

Aufklärungspflicht, Freizeichnungsklausel und absichtliche Täuschung beim Kaufvertrag

Bundesgerichtsurteil 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021

Mit Bemerkungen von Oliver Dalla Palma und Hans Caspar von der Crone*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
 - 1. Urteil des Bezirksgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juni 2020
 - 2. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2020
 - 3. Urteil des Bundesgerichts vom 5. Juli 2021
- III. Bemerkungen
 - 1. Wegbedingung der Gewährleistung nach Art. 199 OR
 - 2. Absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR
 - 3. Die Aufklärungspflicht des Verkäufers im Besonderen
- IV. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die kunstinteressierte A. erwarb am 8. Dezember 2014 im Nachverkauf zu einer Auktion beim schweizerischen Auktionshaus C. AG eine blaue Schwammskulptur («Eponge bleue») auf Metallständer und Sockel des verstorbenen Künstlers Yves Klein zu einem Kaufpreis von insgesamt CHF 123 120. Die Skulptur wurde von der B. AG, ein deutsches Kunsthandelsunternehmen, eingeliefert und im Auktionskatalog der C. AG aufgenommen. Die Skulptur wurde bereits 2013 und 2014 zwei anderen Auktionshäusern, u.a. der J. K., übergeben. Beide dieser Auktionshäuser nahmen die blaue Schwammskulptur in ihren Auktionskatalog auf. Bereits im Frühjahr 2013 hat die B. AG beim Experten D. die Authentizität der Skulptur überprüfen lassen. Die erstellte Echtheitsexpertise vom 11. Juli 2013 wurde dem Vorstand der B. AG zusammen mit einem Metallständer und der Bitte übergeben, die Sockelung unter die Skulptur zu montieren.¹

Die blaue Schwammskulptur wurde durch Yves Klein im Jahr 1961 geschaffen. Der Metallständer wurde nach dessen Tod durch den Nachlass ergänzt. Yves Klein fertigte zu Lebzeiten zahlreiche Schwammskulpturen an, die aber – im Gegensatz zum vorliegenden Kunstwerk – durch den Künstler selbst mit einer Sockelung versehen wurden. Der Auktionskatalog der C. AG beschrieb die blaue Schwammskulptur wie folgt:

«YVES KLEIN
1928-1962

Ohne Titel (Eponge Bleue). 1961.

IKB Pigment und Kunstharz auf Schwamm. Ca. 6 x 6 x 6 cm auf Metallständer, Gesamthöhe 17.5 cm.»

Im Auktionskatalog der J. K. im Jahr 2014 war die Schwammskulptur jedoch wie folgt beschrieben:

«Yves Klein, keine Jahresangabe, ... Pigment, Kunstharz und Natur... – kein IKB Pigment –, 6 x 3,5 cm, Metallstab mit Plinthe (vom Nachlass montiert), 18 x 4,5 x 6 cm».²

Die Auktionsbedingungen der C. AG hielten fest, dass der Objektbeschrieb «nach bestem Wissen und Gewissen» erfolgt sei, es werde aber «keine Haftung» für die im Katalog enthaltenen Angaben übernommen und «jede Haftung für Rechts- und Sachmängel wegbedungen». Es sei Aufgabe des Käufers, sich ein eigenes Urteil bezüglich der Übereinstimmung des Kunstobjekts mit der Katalogbeschreibung zu bilden und das Kunstobjekt allenfalls mit einem eigenen Fachexperten vor Ort zu begutachten.³

Am 20. Januar 2015 erklärte A., den Vertrag nicht halten zu wollen, da sie erst nach Vertragsabschluss erfahren habe, dass der Schwamm nicht durch Yves Klein auf den Sockel montiert wurde. A. berief sich auf Grundlagenirrtum, absichtliche Täuschung und eventualiter auf kaufrechtliche (Sachmängel-)Gewährleistung. Am 21. August 2017 reichte A., Klägerin und Beschwerdeführerin, Klage vor dem Bezirksgericht Zürich ein. Sie beantragte, die C. AG und die B. AG seien unter solidarischer Haf-

* RA Oliver Dalla Palma, MLaw, LL.M. und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>. Ein Kurzvideo zu diesem Beitrag wird auf <www.rechteck.ch> publiziert.

¹ Vgl. BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.C.4.4.2; II.D.4.2.1.1; OG ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 6.2.

² Zum Ganzen: BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, Sachverhalt A.b; OGer ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 4.1 und 6.9.

³ BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, Sachverhalt A.b; BG ZH CG170079 vom 26. Juni 2020, E. II.C.4.4 ff.

tung zu verurteilen, ihr CHF 123 120 nebst Zins zu 5 % seit dem 20. Januar 2015 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Skulptur.⁴

Mit Urteil vom 26. Juni 2020 verurteilte das Bezirksgericht Zürich die C. AG zur Bezahlung von CHF 20 520 und die B. AG zur Bezahlung von CHF 102 600, je nebst Zins zu 5 % seit dem 26. September 2016 und Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Skulptur. Dagegen erhob die B. AG Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich, welches die Berufung guthiess und die Klage abwies.⁵ Mit Beschwerde an das Bundesgericht verlangte A., das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich sei aufzuheben und die B. AG zu verurteilen, ihr CHF 102 600 nebst Zins zu 5 % seit dem 26. September 2016 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Schwammskulptur. Eventualiter sei das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerde wurde durch das Bundesgericht mit vorliegendem Urteil abgewiesen.⁶

