktien nach Investitionsaspekten zu handeln war in den 60er- und 70er-Jahren nicht von Erfolg gekrönt. Eine Ausnahme bildete der British Rail Pension Fund. Näheres dazu in *Goepfert*, Haftungsprobleme im Kunst- und Antiquitätenhandel (1991) 20; *Rush*, Art as Investment² (1962); Times-Sotheby-Index, vgl dazu *Keen*, Money and Art (1971) 242 ff; *Burnham*, The Art Crowd (1973) 32.

⁹ *Benjamin*, Eduard Fuchs, der Sammler und der Historiker (1937), in *Benjamin*, Angelus Novus. Ausgewählte Schriften 2 (1988) 302 (333).

ist in der Regel ein Sachverständigengutachten¹⁰ bzw. die Auskunft des sachverständigen Händlers im Rahmen des Verkaufsgesprächs. Wer als Sachverständiger zur Beurteilung der Authentizität eines Werkes in Frage kommt und welche Methoden ihm dabei zur Verfügung stehen, ist den meisten jedoch fremd. Dass diese Fragen sowohl für den Juristen in Zivil- und Strafverfahren als auch für den Käufer im Rahmen des Kaufprozesses wichtig sind, zeigt das Beispiel der Park West Gallery:

Die Park West Gallery, nach eigenen Angaben der größte Kunsthändler der Welt mit einem kolportierten Umsatz von 300 bis 400 Millionen US-Dollar pro Jahr, bot seit 1993 Versteigerungen auf Luxuskreuzfahrtschiffen an. Im Laufe der Zeit entwickelte sich dieser Geschäftszweig auf hoher See rasant weiter, sodass die Hälfte des Umsatzes auf ca. 85 Luxuslinern erzielt wurde. Primäre Zielgruppe der „Kreuzfahrt-Geschäfte“ sind unerfahrene Käufer, die oftmals zum ersten Mal Kunstwerke erwerben. Hunderten Kreuzfahrtpassagieren wurden unter anderem gefälschte Druckserien von *Salvador Dali* unter Zuhilfenahme von gefälschten Gutachten als „besonders wertvoll“ und „selten“ angeboten, sodass diese, zu überhöhten Preisen, Werke von ungesicherter Provenienz erwarben, um sich ihr „Urlaubs-Schnäppchen“ nicht entgehen zu lassen. Zudem wurden Konsumentenschutzbestimmungen durch den Abschluss von Rechtsgeschäften auf hoher See umgangen. Unter anderen Umständen und mit entsprechenden Expertisen wären viele „Schnäppchenjäger“ nicht getäuscht worden und hätten keinen wirtschaftlichen Schaden erlitten.¹¹

Unabhängig davon, ob nun die Erben *Dalis* oder die enttäuschten Käufer urheberrechtliche bzw. zivilrechtliche Ansprüche im Fall der Kreuzfahrtschiff-Verkäufe gerichtlich durchsetzen möchten, sind sie auf Juristen angewiesen, die mit der Spezialmaterie „Kunst“ und den Methoden ihrer Sachverständigen vertraut sind. Dabei sind die Juristen auf eine enge Zusammenarbeit mit Kunsthistorikern, Händlern und Künstlern angewiesen, um den Bedürfnissen ihrer

¹⁰ Sachverständigengutachten werden im Kunsthandel meist als Expertisen bezeichnet, die beiden Begriffe werden in der Folge synonym verwendet.

¹¹ „Zweifelhaftes unter dem Hammer“ – www.orf.at vom 4. 8. 2009.

Mandanten gerecht werden zu können. Dass es bei Kunstfälschungen immer wieder aufgrund der unterschiedlichen Methodik, Terminologie und Intention zu Missverständnissen kommen kann, zeigen die folgenden Beispiele aus der Praxis:

Der Berichterstatter des OLG Schleswig erklärte gegenüber der klagenden *Emil Nolde*-Stiftung, dass er nicht verstehe, wie die Stiftung auf die Idee käme, Fälscher gegenüber der Polizei ausspielen zu wollen; er selbst habe zu Hause zwei *Nolde*-Fälschungen über dem Sofa im Wohnzimmer hängen und seine gesamte Verwandtschaft glaube, sie seien echt.¹²

Mitte der 90er-Jahre präsentierte ein Wiener Galerist in der Mailänder BRERA 24 Installationen von *Josef Beuys*, von denen nur eine einzige ein Original war. Ein Schüler und Freund *Josef Beuys*, *Heiner Bastian*, versuchte vergebens, vor dem LG Berlin eine einstweilige Verfügung durchzusetzen, um den Fälschungsskandal öffentlich zu machen.¹³

Beide Beispiele zeigen deutlich, dass bei der Kooperation zwischen Recht und Kunst noch erhebliches Entwicklungspotenzial besteht. Die Aufdeckung von Fälschungen, der Umgang mit ihnen und nicht zuletzt die Aufklärung eines breiten Publikums ist ein Anliegen, das Juristen, Kunsthistoriker und Künstler verbindet. Ziel dieser Arbeit ist es daher, zu einem gemeinsamen einheitlichen Verständnis für die Probleme und Fragen des jeweils anderen beizutragen, um eine gemeinsame Lösungsfindung zu fördern.

¹² Der Fall *Emil Nolde* wurde später vom deutschen BGH entschieden und ist bis heute eines der Musterverfahren für urheberrechtliche Ansprüche gegen Kunstfälschungen (BGHZ 107, 384 = GRUR 1995, 668 – *Emil Nolde*); *Nordemann*, Kunstfälschungen und kein Rechtsschutz? GRUR 1996/10, 737.

¹³ Die Entscheidung des LG Berlin wurde durch das Urteil des KG vom 13. 8. 1993 aufgehoben (5 U 2661/93); *Nordemann*, Kunstfälschungen und kein Rechtsschutz? GRUR 1996/10, 738; Plöckinger, Kunstfälschung und Raubkopie – Eine strafrechtliche Untersuchung, ÖSGRUM 35 (2006) 10.

II. Begriffsbestimmung „Original“ und „Fälschung“

Die Begriffe „Original“ und „Fälschung“ sind für Künstler, Sammler und Händler von zentraler Bedeutung. Daher verwundert es umso mehr, dass weder in der Rechtswissenschaft noch in der Kunstgeschichte Definitionen der Begriffe „Original“¹⁴ und „Fälschung“ existieren.

Da Kunsthistoriker und Juristen von unterschiedlichen Ansätzen ausgehen, kommt es in der Praxis immer wieder zu Missverständnissen, die auf die mangelnde Kenntnis der Auffassung des Anderen und dessen Problembewusstsein zurückzuführen sind. Zudem verwenden Vertreter beider Disziplinen zahlreiche unpräzise und uneinheitliche Synonyme (z.B. Plagiat, Kopie usw.), die das Begriffsverständnis erschweren. Daher ist es unumgänglich, grundlegende Tatbestandsmerkmale herauszufiltern, die die Begriffe „Original“ und „Fälschung“ präzisieren, um Werken der bildenden Kunst einen entsprechenden Rechtsschutz zu ermöglichen.

II.1 Das „Original“ aus juristischer Sicht

Obwohl der Begriff „Original“ in der österreichischen Rechtsordnung lange Zeit nicht definiert war, werden Originalkunstwerke durch Staatsgrundgesetz und Urheberrecht umfassend geschützt. Erst durch die Umsetzung der Folgerechtsrichtlinie¹⁵ wurde erstmals der Begriff „Original der bildenden Kunst“ näher definiert (§ 16 b Abs 3 UrhG). Da es sich bei § 16 b Abs 3 UrhG um eine junge Norm handelt, liegt bislang keine höchstgerichtliche Judikatur vor.

¹⁴ Mit Ausnahme der Originaldefinition des § 16 b UrhG auf die unter II.1.2.3 eingegangen wird.

¹⁵ RL 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 9. 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl L 2001/272, 32 (in der Folge: Folgerechtsrichtlinie).

Der Umstand, dass die österreichische Rechtsordnung vor Umsetzung der Folgerechtsrichtlinie keine Definition für Originale in der bildenden Kunst kannte, ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass es weder im Zivilrecht noch im Strafrecht Sondertatbestände für Kunstfälschungen gibt.

II.1.1 Kunstfreiheit und die undefinierbarkeit des Kunstbegriffes

Ein Grund, warum es in der österreichischen Rechtsordnung bislang keine Definition für „Fälschung“ und „Original“ gab, ist die verfassungs- und grundrechtliche Ausgangslage: Original und Fälschung setzten ein Kunstwerk voraus. Kunst ist verfassungs- und grundrechtlich geschützt, jedoch – mit gutem Grund – nicht definiert. Die Freiheit der Kunst und damit verbunden der bewusste Verzicht auf eine Kunst-Definition haben eine lange Tradition. Folgende Zitate von *Heinrich Böll* und *Ernst Ludwig Kirchner* dokumentieren dies deutlich:

„Was sie (die Kunst) braucht, einzig und alleine braucht, ist Material – Freiheit braucht sie nicht, sie ist Freiheit; ... kein Staat, keine Stadt, keine Gesellschaft kann sich darauf einbilden, ihr das zu geben oder gegeben zu haben, was sie von Natur aus ist: frei.“ (Heinrich Böll)¹⁶

„Die Malerei ist die Kunst, die auf der Fläche ein Erlebnis darstellt. ... Es gibt keine festen Regeln dafür. Die Gesetze für das einzelne Werk bilden sind aus der Arbeit, aus der Aufgabe, der Arbeit, der Technik und der Persönlichkeit des Schaffenden. Man kann wohl Gesetze am fertigen Werk ablesen, aber niemals auf Vorwurf und Gesetzen ein Kunstwerk aufbauen. ... Der Weg zur restlosen Umsetzung des Erlebnisses in die Arbeit ist frei, und frei entsteht hier das Kunstwerk durch den Willen des Schaffenden.“ (Tagebuch Ernst Ludwig Kirchner)¹⁷

¹⁶ *Böll*, Die Freiheit der Kunst, Dritte Wuppertaler Rede, in Aufsätze – Kritiken – Reden (1966) 488.

¹⁷ *Thomas*, Bis Heute - Stilgeschichte der bildenden Kunst im 20. Jahrhundert³ (1975) 255.

II.1.1.1 Historische Entwicklung und Struktur der Kunstfreiheit in Österreich (Art 17 a StGG)

Die Freiheit der Kunst (Art 17 a StGG) zählt zu den jüngsten Grundrechten. Vor 1982 wurden Künstler und ihre Werke verfassungsrechtlich durch Art 13 StGG und Art 10 EMRK – dem Grundrecht auf Meinungsäußerung – geschützt.¹⁸

Bereits zur Zeit der provisorischen Nationalversammlung stand die Einführung eines Grundrechtes zum Schutze der Kunst zur Diskussion,¹⁹ dennoch wurde erst im Dezember 1979 ein entsprechender Initiativantrag der Nationalratsabgeordneten *Blecha* und *Hawlicek* eingebracht.²⁰ Am 29. 1. 1982 konnte schließlich mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit folgende Fassung des Art 17 a StGG beschlossen werden: „*Das künstlerische Schaffen, die Vermittlung von Kunst und deren Lehre sind frei.*“

Der Tradition der klassischen Freiheitsrechte folgend verfügt auch die Kunstfreiheit über keinen Gesetzesvorbehalt.²¹ Der Unterschied zu Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt besteht darin, dass dem Gesetzgeber jede Form von intentionalen Beschränkungen der Kunstfreiheit untersagt ist. Jeder Eingriff des Gesetzgebers, der eine Einschränkung der Kunstfreiheit zur Folge hätte, ist daher nicht zulässig.²² *Neisser*²³ nennt drei Gründe, die den Gesetzgeber dazu veranlassten, die Freiheit der Kunst ohne Gesetzesvorbehalt auszugestalten:

¹⁸ Die Einführung scheiterte zunächst an den unüberbrückbaren Differenzen zwischen den Parteien. *Öhlinger*, *Verfassungsrecht*⁴ (1999) 389; *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, *ÖJZ* 198/1, 1 (1); erste Entwürfe zur Formulierung der Kunstfreiheit: *Ermacora*, Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen, *Analysen und Materialien* (1982) 37 und *ders*, *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht 1920* (1967) 63, 86, 134, 238.

¹⁹ *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art. 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, *JBl* 1983/11–12, 281 (286 ff).

²⁰ Drei Anlassfälle waren 1979 ausschlaggebend dafür, die Idee der provisorischen Nationalversammlung zur grundrechtlichen Verankerung der Kunstfreiheit erneut aufzugreifen: *Turinis* „Alpensaga“, die Fernsehproduktion „Staatsoperette“ und eine Buchreihe, die eine mögliche Gefährdung der Jugend darstellen könnte. *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, *ÖJZ* 1983/1, 1 (3).

²¹ Ua *Walter/Mayer*, *Bundesverfassungsrecht*⁹ (2000) Rz 1448 ff; *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, *ÖJZ* 1983/1, 1 (7); *Öhlinger*, „Das Gespenst“ und die Freiheit der Kunst in Österreich, *ZUM* 1985/4, 193.

²² Vgl *VfSlg* 11.737/1988; *VfSlg* 10.401/1985.

- Zunächst wurde sie der Wissenschaftsfreiheit (Art 17 StGG) nachgebildet, die ebenfalls keinen Gesetzesvorbehalt enthält.
- Weiters sollte sich das neue Grundrecht deutlich von Art 13 StGG und Art 10 EMRK unterscheiden.
- Jede Form der Beschränkung hätte eine Unsicherheit mit sich gebracht, die das Vertrauen in das neue Grundrecht wesentlich beeinträchtigt hätte.²⁴

Der Gesetzeswortlaut enthält keine Einschränkungen die Ausbildung der Kunstschaffenden betreffend, sodass sowohl Werke von Professionisten als auch jene von Laien von Art 17 a StGG umfasst sind.²⁵ Schutzobjekt ist nicht das Kunstwerk, sondern derjenige, der es geschaffen hat, Kunst lehrt oder vermittelt.

Trotz der uneingeschränkten Formulierung des Art 17 a StGG geht die herrschende Lehre²⁶ davon aus, dass die Freiheit der Kunst durch immanente Grundrechtsschranken inhaltlich reduziert wird.²⁷ Grundrechtsschranken ergeben sich schon aus den Überlappungen verschiedener Grundrechte, sodass jede rechtlich garantierte Freiheit einer anderen Freiheit automatisch Grenzen setzt. *Neisser* geht von einer weiteren Variante der Schrankenbildung aus: „Systematische, aus der Ordnungsaufgabe des Staates und der Verfassungsordnung erfließende Schranken“.²⁸ Zur Freiheit der Kunst stehen daher insbesondere die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art 14 StGG, Art 9 EMRK), das Recht auf Freiheit der Berufswahl und Berufsausbildung (Art 18

²³ *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1 (7).

²⁴ *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1 (7).

²⁵ *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art. 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983/11–12, 281 (283).

²⁶ *Ermacora*, Verfassungsnovelle 1981 und Staatsgrundgesetznovelle 1982, JBl 1982/21–22, 577 (583 f); *Mitteregger*, Ansätze zu einer Positivierung des Kunstbegriffs der österreichischen Verfassung, JBl 1995/5, 284 (284 ff); *Mandler*, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art 17a StGG, JBl 1986/8, 84 (84 ff); *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1 (7); *Mayerhofer*, Freiheit der Kunst vor strafrechtlichen Eingriffen, ÖJZ 1984/8, 198; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 932; *Öhlinger*, „Das Gespenst“ und die Freiheit der Kunst in Österreich, ZUM 1985/4, 190 (195); *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983/11–12, 281 (286 ff).

²⁷ Dies ist auch aus den Materialien ersichtlich: 978 BlgNR 15. GP; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht, Handbuch I (2008) Rz 68.

²⁸ *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1 (7).

StGG) sowie das Recht auf Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens (Art 8 EMRK) in einem potenziellen Angriffsverhältnis.²⁹

II.1.1.2 Legaldefinition „Kunst“?

Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass man bewusst auf eine Definition des Begriffes „Kunst“ verzichtete, um der Entwicklung und Vielseitigkeit der Kunst Rechnung zu tragen.³⁰ Kunst ist daher ex lege ein dynamischer, sich ständig weiterentwickelnder Begriff.³¹ Eine starre Definition entspräche einem staatlichen Kunstrichtertum, das gerade durch die Kunstfreiheit verhindert werden soll.³² Erst die Rechtsprechung soll in Anwendung des Art 17 a StGG Einzelfallentscheidungen finden. Gerade in der zeitgenössischen Kunst kann häufig keine klare Aussage darüber getroffen werden, was Kunst ist. Anstelle einer „Entweder-oder-Entscheidung“ wird nach einer „Mehr oder Weniger-Lösung“ gesucht.³³ Da der Verfassungsgerichtshof primär die Normenkontrolle in den Vordergrund stellt und in materiellrechtlichen Fragen sehr zurückhaltend ist, kommt es letztlich auf die Meinung kunstsachverständiger Personen an, um den Kunst-Begriff des Art 17 a StGG zu konkretisieren.³⁴ So schließt sich der Verfassungsgerichtshof der Ansicht des Verfassungsausschusses an, der davon ausgeht, dass es keinen „anerkannten Kunstbegriff“ gibt.³⁵

²⁹ Mayerhofer, Die Freiheit der Kunst vor strafrechtlichen Eingriffen, ÖJZ 1984/8, 198; Neisser, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1 (8 f).

³⁰ Neisser, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1 (5).

³¹ Neisser, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1 (6).

³² Berka, Die Freiheit der Kunst (Art. 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983/1+12, 281 (284); ähnlich auch der Bundesverfassungsgerichtshof im Fall „Mephisto“: „Der Lebensbereich ‚Kunst‘ ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Von ihnen hat die Auslegung des Kunstbegriffs der Verfassung auszugehen. Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht auszulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarer Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers“; Öhlinger, „Das Gespenst“ und die Freiheit der Kunst in Österreich, ZUM 1985/4, 190 (194).

³³ Mandler, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 18a StGG, JBl, 1986/1–2, 21 (27).

³⁴ Neisser, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1 (7) FN 34.

³⁵ Bericht des Verfassungsausschusses, 978 BlgNR 15. GP; Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkommentar⁴ (2007) Art 17a StGG Rz I.1.

Im Gegensatz dazu wurden durch den Verwaltungsgerichtshof und den Obersten Gerichtshof³⁶ sowie durch das Oberlandesgericht Graz bereits Versuche unternommen, den Kunst-Begriff zu konkretisieren:

- So stellt der Oberste Gerichtshof bei der Abgrenzung von Kunst zu Pornografie auf die Ehrlichkeit des künstlerischen Strebens des Urhebers sowie den Umstand ab, dass sich dieses auch tatsächlich in seinem Kunstwerk manifestiert.³⁷
- Nach Ansicht des Oberlandesgerichtes Graz sind vom verfassungsrechtlichen Kunstbegriff auch all jene Werke umfasst, die nicht „dem klassischen Ideal des Edlen und Ästhetischen entsprechen“. Er umfasst „auch Werke, die das Hässliche und Schockierende zum Gegenstand haben und die die Wirkung von Kunst in der Provokation sehen“.³⁸
- Auch in der Judikatur des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes lassen sich Ansätze für einen Kriterienkatalog finden, der die Beurteilung der Frage „Kunst oder Nicht-Kunst“ erleichtern soll. Zu diesen Kriterien zählt die eigenschöpferische Tätigkeit des Urhebers, innerhalb eines anerkannten Kunstzweiges, aufgrund seiner künstlerischen Befähigung, die über eine rein erlernbare Fähigkeit hinausgehen muss.³⁹

Diese Ansätze des Verwaltungsgerichtshofes stoßen gerade im Bereich der zeitgenössischen Kunst schnell an ihre Grenzen.⁴⁰ Schon bei „Ready-Mades“ (z.B. *Duchamps* Flaschentrockner oder *Pissarro*) mangelt es an der

³⁶ Näheres in *Mayerhofer*, Freiheit der Kunst vor strafrechtlichen Eingriffen, ÖJZ, 1984/8, 197 (197).

³⁷ EvBl 1976/60; *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1 (6); *Mayerhofer*, Freiheit der Kunst vor strafrechtlichen Eingriffen, ÖJZ 1984/8, 197 (197).

³⁸ Angesprochen wird der Fall des Films „Das Gespenst“ von *Achterbusch* in *Öhlinger*, „Das Gespenst“ und die Freiheit der Kunst in Österreich, ZUM 1985/4, 190 (190).

³⁹ *Mandler*, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 18a StGG, JBl 1986/1–2, 21 (23).

⁴⁰ Weiterführend zu zeitgenössischer Kunst: *Mayerhofer*, Freiheit der Kunst vor strafrechtlichen Eingriffen, ÖJZ 1984/8, 197 (199).

eigenschöpferischen Tätigkeit des Künstlers. Werke, welche sich Ausdrucksmitteln bedienen, die keiner bestimmten Kunstgattung zuzuordnen sind, wären nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes zu hinterfragen. Darüber hinaus wird die künstlerische Befähigung oft mit der Ausbildung an einer Hochschule gleichgesetzt, sodass Autodidakten ihre Fähigkeit, „Künstler“ zu sein, abgesprochen wird. Viele „anerkannte Künstler“ sind jedoch zur Gruppe der Autodidakten zu zählen. Gerade die Klassifizierung des Künstlers über seine Ausbildung widerspricht dem Grundrecht des Art 17 a StGG, weil dieses nicht auf eine professionelle Tätigkeit des Grundrechtsträgers abstellt. Positiv zu erwähnen ist hingegen, dass der verwaltungsrechtliche Kriterienkatalog ästhetische Argumente ausklammert.

Viele Autoren (unter anderem *Öhlinger*,⁴¹ *Berka*⁴² und *Neisser*⁴³) gehen – wie der Verwaltungsgerichtshof – davon aus, dass dem StGG ein typologischer Kunstbegriff zugrunde liegt. Sohin ist jeder Einzelfall neu zu beurteilen. Obwohl es – wie bereits ausgeführt – keine allgemein gültigen Tatbestandsmerkmale gibt, haben sich dennoch einige grundlegende Merkmale herausgebildet, die häufig zur Beurteilung des Einzelfalles herangezogen werden können:

- Zugehörigkeit zu einer anerkannten künstlerischen Werkgattung;⁴⁴
- Art und Weise der Präsentation;⁴⁵
- Urteil der „Kunstwelt“;⁴⁶
- das „Eigenschöpferische“ eines Werkes;⁴⁷
- Ehrlichkeit und Aufrichtigkeit des künstlerischen Strebens;⁴⁸

⁴¹ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 930.

⁴² *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art. 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl, 1983/11–12, 281 (284).

⁴³ *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1 (6).

⁴⁴ *Mandler*, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 18a StGG, JBl 1986/1–2, 21 (26).

⁴⁵ *Mandler*, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 18a StGG, JBl 1986/1–2, 21 (26).

⁴⁶ *Mandler*, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 18a StGG, JBl 1986/1–2, 21 (26).

⁴⁷ *Mandler*, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 18a StGG, JBl 1986/1–2, 21(26).

⁴⁸ *Mandler*, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 18a StGG, JBl 1986/1–2, 21(27).

- auch eine künstlerische Ausbildung⁴⁹ kann ein Indiz dafür sein, dass es sich bei einem Werk um Kunst handelt. Zu beachten ist aber, dass auch Gelegenheitskünstler unter den Schutz der Kunstfreiheit fallen.

Zusammenfassend ist der verfassungsrechtliche Kunstbegriff als „offen“ anzusehen, sodass jede Form des künstlerischen Schaffens, unabhängig von der Ausbildung des Künstlers, vom Schutzzweck des Art 17 a StGG umfasst ist.

II.1.1.3 Art 10 EMRK

Neben der Kunstfreiheit gemäß Art 17 a StGG steht es Künstlern offen, sich zum Schutz ihrer Interessen auf Art 10 EMRK – Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit – zu berufen. Im Kollisionsfall geht die innerstaatliche Regelung Art 10 EMRK vor („Günstigkeitsprinzip“).⁵⁰

Im Gegensatz zum österreichischen Staatsgrundgesetz ist die Freiheit der Kunst in der europäischen Menschenrechtskonvention ein Teilaspekt der Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK) und sohin nicht gegenüber anderen Formen der Kommunikation privilegiert.⁵¹ In einem Entwurf zur Formulierung des Art 10 EMRK wird dies besonders deutlich: „... *either orally, in writing or in printing, in the form of art* ...“.⁵² Um Einschränkungen zu vermeiden, verzichtete man in der heute gültigen Endfassung auf eine Aufzählung der Verbreitungsarten.⁵³ Sohin sind heute alle erdenklichen Verbreitungsformen von Art 10 EMRK umfasst.⁵⁴ Wesentliches Abgrenzungsmerkmal zwischen Art 10 EMRK und Art 17 a StGG ist der Gesetzesvorbehalt in Art 10 Abs 2 EMRK.⁵⁵

⁴⁹ Mandler, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 18a StGG, JBl 1986/1–2, 21 (27).

⁵⁰ Öhlinger, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 914 ff.

⁵¹ Öhlinger, „Das Gespenst“ und die Freiheit der Kunst in Österreich, ZUM 1985/4, 190 (193).

⁵² Berka, Die Freiheit der Kunst (Art. 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983/11–12, 281 (281) FN 4.

⁵³ Berka, Die Freiheit der Kunst (Art. 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983/11–12, 281 (281) FN 4.

⁵⁴ Öhlinger, „Das Gespenst“ und die Freiheit der Kunst in Österreich, ZUM 1985/4, 190 (190).

⁵⁵ Dieser Unterschied wird jedoch durch die Lehre der immanenten Grundrechtsschranken relativiert.

Seit der Einführung des Art 17 a StGG hat Art 10 EMRK auf nationaler Ebene an Bedeutung verloren. Die Attraktivität des Art 10 EMRK besteht heute primär in der Möglichkeit des Instanzenzuges vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.⁵⁶

II.1.1.4 Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. 12. 2009 wurde auch die Charta der Grundrechte Bestandteil des Unionsprimärrechtes.⁵⁷ Die Charta enthält unter anderem eine dem österreichischen Staatsgrundgesetz vergleichbare Bestimmung zur Freiheit der Kunst: *„Kunst und Forschung sind frei. Die akademische Freiheit wird geachtet.“*⁵⁸

Fragliche ist, inwieweit die Schrankensystematik der österreichischen Lehre auch auf die Grundrechtecharta übertragen werden kann. Aus der Präambel zur Grundrechtecharta wird dies wohl zu bejahen sein, in der es heißt: *„Die Ausübung dieser Rechte ist mit Verantwortlichkeiten und Pflichten, sowohl gegenüber den Mitmenschen als auch gegenüber der menschlichen Gemeinschaft und den künftigen Generationen verbunden.“* Meines Erachtens kann diese Absichtserklärung in der Präambel als Indiz für die Anwendbarkeit der Schrankensystematik verstanden werden, weil die Verantwortlichkeit und Pflichtenübernahme wohl die gegenseitige Einschränkung einander überschneidender Grundrechte mit umfasst. Insgesamt bietet die Grundrechtecharta Künstlern inhaltlich keinen weiteren Schutz als Art 17 a StGG und Art 10 EMRK.

⁵⁶ Dass dies durchaus Bedeutung hat, zeigte der Fall des Otto Preminger Institutes gegen die Republik Österreich. Urteil vom 20. 9. 1994, A/295-A EGMR.

⁵⁷ *Walter*, Urheberrecht I Rz 72.

⁵⁸ Art 13 Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

II.1.2 Schutz des Originalkunstwerkes durch das Urheberrecht

II.1.2.1 Schutz des immateriellen Rechtes

Neben dem verfassungs- und grundrechtlichen Schutz des Kunstschaffenden bildet das UrhG die Hauptgrundlage des Schutzes. Bis zur Einführung der Originaldefinition in § 16 b Abs 3 UrhG konnte die fehlende Definition des Originalbegriffes damit begründet werden, dass der Schutz von Werken der bildenden Kunst im Sinne des § 3 Abs 1 UrhG nicht am physischen Objekt anknüpft, sondern an der „*eigentümlichen geistigen Schöpfung*“ des Urhebers gemäß § 1 Abs 1 UrhG. Doch auch die „*eigentümliche geistige Schöpfung*“ wird vom Gesetzgeber nicht definiert. *Kucsko* folgend ist der undefinierte Begriff der „Eigentümlichkeit“ ein Indiz für die kreative Persönlichkeit des Schöpfers.⁵⁹ Dennoch ist nicht jede geistige Schöpfung vom Schutz des UrhG umfasst, weil dies eine nicht vertretbare Einschränkung der Allgemeinheit zur Folge hätte. Vielmehr ist es Aufgabe des § 1 Abs 1 UrhG, einerseits zwischen jenen Werken zu unterscheiden, die dem Schutz des UrhG unterliegen, und andererseits jenen Werken, die aufgrund des Freihalteinteresses der Allgemeinheit nicht unter dessen Schutz fallen.⁶⁰

Während die höchstgerichtliche Rechtsprechung⁶¹ heute nicht mehr von der in den Gesetzesmaterialien⁶² geforderten „Werkhöhe“ ausgeht, um urheberrechtlichen Schutz zu genießen, wird weiterhin eine gewisse Originalität zur Erlangung des Urheberrechtsschutzes vorausgesetzt.⁶³ *Kucsko* definiert aufbauend auf diesen Grundsätzen „Original“ im Urheberrecht wie folgt: *„Alle Erwägungen beziehen sich stets auf das geschützte geistige Gut, auf das ‚Immaterialgut‘, nicht aber auf die Qualifikation eines bestimmten physischen Objekts (Gemälde, Druckgrafik) als ‚Originalwerk‘. Als ‚Original‘ wird daher in*

⁵⁹ *Kucsko*, Das „Originalwerk“ im Urheberrecht, ip Competence, 2009/1, 26 (27).

⁶⁰ *Kucsko*, Das „Originalwerk“ im Urheberrecht, ip Competence, 2009/1, 26 (27).

⁶¹ Unter anderem: OGH 16. 3. 1982, 4 Ob 434/81, *Koch-Männchen*, ÖBl 1983, 21; OGH 24. 4. 2001, 4 Ob 94/01 d, www.telering.at, ÖBl 2001, 276.

⁶² EB zum UrhG, in *Dillenz*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht, ÖSGRUM 3 (1986), 43.

⁶³ OGH 10. 7. 2007, 4 Ob 103/07 m.

diesem Zusammenhang die betreffende geistige Gestaltung bezeichnet. Auf sie ist der Urheberrechtsschutz zugeschnitten.“⁶⁴

Ausgehend von dieser Grundstruktur des Urheberrechtes liegt eine Urheberrechtsverletzung bei der Übernahme der reinen Idee noch nicht vor, sondern erst, wenn Gestaltungselemente des Originales übernommen werden.⁶⁵ Die Übernahme von Gestaltungselementen ist aber grundsätzlich zulässig und wird erst dann zum Verstoß gegen das Urheberrecht, wenn aufgrund des Gesamteindrucks wesentliche Übereinstimmungen der Gestaltungsmittel vorliegen.⁶⁶

II.1.2.2 Schutz des physischen Werkes

Obwohl das Urheberrecht primär die geistige Schöpfung als immaterielles Gut schützt, beziehen sich einzelne Bestimmungen auch auf den Schutz der physischen Umsetzung. Dazu wird als Synonym für das physische Original der Begriff „Urstück“ verwendet (§ 12 Abs 1 UrhG – „Vermutung der Urheberschaft“,⁶⁷ § 20 Abs 2 und 3 UrhG – „Urheberbezeichnung“,⁶⁸ § 21 Abs 2 UrhG – „Werkschutz“⁶⁹ und § 83 Abs 1 UrhG – „Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch bei Werken der bildenden Kunst“⁷⁰).⁷¹ *Walter* weist darauf hin, dass der

⁶⁴ *Kucsko*, Das „Originalwerk“ im Urheberrecht, ipCompetence, 2009/1, 26 (28).

⁶⁵ OGH 24. 1. 2006, 4 Ob 211/05 s, *Chairik*, ÖBI-LS 2006/118 = MR 2006, 147.

⁶⁶ OGH 15. 9. 2005, 4 Ob 70/05 f, *Corbusier-Möbel*, ÖBI-LS 2006/54 = MR 2006, 24 (24, 25.)

⁶⁷ Das UrhG geht davon aus, dass jene Person, die auf einem physischen Werk (Urstück oder Vervielfältigungsstück) als Urheber genannt wird, dieses auch geschaffen hat (so genannte „Vermutung der Urheberschaft“). Diese Norm dient, wie zuvor erwähnt, dem Schutz der Allgemeinheit vor irreführenden Bezeichnungen.

⁶⁸ Der Urheber selbst entscheidet, ob und wie seine Urheberbezeichnung am Werk angebracht werden soll. Einschränkungen sind gesetzlich dahingehend determiniert, dass Dritten die Möglichkeit eingeräumt wird, durch die Art und Weise der Bezeichnung zwischen Urstücken und Vervielfältigungsstücken (§ 20 Abs 3 UrhG) beziehungsweise Urstück und Bearbeitung (§ 20 Abs 2 UrhG) zu unterscheiden. Siehe weiterführend: *Walter*, Urheberrecht I Rz 916.

⁶⁹ Im Gegensatz zu §§ 12 und 20 UrhG steht im Fall von § 21 Abs 2 UrhG der Urheber stärker im Vordergrund, da dieser vor Veränderungen seines Werkes (und damit auch des Urstückes) gegen seinen Willen geschützt werden soll.

⁷⁰ § 83 UrhG dient dem Schutz des Urhebers vor unbefugten Veränderungen des Urstückes, sodass die Änderungen am Urstück als nicht vom Urheber herrührend gekennzeichnet werden bzw. dass die Urheberbezeichnung am Urstück beseitigt oder berechtigt ist.

⁷¹ § 20 Abs 2 und 3 UrhG; *Dittrich*, Verlagsrecht (1969) 243; *Kucsko*, Das Originalwerk im Urheberrecht, ipCompetence 2009/1, 26 (29 ff).

gesetzliche Schutz des Urstückes primär dem Schutz der Allgemeinheit vor Irreführung und nur sekundär dem Urheber dient.⁷² Dies lässt sich wie folgt begründen: Im System des UrhG wird die Bezeichnung „Urstück“ in jenen Normen verwendet, die sich mit der Verwendung von Werkstücken durch Dritte beschäftigen. Der Schutzzweck (z.B. § 20 Abs 2 und 3, § 21 Abs 2 UrhG) bezieht sich daher auf die Abgrenzung und die Kenntlichmachung der Urheberbezeichnung.⁷³

Unabhängig von der Frage, ob sich der Schutz auf das immaterielle Gut oder das physische Werk bezieht, zeigt sich bereits bei der Verwendung des Begriffes „Urstück“, dass der Urheberschutz sich über das „Urstück“ hinaus auch auf weitere Exemplare, wie beispielsweise Vervielfältigungsstücke, beziehen kann. Viele Gattungen der bildenden Kunst, wie beispielsweise Holzschnitte, Radierungen, Kupferstiche, aber auch dreidimensionale Objekte, werden in Serien hergestellt. Juristisch stellt sich die Frage, ob nur der erste Abzug/das erste Exemplar als Urstück zu qualifizieren ist, während alle weiteren „nur Vervielfältigungsstücke“ sind, oder ob alle Teile einer Serie Urstücke sind?

Einen Ansatz dazu, dass Dritte durch die Urheberbezeichnung darauf hingewiesen werden müssen, dass es sich um ein „Stück aus einer Serie“ handelt, gibt bereits § 20 UrhG vor. § 20 UrhG bestimmt, dass der Urheber für die Differenzierung zwischen Vervielfältigungsstück und Urstück bzw. Bearbeitung und Originalwerk eine unterscheidungsfähige Kennzeichnung zu verwenden hat. Diese rechtlichen Vorgaben werden in der Praxis regelmäßig umgesetzt, indem seriell hergestellte Werke mit dem Namen des Urhebers, der Exemplarzahl sowie der Gesamtauflage versehen werden (z.B. 8 [Exemplarzahl]/20 [Gesamtauflage]). Die Höhe der Gesamtauflage kann vom Urheber festgesetzt werden. Das Beispiel *Auguste Rodins* zeigt, dass dieses Gestaltungsrecht des Urhebers auf die Anzahl der in Umlauf befindlichen Werke auch über dessen Tod hinaus möglich ist: *Rodin*, der bereits zu Lebzeiten großen Erfolg mit seinen Skulpturen erlangte, legte

⁷² *Walter*, Urheberrecht I Rz 923.

⁷³ § 12 Abs 1 UrhG – „Vermutung der Urheberschaft“.

testamentarisch fest, dass seine Werke für jedermann zugänglich sein sollen und sohin vervielfältigt werden können.⁷⁴

Ausgehend von § 20 UrhG stellt sich daher die Frage, ob es sich bei einem Exemplar aus einer Serie um eine Vervielfältigung im Sinne des § 20 Abs 3 UrhG oder um ein Original/Urstück handelt? Diese Frage wird von der Lehre bislang nicht einheitlich beantwortet:

Den pragmatischsten Ansatz liefert *Peter*,⁷⁵ der Abzüge eines Holzschnittes oder Linolschnittes sowie Kupfer- und Stahlstiche als „*Urstücke, und nicht Vervielfältigungsstücke*“ bezeichnet.

Kucsko hält hingegen die Bezeichnung eines Serienexemplars als Vervielfältigungsstück für möglich, weil „*aus der Art des Vervielfältigungsstücks ohnehin dessen Charakter eines (von wahrscheinlich mehreren) Abzügen erkennbar ist und daher ‚nicht der Anschein eines Urstückes‘ erweckt wird*“.⁷⁶

Handig sieht im Gegensatz zu *Kucsko* eine Unterscheidung verschiedener Vervielfältigungsstücke als notwendig an, weil Originale (Urstücke) eine stärkere Nähe zum Urheber hätten als Vervielfältigungsstücke.⁷⁷ *Handig* setzt bei seinen Ausführungen – wie vor ihm bereits andere Autoren⁷⁸ – am historischen Verständnis für serielle Kunst an und beschreibt das Wesen der seriellen Kunst als „multioriginal“.⁷⁹ Er folgt in seiner Schlussfolgerung der Ansicht *Rintelens*, der für serielle Werke der bildenden Kunst allen Exemplaren einer Serie die Original- (Urstück-)Eigenschaft zuerkannte: „... *bei im Druckverfahren hergestellten*

⁷⁴ *Mercker/Mues*, Zum Beispiel Giacometti: Die Sache mit dem Original, FAZ.NET, 12. 11. 2009.

⁷⁵ Das Österreichische Urheberrecht (1954) § 9 Anm 5, § 20 Anm 6; ebenso *Walter*, Urheberrecht I Rz 916.

⁷⁶ *Kucsko*, Das „Originalwerk“ im Urheberrecht, ipCompetence, 2009/1, 26 (28).

⁷⁷ *Handig*, „Original fahr hin in deiner Pracht“? – Original und Vervielfältigung im digitalen Umfeld, ipCompetence, 2010/2, 16 (16).

⁷⁸ *Boytha*, Die historischen Wurzeln des Schutzes von Rechten an Urheberwerken, in *Dittrich*, Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, ÖSGRUM 9 (1991) 69.

⁷⁹ *Handig*, „Original fahr hin in deiner Pracht“? – Original und Vervielfältigung im digitalen Umfeld, ipCompetence, 2010/2, 16 (19).

*Werken der bildenden Künste (Radierung, Stich, Schnitt, Lithographie), bei plastischen Werken, deren vom Urheber erarbeitetes Negativ mehrere gleichartige positive Abzüge zulässt, [...] und bei Lichtbildwerken [...] alle vom Originalnegativ hergestellten Positiva“.*⁸⁰

Meines Erachtens ist *Handig*⁸¹ und zahlreichen anderen Autoren⁸² zu folgen, die bei der Beurteilung des Originalcharakters serieller Kunst von der Verkehrsanschauung ausgehen. Es liegt im Wesen zahlreicher zwei- und dreidimensionaler Techniken, wie beispielsweise Druck oder Plastik, dass sie durch oder im Auftrag des Urhebers fast⁸³ beliebig oft vervielfältigt werden können. Durch die Wahl der Methode (Druck, Plastik, ...) legt der Urheber von Anfang an fest, dass er voraussichtlich mehr als ein Exemplar herstellen wird. Allen Exemplaren kommt daher die gleiche Nähe zum Urheber zu. Aus diesem Grund sind Exemplare einer Serie nicht als Vervielfältigungsstücke, sondern als Originale zu bewerten. Alle Exemplare einer Serie erfahren daher den Schutz des Urstückes im Sinne des Urheberrechtes. Auch die in § 16 b UrhG umgesetzte Definition des „Originales“ aus der Folgerechtsrichtlinie geht von einer Gleichbehandlung aller Vervielfältigungsstücke einer Serie aus.

II.1.2.3 Original-Definition in der Folgerechtsrichtlinie

Die Definition des „Originales“ in der Folgerechtsrichtlinie⁸⁴ wurde in der Urheberrechtsnovelle 2005⁸⁵ aufgegriffen und durch ihre Umsetzung in § 16 b

⁸⁰ *Rintelen*, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht (1958) 97 FN 2; ebenso *Katzenberger* in *Schricker*, Urheberrecht³ (2006) § 26 RN 28; *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht (1954) § 12 Anm 3; *Dittrich*, Verlagsrecht (1969) 243; *Walter*, Urheberrecht I Rz 916 FN 2.

⁸¹ *Handig*, „Original fahr hin in deiner Pracht“? – Original und Vervielfältigung im digitalen Umfeld, ipCompetence, 2010/2, 16 (16).

⁸² *Rintelen*, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht (1958) 97 FN 2; ebenso *Katzenberger* in *Schricker*, Urheberrecht³ (2006) § 26 RN 28; *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht (1954) § 12 Anm 3; *Dittrich*, Verlagsrecht (1969) 243; *Walter*, Urheberrecht I Rz 916 FN 2.

⁸³ Anm: Die Einschränkung „fast“ ergibt sich aus technischen Gründen, da z.B. manche Druckplatten aus Verschleißgründen nicht unendlich oft verwendet werden können.

⁸⁴ RL 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 27. 9. 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABI L 2001/272, 32.

⁸⁵ BGBl I 2006/22 (UrhG-Nov 2005); bereits 1930 war die Einführung des Folgerechts in einem (deutsch-)österreichischen Urheberrechtreformentwurf geplant (*Seiller*, Der Vorentwurf der Urheberrechtsnovelle, JBl 1930, 400 [405]), danach wurden immer wieder Versuche

UrhG Bestandteil der nationalen österreichischen Rechtsordnung. Art 2 der Folgerechtsrichtlinie⁸⁶ lautet wie folgt:

„Als ‚Original von Kunstwerken‘ im Sinne dieser Richtlinie gelten Werke der bildenden Künste wie Bilder, Collagen, Gemälde, Zeichnungen, Stiche, Bilddrucke, Lithographien, Tapisserien, Keramiken, Glasobjekte und Lichtbildwerke, soweit sie vom Künstler selbst geschaffen worden sind oder es sich um Exemplare handelt, die als Originale von Kunstwerken angesehen werden.“

„Exemplare von unter diese Richtlinie fallenden Kunstwerken, die vom Künstler selbst oder unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt wurden, gelten im Sinne dieser Richtlinie als Originale von Kunstwerken. Derartige Exemplare müssen in der Regel nummeriert, signiert oder vom Künstler auf andere Weise ordnungsgemäß autorisiert sein.“

Die Umsetzung in § 16 b Abs 3 UrhG weicht vom Textvorschlag der Richtlinie ab:

„Als Originale im Sinne des Abs 1 gelten Werkstücke,

- 1. die vom Urheber selbst geschaffen worden sind,*
- 2. die vom Urheber selbst oder unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt und in der Regel nummeriert sowie vom Urheber signiert oder auf andere geeignete Weise autorisiert worden sind,*
- 3. die sonst als Originale angesehen werden.“*

Während Art 2 der Folgerechtsrichtlinie von „Kunstwerken/Werken der bildenden Kunst“ ausgeht, verwendet § 16 b Abs 1 UrhG den Begriff „Werkstück“. Es bleibt daher zunächst die Frage offen, ob sich § 16 b Abs 1 UrhG auf die Definition der

unternommen, so z.B. im Entwurf der UrhG-Nov 1994 (dazu z.B. *Gamerith*, Gedanken zur Harmonisierung des Folgerechts in der EU, in FS Dittrich [2000] 71 [76]); darüber hinaus ist das Folgerecht völkerrechtlich in Art 14^{ter} RBÜ verankert.

⁸⁶ RL 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 27. 9. 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABI L 2001/272, 32.

„bildenden Kunst“ in § 3 Abs 1 UrhG bezieht. Die in Art 2 der Folgerechtsrichtlinie genannten Beispiele umfassen sowohl Werke der bildenden als auch solche der angewandten Kunst (Keramiken, Glasobjekte, Tapisserien).⁸⁷ Das österreichische Urheberrecht definiert im Vergleich dazu in § 3 Abs 1 UrhG „Werke der bildenden Kunst“ und nennt neben Lichtbildwerken auch Werke der angewandten Kunst als Untergruppen der „bildenden Kunst“. Nach herrschender Ansicht unterscheiden sich Werke der angewandten Kunst aufgrund ihres Gebrauchszweckes von Werken der bildenden Kunst. Diese Trennung ist in der Praxis jedoch nicht immer eindeutig möglich.⁸⁸ Geht man davon aus, dass der Begriff der „bildenden Kunst“ im Sinne des § 3 Abs 1 UrhG die Grundlage der Originaldefinition des § 16 b Abs 1 UrhG ist, so sind auch Werke der angewandten Kunst von der Originaldefinition des § 16 b Abs 1 UrhG mit umfasst. Die österreichische Umsetzung wäre daher umfassender, als die in Art 2 der Folgerechtsrichtlinie vorgeschlagenen Aufzählungen.

Handig vertritt die Ansicht, dass trotz der gleichen Wortwahl „bildende Kunst“ § 16 b Abs 1 UrhG nicht im Sinne des § 3 Abs 1 UrhG interpretiert werden kann. Er begründet dies damit, dass das Folgerecht nur für jene Fälle der angewandten Kunst gelten solle, bei denen der Gebrauchswert gegenüber dem künstlerischen Wert zurücktritt.⁸⁹ § 16 b UrhG wäre sohin enger auszulegen als § 3 Abs 1 UrhG. Dieser Meinung *Handigs* ist entgegenzuhalten, dass die Frage, ob der Gebrauchszweck oder der Kunstzweck im Vordergrund steht, wohl immer im Auge des jeweiligen Betrachters liegt und daher nicht als Argument für den Ausschluss eines Werkes der angewandten Kunst aus der Originaldefinition des § 16 b Abs 1 UrhG herangezogen werden kann. Im Sinne eines umfassenden Schutzes von bildenden Künstlern ist daher eine Auslegung des Begriffes der „bildenden Kunst“ im Sinne des § 3 Abs 1 iVm § 16 b Abs 1 UrhG zu begrüßen.

⁸⁷ AA *Walter*, Urheberrecht I Rz 857 (bildende Kunst ist nach § 3 Abs 1 UrhG auszulegen).

⁸⁸ *Dreyer* in *Dreyer/Kothoff/Meckel/Zeisberg*, UrhR § 2 RN 255.

⁸⁹ *Handig*, Das neue Folgerecht in § 16b UrhG, *ecolex* 2006, 585 (585 ff); *Handig*, Die österreichische Umsetzung des Folgerechts, *wbl* 2006, 397 (397ff).

Handig vertritt weiters die Ansicht, dass Skizzen und Entwürfe als Originale zu bewerten sind, sofern sich diese nicht nur geringfügig vom späteren Werk unterscheiden.⁹⁰ Liegen aufgrund des Gesamteindrucks Skizzen (bzw. Entwürfe) und das auf deren Grundlage hergestellte Werk nahe beieinander, so sind Skizzen nur als Vorbereitungshandlung des später ausgeführten Werkes zu interpretieren.⁹¹ Ähnlich ist die Situation bei dreidimensionalen Werken: Wird ein Original durch einen Abguss hergestellt, ist die dazu notwendige Abgussform kein Original.⁹²

Der Verzicht auf den Werkgattungskanon der Folgerechtsrichtlinie in der österreichischen Umsetzung des § 16 b UrhG ist eine logische Folge der Tatsache, dass es in der österreichischen Rechtsordnung keine Kunstdefinition gibt, um der laufenden Entwicklung der Kunst gerecht zu werden.⁹³ Die Umsetzung des Werkgattungskanons aus Art 2 der Folgerechtsrichtlinie hätte meiner Ansicht nach auf einfachgesetzlicher Ebene eine Einschränkung bewirkt, die mit Art 17 a StGG nicht vereinbar ist. Durch den Verzicht auf den Werkgattungskanon spielen die verbleibenden Tatbestandsmerkmale von Art 2 der Folgerechtsrichtlinie eine bedeutendere Rolle:

- Das Werk muss vom Künstler selbst oder zumindest unter dessen Aufsicht hergestellt worden sein;⁹⁴
- die Exemplare dürfen eine begrenzte Auflage nicht überschreiten;⁹⁵
- handelt es sich um mehr als ein Exemplar, so muss dies dem Dritten ersichtlich gemacht werden (dazu wird die Nummerierung der Objekte, deren Signierung oder eine andere äquivalente Form der Kenntlichmachung vorgeschlagen);⁹⁶

⁹⁰ *Handig* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 16 b Punkt 3.2; *Dreyer* in *Dreyer/Kothoff/Meckel/Zeisberg*, HK-UrhR (2004) § 26 RN 13.

⁹¹ *Handig*, Die österreichische Umsetzung des Folgerechts, wbl 2006, 397 (397ff).

⁹² *Dreyer* in *Dreyer/Kothoff/Meckel/Zeisberg*, HK-UrhR (2004) § 26 RN 13.

⁹³ AA *Handig* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 16 b Punkt 3.1 FN 16.

⁹⁴ *Walter*, Urheberrecht I Rz 860–862.

⁹⁵ *Walter*, Urheberrecht I Rz 863.

⁹⁶ Es obliegt daher dem Willen und Wissen des Urhebers, der auch die Festlegung der Stückzahl umfasst. Siehe dazu auch *Plöckinger*, Kunstfälschung und Raubkopie, ÖSGRUM 35 (2006) 13.

- ein Original kann aus einem oder mehreren Objekten bestehen;
- Kunstwerke, die sonst als Original angesehen werden.

Diese Merkmale bilden eine Basis, aufgrund derer eine Einzelfallbeurteilung möglich ist, ohne durch Werkgattungen eingeschränkt zu werden. Zunächst erscheinen diese Tatbestandsmerkmale sowohl für den Juristen als auch für den Kunsthistoriker leicht subsumierbar. In manchen Fällen kann es jedoch zu Anwendungsproblemen kommen:

Legt der Künstler nur das Konzept und die anzuwendende Methode fest und überlässt die Ausführung einem Dritten, so ist fraglich, ob das Werk „unter der Aufsicht des Künstlers hergestellt wurde“⁹⁷ bzw. „unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt und nummeriert sowie vom Urheber signiert oder auf andere geeignete Weise autorisiert worden ist“.⁹⁸ Originale liegen sicherlich in jenen Fällen vor, in denen der Urheber das Urstück geschaffen hat und unter seiner Aufsicht und in seinem Auftrag serielle Werke hergestellt werden, wie beispielsweise Abgüsse oder Drucke.⁹⁹

Salvador Dali signierte im fortgeschrittenen Alter Blankoblätter,¹⁰⁰ die erst später von Dritten ausgeführt wurden. Somit wurden diese weder vom Künstler selbst noch unter dessen Aufsicht geschaffen. Auch *Camille Corots* „Originale“,¹⁰¹ die seine Freunde malten und von ihm zum Zweck der Wertsteigerung signiert wurden, wären nach einer strengen Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals keine solchen. *Auguste Rodin*, der seine Urstücke selbst geschaffen hat, verfügte testamentarisch, dass seine Werke allgemein zugänglich sein sollen und frei vervielfältigt werden dürfen.¹⁰² Aufgrund der Tatbestandsmerkmale des § 16 b

⁹⁷ Formulierung Art 2 Abs 1 RL 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 27. 9. 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl L 2001/272, 32.

⁹⁸ § 16 b Abs 3 UrhG.

⁹⁹ *Handig in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 16 b Punkt 3.5.

¹⁰⁰ *Hebborn*, The Art Forger's Handbook (1997) 79.

¹⁰¹ *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 49 ff.

¹⁰² *Mercker/Mues*, Zum Beispiel Giacometti – Die Sache mit dem Original, FAZ.NET, 12. 11. 2009.

Abs 3 UrhG und Art 2 Abs 1 Folgerechtsrichtlinie wären postum entstandene Werke keine Originale.¹⁰³

In Zweifelsfällen kann § 16 b Abs 3 Z 3 UrhG zur Legitimation eines Originales herangezogen werden. So sind all jene Werke als Originale zu betrachten, „die sonst als Originale angesehen werden“.¹⁰⁴ Damit stellt der Gesetzgeber auf die Möglichkeit ab, ein Werk zum Original „Kraft Verkehrssitte“ zu erklären; aufgrund der Erläuterungen ist ein Gutachten wohl nicht notwendig.¹⁰⁵ Der Vorteil dieses sehr breit gefassten Tatbestandsmerkmals liegt in der Möglichkeit, dieses sehr frei und auf den konkreten Einzelfall bezogen zu interpretieren. Dass „die Exemplare eine begrenzte Auflage nicht überschreiten dürfen“, ist sowohl aus juristischer als auch aus kunsthistorischer Sicht praktikierbar. Auch die Exemplarmarkierung der Originale und die Kennzeichnung von Bestandteilen ist in der Praxis wohl unproblematisch und kein Novum im österreichischen Urheberrecht (§ 20 Abs 2 und 3 UrhG). Dies würde unter anderem Entwürfe und Skizzen treffen, die als Vorbereitungswerke ebenfalls einen hohen künstlerischen und wissenschaftlichen Stellenwert haben. So sind auch Werke, die nicht aus der Hand des Urhebers stammen oder im Auftrag desselben entstanden sind, Originale im Sinne des § 16 b Abs 3 UrhG.¹⁰⁶ Zu Recht wies jedoch das Europäische Parlament darauf hin, dass es innerhalb der Union keine einheitliche Verkehrssitte gebe. Das Europäische Parlament überließ es daher den Mitgliedstaaten, zu bestimmen, was „Originale“ sind, begrenzte deren Stückzahl aber mit zwölf Stück (z.B. zwölf Blätter einer Druckserie).¹⁰⁷

Zusammenfassend ist die Original-Definition der Folgerechtsrichtlinie eine breite, der Praxis entgegenkommende Grundlage, die jedoch in Einzelfällen (*Dali*, *Corot*, Konzeptkunst) keine Lösung anbietet, sodass letztlich auf einen Sachverständigen

¹⁰³ Bullinger in Wandtke/Bullinger, UrhR² § 26 Rz 8; Handig in Kucsko, urheber.recht (2008) § 16 b Punkt 3.5.

¹⁰⁴ § 16 b Abs 3 Z 3 UrhG.

¹⁰⁵ Erläut des JAB 1240 BlgNR 20. GP 2 = Ciresa/Büchele/Guggenbichler, UrhG § 16 b Rz 5; Handig in Kucsko, urheber.recht (2008) § 16 b Punkt 3.5.

¹⁰⁶ Walter, Urheberrechtsgesetz 2006, §16 b, Erläut IV.3.3.

¹⁰⁷ Schwarz, Die Einführung des Folgerechts in Österreich, MR 1997, 210 (210 ff) FN 39. Die Einschränkung auf zwölf Stück ist kritisch zu hinterfragen, da viele Druckserien oft in einer Auflage von 20 Stück angeboten werden.

zurückgegriffen werden muss. Anlassfälle, die an österreichische Gerichte oder den EuGH herangetragen wurden, sind bislang noch nicht dokumentiert.¹⁰⁸

II.1.2.4 „Echtheit“ und „Originalität“

In der Praxis wird die Originaleigenschaft eines Werkes oft mit der Frage nach der Echtheit umschrieben. „Echt“ ist aus rechtswissenschaftlicher Sicht in diesem Zusammenhang nicht unpassend, weil Urkunden im Zivilprozess als „echt“ bezeichnet werden, wenn sie von dem Aussteller stammen, der in der Urkunde als solcher namhaft gemacht wird.¹⁰⁹ Übertragen auf ein Werk der bildenden Kunst ist die Signatur des Originalurhebers dessen Bestätigung, dass es sich um ein eigenhändiges Werk handelt und dieses sohin „echt“ ist.

In Deutschland haben sich *Würtenberger*¹¹⁰ und *Goepfert*¹¹¹ mit der Frage auseinandergesetzt, wann ein „echtes“ Kunstwerk vorliegt. Ergebnis dieser Fragestellung sind Definitionsversuche, die der Abgrenzung zwischen Original und Fälschung dienen sollen. *Würtenbergers* und *Goepferts* Arbeiten sind nicht nur von akademischer Natur, sondern von großer praktischer Bedeutung, beispielsweise bei Gewährleistungsansprüchen des Käufers gegen den Verkäufer, sollte dieser eine Fälschung erworben haben.

Ein Werk ist nach Ansicht *Würtenbergers* „unecht“, sobald die äußere Gestaltung vom tatsächlichen Urheber und der eigentlichen Stilepoche abweicht.¹¹² *Würtenberger* geht also von einer Negativdefinition aus. Weicht das „innere Wesen“ eines Werkes von dem ab, was es durch die Art seiner äußeren Gestaltung zu sein vorgibt, so ist es „unecht“. Er setzt in diesem Zusammenhang Echtheit mit

¹⁰⁸ Eine Entscheidung des EuGH zum Folgerecht: EuGH 15. 4. 2010, C-518/08, *Gala Dali und Visual Entida de Gestión de Artistas Plásticos*. Die Entscheidung befasst sich mit der Frage des persönlichen Anwendungsbereiches der RL 2001/83/EG.

¹⁰⁹ *Rechberger-Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷ (2009) 796.

¹¹⁰ *Würtenberger*, Kampf gegen das Kunstfälschertum 8 f.

¹¹¹ *Goepfert*, Haftungsprobleme 26.

¹¹² *Gerlach*, Die Haftung für fehlerhafte Kunstexperten (1998) 17.

Originalität gleich.¹¹³ *Würtenbergers* Definition eines „echten Kunstwerkes“ kann auf viele Werke der bildenden Kunst zutreffen, scheitert aber letztlich an Werken der modernen und zeitgenössischen Kunst. Gerade mit der Lösung von strengen „Ismen“ und der Individualität des Stiles im 20. Jahrhundert greifen Künstler immer wieder ältere Stile auf. „Unecht“ nach *Würtenbergers* Definition wären beispielsweise Werke der Appropriation Art.¹¹⁴ Letztlich könnte man argumentieren, dass jene Werke, die auf einen älteren Stil zurückgreifen, „echt“ sind, weil sie aufgrund der Signatur des wahren Urhebers den Betrachter nicht über die Herkunft des Werkes täuschen. Ob dies *Würtenbergers* Definition, der die beide Tatbestandsmerkmale mit „und“ verbindet, tatsächlich zulässt, kann nicht mit Sicherheit bejaht werden. Zusammenfassend ist *Würtenbergers* Definition für zahlreiche Werke der bildenden Kunst korrekt, muss aber im Zusammenhang mit modernen Entwicklungen der bildenden Kunst – aus juristischer und kunsthistorischer Sicht – zurückhaltend verwendet werden.

Goepfert definiert „unecht“ wie folgt: „Ein Kunstwerk ist unecht, wenn es von einem anderen Urheber oder aus einer anderen Stilepoche stammt, als von der jeweils das Kunstwerk begutachteten Person angenommen wird.“¹¹⁵ *Gerlach* und *Kemp* stellen zur Definition *Goepferts* fest, dass für die Bestimmung des „echten Werkes“ die Rezeption des Betrachters aus seiner jeweiligen Zeit heraus notwendig ist.¹¹⁶ Der Kritik *Gerlachs* ist zu folgen, weil nach *Goepferts* Definition jedem Werk, das aufgrund einer unvollständigen oder fehlerhaften Expertise als „nicht echt“ bezeichnet wird, Unrecht zugefügt wird.¹¹⁷

Gerlach stellt die Definitionen *Würtenbergers* und *Goepferts* einander gegenüber und bemerkt richtig, dass beide von subjektiven Kriterien ausgehen. Während *Würtenberger* in diesem Zusammenhang vom „inneren Wesen“ spricht, ist es bei

¹¹³ *Würtenberger*, Kampf gegen das Kunstfälschertum 9.

¹¹⁴ Siehe dazu Kapitel II.4.2 - Appropriation Art.

¹¹⁵ *Goepfert*, Haftungsprobleme 27.

¹¹⁶ *Kemp*, Der Betrachter ist im Bild – Kunstwissenschaft und Rezeptionsästhetik (1985) 724; *Gerlach*, Haftung 17.

¹¹⁷ *Gerlach*, Haftung 17.

Goepfert die letztlich subjektive Kenntnis des Betrachters.¹¹⁸ Gerlach entwickelt die Definitionsansätze Würtenbergers und Goepferts weiter und bringt den Begriff der „Originalität“ ein. Er definiert Originalität als die Nähe der schöpferischen Idee, sodass *„der höchste Grad der Originalität bei eigenhändigen, erstmaligen Umsetzungen des Werkes durch einen – möglicherweise namenlosen – Künstler mit den Stilmitteln seiner Zeit [ist]“*.¹¹⁹ Die von Gerlach gewählten Definitionsmerkmale sind jedoch keineswegs neu. Mit dem Definitionsmerkmal „Stilmittel seiner Zeit“ knüpft Gerlach an Goepferts und Würtenbergers Definitionsansätze an. Fraglich ist, ob in Anbetracht der Entwicklungen der zeitgenössischen Kunst, die sich durch den bewussten Verzicht auf einen typischen (Zeit)Stil auszeichnet, eine Definition, die an „Stilmittel seiner Zeit“ anknüpft, überhaupt zielführend ist.¹²⁰

Auch einem weiteren Kriterium Gerlachs, *„eigenhändige, erstmalige Umsetzung des Werkes“* als *„höchster Grad der Originalität“*, kann nicht uneingeschränkt zugestimmt werden; denn wann ein eigenhändiges Werk vorliegt, ist abhängig von der Werkgattung und der Entstehungszeit des Werkes. So wurden und werden Gemälde nicht immer von einem Künstler gestaltet, sondern arbeitsteilig, wie beispielsweise die Werkstattssysteme von Rubens oder Rembrandt zeigen. Auch bei dreidimensionalen Werken, wie beispielsweise Bronzeplastiken, wird der Guss in der Regel nicht vom Künstler selbst, sondern von einem Dritten geschaffen. Meines Erachtens kann es nicht der Zweck einer „Original“-Definition sein, dass Werke, die nach den Angaben eines Künstlers, aber nicht von diesem selbst geschaffen wurden, nicht als dessen eigenhändiges Werk und sohin nicht als Original bewertet werden. Der Definitionsansatz Gerlachs sollte daher um ein Kriterium erweitert werden: *„Der höchste Grad der Originalität [liegt] bei [der] eigenhändigen, erstmaligen Umsetzung des Werkes durch einen – möglicherweise namenlosen – Künstler mit den in seiner Zeit zur Verfügung*

¹¹⁸ Gerlach, Haftung 17.

¹¹⁹ Gerlach, Haftung 18.

¹²⁰ Die Sinnhaftigkeit, auf „Stilmittel seiner Zeit“ zu verweisen, ist jedoch zu hinterfragen, weil gerade zeitgenössische Künstler, insbesondere Künstler der Appropriation Art, nicht auf einen typischen Stil ihrer Zeit fixiert sind, sondern auf ältere Formen zurückgreifen, die eben nicht „ihrer Zeit“ entsprechen.

stehenden Stilmitteln [vor]. Die Eigenhändigkeit liegt auch dann vor, wenn das Werk nach den Wünschen und im Auftrag des Urhebers entstanden ist oder von der Verkehrssitte eigenhändigen Werken gleichgesetzt wird.“ Diese Erweiterung der Definition *Gerlachs* ist zweifelsfrei von den Tatbestandsmerkmalen der Folgerechtsrichtlinie bestimmt und ist meines Erachtens notwendig, um zahlreiche ältere und zeitgenössische Werke der bildenden Kunst nicht um ihre Original-Eigenschaft zu bringen. Auch die Änderung von „Stilmittel seiner Zeit“ zu „mit den in seiner Zeit zur Verfügung stehenden Stilmitteln“ ist notwendig, um die zuvor dargestellten Probleme zeitgenössischer Künstler, die auf ältere Stile zurückgreifen, zu lösen.

II.2 Das „Original“ aus kunsthistorischer Sicht

Der „Original“-Begriff aus der Perspektive des Kunsthistorikers geht von einem anderen Ansatz aus als jener des Juristen. Während sich der Jurist vor Einführung des § 16 b UrhG über bestimmte Schutznormen zugunsten des Urhebers an den Begriff des „Originales“ herantasten konnte, wählt der Kunsthistoriker einen anderen Weg, der in der Folge näher dargestellt werden soll:

In der Kunstgeschichte existiert bis heute keine starre, fachspezifische Begriffsdefinition, welche Werke der bildenden Kunst als „Original“ klassifiziert werden. Ausnahmen sind Fotografien und Plastiken, für die der Versuch unternommen wurde, allgemein gültige Parameter für die Klassifizierung als Original zu finden. Zum besseren Verständnis der kunsthistorischen Betrachtungsweise von „Originalen“ muss folgendes vorweggenommen werden:

- Kunsthistoriker betrachten den Begriff des „Originales“ immer in einem zeitlichen Kontext zur Entstehungszeit des Werkes. Weniger die innere, geistige Verbindung zwischen Urheber und Werk steht im Vordergrund, sondern vielmehr die Betrachtungsweise des Umfeldes jener Zeit, in der das Werk entstanden ist.
- Der „Original“-Begriff ist daher nicht abschließend definierbar und unterliegt einem stetigen Wandel.
- Allgemeine Parameter, wie beispielsweise in der Definition des § 16 b Abs 3 UrhG, werden von Kunsthistorikern nur selten verwendet (z.B. bei Gutachten im Kunsthandel).

Da die historische Betrachtungsweise für den Kunsthistoriker im Vordergrund steht, ist ein kurzer historischer Abriss über den Bedeutungswandel des Originales im Laufe der Kunstgeschichte unumgänglich.

II.2.1 Bedeutung des „Originales“ in der Kunstgeschichte – ein historischer Abriss

Der Wert des Originales unterlag im Laufe der Kunstgeschichte unterschiedlichen Beurteilungen.¹²¹ Ausgehend davon, dass Originale durch die Signatur des Urhebers gekennzeichnet werden, der das Werk geschaffen hat, muss man erhebliche Lücken im Laufe der Kunstgeschichte hinnehmen.¹²² Aus diesem Grund berücksichtigt der Kunsthistoriker die jeweilige Entstehungszeit des Werkes.¹²³

II.2.1.1 Antike

In der griechischen und römischen Antike war es üblich, dass Meister ihre Werke signierten, um so eine Verbindung zwischen Werk und Urheber herzustellen. Am florierenden Kunstmarkt der Antike war es maßgeblich, ein Werk eines bestimmten Meisters zu erwerben. Die Signatur war bereits in der Antike ein wertbildender Faktor und brachte zudem den Stolz des Künstlers über sein Werk und dessen Qualität zum Ausdruck.¹²⁴

Neben der Verbindung zwischen Objekt und Künstler war der Künstler in der Antike davon getrieben, eine möglichst große Ähnlichkeit zum Objekt, das er in seinem Kunstwerk nachahmte, zu erreichen. Dabei strebte er nicht nur nach einer naturgetreuen Wiedergabe, sondern auch nach der Wiedergabe des Pathos, d.h. das Vergängliche in seiner Schönheit bildlich festzuhalten, um es unvergänglich zu machen (so genannte „mimetike techne“).¹²⁵ *Plinius der Ältere* (23–79 n. Chr.) beschreibt in seinem Werk „*Naturalis Historia*“ dieses Streben wie folgt: „Zeuxis malte im Wettstreit mit Parrhasius so naturgetreue Trauben, dass Vögel

¹²¹ Um ein Ausufern der Arbeit zu vermeiden, wird die Entwicklung des Originales in der Kunstgeschichte nur punktuell wiedergegeben.

¹²² Wie in der Folge darzustellen ist, wurden Werke nicht in jeder Epoche signiert.

¹²³ In der Folge werden nur einige Highlights herausgegriffen, um den Rahmen der Dissertation nicht zu sprengen.

¹²⁴ *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 9 ff.

¹²⁵ *Seipel*, Original, Kopie, Fälschung, Online-Bild, in *Die Presse-Spectrum* (Ausgabe 2. 11. 2002).

herbeiflogen, um an ihnen zu picken. Daraufhin stellte Parrhasius seinem Rivalen ein Gemälde vor, auf dem ein leinener Vorhang zu sehen war. Als Zeuxis ungeduldig bat, diesen doch endlich beiseite zu schieben, um das sich vermeintlich dahinter befindliche Bild zu betrachten, hatte Parrhasius den Sieg sicher, da er es geschafft hatte, Zeuxis zu täuschen. Der Vorhang war nämlich gemalt.¹²⁶

Zusammenfassend war die Antike durch ein starkes Selbstbewusstsein der Künstler geprägt, die ihre Werke möglichst dem Modell, das sie abbildeten, anzugleichen versuchten. Sammler achteten bereits in der Antike auf berühmte Namen, da diese schon damals den Preis eines Objektes beeinflussten, sodass man auf „Originale“ aus der Hand eines berühmten Künstlers besonderen Wert legte.¹²⁷

II.2.1.2 Mittelalter

Das religiös geprägte Mittelalter verdrängte die Bedeutung des Künstlers. Im Mittelpunkt stand die Verherrlichung des christlichen Glaubens und des Schöpfergottes. Der Künstler versuchte mit seinem Werk der göttlichen Huldigung zu dienen, statt nach seiner eigenen Bekanntheit zu streben. Der Künstler war „ausführender Gehilfe“ einer höheren Idee, die der Vermittlung der Glaubenslehre an den Betrachter dienen sollte. Folglich können nur sehr wenige Werke des Mittelalters konkreten Künstlerpersönlichkeiten zugeschrieben werden. Meist handelt es sich dabei allerdings um „Notnamen“ oder „Meisterbezeichnungen“, da deren richtige Namen in den Quellen nicht erhalten sind. Aber selbst diese Fälle sind selten und mangels entsprechender Quellen unsicher.¹²⁸

¹²⁶ *Plinius*, Nat. Hist. XXXV 64.

¹²⁷ *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 9 ff, 13, 31; *Tietze*, Zur Psychologie und Ästhetik der Kunstfälschung, Zeitschrift für Ästhetik (1933) 209 (239); *Almenroth*, Kunst- und Antiquitätenfälschung – Eine strafrechtliche, kriminologische und kriminalistische Studie über Techniken der Kunstfälscher und ihrer Absatzpraktiken (1986) 6f.

¹²⁸ *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 18, 31; *Scharge*, Die Regeln der Kunst. Juristische Abenteuer um Kunst und Kultur (2009) 76 f.

II.2.1.3 Renaissance

Die Renaissance ist bekannt für ihre Begeisterung, die Antike wiederzubeleben und neu zu entdecken. Aus dieser Grundintention heraus begann man, bekannte, aber auch neu entdeckte Werke nachzuahmen oder zu kopieren (so genannte „*aemulatio*“).¹²⁹

Im Gegensatz zum heutigen Urheberrecht war während der Renaissance nur die Signatur des Künstlers geschützt. Das Werk an sich konnte beliebig oft vervielfältigt werden. Für große Künstlerpersönlichkeiten, wie *Leonardo da Vinci* oder *Michelangelo*, war es nicht notwendig, ihre Werke zu signieren, weil sie jedermann kannte.¹³⁰ Abgesehen von den großen Meistern traten die Künstler noch hinter ihrem Werk zurück, denn der Sammler beurteilte ausschließlich die Qualität des Objektes.¹³¹ Für weniger bekannte Künstler wurde es daher wieder wichtig, Werke zu signieren, um einerseits ihren eigenen Bekanntheitsgrad zu erhöhen und um andererseits einen entsprechenden Schutz zu erlangen.

