

# ZH\_OBERGERICHT LB160041 vom 11. Januar 2017

ZH Obergericht, 2017-01-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB160041](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB160041)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB160041 du 11 janvier 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT LB160041 del 11 gennaio 2017

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien lernten sich im Herbst 2012 über einen gemeinsamen Bekannten kennen. Der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) präsentierte sich dabei dem Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger) als Vermittler für diverse Aufträge und Investitionen. Nach ein paar weiteren Kontakten bot der Beklagte dem Kläger am 19. Dezember 2012 per E-Mail eine Skulptur von Max Ernst zum Preis von Fr. 30'000.- zum Kauf an und bezeichnete es als möglich, bei einer Auktion dafür einen Preis von Fr. 50'000.- bis Fr. 100'000.- zu erzielen. Der Kläger war damit einverstanden und bezahlte am 27. Dezember 2012 die Fr. 30'000.-. Die Skulptur wurde ihm am 18. Januar 2013 übergeben. Bereits mit der E-Mail vom 19. Dezember 2012 hatte der Beklagte den Kläger auch auf die Möglichkeit zum Erwerb von zwei Anker-Fayencen für je EUR 280'000.- pro Stück hingewiesen. Er schlug ihm später den Erwerb je einer Fayence durch beide Parteien zu einem Preis von je Fr. 300'000.- vor, wobei beide

- 4 - Fayencen anschliessend in London für ein paar Hunderttausend GBP verkauft werden könnten. Nach einem gewissen Zögern willigte der Kläger in den Kauf ein und überwies dem Beklagten dafür am 16. Januar 2013 Fr. 300'000.-. Am 18. Januar 2013 wurde ihm eine Fayence übergeben. Am 20. Dezember 2012 offerierte der Beklagte dem Kläger eine weitere Investition in - ausserbörslich gehandelte - E.\_\_\_\_-Aktien zu Fr. 5.00 pro Stück beim Kauf ab 10'000 Stück. Er wies darauf hin, dass solche Aktien bereits zu Fr. 7.50 pro Stück verkauft worden seien und dass der Startpreis für den geplanten Börsengang im April 2014 bei Fr. 14.- bis Fr. 22.- pro Stück liegen werde, dass man aber eine "Bombe" mit einem Kurs von Fr. 80.- bis Fr. 120.- erwarte, F.\_\_\_\_ & Co. hätten sich bereits bis zum Maximum eingedeckt. Der Kläger entschloss sich zum Kauf von 5'000 Aktien und überwies dem Beklagten am 27. Dezember 2012 dafür Fr. 20'000.-. Da die Aktien nur in Zertifikaten über mindestens 10'000 Stück gehandelt wurden und der Kläger nicht so viel investieren wollte, übergab ihm der Beklagte später ein Aktienzertifikat über 10'000 Aktien, das er zur Hälfte selber finanziert haben will. Aufgrund weiterer Geschäftsofferten und Finanzierungsanfragen des Beklagten wurde der Kläger im weiteren Verlauf des Jahres 2013 stutzig. Er liess den Wert der Kunstgegenstände durch diverse Auktionshäuser überprüfen, welche den Wert der Max Ernst-Skulptur auf maximal Fr. 2'500.- und jenen der Anker-Fayence auf höchstens Fr. 12'000.- schätzten. Am 6. Dezember 2013 focht der Kläger die drei abgeschlossenen Verträge mit dem Beklagten wegen absichtlicher Täuschung und Grundlagenirrtums an und forderte die bezahlten Kaufpreise von insgesamt Fr. 350'000.- zurück.

### E. 2

Am 25. Juli 2014 machte der Kläger mit der vorliegenden Klage über Fr. 350'000.- seine Ansprüche aus der Anfechtung und Rückabwicklung der drei Kaufgeschäfte rechtshängig.

Nach Durchführung des ersten Schriftenwechsels und einer Hauptverhandlung mit den weiteren mündlichen Parteivorträgen erliess die Vorinstanz am 26. Mai 2016 das Urteil, mit welchem sie die Klage guthiess. Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte am 27. Juni 2016 rechtzeitig Berufung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, unrichtiger Sachverhaltsfeststellung und unrichtiger Rechtsanwendung. Er leistete rechtzeitig den verlangten Prozess-

- 5 - Kostenvorschuss von Fr. 17'750.- sowie eine Sicherheitsleistung für eine allfällige Parteientschädigung im Berufungsverfahren im Betrag von Fr. 13'000.-. Die Berufungsantwort erging am 13. Oktober 2016 und wurde dem Beklagten am 7. November 2016 zugestellt.

### **E. 3**

Ein Vertrag ist gemäss Art. 28 OR einseitig anfechtbar, wenn eine Vertragspartei durch die andere durch absichtliche Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet worden ist, auch wenn der dadurch erregte Irrtum kein wesentlicher war. Die Täuschung kann entweder in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen bestehen, im letzteren Fall aber nur, wenn eine Aufklärungspflicht zufolge eines besonderen Vertrauensverhältnisses besteht. Bei blossen Austauschverträgen mit naturgemäss gegenläufigen Interessen der Parteien bestehen an eine allfällige Aufklärungspflicht erhöhte Anforderungen. Die Aufklärungspflicht endet dort, wo der Vertragspartner ein eigenes Risiko zur Wahrnehmung seiner Vertragsinteressen eingehen muss. Die Durchsetzung gegensätzlicher Interessen der Vertragsparteien ist solange zulässig, als die Vorteile und Risiken frei ausgehandelt und eingegangen werden können (BK OR - Schmidlin, Art. 28 N 52). Die Täuschung muss sodann Tatsachen betreffen; bloss subjektive Werturteile und Meinungsäusserungen fallen nicht darunter, sofern sie nicht ihrerseits an Tatsachen anknüpfen. Bei werbemässigen Anpreisungen ist zu differenzieren, ob ein verständiger Betrachter in ihnen auch eine - allenfalls unzutreffende - sachliche Aussage erkennt und sie nicht bloss als marktschreierische Anpreisung betrachten muss. Über erst in der Zukunft eintretende Tatsachen kann grundsätzlich nicht getäuscht werden, insbesondere nicht über Tatsachen, die ihrer Natur nach bekanntermassen risikobehaftet oder spekulativ und daher ungewiss sind. Wer sich der Meinung eines anderen anschliesst, weil er dessen Spekulationen zu den seinen macht, kann sich nicht auf absichtliche Täuschung berufen, denn sein Vertrauen galt der Person des Partners und dessen Risikoeinschätzung. Dies trifft vor allem dann zu, wenn sich der in seinen Erwartungen Enttäuschte gar nicht richtig um die objektiven Tatsachen gekümmert hat. Falsche Angaben bezüglich künftiger Tatsachen sind höchstens im umgekehrten Fall relevant, wo das dem Geschäft inhärente und in Kauf zu nehmende Risiko wider besseres Wissen so dargestellt wird, dass es für den Vertragsschluss nicht

- 6 - ins Gewicht fällt (BK OR - Schmidlin, a.a.O., N 62ff). Die für die Bejahung einer Täuschung weiter erforderliche subjektive Täuschungsabsicht verlangt, dass der Täuschende die Unrichtigkeit des Sachverhaltes kennt. Dabei reicht auch eine bloss eventuale Absicht, d.h. dass der Täuschende beispielsweise auf Geratewohl unrichtige Aussagen macht, obschon er vom betreffenden Sachverhalt keine sichere oder überhaupt keine Kenntnis besitzt (vgl. zum Ganzen auch BSK OR I - Schwenzer, Art. 28 N 3ff).

### **E. 4**

Kaufvertrag betreffend die Max-Ernst-Skulptur "C.\_\_\_\_\_"

#### E. 4.1

Vor Vorinstanz machte der Kläger dazu - zusammengefasst - geltend, der Beklagte habe sich ihm als Kunstkenner vorgestellt, der an der Kunstgewerbeschule G.\_\_\_\_\_ Kunst studiert, sich in 30 Jahren in der internationalen Kunstszene ein exzellentes Netzwerk aufgebaut und von zwei alteingesessenen H.\_\_\_\_\_ Familien den Auftrag zum Verkauf von Kunstgegenständen erhalten habe. Beim Angebot zum Kauf der Skulptur für Fr. 30'000.- habe der Beklagte erklärt, diese könne bei einer Auktion für Fr. 50'000.- bis Fr. 100'000.- verkauft werden. Kaufpreis wie Gewinnaussichten seien aber frei erfunden gewesen, ebenso die Angaben zu Person, Fachwissen und Geschäftshintergrund. Er (der Kläger) habe die Skulptur Ende 2013 beim Auktionshaus I.\_\_\_\_\_ und später auch noch bei der Firma J.\_\_\_\_\_ GmbH schätzen lassen, welche den bei einer Auktion erzielbaren Wert auf Fr. 1'000.- bzw. Fr. 1'300.- bis Fr. 2'500.- geschätzt hätten, welchen Preis vermutlich auch der Beklagte ungefähr bezahlt habe. Die vom Beklagten im Arrestspracheverfahren vorgelegte Expertise von K.\_\_\_\_\_ [sc. über einen Wert von EUR 30'000.-] sei unzutreffend und nicht objektiv, da der Experte wegen seiner Doppelfunktion auch als Vermittler aus Provisionsgründen an einer überhöhten Schätzung interessiert gewesen sei. Über den eigenen Ankaufspreis sei der Kläger vom Beklagten nie aufgeklärt und daher getäuscht worden. Der Beklagte habe bei diesem Geschäft sodann zwei Geschäftspartner hintergangen, die ihm den Kontakt zum Vermittler der Kunstgegenstände ermöglicht hätten - und nicht etwa das "exzellente internationale Netzwerk" - und er habe dem Kläger diese Partner verschwiegen. Auch sei der Beklagte nicht wie behauptet ein Kunstexperte mit Hochschulstudium, sondern er habe nur eine Lehre als Fotolithograf absolviert und die Kunstgewerbeschule als Berufsschule besucht. Er sei über dies Alles vom