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Bezirksgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juni 2020

1.1 Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR

Das Bezirksgericht befasste sich als Erstes mit dem Grundlagenirrtum und erwog, dass die Katalogbeschreibung der Schwammskulptur geeignet gewesen sei, beim Leser und Betrachter den Eindruck zu erwecken, dass neben der Skulptur auch der Metallständer von Yves Klein geschaffen wurde. Das Bezirksgericht begründete dies unter anderem damit, dass (i) die Skulptur mitsamt Ständer im Auktionskatalog abgebildet wurde, (ii) die Beschreibung «ca. 6 × 6 × 6 cm auf Metallständer, Gesamthöhe 17,5 cm» die Auktion als einheitliches Werk erscheinen liess, (iii) zwischen der Grössenangabe «ca. 6 × 6 × 6 cm» und

dem Zusatz «auf Metallständer» kein Interpunktionszeichen angebracht wurde, (iv) die Gesamthöhe von 17,5 cm auf die Schwammskulptur und die Sockelung verwies und (v) der Metallständer mit Patina versehen wurde, um das Alter der Skulptur zu untermauern.⁷ Das Bezirksgericht bejahte auch die subjektive und objektive Wesentlichkeit, da Yves Klein zu Lebzeiten einige seiner Schwammskulpturen selbst mit einem derartigen Metallständer versehen hatte und A. nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr annehmen durfte, dass es sich um ein einheitlich geschaffenes Werk handelte. Dies sei für A. eine notwendige Vertragsgrundlage gewesen, da A. unmittelbar nach dem Kauf hierüber bei der Mitarbeiterin der C. AG Aufklärung verlangte und ihr baldiger Vertragsrücktritt nach Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse darauf schliessen lasse. Zur Erkennbarkeit hielt das Bezirksgericht fest, dass der Irrtum für die Beklagten erkennbar gewesen sei, zumal die Katalogbeschreibung suggerierte, dass es sich um ein einheitliches Werk handeln würde, das vorherige Auktionshaus J. K. eine abweichende Katalogbeschreibung verfasst hatte und die Schwammskulptur mit dem durch den Nachlass montierten Sockel zu einem tieferen Schätzpries angeboten wurde.⁸

1.2 Ungültigkeit der Freizeichnungsklausel nach Art. 199 OR und Zusicherung

Als Nächstes befasste sich das Bezirksgericht mit der Gültigkeit der in den Auktionsbedingungen der C. AG enthaltenen Freizeichnungsklausel und rekapituliert die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach eine Berufung auf Grundlagenirrtum ausgeschlossen ist, wenn der Irrtum mit fehlenden Eigenschaften der Kaufsache begründet wird, für welche die Gewährleistung wegbedungen wurde oder für welche eine Zusicherung vorliegt.⁹ Die Berufung auf die Freizeichnungsklausel versagt immerhin, wenn der Mangel gänzlich ausserhalb dessen liegt, womit ein Käufer im Einzelfall vernünftigerweise rechnen musste.¹⁰

⁴ Zum Ganzen: BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020; BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, Sachverhalt B.

⁵ OGer ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020.

⁶ BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, Dispositiv Ziff. 1; die fotografische Darstellung der blauen Schwammskulptur von Yves Klein kann im Entscheid 4A_42/2021 betrachtet werden. Aufgrund urheberrechtlicher Überlegungen wird aber vorliegend darauf verzichtet, die blaue Schwammskulptur abzubilden.

⁷ Zum Ganzen: BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.C.4; vgl. OGer ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 5.1.

⁸ Zum Ganzen: BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.B.1 ff. und II.C.4.2 ff.

⁹ BGE 126 III 59, E. 3; BGE 91 II 275, E. 2b; vgl. BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.C.4.4.2.

¹⁰ BGE 130 III 686, E. 4.3.1 m.w.H.; BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.C.4.4.2; *Heinrich Honsell*, Schwei-

Als Zusicherung gilt eine Erklärung, wonach eine (Kauf-)Sache eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweist und der Käufer nach dem Prinzip von Treu und Glauben auf diese Angaben vertrauen darf.¹¹ Hinsichtlich der Angaben im Auktionskatalog der C. AG hatte das Bezirksgericht auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln, ob diesen Angaben Zusicherungscharakter zukommen würde.¹² Das Bezirksgericht hielt fest, dass nicht jede Erklärung während Vertragsverhandlungen als Zusicherung zu qualifizieren ist, aber an eine Zusicherung auch geringere Anforderungen als an eine Garantie zu stellen sind. Unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hielt das Bezirksgericht fest, dass bei Auktionsbeschreibungen anhand der Vielfalt des angebotenen Auktionsguts das bietende Publikum nicht ohne Weiteres davon ausgehen kann, dass der Auktionator die einzelnen Auktionsgegenstände näher überprüfe und dass auch das Vorliegen eines Expertengutachtens nicht zwingend eine Echtheitszusicherung verkörpere. Die Auktionsbeschreibungen dienen in erster Linie dazu, die Gegenstände darzustellen und den Interessenten den Entscheid darüber zu erleichtern, ob und bis zu welcher Höhe sie mitbieten möchten.¹³ Indem die Auktionsbedingungen festhielten, dass sich der Bietende selbst, allenfalls unter Beizug eines Fachexperten, ein Bild vom Auktionsgut verschaffen sollte, zeigte dies, dass die C. AG die Losbeschreibung nicht als Zusicherung verstanden haben wollte.¹⁴