II.2.1.4 Die Werkstattarbeit – Sonderfall des Originales

Obwohl Käufer zur Zeit der Renaissance primär große Namen und qualitativ hochwertige Werke sammelten, so darf nicht außer Acht gelassen werden, dass Künstler zu dieser Zeit meist nicht selbstständig arbeiteten, sondern in einen Werkstattbetrieb eingebunden waren. Hinter einem Werk stand daher nicht ein großer Meister, sondern oftmals eine Schar von Spezialisten und Gehilfen. Dies hatte insbesondere drei Gründe:

1. Ausgangsmaterialien wurden nur als Rohstoffe angekauft und mussten in der Werkstatt erst fertiggestellt werden. Pigmente und Bindemittel

¹²⁹ *Scharge*, Regeln der Kunst 77.

¹³⁰ *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 31.

¹³¹ *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 26 ff.

mussten erst zu Farbe verarbeitet und Leinwände auf Rahmen aufgezogen werden, um nur einige Beispiele zu nennen.¹³²

2. Künstler wurden damals nicht an Universitäten oder Akademien ausgebildet, sondern wurden zur Lehre in eine Werkstatt geschickt, wo sie sich nach und nach entwickelten und ihre Ausbildung erhielten.¹³³ Autodidakten waren die Minderheit.
3. Auch die Aufträge an sich waren oftmals nicht dazu angetan, von einer Person alleine bewältigt zu werden, sondern benötigten die Unterstützung durch mehrere Hilfskräfte.¹³⁴ Große Fresken, wie man sie z.B. in den vatikanischen Museen kennt, sind schon aus technischen Gründen von einer Einzelperson nicht zu bewältigen.

Die großen Niederländer *Rembrandt* und *Rubens* brachten das Werkstattssystem durch gezielte Arbeitsteilung zur Blüte. Anhand der unterschiedlichen Preise war ersichtlich, ob ein Werk vom Meister selbst stammte (Konzept und Ausführung) oder nur das Konzept und die Signatur vom Meister stammten, während die Ausführung einem Schüler bzw. Werkstattmitglied überlassen wurde (so genannte „Werkstattwerke“).¹³⁵ Signiert wurde jedoch auch ein solches Werk immer vom Meister selbst.¹³⁶ Manchmal erlangten Schüler des Meisters eine derartige Perfektion (wie beispielsweise *Van Dyck*), dass die Werke des Schülers bzw. der Werkstatt kaum noch von jenen des Meisters unterschieden werden konnten.

Neben dem Werkstattphänomen muss eine andere Tatsache berücksichtigt werden: Seit der Antike war es üblich, nicht nur die Natur, sondern auch bestehende Kunstwerke zu kopieren, um das Handwerk zu erlernen. Diese bewusst gefertigten (Lehr)Kopien dürfen nicht als Fälschung im eigentlichen Sinn

¹³² *Westermann*, Von Rembrandt zu Vermeer (1996) 31.

¹³³ *Westermann*, Von Rembrandt zu Vermeer (1996) 30 f.

¹³⁴ *Westermann*, Von Rembrandt zu Vermeer (1996) 31.

¹³⁵ *Westermann*, Von Rembrandt zu Vermeer (1996) 31.

¹³⁶ Nach den Regeln der St Lucas Gilde konnte der Meister ein „Gemeinschaftswerk“ unter seinem eigenen Namen verkaufen. Mehr dazu bei *Westermann*, Von Rembrandt zu Vermeer (1996) 31; *Scharge*, Regeln der Kunst 77.

bezeichnet werden, weil diese nicht in betrügerischer Absicht – zur Täuschung eines Dritten und zur Erlangung eines Vermögensvorteiles – hergestellt wurden, sondern zu Übungszwecken, um die Fingerfertigkeit zu erlernen und zu verbessern.¹³⁷

Zusammenfassend ist die Bedeutung des Originalen in der Kunstgeschichte immer im Kontext der Entstehungszeit zu bewerten.

II.2.2 **Wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem „Original“- Begriff**

Bereits aus dem 17. und 18. Jahrhundert sind erste philosophische und kunsttheoretische Schriften zum Begriff des „Originalen“ überliefert. Als Beispiel ist hier *Youngs* „Gedanken über die Originalwerke“ (1760) herauszugreifen. Nach *Young* schafft das Genie ein Original nicht aufgrund dessen besonderer Kenntnis über Kunstregeln, sondern durch instinktive Eingebung.¹³⁸ *Young* stellt sohin nicht das handwerkliche Geschick des Künstlers, sondern die Idee des Künstlers in den Vordergrund.¹³⁹

Friedländer greift hingegen den handwerklichen Aspekt stärker auf und definiert „Original“ als Gegensatz zu Kopie und Nachahmung.¹⁴⁰ *Friedländer* setzt bei seiner Beschreibung des Originalen an Formalkriterien an: So ist ein Original ein vom Künstler erfundenes, einmaliges Objekt, das im Idealfall von diesem signiert wurde oder durch Quellen einem Künstler zugeschrieben werden kann.¹⁴¹ „Original“ setzt sich sohin aus einer moralischen und einer handwerklichen Komponente zusammen.¹⁴²

¹³⁷ *Scharge*, Regeln der Kunst 77.

¹³⁸ *Young*, Gedanken über die Originalwerke in einem Schreiben an Samuel Richardson (1910) 9.

¹³⁹ Dieser Ansatz, dass die Idee im Vordergrund steht, spiegelt sich noch heute im österreichischen UrhG wider.

¹⁴⁰ *Friedländer*, Echt und Unecht. Aus den Erfahrungen des Kunstkenners (1929) 48.

¹⁴¹ *Friedländer*, Echt und Unecht 47–50.

¹⁴² *Römer*, Kunstwissenschaft und Populismus (2006) 356.

Vergleichbar ist die „Original“-Definition *Friedländers* mit jener von *Arnaus*, die sich aus moralischen und handwerklichen Aspekten zusammensetzt. Ein Original wird nach der Ansicht *Arnaus* von vier Voraussetzungen getragen: (1) die Erzeugung des Objektes durch ein Sujet, (2) die künstlerische Idee als Verbindung zwischen Schöpfung und Geist, (3) die Einmaligkeit ihrer Form und (4) die künstlerische Intention.¹⁴³

Schließlich geht *Römer* am Ende des 20. Jahrhunderts davon aus, dass man das Ende der Originalmoral bereits erreicht hat: *„Die Urteile über Original und Fälschung stellen sich als ideologische Rhetorik des herrschenden Wertesystems der Kultur dar, wenn sie auf einer ontologischen Originalbehauptung basieren. Diese Urteile sind von den zeitspezifischen moralisch-ethischen und juristischen Vorstellungen der Gesellschaft getragen: Nicht nur das Kunstwerk selbst, sondern auch die Rede über die Kunst mit ihren implizierten kulturellen Wertmaßstäben entscheiden darüber, was echt oder falsch ist. [...] erscheint die Epoche der Originalmoral endgültig überholt.“*¹⁴⁴ Als Beispiele für das Ende der „Original-Epoche“ nennt *Römer* die immer besser werdenden Reproduktionsmöglichkeiten von Werken der bildenden Kunst und nicht zuletzt die immer häufiger am Kunstmarkt angebotenen „legalen“ Kopien.^{145,146}

Die Gegenüberstellung dieser wissenschaftlichen Definitionsansätze zeigt, dass der Begriff des Originalen äußerst vielschichtig ist und neben handwerklichen auch aus moralischen Aspekten besteht.¹⁴⁷ Beide Aspekte sind stark von Zeitgeist und sozialen Entwicklungen geprägt, wie die Entwicklung der Kunst im 20. Jahrhundert besonders deutlich zeigt.

¹⁴³ *Arnau*, Kunst der Fälscher – Fälscher der Kunst, 3000 Jahre Betrug mit Antiquitäten (1961) 402 f.

¹⁴⁴ *Römer*, Kunstwissenschaft und Populismus 361 f.

¹⁴⁵ Unter anderem: Konrad Kujaus Galerie für Fälschungen, Stuttgart; Auktionshaus Christie’ – Amsterdam Copies after Old Master Pictures, o.O., 1997; „Fälschermuseum“ Wien; Le Musée imaginaire, Zug.

¹⁴⁶ *Römer*, Kunstwissenschaft und Populismus 361.

¹⁴⁷ Die Betrachtung eines Werkes in seinem historischen Kontext ist für die Beurteilung als Original unumgänglich.

II.2.2.1 Die Entwicklung im 20. Jahrhundert – das Ende der Original-Epoche?

Seit den 60er- und 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts sind die Begriffe „Original“ und „Fälschung“ einem schrittweisen Wandel unterworfen. Diese Bedeutungsverschiebung erfolgte in mehreren Schritten und wurde von *Panofsky* als „gute Reproduktion“ bezeichnet.¹⁴⁸ Neben der Verbesserung der Reproduktionsmethoden war die Einführung des Ready Made, und damit das Ende der mimetischen Nachahmung in der Kunst, ein wichtiger Wegbereiter für diese Entwicklung. Zu den weiteren Schritten hin zu einer wesentlichen Bedeutungsverschiebung zählen die Künstler der Pop-Art, die einfache Bilder und Motive in den Mittelpunkt rückten, sowie die klassischen Serien der Minimal Art.¹⁴⁹ Aber nicht nur Objekte an sich wurden in einem neuen Kontext verwendet, auch die Art und Weise, wie Kunst dem Betrachter präsentiert wird, wurde neu definiert, sodass es zu einer Enthierarchisierung des Präsentationsraumes kam. Last but not least begannen Vertreter der Appropriation Art berühmte Werke zu kopieren, diese aber mit dem eigenen Namen zu signieren.

Parallelen zu dieser Entwicklung in der Kunst sind in der Philosophie erkennbar. Appropriation Art und den zeitgleichen philosophischen Strömungen ist gemein, dass sie als Ausgangspunkt ihres Denkens meist ein platonisches Modell verwendeten, d.h. ein imaginiertes Vorbild als Ideal oder Original. *Goodman* unterscheidet daher – aufbauend auf *Platons* Lehre – zwischen „Abbild“ und „Trugbild“. Während sich ein „Abbild“ durch die Ähnlichkeit zur Idee manifestiert, ist das „Trugbild“ von einer grundsätzlichen Ungleichheit geprägt.¹⁵⁰ Ging *Platon* noch von der Unterscheidung zwischen dem Wesen, der Erscheinung/Urbild und dem Abbild aus, wird die Frage heute in den Bereich der Repräsentation verlagert. So erkennt man im Trugbild eine positive Macht, die dem Original, dem Abbild oder der Reproduktion nicht eigen ist.¹⁵¹ *Deleuze* formuliert daraus die Negierung der Dichotomie von Original und Fälschung

¹⁴⁸ *Römer*, Künstlerische Strategien des FAKE – Kritik von Original und Fälschung (2001) 268 f.

¹⁴⁹ *Römer*, Künstlerische Strategien 268 f.

¹⁵⁰ *Römer*, Künstlerische Strategien 270 f.

¹⁵¹ *Deleuze*, Platon und das Trugbild, in *Logik des Sinns. Aesthetica* (1993) 320.

sowie die ihr implizite hierarchisierende Betrachterfunktion. Aus seinen Überlegungen heraus entwickelte sich eine der entscheidenden Begriffsverschiebungen: Das Bild des Fake ist gegenüber seinem idealen Vorbild gleichwertig. Damit entfiel die Hierarchisierung zwischen dem Original und der Fälschung.¹⁵²

Die Vertreter der Appropriation Art, die dieses Ende der Hierarchisierung zwischen Original und Fälschung am deutlichsten verkörpern, haben verschiedene Zugänge zur Umsetzung dieser Idee gefunden. Einerseits über das Objekt, andererseits durch die Ironie der Präsentationstechnik, sodass die Täuschung auf den ersten Blick nicht am Objekt, sondern durch das Vortäuschen eines bestimmten Umfeldes erfolgt.

Die bekannteste Variante der Appropriation Art ist die Reproduktion auf Grundlage eines real existierenden Werkes, das aber mit dem eigenen Namen signiert wird. *Elaine Sturtevant*, eine bekannte Vertreterin der Appropriation Art, kopierte beispielsweise Werke *Andy Warhols* und signierte sie mit ihrem eigenen Namen, um sie anschließend als „echte Sturtevents“ in einer Galerie zu präsentieren.

Andere Künstler gingen dazu über, auf Kunstwerke, die Voraussetzung für die Herstellung einer Fälschung sind, zu verzichten und ein Umfeld zu schaffen, das ein Objekt zu einem Kunstwerk hochstilisiert, obwohl es kein Kunstwerk ist. Nicht mehr das Objekt selbst löst die Täuschung aus, sondern die künstlich geschaffene Atmosphäre spielt dem Betrachter eine Umgebung vor, die ihn annehmen lässt, er sei in einem Museum. Sie greifen damit ein Phänomen auf, das bereits *Marcel Duchamp* zu nutzen wusste, als er Alltagsgegenstände gleich einem Kunstwerk zur Schau stellte (z.B. *Pissoir*, *Flaschentrockner*). Ein Beispiel dafür ist das Projekt „Fluggesellschaft: *Ingold Airlines*“ (Installation Heliport, 1982 in Berlin, Künstlerprojekt „Büro Berlin“).¹⁵³ *Römer* beschreibt die Idee hinter diesem Projekt wie folgt: „Die künstlerische Taktik von *Ingold Airlines* ist

¹⁵² *Römer*, *Künstlerische Strategien* 271.

¹⁵³ *Römer*, *Künstlerische Strategien* 240.

die Täuschung, wie eine echte Fluggesellschaft zu erscheinen, sich jedoch einer konventionellen Produktion und Dienstleistung zu verweigern: eine Fälschung ohne Original, denn es gibt kein exaktes ‚Vor‘-Bild, das in betrügerischer Absicht gefälscht worden wäre.“¹⁵⁴ Erklärend führt er dazu aus: „Das traditionelle Kunstobjekt wird durch ein Symbolsystem ersetzt, das die gesellschaftliche Funktion über die werterzeugenden Austauschprozesse oder das Kommunikationsverhältnis zwischen dem künstlerischen Feld und dem ökonomischen Bereich bezeichnet.“¹⁵⁵

Aufbauend auf den Werken der Appropriation Art Anfang der 70er-Jahre entwickelte sich in den 80er-Jahren des 20. Jahrhunderts die „Fake“-Thematik wesentlich weiter. „Fake“ ist nun nicht mehr ein Original-Ersatz, sondern nimmt einen eigenständigen Platz ein. Der Fälschung wurde sohin der moralisch negative Beigeschmack genommen und näher an das Original herangerückt. Ein Beispiel dafür ist „The Museum of Jurassic Technology“. In dieser Form der „Wunderkammer“ wird gerade nicht mit falschen Objekten oder einer falschen Institution gearbeitet. Allerdings ist nicht nachweisbar, ob die im „Museum of Jurassic Technology“ zur Schau gestellten Objekte tatsächlich „echt“ sind. Im Gegensatz zur herkömmlichen Fälschung, die auf der Täuschung des Dritten aufbaut, wird weder das Museum oder der potenzielle Käufer, sondern der Betrachter vom Fake getäuscht. Diese Täuschung muss aber nicht dem Grunde nach negativ dotiert sein. Die neue Form der Wunderkammer bildet das institutionelle Umfeld für die Fälschung und legitimiert seine eigene Funktion gleichzeitig damit, dass die Fälschung nicht sofort für jeden erkennbar ist.¹⁵⁶ Die Täuschung wird zum Selbstzweck der Wahrnehmung.¹⁵⁷

Zusammenfassend führte die ironische Auseinandersetzung zahlreicher Künstler mit dem traditionellen Originalbegriff in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu einem neuen „Original“-Verständnis. „Fake“ und „Fälschung“ sind moralisch

¹⁵⁴ Römer, Künstlerische Strategien 243.

¹⁵⁵ Römer, Künstlerische Strategien 243.

¹⁵⁶ Römer, Künstlerische Strategien 257 f.

¹⁵⁷ Römer, Künstlerische Strategien 249.

auf der gleichen Ebene mit dem Original angesiedelt und sind letztlich in der Lage, dieses zu ersetzen.

II.2.3 Versuch einer „Original“-Definition für Plastik und Fotografie

Trotz des historischen Wandels der Begriffsbedeutung wurden immer wieder Versuche unternommen, „Original“-Definitionen zumindest für einzelne Untergruppen der bildenden Kunst zu entwickeln. Auffallend ist dabei, dass sich diese Definitionsversuche auf Werkgruppen beziehen, deren Werke aus mehr als einem Exemplar bestehen, wie beispielsweise Plastik oder Fotografie. Der Grund dafür liegt meines Erachtens darin, dass gerade diese Gattungen fälschungsanfälliger sind als beispielsweise Gemälde, die in der Regel nur aus einem Werkstück bestehen. Das Bedürfnis des Käufers nach klaren Strukturen und Definitionen ist höher als bei Gattungen, die im Regelfall aus einem Werkstück bestehen.

II.2.3.1 Plastik

Gemäß dem bisher Gesagten liegt eine Originalplastik dann vor, wenn die folgenden Kriterien erfüllt sind:

- Der Guss erfolgt von einem Modell, das vom Künstler selbst geschaffen wurde. Dieses Modell soll ausschließlich zum Zweck des Gusses dienen. Das Modell findet daher erst im Guss seine endgültige Verkörperung.
- Selbst wenn der Künstler den Guss nicht selbst durchführt, so muss dieser unter der Aufsicht des Künstlers oder unter dessen exakter Anweisung hergestellt werden.¹⁵⁸

Aus der Perspektive des Kunsthistorikers ist gerade der erste Teil der Definition nicht befriedigend, weil das Modell für den Guss nicht zwingend vom Künstler

¹⁵⁸ Goepfert, Haftungsprobleme 73.

stammen muss, sondern von der ausführenden Werkstatt auf Grundlage der Skizzen und Angaben des Urhebers gefertigt werden kann. Aufgrund der Definition des § 16 b UrhG kann, auch aus juristischer Sicht, auf derartige Definitionen verzichtet werden, weil nicht nur vom Urheber selbst oder unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellte Werke als „Original“ bezeichnet werden, sondern auch in jenen Fällen, in denen sie durch seine Signatur (oder andere geeignete Weise) autorisiert wurden. Im Zweifel kann auf die Verkehrssitte abgestellt werden. Zusammenfassend sind die oben genannten Definitionen seit Einführung des § 16 b UrhG verzichtbar, weil die weitere Definition des UrhG den Bedürfnissen des Künstlers stärker entspricht.

II.2.3.2 Fotografie

Auch im Bereich der Fotografie wurden bereits Versuche zur Begriffsbestimmung des Originalen unternommen. *Misani* und *Gruber*¹⁵⁹ teilen Positiv-Abzüge in sechs Kategorien ein. Ausgangspunkt ihrer Überlegungen sind die verschiedenen Herstellungsformen von Positiv-Abzügen:

- Kategorie 1: Fotografien, die der Fotograf selbst von seinem Originalnegativ zur Zeit der Entstehung dieses Negatives oder kurz danach angefertigt hat (sog „vintage prints“).
- Kategorie 2: Fotografien, die der Fotograf wesentlich später von einem Originalnegativ herstellt.
- Kategorie 3: Fotografien, die ein Dritter unter Aufsicht des Künstlers herstellt.
- Kategorie 4: Fotografien, die nach dem Tod des Fotografen von (autorisierten) Personen vom Originalnegativ abgezogen wurden („reprints“, „vintage prints“¹⁶⁰).

¹⁵⁹ Print letter 1, Jan./Feb. 1976, 1.

¹⁶⁰ Missverständlich ist die Verwendung „vintage print“ für Kategorie 1, da auch die unter Kategorie 4 genannten Fotografien in der kunsthistorischen Praxis als „vintage print“ bezeichnet werden.

- Kategorie 5: Fotografien, die im Auftrag oder im Wissen des Künstlers gewerbsmäßig von einem Labor hergestellt werden.
- Kategorie 6: Fotografische Reproduktionen, die vom Fotografen oder einem von ihm Beauftragten unter Verwendung eines Inter-Negatives von einer Original-Fotografie hergestellt werden.

Gruber und *Misani* vertreten die Ansicht, dass Positiv-Abzüge der Kategorien 1 und 2 Originale sind und keiner Signatur des Fotografen bedürfen. Alle weiteren Kategorien sind nur dann als Originale zu bezeichnen, wenn sie vom Künstler signiert wurden oder ausdrücklich als „Original“ bezeichnet werden.¹⁶¹ Es ist der Kritik *Goepferts* zu folgen, dass diese „Original“-Einteilung in der Praxis, insbesondere am Kunstmarkt, nicht zielführend ist. Gerade in den Kategorien 3 – 6 ist Betrügnern und Fälschern damit Tür und Tor geöffnet.¹⁶²

II.2.3.3 Druck

Für Drucke besteht am Kunstmarkt ein weitgehend einheitlicher internationaler Standard. Die Internationale Vereinigung der bildenden Künste (IAA/AIAP) fasste bereits 1960 folgenden Beschluss zur Originaleigenschaft von Drucken:

1. Es ist das ausschließliche Recht des Künstlerdruckers, die definitive Auflagenzahl jedes seiner graphischen Werke in den verschiedenen Techniken, wie Kupferstich, Lithographie etc. festzulegen.
2. Jeder Druck muss, um als Original betrachtet zu werden, nicht nur die Signatur des Künstlers tragen, sondern auch eine Angabe hinsichtlich der Gesamtauflage und der Seriennummer des einzelnen Drucks aufweisen. Auch soll der Künstler angeben, ob er selber den Druck ausgeführt hat.
3. Die oben genannten Prinzipien beziehen sich auf graphische Arbeiten, das heißt Drucke, für welche der Künstler die Originalplatte herstellte, den Holzblock schnitt, den Stein oder ein entsprechendes anderes Material

¹⁶¹ Print letter 1, Jänner/Februar 1976, 1.

¹⁶² *Goepfert*, Haftungsprobleme 74.

bearbeitete. Jene Werke, die diese Bedingungen nicht erfüllen, müssen als Reproduktion angesehen werden.¹⁶³

Diese Definition wurde jedoch von der herrschenden kunsthistorischen Lehre abgelehnt, weil man davon ausging, dass die eigenhändige Bearbeitung der Druckform durch den Künstler primäre und unabdingbare Voraussetzung für das Vorliegen einer Originaldruckgrafik ist.¹⁶⁴ Die Erfüllung weiterer Voraussetzungen wäre daher nicht mehr notwendig.

Auffallend ist die Nähe der IAA/AIAP-Kriterien zum österreichischen Urheberrecht. So geht § 12 Abs 1 UrhG davon aus, dass derjenige Urheber eines Werkes ist, der als solcher auf dem Werk genannt wird. § 20 Abs 2 und 3 UrhG überlässt es der Entscheidung des Urhebers, ob er sein Werk signiert und vermerkt, dass es sich um eine Bearbeitung oder ein Vervielfältigungsstück handelt. Sowohl UrhG als auch IAA/AIAP-Kriterien knüpfen an der Signatur des Künstlers und an weiterführenden Angaben (Bearbeitung, Reprint usw.) an. Letztlich ist die Definition des § 16 b UrhG wieder weiter, sodass Werke, die nicht alle IAA/AIAP-Kriterien erfüllen, als Originale bezeichnet werden können.

¹⁶³ Koschatzky, Die Kunst der Graphik (1973) 32; Bachler/Dünnbier, Bruckmanns Handbuch der modernen Druckgrafik (1973) 118 f; Goepfert, Haftungsprobleme 63.

¹⁶⁴ Vergleich ua Brunner, Handbuch der Druckgrafik (1962) 9 ff, 274 ff; Sottriffer, Die Druckgraphik – Entwicklung, Technik, Eigenart (1966) 135 ff.

II.3 Gesamtbetrachtung – Original aus juristischer und kunsthistorischer Sicht

Beide Wissenschaften bezeichnen jene Kunstwerke als Original, bei denen es möglich ist, eine zweifelsfreie Verbindung zwischen Urheber und Werk herzustellen. Dabei ist nicht nur der Konnex zwischen dem Urheber und seinem Werk, sondern auch zwischen dem Werk und der Einstellung des Betrachters zu dem Objekt zu beachten. Letztlich kann ein Original von der Fälschung gerade durch den inneren Zugang zum Werk unterschieden werden. Den Drang nach dem Ursprünglichen verspüren Künstler und Sammler in gleicher Weise. *Emil Nolde* versuchte dies wie folgt zu beschreiben: *„Ich möchte so gerne, dass meine Bilder mehr sind, keine zufällige schöne Unterhaltung, nein, dass sie heben und bewegen und dem Beschauer einen Vollklang vom Leben und menschlichen Sein geben. Die Urmenschen leben in ihrer Natur, sind eins mit ihr und Teil vom ganzen All ... Ich male und zeichne und suche einiges vom Urwesen festzuhalten. Die künstlerischen Erzeugnisse der Naturvölker sind ein letztes Überbleibsel einer Urkunst ...“*¹⁶⁵

Neben der emotionalen Nähe zwischen Original und Urheber kann die Original-Eigenschaft auch am Herstellungsprozess und dem Anteil Dritter an deren Produktion festgemacht werden. Das Original muss aus der Hand oder zumindest unter Mitwirkung bzw. im Auftrag des Urhebers entstanden sein, um als Original bezeichnet werden zu können. Dieser Aspekt spielt auch in der Originaldefinition der Folgerechtsrichtlinie eine entscheidende Rolle. Mit ihrer Einführung wurde erstmals eine Begriffsdefinition des Originalkunstwerkes in die österreichische Rechtsordnung eingeführt. Wie weit diese von der Praxis aufgegriffen wird, kann derzeit mangels Judikatur noch nicht genau gesagt werden. Meines Erachtens wird diese Definition sowohl bei Juristen als auch bei Kunsthistorikern auf große Akzeptanz stoßen, weil sie der Verkehrssitte entspricht und durch die weite Formulierung auch Werken der zeitgenössischen Kunst entsprechenden Schutz bietet.

¹⁶⁵ Hess, Dokumente zum Verständnis der modernen Malerei (1988) 68.

II.4 Die „Fälschung“ aus juristischer Sicht

Soweit ersichtlich, findet sich in der österreichischen Rechtsordnung keine Legaldefinition von „Kunstfälschung“.¹⁶⁶ Ansatzpunkt ist daher – wie auch für den „Original“-Begriff – der Rechtsschutz des Urheberrechts.

Eine Fälschung setzt aus juristischer Sicht zunächst ein urheberrechtlich geschütztes Original voraus. Freie Werke oder Objekte, deren 70-jährige Schutzfrist bereits abgelaufen ist, sowie jene, die durch den Urheber oder sonstige Berechtigte nicht autorisiert wurden, fallen daher nicht in die Kategorie der möglichen „Fälschungsoffer“. Fälschungen setzen neben dem objektiven Tatbestandsmerkmal der nicht autorisierten Kopie eines urheberrechtlich geschützten Werkes das subjektive Tatbestandsmerkmal der Täuschungsabsicht voraus. Eine Fälschung liegt daher vor, wenn ein unechter Gegenstand hergestellt oder ein echter Gegenstand dermaßen verändert wurde, dass er zur Täuschung¹⁶⁷ im Rechtsverkehr eingesetzt werden kann.¹⁶⁸ Das Herstellen einer Fälschung an sich reicht jedoch nicht aus, vielmehr muss die Fälschung in die Rechtssphäre Dritter eindringen.¹⁶⁹ Zudem muss die Fälschung dem Dritten als „Original“ präsentiert werden. Es kommt also nicht auf die Fälschungsabsicht im Herstellungszeitpunkt an, sondern vielmehr auf die Tatsache, dass eine Fälschung unter der Bezeichnung „Original“ in den rechtsgeschäftlichen Verkehr gelangt.¹⁷⁰ Nicht zuletzt muss die Fälschung objektiv geeignet sein, den Durchschnittsbetrachter darüber im Unklaren zu lassen, dass es sich nicht um das Original handelt, das sich dieser erwartet hätte.

¹⁶⁶ Auch in der deutschen Rechtsordnung ist der Begriff „Fälschung“ nicht definiert. Vgl dazu *Pietzcker*, Zum Rechtsschutz gegen Kunstfälschungen, GRUR 1997, 414.

¹⁶⁷ Vgl dazu auch *Sandmann*, Die Strafbarkeit der Kunstfälschung (2004) 19 ff. *Sandmann* nimmt das Tatbestandsmerkmal der Täuschungsabsicht als Verbindungsglied zwischen Kunstfälschung und Urkundenfälschung.

¹⁶⁸ Vgl ähnlich auch *Cramer*, Die Behandlung der Kunstfälschung im Privatrecht (2004) 4; *Diggelmann*, Die Fälschung von Sammlungsobjekten und die strafrechtliche Bekämpfung derselben (1916) 58; *Goepfert*, Haftungsprobleme 28.

¹⁶⁹ Dies ist notwendig, um das akademische Kopieren, d.h. das Anfertigen von Kopien zu Übungszwecken, nicht per se strafbar zu machen.

¹⁷⁰ *Walter*, Urheberrecht I Rz 917; *ders* in *Reichelt* (Hrsg), Original und Fälschung (2007) 97f: „Eine Fälschung liegt immer dann vor, wenn ein Produkt den Anschein erwecken soll, von einem bestimmten Urheber zu stammen, der in Wahrheit nicht dessen Schöpfer ist.“

Dies ist absolut notwendig, um das akademische Kopieren, d.h. das Anfertigen von Kopien zu Übungszwecken, nicht per se strafbar zu machen.¹⁷¹

Württemberg fasst diese Elemente zusammen und definiert „Kunstfälschung“ wie folgt: „Kunstfälschung ist jede in Täuschungsabsicht vorgenommene Anfertigung eines Erzeugnisses der bildenden Kunst oder des Kunstgewerbes“.¹⁷² Auffallend ist, dass *Württemberg*, wie oben dargestellt, auf das Tatbestandsmerkmal des Eintrittes in die Sphäre des Dritten, der die Fälschung für ein Original hält, verzichtet („Originalwunsch“). Meines Erachtens ist der Definitionsansatz richtig, müsste aber um den Eintritt in die Sphäre des Dritten und den „Originalwunsch“ erweitert werden.

II.4.1 Definition der „Kunstfälschung“ durch die Umkehrung des § 16 b Abs 3 UrhG

Auch die Umkehrung der Originaldefinition des § 16 b UrhG kann zur Ableitung einer Fälschungsdefinition herangezogen werden. Eine Kunstfälschung liegt daher vor, wenn ein Werk der bildenden Kunst

- nicht vom Urheber selbst geschaffen wurde;
- weder vom Urheber selbst noch unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt und in der Regel nummeriert sowie vom Urheber signiert oder auf andere geeignete Weise autorisiert ist;
- oder sonst als Fälschung angesehen wird.

Die Umkehrung der § 16 b UrhG-Definition ist jedoch nicht ausreichend, weil die Herstellung einer Fälschung alleine, ohne dass diese Dritten als „Original“ zur

¹⁷¹ Eine seit der Antike geübte Praxis beim Erlernen von bestimmten Techniken.

¹⁷² *Württemberg*, Kampf gegen das Kunstfälschertum 2; *Bullinger*, Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht (1997) 8 ff; *Assmann/Faißner/Oberchristl* in *Etzlstorfer/Katzinger/Winkler* (Hrsg), echt_falsch. Will die Welt betrogen sein? (2003) 122 f.

Kenntnis gelangt, nicht ausreicht. Daher müssen folgende Tatbestandsmerkmale ergänzt werden:

- Die Fälschung muss einen anderen als den tatsächlichen Urheber nennen,
- und dem Dritten als „Original“ in Täuschungsabsicht zur Kenntnis gebracht werden.

Damit wird deutlich, dass eine Fälschungsdefinition im Gegensatz zur Originaldefinition neben objektiven auch subjektive Tatbestandsmerkmale enthalten muss.

II.4.2 Appropriation Art – bildende Kunst in der Grauzone?

Nicht alle Kunstwerke lassen sich problemlos unter die zuvor hergeleitete Fälschungsdefinition subsumieren. Zum Thema „Original aus kunsthistorischer Sicht“ wurde bereits die Sonderstellung der Appropriation Art betont. Auch aus juristischer Sicht sind diese Werke beachtenswert, weil sich die Frage aufdrängt, ob Werke der Appropriation Art Fälschungen sind.

Elaine Sturtevant begann, Werke, wie beispielsweise jene *Andy Warhols*, exakt zu kopieren. Sie verwendete aber anstelle der Signatur des Originalurhebers ihre eigene Signatur und stellte die Werke in einer Galerie unter ihrem eigenen Namen aus.¹⁷³ Stil, Farbe, Technik, Format und Bildträger stimmten jedoch exakt mit dem Vorbild überein.

Aus juristischer Sicht ist die Arbeit *Sturtevant's* zunächst fragwürdig. *Sturtevant* vervielfältigt urheberrechtlich geschützte Werke, ohne dazu vom Urheber oder berechtigten Dritten dazu autorisiert zu sein und stellt diese unter eigenem Namen in einer Galerie aus, sodass ihre Werke Dritten zugänglich sind. Sie erfüllt – bis auf die Signatur – alle Voraussetzungen, die zuvor als Merkmale einer

¹⁷³ Vgl. *Bill Arning* im Gespräch mit *Elaine Sturtevant*, in: dies, Württembergischer Kunstverein, Stuttgart, 1992, 10; *Römer*, Künstlerische Strategien 27.

Kunstfälschung identifiziert wurden. *Sturtevant* erfüllt jedoch nicht das subjektive Tatbestandsmerkmal der Täuschungsabsicht, weil sie ihre Bilder als „Original *Sturtevants*“ und nicht als Originale *Warhols* ausstellt.

Unabhängig von ihrer Bedeutung für die Entwicklung der Kunst stellt sich aus juristischer Sicht die Frage, wie die Arbeiten der Appropriation Art zu bewerten sind. Gerade *Sturtevants* Bilder, die sich fast fotografisch exakt am Original orientieren, sind wohl schwer als Neuschöpfung im Sinne des § 14 Abs 2 UrhG zu bewerten. Bei den Werken der Appropriation Art kollidieren die Schutzinteressen des Originalurhebers mit jenen des Appropriation Art-Künstlers, dessen Interessen, insbesondere die Weiterentwicklung der Kunst, ebenfalls schützenswert sind.¹⁷⁴ *Hauer* formulierte diese verfassungsrechtliche Problematik wie folgt: „Die Übernahme und Weiterentwicklung fremder Arbeitsergebnisse ist ausdrückliches Stilmittel und soll aus Sicht der Proponenten als eigene Schaffens- und Kunstform etabliert werden.“¹⁷⁵ Beiden Urhebern kommt also verfassungsrechtlicher Schutz zu: Der Urheber des Originalwerkes kann seine Interessen auf den verfassungsrechtlichen Eigentums- und Persönlichkeitsschutz stützen, der Schöpfer der Nachahmung seine auf sein Grundrecht der Kunst- und Kommunikationsfreiheit.¹⁷⁶ Wie unter Punkt II.1.1 näher beschrieben, gewährt Art 17 a StGG dem Urheber gegenüber dem Staat ein vorbehaltloses Grundrecht auf die Freiheit der Kunst. Einschränkungen ergeben sich nur aus den immanenten Schranken, d.h. der Bindung des Künstlers an die Rechtsordnung.¹⁷⁷ So ist jeder Künstler, trotz des Grundrechtes auf Freiheit der Kunst, an die allgemeinen Normen des Zivil- und Strafrechtes gebunden. Im Fall der Appropriation Art sind daher die durch das Urheberrecht zivilrechtlich und strafrechtlich geschützten Interessen des Originalurhebers auf Freiheit der Kunst mit dem Interesse des Appropriation Artist abzuwägen.¹⁷⁸ Rechtlich schwieriger ist die verfassungsrechtliche Komponente: Originalurheber und Künstler der

¹⁷⁴ Vgl dazu auch *Kucsko-Stadlmayer* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 659 f.

¹⁷⁵ *Hauer* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 117 f.

¹⁷⁶ *Anderl/Schmid*, Appropriation Art – Im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit, *ecolex* 2009, 49.

¹⁷⁷ VfGH B 44/84 VfSlg 10.401.

¹⁷⁸ Vgl dazu *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 930 ff.

Appropriation Art können sich auf das gleiche Grundrecht – die Freiheit der Kunst – berufen, sodass sich letztlich eine Pattstellung ergibt. Wie *Anderl* und *Schmid* richtig feststellten, kann sich der Appropriation Artist neben dem Grundrecht auf Kunstfreiheit auch auf die Freiheit der Meinungsäußerung stützen.¹⁷⁹

Aus urheberrechtlicher Sicht sind die Werke *Sturtevant's* zunächst unter dem Aspekt der Bearbeitungen (§ 5 Abs 1 UrhG) zu betrachten. Bearbeitungen lassen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung den Nukleus des Originalwerkes unberührt, geben dem Originalwerk jedoch eine neue äußere Gestalt, sodass eine eigentümliche geistige Schöpfung entsteht.¹⁸⁰ *Sturtevant's* Bilder sind äußerlich mit jenen des Originales ident und daher keine Bearbeitung. Wären *Sturtevant's* Bilder Bearbeitungen im Sinne des § 5 Abs 1 UrhG, so würden sie, wie das Original selbst, urheberrechtlichen Schutz genießen. Eine Verwertung der Bearbeitung wäre jedoch nur mit der Zustimmung des Originalurhebers zulässig (§ 14 Abs 3 UrhG). Doch auch diese liegt im Falle *Sturtevant's* nicht vor.¹⁸¹

Anderl und *Schmid* vertreten die Ansicht, dass es sich bei Werken der Appropriation Art um freie Nachschöpfungen im Sinne des § 5 Abs 2 UrhG handelt.¹⁸² Freie Nachschöpfungen liegen vor, wenn das Ausgangswerk der Neuschöpfung als Anregung und damit als Ausgangspunkt für eine eigenständige geistige Schöpfung dient.¹⁸³ Das Original wird im Fall der Neuschöpfung wohl benutzt, tritt aber vollständig in den Hintergrund.¹⁸⁴ Eine Zustimmung zur Verwertung durch den Originalurheber ist im Fall der freien Neuschöpfung nicht

¹⁷⁹ *Anderl/Schmid*, Appropriation Art – Im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit, *ecolex* 2009, 49 (51).

¹⁸⁰ *Schumacher* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) § 5 Punkt 2.; *Anderl* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) § 15 Punkt 2.2; *Ciresa*, *Urheberwissen leicht gemacht: Wie nütze und schütze ich geistiges Eigentum?* (2003) 78.

¹⁸¹ OGH 17.12.2002, 4 Ob 274/02 a, *Felsritzbild*, MR 2003, 162; es ist gerade die Intention der Appropriation Artists keine Zustimmung einzuholen, weil dies der gesellschaftskritischen Komponente ihrer Werke abträglich wäre. Siehe dazu auch *Anderl/Schmid*, Appropriation Art – Im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit, *ecolex* 2009, 49.

¹⁸² *Anderl/Schmid*, Appropriation Art – Im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit, *ecolex* 2009, 49 (52).

¹⁸³ Vgl dazu OGH 7.4.1992, 4 Ob 13/92, *Servus Du*, SZ 65/49 = ÖBl 1992, 75; *Schumacher* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) 162 mwN; *Walter*, *Urheberrecht I Rz* 286.

¹⁸⁴ *Ciresa*, *Urheberwissen* 78 f.

notwendig.¹⁸⁵ *Anderl* und *Schmid* argumentieren, dass es gerade die Intention der Appropriation Art ist, kritische Statements durch eine deutlich erkennbare Übernahme von Originalen abzugeben.¹⁸⁶ Der Schöpfungsmodus der Appropriation Art liegt eben in der Nachahmung, sodass die Appropriation Art nicht nach den strengen Merkmalen der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zur Abgrenzung der freien Neuschöpfung herangezogen werden kann.¹⁸⁷ Der Grund für die Übernahme von geschützten Werken liegt nicht in der Schädigungsabsicht, sondern darin, durch die Nachahmung kritisch-ironische Statements abzugeben. Durch die Betonung der Ironie und der Kritik der Appropriation Artists sind deren Werke nach Ansicht von *Anderl* und *Schmid*¹⁸⁸ mit Werken der Parodie vergleichbar, die von der herrschenden Rechtsprechung als freie Benutzung und sohin als Neuschöpfungen zugelassen werden.¹⁸⁹ Somit müssen bei einer urheberrechtlichen Beurteilung der Appropriation Art-Künstler deren Intentionen und Methoden sowie deren fehlende Schädigungsabsicht gegenüber dem Originalurheber berücksichtigt werden. Zudem überwiegt letztlich die Freiheit der Kunst gegenüber engen urheberrechtlichen Grundsätzen.¹⁹⁰ Auch strafrechtlich ist Appropriation Art meines Erachtens nicht relevant, weil es für die Tatbestandsmäßigkeit von Täuschungs- und Betrugsdelikten an der subjektiven Tatseite – der Schädigungsabsicht – mangelt.

¹⁸⁵ *Ciresa*, Urheberwissen 91 ff.

¹⁸⁶ *Anderl/Schmid*, Appropriation Art – Im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit, *ecolex* 2009, 49.

¹⁸⁷ *Anderl/Schmid*, Appropriation Art – Im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit, *ecolex* 2009, 49 (51).

¹⁸⁸ *Anderl/Schmid*, Appropriation Art – Im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit, *ecolex* 2009, 49 (51).

¹⁸⁹ BGH I ZR 264/91, *Asterix-Persiflagen*, GRUR 1994, 191.

¹⁹⁰ So auch *Anderl/Schmid*, Appropriation Art – Im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit, *ecolex* 2009, 49 (51 f).

II.5 Die „Fälschung“ aus kunsthistorischer Sicht

Fälschungen aus der Perspektive des Kunsthistorikers sind in Täuschungsabsicht hergestellte Werke oder Veränderungen an einem bestehenden Werk, sodass der Betrachter einen falschen Eindruck über den Urheber, das Alter, den Erhaltungszustand oder die Herkunft des Werkes erhält.¹⁹¹ Eine einheitliche, allgemein gültige Definition gibt es jedoch nicht, vielmehr sind Epoche und Einstellung des Betrachters zum Original bzw. zur Fälschung ausschlaggebend.

Die Bezeichnung „Fälschung“ ist nur in jenen Fällen gerechtfertigt, in denen der Nachweis erbracht werden kann, dass die Herstellung oder Veränderung in Täuschungsabsicht vorgenommen wurde. Das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen Fälschung und anderen Formen der Vervielfältigung ist daher aus kunsthistorischer Sicht die Täuschungsabsicht. Kopien und Repliken,¹⁹² die durch irrtümliche oder absichtlich falsche Zuschreibung als Original ausgegeben werden, sind daher nicht als „Fälschungen“ zu bezeichnen.¹⁹³ Die Täuschungsabsicht als Hauptabgrenzungsmerkmal zu anderen Vervielfältigungsformen wird schon seit dem 18. Jahrhundert immer wieder erwähnt und blieb bis heute konstant erhalten:

- *Zedler*, Großes vollständiges Universallexikon aller Wissenschaften und Künste (1735): „*Falsum, die Falschheit – alles was nicht wahr ist; eine Verkehrung der Wahrheit, so aus Betrug geschiehet.*“
- *Krünitz*, Oekonomisch-technologische Enzyklopädie (1786): „*Falsch – was nicht dasjenige ist, was es zu seyn scheint, folglich auch nicht die Guete des wahren hat.*“
- *Ersch/Grünber*, Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaften und Künste (1845): „*Falsch – das Unechte, Unwahre, Unrichtige, Verstellte, Heuchlerische, Betrügerische.*“

¹⁹¹ Vergleich dazu auch *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 31, 107.

¹⁹² Zur Definition von Kopie und Replik siehe Kapitel VII.3 und VII.8.

¹⁹³ Brockhaus Enzyklopädie in 24 Bänden¹⁴ VII (1992) 88.

- Brockhaus Enzyklopädie (1883): „Fälschung, *Falsum*: Wie bei dem Betrüge gehört zur Annahmen einer strafbaren F. zwar auch die Täuschung anderer, zu deren Nachteile oder zu einem, wenn auch nicht gerade unerlaubtem Vorteile, durch Hervorbringung eines Irrtums oder durch Beseitigung der Möglichkeit, den Irrtum zu erkennen.“
- Brockhaus Enzyklopädie (1988): „Fälschung in der Kunst: eine Fälschung entsteht durch Nachbildung oder Veränderung eines Kunstwerks in betrügerischer Absicht.“¹⁹⁴

Unabhängig von der Täuschungsabsicht verlangen sowohl Original als auch Fälschung dem Künstler große handwerkliche Fähigkeiten ab. Auf einer moralischen Ebene fehlt es der Fälschung jedoch an der Einmaligkeit, selbst wenn ihr oft eine einmalige strategische Konstruktion zugrunde liegt.¹⁹⁵ Eco definiert Fälschung ausgehend von Ansätzen von *Gottfried Wilhelm Leibnitz* wie folgt: „Eine Fälschung ist etwas also nicht wegen seiner inneren Beschaffenheit, sondern wegen Kraft einer ‚Identitätsbehauptung‘.“¹⁹⁶ Eco schließt daraus, dass Fälschungen primär ein pragmatisches Problem darstellen. „Original“ oder „Fälschung“ ist daher für den Betrachter primär das, was er geschichtlich über das Objekt weiß, aber nicht dessen Substrat selbst. Für den Betrachter ist daher oft die Signatur Ausgangspunkt für die Annahme eines Originalen, aber gerade diese kann den Betrachter leicht in die Irre führen, wie folgende Beispiele aus der Kunstgeschichte zeigen:

Salvador Dalís Oeuvre ist heute hinsichtlich der Zuschreibung eines der umstrittensten. Trotz des 1984 vom Kunsthistoriker *Lutz Löpsinger* und dem Galeristen *Ralph Michler* zusammengestellten Werkverzeichnisses der Grafikarbeiten *Dalís* sind zahlreiche Fälschungen im Umlauf. Teilweise wird sogar angenommen, dass 90% aller bekannten *Dali*-Arbeiten, darunter

¹⁹⁴ *Etzlstorfer/Katzinger/Winkler* (Hrsg), echt_falsch 121.

¹⁹⁵ *Bongard*, Kunst & Kommerz. Zwischen Passion und Spekulation (1967) 253; *Römer*, Zwischen Kunstwissenschaft und Populismus: Die Rede vom Original und seiner Fälschung, in *Reulecke* (Hrsg), Fälschungen. Zu Autorenschaft und Beweis in Wissenschaft und Künsten (2006) 347 (356).

¹⁹⁶ *Eco*, Die Grenzen der Interpretation (1995) 227.

insbesondere seine Grafiken, nicht aus der Hand des Surrealisten stammen. Problematisch für den Fachmann ist die Tatsache, dass *Dalí* in seinen späten Jahren in Zusammenarbeit mit seiner Ehefrau *Gala* und seinem Sekretär *Peter Moore* zahlreiche Blanko-Blätter signierte, die erst später Objektträger für Drucke oder andere Werke wurden. Hinzu kam, dass *Moore* und *Gala Dalí* zahlreiche Autorisierungen von *Dalí*-Arbeiten ausstellten, deren Authentizität in Frage gestellt worden war.¹⁹⁷

Camille Corot ist ein ähnlicher Fall, weil auch seine Signatur kein Indiz dafür ist, dass es sich um sein eigenhändiges Werk handelt. *Corot* war schon zu Lebzeiten, im Gegensatz zu vielen seiner Kollegen, in der glücklichen Lage, von seiner Profession leben zu können. Aus einem mildtätigen Gedanken heraus signierte und vollendete er zahlreiche Werke seiner Freunde und Kollegen, damit diese ihre Werke als „Original *Corot*“ verkaufen konnten.¹⁹⁸

Im Gegensatz dazu verzichtete *Beuys* häufig darauf, seine Werke zu signieren.¹⁹⁹

Zusammenfassend zeigen diese Beispiele deutlich, dass die Signatur eines Werkes oder das Fehlen einer Signatur nicht zwingend ein Fälschungsindiz ist.

II.5.1 Wandel des „Fälschungsbegriffes“ in der Kunst des 20. und 21. Jahrhunderts

Bedeutende Kunsthistoriker und Philosophen des 20. Jahrhunderts haben sich auf sehr unterschiedliche Weise mit dem Phänomen „Fälschung“ auseinandergesetzt. Dabei ging man entweder vom Fälschungsobjekt oder von der Person des Fälschers aus. Unabhängig vom Ansatz, vom Objekt oder von der Person tendieren alle Betrachtungsweisen dazu, Fälschungen ihre „negative Aura“ zu

¹⁹⁷ *Scharge*, Die Regeln der Kunst (2009), 82.

¹⁹⁸ *Fuld*, Das Lexikon der Fälschungen. Lügen und Intrigen in Kunst, Geschichte und Literatur (2000) 60.

¹⁹⁹ *Jakob*, Persönlichkeitsrecht bei Kunstfälschungen? Überlegungen zur Nolde-Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in *Erdmann*; Festschrift für Henning Piper (1996), 679 (694).

nehmen. So wird beispielsweise das handwerkliche Geschick des Fälschers²⁰⁰ und dessen Ehrgeiz²⁰¹ betont. Dieser Bedeutungswandel ist zusammen mit den unter Punkt II.2.1 beschriebenen Entwicklungen von Appropriation Art und „Fake“ zu betrachten.

Die Person des Fälschers kann nicht auf dessen kriminelle Energie reduziert werden, sondern ist viel facettenreicher zu sehen:

Fälscher, die in der Lage sind, ein Werk herzustellen, das Dritte zu täuschen vermag, verfügen zweifelsohne über ein erhebliches handwerkliches Potenzial. So ist dem Ansatz *Ecos* zu folgen, der es letztlich der Einstellung und dem Wissen des Betrachters überlässt, Original oder Fälschung zu qualifizieren.²⁰² Es obliegt daher dem Betrachter, einen Wertungsunterschied zwischen zwei Werken vorzunehmen, deren handwerkliche Qualitäten ident sind und die sich primär darin unterscheiden, dass einem der beiden Werke eine eigenständige geistige Schöpfung zugrunde liegt. Der Betrachter kann aber auch in der Tatsache, dass sich der Fälscher exakt in die Handschrift des Originalurhebers eingelese hat, die höhere Leistung sehen und so die Fälschung anstatt des Originalen als wertvoller einstufen. Die besonderen handwerklichen Fähigkeiten des Fälschers griff *Hans Tietze*, einer der bedeutendsten Kunsthistoriker des 20. Jahrhunderts, in seinem Werk *„Zur Psychologie und Ästhetik der Kunstfälschung“*²⁰³ auf. *Tietze* geht von der These aus, dass der Fälscher begabter sei als der Künstler selbst, weil dieser *„das Genie all der Autoren in sich vereinigt, deren Stil sie bis zur Täuschung nachzuahmen vermochten“*.²⁰⁴

Manfred Reiz spricht dem Fälscher, im Gegensatz zu *Tietze*, sein handwerkliches Geschick ab. Er fasst dies wie folgt zusammen: *„Fälschungen haben nicht die*

²⁰⁰ *Tietze*, *Zur Psychologie und Ästhetik der Kunstfälschung*, *Zeitschrift für Ästhetik und Allgemeine Kunstwissenschaft* 1933/27, 209 (236).

²⁰¹ *Bongard*, *Kunst & Kommerz. Zwischen Passion und Spekulation* (1967) 139.

²⁰² *Eco*, *Die Grenzen der Interpretation* (1995) 227 ff.

²⁰³ *Tietze*, *Zur Psychologie und Ästhetik der Kunstfälschung*, *Zeitschrift für Ästhetik und Allgemeine Kunstwissenschaft* 1933/27, 209.

²⁰⁴ *Tietze*, *Zur Psychologie und Ästhetik der Kunstfälschung*, *Zeitschrift für Ästhetik und Allgemeine Kunstwissenschaft* 1933/27, 209 (236).

hohe handwerkliche Qualität der Originalarbeiten“.²⁰⁵ Reiz' Aussage bezieht sich jedoch auf die entlarvte Fälschung. Selbst unter Berücksichtigung dieser Einschränkung ist Reiz' Aussage aus kunsthistorischer Sicht zu hinterfragen. Technisch sind Originalurheber und Fälscher gleichwertig, wenn man davon ausgeht, dass die Fälschung nicht aufgrund technischer Mängel als solche erkannt wurde. Der Unterschied liegt vielmehr darin, dass der Originalurheber seine eigene Idee umsetzte, während diese gedankliche Leistung beim nachahmenden Künstler entfällt.

Tietze löste mit seinem Aufsatz eine neue, kritischere Betrachtungsweise der Person des Fälschers aus. Der Fälscher war nicht mehr „nur Krimineller“, vielmehr versuchte man herauszufinden, was einen geschickten Künstler dazu brächte, bereits Existentes zu kopieren anstatt eigene Kompositionen zu schaffen. Die Intentionen einiger der bedeutendsten Fälscher des 20. Jahrhunderts sind heute durch deren eigene Angaben bekannt:

Han van Meegeren, der als „der Vermeer-Fälscher“ in die Geschichte einging, widmete sich der Fälschung, um der Welt zu zeigen, dass er ein wahrhaft großer Meister war und über ein hohes handwerkliches Geschick verfügte. Seine eigenen Werke hatten nicht die Anerkennung gefunden, die er sich erwartet hatte. Erst durch seine Fälschungen gelang es ihm, jenen Ruhm zu erhalten, den er sich immer gewünscht hatte.²⁰⁶ Für viele Künstler ist der Herstellung von Fälschungen daher ein Akt der Rache gegenüber der Öffentlichkeit, die den Nicht-Fälschungen des Künstlers nicht die gewünschte Aufmerksamkeit schenkt. *Edgar Mrugalla* beschrieb dieses Bedürfnis nach Anerkennung wie folgt: „*Wenn viele heute vom König der Kunstfälscher sprechen, dann wäre es mir lieber, sie würden vom ollen Maler Mrugalla reden, und davon, dass er tolle, eindrucksvolle Bilder machte. Bilder, die natürlich ihren Preis haben...*“. Aber auch finanzielle Gründe sind in vielen Fällen, so auch bei *Mrugalla*, ausschlaggebend: „*Man hat mich den größten Kunstfälscher Europas genannt, in einem Atemzug mit Elmyr de Hory und Tom Keating. Zuviel der Ehre. Jene fälschten aus Vergnügen an der Arbeit,*

²⁰⁵ Reiz, *Große Kunstfälschungen* (1993) 35.

²⁰⁶ Reiz, *Große Kunstfälschungen* (1993) 103 ff.

*ich tat’ – sehr oft – nur aus Verzweiflung: um die Familie über Wasser zu halten, aus Angst, bestimmt nicht aus Habgier und Gewinnsucht...“*²⁰⁷

Nicht zuletzt wird gerade aus den Aussagen *Mrugallas* deutlich, dass Fälscher nicht immer versteckt leben, sondern gerne an die Öffentlichkeit treten, um ihr Selbstvertrauen zu präsentieren: *„Ich hab‘ ja rund zweitausend verschiedene Werke gemacht, und da ist natürlich Emil Nolde schon wieder mit sechshundert Aquarellen dabei gewesen, wo vielleicht dreißig peng gemacht haben. Die anderen sind alle durchmarschiert. Sind heute noch im Kunsthandel.“*²⁰⁸

Schüller ging, basierend auf seinen Betrachtungen des Falles *Han van Meegeren*, davon aus, dass jeder Kunstfälscher ein chronischer Lügner ist.²⁰⁹ Neben dem Hang zur Lüge unterstellt er dem Fälscher nicht nur einen hohen Grad an Ehrgeiz, der jedem Künstler zukommt, sondern vielmehr einen „*pathologischen Ehrgeiz*“, ²¹⁰ der schließlich in das Negative abrutscht. *Schüller* geht in seiner Analyse der Persönlichkeit des Fälschers noch weiter: Aufbauend auf *Friedländers* Aussage, das „*Kopieren ist ein Geschäft, das weibliche Hingebung, Opferbereitschaft, Geduld und lauernnd gespannte Aufmerksamkeit verlangt*“, ²¹¹ bezeichnet *Schüller* Fälschungen als „*feminine Betätigung*“. ²¹² Zusammenfassend sind Fälschungen nach Ansicht *Schüllers* im Vergleich zu Originalen „*krankhaft*“ und „*weibisch*“. ²¹³ Auffallend ist, dass *Schüllers* Thesen sehr allgemein gefasst sind und nicht mehr der Entwicklung nach deren Veröffentlichung 1953 entsprechen. Richtig ist in manchen Fällen die Beschreibung des Fälschers als eine Persönlichkeit zur Opferbereitschaft. Am deutlichsten ist dies am Verzicht, mit dem eigenen Namen zu signieren, zu erkennen. *Kenner* beschrieb dieses Phänomen des Verzichtes auf den eigenen Namen in seiner affirmativen Fälschungstheorie wie folgt: Die Fälschung der Signatur entsteht nicht durch ein

²⁰⁷ *Mrugalla*, König der Kunstfälscher. Meine Erinnerungen (1993) 7.

²⁰⁸ Urteil vom 16. 6. 1995 – 7 296/94; *Nordemann*, Kunstfälschungen und kein Rechtsschutz? GRUR 1996/10, 737.

²⁰⁹ *Schüller*, Falsch oder Echt? Der Fall van Meegeren (1953) 49, 55.

²¹⁰ *Schüller*, Falsch oder Echt? 43 f.

²¹¹ *Friedländer*, Von Kunst und Kennerschaft. Was ist Kunst? (1929) 159.

²¹² *Schüller*, Falsch oder Echt? 44.

²¹³ *Schüller*, Falsch oder Echt? 65.

falsches Schreiben, sondern vielmehr durch den Verzicht, den eigenen Namen auf das eigenhändige Werk zu setzen.²¹⁴

Ausgehend von den Betrachtungen *Tietzes* und *Schüllers* kann der Fälscher als Person nicht als grundsätzlich negativ bewertet werden. Vielmehr verfügt er über die gleichen Fähigkeiten wie der Urheber des Originales, soweit er objektiv in der Lage ist, mit seinem Werk Dritte zu täuschen. Zudem steht auch sein Ehrgeiz jenem des Originalurhebers um nichts nach. Während der Originalurheber danach strebt, seine Idee umzusetzen und so seine eigenständige geistige Leistung Dritten zugänglich zu machen, ist der Ehrgeiz des Fälschers auf die Herstellung einer perfekten, fehlerfreien Kopie gerichtet. Qualitativ steht die Fälschung dem Original in nichts nach. Die Abstufung ergibt sich vielmehr aus der Einstellung des Betrachters und dessen moralischer Bewertung der Fälschung. In der Regel wird der Fälschung im Vergleich zum Original eine negative Grundhaltung entgegengebracht. In der Kunstgeschichte sind nur wenige Fälle dokumentiert, in denen der Fälschung mehr Wertschätzung entgegengebracht wurde als dem Original. So schreibt beispielsweise *Vasari*,²¹⁵ dass die Komplettfälschung *Rafaels* nach einem Original von *Andrea del Sarto* von den Sammlern dermaßen geschätzt wurde, dass man die Fälschung dem Original vorzog.

Im Gegensatz zu *Schüller*, der seine Thesen aus dem Anlassfall *Han van Meegren* ableitete, geht der Philosoph *Nelson Goodman*²¹⁶ in seiner Theorie der „perfekten Fälschung“ einen anderen Weg. *Goodman* geht von der Frage aus, ob zwischen zwei gemeinsam präsentierten, nicht unterscheidbaren Werken (Original und „perfekte Fälschung“) ein ästhetischer Unterschied besteht. Eine Unterscheidung der beiden Werke ist nur mit Hilfe naturwissenschaftlicher Analysen möglich. *Goodman* gelangt zu folgender Lösung: „Dass ich später vielleicht in der Lage sein werde, eine sinnliche Unterscheidung zu treffen, die ich jetzt nicht treffen kann, konstituiert einen für mich jetzt bedeutsamen ästhetischen Unterschied.“²¹⁷

²¹⁴ *Kenner*, Von Pope zu Pop. Kunst im Zeitalter von Xerox (1995) 166.

²¹⁵ *Vasari*, Lebensbeschreibungen IV 92 f.

²¹⁶ *Goodman*, Sprachen der Kunst. Entwurf zu einer Symboltheorie (1995) 101 ff.

²¹⁷ *Goodman*, Sprachen der Kunst 105.

Goodmans Lösung kann wie folgt zusammengefasst werden: Die Unterscheidung zwischen „perfekter Fälschung“ und Original liegt nicht auf einer qualitativen, sondern auf einer rein ästhetischen Ebene.²¹⁸ Diese zutreffende Lösung ist mit dem Ansatz *Ecos* vergleichbar, der die Unterscheidung zwischen Original und Fälschung nicht auf qualitativer Ebene ansetzt, sondern auf die Einstellung des Betrachters zum Bild zurückführt.²¹⁹

²¹⁸ *Goodman*, *Sprachen der Kunst* 109.

²¹⁹ *Eco*, *Interpretation* 227.

II.6 Gesamtbetrachtung – Fälschung aus juristischer und kunsthistorischer Sicht

Zusammenfassend kommt es bei Kunstfälschungen sowohl aus juristischer als auch aus kunsthistorischer Sicht auf äußere Kriterien ebenso wie auf die Intention des Künstlers an, Dritte über die Originaleigenschaft zu täuschen. Objektiv erkennbare Kriterien sind die exakte Übernahme des Objektes und der Signatur des Originalurhebers. Die exakte Nachahmung an sich reicht jedoch noch nicht aus, um ein Werk als Kunstfälschung zu bezeichnen, wie aus den Beispielen Appropriation Art und der Kopie zu akademischen Übungszwecken deutlich erkennbar ist. Die subjektive Tatseite, d.h. die Täuschungsabsicht des Fälschers, ist letztlich das entscheidende Merkmal, um aus einer Nachahmung eine Fälschung zu machen. Letztlich muss die Fälschung, um Dritte täuschen zu können, in die Rechtssphäre Dritter gelangen und als „Original“ bezeichnet werden. Dies ist beispielsweise bei den Werken *Sturtevant's* nicht der Fall. Neben diesen Tatbestandsmerkmalen, die sich partiell auch aus der Umkehrung der Originaldefinition des § 16 b UrhG ergeben, ist gerade in Bezug auf zeitgenössische Kunst die Entwicklung der Kunst seit den 50er-Jahren des 20. Jahrhunderts zu beachten. Appropriation Art und Fake-Bewegung, aber auch die schnelleren und perfekteren Reproduktionsmöglichkeiten führten dazu, dass sowohl Fälscher als auch deren Werke nicht mehr als generell „negativ“ betrachtet werden. *Döhmer* bringt die Entwicklung seit den 1970er-Jahren auf den Punkt: *„Kunstfälschung bedient sich legitimer, künstlerischer Methoden unter Veränderung ihrer Zielsetzung. Sie ist damit keine objektiv-materiale, sonder eine subjektiv-intentionale Kategorie.“*²²⁰ Fälschungen werden somit nicht mehr aufgrund ihrer „geringen“ schöpferischen Leistung als Bedrohung der Kunst betrachtet. Vielmehr sind Fälschungen – insbesondere durch die wegbereitenden Arbeiten der Appropriation Art-Künstler – als Statement zur Gesellschaft und des

²²⁰ *Döhmer*, Zur Soziologie der Kunstfälschung, Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft, 1978/21, 76 (77, 82).

Kunstmarktes zu sehen und nicht von vornherein als moralisch verwerfliche Werke.²²¹

²²¹ *Ferretti*, Fälschungen und künstlerische Tradition, in *Sauerländer* (Hrsg), Die Geschichte der italienischen Kunst (1987) 236.

II.7 Abgrenzung von Synonymen

In der juristischen und kunsthistorischen Praxis werden neben den zentralen Begriffen „Original“ und „Fälschung“ zahlreiche Synonyme verwendet. Nur selten achtete man bei deren Verwendung auf die feinen begrifflichen Unterschiede, sodass es in der Praxis zu Missverständnissen kommen kann. Unter der Vielzahl von Synonymen ist die „Verfälschung“ hervorzuheben, die an sich kein Synonym, sondern eine Variante der Fälschung ist. Da Verfälschungen in der Praxis wesentlich öfter auftreten als Komplettfälschungen, nehmen sie eine Sonderstellung ein.²²²

II.7.1 Verfälschung

Die Verfälschung ist eine Variante der Identfälschung (Komplettfälschung). Dazu werden an einem Original Änderungen oder Bearbeitungen vorgenommen, in der Absicht, Dritte zu täuschen.

So können Werke, die nicht als „erstklassig“ eingestuft werden, durch Übermalungen, Abdeckungen einer Signatur oder ähnliche Eingriffe in „Meisterwerke“ verwandelt werden. Besonders häufig ist diese Vorgehensweise bei jenen Künstlern, die in der Regel mehrere Fassungen desselben Sujets oder eines bestimmten Werkes herstellen, wie beispielsweise *Honoré Daumier*, *Vincent van Gogh* und *Camille Corot*.²²³

II.7.2 Imitation

Imitationen sind Nachahmungen von Objekten der bildenden Kunst, die in manchen Fällen von geringerer Qualität sind als das Original.²²⁴ Diese „Minderwertigkeit“ kann sich aus den einfacheren Materialien oder dem Ersatz

²²² *Goepfert*, Haftungsprobleme 26; *Bloch*, Original-Kopie-Fälschung, Jahrbuch preußischer Kulturbesitz XVI (1979) 48.

²²³ Brockhaus Enzyklopädie in 24 Bänden¹⁴ VII (1992) 88.

²²⁴ Duden - Fremdwörterbuch⁷ (2001) 423 f.

handwerklicher durch maschinelle Teile ergeben. Das Imitationsstück gilt, wenn es als solches gekennzeichnet ist, als unecht. Fehlt der Hinweis, dass es sich nicht um das Original handelt, ist das Imitat wie eine Fälschung zu bewerten.²²⁵

II.7.3 Replik und Variation

Unter Replik wird die Wiederholung eines Kunstwerkes durch seinen Urheber verstanden. Der Unterschied zur Kopie ist, dass Original und Replik vom gleichen Urheber stammen, und die Replik, gleich dem Original, den Schöpfungsprozess des Urhebers widerspiegelt.²²⁶ Im Vergleich zur Fälschung umfasst die Replik keine Täuschungsabsicht und kann daher nicht mit dieser gleichgesetzt werden.²²⁷ Eine Replik kann mit dem Original ident sein oder geringfügig abweichen. Bei Abweichungen handelt es sich in manchen Fällen um eine Verbesserung des Künstlers, sodass die Replik einen höheren Wert erzielen kann als das Original.²²⁸

Im Zusammenhang mit der Definition der Replik ist zu bedenken, dass druckgrafische Blätter in Serien hergestellt werden. Dabei ist nicht nur das erste Blatt ein „Original“, sondern vielmehr alle Blätter der Serie (siehe dazu auch Kapitel II.1.2.2.).²²⁹ Eine Originalgrafik liegt vor, wenn der Urheber die Entstehung des Werkes von der Idee bis zum Endergebnis leitet. Der Einsatz von technischen Mitteln ist in diesem Zusammenhang irrelevant.²³⁰ Davon zu unterscheiden sind mittels fotomechanischer Verfahren hergestellte Reproduktionsdrucke. Selbst wenn diese vom Urheber der Originalserie signiert werden, liegt noch kein Originalwerk vor.²³¹

Weicht die Replik vom Original ab, so spricht man von einer „zweiten Fassung“. Gerade im Bereich der Bildhauerei ist es beispielsweise bei Bronzeplastiken

²²⁵ Strauss ua (Hrsg), dtv-Lexikon der Kunst III (1996) 405 f.

²²⁶ Meyers neues Lexikon in 10 Bänden VI (1993) 174.

²²⁷ Württenberger, Kampf gegen das Kunstfälschertum 9; Goepfert, Haftungsprobleme 26; aA Kieler, Der Verkauf unechter Bilder, Dissertation Breslau (1930); Cramer, Die Behandlung der Kunstfälschung im Privatrecht, Dissertation Zürich (1947).

²²⁸ Etzlstorfer/Katzinger/Winkler (Hrsg), echt_falsch 132.

²²⁹ Etzlstorfer/Katzinger/Winkler (Hrsg), echt_falsch 130.

²³⁰ Etzlstorfer/Katzinger/Winkler (Hrsg), echt_falsch 131.

²³¹ Etzlstorfer/Katzinger/Winkler (Hrsg), echt_falsch 131.

üblich, mehrere Abgüsse zu machen. Diese Abgüsse werden mit Hilfe der Originalform gegossen und können vom Urheber selbst oder seinen Mitarbeitern hergestellt worden sein. Allen Abgüssen kommt der Status des Originales zu. Seit einigen Jahren werden auch technisch sehr hochwertige Kunstdrucke als „Replik“ (Replic Art) bezeichnet.²³²

Mit der Replik kann jedoch nicht die Variation gleichgesetzt werden, die zwar ebenfalls vom gleichen Künstler stammt, jedoch nur in Bezug auf das verwendete Thema mit dem Original übereinstimmt. Bei der Variation wird immer wieder ein neues Werk (Unikat/Original) geschaffen.²³³

II.7.4 Falsifikat

Falsifikate sind Werke, die in der vorliegenden Form oder in einer ähnlichen Form nie vom Originalurheber hergestellt wurden, dennoch werden Falsifikate dem Originalurheber zugeschrieben. Daher unterscheiden sich Falsifikate von Identfälschungen, die eine unzulässige Kopie eines vom Originalurheber tatsächlich geschaffenen Werkes sind.²³⁴

II.7.5 Reproduktionsgrafik

Bei der Reproduktionsgrafik wird mittels druckgrafischer Übertragung ein Vervielfältigungsstück eines Kunstwerkes hergestellt. Die Gouache eines Künstlers, die mit Hilfe einer fotomechanischen Belichtung auf Druckträger gebracht und von diesem grafisch vervielfältigt wird, ist eine Form der Reproduktion, aber kein Original.²³⁵

Diese Vervielfältigungsform war insbesondere unter den großen Meistern der Renaissance und des Barock beliebt, um in Form von Kupferstichen große Werke,

²³² Brockhaus Enzyklopädie in 24 Bänden¹⁴ XVIII (1992) 303.

²³³ *Goepfert*, Haftungsprobleme 44.

²³⁴ *Walter*, Urheberrecht I Rz 895, 917; *Walter* in *Reichelt* (Hrsg), Original und Fälschung (2007) 110 ff.

²³⁵ *Etzlstorfer/Katzinger/Winkler* (Hrsg), echt_falsch 132.

wie beispielsweise Gemälde, in Europa bekannt zu machen. Diese Kupferstiche sind für sich betrachtet Originale.²³⁶

II.7.6 Plagiat

Plagiat²³⁷ ist die widerrechtliche Übernahme und Verbreitung von fremdem geistigem Eigentum.²³⁸ Die Aneignung fremden Geistesgutes erfolgt sohin bewusst²³⁹ und durch Übernahme fremder Werke ohne Anführung des wahren Urhebers. Stattdessen wird der Name des Plagiatherstellers als Urheber verwendet.²⁴⁰ Der Vorwurf des Plagiates wird in jenen Fällen erhoben, in denen ein Werk, Teile desselben oder Motive von einem anderen Urheber verwendet werden, mit dem Anspruch, diese selbst geschaffen zu haben und sie nicht als „fremde“ Bestandteile zu kennzeichnen.²⁴¹

II.7.7 Collage

Unter Collage wird die Zusammenstellung – teilweise oder gesamt – aus dem Alltag stammender Materialien (Papier, Zeitungen, Zeitschriften, Textilien usw.) verstanden, die auch mit künstlerischen Mitteln wie Malerei oder Zeichnung verbunden werden können. Als „Stückkunstgrafik“ wurde die Collage zur Inkunabel, einer Materialkunst des 20. Jahrhunderts.²⁴²

Rechtlich betrachtet arbeitet der Künstler, der eine Collage zusammenstellt, mit Werken anderer Urheber bzw. freien Werken. Die neue, eigenständige, kreative Zusammenstellung macht es allerdings zu einem eigenständigen Werk, das, wie

²³⁶ *Etzlstorfer/Katzinger/Winkler* (Hrsg), *echt_falsch* 132.