- 7 - Beklagten nicht aufgeklärt bzw. getäuscht worden, indem dieser gezielt sein Vertrauen ausgenutzt und "auf Partnerschaft gemacht" habe. Andernfalls hätte er sich nie auf das Geschäft eingelassen. Schliesslich habe der Kläger den Beklagten auch über die Verwendung der geleisteten Zahlungen getäuscht, indem er nicht belegt habe, wohin diese geflossen seien; von diesen dürfte nichts oder fast nichts für den Ankauf der Kunstobjekte verwendet worden sein, weshalb allenfalls auch eine Veruntreuung vorliege (Urk. 2 S. 3f, 10f, 13, 16; Urk. 33 S. 2ff, 21). Dem hielt der Beklagte vor Vorinstanz entgegen, er habe dem Kläger bereits beim ersten Kennenlernen korrekte Angaben über seine Ausbildung (Lehre als Fotolithograf mit Besuch der Kunstgewerbeschule als Berufsschule), aber auch seine berufliche Erfahrung und Kontakte mit Originalkunst gemacht. Der Kläger habe gewusst, in welchem Sinne er an der "Kunstgewerbeschule studiert" habe. Sodann verfüge er sehr wohl über ein exzellentes Netzwerk in der internationalen Kunstszene. Auch seine Angaben zur Herkunft der Skulptur (H.\_\_\_\_\_ Familienbesitz) seien korrekt gewesen und der geforderte Kaufpreis von Fr. 30'000.- beruhe auf einer Schätzung des Versicherungswertes durch den renommierten Kunstexperten K.\_\_\_\_\_ von EUR 30'000.- und sei daher nicht zu hoch gewesen. Die Skulptur sei bereits 1976 einmal für Fr. 18'000.- durch eine Galerie verkauft worden und bei einer Auktion würden durchaus auch Liebhaberpreise gezahlt. Die Fr. 30'000.- seien in jedem Fall eine gute Investition gewesen und er sei selber gutgläubig aufgrund des Gutachtens K.\_\_\_\_\_ von diesem Wert ausgegangen. Im Übrigen könnten auch Kunstexperten getäuscht werden, wenn sie sich auf andere, noch bessere Experten verlassen würden. Er, der Beklagte, habe diese Skulptur wie auch die übrigen Verkaufsobjekte rechtmässig erworben und bezahlt und keine Geschäftspartner hintergangen. Er habe den Kläger weder über den Wert der Skulptur noch über die Gewinnaussichten bei einem Wiederverkauf getäuscht. Weder liege ein Betrug

noch eine Veruntreuung vor (Urk. 21 S. 4f, 11, 18, 21; Prot. I S. 12ff).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hielt einleitend fest, im vorliegenden Prozess mache der Klä- ger - entgegen seinem vorprozessualen Standpunkt - keinen Grundlagenirrtum mehr geltend. Ein solcher wäre bei einem blossen Irrtum über den Wert des Ver- tragsgegenstandes ohnehin ausgeschlossen und auch die Echtheit der Kunstge-

- 8 - genstände sei nie angezweifelt worden (Urk. 49 S. 19f). Die Vorinstanz liess offen, wie der Beklagte in den Besitz der Kunstgegenstände gekommen ist, ob er beim Verkauf Verpflichtungen gegenüber weiteren Ge- schäftspartnern verletzt hat und wie er den Kaufpreis des Klägers verwendet hat. Entscheidend sei, dass die Gegenstände nie von Dritten herausverlangt worden seien und diese Umstände daher keine Rolle spielten. Unbesehen der behaupteten Angaben des Beklagten gegenüber dem Kläger über seine Ausbildung beim ersten Kennenlernen (Lehre als Fotolithograf mit Besuch der Kunstgewerbeschule als Berufsschule) stellte die Vorinstanz fest, in einer späteren E-Mail vom 11. Januar 2013 habe der Beklagte geschrieben, er habe Kunst studiert, womit er nach dem allgemeinen Sprachverständnis dem Kläger die Absolvierung eines Hochschulstudiums vorgetäuscht habe. In jedem Fall könne der Beklagte aber auf seinem eigenen behaupteten Fachwissen in Sachen Kunst behaftet werden (Urk. 49 S. 26, 43). Sodann stellte die Vorinstanz die sich widersprechenden Privatgutachten der Par- teien über den Wert der Skulptur einander gegenüber, befand die Kritik des Be- klagten am zweiten Gutachten des Klägers als zu wenig substantiiert und wertete daher das zweite Privatgutachten des Klägers, das auf einen Wert von Fr. 2'000.- bis Fr. 3'000.- kommt, als zutreffend. Sie befand, der Beklagte habe den tatsächli- chen Wert der dem Kläger verkauften Skulptur folglich mit einer falschen bzw. vermeintlichen eigenen Schätzung über EUR 30'000.- unterlegt. Der gestützt auf diesen Wert angegebene mögliche Verkaufserlös von Fr. 50'000.- bis Fr. 100'000.- sei als Folge davon ebenfalls offensichtlich übersetzt gewesen. An- gesichts der Partnerschaft zwischen den Parteien und des dadurch entstandenen Vertrauensverhältnisses habe der Kläger diese Wertangaben nicht überprüfen müssen und diese seien daher als unzutreffende Zusicherung und damit nach- weislich als Täuschung zu werten. Wegen des Vertrauensverhältnisses habe überdies auch eine Aufklärungspflicht des Beklagten bestanden über den von ihm selber für die Skulptur bezahlten Preis, welchen er jedoch verschwiegen habe und worin ebenfalls eine Täuschung durch Unterdrückung von Tatsachen liege. Wohl hätte der Kläger eigene Abklärungen über den Wert treffen können und sei dies- bezüglich wohl etwas leichtgläubig gewesen. Eine Fahrlässigkeit entschuldige

- 9 - aber das dolose Verhalten des Beklagten nicht. Und dass der Beklagte seiner- seits von seinem Gutachter K.\_\_\_\_\_ über den Wert getäuscht worden sei und deshalb seinerseits keine Täuschungsabsicht vorgelegen habe, widerspreche seiner behaupteten Sachkunde in Sachen Kunst und seinen anderweitigen Täü- schungen (Urk. 49 S. 32ff).

#### **E. 4.3**

Das erstinstanzliche Urteil unterscheidet hinsichtlich der angeführten Täü- schungshandlungen fälschlicherweise nicht zwischen den drei abgewickelten Ge- schäften. Der Verkauf der Skulptur war das erste Geschäft, das die Parteien kurz nach dem Kennenlernen im Herbst/Winter 2012 abschlossen und bei dem es um ein reines Austauschgeschäft Ware gegen Geld ging. Der Beklagte bot dem Kläger die Skulptur am

19. Dezember 2012 erstmals zum Kauf an, spätestens am 27. Dezember 2012 wurde der Kauf mit der Bezahlung des Kaufpreises besiegelt. Ein besonderes Vertrauensverhältnis oder gar ein gesellschaftsähnliches Verhältnis mit erhöhten Aufklärungspflichten bestand damals nicht. Damit kann der Argumentation des Klägers (vgl. auch Urk. 60 S. 3 Rz 10) und der Vorinstanz von vorneherein nicht gefolgt werden, wonach der Beklagte den Kläger zufolge eines gesellschaftsähnlichen Vertrauensverhältnisses über seinen eigenen Ankaufspreis und auch über die Kalkulation des Verkaufspreises von sich aus hätte informieren müssen. Danach gefragt hat der Kläger unbestrittenermassen auch nicht. Eine Täuschung durch Unterlassung von Sachverhaltsangaben im Sinne der vorzitierten Lehre zur Täuschung (Erw. 3) kann mangels einer Aufklärungspflicht nicht vorliegen. Sodann wurde nie behauptet, der Beklagte habe vor oder beim Kaufvertragsabschluss Angaben zum Wert der Skulptur gemacht und einen solchen irgendwie zugesichert; insbesondere wurde nie behauptet, der Beklagte habe den Kläger bei Vertragsabschluss auf irgendwelche Schätzungen hingewiesen. Die Schätzung von K. \_\_\_\_\_ zum Versicherungswert der Skulptur datiert vom 3. Januar 2013, wurde somit nach dem Kauf erstellt (Urk. 23). Der Beklagte hat lediglich einen Kaufpreis festgelegt bzw. gefordert. Darin liegt aber noch keine Täuschung über den objektiven Wert der Skulptur. Wenn der Beklagte dem Kläger am 19.

- 10 - Dezember 2012 ausdrücklich schrieb "... Ich kann sie dir für Fr. 30.000.- abgeben..." (Urk. 3/1), so hat er damit klar seinen eigenen Verkaufspreis genannt, nicht aber einen objektiven Marktwert behauptet bzw. zugesichert oder einen falschen Marktwert vorgetäuscht. Als versierter Geschäftsmann - der Kläger ist Ingenieur mit Fachhochschulabschluss und ist Inhaber eines Büros für Architektur und Raumplanung - ist er mit dem Ermessensspielraum bei der Festsetzung von Leistungspreisen und deren Verhandelbarkeit vertraut. Auch muss ihm bekannt sein, dass jeder Verkäufer einen gewissen Gewinn auf seinem eigenen Ankaufspreis kalkuliert und dass auch noch Vertragsabschlusskosten wie Provisionen, Spesen o.ä. in einem Verkaufspreis enthalten sind. Es stand dem Kläger frei, den objektiven Marktwert der Skulptur vor Vertragsabschluss durch eine Person seines Vertrauens prüfen zu lassen oder vom Beklagten konkrete Aufschlüsse über seine Gestehungskosten zu verlangen. Er stand unter keinerlei Zeitdruck. Er wusste sich diesbezüglich ja auch ohne weiteres zu helfen, wie sein späteres Vorgehen mit dem Einholen verschiedener Schätzungen bei verschiedenen Galerien und Experten beweist (Urk. 3/16-19, Urk. 34/35). Sodann bestand auch bezüglich des Wertes keine selbständige Aufklärungspflicht des Beklagten. Eine falsche Tatsachenbehauptung über den Wert der Skulptur liegt nicht vor, eine Täuschung gemäss Art. 28 OR fällt ausser Betracht. Der Beklagte hat gleichzeitig mit der Nennung des Kaufpreises in der erwähnten E-Mail vom 19. Dezember 2012 auch ausgeführt "... Bei einer Auktion sollten 50- 100.000 möglich sein...". Wie einleitend ausgeführt (Erw. 3), ist bei Geschäften, die auf Spekulationen über eine künftige Marktentwicklung beruhen, eine Täuschung über diese Entwicklung nicht möglich. Diese bildet das gemeinsame Geschäftsrisiko der Vertragsparteien. Dass die Preise gerade in der Kunstszene sehr volatil sind und hier oft objektiv nicht nachvollziehbare Liebhaberpreise bezahlt werden, ist notorisch. Bei Auktionen hängt der Verkaufspreis sodann immer auch von vielen Zufälligkeiten ab, wie von Ort und Zeitpunkt der Versteigerung und vom temporär interessierten Bieterpublikum. Auch der Beklagte hat in seiner E-Mail nur im Konjunktiv auf einen möglicherweise erzielbaren Auktionspreis hingewiesen, diesen aber nicht als hinreichend sicher hingestellt, z.B. durch Untermauerung mit weiteren Angaben zu

Vergleichspreisen, belegte Preisentwicklungen etc.

