

7. Original, Kopie und Fälschung im Recht

Thomas Dreier

I.

Fragen nach dem Original und der Kopie, vor allem aber nach der Fälschung sind moralisch kodiert. Daher ist insoweit nicht zuletzt auch das Recht angesprochen, das neben Erwägungen der Wirtschaftlichkeit und der Praktikabilität zugleich moralische Wertungen aufnimmt, die es in die Form normativer Definitionen und Regelungen überführt. Zugleich zählt „die juristische Bestimmung eines Artefakts und einer Handlungsweise zur ‚Umfangbestimmung‘ des symbolischen Kosmos“,¹ der den Raum zwischen tradierten historischen Begriffen und rationalen Erklärungs- und Systematisierungsmustern überspannt. Das Begriffsfeld von Original, Kopie und Fälschung wäre nur unvollständig umschrieben, würde man nicht auch das Recht mit in den Blick nehmen. Rechtliche Definitionen, Verbote und Gebote geben den Rahmen vor, durch den legitime Handlungsspielräume eingegrenzt werden, und innerhalb dessen das Feld zur Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung der Gesellschaft strukturiert wird. Zugleich entfalten die im Recht enthaltenen Definitionen mehr noch als kunstgeschichtliche oder psychologische Begriffsbestimmungen normative Wirkung. Hinter rechtlichen Sollensbefehlen steht die Macht des staatlichen Normgebers, der das Monopol für sich beansprucht, Verletzungen mit den Mitteln hoheitlichen Zwangs durchsetzen zu dürfen und zu können. Damit kommt rechtlichen Begriffsbestimmungen in gewisser Weise ein höherer „Realitätsgrad“ zu als Begriffsumschreibungen ohne normativen Charakter. Dieses Faktum verleitet jedoch allzu oft zu zwei Missverständnissen, die es aufzuklären gilt, ehe näher auf die Definition und Verwendung der Begriffe Original, Kopie und Fälschung im Recht eingegangen werden soll.

Ein bei juristischen Laien weit verbreitetes Missverständnis besteht zunächst in der Annahme, die Gesetze hielten für jeden Einzelfall eine eindeutige, genau vorherbestimmte Lösung bereit. Gemeinhin wird ange-

1 *Horst Bredekamp*, *Aby Warburg, der Indianer – Berliner Erkundungen einer liberalen Ethnologie*, Berlin 2019, S. 33.

nommen, dass der Gesetzestext auf jede Rechtsfrage eine konkret ausformulierte Antwort bereithält, oder dass sich diese zumindest vergleichbar einer einfachen mathematischen Rechenaufgabe mittels nur weniger logischer Zwischenschritte ermitteln lässt. Diesem Ideal verpflichtet war seinerseits in der Tat das Allgemeine Preußische Landrecht mit seinen über 19.000 Vorschriften. Bereits das 1900 in Kraft getretene, noch heute trotz mehrfacher Modifikationen geltende Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) ist hingegen in erheblichem Umfang abstrakt formuliert. Die Vor- und Nachteile der beiden Ansätze liegen auf der Hand. Im einen Fall ist die Konkretheit um den Preis der Unübersichtlichkeit und geringeren systematischen Geschlossenheit der Gesetzesnormen erkauft. Im anderen Fall ist es erschwert, die rechtliche Antwort im konkreten Einzelfall aus den abstrakten Normen abzuleiten.

Das zweite Missverständnis ist eines der Juristen, die nicht selten die Vorstellung haben, der gesamte Raum des realen sozialen Lebens sei rechtlich überformt. Nach dieser Vorstellung erscheinen alle menschlichen Handlungen, die nicht rein selbstbezüglich sind oder lediglich der Sozial-sphäre zuzurechnen sind, wie auch die Beziehungen der Rechtssubjekte zur Umwelt vom Recht auf die ein oder andere Weise abgebildet. Die normativen Festlegungen werden folglich nicht selten als letztgültige Beschreibungen ontologischer Zusammenhänge aufgefasst. Diese Vorstellung der normativen Allzuständigkeit und Definitionsmacht des Rechts ist insbesondere im kontinental-europäischen Rechtskreis verbreitet. Vor allem im deutschsprachigen Sprachraum ist es ein nahezu juristischer Glaubenssatz, dass das Recht für alle lebensweltlichen Konfliktlagen eine Lösung bereithalte und sich alle Beziehungen zwischen Subjekten und Objekten mittels rechtlicher Normen umschreiben lassen. Für außerrechtliche Begriffsbestimmungen verbleibt danach nur wenig Raum.² Diese Vorstellung geht maßgeblich auf die vom österreichischen Rechtswissenschaftler Hans Kelsen propagierte Vorstellung zurück, dass sich das gesamte Rechtsgefüge von einer hypothetischen Grundnorm auf deduktive Weise als immer feiner ausdifferenzierte Pyramide von Normsätzen erzeugen ließe.³ Ein anderes Verständnis herrscht dagegen im anglo-amerikanischen Raum. Dort wird das Recht prinzipiell vom Einzelfall her

2 Überdies ist das Recht nur an einem Teil der Kommunikationen zwischen den einzelnen gesellschaftlichen Subsystemen wie insbesondere Markt, Technik und Sozialnormen beteiligt; s. *Thomas Dreier*, *Bild und Recht*, Baden-Baden 2019, S. 53 f.

3 *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig/Wien 1934. – Bei der Grundnorm handelt es sich um eine transzendentallogische Voraussetzung ohne Inhalt, deren Funktion es ist, den ansonsten

gedacht und allgemeine Rechtssätze – von ausformulierten Kodifikationen abgesehen – wenn überhaupt, nur induktiv erschlossen. Nach dieser Herangehensweise bleiben Lücken bestehen, für die das jeweilige Recht erst durch eine Entscheidung gefunden und ausformuliert wird, anstatt wie nach dem Verständnis der kontinentaleuropäischen Rechtssysteme durch die bereits verabschiedeten Rechtsnormen vorbestimmt zu sein.

Umgekehrt sind bei der nach Niklas Luhmann autopoietisch geschlossenen Konstruktion von Rechtssätzen und Gerichtsentscheidungen die rechtlichen Normen und Begriffe der unhintergehbare Horizont des Rechtssystems. Deren argumentatives Hintergehen ist danach jedenfalls im rechtlichen Normengefüge per definitionem ausgeschlossen. Die rechtliche Bewertung von Sachverhalten kann und muss sich aus der Binnenperspektive des Rechts demnach nicht mit der Kontingenz der Perspektiven nicht-rechtlicher Beschreibungen und Definitionen auseinandersetzen. Zugleich erscheint das dem Ideal der Widerspruchslosigkeit verpflichtete kontinental-europäische Rechtssystem als „einheitssüchtige Theorie“.⁴ Recht, so Luhmann, ist danach nicht in der Lage, Widersprüche als solche auszuhalten und ihnen im rechtlichen System einen festen Platz zuzuweisen. Stattdessen hat das Rechtssystem in Form der Auslegungsmethoden eine Reihe von methodischen Instrumentarien entwickelt, die mittels hermeneutischer, historischer, semantischer und teleologischer, d.h. zweckbezogener Argumente dazu angetan ist, Widersprüche zu entschärfen und das Rechtssystem in seiner Gesamtheit von Widersprüchen nach Möglichkeit freizuhalten. Das erklärt zum einen die große Bedeutung der sogenannten „Abwägung“ im Konflikt stehender Interessen vor allem im Bereich des Verfassungsrechts und der Grundrechte, wie sie etwa bei der rechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit von Kopien von Personenbildnissen zum Tragen kommt. Zum anderen folgt aus der Methodenvielfalt der Auslegung, dass ein und derselbe Rechtsfall bzw. ein und dieselbe Rechtsfrage durchaus unterschiedlichen, konkurrierenden rechtlichen Antworten zugänglich sein kann, je nachdem, von welchen Prämissen ausgegangen oder welche Auslegungsmethode angewandt wird.

infiniten Regress zu beenden und das Rechtssystem einer Geschlossenheit zuzuführen. Weiteres Merkmal der reinen Rechtslehre Kelsens ist die strikte Trennung von Sein und Sollen, die zu einer Betonung des positiven Rechts und einer Ausklammerung eines „Natur“rechts führt.