²³⁷ Zum historischen Ursprung des Begriffes „Plagiat“ *Vinck* in *Fromm/Nordemann*, dUrhG, § 24 Rz 1; *Hanser-Strecker*, *Das Plagiat in der Musik* (1968) 29; *Seifert*, *Über Bücher, Verleger und Autoren – Episoden aus der Geschichte des Urheberrechts*, NJW 1992, 1270 (1271).

²³⁸ *Ciresa*, *Urheberwissen* 79.

²³⁹ *Fromm/Nordemann*, § 24 Anh dUrhG Rz 1; *Fischer*, *Das Literaturplagiat – Tatbestand und Rechtsverfolgung* (1972) 3.

²⁴⁰ *Walter*, *Urheberrecht I* Rz 11

²⁴¹ *Meyers neues Lexikon in 10 Bänden VII* (1993) 459.

²⁴² *Strauss* ua (Hrsg), *DTV-Lexikon der Kunst II* (1996) 16 f.

ein „herkömmliches“ Original, urheberrechtlichen Schutz genießt (freie Neuschöpfung).

II.7.8 Kopie

Kopien sind Vervielfältigungsstücke, die in Gegenüberstellung mit dem Original in veränderter oder unveränderter Form auftreten können.²⁴³

Im Gegensatz zu anderen Vervielfältigungsstücken wird bei der Kopie nicht vorgegeben, dass es sich um ein Original handle.²⁴⁴ Beispiele für Kopien sind daher insbesondere Übungsstücke von Restauratoren oder Vervielfältigungsstücke, wie sie im akademischen Betrieb zu Lernzwecken häufig hergestellt werden. Im Gegensatz zur Fälschung liegt in der Regel die Zustimmung des Urhebers zur Herstellung der Kopie vor.²⁴⁵

II.7.9 Faksimile

Der Begriff „Faksimile“ entwickelte sich im England des 18. Jahrhunderts und bezeichnet eine mit mechanischen Hilfsmitteln hergestellte, originalgetreue Wiedergabe einer Vorlage. Besonders geeignet sind dazu Holzstiche und Lithografien. Im Gegensatz zu anderen Vervielfältigungsverfahren handelt es sich bei Faksimile um die höchste Qualitätsstufe und damit um einen sehr hohen Ähnlichkeitsgrad mit dem Original.²⁴⁶ Faksimiles werden häufig zur Schonung der Substanz des Originalen von Sammlern und Museen in Auftrag gegeben, um das Vervielfältigungsstück anstelle des Originalen zu präsentieren.²⁴⁷

²⁴³ *Walter*, Urheberrecht I Rz 916.

²⁴⁴ *Etzlstorfer/Katzinger/Winkler* (Hrsg), echt_falsch 128.

²⁴⁵ *Walter*, Urheberrecht I Rz 916.

²⁴⁶ *Strauss* ua (Hrsg), dtv-Lexikon der Kunst II (1996) 417 f.

²⁴⁷ *Etzlstorfer/Katzinger/Winkler* (Hrsg), echt_falsch 128.

II.7.10 Freie Fälschung

Bei freien Fälschungen handelt es sich um jene Werke, bei denen der Stil und die Malweise, unter Umständen auch die Thematik und das Format, einer Epoche oder eines bestimmten Künstlers nachgeahmt werden, um Dritte zu täuschen. Die Täuschungsabsicht liegt jedoch nicht in allen Fällen vor. Ein Beispiel dafür ist *Cyriacus Reders* „Ungleiches Paar“ (um 1560 – vor 1598). *Reder* übernahm dabei ein von der *Cranach*-Werkstatt häufig verwendetes Motiv, das eine junge Frau mit ihrem wesentlich älteren Geliebten zeigt. Das Originalwerk mit der Signatur der *Cranach*-Werkstatt befindet sich heute in der Landesgalerie Hannover. *Reder* hat neben dem Motiv auch den Stil und die Formensprache der *Cranach*-Werkstatt übernommen. Im Unterschied zur Fälschung arbeitete *Reder* nicht in Täuschungsabsicht, sondern erstellte aus Ehrfurcht vor dem großen *Lucas Cranach* eine „freie Fälschung“. Erst wesentlich später ergänzte man auf der Rückseite des *Reder*-Blattes, noch dazu falsch geschrieben, die Signatur „*Lucas Kranach*“.²⁴⁸

II.7.11 Pasticcio

Pasticcios sind Werke, die aus verschiedenen Teilen bestehender Werke zu einem neuen Werk zusammengesetzt werden. Rechtlich können Pasticcios als Fälschungen oder als Nachschöpfung bewertet werden. Eine Nachschöpfung liegt nur dann vor, wenn die von Dritten herangezogenen Teile der eigentümlichen geistigen Schöpfung untergeordnet werden können. Abhängig von der Absicht des Urhebers können Pasticcios daher auch Teilfälschungen sein.²⁴⁹ Folgendes Beispiel veranschaulicht dies: Der Fälscher verwendet Thema und Motiv des Malers A und setzt beides in einen für diese Epoche typischen Stil des Malers B

²⁴⁸ *Eitzlstorfer/Katzinger/Winkler* (Hrsg), *echt_falsch* 126.

²⁴⁹ Einen Sonderfall bilden „Zeitfälschungen“, in denen der Künstler die Maniera eines anderen Künstlers verwendet. Weiterführende Literatur: *Württemberg*, Kampf gegen das Kunstfälschertum 2 f; *Locher*, Das Recht der bildenden Kunst (1970) 174 f; *Löffler*, Kunstschrift und Kunstfälschung, NJW 1993, 1422; *Katzenberger*, Der Schutz von Werken der bildenden Künste durch das Urheberstrafrecht und die Praxis der Strafverfolgung in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 718; *Majer*, Das Urheberstrafrecht (1991) 86; *Lampe*, Der strafrechtliche Schutz des Geisteswerke, UFITA 83 (1978) 18.

um. Um die Täuschung zu perfektionieren, werden zusätzlich künstliche Alterungsmethoden eingesetzt, um die Illusion des Alters zu erwecken.²⁵⁰

Die Vielzahl der Synonyme und ihre feinen Nuancen zeigen, dass es in der Praxis gerade für ungeübte Käufer schwierig ist, abzuschätzen, ob das Werk tatsächlich von einem bestimmten Künstler oder von einem Dritten stammt bzw. ob dieses Werk rechtmäßig hergestellt wurde oder eine Fälschung ist. Die aufgezählten Synonyme werden bedauerlicherweise nicht einheitlich verwendet, sondern oft vertauscht oder vermischt. Auch Händler tendieren zu unterschiedlichen Begriffsverwendungen, die für den potenziellen Käufer irreführend sind. Eine Vereinheitlichung wäre wünschenswert, ist jedoch in der Praxis nicht realisierbar.

²⁵⁰ Brockhaus Enzyklopädie in 24 Bänden¹⁴ VII (1992) 88.

III. Urheberrechtliche Ansprüche

Seit der Antike werden Künstler mit Fälschungen ihrer Werke konfrontiert, sodass gleichzeitig mit dem Aufkommen von Kunstfälschungen auch das Bedürfnis entstand, den Fälscher für sein Vergehen zur Rechenschaft zu ziehen.²⁵¹ Nicht nur die Begriffsdefinitionen für „Original“ und „Fälschung“ können aus dem Urheberrechtsgesetz (UrhG) abgeleitet werden (siehe dazu Kapitel II.), auch die wesentlichen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Anspruchsgrundlagen zum Schutz des Originalen sind in diesem Gesetz verankert.²⁵² Neben dem UrhG bestehen zahlreiche weitere zivil- und strafrechtliche Anspruchsgrundlagen (z.B. StGB und ABGB), die jedoch in der Praxis im Vergleich zum UrhG nur eine untergeordnete Rolle spielen.²⁵³ Bevor die wichtigsten Tatbestände des UrhG in Bezug auf Kunstfälschungen näher untersucht werden können, sind zunächst grundsätzliche Fragen wie beispielsweise der Schutzzweck und der Schutzgegenstand des UrhG in Bezug auf Kunstfälschungen näher zu klären, da

²⁵¹ Reitz, Große Kunstfälschungen (1993) 12.

²⁵² Das UrhG schützt daher neben den höchstpersönlichen Rechten des Urhebers (z.B. Recht auf Namensnennung, ...) insbesondere deren wirtschaftliche Nutzung (z.B. Vervielfältigungsrechte, Verwertungsrechte, ...). Weiterführend *Dittrich, Urheberrecht*⁴ (2004) E 1 zu § 1 UrhG; OGH 31. 5. 1994, 4 Ob 19/94, *Leerkassettenvergütung II*, ÖBl 1995, 89 = MR 1994, 165 (*Walter*) = *ecolex* 1995, 112 = GRURInt 1995, 423.

²⁵³ Neben dem nationalen Gesetz bestehen zahlreiche internationale Abkommen, die Urhebern weltweit einen einheitlichen Rahmenschutz ermöglichen und gleichzeitig den Schutzstandard nationaler Urheberrechtsgesetze fort bilden. Älteste und bis heute wichtigste völkerrechtliche Rechtsquelle des Urheberrechtes ist die 1886 abgeschlossene Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ). Dieses Abkommen wurde bereits mehrfach überarbeitet; zudem bestehen zahlreiche Nebenabkommen, die das Grunddokument ergänzen. Wesentlich jünger ist das 1952 abgeschlossene und 1955 in Kraft getretene Welturheberrechtsabkommen (WUA). Im Rahmen der diplomatischen Konferenz der WIPO wurden im Dezember 1996 zwei neue Verträge – WIPO Copyright Treaty (WCT) und WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) – einstimmig angenommen. Entscheidend für den internationalen Handel ist das TRIPS-Abkommen. Dabei handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag im Rahmen der World Trade Organization (WTO), der, neben allgemeinen Bestimmungen, urheberrechtliche Regelungen enthält. Letztere wurden im österreichischen Urhebergesetz aufgenommen und entwickelten so das nationale Gesetz auf internationaler Ebene weiter. Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9. 9. 1886 (RBÜ); Welturheberrechtsabkommen (WUA); Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Römer Leistungsschutzabkommen); Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS-Abkommen); WIPO Copyright Treaty (WCT). Mit Ausnahme des WCT ist Österreich allen aufgezählten Abkommen beigetreten. Nähere und weiterführende Literatur in: *Gamhartner in Kucsko, urheber.recht* (2008) Vor § 1 Punkt 1; *Ciresa, Urheberwissen* 40 f; *Kucsko in Kucsko, urheber.recht* (2008) § 1 Punkt 1.

nicht jede Fälschung durch das UrhG sanktioniert wird und manche Fälschungen unter bestimmten Voraussetzungen selbst urheberrechtlichen Schutz genießen.

III.1 Vorfragen

III.1.1 Schutzzweck des Urheberrechtsgesetzes

Um die Anspruchsgrundlagen des UrhG richtig einsetzen zu können, muss zunächst der Schutzzweck („Telos“) des UrhG klar umschrieben werden: Telos ist der Schutz der geistigen Schöpfung, die in Form eines Werkes Dritten kenntlich gemacht wird.²⁵⁴ Der Schöpfungsschutz umfasst wirtschaftliche und persönliche Interessen und soll Urhebern Anreize geben, weitere Werke zu schaffen. Ohne entsprechenden Schutz wären Künstler weniger motiviert, Neues zu schaffen, da ihre ungeschützten Werke jederzeit von jedermann gefälscht werden könnten.

Urheberrechtlicher Schutz setzt voraus, dass eine eigentümliche geistige Schöpfung im Sinne des § 1 Abs 1 UrhG vorliegt. Geschützt ist die eigentümliche geistige Schöpfung, d.h. das Ergebnis einer schöpferischen geistigen Tätigkeit, dessen Eigenheit es von anderen Werken unterscheidet. Diese Eigenheit ist die persönliche, schöpferische Leistung des Urhebers.²⁵⁵

III.1.2 Schutzobjekt des Urheberrechtsgesetzes

Das Werk ist die Umsetzung einer schöpferischen Idee des Urhebers in eine Form, die für Dritte wahrnehmbar ist. Dennoch ist das Schutzobjekt nicht das Werk selbst, sondern die dahinter stehende geistige Schöpfung, also ein immaterielles Gut.²⁵⁶

²⁵⁴ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 1 UrhG Rz 5, 16; *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 1 Punkt 2.

²⁵⁵ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 1 UrhG Rz 15-24; *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 1 Punkt 2.3; OGH 14. 5. 1996, 4 Ob 2085/96 p, *Hier wohnt ...*; weitere Entscheidungen zur „Eigentümlichkeit“: *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 21–102 zu § 1 UrhG; *Ciresa*, Urheberwissen 52 f.

²⁵⁶ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 1 UrhG Rz 5, 16; *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 1 Punkt 2.; OGH 2. 3. 1982, 4 Ob 427, 428/81, *Blumenstück*; *Walter*, Urheberrecht I Rz 102.

Ergänzend zur Definition des § 1 Abs 1 UrhG gibt der Gesetzgeber eine weit gefasste Legaldefinition für Werke der bildenden Kunst in § 3 Abs 1 UrhG vor. Aufgrund der undefinierbarkeit des Kunstbegriffes, und damit auch der bildenden Kunst, beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, zur Gruppe der „bildenden Kunst“ auch Architektur, angewandte Kunst und Lichtbildkunst zu zählen.²⁵⁷ Welche Werke letztlich urheberrechtlichen Schutz genießen, ist der Verkehrsauffassung und der Interpretation durch die Rechtsprechung überlassen.²⁵⁸

Zunächst muss das geschaffene Werk nach objektiven Kriterien jedoch als Kunst interpretierbar sein. Es wird daher eine formgebende Tätigkeit mit Hilfe von Mitteln der bildenden Kunst vorausgesetzt, die neben dem künstlerischen auch praktischen Wert haben kann.²⁵⁹ Da der Kunstbegriff durch die stetige Entwicklung heute sehr weit gefasst wird, ist diese Voraussetzung in den meisten Fällen gegeben. Praktische Bedeutung hat diese Voraussetzung nur im Zusammenhang mit Abgrenzungsfragen zum Designschutz.²⁶⁰

²⁵⁷ Walter, Urheberrecht I Rz 188.

²⁵⁸ Zum verfassungsrechtlichen Kunst-Begriff siehe Kapitel II.1.1.1.; *Tonninger* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 3 Punkt 2; weiterführende Entscheidungen in *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 1–27 zu § 3 UrhG. RBÜ: In Art 2 Abs 1 RBÜ werden Zeichnungen, Malerei, Baukunst, Bildhauerei, Stiche und Lithografien sowie Werke der angewandten Kunst namentlich als Werke der bildenden Kunst bezeichnet.

²⁵⁹ OGH 7. 4. 1992, 4 Ob 36/92, *Bundesheer Informationsblatt*, dieser E folgend OGH 16. 6. 1992, 4 Ob 3/92 MR 1992, 201 = ÖBl 1992, 81 = ecolex 1992, 712 (*Kucsko*) *Kalian-Lindwurm*; OGH 6. 12. 1994, 4 Ob 1131/94 MR 1995, 185, *Naturalismus*; OGH 7. 3. 1995, 4 Ob 10/95 MR 1996, 244, *Kerzenständer*; OGH 12. 4. 2000, 4 Ob 26/00b MR 2000, 313, *Einreichplanung (Walter)*; OGH 24. 4. 2001, 4 Ob 94/01d MR 2001, 234 = ÖBl 2001, 276, *Telering.at*; *Tonninger* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 3 Punkt 2; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 3 UrhG Rz 2.

²⁶⁰ Urheberrechtsschutz und Designschutz sind voneinander unabhängig zu beurteilen. Designschutz wird auch als Musterschutz (Musterschutzgesetz) bezeichnet. Liegt ein Werk der bildenden Kunst im Sinne des § 3 Abs 1 UrhG vor, so kommt es nicht darauf an, ob dieses einen praktischen Gebrauchswert hat. Entspricht ein Muster den Voraussetzungen, um urheberrechtlichen Schutz zu genießen, so gelten Urheberrechtsgesetz und Musterschutzgesetz nebeneinander. Nach stRsp des OGH bedarf es in diesem Kontext auch keiner Abgrenzung zum Musterschutz, da dieser unabhängig vom Schutz des Urheberrechtes in Anspruch genommen werden kann. Unterschiede bestehen in Bezug auf das Schutzobjekt und der Entstehung des Schutzes. Schutzobjekt des Musterschutzes ist das bei der zuständigen Behörde (Patentamt) hinterlegte Muster in seiner spezifischen, äußeren Erscheinungsform. Im Gegensatz dazu schützt das Urheberrecht die individuelle, geistige, eigentümliche Schöpfung. Während der Urheberrechtsschutz mit der Schaffung des Werkes entsteht, ist für die Erlangung des Musterschutzes die Anmeldung und Hinterlegung beim Patentamt relevant. Musterschutz entsteht daher erst mit einem aktiven Willensakt des Schöpfers.

III.1.3 Werkteile

Nicht nur das Gesamtwerk genießt urheberrechtlichen Schutz, sondern auch dessen Bestandteile (§ 1 Abs 2 UrhG).²⁶¹ Gerade durch die immer schnellere und flächendeckendere Verbreitung von Werken wird der Schutz von Werkteilen zunehmend interessant. Als Beispiele für Werkteile können hier das berühmte Lächeln der „Mona Lisa“ und *Botichellis* zentrale Frauenfigur aus „La Primavera“ herangezogen werden. In beiden Fällen handelt es sich um Teile von bekannten Werken der bildenden Kunst, die einen hohen Wiedererkennungswert haben. Werden sie als Bestandteile in einem anderen Werk verwendet, kann dies, obwohl sie nur ein Teil eines Werkes sind, einen urheberrechtlichen Eingriff darstellen.²⁶² Dennoch genießt nicht jeder Werkteil urheberrechtlichen Schutz, sondern nur jener, der eine eigentümliche geistige Schöpfung darstellt.²⁶³ An Bestandteile ist an sich der gleiche Beurteilungsmaßstab anzulegen wie an das Gesamtwerk.²⁶⁴ In den oben genannten Fällen liegt zweifelsfrei eine individuelle, eigentümlich geistige Schöpfung der Werkteile vor, da „Mona Lisas“ Lächeln und die zentrale Figur in „La Primavera“ wesentliche Werkteile ihres jeweiligen Gesamtwerkes

Im Vergleich zu der vom Urheberrechtsgesetz vorausgesetzten individuellen, geistigen, eigentümlichen Leistung muss, um Musterschutz zu erlangen, „objektive Neuheit“ vorliegen. Zahlreiche Werke der angewandten Kunst werden neben einem urheberrechtlichen auch einen musterschutzrechtlichen Schutz genießen, sofern der Schöpfer das Muster angemeldet hat. Eine Generalisierung, dass jedes Werk der angewandten Kunst musterschutzfähig ist, ist zu verneinen.

Nicht zuletzt unterscheiden sich die Schutzrechte in Bezug auf deren Dauer. Während das Urheberrecht unentgeltlich 70 Jahre *post mortem* des Schöpfers fort dauert, kann das Musterschutzrecht – vorausgesetzt, dass die entsprechenden Gebühren entrichtet werden – maximal auf 25 Jahre ab dem Anmeldungstag erstreckt werden. Zusammenfassend können sich Designschutz (Musterschutz) und Urheberrecht überschneiden; im Streitfall wird das Urheberrecht, das ein weites Spektrum an Rechtsbehelfen anbietet, eher zur Anwendung gelangen als das engere Musterschutzgesetz. Weiterführende Literatur: *Blum*, Parallelen des Urheberrechtsschutzes zum Musterschutz, ÖBl 1981, 113; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 3 UrhG Rz 25; zuletzt OGH 12. 8. 1996, 4 Ob 2161/96i MR 1997, 33 (*Walter*) = ÖBl 1997, 38 = GRURInt 1997, 1030 (*Schanda*), *Buchstützen*; andere Ansicht in Deutschland: *Fromm/Nordemann*⁹ § 2 dUrhG Rz 52; *Walter*, Urheberrecht I Rz 198; OGH 7. 4. 1992, 4 Ob 36/92, *Bundesheer Informationsblatt*; weiterführende Literatur: *Blum*, Parallelen des Urheberschutzes zum Musterschutz, ÖBl 1986, 33 (34); *Walter* in MR 1992, 31f. ÖBl 1972, 157; ÖBl 1985, 24; MR 1992, 27; JBl 1973, 41; OGH 5. 11. 1991, 4 Ob 95/91; *Blum* in ÖBl 1981, 113.

²⁶¹ *Walter*, Urheberrecht I Rz 159.

²⁶² *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 1 UrhG Rz 52.

²⁶³ Vergleich dazu hL *Ahlberg* in *Möhring/Nicolini*, UrhG² § 2 Rz 159; *von Gamm* in *Mestmäcker/Schulze*, UrhKomm I § 1 UrhG Rz 14; *Nordemann/Vinck* in *Fromm/Nordemann*, UrhR⁹ § 2 Rz 24; OGH 24. 1. 2006, 4 Ob 211/05 s, *Chairik*; weitere Entscheidungen in *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 187 zu § 1 UrhG.

²⁶⁴ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 1 UrhG Rz 51.

sind. Ihre widerrechtliche Verwendung stellt daher eine Urheberrechtsverletzung dar. Aber schon kleine Teile sind, sofern es sich um eine eigentümliche geistige Leistung handelt, für sich schutzfähig. Auf die Größe oder die Rolle des Bestandteiles im Gesamtbild kommt es daher nicht an.²⁶⁵ Rechtlich spannend sind Collagen, die gerade in der Kunst des 20. Jahrhunderts eine wesentliche Rolle spielen. Die für die Zusammenstellung in der Collage verwendeten Teile anderer Werke werden durch die individuelle Zusammenstellung in einem Gesamtkonzept zu einer eigentümlichen geistigen Leistung, die als Werk der bildenden Kunst selbst Schutz genießt (siehe dazu auch Kapitel II.7.7., Kapitel III.1.6.).

Die Schutzfähigkeit von Werkteilen zeigt deutlich die Schwierigkeit des Schöpfers, Eingriffen Dritter entgegenzuwirken und die Möglichkeit einer Durchsetzung überhaupt zu erkennen. Während bei Kunstfälschungen primär auf Komplettfälschungen (d.h. das gesamte Werk wird widerrechtlich vervielfältigt) juristisch reagiert wird, bleiben Teilfälschungen oft unentdeckt oder unbekämpft.

Schwierig ist die Frage zu beantworten, wann ein schutzfähiger Werkteil, der in ein neues Gesamtwerk eingefügt wird, Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten eröffnet und wann dieser selbst Schutz genießt. Oftmals liegt in Fällen, in denen ein Werkteil zum Bestandteil eines anderen Werkes wird, eine Bearbeitung oder eine frei Neuschöpfung vor, dem selbst urheberrechtlicher Schutz zukommt. Es ist auch nicht auszuschließen, dass das neue Werk einen urheberrechtlichen Eingriff darstellt und zugleich urheberrechtlichen Schutz genießt.

III.1.4 Exkurs: Bearbeitung

Bearbeitungen genießen Kraft Gesetz den gleichen urheberrechtlichen Schutz wie das Ausgangswerk (§ 5 Abs 1 UrhG), sofern sie selbst eine eigentümliche, geistige Schöpfung sind.²⁶⁶ Eine Bearbeitung liegt vor, wenn das Wesen des

²⁶⁵ *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 1 Punkt 4.1.

²⁶⁶ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 5 UrhG Rz 1; *Schumacher* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 5 Punkt 2; ErläutRV 1936 in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 52; auch

Originalwerkes unverändert bleibt, während die äußere Erscheinung neu gestaltet wird und diese Änderung eine eigentümliche geistige Leistung im Sinne des UrhG ist.²⁶⁷ Beiden Werken (Bearbeitung und Ausgangswerk) kommt nebeneinander urheberrechtlicher Schutz zu, sofern sie im Sinne des § 1 UrhG schutzbar sind.²⁶⁸ Dennoch ist der Urheber der Bearbeitung in seiner freien Verfügungsgewalt eingeschränkt und muss vor Verwertung seiner Bearbeitung das Einverständnis des Ausgangswerkurberebers einholen (§ 14 Abs 2 UrhG).²⁶⁹ Davon ausgenommen sind Fälle, in denen die urheberrechtliche Schutzfrist des Ausgangswerkes bereits abgelaufen ist bzw. dieses selbst nicht schutzfähig ist. In beiden Fällen wird nur der Schöpfer der Bearbeitung urheberrechtlich geschützt. Unabhängig von diesen verwertungsrechtlichen Aspekten greift der Bearbeitende immer in Urheberpersönlichkeitsrechte des Schöpfers des Ausgangswerkes ein. Wird die entsprechende Zustimmung nicht eingeholt, liegt nach Ansicht *Ciresas* ein Plagiat vor.²⁷⁰ Die von *Ciresa* verwendete Bezeichnung „Plagiat“ ist meines Erachtens nicht passend, da, wie in Kapitel II.7.6. bereits näher beschrieben wurde, ein Plagiat eine widerrechtliche Übernahme und Verbreitung von fremdem geistigem Eigentum ist, die die Verwendung des Originalurhebernens²⁷¹ voraussetzt. Bei der Bearbeitung wird aber gerade nicht der Name des Originalurhebers verwendet, sondern jener des bearbeitenden Künstlers.

Von der Bearbeitung im Sinne des § 5 Abs 2 UrhG ist die „freie Nachschöpfung“ zu unterscheiden. Während bei der Bearbeitung die Züge des Ausgangswerkes noch erkennbar sein können, tritt das Ausgangswerk im Fall der freien

OGH 12. 7. 2005, 4 Ob 45/05d, *TerraCAD*, MR 2005, 379 (*Walter*) mwN; *Walter*, Urheberrecht I Rz 274; vgl auch Art 2 Abs 3 RBÜ 1967/71.

²⁶⁷ OGH 7. 4. 1992, 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (*Walter*) = ÖBl 1992, 75 = SZ 65/49 = ecolex 1992, 448 = GRURInt 1993, 176, *Servus Du*; OGH 12. 7. 2005, 4 Ob 45/05d MR 2005, 379 (*Walter*) = ecolex 2005, 924 (*Braunböck*), *TerraCAD*; siehe ErläutRV 1936 in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 53; OGH 15. 1. 1991, 4 Ob 168/90, *Gaswerk*, MR 1991, 109 (*Walter*); *Ciresa*, Urheberwissen 77 f; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 5 UrhG Rz 9.

²⁶⁸ Vgl gleicher Ansatz in Art 2 Abs 3 RBÜ.

²⁶⁹ *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 1–3 zu § 5 UrhG.

²⁷⁰ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 5 UrhG Rz 13; *Fromm/Nordemann*⁹ Rz 1 f zu § 24 Anh dUrhG; *Brugger*, Zur Frage der Abgrenzung zwischen urheberrechtlichem und wettbewerbsrechtlichem Plagiatsschutz, GRUR 1957, 325 ff.

²⁷¹ *Walter*, Urheberrecht I Rz 11.

Nachschöpfung in den Hintergrund.²⁷² Der Unterschied zwischen einer zustimmungspflichtigen Bearbeitung und einer zustimmungsfreien Neuschöpfung („freie Bearbeitung“) ist fließend und stark einzelfallbezogen. Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung kann von einer freien Bearbeitung ausgegangen werden, wenn das benutzte Werk völlig in den Hintergrund tritt und sich die Übereinstimmung mit dem Ausgangswerk ausschließlich auf Thema, Stoff, Idee oder Problemstellung bezieht.²⁷³

Nicht jede Veränderung des Ausgangswerkes ist eine Bearbeitung im urheberrechtlichen Sinn. Nach herrschender höchstgerichtlicher Judikatur muss die Bearbeitung eine eigenständige geistige Leistung sein, sodass die individuellen geistigen Schöpfungen des Ausgangswerkurnehbers und des Bearbeiters zum Ausdruck kommen.²⁷⁴ Obwohl die individuellen Züge des Ausgangswerkes in der Bearbeitung erkennbar sein können, reicht eine rein mechanische Veränderung nicht aus.²⁷⁵ Häufigstes praktisches Beispiel für Bearbeitungen sind Restaurierungen.²⁷⁶ Lege artis ausgeführt, werden z.B. bei der Restaurierung eines Ölgemäldes die Firnis oder spätere Übermalungen entfernt und Fehlstellen ausgeglichen. Dabei handelt es sich um Eingriffe, die über rein mechanische Eingriffe hinausgehen und dem Ausgangswerk zu einem neuen Erscheinungsbild verhelfen. Obwohl Restaurierungen Bearbeitungen sein können, kann meines Erachtens nicht angenommen werden, dass alle Restaurierungen Bearbeitungen sind. Vor allem viele kleinere Restaurierungen werden gerade keinen urheberrechtlichen Schutz genießen, da sie weder den Anforderungen des § 1 UrhG noch jenen des § 5 UrhG entsprechen.

Sowohl Bearbeitungen als auch freie Neuschöpfungen können ein kreatives Potenzial enthalten, dass aus der Perspektive des (Bearbeitung-/Neuschöpfungs-) Künstlers eine eigentümliche, schutzfähige Schöpfung darstellt. Viele Fälscher

²⁷² Ciresa, Urheberwissen 77 f; Ciresa, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 5 UrhG Rz 44; Walter, Urheberrecht I Rz 286.

²⁷³ OGH 8. 3. 1994, 4 Ob 16/94, *Hallo Pizza*; Schumacher in Kucsko, urheber.recht (2008) § 5 Punkt 5.2; Walter, Urheberrecht I Rz 286 f.

²⁷⁴ OGH 12. 7. 2005, 4 Ob 45/05 d, *TerraCAD*, siehe auch FN 25 und 26.

²⁷⁵ OGH 15. 1. 1991, 4 Ob 168/90, *Gaswerk*.

²⁷⁶ *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 5 Rz 4.

mit juristischem Halbwissen bedienen sich daher der Ausrede, dass es sich nicht um eine Fälschung, sondern vielmehr um eine Bearbeitung oder freie Neuschöpfung handle. Dieser Argumentation ist jedoch nur bedingt zu folgen, da es vielen Fälschungen an der notwendigen Eigentümlichkeit der geistigen Schöpfung mangelt, um urheberrechtlichen Schutz genießen zu können.

III.1.5 Eigentümlichkeit der Schöpfung

Ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung des Urheberrechtsschutzes ist die **Eigentümlichkeit** der geistigen Leistung.²⁷⁷ Eigentümlichkeit ist das Erfordernis, dass „die Persönlichkeit des Urhebers, die Einmaligkeit seines Wesens, in der Schöpfung so zum Ausdruck kommen muss, dass auch dieser dadurch der Stempel der Einmaligkeit und Zugehörigkeit zu ihrem Schöpfer ausgeprägt wird“.²⁷⁸ Mit anderen Worten: In der Dreiecksbeziehung Künstler-Werk-Betrachter muss durch den Künstler eine subjektive, gedankliche Verbindung geschaffen werden, die individuell oder originell ist.²⁷⁹

Aufgrund des Einflusses der höchstgerichtlichen Judikatur zur Fotografie und der Computerrichtlinie²⁸⁰ wird auch dieses Kriterium weiter ausgelegt,²⁸¹ sodass auch Fotografien von Fahrrädern vor einer Landschaft urheberrechtlichen Schutz genießen. Einmaligkeit und Individualität liegen in diesem Fall in der Art und Perspektive, wie das Foto aufgenommen wurde. Aus dem gleichen Grund sind Werke der modernen Kunst, wie beispielsweise *Serge Spitzers* Installation auf

²⁷⁷ Walter, Urheberrecht I Rz 104.

²⁷⁸ *Kucsko in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 1 Punkt 2.3.1; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 1 UrhG Rz 19–21; ErläutRV 1936 in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 43.

²⁷⁹ Walter, Anm zu OGH 10. 12. 1985, 4 Ob 387/85 MR 1986/2, 20 (23), Tagebücher; ders, Anm zu OGH 23. 10. 1990, 4 Ob 136/90 MR 1991, 22 (24) – *So ein Tag*; GRURInt 1974, 429 (430).

²⁸⁰ ComputerRL (SoftwareRL): RL 91/250/EWG des Rates v 14. 5. 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl L 1991/122, 42 idF der RL 93/98/EWG des Rates v 29. 10. 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABl L 1993/290, 9 und des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum – Anhang XVII – Geistiges Eigentum – Verzeichnis nach Artikel 65 Absatz 2, ABl L 1994/1, 482.

²⁸¹ *Kucsko in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 1 Punkt 2.3.1; OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 179/01d, Eurobike.

dem Dachboden des Ursulinenklosters in Linz anlässlich der Ausstellung „Höhenrausch“, urheberrechtlich geschützt.



Abbildung 1²⁸²

Bei dieser Installation handelt es sich um ca. 1,5 Millionen kleine Kugeln aus wiederverwertetem Stahl, die auf dem hölzernen Dachboden des Linzer Ursulinenklosters verstreut wurden. Zuletzt bejahte der Oberste Gerichtshof den urheberrechtlichen Schutz, sofern das Werk über Alltägliches, Landläufiges oder üblicherweise Hervorgebrachtes hinausgeht. Individuelle und originelle Gestaltungen müssen über die allseits bekannten Fähigkeiten hinausgehen, sodass ein individuelles und originelles Ergebnis entsteht.²⁸³ Entscheidend ist daher das Ergebnis, nicht die verwendeten Mittel, wie die Beispiele der Installation des Ursulinenklosters oder *Duchamps Ready Mades* zeigen.

²⁸² http://www.linz09.at/fm/4972/Serge%20Spitzer_Untitled_c_Otto%20Saxinger_p_k.jpg.

²⁸³ OGH 28. 5. 2002, 4 Ob 65/02 s – *Tischkalender*; OGH 28. 9. 2004, 4 Ob 184/04v, Leistungsbeschreibung; OGH 24. 4. 2001, 4 Ob 94/01 d, www.telering.at; *Nordemann/Vinck* in *Fromm/Nordemann*, UrhR⁹ § 2 Rz 20; *Loewenheim* in *Schricker*, UrhR³ § 2 Rz 26; stRsp etwa OGH 20. 6. 2006, 4 Ob 98/06 z, *Bauernhaus*.



Abbildung 2²⁸⁴

Orientiert sich der Schöpfer an bekannten, alltäglichen Objekten oder bedient er sich wie bei (Teil)fälschungen bekannter Werke bzw. Werkteile, so ist meines Erachtens der Maßstab der gedanklichen Bearbeitung, d.h. der individuellen Gestaltung, wesentlich höher anzulegen, um den urheberrechtlichen Schutz zu bejahen.²⁸⁵ Im Vergleich dazu werden Schöpfer von Identfälschungen kaum das Argument der Eigentümlichkeit und der Schutzfähigkeit des eigenen Werkes (Bearbeitung oder freie Neuschöpfung) verwenden können, da sie sich nicht auf die Eigentümlichkeit ihres Werkes berufen können. Urheberrechtlicher Schutz ist für Identfälschungen daher nicht möglich.

III.1.6 Exkurs: Wandel des Werkbegriffes – der Einfluss des „Alltäglichen“

Nicht nur die Verwendung fremder, urheberrechtlich geschützter Werkteile kann zu Auseinandersetzungen führen, auch der Einsatz von Alltagsgegenständen enthält Konfliktpotenzial.

²⁸⁴ <http://picses.eu/domain/dimpost.wordpress.com/>.

²⁸⁵ OGH 12. 8. 1996, 4 Ob 2161/96 i, *Buchstützen*.

Der Einfluss des „Alltäglichen“ ist seit beinahe 100 Jahren fixer Bestandteil der bildenden Kunst. Während Zeitungs- oder Plakatausschnitte in Collagen des Kubismus, etwa bei *George Braque* oder *Pablo Picasso*, eine wichtige, aber im Gesamtkontext noch eine Nebenrolle einnahmen, machte *Marcelle Duchamp* einige Jahre später Alltagsobjekte (Pissoir-Becken, Flaschentrockner) zum Kunstwerk. Flaschentrockner und Pissoir-Becken sind heute unbestrittene Werke der bildenden Kunst und genießen urheberrechtlichen Schutz.²⁸⁶

III.1.7 Freihaltebedürfnis

Manche Fälscher bedienen sich neben dem Argument, dass es sich bei ihren Fälschungen um „Bearbeitungen“ oder „freie Neuschöpfungen“ handelt, der Ausrede des „Freihaltebedürfnisses“, um die Entnahme bestimmter schutzfähiger Werkteile zu rechtfertigen. Dabei wird der Bereich des Freihaltebedürfnisses in Abgrenzung zur rechtswidrigen Entnahme von schutzfähigen Werkteilen weiter interpretiert, als es der Gesetzgeber zulässt.

Um neue Werke schaffen zu können, muss dem Urheber einerseits Schutz gewährt werden, andererseits ist nicht alles zu schützen. Insbesondere Stil, Technik und Maniera sind nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung frei.²⁸⁷ So individuell der Stil eines Künstlers auch sein mag, ist er nicht Schutzobjekt des Urheberrechtsgesetzes, da er auch für andere Künstler zugänglich bleiben muss („Freihaltebedürfnis“).²⁸⁸

An diesem Punkt haken, wie oben beschrieben, zahlreiche Fälscher ein, um die Entnahme von Werkteilen zu rechtfertigen. Dabei übersehen sie, dass die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werkteile nicht unter das Argument des „Freihaltebedürfnisses“ subsumiert werden kann, sondern einen

²⁸⁶ Weiterführende Literatur zum urheberrechtlichen Schutz moderner Kunst bei *Hauer* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) Nach § 1 Punkt 1ff.

²⁸⁷ OGH 21. 12. 2004, 4 Ob 201/04 v, *Alles in Dosen*; OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 229/02 h, *Hundertwasserhaus II*; OGH 16. 3. 1982, 4 Ob 434/81, *Koch-Männchen*; *Walter*, *Urheberrecht I Rz 154* (weitere Literatur in FN 464).

²⁸⁸ *Walter*, *Urheberrecht I Rz 109*.

ungerechtfertigten Eingriff in fremde Rechte darstellt. In der Praxis ist daher genau zwischen der Übernahme geschützter Werkteile und z.B. einer Stilübernahme zu unterscheiden.

Die Frage, ob lediglich gemeinfreie Teile verwendet wurden oder ein Eingriff in urheberrechtlich geschützte Werkteile vorliegt, ist eine vom Richter zu beurteilende Rechtsfrage. Im Streitfall trägt der Kläger (Urheber des Originalen) die Beweislast für jene Merkmale, die ein Objekt urheberrechtlich schützbar machen. Die Schutzfähigkeit an sich ist jedoch eine Rechtsfrage, die durch den Richter zu klären ist. Die Behauptung, dass der Schöpfung kein fremdes Werk als Vorlage diene und einzelne werkbegründende Gestaltungselemente weder durch den Verwendungszweck technisch bedingt, noch gemeinfrei seien, zählt nicht zu den prozessualen Pflichten des Klägers.²⁸⁹ Der Beklagte kann dem Vorbringen und den Beweisen des Klägers entgegenhalten, dass sich die Übereinstimmungen zwischen den beiden streitgegenständlichen Werken nur auf freie, urheberrechtlich ungeschützte Teile beziehen (z.B. der verwendete Stil [Maniera], gemeinfreie Werkteile oder Merkmale, die sich aus technischen Notwendigkeiten ergeben).²⁹⁰

III.1.8 Urheber/Anspruchsberechtigte

Nachdem der Schutzzweck und das Schutzobjekt umrissen werden konnten, muss abschließend die Frage des Anspruchsberechtigten geklärt werden, da nur dieser zur Durchsetzung von Urheberrechtsverletzungen berechtigt ist.

In § 10 Abs 1 UrhG definiert der Gesetzgeber den Urheber als jene Person, die das Werk geschaffen hat.²⁹¹ An diese einfache Legaldefinition schließen zahlreiche weiterführende Probleme, wie beispielsweise Miturheberschaft und

²⁸⁹ OGH 5. 11. 1991, 4 Ob 95/91, *Le-Corbusier-Liege*.

²⁹⁰ OGH 5. 11. 1991, 4 Ob 95/91, *Le-Corbusier-Liege*.

²⁹¹ *Walter*, Urheberrecht I Rz 326.

Urheberschaft an Datenbanken und Filmen, an, die an dieser Stelle, aufgrund ihrer unbedeutenden Rolle für Kunstfälschungen, nicht thematisiert werden sollen.²⁹²

Neben dem Urheber selbst sind auch Dritte berechtigt, urheberrechtliche Ansprüche durchzusetzen, sofern sie aufgrund des Gesetzes oder Kraft vertraglicher Vereinbarung dazu legitimiert sind.

Zu den Anspruchsberechtigten Kraft Gesetz zählen insbesondere die Erben des Urhebers, die nach dem Ableben des Urhebers dessen Rechte 70 Jahre lang geltend machen können.²⁹³ Bekanntestes Beispiel für die Durchsetzung postumer Urheberrechte durch Dritte ist der durch den deutschen BGH entschiedene Fall der *Emil Nolde-Stiftung*.²⁹⁴

Kraft vertraglicher Vereinbarung können Werknutzungsberechtigte bzw. jene Personen, denen eine Werknutzungsbewilligung eingeräumt wurde, Schutzrechte des UrhG gerichtlich durchsetzen.²⁹⁵

Im Falle von Fälschungen können daher nicht nur der Urheber selbst oder seine Erben aktivlegitimiert sein, sondern auch Dritte, deren rechtliche Interessen durch die Fälschung beeinträchtigt sind.

Zusammenfassend muss mehr denn je jede Schöpfung exakt, in allen Details ihrer Ausführung und des dahinter stehenden Konzeptes betrachtet werden, um zu einem abschließenden Urteil über dessen urheberrechtliche Schutzfähigkeit zu gelangen.

²⁹² Weiterführende Literatur in *Altschul*, Gesetzliche Urheberschaftsfiktionen, JBl 1916, 229 (241); *ders*, Subjektsloses Urheberrecht an sich, JBl 1918, 507; *Dillenz*, Urheberrechtsschutz heute, ÖBl 1990, 1 (3); *Schack*, Wem gebührt das Urheberrecht: dem Schöpfer oder dem Produzenten? ZUM 1990, 59; *Kremser*, Der Jurist im öffentlichen Dienst als Urheber, in *Anwalt und Berater der Republik – FS zum 50. Jahrestag der Wiedereinrichtung der österreichischen Finanzprokuratur* (1995) 49; *Dittrich*, Grundsätze des österreichischen Urheberrechts, RfR 2004, 30; *Thiele/Laimer*, Urheberrechte an gesetz- oder sittenwidrigen Werken – Grenzen des Schöpferprinzips? RdW 2004/666 (718).

²⁹³ *Hornsteiner* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) § 10 Punkt 3.4; *Walter*, *Urheberrecht I* Rz 504 ff.

²⁹⁴ BGHZ 107, 384 = GRUR 1995,668, *Nolde*.

²⁹⁵ *Guggenbichler* in *Ciresa*, *Österreichisches Urheberrecht* (2006) § 26 UrhG Rz 10 f; *Ciresa*, *Österreichisches Urheberrecht* (2006) § 24 UrhG Rz 1 ff.

In den vergangenen Jahren war der Werkbegriff einem erheblichen Wandel unterworfen. Während die eigentümliche, geistige Schöpfung, die sich in ihrer Eigenheit von anderen Werken unterscheidet, weiterhin vorausgesetzt wird, sind andere früher wesentliche Kriterien, wie jenes der „Werkhöhe“ der Schöpfung, durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung gefallen.²⁹⁶ Diese Entwicklung hin zu einem wesentlich weiteren Schutzobjekt spiegelt die Evolution der zeitgenössischen bildenden Kunst wider und wurde von Juristen und Kunsthistorikern begrüßt. Zudem sind auch ästhetische oder künstlerische Werte für die Beurteilung des urheberrechtlichen Schutzes heute nicht mehr ausschlaggebend. Selbst Werke, die gegebenenfalls als minderwertig oder geschmacklos²⁹⁷ beurteilt werden könnten, sind aufgrund der Persönlichkeit ihres Schöpfers und der daraus resultierenden Individualität²⁹⁸ schutzbar. So ist, durch die Aufgabe überholter Kriterien, wie beispielsweise der Werkhöhe, die Individualität das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung zwischen geschützten und ungeschützten Werken. Gerade urheberrechtliche Sonderfälle, wie die Bearbeitung sowie die freie Neuschöpfung, und das „Freihaltebedürfnis“ sind Argumente, die vermehrt von Fälschern eingesetzt werden, um ihre Werke zu legitimieren. Diese Tendenz spiegelt das gestärkte Selbstbewusstsein von Fälschern wider, welches sich aus der Entwicklung der Kunst seit der Mitte des vergangenen Jahrhunderts und dem daraus resultierenden Bedeutungswandel ergeben hat.

²⁹⁶ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006) § 1 UrhG Rz 22; weitere Literatur und Judikatur in *Walter*, Urheberrecht I Rz 190 f.

²⁹⁷ OGH 14. 5. 1996, 4 Ob 2085/96 p, Hier wohnt ...; siehe auch Entscheidungen in FN 37.

²⁹⁸ OGH 1. 7. 1986, 4 Ob 353/86, Weihnachtslieder.

III.2 Zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen des UrhG

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen Urheberpersönlichkeitsrechten und Werknutzungsrechten.²⁹⁹ Im Fälschungsfall sind sowohl Urheberpersönlichkeitsrechte als auch Werknutzungsrechte beeinträchtigt. Diese Unterscheidung ist letztlich für die Wahl des Rechtsbehelfs gegen den Fälscher bzw. seine Mit- oder Auftragstäter von Bedeutung.

Werknutzungsrechte sind in den §§ 14–18a UrhG näher umschriebene Rechte (Recht auf Veröffentlichung, Vervielfältigung, Verbreitung, Vermietung und Verleihung sowie Sendung, Aufführung und Zurverfügungstellung), die es dem Urheber ermöglichen, sein Werk wirtschaftlich nutzbar zu machen.³⁰⁰ Im Gegensatz zu den Urheberpersönlichkeitsrechten sind die Werknutzungsrechte (§ 24 UrhG) auf Dritte – gesamt oder teilweise – übertragbar,³⁰¹ sodass nicht nur der Originalurheber selbst, sondern auch Dritte zur Rechtsdurchsetzung berechtigt sind.

Urheberpersönlichkeitsrechte (§§ 19–21 UrhG) dienen dem Schutz der geistigen Interessen des Urhebers an seinem Werk. Schutzzweck ist die persönliche, geistige Beziehung zwischen Werk und Urheber.³⁰² Urheberpersönlichkeitsrechte ermöglichen dem Urheber, auf Erhaltung und Wiedergabe seines Werkes in unversehrter Gestalt einzuwirken. Damit bilden sie die Ergänzung zu jenen Anspruchsgrundlagen, die auf die wirtschaftliche Nutzung des Werkes (Werknutzungsrechte) fokussiert sind. In der Lehre wird zwischen den Urheberpersönlichkeitsrechten im weiteren Sinn und im engeren Sinn (§§ 19–21 UrhG) unterschieden.³⁰³ Unter den Urheberpersönlichkeitsrechten im weiteren Sinn sind all jene Rechte zu verstehen, die es dem Urheber ermöglichen, über die

²⁹⁹ *Walter*, Urheberrecht I Rz 517.

³⁰⁰ *Walter*, Urheberrecht I Rz 519.

³⁰¹ § 24 Abs 1 UrhG; *Ciresa*, Urheberwissen 149 ff; *Büchele* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 24 Punkt 2.1; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2005) § 24 UrhG Rz 1–3.

³⁰² *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (1999) Vorbem zu §§ 19–21 UrhG Rz 1; *Grubinger* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 19 Punkt 2.2; *Walter*, Urheberrecht I Rz 886; vgl auch Art 6 RBÜ 1967/71.

³⁰³ Siehe ua *Grubinger* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 19 Punkt 2.1.

ihm zustehenden Rechte zu verfügen. Dazu zählen z.B. das Recht, ein Werknutzungsrecht zu widerrufen (§ 29 UrhG), und der Titelschutz (§ 80 UrhG).³⁰⁴ Unverzichtbarkeit³⁰⁵ und Unübertragbarkeit³⁰⁶ sind die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale der Urheberpersönlichkeitsrechte gegenüber Werknutzungsrechten. In der Praxis ist die Unübertragbarkeit bereits aufgeweicht, sodass Dritte, denen ein exklusives Werknutzungsrecht eingeräumt wurde, und Verwertungsgesellschaften Ansprüche geltend machen können (z.B. § 19 UrhG).³⁰⁷ Urheberpersönlichkeitsrechte wirken, im Vergleich zu herkömmlichen Persönlichkeitsrechten, die idR mit dem Tod des Schutzsubjekts enden, wesentlich weiter: Nach dem Tod des Urhebers sind dessen Erben berechtigt, bis zum Ende der Schutzfrist, teilweise sogar selbst nach Ablauf der Schutzfrist, Urheberpersönlichkeitsrechte geltend zu machen (§§ 19 und 21 Abs 3 UrhG).³⁰⁸

III.2.1 § 20 UrhG – Recht auf Namensnennung

Bei Komplettfälschungen (auch als „Identfälschungen“ bekannt), d.h. in Fällen, in denen ein urheberrechtlich geschütztes Werk inklusive der Signatur unrechtmäßig vervielfältigt wird, ist unter anderem das Recht des Originalurhebers auf Namensnennung verletzt. Obwohl § 20 UrhG den Urheber eines Werkes berechtigt, jederzeit ein von ihm geschaffenes Werk mit seinem Namen zu bezeichnen,³⁰⁹ ist § 20 UrhG für den Originalurheber nicht in allen Fälschungsfällen das richtige Instrument.

Wird die Fälschung unrichtigerweise durch die Verwendung der falschen Signatur dem Originalurheber zugeschrieben, so kann eine solche unrichtige Zuschreibung nicht mittels UrhG geltend gemacht werden. Der Schutz des unrechtmäßigen Namensgebrauchs fällt in den Schutzbereich des § 43 ABGB und nicht der §§ 19

³⁰⁴ *Grubinger in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 19 Punkt 2.1.

³⁰⁵ Zur Unverzichtbarkeit *Dietz in Schrickler*, UrhR³ Vor § 12 Rz 28ff; *Grubinger in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 19 Punkt 2.5; *Walter*, Urheberrecht I Rz 890.

³⁰⁶ *Grubinger in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 19 Punkt 2.4; *Walter*, Urheberrecht I Rz 889.

³⁰⁷ OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 229/02 h, Hundertwasserhaus II; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2002) § 19 UrhG Rz 4.

³⁰⁸ *Grubinger in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 19 Punkt 2.3; *Horak in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 65; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2002) § 19 UrhG Rz 4.

³⁰⁹ *Walter*, Urheberrecht I Rz 898 ff.

und 20 UrhG.³¹⁰ Die Geltendmachung der falschen Namensverwendung des § 43 ABGB setzt voraus, dass der Originalurheber seine Beeinträchtigung durch die Verwendung seines Namens nachweisen kann. Dennoch kann sich der Originalurheber gegen den Fälscher mit Hilfe des § 43 ABGB zur Wehr setzen, sofern es dem Urheber des Originals möglich ist, die durch die Verwendung seines Namens auf Fälschungen entstandene Beeinträchtigung nachzuweisen.³¹¹ Im oben beschriebenen Fall der Komplettfälschung kann die Beeinträchtigung sowohl materieller als auch immaterieller Natur sein. Nicht nur der Ruf des Originalurhebers kann in solchen Fällen beeinträchtigt werden, sondern auch der Marktwert der Originalwerke. Bleiben die Fälschungen qualitativ hinter den Originalen zurück, so kann dies zu einer Reduktion der Nachfrage und des Marktpreises der Werke des Originalurhebers führen.

III.2.2 § 21 UrhG – Werkschutz

Der Telos des § 21 UrhG³¹² ist darauf gerichtet, das eigene Werk vor ungewollten Veränderungen zu schützen. Ein Aspekt, der gerade für Verfälschungen eine wesentliche Rolle spielt.

Wie in Kapitel II. dargestellt, können auch Verfälschungen, also Umgestaltungen von Originalwerken, erheblich in die Rechte des Urhebers und in jene Dritter eingreifen und zählen daher zu den Fälschungen im weiteren Sinn. So kann beispielsweise die Änderung einer Jahreszahl oder einer Signatur zu einem erheblichen Preisanstieg bzw. Preisverfall führen. Dass für die Tatbestandsmäßigkeit des § 21 UrhG ein körperlicher Eingriff in das Werk nicht notwendig ist, zeigt die Entscheidung „Mount Rainer“.³¹³ Hier wurden beispielsweise die Wiedergabe eines Ölgemäldes im Hochformat anstatt im Querformat und das Weglassen des Bildrandes bereits als Änderungen im Sinne

³¹⁰ *Grubinger in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 19 Punkt 3.2.

³¹¹ *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 1 Rz 5; vgl auch *Kucsko*, Geistiges Eigentum (2003) 1199; *Grubinger in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 19 Punkt 3.2.

³¹² *Walter*, Urheberrecht I Rz 923.

³¹³ OLG Wien 21. 9. 1989, 2 R 172/89, Mount Rainier; *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 8 zu § 21 UrhG.

des § 21 UrhG angenommen. Derart wesentliche Änderungen hätten die Zustimmung des Urhebers bedungen.³¹⁴ Wesentliche Eingriffe in die Substanz, wie etwa Übermalungen oder Beschneidungen, die so weit gehen, dass die Aussage des Werkes verändert wird, treten nicht nur bei Verfälschungen auf, sondern sind auch bei Restaurierungen ein wichtiges Thema. Während man heute bei Restaurierungen darauf achtet, dass der historisch gewachsene Zustand erhalten bleibt, so wurde darauf noch vor wenigen Jahrzehnten keine Rücksicht genommen.

Zu beachten ist, dass in Fällen der Identfälschung § 21 UrhG nicht zum Schutz der Interessen des Urhebers eingesetzt werden kann, da bei Identfälschungen ein vollkommen neues Werk geschaffen wird und es daher an der für § 21 UrhG tatbestandsmäßigen Veränderung am Original mangelt.

III.2.3 Zivilrechtliche Anspruchsdurchsetzung

Liegt eine Verletzung der zuvor dargestellten Werknutzungsrechte bzw. Urheberpersönlichkeitsrechte vor, so können diese rechtlich mittels Klage auf Unterlassung, Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, Schadenersatz oder Urteilsveröffentlichung gegenüber Dritten durchgesetzt werden.³¹⁵

Abhängig von der Position des Aktivlegitimierten und dem jeweiligen Einzelfall können zwei oder mehrere Ansprüche miteinander verbunden werden,³¹⁶ da das UrhG kein Verbot einer kumulativen Geltendmachung von Ansprüchen vorsieht. Gerade für präventive Maßnahmen, die den Eintritt weiterer Schäden verhindern sollen, sind oftmals die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruches mittels einstweiliger Verfügung und eine Kombination eines Unterlassungs- mit einem

³¹⁴ Weiteres Beispiel: Abbildung eines Bildes von *Magritte* auf einer Kondompackung, vgl. *Hertin* in *Fromm/Nordemann*, UrhR⁹ § 14 Rz 8 f; so auch *Dietz* in *Schricker*, UrhR³ § 14 Rz 21, 23 ff, der eine Unterteilung in direkte und indirekte Eingriffe vornimmt. Zu beachten ist, dass Änderungen als Bearbeitung urheberrechtlichen Schutz genießen können, sofern sie die Schutzvoraussetzungen des § 1 UrhG erfüllen.

³¹⁵ Siehe weiterführend: *Ofner*, § 81 UrhG; *Korn*, §§ 82–84 UrhG; *Tonninger*, § 85 UrhG sowie *Guggenbichler*, § 87 UrhG alle in: *Kucsko*, urheber.recht (2008) mwN; *Grubinger* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 21 Punkt 9.

³¹⁶ *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 26 zur Rsp zum I. Abschnitt des II. Hauptstückes.

Schadenersatzbegehren im Hauptverfahren zielführender als die ausschließliche Durchsetzung eines Schadenersatzbegehrens. Der eigentliche Schadenersatzanspruch kann in einem späteren Hauptverfahren geklärt werden, ohne dass der Originalurheber weitere Schäden durch die Präsentation der Fälschung über die gesamte Ausstellungsdauer zu befürchten hat.

III.2.4 Einstweilige Verfügung

Im Fall von zivilrechtlichen Ansprüchen (§§ 81 ff UrhG) besteht in der Regel Gefahr in Verzug. So kann beispielsweise mittels einstweiliger Verfügung der Verkauf von Fälschungen in einer Galerie oder die Ausfuhr von Fälschungen aus einem österreichischen Lager ins Ausland verhindert werden. Lange, häufig über mehrere Jahre andauernde Verfahren sind in akuten Fällen zunächst nicht zielführend, um (weitere) drohende Schäden zu verhindern.

§ 87 c UrhG ermöglicht es, Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Schadenersatz sowie angemessenes Entgelt und entgangenen Gewinn unter Zuhilfenahme einer einstweiligen Verfügung in einem Provisorialverfahren, d.h. außerhalb des eigentlichen Hauptverfahrens, vorab zu sichern. Dabei darf nicht übersehen werden, dass einstweilige Verfügungen kein Ersatz des Hauptverfahrens sind. Zudem kann mit Hilfe einer einstweiligen Verfügung nur ein reversibler Zustand geschaffen werden, sodass die Bandbreite der Möglichkeiten eingeschränkt wird. Selbst ein später zugesprochener Geldersatz ist kein adäquater Ersatz für eine bereits beseitigte oder vernichtete Sache.³¹⁷ Vielmehr kann ein Beseitigungsanspruch bis zur Entscheidung in der Hauptsache mittels einstweiliger Verfügung besichert werden (Verfügungsverbot über den zu beseitigenden Gegenstand, gerichtliche Verwahrung).³¹⁸

³¹⁷ OGH 27. 11. 2001, 4 Ob 273/01 b.

³¹⁸ Korn in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 82 Punkt 5.2.

Abweichend von allgemeinen Grundsätzen zur einstweiligen Verfügung muss bei Anträgen nach § 87c UrhG kein Gefahrennachweis im Sinne einer unmittelbar drohenden Gefahr erbracht werden.³¹⁹

Bereits vor Einbringung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss klar sein, welche Ansprüche geltend gemacht werden sollen, da das Begehren in der Klage (Hauptverfahren) und der Antrag auf einstweilige Verfügung aufeinander abgestimmt sein müssen. Der Richter ist an das Antragsbegehren gebunden und kann nicht mehr oder weniger zusprechen, als beantragt wurde.³²⁰

Zusammenfassend setzt der Antrag auf einstweilige Verfügung bereits gedanklich den gesamten weiteren Verfahrensablauf voraus. Unter den oben genannten Voraussetzungen ist die einstweilige Verfügung ein in der Praxis häufig eingesetztes Mittel, um drohende Gefahren oder den Eintritt weiterer Schäden zu verhindern. Gerade der Markteintritt von Fälschungen, die dem Ruf des Originalurhebers schaden oder einen Preisverfall seiner Werke zur Folge haben, kann mittels einstweiliger Verfügung verhindert werden, bis über das Hauptverfahren entschieden ist. Schadenersatzansprüche sind, im Gegensatz zu Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen, nicht mittels einstweiliger Verfügung durchsetzbar.

III.2.5 Unterlassungsanspruch (§ 81 UrhG)

Ziel des urheberrechtlichen Unterlassungsanspruches ist es, weitere oder drohende Rechtsverletzungen zu unterbinden. Unterlassungsansprüche können nur in jenen Fällen zur Anwendung kommen, in denen ein im UrhG manifestierter Anspruch

³¹⁹ Vgl dazu auch *St. Korn in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 82 Punkt 5.1.

³²⁰ OGH 24. 11. 2004, 3 Ob 43/04 a NZ 2006/7; OGH 16. 4. 2004, 1 Ob 38/04a, Staatsopernkarten, MR 2004, 188 (191) = ÖBI-LS 2004/147 = Rz 2004/28 = RdW 2004/600; OGH 2. 7. 2002, 4 Ob 136/02 g, Salzburger Bezirksblätter, MR 2002, 405 (406); OGH 27. 11. 2001, 4 Ob 273/01 b ÖJZ 2002, 310 (311) = ÖJZ 2002/76 = ÖJZ-LSK 2002/91 = RdW 2002/457; OGH 13. 11. 2001, 4 Ob 239/01 b, 58 Groschen/kWh, ecolex 2002/108 (*Schanda*) uvam; *Kodek in Angst*, EO² (2008) § 389 Rz 2; *Rechberger in Rechberger*, ZPO³ (2006) § 405 Rz 7.

verletzt wurde, dessen Verletzung durch ein Unterlassungsbegehren geschützt werden kann. Ohne entsprechende Berechtigung kann kein Unterlassungsanspruch – gerichtlich oder außergerichtlich – geltend gemacht werden.³²¹

Neben dem Urheber selbst kann der Unterlassungsanspruch auch von jener natürlichen oder juristischen Person geltend gemacht werden, die vom Urheber zur Rechtsdurchsetzung berechtigt wurde. Dazu zählen neben den Erben und Werknutzungsberechtigten auch Personen, denen von Gesetzes wegen die Verwertung eines Werkes gestattet ist.³²² So können auch Galeristen, denen das exklusive Verwertungsrecht eines bestimmten Künstlers eingeräumt wurde, gegen Händler, die Fälschungen des von ihm vertretenen Künstlers zum Kauf anbieten, mittels Unterlassungsanspruch vorgehen. Dies ist in der Praxis sinnvoll, da manche Künstler sehr zurückgezogen leben und das Tagesgeschehen am Markt nicht mitverfolgen. Händler, die den Markt schon aus Eigeninteresse genau mitverfolgen, können in solchen Fällen schneller reagieren.

Nicht nur der Fälscher selbst, sondern auch dessen Mittäter, Gehilfen und Anstifter sind im Fall des Unterlassungsanspruches nach § 81 UrhG passivlegitimiert.³²³ Werden mehrere Täter arbeitsteilig tätig, z.B. der Galerist beauftragt den Künstler eine Fälschung herzustellen und ein Bekannter des Galeristen stellt dazu das in seinem Eigentum befindliche Original als Vorlage zur Verfügung, so kann gegen alle Beteiligten aufgrund ihres urheberrechtswidrigen Verhaltens mit Unterlassungsansprüchen vorgegangen werden. Kenntnis darüber, dass sie durch ihr Verhalten Urheberrechte verletzen, ist nicht notwendig.³²⁴ Unterlassungsansprüche können allerdings nicht gegen alle Täter als „Gesamtschuldner“ gerichtet werden, da die „Unterlassung“ nicht von einem der

³²¹ OGH 17. 10. 2006, 4 Ob 176/06 w; OGH 24. 4. 2001, 4 Ob 93/01 g.

³²² *Ofner in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 81 Pkt 7.1.

³²³ *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 13 zu § 81 UrhG; zum Begriff des Täters und des Gehilfen *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 11–12 zu § 81 UrhG.

³²⁴ OGH 16. 12. 2003, 4 Ob 221/03 h; OGH 24. 4. 2001, 4 Ob 81/01 t; *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 7, 9 zu § 81 UrhG.

beteiligten Täter schuldbefreiend für alle erbracht werden kann.³²⁵ Zudem lauten die Unterlassungsbegehren im zuvor beschriebenen Beispiel jeweils auf die tatsächlich gesetzte Handlung:

- (1) Der Fälscher hat es mit sofortiger Wirkung zu unterlassen, Vervielfältigungen des Werkes „X“ herzustellen oder in einer anderen Weise zu reproduzieren, um diese im rechtsgeschäftlichen Verkehr als „Original“ zu verwenden.
- (2) Der Eigentümer des Originalwerkes „X“ hat es zu unterlassen, das Werk Dritten, insbesondere dem Fälscher und dem Galeristen, zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken zu überlassen, damit diese als „Original“ in den rechtsgeschäftlichen Verkehr gebracht werden.
- (3) Der Galerist hat es zu unterlassen, Dritte, insbesondere den Fälscher und den Eigentümer, zur Herstellung bzw. Mitwirkung zur Herstellung an einer Fälschung anzustiften und diese anschließend im rechtsgeschäftlichen Verkehr als „Original“ anzubieten.

Zu beachten ist, dass Unterlassungsansprüche aufgrund ihrer Rechtsnatur nur zeitlich befristet geltend gemacht werden können. Nach Beendigung der rechtswidrigen Handlung verjährt der Unterlassungsanspruch innerhalb von 30 Jahren (§ 1478 ABGB; bei juristischen Personen 40 Jahre, § 1485 ABGB) ab dem Datum der rechtswidrigen Handlung.³²⁶

In der Praxis wird vor Einbringung der Klage in der Regel ein Anspruchsschreiben an den/die Täter gerichtet. Diese Vorgehensweise ist weder gesetzlich vorgesehen, noch zwingend notwendig. Im Abmahnschreiben wird, für den Fall der Fortsetzung der rechtswidrigen Handlung, die Einleitung eines

³²⁵ RIS-Justiz RS0079591; OGH 18. 11. 2003, 4 Ob 209/03 v, Waren des täglichen Bedarfs, ÖBL-LS 2004/66 (115); OGH 27. 4. 1999, 4 Ob 71/99 s, Melatonin.

³²⁶ Solange das Dauerdelikt noch anhält, kann es nicht verjähren: *Guggenbichler in Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 81 UrhG Rz 39.

Gerichtsverfahrens angedroht.³²⁷ Führt das anwaltliche Abmahnschreiben nicht zum gewünschten Erfolg, kann die Klage auf Unterlassung eingebracht werden. Diese sollte jedoch nur eingebracht werden, wenn zwischenzeitig keine Unterlassungserklärung abgegeben wurde, die so gestaltet ist, dass die Wiederholungsgefahr beseitigt ist, d.h. alles umfasst, was der Anspruchsberechtigte begehrt, einschließlich Veröffentlichungsbegehren.

III.2.5.1 Exkurs: Exekution des Unterlassungstitels

Hält einer oder halten mehrere der zuvor genannten Täter (Galerist, Fälscher, Eigentümer) das Unterlassungsurteil nicht ein, so kann, wie bei jedem Titel, vom Aktivlegitimierten dessen exekutive Durchsetzung beantragt werden.³²⁸ Unterlassungstitel werden mit Hilfe von Zwangsstrafen, die pro Verstoß verhängt werden, exekutiv durchgesetzt.³²⁹ Während die Unterlassungsklage beim örtlich zuständigen Handelsgericht, aufgrund der Eigenzuständigkeit für Urheberrechtsverfahren, eingebracht werden muss, sind Exekutionsanträge bei jenem Bezirksgericht einzubringen, in dessen Sprengel der Beklagte (z.B. der Fälscher) seinen Wohnsitz bzw. seinen Geschäftssitz hat.³³⁰

Der einzubringende Exekutionsantrag hat konkrete Angaben über die Tathandlungen (Zeit, Ort, Art) zu enthalten, die einen Verstoß gegen den Unterlassungstitel darstellen. Beweise- oder Bescheinigungsmittel sind jedoch nicht notwendig.³³¹ Während Angaben über den Verstoß möglichst exakt erfolgen sollen, hat der betreibende Gläubiger (z.B. der Urheber) keine Angaben über die

³²⁷ Abmahnschreiben umfassen neben einer Darstellung der Rechte des Berechtigten eine Aufforderung zum Ersatz der Kosten des einschreitenden Anwalts. In manchen Fällen behält sich der Urheber das Recht, die Unterlassungserklärung des Verletzers im Rahmen eines prätorischen Vergleichs vor Gericht abzuschließen.

³²⁸ Liegt ein Unterlassungsurteil vor, so ist es, ohne dass eine entsprechende Leistungsfrist vereinbart werden muss, mit Rechtskraft wirksam.

³²⁹ §§ 355–366 EO; vgl auch *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO (2000) § 355 Rz 1.

³³⁰ § 4 iVm §§ 17, 18 Z 4 EO.

³³¹ OGH 21. 12. 2006, 3 Ob 259/06 v; *Klicka* in *Angst*, EO² (2008) § 355 Rz 11; *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO (2000) § 355 Rz 14.

Höhe der zu verhängenden Beugestrafe im Antrag anzugeben.³³² Die Verhängung einer Beugestrafe muss jedoch explizit beantragt werden.³³³

Aufgrund des Exekutionsantrages entscheidet das Gericht, außer bei Gefahr in Verzug, nach freiem Ermessen, ob der Unterlassungsschuldner (z.B. der Fälscher) einvernommen werden soll.³³⁴ Eine Einvernahme ist nur in jenen Fällen zwingend, in denen der betreibende Gläubiger (z.B. der Urheber) Bescheinigungs- oder Beweismittel vorgelegt hat, die für die Strafhöhe ausschlaggebend sind, und das Gericht beabsichtigt, diese in seiner Entscheidung zu verwerten.³³⁵

Gegen die Exekutionsbewilligung kann der Unterlassungsschuldner (z.B. der Fälscher) Rekurs bzw. eine Impugnationsklage (§ 36 EO) einbringen.³³⁶ Letztere ist insbesondere dann einzusetzen, wenn der Unterlassungsschuldner behauptet, er habe kein titelwidriges Verhalten gesetzt, oder dass zumindest kein Verschulden vorliegt. Bestreitet der Schuldner, ein titelwidriges Verhalten gesetzt zu haben, so muss der betreibende Gläubiger (z.B. der Urheber) die von ihm im Rahmen des Exekutionsantrages angebotenen Bescheinigungs- und Beweismittel vorlegen.³³⁷ Wird der Impugnationsklage stattgegeben, fällt die Exekutionsbewilligung weg. Die Durchführung der Unterlassungsexekution ist in manchen Punkten für den Gläubiger (Originalurheber oder berechtigter Dritter) häufig nicht zufriedenstellend:

³³² Wird eine bestimmte Höhe beantragt, ist das Gericht nach stRsp nicht daran gebunden (OGH 8. 10. 1981, 3 Ob 109/81).

³³³ OGH 30. 10. 2005, 5 Ob 129/05i .

³³⁴ §§ 55, 358 EO. In der Exekutionsbewilligung (§ 63 EO) führt das Gericht aus, welche Handlungen gegen den Unterlassungstitel verstoßen und verhängt eine Geldstrafe bis zu EUR 100.000.

³³⁵ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 30/05 s.

³³⁶ Der Schuldner kann unter Vorliegen der gesetzlichen Grundlagen Antrag auf Aufschiebung der Exekution beantragen. Primär soll mit Hilfe dieses Antrages ein schwer und nicht ersatzbarer Vermögensschaden zu Lasten des Schuldners verhindert werden. Dieser Schaden kann sowohl im Vermögen des Schuldners drohen, als auch immaterieller Natur sein. Ausschlaggebend für die Entscheidung des Gerichtes ist die Interessenabwägung zwischen Schuldner und Gläubiger. Weiterführend: § 44 EO; OGH 13. 3. 1995, 3 Ob 27/95.

³³⁷ OGH 30. 11. 2006, 3 Ob 159/06 p; OGH 12. 9. 1984, 3 Ob 80/84; *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO (2000) § 355 Rz 61; *Jakusch* in *Angst*, EO² (2008) § 36 Rz 52.

