

# ZH\_OBERGERICHT LB200032 vom 2. Dezember 2020

ZH Obergericht, 2020-12-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB200032](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB200032)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB200032 du 2 décembre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LB200032 del 2 dicembre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Ausgangslage und bisheriger Verfahrensverlauf

#### E. 1.1

Die kunstinteressierte Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) erwarb am 8. Dezember 2014 von der E. \_\_\_\_\_ AG im Nachverkauf zu einer Auktion eine blaue ...-skulptur des Künstlers D. \_\_\_\_\_. Sie bezahlte dafür einen Betrag von insgesamt Fr. 123'120.– (Kaufpreis, Mäklerprovision und Mehrwertsteuerzuschlag inklusive). Die Skulptur war der E. \_\_\_\_\_ AG von der Beklagten 2 (nachfolgend Beklagte) eingeliefert worden. Im Auktionskatalog der E. \_\_\_\_\_ AG war die ...-skulptur als Los 3407 wie folgt beschrieben worden: "D. \_\_\_\_\_ 1928-1962 Ohne Titel (C. \_\_\_\_\_.). 1961. IKB Pigment und Kunstharz auf ... Ca. 6 x 6 x 6 cm auf Metallständer, Gesamthöhe 17.5 cm." Weiter wurde darauf hingewiesen, dass F. \_\_\_\_\_ die Authentizität des Werkes bestätigt habe und das Werk unter der Nummer 1 in den Archives D. \_\_\_\_\_ registriert sei. Zudem wurde ein Zitat von D. \_\_\_\_\_ wiedergegeben, mit dem Hinweis auf den Ausstellungskatalog zur D. \_\_\_\_\_ Retrospektive in Houston 1982 (act. 5/4).

#### E. 1.2

Bei der von der Klägerin erworbenen ...-skulptur handelt es sich um einen blauen ... auf einem geraden Metallständer. Die Parteien sind sich einig, dass der blaue ... im Jahr 1961 von D. \_\_\_\_\_ geschaffen wurde. Unbestritten ist auch, dass

- 5 - der Metallständer erst nach dem Tod von D. \_\_\_\_\_ von dessen Nachlass ergänzt wurde.

#### E. 1.3

Die Klägerin vertritt den Standpunkt, sie sei aufgrund der Beschreibung im Auktionskatalog der E. \_\_\_\_\_ AG berechtigterweise davon ausgegangen, dass die Skulptur Unikatscharakter habe und zur Werkgruppe von D. \_\_\_\_\_s ...-skulpturen auf geradem Metallstab gehöre. Sie beruft sich auf Grundlagenirrtum und absichtliche Täuschung. Am 21. August 2017 klagte sie bei der Vorinstanz die E. \_\_\_\_\_ AG und die Beklagte als Solidarschuldner, letztere Zug-um-Zug gegen Rückgabe der "C. \_\_\_\_\_" von D. \_\_\_\_\_, für eine Forderung von Fr. 123'120.– zuzüglich Verzugszinsen ein (act. 2). Die Vorinstanz fällte am 26. Juni 2020 das obgenannte Urteil und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Zug um Zug gegen Rückgabe der ...-skulptur Fr. 102'600.– zuzüglich Verzugszinsen zu 5 % seit dem 26. September 2016 zu bezahlen. Weiter wurden der Beklagten die Gerichtskosten zu fünf Sechsteln sowie die Kopierkosten im Betrag von pauschal Fr. 100.– auferlegt und sie wurde verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte am 8. September 2020 fristgerecht die vorliegende Berufung vor der Kammer (act. 114).

#### **E. 1.4**

Den ihr mit Verfügung vom 17. September 2020 (act. 117) auferlegten Kostenvorschuss bezahlte die Beklagte am 25. September 2020 (act. 121). Am 7. Oktober 2020 wurde der Klägerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort an- gesetzt (act. 123). Die Berufungsantwort vom 9. November 2020 ging innert Frist bei der Kammer ein (act. 125). Sie ist der Beklagten mit dem vorliegenden Urteil zuzustellen.

#### **E. 2**

Prozessuales

##### **E. 2.1**

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist eine Berufung schriftlich und begründet einzureichen. In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punk- ten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (OGer ZH LZ160009 vom 28. November 2016). Die Beklagte hat die Berufung fristgerecht eingereicht und den angeforderten Kostenvorschuss bezahlt (act.

- 6 - 121). Sie stellt in der Berufungsschrift Anträge und begründet diese. Auf die Beru- fung ist folglich einzutreten.

##### **E. 2.2**

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Ver- fahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 m.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrich- tige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft ist bzw. an einem der genann- ten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Ein- tretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Er- wägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinander- setzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erho- ben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Beru- fungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer. 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2; BGer. 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforde- rungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmitte- linstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtli- chen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu be- schränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstin- stanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m. w. Hinw.; BGer. 5A\_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3; BGer. 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; BGer. 4A\_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beru- fungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-HURNI, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 57 N 22).

### **E. 2.3**

Nachfolgend wird auf die einzelnen, von der Beklagten im Berufungsverfahren vorgebrachten Rügen einzugehen und dabei auch zu prüfen sein, ob ihre Ausführungen den vorstehenden Begründungsanforderungen genügen.

### **E. 3**

Zuständigkeit und anwendbares Recht

#### **E. 3.1**

Die Klägerin ist deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Berlin. Die Beklagte hat ihren Sitz in Deutschland. Es liegt somit mit Blick auf die in der Schweiz angerufenen Gerichte ein internationaler Sachverhalt vor, was zur Anwendbarkeit des IPRG beziehungsweise des Lugano Übereinkommens (nachfolgend LugÜ; vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG) führt.

#### **E. 3.2**

Die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz und folglich auch des angerufenen Obergerichts ist gegeben, nachdem sich beide Beklagten im Sinne von Art. 24 LugÜ vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen haben. Zudem ergab sich im erstinstanzlichen Verfahren die Zuständigkeit für die Klage gegen die E.\_\_\_\_\_ AG nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ am Erfüllungsort in Zürich. Gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 LugÜ begründete sich damit auch die Zuständigkeit für die Beklagte als Streitgenossin.

#### **E. 3.3**

Die Parteien vereinbarten in Ziffer 11.4 der Auktionsbedingungen (act. 5/2) die Anwendung schweizerischen Rechts im Sinne von Art. 116 IPRG, was ebenfalls unbestritten ist.

#### **E. 3.5**

cm. Auf posthum realisiertem Metallständer" statt Masse "6 x 6 x 6 cm auf Metallständer, Gesamthöhe ca. 17.5 cm", Hinweis auf Bestätigung der Überprüfung des Objektes durch die RUK anstatt Photozertifikat von F.\_\_\_\_\_, kein Hinweis auf "D.\_\_\_\_\_, a Retrospective, exhib. cat., Houston 1982, p. 111". Dies mache deutlich, dass das Auktionshaus I.\_\_\_\_\_ seine Katalogbeschreibung des Jahres 2013 und den doppelten Schätzwert des Loses als falsch qualifiziert habe (act. 71 Rz. 70 f.). Die Beklagte bestritt den Symbolwert dieser Katalogbeschreibung und wies daraufhin, dass die fragliche Auktion im Jahr 2018 und damit lange nach Einreichung der Klage durch die Klägerin erfolgt sei. Da das vorliegende Verfahren im Kreise der Auktionshäuser bekannt geworden sei, könne auf die besagte Katalogbeschreibung nicht abgestellt werden. Zudem habe der Schätzwert für ein kleineres Werk, als das von der Klägerin erworbene, nicht € 40'000.–, sondern € 40'000.– bis € 60'000.– betragen. Auch aus den übrigen von der Klägerin angegebenen Anpassungen in der Katalogbeschreibung des Auktionshauses I.\_\_\_\_\_ könne sie nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 90 Rz. 105). 6.14. Wie erwähnt, trägt die Klägerin die Beweislast für die Tatsache, dass eine ...-skulptur mit einer von D.\_\_\_\_\_ angebrachten Sockelung wesentlich mehr wert ist als eine solche mit einer posthumer Sockelung. Betreffend den Hinweis der Klägerin auf die Katalogbeschreibung des Auktionshauses I.\_\_\_\_\_ für das Los 514 ist zunächst festzuhalten, dass der Schätzwert, wie von der Beklagten zutreffend erwähnt, nicht mit € 40'000.–, sondern mit € 40'000.– bis € 60'000.– angegeben wurde. Zudem ist die Skulptur deutlich kleiner als die streitgegenständliche (5 x 5 x 3.5 cm statt 6 x 6 x 6 cm;

act. 73/11). Auch das Argument der Beklagten, die Einreichung der vorliegenden Klage sei unter Auktionshäusern bekannt geworden und die fragliche Auktion des Auktionshauses I.\_\_\_\_\_ habe erst nach Klageeinreichung stattgefunden, scheint eine gewisse Berechtigung zu haben. Entgegen der Auffassung der Klägerin stellt die besagte Auktion im Jahr 2018 aufgrund der genannten Umstände keinen Nachweis dafür dar, dass der Schätzpreis der

- 31 - E.\_\_\_\_\_ AG im Jahr 2014 deutlich über dem Wert des Werks 1 lag. Eine derartige Schlussfolgerung wäre reine Spekulation. Gerade vor dem Hintergrund, dass gewisse Bereiche des Kunstmarktes notorisch einer hohen Volatilität unterworfen sind, kann eine derartige Schlussfolgerung nicht ohne Fachkenntnisse gezogen werden. Die Klägerin hat jedoch keine Expertise als Beweismittel offeriert. Aufgrund des Gesagten kann die Klägerin mit den von ihr angeführten Vergleichsfällen und den als Beweismitteln eingereichten Screenshots (act. 73/10-11) nicht nachweisen, dass eine grosse Wertdifferenz zwischen vom Künstler selbst und posthum gesockelten ...-skulpturen besteht. 6.15. Da es aufgrund der von den Parteien vorgetragenen Behauptungen und den von der Klägerin offerierten Beweismitteln an einer zuverlässigen Grundlage fehlt, um einen grossen Wertunterschied zwischen ...-skulpturen mit von D.\_\_\_\_\_ vorgenommener und posthumer Sockelung festzustellen, gelingt der beweisbelasteten Klägerin der Nachweis nicht, dass ein schwerer Mangel vorlag. Daraus folgt, dass sich – entgegen der Schlussfolgerungen der Vorinstanz – aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen keine Aufklärungspflicht der Beklagten ableiten lässt. Entsprechend kann keine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR angenommen werden. Die Klägerin kann sich nicht auf die Unverbindlichkeit des Kaufvertrages zwischen ihr und der Beklagten berufen. Eine Rückabwicklung des Kaufvertrages kommt deshalb nicht in Frage und die Klage ist abzuweisen. 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen und Kopierkosten 7.1. Aufgrund des Ausgangs des Berufungsverfahrens wird die Klägerin auch im erstinstanzlichen Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nachdem die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit Urteil vom 26. Juni 2020 zu einem Sechstel rechtskräftig der E.\_\_\_\_\_ AG (Beklagte 1 im erstinstanzlichen Verfahren) auferlegt worden sind, beträgt der von der Klägerin zu tragende Anteil fünf Sechstel. Die Kosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