- 11 - Es kann damit auch nicht von einer an eine Tatsachenbehauptung anknüpfende Meinungsäusserung ausgegangen werden. Eine Berufung auf Täuschung ist hier nicht möglich. Lediglich der Vollständigkeit halber ist sodann darauf hinzuweisen, dass der Kläger zusätzlich auch noch eine entsprechende Täuschungsabsicht des Beklagten behaupten (und beweisen) müsste. D.h. dass der Beklagte wissentlich übertriebene und unter keinen Umständen erzielbare Verkaufserlöse genannt hat, um den Kläger zu einem unvorteilhaften Geschäft zu verleiten. Die Vorinstanz hat eine Täuschungsabsicht daraus abgeleitet und als erwiesen erachtet, dass die Schätzung der Skulptur durch K. \_\_\_\_\_ auf EUR 30'000.- im Vergleich zu den vom Kläger vorgelegten Schätzungen von maximal Fr. 3'000.- nicht überzeuge, und ohne sich substantiiert mit einem behaupteten früheren Verkauf der Skulptur durch die L. \_\_\_\_\_ Galerie zu Fr. 18'000.- im Jahre [recte] 1967 auseinanderzusetzen, welcher die Expertisen auch des Klägers in Frage stellt. Privatschätzungen sind bloss Parteibehauptungen und als solche grundsätzlich nicht beweisbildend; schon gar nicht kann wegen einer allenfalls zu wenig substantiierten Stellungnahme zu einzelnen Gegenexpertisen von der Anerkennung ihrer Richtigkeit ausgegangen werden (vgl. dazu Erw. 5.3. nachstehend). Wollte man allein aus einer grossen Diskrepanz zwischen Schätzungswert und Verkaufspreis auf eine Täuschungsabsicht schliessen, müsste vorab eine unabhängige gerichtliche Expertise zum Wert der Skulptur erstellt werden, was der Beklagte im Berufungsverfahren zu Recht rügt (Urk. 48 S. 5). Aber auch diesfalls wäre noch kein Wissen oder Wissenmüssen des Beklagten vom "richtigen" Wert und von der zweifelhaften Richtigkeit der von ihm im Prozess vorgelegten Schätzung K. \_\_\_\_\_ erstellt. Das für eine Täuschungsabsicht massgebliche Wissen kann nicht allein mit dem behaupteten Kunstsachverständigen des Beklagten begründet werden, ist es doch notorisch, dass auch seriöse und anerkannte Kunstsachverständige mitunter zu erheblich abweichenden Schätzungen oder z.B. Feststellungen hinsichtlich der Originalqualität eines Kunstwerkes gelangen. Dies rügt der Beklagte in seiner Berufung ebenfalls zu Recht (Urk. 48 S. 12).

- 12 - Wie die Vorinstanz sodann zu Recht festgestellt hat, wurde die Originalqualität der Skulptur vom Kläger und seinen Privatexperten nie angezweifelt. Auch wurde sein rechtmässiger Besitz nie von jemandem in Frage gestellt oder die Skulptur herausverlangt. Daher ist es für die Frage einer allfälligen Täuschung - entgegen dem Kläger (Urk. 60 S. 3 Rz 10) - irrelevant, ob die Skulptur tatsächlich aus privatem Familienbesitz stammte (was der Kläger ohne nähere Begründung anzweifelt), ob der Beklagte diese allein oder nur nach Absprache mit weiteren Geschäftspartnern verkaufen durfte, und ob er einen seinerseits allenfalls geschuldeten Ankaufspreis bezahlt bzw. die Zahlung des Klägers vollumfänglich dafür verwendet hat. Von einer allfälligen Veruntreuung des Kaufpreises kann nicht die Rede sein. Eine Haftung aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 42ff OR i.V.m. Art. 138 StGB entfällt. Zusammenfassend ist damit bezüglich der Skulptur festzustellen, dass der Beklagte weder (falsche) Tatsachen über deren Wert behauptet noch solche entgegen einer Aufklärungspflicht verschwiegen hat. Bezüglich eines möglichen künftigen Auktionserlöses hat der Beklagte lediglich eigene Spekulationen angestellt, die nicht erkennbar aus objektiven Tatsachen abgeleitet wurden. Bereits damit entfällt eine Täuschungshandlung, unabhängig vom tatsächlichen Wissen des Beklagten über den objektiven Wert des Kunstwerkes und eines eventuellen Täuschungsvorsatzes. Ein Beweisverfahren erübrigt sich sowohl zu den objektiven Sachverhalts Umständen

(objektiver Wert, eigener Kaufpreis des Beklagten) als auch zur subjektiven Täuschungsabsicht. Eine Anfechtung des Kaufvertrages über die Skulptur wegen Täuschung ist nicht möglich und die Klage auf Rückerstattung des bezahlten Kaufpreises von Fr. 30'000.- zuzüglich Zins von 5% ab 27. Dezember 2012 ist abzuweisen.

## **E. 5**

Kaufvertrag betreffend die Anker-Fayencen

### **E. 5.1**

Vor Vorinstanz führte der Kläger dazu - zusammengefasst - aus, der Beklagte habe ihm am 19. Dezember 2012 - neben der vorerwähnten Skulptur - auch zwei Anker-Teller zum Kauf angeboten und dazu gesagt "Mein Preis EUR 280.000.- pro Stück". Am 24. Dezember 2012 habe der Beklagte auf weitere Interessenten

- 13 - für die Anker-Teller hingewiesen, die ihn enorm engagieren würden, und habe ihn gefragt, ob er allenfalls mit ihm zusammen die beiden Teller zu je Fr. 300'000.- kaufen würde, um sie später mit einem Gewinn von "ein paar Hunderttausend GBP" in London zu versteigern. Beunruhigt durch einen Betrugsfall mit Kunstfälschungen habe er dem Beklagten mitgeteilt, man müsse die Sache genauer prüfen, bevor "wir weiter investieren". Der Beklagte sei in einer ersten Mailantwort vom 11. Januar 2013 darauf nicht eingegangen sondern habe erklärt, die Fayencen seien für sie gesichert worden, er erwarte den Anteil des Klägers von Fr. 300'000.- nächste Woche. Der Plan sei, mit dem Auktionsgewinn der Teller einen "Cuno Amiet" für Fr. 700'000.- zu kaufen und auch diesen in Auktion zu geben; der erwartete Erlös werde zwischen Fr. 1,3 - 2,5 Mio. betragen. Sein (des Beklagten) Anteil von Fr. 300'000.- für die 2 Fayencen sei bereits Ende Dezember als Anzahlung bezahlt worden, und wenn ihm der Kläger noch seinen Anteil von Fr. 300'000.- gebe, dann könnten beide je einen Teller zu sich nehmen. In einer weiteren E-Mail vom selben Tag habe ihn der Beklagte dann (wegen des Kunstfälschungsbetrugs) aber auch beruhigt mit dem Hinweis, er habe Kunst studiert an der Kunstgewerbeschule in G.\_\_\_\_\_ und er habe sich in 30 Jahren ein exzellentes Netz in der internationalen Kunstszene aufgebaut. Es bestehe kein Grund zur Sorge; er (der Beklagte) schliesse jedes Geschäft für einen Kunden und Partner so gewissenhaft wie ein eigenes oder über eigenes Geld ab; es habe sich noch nie ein Kunde beschwert oder Geld verloren; er und der Kläger seien doch Geschäftspartner. Gleichentags habe der Beklagte schliesslich noch darauf hingewiesen, alle Papiere und Schätzungen lägen ihm im Original vor. Mündlich habe der Beklagte ergänzt, dass er beim Auktionshaus I.\_\_\_\_\_ Abklärungen gemacht habe; die Fayencen könnten dort versteigert werden; der Mindestbetrag liege bei 1,5 Millionen Franken, auch ein Betrag von 2,5 Mio. Franken könne erzielt werden; versichert seien die Fayencen für Fr. 950'000.-. Alle diese Angaben seien jedoch nur vorgetäuscht gewesen. Am 14. Januar 2013, so der Kläger weiter, hätten die Parteien gemeinsam im Tresorraum der N.\_\_\_\_\_ [Bank] die Anker-Fayencen und das Bild von Cuno Amiet besichtigt, was seinen Eindruck eines seriösen Kunsthandels bestärkt und zum Entschluss geführt habe, die Anker Fayencen gemeinsam mit dem Beklagten anzuschaffen. Der Kläger habe dem Be-

- 14 - klagten daher am 15. Januar 2013 Fr. 300'000.- überwiesen und dieser habe ihm am 18. Januar 2013 beide Fayencen gebracht, diejenige mit dem Sujet von Kaiser O.\_\_\_\_\_ aber wieder mitgenommen und dem Kläger jene mit dem Sujet der Kaiserin D.\_\_\_\_\_ überlassen. Nach einem Angebot des Beklagten im Juli 2013, ihm sein Fayence O.\_\_\_\_\_ für nunmehr Fr. 500'000.- zu verkaufen, sei er skeptisch geworden und habe den Wert der