- Die Tatsache, dass sich die örtliche Zuständigkeit des Exekutionsgerichtes nach dem Wohnsitz des Fälschers richtet, führt in Fällen, in denen der Fälscher seinen Wohnsitz im Ausland (insbesondere außerhalb der Europäischen Gemeinschaft) hat, zu einer längeren Verfahrensdauer und sohin zu einem andauernden Verstoß gegen den Spruch des Unterlassungsurteiles.
- Zudem hat der Gläubiger durch anhaltende Verstöße weitere materielle und immaterielle Schäden hinzunehmen. Für den Geschädigten ist daher die Systematik der Geldstrafe, die dem Staat und nicht dem Geschädigten zufließt, nicht nachvollziehbar. Meines Erachtens ist die derzeitige Regelung der Geldstrafe bei Unterlassungsexekutionen diskussionswürdig, da das UrhG einerseits dem Geschädigten die Möglichkeit eines pauschalierten Schadenersatzes gewährt, aber bei exekutionsrechtlichen Geldstrafen den Geschädigten faktisch übergeht.

III.2.6 Beseitigungsanspruch (§ 82 UrhG)

Während der Unterlassungsanspruch nach § 81 UrhG ausschließlich darauf abzielt, zukünftiges Verhalten zu unterbinden, sollen mit Hilfe des Beseitigungsanspruches (§ 82 UrhG) zukünftiges Verhalten unterbunden und (fortbestehende) Folgen des Urheberrechtseingriffes ungeschehen gemacht werden.³³⁸ Sohin werden neben den unrechtmäßig hergestellten Fälschungen auch Eingriffsgegenstände, d.h. Hilfsmittel, die der Herstellung der Fälschung dienen, vom Beseitigungsanspruch mit umfasst.³³⁹ Die Geltendmachung des Beseitigungsanspruches kann, muss aber nicht einen Unterlassungsanspruch mit umfassen.³⁴⁰ Ähnlich dem Unterlassungsanspruch setzt der Gesetzgeber auch für den Beseitigungsanspruch kein Verschulden des Täters voraus.³⁴¹

³³⁸ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 82 UrhG Rz 5.

³³⁹ § 82 Abs 2 und 3 UrhG; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 82 UrhG Rz 1; *Ciresa*, Urheberwissen 197 ff.

³⁴⁰ Zum zivilrechtlichen Beseitigungsanspruch vgl. OGH 29. 1. 2002, 4 Ob 266/01 y, *Schwimmbad*, MR 2003, 44 (*Walter*); zu § 15 UWG OGH 13. 11. 2001, 4 Ob 263/01 g, *Löwen-Zähne*, ÖBl 2002, 140 (141) = ÖJZ 2002/77 (EvBl) = ÖBl-LS 2002/63 = ÖJZ-LSK

In der Praxis kann der Urheber mit diesem Anspruch zwei einander ergänzende Ziele verfolgen:

- (1) Durch den erfolgreichen Einsatz des Beseitigungsanspruches können im rechtsgeschäftlichen Verkehr befindliche Fälschungen vom Markt genommen werden, bevor diese größere materielle als auch immaterielle Schäden verursachen.
- (2) Häufig wird das Interesse des geschädigten Urhebers nicht nur darin bestehen, bereits fertiggestellte Fälschungen zu vernichten, sondern darüber hinaus auch Materialien und Gegenstände, die der Herstellung von weiteren Fälschungen dienen. Als Beispiel sind an dieser Stelle alte Leinwände zu nennen, die auf Flohmärkten von Fälschern angekauft werden, um sie anschließend als Grundlage für neue Bilder (Fälschungen) zu verwenden. *Han van Megeeren*, der berühmte Fälscher zahlreicher Vermeer-Bilder, erwarb beispielsweise alte Leinwände, um anschließend behutsam die alten Farbschichten abzukratzen und darauf „seinen Vermeer“ zu malen.³⁴² Der Grund für diese Vorgehensweise liegt auf der Hand. Durch die Verwendung von Leinwänden aus der Zeit, als das Original geschaffen wurde, ist eine Täuschung über das Alter des Werkes nahezu perfekt. Interessant ist weiters die Vernichtung von Stempeln und

2002/92; zu § 43 ABGB OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 176/01 p, fpo.at II, ÖBl 2002/51 = MR 2001, 326 (*Rami*) = ÖJZ 2002/22 (EvBl) = ecolex 2002/19; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 82 UrhG Rz 5.

³⁴¹ *Griss*, Haftung für Dritte im Wettbewerbsrecht und allgemeinen Zivilrecht, JBl 2005, 69; *Wild* in *Schricker*, Urheberrecht³ § 97 dUrhG Rz 46; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 82 UrhG Rz 2; *Korn* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 82 Punkt 2.3; ErläutRV 1936 zu § 82 UrhG, in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 169; OGH 17. 12. 2002, 4 Ob 274/02 a, *Felsritzbild*, MR 2003, 162 (*Walter*) = ecolex 2004/20 (*Schumacher*); *Dillenz/Gutmann*, UrhG & VerwGesG² § 82 Rz 1; *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz Rz 546.1; zu § 15 UWG *Rummel* in *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 302 in FN 6; *G. Frotz/St. Frotz* in *Aicher*, Das Recht der Werbung 321 (337); *Loos*, Durchsetzung von Rechten geistigen Eigentums: Verfahren und Sanktionen, ÖBl 1997, 267 (276).

³⁴² *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 104.

Punzen, die bei der Herstellung von Drucken oder Güssen als Herstellungsnachweis eingesetzt werden.³⁴³

Voraussetzung für die Geltendmachung des Beseitigungsanspruches ist der Eingriff in ein urheberrechtliches Ausschließungsrecht. Damit dient der Rechtsbehelf des § 82 UrhG zum Schutz von Urheberpersönlichkeitsrechten als auch von Verwertungsrechten.³⁴⁴ Die Bandbreite der Ausschließungsrechte wird jedoch auf dauerhafte Verletzungen beschränkt; eine einmalige Verletzung reicht noch nicht aus.³⁴⁵ Ist der Störungszustand bereits weggefallen, kann kein Beseitigungsanspruch gegen den Fälscher geltend gemacht werden.³⁴⁶ Hat eine Fälscherwerkstatt ihre Tätigkeit eingestellt, kann der Beseitigungsanspruch nicht mehr darauf gerichtet sein, dass Eingriffsmittel unbrauchbar gemacht werden. Hingegen kann der Beseitigungsanspruch gegen jene Fälschungen der Werkstatt gerichtet werden, die bereits auf dem Markt sind.³⁴⁷

Unabhängig davon, ob der Beseitigungsanspruch gegen Eingriffsmittel oder Eingriffsgegenstände gerichtet wird, liegt in jedem Fall ein Eingriff in das

³⁴³ Begrifflich wird zwischen „Eingriffsgegenständen“ und „Eingriffsmitteln“ unterschieden. Eingriffsgegenstände sind widerrechtlich angefertigte Vervielfältigungsstücke, wie beispielsweise Fälschungen, Eingriffsmittel sind hingegen Hilfsmittel zur Herstellung von Eingriffsgegenständen, als Beispiele wären Gussformen für Skulpturen oder alte Leinwände denkbar. Aufgrund der Formulierung von § 82 Abs 2 UrhG „insbesondere“ wird deutlich, dass die vollkommene Vernichtung von Eingriffsgegenständen und die Unbrauchbarmachung von Eingriffsmitteln nicht die einzigen Formen der Umsetzung des Beseitigungsanspruches sind, sondern auch gelindere Mittel zweckentsprechend sein können.

³⁴⁴ § 82 Abs 1 UrhG; OGH 15. 11. 1988, 4 Ob 76/88, Herstellerbezeichnung, MR 1989, 99 (*Walter*) = wbl 1989, 251; OGH 29. 9. 1987, 4 Ob 362/87, Wochenpost, MR 1988, 18 (*Walter*) = wbl 1987, 348; OGH 17. 5. 1977, 4 Ob 344/77, Panoramakarte, ÖBl 1978, 23; OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 127/98 z, krankenhausreif geprügelt, ÖBl 1999, 56; OGH 21. 11. 1989, 4 Ob 133/89, *Thalia*, MR 1990, 58 (*Polley*) = ÖBl 1990, 187; OGH 25. 9. 1973, 4 Ob 328, 329/73, *André Heller*, ÖBl 1973, 139; *Korn* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 82 Punkt 2.1.; Einschränkungen ergeben sich aus dem Spezialtatbestand des § 83 UrhG.

³⁴⁵ OGH 29. 1. 2002, 4 Ob 266/01 y, Schwimmbad; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 82 UrhG Rz 1.

³⁴⁶ OGH 29. 1. 2002, 4 Ob 266/01 y, Schwimmbad, MR 2003, 44 (*Walter*); ähnlich die Mat zu den §§ 81 f UrhG in: *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 171; *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht – UrhG & VerwGesG² (2004), UrhG & VerwGesG² § 82 Rz 11; *Walter*, Entscheidungsanmerkung, MR 2003, 47; zum markenrechtlichen Beseitigungsanspruch siehe *Korn* in *Kucsko*, marken.schutz (2006) 732 in FN 30 mwN; vgl auch die Mat zu § 15 UWG, abgedruckt bei *Wiltschek*, UWG⁷ (2003) 55; *Spielbühler* in *Rummel*³ § 354 Rz 5.

³⁴⁷ Vergleich dazu verschiedene Lehrmeinungen: *Dillenz/Gutmann*, UrhG & VerwGesG² (2004) § 82 Rz 8; OGH 29. 1. 2002, 4 Ob 266/01 y, Schwimmbad; *Korn* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 82 Punkt 2.2. Ist eine Vernichtung aber unvermeidbar, so richtet sich die Vernichtungsart (Einschmelzen, Einstampfen, ...) nach dem Material der Eingriffsgegenstände und Eingriffsmittel.

Eigentumsrecht Dritter vor. Dieser Eingriff in das Grundrecht des Eigentümers ist gesetzlich durch die Urheberrechtsverletzung legitimiert. Sofern die Beseitigung innerhalb der zulässigen gesetzlichen Grenzen³⁴⁸ erfolgt, ist diese zulässig und somit keine rechtswidrige Handlung.³⁴⁹ Zum Schutz der Interessen des betroffenen Eigentümers sieht der Gesetzgeber in § 82 Abs 3 und 4 UrhG Einschränkungen vor, die einer voreiligen Vernichtung von Eingriffsmitteln entgegenwirken sollen. Sofern Teile der Eingriffsmittel nicht der Verletzung von urheberrechtlichen Ausschließungsrechten dienen, sind diese von der Vernichtung auszunehmen.³⁵⁰ Zudem kann in Fällen, in denen durch gelindere Mittel als die Vernichtung des Eingriffsmittels oder des Eingriffsgegenstandes der gleiche Zweck bewirkt werden kann, das gelindere Mittel zur Anwendung kommen.³⁵¹ Im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung – Beseitigungsanspruch versus Eigentumsrecht an der Fälschung – kann es oftmals ausreichen, dass die Fälschung als solche gekennzeichnet wird (z.B. auf der Rückseite der Leinwand), ohne dass diese gleich zerstört werden muss.³⁵² Als Beispiel für die Kennzeichnung von Fälschungen als solche können die gefälschten Aquarelle *Emil Noldes* im Verfahren vor dem BGH genannt werden.³⁵³

Eine Alternative zur Vernichtung oder Unbrauchbarmachung ist die Überlassung der Eingriffsgegenstände bzw. Eingriffsmittel an den Anspruchsberechtigten.³⁵⁴ Der Eigentümer der Eingriffsgegenstände bzw. Eingriffsmittel kann jedoch nur jene Rechtsposition übertragen, die er selbst innehat.³⁵⁵ Für die Übertragung des Eigentums erhält der Eigentümer der Fälschung eine angemessene Entschädigung, deren Höhe mit den Herstellungskosten gedeckelt ist.³⁵⁶

³⁴⁸ § 82 Abs 3 und 4 UrhG.

³⁴⁹ *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 11 zu § 83 UrhG.

³⁵⁰ § 82 Abs 3 UrhG; OGH 21. 11. 1989, 4 Ob 133/89, Thalia, MR 1990, 58 (*Polley*) = ÖBl 1990, 187; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 82 UrhG Rz 10 f.

³⁵¹ § 82 Abs 4 UrhG; *St. Korn in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 82 UrhG Punkt 3.1.3.; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 82 UrhG Rz 10 f.

³⁵² Näheres zur Problematik des Art 5 StGG in *Berka*, Grundrechte (1999) 402 f mwN.

³⁵³ *Nordemann*, Kunstfälschungen und kein Rechtsschutz, GRUR, 1996/10, 737.

³⁵⁴ § 82 Abs 5 UrhG.

³⁵⁵ Begehrt der Urheber die Überlassung des gefälschten Gemäldes und ist dieses mit z.B. einem Pfandrecht belastet, so wird auch dieses mit übertragen.

³⁵⁶ § 82 Abs 5 UrhG.

Passivlegitimierte des Beseitigungsanspruches sind jene Personen, in deren Eigentum die Eingriffsmittel oder Eingriffsgegenstände stehen.³⁵⁷ Dass muss nicht zwangsläufig der Fälscher selbst sein, da er versuchen wird, seine Fälschungen möglichst schnell auf den Markt zu bringen. Das Eigentumsrecht ist vom Kläger (z.B. dem verletzten Urheber) zu beweisen bzw. zu bescheinigen.³⁵⁸ Klagen auf Beseitigung gegen Inhaber, Entlehner, Verwahrer sowie Auftraggeber von Fälschungen oder gegen einen Fälscher, der an sich das Ausschließungsrecht des Eigentümers verletzt, aber sein Eigentum bereits an einen Dritten übertragen hat, sind daher wegen fehlender Passivlegitimation nicht zielführend.³⁵⁹ Aufgrund dieses Ansatzpunktes am Eigentum wird deutlich, warum der Gesetzgeber kein Verschulden für die Durchsetzung des Beseitigungsanspruches voraussetzt.³⁶⁰ Oftmals richtet sich der Beseitigungsanspruch gegen Erwerber von Fälschungen, die von der Annahme ausgingen, sie hätten ein Original erworben. So könnten beispielsweise die Erben *Salvador Dalis* Beseitigungsansprüche gegen all jene Kreuzfahrtteilnehmer geltend machen, die auf einer Kreuzfahrt stolz „Original *Dali*“ erwarben.³⁶¹

Zusammenfassend setzt die Durchsetzung eines Beseitigungsanspruches eine umfassende Kenntnis über die Verletzungshandlung und den Täter voraus. Gerade in undurchsichtigen Fälscherkreisen ist es im Einzelfall schwierig, den eigentlich Passivlegitimierten zu finden.³⁶² Ist dies nicht möglich, kann der

³⁵⁷ Vgl § 82 Abs 6 UrhG; *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 6 zu § 82 UrhG.

³⁵⁸ OGH 15. 6. 1976, 4 Ob 343/76, Autowerbung mit Banknoten.

³⁵⁹ OGH 10. 7. 1990, 4 Ob 62/90, Planconsult, MR 1991, 156 (*Walter*) = HS 20.421 = JBl 1991, 188 = HS 20.437; OGH 17. 5. 1977, 4 Ob 344/77, Panoramakarte, ÖBl 1978, 23; OGH 15. 6. 1976, 4 Ob 343/76, Autowerbung mit Banknoten, ÖBl 1977, 53 (*Blum*); *Peter*, Das österreichische Urheberrecht (1954) § 82 Anm 4.

³⁶⁰ Vgl *Dillenz/Gutmann*, UrhG & VerwGesG² § 82 Rz 4; ErläutRV 1936 zu § 82 UrhG, in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 169.

³⁶¹ „Zweifelhaftes unter dem Hammer“ – www.orf.at vom 4. 8. 2009.

³⁶² Zur Durchsetzung des Beseitigungsanspruches: Aufgrund der Materialien zu § 353 EO ist die Beseitigung vom Passivlegitimierten umzusetzen. Inhaltliche Anforderungen des Exekutionsbegehrens sind nach § 7 Abs 1 EO zu beurteilen. Neben der Beschaffenheit der geschuldeten Handlung sind auch Art und Ort der Exekution anzugeben. Mit der Bewilligung der Exekution erwirbt der Urheber das Recht, die Fälschungen auf Kosten des Passivlegitimierten zu zerstören. Weiterführend: ErläutRV 1936 zu § 82 UrhG in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 170. Weitere Literatur: OGH 11. 4. 1958, 1 Ob 154/58 JBl 1958, 551; OGH 20. 5. 1953, 3 Ob 301/53 ÖBl 1953, 67 = SZ 26/131; ErläutRV 1936 zu § 82 UrhG in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 170; *Dillenz/Gutmann*, UrhG & VerwGesG² § 82 Rz 14; *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO (2000) § 353 Rz 12; dabei genügt es, darauf zu

Anspruchsberechtigte die Beseitigung der Eingriffsmittel und Eingriffsgegenstände nicht durchsetzen. Zur Erleichterung der Anspruchshöhenberechnung führte der Gesetzgeber den Anspruch auf Rechnungslegung ein (§ 87 a UrhG).

III.2.6.1 Exkurs: Anspruch auf Rechnungslegung

Dieser Anspruch ist für Kunstfälschungen immer dann sinnvoll, wenn der betroffene Urheber keine Kenntnis über die Anzahl der in Umlauf befindlichen Fälschungen hat. § 87 a Abs 1 UrhG ermöglicht es dem Urheber, einen Rechnungslegungsanspruch geltend zu machen, um den Umfang der zu beschlagnahmenden Gegenstände einzuschränken.³⁶³ Als unselbständiger, akzessorischer Nebenanspruch muss der Hauptanspruch, auf dem der Rechnungslegungsanspruch aufbaut, dem Grunde nach zu Recht bestehen.³⁶⁴

Zusammenfassend ermöglicht der Anspruch auf Rechnungslegung dem Originalurheber, sein zivilprozessuales Kostenrisiko zu minimieren. Unbehebbar bleibt jedoch das Problem, dass der Originalurheber Kenntnis über die Identität zumindest eines Passivlegitimierten haben muss.³⁶⁵

verweisen, dass die Gegenstände im Eigentum des Passivlegitimierten stehen. Vgl dazu: *Wilschek*, UWG⁷ § 15 UWG E 54; *Höllwerth* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO (2000) § 353 Rz 11; *Dillenz/Gutmann*, UrhG & VerwGesG² § 82 Rz 14; vgl auch *St. Korn* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 82 Punkt 4.4.

³⁶³ *St. Korn* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 82 Pkt 2.2.

³⁶⁴ OGH 26. 6. 1991, 1 Ob 11/91, 200 Jahre Diözese Linz, ÖBl 1992, 12; OGH 9.12.1997, 4 Ob 311/97 g ÖBl 1998, 363 = ZfRV 1998, 24, Blau; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 87a UrhG Rz 1. Der Anspruch auf Rechnungslegung gemäß § 87 a Abs 1 UrhG umfasst neben dem Anspruch, Rechnungen vorzulegen, auch einen Informationsanspruch. Aufgrund dieser Verpflichtung zur Auskunft kann der Originalurheber vom Fälscher die Anzahl der in Umlauf befindlichen bzw. gesamt hergestellten Fälschungen erfragen. Ist dies nicht möglich, insbesondere unter der Berücksichtigung, dass Fälschungen im Regelfall ohne Rechnung verkauft werden, so hat der Originalurheber folgende Möglichkeiten, seinen Anspruch zu bewerten: Eine Bewertung aufgrund jener Fälschung, die ihm bekannt ist. Sollte es aufgrund neuer Sachverhaltsdetails möglich sein, den Streitwert zu erhöhen, kann der Streitwert noch im Verfahren ausgedehnt werden. Dies ist mit dem Nachteil verbunden, dass im Falle des Obsiegens der höhere Kostenersatz erst ab dem Zeitpunkt der Ausdehnung geltend gemacht werden kann.

³⁶⁵ *Wild* in *Schricker*, Urheberrecht³ (2006) § 97 dUrhG Rz 83; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 87a UrhG Rz 1.

III.2.7 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch für Werke der bildenden Künste

Während §§ 81 und 82 UrhG Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche für alle WerkGattungen des UrhG regeln, ist § 83 UrhG das *lex specialis* für Werke der bildenden Kunst. Als *lex specialis* führt § 83 UrhG jedoch nicht zum Ausschluss der Anwendbarkeit der §§ 81 und 82 UrhG, da der eingeschränkte Anwendungsbereich des § 83 UrhG gerade bei Fälschungen nicht alle Schutzbedürfnisse des Originalurhebers abdeckt. Die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche des UrhG (§§ 81–83 UrhG) sind daher zu kombinieren, um dem Originalurheber einen umfassenden Schutz zu ermöglichen:

- § 83 UrhG setzt voraus, dass der Originalurheber sein Eigentum am Urstück übertragen hat, sodass es nicht mehr in seiner Verfügungsgewalt ist. Der Anwendungsbereich des § 83 UrhG ist daher im Vergleich zu den §§ 81 und 82 UrhG enger.
- Unterlassungsansprüche nach § 83 Abs 1 UrhG können nicht präventiv, sondern erst nach erfolgter Veränderung des Urstückes geltend gemacht werden. Diese Spezialnorm ist sohin zeitlich und sachlich enger als jene des § 81 UrhG, da sie auch die Durchsetzung präventiver Unterlassungsbegehren ermöglicht.³⁶⁶ Bei drohender Veränderung muss daher § 81 UrhG anstelle der Spezialnorm eingesetzt werden.³⁶⁷ Die Aktivlegitimation für Unterlassungsansprüche nach § 81 bzw. § 83 Abs 1 UrhG ist jedoch ident und kann vom Urheber, aber auch von sonstigen Berechtigten geltend gemacht werden.³⁶⁸
- Jede Veränderung am Urstück führt zu einem Spannungsverhältnis zwischen dem Urheberrecht des Originalurhebers und dem Sachenrecht

³⁶⁶ ErläutRV 1936 zu § 83 in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 171f.

³⁶⁷ OGH 11. 2. 1997, 4 Ob 17/97 x; *Peter*, Das österreichische Urheberrecht (1954) § 83 Anm 3; *Korn in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 83 Punkt 2.1.

³⁶⁸ *Korn in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 83 Punkt 2.2.

des Eigentümers.³⁶⁹ Zum Schutz seines Urheberrechtes ermächtigt der Gesetzgeber den Urheber, jede Veränderung am Urstück als nicht vom Originalurheber stammend kennzeichnen zu lassen.³⁷⁰ § 83 UrhG ist daher in jenen Fällen relevant, in denen es sich um keine Identfälschung, sondern um eine Verfälschung handelt. Durch die bewusste Veränderung von Details, beispielsweise der Jahreszahl oder der Stückzahl bei seriellen Werken, kann der Eigentümer gegen den Willen des Urhebers eine Wertsteigerung oder Wertminderung erzielen. Auch nachträgliche Retuschen an einer Kupferstichplatte oder die Kolorierung einer *Schiele*-Zeichnung wären Anwendungsfälle des § 83 UrhG.

Wird hingegen ein weiteres Vervielfältigungsstück ohne Zustimmung des Originalurhebers hergestellt, beispielsweise ein Blatt aus einer Kupferstichserie, sodass in das Vervielfältigungsrecht des Urhebers eingegriffen wird, kann sich dieser nur mit Hilfe des § 82 UrhG gegen diese Identfälschung zur Wehr setzen.

- Bei bereits erfolgten Änderungen am Urstück wird der Beseitigungsanspruch des § 82 UrhG darauf reduziert, dass die Änderungen als nicht vom Originalurheber stammend gekennzeichnet werden.³⁷¹ Ein Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen, vom Originalurheber geschaffenen Zustandes steht dem Urheber nur subsidiär zu (§ 83 Abs 2 UrhG).³⁷² Dieser subsidiäre Anspruch setzt jedoch voraus, dass weder wesentliche öffentliche Interessen noch Interessen des

³⁶⁹ Ciresa, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 83 UrhG Rz 1; ErläutRV 1936 zu § 83 in Dillenz, ÖSGRUM 3 (1986) 171.

³⁷⁰ § 83 Abs 1 UrhG.

³⁷¹ Ciresa, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 83 UrhG Rz 3.

³⁷² § 83 Abs 2 UrhG; Ciresa, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 83 UrhG Rz 4.

Eigentümers entgegenstehen.³⁷³ Die Kosten der Wiederherstellung hat derjenige zu tragen, der die Veränderung am Urstück verschuldet hat.³⁷⁴

- Auffallend ist die gestaffelte Aktivlegitimation für Beseitigungsansprüche nach § 83 UrhG. Während der Unterlassungsanspruch von allen Berechtigten durchgesetzt werden kann, sind zur Kennzeichnung der Änderung nur der Urheber und dessen Erben anspruchsberechtigt.³⁷⁵ Das Recht auf Wiederherstellung ist letztlich nur auf den Urheber selbst beschränkt.³⁷⁶ Gerade bei Verfälschungen ist diese Staffelung zielführend, da nur der Originalurheber mit absoluter Sicherheit Angaben über den ursprünglichen Zustand machen kann. Die Kennzeichnung der Änderung durch den Erben ist hingegen nicht immer befriedigend. Gerade wenn der Erbe wenig Verständnis für das Werk des Originalurhebers aufbringt, sollte ein Sachverständiger herangezogen werden. Das Ziel, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen, sollte im Vordergrund stehen.

Zusammenfassend spielt § 83 UrhG für Kunstfälschungen aufgrund seines engeren Anwendungsbereiches gegenüber §§ 81 und 82 UrhG eine untergeordnete Rolle. Während § 83 UrhG für Verfälschungen, die sich in der Gewahrsam Dritter befinden, eine adäquate Anspruchsgrundlage ist, greift der Tatbestand bei Identfälschungen nicht. Im letzteren Fall ist der Originalurheber daher auf die Durchsetzung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen nach §§ 81 und 82 UrhG angewiesen.

III.2.8 Schadenersatz und Herausgabe des Gewinnes

Überschwemmen Fälschungen den Markt, sinkt der Preis des Originales und beeinträchtigt materielle und immaterielle Interessen des Urhebers. Der

³⁷³ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007); ErläutRV 1936 zu § 83 in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 171 f; OGH 11. 2. 1997, 4 Ob 17/97x; *Peter*, Das österreichische Urheberrecht (1954) § 83 Anm 3; *Korn* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 83 Punkt 2.1., 2.2; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 83 Rz 4.

³⁷⁴ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 83 UrhG Rz 7; ErläutRV 1936 zu § 83 in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 172.

³⁷⁵ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 83 UrhG Rz 3.

³⁷⁶ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2007) § 83 UrhG Rz 4.

Schadenersatzanspruch des Originalurhebers setzt jedoch nicht erst beim Markteintritt der Fälschung an, sondern bereits mit deren Herstellung.

Grundsätzlich könnte der Urheber seinen Schadenersatzanspruch auch aufgrund der allgemeinen Bestimmungen der §§ 1293 ff ABGB geltend machen. Als *lex specialis* bietet § 87 UrhG jedoch einige Erleichterungen zur Durchsetzung urheberrechtlicher Schadenersatzansprüche, sodass er §§ 1293 ff ABGB verdrängt.³⁷⁷

Als Sammeltatbestand enthält § 87 UrhG folgende Erleichterungen:

- Umfang des Schadenersatzanspruches bei schuldhafter Urheberrechtsverletzung – Vermögensschaden (Abs 1);
- Ersatz ideeller Schäden für besondere Kränkung (Abs 2);
- Schadenspauschalierung (Abs 3);
- Anspruch auf Herausgabe des Gewinnes (Abs 4);
- Fragen der Abgrenzung zwischen Herausgabe des Gewinnes, angemessenem Entgelt und Ersatz des Vermögensschadens (Abs 5).

Auch im Fall des § 87 Abs 1 UrhG sind zunächst die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen der §§ 1293 ff ABGB zu erfüllen. Auf Verschuldensebene reicht bereits einfache Fahrlässigkeit aus.³⁷⁸ Ob sich die Beeinträchtigung auf Verwertungs- oder Urheberpersönlichkeitsrechte bezieht, ist nicht ausschlaggebend, da der Wortlaut des § 87 Abs 1 UrhG von einer „Zu widerhandlung gegen das Gesetz“ ausgeht.³⁷⁹ Da Fälschungen in der Regel

³⁷⁷ Sowohl deliktische als auch vertragliche Ansprüche sind daher nach § 87 UrhG verfolgbar.

³⁷⁸ Guggenbichler in Kucsko, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 1.1; zur Abgrenzung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit allgemein Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1324 Rz 3 ff; Harrer in Schwimann, ABGB³ § 1324 Rz 3 ff; Dittrich, Urheberrecht⁴ (2004) E 1, 10 zu § 87 UrhG; Guggenbichler in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht (2009) § 87 UrhG Rz 1.

³⁷⁹ Guggenbichler in Kucsko, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 1.1; Guggenbichler in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht (2009) § 87 UrhG Rz 2.

sowohl Urheberpersönlichkeitsrechte als auch Verwertungsrechte betreffen, ist diese Differenzierung aus der Sicht des Originalurhebers von geringer Bedeutung.

Begünstigter, und sohin zur Durchsetzung des Schadenersatzanspruches gemäß § 87 Abs 1 UrhG berechtigt, ist neben dem Urheber nur der Werknutzungsberechtigte.³⁸⁰ Personen, die indirekt einen Schaden durch Urheberrechtsverletzungen erfahren haben, z.B. Händler oder Käufer einer Fälschung, können ihren Schaden hingegen nur nach den allgemeinen Schadenersatzansprüchen (§§ 1293 ff ABGB) geltend machen.

Zu den wesentlichsten Unterschieden zwischen dem allgemeinen Schadenersatzrecht und jenem nach § 87 UrhG zählt der Umfang des Schadenersatzanspruches. Während nach allgemeinem Schadenersatzrecht primär der positive Schaden – und nur in Fällen des Vorsatzes oder der groben Fahrlässigkeit darüber hinaus der entgangene Gewinn – zu ersetzen ist, erhält der Anspruchsberechtigte des § 87 UrhG, unabhängig vom Grad des Verschuldens, neben dem positiven Schaden auch den entgangenen Gewinn ersetzt.³⁸¹ Folglich sind Geschädigte, deren Schadenersatzanspruch auf §§ 1293 ff ABGB beruht, schlechter gestellt als der Originalurheber bzw. Werknutzungsberechtigte.

Bringt der Originalurheber (bzw. Werknutzungsberechtigte) eine Schadenersatzklage ein, so hat er sämtliche Tatsachen vorzubringen, die der Durchsetzung seines Anspruches dienlich sind. Dazu zählen insbesondere der Schadenseintritt an sich, die rechtswidrige, urheberrechtsverletzende Handlung sowie das Verschulden des Täters. Es obliegt dem Fälscher, die vom Kläger

³⁸⁰ Eine Werknutzungsbewilligung umfasst in der Regel nicht das Recht der aktiven Prozessführung. Urheber können Personen, denen eine Werknutzungsbewilligung eingeräumt wurde, jedoch nachträglich zur Prozessführung ermächtigen. Weiterführend *Guggenbichler* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) § 87 Punkt 1.2.

³⁸¹ *Guggenbichler* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) § 87 Punkt 1.3; *Guggenbichler* in *Ciresa*, *Österreichisches Urheberrecht* (2009) § 87 UrhG Rz 3; *Ciresa*, *Urheberwissen* 203.

vorgebrachten Behauptungen und angebotenen Beweise zu entkräften und Gegenbeweise vorzubringen.³⁸²

Wie im allgemeinen Schadenersatzrecht wird die Höhe des Schadenersatzanspruches aufgrund der Differenzmethode bestimmt. Dabei wird das Vermögen des Originalurhebers vor und nach dem Schadenseintritt verglichen; die Differenz ergibt die Höhe des Schadens.³⁸³ Bezugnehmend auf das zu Beginn des Kapitels genannte Beispiel kann der Streitwert aus der Differenz zwischen dem durchschnittlichen Marktwert des Originales vor und nach dem Markteintritt der Fälschungen ermittelt werden. Das daraus resultierende Ergebnis ist jedoch nicht befriedigend, da wesentliche Faktoren der Preisbildung unberücksichtigt bleiben (z.B. Preissteigerung bei Auktionen, höhere Verkaufspreise aufgrund eines sprunghaft ansteigenden Bekanntheitsgrades usw.). Aus diesem Beispiel wird deutlich, dass der mittels einer Klage zu erzielende Schadenersatz in den meisten Fällen nur einen Bruchteil des tatsächlich verursachten Schadens abdeckt.

Die Einbringung einer Schadenersatzklage setzt die Festsetzung eines Streitwertes voraus. Dessen Bewertung ist in der Praxis sehr schwierig, sodass man in manchen Fällen eine Stufenklage zur Feststellung des Schadens benötigt bzw. den Anspruch auf Rechnungslegung zur Ermittlung des Schadens heranzieht. Ist die Berechnung des Streitwertes, wie im eingangs beschriebenen Fall, nicht möglich, so kann in Zweifelsfällen die Bestimmung des Streitwertes mit Hilfe des § 273 ZPO erfolgen.³⁸⁴ Die Festsetzung des Streitwertes durch den Richter gemäß § 273

³⁸² *Rechberger in Fasching/Konecny*² (2004) Vor § 266 ZPO Rz 18, 24; OGH 15. 11. 1989, 4 Ob 76/88; *Guggenbichler in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 1.4; *Guggenbichler in Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2009) § 87 UrhG Rz 4.

³⁸³ *Guggenbichler in Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2009) § 87 UrhG Rz 5; *Guggenbichler in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 1.3; *Harrer in Schwimann*, ABGB² (1997) § 1293 Rz 12 mwN; OGH 16. 2. 1982, 4 Ob 406/81, *Fußballwerbung I*, ÖBl 1983, 118; *Koziol*, Haftpflichtrecht² I 13 f; *Dittrich*, Urheberrecht⁴ (2004) E 15 zu § 87 UrhG.

³⁸⁴ *Klauser/Kodek*, ZPO (2008) § 273, E 48: § 273 ist auch anzuwenden bei Bemessung einer Entschädigung nach § 87 Abs 2 UrhG; OGH 21. 11. 1989, 4 Ob 133/89 MR 1990, 58 = ÖBl 1990, 187; *Guggenbichler in Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2009) § 87 UrhG Rz 7 (liegen die Voraussetzungen des § 228 ZPO vor, kann auch eine Feststellungsklage als Hilfsmittel herangezogen werden; dazu auch *Guggenbichler in Kucsko*, urheber.recht [2008] § 87 Punkt 1.5).

ZPO ist eine Ermessensentscheidung und kann aufgrund der Lebenserfahrung, aber auch auf Grundlage der im laufenden Verfahren aufgenommenen Beweise oder eines Sachverständigengutachtens erfolgen.³⁸⁵

III.2.8.1 § 87 Abs 2 UrhG – Schadenersatz für erlittene Kränkungen

Während im allgemeinen Schadenersatzrecht die Durchsetzung von immateriellen Ansprüchen³⁸⁶ ein „Schattendasein“ führt, dient gerade § 87 Abs 2 UrhG als Spezialtatbestand zur Durchsetzung jener Schäden, die aus der Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten resultieren.³⁸⁷

Wird beispielsweise im Rahmen einer Ausstellung eine Fälschung als „Original“ präsentiert, so beeinträchtigt dies den Urheber in seinen Urheberpersönlichkeitsrechten und in seinen wirtschaftlichen Interessen. Er ist daher berechtigt, die daraus resultierende Kränkung gerichtlich geltend zu machen und eine angemessene Schadenersatzleistung zu fordern.

Für den Ersatz des Kränkungschadens gemäß § 87 Abs 2 UrhG reicht, im Gegensatz zum Schadenersatzrecht nach ABGB, bereits leichte Fahrlässigkeit³⁸⁸ aus. Aufgrund dieses niedrigen Verschuldensgrades wird die Bestimmung an sich eng interpretiert. Wann und unter welchen Voraussetzungen ein „erheblicher“ Schaden vorliegt, muss in jedem Einzelfall neu beurteilt werden.³⁸⁹ Mangels

³⁸⁵ *Klauser/KodekZPO* (2008) § 273, E 1, 8; *Dittrich, Urheberrecht*⁴ (2004) E 17 zu § 87 UrhG. Selbst nach Einholung eines Sachverständigengutachtens obliegt es dem Richter, den Streitwert nach § 273 ZPO festzusetzen. Siehe dazu *Klauser/Kodek, ZPO* (2008) § 273, E 13.

³⁸⁶ *Harrer in Schwimann, ABGB*³ § 1293 Rz 23–25.

³⁸⁷ *Guggenbichler in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht* (2009) § 87 UrhG Rz 11; *Guggenbichler in Kucsko, urheber.recht* (2008) § 87 Punkt 2.1. Der Schaden liegt nicht in einem materiellen Nachteil, sondern in einem Eingriff auf das zwischen dem Werk und dem Urheber bestehende Band, das in den Urheberpersönlichkeitsrechten zum Ausdruck kommt. Siehe dazu auch *Walter, Anm zu OGH* 15. 11. 1988, 4 Ob 76/88; *Wild in Schrickner, UrhG*³ § 97 Rz 77.

³⁸⁸ OLG Wien 26. 3. 1998, 1 R 31/98f; OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p MR 1998, 194 (*Walter*) = JBl 1998, 793 (*Mahr*) = RdW 1998, 610 – *Rauchfänge*; OLG Wien 26. 3. 1998, 1 R 31/98f MR 1998, 123 (*Frauenberger*) – *Binder*; *Guggenbichler in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht* (2009) § 87 UrhG Rz 12.

³⁸⁹ OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98 p, *Rauchfänge*, JBl 1998, 793 (*Mahr*) = MR 1998, 194 (*Walter*) = *ecolex* 1998, 855 (*Schanda*) = RdW 1998, 610 = GRURInt 1999, 182 (*Schwarz*) = EvBl 1998/197 = SZ 71/92 = ZUM RD 1998, 533; OGH 10. 11. 1998, 4 Ob 281/98 x, *Den Kopf*

weiterer gesetzlicher Tatbestandsmerkmale ist eine Abschätzung der Obsiegenchancen nur anhand der bekannten Judikatur möglich. Nach herrschender Rechtsprechung muss es sich um eine ganz empfindliche, erhebliche bzw. schwerwiegende Kränkung gehandelt haben.³⁹⁰ Damit bleibt für den klagenden Urheber immer ein gewisses Restrisiko im Verfahren.³⁹¹ Daher täuscht der erste Eindruck dieser Bestimmung meines Erachtens darüber hinweg, dass nicht jede Kränkung oder jeder Eingriff in ein Urheberpersönlichkeitsrecht dem Originalurheber eine Schadenersatzleistung garantiert.

Schwierig ist gerade bei immateriellen Schäden die Bestimmung des Streitwertes. Der Streitwert soll nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht nach subjektiven Kriterien, sondern anhand eines objektiven Maßstabes beurteilt werden. Dabei spielen sowohl die innere als auch die äußere Beeinträchtigung des Verletzten eine wesentliche Rolle.³⁹² In der Praxis ist dies schwierig, da Beweismittel bei immateriellen Schäden schwer auffindbar sind und viele Künstler sensibler als Durchschnittsmenschen sind und daher von vornherein von einem höheren immateriellen Schaden ausgehen. In manchen Fällen wird man Beweismittel, die dem Nachweis materieller Schäden dienen sollen, auch zum

zwischen den Schultern, MR 1998, 345 (*Walter*) = GRURInt 1999, 553; OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2059/96, *Berger II*, ÖBl 1996, 298 = MR 1996, 185 (*Korn* in MR 1996, 240); OGH 19. 8. 2003, 4 Ob 120/03 f MR 2004, 101; *Guggenbichler* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 2.2; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2009) § 87 UrhG Rz 12.

³⁹⁰ OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98 p, Rauchfänge, JBl 1998, 793 (*Mahr*) = MR 1998, 194 (*Walter*) = *ecolex* 1998, 855 (*Schanda*) = RdW 1998, 610 = GRURInt 1999, 182 (*Schwarz*) = EvBl 1998/197 = SZ 71/92 = ZUM RD 1998, 533; OGH 10. 11. 1998, 4 Ob 281/98 x, Den Kopf zwischen den Schultern, MR 1998, 345 (*Walter*) = GRURInt 1999, 553; OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2059/96, *Berger II*, ÖBl 1996, 298 = MR 1996, 185 (*Korn* in MR 1996, 240); OGH 19. 8. 2003, 4 Ob 120/03 f MR 2004, 101.

³⁹¹ In der Praxis werden, wie das Beispiel zeigt, meist gleichzeitig mit der Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten auch Verwertungsrechte beeinträchtigt, die zusammen geltend gemacht werden können. Sie sind jedoch in der Klagserzählung und im Urteilsbegehren entsprechend zu trennen, um dem zivilprozessualen Grundsatz der Bestimmtheit zu entsprechen.

³⁹² OGH 10. 11. 1998, 4 Ob 281/98 x, Den Kopf zwischen den Schultern, MR 1998, 345 (*Walter*) = GRURInt 1999, 553; OGH 23. 11. 1999, 4 Ob 262/99 d, Psychotest, MR 2000, 16; vergleiche auch OGH 18. 7. 2000, 4 Ob 172/00 y, Wirtschaftspolizist, MR 2000, 303 (*Korn*) = ÖBl 2002, 39; *Guggenbichler* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 2.3. In der Praxis ist neben der Bestimmung des Streitwertes die Formulierung der Klagserzählung juristisch herausfordernd. Die Schwierigkeit besteht darin, die Erheblichkeit der Kränkung sowie die daraus resultierenden Nachteile so zu formulieren, dass das Gericht von einer schlüssigen Klage ausgeht und keine reine Tatbestandswiedergabe annimmt. Siehe dazu auch OGH 18. 7. 2000, 4 Ob 172/00 y, Wirtschaftspolizist, MR 2000, 303 (*Korn*) = ÖBl 2002, 39; *Guggenbichler* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 2.3.

Beweis immaterieller Schäden verwenden können. Durch Urkunden, die den Preisverfall durch den Markteintritt von Fälschungen dokumentieren, wird nicht nur die wirtschaftliche Schädigung, sondern in der Regel auch dessen Kränkung dokumentiert. Ein weiteres Hilfsmittel für die Bestimmung der Höhe des immateriellen Schadens sind höchstgerichtliche Entscheidungen. Aufgrund der geringen Anzahl an Entscheidungen³⁹³ wird oftmals auf Lehrmeinungen zurückgegriffen; *Guggenbichler*³⁹⁴ fasst die Grundsätze wie folgt zusammen: „Die Höhe des immateriellen Schadenersatzes sollte für den Verletzer zumindest fühlbar sein und der Allgemeinheit verdeutlichen, dass sich Rechtsverletzungen dieser Art nicht lohnen.“ In die Bemessung sollten der Grad des Verschuldens (leichte oder grobe Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz) sowie Intensität und Dauer der Verletzung einfließen. Weitere von der deutschen Rechtsprechung zur vergleichbaren Bestimmung des § 97 Abs 2 dUrhG erarbeitete Bemessungskriterien sind:

- Anlass und Beweggrund des Handelns des Verletzers;
- Folgen des Eingriffes für die Interessen und den Ruf des Urhebers;
- Möglichkeiten einer Beseitigung der Beeinträchtigung durch Widerruf, Richtigstellung oder Gegendarstellung;
- künstlerischer Rang des Verletzten und seines Werkes, entsprechende Genugtuung durch den immateriellen Schadenersatz.³⁹⁵

Materieller als auch immaterieller Schadenersatz können in Kombination mit pauschalierten Schadenersatzansprüchen nach § 87 Abs 3 UrhG und dem Anspruch auf Herausgabe des Gewinnes nach § 87 Abs 4 UrhG geltend gemacht werden.³⁹⁶ Abhängig vom Anlassfall kann eine Kombination mehrerer Anspruchsgrundlagen zielführend sein. Dies ist jedoch mit einigen finanziellen Risiken verbunden: Zu bedenken ist, dass jede der geltend gemachten Anspruchsgrundlagen für sich selbstständig bewertet werden muss. Mit der Höhe

³⁹³ Entscheidungen über immaterielle Schadenersatzansprüche im Fall von Fälschungen sind in der österreichischen Literatur bislang unbekannt.

³⁹⁴ *Guggenbichler* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 2.5.

³⁹⁵ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhR § 97 Rz 75; *Wild* in *Schricker*, UrhG³ § 97 Rz 78.

³⁹⁶ *Guggenbichler* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 2.6.

des Streitwertes steigen auch die Verfahrenskosten nach dem Rechtsanwaltsstarifgesetz und die zu entrichtenden Gerichtsgebühren. Sofern der Kläger nicht sicher ist, ob eine Anspruchsdurchsetzung nach § 87 Abs 2 UrhG zielführend ist, sollte vor Klageeinbringung der Versuch einer außergerichtlichen Einigung unternommen werden.

III.2.8.2 Pauschalierter Schadenersatz (§ 87 Abs 3 UrhG)

Grundlage des Anspruches auf pauschalierten Schadenersatz ist die schuldhaft Verletzung eines Werknutzungsrechtes und der Eintritt eines zumindest fahrlässig verursachten materiellen Schadens.³⁹⁷ Ratio des pauschalierten Schadenersatzanspruches nach § 87 Abs 3 UrhG ist die Vereinfachung der Schadensberechnung bei unbekannter Schadenshöhe. Oftmals ist gerade vor Einbringung der Klage die Höhe des Schadens nicht exakt bestimmbar und kann erst im Laufe des Verfahrens bestimmt werden. Um dennoch eine Anspruchsdurchsetzung zu ermöglichen, kann der pauschalierte Schadenersatzanspruch mit dem zweifachen angemessenen Entgelt veranschlagt werden.³⁹⁸

Bei Fälschungen wäre folgender Sachverhalt ein Anwendungsfall des pauschalierten Schadenersatzes nach § 87 Abs 3 UrhG: Gemäldefälschungen, die, ohne die Zustimmung des Originalurhebers eingeholt zu haben, in Serie hergestellt und zum Verkauf angeboten werden, verletzen das Werknutzungsrecht des Urhebers. Dieser kann, mangels Kenntnis über den tatsächlichen Umfang und den damit entstandenen Schaden am Markt, zunächst Schadenersatz in der Höhe des zweifachen angemessenen Entgeltes verlangen. Sollte sich im Laufe des Beweisverfahrens herausstellen, dass der tatsächliche Schaden höher ist als das doppelte angemessene Entgelt, so kann die Klage auf einen Schadenersatzanspruch in der tatsächlichen Höhe umgestellt werden.

Dem pauschalierten Schadenersatz kommt daher in folgenden Fällen besondere Bedeutung zu:

³⁹⁷ Guggenbichler in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 3.1.

³⁹⁸ *Walter*, OGH 11. 10. 1988, 4 Ob 66/88 MR 1989, 99 (101).

- Die Schadenshöhe ist nicht bekannt; es ist jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit vom Eintritt eines Vermögensschadens auszugehen.
- Der Urheber vermutet, dass ein Vermögensschaden eingetreten ist, kann dessen Eintritt aber nicht beweisen.³⁹⁹

Das Vorbringen des Klägers (Urheber oder der Leistungsschutzberechtigte) beschränkt sich daher auf die Behauptung, dass in dessen Verwertungsrechte eingegriffen wurde, und auf die Vorlage entsprechender Beweise.⁴⁰⁰ Der Vermögensschaden selbst muss hingegen nicht behauptet bzw. bewiesen werden.⁴⁰¹ Die Beweislast bleibt aber, in Bezug auf die Höhe des angemessenen Entgelts, bestehen.⁴⁰² Die klagsweise Durchsetzung des § 87 Abs 3 UrhG ist daher nur in jenen Fällen empfehlenswert, in denen das angemessene Entgelt (§ 86 UrhG) berechnet werden kann. Selbst der gesonderte Anspruch auf Rechnungslegung ist im Fall der Kunstfälschung nur in den seltensten Fällen hilfreich, da es erfahrungsgemäß keine Rechnungen zu Fälschungsverkäufen gibt.

III.2.8.3 Herausgabe des Gewinnes (§ 87 Abs 4 UrhG)

Druckwerke besonders populärer Künstler mit großer Breitenwirkung werden häufig ohne Zustimmung des Urhebers vervielfältigt und drücken damit den Preis der Originale am Markt. Es ist daher im Interesse des Urhebers, den Gewinn, der zumindest fahrlässig mit Hilfe von Fälschungen erzielt wurde, an sich zu bringen. Der herauszugebende Gewinn wird vom Reingewinn, abzüglich der Kosten des Verletzers, berechnet.⁴⁰³ In diesen Fällen ist ein Antrag auf Urteilsver-

³⁹⁹ OLG Innsbruck 31. 3. 1992, 1 R 281/92, MR 1993, 20 (*Walter*); OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98 p, Rauchfänge, JBl 1998, 793 (*Mahr*) = MR 1998, 194 (*Walter*) = *ecolex* 1998, 855 (*Schanda*) = GRURInt 1999, 182 (*Schwarz*); OGH 10. 11. 1998 4 Ob 281/98 x, Den Kopf zwischen den Schultern, MR 1998, 345 (*Walter*).

⁴⁰⁰ *Guggenbichler in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 3.2.

⁴⁰¹ OGH 24. 11. 1998, 4 Ob 292/98 i, Mittelschulatlus, *ecolex* 1999/167 (*Tahedl*); OGH 21. 10. 2003, 4 Ob 203/03 m MR 2004, 204.

⁴⁰² *Guggenbichler in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 3.3.

⁴⁰³ *Guggenbichler in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 4.2; *Blum in Dittrich*, ÖSGRUM 4 (1986) 9 (12); OGH 14. 10. 1986, 4 Ob 276/86, Werbeunterlagen, RdW 1987, 51; *Wild in Schricker*, UrhG³ § 97 Rz 67.

öffentlichung sinnvoll, um eine massenwirksame Aufklärung über die im Umlauf befindlichen Fälschungen zu erzielen und auf Qualitätsmerkmale, die eine Unterscheidung zwischen Original und Fälschung ermöglichen, hinzuweisen.

Der Anspruch auf Herausgabe des Gewinnes ist in der Systematik des § 87 UrhG als Alternative zum Schadenersatzanspruch zu bewerten. Bevor eine Klage auf Herausgabe des Gewinnes eingebracht wird, können selbstständige Ansprüche, wie jener auf Auskunft (§ 87 a UrhG) oder jener auf Rechnungslegung (§ 87b UrhG), eingesetzt werden.⁴⁰⁴ Realistisch betrachtet werden diese bei Fälschungen jedoch keine zufriedenstellenden Ergebnisse bringen, da der Verkauf von Fälschungen in der Regel ohne entsprechende Rechnungen oder andere Dokumentationen erfolgt.

Der Hauptunterschied zum Schadenersatzanspruch liegt darin, dass nicht der Schaden ersetzt, sondern jener Gewinn herausgegeben werden soll, den der Schädiger unzulässig erzielt hat.⁴⁰⁵ *Guggenbichler* stellt dazu fest, dass es unerheblich sei, ob der verletzte Urheber den Gewinn selbst hätte erzielen können oder nicht. Der Vorteil gegenüber dem Schadenersatzanspruch liegt seiner Ansicht nach darin, dass von den tatsächlichen Verhältnissen beim Verletzer (Fälscher) ausgegangen wird. Zudem ist es nach Ansicht *Guggenbichlers* vermeidbar, dass der Verletzte (Urheber) Informationen, insbesondere über seine wirtschaftliche Lage, preisgeben muss.⁴⁰⁶ Dieser Anspruch kann daher für jene Urheber von Interesse sein, deren Marktwert durch den Markteintritt von Fälschungen ihrer Werke gesunken ist. Es liegt in deren Interesse, möglichst wenige bis keine Angaben darüber zu machen, dass ihre wirtschaftliche Entwicklung rückläufig ist. Taktisch sinnvoll wäre die oben beschriebene Kombination mit einer Urteilsveröffentlichung, um den öffentlichen Bekanntheitsgrad zu reaktivieren.

⁴⁰⁴ *Guggenbichler* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 4.1.

⁴⁰⁵ *Guggenbichler* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 4.1.

⁴⁰⁶ *Guggenbichler* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 4.1.

Auch der Anspruch auf Herausgabe des Gewinnes kann in Kombination mit anderen Anspruchsgrundlagen eingesetzt werden. Während der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens nach § 87 Abs 2 UrhG uneingeschränkt neben § 87 Abs 4 UrhG eingesetzt werden kann, ist ein materieller Schadenersatzanspruch nach § 87 Abs 1 UrhG nur insofern möglich, als der materielle Schaden über dem herauszugebenden Gewinn liegt.⁴⁰⁷

III.2.9 Urteilsveröffentlichung (§ 85 UrhG)

Von Verfälschungen und Fälschungen betroffene Urheber sind in der Regel neben der Beseitigung jener Gefahr, die sie individuell trifft, daran interessiert, die Öffentlichkeit aufmerksam zu machen. Dazu steht ihnen im Fall der gerichtlichen Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen die Urteilsveröffentlichung nach § 85 UrhG zu. Nicht nur zivilrechtliche Entscheidungen können der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden, auch Urteile der Strafgerichte können nach § 91 Abs 4 UrhG Gegenstand einer Urteilsveröffentlichung sein.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Guggenbichler in Kucsko, urheber.recht (2008) § 87 Punkt 4.3.

⁴⁰⁸ Siehe weiterführend zur Urteilsveröffentlichung: Tonninger in Kucsko, urheber.recht (2008) § 85; Guggenbichler in Ciresa, Österreichisches Urheberrechtsgesetz (2009) § 85.

III.3 Strafrechtliche Anspruchsgrundlagen des UrhG

Neben zivilrechtlichen Ansprüchen kann der in seinen Rechten verletzte Urheber auch strafrechtliche Maßnahmen gegen Fälscher einsetzen. Neben den urheberstrafrechtlichen Ansprüchen (§ 91 UrhG) kann eine Reihe allgemeiner strafrechtlicher Normen durch Kunstfälschungen verletzt werden (z.B. Sachbeschädigung⁴⁰⁹ oder Betrug⁴¹⁰), wobei die detaillierte Auseinandersetzung mit diesen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würden.⁴¹¹

Im Gegensatz zu Normen des allgemeinen Strafrechtes regelt § 91 UrhG gleichzeitig drei Bereiche:

- den materiellen Straftatbestand in Form einer Verweisungsnorm, sowie
- Sonderbestimmungen zur Mit- und Beitragstäterschaft und
- spezielle Bestimmungen zum Strafprozessrecht.

§ 91 UrhG ist daher materiell-rechtlich als auch prozessual als *lex specialis* gegenüber StGB und StPO zu beurteilen.

III.3.1 Zivilrechtliche Grundlagen zur urheberstrafrechtlichen Verfolgung

Nicht jeder Verstoß gegen das UrhG ist auch strafrechtlich relevant. Strafrechtliche Verfolgungen nach § 91 UrhG sind auf die Verletzung zivil-rechtlicher Tatbestände von § 86 Abs 1, §§ 90b, 90c Abs 1 oder § 90d Abs 1 UrhG eingeschränkt.⁴¹² Einen selbstständigen Straftatbestand, der nicht auch zivilrechtlich verfolgt werden kann, gibt es im UrhG nicht. Wie in der Folge näher darzustellen sein wird, sind die dem Straftatbestand des § 91 UrhG zugrunde liegenden zivilrechtlichen Tatbestände für

⁴⁰⁹ Vgl *Grubinger in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 22 Pkt 2.4, § 21 Pkt 4.2.

⁴¹⁰ Vgl zB *Hollaender*, Betrug durch die „Fledermaus“? Das Strafrecht im Spannungsverhältnis zur Freiheit der Kunst, ÖJZ 2004/50; umfassende Darstellung zur allgemeinen strafrechtlichen Thematik in *Plöckinger*, Kunstfälschung und Raubkopie (2006).

⁴¹¹ Weiterführend zu strafrechtlichen Ansprüchen: *Plöckinger*, Kunstfälschung und Raubkopie (2006).

⁴¹² *Ciresa*, Österreichisches Urheberrechtsgesetz (2004) § 91 UrhG Rz 2; *Spreitzer-Kropiunik/Mosing in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.

Kunstfälschungen nur in eingeschränktem Ausmaß anwendbar. Daraus ergibt sich auch der Umstand, dass in manchen Fällen neben § 91 UrhG auch auf das StGB zurückgegriffen werden muss.⁴¹³

III.3.1.1 Anspruch auf angemessenes Entgelt (§ 86 UrhG)

Unberechtigte, vorsätzliche Eingriffe in die dem Urheber vorbehaltenen Verwertungsrechte nach §§ 14 bis 18 a UrhG (§ 86 Abs 1 Z 1 UrhG) bilden den Hauptanwendungsfall des Urheberstrafrechtes in Bezug auf Kunstfälschungen. Der Schutzzweck des § 86 UrhG umfasst jedoch weder Urheberpersönlichkeitsrechte noch das Recht auf das eigene Bild.⁴¹⁴ Ob der Täter durch die unberechtigte Nutzung tatsächlich einen Nutzen erzielt hat, spielt weder für die zivilrechtliche noch für die strafrechtliche Variante des § 86 Abs 1 UrhG eine Rolle.⁴¹⁵

Da Fälschungen in der Regel eine unrechtmäßige Vervielfältigung und/oder Verbreitung sind, ist der zivilrechtliche Tatbestand des § 86 UrhG in Bezug auf Kunstfälschungen einfach zu erfüllen. Hat der Täter vorsätzlich gehandelt, d.h. die Fälschung bewusst hergestellt, um sie anschließend als „Original“ auszugeben, sodass er dabei in Kauf nimmt, dass Dritte die Fälschung für ein Original halten, so liegt ein urheberstrafrechtlich relevantes Verhalten vor, dass mittels Privatanklage verfolgt werden kann.

III.3.1.2 Schutz von Computerprogrammen, Kennzeichnungen und technischen Maßnahmen gemäß §§ 90 b-d UrhG

Durch die zunehmende Digitalisierung von urheberrechtlich geschützten Werken müssen auch jene technischen Maßnahmen, die dem Schutz der unzulässigen

⁴¹³ *Plöckinger*, Kunstfälschung und Raubkopie (2006).

⁴¹⁴ *Guggenbichler* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 86 Punkt 1; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2009) § 86 UrhG Rz 3.

⁴¹⁵ *Mahr*, Die „rätselhafte Schadenspauschalierung“ nach § 87 Abs 3 UrhG, MR 1994, 183 (188); *ders* in *Dittrich*, ÖSGRUM 19 (1996) 33 (41); *Nowakowski*, Kein Verwertungsanspruch bei Eingriff in das Recht am eigenen Bild? ÖBl 1983, 97; *Guggenbichler* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 86 Punkt 1; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2009) § 86 UrhG Rz 1.

Vervielfältigung und Verbreitung von digitalisierten und urheberrechtlich geschützten Werken dienen, abgesichert werden.⁴¹⁶

Für den Anwendungsfall „Kunstfälschung“ kann § 90 b UrhG für die weitere Betrachtung ausgeschlossen werden, da diese Norm ausschließlich für Computerprogramme im Sinne des § 40 a UrhG zur Anwendung kommt.

§ 90 c UrhG ist die zentrale Bestimmung zum Schutz technischer Maßnahmen. Der Tatbestand des § 90 c UrhG setzt voraus, dass eine technische Maßnahme dazu geeignet ist, eine Urheberrechtsverletzung zu verhindern oder diese zumindest einzuschränken.⁴¹⁷ Beispiele für technische Schutzmaßnahmen sind: Hardwareschutzkomponenten, Verschlüsselungen, Seriennummern, Online-Aktivierungspflichten, Freischaltcodes oder Passwörter. Allen genannten Schutzmaßnahmen ist gemein, dass sie dem Schutz des Ausschließungsrechtes des Urhebers dienen.⁴¹⁸

Um einen effizienten Schutz zu erzielen, ist auch die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen (§§ 90 c und d UrhG⁴¹⁹) mit zivil- und strafrechtlichen Sanktionen bedroht.⁴²⁰ Umgehungen setzen ein gezieltes Außerkraftsetzen einer technischen Maßnahme voraus.⁴²¹ Unter Umgehungsmittel sind all jene Vorrichtungen, Erzeugnisse und Bestandteile zu subsumieren, die abstrakt geeignet sind, eine technische Schutzmaßnahme zu umgehen.⁴²²

In der bildenden Kunst sind die Tatbestände der §§ 90 c und d UrhG für Video-, Computer- und Performance-Kunst entscheidend. Diese werden in der Regel auf DVD

⁴¹⁶ *Stockinger/Nemetz in Kucsko*, urheber.recht (2008) Vor §§ 90 b-d UrhG, Überblick.

⁴¹⁷ *Stockinger/Nemetz in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 90 c Punkt 4.

⁴¹⁸ *Stockinger/Nemetz in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 90 c Punkt 4.1.

⁴¹⁹ Nicht jedoch § 90 b UrhG.

⁴²⁰ Sowohl die schuldhafte als auch die verschuldensunabhängige Vorbereitungshandlung sind zivilrechtlich tatbestandsmäßig, eine strafrechtliche Verfolgung setzt jedoch Verschulden voraus. Siehe dazu auch *Stockinger/Nemetz in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 90 c Punkt 5.2.1.; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2009) § 90 b Rz 2, 5; *Stockinger/Nemetz in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 90 c Punkt 5.

⁴²¹ *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 90 c Rz 38; *Stockinger/Nemetz in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 90 c Punkt 5.1.1.

⁴²² *Stockinger/Nemetz in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 90 c Punkt 6.1.

gebrannt bzw. auf einem so genannten „Master“ technisch festgehalten.⁴²³ Allgemeine Standards gibt es für Video-, Performance- und Computerkunst jedoch nicht. In manchen Fällen werden die vom Originalurheber hergestellten Kopien einer DVD, ähnlich einem seriellen Druckwerk, nummeriert (z.B. DVD 5 von 10), oder dem Käufer wird eine DVD gemeinsam mit dem Masterband selbst übergeben. Bei Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen zur Herstellung von widerrechtlichen Kopien kann der Urheber seine strafrechtlichen Ansprüche auf § 86 iVm § 91 UrhG und § 90 c (bzw. 90 d⁴²⁴) iVm § 91 UrhG stützen, da sein Recht auf Vervielfältigung verletzt wurde und urheberrechtliche Schutzmaßnahmen beeinträchtigt wurden.

III.3.2 Aktiv- und Passivlegitimation

Neben dem Urheber selbst kann im Hauptanwendungsfall für Kunstfälschungen (§ 86 Abs 1 UrhG) auch der Werknutzungsberechtigte zur Prozessführung gegen den Fälscher berechtigt sein.⁴²⁵

Der Täterkreis des § 91 UrhG wird durch die Verweisungstatbestände der §§ 86 und 90 b bis 90 d bestimmt. Eine weitere Einschränkung der potenziellen Täter ergibt sich aus dem Umstand, dass § 91 UrhG ein Privatanklagedelikt ist, sodass Täter, die dem Jugendgerichtsgesetz (JGG) unterliegen, nur dann durch eine urheberstrafrechtliche Privatanklage verfolgt werden können, wenn dies aus pädagogischen Gründen berechtigt ist bzw. dies aus dem über das Vergeltungsbedürfnis hinausgehende Interesse des Verletzten geboten ist.⁴²⁶

⁴²³ DVDs können beispielsweise mit „Content Scrambling System (CSS)“ und „Macrovision Analogue Copy Protection (ACP)“ vor Kopierversuchen geschützt werden. Näheres dazu bei *Nemetz/Stockinger* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) § 90 b-d Punkt 3.3.

⁴²⁴ § 90 d UrhG dient dem Schutz von Kennzeichen. Kennzeichen im Sinne des § 90 d UrhG dienen der Dokumentation und der Rückverfolgung von Urheberrechtsverletzungen bzw. von unrechtmäßig hergestellten Werkstücken. Die gesetzlich geschützten Kennzeichen sind Metadaten auf körperlichen, aber auch unkörperlichen Schutzgegenständen und Werken, die der Identifizierung derselben dienen. Die in § 90 d Abs 3 UrhG genannten Angaben müssen kumulativ vorliegen. § 90 d UrhG dient dem Schutz vor Manipulationen der Kennzeichnungen (oder deren Bestandteile). Wird das Kennzeichen verändert, erfüllt es nicht mehr den Identifikationszweck. Im Gegensatz zu allen anderen in § 91 UrhG genannten Tatbeständen setzt § 90 d UrhG Wissentlichkeit voraus. Anlassfälle sind für Kunstfälschungen derzeit nicht denkbar, könnten aber pro futuro relevant werden. Weiterführende Literatur: *Nemetz* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) § 90 d Punkt 2.

⁴²⁵ Diesbezüglich besteht kein Unterschied zwischen der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Anspruchsverfolgung, *Ciresa*, *Österreichisches Urheberrecht* (2004) § 91 UrhG Rz 7.

⁴²⁶ Dazu muss ein entsprechender Antrag an die Staatsanwaltschaft gestellt werden, der nur binnen offener Privatanklagefrist möglich ist. Die Möglichkeit, anstelle der Staatsanwaltschaft als

Passivlegitimiert sind neben dem eigentlichen Täter auch Mittäter, Anstifter und Gehilfen. Die Grenze der Strafbarkeit ist an jenem Punkt anzunehmen, wenn nur ein Tatbeitrag geleistet wird, der den Täter bewusst fördert.⁴²⁷ Mangels spezieller gesetzlicher Regelung kommt § 12 (3. Alternative) StGB als Grundlage der Beitragstäterschaft zu Anwendung.⁴²⁸ Beitragstäter ist, wer zur Ausführung der Tat, neben dem Haupttäter, beiträgt. So wäre ein Spediteur, der eine Fälschung als „Original“ befördert, als Beitragstäter zu qualifizieren, wenn er die entsprechende Verfügungsmöglichkeit hat und sein Vorsatz auf die Verletzung eines Urheberrechtes gerichtet ist.⁴²⁹

Zusammenfassend sind bei der Bestimmung der Passivlegitimierten, neben dem *lex specialis* des § 91 UrhG, die allgemeinen Bestimmungen der Mit- und

Privatbeteiligter Anklage zu erheben, besteht nicht. *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.4.

⁴²⁷ *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.4.1.

⁴²⁸ Der Vollständigkeit halber muss an dieser Stelle auch auf die Anwendbarkeit der §§ 81 und 88 UrhG hingewiesen werden: Unter Berücksichtigung der besonderen Stellung von Leitern oder Inhabern eines Unternehmens sehen §§ 81 und 88 UrhG deren besondere zivilrechtliche Verantwortlichkeit vor, die auch auf § 91 UrhG durchschlägt. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist Inhaber des Unternehmens jene Person, die das Unternehmen kraft eigenen Rechtes im eigenen Namen führt, was nicht nach gewerberechtlichen, sondern ausschließlich nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist; somit bei verpachteten Unternehmen nur der Pächter und bei Miteigentum am Unternehmen derjenige, der nach außen hin vertretungsberechtigt ist. Wer nach seiner (dienst-)rechtlichen Stellung über entsprechende Weisungsrechte über Mitarbeiter verfügt und (wenn auch nur indirekt) Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen kann, wird als Leiter des Unternehmens bezeichnet. Dabei kommt es nicht auf die Vertretungsbefugnis nach außen an. Selbst eine rein interne Leitungsmacht, wie beispielsweise ein Abteilungsleiter, kann im Einzelfall „Leiter“ sein. Die Verantwortlichkeit des Inhabers oder Leiters eines Unternehmens bezieht sich nicht nur auf aktive Handlungen oder Anstiftungen Dritter, sondern kann auch als echtes Unterlassungsdelikt auftreten (§ 91 Abs 2 UrhG). Voraussetzung für die Verwirklichung des Unterlassungsdelikts ist, dass der Leiter oder Inhaber des Unternehmens aktiv Kenntnis davon hat, dass im Unternehmen fremde Schutzrechte verletzt werden und dies nicht verhindert. Im Gegensatz zum Beitrags- oder Mittäter ist im Fall des echten Unterlassungsdeliktes konkret und nach objektiven Kriterien zu prüfen, ob der Leiter bzw. Inhaber die Möglichkeit hatte, das strafbare Verhalten des Mitarbeiters zu verhindern. Als echtes Unterlassungsdelikt ist es für die Strafbarkeit des Inhabers oder Leiters nicht erforderlich, dass der verletzende Bedienstete oder Beauftragte die Urheberstraftat vorsätzlich begeht bzw. überhaupt bestraft werden kann. Zur Vermeidung von Gesetzesumgehungen ist der Betriebsbegriff möglichst weit zu interpretieren, sodass jede selbstständige organisatorische Erwerbsgelegenheit (dazu zählen auch Gelegenheitsgesellschaften und Einzelveranstaltungen) tatbestandsmäßig ist. Vergleiche dazu OGH 23. 10. 1962, 11 Os 150/62, Musikautomaten I, ÖBl 1963, 36; *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.4.2.; ErläutRV 1936 in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 179; ErläutRV 1993; vgl auch OGH 31. 1. 1950, 2 Os 735/49, Fotografieporträts, EvBl 1950/353; OGH 29. 7. 1959, 8 Os 101/59, Varietémanager, ÖBl 1960, 38.

⁴²⁹ OGH 4. 7. 2000, 4 Ob 173/00 w – Disques Duchesse II.

Beitragstäterschaft und gegebenenfalls auch die Möglichkeiten des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes zu prüfen.

III.3.3 Verschulden

Eine weitere Einschränkung erfährt das Urheberstrafrecht durch das subjektive Tatbestandsmerkmal des Vorsatzes.⁴³⁰ Während für zivilrechtliche Ansprüche nach dem UrhG überwiegend Fahrlässigkeit genügt, sieht § 91 UrhG zumindest *dolus eventualis* im Sinne des § 5 Abs 1 StGB vor.⁴³¹

Bedingter Vorsatz kann nicht nur bei aktivem Handeln vorliegen, sondern auch durch Unterlassung eintreten. Im Fall des Unterlassungsdeliktes nimmt der Täter in Kauf, dass durch die Nichtvornahme einer bestimmten Handlung ein Schaden eintritt. Der Unterlassungstäter muss jedoch objektiv in der Lage gewesen sein, das urheberstrafrechtliche Delikt zu verhindern.⁴³² Ist dem Täter bekannt, dass eine Verwirklichung eines urheberrechtlichen Deliktes droht, und er greift in der Folge dennoch nicht ein, so ist dies ausreichend für die Erfüllung des *dolus eventualis*.⁴³³ Bei Kunstfälschungen wäre dies z.B. bei Beitragstägern/Mittägern der Fall, die den Fälscher bei der Herstellung einer Fälschung unterstützen, trotz Kenntnis darüber, dass sie durch ihr Verhalten in die Urheberrechte des Originalurhebers eingreifen.

Schon im allgemeinen Strafrecht ist der Nachweis des Vorsatzes schwierig. Da dem Privatankläger in der Regel nicht die entsprechenden Beweismittel vorliegen, muss der Vorsatz des Täters nur glaubhaft dargestellt werden, der entscheidende Nachweis des Vorsatzes obliegt dem Gericht.⁴³⁴ *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* gehen von der Annahme aus, dass bei gewerbsmäßiger Begehung zumindest der bedingte Vorsatz bereits

⁴³⁰ Aus der Formulierung des § 91 UrhG geht hervor, dass bereits bedingter Vorsatz ausreicht. Bedingter Vorsatz gemäß § 5 Abs 1 StGB liegt vor, wenn es der Täter ernsthaft für möglich hält, dass sein Handeln einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllt und sich damit abfindet („Eventualvorsatz“ oder „*dolus eventualis*“).

⁴³¹ *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrechtsgesetz (2004) § 91 UrhG Rz 3; EB 1936.