- 32 - 7.2. Die Beklagte beantragt, die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren sei auf Fr. 18'450.– festzusetzen (act. 114 S. 2). Für die Festsetzung der Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren ist auf den Streitwert von Fr. 123'120.– abzustellen. Daraus ergibt sich eine ordentliche Parteientschädigung von Fr. 12'287.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die Vorinstanz gewährte gestützt auf § 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV einen Pauschalzuschlag von 50 %, was nicht zu beanstanden ist. Entsprechend ist die Höhe der Parteientschädigung zu bestätigen und die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten unter diesem Titel den Betrag von Fr. 18'450.– zu bezahlen. Da die Beklagte ihren Sitz im Ausland und auch keinen Mehrwertsteuerzusatz zur Parteientschädigung beantragt hat, ist gestützt auf das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006 kein solcher zuzusprechen. 7.3. Die Beklagte beantragt, dass Dispositivziffer 5 des erstinstanzlichen Urteils ersatzlos aufzuheben sei. Zur Begründung macht sie geltend, die Vorinstanz habe ihr in unbegründeter Weise eine pauschale Strafgebühr von Fr. 100.– "für das Erstellen der Kopien der Klageantwortschrift sowie des

Beweismittelverzeichnisses" auferlegt. Die Vorinstanz begründe diese Kostenaufgabe damit, dass ihr (der Beklagten) mit Verfügung vom 11. Januar 2018 eine Nachfrist angesetzt worden sei, "um zwei weitere Ausfertigungen der Klageantwortschrift (act. 24) sowie ein Beweismittelverzeichnis in dreifacher Ausfertigung einzureichen". Da dies unterblieben sei, habe die Gerichtskanzlei die entsprechenden Kopien erstellt, wobei die dadurch verursachten Kosten der Beklagten aufzuerlegen seien. In der Aktennotiz (act. 33) sei festgehalten worden: "Um das Aktenverzeichnis zu act. 23 zu erstellen benötige ich 30 Min. Um das Aktorum 24 zweimal vollständig und farbig zu kopieren ist ein Aufwand von 22.00 CHF entstanden (2 x 11 Seiten, farbig, DIN A4)". Die Klageantwort – so die Beklagte weiter – habe 15 Seiten umfasst und sei einfarbig gewesen, 30 schwarz-weiss Kopien würden Kosten von CHF 3.– verursachen. Aus act. 34 ergebe sich, dass das erstellte Beweismittelverzeichnis gerade einmal 1 Urkunde und 3 Zeugen umfasse. Der Aufwand dafür sei minimal und könne von einer Kanzleimitarbeiterin in ihrer üblichen Arbeitszeit erledigt werden, so dass dadurch keine Mehrkosten entstanden seien (act. 114 Rz. 38 und Rz. 141 f.).

- 33 - 7.4. Die Vorinstanz setzte der Beklagten mit Verfügung vom 11. Januar 2018 eine Nachfrist an, um zwei weitere Exemplare der Klageantwort sowie ein Beweismittelverzeichnis einzureichen. Diese Aufforderung erfolgte unter der Androhung, dass bei Säumnis die notwendigen Kopien bzw. das Beweismittelverzeichnis auf Kosten der Beklagten erstellt würden (act. 29). Art. 131 ZPO sieht vor, dass Eingaben und Beilagen in Papierform in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei einzureichen sind; andernfalls kann das Gericht eine Nachfrist ansetzen oder die notwendigen Kopien auf Kosten der Partei erstellen. Somit erfolgte die Anordnung der Vorinstanz gemäss Verfügung vom 11. Januar 2018 im Einklang mit der gesetzlichen Regelung. 7.5. Was die Höhe der Kosten anbelangt, so hat deren Festsetzung in Anwendung der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2011 (GebV OG) zu erfolgen. Eine Pauschalgebühr ist in der Gebührenverordnung nicht vorgesehen. § 21 Abs. 2 GebV OG verweist bezüglich der Tarife für die Erstellung von Kopien auf § 35 der Verordnung über die Information und den Datenschutz vom 28. Mai 2008 (IDV; LS 170.41). § 35 Abs. 2 IDV verweist für die Höhe der Gebühren auf den Anhang der Verordnung, der den Gebührentarif für den Informationszugang enthält. Für eine Kopie ab normaler Einzelblattvorlage bis A3 beträgt die Gebühr 50 Rappen pro Seite. Die Verordnung unterscheidet lediglich zwischen normalen Einzelblattvorlagen und besonderen Vorlageformaten. Für Farbkopien ist kein gesonderter Ansatz vorgesehen. Für die Kopien der 15-seitigen Klageantwort der Beklagten (act. 23), welche mit einer Bostitch-Klammer zusammen gefasst ist, rechtfertigt sich der Ansatz für normale Einzelblattvorlagen von 50 Rappen pro Seite. Somit resultiert für das zweifache Kopieren der Klageantwort eine Gebühr von Fr. 15.–. Die von der Beklagten mit der Klageantwort eingereichte Beilage (act. 24) umfasst 11 Seiten. Sie enthält zahlreiche rot unterstrichene Textpassagen, weshalb die Vorinstanz Farbkopien anzufertigen hatte. Da die Verordnung jedoch keinen speziellen Ansatz für Farbkopien vorsieht, ist die Gebühr für das zweifache Kopieren dieser Beilage auf Fr. 11.– festzusetzen. Gesamthaft betragen die Kopiergebühren Fr. 26.–. Was die Erstellung des Beweismittelverzeichnisses (in der Aktennotiz [act. 33] irrtümlicherweise als Aktenverzeichnis bezeichnet) betrifft, so kann gestützt auf § 21 Abs. 2 GebV OG i.V.m.

- 34 - § 35 Abs. 1 IDV die Gebührenordnung für die Verwaltungsbehörden vom 30. Juni 1966 (LS 682) als Rechtsgrundlage herangezogen werden. Gemäss § 2 lit. a der Verordnung beträgt die Gebühr für Einträge und Vormerke in Registern und Verzeichnissen sowie für schriftliche Auskünfte besonderer Art, je nach Umfang, Zeit- und Arbeitsaufwand sowie nach Bedeutung der Sache zwischen Fr. 2.– und Fr. 200.–. Der von der Vorinstanz angegebene Zeitaufwand von einer halben Stunde für die Erstellung des Beweismittelverzeichnisses erscheint angesichts des Umfangs der Klageantwort von 15 Seiten etwas hoch, zumal die Beweisofferten darin klar erkennbar (fett und eingerückt) aufgeführt sind. Angemessen erscheint ein Aufwand von 10 Minuten. Da dem Beweismittelverzeichnis keine besondere Bedeutung zukommt, erscheint insgesamt eine Gebühr von Fr. 35.– als angemessen. Nach dem Gesagten sind der Beklagten für das Erstellen der Kopien der Klageantwortschrift sowie des Beweismittelverzeichnisses Kosten von Fr. 61.– aufzuerlegen. 7.6. Ausgangsgemäss wird die Klägerin gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren vollumfänglich kostenpflichtig. Im Berufungsverfahren liegt noch eine Forderung von Fr. 102'600.– im Streit. Gestützt auf § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 8'850.– festzulegen. 7.7. Die Klägerin ist sodann antragsgemäss zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen. Ausgehend von dem im Berufungsverfahren strittigen Betrag von Fr. 102'600.– beträgt die Grundgebühr gestützt auf § 4 Abs. 1 AnwGebV Fr. 11'056.–. In Anwendung von § 13 Abs. 2 AnwGebV ist die Grundgebühr um einen Drittel zu ermässigen, so dass eine Parteientschädigung von Fr. 7'400.– resultiert. Ein Mehrwertsteuerzusatz ist nicht zuzusprechen (vgl. vorstehend E. 7.2). Es wird erkannt: 1. In Gutheissung der Berufung der Beklagten und Berufungsklägerin werden die Dispositiv-Ziffern 2, 4, 5 und 7 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Juni 2020 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- 35 - "2. Die Klage wird abgewiesen. [...] 4. Die Gerichtskosten werden der Beklagten 1 zu einem Sechstel (1/6) und der Klägerin zu fünf Sechsteln (5/6) auferlegt. Die Kosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. 5. Die Kosten für das Erstellen der Kopien der Klageantwortschrift der Beklagten 2 sowie des Beweismittelverzeichnisses in der Höhe von Fr. 61.– werden der Beklagten 2 auferlegt. [...] 7. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten 2 eine Parteientschädigung von Fr. 18'450.– zu bezahlen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'850.– festgesetzt und der Berufungsbeklagten auferlegt. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss von Fr. 8'850.– bezogen. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin Fr. 8'850.– zu ersetzen. 3. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'400.– zu zahlen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage des Doppels der Berufungsantwort (act. 125), sowie an das Bezirksgericht Zürich, 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 Bundesge-

- 36 - richt, 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).