1.3 Absichtliche Täuschung und Aufklärungspflicht nach Art. 28 Abs. 1 OR

Im Rahmen der Würdigung von Art. 28 OR befasste sich das Bezirksgericht als Erstes mit dem Vorbringen der Klägerin hinsichtlich des Bestehens einer aktiven Täuschung durch die C. AG, indem der Auktionsbescriber darauf ausgerichtet gewesen sei, beim Publikum den Eindruck zu erwecken, dass es sich bei der Schwammskulptur um eine von Yves Kleins Schwämmen auf Metallständer handle und damit deutlich werthaltiger sei als eine Schwammskulptur des

Künstlers mit *posthumer* Sockelung. Dieser Eindruck sei durch den durch die C. AG angegebenen Schätzpreis von CHF 100 000–200 000 verstärkt worden. Die Klägerin offeriere jedoch nicht genügend Beweismittel, um eine aktive Täuschung durch die C. AG bejahen zu können.¹⁵

Als Nächstes befasste sich das Bezirksgericht mit der absichtlichen Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen und der hierfür erforderlichen Aufklärungspflicht der B. AG und hielt fest, dass sich Bestand und Umfang einer Aufklärungspflicht nach dem Grad der Erkennbarkeit und der Schwere des verschwiegenen Mangels bestimme.¹⁶ Das Bezirksgericht stellte fest, dass der B. AG bewusst gewesen sei, dass der Metallständer nicht durch Yves Klein selbst montiert wurde, da bereits der Auktionsbescriber des Auktionshauses J. K. im Jahr 2014 ausdrücklich erwähnte, dass der Metallständer durch den Nachlass montiert worden sei und der Vorstand der B. AG im Jahr 2013 die Echtheitsbestätigung des Experten D. mit der Bitte überreicht erhielt, einen Metallständer unter die Schwammskulptur zu montieren.¹⁷ Es erwog, dass die B. AG eine Aufklärungspflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben treffe, da die Authentizität des Metallständers für A. kaum erkennbar gewesen sei und eine grosse Wertdifferenz zwischen einer Skulptur von Yves Klein mit authentischer Sockelung und einer *posthumer* Sockelung bestehe und sich so die Schwere des Mangels erschliessen lasse.¹⁸ Zur Bestimmung einer möglichen Differenz des materiellen Werts führte das Bezirksgericht aus, dass es notorisch sei, dass die Preise in der Kunstszene sehr volatil seien und oftmals objektiv nicht nachvollziehbare Liebhaberpreise bezahlt würden. Der Zuschlagspreis sei von vielen Zufälligkeiten abhängig, wie von Ort und Zeitpunkt der Versteigerung sowie vom anwesenden Bieterpublikum. Aus diesen Gründen folgte das Bezirksgericht, dass zur Beurteilung einer Wertdifferenz auf die Schätzpreise abzustellen

zerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Zürich 2017, 92.

¹¹ BGer 4A_538/2013 vom 19. März 2014, E. 4.1.

¹² BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.B.4.4.3.

¹³ Zum Ganzen: BGE 123 III 165, E. 4; BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.B.4.4.3.

¹⁴ Zum Ganzen: BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.B.4.4.3; vgl. BGE 123 III 165, E. 4.

¹⁵ BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.A.2, II.D.4.2.2.1, II.D.4.2.2.2.

¹⁶ BGer 4A_141/2017 vom 4. September 2017, E. 3.1; BGE 117 II 218, E. 6a; HGer ZH HG170121 vom 7. Mai 2019, E. 7.4.1; BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.D.4.2.2.1.

¹⁷ BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.D.3.1, II.D.4.2.1.1.

¹⁸ Vgl. BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.D.4.2.2.2.; OGer ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 6.6.

sei, da diese durch fachkundige Einschätzung der Auktionshäuser erfolgen. Gestützt darauf hiess das Bezirksgericht die Klage gut und bejahte das Bestehen einer Aufklärungspflicht und somit das Vorliegen einer absichtlichen Täuschung.¹⁹

2. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2020

2.1 Direkte Stellvertretung nach Art. 32 Abs. 1 OR

Das Obergericht erwog, dass sämtliche Rechtswirkungen aus dem Kaufvertrag zwischen der Käuferin A. und dem Auktionshaus C. AG direkt bei der B. AG eintreten, da die C. AG als direkte Stellvertreterin der B. AG handelte. Aufgrund dessen seien auch die Handlungen der C. AG hinsichtlich des Auktionskatalogs und der Vorwurf einer absichtlichen Täuschung direkt der Vertretenen B. AG zuzurechnen.²⁰

2.2 Absichtliche Täuschung und Aufklärungspflicht nach Art. 28 Abs. 1 OR

Als Nächstes befasste sich das Obergericht mit dem Bestehen einer Aufklärungspflicht im Rahmen einer absichtlichen Täuschung i.S.v. Art. 28 OR. Es setzte sich aber im Gegensatz zum Bezirksgericht nicht mit der Gültigkeit der Freizeichnungsklausel i.S.v. Art. 199 OR auseinander.²¹