⁴³² ErläutRV 1936 in *Dillenz*, ÖSGRUM 3 (1986) 179; ErläutRV 1993; OGH 29. 7. 1959, 8 Os 101/59, Varietémanager, ÖBl 1960, 38.

⁴³³ OLG Wien 27. 11. 1985, 22 Bs 443/85, Melodram, MR 1986/3, 15 (*Walter*).

⁴³⁴ OLG Wien 4. 2. 1998, 23 Bs 37/98, MR 1998, 29.

indiziert ist: „*Wer mit ‚Werken‘ handelt, muss die nötige Aufmerksamkeit aufwenden, um nicht in Rechte Dritter einzugreifen.*“⁴³⁵

Zu beachten ist, dass einige der zivilrechtlichen Tatbestände, die der strafrechtlichen Norm des § 91 UrhG zugrunde liegen, von einem verschuldensunabhängigen Anspruch ausgehen, die jedoch im Zusammenhang mit § 91 UrhG auf vorsätzliches Verhalten beschränkt werden.

III.3.4 Versuch

Der Versuch ist im UrhG nicht explizit geregelt, sodass die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze des Versuches zur Anwendung kommen (§ 15 StGB).⁴³⁶ Ob es sich um eine noch straffreie Vorbereitungshandlung oder bereits um einen strafbaren Versuch handelt, muss im Einzelfall beurteilt werden. In der Praxis wird dies allerdings sehr selten der Fall sein, da ein Versuch eines Urheberstraftatbestandes nur mit sehr viel Phantasie und Kreativität konstruiert werden kann.⁴³⁷

III.3.5 Strafausschließungsgründe

Neben den allgemeinen Strafausschließungsgründen⁴³⁸ normiert § 91 Abs 1 Satz 2 UrhG einen speziellen urheberrechtlichen Strafausschließungsgrund: „*Der Eingriff ist jedoch dann nicht strafbar, wenn es sich nur um eine unbefugte Vervielfältigung oder um ein unbefugtes Festhalten eines Vortrags oder einer Aufführung jeweils zum eigenen Gebrauch oder unentgeltlich auf Bestellung zum eigenen Gebrauch eines anderen handelt.*“⁴³⁹ Bei Kunstfälschungen ist nur die unbefugte Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch oder die unentgeltliche Vervielfältigung auf Bestellung zum eigenen

⁴³⁵ Spreitzer-Kropiunik/Mosing in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.5.

⁴³⁶ Ein Versuch liegt vor, wenn der Täter einen Tatentschluss fasst und eine Handlung setzt, die der Ausführungshandlung unmittelbar vorausgeht.

⁴³⁷ Spreitzer-Kropiunik/Mosing in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.2.

⁴³⁸ Spreitzer-Kropiunik/Mosing in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.3.; mit Ausnahme der tätigen Reue, siehe dazu OGH 22. 9. 1966, 9 Os 75/66, Pressefotograf, ÖBl 1967, 44; Spreitzer-Kropiunik/Mosing in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.3.

⁴³⁹ Vgl dazu auch Ciresa, Österreichisches Urheberrecht (2004) § 91 Rz 4; Spreitzer-Kropiunik/Mosing in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.3.

Gebrauch eines anderen denkbar. Dieser Strafausschließungsgrund kommt beispielsweise bei Restauratoren oder Kunststudenten zur Anwendung, die Werke anderer Künstler zu Übungszwecken kopieren. Strafbar werden diese Werke erst, wenn sie nicht mehr zum eigenen Gebrauch verwendet oder gegen den Willen des Kopie-Urhebers als „Original“ angeboten und verkauft werden. Für die Praxis ist es daher unumgänglich, darauf zu achten, dass Kopien als solche gekennzeichnet werden, beispielsweise durch einen deutlichen Vermerk an der Rückseite des Objektes.

III.3.6 Strafrahmen

Liegt kein Strafausschließungsgrund vor, so wird nach den allgemeinen Regeln der Strafbemessung die Höhe der Strafe durch den Einzelrichter⁴⁴⁰ festgesetzt. Auffallend ist, dass § 91 Abs 1 und 2a UrhG mit sechs Monaten bzw. zwei Jahren Freiheitsstrafe (bei gewerbsmäßiger Begehung) eine vergleichsweise geringe Höchststrafe vorsieht.⁴⁴¹ Im Fall der nicht gewerbsmäßigen Begehung (§ 91 Abs 1 UrhG) kann anstelle einer Freiheitsstrafe eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen verhängt werden. Dies ist im Vergleich zu anderen Tatbeständen ein geringer Strafrahmen, wenn man den Schaden berücksichtigt, den Kunstfälschungen verursachen können. Zudem kommt die Geldstrafe nicht dem betroffenen Privatankläger als eine Form des „Schadenersatzes“, sondern der Staatskasse zugute, ein Umstand, welcher Privatanklagen für viele Aktivlegitimierte unattraktiv macht.

In Fällen, in denen ein Verfahren wegen Verstoß gegen ein Offizialdelikt eingeleitet wurde (z.B. Betrug oder Sachbeschädigung) und der in seinen Rechten verletzte Urheber als Privatbeteiligter dem Verfahren angeschlossen ist, kommt es ebenfalls zu keinem befriedigenden Ergebnis für den Privatbeteiligten: Obwohl der Richter bei ausreichender Klärung des Sachverhaltes über Ansprüche des Privatbeteiligten absprechen könnte, werden Privatbeteiligte erfahrungsgemäß auf den Zivilrechtsweg

⁴⁴⁰ § 91 Abs 5 UrhG.

⁴⁴¹ Die nicht-gewerbsmäßige Begehung hat beispielsweise den gleichen Strafrahmen wie § 118 a StGB – Widerrechtlicher Zugriff auf Computersysteme. Gewerbsmäßiger Betrug hat hingegen einen Strafrahmen von bis zu fünf Jahren.

verwiesen. Eine Tatsache, die letztlich zu großem Missfallen bei Privatbeteiligten führt, da sie in der Folge ein kostenintensives Zivilverfahren einleiten müssen.

III.3.7 Strafprozess – § 91 UrhG

Abweichend zur StPO sieht § 91 UrhG zu folgenden Teilaspekten Sonderbestimmungen vor:

- Verfolgung von Urheberstrafrechten erfolgt ausschließlich als Privatanklagedelikt (§ 91 Abs 3 UrhG).
- Die Zuständigkeit des Einzelrichters und des Gerichtshofes ist als *lex specialis* zu §§ 29 ff StPO zu bewerten.
- Neben der Verurteilung zu einer Geld- bzw. Haftstrafe sieht der Gesetzgeber in § 91 Abs 4 UrhG ausdrücklich die Möglichkeit einer Urteilsveröffentlichung vor.⁴⁴²

Sieht das UrhG keine Sonderbestimmungen vor, so kommen die allgemeinen Bestimmungen der StPO zur Anwendung. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn durch einen Sachverhalt gleichzeitig ein Straftatbestand nach dem Urheberrecht verwirklicht wird und zumindest ein Versuch eines allgemeinen Straftatbestandes, wie beispielsweise Betrug oder Sachbeschädigung, vorliegt.⁴⁴³ Aufgrund des gemeinsamen strafrechtlichen Sachverhaltes können beide Verfahren verbunden werden,⁴⁴⁴ ein Umstand, der für den Privatankläger äußerst hilfreich sein kann, da er durch sein Recht auf Akteneinsicht (§ 68 StPO) Informationen über die Ermittlungen zum Officialdelikt erhält, die seinen Interessen von Nutzen sein können.⁴⁴⁵

⁴⁴² Aufgrund der Änderungen der Strafprozessordnung, die mit 1. 1. 2008 in Kraft trat, stellt sich die Frage, inwieweit diese ausdrückliche Regelung der Urteilsveröffentlichung noch notwendig ist.

⁴⁴³ Sowohl der Staatsanwalt als auch der Privatankläger sind zur Einleitung des Verfahrens berechtigt.

⁴⁴⁴ *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 3.2; OGH 26. 10. 1951, 5 Os 814/51 EvBl 1952/152.

⁴⁴⁵ Bei nicht verbundenen Verfahren kommt dem Privatankläger Akteneinsichtsrecht aufgrund seiner „Opferrechte“ zu.

III.3.7.1 Strafprozessreform

Wie bereits mehrfach erwähnt, werden urheberstrafrechtliche Tatbestände als Privatanklagedelikte,⁴⁴⁶ d.h. nur auf Bestreben des Aktivlegitimierten verfolgt.⁴⁴⁷ Privatanklagedelikte zählen zu jenen Bereichen, die von der mit 1. 1. 2008 in Kraft getretenen Strafprozessnovelle⁴⁴⁸ am stärksten betroffen waren. Zu den wesentlichsten Änderungen im Hauptverfahren zählen:

- Wegfall der 6-Wochen-Frist;
- Wegfall des Ermittlungsverfahrens/Hausdurchsuchungen;
- Wiedereinsetzung bei unverschuldetem Versäumen einer Hauptverhandlung;⁴⁴⁹
- Änderungen der strafrechtlichen Zwangsmaßnahmen (Abschöpfung, Verfall, Einziehung).

Bereits nach den ersten Monaten wurden die Schwachstellen der neuen Strukturen deutlich, sodass im Bundesministerium laufend an Novellen gearbeitet wird, die den derzeitigen Zustand verbessern sollen.⁴⁵⁰ In der Folge sollen die Auswirkungen der Änderungen auf das Urheberstrafverfahren, insbesondere Kunstfälschungen, punktuell betrachtet werden:

⁴⁴⁶ § 91 Abs 3 UrhG.

⁴⁴⁷ Im Gegensatz dazu sind Officialdelikte jene Vergehen und Verbrechen, die von Amts wegen von der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaft verfolgt werden.

⁴⁴⁸ BGBl I 2004/19; in der Folge „Strafprozessnovelle“.

⁴⁴⁹ Ähnlich dem Zivilprozess sah die alte Fassung der StPO vor, dass der Privatankläger die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen kann, wenn er aufgrund von unvorhersehbaren oder unabwendbaren Ereignissen die Hauptverhandlung nicht besuchen konnte (§ 364 Abs 1 StPO aF). Die Neufassung des § 364 Abs 1 StPO sieht die Wiedereinsetzung in den Stand nur mehr für die Versäumung der Frist zur Anmeldung, Ausführung oder Erhebung eines Rechtsmittels oder Rechtsbehelfes vor. Den Gesetzesmaterialien ist keine Begründung zu entnehmen, warum es durch die Neufassung des § 364 Abs 1 StPO zu einer Schlechterstellung des Privatanklägers kommen sollte. Einige Autoren, wie beispielsweise *Hinterhofer*, gehen davon aus, dass es sich um eine planwidrige Lücke handelt, sodass analog zur alten Regelung des § 364 Abs 1 StPO die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus unvorhersehbaren oder unabwendbaren Ereignissen auch dem Privatankläger zusteht. *Hinterhofer*, Aktuelle Entwicklungen im Urheberstrafverfahren, MR 2008/3, 155.

⁴⁵⁰ Weiterführend *Horak*, Erste Erfahrungen mit der StPO 2008 in Privatanklageverfahren, *ecolex* 2008, 211; *Horak*, Neues zum Privatanklageverfahren, *ecolex* 2008, 932.

III.3.7.2 Wegfall der 6-Wochen-Frist

Bislang war das Privatanklageverfahren von einem enormen Zeitdruck geprägt, da § 46 Abs 1 StPO aF vorsah, dass innerhalb von sechs Wochen ab Kenntnis der strafbaren Handlung und der verdächtigen Person eine Privatanklage beim zuständigen Gericht eingebracht werden musste.⁴⁵¹ Durch den Wegfall dieser Frist kommen nun die allgemeinen strafrechtlichen Verfolgungs- und Verjährungs-regeln zur Anwendung.⁴⁵² Das Recht, Privatanklage zu erheben, verjährt daher zeitgleich mit der Straftat selbst.

Im Fall von § 91 Abs 1 UrhG beträgt diese Verjährungsfrist ein Jahr, bei gewerbsmäßiger Begehung (§ 91 Abs 2 UrhG) fünf Jahre nach Beendigung des strafbaren Verhaltens (§ 57 Abs 3 StGB).⁴⁵³ Mit dem Wegfall der 6-Wochen-Frist wurde Urhebern zwar ein größerer zeitlicher Rahmen zur Durchsetzung ihrer Ansprüche eingeräumt, dennoch bleibt die strafrechtliche Verfolgung von Urheberrechten schwierig bzw. wurde durch die Änderungen der letzten Strafprozessreform erschwert.⁴⁵⁴

III.3.7.3 Wegfall des Ermittlungsverfahrens

Vor der Strafprozessnovelle⁴⁵⁵ war die strafrechtliche Verfolgung, sofern ein entsprechender Sachverhalt des UrhG vorlag, für Aktivlegitimierte äußerst attraktiv. Insbesondere die Möglichkeit, Ermittlungen oder Vorerhebungen durch den Untersuchungsrichter durchführen zu lassen (§ 46 StPO aF), war für viele ausschlaggebend, zunächst dem strafrechtlichen Rechtsbehelf den Vorzug gegenüber

⁴⁵¹ § 46 Abs 1 StPO aF.

⁴⁵² § 57 StGB.

⁴⁵³ *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 4.3.2; Berechnung der Frist beginnend mit dem Tag nach Abschluss der strafbaren Handlung, siehe dazu auch *Fuchs* in *WK*² § 57 Rz 11.

⁴⁵⁴ Selbst eine innerhalb offener Frist eingebrachte Privatanklage ist chancenlos, wenn bereits ein Fall der Verzeihung im Sinne des § 71 Abs 2 StPO vorliegt. Eine allenfalls anlässlich eines Abmahnschreibens vor Einbringung einer Privatanklage abgegebene Verzeihung bezieht sich nur auf bereits erfolgte Verletzungshandlungen, nicht jedoch auf spätere. *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkte 3.5, 4.3.4.

⁴⁵⁵ BGBl I 2004/19; in der Folge „Strafprozessnovelle“.

einer zivilrechtlichen Anspruchsverfolgung zu geben.⁴⁵⁶ Der Vorteil lag insbesondere darin, dass ein Strafverfahren auch gegen eine unbekannt Person eingeleitet werden konnte und die Informationen des Strafverfahrens anschließend auch im Zivilverfahren eingesetzt werden konnten.⁴⁵⁷

Durch die Neustrukturierung des Vorverfahrens ist eine Privatanklage nur in jenen (seltenen) Fälschungsfällen möglich, in denen der Täter bekannt ist. Damit wird dem Privatankläger die Last auferlegt, den Täter selbst, ohne Mithilfe des Gerichtes, ausfindig machen zu müssen. Einziges Hilfsmittel des Privatanklägers ist ein selbstständiger Antrag auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen (§ 445 StPO iVm § 92 UrhG), der zu der Einleitung des Hauptverfahrens führt, in dem der Richter Erhebungsmaßnahmen verfügen kann.⁴⁵⁸ Zu einer Beweissicherung ist der Privatankläger erst im Hauptverfahren mittels Antrag auf Verhängung einer Zwangsmaßnahme „zur Sicherung von Beweisen oder vermögensrechtlichen Anordnungen“ (§ 71 Abs 5 StPO) berechtigt.

Die Ermittlungslast wurde sohin überwiegend zu Lasten des Privatanklägers verschoben, der oftmals nicht über die notwendigen Möglichkeiten verfügt, um an notwendige Informationen zu gelangen. Der Privatankläger muss daher versuchen, zumindest den Namen des Täters herauszufinden und eine schlüssige Klagserszählung aufzubauen, um gemeinsam mit der Privatanklage Anträge, z.B. auf Hausdurchsuchung, stellen zu können.

⁴⁵⁶ *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 4.5.; schon die wesentlich geringeren Kosten waren für viele Verletzte entscheidend.

⁴⁵⁷ OLG Linz 15. 3. 2000, 7 Bs 13/00, Disques Duchesse I, MR 2000, 100 (*Walter*); selbst Erkundungsbeweise waren zulässig: OGH 17. 12. 1991, 11 Os 125/91, SSt 61/81; OLG Linz 15. 3. 2000, 7 Bs 13/00, Disques Duchesse I, MR 2000, 100 (*Walter*). Unbekannte Täter: Zur Ermittlung unbekannter Täter musste ein Antrag auf Einleitung der Voruntersuchungen gegen eine bekannte Person mit Anträgen auf Durchführung von Vorerhebungen gegen unbekannt Täter verbunden werden.

⁴⁵⁸ *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 4.5.3.

III.3.7.4 Strafrechtliche Zwangsmaßnahmen (§ 445 StPO)

§ 445 StPO nF ermöglicht es dem Privatankläger, auch ohne anhängiges Verfahren einen selbstständigen Antrag auf eine einstweilige Sicherungsmaßnahme nach §§ 20, 20b,⁴⁵⁹ 26 StGB zu stellen, sofern die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen vorliegen.⁴⁶⁰

- Jene Gründe, die die Annahme zulassen, dass die Voraussetzungen der §§ 20, 20b oder 26 StGB gegeben sind, müssen ausreichend vorliegen;
- zudem darf es keine Möglichkeit zur Entscheidung über die strafrechtliche Zwangsmaßnahme im Rahmen eines Strafverfahrens geben.⁴⁶¹

Seit der StPO-Novelle ist der selbstständige Antrag gemäß § 445 StPO das wichtigste Instrument des Privatanklägers, um an Informationen zu gelangen, die zur Einbringung einer Privatanklage notwendig sind. Ist ein fundierter Verdacht über das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung gegeben und sind die oben genannten Voraussetzungen erfüllt, fehlt jedoch die Identität des Täters bzw. befinden sich wichtige Beweise in der Gewahrsam des Täters, können Zwangsmaßnahmen beantragt werden, um diese Beweise zu sichern bzw. jene Informationen zu erhalten, die für die Zusammenstellung der Privatanklage notwendig sind.⁴⁶²

Die Abschöpfung der Bereicherung (§ 20 StGB) ist ein selbstständiger vermögensrechtlicher Anspruch, der darauf gerichtet ist, einen durch eine Straftat unrechtmäßig erlangten Vermögensvorteil zurückzuerlangen.⁴⁶³ Eingriffsgegenstände sind von der Abschöpfung nicht umfasst und müssen mit Hilfe der Einziehung aus dem

⁴⁵⁹ Ein Anwendungsfall für § 20 b StGB für Kunstfälschungen ist derzeit nicht denkbar.

⁴⁶⁰ *Fuchs/Tipold*, WK-StPO (2007) § 445 Rz 25, 26; *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheberrecht (2008) § 91 Punkt 4.5.3.

⁴⁶¹ *Horak*, Das neue Privatanklageverfahren. Schwierigkeiten in der Praxis und neue Reformpläne, StPO-neu Teil XXIII, ÖJZ 2009/24, 214.

⁴⁶² *Horak*, Das neue Privatanklageverfahren. Schwierigkeiten in der Praxis und neue Reformpläne, StPO-neu Teil XXIII, ÖJZ 2009/24, 214; OLG Linz 2. 10. 2008, 9 Bs 312/08h.

⁴⁶³ EBRV 1996, 27ff; weiterführende Literatur zur Abschöpfung in *Fuchs/Tipold*, WK-StPO (2007) Vorbemerkung zu §§ 20–20c.

Verkehr genommen werden.⁴⁶⁴ Liegt bereits ein Strafantrag vor, ist ein eigener Antrag zur Abschöpfung nicht mehr notwendig.⁴⁶⁵

Fälscher oder Dritte, die für die vorsätzliche Begehung einer strafrechtlich relevanten Urheberrechtsverletzung einen Vermögensvorteil erlangt haben, sind durch die Abschöpfung verpflichtet, einen Geldbetrag in jener Höhe, die der unrechtmäßigen vermögensrechtlichen Bereicherung entspricht, zu leisten.⁴⁶⁶ So kann beispielsweise der Gewinn, den der Fälscher durch den Verkauf seiner Fälschungen erzielte, abgeschöpft werden, sodass der Originalurheber die Möglichkeit hat, sich aus diesem unrechtmäßig erlangten Vermögen zu befriedigen. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn auch ein zivilrechtliches Urteil den Fälscher zu einer Leistung verpflichtet hat, und er dieser Zahlungsverpflichtung aufgrund des zivilrechtlichen Titels nicht entspricht.

Die Erleichterung des Privatanklägers liegt insbesondere darin, dass § 20 StGB iVm § 445 StPO gerade nicht von einem Schuldspruch im Hauptverfahren abhängig ist.⁴⁶⁷ Da die Abschöpfung jedoch nicht zu einer unzulässigen Bereicherung des Opfers führen soll, ist diese immer dann ausgeschlossen, wenn der Bereicherte freiwillig eine Schadensgutmachung leistet, bereits ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Schadenersatztitel vorliegt bzw. andere rechtliche Maßnahmen zur Wiedergutmachung geführt haben.⁴⁶⁸ Da ein vollstreckbarer Schadenersatztitel einen Antrag auf Abschöpfung ausschließt, muss in der Praxis darauf geachtet werden, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung noch kein zivilrechtlicher Titel auf Schadenersatz vorliegt. Gerade bei Fälschungen kann dies relevant werden, wenn das Zivilverfahren vor dem Strafverfahren beendet wird.

Die Bestrafung des Täters ist für den Privatankläger in der Praxis nicht ausreichend. Vielmehr strebt er danach, Fälschungen und Mittel, die der Herstellung von Fälschungen dienen, zu beseitigen bzw. der Verfügungsgewalt des Beschuldigten zu

⁴⁶⁴ Vergleich dazu auch *Horak*, Das neue Privatanklageverfahren. Schwierigkeiten in der Praxis und neue Reformpläne, StPO-neu Teil XXIII, ÖJZ 2009/24, 214.

⁴⁶⁵ Ein Antrag ist jedoch im objektiven Verfahren oder im Verfügungsverfahren erforderlich; OLG Innsbruck 5. 8. 1998, 6 Bs 296/98.

⁴⁶⁶ *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 4.5.3.

⁴⁶⁷ OLG Innsbruck 5. 8. 1998, 6 Bs 296/98.

⁴⁶⁸ OLG Innsbruck 5. 8. 1998, 6 Bs 296/98.

entziehen (§ 26 StGB – Einziehung).⁴⁶⁹ Im Fall von Fälschungen ist neben den gefälschten Werken an sich auch an gefälschte Punzen, Werkstattzeichen und dergleichen, die der Herstellung von Kunstfälschungen dienen, zu denken.

Obwohl der Täter eine Einziehung abwenden könnte, indem er die besondere (verwerfliche) Beschaffenheit der Gegenstände beseitigt, z.B. indem er Vorrichtungen oder Kennzeichnungen entfernt oder unbrauchbar macht, die die Begehung von mit Strafe bedrohten Handlungen erleichtern, ist dies für Kunstfälschungen mangels Anlassfällen von geringer Bedeutung. Oftmals befinden sich Fälschungen (Gegenstand, der aus der Straftat hervorgebracht wurde) nicht in der Gewahrsam des Fälschers, sondern Dritter (z.B. Erwerber des Bildes). Die Einziehung richtet sich nicht nur gegen den Fälscher (Täter), sondern auch gegen den Eigentümer. Zum Schutz seiner Eigentumsrechte kann sich der Dritte durch Gewährleistung, dass die Fälschung nicht für strafbare Handlungen verwendet wird, der Einziehung entziehen. In der Praxis ist dabei an Fälschungsmarkierungen auf der Rückseite eines Bildes oder an eine Markierung an der Unterseite einer Skulptur zu denken. Ergänzend könnte dem Eigentümer der Fälschung eine eidesstattliche Erklärung abverlangt werden, die mit einer Konventionalstrafe pro Verstoß abgesichert werden kann.

III.3.7.5 Hausdurchsuchung

Gerade die Hausdurchsuchung (§§ 119 ff StPO) ist für den Privatankläger von großer Bedeutung, da er mit ihrer Hilfe an Informationen (Sicherung von Beweismitteln) gelangen kann, die ihn im Hauptverfahren unterstützen.

Aus dem Wortlaut des § 119 Abs 1 StPO ist abzuleiten, dass ein konkreter Verdachtsmoment vorliegen muss, dass sich an dem zu durchsuchenden Ort Eingriffsgegenstände befinden.⁴⁷⁰ So muss der betroffene Urheber z.B. wissen, dass sich Fälschungen seiner Werke an einem bestimmten Ort befinden. Allein der Verdacht,

⁴⁶⁹ Jene Gegenstände, die aufgrund ihrer besonderen Beschaffenheit dazu geeignet sind, strafbare Handlungen zu begehen und vom Täter dazu eingesetzt wurden, sollen diesem entzogen werden. Auch Gegenstände, die aus Straftaten hervorgebracht wurden, können eingezogen werden.

⁴⁷⁰ *Tibolt/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO § 139 Rz 30 mwN.

dass dort vielleicht eine Werkstatt oder ein Lagerraum für Fälschungen eingerichtet sein könnte, reicht nicht aus.⁴⁷¹

In der Praxis wurde bereits mehrfach versucht, einen Antrag auf Hausdurchsuchung vor Einbringung der Privatanklage zu stellen, um ein substanziiertes Klagebegehren aufbauen zu können (so genannter selbstständiger Antrag). Aus (teilweise) nicht veröffentlichten Entscheidungen der Unterinstanzen⁴⁷² ist jedoch mittlerweile bekannt, dass ein Antrag auf Hausdurchsuchung vor Einbringung der Privatanklage von den Gerichten mehrheitlich abgelehnt wird. Man stützt sich dabei auf § 71 Abs 1 StPO, der keinen Erkundungsbeweis im Ermittlungsverfahren zulässt und daher nicht vor der Einbringung der Privatanklage eingesetzt werden kann.⁴⁷³ In der Praxis ist man daher zu der erfolgreicheren Variante übergegangen, dass gemeinsam mit der Privatanklage ein Antrag auf Hausdurchsuchung eingebracht wird.

III.3.7.6 Sicherstellung

Probleme in der Praxis wurden in der Anfangsphase insbesondere mit § 110 StPO, dem Antrag auf Sicherstellung, festgestellt. Aufgrund des § 110 Abs 3 Z 4 StPO ist die Kriminalpolizei berechtigt, im Auftrag des Staatsanwaltes oder aus eigenem Ermessen Gegenstände sicherzustellen, die geeignet sind, damit eine strafbare Handlung zu begehen. Diese Berechtigung zur Sicherstellung kann nicht nur bei Officialdelikten, sondern auch bei Privatanklagedelikten zur Anwendung kommen.

Die Bedeutung des § 110 StPO für den Geschädigten ist evident: Gerade das selbstständige Einschreiten und Sicherstellen von Tatwerkzeugen erleichtert es dem potenziellen Privatankläger, eine substanziierte Klage einzubringen. Gerade Urheber und deren Interessenvertreter sind bei Kunstfälschungen daran interessiert, nicht nur auf Eigenbeobachtungen angewiesen zu sein, sondern auch seitens der Kriminalpolizei informiert zu werden.

⁴⁷¹ Diese Voraussetzung darf allerdings nicht zu weit ausgelegt werden, so ist die genaue Bezeichnung der Anzahl oder die Art der Gegenstände nicht notwendig.

⁴⁷² OLG Wien 7. 5. 2008, 22 Bs 103/08 w; OLG Wien 16. 7. 2008, 22 Bs 96/08s, ecolex 2008/349, 935; *Horak*, Neues zum Privatanklageverfahren, ecolex 2008, 932.

⁴⁷³ *Horak*, Neues zum Privatanklageverfahren, ecolex 2008, 932.

In der Praxis wird diese Möglichkeit, die die neue StPO der Kriminalpolizei einräumt, von dieser nicht ausgeschöpft. Während sie bei Officialdelikten bereits selbstständig tätig wird, ist dies bei Privatanklagedelikten nicht der Fall.⁴⁷⁴ Das zuständige Bundesministerium für Justiz hat dieses Defizit bereits erkannt und ist derzeit bemüht, die Kriminalpolizei verstärkt darauf aufmerksam zu machen, dass die Sicherstellungsbestimmung auch auf Privatanklagedelikte anzuwenden ist.

III.3.7.7 Vernichtung und Unbrauchbarmachung von Eingriffsgegenständen (§§ 92, 93 UrhG)

Um die Verbreitung von Fälschungen auf dem Markt zu verhindern, streben Originalurheber danach, Fälschungen und Werkzeuge, die zu deren Herstellung dienen, zu vernichten. Neben Einziehung, Abschöpfung und Verfall steht dem Urheber als *lex specialis* ein selbstständiger Antrag auf Vernichtung bzw. Unbrauchbarmachung von Eingriffsgegenständen (§ 92 Abs 2 UrhG) zu, der auch im Verfahren geltend gemacht werden kann (§ 92 Abs 1 UrhG). Dieser Vernichtungstatbestand kann mit dem Antrag auf Beschlagnahme von Eingriffsgegenständen (§ 93 UrhG) verbunden werden. Zu beachten ist, dass nach der Stellung eines Antrages nach §§ 92 oder 93 UrhG ein selbstständiges Hauptverfahren eröffnet wird. Innerhalb dieses abgesonderten Hauptverfahrens hat der Urheber die Möglichkeit, auch Zwangsmaßnahmen zu beantragen.⁴⁷⁵

Sind die Voraussetzungen des § 115 StPO gegeben, kann die Sicherstellung der fraglichen Gegenstände in eine Beschlagnahme übergeführt werden. Darüber hinaus sind auch Anträge auf Identitätsfeststellung (§ 118 StPO) oder die Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte (§§ 116 ff StPO) denkbar. Auskünfte über Bankkonten sind in der Praxis dann zielführend, wenn z.B. Informationen über den erzielten Umsatz als Grundlage für einen Abschöpfungsantrag dienen sollen. Praktisch spielen diese Rechtsbehelfe bei Kunstfälschungen nur eine untergeordnete Rolle, da die

⁴⁷⁴ Horak, Erste Erfahrungen mit der StPO 2008 in Privatanklageverfahren, *ecolex* 2008, 211.

⁴⁷⁵ Die Zuständigkeit des Einzelrichters beim Landesgericht gemäß § 445 Abs 2 StPO, § 92 Abs 2 iVm § 91 Abs 5 UrhG.

Kontoauskunft in der Regel teuer (die Kosten der Bank trägt der Antragsteller) und nur aufgrund eines richterlichen Beschlusses zulässig ist.

III.3.7.8 Geplante Änderungen der StPO-Novelle⁴⁷⁶

Bereits einige Monate nach Einführung der StPO-Novelle wurde deutlich, dass für Privatanklagen erheblicher Handlungsbedarf besteht. Gerade in den ersten Monaten versuchten Richter und Staatsanwälte viele Einzelprobleme mit Hilfe des „Richterrechtes“ zu lösen bzw. durch das Ausloten von Ermessens-spielräumen rechtsfortbildend aktiv tätig zu werden. So wurde beispielsweise in einer Entscheidung des OLG Wien, 19 Bs 131/08 s die Möglichkeit der Kombination eines selbstständigen Antrages mit einem Antrag auf Beweis-sicherung bei einem unbekanntem Täter bejaht. Dieses Beispiel zeigt, dass man die durch die Novelle der StPO eingetretenen Einschränkungen des Privatanklägers im Ermittlungsverfahren durch die nun vorliegenden rechtlichen Instrumente abzufangen versuchte.⁴⁷⁷

Auch seitens des Ministeriums denkt man aufgrund des wachsenden internationalen Druckes daran, Österreich aus seiner isolierten Position herauszuführen und eine amtswegige Verfolgung von Immaterialgüterrechten zuzulassen. Während die Umwandlung des § 91 UrhG von einem Privat-anklagedelikt zu einem Offizialdelikt Wunschtraum vieler Originalurheber und Juristen bleibt, kann man sich seitens des Bundesministeriums folgende Annäherung an einen gemeinsamen europäischen Standpunkt vorstellen:⁴⁷⁸ Eine amtswegige Verfolgung von Immaterialgüterverletzungen soll in Fällen von besonderem öffentlichem Interesse möglich sein. Dieses „öffentliche Interesse“ soll, ähnlich dem § 109 dUrhG, im nationalen Recht definiert werden.

⁴⁷⁶ Die in diesem Kapitel genannten Änderungspläne beruhen auf dem ständigen Austausch von Juristen im Bereich Immaterialgüterrecht und mündlichen Informationen des Bundesministeriums für Justiz.

⁴⁷⁷ Derzeit liegen dem Bundesministerium Stellungnahmen zu einer Neufassung des § 71 StPO zur Bearbeitung vor, die hinkünftig einen selbstständigen Beweissicherungsantrag für das Privatanklageverfahren enthalten soll.

⁴⁷⁸ Die in diesem Abschnitt wiedergegebenen Standpunkte des Bundesministeriums beruhen auf Informationen, die das Bundesministerium Anwälten, die im Bereich Immaterialgüterrecht tätig sind, zur internen Information zur Verfügung stellt.

Grund für die Annäherung an einen gemeinsamen europäischen Standpunkt ist die Befürchtung des Bundesministeriums, dass es zu einer vollständigen Umstellung der Immaterialgüterrechte auf Officialdelikte im Fall des Abschlusses des multilateralen Übereinkommens zur Bekämpfung der Produkt- und Marken-piraterie (Anti-Counterfeiting Trade Agreement – ACTA) kommen wird.

Es wäre meines Erachtens wünschenswert, wenn Österreich seinen strikten Standpunkt, dass eine Interessenverfolgung durch Verwertungsgesellschaften und den individuell Betroffenen zielführender ist als die Umstellung des § 91 UrhG auf ein Officialdelikt, zugunsten der betroffenen Originalurheber aufgeben würde. Der nun angestrebte gemeinsame europäische Standpunkt führt nämlich nur in einem kleiner Teilbereich („öffentliche Interessen“) zu Verbesserungen. Zudem bleibt zu befürchten, dass „öffentliche Interessen“ enger definiert wird als z.B. „gewerbsmäßige Begehung“. Eine Gesamtumstellung des § 91 UrhG bzw. zumindest im Fall der gewerbsmäßigen Begehung des § 91 UrhG auf ein Officialdelikt, wie sie auch der Entwurf der VStRDS-RL⁴⁷⁹ vorsieht, wäre gerade im Bereich von Kunstfälschungen wünschenswert.

III.3.7.9 Die VStRDS-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf die österreichische Rechtslage

Nicht nur auf nationaler Ebene sind weitere Änderungen des Urheberstrafrechtes zu erwarten, auch seitens der Europäischen Union ist man bemüht, durch die Verschärfung strafrechtlicher Maßnahmen einen besseren Schutz des Urhebers zu erreichen, um so dem wachsenden Druck durch die steigende Zahl der Rechtsverletzungen⁴⁸⁰ von

⁴⁷⁹ Begründung des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (von der Kommission vorgelegt), Brüssel, den 26. 4. 2006, KOM (2006) 168 endgültig, 2005/0127 (COD) – in der Folge VStRDS-RL.

⁴⁸⁰ In ihrer Begründung zum geänderten Richtlinienentwurf führt die Kommission aus, dass insbesondere der ansteigende Vertrieb im Internet, verbraucherrechtliche Aspekte und die wachsende organisierte Kriminalität auf diesem Gebiet Anlass dazu waren, auch auf strafrechtlicher Ebene tätig zu werden. Insbesondere die organisierte Kriminalität war entscheidungsauslösend für die Vorgabe eines Strafrahmens. Siehe weiterführend: Begründung des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (von der Kommission vorgelegt), Brüssel, den 26. 4. 2006, KOM (2006) 168 endgültig, 2005/0127 (COD).

geistigen Eigentum gerecht zu werden.⁴⁸¹ Erschwerend ist, dass durch die derzeit abweichenden nationalen Sanktionsregelungen der reibungslose Ablauf des Binnenmarktes und die effiziente Verfolgung beeinträchtigt werden.⁴⁸²

Im Vordergrund der Maßnahmen der Union steht dabei der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums⁴⁸³ (VStRDS-RL).^{484,485} Der

⁴⁸¹ Aufgrund des TRIPS-Abkommens und dem Wunsch zur Verbesserung des Binnenmarktes hat der Unionsgesetzgeber in den vergangenen Jahren Maßnahmen zur Verbesserung des Schutzes von geistigem Eigentum gesetzt. Österreich als Einzelstaat, aber auch als Mitglied der Europäischen Union ist Vertragspartner des TRIPS-Abkommens (BGBl 1995/1 idF BGBl 1995/379). In Art 61 des TRIPS-Abkommens haben sich die ratifizierenden Völker-rechtssubjekte dazu verpflichtet, angemessene strafrechtliche Sanktionen einzurichten, um Nachahmungen zu gewerblichen Zwecken zu unterbinden. Trotz dieser Bestimmung verfügen noch nicht alle Vertragsstaaten über entsprechende strafrechtliche Regelungen. Zu Harmonisierungen auf zivil- und verwaltungsrechtlicher Ebene siehe *Spreitzer-Kropiunik/Mosing in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 2.1.4.; Beispiele für das zivil- und verwaltungsrechtliche Eingreifen des Gemeinschaftsgesetzgebers: VO (EG) 2003/1383 des Rates v 22. 7. 2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Maßnahmen gegenüber Waren, die erkanntermaßen derartige Rechte verletzen, ABi L 2003/196, 7 berichtet in ABi L 2004/381, 87; VO (EG) 2004/1891 der Kommission v 21. 10. 2004 mit Durch-führungsvorschriften zu der Verordnung (EG) 2003/1383 des Rates über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Maßnahmen gegenüber Waren, die erkanntermaßen derartige Rechte verletzen, ABi L 2004/328, 16; RL 91/250/EWG des Rates v 14. 5. 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABi L 1991/122, 42 idF der RL 93/98/EWG des Rates v 29. 10. 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABi L 1993/290, 9 und des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum – Anhang XVII – Geistiges Eigentum – Verzeichnis nach Artikel 65 Absatz 2, ABi L 1994/1, 482; RL 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 12. 12. 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung), ABi L 2006/376, 28; RL 93/83/EWG des Rates v 27. 9. 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABi L 1993/248, 15; RL 93/98/EWG zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, geändert durch RL 2001/29/EG, kodifiziert durch RL 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 12. 12. 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABi L 2006/372, 12; RL 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 11. 3. 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABi L 1996/77, 20; RL 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 27. 9. 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABi L 2001/272, 32; RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABi L 2001/167, 10 berichtet in ABi L 2002/6, 71; RL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 29. 4. 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABi L 2004/157, 45 berichtet in ABi L 2004/195, 16.

⁴⁸² Aus der Begründung des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (von der Kommission vorgelegt), Brüssel, den 26. 4. 2006, KOM (2006) 168 endgültig, 2005/0127 (COD).

⁴⁸³ Als „geistiges Eigentum“ definiert die Kommission (Erklärung 2005/295/EG zu Art 2 der RL 2004/48/EG), neben dem Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten, die sui generis-Schutzrechte der Hersteller von Datenbanken, die Schutzrechte der Schöpfer der Topografien von Halbleitererzeugnissen, Marken-, Geschmacks- und Gebrauchsmusterrechte, die Patentrechte,

Erstentwurf dieser Richtlinie wurde aufgrund des Urteiles des Europäischen Gerichtshofes vom 13. 9. 2005 (C-176/03, *Kommission gegen Rat*) und einer Mitteilung der Kommission vom 23. 11. 2005 (KOM [2005] 583 endgültig) grundlegend überarbeitet.⁴⁸⁶ Im Vergleich zum Erstentwurf enthält die derzeit vorliegende zweite Fassung folgende wesentliche Änderungen:

- Die Bestimmungen über den Strafrahmen und die erweiterten Einziehungsbefugnisse wurden beibehalten.
- Nicht übernommen wurde Art 5 des Rahmenbeschlusses über die Zuständigkeit und Koordinierung der Strafverfolgung. Diese Entscheidung der Kommission entspricht dem Grünbuch über die Kompetenzkonflikte vom 23. 12. 2005 (KOM [2005] 696 endgültig) und dem Grundsatz *ne bis in idem* im Strafverfahren, sodass die Kommission in diesem Bereich einen horizontalen Ansatz verfolgte. Folglich ist eine besondere Regelung zum Schutz des geistigen Eigentums nicht erforderlich.⁴⁸⁷

Obwohl es im Interesse aller Mitgliedstaaten liegt, gemeinsam gegen Verletzungen des geistigen Eigentums vorzugehen und den Binnenmarkt weiterzuentwickeln, werden immer wieder kritische Stimmen laut. Als Beispiel sind hier der Deutsche Bundestag und der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss zu nennen: Der Deutsche

Sortenschutzrechte, geografische Herkunftsangaben sowie Handelsnamen, soweit es sich dabei nach dem jeweiligen nationalen Recht um ausschließliche Rechte handelt. Siehe weiterführend *Schwöring*, EU-Kommission schlägt europäische Strafvorschriften bei der Verletzung geistigen Eigentums vor, MR-Int 2005, 138.

⁴⁸⁴ Begründung des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (von der Kommission vorgelegt), Brüssel, den 26. 4. 2006, KOM (2006) 168 endgültig, 2005/0127 (COD) – in der Folge VStRDS-RL.

⁴⁸⁵ Dem vorliegenden Entwurf ging die Richtlinie 2004/48/EG voraus, die es den Opfern von Verletzungen an deren geistigen Eigentum ermöglichen sollte, entschädigt zu werden. Zu Lasten der Mitgliedstaaten sollten Ermittlungs-, Verfahrens-, Beschlagnahme- und Schadenersatzverpflichtungen geschaffen werden mit dem Ziel, das anwendbare Recht zur Bekämpfung organisierter Kriminalität zu harmonisieren. Allerdings betrifft die Richtlinie 2004/48/EG nur das Verfahren und die Sanktionen im Zivil-, Handels- und Verwaltungsrecht und ist primär auf die Wiedergutmachung von Schäden bei Nachahmungen ausgerichtet.

⁴⁸⁶ Aus der Begründung des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (von der Kommission vorgelegt), Brüssel, den 26. 4. 2006, KOM (2006) 168 endgültig, 2005/0127 (COD).

⁴⁸⁷ Geänderter RL-Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Brüssel, den 26. 4. 2006, KOM (2006) 168 endgültig, 2005/0127 (COD), 2.

Bundestag bezog in seiner Sitzung vom 23. 9. 2005 zum Richtlinienentwurf zu folgenden Punkten kritisch Stellung:

- Zweifel an der Zuständigkeit der Union für den Erlass strafrechtlicher Bestimmungen;
- Bedenken an der Einführung von Kriminalstrafen für juristische Personen;⁴⁸⁸
- Ablehnung des in Art 4 Abs 2 VStRDS-RL vorgeschlagenen Sanktionskataloges;
- zudem sei ein hinreichender Eingriff in die nationalen Schrankensysteme nicht ersichtlich.⁴⁸⁹

Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss ging bei seiner 437. Plenarsitzung (11./12. 7. 2007) auf folgende Punkte des Richtlinienentwurfes ein:

- Der Ausschuss fordert die Kommission auf, die Richtlinie primär auf die Nachahmung im großen Stil und auf von kriminellen Vereinigungen hergestellte Nachahmungen zu konzentrieren sowie auf Fälle, in denen der Verstoß die Gesundheit oder Sicherheit von Personen gefährdet.
- Unter der Bezeichnung „Rechte an gewerblichem Eigentum“ sollen alle dementsprechenden Rechte erfasst werden.
- In seiner Stellungnahme wies der Ausschuss darauf hin, dass der derzeitige Entwurf der Richtlinie gegen Grundsätze des Strafrechtes verstößt, nach denen die Begriffe eines Straftatbestandes eindeutig und präzise definiert sein müssen. Insbesondere die Pluralität der Begriffe „in gewerblichem Umfang“, „gewerblicher Art“ bzw. „gewerbsmäßiger Art“ stieß auf Ablehnung.

⁴⁸⁸ Der Kritik des Deutschen Bundestages ist entgegenzuhalten, dass juristische Personen jedenfalls strafrechtlich verfolgbar sein sollten. Österreich hat durch die Einführung des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes einen wichtigen Beitrag zur Verfolgung von juristischen Personen geleistet. Bemerkenswert ist, dass Art 4 der VStRDS-RL neben Haftstrafen für natürliche Personen eine ganze Reihe von Sanktionen vorsieht, die sowohl gegen natürliche als auch juristische Personen verhängt werden können: insbesondere Geldstrafen und Einziehung von Gegenständen, die dem Verurteilten gehören. In geeigneten Fällen sollen weitere Sanktionen in Betracht kommen, wie z.B. die Vernichtung. Vorgesehen sind darüber hinaus auch eine dauerhafte oder zeitweilige Gewerbeuntersagung, die Unterstellung unter richterliche Aufsicht oder die gerichtliche Auflösung der juristischen Person sowie der Ausschluss von öffentlichen Zuwendungen und Beihilfen. Ferner können Gerichtsentscheidungen veröffentlicht werden. *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Pkt. 2.1.4.

⁴⁸⁹ *Schwöriling*, EU-Kommission schlägt europäische Strafvorschriften bei der Verletzung geistigen Eigentums vor, MR-Int 2005, 138.

- Die Zuständigkeit für strafrechtliche Fragen obliegt nicht mehr allein der einstimmigen Entscheidung der Mitgliedstaaten im Rat, sondern ist von der qualifizierten Mehrheit in einem Mitentscheidungsverfahren abhängig, sodass das Europäische Parlament in den Gesetzgebungsprozess eingebunden wird.⁴⁹⁰
- Natürliche Personen, die Straftaten im Rahmen einer kriminellen Organisation begangen haben (bzw. die menschliche Sicherheit oder Gesundheit gefährden), sind nach Ansicht des Ausschusses mit einer Höchststrafe von mindestens vier Jahren zu bestrafen.
- Die wichtigste Änderung zwischen den beiden Richtlinienentwürfen bezieht sich auf die Festlegung von Ausmaß und Art der strafrechtlichen Sanktionen.
- Nach Ansicht des Ausschusses sollte die Initiative zur Einleitung von Ermittlungen und Strafverfolgung nicht ausschließlich bei den Opfern liegen, sondern parallel dazu auch bei den Mitgliedstaaten.⁴⁹¹

Derzeit ist der Gesetzgebungsprozess der Europäischen Union noch nicht abgeschlossen, sodass unter Praktikern die Hoffnung auf eine baldige Umsetzung im Bereich des Urheberrechtes zu sinken beginnt. Für den Fall, dass es zu einer Umsetzung der Richtlinie in die österreichische Rechtsordnung kommt, wären meines Erachtens folgende Änderungen notwendig:

Die Umsetzung des derzeit vorliegenden Entwurfes der VStRDS-RL (Art 8) hätte eine Umstellung des § 91 UrhG von einem Privatanklagedelikt zu einem Officialdelikt zur Folge.⁴⁹² Dazu sind zwei Varianten denkbar: zum einen die Umwandlung des bisherigen Privatanklagedelikt in ein reines Officialdelikt⁴⁹³ und zum anderen die

⁴⁹⁰ ABl C 2007/256, 3, III. Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, 437. Plenarsitzung vom 11./12. 7. 2007.

⁴⁹¹ Protokoll der 437. Plenartagung vom 11./12. 7. 2007, ABl C 2007/256, 3.

⁴⁹² Art 8 des Richtlinienvorschlages sieht vor, dass gewerbsmäßig begangene Urheberstraftatbestände keine Privatanklagedelikte sein sollten, sondern Officialdelikte. Die Annahme des Richtlinienvorschlages hätte zur Folge, dass § 91 Abs 2 UrhG von einem Privatanklagedelikt auf ein Officialdelikt geändert werden müsste. Siehe dazu auch *Hinterhofer*, Aktuelle Entwicklungen im Urheberstrafverfahren, Medien und Recht 2008/3, 156.

⁴⁹³ *Hinterhofer* vertritt die Ansicht, dass § 91 UrhG nicht partiell auf ein Privatanklagedelikt und ein Officialdelikt aufgeteilt werden soll, sondern vielmehr, § 91 UrhG gesamt zu einem Officialdelikt umzuwandeln. Meines Erachtens ist dies im Hinblick auf die zuvor beschriebene Stellung des

Schaffung einer Kombination aus Privat- und Officialdelikt (Officialdelikt für Fälle der gewerbsmäßigen Begehung). Die Umstellung auf ein reines bzw. partielles Officialdelikt hätte für den in seinen Urheberrechten Verletzten zwar eine Erleichterung des Strafverfahrens zur Folge, würde aber meines Erachtens zu keinem Anstieg der verfolgten Urheberrechtsfälle führen, da die Ermittlungsorgane nur selten von sich aus im Bereich Urheberrechts-verletzungen tätig werden. Es ist daher nicht mit einem Anstieg der verfolgten Fälle und damit einem Anstieg generalpräventiver Breitenwirkung zu rechnen.

Art 7 der VStRDS-RL sieht vor, dass Opfer in die Ermittlungen eingebunden werden und an diesen mitwirken sollen. Zudem sollen gemeinsame Ermittlungsgruppen die Beweisermittlung bei Verletzungen von geistigem Eigentum fördern.⁴⁹⁴ Die Zusammenarbeit zwischen Opfern und Staatsanwaltschaft/Kriminalpolizei, wie sie Art 7 VStRDS-RL vorsieht, wäre in Österreich teilweise neu. Erste Tendenzen dazu sind seit der Novelle der StPO, die eine Stärkung der Opferrechte vorsieht, erkennbar. Die Umsetzung des Art 7 VStRDS-RL wäre jedoch nach jetzigem Stand wesentlich weitreichender und hätte eine strukturelle Änderung der derzeitigen StPO zur Folge. Meines Erachtens liegt der Vorteil des Richtlinienentwurfes darin, dass durch eine engere Zusammenarbeit zwischen Ermittlungsbehörden und Opfern schneller Ermittlungsergebnisse gefunden werden und diese dann zu einer Verurteilung führen können.

Unter Berücksichtigung des zuletzt diskutierten Vorschlages des Bundesministeriums ist nur ein kleiner Schritt in Richtung Officialdelikt zu erwarten. Meines Erachtens ist dieser erste Schritt jedoch nicht befriedigend, da nicht alle gewerbsmäßig begangenen Urheberstraftatbestände zu Officialdelikten umgewandelt werden sollen, sondern nur ein sehr kleiner Teilbereich, der kaum praktische Anwendungsfälle im Bereich Kunstfälschungen haben wird. Im Sinne einer generalpräventiven Wirkung wäre es begrüßenswert, jede Form der gewerbsmäßigen Begehung von Kunstfälschungen als Officialdelikt zu verfolgen.

Bundesministeriums sehr unwahrscheinlich. *Hinterhofer*, Aktuelle Entwicklungen im Urheberstrafverfahren, Medien und Recht 2008/3, 156.

⁴⁹⁴ *Spreitzer-Kropiunik/Mosing* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) § 91 Punkt 4.5.3.

III.4 Conclusio

Das UrhG bildet die primäre Anspruchsgrundlage des Schöpfers gegen unliebsame Fälschungen. Aufgrund der gesetzlichen Struktur stehen ihm sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Möglichkeiten zur Verfügung. Quantitativ sind die zivilrechtlichen Möglichkeiten weitreichender ausgestaltet als der urheberrechtliche Straftatbestand (§ 91 UrhG). Weder zivilrechtlich noch strafrechtlich kennt das UrhG einen Sondertatbestand zum Schutz von Fälschungen.

Obwohl der Zivilprozess mit zahlreichen Tücken, wie einer langen Dauer, den damit zusammenhängenden hohen Kosten und Beweisschwierigkeiten verbunden ist, wird er für schnelle Präventivmaßnahmen (einstweilige Verfügung), im Vergleich zur strafrechtlichen Durchsetzung, zur Verhinderung weiterer Schäden durch Fälschungen die erste Wahl des Urhebers sein.

Das Spezifikum der strafrechtlich relevanten Urheberrechtsverletzung liegt in der Abhängigkeit des Straftatbestandes von zivilrechtlichen Verletzungshandlungen, sodass nur ein relativ enger strafrechtlicher Verfolgungsbereich entsteht. Die an sich schwierige Ausgangslage wurde durch die letzte StPO-Novelle noch verstärkt, sodass ein Strafverfahren gegen Fälscher zunehmend unattraktiv wird. Hoffnung, dass sich diese Situation zumindest teilweise verbessern könnte, gibt der Unionsgesetzgeber, der die Mitgliedstaaten dazu anhält, insbesondere bei gewerbsmäßiger Begehung einheitliche Standards zu schaffen.

IV. Sachverständigenhaftung bei fehlerhaften Kunstexpertisen

Kunstexpertisen sind keine neuzeitliche Entwicklung, sondern haben eine lange Tradition, deren Beginn bereits vor der Entwicklung der Kunstgeschichte zur Wissenschaft anzusetzen ist. Waren es anfänglich Händler oder Künstler,⁴⁹⁵ die Gutachten über die Authentizität ihrer eigenen, aber auch fremder Werke abgaben, so sind es heute Sachverständige und weiterhin Händler, die mit Hilfe ihres Fachwissens Antworten auf die Frage nach Authentizität liefern.

Schon im 17. Jahrhundert waren Sachverständigengutachten ausschlaggebend für Kaufentscheidungen: *Gerrit Ulenborch*, Amsterdamer Händler für italienische Malerei in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts, bot im Jahre 1671 dem Kurfürsten von Brandenburg 13 Kopien italienischer Meister als „Originale“ an. Der Kurfürst beauftragte einen Maler mit einer Expertise, der diese 13 Werke als Kopien entlarvte. Typisch für den niederländischen Bürgerstolz des 17. Jahrhunderts setzte *Ulenborch* die Einberufung einer Sachverständigenkommission des Magistrates der Stadt Amsterdam durch, die überwiegend von seinen Freunden besetzt war, um ein Gegengutachten erstellen zu lassen. Es war nicht überraschend, dass diese Kommission sämtliche Werke als „Originale“ qualifizierte. Dennoch ließ sich der Sachverständige des Kurfürsten, der Maler *van Fromantiou*, nicht beirren und setzte seinerseits eine aus 17 Malern bestehende Sachverständigenkommission zusammen, um das Gegengutachten zu entkräften. Letztlich behaupteten 31 Spezialisten die Gemälde seien Originale, während 20 davon ausgingen, dass es sich um Kopien handle. Der Kurfürst entschloss sich schließlich – aufgrund der offensichtlichen Zweifel an der Originalität – gegen den Kauf der 13 Gemälde.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ *Floerke*, Studien zur niederländischen Kunst- und Kulturgeschichte – Die Formen des Kunsthandels, das Atelier und die Sammler in den Niederlanden vom 15.-18. Jahrhundert (1905) 106 f; *Gerson/Koninck*, Ein Beitrag zur Erforschung der holländischen Malerei des XVII. Jahrhunderts (1936) 90.

⁴⁹⁶ *Floerke*, Kunst- und Kulturgeschichte (1905) 105–108.

Seit dem 17. Jahrhundert hat sich diesbezüglich wenig verändert. Gerade in den vergangenen Jahren wurden Kunstwerke ein immer beliebteres Spekulationsgut bzw. eine immer beliebtere Kapitalanlage, sodass auch immer mehr unerfahrene Käufer⁴⁹⁷ auf sorgfältig erstellte Gutachten angewiesen sind. Diese machen – wie bereits der brandenburgische Kurfürst im 17. Jahrhundert – die Beurteilung eines Sachverständigen zur Grundlage ihrer Kaufentscheidung, da für sie oftmals nur der große Name eines wertsicheren Meisters und nicht das Werk an sich zählt. *Benjamin* beschrieb dieses Verhalten treffend mit den Worten „*Der Fetisch des Kunstmarktes ist der Meistername*“.⁴⁹⁸ Weitere Faktoren wie beispielsweise die Bedeutung eines Werkes im Oeuvre des Künstlers oder die entwicklungsgeschichtliche Schlüsselposition eines Objektes spielen für diese Käufergruppe keine oder nur eine untergeordnete Rolle.

Durch die zunehmende wirtschaftliche Bedeutung des Kunsthandels rückt die „Fehlerhaftigkeit“ von Expertisen und die damit verbundene Haftung ihrer Verfasser immer mehr in den Vordergrund. Ein Eigentümer, dessen Gemälde aus dem 19. Jahrhundert aufgrund der Expertise einer Kunsthistorikerin nicht an einer Auktion teilnehmen konnte, schreckte nicht davor zurück, die Kunsthistorikerin, die das Gutachten verfasst hatte, zivilrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, wie ein vom OGH entschiedener Fall erst vor wenigen Jahren zeigte.⁴⁹⁹

Bevor auf die Frage der Haftung des Kunstsachverständigen näher eingegangen werden kann, muss zunächst geklärt werden, wer Kunstsachverständiger sein kann und welche Methoden ihm bei der Erstellung eines Gutachtens zur Verfügung stehen. Wie die zuvor genannten Beispiele zeigen, ist die Bandbreite der Kunstsachverständigen sehr weit und reicht von Künstlern über Händler bis hin zu Kunsthistorikern.

⁴⁹⁷ Schweizer und deutsche Großbanken (UBS, Citibank und Deutsche Bank) haben ausgehend von dieser Entwicklung ein umfassendes Anlage- und Beratungssystem geschaffen (so genanntes „Art banking“).

⁴⁹⁸ *Benjamin*, Eduard Fuchs, der Sammler und der Historiker (1937), in *Benjamin*, Angelus Novus. Ausgewählte Schriften 2 (1988) 302 (333).

⁴⁹⁹ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

Abgesehen von der Bedeutung von Sachverständigengutachten im Kunsthandel sind Expertisen auch im gerichtlichen Bereich, als Beweismittel zur Lösung der Rechtsfrage durch den Richter, von entscheidender Bedeutung.

IV.1 Der Kunstsachverständige

Aufgrund der Tätigkeitsfelder des Sachverständigen im prozessualen und außerprozessualen Bereich sind die primären Rechtsgrundlagen für Sachverständige neben dem ABGB (Haftungs- und Sorgfaltspflichten) in der ZPO und der StPO (Prozessrecht) festgelegt.

IV.1.1 Definition des Sachverständigen in der ZPO

Gemäß § 353 Abs 1 ZPO ist Sachverständiger, „... welcher zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt ist oder welcher die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der geforderten Begutachtung ist, öffentlich als Erwerb ausübt oder zu deren Ausübung öffentlich angestellt oder ermächtigt ist.“⁵⁰⁰ Da der Zweck dieser Norm in der Positionierung des Sachverständigen im Prozess liegt, lässt die ZPO offen, welche Ausbildung ein Sachverständiger aufweisen muss, bzw. unterlässt es, diesen näher zu definieren. Hauptaufgabe des Sachverständigen im Zivilverfahren ist es, komplexe Tatsachen so aufzubereiten und zu analysieren, dass es dem Richter möglich ist, darauf aufbauend rechtliche Beurteilungen zu treffen.⁵⁰¹ Daher zählt das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen in der Praxis zu den wichtigsten Beweismitteln für die Urteilsfindung.⁵⁰²

⁵⁰⁰ Rechberger in Fasching/Konecny² § 353 ZPO mwN.

⁵⁰¹ Klauser/Kodek, ZPO § 351 E 1a; OLG Wien 8 Rs 55/03, ZAS-Jud 2004/86.

⁵⁰² Weiterführende Literatur: Fasching, Die Bedeutung des Sachverständigenbeweises in der Gerichtsbarkeit, in FS Fasching (1993) 214; Fasching, Die Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen im Zivilprozess, in FS Matscher (1993) 97.

Als Sachverständige ist gemäß § 351 ZPO „vor allem auf die für Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellten Sachverständigen Bedacht zu nehmen“. Darunter sind all jene Sachverständigen zu verstehen, die in der Sachverständigenliste (§ 3 SVDolmG) bzw. in der Datenbank der Sachverständigen- und Dolmetschlisten (§ 14 b SVDolmG) erfasst sind.⁵⁰³ Obwohl es sich bei der Auswahl des Sachverständigen um eine Ermessensentscheidung handelt,⁵⁰⁴ werden in der Praxis überwiegend Sachverständige bestellt, die der Liste der gerichtlich beeideten Sachverständigen angehören.⁵⁰⁵ Nur in Fällen, in denen eine hinreichende Erfüllung des Sachverständigenauftrages durch diese nicht möglich wäre, können Personen mit besonderer Fachkenntnis, die nicht als gerichtlicher Sachverständiger in einer durch das Oberlandesgericht geführten Sachverständigenliste genannt werden, zum Sachverständigen bestellt werden. Durch den Bestellungsbeschluss entsteht zwischen dem Gericht und dem Sachverständigen kein Werkvertrag, sondern ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Gericht, Sachverständigen und Parteien.⁵⁰⁶ Aufgrund des öffentlich-rechtlichen Charakters ist auch der Entlohnungsanspruch des Sachverständigen öffentlich-rechtlicher Natur. Zur Absicherung seines Entgeltanspruches hat der Sachverständige einen Anspruch auf Bestimmung und Einhebung der Gebühren.⁵⁰⁷ Trotz der öffentlich-rechtlichen Grundlage der Sachverständigenbestellung ist der gerichtlich bestellte Sachverständige kein Organ des Gerichtes, sodass der Staat weder für ein Auswahlverschulden noch für Fehler des

⁵⁰³ *Klauser/Kodek*, ZPO § 351 Anmerkung 4.

⁵⁰⁴ 18. 2. 1992 MietSlg 44.782; *Klauser/Kodek*, ZPO § 351 E 4.

⁵⁰⁵ Der allgemeine Rechtsverkehr setzt darüber hinaus in jedes neu erstellte Gutachten die Erwartung, dass dieses dem neuesten Stand der Technik entspricht. Damit ergibt sich der Rückschluss, dass jeder Sachverständige dazu verpflichtet ist, sich permanent fortzubilden. Das Bundesministerium für Justiz hat daher, in Zusammenarbeit mit dem Hauptverband der gerichtlich beeideten Sachverständigen in Österreich, in § 6 SDG (BGBl 1975/137 idF BGBl I 1998/168) das Rezertifizierungsverfahren zur Qualitätssicherung der hohen Qualität der gerichtlich beeideten Sachverständigen zu sichern. Damit soll garantiert werden, dass diese Gruppe der Sachverständigen über den letzten Wissensstand auf ihrem Fachgebiet verfügt (Mitteilung vom 17. 6. 2002 über die Einrichtung eines Bildungspasses für Sachverständige durch den Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs).

⁵⁰⁶ SZ 13/259 (1931).

⁵⁰⁷ SZ 16/51 (1934); *Ballon in Fasching* § 1 JN Rz 349; ein unentgeltliches Gerichtsgutachten ist den österreichischen Zivilprozessgesetzen nicht bekannt.

Sachverständigen nach dem Amtshaftungsgesetz haftet. Anspruchsgrundlage sind §§ 1299 ff ABGB,⁵⁰⁸ auf welche nachfolgend noch näher eingegangen wird.

Der gerichtlich bestellte Sachverständige ist daher streng von jenen Sachverständigen zu unterscheiden, die vor oder während des Prozesses Gutachten im Auftrag einer Prozesspartei erstellen (Privatgutachten).⁵⁰⁹ Privatgutachten verfügen im Prozess nicht über jene Beweiskraft, die gerichtlichen Sachverständigengutachten zukommt. Sie können nur als Privaturkunde zum Beweis, dass ihr Inhalt der Ansicht des Verfassers entspricht, vorgelegt werden.⁵¹⁰ Kommt es zu Widersprüchen zwischen Privatgutachten und gerichtlichen Gutachten, so ist der zuständige Richter nicht verpflichtet, diese durch Befragung der Sachverständigen aufzuklären.⁵¹¹

Gerade in Kunstfälschungs-Prozessen⁵¹² ist diese Unterscheidung zwischen Privatgutachten und gerichtlichen Gutachten in Bezug auf deren Beweiskraft entscheidend. Die Einholung von Privatgutachten, um im Verfahren ein bereits vorliegendes gerichtliches Gutachten zu bekämpfen, ist daher wenig zielführend. Die im Vergleich zu anderen Fachgebieten sehr kurze OLG-Liste der „Kunst-Sachverständigen“⁵¹³ legt nahe, dass es gerade in diesem Bereich häufig zur Bestellung von „externen“ Sachverständigen kommt.

⁵⁰⁸ *Ballon*, Einführung⁹ Rz 255 mwN; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 997; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO § 351 Rz 7 mwN; JBl 1987, 308; JBl 1985, 628 = EvBl 1985/125.

⁵⁰⁹ *Schlosser*, Spontan präsentierte Zeugen und (Privat-)Gutachten nach deutschem und österreichischem Recht, in FS *Rechberger* (2005) 497; OLG Wien 23. 9. 1986 EvBl 1987/83 = Sach 1987/3, 10.

⁵¹⁰ 22. 4. 1970 JBl 1971, 144; LG Wien 31. 3. 1971 EFSlg 15.193; OLG Wien 14. 3. 1978 EFSlg 32.030; LG Wien 1. 12. 1988 EFSlg 57.759; LG Salzburg 21 R 31/01g EFSlg 102.019; LGZ Wien 43 R 479/02b EFSlg 102.028; *Klauser/Kodek*, ZPO 16.01 ZPO § 351 E 20.

⁵¹¹ 2. 9. 1987 infas 1988/2, 26 21; 7 Ob 53/02 y MietSlg 54.644; *Klauser/Kodek*, ZPO 16.01 ZPO § 351 E 22; aA 4. 12. 1986 JUS 27, 12 und OLG Wien 12 R 134/02 t EFSlg 105.861.

⁵¹² OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

⁵¹³ [http://www.sdgliste.justiz.gv.at/edikte/sv/svliste.nsf/Suche!OpenForm&subf=svlfg&vL2obSVF=78&NAV=78&L1=Kunst%2C%20Antiquit%E4ten%20\(Produktion%2C%20Verwertung%2C%20Handel\)](http://www.sdgliste.justiz.gv.at/edikte/sv/svliste.nsf/Suche!OpenForm&subf=svlfg&vL2obSVF=78&NAV=78&L1=Kunst%2C%20Antiquit%E4ten%20(Produktion%2C%20Verwertung%2C%20Handel)).

<http://www.sdgliste.justiz.gv.at/edikte/sv/svliste.nsf/Suche!OpenForm&subf=svlfg&vL4obSVF=00779.45&NAV=00779.45&L1=Urheberschutz%2C%20Medienwesen&L2=Urheberfragen%20aller%20Art&L3=HG%20Wien>.

Darüber hinaus ist die Einholung zahlreicher Privatgutachten vor oder während des Prozesses nicht immer zielführend, wie die zuletzt ergangene Entscheidung des OGH vom 16. 11. 2009 um ein Gemälde (oder eine Fälschung) *Oskar Laskes* zeigte. In diesem Verfahren um eine vermeintliche Fälschung von *Oskar Laske* musste – trotz zahlreicher Gutachten im Vorfeld des Prozesses – kein gerichtliches Sachverständigengutachten eingeholt werden, da es sich letztlich um ein rein zivilrechtliches Problem handelte und die Frage nach der Authentizität nicht geklärt wurde.⁵¹⁴

IV.1.2 Definition des Sachverständigen in der StPO

Wie im Zivilprozess wird auch im Strafverfahren⁵¹⁵ nur jener Fachkundige als „Sachverständiger“ bezeichnet, der durch den Vorsitzenden zur Erstellung eines Gutachtens beauftragt wurde.⁵¹⁶ Gutachten, die von den Prozessparteien in Auftrag gegeben werden, sind „Privatgutachten“, deren Bedeutung im Verfahren in folgenden Punkten von gerichtlichen Sachverständigengutachten abweicht:

- Privatsachverständige werden durch den Vorsitzenden als Zeugen einvernommen.⁵¹⁷
- Privatgutachten, deren Schlussfolgerungen von jenen des gerichtlichen Gutachtens abweichen, können als Antragsgrundlage für die Bestellung

⁵¹⁴ OGH 16. 11. 2009, 9 Ob 13/09 s.

⁵¹⁵ Literatur zum Sachverständigen in der StPO zB *Alsberg/Nüse/Meyer*, Beweisanzug⁵ (1983) 207; *Krause in Löwe/Rosenberg*²⁵ (1997) Vor § 72 Rz 2; *Beulke*, Strafprozessrecht⁷ (2004) Rz 197; *Roxin*, Strafverfahrensrecht²⁵ (1998) § 27 Rz 1; ferner SSt 41/31; *Platzgummer*⁸ (1997) 98; *Bertel/Venier*⁸ (2004) Rz 352; *Hartl*, Beweiswürdigung und Sachverständiger. Aus der Sicht des Strafrichters SV 1997/4, 34; *Lohsing/Serini*⁴ (1952) 300 f; *Roeder*² (1976) 144; *Detter*, Der Sachverständige im Strafverfahren – eine Bestandsaufnahme, NSTZ 1998, 57 f. Struktur der Sachverständigennormen in der StPO: §§ 116 bis 126 a StPO – allgemeine Bestimmungen, §§ 127 bis 138 StPO – besondere Bestimmungen.

⁵¹⁶ *Hinterhofer*, WK-StPO altes Vorverfahren Vor §§ 116 bis 126 a Rz 15; ÖJZ-LSK 1979/369; 11 Os 86/91; EvBl 1997/119; 13 Os 34/01; *Hartl*, SV 1997/4, 35; *St. Seiler*⁷ (2004) Rz 486; *Schick*, Der Sachverständige im Wirtschaftsstrafrecht, in *Aicher/Funk* (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 151 (157); *E. Steininger*³ (2002) § 281 Abs 1 Z 4 Rz 63; *Fabrizy*, StPO⁹ (2004) § 118 Rz 7; *Hartl*, SV 1997/4, 35.

⁵¹⁷ *Schick*, Der Sachverständige im Wirtschaftsstrafrecht, in *Aicher/Funk* (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 151 (158); *St. Seiler*⁷ (2004) Rz 486; vgl 12 Os 75/03 JSt 2005/16.

eines weiteren gerichtlichen Gutachtens verwendet werden.⁵¹⁸ Zu diesem Zweck muss im Privatgutachten dargelegt werden, welche Unklarheiten, Widersprüche, methodischen Mängel oder logisch nicht haltbaren Schlussfolgerungen im Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen den Antrag auf Bestellung eines zweiten gerichtlichen Sachverständigen rechtfertigen.⁵¹⁹

- Obwohl der Privatsachverständige der Verhandlung beiwohnen kann, ist er nicht berechtigt, selbst Fragen zu stellen. In der Praxis werden Privatsachverständigengutachten daher häufig für die Vorformulierung von Fragen an den gerichtlich bestellten Sachverständigen durch die Parteienvertreter genutzt.⁵²⁰
- Der vorsitzende Richter ist nicht verpflichtet, das Privatgutachten zum Akt zu nehmen und in seinem Urteil zu beachten. Wird das Privatgutachten zum Akt genommen, so ist nur der Befund im Urteil feststellungs- und erörterungsbedürftig.⁵²¹

IV.1.3 Der Kunstsachverständige aus der Perspektive des Kunsthistorikers

Seit den Gutachten des 17. Jahrhunderts blieb die Tatsache, dass Kunstsachverständige aus verschiedenen Berufen entstammen können, unverändert. Als Kunstsachverständige kamen und kommen Künstler, deren

⁵¹⁸ Vgl § 118 Abs 2, §§ 125 f; EvBl 1967/317; ÖJZ-LSK 1979/369; 14 Os 132/94 JBl 1996, 194; Bertel/Venier⁸ (2004) Rz 369; Hartl, SV 1997/4, 36; Schick, Der Sachverständige im Wirtschaftsstrafrecht, in Aicher/Funk (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 151 (157); Steininger³ (2002) § 281 Abs 1 Z 4 Rz 63; Woratsch, SV 1991/1, 5.

⁵¹⁹ Hinterhofer, WK-StPO altes Vorverfahren Vor §§ 116 bis 126 a Rz 22; Bertel/Venier⁸ Rz 369; Schick, Der Sachverständige im Wirtschaftsstrafrecht, in Aicher/Funk (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 151 (157).