- 37 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 102'600.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. E. Lichti Aschwanden lic. iur. D. Siegwart versandt am:

#### **E. 4**

Verletzung der Dispositions- und Verhandlungsmaxime

##### **E. 4.1**

Die Vorinstanz bejahte eine absichtliche Täuschung durch die Beklagte im Sinne von Art. 28 OR. Sie stellte darauf ab, dass die Beklagte vor der Einlieferung der ...-skulptur bei der E.\_\_\_\_ AG gewusst habe, dass der Metallständer nicht von D.\_\_\_\_ montiert worden sei. Der Vorstand der Beklagten habe den ... im Frühjahr 2013 Herrn G.\_\_\_\_ (dem Ehemann der Witwe F.\_\_\_\_) übergeben mit der Bitte, diesen auf Authentizität zu überprüfen und eine Echtheitsexpertise zu erstellen. Die Echtheitsbestätigung vom 11. Juli 2013 sei dem Vorstand der Be- klagten zusammen mit einem Ständer und der Bitte, den ... auf diesen Ständer montieren zu lassen, übergeben worden (act. 108 S. 23 f. und 26). Weiter ging die Vorinstanz vom unbestrittenen Umstand aus, dass die Beklagte die fragliche ...-

- 8 - skulptur im Herbst 2013 dem H.\_\_\_\_ Auktionshaus I.\_\_\_\_ und im Frühling 2014 dem J.\_\_\_\_ Auktionshaus K.\_\_\_\_ für Auktionen übergeben habe. Wäh- rend die Katalogbeschreibung des H.\_\_\_\_ Auktionshauses I.\_\_\_\_ fast wörtlich mit derjenigen der E.\_\_\_\_ AG übereingestimmt habe, habe das J.\_\_\_\_ Aukti- onshaus K.\_\_\_\_ die ...-skulptur davon abweichend als "C.\_\_\_\_. keine Jahres- angabe, ... Pigment, Kunstharz und Natur... - kein IKB Pigment -, 6 x 3.5 cm, Me- tallstab mit Plinthe (vom Nachlass montiert), 18 x 4.5 x 6 cm" beschrieben. Die Beklagte habe Kenntnis von den beiden unterschiedlichen Beschreibungen der Skulptur durch die Auktionshäuser I.\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_ erlangt haben müssen. Diese seien den im Recht liegenden Abbildungen der Lots zu entnehmen (act. 108 S. 21, 24 und 26, mit Hinweis auf act. 5/26 und act. 5/27). Nach der bundes- gerichtlichen Rechtsprechung – so die Vorinstanz weiter – sei das Verschweigen von Tatsachen als Täuschung im Sinne von Art. 28 OR zu werten, wenn eine Auskunftspflicht bestehe (BGer. 4A\_141/2017 vom 4. September 2017 E. 3.1). In der Folge bejahte die Vorinstanz eine Aufklärungspflicht der Beklagten mit der Begründung, dass die fehlende Authentizität des Metallständers nur schwer oder überhaupt nicht erkennbar sei und der verschwiegene Mangel schwer wiege (act. 108 S. 27 ff.). Sie verglich die Schätzpreise des H.\_\_\_\_ Auktionshauses I.\_\_\_\_ am 27. November 2013 einerseits und des J.\_\_\_\_ Auktionshauses K.\_\_\_\_ am 20. Mai 2014 andererseits mit demjenigen der E.\_\_\_\_ AG für die streitgegen- ständliche Skulptur. Dabei stellte die Vorinstanz fest, die E.\_\_\_\_ AG habe nur 6 Monate später ausgehend vom Mittelwert einen um mindestens 50 % höheren Schätzwert bzw. ausgehend vom maximalen Wert einen doppelt so hohen Schätzwert angegeben. Daraus könne geschlossen werden, dass die ...-skulptur mit einer von D.\_\_\_\_ vorgenommenen Sockelung wesentlich werthaltiger sei als mit einer posthumen Sockelung. Der verschwiegene Mangel wiege deshalb schwer (act. 108 S. 28 f.). Die Beklagte habe eventualvorsätzlich in Kauf genom- men, dass die Klägerin durch die Katalogbeschreibung, welche von der E.\_\_\_\_ AG verfasst worden sei, in die Irre geführt werden könnte, indem sie (die Beklag- te) die ihr bekannten Umstände der posthumen Sockelung, der nur wenige Mona- te zuvor erfolgten erheblich tieferen Preisschätzungen

durch die Auktionshäuser

- 9 - I.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ und der präziseren Objektbeschreibung durch das Auktionshaus K.\_\_\_\_\_ verschwiegen habe (act. 108 S. 29).

#### **E. 4.2**

Die Beklagte beanstandet in ihrer Berufung zunächst, die Vorinstanz sei in Verletzung der Dispositions- und Verhandlungsmaxime davon ausgegangen, dass sie (die Beklagte) durch Verletzung der Aufklärungspflicht eine Täuschung begangen habe. Die Klägerin habe ihr jedoch weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht eine Täuschung im Zeitpunkt des Kaufs vorgeworfen, insbesondere keine aktive Täuschung und erst recht keine absichtliche Täuschung durch Verletzung der Aufklärungspflicht (act. 114 S. 9, S. 11 ff.). Der einzige (bestrittene) Vorwurf der Klägerin ihr gegenüber sei dahin gegangen, dass sie die angebliche absichtliche Täuschung seitens der E.\_\_\_\_\_ AG gekannt habe oder hätte kennen sollen, weshalb ihr diese gemäss Art. 28 Abs. 2 OR zuzurechnen sei (act. 114 S. 13).

#### **E. 4.3**

In Verfahren, die – wie das vorliegende – vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, tragen die Parteien die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Parteien trifft die sog. Behauptungslast. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf welche der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den von ihnen angebehrten Anspruch begründen (BGer 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 mit Hinweisen; BGer. 4A\_724/2016 vom 19. Juli 2017 E. 3.1 m. Hinw.). Das Gericht darf seinem Urteil grundsätzlich nur solche Tatsachen zugrunde legen, die von einer Partei im Prozess behauptet worden sind. Es darf den Sachverhalt nicht von sich aus ergänzen oder berichtigen (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 55 N 7, BSK ZPO-GEHRI, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 55 N 3).

#### **E. 4.4**

Wie erwähnt, rügt die Beklagte, die Vorinstanz habe in ihrem Urteil auf Tatsachen abgestellt, welche von der Klägerin nicht behauptet worden seien. Die Klägerin machte jedoch in der Klageschrift gegenüber beiden Beklagten geltend, der Metallständer habe dazu gedient, die Herkunft und den Werkcharakter des ...

- 10 - zu verschleiern und dem ... auf diese Weise eine andere Wertigkeit zu geben (act. 125 Rz. 28; act. 2 Rz. 47 f.). Weiter warf die Klägerin der Beklagten in der Klageschrift vor, sie habe der Katalogbeschreibung inklusive Schätzpreis zugestimmt, obwohl sie von den gescheiterten Auktionen des H.\_\_\_\_\_ Auktionshauses I.\_\_\_\_\_ und des J.\_\_\_\_\_ Auktionshauses K.\_\_\_\_\_ und den dortigen Katalogangaben Kenntnis gehabt habe. Die Klägerin behauptete insbesondere, die Beklagte habe gewusst, dass die Skulptur vom Auktionshaus I.\_\_\_\_\_ im Jahr 2013 mit der fast wortgleichen Katalogbeschreibung angeboten worden sei und dass das Auktionshaus K.\_\_\_\_\_ diese Beschreibung in der Folge als falsch abgelehnt und eine korrekte Beschreibung verfasst habe (act. 125 Rz. 28; act. 2 Rz. 52 ff. und 69). "[...] Da die Beklagte 2 den Inhalt des Kataloges gekannt hat (schliesslich wurde 2013 vom Auktionshaus I.\_\_\_\_\_ dasselbe Objekt mit der fast

wortgleichen Katalogbeschreibung erfolglos angeboten; und lehnte dann das K.\_\_\_\_\_ diese Beschreibung als falsch ab und verfasste eine korrekte Beschreibung) oder zu- mindest hätte kennen sollen, ist ihr diese Täuschung nach Art. 28 Abs. 2 OR zu- zurechnen." (act. 2 Rz. 69).

#### **E. 4.5**

Mit dem Vorwurf, die Beklagte habe trotz Kenntnis des wahren Sachver- halts – nämlich, dass die ...-skulptur nachträglich mit einem Sockel versehen wor- den war – der Beschreibung des Objekts durch die E.\_\_\_\_\_ AG zugestimmt, machte die Klägerin aber gerade geltend, die Beklagte habe die Täuschung ge- kannt und diese sei ihr – da sie nicht gegen die für sie handelnde E.\_\_\_\_\_ AG eingeschritten sei – anzurechnen. Mit dem expliziten Hinweis, der Beklagten sei die Täuschung nach Art. 28 Abs. 2 OR anzurechnen, warf die Klägerin der Be- klagten eine Täuschung vor, wenn auch eine passive. Zudem führte die Klägerin in der Klagebegründung aus, die beiden Beklagten hätten die falsche Beschrei- bung gemeinsam kolportiert (act. 125 Rz. 32; act. 2 Rz. 57). Auch wenn sie diese Behauptung im Zusammenhang mit der solidarischen Haftung der E.\_\_\_\_\_ AG und der Beklagten vorbrachte, ändert dies nichts an ihrem Vorwurf, die Beklagte habe den wahren Sachverhalt gekannt, sei aber nicht gegen die falsche Be- schreibung im Auktionskatalog eingeschritten. In tatsächlicher Hinsicht warf die Klägerin somit genau das vor, worauf die Vorinstanz abstellte und die Beklagte nahm dazu in der Duplik auch ausdrücklich Stellung (act. 90 Rz. 50 ff., act. 125

- 11 - Rz. 36). Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe ihr keine Täuschung bei Vertragsschluss vorgeworfen (act. 114 Rz. 43 ff.), geht an der Sache vorbei, weil der Kaufvertrag zwischen der Klägerin und Beklagten von der Klägerin und der E.\_\_\_\_\_ AG (als direkte Stellvertreterin der Beklagten) abgeschlossen wurde und die Beklagte beim Vertragsschluss nicht anwesend war. Die entsprechende rechtliche Qualifikation durch die Vorinstanz wird von der Beklagten auch nicht beanstandet (vgl. act. 108 S. 6).

#### **E. 4.6**

Ob die von der Klägerin gemachten rechtlichen Ausführungen, die Beklag- te habe für ihr bewusstes Zusammenwirken mit der E.\_\_\_\_\_ AG einzustehen bzw. aufgrund der engen Verknüpfung des Lebenssachverhalts und des Zusam- menwirkens der beiden Beklagten würden diese gemeinsam ins Recht gefasst, als Vorwurf einer absichtlichen Täuschung zu verstehen sind (act. 125 Rz. 30; act. 2 Rz. 92 f.), kann bei dieser Sachlage offen gelassen werden. Die rechtliche Würdigung der von den Parteien vorgebrachten Tatsachen obliegt ohne hin dem Gericht (vgl. nachfolgende Ausführungen zu Art. 57 ZPO). Allerdings ist festzuhal- ten, dass die Beklagte die Vorwürfe der Klägerin offenbar in diesem Sinne inter- pretierte, sonst hätte sie im erstinstanzlichen Verfahren nicht zum Vorwurf der ab- sichtlichen Täuschung Stellung genommen (act. 90 Rz. 123 f.).