4 Niklas Luhmann, Autopoiesis als soziologischer Begriff, in: Hans Haferkamp/ Michael Schmid, Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung, Frankfurt am Main 1987, S. 320.

Vergleichbares gilt für begriffliche Definition. Zwar legt das Ideal der Einheit der Rechtsordnung eine einheitliche Begriffsverwendung im Recht über die Grenzen einzelner Rechtsgebiete hinweg nahe, notwendig ist das jedoch nicht. Je nach Ziel und Zweck der einzelnen Gesetze kann ein und demselben Begriff im jeweiligen Gesetzeszusammenhang durchaus ein jeweils abweichender Inhalt zukommen. Zugleich weist das Rechtssystem als ein gesellschaftliches Subsystem durchaus Öffnungen zu anderen gesellschaftlichen Subsystemen auf, für die hier interessierenden Fragen also zur Kunst der Gesellschaft. Mitunter entlehnt das Recht Begriffe aus dem Bereich der Kunst – wie den Originalbegriff für das sogenannte Folgerecht der bildenden Künstler – für seine eigenen Zwecke und integriert sie ohne eigenständige Änderung in den eigenen Systemzusammenhang. Dadurch lösen sie sich zugleich von ihrem ursprünglichen Herkunftsort und vermögen in ihrer Verwendung im rechtlichen Zusammenhang mitunter durchaus eigenständige Bedeutung anzunehmen. Dem soll in den folgenden Abschnitten für die wichtigsten Begriffe des Feldes von Original, Kopie und Fälschung näher nachgegangen werden.

II.

Wendet man sich nun den Begriffsdefinitionen und deren Vorkommen im Recht zu, so ist zunächst innerhalb des Rechts die systematische Binnendifferenzierung zwischen Strafrecht und Zivilrecht von Bedeutung und innerhalb des Zivilrechts weiterhin diejenige zwischen Vertragsrecht und Urheberrecht. Dem Strafrecht geht es vornehmlich darum, mittels der Strafandrohung für bestimmte als besonders sozialschädlich eingestufte Handlungen das Allgemeininteresse general- wie spezialpräventiv vor gravierenden Störungen zu bewahren und diejenigen zu bestrafen, die den Strafnormen zuwiderhandeln. Das Zivilrecht zielt dagegen auf einen Ausgleich wirtschaftlicher Interessen und eine Verteilung des wirtschaftlichen Risikos zwischen den am Rechtsverkehr teilnehmenden privatautonom handelnden Akteure ab. Das dem Zivilrecht zuzurechnende Urheberrecht wiederum regelt die den Urhebern zukommenden Rechte an ihren Werkschöpfungen in Abwägung mit den Interessen der Werknutzer und der Allgemeinheit auf Zugang zu fremdem geistigem Schaffen. Hinzu kommen weitere Rechtsgebiete, die weniger im Fokus der allgemeinen Aufmerksamkeit stehen, wie das Zoll- und das Steuerrecht. Überwölbt werden sämtliche Rechtsgebiete vom verfassungsrechtlich garantierten Grundrechtsschutz, dem bei der Lösung einer zunehmenden Zahl von Fällen entscheidende Bedeutung zukommt.

Strafrecht

Nimmt man im Hinblick auf Original, Kopie und vor allem die Fälschung zunächst den strafrechtlichen Normenbestand in den Blick, so überrascht, dass das Strafrecht keinen eigenständigen Straftatbestand der Kunstfälschung bereithält. Es kennt kein Schutzgut der Reinhaltung des Gesamtbestands künstlerischer Werke eines Künstlers und auch keines der Unverfälschtheit des kollektiven Gedächtnisses in Bezug auf Kunstwerke. An der durch die Kunstfälschung verursachten Störung als solcher zeigt sich das Strafrecht also gar nicht interessiert. Abgehandelt werden Kunstfälschungen vielmehr vor allem im Rahmen der übergeordneten und nicht auf Kunstfälschungen beschränkten Delikte der Urkundenfälschung und insbesondere des Betrugs.

Eine Urkundenfälschung begeht nach der Formulierung des deutschen Strafgesetzbuches, „wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht.“ Hinzu kommt die Urkundenunterdrückung, die begeht, wer „eine Urkunde oder eine technische Aufzeichnung, welche ihm entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört, in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt“.⁵

Da die Artefakte, die gefälscht werden, meist dem Fälscher gehören, spielt die Urkundenunterdrückung bei der Bekämpfung des Kunstfälschertums allerdings kaum eine Rolle. Aber auch das Delikt der Urkundenfälschung ist keinesfalls so umfassend, wie es auf den ersten Blick den Anschein haben mag.⁶ Zum einen ist ein Kunstwerk als solches zunächst noch keine Urkunde. Erst durch die Signatur – also die Anbringung des bürgerlichen Namens, Künstlernamens, einer Abkürzung oder eines identifizierenden Künstlerzeichens – wird es zu einer sogenannten zusammengesetzten Urkunde. Vor allem aber schützt das Delikt der Urkundenfälschung zum anderen nicht die Authentizität des Kunstwerks, sondern diejenige der Unterschrift in Bezug zum fraglichen Werk. Eine unechte Urkunde stellt danach nur her, wer ein eigenes oder fremdes Werk mit einem fremden Namen signiert, nicht hingegen, wer ein fremdes Bild mit seinem eigenen Namen versieht, um wie etwa Corot und auch de Chirico jüngeren Kolleginnen und Kollegen einen Gefallen zu tun. Im letzteren

5 §§ 267 Abs. 1, 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

6 S. dazu *Haimo Schack*, Kunst und Recht, 3. Aufl., Tübingen 2017, S. 32 f., m.w.Nachw.

Fall handelt es sich lediglich um eine nicht strafbare schriftliche Lüge. Zugleich liegt eine strafrechtlich relevante Verfälschung einer echten Urkunde dann vor, wenn eine bestehende Signatur verändert und insbesondere durch eine andere ersetzt wird, so dass der Eindruck erweckt wird, das Bild stamme von einem anderen als dem wahren Urheber, oder wenn die Jahreszahl entfernt wird, um durch Zuordnung zu einer früheren Schaffensperiode eine Wertsteigerung zu erzielen. Eine Verfälschung kann auch dadurch erfolgen, dass zwar die Signatur bestehen bleibt, jedoch das Bild verändert wird. Damit ist zugleich die Frage nach dem Umfang zulässiger Restaurierungsmaßnahmen angesprochen, dem hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden soll. Datiert der Künstler dagegen sein eigenes Werk zurück, so ist auch dies wiederum nur eine straffreie schriftliche Lüge. Die Urkundsdelikte erfassen durch die Strafbarkeit auch des Gebrauchmachens über die eigentlichen Fälscher hinaus zwar auch diejenigen, die mit gefälschten Werken handeln. Dennoch sind vom Strafrecht eben gerade nicht alle Veränderungen erfasst, auf die es der Kunstgeschichte wie dem Kunstmarkt im Hinblick auf die Beglaubigung von Originalen ankommt.

Diese Strafbarkeitslücken beruhen darauf, dass die Urkundsdelikte nur die Echtheit, nicht hingegen auch die Wahrheit des Inhalts von Urkunden garantieren sollen. Mit anderen Worten, es geht nur darum, dass eine Urkunde in dem Sinn authentisch ist, dass sie tatsächlich von demjenigen Aussteller stammt, von dem zu stammen sie vorgibt. Ob die in der Urkunde niedergelegte Aussage wahr ist, spielt für die Frage, ob eine Urkundenfälschung vorliegt, dagegen jedenfalls nach deutschem Recht keine Rolle.