⁵²⁰ Hinterhofer, WK-StPO altes Vorverfahren Vor §§ 116 bis 126 a Rz 22; vgl ÖJZ-LSK 1979/369; 11 Os 87/90; SSt 62/33 = JBl 1996, 194; Hartl, SV 1997/4, 36; 13 Os 34/01 EvBl 2002/39, 155.

⁵²¹ Hinterhofer, WK-StPO altes Vorverfahren Vor §§ 116 bis 126 a Rz 23f; 13 Os 170/03 EvBl 2004/113; aA 11 Os 86/91; EvBl 1994/62; 15 Os 22/99; E. Steininger³ (2002) § 281 Abs 1 Z 4 Rz 64.

Partner,⁵²² Händler und Wissenschaftler, aber auch passionierte Sammler, wie z.B. Prof. Dr. *Rudolf Leopold* für die Werke *Egon Schieles*, in Betracht.⁵²³

Prof. *Leopold* war promovierter Mediziner und ließ sich privat zum Restaurator ausbilden. Ein abgeschlossenes Studium der Kunstgeschichte oder der bildenden Künste hatte er jedoch nicht. Dessen ungeachtet zählte er neben *Jane Kallir* zu den führenden Experten für *Egon Schiele* und ist Autor einer umfangreichen *Schiele*-Biografie.⁵²⁴ Gerade das Beispiel Prof. Dr. *Leopold* zeigt, dass für die Tätigkeit als Kunstsachverständiger keine bestimmte, standardisierte Ausbildung vorausgesetzt wird. Eine einheitliche Grundausbildung zum „Kunstsachverständigen“ gibt es nicht,⁵²⁵ daher unterscheiden sich diese wesentlich von anderen, beispielsweise medizinischen, Sachverständigen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Sachverständige an sich und dessen Ausbildungsart gesetzlich nicht geregelt sind. Vielmehr werden dessen Sorgfaltsmaßstab⁵²⁶ und seine Tätigkeitsbereiche im Prozess näher bestimmt. Dies entspricht auch den Anforderungen der Praxis, da nicht für jede Sachverständigengruppe ständig neue Ausbildungsprofile und individuelle Sorgfaltsmaßstäbe festgesetzt werden können. Die vom Gesetzgeber gewählte Form, den Tätigkeitsrahmen und die Sorgfaltspflicht zu normieren, entspricht daher sämtlichen Bereichen, in denen Sachverständige tätig werden können, und somit auch dem Bereich des Kunstsachverständigen.

⁵²² Als Beispiele können die Ehefrauen von *Emil Nolde* bzw. *Salvador Dali* genannt werden.

⁵²³ In Deutschland werden primär Kunsthistoriker, Händler und Naturwissenschaftler für die Erstellung von Expertisen herangezogen, seltener öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige der Industrie- und Handelskammern. Vgl dazu auch *Goepfert*, Haftungsprobleme 77.

⁵²⁴ *Leopold*, *Rudolf Leopold – Kunstsammler* (2003) 35, 91–98; zudem beschäftigte er sich intensiv mit Kunstfälschungen und war bereits vor der Expertise führender Kunsthistoriker davon überzeugt, dass ein Selbstportrait *Vincent van Goghs*, das in den 50er-Jahren zum Kauf angeboten wurde, eine Fälschung sei (132 ff).

⁵²⁵ In Deutschland werden primär Kunsthistoriker, Händler und Naturwissenschaftler für die Erstellung von Expertisen herangezogen; seltener öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige der Industrie- und Handelskammern. Vgl dazu auch *Goepfert*, Haftungsprobleme 77.

⁵²⁶ Zum Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB siehe Kapitel IV.3.

Die Tatsache, dass Kunstsachverständige im Gegensatz zu anderen Berufen über keine einheitliche (Grund)Ausbildung verfügen, führt daher zu keinem rechtsstaatlichen Defizit.⁵²⁷ Aufbauend auf diesen gesetzlichen Grundlagen und der historischen Entwicklung der Kunstsachverständigen verwundert es nicht, dass auch Künstler und Interessenvertretungen keine Veränderung des bestehenden Zustandes wünschen.

IV.2 Das Kunstsachverständigengutachten

Obwohl die Frage nach der Authentizität des Werkes meist im Vordergrund steht, ist dies nicht die einzige Frage, die von einem Kunstsachverständigen beantwortet werden kann. Gerade in jenen Fällen, in denen die zunächst angenommene Zuschreibung widerlegt wird, ist eine offene Fragestellung des Gutachtensauftrages wichtig, um herauszufinden, welcher Urheber tatsächlich hinter dem zu untersuchenden Objekt steht. Wird beispielsweise ein Gemälde, das bislang *Rubens* zugeschrieben wurde, nur auf dessen Authentizität geprüft, so entgeht dem Auftraggeber des Gutachtens durch die zu eng gefasste Fragestellung die Information, dass es sich bei dem Gemälde zwar nicht um einen echten *Rubens*, dafür aber um einen echten *Matthijs Musson* handelt, welcher ebenfalls zu den großen niederländischen Meistern zählt.⁵²⁸

Dem Gutachter sollte daher eine gewisse Flexibilität bei der Fragestellung eingeräumt werden, um die am Markt wertbestimmenden Faktoren erarbeiten zu können. Dazu zählen neben der Originaleigenschaft unter anderem der Name des Künstlers, die Stellung des Werkes im Oeuvre des Meisters und der Erhaltungszustand des Werkes.

⁵²⁷ Eine ähnliche Situation liegt in Deutschland vor. Näheres dazu in *Gerlach*, Haftung 32 ff und *Goepfert*, Haftungsprobleme 77.

⁵²⁸ *Matthijs Musson* war ein begabter Assistent *Rubens*, der den Stil des Meisters so gut beherrschte, dass nicht einmal zeitgenössische Fachleute den Unterschied erkannten. Näheres dazu in *Duverterg*, Nieuwe gegevens betreffende de kunsthandel van Matthijs Musson en Maria Fourmenois te Antwerpen tussen 1633 en 1681, *Gentse Bijdragen tot de Kunstgeschiedenis*, Vol. XXI (1969).

Die Fragestellung legt auch die notwendigen Qualifikationen sowie die anzuwendenden Methoden des Sachverständigen fest, die von klassischen geisteswissenschaftlichen Methoden bis zu modernen naturwissenschaftlichen Untersuchungen reichen. Diese Vielfalt an Methoden schlägt sich auch auf die Ausbildung des Sachverständigen nieder, die im Bereich der Kunstsachverständigen sehr unterschiedlich sein kann.

IV.2.1 Inhalt eines Gutachtens

Der Inhalt eines Gutachtens wird in der Regel vom Auftraggeber bestimmt. Abhängig von der Fragestellung können Expertisen z.B. auf den Erhaltungszustand, den Wert oder die Bedeutung des Werkes für die kunsthistorische Entwicklungsgeschichte fokussiert sein. Da Gutachten im außerprozessualen Bereich jedoch primär als Grundlage für die Kaufentscheidung verwendet werden, steht die Frage „Original oder Fälschung“ in der Regel im Vordergrund. Trotz der Abhängigkeit des Gutachtensumfanges von der Fragestellung sollte jedes Kunstsachverständigengutachten jedoch folgende Mindestinhalte aufweisen:

- Angaben zur Person des Künstlers (Name und Daten des Künstlers, Herkunft, Zugehörigkeit zu einer Schule);
- wissenschaftlich nachprüfbare Einordnung des begutachteten Werkes in dessen Oeuvre;
- sachliche Beschreibung der Darstellung und der Farbgebung;
- Art des Bildträgers und der verwendeten Materialien;
- Datierung des Werkes;
- Erwähnungen des Werkes in der Literatur;
- Werkverzeichnis (falls vorhanden);
- Provenienz (mehr als die letzten beiden Besitzer/Eigentümer);
- Angaben zum Erhaltungszustand (z.B. Dublierung, Parkettierung, Retuschen, Firnisabnahme und Firnisaufstrich), insbesondere Angaben zu

Indizien, die den Wert des Werkes mindern können (Übermalungen, Abrieb, Untersuchungen am Original);

- Markt- und Authentizitätswert.⁵²⁹

Dieser Mindestinhalt ermöglicht es, ein schlüssiges Bild über ein Werk zu erhalten. Gerade Angaben zur Provenienz oder zum Erhaltungszustand sind entscheidende Indizien, um eine Fälschung als solche erkennen zu können (z.B. vollkommen fehlende Provenienzangaben oder das Verschweigen von Restaurierungen). Aber auch einander widersprechende Angaben können einen Fälschungsverdacht begründen.

Erhält ein Kaufinteressent ein Gutachten, das diese Punkte nicht abdeckt, so sollte dies ein Signal dafür sein, selbst Nachforschungen anzustellen, wie beispielsweise ein eigenes Gutachten in Auftrag zu geben oder zumindest den Anbieter nach dem Verfasser der Expertise zu befragen.

Diese Anforderungen gelten jedoch nur eingeschränkt im Fall von Kunstversicherungsexpertisen, die einen Sonderfall von Kunstsachverständigengutachten bilden. Zu versichernde Objekte werden von Versicherungsunternehmen in der Regel keinem umfassenden Begutachtungsverfahren unterzogen. Bestehen nach Begutachtung des Objektes keine wesentlichen Zweifel über die Originalität desselben, wird ein Kurzgutachten zur Ermittlung des Wertes erstellt. Dazu wird zunächst versucht, den letzten für dieses Werk bezahlten Kaufpreis mittels veröffentlichter Ergebnislisten von Auktionshäusern ausfindig zu machen. War das konkrete Objekt nicht Teil (Lot) einer Auktion, wird versucht, ein möglichst ähnliches Werk zu finden. Suchparameter sind dabei der Künstler, die Werkphase,⁵³⁰ das Format des Bildes, Farbe und

⁵²⁹ Herchenröder, Die Kunstmärkte (1978) 298 f; Nißl, Die Haftung des Experten für Vermögensschäden Dritter bedingt durch unrichtige Gutachten im deutschen, englischen und amerikanischen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung dargestellt am Problem der Haftung des Kunstgutachtens für falsche Expertisen (Dissertation 1971) XXVIII.

⁵³⁰ Darunter ist ein typischer, durch stilistische Merkmale abgrenzbarer Zeitraum innerhalb des Oeuvres des Künstlers zu verstehen, bei *Pablo Picasso* beispielsweise die „Blaue Phase“ oder die „Kubistische Phase“.

Trägermaterial⁵³¹ sowie dessen Erhaltungszustand. Je mehr dieser Merkmale dem zu bewertenden Objekt entsprechen, desto genauer kann der Wert bestimmt werden. Dieser so ermittelte Marktwert wird mit dem vom Eigentümer tatsächlich geleisteten Kaufpreis verglichen. Der aufgrund des Marktwertes und des tatsächlich geleisteten Kaufpreises ermittelte Durchschnittswert ergibt die Berechnungsgrundlage der Versicherungssumme und der zu entrichtenden Prämie.⁵³² Aus wissenschaftlicher Sicht sind Versicherungsgutachten von geringer Bedeutung, da sie nur auf die Ermittlung eines Durchschnittswertes gerichtet sind. Dennoch sind sie in der Praxis von nicht zu unterschätzender wirtschaftlicher Bedeutung.

IV.2.2 Methoden des Kunstsachverständigen

Zur Frage der Qualifikation eines Kunstsachverständigen hat in den vergangenen Jahren, neben der zunehmenden Spezialisierung,⁵³³ auch die Wahl der anzuwendenden Methoden an Bedeutung gewonnen. Neben den klassischen geisteswissenschaftlichen Methoden stehen auch zahlreiche technisch-naturwissenschaftliche Methoden als Hilfswissenschaften zur Verfügung.⁵³⁴ Diese technisch sehr aufwendigen Verfahren werden in der Regel nicht vom Kunsthistoriker selbst erlernt, sondern in Zusammenarbeit mit Chemikern, Physikern oder Restauratoren durchgeführt. Zu beachten ist, dass die „exakten“, nachmessbaren Naturwissenschaften nur eine Ergänzung zur primär geisteswissenschaftlichen Gutachtenserstellung liefern können. Denn selbst technische Methoden können – unter Nichtbeachtung des Gesamtkontextes – missverstanden werden und sohin zu einem irreführenden Ergebnis führen.⁵³⁵ Gesetzliche

⁵³¹ Unter Trägermaterial ist der Grund, auf dem die Farbe aufgetragen wurde, wie z.B. eine Leinwand oder eine Holzplatte, zu verstehen.

⁵³² Darüber hinaus ist auch die Art der Aufbewahrung (Safe, Zugänglichkeit, Alarmanlage etc.) für die Bestimmung der Versicherungssumme ausschlaggebend. Die Erstellung von Versicherungsgutachten wurde der Verfasserin dieser Arbeit im Rahmen eines Praktikums erklärt und schließlich von dieser erlernt. Die anzuwendenden Methoden werden in der Regel mündlich weitergegeben.

⁵³³ Gerlach, Haftung 10.

⁵³⁴ Vgl auch die gleiche Ansicht in der deutschen Lehre: *Nißl*, Haftung des Experten (1971) XXVIII.

⁵³⁵ Ähnlicher Ansicht auch Gerlach, Haftung 34ff.

Vorgaben zur Methodenwahl gibt es im Gegensatz zu anderen Bereichen, wie beispielsweise der Liegenschaftsbewertung, für Kunstsachverständige nicht.⁵³⁶ Für den Juristen ist die Kenntnis über die zur Verfügung stehenden Methoden, wie sie in der Folge näher dargestellt werden, wesentlich, um dem Sachverständigen im Verfahren die entsprechenden Fragen stellen zu können bzw. im Vorverfahrensstadium die im Einzelfall notwendigen Entscheidungen treffen zu können.

Ausgangspunkt jedes wissenschaftlich fundierten, seriösen Gutachtens ist die Begutachtung des Originals. Gutachten, die aufgrund einer Reproduktion (Foto, Ektakrom u.ä.) erstellt werden, entbehren jeglicher wissenschaftlicher Seriosität.⁵³⁷

Zunächst wird im Rahmen der Befundaufnahme am Original der Ist-Zustand des Objektes erhoben. Neben einer allgemeinen Beschreibung des Erhaltungszustandes und der Schäden des Objektes wird auch der dargestellte Inhalt aufgenommen. Zur Befundaufnahme gehört auch die Untersuchung der Signatur. Diese kann sich an herkömmlichen Stellen befinden, beispielsweise im Randbereich der Vorderseite, aber auch auf der Rückseite oder an den Seitenrändern des Bildträgers, sodass sie erst nach Abnahme des Rahmens sichtbar wird. Die Signatur an sich kann aus dem Namen des Künstlers (Vor- und Nachname, Nachname oder Künstlername), seinen Initialen oder einer Art Paraphe bestehen. Der festgestellte Name lässt allerdings nicht unbedingt darauf schließen, dass der Signierende auch der Urheber des Bildes ist, da Schöpfer und Signierender nicht zwangsläufig übereinstimmen müssen. Ein prominentes Beispiel für derartige Irreführungen ist *Jean-Baptiste-Camille Corot* (1796–1875). *Corot* zählte zu jenen Malern des 19. Jahrhunderts, die ihren Lebensunterhalt von ihrer Profession bestreiten konnten. Um befreundete, wirtschaftlich weniger

⁵³⁶ Das Liegenschaftsbewertungsgesetz enthält drei Formen der Wertbestimmung: Vergleichs-, Sach- und Ertragswertverfahren.

⁵³⁷ Notwendigkeit der Gutachtenserstellung vor dem Original auch bei *Goepfert*, Haftungsprobleme 77. Häufig sind Sachverständige an einem anderen Ort als am Aufbewahrungsort des Objektes tätig. Ist das Objekt nicht transportfähig, muss im Vorfeld der Gutachtenserstellung geklärt werden, wer die Reisekosten des Gutachters zum Objekt übernimmt.

erfolgreiche Maler zu unterstützen, signierte er oftmals deren Werke, um sie mit seiner Zustimmung als „echte“ *Corots* verkaufen zu können.⁵³⁸

In manchen Fällen kann bereits aus dem Erhaltungszustand geschlossen werden, dass das Bild kein Original sein kann bzw. in das Original eingegriffen wurde. Neben Trägermaterial und Farbe können auch der Originalrahmen, Ränder des Bildes, dessen Rückseite oder die verwendeten Pinsel Aufschluss darüber geben, ob das Werk tatsächlich aus jener Zeit stammt, aus der es auf den ersten Blick zu stammen scheint. Für die Untersuchung der verwendeten Farben ist nicht zwangsweise eine chemische Analyse notwendig. Mit einem geschulten Auge und Fachkenntnis kann bereits in einer ersten Begutachtung festgestellt werden, dass bestimmte Farben in einer Epoche nicht verwendet wurden, weil diese noch nicht bekannt waren, oder der verwendete Trägerstoff für den Maler oder den Herstellungsort nicht gebräuchlich ist. Nach Aufnahme des Ist-Zustandes werden Stil und Inhalt des Werkes näher analysiert:

Der Stil eines Künstlers, also die Art und Weise wie ein Künstler Probleme bewältigt und umsetzt, macht seine individuelle Handschrift aus. Geschulte Fälscher sind in der Lage, diese individuelle Handschrift vollkommen zu übernehmen, sodass diese nicht oder nur noch sehr schwer zur Unterscheidung des Originales von der Fälschung herangezogen werden kann. Als typisches Beispiel für die perfekte Übernahme eines bestimmten Stiles kann *Han van Mergeren*, „der Vermeerfälscher“, genannt werden.⁵³⁹

Die Stilanalyse⁵⁴⁰ ist technisch betrachtet der Vergleich eines zu bestimmenden Werkes mit anderen Werken, die einem Künstler bereits „sicher“ zugeschrieben

⁵³⁸ *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 49.

⁵³⁹ *Reitz*, Große Kunstfälschungen (1993) 102 ff.

⁵⁴⁰ Vorläufer der Stilanalyse sind die rein historische Kritik (begründet durch *Niebur*) sowie die rein ästhetische Betrachtung. Man ging insbesondere vom Studium vorhandener Urkunden und Quellen aus, die man als Grundlage der Bewertung heranzog. Eine Zwischenstufe hin zur Stilanalyse bildete die sogenannte Morellische Methode. *Morelli* ging davon aus, dass subjektive Merkmale die Handschrift eines Malers ausmachen und der Duktus das unverwechselbarste (beständigste) Merkmal ist. Die Mangelhaftigkeit der Methode liegt in der Reduzierung der Betrachtung auf den Gesamtcharakter eines Kunstwerkes. Genauere

wurden. Die Kunstfertigkeit des Sachverständigen liegt darin, signifikante Merkmale, die für bestimmte Zeiten, Regionen oder Künstler typisch sind, zu erkennen, und sie mit anderen Informationen, wie beispielsweise der Signatur, dem Sammlungsstempel, Namen, die in anderen Expertisen genannt werden, sowie Werken, die dem vermuteten Urheber bereits zugeschrieben wurden, in Verbindung zu setzen. Dabei sind Komposition, Handschrift und Farbgebung ebenso entscheidend wie der Pinselstrich. Zu beachten ist, dass sich der Stil eines Künstlers im Laufe der Zeit verändern kann und teilweise auch von Auftraggebern beeinflusst wird. Daher sind neben der Stilanalyse auch der historische Kontext und das gesamte Oeuvre des Künstlers zu berücksichtigen.⁵⁴¹ Zusammenfassend ist die Stilanalyse alleine nicht ausreichend, um gute Fälschungen zu identifizieren.⁵⁴²

Hand in Hand mit der Analyse des Stiles geht jene der Ikonografie.⁵⁴³ Während sich die Stilanalyse mit formalen Kriterien auseinandersetzt, widmet sich die ikonografische Analyse dem Darstellungsinhalt. Bestimmte Bildinhalte und Darstellungsformen sind zeitspezifisch oder treten erst ab einer bestimmten Zeit auf, sodass sie als Datierungshilfen herangezogen werden können. Ein Beispiel dafür sind Genremotive in Weihnachtsdarstellungen (Geburt Christi), die erst ab der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts in der europäischen Kunst auftraten.⁵⁴⁴ Aufgrund der Tatsache, dass bestimmte Darstellungsformen nicht weltweit bzw. flächendeckend in ganz Europa auftraten, dient die ikonografische Analyse auch der Herkunftsbestimmung und Datierung. Welche Bedeutung die ikonografische Analyse haben kann, zeigte *Rembrandts* „Der Mann mit dem Goldhelm“. Dieses Gemälde wurde jahrzehntelang als ein eigenhändiges Hauptwerk *Rembrandts* (Staatliches Museum zu Berlin) bezeichnet, bis schließlich ein Militärhistoriker feststellte, dass der dargestellte Helmtypus erst ab dem 18. Jahrhundert verwendet

Analyseformen unter Zuhilfenahme technischer Mittel führten schließlich zur Entwicklung der heute gängigen Methode der Stilkritik.

⁵⁴¹ *Wölfflin*, Das Erklären von Kunstwerken (1940) 11 ff; *Pächt*, Methodisches zur kunsthistorischen Praxis (1977) 196 ff; *Niclus*, Du Mont' Bildlexikon zur Gemäldebestimmung (1982) 213.

⁵⁴² Weiterführende Literatur zur Stilanalyse: *Niebhur*, Vorträge über römische Geschichte, an der Universität zu Bonn gehalten (1846–1848).

⁵⁴³ Weiterführend: dtv-Lexikon der Kunst III (1990), 390 f mwN.

⁵⁴⁴ *Kirschbaum* (Hrsg), Lexikon der Christlichen Ikonographie II (1994) 110.

wurde.⁵⁴⁵ Daher sind Werke, deren Bildinhalte von der ausgewiesenen Datierung abweichen, betreffend ihrer Authentizität in Frage zu stellen. Im Ergebnis sollten Darstellungsinhalt, Stil, Signatur und verwendete Mittel ein stimmiges, in sich widerspruchsfreies Gesamtbild ergeben.

Sind die Analyseformen am Objekt ausgeschöpft, werden bereits vorliegende Literatur- und Forschungsergebnisse zur Gutachtenserstellung herangezogen.⁵⁴⁶ Sofern es möglich ist, wird versucht, aufgrund der bekannten Quellen das Werk in den Gesamtkontext des Künstlers zu integrieren. Werkverzeichnisse, Briefe und zeitgenössische Aufzeichnungen helfen bei der Einordnung. Sind keine Primärquellen⁵⁴⁷ vorhanden, wird versucht, das Objekt in bekannte Literatur- und herrschende Lehrmeinungen, ähnlich einem Puzzlestein, einzufügen. In seriösen wissenschaftlichen Gutachten wird dabei nicht nur die herrschende Lehrmeinung wiedergegeben, sondern auch Gegen- oder Mindermeinungen. Dass Literaturmeinungen von erheblicher Bedeutung sind, ist z.B. in Auktionskatalogen ersichtlich. Zuschreibungen an einen bestimmten Künstler werden dort mit den entsprechenden Belegstellen untermauert. Manchmal wird neben dem Literaturzitat auch eine Schlüsselstelle des zitierten Werkes wiedergegeben. Je länger ein Objekt nicht am Markt war bzw. wenn es erstmals auf dem Markt angeboten wird, desto detaillierter sind die Angaben zur Zuschreibung.

Bleiben nach Abschluss der geisteswissenschaftlichen Analyse Zweifel bestehen, so können **naturwissenschaftliche Verfahren** ergänzend herangezogen werden. Selbst bei aktuellen wissenschaftlichen Großprojekten, wie jenem des „Corpus of Rembrandt Paintings“, geht man noch immer vom Primat der Stilanalyse aus und verwendet naturwissenschaftliche Methoden nur als *ultima ratio*.⁵⁴⁸ Dass naturwissenschaftliche Methoden nur ergänzend zur geisteswissenschaftlichen

⁵⁴⁵ Wolf, Im Zweifel bin ich gegen das Bild, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 10.

⁵⁴⁶ Das Werk anstelle von Urkunden und Quellen in den Mittelpunkt der Analyse zu stellen, geht auf *G. Morelli* (auch unter dem Pseudonym *Ivan Lermolieff* bekannt) zurück – so genannte „Morellische Methode“; *Lermolieff*, *Kunstkritische Studien über italienische Malerei – Die Galerien Borghese und Doria Panfili in Rom* (1890) IX f, 43–48.

⁵⁴⁷ Primärquellen sind schriftliche Aufzeichnungen aus der Entstehungszeit des Werkes.

⁵⁴⁸ Das Primat der Stilanalyse wird beispielsweise im Rembrandt Research Project (Hrsg), *Corpus of Rembrandt Paintings I* (1982) XVI erwähnt.

Analyse herangezogen werden, diese aber nicht ersetzen können, liegt daran, dass naturwissenschaftliche Analysen keine eigenständigen Gesamtergebnisse liefern können. Ohne einen zuvor aufgenommenen geisteswissenschaftlichen Befund haben Ergebnisse aus naturwissenschaftlichen Analysen keine Aussagekraft. Zudem kann mit Hilfe von naturwissenschaftlichen Methoden nur ein Teilaspekt jener Fragen geklärt werden, die mittels geisteswissenschaftlicher Analyseformen beantwortet werden können. Darüber hinaus ist eine genaue Kenntnis davon notwendig, welche Ergebnisse mit Hilfe chemischer und physikalischer Analyseformen erzielt werden können. In der Folge werden daher in einem kursorischen Überblick die wichtigsten technischen und naturwissenschaftlichen Methoden zur Authentizitätsbestimmung zusammengefasst.⁵⁴⁹

Ausgangspunkt aller naturwissenschaftlichen Methoden ist, dass jedes Werk aus bestimmten Materialien besteht (Farbe, Träger, ...). Jedes der verwendeten Materialien hat bestimmte physikalische und chemische Eigenschaften. Durch die Kombination mit anderen Stoffen kommen weitere besondere Eigenschaften hinzu, die unter anderem für die Bestimmung des Alters oder des Herkunftsortes entscheidend sein können. Abhängig von den Eigenschaften des Materials verändern sich diese im Laufe der Zeit oder auch nicht. Technische und naturwissenschaftliche Analysen bringen daher primär Aufschlüsse über den Aufbau eines Bildes sowie Hinweise auf den Entstehungsprozess eines Werkes. Sie können daher nur Ergebnisse der herkömmlichen geisteswissenschaftlichen Verfahren unterstützen, aber nicht ersetzen.⁵⁵⁰ Erst zusammen liefern diese Verfahren ein umfassendes Bild über das zu untersuchende Objekt. Zudem ist zu beachten, dass physikalische und chemische Untersuchungen mit erheblichen Kosten verbunden sind und daher primär bei langfristigen Forschungsprojekten⁵⁵¹

⁵⁴⁹ Eine umfassende Darstellung aller einsetzbaren naturwissenschaftlichen Methoden ist im Rahmen dieser Dissertation nicht möglich.

⁵⁵⁰ Nur im Fall der Erfassung von Werkstattdaten, Kunstlandschaften oder einer gesamten Epoche könnte eine Datenbank aufgebaut werden, die die Erstellung einer Werkstoffgeschichte oder die Erforschung historischer Maltechniken ermöglichen würde. Dazu mehr in *Maringer, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, Parnass, „Original und Kopie“*, 1991/Sonderheft 7, 22.

⁵⁵¹ Um (unter anderen) die Möglichkeiten und Grenzen geisteswissenschaftlicher und naturwissenschaftlicher Methoden einer breiten Öffentlichkeit näher zu bringen, wurde im Wiener Kunsthistorischen Museum eines der bedeutendsten Werke der Sammlung, *Vermeers*

eingesetzt werden und nur selten bei der Erstellung von Gutachten im Rahmen des Kunsthandels.⁵⁵² Die zur Verfügung stehenden technischen und naturwissenschaftlichen Methoden können in zahlreiche Gruppen untergliedert werden, beispielsweise nach der Art des Untersuchungsverfahrens in so genannte Punktuntersuchungen und flächenbezogene Untersuchungsmethoden.⁵⁵³

Punktuntersuchungen liefern Ergebnisse über die verwendeten Materialien (z.B. Bildträger, Bindemittel, Farbpigmente).⁵⁵⁴ Informationen über die verwendeten Materialien und Bindemittel liefern wichtige Hinweise auf die Entstehungszeit eines Werkes. In der Folge kann beurteilt werden, ob das untersuchte Werk tatsächlich aus der vom Eigentümer angegebenen Zeit stammt.

Farben bestehen aus verschiedenen pulvrig-körnigen Pigmenten. Die heute bekannte Farbpalette wurde erst im Laufe der Zeit entwickelt. Anfangs wurden ausschließlich in der Natur vorkommende Stoffe zur Herstellung von Farben verwendet (z.B. Purpur aus dem Sekret der Purpur-Schnecke oder Lapislazuliblau aus dem Schmuckstein Lapislazuli), weshalb schon das Ausgangsmaterial zur Farbherstellung sehr teuer war. Im Laufe der Entwicklung wurden diese Naturstoffe durch billigere chemische Stoffe ersetzt. Durch die Analyse von Farbproben kann, wenn Farben verwendet wurden, die es zu dieser Zeit schon gab, festgestellt werden, ob ein Bild tatsächlich aus der angegebenen Zeit stammt.⁵⁵⁵ Manche Farben, wie beispielsweise Bleiweiß oder „Preußischblau“,⁵⁵⁶ liefern daher genaue Angaben über das Mindestalter eines Werkes, da sie heute –

„Die Malkunst“, untersucht und zum zentralen Objekt einer Ausstellung gemacht. Aufgrund dieses – in Wien – einzigartigen Projekts wird in der Folge immer wieder auf diese Untersuchungen verwiesen.

⁵⁵² Da in vielen Fällen nur Speziallabors Untersuchungen anbieten, müssen auch die Kosten des Spezialtransportes berücksichtigt werden.

⁵⁵³ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 22 f.

⁵⁵⁴ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – zur Beurteilung von Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 20–27, 89.

⁵⁵⁵ Als Beispiel für eine besonders genaue und ausführliche Analyse: *Boon/Oberthaler*, Beobachtungen zur fragilen Struktur und zu den chemischen Prozessen in den Schichten und an der Oberfläche des Gemäldes. *Die Malkunst* von Vermeer, in *Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010); *Wald*, Die Malkunst. Betrachtung zum künstlerischen Ansatz und zur Technik, Imprimituren.

⁵⁵⁶ Preußischblau wurde erst ab 1704 in der Malerei eingesetzt.

im Fall von Bleiweiß – nicht mehr eingesetzt werden dürfen bzw. erst ab einer bestimmten Zeit eingesetzt wurden, wie etwa Preußischblau. Im Rahmen der Pigmentanalyse kann durch die Betrachtung von Farbproben unter dem Mikroskop festgestellt werden, ob diese unterschiedlich groß sind und die Pigmente – wie früher üblich – mit einem Mörser gemahlen wurden oder mit technischen Hilfsmitteln, sodass die Pigmentkörner infolgedessen gleichmäßig groß sind und dies daher für eine jüngere Entstehungszeit spricht.⁵⁵⁷ Selbst wenn es dem Fälscher gelingen sollte, die richtigen Grundstoffe zur Farbherstellung aufzutreiben, so kann die perfekte Täuschung am verwendeten Bindemittel scheitern. Daher zählt die chemische Analyse von Bindemitteln zu den wichtigsten Formen der naturwissenschaftlichen Überprüfung.⁵⁵⁸ Welches Bindemittel zum Einsatz kommt, ist von der angewandten Technik und der Entstehungsepoche abhängig. Zu den bekanntesten Bindemitteln zählen tierische Stoffe, wie z.B. Eier, oder Substanzen pflanzlichen Ursprungs, wie beispielsweise Lein- und Nussöl bei *Vermeers* „Die Malkunst“.⁵⁵⁹ Sowohl Pigmente als auch Bindemittel verändern sich im Laufe der Zeit, sodass eine Fälschung erst dann zur perfekten Täuschung wird, wenn zumindest oberflächlich der Schein eines älteren Werkes simuliert werden kann. Dabei sind Fälscher sehr erfinderisch und legen

⁵⁵⁷ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 22 f.

⁵⁵⁸ Die Verbindung von Farben und Bindemittel ist aus der Sicht des Chemikers eine aus zwei oder mehreren Stoffen bestehende (in der Regel organische) Verbindung, die im Laufe der Zeit Veränderungen ausgesetzt ist.

Das Bindemittel hat wesentliche Auswirkungen auf das äußere Erscheinungsbild des Objektes, insbesondere auf den Charakter der Oberfläche, und kann Aufschluss über die Herkunftsregion geben. Da die Verwendung bestimmter Bindemittel (z.B. Leinöl, Mohnöl, Nussöl) regional und temporär abhängig ist, können Bestimmungen desselben wesentliche Erleichterung bei der Frage der Authentizität und Datierung liefern. Selbst Pflanzengummen können durch chemische Analyseverfahren nachgewiesen werden und so Aufschlüsse zur Frage der Authentizität liefern. Mit Hilfe von gaschromatischen und immunologischen Methoden können selbst schwierige eiweißhaltige Bindemittelmischungen aus den zuvor entnommenen Farbproben heraus analysiert werden.

Auch *Vermeers* „Die Malkunst“ wurde bereits mehrfach chemisch untersucht, sodass man heute die genaue Farb- und Bindemittelverwendung *Vermeers* kennt. Siehe dazu ua *Boon/Oberthaler*, Beobachtungen zur fragilen Struktur und zu den chemischen Prozessen in den Schichten und an der Oberfläche des Gemäldes *Die Malkunst* von Vermeer, in *Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010).

⁵⁵⁹ *Wald*, Die Malkunst. Betrachtung zum künstlerischen Ansatz und zur Technik, in *Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010) 207.

beispielsweise Ölgemälde zur Aushärtung und künstlichen Craquelurebildung⁵⁶⁰ in Backöfen.⁵⁶¹ Der Nachteil dieser Methode ist, dass sie nicht bei allen Objekten eingesetzt werden kann. Während sie bei Gemälden – soweit dies aus konservatorischen Gründen vertretbar ist – uneingeschränkt einsetzbar ist, sind Skulpturen und andere Objekte nur dann überprüfbar, sofern diese farblich gefasst sind. Ein weiterer Schwachpunkt dieser Analyseform liegt in der Notwendigkeit, eine Pigmentprobe vom Objekt zu entnehmen. Bei sehr empfindlichen Objekten kann dies bereits mit zahlreichen, anfangs schwer abschätzbaren Risiken verbunden sein. Im Vergleich zu anderen naturwissenschaftlichen Methoden ist die Menge der entnommenen Probe so gering, dass sie in den meisten Fällen zugunsten der Frage nach der Authentizitätsprüfung vernachlässigt werden kann.⁵⁶²

Die Röntgenfluoreszenzmethode ist ebenfalls eine Methode zur Analyse der Pigmentzusammensetzung von Farben. Dabei wird die Untersuchungsfläche mit einem ca. 1 mm breiten Röntgenstrahl bestrahlt. Dieser Strahl trifft auf die die Farbe zusammensetzenden Atome, sodass diese Atome ihre charakteristische Fluoreszenzstrahlung abgeben. Aus den Messungen der Fluoreszenzstrahlung können Rückschlüsse auf die verwendeten Elemente und deren Zusammensetzung gezogen werden. Die Interpretation der erzielten Resultate ist jedoch sehr kompliziert, da die meisten Messdaten zu ungenau sind. Grund dafür ist die Überlagerung zahlreicher Malschichten, wie es der malerischen Praxis vor allem bis weit in das 19. Jahrhundert hinein entsprach.⁵⁶³ Bei der Auswahl des zu untersuchenden Bereiches muss beachtet werden, dass dieser keine Fehlstellen aufweist oder später ergänzt wurde. Beides würde zu einem verfälschten Ergebnis

⁵⁶⁰ Altersrisse an der Oberfläche eines Gemäldes.

⁵⁶¹ *Hebborn*, Der Kunstfälscher/Kunstfälschers Handbuch (2003) 16.

⁵⁶² So auch im Rahmen der Untersuchungen der „Malkunst“ von *Vermeer* anlässlich der Ausstellung im Kunsthistorischen Museum Wien (*Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien [2010]).

⁵⁶³ In solchen Fällen wird ein winziges Stück entnommen, um mit dem Röntgenstrahl in tiefer liegende Schichten vordringen zu können, ohne dass die Messdaten von überlappenden Schichten beeinflusst werden. An sich ist bei dieser Methode kein Eingriff in die Substanz des zu untersuchenden Objektes notwendig, in diesem Sonderfall jedoch schon.

führen.⁵⁶⁴ Mit Hilfe der Röntgenfluoreszenzanalyse konnte beispielsweise an *Vermeers* „Die Malkunst“ die Zusammensetzung der verwendeten Farben und damit die von *Vermeer* verwendete Farbpalette erforscht werden. Mit diesen Informationen über ein gesichertes Werk *Johannes Vermeers* können Fälschungen dieses beliebten Malers sohin leichter enttarnt werden.⁵⁶⁵

Die Analyse der Grundierung kann für den Kunsthistoriker wichtige Aufschlüsse über Datierung und Vorgeschichte des Objektes liefern. Grundlage dieser Methode ist die Tatsache, dass bestimmte Formen der Grundierung in verschiedenen Regionen innerhalb bestimmter Epochen stark verbreitet waren. Bis ins 15. Jahrhundert waren beispielsweise weiße Grundierungen vorherrschend. Regional wurden dazu unterschiedliche Ausgangsstoffe verwendet. Während man in Italien wasserhaltige Gipse verwendete, griff man nördlich der Alpen zu Kreidepigmenten. Ab dem 16. Jahrhundert werden die weißen von farbigen beziehungsweise grauen Imprimituren abgelöst. Etwas später, im Barock, waren vielschichtige Farbgrundierungen beziehungsweise war eine rote bis farbneutrale Farbbasis vorherrschend.⁵⁶⁶ Zur Vorbereitung der umfassenden Restaurierung *Vermeers* „Die Malkunst“ wurden auch Untersuchungen hinsichtlich der verwendeten Grundierung durchgeführt. Im konkreten Fall wurden Querschnittproben der Grundierung und der Malschichten entnommen, um sie anschließend unter verschiedenen Mikroskopen zu untersuchen.⁵⁶⁷

Die Dendrochronologie kann ausschließlich für europäische Werke aus Holz verwendet werden. Neben Gemälden, deren Träger aus Holz besteht (z.B.

⁵⁶⁴ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 23.

⁵⁶⁵ *Wald*, Die Malkunst. Betrachtung zum künstlerischen Ansatz und zur Technik, in *Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010) 206.

⁵⁶⁶ Dtv-Lexikon der Kunst III (1996) 35.

⁵⁶⁷ *Wald*, Die Malkunst. Betrachtung zum künstlerischen Ansatz und zur Technik 197; *Oberthaler* ua, Die Malkunst von Johannes Vermeer. Geschichte der Restaurierung, Beobachtung des Zustand, 220, 222; *Boon/Oberthaler*, Beobachtungen zur fragilen Struktur und zu den chemischen Prozessen in den Schichten und an der Oberfläche des Gemäldes *Die Malkunst* von Vermeer 201, 235; alle in *Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010).

Ikonen), können auch dreidimensionale Werke, wie beispielsweise gotische Heiligenfiguren, analysiert werden.⁵⁶⁸ Das Grundprinzip dieser Methode ist der Zyklus des natürlichen Baumwachses. Jeder Baum baut im Laufe seines Lebens Jahresringe auf. Diese Jahresringe unterscheiden sich voneinander durch Größe und Form, deren Bildung durch Niederschlag, Sonnenstunden und andere Witterungs- und Umweltfaktoren beeinflusst wird. Jede Holzart verhält sich dabei anders, sodass für jede Holzart eigene wissenschaftliche Aufzeichnungen notwendig sind (sog. „Referenzbaum“). Diese Aufzeichnungen geben den typischen Verlauf der Jahresringe über einen bestimmten Zeitraum wieder.⁵⁶⁹ Anhand dieser Aufzeichnungen kann das zu analysierende Objekt mit den Musteraufzeichnungen verglichen werden, sodass festgestellt werden kann, wann das Holz, aus dem das Objekt geschaffen wurde, gefällt wurde (das sog. „Fälldatum“). Dieses Fälldatum bildet nun eine Grenze für die früheste mögliche Weiterverarbeitung zu einer Skulptur oder zu einem Bild(träger) und liefert sohin einen entscheidenden Hinweis zur Beantwortung der Frage „Original oder Fälschung?“.

Die Radio-Carbon-Methode, auch „C14-Methode“ genannt, zählt zu den bekanntesten Möglichkeiten der naturwissenschaftlichen Altersbestimmung. Jeder Körper bzw Stoff enthält Kohlenstoff (C₁₄), dessen Halbwertszeit berechnet werden kann. Diese Halbwertszeit beschreibt den Zerfall der C₁₄-Atome innerhalb einer bestimmten Zeit, sodass aufgrund einer Messung, die die Anzahl der in einem Objekt vorhandenen C₁₄-Atome feststellt, eine Aussage über das Alter des Kunstwerkes getroffen werden kann.⁵⁷⁰ Häufig wird diese Form der Altersbestimmung für Textilien (dazu sind auch Leinwände zu zählen), Papier, Pappe, Pergament und Metalle eingesetzt.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ Diese beiden Beispiele wurden absichtlich ausgesucht, da sowohl Ikonen als auch gotische Holzskulpturen ein sehr hohes Spezialwissen erfordern, um sie als „Fälschung“ identifizieren zu können, und sie werden daher von Fälschern besonders gerne auf den Markt gebracht.

⁵⁶⁹ Dtv-Lexikon der Kunst II (1996) 119 f.

⁵⁷⁰ Brockhaus Enzyklopädie in 24 Bänden¹⁴ XVII (2001) 721 f.

⁵⁷¹ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 24

Gemeinsam ist den verschiedenen Formen der Materialuntersuchung, dass sie nur dann entsprechende Ergebnisse liefern, wenn Vergleichswerte von „gesicherten“, d.h. bereits datierten Objekten vorliegen. Zudem sollte – im Idealfall – ein zeitlicher Abstand zwischen dem Original und der Fälschung liegen. Dies ist jedoch keinesfalls selbstverständlich, da nicht nur „alte“ Objekte gefälscht werden, sondern auch zeitgenössische Werke. Zudem kann der Fall auftreten, dass es sich um eine Fälschung handelt, die zur gleichen Zeit wie das Original entstand.⁵⁷² In diesen Fällen ist eine Bestimmung anhand von technisch-naturwissenschaftlichen Methoden wesentlich erschwert bzw. geradezu unmöglich.⁵⁷³

Flächenuntersuchungen bauen auf den physikalischen Prinzipien des Lichtes⁵⁷⁴ und seiner Wellenform auf. Zieht man beispielsweise Infrarot-, Ultraviolett- oder Röntgenstrahlen zur Analyse eines Objektes heran, werden die Ergebnisse zunächst in Wellendiagrammen dargestellt bzw. in Form von Videos oder Fotografien.⁵⁷⁵ In Abhängigkeit von der Methode wird zwischen Oberflächen- und Tiefenuntersuchungen unterschieden. Das folgende Beispiel zeigt die Anwendbarkeit von Flächenuntersuchungen bei der Aufdeckung von Fälschungen: Viele Fälscher erwerben alte Leinwände (bemalt und unbemalt), kratzen die Farbe ab und verwenden die Leinwand für ihre Fälschung. Auch der Meisterfälscher *van Meegeren* verwendete für sein „Emmausmahl“ eine alte Leinwand. Erst mit Hilfe der Röntgenstrahlen konnten die Unterzeichnungen des ursprünglichen Bildes sichtbar gemacht und damit bewiesen werden, dass *van Meegeren* eine alte Leinwand abgekratzt hatte, um sie anschließend für sein „Emmausmahl“ zu verwenden.⁵⁷⁶ Röntgen- oder Infrarotuntersuchungen⁵⁷⁷ können daher entscheidende Hinweise zur Aufdeckung älterer Vorzeichnungen liefern.

⁵⁷² So zum Beispiel im Fall *Unterberger*, OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

⁵⁷³ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 24.

⁵⁷⁴ Licht zählt in der Physik zur Gruppe der elektromagnetischen Strahlung.

⁵⁷⁵ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 24.

⁵⁷⁶ *Riederer*, *Echt und Falsch. Schätze der Vergangenheit im Museumslabor* (1994) 281.

⁵⁷⁷ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 26.

Oberflächenanalysen, zu denen auch die Streiflichtmethode zählt, können im Gegensatz zu den zuvor beschriebenen Methoden von Kunstsachverständigen selbst, ohne naturwissenschaftliche Ausbildung, durchgeführt werden. Dabei wird eine spezielle Lampe über die Oberfläche des Gemäldes gehalten, sodass die Lichtstrahlen von der Seite einfallen. Durch die seitlich einfallenden Lichtstrahlen werden Schatten sichtbar, die eine genauere Betrachtung der Oberflächenstruktur ermöglichen. Für den Sachverständigen werden so entscheidende Hinweise wie pastose Malweise, Spuren von Übermalungen, Kittungen, Ritzungen, Lücken, Craquelé, Ausbrüche und Schollenbildungen sichtbar.⁵⁷⁸ Sinnvoll sind derartige Analysen, wenn der Verdacht einer Übermalung im Bereich der Signatur besteht, sodass eine Verfälschung vermutet werden kann.⁵⁷⁹

Übermalungen sind besonders gut mit Hilfe von Stereomikroskopen erkennbar, da diese die Altersrisse zwischen Übermalungen und Originaloberfläche zum Vorschein bringen. Dies ist insbesondere im Bereich der Signatur aufschlussreich. Wurde die ursprüngliche Signatur mit Lösungsmitteln entfernt und durch eine andere ersetzt, wurde das unmittelbare Umfeld der Farboberfläche ebenfalls in Mitleidenschaft gezogen. Man spricht in diesem Fall von so genannten „Verreibungen“, die mit Hilfe naturwissenschaftlicher Methoden sichtbar gemacht werden.⁵⁸⁰

Ultraviolettes Licht⁵⁸¹ eignet sich mit seinen kurzen Wellen besonders gut für das Aufdecken von Retuschen. Diese zeichnen sich als dunkle Flecken ab bzw. rufen Leuchterscheinungen (Fluoreszenzen) hervor, die durch den Einsatz von ultraviolettem Licht sichtbar gemacht werden können. Retuschen, die länger als

⁵⁷⁸ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 24.

⁵⁷⁹ Das Streiflichtverfahren wurde beispielsweise bei den Untersuchungen an *Vermeers* „Die Malkunst“ eingesetzt, um die pastose Malweise auf die von *Vermeer* angewandte Technik und spätere Übermalungen zu überprüfen. *Wald*, Die Malkunst. Betrachtung zum künstlerischen Ansatz und zur Technik, in *Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010) 203.

⁵⁸⁰ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 24.

⁵⁸¹ Auch die Untersuchung mit UV-Licht zählt zu den Oberflächenmethoden.

100 Jahre zurück liegen, sind mit dieser Methode allerdings nicht nachweisbar.⁵⁸² Neben Retuschen kann mit dieser Methode auch unter Firnissschichten geblickt werden, oder es können nicht dokumentierte, ältere Restaurierungen nachvollzogen werden.⁵⁸³

Infrarotuntersuchungen (Tiefenuntersuchung) werden nicht nur für Authentizitätsprüfungen herangezogen, sondern sind auch ein bevorzugtes Hilfsmittel für Stilanalysen, da in vielen Fällen der „Bauplan“ der Gemälde sichtbar wird. Wurde die Unterzeichnung in schwarz oder dunkelgrau auf weißem Grund ausgeführt, wird die Unterzeichnung im Infrarotlicht sichtbar. Unterzeichnungen auf rotem Grund werden im Infrarotlicht nicht sichtbar, da sie keine Kohlenstoffteilchen enthalten.⁵⁸⁴ Eine weitere Grundierungstechnik, die mit Hilfe von Lichtwellen sichtbar gemacht werden kann, ist die in der italienischen Renaissance vorherrschende Methode, Vorzeichnungen zu ritzen, sodass die dadurch abgegrenzten Bereiche farblich gestaltet werden können.⁵⁸⁵ Aktuelles Beispiel für den Einsatz von Infrarotuntersuchungen ist das Forschungsprojekt zur Erstellung des „Digitalen Cranach Archivs“, das derzeit kunsthistorisch, technologisch und naturwissenschaftlich das Werk *Lucas Cranach des Älteren* (1472–1553) aufarbeitet. Erste Infrarotuntersuchungen ließen die Schlussfolgerung zu, dass *Lucas Cranach der Ältere* aufgrund der spezifischen Vorzeichnungen ein Schüler *Albrecht Dürers* gewesen sein könnte.⁵⁸⁶ Mittels eines Infrarotreflektogramms konnte an *Vermeers* „Die Malkunst“ die im Laufe der Geschichte entfernte Signatur wiederentdeckt werden und darauf aufbauend

⁵⁸² *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 26.

⁵⁸³ *Oberthaler* ua, Die Malkunst von Johannes Vermeer. Geschichte der Restaurierung, Beobachtung des Zustand, 222; *Boon/Oberthaler*, Beobachtungen zur fragilen Struktur und zu den chemischen Prozessen in den Schichten und an der Oberfläche des Gemäldes *Die Malkunst* von Vermeer 239, alle in: *Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010).

⁵⁸⁴ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 26.

⁵⁸⁵ *Maringer*, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 27.

⁵⁸⁶ <http://science.orf.at/stories/1633330/>; *Gerd Korinthenberg*, dpa, 4. 12. 2009.

eine Rekonstruktion der Signatur und Datierung hergestellt werden.⁵⁸⁷ Auch die Modellierung des Farbauftrages kann mittels Infrarotuntersuchung betrachtet werden, um Fehler in der technischen Umsetzung einer Fälschung entlarven zu können.⁵⁸⁸

Aufgrund der Tatsache, dass nur schwere Atome Röntgenstrahlen absorbieren, können nur Farbpigmente, die schwere Atome enthalten, sichtbar gemacht werden (zum Beispiel Weiß, Gelb und Zinnober). Bleiweiß wurde primär im 18. Jahrhundert eingesetzt und zählt zu jenen Farben, die mittels Röntgenstrahlen sichtbar gemacht werden können. Mit freiem Auge kann es kaum von Zink- oder Titanweiß unterschieden werden. Zur Feststellung, ob es sich tatsächlich um Bleiweiß und damit um ein Werk des 18. Jahrhunderts handelt, muss die weiße Farbfläche die Röntgenstrahlen absorbieren. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich voraussichtlich um eine Fälschung aus dem 19. oder 20. Jahrhundert.⁵⁸⁹

Selbst mathematische Methoden („sparse coding“) können Kunsthistoriker bei der Entlarvung von Fälschungen unterstützen. *Daniel Rockmore* und zwei weitere Mathematiker des Dartmouth College, New Hampshire, gingen von der These aus, dass den Werken *Pieter Brueghel des Älteren* statistische Signaturen zugrunde liegen. Dazu verglichen sie acht Originalwerke mit fünf Bildern, die nach Ansicht von Kunsthistorikern Fälschungen sind. *Rockmore* und sein Team kamen zum gleichen Ergebnis wie zuvor die Kunsthistoriker, da nach der mathematischen Analyse Originale *Pieter Bruegel d. Ä.* eine statistische Signatur ergaben. Sparse coding ist eine mathematische Methode, die zunächst in der Sehforschung angewandt wurde und neuerdings auch für die Aufdeckung von Kunstfälschungen verwendet wird. Bilder werden unter Zuhilfenahme eines

⁵⁸⁷ *Wald*, Die Malkunst. Betrachtung zum künstlerischen Ansatz und zur Technik, in *Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010) 195 f.

⁵⁸⁸ *Wald*, Die Malkunst. Betrachtung zum künstlerischen Ansatz und zur Technik, in *Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010) 202.

⁵⁸⁹ *Beck*, Original – Fälschung? Bildgebende Verfahren bei der Diagnostik von Kunstwerken (1990) 82.

Bündels von Funktionen, die einzelne grafische Aspekte beschreiben, erfasst, aus denen sich wiederum global gültige „stilistische Größen“ herausfiltern lassen.⁵⁹⁰

Zusammenfassend können naturwissenschaftliche Methoden geisteswissenschaftliche Analysen bei der Authentizitätsprüfung unterstützen, aber nicht ersetzen. Viele Informationen, wie beispielsweise Unterzeichnungen, können zwar nur mit Hilfe von technischen Verfahren ermittelt werden, dennoch sind diese aber nicht in der Lage, eigenständige Ergebnisse zu liefern, da sie immer auf einen Verdacht hin, der im Rahmen einer geisteswissenschaftlichen Untersuchung entdeckt wurde, erfolgen und letztlich von Kunsthistorikern interpretiert und in den Gesamtkontext eingefügt werden müssen. Zudem wird nur in wenigen Fällen auf naturwissenschaftliche Analysen zurückgegriffen, da viele potenzielle Auftraggeber vor den hohen Kosten dieser Untersuchungen zurückschrecken. Daher sind große Forschungsprojekte, wie jenes um *Vermeers* „Die Malkunst“, von hoher Bedeutung, da sie eine Reihe neuer Informationen liefern, die für weiterführende Authentizitätsprüfungen als neuer Maßstab verwendet werden können.

⁵⁹⁰ <http://science.orf.at/stories/1635705/>; *Czepel*; Studie „Quantification of artistic style through sparse coding analysis in the drawings of Pieter Brueghel the Elder“ in: PNAS <http://www.pnas.org/content/107/4/1279>

IV.3 Sorgfaltsmaßstab des Kunstsachverständigen

Unabhängig von seiner Ausbildung unterliegt auch der Kunstsachverständige im Rahmen der Gutachtenserstellung dem strengeren Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB und unterscheidet sich sohin nicht von Sachverständigen anderer Disziplinen. Eine *lex specialis* für Kunstsachverständige besteht in der österreichischen Rechtsordnung nicht. Auch in Deutschland wird der Sorgfaltsmaßstab von Kunstsachverständigen nach den allgemeinen Bestimmungen der Sachverständigenhaftung beurteilt.⁵⁹¹ Da es in Österreich nur wenige höchstgerichtliche Judikate zu Kunstsachverständigen gibt und diese primär auf Spezialfragen eingehen, muss zur Darstellung allgemeiner Fragen und Grundsätze auf Judikate anderer Fachbereiche zurückgegriffen werden. Zu diesem Zweck soll zunächst eine kurze Zusammenfassung der allgemeinen Grundsätze des § 1299 ABGB dem besseren Verständnis der Spezifika des Kunstsachverständigen und seiner Haftung dienen.

IV.3.1 Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB

§ 1299 ABGB lautet wie folgt: *„Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, dass er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muss daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewusst; oder, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können; so fällt zugleich dem letzteren ein Versehen zur Last.“*

§ 1299 ABGB legt für einen bestimmten Personenkreis, der gegenüber Dritten als Sachverständiger auftritt, einen gegenüber § 1297 ABGB höheren objektiven

⁵⁹¹ Vgl zur deutschen Rechtslage: *Gerlach*, Haftung und *Goepfert*, Haftungsprobleme.

Sorgfaltsmaßstab⁵⁹² fest. Wer als Sachverständiger auftritt, gibt sohin zu erkennen, dass er über die von Sachverständigen seines Bereiches erwarteten typischen Fähigkeiten verfügt.⁵⁹³ Während die Generalnorm des § 1297 ABGB auf den „Durchschnittsmenschen“ und dessen „gewöhnlichen Sorgfaltsgrad“ abstellt, ist gemäß § 1299 ABGB auf den „notwendigen Fleiß“ eines Sachverständigen abzustellen.⁵⁹⁴ Es besteht daher ein wesentlicher Unterschied zwischen den Beurteilungskriterien des allgemeinen verschuldensabhängigen Haftungsrechtes und der Garantiehaftung⁵⁹⁵ des Sachverständigen.⁵⁹⁶

Der objektive Verschuldensmaßstab des § 1299 ABGB („notwendiger Fleiß“) richtet sich jeweils nach den typischen Fähigkeiten des Berufsstandes, dem der Sachverständige angehört.⁵⁹⁷ Innerhalb der Gruppe der Sachverständigen ist allerdings von den Fähigkeiten des Durchschnittsfachmannes⁵⁹⁸ auszugehen, darüber hinausgehende Fähigkeiten sind subjektiv und würden dem objektiven Maßstab des § 1299 ABGB entgegenstehen.⁵⁹⁹ Entscheidend sind daher nicht die subjektiven Fähigkeiten des Sachverständigen im Einzelfall, sondern ein objektiver Verschuldensmaßstab.⁶⁰⁰

Aufgrund welcher Ausbildung der Sachverständige sein über dem Durchschnittsmenschen liegendes Fachwissen erlangt hat, legt § 1299 ABGB nicht fest. Der Gesetzgeber legt dem Sachverständigen gegenüber Dritten auch

⁵⁹² Reischauer in Rummel³ (2007) § 1299 Rz 2.

⁵⁹³ Reischauer in Rummel³ (2007) § 1299 Rz 1.

⁵⁹⁴ Koziol, Haftpflichtrecht II² (1984) 182; SZ 54/13; EvBl 1987/205; wbl 1989, 280; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar ABGB² (2007) § 1299 Rz 1.

⁵⁹⁵ Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar ABGB² (2007) § 1299 Rz 1.

⁵⁹⁶ Zum vergleichbaren Haftungsrecht in Deutschland siehe Gerlach, Haftung 49 ff.

⁵⁹⁷ OGH 28. 1. 1981 zu 1 Ob 775/80 JBl 1982, 145; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar ABGB² (2007) § 1299 Rz 2.

⁵⁹⁸ Der Durchschnittsfachmann ist gleichbedeutend mit dem „maßgeblichen Sachverständigen“.

⁵⁹⁹ SZ 54/13; SZ 59/35; SZ 60/236; EvBl 1981/159; JBl 1982, 145; NZ 1989, 247; AnwBl 1990, 42; OGH 22.10.1992, 1 Ob 35/92; JBl 1993, 389, Dullinger; „durchschnittlicher Fachmann“: Reischauer in Rummel³ § 1299 Rz 2 mwN; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar ABGB² (2007) § 1299 Rz 2; Schwimann/Apathy, ABGB² V (1997) § 1012 Rz 2 mwN; Feil, Sachverständigenhaftung – eine systematische Darstellung für die Praxis (1997) 13; JBl 1966, 524; SZ 38/165; SZ 59/106; NZ 1987, 284; Klang, Kommentar ABGB VI (1951) 48; Reischauer in Rummel³ § 1299 Rz 2.

⁶⁰⁰ OGH 26.4.1989, 1 Ob 52 Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar ABGB² (2007) § 1299 Rz 1; wbl 1989, 280; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar ABGB² (2007) § 1299 Rz 1.

keine Nachweispflicht über seine Fähigkeiten auf, sondern begnügt sich damit, dass er gegenüber Dritten als Sachverständiger auftritt.⁶⁰¹

IV.3.2 Sorgfaltsmaßstab des Kunstsachverständigen nach § 1299 ABGB

In Bezug auf Kunstsachverständige sind die „Fähigkeiten des Durchschnittsfachmannes“ schwieriger zu bestimmen als bei anderen Berufsgruppen, da diese, wie bereits dargestellt, unterschiedlichen Berufen angehören können. Ein objektiver Vergleich aufgrund der Ausbildung ist daher nur in seltenen Fällen möglich. Vergleichbar wären beispielsweise die in der Liste der Kunstsachverständigen des Handelsgerichtes Wien eingetragenen Sachverständigen für Antiquitätenhandel, da es sich hierbei überwiegend um Kunsthändler handelt. Aber auch in diesem für Kunstsachverständige relativ einfachen Vergleichsfall ist auf die unterschiedlichen Spezialisierungen (z.B. nur Kunst des 20. Jahrhunderts oder Portraitmalerei bis 1800) zu achten, sodass in vielen Fällen eine Gegenüberstellung zur Ermittlung der Durchschnittsfähigkeiten kaum möglich ist. Neben einer ähnlichen Ausbildung oder einem vergleichbaren Tätigkeitsfeld können auch die vom Kunstsachverständigen eingesetzten Methoden als Anknüpfungspunkt für die Feststellung der durchschnittlichen Fähigkeiten dienen. Dokumentiert der Kunstsachverständige seine Expertise mit aktuellen, allgemein bekannten Literaturmeinungen und kommt er daher zu einer der herrschenden Lehre entsprechenden Expertise, so wird diese wohl dem notwendigen Fleiß entsprechen. In Analogie zur Haftung des Rechtsanwaltes, der für eine ungewöhnliche, aber vertretbare Rechtsmeinung eintritt,⁶⁰² wird wohl auch der Kunstsachverständige, der sich einer vertretbaren Mindermeinung anschließt, nicht für seine Expertise haften. Der heterogenen Praxis entsprechend nimmt auch der OGH nur punktuell zu den Methoden des Kunstsachverständigen und dem von ihm einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstab Stellung. Zuletzt schränkte er die Prüfpflicht des Sachverständigen, der eine größere Menge an Werken aus

⁶⁰¹ *Reischauer in Rummel*³ (2007) § 1299 Rz 11.

⁶⁰² *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar ABGB² (2007) § 1299 Rz 8.

einer sicheren Quelle bezieht, dahingehend ein, dass sich der Sachverständige auf seine Fachkenntnisse stützen kann und nur zu einer Stichprobenkontrolle verpflichtet ist und nicht für jedes Werk eine Expertise einzuholen hat.⁶⁰³

IV.3.3 Schadenersatzanspruch bei fehlerhafter Kunstexpertise

§ 1299 ABGB legt sohin nur den höheren Sorgfaltsmaßstab fest, ist jedoch selbst keine eigene Haftungsgrundlage. Die Haftung des Sachverständigen setzt daher neben der Nichteinhaltung des objektiven Sorgfaltsmaßstabes die allgemeinen Voraussetzungen des deliktischen bzw. vertraglichen Schadenersatzanspruches voraus.⁶⁰⁴

Die Erleichterung des Anspruchsberechtigten liegt darin, dass er aufgrund der Garantiehafung nach § 1299 ABGB keinen Nachweis des Verschuldens des Sachverständigen erbringen muss. Der Sachverständige haftet auch dann, wenn ihm kein subjektiver Vorwurf gemacht werden kann.⁶⁰⁵

§ 1299 ABGB beinhaltet keine Umkehrung der Beweislast, der Sachverständige hat daher zu beweisen, dass er die objektiven Sorgfaltspflichten nach § 1299 ABGB eingehalten hat.⁶⁰⁶ Auch bei erwiesenem Verschulden des Sachverständigen trifft den Geschädigten die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden, unabhängig davon, ob es sich um ein aktives Handeln oder Unterlassen handelt.⁶⁰⁷ Gerade bei Kunstexpertisen kann dies schwierig sein, da der Beweis des Kausalzusammenhanges bei fehlerhaften Expertisen kompliziert ist. Wird beispielsweise ein fehlerhaftes Gutachten erstellt, aufgrund dessen ein Werk nicht zu einer Auktion zugelassen wird, liegt der Schaden primär darin, dass die Verkaufschance durch das fehlerhafte Gutachten und dem darin ausgesprochenen

⁶⁰³ OGH 16. 11. 2009, 9 Ob 13/09 s.

⁶⁰⁴ *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar ABGB² (2007) § 1299 Rz 3.

⁶⁰⁵ OGH 23. 3. 1976, 5 Ob 536/76; OGH 7. 9. 1989, 8 Ob 651/89, SV 1990/I, 22.

⁶⁰⁶ *Reischauer in Rummel*³ § 1298 Rz 5; *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar ABGB² (2007) § 1298 Rz 2.

⁶⁰⁷ OGH 15. 9. 1999, 3 Ob 51/98 s, ZfRV 2000, 79; OGH 15. 3. 2005, 5 Ob 38/05g, RdW 2005/545, 483.

Fälschungsverdacht gemindert ist. Kausalität und Schadenshöhe sind in diesem Fall für den geschädigten Kläger kaum beweisbar.

Sowohl der Anspruch des Käufers als auch der des Verkäufers setzen eine Rechtsbeziehung zum Sachverständigen voraus. Da nur in den wenigsten Fällen ein direktes, zweipersonales Vertragsverhältnis zwischen Sachverständigem und Geschädigtem besteht, ist die Frage der Reichweite und des Adressatenkreises eines Sachverständigengutachtens von enormer praktischer Bedeutung. Da das zweipersonale Verhältnis zwischen dem Auftraggeber des Gutachtens und dem Sachverständigen den allgemeinen vertraglichen Schadenersatzbestimmungen entspricht, soll an dieser Stelle nicht näher auf deren Haftungsansprüche eingegangen werden, sondern vielmehr das Augenmerk auf das indirekte Verhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Sachverständigen gelegt werden.

IV.4 Das indirekte Vertragsverhältnis zwischen Sachverständigem und Geschädigtem

In seiner Entscheidung vom 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g setzte sich der OGH mit der Frage auseinander, wie die Rechtsbeziehung zwischen Geschädigtem und Sachverständigem zu qualifizieren ist, wenn zwischen diesen kein direktes Vertragsverhältnis besteht.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Landschaftsbild mit der Signatur „*F. R. Unterberger*“ wurde vom Eigentümer (dem späteren Kläger) einer Züricher Galerie zur Einbringung in eine Auktion vorgelegt. Der Kläger bestätigte, der rechtmäßige Eigentümer zu sein, und gab an, dass es sich bei dem Bild um ein Werk des Tiroler Malers *Franz Richard Unterberger* handle.

Da die Galerie allen Erwerbern die Echtheit der angebotenen Werke garantiert, gab sie ein Gutachten bei einer anerkannten Spezialistin für *Franz Richard Unterberger* in Auftrag. Die beauftragte Sachverständige ging davon aus, dass der Adressat ihres Gutachtens ausschließlich die Galerie sei, da ihr nicht einmal die Identität des Eigentümers des Werkes bekannt war. Sie wurde nicht darauf hingewiesen, dass das Gutachten auch dem Eigentümer oder anderen Dritten zur Verfügung gestellt werden sollte.

Die Gutachterin kam zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem Gemälde um kein Original von *Franz Richard Unterberger*, sondern um eine Kopie aus der Schaffenszeit *Unterbergers* handelte. Aufgrund dieses Gutachtens lehnte die Galerie die Versteigerung des Gemäldes ab.

Da der Eigentümer die Beurteilung der Sachverständigen nicht akzeptierte und von der Echtheit seines Bildes überzeugt war, brachte er trotz fehlender Vertragsbeziehung zur Sachverständigen eine Schadenersatzklage ein. Er stützte seinen Anspruch gegen die Sachverständige auf einen Vertrag zugunsten Dritter bzw. einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Während die beiden Unterinstanzen einen Schadenersatzanspruch des Klägers bejahten, hob der OGH deren Urteile auf und verwies das Verfahren zur Verfahrensergänzung an die Erstinstanz zurück, da nach Ansicht des OGH wesentliche Tatsachenfragen noch nicht geklärt waren.

Nach Ansicht des OGH steht Dritten (hier: dem Eigentümer), die außerhalb eines schuldrechtlichen Verhältnisses stehen (hier: Sachverständige/Galerie), nur ein eingeschränkter Vermögensschutz zu (u.a. §§ 874, 1295 Abs 2, § 1300 ABGB). Dieser wurde im Verfahren jedoch bis dato nicht thematisiert. Entgegen der Meinung der Unterinstanzen könne, nach dem OGH, bei einem Gutachtensauftrag nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass der Eigentümer des Bildes vom Schutzzweck des Gutachtensauftrages mit umfasst ist.⁶⁰⁸

Eine Haftung der Sachverständigen gegenüber einem Dritten, wie in diesem Fall dem Eigentümer, könne sich nach Ansicht des OGH entweder aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder in bestimmten – vom OGH leider nicht näher definierten – Fällen aus der Verletzung von objektiv-rechtlichen Schutzpflichten des Sachverständigen ergeben. Zur näheren Beurteilung dieser Anspruchsgrundlagen müsse jedoch zunächst der Gutachtenszweck feststehen.⁶⁰⁹ Anders als noch die Berufungsinstanz vertrat der OGH dazu, dass ein Gutachten nicht schon aufgrund der Natur des Geschäftes zwingend auch an den Eigentümer (Kläger) weitergegeben wird und sohin dessen Interessen beeinträchtigt, selbst wenn es sich um ein negatives Gutachten handelt. Nicht der Eigentümer, sondern nur der Käufer sei vom Schutzzweck des Gutachtens umfasst, wenn dieser seine Kaufentscheidung aufgrund des Gutachtens trifft.

⁶⁰⁸ Zur Frage, ob die Sachverständige sorgfaltswidrig gehandelt hatte, wurden im ersten Rechtsgang keine Feststellungen getroffen.

⁶⁰⁹ Auch die Feststellungen zum Gutachtenszweck waren von der Tatsacheninstanz nicht getroffen worden, sodass der OGH darauf nicht näher eingehen konnte.

Zusammenfassend geht der OGH sohin von zwei Varianten aus, um für den Geschädigten, ohne direktes Vertragsverhältnis gegenüber der Sachverständigen, einen Schadenersatzanspruch zu begründen:

- (i) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter,
- (ii) Haftung der Sachverständigen aufgrund der Verletzung objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten.

Neben diesen Möglichkeiten wurden bereits weitere dogmatische Grundlagen zur Haftung des Sachverständigen außerhalb des direkten Vertragsverhältnisses diskutiert:

So soll der Sachverständige gegenüber dem Dritten haften, weil gerade der Sachverständige mit einer besonderen Glaubwürdigkeit auftritt und der Sachverständige im Rahmen der Privatautonomie die Möglichkeit hat, sich das Haftungsrisiko vom Vertragspartner abgelenken zu lassen.⁶¹⁰ Eine Lehrmeinung, die der in Deutschland vertretenen Meinung der Vertrauenshaftung des Sachverständigen am nächsten kommt.

Koziol vertritt die Ansicht, dass durch den Gutachtensauftrag zwischen dem Sachverständigen und dem Dritten eine in contrahendo vergleichbare Sonderbeziehung entsteht. Dies setzt jedoch voraus, dass der Sachverständige aufgrund seiner Position und seines entgeltlichen Gutachtens in der Lage ist, die Rechtssphäre des Dritten zu beeinflussen.⁶¹¹

Gemeinsam ist den verschiedenen Ansätzen, dass es sich bei der Haftung des Sachverständigen aus einer Schutzwirkung zugunsten Dritter um einen vertraglichen Anspruch handelt.⁶¹²

⁶¹⁰ OGH 27.1.1995, 1 Ob 626/94, *Kletecka*, ÖAB 1995/12, (983) 986 .

⁶¹¹ *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209 (218).

⁶¹² OGH 27.1.1995, 1 Ob 626/94, *Kletecka*, ÖAB 1995/12, (983) 986.

Auf die Anspruchsgrundlagen des OGH im Fall *Unterberger*, nämlich Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Verletzung objektiv-rechtlicher Sorgfaltspflichten, soll im Nachfolgenden näher eingegangen werden.

IV.4.1 Haftung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Nimmt ein Dritter, der in keinem Vertragsverhältnis zum Sachverständigen steht, durch dessen falsche Auskunft Schaden, so kann nach herrschender Lehre dieser einen vertraglichen Schadenersatzanspruch gegen den Sachverständigen geltend machen, wenn er in den Schutzbereich des Vertrages fällt („Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“).⁶¹³ Ob der Dritte in den Schutzbereich einzubeziehen ist, richtet sich nach dem Zweck des Gutachtens.⁶¹⁴

Wie der OGH im Fall *Unterberger* aussprach, liegt es gerade nicht in der Natur einer Kunstexpertise, dass diese auch einem Dritten übergeben wird.⁶¹⁵ Der Eigentümer des Bildes sei daher gerade nicht „automatisch“ mit seinem Vermögen vom Schutzzweck des Gutachtensauftrages umfasst.⁶¹⁶ Das Berufungsgericht war dagegen – aus meiner Sicht unzutreffend – noch davon ausgegangen, dass es der Sachverständigen jedenfalls hätte klar sein müssen, dass ihr Gutachten auch dem Eigentümer oder Bieter zur Kenntnis gebracht wird und damit auch das Vermögen dieser beiden in den Schutzbereich des Gutachtensauftrages fällt.⁶¹⁷

Das Berufungsgericht muss bei seiner Beurteilung offensichtlich fälschlich von einem typischen Auktionshaus-Sachverhalt ausgegangen sein. Darunter ist jener Fall zu verstehen, in welchem ein Gutachten anlässlich der Einbringung eines

⁶¹³ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB Kommentar II² (1992) § 1300 Rz 9 mwN; SZ 51/176 = JBl 1980, 39; SZ 57/122 = RdW 1985, 9 = HS 14.904; JBl 1991, 249 = NZ 1992, 110; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar² VII (1997) §§ 1293 bis 1341, § 1300 Rz 7; OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05g.