Wie auch das Bezirksgericht erwog das Obergericht, dass als Richtschnur zur Beurteilung einer Aufklärungspflicht basierend auf dem Grundsatz von Treu und Glauben die Kriterien der Erkennbarkeit und der Schwere der verschwiegenen Tatsache heranzuziehen sind. In der Folge verneinte das Obergericht das Bestehen einer Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben bei der B. AG mit dem Argument, dass die durch das Bezirksgericht herangezogenen Schätzpreise aus anderen Auktionen über die blauen Schwammskulpturen keine sachgerechte Grundlage zur Beurteilung der wesentlichen Wertdifferenz darstellen würden. Es begründete dies damit, dass unterschiedliche Schätzpreise für dasselbe Werk («*Eponge Bleue*») herangezogen wurden, um die Frage beantworten zu können, ob zwischen unterschiedlichen

Werken, also Schwammskulpturen mit authentischer Sockelung und solchen mit *posthum* gesockeltem Metallständer, eine Wertdifferenz bestehen würde. Des Weiteren sei bei den einzelnen zum Vergleich herangezogenen Auktionen nicht ersichtlich, ob sich deren Schätzpreis auf eine authentische Schwammskulptur oder eine *posthum* gesockelte Schwammskulptur bezog. Das Obergericht erwog zudem, dass durch das Bezirksgericht herangezogene Mittelwerte der Schätzpreise keine verlässliche Grundlage für die Ermittlung einer Wertdifferenz darstellen würden, da einzelne Auktionsangebote mit überdurchschnittlich hohen Schätzpreisen, wie dies bei demjenigen von C. AG der Fall war, den Mittelwert in die Höhe treiben. Das Obergericht erwog abschliessend, dass eingereichte Schätzpreise anderer Auktionshäuser, welche nach Klageeinreichung erstellt wurden, mit einer Fachexpertise unterlegt werden sollten, andernfalls es sich um reine Spekulation hinsichtlich der Schätzpreise handeln würde, denn gerade der Kunstmarkt sei notorisch einer hohen Volatilität unterworfen. Gestützt darauf wies das Obergericht die Klage ab und verneinte das Bestehen einer Aufklärungspflicht.²²

3. Urteil des Bundesgerichts vom 5. Juli 2021

3.1 Grundlagenirrtum, Wegbedingung der Gewährleistung und absichtliche Täuschung

Als Erstes befasste sich das Bundesgericht mit dem Grundlagenirrtum und der Gültigkeit des Gewährleistungsausschlusses nach Art. 199 OR, wobei nicht mehr strittig war, dass sich A. in einem wesentlichen Irrtum befand, indem sie davon ausgegangen sei, dass die Schwammskulptur sowie der Metallständer von Yves Klein geschaffen wurde. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Berufung auf Irrtum nicht möglich sei, wenn sie mit einer der Kaufsache fehlenden Eigenschaft begründet wird, welche der Verkäufer mittels Gewährleistungsausschluss gültig wegbedungen hat. Davon ausgehend sei eine Wegebedingung der Gewährleistung nur gültig, wenn der Verkäufer den Käufer nicht arglistig getäuscht hat oder Tatsachen nicht arglistig verschwiegen wurden. Das Bundesgericht erwog, dass sich der Getäuschte, bei gegebenen

¹⁹ Zum Ganzen: BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.D.4.2.2.2; vgl. OGer ZH LB160041-O/U vom 11. Januar 2017, E. 4.3 ff.

²⁰ OGer ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 6.4.

²¹ Vgl. BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, E. 4.3.

²² Zum Ganzen: OGer ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 6.9 ff.; vgl. HGer ZH HG170121O vom 7. Mai 2019, E. 7.4.1.

Voraussetzungen, kumulativ sowohl auf Irrtum wie auch auf Art. 28 OR berufen kann.²³

3.2 Aufklärungspflicht

Das Bundesgericht führte aus, dass sowohl ein arglistiges Verschweigen von Tatsachen i.S.v. Art. 199 OR wie auch i.S.v. Art. 28 OR voraussetzt, dass der Verkäufer nicht über das Fehlen einer Eigenschaft der Kaufsache informiert, obwohl ihn eine Aufklärungspflicht trifft.²⁴ Das Bundesgericht erwog unter Verweis auf seine Rechtsprechung, dass sich eine Aufklärungspflicht aus Gesetz, aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnisses ergeben kann. Im Rahmen eines Vertrauensverhältnisses kann sich eine Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben insbesondere ergeben, wenn (i) sich die Parteien über gewisse Tatsachen zu unterrichten haben, die den Entscheid über den Vertragsabschluss oder über Konditionen des Vertragsabschlusses beeinflussen können, oder (ii) wenn der Verkäufer annehmen muss, dass eine ihm bekannte Tatsache den Verwendungszweck der Kaufsache für den Käufer vereitelt, erheblich beeinträchtigt oder anderweitig von Bedeutung sein kann.²⁵