Ergänzend sei noch auf das Urheberstrafrecht hingewiesen. Dieses stellt – allerdings nur bis zum Ablauf von 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers – interessanterweise nicht nur das Anbringen der Unterschrift des behaupteten Urhebers auf der Kopie oder einer Umgestaltung des originalen Werkes unter Strafe, sondern auch die Anbringung der Signatur des wahren Urhebers ohne dessen Einwilligung auf einem von diesem stammenden Original. Gleiches gilt für die Verbreitung eines auf diese Weise bezeichne-

ten Artefakts.⁷ Ebenfalls strafbar ist die rechtswidrige Anfertigung und Verbreitung von Vervielfältigungsstücken.⁸

Da es Fälschern – von naiven Kopisten einmal abgesehen, die möglicherweise tatsächlich angenommen hatten, die bei Ihnen bestellten Kopien würden nicht als Fälschungen in den Handel eingeschleust⁹ – in der Regel auf den ergaunerten Gewinn ankommt, ist in der Praxis zumeist jedoch der Betrugstatbestand erfüllt. Dieser steht bei der Verfolgung von Kunstfälschungen eindeutig im Vordergrund. Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer „in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält“. Bereits der Versuch ist strafbar.¹⁰ Wirken mehrere – also etwa der Fälscher selbst und weitere Mittelsmänner – zusammen, so ist der maximale Strafraum auf zehn Jahre erhöht.¹¹ Sind sich allerdings beide, Verkäufer wie Erwerber einig, dass es sich bei dem verkauften Werk um eine Fälschung handelt, so fehlt es dagegen an der Täuschungsabsicht und der Verkäufer geht berechtigterweise straffrei aus. Auch insoweit besteht also aus der Sicht der Reinhaltung des künstlerischen Werkbestandes eine Strafbarkeitslücke, die allerdings durch die Tatsache gerechtfertigt ist, dass die Freiheit der Nachahmung künstlerischer Vorbilder und sogar deren 1:1-Kopie durchaus berechtigt ist und aufrechterhalten werden soll.

Das Desinteresse des Strafrechts an der Reinhaltung der Kunst als Institution zeigt sich im Weiteren bei der Durchsetzung des staatlichen Strafan-

7 § 107 Nr. 1 und 2 UrhG. – Zu tun hat das damit, dass der Urheber im Rahmen des ihm nach § 13 UrhG zustehenden Namensnennungsrechts auch das Recht hat, nicht als Urheber genannt zu werden. Die Tat wird daher nur auf Antrag verfolgt, sofern die Staatsanwaltschaft nicht ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung erkennt (§ 109 UrhG).

8 § 106 UrhG.

9 Dahingehend hat sich etwa der englische Fälscher John Myatt eingelassen; s. *Laney Salisbury/Aly Sujo*, Provenance – How a Con Man and a Forger Rewrote the History of Modern Art, London 2009, S. 24; auch der deutsche Fälscher Edgar Mrugalla hat in seiner Selbstbiografie behauptet, er habe kopierte und mit falscher Signatur versehene Bilder mit der mündlich geäußerten Warnung verkauft, sie nicht als echt zu verkaufen; *Edgar Mrugalla*, König der Kunstfälscher, Berlin/Frankfurt 1993, S. 121.

10 § 263 Abs. 1 und 2 StGB.

11 § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB. – Einen solchen Fall gewerbsmäßigen Bandenbetrugs hat das LG Köln etwa beim Zusammenwirken von Wolfgang Beltracchi mit seiner Frau Helene und einem weiteren Mittelsmann angenommen.

spruchs. Im Rahmen des strafrechtlichen Gerichtsverfahrens werden keineswegs – wie man meinen könnte – alle Fälschungen aufgearbeitet. Im Gegenteil, Kosten und Zeitaufwand der Feststellung der Fälschung sowie Probleme bei der Ermittlung der subjektiven Täuschungsabsicht zwingen die Staatsanwaltschaft schon aus Gründen der Prozessökonomie dazu, die Anklage auf einige wenige Fälle zu beschränken, bei denen sie die genannten Nachweise möglichst einfach und sicher erbringen kann. So sind etwa im Fall von Wolfgang Beltracchi nur 14 der nach eigenem Bekunden rund 300 von ihm gefälschten Werke Gegenstand der Anklage gewesen. Im Strafprozess geht es eben nicht um die Wahrheitsfindung hinsichtlich aller in Frage kommender Artefakte. Im Vordergrund steht vielmehr die Bestrafung des Täters. Für diese reicht es jedoch aus, dass einige wenige Fälschungen nachgewiesen werden, um das insgesamt angemessene Strafmaß zu begründen. Aus der Sicht der Kunstgeschichte ist diese nicht erfolgte Aufklärung des Fälschungscharakters der übrigen Werke freilich ebenso enttäuschend wie für die Kunstgeschichtsschreibung schädlich. Die unterbliebene Aufklärung bezüglich der im Strafprozess nicht verhandelten Fälschungen fällt aber auch auf den Fälscher selbst zurück. Dieser darf von ihm gefälschte Werke nämlich solange nicht als von ihm gefälscht bezeichnen, wie er nicht beweisen kann, dass er sie tatsächlich gefälscht hat. Andernfalls riskiert er, vom Eigentümer des fraglichen Werkes – der sein zunächst für original gehaltenes Werk nicht als minderwertige Fälschung entlarvt oder auch nur bezeichnet wissen will – kostenpflichtig abgemahnt und schlimmstenfalls wegen sittenwidriger Schädigung verklagt zu werden. Der Nachweis der Fälschung fällt dem Fälscher jedoch umso schwerer, je sorgfältiger er bei der Anfertigung seiner Fälschung vorgegangen ist. So bleibt den Beteiligten des Kunstmarktes nichts anderes übrig als selbst für Aufklärung Sorge zu tragen. Doch bedarf es auch hierzu entsprechender Anreize, verdienen Händler wie Auktionatoren doch mehr am Verkauf für original gehaltenen Werke als am Verkauf erkannter Fälschungen und selbst Werken, denen der bloße Verdacht einer Fälschung anhaftet.

Vertragsrecht

Im Vertragsrecht, das die Beziehungen zwischen Verkäufer und Käufer eines Kaufgegenstandes und mit diesem auch eines Kunstwerks regelt, geht es jedoch ebenfalls nicht explizit darum, ob es sich bei dem Kaufgegenstand um ein Original, eine Kopie oder um eine Fälschung handelt. Stattdessen steht der Begriff des Mangels der Kaufsache im Zentrum der

gesetzlichen Regelung.¹² In seiner Definition spiegelt sich wider, inwieweit das Recht Erwartungshaltungen der am Kauf Beteiligten schützt.¹³ Zugleich enthält die Regelung eine Risikoverteilung für den Fall, dass die Erwartungen des einen oder des anderen Teils der Transaktion nicht erfüllt werden.

Ein Mangel im Sinne der gesetzlichen Regelung liegt dann vor, wenn die Ist-Beschaffenheit einer Sache von deren Soll-Beschaffenheit abweicht. Die Beschaffenheit der Kaufsache wird durch alle relevanten Eigenschaften bestimmt, die der Kaufsache auf Dauer anhaften. Dazu zählt – auch im Hinblick auf die gewöhnliche Verwendung – unbestritten, ob es sich um ein Original oder bloß um eine Kopie oder gar um eine Fälschung handelt. Das Gleiche gilt für die Echtheit der Signatur, die Übereinstimmung mit einem Werkverzeichnis und die Provenienz.¹⁴ Nicht als Eigenschaft angesehen wird dagegen der fluktuierende Marktwert, ist dieser doch nur eine externe Bewertung des Kaufgegenstandes, in die auf Seiten der Käufer häufig deren Affektionsinteresse und bei Spekulationskäufen überdies die nicht der Kaufsache selbst anhaftende Erwartung der Preisentwicklung einfließt.

Da das Kaufrecht die Erwartungshaltungen der am Kauf Beteiligten – also die Antwort auf die Frage, wie denn die verkaufte Sache konkret beschaffen sein soll – nicht objektiv vorschreibt, sondern den Parteien zur Aushandlung überlässt, ist für das Vorliegen eines Mangels im Sinne des Kaufrechts entscheidend, welche Beschaffenheit die Sache nach der Vereinbarung der Parteien haben soll. Wie schon im Strafrecht, gilt auch hier, dass dann, wenn Verkäufer und Käufer übereinstimmend von einer Fälschung ausgehen, es sich nicht um einen Mangel im Sinne der kaufrechtlichen Regelung handelt, so dass insoweit auch keine Ansprüche gegenüber

12 §§ 434 ff. BGB.