⁶¹⁴ OGH 5. 9. 2000, 5 Ob 18/00 h.

⁶¹⁵ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

⁶¹⁶ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

⁶¹⁷ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

Objektes zur Erstellung eines Auktionskatalogtextes verwendet wird. Der Zweck solcher Gutachten liegt gerade in der Information und Aufklärung des späteren Käufers und sohin eines Dritten. In einem solchen Fall muss es für den Sachverständigen klar sein, dass der Inhalt des Gutachtens, oder zumindest Teile davon, auch Dritten zugänglich wird und nicht den Vertragsparteien (Sachverständiger/Auktionshaus) vorbehalten bleibt.⁶¹⁸ Für diesen klassischen Auktionshaus-Sachverhalt ist es typisch, dass der Käufer seine Kaufentscheidung insbesondere aufgrund der Expertise treffen wird. Dem Käufer kommt somit auch die Hauptleistung, in diesem Fall das Gutachten, zu. Damit ist die nach ständiger Rechtsprechung geforderte Voraussetzung für einen Ersatz von Vermögensschäden aufgrund eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erfüllt, da die Hauptleistung – das Gutachten – gerade dem Dritten zukommen soll.⁶¹⁹

Wie *Welser* zutreffend ausführt, ist die Schutzwirkung zugunsten Dritter zu bejahen, wenn die Vertragsparteien einander offenlegen, dass die Auskunft sich von Beginn an ausschließlich auf Angelegenheiten des Dritten bezieht.⁶²⁰ Im Fall *Unterberger* war dies gerade nicht klar.⁶²¹ Der Auftrag zwischen der Sachverständigen und der Galerie hatte eine Authentizitätsprüfung zum Gegenstand, da die Galerie durch die Aufnahme eines Objektes in eine Auktion die Verpflichtung gegenüber dem späteren Käufer übernimmt, dass es sich um ein Original handelt. Der Gutachtenszweck und somit die Hauptleistung lagen daher primär in der Vertragsbeziehung zwischen Sachverständiger und Galerie und berühren nicht die Interessen Dritter.⁶²² Die Haftung der Sachverständigen

⁶¹⁸ Die Verantwortung des Sachverständigen ist in diesem Fall mit der Haftung des Wirtschaftstreuhänders nach den Prospekthaftungsgrundsätzen vergleichbar, der durch seine Mitwirkung am Emissionsprospekt den Anschein der Seriosität und Verlässlichkeit erweckt. Vgl dazu OGH 12. 7. 1990, 5 Ob 592/90, *ecolex* 1990, 688 = *ecolex* 1991, 759.

⁶¹⁹ *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB § 1295 Rz 19 mwN; wbl 1993, 265 mwN; begünstigte Personen in diesem Sinne sind Dritte, die der Vertragspartner durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigt oder an denen er selbst ein unmittelbares Interesse hat (SZ 54/65; SZ 51/97; JBl 1978, 479; SZ 48/23; SZ 47/72; SZ 43/236 ua; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht² II (1984) 85; *Koziol/Welser*, Grundriß⁷ I (1985) 277.

⁶²⁰ *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 85.

⁶²¹ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

⁶²² Dass der Eigentümer in seinem Interesse beeinträchtigt sei, wurde von diesem auch nicht behauptet.

aufgrund eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter war daher im Fall *Unterberger* zu Recht auszuschließen.

Eine Haftung des Sachverständigen ist auch in jenen Fällen auszuschließen, in denen zum Zeitpunkt des Gutachtensauftrages noch nicht bekannt war, dass das Gutachten Dritten zugänglich gemacht werden soll. In einem solchen Fall des „Mitbenützens“ verneint *Welser* zutreffend den direkten Anspruch des Dritten gegen den Sachverständigen. Zudem ist die Schutzwirkung in jenen Fällen zu verneinen, in denen die Vertragsparteien die Einbeziehung des Dritten ausdrücklich ausschließen.⁶²³ Im Fall *Unterberger* wurden im ersten Rechtsgang keine Feststellungen dazu getroffen. Soweit aus der Entscheidung des OGH ersichtlich, ist dies auch unwahrscheinlich, da die Galerie im Falle einer solchen Vereinbarung mit der Sachverständigen das Gutachten wohl nicht an den Eigentümer übergeben hätte.

Nach meinem Erachten lag im Fall *Unterberger* eine „Mitbenützung“ des Gutachtens vor, die der Sachverständigen zum Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht bekannt war und zu der sie auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht zustimmte. Eine Vertragsanpassung oder Vertragsergänzung, durch welche der Schutzbereich des Gutachtens erweitert worden wäre, kann daher nicht angenommen werden. Somit ist mangels einer entsprechenden Vereinbarung zwischen der Galerie und der Sachverständigen und aufgrund der Tatsache, dass der Eigentümer auch nicht vom Schutzzweck des Gutachtensauftrages erfasst war, dem OGH dahingehend zuzustimmen, dass der vom Eigentümer geltend gemachte Schadenersatzanspruch abzuweisen war.

IV.4.2 Exkurs: Stellung der deutschen Lehre zum Haftungsanspruch Dritter

Dass es sich bei dieser Beurteilung nicht um ein rein österreichisches Spezifikum handelt, zeigt ein Blick über die Grenze nach Deutschland:

⁶²³ *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 84.

Auch in der deutschen Lehre und Rechtsprechung wird die Drittwirkung von Sachverständigengutachten bejaht. Begründet wird sie mit der besonderen beruflichen Vertrauensstellung des Sachverständigen, die nicht nur gegenüber dem Auftraggeber, sondern auch gegenüber jedermann gelten soll, der auf die Richtigkeit des Gutachtens vertraut. Uneinigkeit besteht in Deutschland jedoch hinsichtlich der dogmatischen Einordnung der Haftung gegenüber Dritten.⁶²⁴ Zahlreiche Stimmen in der deutschen Lehre sehen in der Erstellung einer Expertise ein konkludentes Angebot des Sachverständigen zum Abschluss eines Auskunftsvertrages gegenüber dem Käufer und jedem Dritten, der auf das Gutachten vertraut.⁶²⁵ Gegen diese dogmatische Einordnung spricht, dass der Sachverständige bei Erstellung seiner Expertise regelmäßig wohl keinen Rechtsbindungswillen gegenüber unbekanntem Dritten hat. Zudem ist fraglich, ob die Gutachtenserstellung eine Willenserklärung mit umfasst.⁶²⁶ Nach anderer Ansicht ist die Drittwirkung dagegen dogmatisch der Vertrauenshaftung zuzuordnen, welche einen Platz zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung einnimmt.⁶²⁷

Nach *Goepfert* lässt sich der deutsche Meinungsstand wie folgt zusammenfassen: *„Rechtsgrund für die Haftung des Gutachters ist also nicht sein fiktiver Wille, einer ihm unbekanntem Anzahl von Personen gegenüber zu haften, sondern das Vertrauen, das der Geschäftsverkehr in sein Auftreten und seine Kenntnisse als Sachverständiger setzt und das er durch die Erstellung einer verkehrsfähigen*

⁶²⁴ *Goepfert*, Haftungsprobleme 83.

⁶²⁵ *Locher*, Das Recht der bildenden Kunst (1970) 167; *ders.*, Die Haftung für Expertisen, NJW 1969, 1567; *Schneider*, Rechtliche Risiken beim Erwerb von Antiquitäten und Kunstgegenständen, DB 1981, 199 (203); *Herrmann*, Die Sachwalterhaftung vermögensorgender Berufe – Zu den berufssoziologischen und wirtschaftlichen Grundlagen der culpa in contrahendo, JZ 1983, 424; *Döbereiner/v. Keyserlinck*, Sachverständigen-Haftung (1979) 141 ff; BGHZ 12, 105, 109; WM 1966, 1148; NJW 1970, 1737; MDR 1976, 748; für Kunstsachverständige: BGHZ 63, 369, 375; *Goepfert*, Haftungsprobleme 83.

⁶²⁶ *Canaris*, Bankenvertragsrecht, 10. Lieferung des HGB-Großkommentars von Stab⁴ (1988), Rn 88 f; *Musielak*, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1974) 33; *Lammel*, Zur Auskunftshaftung AcP 179 (1979) 337 (343); *Goepfert*, Haftungsprobleme 83.

⁶²⁷ *Goepfert*, Haftungsprobleme 85; *Ballersted*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/1951) 501 ff; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971) 538 ff; zu der Kritik der dogmatischen Grundlagen vgl. neuerdings *Picker*, Positive Vertragsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983) 418 ff mwN.

*Expertise für sich in Anspruch nimmt. Der Vertrauenstatbestand, der die Annahme einer rechtlichen Sonderbeziehung zwischen Vertrauensgeber und Vertrauensempfänger rechtfertigt, entsteht damit bei der Kunstexpertise in dem Augenblick, in dem der Gutachter mit der auftragsgemäßen Erstellung der Expertise am Rechtsverkehr teilnimmt.*⁶²⁸

Meines Erachtens darf der deutschen Lehre nicht uneingeschränkt gefolgt werden, da sie die Vertrauensstellung des Sachverständigen gegenüber Dritten zu extensiv auslegt. Die Haftung des Sachverständigen kann nicht auf alle Personen erstreckt werden, die auf die Richtigkeit des Gutachtens vertrauen. Vielmehr muss, wie im Fall *Unterberger*, auf die jeweilige Einzelsituation und den Auftragszweck abgestellt werden. Würde man der deutschen Lehre folgen, hätte dies eine hohe Rechtsunsicherheit für den Sachverständigen zur Folge, da dieser den Kreis der potenziell Geschädigten niemals abgrenzen kann. Zusammenfassend ist daher der engeren Betrachtungsweise der österreichischen Lehre und Rechtsprechung zu folgen.

IV.4.3 Haftung aufgrund Verletzung objektiv-rechtlicher Schutzpflichten

Neben der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter begründen Lehre und Rechtsprechung nunmehr überwiegend eine Haftung eines Sachverständigen gegenüber Dritten mit einer Verletzung objektiv-rechtlicher Schutzpflichten.⁶²⁹ Auch in der Entscheidung *Unterberger*⁶³⁰ erwähnte der OGH diese Schutzpflichten als mögliche Anspruchsgrundlage, führte diese jedoch leider nicht weiter aus, da Feststellungen zur Frage fehlten, ob vom Zweck des von der Beklagten erstellten Gutachtens auch der Einbringer (Kläger) mit umfasst war.

⁶²⁸ *Goepfert*, Haftungsprobleme 86.

⁶²⁹ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g mwN.

⁶³⁰ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

Nachfolgend soll daher die Anspruchsgrundlage des § 1300 Satz 1 ABGB anhand des typischen Anwendungsfalles der Kunstexpertise im Auktionshandel dargestellt werden. Während sich der OGH im Fall *Unterberger* mit einem Gutachten im Rahmen der Einbringung eines Kunstwerkes auseinandersetzen musste, spiegeln Kunstexpertisen als Beschreibungstext in Auktionskatalogen den typischen Anwendungsfall wider.

§ 1300 Satz 1 ABGB sieht folgende fünf Tatbestandselemente für eine Haftung des Sachverständigen vor:

- Auskunftserteilung durch einen Sachverständigen,
- in einer Angelegenheit, die seine Wissenschaft oder seine Kunst betrifft,
- aus Versehen,
- gegen Belohnung,
- zum Nachteil anderer.⁶³¹

Dogmatisch stellt § 1300 ABGB eine Erweiterung der Sachverständigenhaftung über den rein vertraglichen Bereich hinaus dar und begründet ein „objektiv-rechtliches Haftungsregime“, welches den „Zwischenbereich“ zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung abdeckt.⁶³²

Die Bestimmung spricht nur von der Erteilung eines „Rates“, sodass sich zuerst die Frage stellt, ob Kunstexpertisen überhaupt von § 1300 ABGB erfasst sind. Nach herrschender Meinung sind unter dem Begriff des „Rates“ neben Rat und Auskunft auch Gutachten zu subsumieren.⁶³³ Auch der OGH thematisiert diesen Punkt in der Entscheidung *Unterberger*⁶³⁴ nicht, sodass meines Erachtens wohl davon auszugehen ist, dass Gutachten von Kunstsachverständigen in den Anwendungsbereich des § 1300 ABGB fallen.

⁶³¹ *Völk*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/3, 97; siehe auch *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht² II (1984) 185 f.

⁶³² *Völk*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/3, 103, 108.

⁶³³ *Völk*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/3, 97 mwN.

⁶³⁴ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

Da Kunstsachverständige über keine standardisierte Ausbildung verfügen⁶³⁵ und gemäß § 1299 ABGB derjenige Sachverständiger ist, der sich zu einem Amt, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerk öffentlich bekennt,⁶³⁶ fällt meines Erachtens eine Auskunft eines Kunstsachverständigen nur dann nicht in seinen Fachbereich, wenn er nicht in seiner Funktion als Sachverständiger, sondern als Privatperson auftritt und (nur) seine persönliche Meinung, jedoch nicht eine gutachterliche Stellungnahme zu einem Werk abgibt. In diesem Fall ist auch das Vertrauen des Erklärungsempfängers nicht schutzwürdig. Erfolgt die Auskunftserteilung dagegen in Form eines (Sachverständigen)Gutachtens gegen „Belohnung“, gibt der Sachverständige meines Erachtens dadurch gleichzeitig zu verstehen, dass diese Auskunft in seinen Fachbereich fällt.

Das Tatbestandsmerkmal „gegen Belohnung“ ist dahingehend zu interpretieren, dass § 1300 ABGB nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Sachverständige den Rat bzw. die Auskunft gegen eine Gegenleistung oder in Erwartung eines (wirtschaftlichen) Vorteiles erteilt.⁶³⁷ Nach der Rechtsprechung genügt es zur Verwirklichung des Tatbestandes, dass durch die Erteilung der Auskunft beim Auskunftsgeber, dem Sachverständigen, die Hoffnung auf Erlangung eines Vorteils irgendeiner wirtschaftlichen Art, auf welche Weise auch immer, gegenübersteht.⁶³⁸ Somit fällt nur ein rein selbstlos erstelltes Gutachten, welches ohne Gegenleistung oder Erwartung eines (wirtschaftlichen) Vorteils erfolgte, nicht in den Anwendungsbereich des § 1300 ABGB. Dieser Fall wird bei Gutachten von Kunstsachverständigen wohl äußerst selten gegeben sein.

Nach *Reischauer* bedarf es für die Anwendbarkeit des § 1300 ABGB eines entgeltlichen Verpflichtungsgeschäftes.⁶³⁹ *Völkl* hält dies jedoch zutreffend für entbehrlich. Er begründet dies damit, dass § 1300 ABGB gerade auch

⁶³⁵ Siehe Kapitel IV.4.2.

⁶³⁶ Siehe Kapitel IV.4.1.

⁶³⁷ *Völkl*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/8, 101 mwN.

⁶³⁸ *Völkl*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/8, 101 mwN.

⁶³⁹ *Reischauer* in *Rummel*² ABGB II (1990) § 1300 Rz 7.

Sachverhalte erfassen wolle, denen kein Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt und die grundlegende Wertung darin bestehe, dass Auskunftgeber, die sich von der Preisgabe einen Vorteil erwarten, einer strengeren Haftung zu unterwerfen sind als jene, die lediglich aus gutem Willen bzw. Gefälligkeit beraten, dies aber unabhängig davon, worin der Vorteil besteht.⁶⁴⁰

Der Kreis der Anspruchsberechtigten bestimmt sich – *Völkl* folgend – nicht danach, wer von der Information tatsächlich Kenntnis hat, sondern knüpft im Gegensatz dazu am Empfängerhorizont des Sachverständigen an.⁶⁴¹ Der Sachverständige haftet daher nur gegenüber jenen, von denen er angenommen hat, dass sie ihre Entscheidung auf Grundlage seines Gutachtens treffen werden bzw. von denen er dies in vernünftiger Weise hätte annehmen müssen.⁶⁴² In diese Richtung sind wohl auch die Ausführungen des OGH, dass der Dritte dann geschützt ist, wenn eine Aussage erkennbar drittgerichtet ist, also ein Vertrauenstatbestand vorliegt, der für den Dritten eine Entscheidungsgrundlage darstellen soll, zu verstehen.⁶⁴³ Die herrschende Meinung zur objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflicht kann wie folgt zusammengefasst werden: Der Schutz des Verpflichtungsverhältnisses erstreckt sich auch auf jene Personen, „für die die Auskunft die geeignete Vertrauensgrundlage darstellt und denen sie als Richtschnur dienen soll“.⁶⁴⁴ Dabei richtet sich die Beurteilung „nach der Verkehrsübung insbesondere danach, für welchen Zweck das Gutachten erstattet wurde“.⁶⁴⁵ Zur Bestimmung, wer die potenziellen Adressaten des Gutachtens sind, ist es von zentraler Bedeutung, den Zweck der Gutachtenserstellung zu

⁶⁴⁰ *Völkl*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/8, 101.

⁶⁴¹ *Völkl*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/8, 104; *Spitzer*, Haftungsfälle (Un-)Ehelichkeitsvermutung, NZ 2004, 161 (162); *Welser*, Haftung (1983) 88 f.

⁶⁴² OGH 20.11.1996, 7 Ob 513/96, *ecolx* 1997, 844; OGH 21.2.2002, 6 Ob 81/01g, ÖBA 2002, 829 (832) mwN.

⁶⁴³ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

⁶⁴⁴ ÖBA 2002, 829 (832) mit zahlreichen mwN.

⁶⁴⁵ ÖBA 2002, 829 (832) mit zahlreichen mwN; vgl auch *Welser*, Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes, *ecolx* 1995, 79 (79); zum weiteren Verständnis des Schutzbereiches in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung der letzten Zeit auch OGH 27.11.2001, 5 Ob 262/01 t; ÖBA 2002, 820 (*Doralt*).

ermitteln.⁶⁴⁶ Wer konkret unter diesen Personenkreis fällt, richtet sich somit nach dem jeweiligen Anlassfall,⁶⁴⁷ wie auch der Fall *Unterberger* deutlich zeigte.

Primär werden Kunstexpertisen im Auktionshandel als Grundlage für den Katalogtext in Auftrag gegeben. Der für das Auktionshaus tätig werdende Sachverständige kennt daher den Einsatzbereich (Information im Auktionskatalog) seiner Informationen⁶⁴⁸ und damit verbunden die potenziellen Adressaten.⁶⁴⁹ Wie der Fall *Unterberger* zeigt, muss aber nicht jedes Gutachten, das von einem Auktionshaus in Auftrag gegeben wird, für Dritte bestimmt sein, sondern kann sich auch nur auf das zweipersonale Verhältnis zwischen Auftraggeber und Sachverständigen beziehen. Legt das auftraggebende Auktionshaus gegenüber dem Sachverständigen jedoch offen, dass es dessen Gutachten auch zum Zweck der Übergabe an Dritte oder zur Erstellung eines Kataloges verwenden will, so haftet der Sachverständige gegenüber Dritten im Fall einer Verletzung seiner objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflicht. Unterlässt es der Auftraggeber hingegen, den Sachverständigen auf die Weitergabe seines Gutachtens hinzuweisen, so schließt dies eine Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten aus.⁶⁵⁰

In Bezug auf den Fall *Unterberger* bleibt mangels entsprechender Informationen im Sachverhalt die spannende Frage offen, ob die Sachverständige mit dem Eigentümer als Adressaten hätte rechnen können und ob ihr Gutachten tatsächlich mangelhaft war. Beides hätte in der Erstinstanz vom Kläger explizit behauptet und durch ein weiteres Sachverständigengutachten bewiesen werden müssen. Geht man vom bekannten Sachverhalt aus, bestehen meines Erachtens erhebliche Zweifel daran, ob § 1300 Satz 1 ABGB zu einer Haftung der Sachverständigen

⁶⁴⁶ OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

⁶⁴⁷ *Spitzer*, Haftungsfälle (Un-)Ehelichkeitsvermutung, NZ 2004, 161 (162).

⁶⁴⁸ Zusammenfassend sind daher auch Kunstexpertisen als Auskunft/Rat im Sinne des § 1300 Satz 1 ABGB zu interpretieren, selbst wenn der Informationscharakter – wie im Fall von Gutachten für Katalogtexte – im Vordergrund steht. Siehe dazu auch *Völkl*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/8, 99.

⁶⁴⁹ Von dieser Fallkonstellation gingen meines Erachtens auch die Unterinstanzen im Fall *Unterberger* aus.

⁶⁵⁰ Vergleich dazu das Beispiel des Schätzgutachtens in *Wilhelm*, Unrichtiges Gutachten – Haftung gegenüber Dritten, *ecolex*, 1991, 87.

geführt hätte. Im Fall *Unterberger* lag der Fokus der zu schützenden Dritten auf den potenziellen Käufern, sofern das Bild überhaupt in die Auktion aufgenommen worden wäre. Mit dem Eigentümer als Adressat ihrer Information konnte die Sachverständige daher gerade nicht rechnen. Da der OGH den Fall *Unterberger* zur Ergänzung des Sachverhaltes in die erste Instanz zurückverwies, bleibt abzuwarten, ob § 1300 Satz 1 ABGB im zweiten Rechtsgang vom Kläger zur Begründung seines Schadenersatzanspruches geltend gemacht wird, und der OGH sich mit dieser Rechtsfrage auseinandersetzen muss. Zusammenfassend kann sich der Eigentümer meines Erachtens nicht auf § 1300 Satz 1 ABGB berufen, um die Haftung der Sachverständigen zu begründen.

IV.5 Conclusio

Kunstexpertisen unterscheiden sich wesentlich von anderen Sachverständigengutachten. Zum einen entstammen die aufgrund ihres Fachwissens zur Erstellung solcher Gutachten berufenen Personen unterschiedlichen Berufsgruppen, zum anderen ist die Wahl der anzuwendenden Methoden entscheidend. Die Bestellung des „richtigen“ Sachverständigen für die entsprechende Fragestellung ist daher in der Praxis ein wesentlicher Faktor für den Gewinn eines Verfahrens.

Kunstexpertisen sind aufgrund der anzuwendenden geisteswissenschaftlichen Methodik nur schwer mit naturwissenschaftlichen Methoden objektivierbar, sodass zahlreichen Diskussionen über die Fehlerhaftigkeit eines Gutachtens Tür und Tor geöffnet wird. Sowohl im gerichtlichen als auch im außergerichtlichen Bereich ist es daher zum Schutz der beteiligten Verkehrskreise notwendig, Kenntnis über die Methoden von Kunstsachverständigen zu haben, um fehlerhafte Gutachten als solche erkennen zu können.

Im Schadensfall bleibt auch der in keinem direkten Vertragsverhältnis stehende Dritte nicht schutzlos. Der dogmatische Ansatz Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und jener der objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten des Sachverständigen ermöglichen es dem durch ein fehlerhaftes Gutachten geschädigten Dritten, Schadenersatzansprüche direkt gegen den Sachverständigen geltend zu machen. Dass diese Rechtsbehelfe jedoch kein „Universalmittel“ für jeden Fall sind, zeigt der Fall *Unterberger*. Kann weder die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens noch die Kenntnis des Sachverständigen über den Adressatenkreis seines Gutachtens nachgewiesen werden, hat der geschädigte Eigentümer der Fälschung den Schaden selbst zu tragen.

V. Zivilrechtliche Ansprüche

Während der Ankauf von Wertpapieren in der Wirtschaftskrise zunehmend unpopulär wird, beschert diese dagegen insbesondere etablierten Künstlern und Kunstwerken steigende Umsätze. Besonders die Altersgruppe ab 40 Jahren investiert zunehmend immer größere Teile ihres Vermögens in Kunst. Kunst entwickelt sich somit immer stärker zum Anlageobjekt. *Thierry Ehrmann*, Direktor der internationalen Kunstdatenbank,⁶⁵¹ beschreibt den Einfluss der Wirtschaftskrise auf den Kunstmarkt wie folgt: „*Die Krise hat die Psychologie des Marktes tiefgreifend verändert, indem sie die kritische Betrachtung vor die Begeisterung stellt, die Vorsicht vor den Wunsch des Soforterwerbs und die Überlegung vor die Konformität mit dem allgemeinen Geschmack.*“⁶⁵² Aus dieser Aussage *Ehrmanns* wird deutlich, dass sich die Suche dieser neuen „Kunst-Investoren“ auf wenige etablierte Künstler fokussiert, welche eine sichere Wertanlage versprechen. Dies hat zur Folge, dass einem beschränkten Angebot eine überdurchschnittlich hohe Nachfrage gegenübersteht, sodass ein Händlermarkt entsteht, der dieser Nachfrage nicht mehr gerecht werden kann. Gerade eine solche Konstellation führt zu einer Blütezeit für Fälscher.

Käufern, die eine Kunstfälschung erworben haben, stehen zur Durchsetzung ihrer Ansprüche all jene Rechtsbehelfe zur Verfügung, welche die Rechtsordnung für den Fall einer Schlechterfüllung vorsieht. Dies sind insbesondere die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtum, Arglist/Täuschung oder *laesio enormis* sowie die Geltendmachung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen.⁶⁵³ Eine umfassende Darstellung dieser Rechtsbehelfe würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Im Nachfolgenden soll daher nur auf einige ausgewählte Rechtsfragen eingegangen werden, welche sich aufgrund der Besonderheit des Kunstmarktes stellen und diesen von anderen Märkten unterscheiden. Zum besseren Verständnis

⁶⁵¹ www.artnet.de

⁶⁵² *FORMAT*, Kunstguide 2010, Nr 18/2010, 18.

⁶⁵³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 63 ff, 147 ff; *Rummel* in *Rummel*³ §§ 870, 871, 922 ff, 934, 1293 ff.

der Rechtsfragen werden in einem ersten Schritt die wichtigsten Spezifika des Kunsthandels erläutert.

V.1 Spezifika des Kunsthandels

V.1.1 Überprüfung der angebotenen Kunstwerke

Der Kunsthandel wird durch das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer geprägt. Das Vertrauen des Käufers bezieht sich insbesondere darauf, dass die angebotenen Kunstwerke einer bestimmten Qualität und Authentizität entsprechen. Neben dem Verkauf von Kunst zwischen Privaten sind heute Einzelhandel, Messen und Auktionshäuser die wichtigsten Umschlagplätze für Kunstwerke. Während große Auktionshäuser hauseigene,⁶⁵⁴ aber auch externe Sachverständige⁶⁵⁵ zur Überprüfung der Werke einsetzen, sind Expertisen im Einzelhandel, aber auch auf Kunstmessen eher selten. Überwiegend vertrauen Einzelhändler bei der Annahme von Werken zum Verkauf auf ihre eigenen Fachkenntnisse, so offenbar auch in dem der Entscheidung des OGH zugrunde liegenden Sachverhalt um ein *Laske*-Gemälde.⁶⁵⁶

Dessen ungeachtet ist der Erwerb eines Kunstwerkes im Rahmen einer Auktion keine Garantie für dessen Authentizität. Im Vergleich zu Messen und zum Einzelhandel sind Auktionen nämlich anfälliger dafür, für den Verkauf von Fälschungen missbraucht zu werden. Dies liegt zum einen an der Möglichkeit, als Einlieferer anonym zu bleiben, zum anderen an der manchmal ungenauen Prüfung der eingelieferten Waren durch das Auktionshaus.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ Als Beispiel kann hier das Wiener Dorotheum genannt werden. Echtheitsbestätigende Expertisen sind in der Regel verkaufsfördernd und erhöhen den Marktwert. Siehe dazu auch *Kanold*, Gewährleistung im Kunst- und Auktionshandel I *Weltkunst* (1994) 3343 f.

⁶⁵⁵ So auch im Fall um ein Gemälde *Unterbergers*: OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g.

⁶⁵⁶ OGH 16. 11. 2009, 9 Ob 13/09 s.

⁶⁵⁷ *Herenchenröder*, Neue Kunstmärkte (1990) 296.

V.1.2 Preisbildung und Preistransparenz

Der Kunsthandel ist, unabhängig von den verschiedenen Marktplätzen, in Bezug auf Warenangebot und Preisbildung ein äußerst heterogener Markt.⁶⁵⁸ Für die Preisbildung von Kunstwerken gibt es keine festen, allgemein gültigen Parameter, da jedes Kunstwerk ein Einzelstück ist, daher nur schwer mit anderen Werken verglichen werden kann, und zudem der Interpretation und Wertschätzung des Einzelnen unterliegt.⁶⁵⁹ Dennoch gibt es einige wertbestimmende Faktoren, anhand derer der Wert eines Objektes abgeschätzt werden kann. Zu diesen zählen die Produktionskosten des Objektes, der künstlerische Wert und die Seltenheit des Objektes, das verwendete Sujet und die Maltechnik, der Erhaltungszustand, das Bildformat, Attribution und Provenienz sowie der Dokumentationswert.⁶⁶⁰ Mit Hilfe dieser Parameter kann eine vollkommen willkürliche und unorientierte Preisbildung trotz fehlender allgemeiner Kriterien ausgeschlossen werden. Dennoch ist es für den Käufer schwierig zu erkennen, ob der ihm angebotene Preis überhöht oder für das Objekt angemessen ist.

Zu einer stärkeren Preistransparenz hat in den vergangenen Jahren die Veröffentlichung von Auktionspreisen beigetragen.⁶⁶¹ Auch Messen tragen zu mehr Transparenz bei, da es dem Kaufinteressenten dort im Gegensatz zum Einzelhandel möglich ist, vor Ort einen direkten Preisvergleich anstellen zu können.⁶⁶² Die von Einzelhändlern gepflegte Praxis der selbstständigen Preisfestsetzung (unter Berücksichtigung einer entsprechenden Marge) wird sohin zunehmend schwieriger, sodass sich auch der Einzelhandel an Auktionsergebnissen zu orientieren beginnt.⁶⁶³ Im Gegensatz zum Einzelhandel

⁶⁵⁸ Ramsauer, Die Kunstauktion – Haftungsprobleme und Käuferschutz (1999) 51.

⁶⁵⁹ Ramsauer, Kunstauktion (1999) 65.

⁶⁶⁰ Siehe dazu weiterführend Ramsauer, Kunstauktion (1999) 65 ff.

⁶⁶¹ Glaus/Studer, Kunstrecht. Ein Ratgeber für Künstler, Sammler, Galeristen, Kuratoren, Architekten, Designer, Medienwissenschaftler und Juristen (2003) 127.

⁶⁶² Glaus/Studer, Kunstrecht (2003) 127.

⁶⁶³ Dr. Robert Keil anlässlich der Übung zum Kunsthandel am Institut für Kunstgeschichte an der Universität Wien.

obliegt die Preisbildung im Rahmen einer Auktion, mit Ausnahme von Aufgeld und Einlieferprovision,⁶⁶⁴ ausschließlich dem Verhalten der Bieter.

V.1.3 Art der Warenpräsentation

Während Kunsthändler ihre Waren im Einzelhandel und auf Messen für sich wirken lassen und in der Regel nähere Angaben nur im Rahmen eines Verkaufsgespräches vermitteln, ist das Hauptkommunikationsmedium bei Kunstauktionen der Katalog, der eine Doppelfunktion als Werbungs- und Informationsmedium einnimmt.

Obwohl es neben dem Katalog in der Regel die Möglichkeit gibt, die Werke auch vor Ort zu besichtigen,⁶⁶⁵ wird diese Möglichkeit nur von wenigen Käufern genutzt. Grund dafür ist einerseits, dass Bieter zur Auktion häufig nicht persönlich erscheinen und z.B. per Telefon mitbieten, andererseits aber auch die Tatsache, dass eine eingehende Betrachtung des Werkes bei Besichtigungen vor der Auktion nicht möglich ist. So kann in der Regel die Rückseite eines Bildes nicht näher untersucht werden, um Neuspaltungen, Beschädigungen oder Restaurierungen zu erkennen. Dies wäre jedoch wichtig, da es sich dabei um eine gebräuchliche Methode zur Beurteilung der Originalität eines Werkes handelt. Anders verhält sich dies bei Messen und Einzelhändlern. Hier hat der Käufer grundsätzlich die Möglichkeit, das Werk eingehend, oft mehrmals und von allen Seiten, zu besichtigen und zu prüfen.

Auktionskataloge, insbesondere die darin verwendeten Abbildungen, werden daher äußerst aufwendig gestaltet, da sie die direkte Besichtigung des Objektes ersetzen sollen. Der Katalogtext gibt die Eckdaten zum Objekt wieder, fasst die Schlussfolgerung des Sachverständigen zusammen und nennt den Schätzpreis bzw. die Schätzpreisspanne. Die in der Beschreibung verwendeten Termini werden bei großen, renommierten Auktionshäusern im Anhang definiert, um

⁶⁶⁴ *Frangen*, Ökonomische Analyse des Marktes für Malerei in der Bundesrepublik Deutschland (1983) 37.

⁶⁶⁵ Vgl dazu § 25 Abs 8 AGB der Kunst Auktionen GmbH.

gerade bei unerfahrenen Käufern Missverständnisse zu vermeiden.⁶⁶⁶ Um der vom Käufer erwarteten Objektivität zu entsprechen, werden auch negative Informationen in den Katalogtext integriert. Diese werden jedoch so geschickt verpackt, dass sie nur fachkundigen Käufern auffallen.⁶⁶⁷

V.1.4 Marktentwicklung

In den vergangenen Jahren verlagerte sich der Kunstmarkt zunehmend vom Einzelhandel auf Auktionen⁶⁶⁸ und Messen, da sie für den Käufer im Vergleich zum traditionellen Einzelhandel in Bezug auf Abwicklung, Warenprüfung und Preisbildung transparenter sind. Dabei handelt es sich um Rahmenbedingungen, die gerade für die zuvor beschriebenen neuen Käufergruppen von Interesse sind. Zudem war und ist der Kunstmarkt von Diskretion und Vertrauen geprägt. Eigenschaften, denen gerade Auktionshäuser entsprechen, da Einbringer anonym bleiben können, Bieter die Möglichkeit haben, ihr Gebot per Telefon zu machen ohne ihre Identität preiszugeben, und mehrere Bieter gemeinsam als Bietergemeinschaft auftreten können. Zudem nutzen Händler die Möglichkeit, „Ladenhüter“ im Rahmen einer Auktion auf den Markt zu bringen.⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ Beispiel für die Definition der Zuschreibungsgrade: § 25 Abs 9 AGB der Kunst Auktionen GmbH.

⁶⁶⁷ *Arntz*, Visitenkarte des Händlers – Der Auktionskatalog – und was man aus ihm lesen kann und muss, HBl vom 1./2. 4. 1960, 17.

⁶⁶⁸ Vgl auch *Ramsauer*, Kunstauktion (1999) 10.

⁶⁶⁹ *Ramsauer*, Kunstauktion (1999) 13 f.

V.2 Zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen im Fall einer Kunstfälschung

V.2.1 Anfechtung des Vertrages wegen Irrtum

Der Käufer einer Kunstfälschung kann den dem Erwerb dieser Fälschung zugrunde liegenden Kaufvertrag grundsätzlich binnen einer Frist von drei Jahren wegen Irrtum anfechten.⁶⁷⁰ Voraussetzung dafür ist, dass er bei Vertragsabschluss eine falsche, unzutreffende bzw. mangelhafte Vorstellung von der Echtheit des gekauften Werkes hatte und dieser Irrtum kausal für den Abschluss des Kaufvertrages war.⁶⁷¹ Für die erfolgreiche Berufung auf den Irrtum ist weiters entscheidend, ob dieser als Motiv- oder Geschäftsirrtum zu qualifizieren ist, da Verträge grundsätzlich nur bei Vorliegen eines Geschäftsirrtums anfechtbar sind.⁶⁷² Im Fall eines Geschäftsirrtums irrt der Käufer über die Natur des Geschäftes, seinen Inhalt (Gegenstand) oder über eine für das Geschäft bedeutsame Eigenschaft oder die Identität der Person des Geschäftspartners. Der Geschäftsirrtum bezieht sich somit immer auf Punkte, die Inhalt des Rechtsgeschäftes sind.⁶⁷³ Der Motivirrtum (Irrtum über den Beweggrund) bezieht sich dagegen auf Punkte, die außerhalb des Geschäftsinhaltes liegen.⁶⁷⁴ Selbst wenn ein Geschäftsirrtum vorliegt, berechtigt dies den Käufer noch nicht ohne Weiteres zur Geltendmachung. Damit sich der Käufer auf den Irrtum berufen kann, muss dieser vom Verkäufer entweder veranlasst worden sein, hätte diesem aus den Umständen offenbar auffallen müssen oder er wäre vom Verkäufer rechtzeitig aufzuklären gewesen.

Dass der Erwerber, welcher davon ausging, ein Original zu erwerben, eine „falsche oder mangelhafte Vorstellung über die Wirklichkeit“ im Sinne des § 871

⁶⁷⁰ Ein Vorausverzicht auf die Geltendmachung des Irrtums ist, mit Ausnahme von Verbrauchergeschäften (§ 6 Abs 1 Z 14 KSchG), grundsätzlich möglich. *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 871 Rz 22 mwN; *Rummel* in *Rummel*³ (2000) § 871 Rz 23 mwN.

⁶⁷¹ *Rummel* in *Rummel*³ (2000) § 871 Rz 2.

⁶⁷² Dieser liegt vor, wenn zumindest einer der Vertragspartner über die Natur des Geschäftes, die Eigenschaft des Gegenstandes oder über die Person des Vertragspartners irrt.

⁶⁷³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 150 f; *Rummel* in *Rummel*³ (2000) § 871 Rz 9.

⁶⁷⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 151; *Rummel* in *Rummel*³ (2000) § 871 Rz 3.

ABGB hatte und dieser Irrtum in aller Regel kausal für den Vertragsabschluss war, ist wohl in den meisten Fällen unstrittig. Insbesondere diejenigen Käufer, welche ein Kunstwerk primär als Anlageobjekt kaufen, hätten dieses sicherlich nicht erworben, wenn sie bei Vertragsabschluss davon Kenntnis gehabt hätten, dass es sich dabei um eine Fälschung handelt.

Der Irrtum des Käufers über die Echtheit eines Werkes wird auch mit Ausnahme von sehr wenigen Einzelfällen als Geschäftsirrtum zu qualifizieren sein, da die Echtheit in aller Regel Inhalt des Kaufvertrages wird und der Käufer somit über eine für das Geschäft bedeutsame Eigenschaft im Sinne des § 871 ABGB irrt. Besonders deutlich ist dies bei Auktionskatalogen ersichtlich, in denen die Urheberschaft eines bestimmten Künstlers im Katalogtext angeführt wird. Der Interessent gibt sein Gebot auf Grundlage der Informationen ab, die er im Katalog über das Objekt, und damit auch die Authentizität, erhalten hat. Die im Katalogtext genannten Eigenschaften sind daher zugesicherte Eigenschaften und Teil des Kaufvertrages.

Die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen „*Veranlassung*“ und „*hätte auffallen müssen*“ werden im Kunsthandel vergleichsweise leicht für den beweispflichtigen Irrenden⁶⁷⁵ nachweisbar sein. „*Veranlassung*“ bedeutet adäquate Verursachung durch aktives Tun oder Unterlassen der nötigen verkehrsüblichen Aufklärung.⁶⁷⁶ Diese ist somit auch schon dann gegeben, wenn der Händler den Kaufinteressenten nicht darüber informiert, dass die Echtheit des Werkes nicht gesichert ist, da eine derartige Aufklärung im Kunsthandel verkehrsüblich ist.⁶⁷⁷ „*Hätte auffallen müssen*“ liegt vor, wenn der Irrtum für den Verkäufer bei verkehrsüblicher Sorgfalt erkennbar war oder er wenigstens Verdacht hätte schöpfen müssen und ihm damit zumindest leicht fahrlässiges Verhalten

⁶⁷⁵ Rummel in Rummel³ (2000) § 871 Rz 2.

⁶⁷⁶ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 156; siehe auch Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB (2007) § 871 Rz 14 mwN; Rummel in Rummel³ (2000) § 871 Rz 15.

⁶⁷⁷ Zur verkehrsüblichen Ausklärung und Begehung durch Unterlassung siehe weiterführend Rummel in Rummel³ (2000) § 871 Rz 15 mwN.

vorwerfbar ist.⁶⁷⁸ Diese Voraussetzung ist dann gegeben, wenn dem Verkäufer hätte auffallen müssen, dass der Käufer davon ausgeht, dass es sich um ein echtes Werk handelt, obwohl ihm dies nicht vom Verkäufer zugesichert wurde und es sich nicht um ein Original handelt. „*Rechtzeitige Aufklärung*“ liegt vor, solange der Käufer noch nicht im Vertrauen auf die Erklärung rechtliche oder wirtschaftliche Dispositionen getroffen oder unterlassen hat.⁶⁷⁹

Der Vorteil der Irrtumsanfechtung liegt darin, dass kein Verschulden des Verkäufers nachgewiesen werden muss und selbst dann eine Anfechtung möglich ist, wenn der Verkäufer selbst keine Kenntnis davon hatte, dass es sich um eine Fälschung handelt.⁶⁸⁰ Von Nachteil ist, dass die dreijährige Verjährungsfrist für die Geltendmachung an den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anknüpft.⁶⁸¹ Häufig wird die Fälschungseigenschaft erst nach Ablauf der Frist erkannt, sodass dem Käufer dieses Rechtsmittel nicht mehr zur Verfügung steht.⁶⁸²

V.2.2 Anfechtung des Vertrages wegen List

„*List*“⁶⁸³ ist eine Sonderform der Irrtumsanfechtung, die zur Anwendung kommt, wenn der Vertragspartner im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses den Irrtum des Vertragspartners bewusst herbeigeführt hat.⁶⁸⁴ List setzt somit eine vorsätzliche Täuschung des Vertragspartners voraus und liegt vor, wenn der Erklärende vorsätzlich durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen den Erklärungsempfänger zu einer Willensäußerung bewegt.⁶⁸⁵ Unter die Arglist fällt nicht nur die bewusste aktive Irreführung, sondern auch die Verhinderung der Kenntnisnahme vom

⁶⁷⁸ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB (2007) § 871 Rz 15 mwN; siehe auch Rummel in Rummel³ (2000) § 871 Rz 16; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 157.

⁶⁷⁹ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB (2007) § 871 Rz 16.

⁶⁸⁰ Rummel in Rummel³ (2000) § 871 Rz 16; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 156 f.

⁶⁸¹ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB (2007) § 871 Rz 23 mwN.

⁶⁸² Vgl dazu z.B. Laske-Entscheidung OGH 16. 11. 2009, 9 Ob 13/09 s.

⁶⁸³ List setzt das vorsätzliche und rechtswidrige Verhalten des Täuschenden voraus, wobei grobe Fahrlässigkeit zur Anspruchs begründung ausreicht; Rummel in Rummel³ (2000) § 870 Rz 2.

⁶⁸⁴ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB (2007) § 870 Rz 1 mwN.

⁶⁸⁵ Rummel in Rummel³ (2000) § 870 Rz 2.

wahren Sachverhalt.⁶⁸⁶ Das arglistige Verhalten kann auch in einem Schweigen liegen, wenn ein Teil in einem Irrtum befangen ist und der andere zur Aufklärung verpflichtet wäre, stattdessen den Irrtum bewusst ausnutzt.⁶⁸⁷ Ausgehend davon, dass eine Aufklärung über Zweifel an der Echtheit eines Werkes durch den Verkäufer im Kunsthandel verkehrsblich ist, könnte deren Unterlassung als arglistige Irreführung angesehen werden, wenn der Käufer für den Verkäufer offensichtlich von einem Original ausgeht.

Arglist lag meines Erachtens auch im nachfolgenden Fall vor, welcher weltweit durch die Medien ging: Die Park West Gallery, nach eigenen Angaben größter Kunsthändler der Welt, mit einem kolportierten Umsatz von 300 bis 400 Millionen US-Dollar pro Jahr bot seit 1993 Versteigerungen auf Luxuskreuzfahrtschiffen an. Im Laufe der Zeit entwickelte sich dieser Geschäftszweig auf hoher See rasant weiter, sodass die Hälfte des Umsatzes auf ca. 85 Luxuslinern erzielt wurde. Primäre Zielgruppe der „Kreuzfahrt-Geschäfte“ waren unerfahrene Käufer, die oftmals zum ersten Mal Kunstwerke erwarben. Hunderten Kreuzfahrtpassagieren wurden unter anderem gefälschte Druckserien von *Salvador Dali* unter Zuhilfenahme von gefälschten Gutachten als „besonders wertvoll“ und „selten“ angeboten, sodass diese zu überhöhten Preisen Werke von ungesicherter Provenienz erwarben, um sich ihr „Urlaubs-Schnäppchen“ nicht entgehen zu lassen. Zudem wurden Konsumentenschutzbestimmungen durch den Abschluss von Rechtsgeschäften auf hoher See umgangen.⁶⁸⁸ Diese Vorgehensweise der Park West Gallery, bei welcher unerfahrenen Käufern unter Ausnutzung von deren isolierter Position auf dem Kreuzfahrtschiff gefälschte Werke unter Zuhilfenahme von ebenfalls gefälschten Expertisen als Originale angeboten wurden, erfüllt meines Erachtens unzweifelhaft den Tatbestand des § 870 ABGB.

⁶⁸⁶ *Rummel in Rummel*³ (2000) § 870 Rz 4; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 166.

⁶⁸⁷ *Rummel in Rummel*³ (2000) § 870 Rz 4.

⁶⁸⁸ „Zweifelhaftes unter dem Hammer“ – www.orf.at vom 4. 8. 2009.

Im Unterschied zum Irrtum ist eine Anfechtung des Vertrages wegen Arglist bis zu 30 Jahren ab Vertragsabschluss möglich.⁶⁸⁹ Ein wesentlicher Nachteil für den getäuschten Käufer liegt in dessen Beweispflicht für das Vorliegen der List des Vertragspartners.⁶⁹⁰

V.2.3 Anfechtung des Vertrages wegen *laesio enormis*

Das Rechtsmittel der Verkürzung über die Hälfte beruht auf dem Gedanken der objektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung.⁶⁹¹ Obwohl die Vertragsparteien grundsätzlich Leistung und Entgelt frei bestimmen und so über die Werte allein urteilen können (subjektive Äquivalenz), soll eine Aufhebung eines Vertrages möglich sein, wenn das Verhältnis der objektiven Werte zueinander außergewöhnlich gestört ist. Voraussetzung ist eine Verkürzung über die Hälfte, z.B. ein Wertverhältnis von 49:100, ein Verhältnis von 50:100 genügt nicht. Eine Vertragspartei kann somit die Aufhebung eines Vertrages begehren, wenn bei einem entgeltlichen Geschäft der gemeine Wert der von ihr erhaltenen Leistungen nicht einmal die Hälfte des gemeinen Wertes der von ihr erbrachten Gegenleistung erreicht. In diesem Fall kann der (objektiv) verkürzte Vertragspartner Aufhebung des Vertrages und Rückstellung der Leistung gerichtlich verlangen.⁶⁹² Der verkürzende Vertragspartner kann diese Aufhebung durch Aufzahlung auf den gemeinen Wert abwenden.⁶⁹³

Da die *laesio enormis* somit am objektiven Wert der erbrachten Leistung anknüpft, stellt sich die Frage nach dem „gemeinen Wert“ von Kunstwerken. *Zemen*⁶⁹⁴ ging dieser Frage in zwei wissenschaftlichen Beiträgen nach und gelangte dabei zu folgendem zutreffenden Ergebnis:

⁶⁸⁹ *Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 871 Rz 8 mwN.

⁶⁹⁰ *Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 871 Rz 3.

⁶⁹¹ *Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 934 Rz 1.

⁶⁹² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II (2007) 92 ff; *Reischauer in Rummel*³ (2000) § 934 Rz 2, 3; *Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB § 934 Rz 1.

⁶⁹³ *Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 934 Rz 4.

⁶⁹⁴ *Zemen*, Kunstkauf und *Laesio enormis*, ÖJZ 1989, 589; *ders*, Kunstauktion und *Laesio enormis*, ÖJZ 1997, 213.

- Kunstwerke, die am Markt gehandelt werden, besitzen in der Regel einen Marktwert;⁶⁹⁵
- der „*gemeine Wert*“ gemäß § 934 ABGB ist mit dem „*gemeinen Preis*“ nach § 305 ABGB gleichzusetzen;⁶⁹⁶
- Kunstwerke sind eine „*schätzbare Sache*“ im Sinne des § 303 ABGB,⁶⁹⁷ deren Wert durch einen Sachverständigen bestimmt werden kann;⁶⁹⁸
- Der Marktpreis eines Kunstwerkes lässt sich nicht mit einem Fixpreis festmachen, sondern nur mit einer Preisspanne. Folgt man dieser Ansicht *Zemens*, bleibt zunächst offen, an welchem konkreten Wert innerhalb der Preisspanne anzusetzen ist. Nach *Zemen* ist bei einer Anfechtung durch den Verkäufer an der Untergrenze, bei der Anfechtung durch den Käufer hingegen an der Obergrenze der Preisspanne anzuknüpfen.⁶⁹⁹ Diese Lösung ist adäquat, da dadurch die *laesio enormis* auf jene Fälle beschränkt wird, bei denen ein besonders eklatantes Missverhältnis zwischen dem wahren Wert und dem gezahlten Preis besteht.

Derjenige, der sich auf die Verkürzung beruft, muss zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in Unkenntnis über den wahren Wert der Ware gewesen

⁶⁹⁵ Weiterführende Entscheidungen und Lehrmeinungen zum Marktwert und gemeinen Wert von Kunstwerken in *Ramsauer*, *Kunstauktion* (1999) 74–84. Zu den von *Ramsauer* angesprochenen, aber nicht näher ausgeführten Bewertungsanalogien siehe Kapitel IV.2.1 – Verkürzte Versicherungsgutachten. Teilweise aA *Reischauer* in *Rummel*³ (2000) § 934 Rz 3.

⁶⁹⁶ § 305 ABGB: „*Wird eine Sache nach dem Nutzen geschätzt, den sie mit Rücksicht auf Zeit und Ort gewöhnlich und allgemein leistet, so fällt der ordentliche und gemeine Preis aus; nimmt man aber auf die besonderen Verhältnisse und auf die in zufälligen Eigenschaften der Sache gegründete besondere Vorliebe desjenigen, dem der Wert ersetzt werden muss, Rücksicht, so entsteht ein außerordentlicher Preis.*“; siehe weiterführend: *Spielbüchler* in *Rummel*³ (2000) § 305 Rz 3; *Eccher* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, *Kommentar zum ABGB* (2007) § 305 mwN.

⁶⁹⁷ Schätzbare Sachen sind diejenigen, deren Wert durch Vergleichung mit anderen zum Verkehre bestimmt werden kann; dazu gehören auch Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten. Sachen hingegen, deren Wert durch keine Vergleichung mit anderen im Verkehre befindlichen Sachen bestimmt werden kann, heißen unschätzbare.

⁶⁹⁸ *Zemen*, *Kunstkauf und Laesio enormis*, *ÖJZ* 1997, 215; *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, *Kommentar zum ABGB* (2007) § 934 Rz 1.

⁶⁹⁹ *Zemen*, *Kunstkauf und Laesio enormis*, *ÖJZ* 1997, 215.

sein.⁷⁰⁰ Erwirbt ein Käufer somit anstelle eines Originalen eine Fälschung und möchte den dem Kauf zugrunde liegenden Vertrag wegen Verkürzung über die Hälfte anfechten, so obliegt ihm die Beweislast, dass die Fälschung gegenüber dem Original weniger als die Hälfte des objektiven Wertes hat.⁷⁰¹ Die Erbringung dieses Nachweises erscheint auf den ersten Blick unproblematisch, ist es jedoch nicht. Während dieser Wertunterschied bei zeitgenössischen Fälschungen relativ leicht nachweisbar sein wird, ist dies bei älteren Fälschungen, die zur gleichen Zeit wie das Original entstanden sind, weitaus schwieriger, da auch die Fälschung einen nicht unerheblichen Wert haben kann. Als Beispiel ist an antike Skulpturen zu denken: Griechische Kunst erfreute sich im Römischen Reich großer Beliebtheit, sodass findige Fälscher beliebte griechische Skulpturen fälschten, um der Nachfrage in Rom gerecht werden zu können.

Die *laesio enormis* findet gemäß § 935 ABGB keine Anwendung, wenn der Erwerber erklärt hat, die Sache zum vereinbarten Entgelt aus besonderer Vorliebe zu kaufen; wenn er ihren wahren Wert gekannt hat, wenn die Parteien eine gemischte Schenkung schließen oder wenn die Sache in einer gerichtlichen Versteigerung erworben wurde.⁷⁰² Die Ansicht, dass primär alte und ältere Werke einen Marktpreis haben, der Preis von Werken lebender Künstler dagegen zumeist aus besonderer Vorliebe resultiere und aleatorische Züge trage,⁷⁰³ ist in dieser Absolutheit meines Erachtens nach nicht zutreffend. Viele Werke moderner und zeitgenössischer Künstler haben einen Verkehrswert, der sie auch untereinander vergleichbar macht (z.B. *Brandl, Lassnig* usw.).⁷⁰⁴

Ein Hindernis für die Geltendmachung dieses Rechtsbehelfes liegt darin, dass dieses Rechtsmittel gemäß § 1487 ABGB innerhalb von drei Jahren ab

⁷⁰⁰ *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 934 Rz 2.

⁷⁰¹ *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 934 Rz 1.

⁷⁰² *Reischauer* in *Rummel*³ (2000) § 934 mwN; *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 935 mwN.

⁷⁰³ *Reischauer* in *Rummel*³ (2000) § 934 Rz 3 mwN.

⁷⁰⁴ *FORMAT*, Kunstguide 2010, Nr 18/2010, 18.

Vertragsabschluss gerichtlich geltend gemacht werden muss⁷⁰⁵ und viele Fälschungen erst nach Ablauf dieser Frist als solche entdeckt werden.

V.2.4 Gewährleistungsanspruch

Gewährleistung ist die verschuldensunabhängige⁷⁰⁶ Haftung des Verkäufers für Mängel bei der Erbringung der vereinbarten Leistung (§ 922 ABGB).⁷⁰⁷ Um die Mangelhaftigkeit⁷⁰⁸ der vom Verkäufer erbrachten Leistung beurteilen zu können, muss zunächst geklärt werden, was vertraglich vereinbart und somit Kaufgegenstand wurde. Bei Kunstauktionen spielt dabei der Katalogtext eine entscheidende Rolle.

Der Katalogtext dient nicht nur der Information des Kaufinteressenten, sondern bildet in aller Regel auch die Grundlage des Kaufvertrages. Auf der Basis des Katalogtextes gibt der Kaufinteressent im Rahmen der Auktion sein Angebot ab. Die Angaben im Ausstellungskatalog werden somit dem Kaufvertrag zugrunde gelegt.⁷⁰⁹ Offen bleibt jedoch die Frage, ob die Objektbeschreibungen im Auktionskatalog als zugesicherte Eigenschaft oder nur als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft zu verstehen ist. Von einer zugesicherten (bedungenen) Eigenschaft ist dann auszugehen, wenn eine bestimmte Eigenschaft ausdrücklich oder stillschweigend von den Vertragsparteien zum Vertragsinhalt gemacht wurde. Von einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft kann immer dann ausgegangen werden, wenn aufgrund der Verkehrsauffassung der Käufer davon ausgehen kann, dass die Ware über eine bestimmte Eigenschaft verfügt.⁷¹⁰ *Ramsauer* vergleicht die Objektbeschreibungen in Auktionskatalogen mit Hotelbeschreibungen in Urlaubskatalogen und kommt in Analogie zur Judikatur

⁷⁰⁵ *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 934 Rz 5; *Reischauer* in *Rummel*³ (2000) § 934 Rz 13.

⁷⁰⁶ *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 922 Rz 6.

⁷⁰⁷ *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB (2007) § 922 Rz 1, 6.

⁷⁰⁸ Zum Mangelbegriff siehe weiterführend: *Honsell*, Aktuelle Probleme des Sachmängelhaftung, JBl 1989, 205; *Kramer* in *Straube* I³ (2003) §§ 377, 378 Rz 59; *Kramer* bezeichnet ein gefälschtes Gemälde als „Qualifikationsaliud“: Die gelieferte Ware ist zwar jene, die vom Käufer ausgesucht wurde, aber nicht der vereinbarten Eigenschaft entspricht.

⁷⁰⁹ *Ramsauer*, Kunstauktion (1999) 174 f.

⁷¹⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II (2007) 67 f; *Reischauer* in *Rummel*³ (2000) § 923 Rz 4.

des OGH zum Reisekatalog zu dem meines Erachtens zutreffenden Schluss, dass es sich gerade bei Angaben zur Authentizität eines Werkes um Eigenschaftszusicherungen handelt.⁷¹¹ Die Katalogbeschreibungen sind dabei in Zusammenhang mit den Echtheitsgarantien in den AGB der meisten Auktionshäuser zu sehen. Diese Kombination ist, wie *Ramsauer* richtig ausführt, entscheidend für die Annahme, dass es sich um eine zugesicherte Eigenschaft handelt.⁷¹² Differenzierter als von *Ramsauer* beschrieben sind jedoch in Objektbeschreibungen verwendete Echtheitsabstufungen (z.B. eigenhändig, Schule, Umfeld, ...) zu beurteilen.⁷¹³ Geht die Objektbeschreibung von einem Werk einer „Schule“ eines bestimmten Künstlers aus, so kann der Käufer einer Fälschung aufgrund der Echtheitsgarantie nur ein Werk dieser „Schule“, nicht jedoch ein eigenhändiges Werk verlangen, da sich die Echtheitsgarantie in diesem Fall nur darauf bezieht.

Aufgrund des speziellen Wesens der Ware „Kunst“ können die vom Gesetzgeber als primäre Gewährleistungsbehelfe vorgesehenen Möglichkeiten des Austausches und der Verbesserung nicht zur Anwendung kommen.⁷¹⁴ Die mangelnde Originaleigenschaft ist weder verbesserungsfähig, noch ist ein Kunstwerk eine Gattungsschuld, die durch ein anderes Kunstwerk ersetzt werden kann. Abhängig davon, ob der Käufer seine Fälschung behalten möchte, stehen ihm die Varianten Preisminderung oder Wandlung zur Verfügung.⁷¹⁵ Der mittels Preisminderung aufgrund der relativen Berechnungsmethode festzustellende Minderungsbetrag wird nur in den wenigsten Fälschungsfällen zur Anwendung kommen, da der Wert einer Fälschung nur schwer bis gar nicht feststellbar ist.⁷¹⁶ Ausnahmen sind nur dann denkbar, wenn man als Hilfwert zur Wertbestimmung der Fälschung deren Materialwert oder den Preis von „legalen“ Fälschungen, wie sie

⁷¹¹ *Ramsauer*, Kunstauktion (1999) 175; *Wilhelm*, Kunstkauf mit kleinen Fehlern, *ecolex* 1997, 409.

⁷¹² *Ramsauer*, Kunstauktion (1999) 178.

⁷¹³ *Ramsauer*, Kunstauktion (1999) 178.

⁷¹⁴ Allgemein zum Verhältnis der Gewährleistungsansprüche: *Reischauer* in *Rummel*³ (2000) § 923 mwN.

⁷¹⁵ § 932 Abs 4 ABGB – „sekundäre Gewährleistungsbehelfe“.

⁷¹⁶ Zur Problematik der Wertbestimmung siehe auch *Krejci*, *Privatrecht*² (1995) 105; *Ramsauer*, Kunstauktion (1999) 164.

beispielsweise von Spezialgalerien (z.B. „Fälschermuseum“ in Wien)⁷¹⁷ angeboten werden, heranzieht. In den meisten Fällen wird nur die Wandlung, d.h. die Aufhebung des Vertrages und die Rückstellung der erbrachten Leistungen, für den Erwerber zielführend sein.

Grundsätzlich liegt jedem Kunstkauf ein gewisses aleatorisches Moment zugrunde, da bei vielen, besonders älteren Werken eine zweifelsfreie Zuschreibung zu einem Urheber und damit die Bestätigung der Originalität eines Werkes nicht möglich ist. *Locher*, *Kühn* und *Heinbucher* schließen daher einen Gewährleistungsanspruch bei unsicheren älteren Werken aus.⁷¹⁸ *Ramsauer* erachtet diese strikte Haltung als zu restriktiv und plädiert, meines Erachtens zu Recht, für eine differenziertere Haltung. Sie geht davon aus, dass bei steigender Unsicherheit über die Originalität eines Bildes der Kaufpreis entsprechend niedriger angesetzt werden sollte. Die Höhe des Kaufpreises indiziert daher nach Ansicht *Ramsauers* die Echtheit eines Werkes.⁷¹⁹ Meines Erachtens ist dem Ansatz *Ramsauers* zu folgen, dass auch bei älteren Werken, deren Urheberschaft manchmal schwieriger festzustellen ist, die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen nicht in jedem Fall ausgeschlossen werden kann. Gerade die in Kapitel IV.2.2. dargestellten Methoden ermöglichen es heute, viele Werke besser und exakter zu datieren und einem Künstler zuzuschreiben, als dies noch vor einigen Jahren der Fall war. *Ramsauers* Ansatz, den Kaufpreis als Anhaltspunkt für die Originalität eines Werkes heranzuziehen, ist sicher sinnvoll, sollte aber nicht der einzige Indikator sein. Vielmehr muss im jeweiligen Einzelfall auf den Gesamtkontext des Werkes (Zuschreibung, Erhaltungszustand, Signatur oder Monogramm, Sujet, Technik etc.) Rücksicht genommen werden. Ein niedriger Kaufpreis indiziert nicht zwangsweise eine Fälschung oder zumindest eine unsichere Urheberschaft, da dieser auch auf andere Gründe, wie

⁷¹⁷ www.faelschermuseum.com

⁷¹⁸ *Kühn*, Die Sachmängelgewährleistung des Kunst- und Antiquitätenhandels (1987) 135; *Locher*, Das Recht der bildenden Kunst (1970) 127 f; *Heinbucher*, Kunsthandel und Kundenschutz, NJW 1984, 15 f.

⁷¹⁹ *Ramsauer*, Kunstauktion (1999) 127.

unübliche Formate oder Sujets, die verwendete Technik oder den Erhaltungszustand, zurückgeführt werden kann.⁷²⁰

V.2.5 Exkurs: Echtheitsgarantie

Viele Auktionshäuser geben gegenüber ihren Kunden eine so genannte „Echtheitsgarantie“ ab, um dadurch das Vertrauen in die von ihnen versteigerten Werke zu steigern. Ob dieses Vertrauen gerechtfertigt ist, ist bei näherer Betrachtung dieser „Echtheitsgarantien“ jedoch zu hinterfragen. Anhand der Echtheitsgarantie der Kunst Auktionen GmbH und jener der Dorotheum GmbH & Co KG soll nachfolgend deren Umfang und deren Verhältnis zu potenziellen Gewährleistungsansprüchen eines Käufers erörtert werden:

§ 25 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Versteigerung der Kunst Auktionen GmbH (Stand Jänner 2007):⁷²¹

⁷²⁰ *Goepfert*, Haftungsprobleme (1991) 38 verwies meines Erachtens richtig darauf, dass sich ein ungewöhnlich niedriger Preis auch aus den Rahmenbedingungen des Kaufvertragsabschlusses ergeben kann.

⁷²¹ <http://www.palais-kinsky.com/downloads/imKinsky-DE-Geschaeftsordnung-2007-02.pdf>

Echtheitsgarantie

§ 25

- (1) Die Schätzung, fachliche Bestimmung und Beschreibung der Gegenstände erfolgt durch Experten des Auktionshauses, sofern im Katalog bzw. in der Expertise nicht etwas anderes angegeben ist. Das Auktionshaus steht für die Echtheit und somit dafür ein, dass ein Gegenstand tatsächlich von dem im Katalog genannten Künstler stammt.
- (2) Weist ein Käufer diese Echtheitsangabe innerhalb von drei Jahren nach dem Auktionstermin als unrichtig nach, so erstattet ihm das Auktionshaus auf sein Verlangen gegen Rückgabe des Gegenstandes und der Kaufunterlagen den Kaufpreis zurück. Zu einer solchen Gewährleistung ist das Auktionshaus nicht verpflichtet, wenn der Gegenstand nach der Auktion verändert worden ist.
- (3) Bei Werken alter Meister umfasst diese Echtheitsgarantie nur absichtliche Fälschungen, also Werke, die ursprünglich in Täuschungsabsicht hergestellt worden sind. Das Auktionshaus ist zur Gewährleistung auch nicht verpflichtet, wenn die Katalogbeschreibung zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Katalogs dem Stand der Wissenschaft und Forschung entsprechen hat.
- (4) Angaben über Technik, Signatur, Material, Zustand, Provenienz, Epoche der Entstehung usw. beruhen auf den veröffentlichten oder sonst allgemein zugänglichen wissenschaftlichen Erkenntnissen, die die Experten des Auktionshauses mit der gebotenen Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit ermittelt haben. Das Auktionshaus leistet jedoch für die Richtigkeit dieser Angaben keine Gewähr.
- (5) Für alle weiteren Angaben im Katalog und in der Expertise besteht gleichfalls keine Haftung. Dies gilt auch für Abbildungen im Katalog, die lediglich der Veranschaulichung dienen.
- (6) Im Katalog und in der Expertise werden nur solche Fehler und Beschädigungen der Gegenstände angeführt, die den künstlerischen oder kommerziellen Wert wesentlich beeinträchtigen.
- (7) Das Auktionshaus behält sich vor, Katalogangaben vor der Auktion zu berichtigen. Diese Berichtigungen erfolgen entweder durch Aushang oder durch mündliche Information durch den Auktionator unmittelbar vor Ausbietung des betreffenden Gegenstandes. Gehaftet wird in diesem Fall nur für den berichtigten Wortlaut.
- (8) Sämtliche zur Auktion gelangenden Gegenstände können vor der Auktion von den Interessenten geprüft werden, sie sind als gebraucht anzusehen. Schadenersatzansprüche, die über die vorgenannte Haftung hinausgehen oder aus anderen Mängeln des Gegenstandes abgeleitet werden, sind ausgeschlossen.
- (9) In den Katalogen und Expertisen wiedergegebene Angaben haben folgende Bedeutung:
 - a) Vor- und Zuname des Künstlers mit seinen Lebensdaten und der Ortsangabe, sowie der Hinweis „signiert“ oder „monogrammiert“: Ein sicheres Werk des Künstlers.
 - b) „Zugeschrieben“: Ein wahrscheinliches, aber nicht zwangsläufig authentisches Werk des Künstlers.
 - c) „Bezeichnet“: Ein mögliches, aber nicht von der Hand des Künstlers signiertes Werk.
 - d) „Werkstatt“: Ein wahrscheinlich in dem unmittelbaren Umfeld des Künstlers entstandenes Werk.
 - e) „Schule“: Ein in stilistischer und zeitlicher Nähe zum Künstler oder zu einer regionalen Gruppe von Künstlern entstandenes Werk.
 - f) „Umkreis“: Ein im weiten Einflussbereich des Künstlers entstandenes Werk.
 - g) „Nachfolger“: Ein im Stil des Künstlers, aber eventuell später entstandenes Werk.
 - h) „Nachahmer“: Eine Nachempfindung oder Wiederholung eines Werks eines Künstlers unbestimmten Datums.
- (10) Bei im Rahmen von Exekutionsverfahren versteigerten Gegenständen ist jede Reklamation ausgeschlossen.

§ 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Versteigerung der Dorotheum GmbH & Co KG (Stand 1. 7. 2007).⁷²²

⁷²² http://www.dorotheum.com/fileadmin/user_upload/media/Dateien/agbs_neu/AGB_Versteigerung.pdf

Echtheitsgarantie, Voraussetzung und Umfang

§ 20. (1) Das DOROTHEUM garantiert bei Verkäufen im eigenen Namen Käufern die Richtigkeit seiner Angaben über die Urheberschaft (Künstlerbezeichnung), über den Hersteller, über den Herstellungszeitpunkt, über den Ursprung, das Alter, über die Epoche, über den Kulturkreis der Herstellung oder Verwendung sowie über Materialien, aus welchen die Gegenstände hergestellt sind unter folgenden Voraussetzungen:

Unrichtig sind solche Angaben dann, wenn sie nicht den allgemein zugänglichen wissenschaftlichen Erkenntnissen und den Meinungen allgemein anerkannter Sachverständiger entsprechen. Als wesentlich unrichtig gelten solche Angaben dann, wenn ein durchschnittlicher Normkäufer den Kauf bei Nichtzutreffen der jeweiligen Angaben nicht geschlossen hätte.

Weist der Käufer innerhalb von drei Jahren ab dem Tag der Zuschlagserteilung nach, dass solche Angaben des DOROTHEUMS wesentlich unrichtig sind, erhält der Käufer Zug um Zug gegen Rückstellung des unveränderten Gegenstandes den Kaufpreis zurück. Bei Käufern, für die der abgeschlossene Kauf zum Geschäftsbetrieb ihres Unternehmens gehört, ist weiters vorausgesetzt, dass sie das DOROTHEUM unverzüglich nach Entstehen erster begründeter Zweifel an der Richtigkeit hiervon verständigen.

Ändern sich die allgemein zugänglichen wissenschaftlichen Erkenntnisse und die Meinungen allgemein anerkannter Sachverständiger bis zum Zeitpunkt der Reklamation durch den Käufer und deren Abwicklung, ist das DOROTHEUM nach seinem ausschließlichen Ermessen berechtigt, den Ankauf entweder zu Lasten des Einbringers zu stornieren oder die Reklamation abzulehnen.

Weist der zurückgegebene Gegenstand eine Beschädigung oder Abnutzung auf, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht vorhanden war, ist das DOROTHEUM berechtigt, angemessene Reparaturkosten und/oder eine allfällige Wertminderung vom Kaufpreis in Abzug zu bringen. Hat der Käufer den zurückgesendeten Gegenstand bereits genutzt, steht dem DOROTHEUM überdies ein angemessenes Nutzungsentgelt zu.

Der Einbringer stimmt dieser, dem Käufer gewährten Garantie ausdrücklich zu. Für Anwendungsfälle dieser Echtheitsgarantie erklärt der Einbringer seine Zustimmung, die Rückabwicklung zwischen dem DOROTHEUM und dem Käufer gegen sich gelten zu lassen, und verpflichtet sich seinerseits

zur sofortigen Rückstellung des- mit Ausnahme des konkreten Anwendungsfalles des vorherigen Absatzes- unverminderten Versteigerungserlöses an das DOROTHEUM Zug um Zug gegen Rückerhalt des unveränderten Versteigerungsobjektes.

(2) Das DOROTHEUM gewährt die Garantie nach Abs. 1 oder sonstige mit gesonderter Erklärung eingeräumte Garantien neben den gesetzlichen Gewährleistungs- und Irrtumsrechten der Konsumenten, die durch diese Garantien nicht eingeschränkt werden. Bei gebrauchten Gegenständen beträgt die Frist für die gesetzliche Gewährleistung 1 Jahr.