#### **E. 4.7**

Der Vollständigkeit halber ist Folgendes festzuhalten: Die Klägerin weist im Zusammenhang mit dem Vorwurf der absichtlichen Täuschung auf die rechtlichen Folgen einer direkten Stellvertretung hin, wonach die Rechtswirkungen von Ge- setzes wegen unmittelbar zwischen dem Vertretenen, hier der Beklagten, und dem Dritten, hier der Klägerin, eintreten (act. 125 Rz. 19 ff.). Die an sich zutref- fende Rechtsauffassung der Klägerin geht im vorliegenden Kontext aber an der Sache vorbei. Die Vorinstanz verneinte eine Täuschung durch die E.\_\_\_\_\_ AG, welche aufgrund der Wirkungen der direkten

Stellvertretung der Beklagten zuzu- rechnen gewesen wäre. Sie kam in der Folge zum Schluss, dass die Beklagte ih- re Aufklärungspflicht verletzte und deshalb eine passive Täuschung zum Nachteil der Klägerin bejaht werden müsse (vgl. act. 108 S. 25 ff.). Die Rechtswirkungen der direkten Stellvertretung würden hingegen nur greifen, wenn seitens der

- 12 - E.\_\_\_\_\_ AG ein täuschendes Verhalten vorgelegen hätte. Dies war jedoch nicht der Fall.

#### **E. 4.8**

Da das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO), ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz eine absichtliche Täuschung durch die Beklagte gestützt auf Art. 28 Abs. 1 OR anstatt auf Art. 28 Abs. 2 OR annahm. Wenn die Beklagte vorbringt, die Klägerin habe ihre Tatsachenbehauptungen im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 OR aufgestellt und ihr Vorwurf der absichtlichen Täuschung habe sich gegen die E.\_\_\_\_\_ AG gerichtet, übersieht sie, dass das Gericht an die rechtliche Würdigung der Parteien nicht gebunden ist. Die Vorinstanz durfte demnach ohne weiteres auf die unbestritten gebliebenen und von der Klä- gerin nachgewiesenen Tatsachen abstellen und diese – unabhängig von den Rechtsauffassungen der Parteien – rechtlich qualifizieren.

#### **E. 4.9**

Aufgrund des Gesagten kann der Auffassung der Beklagten, die Vorinstanz hätte eine Täuschung oder einen Täuschungsvorsatz ihrerseits mangels entspre- chender Behauptungen der Klägerin gar nicht prüfen dürfen, nicht gefolgt werden. Eine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes liegt nicht vor.

#### **E. 4.10**

Die Beklagte sieht eine Verletzung der Dispositionsmaxime im Sinne von Art. 58 ZPO darin, dass das Bezirksgericht den Kaufvertrag wegen einer angeb- lich von ihr begangenen Täuschung aufgehoben habe, obwohl die Klägerin nie verlangt habe, sie sei aufgrund einer Täuschung durch sie (die Beklagte) bei Ver- tragsschluss nicht mehr an den Kaufvertrag gebunden (act. 114 Rz. 58 ff.).

#### **E. 4.11**

Nach der Dispositionsmaxime darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Wenn das Ge- richt dem Kläger das zuspricht, was dieser mit seinem Rechtsbegehren verlangt, liegt keine Verletzung der Dispositionsmaxime vor. Die Klägerin klagte gegen die Beklagte und die E.\_\_\_\_\_ AG, unter solidarischer Haftung, auf Rückerstattung des Kaufpreises im Betrag von insgesamt Fr. 123'120.–. Die Vorinstanz hiess de- ren Rechtsbegehren gut und verpflichtete die E.\_\_\_\_\_ AG zur Bezahlung von Fr. 20'520.– und die Beklagte zur Bezahlung von Fr. 102'600.–. Somit wurde der Klägerin von der Vorinstanz nicht mehr und auch nichts anderes zugesprochen,

- 13 - als sie verlangt hat. Eine Verletzung der Dispositionsmaxime ist nicht auszu- machen.

#### **E. 4.12**

Die Beklagte scheint sich auch im Zusammenhang mit der von ihr geltend gemachten Verletzung der Dispositionsmaxime daran zu stören, dass die Vo- rininstanz eine Täuschung durch sie bejahte, obwohl die Klägerin in ihren Ausfüh- rungen eine aktive Täuschung

durch die E.\_\_\_\_\_ AG in den Vordergrund gestellt hatte. Wie erwähnt, warf die Klägerin auch der Beklagten ein täuschendes Verhalten vor. Zudem war die Vorinstanz an die rechtliche Würdigung der Parteien nicht gebunden. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, der Kaufvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten sei aufgrund der Täuschung durch die Beklagte im Sinne von Art. 27 OR von Anfang an ungültig, ist nach dem Grundsatz "iura novit curia" nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.13**

Weiter wirft die Beklagte der Vorinstanz (eventualiter) eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Sie habe nicht ahnen können, dass eine angebliche Täuschung ihrerseits Prozessthema sein könnte (act. 114 Rz. 62). Wie bereits erwähnt stützte die Vorinstanz ihren Entscheid in Übereinstimmung mit der Verhandlungsmaxime auf unbestrittene oder von der Klägerin nachgewiesene Behauptungen ab. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts betrifft das Anhörungsrecht hauptsächlich Tatsachenfragen (BGE 133 III 139 E. 7.1 nicht veröffentlicht; vgl. BGER. 4A\_165/2008 vom 11. November 2008 E. 7.1). Die Parteien müssen aber gegebenenfalls auch zu Rechtsfragen gehört werden, wenn das Gericht beabsichtigt, seinem Entscheid eine bisher nicht vorgebrachte oder erwähnte rechtliche Begründung zugrunde zu legen, mit welcher die Parteien unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise auch nicht rechnen mussten (BGE 130 III 35 E. 5). Die Klägerin warf der Beklagten eine absichtliche passive Täuschung gestützt auf Art. 28 Abs. 2 OR vor (act. 2 Rz. 69). Der Beklagten war bekannt, dass die E.\_\_\_\_\_ AG als ihre direkte Stellvertreterin den Kaufvertrag mit der Klägerin abgeschlossen hatte. Ihr war auch bekannt, dass die Klägerin die Auffassung vertrat, der Kaufvertrag sei für sie infolge Täuschung unverbindlich. Die Beklagte musste folglich damit rechnen, dass eine allfällige Täuschung – sei es durch die E.\_\_\_\_\_ AG oder durch sie selbst – die Unverbindlichkeit des Kaufver-

- 14 - trages zur Folge hat. Dass die Vorinstanz eine aktive Täuschung anstelle einer passiven Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 2 OR seitens der Beklagten bejahete, ist nicht derart unerwartet, dass gesagt werden müsste, die Beklagte habe vernünftigerweise nicht damit rechnen müssen. Tatsächlich äusserte sich die Beklagte – wie bereits erwähnt (vgl. vorstehend E. 4.4) – auch in der Duplik explizit zum Vorwurf der absichtlichen Täuschung (act. 90 Rz. 50 ff., Rz. 123 f.). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten ist somit unter den gegebenen Umständen zu verneinen.

#### **E. 4.14**

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die von der Beklagten im Berufungsverfahren vorgebrachten Einwände, die Vorinstanz habe die Verhandlungs- und die Dispositionsmaxime und darüber hinaus ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie den Kaufvertrag mit der Klägerin wegen einer von ihr (der Beklagten) begangenen Täuschung im Sinne von Art. 28 OR als von Anfang an ungültig erachtet habe, sind unbegründet.

#### **E. 5**

Zur Frage des Irrtums

##### **E. 5.1**

Die Vorinstanz erachtete die Beschreibung der Skulptur im Auktionskatalog (act. 5/4, vgl. E. 1.100) durchaus als geeignet, beim Leser und Betrachter den Eindruck zu erwecken, dass die Skulptur von D.\_\_\_\_\_ mitsamt dem Metallständer und Sockel geschaffen worden sei.

So sei die Skulptur mitsamt dem Ständer abgebildet und auch die Beschreibung "ca. 6 x 6 x 6 cm auf Metallständer, Gesamthöhe 17.5 cm" lasse auf ein einheitliches Werk schliessen. Insbesondere sei bei der Beschreibung zwischen der Grössenangabe des ...s ("ca. 6 x 6 x 6 cm") und dem Zusatz "auf Metallständer" kein Interpunktionszeichen angebracht worden. Auch die Angabe der Gesamthöhe von ... und Metallständer und der Hinweis, dass F.\_\_\_\_\_ die Authentizität des Werkes bestätigt habe und das Werk unter der Nummer 1 in den Archives D.\_\_\_\_\_ registriert sei (vgl. act. 5/4), dürfe so verstanden werden, dass der Metallständer Teil dieses von D.\_\_\_\_\_ im Jahre 1961 geschaffenen Werks sei. Untermauert werde dieser Eindruck gar durch das angefügte Zitat von D.\_\_\_\_\_ über seine ...-skulpturen mit dem Hinweis auf den Katalog der Ausstellung in Houston 1982. Auch der mit Patina versehene Metallständer suggeriere das Alter der Skulptur als Gesamtes. Bereits der Wortlaut der Presse-

- 15 - mitteilung der Beklagten, aufgrund welcher die Klägerin im Herbst 2014 gemäss eigenen Angaben auf die Versteigerung aufmerksam geworden sei (act. 5/6: "C.\_\_\_\_\_, une ... sur pied teinte en ... IKB d'D.\_\_\_\_\_, ..."), trage zum genannten Eindruck bei (act. 108 S. 12 f.).