13 Das betrifft nach deutschem Recht nur die Erwartung in Bezug auf das Vorliegen eines Originals; nicht geschützt ist hingegen das Vertrauen des Käufers auf die Zuschreibung durch den Verkäufer; *Haimo Schack*, Kunst und Recht (Fn. 6), S. 199.

14 S. dazu und zur Einordnung weiterer Abweichungen sowie zum Folgenden einschließlich der Rechte des Käufers beim Vorliegen eines Mangels, der verschärften Haftung bei arglistigem Verschweigen des Mangels und der diesbezüglichen Verjährungsfristen insgesamt sowie die Haftung des Verkäufers beschränkenden Vereinbarungen und deren Gültigkeit im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen *Haimo Schack*, Kunst und Recht (Fn. 6), S. 194 ff.; *Katharina Garbers-v.Boehm*, Rechtsbeziehungen im Kunstmarkt, in: Klaus Ebling/Winfried Bullinger (Hrsg.), Praxishandbuch Recht der Kunst, München 2019, S. 165 ff.

demjenigen bestehen, der mit der Fälschung handelt.¹⁵ Das gilt ebenso, wenn beide – Verkäufer wie Käufer – über die Echtheit nur spekulieren. Denn auch dann ist die Echtheit gerade nicht vereinbart. Erst soweit die gesollte Beschaffenheit nicht eigens vereinbart worden ist, gilt eine Sache nach dem Gesetz dann als frei von Sachmängeln, wenn sie sich „für die ihr nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet“, oder – lässt sich auch eine solche nicht feststellen – „wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann“.¹⁶ Erwarten darf der Käufer darüber hinaus Eigenschaften, die er „nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann“.¹⁷ Damit sind auch Angaben, die Drucker multipler Werke hinsichtlich der Auflagenhöhe machen,¹⁸ in die kaufrechtliche Haftung ebenso einbezogen wie Angaben seitens der am Verkauf für den Verkäufer beteiligten Kunsthändler und Versteigerer. Damit kommt es letztlich auf die Beschreibung des zum Verkauf anstehenden Werkes insbesondere in Verkaufs- und Versteigerungskatalogen an. Wer als Käufer ein Werk „aus der Werkstatt“ oder „dem Umfeld“ eines bestimmten Künstlers erwirbt, kann sich nicht darauf berufen, dass es sich nicht um ein Original handelt. Das gilt ebenso für ein erheblich unter dem Marktwert angebotenes Werk. Ein Mangel liegt erst dann vor, wenn das Werk in Wahrheit von einem anderen als dem angegebenen Urheber stammt. Ob es sich dabei um eine Fälschung oder lediglich um eine fälschliche Zuschreibung handelt, spielt insoweit keine Rolle. Freilich kann sich der Käufer die Eigenschaft als Original vom Verkäufer

15 Anders liegt der Fall, wenn beide Parteien gutgläubig vom Vorliegen eines Originals oder einer Kopie bzw. einer Fälschung ausgehen, die sich dann als Fälschung oder Kopie bzw. als Original erweist. Hier können die Parteien ihre Willenserklärung gegebenenfalls nach § 119 Abs. 2 BGB wegen Eigenschaftsirrums anfechten, sofern die irrig angenommene verkehrswesentliche Eigenschaft für die Abgabe der Willenserklärung ursächlich gewesen ist; dazu eingehend *Haimo Schack*, Kunst und Recht (Fn. 6), S. 211 ff.

16 § 434 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BGB.

17 § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB. – Das gilt nur dann nicht, wenn der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

18 S. dazu *Felix M. Michl*, Die limitierte Auflage – Rechtsfragen zeitgenössischer Fotokunst, Heidelberg 2016, S. 265 ff. und zum Haftungsanspruch wegen Vertragsverletzung S. 175 ff.

auch explizit zusichern lassen. Erweist sich das erworbene Werk im Nachhinein dann nicht als Original, so haftet der Verkäufer aufgrund seines zuvor abgegebenen Garantieverprechens.

Insgesamt knüpft das Kaufrecht also sowohl im Rahmen der Vereinbarung wie auch der Verwendung vornehmlich an den tatsächlichen Entstehungszusammenhang des fraglichen Artefakts an. Ausgeblendet bleibt dabei, dass es sich insoweit nur um einen zunächst lediglich behaupteten Entstehungszusammenhang handelt, also um ein Wissen, das vom fraglichen Artefakt grundsätzlich nur getrennt besteht. Gerade deshalb, und weil die privatautonome Entscheidungsfreiheit der an einem Verkaufsgeschäft Beteiligten nicht eingeschränkt werden soll, bleibt die rechtsverbindliche Beschreibung der Eigenschaften des Kaufgegenstandes weitestgehend den Vertragsparteien überlassen.

Urheberrecht

Eine wiederum andere Zielrichtung verfolgt das Urheberrecht. Ihm geht es um den Schutz des Urhebers „in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes“. Damit dient es – so die programmatische Formulierung des deutschen Gesetzestextes – „zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung des Urhebers für die Nutzung“ seiner Werke.¹⁹ Neben der Adressierung persönlichkeitsrechtlich kodierter Interessenkonflikte zielt das Urheberrecht also auf eine angemessene Beteiligung der Urheber und Urheberinnen an den Erlösen der Verwertung ihrer Werke. Im Zentrum steht damit das Werk, das seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert als ein immaterielles verstanden wird und sich von seinen materiellen Vervielfältigungsstücken unterscheidet.²⁰

Was unter Vervielfältigungsstück – das deutsche Recht verwendet im Gegensatz zum englischen „copy“ nicht den Begriff der Kopie – zu verstehen ist, ist in den Urheberrechtsgesetzen der einzelnen Staaten zumeist nicht eigens definiert. Ein gewisser Hinweis findet sich jedoch für das europäische wie auch das deutsche Recht, wenn es dort heißt, dass es weder auf die Dauer der Existenz noch auf das Herstellungsverfahren oder

19 § 11 UrhG.

20 Zur Entwicklung s. *Ludwig Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, Baden-Baden 1995; *Eckhard Höffner*, Geschichte und Wesen des Urheberrechts, 2 Bde., München 2010.

die Zahl der hergestellten Exemplare des Werkes ankommt.²¹ Zwar hätte es nahegelegen, auch im deutschen Urheberrecht insoweit von Kopie zu sprechen. Da es dem Urheberrecht jedoch um die Zuordnung der Verwertungserlöse ankommt, die Dritte mit der Verwendung des geschützten Werkes des Urhebers erzielen, reicht die urheberrechtliche Definition der Vervielfältigungsstücke weiter als die kunstgeschichtliche der Kopie. Wie vom BGH entschieden, zählen zu den Vervielfältigungen „nicht nur Nachbildungen, die mit dem Original identisch sind; vom Vervielfältigungsrecht des Urhebers werden vielmehr auch solche – sogar in einem weiteren Abstand vom Original liegende – Werkumgestaltungen erfasst, die über keine eigene schöpferische Ausdruckskraft verfügen und sich daher trotz einer vorgenommenen Umgestaltung noch im Schutzbereich des Originals befinden, weil dessen Eigenart in der Nachbildung erhalten bleibt und ein übereinstimmender Gesamteindruck besteht.“²² Im urheberrechtlichen Sinn ist also auch eine Fotografie und selbst das nur daumennagelgroße Vorschaubild eines Gemäldes, das die Google-Bildersuche als Ergebnis anzeigt, eine Vervielfältigung dieses Gemäldes. Um auch im kunstgeschichtlichen Sinn als Kopie zu gelten, sind hingegen weit größere Ähnlichkeiten insbesondere hinsichtlich der Materialität – Medium, Farbauftrag, Pinselduktus usw. – als die Wiedererkennbarkeit der bloßen Form der Bildgestaltung erforderlich. Nicht mehr von einer Vervielfältigung, sondern von einer Bearbeitung ist im Urheberrecht die Rede, wenn das vorbestehende Werk auf eine nicht unerhebliche Weise umgestaltet wird. Verblasst das ursprüngliche im nachgeschaffenen Werk trotz einiger weniger Übernahmen dagegen, so ist der Bereich des urheberrechtlichen Schutzes verlassen.²³ Nur ergänzend sei angemerkt, dass das US-amerikanische Copyright insoweit die allgemein gefasste Schrankenbestimmung des sog.