Fayencen bei diversen Auktionshäusern überprüfen lassen. Diese seien auf Werte von Fr. 4'000.- bis Fr. 12'000.- gekommen. In der Replik erwähnte der Kläger ein weiteres Gutachten der J.\_\_\_\_\_ GmbH über Fr. 15'000.- bis Fr. 20'000.- bei einem Einzelverkauf der Teller bzw. von Fr. 25'000.- bis Fr. 30'000.- pro Teller bei einem gemeinsamen Verkauf. Er habe daraufhin die Rückabwicklung der Geschäfte verlangt, vom Beklagten - verblich - aber auch die Vorlage seiner Expertisen zum Wert der Fayencen, des Versicherungsnachweises und der Belege zum Kaufpreis. Erst im Arrestein-spracheverfahren im Juni 2014 habe der Beklagte eine Schätzung von K.\_\_\_\_\_ über Fr. 600'000.- für die Fayencen vorgelegt. Diese Expertise sei mit Sicherheit falsch, da der Experte selber als Vermittler in den Verkauf involviert und an einer happigen Provision interessiert gewesen sei, mit dem Beklagten allenfalls sogar gemeinsame Sache gemacht habe. Dieser Experte habe dem Kläger später jedenfalls einen Kaufvertrag vom Januar 2013 über Fr. 150'000.- für die beiden Fayencen übergeben, lautend auf die P.\_\_\_\_\_ Ltd. in London als Käuferin, eine - damals bereits gelöschte - Briefkastenfirma des Beklagten. Offenbar habe der Beklagte beide Fayencen - auch seine eigene - allein aus dem Geld des Klägers bezahlt und auch nicht, wie behauptet, Ende Dezember 2012 selber Fr. 300'000.- aus eigenen Mitteln bezahlt. Mit diesem Kaufvertrag sei die Expertise K.\_\_\_\_\_ widerlegt. Der Beklagte habe den Kläger daher sowohl über den tatsächlichen Wert der Kunstgegenstände, den tatsächlich dafür bezahlten Preis und die Gewinnaussichten beim Wiederverkauf getäuscht wie auch über seine Person (Kunstexperte mit Hochschulstudium). Aufgrund der mit dem gemeinsamen Ankauf der Fayencen gebildeten Partnerschaft bzw. einfachen Gesellschaft habe den Beklagten eine Aufklärungspflicht über den wahren Wert und den von ihm effektiv bezahlten Kaufpreis getroffen. Solange der Beklagte keine Belege für die Verwendung des vom Kläger erhaltenen Geldes vorlegen könne, sei auch von ei-

- 15 - ner Zweckentfremdung und Veruntreuung dieses Geldes auszugehen (Urk. 2 S. 4ff, 9f, 14ff; Urk. 33 S. 6ff, 11, 16, 21f). Demgegenüber machte der Beklagte vor Vorinstanz geltend, er habe den Kläger bereits beim ersten Kennenlernen über seine Lehre als Fotolithograf mit begleitendem Besuch der Kunstgewerbeschule zutreffend informiert; Kunst sei aber ein fester Bestandteil seines Lebens, ebenso seine exzellenten Kontakte in der Kunstszene. Die verkauften Kunstwerke stammten tatsächlich aus Familienbesitz. K.\_\_\_\_\_ als Profi mit über 50 Jahren Erfahrung als Kunstexperte habe ihm diese zu je Fr. 300'000.- angeboten und den Versicherungswert sogar auf EUR 780'000.- (=Fr. 952'000.-) geschätzt. Bei einem gemeinsamen Verkauf beider Teller an einen Liebhaber bei einer Auktion hätte realistischerweise ein guter Gewinn erzielt werden können, ein Verkaufspreis ab Fr. 1,3 Mio. sei ihm als absolut real erschienen. Er habe aber nie von einem Mindestbetrag von Fr. 1,5 Mio. gesprochen. Dass das Auktionshaus I.\_\_\_\_\_ die Teller im Auftrag des Klägers später tiefer eingeschätzt habe, treffe zu, sei aber mit dessen eigenem Interesse an einem günstigen Ankauf zu erklären und bedeute nicht, dass die Teller nicht anderweitig viel teurer verkauft werden könnten, insbesondere an Liebhaber. Er selber habe Ende Dezember 2012 auch tatsächlich Fr. 300'000.- als Anzahlung geleistet. Sodann habe der Kläger die Möglichkeit gehabt, die Teller in H.\_\_\_\_\_ in Anwesenheit von K.\_\_\_\_\_ zu besichtigen, und er sei sogar aufgefordert worden, allenfalls einen weiteren Sachverständigen beizuziehen. Im Übrigen sei es der Kläger gewesen, der im Juli 2013 dem Beklagten das Angebot gemacht habe, ihm die Fayence O.\_\_\_\_\_ für Fr. 500'000.- abzukaufen. Die vom Kläger vorgelegten Expertisen über einen Wert von Fr. 4'000.- bis Fr. 6'000.- bzw. von Fr. 8'000.- bis Fr. 12'000.- seien absurd und völlig falsch. Diese

Expertisen seien nicht anhand bei- der Originale und in Unkenntnis der ungewöhnlichen Qualität und Grösse der Tel- ler erstellt worden. Es gebe weltweit nur ganz wenige derart grosse und gut erhal- tene Fayencen von Anker mit 25-facher Blattgoldauflage. Auch das Gutachten von J.\_\_\_\_\_ sei ein unmassgebliches Privatgutachten. Zutreffend sei vielmehr die Schätzung des kompetenten Experten K.\_\_\_\_\_ über EUR 780'000.- für beide Tel- ler, auf das er sich verlassen habe und was eine Täuschungsabsicht ausschlies- se. K.\_\_\_\_\_ sei Begutachter und Vermittler gewesen, dies sei in der Kunstbran-

- 16 - che üblich. Er habe für die Vermittlung der Anker-Fayencen Fr. 150'000.- Provisi- on erhalten; die restlichen Fr. 450'000.- seien tatsächlich an die Eigentümer be- zahlt worden. Versichert worden seien die Teller allerdings nie. Der vom Kläger vorgelegte undatierte Kaufvertrag über einen Kauf der Teller durch die P.\_\_\_\_\_ Ltd. für Fr. 150'000.- sei offensichtlich eine Fälschung, bei der Unterschrift handle es sich nicht um jene von K.\_\_\_\_\_ und auch die Unterschrift des Käufers sei un- leserlich. Der Beklagte habe den Kläger weder über den Wert der Kunstgegen- stände noch über die Gewinnaussichten bei einem Wiederverkauf getäuscht; auch eine Veruntreuung liege nicht vor (Urk. 21 S. 4ff, 10ff, 16f, 20ff; Prot. I S. 11ff, 14).

## **E. 5.2**

Die Vorinstanz erwog, es könne offen bleiben, wie der Beklagte in den Besitz der Fayencen gekommen sei und ob er beim Verkauf Geschäftspartner hinter- gangen habe, da vorliegend keine Ansprüche Dritter im Raum ständen. Ebenso sei der Beklagte befugt, den erhaltenen Kaufpreis nach Gutdünken zu verwenden, was daher im Hinblick auf die geltend gemachte Täuschung nicht von Bedeutung sei. Die Vorinstanz hat sich weiter zum Beweiswert der Privatgutachten geäußert und gefunden, solche Gutachten seien besonders substantiierte Parteibehauptungen und müssten als solche daher auch substantiiert bestritten werden; eine pauscha- le Bestreitung genüge nicht. Der Kläger habe solche substantiierten Bestreitungen der Expertise K.\_\_\_\_\_ vorgetragen, indem er auf das Eigeninteresse des Exper- ten an einem möglichst hohen Verkaufspreis verwiesen habe, da er selber am Kauf mitgewirkt habe. Zudem sei die Expertise äusserst kurz gehalten und wirke weder fachmännisch noch überzeugend. Auch der Beklagte seinerseits habe zu Recht gegen die klägerischen Schätzungen von Fr. 4'000.- bis Fr. 12'000.- (I.\_\_\_\_\_ Auktionen, Q.\_\_\_\_\_ Auktionen bzw. Auktionshaus R.\_\_\_\_\_) eingewandt, die Fayencen hätten diesen Experten nicht im Original vorgelegen und sie hätten der Grösse, der aufwendigen Vergoldung und dem Erhaltungszustand und schliesslich der Einheit der beiden Fayencen nicht Rechnung getragen. Hingegen habe der Beklagte keine substantiierten Einwände gegen das klägerische Gutach- ten der J.\_\_\_\_\_ GmbH vorgebracht und lediglich pauschal den zu tiefen Wert ge- rügt. Angesichts dieses umfassenden und detaillierten Wertgutachtens, das auf

- 17 - einer Begutachtung des Originals beruhe, sei diese Bestreitung zu wenig sub- stanziiert und es sei daher auf das Wertgutachten der J.\_\_\_\_\_ abzustellen, das den aktuellen Handelswert auf Fr. 15'000.- bis Fr. 20'000.- pro Stück bzw. Fr. 50'000.- bis Fr. 60'000.- bei einem gemeinsamen Verkauf beider Fayencen fest- gesetzt habe. Habe der Beklagte den von ihm geltend gemachten Wert mit einer vermeintlichen Schätzung unterlegt und damit eine Zusicherung gemacht, sei dies als Täuschung zu werten, zumal sich beide Parteien als Partner gesehen hätten und der Kläger aufgrund seines Vertrauens auf eine eigene Prüfung des Wertes verzichtet habe. Der Beklagte habe in der E-Mail-Korrespondenz vom Januar 2013 geschrieben, die Parteien könnten mit den Fayencen in London "ein paar

Hunderttausend GBP" bzw. einen Erlös zwischen Fr. 1.3 und 2.5 Mio. erzielen, alle Papiere und Schätzungen lägen ihm im Original vor. Sodann habe der Beklagte gezielt zeitlich Druck aufgesetzt mit dem Hinweis auf weitere Interessenten. Angesichts des massgeblichen Wertes von Fr. 50'000.- bis Fr. 60'000.- seien die Gewinnangaben offensichtlich überrissen gewesen und hätten eine - zulässige - blosser Anpreisung eines vorteilhaften Geschäftes überschritten. Es liege vielmehr eine Täuschung vor. Gestützt auf die unbestrittene Partnerschaft bezüglich der gemeinsamen Investition in Kunst und das sich daraus ergebende Vertrauensverhältnis hätte der Beklagte den Kläger auch von sich aus über den tatsächlichen Wert der Fayencen und den von ihm selber dafür bezahlten Preis informieren müssen. In der Unterlassung dieser Information liege eine weitere Täuschung. Weiter habe der Beklagte den Kläger auch über die Tatsache getäuscht, dass er kein Kunsthochschulstudium absolviert habe. Da er sich indessen als Kunstkenner ausbebe, könne er sich nicht darauf berufen, seinerseits (sc. durch das Gutachten K.\_\_\_\_\_) getäuscht worden zu sein und weshalb ihm die Täuschungsabsicht fehle (Urk. 49 S. 27f, 30ff, 38ff, 43f).