(3) Sonstige Reklamationen und Ansprüche welcher Art auch immer betreffend den Preis, die Beschaffenheit und den Zustand der ersteigerten Gegenstände oder Schadensersatzansprüche, soweit sie nicht ohnehin von der Echtheitsgarantie gemäß Abs. 1 umfasst sind, sind gegenüber dem DOROTHEUM und jenen Personen, für die es ohne den Haftungsausschluss einzustehen hätte, ausgeschlossen, sofern bei Kaufverträgen mit Konsumenten im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes darüberhinausgehende Ansprüche nicht in grobfahrlässigem, oder vorsätzlichem Verhalten von Mitarbeitern des DOROTHEUMS begründet sind.

(4) Bei exekutiv versteigerten Objekten ist jede Reklamation gesetzlich ausgeschlossen.

(5) Bei Vermittlungsverkäufen übernimmt das DOROTHEUM keinerlei Gewährleistung oder sonstige Haftung.

In beiden Fällen sichert die „Echtheitsgarantie“ dem Käufer den Erwerb eines Originales zu, dass von Experten des Auktionshauses auf seine Authentizität geprüft wurde. Im Einzelnen weicht die Ausgestaltung der Garantien jedoch voneinander ab. Während man in den AGB des Dorotheums dem Käufer die Richtigkeit der Angaben über Urheberschaft (Künstlerbezeichnung), Hersteller, Herstellungszeitpunkt, Ursprung, Alter, Epoche, Kulturkreis der

Herstellung/Verwendung und Herstellungsmaterialien zusichert,⁷²³ ist die Garantiezusage der Kunst Auktionen enger, nämlich auf die Urheberschaft beschränkt.⁷²⁴ § 25 Abs 4 der AGB der Kunst Auktionen GmbH schließt darüber hinaus die Garantie für „Angaben über Technik, Signatur, Material, Zustand, Provenienz, Epoche der Entstehung usw.“ aus.

Eine weitere Einschränkung der Echtheitsgarantie der Kunst Auktionen GmbH findet sich in § 25 Abs 3, nach welchem die Echtheitsgarantie bei „*Werken alter Meister*“ „*nur absichtliche Fälschungen, also Werke, die ursprünglich in Täuschungsabsicht hergestellt worden sind*“ umfasst. Unter den „alten Meistern“ werden in der Kunst in der Regel die „Meister der Malerei“ des 14. bis 18. Jahrhunderts zusammengefasst, dies ist jedoch keine allgemein gültige Definition. Es ist somit nicht wirklich klar, welche Werke zu den „Werken der alten Meister“ zählen und somit in den Anwendungsbereich der Einschränkung fallen. Weiters stellt sich die Frage, wie bei Werken des 14. bis 18. Jahrhunderts bestimmt werden soll, ob diese „*ursprünglich in Täuschungsabsicht*“ hergestellt wurden. Oftmals handelt es sich bei Fälschungen nicht um neuzeitliche Werke, sondern um Fälschungen, die bereits zur Zeit des Künstlers entstanden sind. So gab es beispielsweise zur Zeit *Albrecht Dürers* mehr Fälschungen seiner Werke als Originale, sodass *Dürer* beim Kaiser zum Schutz seiner Originale ein kaiserliches Privileg zur besonderen Kennzeichnung seiner Drucke erwirkte, die jedoch auch gefälscht wurden.⁷²⁵ Heute ist es beinahe unmöglich, eine „Fälschung aus der Zeit *Dürers*“ von einem „Original *Dürer*“ zu unterscheiden. Die Verwendung des Begriffes „Alte Meister“ ist daher, gerade für unerfahrene Käufer, nicht klar verständlich und widerspricht dem Transparenzgebot bei Verbrauchergeschäften. Gemäß dem in § 6 Abs 3 KSchG normierten Transparenzgebot sind Bestimmungen in AGB so zu formulieren, dass diese für den Verbraucher durchschaubar sind und im Rahmen des Möglichen und Überschaubaren

⁷²³ § 20 Abs 1 Satz 1 AGB Dorotheum GmbH & Co KG.

⁷²⁴ § 25 Abs 1 AGB Kunst Auktionen GmbH: „*Das Auktionshaus steht für die Echtheit und somit dafür ein, dass ein Gegenstand tatsächlich von dem im Katalog genannten Künstler stammt.*“

⁷²⁵ *Reitz, Große Kunstfälschungen* (1993) 32 f.

zuverlässig über seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag informieren.⁷²⁶ Der Verbraucher soll möglichst durchschaubar, klar, verständlich und angepasst an die jeweilige Vertragsart so aufgeklärt werden, dass er nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird und ihm auch keine unberechtigten Pflichten auferlegt werden.⁷²⁷ Das Transparenzgebot drücke sich nach dem OGH im Einzelnen im Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, im Gebot, den anderen auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, im Bestimmtheitsgebot, im Gebot der Differenzierung, im Richtigkeitsgebot und im Gebot der Vollständigkeit aus.⁷²⁸ Die Einschränkung des § 25 Abs 3 der AGB Kunst Auktionen GmbH verstößt meines Erachtens in mehrfacher Hinsicht gegen diese Vorgaben und wird daher gegenüber Verbrauchern nicht durchsetzbar sein.

Die Echtheitsgarantie wird auch in Bezug auf den Beurteilungsmaßstab des Sachverständigen eingeschränkt. Der Maßstab für die Beurteilung der Richtigkeit einer Katalogangabe wird in beiden AGB auf die allgemein zugänglichen wissenschaftlichen Erkenntnisse und den Meinungsstand anerkannter Sachverständiger im Zeitpunkt der Gutachtenserstellung durch das Auktionshaus beschränkt.⁷²⁹ In § 20 Abs 1 der AGB Dorotheum GmbH & Co KG wird zudem explizit darauf verwiesen, dass es im Ermessen des Auktionshauses liegt, ob Reklamationen des Käufers aufgrund von neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen innerhalb der dreijährigen Garantiefrist behandelt werden.⁷³⁰ Diese Formulierungen sind meines Erachtens als Einschränkungen des Gewährleistungsrechtes zu qualifizieren, die gemäß § 9 KSchG, ebenso wie ein

⁷²⁶ OGH 5. 6. 2007, 10 Ob 67/06 k; OGH 28. 1. 2009, 4 Ob 128/08 i; OGH 28. 1. 2009, 10 Ob 70/07 b; OGH 16. 4. 2009, 2 Ob 137/08 y.

⁷²⁷ OGH 1. 4. 2009, 9 Ob 66/08 h.

⁷²⁸ OGH 1. 4. 2009, 9 Ob 66/08 h; OGH 27. 3. 2007, 1 Ob 241/06 g.

⁷²⁹ § 20 Abs 1 AGB Dorotheum: „Unrichtig sind solche Angaben dann, wenn sie nicht den allgemein zugänglichen wissenschaftlichen Erkenntnissen und den Meinungen allgemein anerkannter Sachverständiger entsprechen.“ § 25 Abs 3 AGB Kunst Auktionen: „Das Auktionshaus ist zur Gewährleistung auch dann nicht verpflichtet, wenn die Katalogbeschreibung zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Katalogs dem Stand der Wissenschaft und Forschung entsprochen haben.“.

⁷³⁰ § 20 Abs 1 AGB Dorotheum: „Ändern sich die allgemein zugänglichen wissenschaftlichen Erkenntnisse und die Meinung allgemein anerkannter Sachverständiger bis zum Zeitpunkt der Reklamation durch den Käufer und deren Abwicklung, ist das DOROTHEUM nach seinem ausschließlichen Ermessen berechtigt, den Ankauf entweder zu Lasten des Einbringers zu stornieren oder die Reklamation abzulehnen.“.

gesamter Ausschluss des gesetzlichen Gewährleistungsrechtes, gegenüber Verbrauchern unzulässig sind.⁷³¹ Davon ausgehend darf die Einschränkung nur dahingehend interpretiert werden, dass sich die Einschränkung auf die Echtheitsgarantie bezieht, nicht jedoch auf das gesetzliche Gewährleistungsrecht, weil dies unzulässig wäre.⁷³² Da sich das gesetzliche Gewährleistungsrecht und die Echtheitsgarantie in den ersten beiden Jahren nach Vertragsabschluss überschneiden, wird sich das jeweilige Auktionshaus de facto erst im 3. Jahr auf die Einschränkung berufen können. Damit stellt sich die Frage, welche Bedeutung der Echtheitsgarantie im Verhältnis zu den gesetzlichen Gewährleistungsansprüchen zukommt.

Auffallend ist, dass dieses Verhältnis nur in § 20 Abs 2 AGB der Dorotheum GmbH & Co KG ausdrücklich erwähnt wird, nicht jedoch in den AGB der Kunst Auktionen GmbH.⁷³³ Geht man davon aus, dass in beiden AGB die Echtheitsgarantie eine auf bestimmte Eigenschaften reduzierte vertragliche Verlängerung der Gewährleistung ist, wird diese aufgrund des engeren Anwendungsbereiches für den Käufer nur im 3. Jahr nach Vertragsabschluss interessant.

Zusammenfassend sind die Echtheitsgarantien nur in jenen Fälschungsfällen relevant, die im Jahr nach Ablauf der gesetzlichen Gewährleistungsfrist auftreten und den engen Sachverhalten der jeweiligen AGB-Version entsprechen. Da dazu noch ein gewisser Willkürfaktor des Auktionshauses hinzutritt, werden Opfer einer Fälschung nur selten eine Rückabwicklung des Vertrages gelangen können.

V.2.6 Schadenersatzanspruch

Hat der Händler anstelle des vereinbarten Originales eine Fälschung geliefert, so ist die Lieferung nicht nur mangelhaft, sondern verursacht beim Käufer auch einen Vermögensschaden. Erfolgt die Schlechterfüllung schuldhaft, kann der

⁷³¹ Krejci in Rummel³ KSchG (2002) § 9 Rz 2.

⁷³² Krejci in Rummel³ KSchG (2002) § 9 Rz 2.

⁷³³ § 20 Abs 2 AGB Dorotheum: „Das DOROTHEUM gewährt die Garantie nach Abs 1 oder sonstige mit gesonderter Erklärung eingeräumter Garantien neben den gesetzlichen Gewährleistungs- und Irrtumsrechten der Konsumenten, die durch diese Garantie nicht eingeschränkt werden.“

Käufer anstelle des Gewährleistungsanspruches gemäß § 933 a ABGB auch einen Schadenersatzanspruch gegen den Verkäufer geltend machen.⁷³⁴ Der Vorteil des Schadenersatzanspruches liegt darin, dass die Frist zur Geltendmachung erst mit Kenntnis des Käufers von der mangelhaften Leistung zu laufen beginnt.⁷³⁵ Ein weiterer Vorteil für das Fälschungsoffer ist die Beweislast erleichterung des § 933 a Abs 3 ABGB. Wird der Schaden (Mangel) innerhalb von zehn Jahren nach Übergabe bekannt, wird das Verschulden des Verkäufers vermutet.⁷³⁶ Ob dem Verkäufer der Beweis des fehlenden Verschuldens gelingt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Das Hauptbeweisthema wird meines Erachtens in aller Regel aber nicht das Verschulden, sondern der Umstand sein, dass das erworbene Bild eine Fälschung ist. Dieser Beweis kann vom geschädigten Käufer nur durch ein kostenintensives Gutachten erbracht werden.⁷³⁷

V.3 Conclusio

Zusammenfassend stehen dem Erwerber einer Fälschung zahlreiche zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen zur Verfügung. Das Hauptproblem der Geltendmachung, unabhängig vom Marktplatz, liegt jedoch in den kurzen Fristen. Fälschungen werden in der Regel, wie der Fall des *Oskar Laske*-Gemäldes⁷³⁸ zeigte, oft nicht innerhalb dieser Fristen entdeckt, sodass in vielen Fällen die Käufer auf die Kulanz des Händlers angewiesen sind. Der beste Selbstschutz des Käufers ist die Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens am besten vor Vertragsabschluss oder zumindest rechtzeitig innerhalb der zivilrechtlichen Fristen.

⁷³⁴ Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB (2007) § 933a Rz 1.

⁷³⁵ Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB (2007) § 933a Rz 11 f mwN.

⁷³⁶ § 1298 iVm § 933a ABGB; siehe weiterführend Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB (2007) § 933a Rz 14f.

⁷³⁷ Zu den Auswirkungen der Echtheitsgarantie auf diese Beweislast siehe V.2.5..

⁷³⁸ OGH 16. 11. 2009, 9 Ob 13/09 s.

VI. Schlussfolgerungen

Im Gegensatz zu Früher sind Kunstfälschungen heute kein Tabuthema mehr, sondern entwickeln sich zunehmend zu einem anerkannten Bestandteil der Kunst- und Alltagswelt. Dies liegt an einem grundlegenden philosophisch-kunsthistorischen Wertewandel, welcher sich schrittweise ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts vollzog. Während Fälschungen früher als moralisch verwerflich angesehen wurden, machten Kunstströmungen wie „Fake“ oder „Appropriation Art“ Fälschungen salonfähig.⁷³⁹ Döhmer bringt diese Entwicklung seit den 1970er-Jahren zutreffend auf den Punkt: *„Kunstfälschung bedient sich legitimer, künstlerischer Methoden unter Veränderung ihrer Zielsetzung. Sie ist damit keine objektiv-materiale, sonder eine subjektivintentionale Kategorie.“*⁷⁴⁰ Fälschungen werden somit nicht mehr aufgrund ihrer „geringen“ schöpferischen Leistung als Bedrohung der Kunst betrachtet, sondern – insbesondere durch die wegbereitenden Arbeiten der Appropriation Art-Künstler – als Statement zur Gesellschaft und akzeptierter Teil des Kunstmarktes gesehen.⁷⁴¹

Dessen ungeachtet steht das Original im Kunsthandel immer noch im Vordergrund. Dies liegt meines Erachtens primär daran, dass Kunstwerke aufgrund ihres stabilen Wertes zu einem immer wichtigeren Anlageobjekt geworden sind und nur das Original die von den Käufern gewünschte Wertsicherheit bieten kann.⁷⁴²

Aber wie bestimmt man, ob es sich bei einem Kunstwerk um ein Original oder doch nur eine gute Fälschung handelt? Bis vor kurzem konnten weder Kunsthistoriker noch Jurist diese Frage anhand von objektiven Kriterien abschließend beantworten. Erst durch die Einführung der Original-Definition in § 16 b Abs 2 UrhG⁷⁴³ durch die

⁷³⁹ Siehe Kapitel II.2.2.1 und II.4.2.

⁷⁴⁰ Döhmer, Zur Soziologie der Kunstfälschung, Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft, 1978/21, 76 (77, 82).

⁷⁴¹ Ferretti, Fälschungen und künstlerische Tradition, in Sauerländer (Hrsg), Die Geschichte der italienischen Kunst (1987) 236.

⁷⁴² Siehe Kapitel V.

⁷⁴³ § 16 b Abs 2 UrhG: „Als Originale im Sinn des Abs. 1 gelten Werkstücke, (1.) die vom Urheber selbst geschaffen worden sind, (2.) die vom Urheber selbst oder unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt und in der Regel nummeriert sowie vom Urheber signiert oder auf andere geeignete Weise autorisiert worden sind, (3.) die sonst als Originale angesehen werden.“

Urheberrechtsnovelle 2006⁷⁴⁴ wurden in das österreichische Recht Tatbestandsmerkmale eingeführt, welche dem Juristen eine klare Abgrenzung von Original und Fälschung ermöglichen sollten. Die Definition des § 16 b Abs 2 UrhG wird auch den Bedürfnissen von Künstlern und Kunsthistorikern gerecht, da sie durch ihre offene Formulierung der stetigen Entwicklung in der Kunst Rechnung trägt, keine WerkGattungen ausschließt und auch das durch die Signatur des Künstlers manifestierte Band zwischen Schöpfer und Werk umfasst.⁷⁴⁵

Gerade dieses „unsichtbare“ Band zwischen dem Schöpfer und seinem Werk ist es, dass durch das Auftreten von Fälschungen gestört wird und den Urheber zur Durchsetzung von zivil- und strafrechtlicher Ansprüche berechtigt. Während die zivilrechtlichen Mittel vielfältig, aber meist schwierig und langwierig durchzusetzen sind, war die strafrechtliche „Verteidigung“ des Originals bis zur Strafprozessnovelle 2008⁷⁴⁶ eine effektive Waffe gegen Kunstfälscher und ihre Mittäter. Durch den Wegfall der Privatanklage gegen Unbekannte wurde diese Waffe des Originalurhebers jedoch leider entschärft. Ob diese für den Urheber unbefriedigende Situation durch die Umsetzung der VStRDS-RL⁷⁴⁷ verbessert werden kann, die eine Umstellung des § 91 UrhG von einem Privatanklagedelikt auf ein Offizialdelikt vorsieht, wird sich zeigen.⁷⁴⁸ Dies wäre meines Erachtens sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen zu begrüßen.

Kommt es zu einem Zivilverfahren, so steht die Frage der Authentizität im Vordergrund. Diese muss in der Regel mit Hilfe eines Kunstsachverständigen beantwortet werden. Dabei muss sich der Jurist bewußt sein, dass im Bereich der Kunstsachverständigen eine stärkere Pluralität an Ausbildungen und Spezialisierungen herrscht als in anderen Fachgebieten.⁷⁴⁹ Dieser Umstand führt jedoch zu keinem Rechtsschutzdefizit, sondern spiegelt die vielfältigen Methoden von

⁷⁴⁴ BGBl I 2006/22.

⁷⁴⁵ Siehe Kapitel: II.1.2.3.

⁷⁴⁶ BGBl I 2004/19; in der Folge „Strafprozessnovelle“.

⁷⁴⁷ Aus der Begründung des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (von der Kommission vorgelegt), Brüssel, den 26. 4. 2006, KOM (2006) 168 endgültig, 2005/0127 (COD)

⁷⁴⁸ Kapitel: III.3.7.9.

⁷⁴⁹ Kapitel IV.1.3.

Kunstsachverständigen wieder, die neben geisteswissenschaftlichen Analysen auch naturwissenschaftliche Methoden umfassen. Trotz der Quantität der zur Verfügung stehenden Analyseformen muss allen Verfahrensbeteiligten klar sein, dass der Sachverständige in vielen Fällen keine hundertprozentig eindeutige Antwort liefern kann.

Aufgrund der zahlreichen zur Wahl stehenden Analyseformen ist der Kunstsachverständige nicht davor gefeit, eine falsche Methode zu wählen oder die passende Methode fehlerhaft anzuwenden. In einem dadurch verursachten Schadensfall kann nicht nur der Auftraggeber des Gutachtens Ansprüche gegen den Sachverständigen geltend machen, sondern grundsätzlich auch Dritte, welche im Vertrauen auf das Gutachten nachteilige Dispositionen treffen. Der dogmatische Ansatz des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und jener der objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten des Sachverständigen ermöglichen es auch dem durch ein fehlerhaftes Gutachten geschädigten Dritten, Schadenersatzansprüche direkt gegen den Sachverständigen geltend zu machen. Dass diese Rechtsbehelfe jedoch kein „Universalmittel“ für jeden Fall sind, zeigt der Fall *Unterberger*. Kann weder die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens noch die Kenntnis des Sachverständigen über den Adressatenkreis seines Gutachtens nachgewiesen werden, hat der geschädigte Eigentümer der Fälschung den Schaden selbst zu tragen.

Getäuschten Käufern, die auf eine Kunstfälschung hereingefallen sind, stehen primär die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen Irrtum, List, laesio enormis, Gewährleistung und Schadenersatz zur Verfügung. Darüber hinaus können Ansprüche auch auf eine etwaige vom Verkäufer eingeräumte „Echtheitsgarantie“ gestützt werden. Letztere versprechen oft auf den ersten Blick mehr, als sie bei näherer rechtlicher Prüfung halten. Dennoch verleiten sie viele Käufer dazu, einem Auktionshaus das eine Echtheitsgarantie anbietet, mehr Vertrauen zu schenken als Einzelhändlern oder Händler auf Kunstmessen.

Bei der Durchsetzung seiner Ansprüche hat der Käufer die Spezifika des Kunsthandels zu berücksichtigen.⁷⁵⁰ In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Auktionskataloge hervorzuheben. Die darin verwendeten Objektbeschreibungen sind in aller Regel Grundlage des Angebots des Käufers und werden im Fall des Zuschlags Vertragsbestandteil. Sprachlich sind diese Objektbeschreibungen für Laien oft schwer verständlich und verbergen in einer Art „Geheimsprache“ zahlreiche entscheidende Informationen über die Authentizität des Kunstwerks. Transparenz wird dabei leider all zu oft nicht groß geschrieben.

Obwohl, wie diese Arbeit zeigt, Käufer und Originalurheber umfassende Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Rechte haben, können diese erst geltend gemacht werden, wenn die Fälschung als solche entdeckt wurde. Zahlreiche Fälschungen werden aber erst Jahrzehnte nach deren Erwerb als solche erkannt, sodass rechtliche Schritte gegen Fälscher und Kunsthändler auf Grund der Verjährung der Ansprüche oft nicht mehr möglich sind.

⁷⁵⁰ Kapitel V.1., V.2.5.

Literaturverzeichnis

- Ahlberg* in *Möhring/Nicolini*, Urheberrechtsgesetz², 2000.
- Almenroth*, Kunst- und Antiquitätenfälschung – Eine strafrechtliche, kriminologische und kriminalistische Studie über Techniken der Kunstfälscher und ihrer Absatzpraktiken (1986).
- Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozess⁵ (1983).
- Altschul*, Gesetzliche Urheberschaftsfiktionen, JBl 1916, 229.
- Altschul*, Subjektsloses Urheberrecht an sich, JBl 1918, 507.
- Anderl* in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).
- Anderl/Schmid*, Appropriation Art – Im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit, *ecolex* 2009, 49.
- Arnau*, Kunst der Fälscher – Fälscher der Kunst, 3000 Jahre Betrug mit Antiquitäten (1961).
- Arntz*, Visitenkarte des Händlers – Der Auktionskatalog – und was man aus ihm lesen kann und muss, HBl vom 1./2. 4. 1960, 17.
- Assmann/Faißner/Oberchristl* in *Etzlstorfer/Katzinger/Winkler* (Hrsg), *echt_falsch*. Will die Welt betrogen sein? (2003).
- Bachler/Dünnbier*, Bruckmanns Handbuch der modernen Druckgrafik (1973).
- Ballersted*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/1951) 501.
- Ballon* in *Fasching/Konecny*, *Zivilprozessgesetze²* (2009).²
- Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren⁹ (1999).
- Beck*, Original – Fälschung? Bildgebende Verfahren bei der Diagnostik von Kunstwerken (1990).
- Benjamin*, Eduard Fuchs, der Sammler und der Historiker (1937), in *Benjamin*, *Angelus Novus*. Ausgewählte Schriften 2 (1988) 302.
- Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983/11–12, 281.
- Berka*, Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, (1999).

Bertel/Venier, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts⁸, (2004).

Beulke, Strafprozessrecht⁷ (2004).

Bill Arning im Gespräch mit Elaine Sturtevant, in: *dies*, Württembergischer Kunstverein, Stuttgart, 1992, 10.

Bloch, Original-Kopie-Fälschung, Jahrbuch preußischer Kulturbesitz XVI (1979) 48.

Blum in *Dittrich*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht, ÖSGRUM 3 (1986).

Blum, OGH 15. 6. 1976, 4 Ob 343/76, ÖBl 1977, 53.

Blum, Parallelen des Urheberrechtsschutzes zum Musterschutz, ÖBl 1981, 113.

Blum, Parallelen des Urheberschutzes zum Musterschutz, ÖBl 1986, 33.

Böll, Die Freiheit der Kunst, Dritte Wuppertaler Rede, Aufsätze – Kritiken – Reden (1966).

Bollenberger in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB² (2007).

Bongard, Kunst & Kommerz. Zwischen Passion und Spekulation (1967).

Boon/Oberthaler, Beobachtungen zur fragilen Struktur und zu den chemischen Prozessen in den Schichten und an der Oberfläche des Gemäldes *Die Malkunst* von Vermeer, 215, in *Vermeer*, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010).

Boytha, Die historischen Wurzeln des Schutzes von Rechten an Urheberwerken, in *Dittrich*, Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, ÖSGRUM 9 (1991).

Braunböck, OGH 12. 7. 2005, 4 Ob 45/05d, ecolex 2005, 924.

Brockhaus Enzyklopädie in 24 Bänden¹⁴ VII (1992).

Brockhaus Enzyklopädie in 24 Bänden¹⁴ XVII (2001).

Brockhaus Enzyklopädie in 24 Bänden¹⁴ XVIII (1992).

Brugger, Zur Frage der Abgrenzung zwischen urheberrechtlichem und wettbewerbsrechtlichem Plagiatsschutz, GRUR 1957, 325.

Brunner, Handbuch der Druckgrafik (1962).

Büchele, in *Kucsko*, Urheberrecht (2008).

Bullinger, in *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht² (2006).

Bullinger, Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht (1997).

Burnham, The Art Crowd (1973).

Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB² (2007).

Canaris, Bankenvertragsrecht, 10. Lieferung des HGB-Großkommentars von Stab⁴ (1988).

Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971).

Ciresa/Büchele/Guggenbichler Österreichisches Urheberrecht (2006).

Ciresa, Urheberwissen leicht gemacht: Wie nütze und schütze ich geistiges Eigentum? (2003).

Cramer, Die Behandlung der Kunstfälschung im Privatrecht (2004).

Cramer, Die Behandlung der Kunstfälschung im Privatrecht, Dissertation Zürich (1947).

Deleuze, Platon und das Trugbild, in *dies*, Logik des Sinns. Aesthetica (1993).

Detter, Der Sachverständige im Strafverfahren – eine Bestandsaufnahme, NStZ 1998, 57.

Dietz in *Schricker*, Urheberrechtskommentar³ (2006).

Diggelmann, Die Fälschung von Sammlungsobjekten und die strafrechtliche Bekämpfung derselben (1916).

Dillenz, Materialien zum österreichischen Urheberrecht, ÖSGRUM 3 (1986).

Dillenz, Urheberrechtsschutz heute, ÖBl 1990, 1.

Dillenz/Gutman, Praxiskommentar zum Urheberrecht – UrhG & VerwGesG² (2004).

Dittrich, Grundsätze des österreichischen Urheberrechts, RfR 2004, 30.

Dittrich, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁴ (2004).

Dittrich, Das österreichische Verlagsrecht (1969).

Döbereiner/v. Keyserlinck, Sachverständigen-Haftung (1979).

Döhmer, Zur Soziologie der Kunstfälschung, Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft, 1978/21, 76.

Doralt, OGH 27.11.2001, 5 Ob 262/01t, ÖBA 2002, 820.

Dreier in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz Kommentar², 2006.

Dreyer in *Dreyer/Kothoff/Meckel/Zeisberg*, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, 2004.

DTV-Lexikon der Kunst II (1996).

DTV-Lexikon der Kunst III (1996).

Duden - Fremdwörterbuch⁷ (2001).

Dullinger, OGH 22.10.1992, 1 Ob 35/92; JBl 1993, 389.

Duverger, Nieuwe gegevens betreffende de kunsthandel van Matthijs Musson en Maria Fourmenois te Antwerpen tussen 1633 en 1681, *Gentse Bijdragen tot de Kunstgeschiedenis*, Vol. XXI (1969).

Steininger, Handbuch der Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren³, (2002).

Eccher in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB² (2007).

Eco, Die Grenzen der Interpretation (1995).

Ermacora, Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen, Analysen und Materialien (1982) 37. *Ermacora*, Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht 1920 (1967).

Ermacora, Verfassungsnovelle 1981 und Staatsgrundgesetznovelle 1982, *JB1* 1982/21–22, 577.

Etzlstorfer/Katzinger/Winkler (Hrsg), echt_falsch, Will die Welt betrogen sein? (2003)

Fabrizy, Die österreichische Strafprozessordnung⁹ (2004).

Fasching, Die Bedeutung des Sachverständigenbeweises in der Gerichtsbarkeit, in *FS Fasching* (1993) 214.

Fasching, Die Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen im Zivilprozess, in *FS Matscher* (1993) 97.

Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990).

Feil, Sachverständigenhaftung – eine systematische Darstellung für die Praxis (1997).

Ferretti, Fälschungen und künstlerische Tradition, in *Sauerländer* (Hrsg), Die Geschichte der italienischen Kunst (1987) 236.

Fischer, Das Literaturplagiat – Tatbestand und Rechtsverfolgung (1972).

Floerke, Studien zur niederländischen Kunst- und Kulturgeschichte – Die Formen des Kunsthandels, das Atelier und die Sammler in den Niederlanden vom 15.-18. Jahrhundert (1905).

Frangen, Ökonomische Analyse des Marktes für Malerei in der Bundesrepublik Deutschland (1983).

Frauenberger, OLG Wien 26. 3. 1998. 1 R 31/98f MR 1998, 123.

Friedländer, Echt und Unecht. Aus den Erfahrungen des Kunstkenners (1929).

Friedländer, Von Kunst und Kennerschaft. Was ist Kunst? (1929).

Fromm/Nordemann, Urheberrechtskommentar⁹, (1998).

Fuchs/Tipold, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2007).

Fuld, Das Lexikon der Fälschungen. Lügen und Intrigen in Kunst, Geschichte und Literatur (2000).

G. Frotz/St. Frotz in *Aicher*, Das Recht der Werbung (1984), 321.

Gamerith, Gedanken zur Harmonisierung des Folgerechts in der EU, in FS Dittrich (2000) 71.

Gamhartner in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Gerlach, Die Haftung für fehlerhafte Kunstexpertisen (1998).

Gerson/Koninck, Ein Beitrag zur Erforschung der holländischen Malerei des XVII. Jahrhunderts (1936).

Glaus/Studer, Kunstrecht. Ein Ratgeber für Künstler, Sammler, Galeristen, Kuratoren, Architekten, Designer, Medienwissenschaftler und Juristen (2003).

Goepfert, Haftungsprobleme im Kunst- und Antiquitätenhandel (1991).

Goodman, Sprachen der Kunst. Entwurf zu einer Symboltheorie (1976/1995).

Gamm (von) in *Mestmäcker/Schulze*, Kommentar zum deutschen Urheberrecht (2007).

Griss, Haftung für Dritte im Wettbewerbsrecht und allgemeinen Zivilrecht, JBl 2005, 69.

Grubinger in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Guggenbichler in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht (2006).

Guggenbichler in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Handig in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Handig, „Original fahr hin in deiner Pracht“? – Original und Vervielfältigung im digitalen Umfeld, ipCompetence, 2010/2, 16 (16).

Handig, Das neue Folgerecht in § 16b UrhG, eolex 2006, 585.

Handig, Die österreichische Umsetzung des Folgerechts, wbl 2006, 397.

Hanser-Strecker, Das Plagiat in der Musik (1968).

Harrer in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar² VII (1997).

Hartl, Beweiswürdigung und Sachverständiger. Aus der Sicht des Strafrichters SV 1997/4, 34.

Hartl, SV 1997/4.

Hauer in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Hebborn, Der Kunstfälscher/Kunstfälschers Handbuch (2003).

Hebborn, The Art Forger's Handbook (1997).

Heinbucher, Kunsthandel und Kundenschutz, NJW 1984, 15.

Herchenröder, Die Kunstmärkte (1978).

Herenchenröder, Neue Kunstmärkte (1990).

Herrmann, Die Sachwalterhaftung vermögenssorgender Berufe – Zu den berufssoziologischen und wirtschaftlichen Grundlagen der culpa in contrahendo, JZ 1983, 424.

Hertin in *Fromm/Nordemann*, Urheberrechtskommentar⁹, (1998).

Hess, Dokumente zum Verständnis der modernen Malerei (1988).

Hinterhofer, Aktuelle Entwicklungen im Urheberstrafverfahren, MR 2008/3, 156.

Hinterhofer, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2007).

Hollaender, Betrug durch die „Fledermaus“? Das Strafrecht im Spannungsverhältnis zur Freiheit der Kunst, ÖJZ 2004/50.

Höllwerth in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (2000).

Honsell, Aktuelle Probleme des Sachmängelhaftung, JBl 1989, 205.

Horak in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Horak, Das neue Privatanklageverfahren. Schwierigkeiten in der Praxis und neue Reformpläne, StPO-neu Teil XXIII, ÖJZ 2009/24, 214.

Horak, Erste Erfahrungen mit der StPO 2008 in Privatanklageverfahren, ecolex 2008, 211.

Horak, Neues zum Privatanklageverfahren, ecolex 2008, 932.

Hornsteiner in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Jakob, Persönlichkeitsrecht bei Kunstfälschungen? Überlegungen zur Nolde-Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in *Erdmann*; Festschrift für Henning Piper (1996), 679.

Jakusch in *Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung² (2008).

Kanold, Gewährleistung im Kunst- und Auktionshandel I Weltkunst (1994) 3343.

Karner in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar ABGB² (2007).

Katzenberger in *Schricker*, Urheberrechtskommentar³ (2006).

Katzenberger, Der Schutz von Werken der bildenden Künste durch das Urheberstrafrecht und die Praxis der Strafverfolgung in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 715.

Keen, Money and Art (1971).

Kemp, Der Betrachter ist im Bild – Kunstwissenschaft und Rezeptionsästhetik (1985).

Kenner, Von Pope zu Pop. Kunst im Zeitalter von Xerox (1995).

Kieler, Der Verkauf unechter Bilder, Dissertation Breslau (1930).

Kirschbaum (Hrsg), Lexikon der Christlichen Ikonographie II (1994)

Klang, Kommentar ABGB VI (1951).

Klauser/Kodek, ZPO 16.01 (Stand 1.1.2008) in Klauser/Kodek, ZPO/JN (www.rdb.at).

Kletecka, Glosse zu OGH 27. 1. 1995, 1 Ob 626/94, ÖBA 1995, 983.

Klicka in *Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung² (2008).

Kodek in *Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung² (2008).

Korn in *Kucsko*, Marken.schutz (2006).

Korn in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Korn, OGH 18. 7. 2000, 4 Ob 172/00 y, MR 2000, 303.

Korn, OGH 19. 8. 2003, 4 Ob 120/03 f, MR 2004, 101.

Korn, OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2059/96, MR 1996, 240.

Koschatzky, Die Kunst der Graphik (1973).

Koziol, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209.

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984).

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht² I (1980).

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts¹³ I (2006).

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts¹³ II (2007).

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts⁷ I (1985).

Kramer in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I³ (2003).

Krause in *Löwe/Rosenberg*, Strafprozessordnung und GVG²⁵ (1997).

Krejci, in *Rummel*³ KSchG (2002).

Krejci, Privatrecht² (1995).

Kremser, Der Jurist im öffentlichen Dienst als Urheber, in *Anwalt und Berater der Republik – FS zum 50. Jahrestag der Wiedereinrichtung der österreichischen Finanzprokuratur* (1995) 49.

Kucsko, in *Kucsko*, Urheber.recht (2008) .

Kucsko, Das „Originalwerk“ im Urheberrecht, *ip Competence*, 2009/1, 26.

Kucsko, Geistiges Eigentum (2003).

Kucsko, OGH 16. 6. 1992, 4 Ob 3/92, ecolex 1992, 712.

Kucsko-Stadlmayer in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Kühn, Die Sachmängelgewährleistung des Kunst- und Antiquitätenhandels (1987).

Lammel, Zur Auskunftshaftung AcP 179 (1979) 337.

Lampe, Der strafrechtliche Schutz des Geisteswerke, UFITA 83 (1978) 18.

Leopold, Rudolf Leopold – Kunstsammler (2003).

Lermolieff, Kunstkritische Studien über italienische Malerei – Die Galerien Borghese und Doria Panfili in Rom (1890) IX f, 43.

Locher, Das Recht der bildenden Kunst (1970).

Locher, Die Haftung für Expertisen, NJW 1969, 1567.

Loewenheim in *Schricker*, Urheberrechtskommentar³ (2006).

Löffler, Kunstsignatur und Kunstfälschung, NJW 1993, 1422.

Lohsing/Serini, Österreichisches Strafprozessrecht⁴ (1952).

Loos, Durchsetzung von Rechten geistigen Eigentums: Verfahren und Sanktionen, ÖBl 1997, 267.

Mahr, Die „rätselhafte Schadenspauschalierung“ nach § 87 Abs 3 UrhG, MR 1994, 183.

Mahr, in *Dittrich*, ÖSGRUM 19 (1996) 33.

Mahr, OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98 p, JBl 1998, 793.

Majer, Das Urheberstrafrecht (1991).

Mandler, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art 17a StGG, JBl 1986/3–4, 84.

Mandler, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 18a StGG, JBl, 1986/1–2, 21.

Maringer, Gemälde – naturwissenschaftlich untersucht – Zur Beurteilung der Authentizität, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7.

Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkommentar⁴ (2007).

Mayerhofer, Die Freiheit der Kunst vor strafrechtlichen Eingriffen, ÖJZ 1984/8.

Mercker/Mues, Zum Beispiel Giacometti: Die Sache mit dem Original, FAZ.NET, 12. 11. 2009.

Meyers neues Lexikon in 10 Bänden VI, VII (1993).

Mitteregger, Ansätze zu einer Positivierung des Kunstbegriffs der österreichischen Verfassung, JBl 1995/5, 284.

Mrugalla, König der Kunstfälscher. Meine Erinnerungen (1993).

Musielak, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1974).

Neisser, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983/1, 1.

Niclaus, Du Mont' Bildlexikon zur Gemäldebestimmung (1982).

Niebhur, Vorträge über römische Geschichte, an der Universität zu Bonn gehalten (1846–1848).

Nißl, Die Haftung des Experten für Vermögensschäden Dritter bedingt durch unrichtige Gutachten im deutschen, englischen und amerikanischen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung dargestellt am Problem der Haftung des Kunstgutachtens für falsche Expertisen (Dissertation 1971) XXVIII.

Nordemann, Kunstfälschungen und kein Rechtsschutz, GRUR, 1996/10, 737.

Nordemann/Vinck in *Fromm/Nordemann*, Urheberrechtskommentar⁹ (1998).

Nowakowski, Kein Verwertungsanspruch bei Eingriff in das Recht am eigenen Bild? ÖBI 1983, 97.

Oberthaler ua, Die Malkunst von Johannes Vermeer. Geschichte der Restaurierung, Beobachtung des Zustand, 222, in Vermeer, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010).

Ofner, in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Öhlinger, „Das Gespenst“ und die Freiheit der Kunst in Österreich, ZUM 1985/4, 190.

Öhlinger, Verfassungsrecht⁸ (2009).

Pächt, Methodisches zur kunsthistorischen Praxis (1977).

Peter, Das österreichische Urheberrecht (1954).

Picker, Positive Vertragsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983) 418 ff mwN.

Pietzcker, Zum Rechtsschutz gegen Kunstfälschungen, GRUR 1997, 414.

Platzgummer, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens⁸ (1997).

Plinius, Nat. Hist. XXXV 64.

Plöckinger, Kunstfälschung und Raubkopie – Eine strafrechtliche Untersuchung, ÖSGRUM 35 (2006).

Polley, OGH 21. 11. 1989, 4 Ob 133/89, MR 1990, 58.

Print letter 1, Jan./Feb. 1976, 1.

Rami, OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 176/01 p, MR 2001, 326.

Ramsauer, Die Kunstauktion – Haftungsprobleme und Käuferschutz (1999).

Rechberger in *Fasching/Konecny*² (2004).

Rechberger in *Rechberger*, ZPO³ (2006).

Rechberger-Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁷ (2009) 796.

Reischauer in *Rummel*, ABGB Kommentar II² (1992).

Reischauer in *Rummel*, ABGB Kommentar³ (2007).

Reitz, Große Kunstfälschungen (1993).

Rembrandt Research Project (Hrsg), Corpus of Rembrandt Paintings I (1982) XVI.

Riederer, Echt und Falsch. Schätze der Vergangenheit im Museumslabor (1994).

Rintelen, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht (1958).

Römer, Künstlerische Strategien des FAKE – Kritik von Original und Fälschung (2001).

Römer, Zwischen Kunstwissenschaft und Populismus: Die Rede vom Original und seiner Fälschung, in *Reulecke* (Hrsg), Fälschungen. Zu Autorenschaft und Beweis in Wissenschaft und Kunst (2006).

Roxin, Strafverfahrensrecht²⁵ (1998).

Rummel in *Koziol*, Haftpflichtrecht II² (1984).

Rummel in *Rummel*, ABGB Kommentar³ (2000).

Rush, Art as Investment² (1962).

Sandmann, Die Strafbarkeit der Kunstfälschung (2004).

Schack, Wem gebührt das Urheberrecht: dem Schöpfer oder dem Produzenten? ZUM 1990, 59.

Schanda, OGH 12. 8. 1996, 4 Ob 2161/96i, GRURInt 1997, 1030.

Schanda, OGH 13. 11. 2001, 4 Ob 239/01 b, 58, ecolex 2002/108.

Scharge, Die Regeln der Kunst. Juristische Abenteuer um Kunst und Kultur (2009).

Schick, Der Sachverständige im Wirtschaftsstrafrecht, in *Aicher/Funk* (Hrsg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 151.

Schlosser, Spontan präsentierte Zeugen und (Privat-)Gutachten nach deutschem und österreichischem Recht, in FS Rechberger (2005) 497.

Schneider, Rechtliche Risiken beim Erwerb von Antiquitäten und Kunstgegenständen, DB 1981, 199.

Schönherr, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (1982).

Schüller, Falsch oder Echt? Der Fall van Meegeren (1953).

Schumacher in *Kucsko*, Urheberrecht (2008).

Schwarz, Die Einführung des Folgerechts in Österreich, MR 1997, 210.

Schwimann/Apathy, ABGB-Praxiskommentar², V (1997).

Schwöring, EU-Kommission schlägt europäische Strafvorschriften bei der Verletzung geistigen Eigentums vor, MR-Int 2005, 138.

Seifert, Über Bücher, Verleger und Autoren – Episoden aus der Geschichte des Urheberrechts, NJW 1992, 1270.

Seiller, Der Vorentwurf der Urheberrechtsnovelle, JBl 1930, 400.

Sotriffer, Die Druckgraphik – Entwicklung, Technik, Eigenart (1966).

Spielbüchler in *Rummel* ABGB Kommentar³ (2000).

Spitzer, Haftungsfalle (Un-)Ehelichkeitsvermutung, NZ 2004, 161.

Seiler, Strafprozessrecht⁷ (2004).

Strauss ua (Hrsg), dtv-Lexikon der Kunst II, III (1996).

Tahedl OGH 24. 11. 1998, 4 Ob 292/98 i, ecolex 1999/167.

Thiele/Laimer, Urheberrechte an gesetz- oder sittenwidrigen Werken – Grenzen des Schöpferprinzips? RdW 2004/666.

Thomas, Bis Heute - Stilgeschichte der bildenden Kunst im 20. Jahrhundert³ (1975).

Tibolt/Zerbes in *Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2007).

Tietze, Zur Psychologie und Ästhetik der Kunstfälschung, Zeitschrift für Ästhetik und Allgemeine Kunstwissenschaft 1933/27, 209.

Tonninger in *Kucsko*, Urheber.recht (2008).

Vasari, Lebensbeschreibungen IV.

Vinck in *Fromm/Nordemann*, Urheberrechtskommentar⁹ (1998).

Völkl, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationspflicht, ÖJZ 2006/8, 97.

Wald, Die Malkunst. Betrachtung zum künstlerischen Ansatz und zur Technik, in Vermeer, Die Malkunst – Spurensicherung an einem Meisterwerk, Ausstellungskatalog KHM Wien (2010).

Walter, in *Reichel* (Hrsg), Original und Fälschung im Spannungsfeld von Persönlichkeitsschutz, Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht (2007).

Walter OGH 10. 12. 1985, 4 Ob 387/85 MR 1986/2, 20.

Walter, OLG Wien 27. 11. 1985, 22 Bs 443/85, MR 1986/3, 15.

Walter, OGH 29. 9. 1987, 4 Ob 362/87, MR 1988, 18

Walter, OGH 15. 11. 1988, 4 Ob 66/88 MR 1989, 99.

Walter, OGH 23. 10. 1990, 4 Ob 136/90 MR 1991, 22.
Walter, OGH 15. 1. 1991, 4 Ob 168/90, MR 1991, 109.
Walter, OGH 10. 7. 1990, 4 Ob 62/90, MR 1991, 156.
Walter, OGH 5.11.1992, 4 Ob 95/91, MR 1992, 27.
Walter, OGH 7. 4. 1992, 4 Ob 13/92 MR 1992, 238.
Walter, OLG Innsbruck 31. 3. 1992, 1 R 281/92, MR 1993, 20.
Walter, OGH 31. 5. 1994, 4 Ob 19/94, MR 1994, 165.
Walter, OGH 12. 8. 1996, 4 Ob 2161/96i MR 1997, 33
Walter, OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p MR 1998, 194.
Walter OGH 10. 11. 1998, 4 Ob 281/98 x, MR 1998, 345.
Walter, OLG Linz 15. 3. 2000, 7 Bs 13/00, MR 2000, 100.
Walter, OGH 12. 4. 2000, 4 Ob 26/00b MR 2000, 313.
Walter, OGH 29. 1. 2002, 4 Ob 266/01 y, MR 2003, 44.
Walter, OGH 17.12.2002, 4 Ob 274/02 a, MR 2003, 162.
Walter, OGH 21. 10. 2003, 4 Ob 203/03 m, MR 2004, 204.
Walter, OGH 12. 7. 2005, 4 Ob 45/05d MR 2005, 379.
Walter, OGH 24.1.2006, 4 Ob 211/05s, MR 2006, 147.
Walter, OGH 15.9.2005, 4 Ob 70/05f, MR 2006, 24.
Walter, Österreichisches Materielles Urheberrecht, Leistungsschutzrecht, Urhebertvertragsrecht (2008).
Walter, Urheberrechtsgesetz 2006 (2007).
Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000).
Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983).
Welser, Rechtsgrundlagen des Anlegerschutzes, ecolex 1995, 79.
Westermann, Von Rembrandt zu Vermeer (1996).
Wild in Schricker, Urheberrechtskommentar³ (2006).
Wilhelm, Kunstkauf mit kleinen Fehlern, ecolex 1997, 409.
Wilhelm, Unrichtiges Gutachten – Haftung gegenüber Dritten, ecolex, 1991, 87.
Wiltschek (Hrsg), UWG-Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷ (2003).
Wolf, Im Zweifel bin ich gegen das Bild, *Parnass*, „Original und Kopie“, 1991/Sonderheft 7, 10.
Wölfflin, Das Erklären von Kunstwerken (1940).

Woratsch, SV 1991/1, 5.

Würtenberger, Kampf gegen das Kunstfälschertum (1970, unveränderte Auflage von 1940).

Young, Gedanken über die Originalwerke in einem Schreiben an Samuel Richardson (1910) 9.

Zemen, Kunstauktion und Laesio enormis, ÖJZ 1997, 213.

Zemen, Kunstkauf und Laesio enormis, ÖJZ 1989, 589.

Kronen Zeitung vom 9. 5. 2010, 8.

FORMAT, Kunstguide 2010, Nr 18/2010, 18.

Rechtsprechungsverzeichnis

OGH 31. 1. 1950, 2 Os 735/49
OGH 31. 1.1950, 2 Os 735/49
OGH 26. 10. 1951, 5 Os 814/51
OGH 20. 5. 1953, 3 Ob 301/53
OGH 11. 4. 1958, 1 Ob 154/58
OGH 29. 7. 1959, 8 Os 101/59
OGH 23. 10. 1962, 11 Os 150/62
OGH 22. 9. 1966, 9 Os 75/66
LG Wien 31. 3. 1971 43 R 71/71
OGH 25. 9. 1973, 4 Ob 328, 329/73
OGH 23. 3. 1976, 5 Ob 536/76
OGH 15. 6. 1976, 4 Ob 343/76
OGH 17. 5. 1977, 4 Ob 344/77
OLG Wien 14. 3. 1978, 5 R 30/78
OGH 28. 1. 1981, 1 Ob 775/80
OGH 8. 10. 1981, 3 Ob 109/81
OGH 16. 2. 1982, 4 Ob 406/81
OGH 2. 3. 1982, 4 Ob 427, 428/81
OGH 16. 3. 1982, 4 Ob 434/81
OGH 12. 9. 1984, 3 Ob 80/84
VfGH 12.3.1985, B 44/84
OLG Wien 27. 11. 1985, 22 Bs 443/85
OGH 10. 12. 1985, 4 Ob 387/85
OGH 1. 7. 1986, 4 Ob 353/86
OLG Wien 23. 9. 1986, EvBl 1987/83
OGH 14. 10. 1986, 4 Ob 276/86
OGH 29. 9. 1987, 4 Ob 362/87
OGH 11. 10. 1988, 4 Ob 66/88
OGH 15. 11. 1988, 4 Ob 76/88

LG Wien 1. 12. 1988, 44 R 1070/88
VfGH 16.6.1988, G97/88; G98/88; G99/88; G100/88
OGH 26. 4. 1989, 1 Ob 52
BGH 8. 6.1989, I ZR 135/87
OGH 7. 9. 1989, 8 Ob 651/89
OLG Wien 21. 9. 1989, 2 R 172/89
OGH 15. 11. 1989, 4 Ob 76/88
OGH 21. 11. 1989, 4 Ob 133/89
OGH 10. 7. 1990, 4 Ob 62/90
OGH 12. 7. 1990, 5 Ob 592/90
OGH 23. 10. 1990, 4 Ob 136/90
BGH 11. 3.1991, I ZR 264/91
OGH 17.9.1991, 11 Os 86/91
OGH 15. 1. 1991, 4 Ob 168/90
OGH 26. 6. 1991, 1 Ob 11/91
OGH 5. 11. 1991, 4 Ob 95/91
OGH 17. 12. 1991, 11 Os 125/91
OLG Innsbruck 31. 3. 1992, 1 R 281/92
OGH 7. 4. 1992, 4 Ob 13/92
OGH 7. 4. 1992, 4 Ob 36/92
OGH 16. 6. 1992, 4 Ob 3/92
OGH 22. 10. 1992, 1 Ob 35/92
OGH 20. 11.1992, 11 Os 87/90
OGH 8. 3. 1994, 4 Ob 16/94
OGH 31. 5. 1994, 4 Ob 19/94
EGMR 20. 9. 1994, A/295-A
OGH 8. 11.1994, 14 Os 132/94
OGH 6. 12. 1994, 4 Ob 1131/94
OGH 27. 1. 1995, 1 Ob 626/94
OGH 7. 3. 1995, 4 Ob 10/95
OGH 13. 3. 1995, 3 Ob 27/95
OGH 14. 5. 1996, 4 Ob 2085/96 p

OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2059/96
OGH 12. 8. 1996, 4 Ob 2161/96 i
OGH 20. 11. 1996, 7 Ob 513/96
OGH 11. 2. 1997, 4 Ob 17/97 x
OGH 9. 12. 1997, 4 Ob 311/97 g
OLG Wien 4. 2. 1998, 23 Bs 37/98
OLG Wien 26. 3. 1998, 1 R 31/98 f
OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98 p
OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 127/98 z
OLG Innsbruck 5. 8. 1998, 6 Bs 296/98
OGH 10. 11. 1998, 4 Ob 281/98 x
OGH 24. 11. 1998, 4 Ob 292/98 i
OGH 22.4.1999, 15 Os 22/99
OGH 27. 4. 1999, 4 Ob 71/99 s
OGH 15. 9. 1999, 3 Ob 51/98 s
OGH 23. 11. 1999, 4 Ob 262/99 d
OLG Linz 15. 3. 2000, 7 Bs 13/00
OGH 12. 4. 2000, 4 Ob 26/00 b
OGH 4. 7. 2000, 4 Ob 173/00 w
OGH 18. 7. 2000, 4 Ob 172/00 y
OGH 5. 9. 2000, 5 Ob 18/00 h
OGH 24. 4. 2001, 4 Ob 81/01 t
OGH 24. 4. 2001, 4 Ob 93/01 g
OGH 24. 4. 2001, 4 Ob 94/01 d
LG Salzburg 4.7.2001, 21 R 31/01 g
OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 176/01 p
OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 179/01 d
OGH 26.9.2001, 13 Os 34/01
OGH 13. 11. 2001, 4 Ob 239/01 b
OGH 13. 11. 2001, 4 Ob 263/01 g
OGH 27. 11. 2001, 4 Ob 273/01 b
OGH 27. 11. 2001, 5 Ob 262/01 t

OGH 29. 1. 2002, 4 Ob 266/01 y
OGH 21. 2. 2002, 6 Ob 81/01 g
OGH 7. 5.2002, 7 Ob 53/02 y
OGH 28. 5. 2002, 4 Ob 65/02 s
OGH 2. 7. 2002, 4 Ob 136/02 g
LG Wien 21.8.2002, 43 R 479/02 b
OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 229/02 h
OGH 17. 12. 2002, 4 Ob 274/02 a
OLG Wien 17.1.2003, 12 R 134/02 t
OLG Wien 19.3.2003, 8 RS 55/03
OGH 19. 8. 2003, 4 Ob 120/03 f
OGH 21. 10. 2003, 4 Ob 203/03 m
OGH 23. 10.2003, 12 Os 75/03
OGH 18. 11. 2003, 4 Ob 209/03 v
OGH 16. 12. 2003, 4 Ob 221/03 h
OGH 14. 1.2004, 13 Os 170/03
OGH 16. 4. 2004, 1 Ob 38/04 a
OGH 28. 9. 2004, 4 Ob 184/04 v
OGH 24. 11. 2004, 3 Ob 43/04 a
OGH 21. 12. 2004, 4 Ob 201/04 v
OGH 15. 3. 2005, 5 Ob 38/05 g
OGH 12. 7. 2005, 4 Ob 45/05 d
OGH 15. 9. 2005, 4 Ob 70/05 f
OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 30/05 s
OGH 20. 10. 2005, 3 Ob 67/05 g
OGH 30. 10. 2005, 5 Ob 129/05 i
OGH 24. 1. 2006, 4 Ob 211/05 s
OGH 20. 6. 2006, 4 Ob 98/06 z
OGH 17. 10. 2006, 4 Ob 176/06 w
OGH 30. 11. 2006, 3 Ob 159/06 p
OGH 21. 12. 2006, 3 Ob 259/06 v
OGH 27. 3. 2007, 1 Ob 241/06 g

OGH 5. 6. 2007, 10 Ob 67/06 k
OGH 10. 7. 2007, 4 Ob 103/07 m
OLG Wien 7. 5. 2008, 22 Bs 103/08 w
OLG Wien 16. 7. 2008, 22 Bs 96/08 s
OLG Linz 2. 10. 2008, 9 Bs 312/08 h
OGH 28. 1. 2009, 4 Ob 128/08 i
OGH 28. 1. 2009, 10 Ob 70/07 b
OGH 1. 4. 2009, 9 Ob 66/08 h
OGH 16. 4. 2009, 2 Ob 137/08 y
OGH 16. 11. 2009, 9 Ob 13/09 s
EuGH 15. 4. 2010, C-518/08

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblätter der Europäischen Union
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACTA	Anti Counterfeiting Trade Agreement
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblätter
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilrechtsachen (dt)
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt
dUrhG	deutsches Urheberrechtgesetz
E	Entscheidung
EFSIlg	Sammlung ehe- und familienrechtlicher Entscheidungen
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EO	Exekutionsordnung
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen; in: Österreichische Juristen-Zeitung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f	folgend, -e, -es
ff	und die folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GP	Gesetzgebungsperiode
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (dt)
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil
HK-UrhR	Handkommentar Urheberrecht
Hrsg	Herausgeber
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen, herausgegeben von Stanzl, Friedl, Steiner, fortgeführt von Jarbornegg
idR	in der Regel
Infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
iVm	in Verbindung mit
JB1	Juristische Blätter
JN	Juristiktionsnorm
JSt	Journal für Strafrecht
JUS	Jus extra, Beilage zur Wiener Zeitung
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
LG	Landesgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MietSlg	mietrechtlicher Entscheidungen
MR	Medien und Recht
mwN	mit weiteren Nennungen
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift (dt)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (dt)
NZ	Österreichische Notariats Zeitung
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖBL-LS	Österreichische Blätter-Leitsatz

OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖJZ-LSK	Österreichische Juristenzeitung-Leitsatzkartei
OLG	Oberlandesgericht
ÖSGRUM	Österreichische Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht
RBÜ	Revidiertes Berner Übereinkommen zum Schutz von Werken der Literatur und der Kunst
RdW	Recht der Wirtschaft
RfR	Rundfunkrecht
RL	Richtlinie
RN	Randnummer
RZ	Randziffer
SDG	Sachverständigen- und Dolmetschergesetz
sog	sogenannt, -e, -es, -er
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz
stopp	Strafprozessordnung
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern
TRIPS	Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des Geistigen Eigentums/ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UrhG	Urheberrechtsgesetz
usw	und so weiter
uvam	und viele andere mehr
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v	vom/von
VerwGesG	Verwertungsgesellschaftengesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof

VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes, Neue Folge (1921-1933, 1946 ff)
vgl/Vgl	vergleiche/Vergleich
Vorbem	Vorbemerkungen
VStRDS-RL	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums
wbl	wirtschaftliche blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WCT	World Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WK-StPO	Wiener Kommentar zur StPO
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
WUA	Welturheberrechtsabkommen
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:

http://www.linz09.at/fm/4972/Serge%20Spitzer_Untitled_c_Otto%20Saxinger_p_k.jpg

Abbildung 2:

<http://picses.eu/domain/dimpost.wordpress.com/>

Ich habe mich bemüht, sämtliche Inhaber der Bildrechte ausfindig zu machen und ihre Zustimmung zur Verwendung der Bilder in dieser Arbeit eingeholt. Sollte dennoch eine Urheberrechtsverletzung bekannt werden, ersuche ich um Meldung bei mir.

LEBENS LAUF

Name: Gabriele HÄRTH
Geburtsdaten: 29. April 1980 in Wien
Staatsbürgerschaft: Österreich
Familienstand: ledig

Ausbildung:

10/1998-03/2005: Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
Magistra der Rechtswissenschaften (Mag.iur.)
Schwerpunktausbildung: Kunst- und Kulturrecht

10/1998-04/2004: Studium der Kunstgeschichte an der Universität Wien
Magistra der Philosophie (Mag.phil.) (mit Auszeichnung)
Thema der Diplomarbeit: „Kelch und Patene der Erzabtei von St. Peter in Salzburg“
Schwerpunktausbildung:
Ausstellungsplanung/Management

seit 07/2005: Dissertation zum Thema „Original und Fälschung“

Praktika und Berufserfahrung:

Seit 10/2008 **RAA, Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH**
Schwerpunkte: Arbeitsrecht, Zivilrecht, Kulturrecht

08/2006-08/2008 **RAA, Fiebinger Polak Leon und Partner Rechtsanwälte GmbH,**
Schwerpunkte: Immaterialgüterrecht, Medienrecht, Zivilrecht, Zivilverfahren, Arbeitsrecht, Liegenschaftsrecht

Seit 04/2008 **Vortragende, Donau-Universität Krems,**
Lehrgang Gartentherapie, Lehrveranstaltung:
„Arbeitsrechtliche Grundlagen“

03/2006-07/2006 **Gerichtspraxis, Landesgericht für Zivilrechtsachen Wien**

02/2006-03/2006: **Gerichtspraxis, Bezirksgericht Fünfhaus**

- 10/2005-12/2005:* **Projektmanagement, hasenlechner – baur artconsult GmbH,**
(Projekte: „Light up!“- Wettbewerb zur Weihnachtsbeleuchtung der Wiener Einkaufsstrassen, „Move On!“- Kreativ-Wirtschafts-symposium, „Blickfang“, „viennaartweek `06“)
- 07/2005-09/2005:* **Gerichtspraxis, Bezirksgericht Fünfhaus**
- 03/2005-04/2005:* **Fundraising/Sponsoring, Symposium „Metapher Vietnam“**
(Fotoausstellung, Buchpublikation, internationales Symposium und Internetprojekt anlässlich des 30jährigen Endes des Vietnamkrieges), Übersetzungstätigkeit für den vietnamesischen Botschafter während des Symposiums (Englisch)
- 01/2005-01/2005:* **Produktion/Kuratorin Ausstellung „Ida Maly“,**
Österreichisches Kulturforum Washington D.C.
- 04/2004-06/2004:* **Praktikum, Österreichischen Botschaft Washington D.C.,**
politische Abteilung und Kulturforum
- 07/2003-08/2003:* **Praktikum, Kunsthalle Wien,**
Produktion, Kataloggestaltung und weiteren Tätigkeiten im Aufgabenfeld eines Kurators; Vorbereitung der Ausstellung „Virtual Frame“ (Arbeitstitel) für das Mobilfunkunternehmen Hutchison
- 10/2002-03/2003:* **Tutorin, Institut für Kunstgeschichte der Universität Wien,**
Tutorium zur Vorlesung Zyklus 1 (Abendländische Kunst von den Anfängen des Christentums bis zum Hochmittelalter)
- 03/2002-09/2002:* **Mitarbeit am Forschungsprojekt zur digitalen Erfassung des Wiener Stephansdoms** (gefördert von der EU, in Zusammenarbeit mit den Dombauhütten in Urbino und Regensburg)
- 07/2002-08/2002:* **Praktikum, Rechtsanwaltskanzlei Koller und Schreiber,**
Exekutionsrecht, Insolvenzrecht und allgemeines Zivilrecht
- 08/2001-08/2001:* **Praktikum, AXA Nordstern Colonia Versicherung,**
Abteilung für Kunstversicherung und Transportwesen (Erfassung von Privatsammlungen und Wertschätzung)

- 07/2000-08/2000: **Praktikum, Österreichischen Siedlungswerks,**
Rechtsabteilung (Vertragsgestaltung; Beiträge zur
Zeitschrift des ÖSW)
- 09/1998-06/2005: **Tanzlehrerin, Eventkonzeption/Eventmanagement,**
Tanzschule Bierbach
- 07/1995-09/1999: **Führungen, Pfarre St. Michael,**
Führungen durch die Ausstellung „Künstlerpfarre St.
Michael“ und der Krypta (Deutsch und Englisch)

Sprachkenntnisse:

Englisch	(sehr gut)
Französisch	(Grundkenntnisse)
Italienisch	(Grundkenntnisse)

Publikationen:

Härth, Wie sicher ist der Kunsthandel?, DORDA BRUGGER JORDIS-Newsletter,
2010, 1 und Der Standard, 18.1.2010.

Angermair/Härth, Nichtraucherchutz: Stechuhr gegen Rauchpausen, Die Presse,
27.3.2010.

Angermair/Härth, Der “Nichtraucherbetrieb” – Wunschtraum oder Realität?,
PRVAnews, 2010, Jänner.

Angermair/Härth, Arbeitszeitflexibilisierung: Alternativen zum Mitarbeiterabbau,
DORDA BRUGGER JORDIS-Newsletter, 2009, 4.

Angermair/Härth, Rückforderung von Ausbildungskosten, DORDA BRUGGER
JORDIS-Newsletter, 2009, 3.

Angermair/Härth, Flexible Arbeitszeit als Sparmodell, Der Standard, 18.11.2009

Angermair/Härth, Ablehnung per Telefon: "...weil ich ein Mädchen bin?",
Wirtschaftsblatt, 25.6.2009.

Angermair/Härth, Wenn die Konkurrenz von der Ausbildung Ihrer Ex-Mitarbeiter
profitiert, PRVAnews, 2009, Juni.

Abstract

Im Gegensatz zu Früher sind Kunstfälschungen heute kein Tabuthema mehr, sondern entwickeln sich zunehmend zu einem anerkannten Bestandteil der Kunst- und Alltagswelt. Dies liegt an einem grundlegenden philosophisch-kunsthistorischen Wertewandel, welcher sich schrittweise ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts vollzog. Während Fälschungen früher als moralisch verwerflich angesehen wurden, machten Kunstströmungen wie „Fake“ oder „Appropriation Art“ Fälschungen salonfähig.⁷⁵¹ Döhmer bringt diese Entwicklung seit den 1970er-Jahren zutreffend auf den Punkt: *„Kunstfälschung bedient sich legitimer, künstlerischer Methoden unter Veränderung ihrer Zielsetzung. Sie ist damit keine objektiv-materiale, sondern eine subjektivintentionale Kategorie.“*⁷⁵² Fälschungen werden somit nicht mehr aufgrund ihrer „geringen“ schöpferischen Leistung als Bedrohung der Kunst betrachtet, sondern – insbesondere durch die wegbereitenden Arbeiten der Appropriation Art-Künstler – als Statement zur Gesellschaft und akzeptierter Teil des Kunstmarktes gesehen.⁷⁵³

Dessen ungeachtet steht das Original im Kunsthandel immer noch im Vordergrund. Dies liegt meines Erachtens primär daran, dass Kunstwerke aufgrund ihres stabilen Wertes zu einem immer wichtigeren Anlageobjekt geworden sind und nur das Original die von den Käufern gewünschte Wertsicherheit bieten kann.⁷⁵⁴

Aber wie bestimmt man, ob es sich bei einem Kunstwerk um ein Original oder doch nur eine gute Fälschung handelt? Bis vor kurzem konnten weder Kunsthistoriker noch Jurist diese Frage anhand von objektiven Kriterien abschließend beantworten. Erst durch die Einführung der Original-Definition in § 16 b Abs 2 UrhG⁷⁵⁵ durch die

⁷⁵¹ Siehe Kapitel II.2.2.1 und II.4.2.

⁷⁵² Döhmer, Zur Soziologie der Kunstfälschung, Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft, 1978/21, 76 (77, 82).

⁷⁵³ Ferretti, Fälschungen und künstlerische Tradition, in Sauerländer (Hrsg), Die Geschichte der italienischen Kunst (1987) 236.

⁷⁵⁴ Siehe Kapitel V.

⁷⁵⁵ § 16 b Abs 2 UrhG: „Als Originale im Sinn des Abs. 1 gelten Werkstücke, (1.) die vom Urheber selbst geschaffen worden sind, (2.) die vom Urheber selbst oder unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt und in der Regel nummeriert sowie vom Urheber signiert oder auf andere geeignete Weise autorisiert worden sind, (3.) die sonst als Originale angesehen werden.“

Urheberrechtsnovelle 2006⁷⁵⁶ wurden in das österreichische Recht Tatbestandsmerkmale eingeführt, welche dem Juristen eine klare Abgrenzung von Original und Fälschung ermöglichen sollten. Die Definition des § 16 b Abs 2 UrhG wird auch den Bedürfnissen von Künstlern und Kunsthistorikern gerecht, da sie durch ihre offene Formulierung der stetigen Entwicklung in der Kunst Rechnung trägt, keine WerkGattungen ausschließt und auch das durch die Signatur des Künstlers manifestierte Band zwischen Schöpfer und Werk umfasst.⁷⁵⁷

Gerade dieses „unsichtbare“ Band zwischen dem Schöpfer und seinem Werk ist es, dass durch das Auftreten von Fälschungen gestört wird und den Urheber zur Durchsetzung von zivil- und strafrechtlicher Ansprüche berechtigt. Während die zivilrechtlichen Mittel vielfältig, aber meist schwierig und langwierig durchzusetzen sind, war die strafrechtliche „Verteidigung“ des Originals bis zur Strafprozessnovelle 2008⁷⁵⁸ eine effektive Waffe gegen Kunstfälscher und ihre Mittäter. Durch den Wegfall der Privatanklage gegen Unbekannte wurde diese Waffe des Originalurhebers jedoch leider entschärft. Ob diese für den Urheber unbefriedigende Situation durch die Umsetzung der VStRDS-RL⁷⁵⁹ verbessert werden kann, die eine Umstellung des § 91 UrhG von einem Privatanklagedelikt auf ein Offizialdelikt vorsieht, wird sich zeigen.⁷⁶⁰ Dies wäre meines Erachtens sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen zu begrüßen.

Kommt es zu einem Zivilverfahren, so steht die Frage der Authentizität im Vordergrund. Diese muss in der Regel mit Hilfe eines Kunstsachverständigen beantwortet werden. Dabei muss sich der Jurist bewußt sein, dass im Bereich der Kunstsachverständigen eine stärkere Pluralität an Ausbildungen und Spezialisierungen herrscht als in anderen Fachgebieten.⁷⁶¹ Dieser Umstand führt jedoch zu keinem Rechtsschutzdefizit, sondern spiegelt die vielfältigen Methoden von

⁷⁵⁶ BGBl I 2006/22.

⁷⁵⁷ Siehe Kapitel: II.1.2.3.

⁷⁵⁸ BGBl I 2004/19; in der Folge „Strafprozessnovelle“.

⁷⁵⁹ Aus der Begründung des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (von der Kommission vorgelegt), Brüssel, den 26. 4. 2006, KOM (2006) 168 endgültig, 2005/0127 (COD):

⁷⁶⁰ Kapitel: III.3.7.9.

⁷⁶¹ Kapitel IV.1.3.

Kunstsachverständigen wieder, die neben geisteswissenschaftlichen Analysen auch naturwissenschaftliche Methoden umfassen. Trotz der Quantität der zur Verfügung stehenden Analyseformen muss allen Verfahrensbeteiligten klar sein, dass der Sachverständige in vielen Fällen keine hundertprozentig eindeutige Antwort liefern kann.

Aufgrund der zahlreichen zur Wahl stehenden Analyseformen ist der Kunstsachverständige nicht davor gefeit, eine falsche Methode zu wählen oder die passende Methode fehlerhaft anzuwenden. In einem dadurch verursachten Schadensfall kann nicht nur der Auftraggeber des Gutachtens Ansprüche gegen den Sachverständigen geltend machen, sondern grundsätzlich auch Dritte, welche im Vertrauen auf das Gutachten nachteilige Dispositionen treffen. Der dogmatische Ansatz des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und jener der objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten des Sachverständigen ermöglichen es auch dem durch ein fehlerhaftes Gutachten geschädigten Dritten, Schadenersatzansprüche direkt gegen den Sachverständigen geltend zu machen. Dass diese Rechtsbehelfe jedoch kein „Universalmittel“ für jeden Fall sind, zeigt der Fall *Unterberger*. Kann weder die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens noch die Kenntnis des Sachverständigen über den Adressatenkreis seines Gutachtens nachgewiesen werden, hat der geschädigte Eigentümer der Fälschung den Schaden selbst zu tragen.

Getäuschten Käufern, die auf eine Kunstfälschung hereingefallen sind, stehen primär die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen Irrtum, List, laesio enormis, Gewährleistung und Schadenersatz zur Verfügung. Darüber hinaus können Ansprüche auch auf eine etwaige vom Verkäufer eingeräumte „Echtheitsgarantie“ gestützt werden. Letztere versprechen oft auf den ersten Blick mehr, als sie bei näherer rechtlicher Prüfung halten. Dennoch verleiten sie viele Käufer dazu, einem Auktionshaus das eine Echtheitsgarantie anbietet, mehr Vertrauen zu schenken als Einzelhändlern oder Händler auf Kunstmessen.

Bei der Durchsetzung seiner Ansprüche hat der Käufer die Spezifika des Kunsthandels zu berücksichtigen.⁷⁶² In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Auktionskataloge hervorzuheben. Die darin verwendeten Objektbeschreibungen sind in aller Regel Grundlage des Angebots des Käufers und werden im Fall des Zuschlags Vertragsbestandteil. Sprachlich sind diese Objektbeschreibungen für Laien oft schwer verständlich und verbergen in einer Art „Geheimsprache“ zahlreiche entscheidende Informationen über die Authentizität des Kunstwerks. Transparenz wird dabei leider all zu oft nicht groß geschrieben.

Obwohl, wie diese Arbeit zeigt, Käufer und Originalurheber umfassende Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Rechte haben, können diese erst geltend gemacht werden, wenn die Fälschung als solche entdeckt wurde. Zahlreiche Fälschungen werden aber erst Jahrzehnte nach deren Erwerb als solche erkannt, sodass rechtliche Schritte gegen Fälscher und Kunsthändler auf Grund der Verjährung der Ansprüche oft nicht mehr möglich sind.

⁷⁶² Kapitel V.1., V.2.5.