21 Art. 2 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG („unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise“); § 16 Abs. 1 UrhG („gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl“).

22 BGR GRUR 2014, 65, Rn. 36 – Beuys-Aktion; s. auch OLG Hamburg ZUM 1998, 938 (originalgetreu nachgemalte Kopien als Vervielfältigungen im urheberrechtlichen Sinn).

23 Das deutsche Urheberrecht spricht hier von freier Benutzung, § 24 UrhG; zur einschränkenden Auslegung durch den EuGH, der (Teil)Kopien nur dann zulässt, wenn diese von einer gesetzlich geregelten Ausnahmebestimmung – sog. Schranke – gedeckt sind, und der den deutschen § 24 UrhG daher mit dem Unionsrecht nicht für vereinbar hält, s. EuGH, Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 – Pelham.

„fair use“ bereit hält,²⁴ der anhand von vier im Gesetz umschriebenen Faktoren – Zweck und Art der Verwendung, insbesondere gewerbsmäßig oder nicht-gewerbsmäßige Nutzung sowie umgestaltende Nutzung („transformative use“) oder bloße Übernahme, Art des Werkes, Umfang und Bedeutung des verwendeten Auszugs im Verhältnis zum ganzen Werk, sowie Auswirkung der Verwendung auf den Wert und die Verwertung des geschützten Werks – den Bereich zustimmungs- und auch vergütungsfreier Übernahmen fremden geistigen Schaffens umschreibt.

Kennt das deutsche Urheberrecht auch nicht den Begriff der Kopie, sondern nur den des Vervielfältigungsstücks, so kennt es immerhin den Begriff des Originals. Machte man mit dem Verständnis des Werkes als eines immateriellen ernst, so erschiene genau genommen bereits das Original als die erste materielle Vervielfältigung des urheberrechtlich geschützten immateriellen Werkes.²⁵ Gleichwohl unterscheidet das deutsche Urheberrecht an mehreren Stellen zwischen Original und Vervielfältigungsstücken.²⁶ Dass es sich dabei letztlich nur um ein Überbleibsel der herkömmlichen außerrechtlichen Unterscheidung materieller Originale und Kopien handelt, erweist sich daran, dass Original und Vervielfältigungsstücke in den meisten dieser Fälle urheberrechtlich gleich behandelt werden. Lediglich das Folgerecht – also das Recht des Urhebers eines Werkes der bildenden Künste oder eines Lichtbildwerkes, am Weiterverkaufserlös von ihm geschaffener Werke beteiligt zu werden²⁷ – besteht nur hinsichtlich Originalen, nicht hingegen auch hinsichtlich Vervielfältigungsstücken. Im Weiteren ist die Zwangsvollstreckung gegen den Urheber wie auch seinen Rechtsnachfolger wegen Geldforderungen in die ihm gehörenden Originale der Werke nur zulässig, wenn der Urheber bzw. sein Rechtsnachfolger

24 § 107 des US-amerikanischen Copyright Act (Title 17 U.S.C.) – S. dazu aus dem deutschsprachigen Schrifttum nur *Achim Förster*, Fair Use – Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes; Tübingen 2008.

25 Das ist bei Copyright-Gesetzen des anglo-amerikanischen Rechtskreises anders, die für den Schutz die Fixierung in körperlicher Form voraussetzen, die dann als erste Instantiierung und nicht als Vervielfältigung des Werkes erscheint. Daher bedarf es dort für den Fall einer nicht körperlich fixierten erstmaligen Mitteilung des Werkes eines zusätzlichen Schutzes, der die zeitliche Lücke zwischen erstmaliger Mitteilung und erstmaliger Fixierung schließt (für live aufgeführte Musikwerke durch die sog. bootleg-Gesetze).

26 §§ 6 Abs. 2; 10 Abs. 1; 17 Abs. 1–3; 18; 25 Abs. 1 und 2; 26 Abs. 1–4; 27 Abs. 2; 44 1–2; 69c Nr. 3; 107 Abs. 1 Satz 1 und 2; 114 Abs. 1 und 2; 116 Abs. 1 und 2 Satz 2; 137e Abs. 2 UrhG.

27 § 26 UrhG.

ger einwilligt. Bei Vervielfältigungsstücken bedarf es einer solchen Einwilligung dagegen nicht.²⁸

Eine Definition des Begriffs des Originals, die es von Vervielfältigungsstücken abgrenzt, sucht man im deutschen Urheberrechtsgesetz allerdings vergeblich. Immerhin versteht der europäische Rechtsrahmen des Folge-rechts, der aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts auch für das nationale Recht entscheidend ist, unter dem Begriff des Originals einen Bestand traditioneller Werkformen und setzt voraus, dass die dazu gehörigen einzelnen Werke entweder „vom Künstler selbst geschaffen worden sind oder es sich um Exemplare handelt, die als Originale von Kunstwerken angesehen werden“.²⁹ Für multiple Kunstwerke übernimmt das Recht zugleich eine in der Praxis des Kunstmarkts gängige Übereinkunft, dass diese dann als Originale anzusehen sind, wenn sie „vom Künstler selbst oder unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt wurden“ und sie „in der Regel nummeriert, signiert oder vom Künstler auf andere Weise ordnungsgemäß autorisiert“ sind. Damit rekuriert das Rechtssystem insoweit explizit auf einen Begriff und eine Praxis, wie sie im Definitionszusammenhang eines anderen gesellschaftlichen Subsystems, nämlich dem System der Kunst, gebräuchlich ist. Es handelt sich also ganz im Sinne Luhmanns um eine strukturelle Kopplung, und – da der Begriff des Originals auch im Kunstsystem Wandlungen unterliegt und durch dem Kunstsystem immanente Operationen immer wieder umgeformt und neu erzeugt wird – zugleich um eine operative Kopplung.³⁰ Auch die Rechtsprechung verfährt mitunter ähnlich, wenn sie von einem Original verlangt, dass der Künstler das

28 §§ 114 und 116 UrhG. – Darüber hinaus unterscheidet die Strafvorschrift des § 107 UrhG geringfügig zwischen der Anbringung der Urhebersignatur auf einem Original (grundsätzlich dem Urheber vorbehalten), und der Anbringung auf einem Vervielfältigungsstück (unzulässig nur dann, wenn dadurch der Anschein eines Originals erweckt wird).

29 Art. 2 Abs. 1 der Folge-rechtsrichtlinie 2001/84 EG; als Kategorien genannt sind „Werke der bildenden Künste wie Bilder, Collagen, Gemälde, Zeichnungen, Stiche, Bilddrucke, Lithographien, Plastiken, Tapisseries, Keramiken, Glasobjekte und Lichtbildwerke“.

30 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt 1995, S. 440 ff. – Wenig Beachtung hat dabei in der urheberrechtlichen Literatur gefunden, dass sich der Begriff des Originals im System der Kunst nach anderen zeitlichen Maßstäben ändert, als innerhalb des Urheberrechts. Weit deutlicher wird die zeitliche Asynchronität hingegen bei der Definition von Kunst im Kontext des Verfassungsrechts, bedarf die Interpretation der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG doch der permanenten (Nach)Justierung an den sich im System der Kunst wandelnden Kunstbegriff. Die Aufarbeitung entstandener und immer aufs Neue sich asynchron vollziehender Entwicklungen durch das insoweit nachhinkende Recht ist

betreffende Artefakt „eigenhändig geschaffen hat, zur Schöpfung einen eigenhändigen Beitrag geleistet hat oder sie durch Anweisungen gestalterisch vorgegeben oder doch wesentlich geprägt hat“.³¹ Vergleichbare Kopplungen finden sich im Rückgriff auf die „für Kunst empfänglichen und mit Kunstdingen vertrauten Verkehrskreise“,³² deren Urteil die deutschen Gerichte heranziehen, wenn über die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Werken der bildenden Kunst in Abgrenzung zu Werken der angewandten Kunst zu befinden ist.³³