### **E. 5.3**

Die massgeblichen Verkaufsgespräche über die Anker-Fayencen fanden im Januar 2013 statt, somit nach dem Vertragsabschluss über die Max Ernst- Skulptur im Dezember 2012. Der Wert der Fayencen hing massgeblich davon ab, dass beide gleichzeitig gekauft und wiederverkauft werden konnten. Wenn die

- 18 - Parteien daher übereinkamen, die Fayencen gemeinsam anzukaufen und später mit Gewinn zu verkaufen, wobei jeder die Hälfte des Kaufpreises beisteuern und am Gewinn zu je 50% beteiligt sein sollte, so kann mit den Parteien und der Vorinstanz von einer Partnerschaft bzw. einer einfachen Gesellschaft zwecks gemeinsamen Ankauf und gewinnbringendem Wiederverkauf ausgegangen werden. Damit entstand ein besonderes Vertrauensverhältnis, das die beiden Partner zur gleich sorgfältigen Besorgung des gemeinsamen Geschäftes wie bei einem eigenen verpflichtete (Art. 538 Abs. 1 OR). Dazu gehört insbesondere die gegenseitige Aufklärung über alle wesentlichen finanziellen Umstände des gemeinsam betriebenen Geschäftes. Damit kann beim Geschäft mit den Fayencen auch eine Täuschung durch Verschweigen wesentlicher Vertragsumstände vorliegen und nicht nur durch aktive falsche Tatsachenbehauptungen (vgl. dazu Erw. 3). Der Kläger behauptet, der Beklagte habe ihn bereits bei der Eingehung der Partnerschaft über seinen Kunstsachverstand getäuscht, indem er ein Kunststudium an einer Hochschule behauptet habe, was falsch gewesen sei. Der Beklagte will den Kläger hingegen bereits beim ersten Kennenlernen wahrheitsgemäss über den Besuch der Kunstgewerbeschule lediglich als Berufsschule während seiner Fotolithografenlehre informiert haben. Die Vorinstanz hat sich im Ergebnis über diesen bestrittenen Sachverhalt hinweggesetzt, indem sie ohne Beweisverfahren eine Täuschung über die absolvierte Ausbildung bejahte, wengleich sie einleitend ausführte, der Beklagte könne jedenfalls auf seinen behaupteten Fachkenntnissen im Bereich Kunst behaftet werden (Urk. 49 S. 26, 43).

Unbestrittenermassen war es vorliegend der Beklagte, welcher dem diesbezüglich unerfahrenen Kläger im Dezember 2012 eine Investition in Kunst vorschlug. Der Kläger musste sich vollumfänglich auf die Sachkenntnis und das Einschätzungsvermögen des Beklagten verlassen, wofür ein qualifiziertes Ausbildungsdiplom des Beklagten im Bereich Kunst eine gewisse Gewähr bot. Da über die Angaben des Beklagten unterschiedliche Behauptungen vorliegen, durfte die Vorinstanz - und entgegen dem

Kläger (Urk. 60 S. 4 Rz 15) - nicht ohne Beweisverfahren die Behauptungen des Klägers als richtig unterstellen und täuschende Angaben annehmen, was der Beklagte im Berufungsverfahren zurecht rügt (Urk. 48 S. 4). Wohl schrieb der Beklagte in seiner E-Mail vom 11. Januar 2013 an den Kläger, ... "B. \_\_\_\_\_,

- 19 - ich habe Kunst studiert an der Kunstgewerbeschule in G. \_\_\_\_\_, wohl die renommierteste Schule in der Schweiz" ... (Urk. 3/4). Hätte er aber bereits vorgängig im Herbst/Winter 2012 wie behauptet den Kläger korrekt über seine Berufslehre mit Berufsschulbesuch an der Kunstgewerbeschule aufgeklärt, dann hätte der Kläger diese E-Mail entsprechend einordnen müssen und hätte nicht von einem wissenschaftlichen Hochschulstudium ausgehen dürfen. Die Vorinstanz wird daher zu den Behauptungen des Beklagten im Herbst/Winter 2012 über seine Ausbildung ein Beweisverfahren nachzuholen haben. Über den Wert bzw. Ankaufspreis der Fayencen kann auf den E-Mailverkehr der Parteien verwiesen werden. So schrieb der Beklagte am 20. Dezember 2012 zum Angebot der Anker-Teller: ... "Mein Preis: EUR 280.000 pro Stück" ... (Urk. 3/1), und am 24. Dezember 2012: ... "Würdest du denn Interesse haben, mit mir zusammen die Anker-Teller zu kaufen... Ich denke, mit je 300.000 und 50:50 könnten wir ein paar Hunderttausend GBP in London erzielen" ... (Urk. 3/4). Weiter schrieb der Beklagte am 11. Januar 2013: ... "Die beiden Anker-Fayencen wurden für uns gesichert und deinen Anteil von Fr. 300.000.- erwarte ich nächste Woche... Meinen Anteil von Fr. 300.000.- für die 2 Anker-Fayencen (Keramik) wurde bereits Ende Dezember als Anzahlung bezahlt. Wenn du mir noch deinen Anteil von Fr. 300.000.- gibst, nehmen wir die Teller zu uns." ... und später... "Alle Papiere und Schätzungen liegen mir im Original vor" ... (Urk. 3/4). Betrachtet man den Wortlaut dieser Äusserungen, so hat der Beklagte auch hier - wie im Falle der Max Ernst-Skulptur - keine bestimmten Angaben über einen objektiven Marktwert der Fayencen gemacht, sondern nur einen Ankaufspreis bzw. sogar nur "seinen" Preis genannt. In diesem Sinne liegt auch hier keine aktive Zusicherung eines bestimmten Marktwertes vor, selbst wenn der Beklagte auch geschrieben hat, er verfüge über alle Papiere und Schätzungen; zum Schätzungswert der letzteren machte er keine Angaben. Bestand hingegen zu diesem Zeitpunkt wie ausgeführt ein Vertrauensverhältnis und eine Aufklärungspflicht des Beklagten über die wesentlichen finanziellen Grundlagen des geplanten Geschäfts, so war er gehalten, den Kläger von sich aus über den Marktwert der Fayencen und den selbst bezahlten (Teil-)Kaufpreis zu informieren. Aufgrund der vereinbarten hälftigen Beteiligung an der Gesell-

- 20 - schaft musste der Beklagte einen gleich grossen Beitrag an den Gesellschaftszweck leisten wie der Kläger, was bei einer erheblichen Differenz zwischen dem selbst bezahlten Kaufpreis bzw. dem Marktwert und dem Anrechnungspreis bei Einbringung in die Gesellschaft nicht der Fall wäre (Art. 531 Abs. 2 OR). Damit ist vorab von wesentlicher Bedeutung, welchen Wert die Anker-Teller damals hatten, was der Beklagte effektiv dafür insgesamt bezahlt hatte und ob sich dieser Preis im Bereich des vom Kläger verlangten Kaufpreises bewegte. Da die Behauptungen der Parteien dazu weit auseinander liegen, ist darüber ein Beweisverfahren durchzuführen und sind die von den Parteien dazu angerufenen Beweise abzunehmen. Der Beklagte rügt die Unterlassung eines solchen Beweisverfahrens in der Berufung zu Recht (Urk. 48 S. 5, 9). Ohne Beweisabnahme über derart kontroverse Parteibehauptungen ist eine antizipierte Beweiswürdigung lediglich der Beweisofferten oder bereits vorliegender Privatexpertisen - entgegen dem Kläger (Urk. 60 S. 5 Rz 17) und der Vorinstanz - nicht zulässig und verletzt das rechtliche Gehör. Als

vorab geeignetes Beweismittel erscheint dabei eine vom Gericht einzuholende Expertise eines auf seine Fachkunde hin geprüften, neutralen und gehörig ermahnten Experten, wie sie der beweispflichtige Kläger beantragt hat (Urk. 2 S. 12, Urk. 33 S. 6). Die im Recht liegenden Privatgutachten haben prozessual lediglich den Stellenwert von Parteibehauptungen, da sie im Interesse und Auftrag der jeweiligen Partei erfolgten. Die Bestreitung gegnerischer Tatsachenbehauptungen ist grundsätzlich nur so weit zu konkretisieren bzw. substantizieren, dass sich erkennen lässt, welche Behauptung im einzelnen bestritten wird und worüber Beweis abzunehmen ist (BGE 141 III 433 Erw. 2.5.3, 2.6). Die Bestreitungslast darf nicht, wie der Kläger postuliert (Urk. 60 S. 9 Rz 26), zu einer Umkehr der Beweislast führen, in dem von der bestreitungsbelasteten Partei eine Begründung ihrer Bestreitung bzw. eine Widerlegung der behaupteten Sachverhaltsvorbringen verlangt wird (Sutter-Somm/Schrank, in Sutter-Somm et. al., ZPO Komm., Art. 55 N 27). Dies rügt der Beklagte zu Recht (Urk. 48 S. 12). Für die Bestreitung der mittels einer Privatexpertise vorgetragenen Parteibehauptungen kann daher von einer Partei - entgegen der Vorinstanz - nicht verlangt werden, dass sie sich im Rahmen ihrer Bestreitungspflicht im Detail mit den fachkundigen Ausführungen