### **E. 5.2**

Die Beklagte macht weiter geltend, die Klägerin trage die Beweislast dafür, dass sie sich beim Kauf am 8. Dezember 2014 geirrt habe. Die Vorinstanz habe einen Irrtum angenommen, obwohl ein solcher nicht vorliege und von der beweispflichtigen Klägerin auch nicht bewiesen worden sei (act. 114 Rz. 29 ff., Rz. 68 ff.). Die Vorinstanz habe weder geprüft, ob die Klägerin tatsächlich geirrt habe, noch habe sie sich im Urteil mit den beklaglichen Ausführungen auseinandergesetzt (act. 114 Rz. 72). Die Katalogbeschreibung der E.\_\_\_\_\_ AG gebe zu keinem Irrtum Anlass. Insbesondere sei nirgends davon die Rede, dass es sich bei ... und Ständer um eine einheitliche Skulptur handle (act. 114 Rz. 76 ff.).

### **E. 5.3**

Die von der Beklagten im Zusammenhang mit der Katalogbeschreibung vorgebrachten Argumente geben ihre bereits vor Vorinstanz vertretene Auffassung wieder. Auf die detaillierte Begründung der Vorinstanz geht die Beklagte – wie dies im Berufungsverfahren zu erwarten wäre (vgl. vorstehende E. 2.2) – in der Berufungsschrift nicht ein. Wie sich den vorstehend wiedergegebenen Erwägungen entnehmen lässt, stützte sich die Vorinstanz bei der Würdigung auf zahlreiche Kriterien ab. So wertete sie das fehlende Interpunktionszeichen zwischen der Grössenangabe des ... ("ca. 6 x 6 x 6 cm") und dem Zusatz "auf Metallständer", die Angabe der Gesamthöhe von ... und Metallständer, den Hinweis auf die Bestätigung der Authentizität durch F.\_\_\_\_\_ und die Jahresangabe "1961", welche so verstanden werden dürfe, dass der Metallständer Teil dieses von D.\_\_\_\_\_ im Jahre 1961 geschaffenen Werks sei. Auch das angefügte Zitat von D.\_\_\_\_\_ mit dem Hinweis auf den Katalog der Ausstellung in Houston 1982, die Patina des Metallständers und der Wortlaut der Pressemitteilung der E.\_\_\_\_\_ AG führten nach den Überlegungen der Vorinstanz zum Eindruck, es handle sich um ein einheitliches Werk. Mit Bezug auf den Einwand der Beklagten, die Bezeichnung der Skulptur mit "1" deute darauf hin, dass es sich nicht um eine der 27 Skulpturen des N.\_\_\_\_\_ -verzeichnisses handeln können, hielt die Vorinstanz fest, dass

- 16 - auch die kunstversierten Mitarbeiter der E.\_\_\_\_\_ AG dies nicht erkannt hätten. So sei der Klägerin auf deren Anfrage von der E.\_\_\_\_\_ AG mitgeteilt worden: "[d]er Ständer ist alt und wurde von D.\_\_\_\_\_ bestimmt ausgewählt, da bei allen ... solche Metallständer verwendet wurden" (act. 5/9 S. 1). Mit ihrer bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Argumentation vermag die Beklagte die schlüssige Würdigung der Vorinstanz nicht umzustossen. Es bleibt dabei, dass die Katalogbeschreibung geeignet war, den Eindruck zu erwecken, die Skulptur sei von D.\_\_\_\_\_ mitsamt dem Metallständer einheitlich geschaffen worden.

#### **E. 5.4**

Die Beklagte führt weiter aus, die Klägerin müsse beweisen, dass sie sich beim Kauf am 8. Dezember 2014 geirrt habe, obwohl sie bereits am Folgetag, am

#### **E. 5.5**

Betreffend die von der Beklagten vorgebrachten Umstände nach dem Vertragsschluss hielt die Vorinstanz fest, aus diesen lasse sich in Bezug auf den Grundlagenirrtum (zum Zeitpunkt des Kaufs) nichts ableiten. Wenn die Klägerin erst nachträglich erfahren habe, dass es (auch) ... gebe, welche erst nach dem Tod von D.\_\_\_\_\_ durch den Nachlass gesockelt worden seien, dann habe sie noch weniger Anlass gehabt, nachzufragen, ob nebst dem ... auch der Metall-

- 17 - ständer von D.\_\_\_\_\_ erstellt worden sei. Mangels Relevanz sei daher über die Frage, wann die Klägerin von den Differenzierungen Kenntnis erlangt habe, kein Beweis zu führen (act. 108 S. 13 E 4.1.2). Im Zusammenhang mit der subjektiven Wesentlichkeit des Irrtums setzte sich die Vorinstanz, wenn auch nur oberflächlich, mit der E-Mail der Klägerin vom 9. Dezember 2014 auseinander und hielt fest, diese E-Mail wie auch die unmittelbar nach dem Kauf von der Klägerin begonnene Korrespondenz mit den Mitarbeitern der E.\_\_\_\_\_ AG spreche für die subjektive Wesentlichkeit des Irrtums (act. 108 S. 14).

#### **E. 5.6**

Beim behaupteten Irrtum der Klägerin handelt es sich um eine innere Tatsache. Auf innere Tatsachen kann einerseits mittels Indizien – wie sich die inneren Tatsachen gegen aussen manifestiert haben – geschlossen werden, andererseits können innere Tatsachen aufgrund von Aussagen der betreffenden Person (durch Parteibefragung oder Parteiaussage) auch direkt festgestellt werden (HASSENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Kommentar, 3. Aufl., Basel 2016, N 8 zu Art. 150; BK ZPO N 4 zu Art. 150). Wo ein direkter Beweis möglich ist, genügen Indizien nicht. Demgegenüber kann der Beweis einer inneren Tatsache, je nach den Umständen, mit Vermutungen, Anhaltspunkten und Erfahrungsregeln erbracht werden (BGer. 4A\_70/2011 vom 12. April 2011 E. 4.4.1).

#### **E. 5.7**

Ein Irrtum bewirkt nur dann die Unverbindlichkeit eines Vertrages, wenn er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegt (vgl. Art. 23 OR). Allerdings kann im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung für die Frage, ob ein Irrtum im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorlag, durchaus auf die äusseren Umstände unmittelbar nach dem Vertragsschluss abgestellt werden. Diesbezüglich greifen die Überlegungen der Vorinstanz – aus dem Verhalten nach dem Vertragsschluss lasse sich in Bezug auf den Grundlagenirrtum nichts ableiten – etwas zu kurz. Die Klägerin offerierte als Beweismittel für ihren Irrtum ihre

E-Mail an L. \_\_\_\_\_ vom 9. Dezember 2014 (act. 125 Rz. 65; act. 2 Rz. 15 ff., Rz. 63; mit Hinweis auf act. 5/8). Die Beklagte sieht im Umstand, dass die Klägerin einen Tag nach dem Kauf gefragt habe, ob das Werk von D. \_\_\_\_\_ als Einheit geschaffen worden sei, einen Beweis dafür, dass sich die Klägerin bereits beim Abschluss des Kaufvertrages diesbe-

- 18 - züglich nicht sicher gewesen sei (act. 114 Rz. 82). Entgegen der Darstellung der Beklagten fragte die Klägerin in der E-Mail vom 9. Dezember 2014, 18:38 Uhr, aber nicht einfach nach, ob das Werk vom Künstler als Einheit geschaffen worden sei, sondern sie ersuchte die E. \_\_\_\_\_ AG um Ausstellung einer entsprechenden Bestätigung (act. 5/8). Dieser E-Mail der Klägerin war eine E-Mail ihrerseits gleichentags um 16:06 Uhr vorausgegangen. Darin hatte die Klägerin Frau L. \_\_\_\_\_ von der E. \_\_\_\_\_ AG mitgeteilt, sie habe die Rechnung vom 8. Dezember 2014 erhalten und zu ihrer Überraschung heute auf der Website des M. \_\_\_\_\_ eine Abbildung des ...es gesehen, die nicht mit der Abbildung im Katalog übereinstimme und nicht so aussehe, dass er aus dem Jahr 1961 sein könne (act. 5/8). Nachdem ihr Frau L. \_\_\_\_\_ Fotos des Werkes zugesandt hatte, ersuchte die Klägerin am

### **E. 5.8**

Die Beklagte erhebt weiter den Einwand, die Klägerin habe anhand der Nummerierung der Skulptur mit "1" erkennen müssen, dass es sich nicht um eine der 27 Skulpturen im N. \_\_\_\_\_-verzeichnis handeln könne (act. 114 Rz. 88 f.). Diesbezüglich ist ihr jedoch mit der Vorinstanz entgegen zu halten, dass selbst die kunstversierten Mitarbeiter der E. \_\_\_\_\_ AG, wie aus der eingereichten E-Mail-Korrespondenz hervorgeht (act. 5/9), dies nicht erkannten (act. 108 S. 13 f.).

### **E. 5.9**

Weiter bringt die Beklagte vor, die Vorinstanz habe übersehen, dass die Klägerin eingeräumt habe, sie sei im Zeitpunkt des Kaufs nicht davon ausgegangen, mit dem Kaufobjekt eine der im Werkverzeichnis aufgeführten ...-skulpturen auf geradem Metallstab zu erwerben. Daraus folge, dass die Klägerin beim Kauf weder der Überzeugung gewesen sei noch habe sein können, dass das Kaufobjekt im Jahre 1961 von D. \_\_\_\_\_ als Einheit geschaffen worden sei. Denn andernfalls wäre das Werk ebenfalls in der Werkgruppe "...-skulpturen auf geradem Metallstab" im Werkverzeichnis N. \_\_\_\_\_ erschienen, was nicht der Fall sei und wovon die Klägerin auch nicht ausgegangen sei (act. 114 Rz. 89 ff.). Die Klägerin sei noch in der Replik davon ausgegangen, dass das 7 Jahre vor dem Tod des Künstlers entstandene Werkverzeichnis vollständig und richtig sei (act. 114 Rz. 94). Die Klägerin macht demgegenüber geltend, sie habe sich mit N. \_\_\_\_\_s

- 20 - Werkverzeichnis erst nach Abschluss des Kaufvertrages befasst, vorher habe für sie kein Anlass dafür bestanden, da das Werkverzeichnis in der Katalogbeschreibung der Beklagten nicht aufgeführt worden sei. Sie sei deshalb bei Vertragsabschluss nicht davon ausgegangen, dass es sich bei der ...-skulptur um eine der im Werkverzeichnis aufgeführten unikaten ...-skulpturen auf geradem Metallstab handle, sondern um eine der unikaten Skulpturen der ihr bekannten Werkgruppe von ...-skulpturen auf geradem Metallstab mit Metallsockel (act. 125 Rz. 73 f.; act. 71 Rz. 60).