Die urheberrechtliche Literatur³⁴ stellt vor allem auf die Eigenhändigkeit der Herstellung der konkreten Verkörperung des Werkes ab, ausreichend ist nach ihr jedoch auch die Anleitung oder Aufsicht des Herstellungsprozesses nach den Plänen des Künstlers. Die Einschaltung von Hilfspersonen macht diese dagegen weder zu Urhebern, noch handelt es sich bei unter deren Mithilfe hergestellten Werkexemplaren um von diesen stammende Originale. Die persönliche Anwesenheit des Künstlers beim Herstellungsvorgang ist nicht erforderlich. An seiner Aufsicht fehlt es jedoch, wenn er zum Herstellungszeitpunkt bereits verstorben ist. Damit scheiden posthume Abgüsse und Abzüge aus der Sicht des Urheberrechts nach weitverbreiteter Ansicht als Originale aus.³⁵ In der Praxis haben sich die Verwertungsgesellschaft BildKunst und der Arbeitskreis deutscher

gerade Aufgabe und zugleich Kern der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

31 OLG Düsseldorf NJW 2014, 3455.

32 Seit RGZ 139, 214 (218); vom BGH übernommen seit GRUR 1957, 291 (291) – Europapost bis hin zu GRUR 1987, 803 (904) – Le Corbusier Möbel. Mit der Gleichstellung der Schutzvoraussetzungen von Werken der bildenden und der angewandten Kunst durch BGH GRUR 2014, 175 – Geburtstagzug ist der Anlass für diese Differenzierung jedoch weitgehend entfallen.

33 Zur Frage der Definitionskompetenz s. *Nicole Fallert*, Definitionskompetenz – Wer entscheidet, was als Kunst gilt?, GRUR 2014, 719.

34 S. zur Auslegung dieses vom UrhG vorausgesetzten Begriffs *Wolfram Hamann*, Der urheberrechtliche Originalbegriff der bildenden Kunst, Frankfurt 1980; zusammenfassend *Winfried Bullinger*, Grundlagen des Urheberrechts, in: Klaus Ebling/Winfried Bullinger (Hrsg.), Praxishandbuch Recht der Kunst (Fn. 14), S. 50 ff.; *Haimo Schack*, Kunst und Recht (Fn. 6), S. 17 ff.

35 *Winfried Bullinger*, Grundlagen des Urheberrechts (Fn. 34), S. 50; a.A. *Peter Raue*, Der postmortale Guss – (k)ein Rechtsproblem, in: Uwe Blaurock/Joachim Bornkamm/Christian Kirchberg (Hrsg.), Festschrift für Achim Krämer, Berlin 2009, S. 651 (659 ff.): postmortale Anfertigung eines Gusses kein Sachmangel; wer ein zu Lebzeiten des Künstlers gegossenes Exemplar erhalten wolle, müsse sich dies im Rahmen einer Erklärung des Veräußerers zusichern lassen. – Das berührt jedoch nicht das unbestreitbar bestehende Recht der Erben des Künstlers, posthume Güsse anzufertigen und Dritten bis zum Ablauf der urheberrechtlichen

Kunsthandel hingegen darauf verständigt, dass posthume Güsse „zum Umsatz mit Kunst des 20. Jahrhunderts“ gelten und mithin bei der Pauschalierung der Abgabe des Folgerechts und im Rahmen des Künstlersozialversicherungs-gesetzes zu berücksichtigen sind.³⁶ So wird praktisch handhabbar gemacht, was im Recht nicht hinreichend praktisch ausgestaltet ist. In Bezug auf multiple Kunstwerke ergibt sich aus der Definition der Folgerechtsrichtlinie, dass Originale im urheberrechtlichen Sinn nicht notwendig Unikate sein müssen. Wo im Einzelfall die Grenzen verlaufen, ist letztlich von Kunstgattung zu Kunstgattung verschieden. Dabei wird, wie oben angedeutet, in erheblichem Umfang auf im Kunsthandel übliche Abgrenzungen Bezug genommen, die sich – wie etwa bei der Unterscheidung zwischen nummerierten Grafikexemplaren und „Épreuves d’artiste“ sowie bei der Unterteilung fotografischer Abzüge in „Vintage Prints“, „Period Prints“ und „Modern Prints“³⁷ – je nach Werk-gattung mitunter erheblich unterscheiden.

Im Gegensatz zum Begriff des Originals, der vom Urheberrecht wenn auch nicht näher definiert, so doch immerhin vorausgesetzt wird, kommt der Begriff der Fälschung im Urheberrecht nicht vor. Das rührt daher, dass es dem Urheberrecht nicht um die Unterbindung subjektiver Täuschungshandlungen geht, sondern darum, für die objektive Rechtmäßigkeit der Herstellung und des Vertriebs von Vervielfältigungsstücken Sorge zu tragen. So lautet das Begriffspaar der Unterscheidung im Urheberrecht nicht Original und Fälschung, sondern rechtswidrige und rechtmäßige Vervielfältigung. Die Rechtswidrigkeit resultiert dabei daraus, dass das betreffende Vervielfältigungsstück ohne Zustimmung des Urhebers und auch ohne gesetzliche Erlaubnis – Privatkopie, Zitat u.a.³⁸ – hergestellt oder verbreitet wird. Gegen Stilkopien lässt sich mit Hilfe des Urheberrechts ohnehin nicht vorgehen, schützt letzteres doch nur die konkrete Form und nicht einen abstrakten Stil. Das gilt unabhängig davon, dass dem Stil am Markt neben der Herkunft vom vorgeblichen Urheber durchaus eine besondere monetäre Wertschätzung zukommen kann. Tangiert ist immer-

Schutzfrist von 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers die Anfertigung von Abgüssen zu untersagen.

36 Peter Raue, Der postmortale Guss (Fn. 35), S. 651 (655).

37 Winfried Bullinger, Grundlagen des Urheberrechts (Fn. 34), S. 52; Felix M. Michl, Die limitierte Auflage (Fn. 18), S. 101 ff.

38 Zu Einzelheiten s. die sog. urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG.

hin jedoch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des gefälschten Künstlers, dessen Werk durch die Fälschungen in ein in Teilen falsches Licht gerät.³⁹

Zoll- und Steuerrecht

Auch das Zollrecht nimmt im Rahmen der Umschreibung vom Einfuhrzoll ausgenommener Kunstwerke auf Originale Bezug. Die Definition von Kunst orientiert sich dabei jedoch zum einen an traditionellen Herstellungsweisen, die stark durch Eigenhändigkeit geprägt sind. Zum anderen wird der Begriff des Originals auch im Steuer- und Zollrecht vorausgesetzt und nicht näher definiert.⁴⁰ Da es dort darum geht, Kunstwerke vom Einfuhrzoll auszunehmen, erfolgt die Grenzziehung durch die Zollbehörden und die Rechtsprechung tendenziell restriktiv. Dabei wird in Kauf genommen, dass neben industriell gefertigten Gebrauchswerken auch bestimmte Formen moderner Kunst – z. B. Lichtkunstwerke, Videoinstallationen oder Fotografien – zumeist nicht als originale Kunst, sondern als zollpflichtige gewerbliche Erzeugnisse und Handelswaren klassifiziert werden.⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht hat in der daraus folgenden Differenzierung zwischen bis 2014 umsatzsteuerlich begünstigten Originalstichen, -schnitten und -radierungen einerseits und nicht begünstigten Siebdrucken

39 BGH GRUR 1995, 668 – Emil Nolde (Unterschieben im Stil Emil Noldes gemalter und mit seinem Namenszug versehener Aquarelle). In diesem Fall sah das Gericht das Persönlichkeitsrecht Emil Noldes auch 30 Jahre nach dessen Tod noch nicht als erloschen an.

40 Gemeinsamer Zolltarif, Kapitel 97, Nr. 01–03 sowie gleichlautend Nr. 53 a–c der Anlage zu § 12 II UStG („Gemälde, z.B. Ölgemälde, Aquarelle, Pastelle“ und Zeichnungen, vollständig mit der Hand geschaffen [ausgenommen technische Zeichnungen ... und handbemalte oder handverzierte gewerbliche Erzeugnisse]; Collagen und ähnliche dekorative Bildwerke“; „Originalstiche, -schnitte und -steindrucke“; sowie „Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst, aus Stoffen aller Art“). S. dazu *Reinhart Rüsken*, Einfuhr von Kunstgegenständen, in: Klaus Ebling/Winfried Bullinger (Hrsg.), *Praxishandbuch Recht der Kunst* (Fn. 14), S. 579 ff.; *Haimo Schack*, Kunst und Recht (Fn. 6), S. 394.