Das Bundesgericht stimmt A. indessen zu, dass nicht nur Eigenschaften von der Aufklärungspflicht erfasst werden, welche einen negativen Einfluss auf den (Markt-)Verkaufspreis der Skulptur haben sollen, sondern auch all jene Umstände, welche für den Verkäufer erkennbar für den Kauf entscheidend waren.²⁶ Die Behauptungen der Klägerin beschränken sich vorliegend darauf, dass für sie die immaterielle Authentizität im Vordergrund gestanden habe und bei deren Fehlen bereits ein schwerwiegender Mangel vorliegen würde. Zudem hätte eine genauere Katalogbeschreibung erwartet werden dürfen, zumal die B. AG eine gewerbsmässige Kunsthändlerin sei

und ein erhebliches Informationsgefälle bestehe.²⁷ Das Bundesgericht erwog, dass zwar der Wissensstand der Parteien für das Ausmass der Aufklärungspflicht von Bedeutung sei, aufgrund der Vielfalt des angebotenen Auktionsgutes bei Kunstauktionen aber nur beschränkte Anforderungen an Auktionskataloge zu stellen wären und A. nicht genügend darlegte, weshalb die B. AG hätte erkennen müssen, dass A. der Urheberschaft der Sockelung besondere Relevanz zugeschrieben hätte. Das Bundesgericht erwog, dass A. über die Urheberschaft der Sockelung hätte nachfragen können, wenn ihr diese Eigenschaft derart wichtig gewesen wäre. Wie die Vorinstanz, welche feststellte, dass die Urheberschaft der Sockelung für die Preisbestimmung auf dem Kunstmarkt offenbar nicht von erheblicher Bedeutung gewesen sei, verneinte auch das Bundesgericht das Vorliegen eines schwerwiegenden Mangels mit der Begründung, dass der Nachweis einer grossen Wertdifferenz zwischen einer Skulptur mit Metallständer von Yves Klein und einem *posthum* gesockelten Metallständer nicht dargetan wäre. Obwohl festgestellt wurde, dass die B. AG zwar von der nachträglichen Sockelung Kenntnis hatte, lässt sich daraus nicht schliessen, dass sie die Bedeutung erkannte, welche A. diesem Umstand beigemessen hatte. Gestützt darauf verneinte auch das Bundesgericht das Vorliegen einer Aufklärungspflicht der B. AG und einer absichtlichen Täuschung i.S.v. Art. 28 OR durch Verschweigen von Tatsachen.²⁸

III. Bemerkungen

1. Wegbedingung der Gewährleistung nach Art. 199 OR

Im Rahmen der Vertragsfreiheit sowie des dispositiven Charakters der Bestimmung kann die Sachgewährleistung des Kaufrechts gänzlich ausgeschlossen oder beschränkt werden.²⁹ Der Ausschluss oder die

²³ Zum Ganzen: BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, E. 3.2.

²⁴ BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, E. 3.3; vgl. *Hans Giger*, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse*, Bern 1979, Art. 184–215 OR, N 34 ff. zu Art. 199 OR.

²⁵ Zum Ganzen: BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, E. 3.3; 4.2 ff.; BGer 4A_437/2020 vom 29. Dezember 2020, E. 4.1 m.w.H.; BGer 4A_514/2020 vom 2. November 2020, E. 6.1; BGE 131 III 145, E. 8.1; 106 II 346, E. 4a; 66 II 132, E. 6.

²⁶ BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, E. 4.3.2.

²⁷ Zum Ganzen: BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, E. 5.2.

²⁸ Zum Ganzen: BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, E. 5.3 ff.; OGer ZH LB2000032-O/U. vom 2. Dezember 2020, E. 4.4 ff.; vgl. BGer 4A_514/2020 vom 2. November 2020, E. 6.1; 4A_437/2020 vom 29. Dezember 2020, E. 4.1 m.w.H.

²⁹ Vgl. BGE 109 II 213, E. 1a; *Thomas Lörtscher*, *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht*, Diss. Zürich, 1977, 129; *Herbert Schönle/Peter Higi*, in:

Beschränkung der Gewährleistung ist jedoch ungültig, wenn ein Mangel an der Kaufsache durch den Verkäufer arglistig verschwiegen wurde (Art. 199 OR).³⁰ Dieser auf Treu und Glauben beruhende Grundsatz verhindert, dass der Verkäufer in arglistiger Weise durch Verschweigen von Tatsachen über die Kaufsache einen falschen Schein erweckt und den Käufer zum Vertragsabschluss bewegt.³¹

1.1 Arglistiges Verschweigen von Tatsachen

Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um die Ungültigkeitsfolgen von Art. 199 OR auszulösen:

- Die Kenntnis des Mangels durch den Verkäufer;
- das Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer trotz Aufklärungspflicht;
- das Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer trotz Wissens um Unkenntnis des Käufers;
- ein willentliches Verschweigen durch den Verkäufer;
- keine Zusicherung durch den Verkäufer, und
- ein arglistiges Verhalten durch den Verkäufer.³²

1.1.1 Kenntnis des Mangels durch den Verkäufer

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis setzt das arglistige Verschweigen von Tatsachen i.S.v. Art. 199 OR voraus, dass der Verkäufer den Mangel kennen musste, wobei eine detaillierte Kenntnis nicht verlangt wird.³³

Wilhelm Schönenberger/Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kauf und Schenkung, Teilband V.2a, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 192–204, N 9 zu Art. 199 OR.

³⁰ Vgl. zum Ganzen: BK-Giger (Fn. 24), N 5 zu Art. 199 OR.

³¹ Vgl. Lörtscher (Fn. 29), 137; BK-Giger (Fn. 24), N 26 zu Art. 199 OR.

³² Vgl. BK-Giger (Fn. 24), N 33 ff. zu Art. 199 OR; ZK-Schönle/Higi (Fn. 29), N 46 ff. zu Art. 199 OR.