### **E. 5.10**

Was das von N.\_\_\_\_\_ erstellte Werkverzeichnis betrifft, so geht aus den eingereichten Beweismitteln hervor, dass die von D.\_\_\_\_\_ geschaffenen ...plastiken darin mit der Abkürzung "SE" (Sculptures ...) bezeichnet wurden (act. 5/23, Kopie von S. 85 ff.). 27 Unikate dieser Werkgruppe auf geradem Metallstab werden mit den SE Nrn. 2, 3, 4-5, 6-7, 8, 9, 10-11, 12, 13, 14, 15 und 16 im N.\_\_\_\_\_ -verzeichnis aufgeführt. Das letzte, im N.\_\_\_\_\_ -verzeichnis erfasste Werk dieser Werkgruppe ist die Skulptur ... Nr. 17 (act. 5/23, Kopie von S. 96). Auch wenn das Werkverzeichnis von N.\_\_\_\_\_ von beiden Parteien als "massgeblich" bezeichnet wird, so ist es nicht abschliessend. Darauf hat die Klägerin in ihrer Stellungnahme zu den Dupliknoten zu Recht hingewiesen (act. 125 Rz. 75; act. 94 Rz. 8 f.). Entgegen der Darstellung der Beklagten handelt es sich bei dieser Behauptung um ein zulässiges Novum der Klägerin. Die Beklagte hatte in der Duplik zu Lebzeiten D.\_\_\_\_\_s gesockelte ...-skulpturen und solche mit posthum angebrachtem Ständer verglichen und dabei erklärt, im N.\_\_\_\_\_ -verzeichnis sei- en auch ... aufgeführt, die erst postum auf geradem Metallstab "gesockelt" worden seien (act. 90 Rz. 18 ff), was die Klägerin zum Hinweis veranlasste, das N.\_\_\_\_\_ -verzeichnis sei nicht abschliessend. Im Übrigen ergibt sich der nicht abschliessende Charakter des N.\_\_\_\_\_ -verzeichnisses aus dessen Wortlaut selbst. Im Vorwort wies N.\_\_\_\_\_ ausdrücklich darauf hin: "Das gesamte Werk zu erfassen, erwies sich als sehr viel schwieriger, als alle Beteiligten zunächst angenommen hatten. Manches ist verschollen, manches durch Besitzwechsel unauffindbar; einige Besitzer blieben unbekannt, einige schickten die nötigen Angaben nicht. So kann erst das Erscheinen des Kataloges dazu beitragen, Fehlendes zu erfahren, um es später ergänzen zu können." (act. 96/3). Das im Jahr 1969 erstellte und

- 21 - seither nicht ergänzte N.\_\_\_\_\_ -verzeichnis endet mit ... Nr. 17 (act. 5/23, Kopie von S. 96). Dass das streitgegenständliche, unter der Nummer SE Nr. 1 in den Archives D.\_\_\_\_\_ registrierte Werk nicht im N.\_\_\_\_\_ -verzeichnis aufzufinden ist, versteht sich vor dem genannten Hintergrund von selbst. Es ist aufgrund des Gesagten aber noch kein Beweis dafür, dass es sich beim Werk mit der Nummer SE Nr. 1 nicht um ein als Ganzes vom Künstler geschaffenes Unikat handeln könnte. Dass die Klägerin sich nicht mit dem N.\_\_\_\_\_ -verzeichnis befasste bzw. es nicht konsultierte und entsprechend auch nicht davon ausging, dass die im Ausstellungskatalog angebotene Skulptur darin zu finden ist (act. 114 Rz. 91 ff.; act. 94 Rz. 4), spricht somit nicht gegen ihren Irrtum im Zeitpunkt des Kaufs. Die gegenteiligen Behauptungen der Beklagten (act. 114 Rz. 91 ff.) werden durch den klaren Wortlaut des N.\_\_\_\_\_ -verzeichnisses widerlegt. Zudem hat die Klägerin von Anfang an ausgeführt, die Bezugnahme auf den Ausstellungskatalog für die Ausstellung in Houston 1982 und das Zitat von D.\_\_\_\_\_ aus dem besagten Auktionskatalog hätten bei ihr den Eindruck erweckt, dass das Objekt zu der unikatigen Werkgruppe der ...-skulpturen auf geradem Metallstab mit Metallsockel gehöre (act. 125 Rz 73; act. 2 Rz. 41).

### **E. 5.11**

Die Beklagte macht sodann geltend, die Klägerin habe gehofft (sei sich aber keineswegs sicher gewesen), zu einem zu attraktiven Preis ein Werk kaufen zu können, das "D.\_\_\_\_\_ als Einheit (... und Metallständer)" geschaffen habe. Sie habe gerade nicht vor dem Kaufabschluss nachgefragt, weil sie befürchtet habe, dass die Verkäuferin den Verkaufspreis erhöhen würde (act. 114 Rz. 95). Wie sich aus der E-Mail der Klägerin vom 9. Dezember 2014 selbst ergibt (act. 3/8), verlangte sie von Frau L.\_\_\_\_\_ eine Unikats-Bestätigung, nachdem sie durch die Abbildung auf der Website des M.\_\_\_\_\_ verunsichert worden war. Es kann an dieser Stelle auf die obenstehenden Erwägungen (vgl.

E. 5.7) verwiesen werden. Die Argumentation der Beklagten entbehrt somit jeglicher Grundlage.

### **E. 5.12**

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt: Die Tatsache, dass die Klägerin im Zeitpunkt des Kaufs davon ausging, das Kaufobjekt sei keines der 27 im N.\_\_\_\_-verzeichnis aufgeführten, unikativen ...-skulpturen auf geradem Metallstab mit Metallsockel, schliesst nicht aus, dass sie dennoch annahm, es sei von

- 22 - D.\_\_\_\_ als Einheit geschaffen worden. Der diesbezüglichen Auffassung der Beklagten (act. 114 Rz. 98) kann nicht gefolgt werden. Darüber hinaus ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, der Auktionskatalog der E.\_\_\_\_ AG könne so verstanden werden, dass die Skulptur mit ... und Ständer von D.\_\_\_\_ als Einheit geschaffen wurde (act. 108 S. 12 f.), nicht zu beanstanden. Und die von der Beklagten vorgetragene Argumente ändern nichts daran, dass die E-Mails der Klägerin vom 9. Dezember 2014 (act. 5/8) ein gewichtiges Indiz für ihren Irrtum darstellen. Angesichts des irrigen Eindrucks, den die Beschreibung der Skulptur im Auktionskatalog der E.\_\_\_\_ AG erweckte, ist somit die in antizipierter Beweiswürdigung ergangene Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Klägerin habe beim Abschluss des Kaufvertrages eine irri- ge Vorstellung über das Kaufobjekt gehabt, im Ergebnis nicht zu beanstanden. Demnach befand sich die Klägerin beim Kauf der ...-skulptur in einem Irrtum. 6. Zur Frage der absichtlichen Täuschung 6.1. Die Beklagte bestreitet, die Klägerin getäuscht zu haben. Sie führt in diesem Zusammenhang aus, sie sei im Jahr 2014 nicht einmal auf die Idee gekommen, dass mit der Katalogbeschreibung der E.\_\_\_\_ AG etwas nicht in Ordnung sein könnte. Der Beschrieb im Auktionskatalog sei im Einklang mit der üblichen Beschreibung von ...-skulpturen von D.\_\_\_\_ gestanden und der Preis habe die guten, zumeist über den Schätzungen liegenden Ergebnisse von anderen Auktionen reflektiert. Zudem komme es für den Wert von ...-skulpturen von D.\_\_\_\_ nicht darauf an, ob diese bereits vom Künstler oder erst von seinem Nachlass auf einen geraden Metallständer gelegt worden seien. Entsprechend habe es ihr an jeglichem Vorsatz gefehlt, eine passive Täuschung durch eine Nichtaufklärung zu begehen (act. 114 Rz. 33 ff.). 6.2. Mit Bezug auf den Einwand der Beklagten, ihr habe es an jeglichem Vorsatz für eine Täuschungshandlung gefehlt, ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen, wonach der ... nach eigenen Angaben der Beklagten im Frühjahr 2013 vom Vorstand der Beklagten an Herrn G.\_\_\_\_ übergeben worden sei, mit der Bitte, diesen auf Authentizität zu überprüfen und eine Echtheitsexpertise zu erstellen. Die Echtheit sei mit Zertifikat vom 11. Juli 2013

- 23 - bestätigt worden. Die Echtheitsbestätigung sei dem Vorstand der Beklagten zusammen mit einem Ständer und der Bitte übergeben worden, den ... auf diesen Ständer montieren zu lassen. Da die Beklagte gegen diese Erwägungen der Vorinstanz im Berufungsverfahren nichts vorbringt, ist mit dieser festzuhalten, dass die Beklagte zweifellos vor der Einlieferung des Objektes bei der E.\_\_\_\_ AG wusste, dass der Metallständer nicht von D.\_\_\_\_ montiert worden war (vgl. act. 108 S. 23). 6.3. Nach Auffassung der Beklagten sei die E.\_\_\_\_ AG als Mäklerin für die Abfassung des Auktionskatalogs zuständig gewesen, wofür sie auch ein eigenes Vertragsverhältnis mit der Klägerin eingegangen sei. Entsprechend sei die Haftung für den Auktionskatalog auch in den Auktionsbedingungen der E.\_\_\_\_ AG geregelt worden. Die E.\_\_\_\_ AG seien gegenüber der Klägerin im Rahmen ihres Mäklervertragsverhältnisses für den Inhalt des Katalogs und die Beschreibungen selber und direkt aus Vertrag verantwortlich. Es bestehe

deshalb keine Grundla- ge, um bezüglich des Kataloges eine gesetzliche oder vertragliche Aufklärungs- pflicht ihrerseits gegenüber der Klägerin zu konstruieren (act. 114 Rz. 101, Rz. 108 ff.). 6.4. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, kam zwischen der Klägerin und der E.\_\_\_\_\_ AG ein Mäklervertrag und zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Kaufvertrag zustande. Das Verhältnis zwischen der Beklagten und der E.\_\_\_\_\_ AG wurde von der Vorinstanz als auftragsähnliches Verhältnis und die E.\_\_\_\_\_ AG als direkte Stellvertreterin der Beklagten qualifiziert (act. 108 S. 6 f.). Die Beklagte stellt diese rechtlichen Qualifikationen durch die Vorinstanz zu Recht nicht in Frage. Ihre Auffassung, die Klägerin könne gestützt auf den Mäklervertrag gegen die E.\_\_\_\_\_ AG vorgehen, ändert nichts am Bestand des Kaufvertrages zwischen ihr und der Klägerin. Dieser Kaufvertrag wurde von der E.\_\_\_\_\_ AG als direkte Stellvertreterin der Beklagten abgeschlossen. Die Wirkungen der direkten Stellvertretung liegen gerade darin, dass sämtliche Rechtswirkungen unmittelbar beim Vertretenen eintreten (Art. 32 Abs. 1 OR); der Vertretene muss auch sämtli- che mit dem Vertragsschluss zusammenhängenden Handlungen des Vertreters gegen sich gelten lassen, so z.B. explizit auch eine Täuschung, die dieser beim