- 21 - des gegnerischen Privatexperten auseinandersetzt und deren Richtigkeit einzeln bestreitet. Es genügt, wenn sie die Richtigkeit dieser gegnerischen Tatsachenbehauptungen, mithin das Ergebnis der Expertise (Schätzungswert) bestreitet (BK ZGB-H.P. Walter, Art. 8 N 191). In diesem Sinne kann - mit dem Beklagten (Urk. 48 S. 8, 13f) und entgegen der Vorinstanz - nicht gesagt werden, der Beklagte habe die Expertise der J. \_\_\_\_\_ nur pauschal und damit nicht ausreichend bestritten, weshalb auf diese abgestellt werden könne. Er hat vielmehr klar deren Ergebnis bestritten, zum selber behaupteten, abweichenden Wert der Fayencen eine eigene Privatexpertise vorgelegt und damit seinen Standpunkt und seine Bestreitung des gegnerischen Standpunktes ausreichend klargestellt; er war nicht gehalten, seinen Standpunkt stets von neuem zu wiederholen. Sind Privatexperten blosser Parteibehauptungen, so dürfen sich widersprechende derartige Behauptungen auch nicht einfach gegeneinander abgewogen und ohne Weiterungen die eine als überzeugender als die andere bezeichnet werden, wie dies die Vorinstanz getan hat und der Kläger postuliert (Urk. 60 S. 9ff Rz 27). Inhaltliche Abwägungen sich widersprechender fachkundiger Ausführungen übersteigen überdies die Beurteilungskompetenz eines Gerichts. Dieses hat sich bei der Würdigung auch prozesskonform als Beweismittel erhobener gerichtlicher Gutachten auf die Schlüssigkeit des Gutachtens zu beschränken und notfalls eine Ergänzung des Gutachtens zu verlangen, falls sich die Schlussfolgerungen des Gutachtens aufgrund der angeführten Grundlagen nicht nachvollziehen lassen. Im Rahmen des durchzuführenden Beweisverfahrens ist sodann auch die Täuschungsabsicht des Beklagten zu beweisen, d.h. dass er wusste, dass der von ihm vom Kläger verlangte Preis weit übersetzt war und nicht dem objektiven Wert entsprach. Dabei ist u.a. von Bedeutung, ob der Beklagte tatsächlich auch selber Fr. 300'000.- für seinen Teller bzw. insgesamt Fr. 450'000.- an die Eigentümer und Fr. 150'000.- Vermittlungsprovision an K. \_\_\_\_\_ bezahlt hat und ob (umgekehrt) die Fayencen vorgängig tatsächlich zum Preis von nur Fr. 150'000.- von der P. \_\_\_\_\_ Ltd. des Beklagten gekauft worden sind bzw. ob der entsprechende Kaufvertrag (Urk. 3/28) gefälscht ist. Von Bedeutung sind diesbezüglich auch Behauptungen des Klägers zum Hintergrund der Expertise K. \_\_\_\_\_ und dem Beklagten bekannte Eigeninteressen des Experten an einer überhöhten Schätzung,

- 22 - ev. die Beeinflussung des Experten K.\_\_\_\_\_ durch den Beklagten. Auch darüber ist, wo offeriert, Beweis abzunehmen. Durfte sich der Beklagte allenfalls gutgläubig auf die Expertise K.\_\_\_\_\_ verlassen, so kann - entgegen dem Kläger (Urk. 60 S. 6 Rz 21) - darüber nicht mit dem Hinweis auf den behaupteten eigenen Kunst- sachverstand des Beklagten hinweggegangen werden. Die Berufungsrügen des Beklagten der Verletzung des rechtlichen Gehörs und der falschen Sachverhaltsfeststellung sind damit begründet und das Verfahren zur Erhebung der nötigen Beweise an die Vorinstanz zurückzuweisen. Was die behaupteten Gewinnchancen bei einem Weiterverkauf der Fayencen bzw. die Täuschung über künftige Tatsachen betrifft, so kann auf die vorstehende Erw. 4.3. zur Max Ernst-Skulptur verwiesen werden. Es kann auch hier nicht gesagt werden, der Beklagte habe einen bestimmten Gewinn im Sinne einer Tatsache behauptet; eine rechtsrelevante Täuschung ist diesbezüglich ausgeschlossen. In der vom Kläger dazu zitierten E-Mail des Beklagten vom 24. Dezember 2012 spricht dieser im Übrigen nur davon, die Parteien "könnten... ein paar Hunderttausend GBP in London erzielen". Diese Aussage beinhaltet klar eine blosser Prognose und ist im Konjunktiv formuliert. Nach objektiver Lesart und umgangssprachlichem Verständnis kann angesichts des damaligen Kurses von ca. Fr. 147'900.- pro 100'000 GBP darunter durchaus auch der Verkaufserlös und nicht nur der Gewinn im Sinne einer Preisdifferenz verstanden werden. In einer späteren E-Mail vom 11. Januar 2013 spricht der Beklagte davon, es sei der Plan... "mit dem Gewinn den "Cuno Amiet" zu kaufen für Fr. 700.000 und danach auch in die Auktion zu geben. Der erwartete Erlös wird zwischen Fr. 1,3 - 2,5 Mio. betragen" (Urk. 3/4). Die Fr. 700'000.- bezogen sich damit auf den Ankaufspreis für den Amiet und die Fr. 1,3 - 2,5 Mio. auf den Verkaufserlös des Amiet, nicht auf den Verkaufserlös der Fayencen. Ob die in den Amiet zu investierenden Fr. 700'000.- als Verkaufserlös oder Reingewinn aus dem Verkauf der Fayencen zu verstehen sind, ist ebenfalls nicht klar. Jedenfalls kann aber die unbestimmte Formulierung nicht als tatsachengestützte Meinungsäusserung des Beklagten gelten, da sie nicht weiter begründet und untermauert wurde. Darauf verweist der Beklagte in seiner Berufung zu Recht (Urk. 48 S. 10f). Eine Täuschung durch eine Meinungs-

- 23 - äusserung zu einem zukünftig möglichen Gewinn ist ausgeschlossen. Anders präsentierte sich die Situation, falls der Kläger die mündliche Behauptung des Beklagten beweisen könnte, er habe beim Auktionshaus I.\_\_\_\_\_ Abklärungen gemacht; die Fayencen könnten dort versteigert werden; der Mindestbetrag liege bei 1,5 Millionen Franken, auch ein Betrag von 2,5 Mio. Franken könne erzielt werden. Hierin läge eine tatsachengestützte Aussage über einen aktuellen Wert von mindestens 1,5 Mio. Franken bzw. über ein entsprechendes Gewinnpotential vor. Hier käme grundsätzlich eine Täuschung infrage, die entsprechende Absicht vorausgesetzt. Die Vorinstanz hat hingegen zu Recht festgestellt, dass die Originalqualität der Fayencen vom Kläger und seinen Privatexperten nie angezweifelt wurde. Auch wurde sein rechtmässiger Besitz nie von jemandem in Frage gestellt oder wurden die Kunstwerke herausverlangt. Daher ist es für die Frage einer allfälligen Täuschung irrelevant, ob diese tatsächlich aus privatem Familienbesitz stammten (was der Kläger ohne nähere Begründung anzweifelt), ob der Beklagte diese allein oder nur nach Absprache mit weiteren Geschäftspartnern verkaufen durfte und ob er die Zahlung des Klägers tatsächlich für den Ankauf der Fayencen verwendet hat. Eine allfällige Veruntreuung des Kaufpreises fällt, entgegen dem Kläger (Urk. 60 S. 8 Rz 23), ausser Betracht. Eine Haftung aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 42ff OR i.V.m. Art. 138 StGB entfällt.

## E. 6

Kaufvertrag betreffend die E.\_\_\_\_\_-Aktien

### E. 6.1

Der Kläger machte diesbezüglich vor Vorinstanz - zusammengefasst - geltend, der Beklagte habe ihm am 20. Dezember 2012 per E-Mail ein Angebot gemacht zum Kauf von ausserbörslich gehandelten E.\_\_\_\_\_-Aktien zu [recte] Fr. 4.- pro Stück. Dazu habe er erklärt, sein Hausanwalt Dr. S.\_\_\_\_\_ kenne die Verwaltungsräte und Eigentümer der Gesellschaft sehr gut, das seien alles Topleute. Der Börsengang im April 2014 sei beschlossen; der Startpreis liege bei Fr. 14.- bis Fr. 22.-, sie erwarteten aber eine Bombe von Fr. 80.- bis Fr. 120.-. F.\_\_\_\_\_ & Co. hätten sich schon längst bis zum Maximum eingedeckt. Am 27. Dezember 2012 habe der Kläger dem Beklagten darauf Fr. 20'000.- für 5'000 E.\_\_\_\_\_-Aktien

- 24 - überwiesen. Am 15. Januar 2013 habe ihm der Beklagte dann mitgeteilt, es seien nur noch Aktienzertifikate von mindestens 10'000 Stück zu haben. Falls er auf einer Stückelung von 5'000 bestehe, werde dies noch bis März 2013 dauern. Statt für den "Family-Preis" von Fr. 3.90 könnte er ihm aber ein 10'000er-Paket für Fr. 3.69 pro Stück organisieren, welches bereits einen Wert von Fr. 139'000.- habe. Als der Kläger im März 2013 die Übergabe des Aktienzertifikats verlangt habe, habe der Beklagte geantwortet, es gebe erst Zertifikate ab 10'000 Stück, er werde ihm aber ein solches Zertifikat aus eigenem Besitz aushändigen, an dem sie dann 50:50 beteiligt seien. Dieses Zertifikat habe ihm der Beklagte im April tatsächlich übergeben, das einen Wert von angeblich Fr. 75'000.-, eruiert von der Bank T.\_\_\_\_\_, aufgewiesen haben soll. Wegen der Täuschung bezüglich der Kunstgegenstände habe der Kläger im Dezember 2013 auch die Rückabwicklung dieses Aktienkaufs wegen vorsätzlicher Täuschung gefordert. Es habe sich nämlich herausgestellt, dass der Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, diese Aktien allein oder aus seinem Eigenbestand zu verkaufen, sondern dass er dabei zwei Geschäftspartner und deren Provisionsansprüche umgangen habe. Der Beklagte habe den Kläger über die Hintergründe des Geschäftes durch Verschweigen seiner Partner und seiner Vereinbarungen mit diesen getäuscht, allenfalls auch über die Echtheit des Zertifikates. Auch sei Dr. S.\_\_\_\_\_ nicht sein Hausanwalt. Laut seinen Geschäftspartnern habe der Beklagte die Aktien möglicherweise zweimal verkauft. Der Beklagte habe ihn sodann über den Wert der Aktie getäuscht, da er selber dafür nur Fr. 1.15 bezahlt habe. Die Aktien seien noch gar nicht gehandelt worden, deshalb hätten sie nur diesen inoffiziellen Wert gehabt. Als Partner in einer einfachen Gesellschaft und aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses hätte ihn der Beklagte darüber aufklären müssen. Stattdessen habe er ihm unrealistische Gewinnversprechen mit Fr. 80.- bis Fr. 120.- pro Aktie gemacht. Ein Börsengang habe realistischweise nie in Aussicht gestanden, die Aktie sei vielmehr wertlos und werde nur noch über dubiose Kanäle vertrieben. Der Beklagte habe ihn auch über die Verwendung des Kaufpreises oder die Vermittlungsprovision für sich selber getäuscht (Urk. 2 S. 4, 7f, 11ff, 16f; Urk. 33 S. 8ff).