³³ Vgl. BGER 4A_196/2011 vom 4. Juli 2011, E. 2 ff.; 4A_141/2017 vom 4. September 2017, E. 3.1.4; 4A_11/2015 vom 25. Juni 2015, E. 3.1.2; BGE 81 II 138, E. 3; 66 II 132, E. 5 ff.; 60 II 436, E. 4 f.; BK-Giger (Fn. 24), N 34 zu Art. 199 OR.

1.1.2 Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer trotz Aufklärungspflicht

Der Verkäufer verschweigt den Mangel an der Kaufsache nur dann in arglistiger Weise, wenn ihn eine Aufklärungspflicht trifft. Eine Aufklärungspflicht kann sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus Gesetz, Vertrag oder aus dem Prinzip von Treu und Glauben ergeben.³⁴

Grundsätzlich besteht im Vertragsrecht keine allgemeine Aufklärungspflicht unter den Vertragsparteien und diese haben die für den Vertragsabschluss relevanten Informationen selbst zu beschaffen. Es kann nicht erwartet werden, dass der jeweilige Verhandlungspartner gewarnt und sogar durch die Gegenpartei von einem Vertragsabschluss abgehalten wird.³⁵ Es ist stets im konkreten Einzelfall zu bestimmen, ob einen Vertragspartner eine Aufklärungspflicht trifft.³⁶ Eine Aufklärungspflicht aus dem Prinzip von Treu und Glauben kann bestehen, wenn vor Vertragsabschluss erkannt wird, dass der Irrtum der Gegenpartei auf dem eigenen Verhalten, beispielsweise auf unabsichtlich falschen Auskünften beruht oder die Umstände für die Gegenpartei in erkennbarer Weise von wesentlicher Bedeutung sind.³⁷ Keine Aufklärungspflicht besteht in Konstellationen, in welchen der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen durfte, die Gegenpartei werde den richtigen Sachverhalt ohne Weiteres erkennen.³⁸ Unabhängig

³⁴ Vgl. BGER 4C.226/2002 vom 27. September 2002, E. 4.1; BGER 4C.64/2002 vom 2. Mai 2002, E. 7; BGE 117 II 218, E. 6; 116 II 431, E. 3a; BK-Giger (Fn. 24), N 34 zu Art. 199 OR.

³⁵ Zum Ganzen: Peter Gauch/Walter R. Schluop/Jörg Schmid/Heinz Rey/Susan Emmenegger, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020, N 862; vgl. Christoph Hehli, Die alternativen Rechtsbehelfe des Käufers, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Bd. 33, Zürich 2008, N 367; Melanie Gottini/Hans Caspar von der Crone, Aufklärungspflicht im Rahmen von Art. 28 OR, in: SZW 4/2017, 510.

³⁶ BGE 132 II 161, E. 4.1; 117 II 218, E. 6a; BGE 116 II 431, E. 3a; BGER 4A_285/2017 vom 3. April 2018, E. 6.1; 4A_316/2008 vom 3. Oktober 2008, E. 2.1; Gottini/von der Crone (Fn. 35), 511.

³⁷ BGE 113 II 25, E. 2b; Ingeborg Schwenzler/Christiana Fountoulakis in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019, N 9 zu Art. 28 OR.

³⁸ BK-Giger (Fn. 24), N 43 zu Art. 199 OR; vgl. BGE 116 II 431, E. 3a; 102 II 81, E. 2.

davon greift der Grundsatz von Treu und Glauben jedoch nur, wenn der Verhandlungspartner des Irrenden überhaupt über einen ihm erkennbaren Informationsvorsprung verfügt, weil er beispielsweise bezüglich der vorliegenden Frage besonders kundig oder der Irrende besonders unkundig ist. Stets ist der Umfang der Aufklärungspflicht aber differenziert zu beurteilen und erfordert eine Interessensabwägung.³⁹ Je nach Art des Rechtsgeschäfts, wie beispielsweise bei Verträgen, welche gemeinsame Interessen verfolgen oder welchen ein Vertrauensverhältnis zugrunde liegt, wie bei Gesellschaftsverträgen, Aufträgen oder bestimmten Dauerschuldverhältnissen, ist die bestehende Aufklärungspflicht nach einem strengeren Massstab zu beurteilen. Bei Verträgen, welche nicht nur komplementäre Elemente enthalten, sondern in welchen auch gegensätzliche Interessen verfolgt werden, wie dies beispielsweise bei einem Kaufvertrag der Fall ist, sind weniger strenge Anforderungen an die Aufklärungspflicht zu stellen. Grundsätzlich ist es jeder Vertragspartei erlaubt, die eigenen Interessen wahrzunehmen, insbesondere hat sie nicht von sich aus nach Fehlern in der Willensbildung der Gegenpartei zu suchen.⁴⁰

1.1.3 Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer trotz Wissens um Unkenntnis des Käufers