- 24 - Dritten verursacht (BSK OR II-WATTER, 7. Aufl., Basel 2020, N 23 zu Art. 32). Da- raus folgt mit Bezug auf die vorliegende Konstellation, dass sich die Beklagte die Beschreibung der Skulptur im Auktionskatalog durch ihre Stellvertreterin, durch die E.\_\_\_\_\_ AG, anrechnen lassen muss. Der Kaufvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten unterliegt, wie jeder andere Vertrag, der Täuschungsanfech- tung im Sinne von Art. 28 OR, weshalb der Darstellung der Beklagten, nicht sie, sondern die E.\_\_\_\_\_ AG hafte für die Beschreibung im Auktionskatalog, nicht ge- folgt werden kann. 6.5. Die Beklagte stellt darüber hinaus eine Aufklärungspflicht ihrerseits in Ab- rede, da das Kaufobjekt entgegen der Vorinstanz keinen Mangel aufgewiesen habe. Selbst wenn dem Grundsatz nach eine Aufklärungspflicht ihrerseits be- standen hätte, so müsse eine solche im konkreten Fall verneint werden, da es – entgegen der Auffassung im angefochtenen Urteil – für den Preis von ...- skulpturen von D.\_\_\_\_\_ unerheblich sei, ob diese bereits vom Künstler oder erst von seinem Nachlass auf einen geraden Metallständer gelegt worden seien. Zu- dem sei die Schätzung der E.\_\_\_\_\_ AG im Auktionskatalog im Lichte der von ihr im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich erwähnten Verkäufe marktgerecht gewesen (act. 114 Rz. 102, Rz. 119). Die Argumentation der Vorinstanz beruhe auf der blossen Annahme, dass die E.\_\_\_\_\_ AG das Kaufobjekt nur deshalb auf Fr. 100'000.– bis Fr. 200'000.– geschätzt habe, weil sie von einem Werk ausge- gangen sei, das der Künstler selbst auf einen geraden Metallständer gelegt habe. Die Beklagten hätten vor Vorinstanz aber ausdrücklich und mehrfach dargelegt und detailliert nachgewiesen, dass nicht zur Werkgruppe gehörende ... mit jenen der Werkgruppe vergleichbare Auktionsergebnisse erzielten und dass in keiner Katalogbeschreibung darauf hingewiesen werde, dass sie posthum vom Nachlass gesockelt worden seien (act. 114 Rz. 111 ff.). Die Vorinstanz habe dies mit der Begründung beiseitegeschoben, die Preise in der Kunstszene seien sehr volatil und es würden "oft objektiv nicht nachvollziehbare Liebhaberpreise bezahlt". Zu- dem habe sie zu Unrecht auf den Schätz-, statt auf den Hammerpreis abgestellt. Für das Preisniveau auf dem Kunstmarkt und damit für den Wert der Kunstwerke seien die tatsächlich bezahlten Preise, und nicht die Schätzungen entscheidend. Auch wenn die Preise auf dem Kunstmarkt schwankend seien, so wäre bei ...-

- 25 - skulpturen von D.\_\_\_\_\_, welche regelmässig in Auktionen angeboten würden, ein massgeblicher Preisunterschied zwischen vom Künstler selbst und posthum ge- sockelten ...-skulpturen in den Auktionsresultaten zu erkennen, wenn es einen solchen namhaften Preisunterschied denn gäbe. Einen solchen Preisunterschied gebe es aber gerade nicht (act. 114 Rz. 115 ff.). 6.6. Ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach das Verschweigen von Tatsachen als Täuschung im Sinne von Art. 28 OR zu werten ist, wenn eine Auskunftspflicht besteht, prüfte die Vorinstanz, ob sich eine Aufklä- rungspflicht der Beklagten aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen ergebe. Wegen der kaum erkennbaren Authentizität des Metallständers und wegen der grossen Wertdifferenz zwischen einer ...- skulptur mit von D.\_\_\_\_\_ vorgenommener Sockelung und einer solchen mit post- humer Sockelung nahm die Vorinstanz eine Aufklärungspflicht der Beklagten an. Dabei hielt sie fest, die Parteien würden sich mit Bezug auf den massgeblichen Wert eines Kunstwerks sowohl auf den Schätz- als auch auf den Zuschlagspreis beziehen. Die Vorinstanz erachtete den Hammerpreis als Kennzahl ungeeignet und stellte deshalb auf den Schätzwert ab, welcher auf einer fachkundigen Ein- schätzung des Auktionshauses beruhe. In der Folge verglich sie die Schätzpreise für die streitgegenständliche Skulptur des H.\_\_\_\_\_ Auktionshauses I.\_\_\_\_\_ am 27. November 2013 einerseits und des J.\_\_\_\_\_ Auktionshauses K.\_\_\_\_\_ am 20. Mai 2014 andererseits mit demjenigen der E.\_\_\_\_\_ AG. Die Auktionshäuser I.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ hätten den Schätzpreis der ...-skulptur mit Euro 80'000.– bzw. Euro 75'000.– bis Euro 95'000.– ungefähr gleich hoch beziffert. Die E.\_\_\_\_\_ AG dagegen habe nur 6 Monate später ausgehend vom Mittelwert einen um min- destens 50 % höheren Schätzwert bzw. ausgehend vom maximalen Wert einen doppelt so hohen Schätzwert angegeben. Daraus könne geschlossen werden, dass die ...-skulptur mit einer von D.\_\_\_\_\_ vorgenommenen Sockelung wesent- lich werthaltiger sei als mit einer posthumer Sockelung. Der verschwiegene Man- gel wiege deshalb schwer (act. 108 S. 27 f.). 6.7. Die Klägerin ihrerseits lässt in der Berufungsantwort ausführen, wie sie be- reits in der Replik und in der Stellungnahme zu den Dupliknoten dargelegt habe,

- 26 - würden die von der Beklagten angeführten Vergleiche mit anderen Auktionser- gebnissen fehlschlagen, da sich die genannten Beispiele aus verschiedensten Gründen nicht dem streitgegenständlichen Werk gegenüberstellen liessen. Die Auktionsergebnisse würden auserwählte Ergebnisse aus den Jahren 2015 bis 2018 betreffen. Es seien sieben Auktionen und diese seien nicht der "Kunst- markt", noch hätten sie Grundlage der Preisschätzung für die E.\_\_\_\_\_ AG im Herbst 2014 sein können. Die Beklagte habe es unterlassen, weitere Beispiele aus den Jahren 2013 und 2014 anzuführen, obwohl sie sich vor der streitbefan- genen Auktion Ergebnisse anderer Auktionen dieser Jahre hätte einholen können (act. 125 Rz. 102 f.; act. 94 Rz. 23 ff.). Sie (die Klägerin) habe zur Genüge darge- tan und bewiesen, dass der Schätzpreis der E.\_\_\_\_\_ AG deutlich über dem Wert des Werks 1 gelegen habe (act. 125 Rz. 104; act. 71 Rz. 69 ff.). 6.8. Da weder eine gesetzliche noch eine vertraglich normierte Auskunftspflicht besteht, ist zu prüfen, ob sich im vorliegenden Fall aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen eine Aufklärungspflicht der Beklagten ergibt. Dabei sind die Kriterien der Erkennbarkeit und der Schwere des verschwiegenen Mangels auch mit Blick auf eine allfällige Auskunftspflicht im Kunsthandel als Richtschnur zu verwenden (vgl. Urteil des HGer Zürich vom 7. Mai 2019, HG170121, E. 7.4.1). Uneinig sind sich die Parteien, ob eine grosse Wertdifferenz zwischen vom Künstler selbst und posthum gesockelten ...- skulpturen besteht bzw. der Schätzwert des von der Klägerin erworbenen Werkes zu hoch war und ob folglich ein

schwerer Mangel vorliegt. Da die Klägerin die Beweislast für sämtliche Tatsachen trägt, welche eine Aufklärungspflicht der Beklagten begründen (Art. 8 ZGB), hat sie den grossen Wertunterschied zu behaupten und zu beweisen. 6.9. Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid weder auf die von der Klägerin geltend gemachten (act. 71 Rz. 69 ff.) noch auf die von der E.\_\_\_\_\_ AG in der Duplik erwähnten Vergleichsbeispiele (act. 91 Rz. 19, Rz. 23) ein. Vielmehr stellte sie für die Frage, ob eine grosse Wertdifferenz zwischen vom Künstler selbst und posthum gesockelten ...-skulpturen besteht, auf einen Vergleich der Schätzpreise der Auktionshäuser I.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ AG für die von der Klägerin er-