- 25 - Dem hielt der Beklagte vor Vorinstanz entgegen, Rechtsanwalt S.\_\_\_\_\_, in dessen Büro, d.h. Haus er immer wieder gewesen sei, habe die Aktien vom Eigentümer zur treuhänderischen Verwaltung erhalten. Er, der Beklagte, sei sehr wohl zum alleinigen Verkauf der E.\_\_\_\_\_-Aktien befugt gewesen, unabhängig von den vom Kläger genannten Geschäftspartnern oder einer Provisionsvereinbarung. Er habe entgegen deren Vermutungen die Aktien auch nicht zweimal verkauft. Über den Verkaufspreis habe er den

Kläger nicht getäuscht, indem seine Geschäfts-partner nur Fr. 1.15 dafür hätten zahlen müssen. Die E.\_\_\_\_\_ AG selber habe die Aktien am 5. November 2013 bei einer Präsentation im U.\_\_\_\_\_ [Liegenschaft] zum Preis von Fr. 4.- im Sinne eines Vorzugspreises angeboten, die V.\_\_\_\_\_ [Bank] habe die Aktien empfohlen und in ihren Kundendepot-Auszügen den Wert mit Fr. 4.20 angezeigt. Heute sei der Wert höher, da bei vorbörslich gehandelten Aktien mit einer Wertsteigerung beim Börsengang gerechnet werden könne. Zur Zeit des Verkaufs hätten keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass mit den Ak-tien etwas nicht in Ordnung sei. Da er nur über 10'000er-Aktienzertifikate verfügt habe, seien die Parteien tatsächlich übereingekommen, ein solches zu teilen; da- zu sei er selber nur bereit gewesen, weil dies tatsächlich eine gute Investition ge- wesen sei. Dieses Zertifikat sei dem Kläger übergeben worden und bis heute in seinem Besitz. Daher stehe ihm ein Verrechnungsrecht für seinen eigenen Anteil mit Fr. 20'000.- gegen den Kläger zu (Urk. 21 S. 8f, 13f, 19f, 21; Prot. I S. 13).

## **E. 6.2**

Die Vorinstanz erwog auch zum Kauf der E.\_\_\_\_\_ -Aktien vorweg, Dritte hät- ten an diesen keine Ansprüche erhoben, weshalb offen bleiben könne, ob der Be- klagte (allein) zu deren Verkauf befugt gewesen sei. Den Beklagten habe auch keine Aufklärungspflicht hinsichtlich allfälliger weiterer Geschäftspartner im Hin- tergrund getroffen und eine diesbezügliche Täuschung sei nicht möglich. Aus demselben Grund spiele es keine Rolle, wie der Beklagte den Kaufpreis des Klä- gers verwendet habe (Urk. 49 S. 28). Der zutreffende, vorliegend umstrittene Wert nicht börsenkotierter Aktien müsste anhand des Unternehmenswertes bestimmt werden. Dies könne vorliegend aber unterbleiben, da der Beklagte jedenfalls die Gewinnmöglichkeiten, u.a. unter Ver- weis auf Informationen von dritter Seite, deutlich übersetzt dargestellt und den Kläger dadurch getäuscht habe. So habe der Beklagte nämlich in seiner E-Mail

- 26 - vom 20. Dezember 2012 von einem Startpreis beim beschlossenen Börsengang im April 2014 (in 16 Monaten) von Fr. 14.- bis Fr. 22.- gesprochen, von einer er- warteten "Bombe" von Fr. 80.- bis Fr. 120.-, dass sich F.\_\_\_\_\_ & Co. schon be- reits mit dem Maximum eingedeckt hätten und dass Neukunden schon Tranchen zu Fr. 7.50 verkauft worden seien. Da könne der Kläger nichts falsch machen. Weiter habe der Beklagte am 15. Januar 2013 geschrieben, der Kläger erhalte den "Family-Preis" von Fr. 3.90, die Bank T.\_\_\_\_\_ habe die Firma E.\_\_\_\_\_ aber bereits auf EUR 450'000'000.- geschätzt und beim Börsengang per April 2014 die Aktie bei Fr. 13.90 eruiert. Vor 10 Minuten hätten sie einem Grillstandbesitzer beim W.\_\_\_\_\_ Aktien zu Fr. 5.- verkauft, der jetzige Preis für Neukunden stehe bei Fr. 7.50. Tags darauf habe der Beklagte dem Kläger empfohlen, das 10'000er- Zertifikat für Fr. 36'900.- zu nehmen, dieser Kauf habe nach der Bank T.\_\_\_\_\_ bereits aktuell einen Wert von Fr. 139'000.-. Am 2. April 2013, vor der Übergabe des Zertifikats, habe der Beklagte dessen Wert gemäss Feststellungen der Bank T.\_\_\_\_\_, mit Fr. 75'000.- angegeben, bezogen auf den Anteil des Klägers und seinen Einsatz von Fr. 20'000.- somit bei Fr. 37'500.- und einem Plus von Fr. 17'500.- (Urk. 49 S. 36 i.V.m. S. 38ff, 41). Dieses Verhalten, so die Vorinstanz weiter, habe eine blossе Anpreisung vorteilhafter Geschäfte überstiegen, die Ab- sicht des Klägers auf die falsch dargestellten Gewinnaussichten fixiert und zum Abschluss des Kaufvertrages bewogen. Darin liege eine Täuschung. Aufgrund der bestehenden Partnerschaft der Parteien wäre der Beklagte weiter auch zur Auf- klärung des Klägers über den von ihm selber bezahlten Aktienpreis verpflichtet gewesen. Durch Verschweigen dieses Sachverhaltes habe er eine weitere Täu-

schung begangen (Urk. 49 S. 43).

### E. 6.3

Das Angebot zum Kauf der E. \_\_\_\_\_ -Aktien erfolgte am 20. Dezember 2012, praktisch zeitgleich mit dem Angebot zum Kauf der Max Ernst-Skulptur (Urk. 3/2). Vereinbart war offenkundig ein Alleinkauf des Klägers von 5'000 Aktien, wofür der Kläger dem Beklagten am 27. Dezember 2012 Fr. 20'000.- zeitgleich mit dem Kaufpreis für die Skulptur überwies. Damit war der Kauf besiegelt. Kauf- bzw. täuschungsrelevante Zusicherungen sind daher nur relevant, soweit sie vor diesem Datum erfolgten. Sodann bestand damals noch kein enges Vertrauensverhältnis oder gar ein Partnerschaftsverhältnis im Sinne einer einfachen Gesellschaft unter

- 27 - den Parteien. Der Kauf der Skulptur wurde parallel abgewickelt; ob er zum Erfolg werden würde, war damals noch völlig offen. Daher konnte und durfte der Kläger (noch) kein besonderes Vertrauen in die Kompetenz und Loyalität des Beklagten haben. Im Gegensatz zum bereits von Anfang an vereinbarten gemeinsamen Erwerb der Zwilling-Fayencen von Anker je zur Hälfte, kaufte der Kläger die 5'000 Aktien zu Alleineigentum. Dass ihm der Beklagte Monate später im April 2013 dann ein Zertifikat über die doppelte Anzahl Aktien aus eigenem Besitz aushändigte, hatte keinen Einfluss mehr auf das Kaufgeschäft und machte dieses nicht rückwirkend zu einem gemeinsamen, gesellschaftsähnlichen Geschäft der Parteien. Der Kläger lehnte es vielmehr klar ab, die im Zertifikat verbrieften zusätzlichen 5'000 Aktien mittels eines Aufpreises zu den Fr. 20'000.- auch noch zu erwerben. Bestand im Dezember 2012 somit keine Partnerschaft oder ein Gesellschaftsverhältnis der Parteien hinsichtlich des gemeinsamen Kaufs von E. \_\_\_\_\_ -Aktien, kann der Kläger den Täuschungsvorwurf, entgegen der Vorinstanz und dem Kläger (Urk. 60 S. 3 Rz 10), ganz grundsätzlich nicht mit der Verletzung einer Aufklärungspflicht des Beklagten über den wahren Wert bzw. den von ihm selber entrichteten Preis begründen. Für allfällige täuschende Sachverhaltsangaben ist damit allein die E-Mail des Beklagten vom 20. Dezember 2012 relevant, die dem Kauf vorausgegangen ist (Urk. 3/2). Der Beklagte machte dort insoweit Angaben über bestehende Tatsachen, als er darauf hinwies, die Eigentümer und Verwaltungsräte der Firma seien Topleute und F. \_\_\_\_\_ & Co. hätten sich schon längst bis zum Maximum mit Aktien eingedeckt. Aus diesen Angaben durfte der Kläger auf eine hohe Seriosität und wirtschaftliche Potenz der E. \_\_\_\_\_ AG schliessen und sich zum Kauf der Aktien motivieren lassen. Wenn der Beklagte noch zusätzlich darauf hinwies, die Aktien seien bereits auch schon zu Fr. 7.50 verkauft worden, dann erweckte er damit überdies den Anschein eines besonders günstigen Kaufs mit dem offerierten Preis von Fr. 4.-. Diese Angaben über bestehende Tatsachen waren geeignet, den Kläger bei seinem Kaufentscheid zu beeinflussen. Da der Kläger im Prozess die Unrichtigkeit dieser Angaben behauptet und eine Täuschung daraus ableitet (Urk. 33 S. 8f), hat er dafür den Beweis zu erbringen. Eine Täuschung müsste dann bejaht werden, wenn sich diese Angaben einerseits als objektiv unrichtig erweisen soll-