Eine Aufklärungspflicht des Verkäufers kann nur vorliegen, wenn dieser wusste oder zumindest annehmen konnte, dass der Käufer vom Mangel keine Kenntnis hatte und er diesem Umstand beim Vertragsabschluss durchaus Gewicht beigemessen hatte.⁴¹ Ist der Mangel bei Vertragsabschluss dem Käufer bekannt, so ist dieser nicht mehr schutzbedürftig, und

es kann dem Verkäufer keine Aufklärungspflicht hinsichtlich dieser Eigenschaft der Kaufsache auferlegt werden. Bereits bekannte Mängel können nicht mehr arglistig verschwiegen werden. In Konstellationen, in welchen ein Käufer nach Vertragsabschluss, aber vor Übergabe der Kaufsache, Kenntnis vom Mangel erlangt, ist auf die Preisgefahr abzustellen. Trägt zu diesem Zeitpunkt der Käufer bereits die Sachleistungs- und Kaufpreisgefahr, so kann er sich nicht mehr auf Art. 199 OR berufen.⁴²

1.1.4 Willentliches Verschweigen durch den Verkäufer

Des Weiteren setzt das Verschweigen von Tatsachen i.S.v. Art. 199 OR voraus, dass der Verkäufer von der Unkenntnis des Käufers gewusst, den Mangel selbst gekannt und trotzdem willentlich auf eine Aufklärung der Gegenpartei verzichtet hat.⁴³

1.1.5 Keine Zusicherung durch den Verkäufer

Das Vorliegen einer Zusicherung i.S.v. Art. 197 OR und die Wegbedingung der Gewährleistung schliessen sich im Tatbestand aus, da die Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache das Entstehen des Verkäufers für das Vorhandensein dieser Eigenschaft bedeutet.⁴⁴ Ob eine Zusicherung vorliegt, ist durch Vertragsauslegung im Einzelfall zu ermitteln.⁴⁵

1.1.6 Arglist des Verkäufers

Die Wegbedingung der Gewährleistung ist ungültig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat (Art. 199 OR), wobei die Arglist auch die Kenntnis des Verkäufers über den Mangel voraussetzt und *dolus eventualis* genügt.⁴⁶ Bedient sich der Verkäufer eines direkten Stellvertreters oder einer Hilfs-

³⁹ Vgl. BGer vom 15. September 1983, in: ZBGR 67/1986, 125 f.; *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 35), N 863 f.; *Hans-Peter Katz*, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Diss. Zürich 1973, 124 f.

⁴⁰ Vgl. zum Ganzen: *Bruno Schmidlin*, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses*, Art. 23–31 OR, 2. Aufl., Bern 2013, N 30 f., 34 ff., 52 zu Art. 28 OR; *Hermann Viktor Gilomen*, Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem OR, Diss. Bern 1950, 62; *Gottini/von der Crone* (Fn. 35), 510; *BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis* (Fn. 37), N 9 zu Art. 28 OR.

⁴¹ BGE 66 II 132, E. 6; 31 II 411, E. 4; vgl. *BK-Giger* (Fn. 24), N 44 zu Art. 199 OR.

⁴² Zum Ganzen: *ZK-Schönle/Higi* (Fn. 29), N 62 zu Art. 199 OR.

⁴³ Vgl. *BK-Giger* (Fn. 24), N 45 zu Art. 199 OR; *ZK-Schönle/Higi* (Fn. 29), N 61 zu Art. 199 OR.

⁴⁴ Vgl. BGE 123 III 165, E. 4; 73 II 218, E. 3; *BK-Giger* (Fn. 24), N 20 f. zu Art. 199 OR; *Honsell* (Fn. 10), 92; *ZK-Schönle/Higi* (Fn. 29), N 87 ff. zu Art. 197 OR und N 54 zu Art. 199 OR.

⁴⁵ Vgl. *ZK-Schönle/Higi* (Fn. 29), N 54 zu Art. 199 OR; vgl. hierzu vorne in Ziff. II.1.2.

⁴⁶ BGer 4A_196/2011 vom 4. Juli 2011, E. 3; *Heinrich Honsell*, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019, N 7 zu Art. 199 OR; siehe hierzu Ziff. III.1.1.1.

person, so ist das arglistige Verschweigen dem Vertretenen selbst zuzurechnen.⁴⁷

1.2 Anwendung auf die vorliegende Konstellation

Mit der im vorliegenden Fall in den Auktionsbedingungen der C. AG enthaltenen Freizeichnungsklausel soll klargestellt werden, dass mit der katalogmässigen Beschreibung der blauen Schwammskulptur gerade keine Zusicherung bestimmter Eigenschaften abgegeben wird. So ist es üblich, dass Auktionshäuser in ihren Auktionsbedingungen jede Gewährleistung für (Sach-)Mängel ausschliessen. Des Weiteren kann auch nicht erwartet werden, dass das Auktionshaus in Anbetracht der Vielfalt der Auktionsgüter jedes einzelne Auktionsgut gründlich begutachtet.⁴⁸ Die Erwägungen des Bundesgerichts hinsichtlich Art. 28 und Art. 199 OR sind nachvollziehbar und gerechtfertigt, wenn es das Bestehen einer Aufklärungspflicht mit dem Argument verneint, dass A. gerade nicht darlegen kann, weshalb das Informationsgefälle zur gewerbmässigen Kunsthändlerin B. AG eine genaue Auktionsbeschreibung hätte erwarten lassen können. Aufgrund der vorgebrachten Schätzpreise anderer Auktionshäuser ist nicht erstellt, weshalb ein schwerwiegender Mangel vorliegen würde und somit die Urhebererschaft der Sockelung für A. von derartiger Relevanz war, und die B. AG somit eine Aufklärungspflicht getroffen hätte.