- 27 - wobene Skulptur ab. Die Klägerin hatte die Auktionshäuser I.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit den unterschiedlichen Katalogbeschreibungen für die von der Klägerin erworbene ...-skulptur erwähnt und nicht im Zusammenhang mit den unterschiedlichen Schätzpreisen (act. 2 Rz. 53 ff., Rz. 152). Die Klägerin nannte denn auch den vom Auktionshaus K.\_\_\_\_\_ angegebenen Schätzpreis in ihren Rechtsschriften nicht; er ergab sich auch nicht aus der von ihr eingereichten Beweisurkunde (act. 5/27). Die Vorinstanz ermittelte den Schätzpreis von € 75'000.- bis € 95'000.- durch Konsultation der Homepage des Auktionshauses K.\_\_\_\_\_ selbst (act. 108 S. 28). Da indessen von der Beklagten nichts in diesem Sinne gerügt wird, erübrigen sich im Berufungsverfahren Weiterungen mit Blick auf die Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO; vgl. E. 2.2). Unabhängig von deren Ermittlung bilden die besagten Schätzpreise jedoch keine sachgerechte Grundlage, um über den Bestand einer Wertdifferenz zwischen vom Künstler selbst und posthum gesockelten ...-skulpturen zu entscheiden. Zunächst ist es mit den Grundsätzen der Logik nicht zu vereinbaren, wenn für die Frage, ob zwischen unterschiedlichen Werken oder Werkformen eine Wertdifferenz besteht, die verschiedenen Schätzpreise für dasselbe Werk herangezogen werden. Des Weiteren stützte sich die Vorinstanz auf den Schätzpreis, den das Auktionshaus I.\_\_\_\_\_ (€ 80'000.-) für die streitgegenständliche Skulptur angegeben hatte, ohne Kenntnis davon zu haben, ob I.\_\_\_\_\_ von einem Unikat oder von einer vom Nachlass gesockelten Skulptur ausgegangen war. Aufgrund der Katalogbeschreibung des Auktionshauses I.\_\_\_\_\_, welche fast identisch lautete wie diejenige der E.\_\_\_\_\_ AG (act. 5/26), könnte vermutet werden, dass I.\_\_\_\_\_ von einer vom Künstler gesockelten Skulptur ausging. Jedenfalls steht weder das eine noch das andere fest. Demgegenüber hatte das Auktionshaus K.\_\_\_\_\_ in der Beschreibung explizit auf die nachträgliche Sockelung der ...-skulptur hingewiesen (act. 5/27). Nur wenn das Auktionshaus I.\_\_\_\_\_ von einer nachträglichen Sockelung ausgegangen wäre, würde der festgelegte Schätzpreis überhaupt als Vergleichsgrundlage in Frage kommen. Darüber hinaus stellt der Mittelwert der Schätzpreise im vorliegenden Fall keine verlässliche Grundlage für die Ermittlung der Wertdifferenz dar. Der untere Schätzpreis der E.\_\_\_\_\_ AG von Fr. 100'000.- (entsprechend € 83'330.-) war etwa gleich hoch wie der Schätzpreis des Auktionshauses I.\_\_\_\_\_ von

- 28 - € 80'000.- bzw. rund 10 % höher als der untere Schätzpreis des Auktionshauses K.\_\_\_\_\_ von € 75'000.-. Während das Auktionshaus I.\_\_\_\_\_, was ziemlich unüblich scheint, auf die Angabe eines unteren bzw. oberen Schätzpreises verzichtete, legte das Auktionshaus K.\_\_\_\_\_ die Differenz zwischen unterem und oberem Schätzpreis mit € 75'000.- bis € 95'000.- im normalen Rahmen fest. Demgegenüber fiel die Differenz zwischen den von den E.\_\_\_\_\_ AG angegebenen Schätzpreisen (€ 83'330 - € 166'670) aussergewöhnlich hoch aus. In keinem der von den Parteien angeführten Vergleichsfälle

war die Differenz zwischen unterem und oberem Schätzpreis so gross wie bei demjenigen der E.\_\_\_\_\_ AG (act. 5/26-27, act. 5/4, act. 28/11-16, act. 28/18-19, act. 89/3-10, 71/11). Angesichts des grossen Unterschieds zwischen dem von der E.\_\_\_\_\_ AG festgelegten unteren und oberen Schätzpreis stellt der von der Vorinstanz herangezogene Mittelwert – un- abhängig von den vorstehend erwähnten Vorbehalten – kein zuverlässiger Referenzpunkt für die entscheidende Frage dar, ob ein grosser Wertunterschied zwischen ...-skulpturen mit einer von D.\_\_\_\_\_ vorgenommenen Sockelung und solchen mit einer posthumer Sockelung besteht. Der aussergewöhnlich hohe obere Schätzpreis der E.\_\_\_\_\_ AG führt nach der von der Vorinstanz verwendeten Methode zwangsläufig zu einem zu hohen Mittelwert. Folglich ist der von der E.\_\_\_\_\_ AG festgesetzte obere Schätzwert das (einzig) ausschlaggebende Kriterium im Hinblick auf die von der Vorinstanz ermittelte grosse Wertdifferenz. 6.10. Zusammengefasst widerspricht die von der Vorinstanz verwendete Vergleichsgrundlage den Gesetzen der Logik und sie basiert auf unbekanntem Tatsachen, da offen ist, ob das Auktionshaus I.\_\_\_\_\_ bei der Festsetzung des Schätzpreises von einem Unikat oder von einer vom Nachlass gesockelten Skulptur ausging. Schliesslich erscheint auch das Abstellen auf den Mittelwert nicht sachgerecht, da dieser durch den aussergewöhnlich hohen oberen Schätzpreis der E.\_\_\_\_\_ AG verzerrt wird. Folglich können die Schätzpreise der Auktionshäuser I.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ betreffend das streitgegenständliche Werk für die Beweiswürdigung nicht herangezogen werden. 6.11. Die Klägerin bringt, wie erwähnt, vor, sie habe dargetan und bewiesen, dass der Schätzpreis der E.\_\_\_\_\_ AG deutlich über dem Wert des von ihr erwor-

- 29 - benen Werks gelegen habe (act. 125 Rz. 104; act. 71 Rz. 69 ff.). Damit bezieht sich die Klägerin auf ihre Ausführungen in der Replik, wo sie geltend machte, Los 202 der Auktion 904 des H.\_\_\_\_\_ Auktionshauses I.\_\_\_\_\_ vom 1. Juni 2007 zu einem Preis von € 38'080.– (bei einem Schätzpreis von € 8'000.– bis € 10'000.–) sowie Los 127 des Kunst- und Auktionshauses O.\_\_\_\_\_ vom 11. Februar 2017 für € 55'000.– seien mit der streitgegenständlichen Skulptur vergleichbar (act. 71 Rz. 69). Die Beklagte anerkannte in der Duplik die Vergleichbarkeit der von der Klägerin angeführten Lose mit dem streitgegenständlichen Werk und erklärte, die Beispiele würden zeigen, dass solche Objekte mit oder ohne posthume Sockelung angeboten würden und dass auch für etwas kleinere ... sehr hohe Preise bezahlt würden (act. 90 Rz. 104). 6.12. Auch wenn die Beklagte die von der Klägerin replicando vorgebrachten Beispiele für vergleichbar hält, zieht sie daraus andere Schlüsse als die Klägerin. So sieht sie in den Beispielen einen Beleg dafür, dass auch posthum gesockelte Skulpturen und etwas kleinere ... sehr hohe Preise erzielten. Anhand der von der Klägerin gemachten Angaben ist ein Vergleich mit dem streitgegenständlichen Werk indessen nicht möglich. Den Vorbringen der Klägerin fehlt es an Substanz bzw. an detaillierten Angaben. So macht sie weder Angaben zur Grösse noch zur Provenienz der Skulpturen. Weiter nennt die Klägerin für das Los 202 keine SE- Nummer und es ergibt sich auch keine solche aus dem eingereichten Screenshot (act. 73/10), was gegen die Vergleichbarkeit mit dem streitgegenständlichen Werk spricht. Die Klägerin erwähnt auch mit keinem Wort, weshalb diese beiden sieben Jahre früher bzw. rund zwei Jahre später erfolgten Versteigerungen die einzig validen Vergleichsfälle sein sollen, während sie sämtlichen von den (nicht beweisbelasteten) Beklagten vorgebrachten Beispielen die Vergleichbarkeit abspricht (act. 71 Rz. 65 f.). 6.13. In der Replik sprach die Klägerin im Zusammenhang mit den Preisunterschieden der Katalogbeschreibung des Auktionshauses I.\_\_\_\_\_ betreffend das Los 514 für die Auktion vom 1. Dezember 2018, mit einem Hammerpreis von € 42'000.– (zuzüglich 24 % Aufgeld), Symbolwert zu I.\_\_\_\_\_ habe den

Schätzpreis für dieses Werk im Jahr 2018 in der Katalogbeschreibung auf € 40'000.–

- 30 - festgesetzt, während das streitgegenständliche Werk 2013 noch auf € 80'000.– geschätzt worden sei. Konkret sei die Katalogbeschreibung in folgenden Punkten angepasst worden: Schätzpreis € 40'000.– statt € 80'000.–, Jahresangabe "around 1961" statt "1961", "dry" pigment statt "IKB" pigment, Masse "ca. 5 x 5 x

## **E. 9**

Dezember 2014 geäußerte Feststellung, dass die Skulptur (und insbesondere der Ständer) nicht so aussehe, als ob er aus dem Jahr 1961 stamme, durchaus nachvollziehbar. Es ist deshalb verständlich, dass die Abbildung auf der Website des M.\_\_\_\_\_ bei der Klägerin Zweifel an der Einheit von ... und Ständer hervorrief. Die Beklagte bringt vor, der Artikel auf M.\_\_\_\_\_ sei von der Klägerin nur vorgeschoben worden. Im besagten Artikel seien mehrere, unterschiedlich beleuchtete

- 19 - te Fotos des Werkes zu sehen gewesen, wobei nur die helleren Fotos (wenn überhaupt) die Frage aufgeworfen hätten, ob das Werk neu sei (act. 116 Rz. 82). Auch wenn das Werk – wie die Beklagte zutreffend erwähnt – auf den Abbildungen auf M.\_\_\_\_\_ ganz unterschiedlich belichtet ist, so führt das hellbelichtete Foto, auf das sich die Klägerin beruft (act. 5/7), unweigerlich zur Vermutung, dass die Beschaffenheit des Ständers von demjenigen im Auktionskatalog abweicht. Nicht ersichtlich ist, weshalb es der Klägerin zum Nachteil gereichen soll, dass sie die Abbildung auf der Website des M.\_\_\_\_\_ erst einen Tag nach Abschluss des Kaufvertrages sah bzw. weshalb die Beklagte daraus etwas zu ihren Gunsten ableiten können soll. Die Einwände der Beklagten ändern nichts daran, dass die E-Mail der Klägerin vom 9. Dezember 2014 ein gewichtiges Indiz dafür ist, dass sie beim Kauf des Werkes davon ausging, eine ...-skulptur zu kaufen, die vom Künstler mit einem geraden Metallstab und einem Metallsockel versehen worden war.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.