- 28 - ten und andererseits nachgewiesen werden kann, dass der Beklagte von der Unrichtigkeit wusste oder diese Tatsachen einfach aufs Geratewohl so behauptete. Von Bedeutung für die subjektive Täuschungsabsicht sind sodann auch die (Gegen-)Behauptungen des Beklagten, wonach am 5. November 2013 eine öffentliche Präsentation der Gesellschaft und der ausserbörslichen Investitionsmöglichkeit in deren Aktien zu Fr. 4.- pro Stück stattgefunden habe und dass die V. \_\_\_\_\_ auf ihrer Website für

diese Anlage erworben und entsprechende Aktiendepots mit Fr. 4.20 pro Stück bewertet habe. Zu Recht rügt der Beklagte in seiner Berufung, dass die Vorinstanz aus behaupteten und bestrittenen falschen Angaben über den Wert der Aktie automatisch auch gleich die notwendige subjektive Täuschungsabsicht ableitet (Urk. 48 S. 12). Dass die E.\_\_\_\_-Aktie später nicht an der Börse kotiert wurde und die Gesellschaft 2016 Konkurs ging, steht in keinem Widerspruch zu positiven ausserbörslichen Bewertungen der Aktie im Dezember 2012 und im Verlaufe des Jahres 2013. Hingegen erscheinen die Behauptungen des Klägers, es stehe noch nicht fest, ob das Aktienzertifikat überhaupt echt sei (Urk. 2 S. 12), als zu wenig substantiiert, als dass darüber Beweis abzunehmen ist. Wie einleitend (Erw. 3) erwähnt, ist eine Täuschung über künftige Tatsachen und Wertentwicklungen in der Regel nicht möglich, insbesondere nicht, wenn solche Entwicklungen markt- oder börsenabhängig sind, es sei denn, die entsprechende Meinungsäusserung fusse erkennbar auf bereits bestehenden Tatsachen. Die Behauptung, man erwarte beim Börsengang der E.\_\_\_\_ AG eine Bombe von Fr. 80.- bis Fr. 120.- pro Aktie, wurde in der E-Mail des Beklagten vom 20. Dezember 2012 nicht weiter begründet. Der Kläger als erfahrener Geschäftsmann konnte eine solche fantastische Gewinnsteigerung gegenüber dem aktuellen Kaufpreis von Fr. 4.- pro Aktie nun aber nicht als bare Münze nehmen und als faktengestützte tatsächliche Annahme in seinen Kaufentscheid miteinbeziehen. Auch der Beklagte selber sprach ja nur von einer Erwartung. Insofern scheidet hier eine Täuschung a priori aus. Als Grenzfall einer Täuschung über künftige Tatsachen ist die Behauptung zu werten, der Börsengang im April 2014 mit einem Startpreis der Aktie von Fr. 14.- bis Fr. 22.- sei beschlossen. Eine solche Voraussage auf ca. 16 Monate hinaus

- 29 - erscheint nicht als völlig spekulativ, sofern sich diese auf einen ergangenen Gesellschaftsbeschluss, also eine bestehende Tatsache stützt. Ein Börsengang muss sorgfältig und langfristig geplant werden, weshalb das Management einer solchen Gesellschaft dazu über einen genauen Zeit- und Businessplan verfügen muss. Solche erstrecken sich in der Regel über mehr als 16 Monate und beinhalten konkrete Ziele hinsichtlich des Zeitpunktes des Börsengangs und des vorgängig zu erarbeitenden Startpreises. Ein Interessent darf sich grundsätzlich von solchen Angaben beeinflussen lassen, wenngleich ihm aber auch bewusst sein muss, dass unvorhergesehene Ereignisse solche Planziele noch beeinflussen und verändern können. Da der Kläger auch diese Angaben als unrichtig bzw. als täuschend anführt und insbesondere behauptet, ein Börsengang der E.\_\_\_\_ AG sei völlig unrealistisch gewesen (Urk. 33 S. 10), ist ihm diesbezüglich vorsorglich die Beweismöglichkeit einzuräumen bzw. der Beweis aufzuerlegen. Der Beweis hat sowohl die Unrichtigkeit des behaupteten Beschlusses zum Börsengang im April 2014 bzw. dessen Unwahrscheinlichkeit und zum anvisierten Startpreis zu belegen, als auch zusätzlich den subjektiven Täuschungswillen des Beklagten, nämlich sein Wissen um die Unrichtigkeit dieser Angaben oder aber seine völlige Unkenntnis bezüglich dieser behaupteten Umstände. Zu Recht rügt der Beklagte in seiner Berufung eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung, indem die Vorinstanz aus behaupteten und bestrittenen falschen Gewinnversprechen bereits auch die notwendige subjektive Täuschungsabsicht ableitet (Urk. 48 S. 11f, 15). Das Verfahren ist daher auch bezüglich des Kaufs der E.\_\_\_\_-Aktien an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen. Hingegen hat die Vorinstanz auch bezüglich des Aktiengeschäfts zu Recht darauf hingewiesen, dass die Aktien von keiner Drittperson beim Kläger herausverlangt wurden unter Berufung auf ein besseres Recht. Daher ist es weiter nicht von Bedeutung und kann offen bleiben, ob der Beklagte seinerseits die dem Kläger verkauften Aktien seinem eigenen Verkäufer bezahlt oder

allfällige Vermittlungsprovisionen an Geschäftspartner bezahlt hat. Eine Veruntreuung des Kaufpreises des Klägers steht nicht zur Diskussion. Aus demselben Grund offen bleiben kann, ob der Beklagte dieselben Aktien allenfalls zweimal verkauft hat.

- 30 - Gelingt dem Kläger der Nachweis einer Täuschung, hat er dem Beklagten das Aktienzertifikat gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurückzuerstatten (Art. 31 Abs. 1 OR). Eine Verrechnung des Beklagten mit dem überschüssenden Wert des auf die doppelte Aktienzahl lautenden Zertifikats entfällt. Gelingt dem Kläger der Nachweis der Täuschung nicht und muss er die Aktien bzw. das Zertifikat behalten, so würde sich theoretisch die Frage einer Entschädigung des Mehrwertes stellen. Da die E. \_\_\_\_\_ AG indessen Konkurs gemacht hat, sind die Aktien heute wertlos und beinhalten kein Verrechnungssubstrat mehr. Zumindest behauptet der Beklagte konkret nichts Abweichendes (Urk. 21 S. 24; Prot. I S. 13; Urk. 48 S. 17).

#### **E. 7**

**Verrechnungseinrede** Der Beklagte erhob vor Vorinstanz in seiner Klageantwort für den Fall des Bestandes der klägerischen Forderung die Einrede der Verrechnung mit einer eigenen Forderung von Fr. 15'000.- bis Fr. 25'000.-. Diese resultiere aus dem Wert einer von ihm ersteigerten (tiefen) liechtensteinischen Autonummer, die er dem Kläger zur Aufbewahrung überlassen habe und die nunmehr auf ein Fahrzeug des Sohnes des Klägers eingelöst sei (Urk. 21 S. 14f). Dem hielt der Kläger in der Replik entgegen, die Nummer sei vom Beklagten auf den Namen der AA. \_\_\_\_\_ AG ersteigert und später auf deren Namen eingelöst worden, er habe damit privat nichts zu tun (Urk. 33 S. 14). Zu dieser Gegendarstellung äusserte sich der Beklagte in der Duplik nicht (Prot. I S. 17). Der Kläger hat vorliegend nicht nur die Sachdarstellung des Beklagten über den Geschäftsablauf als unzutreffend bestritten, sondern auch die fehlende Verrechnungbarkeit zufolge fehlender Identität der Parteien geltend gemacht. Zu dieser neuen Einrede hätte der Beklagte in seiner Duplik ausdrücklich Stellung nehmen müssen, hätte er sie bestreiten wollen; seine vorgängige Sachdarstellung über den Geschäftsablauf widersprach nicht automatisch dem späteren rechtlichen Einwand des Klägers. Blieb der Einwand der fehlenden Verrechnungbarkeit der gegenseitigen Forderungen mangels Identität der Parteien unbestritten, ist die Verrechnungseinrede des Beklagten auch im Berufungsverfahren abzuweisen. Damit

- 31 - kann offen bleiben, ob die Verrechnungsforderung als solche ausreichend substantiiert wurde (Urk. 48 S. 16 i.V.m. Urk. 49 S. 50).

#### **E. 8**

**Zusammenfassung** Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Klage betreffend die Rückerstattung des Kaufpreises für die Max Ernst-Skulptur abzuweisen, somit im Betrag von Fr. 30'000.- zuzüglich 5% Zins seit dem 27. Dezember 2012 und das diesbezügliche Rechtsöffnungsbegehren. Hinsichtlich der weiteren Klageforderung ist das Verfahren im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zum neuen Entscheid zurückzuweisen. Damit bleibt es auch beim Arrestbefehl vom 4. April 2014 bzw. dessen Bestätigung gemäss Urteil vom 6. Juni 2014. Auch verbleibt die Sicherheitsleistung des Klägers von Fr. 17'500.-, die er gestützt auf 273 Abs. 1 SchKG für einen allfälligen Arrestschaden geleistet hat, bis auf weiteres bei der Gerichtskasse. Da die Verlegung der Kosten und Parteientschädigungen für das vorliegende Berufungsverfahren massgeblich vom Obsiegen und Unterliegen der Parteien im neuen erstinstanzlichen

Verfahren abhängt, ist einstweilen nur eine Entscheidungsbühe für das Berufungsverfahren festzusetzen. Diese beträgt gemäss § 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 2 GebV OG Fr. 12'000.-. Über die Verlegung dieser Kosten sowie die Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren hat die Vorinstanz in ihrer neuen Entscheidung zu befinden. Es wird erkannt: 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 26. Mai 2016 wird aufgehoben. 2. Die Klage wird im Teilbetrag von Fr. 30'000.- zuzüglich 5% Zins ab 27. Dezember 2012 abgewiesen. 3. Das Begehren des Klägers um Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Rüti (Zahlungsbefehl vom 3. Februar 2014) wird für den Teilbetrag von Fr. 30'000.- zuzüglich 5% Zins ab 27. Dezember 2012 abgewiesen.

- 32 - 4. Die Entscheidungsbühe für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 12'000.- festgesetzt. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Es wird weiter beschlossen: 1. Mit Bezug auf den Mehrbetrag der Klageforderung wird die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. 2. Die Regelung der Gerichts- und Parteikosten des vorliegenden Berufungsverfahrens sowie des ersten bezirksgerichtlichen Verfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten. 3. Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte bzw. Berufungskläger im Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 17'750.- sowie eine Sicherheit für die Parteientschädigung von Fr. 13'000.- geleistet hat.

- 33 - 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 320'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 11. Januar 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Kirchheimer versandt am: jo