41 S. Anhang Ziff. 1 (Video-Sound-Installationen) und Ziff. 2 (Lichtinstallationen) der Klassifikationsverordnung (EU) Nr. 731/2010 der Kommission v. 11.8.2010, ABl. EU L 214, S. 2; zu Fotografien s. EuGH Rs. C-1/89, Slg. 1989, 4432 – Raab (Robert Mapplethorpe: Einordnung in den Papiertarif) und zu Gebrauchsgegenständen, selbst wenn diese in Handarbeit gefertigt sind, C-228/89, Slg. 1990, I-3387 – Farfalla (manuell gefertigte Paperweights keine „Originalerzeugnisse der Bildhauerkunst, aus Stoffen aller Art“, sondern bloße Handelsware).

andererseits keine Verletzung der verfassungsrechtlich garantierten Kunstfreiheit gesehen.⁴²

Rechtsfolgen

Damit verbleibt zuletzt die Frage, wie sich das Recht in der Frage der Beseitigung von Fälschungen und urheberrechtswidrigen Kopien positioniert.

Damit ein Werk von einer Rechtsfolge erfasst werden kann, muss dessen Eigenschaft als Fälschung zunächst einmal aufgedeckt und mit hinreichender Sicherheit nachgewiesen sein. Im Zivilverfahren trägt der Kläger die Darlegungs- und Beweislast für seine Behauptung, es handle sich bei einem ihm als Original verkauften Werk um eine Fälschung. Dieser Nachweis muss dem Erwerber erst einmal gelingen. Eine Fälschung aufzudecken ist der Fälscher als Beklagter jedoch nicht verpflichtet. Vergleichbar muss im Strafverfahren die Staatsanwaltschaft in Vorbereitung der Anklage hinreichende Beweise sammeln, die den Tatbestand jenseits vernünftiger Zweifel belegen und die Schuld des Angeklagten feststellen.

Gelingt dieser Nachweis, so geht es darum, dass das einmal in Erfahrung gebrachte Wissen um den tatsächlichen Entstehungszusammenhang eines konkreten Artefakts nicht wieder von diesem getrennt wird oder gar wieder in Vergessenheit gerät. Verhindert werden muss, dass einmal als Fälschung erkannte Werke nicht erneut als echte Werke in Verkehr gebracht und zur Täuschung gebraucht werden. Erreichen lässt sich das auf zweierlei Weise, zum einen im Wege der „Todesstrafe“,⁴³ also der Vernichtung, und zum anderen im Wege der Kennzeichnung des fraglichen Artefakts als Fälschung.

Beide Reaktionen – die Vernichtung wie auch die Kennzeichnung – sehen sich jedoch gravierenden Einwänden ausgesetzt. Zum einen können sich die beurteilenden Experten irren. Auch mögen im Nachhinein neue Informationen bekannt werden, die das zuvor nach bestem Wissen und Gewissen ermittelte Ergebnis in einem anderen Licht erscheinen lassen. Selbst wenn sich Experten nicht irren sollten, unterliegt das Verständnis dessen, was ein Original ausmacht und welche Anforderungen an ein Artefakt gestellt werden, um als Original bezeichnet zu werden, nicht zuletzt

42 BVerfG NJW 1996, 1127; kritisch dazu *Robert Kirchmaier*, Abgaben auf die Einfuhr von Werken der Videokunst, KUR 2006, 78.

43 *Haimo Schack*, Kunst und Recht (Fn. 6), S. 31.

dem Wandel der Zeit. Zum anderen verstoßen Herstellung und Besitz von Kopien nicht per se gegen das Gesetz. Die Fälschungen können – wie der BGH in einer Entscheidung zu gefälschten Aquarellen, die mit der Signatur Emil Noldes versehen waren, ausgeführt hat – „für den jeweiligen Besitzer als künstlerisches Anschauungsobjekt durchaus ihren Wert haben“. Solange der Eigentümer oder Besitzer „die Fälschungen ausschließlich in seinem Privatbereich hält und sie nicht als echte Werke in Verkehr bringt oder in sonstiger Weise der Öffentlichkeit zugänglich macht“,⁴⁴ ist nicht einmal das Persönlichkeitsrecht des fälschlich als Urheber angegebenen Künstlers tangiert, schützt dieses den Künstler doch lediglich dagegen, in der Öffentlichkeit mit einem nicht von ihm stammenden Werk in Verbindung gebracht zu werden. Auch sind Anfertigung und Besitz urheberrechtlich geschützter Vervielfältigungsstücke im Rahmen der Privatkopie ohne Zustimmung des kopierten Urhebers zulässig, die auf diese Weise angefertigten Kopien und Bearbeitungen also auch nicht rechtswidrig.⁴⁵

Selbst wenn ein Artefakt zu Täuschungszwecken verwandt worden ist oder verwendet werden kann, ist es darüber hinaus immer zugleich ein Original des Fälschers. Hat ein Dritter es erworben, so steht es in seinem durch die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes geschützten Eigentum. Zwar führt das Inverkehrbringen gefälschter Bilder zu einer Verzerrung des künstlerischen Gesamtbildes. Dem Eigentümer einer Fälschung kann jedoch nicht unterstellt werden, dass er diese zur Begehung künftiger Straftaten verwenden will, sei es, dass er die Signatur nachträglich entfernt, eine falsche Signatur anbringt oder künftige Erwerber auf andere Weise täuschen wird. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Eigentümer bereits versucht hat, die Fälschung als Original weiterzuverkaufen.

Aus diesen Gründen ist nicht allein die Vernichtung, sondern auch die Anbringung einer Kennzeichnung als Fälschung problematisch, die vom inkriminierten Werkexemplar nicht mehr entfernt werden kann. Wie schon die Vernichtung stünde die Endgültigkeit einer nicht mehr entfernbaren Kennzeichnung als Fälschung – und nur eine solche könnte der Gefahr einer Wiederverwendung in betrügerischer Absicht wirksam entgegenwirken – einer Korrektur des Urteils auf alle Zeiten entgegen. Selbst wenn man einen solchen Vermerk zulassen wollte, der später durch einen

44 BGH GRUR 1995, 668 (670) – Emil Nolde.

45 § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG; das gilt auch für Bearbeitungen, § 23 UrhG, sofern es sich nicht um die Ausführung von Plänen und Entwürfen von Werken der bildenden Künste handelt.

weiteren Vermerk gegebenenfalls korrigiert werden könnte, verbliebe doch ein Schatten auf dem betreffenden Werk, der sich in den meisten Fällen negativ auf dessen Marktwert auswirken würde. Hinzu kommt, dass eine Kennzeichnung als Fälschung lediglich den konkret behaupteten Entstehungszusammenhang dementiert, ohne zugleich mitzuteilen, welcher Entstehungszusammenhang für wahr erachtet wird.

Diesen Bedenken trägt das Recht in der Tat Rechnung. Aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung ist zwar grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet, Fälschungen als Gegenstände einzuziehen, die zur Begehung oder Vorbereitung einer Straftat gebraucht worden sind. Allerdings müssen sie dazu regelmäßig im Eigentum eines Tatbeteiligten stehen oder es muss die Gefahr ihrer Verwendung zu weiteren Straftaten bestehen.⁴⁶ Auch in urheberrechtlicher Hinsicht ist die Vernichtung rechtswidriger Vervielfältigungsstücke nicht gänzlich ausgeschlossen.⁴⁷ Zulässig sind Einziehung und Vernichtung allerdings sowohl im Straf- als auch im Urheberrecht nur dann, wenn die Einziehung oder Vernichtung nicht unverhältnismäßig ist.⁴⁸ Unverhältnismäßig sind Einziehung und Vernichtung jedoch vor allem dann, wenn die Fälschung sich beim getäuschten Erwerber befindet. In der Tat erscheint es nicht gerechtfertigt, dass der betrogene Erwerber, der schon nicht wie beabsichtigt das Original erhalten hat, nun auch noch die Fälschung verlieren sollte. Daran ändert auch nichts, dass ihm bei Einziehung eine Entschädigung aus der Staatskasse zu gewähren ist.⁴⁹

Als weniger einschneidende Maßnahme kommt daher – wenn überhaupt, so allenfalls – eine Kennzeichnung in Betracht. Im Urheberrecht kann der in seinen Rechten verletzte Urheber die Fälschungen daneben auch selbst übernehmen.⁵⁰ Aber auch den zuvor im Hinblick auf eine endgültige, nicht wieder entfernbare Kennzeichnung geäußerten Bedenken

46 § 74 StGB; ähnlich auch § 110 UrhG; s. dazu BGH JZ 1988, 936 (mehrere signierte Fälschungen von Otto Dix). – Eingezogen werden können Tatmittel nach § 74a StGB auch bei Dritten nur dann, wenn diese leichtfertig zur Verwendung als Tatmittel beigetragen haben bzw. Tatobjekte gewesen sind, oder wenn sie in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben haben.

47 § 98 Abs. 1 UrhG.

48 § 74f Abs. 1 StGB und § 98 Abs. 4 UrhG.

49 § 74b Abs. 2 StGB. – Zur Bemessung der Entschädigung müsste jedoch ein Markt für Fälschungen angenommen werden, den das Gesetz gerade zu unterbinden sucht. Zum Fall einer Versteigerung von Fälschungen durch die Finanzverwaltung s. *Edgar Mrugalla*, König der Kunstfälscher (Fn. 9), S. 246.

50 So für das Strafrecht ausdrücklich § 74f Abs. 1 Nr. 2 StGB und für das Urheberrecht § 98 Abs. 3 UrhG (da der Urheber einen Wert erhält, ohne selbst Aufwen-

hat der Bundesgerichtshof Rechnung getragen und im Rahmen des Beseitigungsanspruchs⁵¹ grundsätzlich nur eine Entfernung der das Namensrecht⁵² verletzenden Signatur für gerechtfertigt erachtet, nicht hingegen die durch einen Gerichtsvollzieher vorzunehmende – nicht entfernbare – Kennzeichnung der Bilder als Fälschungen, die der Kläger in diesem Prozess beantragt hatte.⁵³

Hinzuzufügen sind diesem kurzen Abriss der Werkzeuge des Rechts, mittels derer Fälschungen und rechtswidrig hergestellte oder vertriebene Kopien aus der Welt geschafft werden können, abschließend noch zwei Bemerkungen. Da in vielen, wenn nicht gar den meisten Fällen die Vernichtung und selbst die Kennzeichnung eines Artefakts als Fälschung ausscheidet, bleibt denjenigen, die als Beteiligte des Kunstsystems daran interessiert sind, dass die Information über die Fälschung erhalten bleibt und dieser jederzeit zugeordnet werden kann, kaum ein anderer Weg offen, als dafür Sorge zu tragen, dass Fälschungen nachhaltig dokumentiert und diese Dokumentation ihrerseits gegenüber Fälschungen gesichert gespeichert und für Kunstkäufer leicht zugänglich gemacht wird.⁵⁴ Zum anderen bestehen zwischen den einzelnen nationalen Rechtsordnungen zum Teil erhebliche Unterschiede in der Frage, wie mit Fälschungen umzugehen ist. Vor allem in Ländern des romanischen Rechtskreises ist man eher bereit, Artefakte, denen einmal das Etikett der Fälschung angeheftet worden ist, in der Folge auch zu vernichten.

III.

Welche Erkenntnis lässt sich nun aus diesem Überblick des rechtlichen Umgangs mit Originalen, Kopien und Fälschungen gewinnen? Einmal mehr zeigt sich auch hier recht deutlich die Zweckgebundenheit der jeweiligen Begriffsdefinitionen und -verwendungen. Was im jeweiligen recht-

dungen für die Produktion gehabt zu haben, ist die Übernahme nur gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung zulässig).

51 §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB; ähnliches dürfte auch für den urheberrechtlichen Beseitigungsanspruch nach § 97 Abs. 1 UrhG gelten.

52 § 12 BGB.

53 BGH GRUR 1995, 668 – Emil Nolde.

54 Das kann durch die Dokumentation von Originalen in Werkkatalogen geschehen, oder aber durch Datenbanken, in denen aufgedeckte Fälschungen dokumentiert werden; s. die Datenbank kritischer Werke des Bundesverbandes deutscher Kunstversteigerer (BDK), <http://www.kunstversteigerer.de/datenbank-kritischerwerke>. Der Zugang ist allerdings den Mitgliedern des BDK vorbehalten.

lich zu bewertenden Sachzusammenhang als Original, Kopie, Fälschung oder verwandter Begriffe wie etwa demjenigen der Vervielfältigung verstanden wird, hängt zum einen von der Art des Konflikts ab, den es zu lösen gilt. Entscheidend sind zum anderen die Gerechtigkeitsvorstellungen, grundgesetzlichen Abwägungen und politischen Ziele, die der Gesetzgeber mittels der einzelnen Rechtsnorm zu verwirklichen sucht.

Dabei verbleiben unweigerlich normative Lücken, und zugleich wird das Recht nicht allen Fallkonstellationen gerecht. So vermögen weder das allgemeine noch das Urheberstrafrecht „den Rechtsverkehr umfassend vor Kunstfälschungen zu schützen, da sie das Schutzgut auf einen Teilbereich, nämlich das Urheberrecht und die Urkunde, verengen“.⁵⁵ Dem Vertragsrecht geht es, was Original und Fälschung anbelangt, weniger um die begriffliche Abgrenzung, als vielmehr unter dem Stichwort des Sachmangels um die Risikoverteilung in Bezug auf die Nachweisbarkeit tatsächlicher oder auch nur behaupteter Entstehungszusammenhänge und Provenienzen von Kunstwerken. Im Rahmen der Möglichkeit der privatautonomeren Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse überlässt das Recht die Ausgestaltung der Risikoverteilung den Parteien zur freien Disposition. Nur soweit strukturell bedingte Informationsasymmetrien zwischen den Vertragspartnern vorliegen, greift das Recht durch die Vorgabe von Sorgfalts- und Informationspflichten korrigierend ein, mit dem Ziel, berechnete Erwartungshaltungen vor allem des Käufers, in Einzelfällen aber auch des Verkäufers zu schützen, indem es etwa Mittelpersonen wie die Auktionshäuser zu möglichst wahrheitsgemäßen Angaben anhält. Ein wieder anderes Ziel verfolgt das Urheberrecht, mit dem der Gesetzgeber dafür Sorge tragen will, dass der Urheber für die Nutzung seiner Werke durch Dritte angemessen entlohnt wird. Mit Fragen der Fälschung hat das ersichtlich nichts zu tun. Das Steuer- und Zollrecht schließlich will zwar insbesondere eigenhändig verfertigte Kunstwerke abgabenrechtlich begünstigen, zieht die Trennlinie zwischen begünstigten und nichtbegünstigten Kunstwerken dann aber doch weniger vom Originalbegriff ausgehend als vielmehr gegenüber maschinell erzeugten Gegenständen, denen die steuer- oder zollrechtliche Vergünstigung verwehrt bleiben soll.

Nicht zu vergessen ist bei alledem, dass das Recht nicht immer eigenständige Definitionen vornimmt, sondern vor allem hinsichtlich des Originalbegriffs weitgehend auf dessen Umschreibung im Kunstmarkt zurückgreift und sich so für einen die gesellschaftlichen Subsysteme überschrei-

55 Haimo Schack, Kunst und Recht (Fn. 6), S. 34.

tenden Transfer im Sinne von Luhmann beschriebener Kopplungen durchaus als offen zeigt.

Zusammengefasst gibt es also nicht einmal im Rechtssystem „das“ Original, noch „die“ Kopie und auch nicht „die“ Fälschung. Und so wie schon das Recht die Begriffe des Feldes von Original, Kopie und Fälschung je nach Zielrichtung der einzelnen Rechtsgebiete nicht immer einheitlich versteht und umschreibt, so kann es auch keine die Grenzen der einzelnen Disziplinen der Kunstgeschichte, der Kunstphilosophie, der Soziologie und der Psychologie überschreitenden einheitlichen Definitionen der vorstehend untersuchten Begriffe geben.