Letztlich darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Erwerb der Schwammskulptur durch A. im Nachverkauf erfolgte. Dies bedeutet, dass die Schwammskulptur während der angekündigten Auktion der C. AG nicht zum angegebenen tieferen Schätzpreis von CHF 100 000 zugeschlagen werden konnte. A. müsste sich bewusst gewesen sein, dass sie die Schwammskulptur mit hoher Wahrscheinlichkeit gerade nicht zu besonders vorteilhaften Konditionen erworben hatte, auch wenn ein Erwerb im Nachverkauf durchaus in dieser Hoffnung getätigt wird. Aufgrund dieser Umstände hätte A. erst recht in Betracht ziehen müssen, das Kunstwerk, wie in den Auktions-

bedingungen festgehalten, vor Ort zu begutachten, allenfalls unter Beizug eines Fachexperten.⁴⁹

2. Absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR

Wird ein Vertragsschliessender mittels absichtlicher Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet, so ist der Vertrag für den Getäuschten unverbindlich, auch wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR). Die Bejahung einer absichtlichen Täuschung setzt somit ein täuschendes Verhalten voraus, welches in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder – in passiver Form – als Verschweigen vorhandener Tatsachen bestehen kann. Dies ruft beim Vertragspartner einen Motivirrtum hervor oder hält einen solchen aufrecht, welcher diesen zum Vertragsabschluss verleitet.⁵⁰

2.1 Verschweigen von Tatsachen

Das Verschweigen von Tatsachen durch den Täuschenden führt dazu, dass der Getäuschte bei umfassender Kenntnis der Umstände vom Vertragsabschluss abgesehen hätte. Der Getäuschte befindet sich somit in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, welche der Täuschende zwar nicht aktiv hervorruft, sich aber zunutze macht, indem er wissentlich und absichtlich das falsche Tatsachenfundament des Getäuschten ausnützt und diesen im Motivirrtum belässt oder diesen aufrechterhält.⁵¹

Damit eine absichtliche Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen bejaht werden kann, muss – wie in Art. 199 OR – den Täuschenden eine Aufklärungspflicht treffen.⁵²

⁴⁷ Rolf Watter, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019, N 23 zu Art. 32 OR; vgl. BGE 131 III 145, E. 8.1; 116 II 431, E. 3a.

⁴⁸ Vgl. BGE 123 III 165, E. 4.

⁴⁹ Vgl. zum Ganzen: BG ZH CG170079 vom 26. Juni 2020, E. II.A.2, II.A.4.4.2; II.D.4.2.2.2; OG ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 1.1.

⁵⁰ Zum Ganzen: BGer 4C.348/2006 vom 17. Januar 2006, E. 7.1; BGE 132 II 161, E. 4.1; 116 II 431, E. 3a; vgl. BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis (Fn. 37), N 3 und 8 zu Art. 28 OR; Gottini/von der Crone (Fn. 35), 510.

⁵¹ Zum Ganzen: BK-Schmidlin (Fn. 40), N 28 ff. zu Art. 28 OR; Claire Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 543.

⁵² BGE 116 II 431, E. 3 f.; BGer 4A_141/2017 vom 4. September 2017, E. 3.1.1 f.; BK-Schmidlin (Fn. 40), N 16, 28 f. und 32 zu Art. 28 OR.

2.2 Aufklärungspflicht

Der aus dem Prinzip von Treu und Glauben abgeleitete Grundsatz einer Aufklärungspflicht findet sich gemäss Lehre und Rechtsprechung in verschiedenen Rechtsinstituten wieder, wie beispielsweise in Art. 28 OR, Art. 199 OR als auch in der Haftung aus *culpa in contrahendo* und unterliegt darum weitgehend ähnlichen Voraussetzungen. Aufgrund dessen kann auf die Ausführungen zur Aufklärungspflicht unter Art. 199 OR verwiesen werden.⁵³

2.3 Absicht

Wer um die Unrichtigkeit der vorgespiegelten Tatsachen weiss und mit dem Willen handelt, jemanden in einen Irrtum zu führen oder einen solchen aufrechtzuhalten, um den Getäuschten zum Vertragsabschluss zu bewegen, handelt absichtlich, wobei Eventualvorsatz genügt.⁵⁴ Eventualvorsätzlich handelt, wer damit rechnen kann, Falschangaben zu machen oder Wichtiges zu verschweigen und hierdurch in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner in die Irre geleitet wird und somit einen Vertrag abschliesst.⁵⁵

2.4 Rechtsfolgen

Wird der Vertrag basierend auf Art. 28 OR angefochten, so kann der Vertrag einseitig mit Wirkung *ex tunc* für ungültig erklärt werden, und die Vertragsparteien haben die bereits erbrachten Leistungen Zug-um-Zug zurückzuerstatten. Sachleistungen können mit der Vindikationsklage nach Art. 641 Abs. 1 ZGB und andere Leistungen, beispielsweise Geldleistungen, mittels ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 ff. OR zurückgefordert werden.⁵⁶

3. Die Aufklärungspflicht des Verkäufers im Besonderen

3.1 Entstehung der Aufklärungspflicht

Gemäss älterer Lehre war teilweise noch umstritten, ob beim Kunst- und Antiquitätenhandel überhaupt eine Aufklärungspflicht besteht oder dieselben Standards wie in anderen Handelszweigen zur Anwendung gelangen sollten. Ursprung fand diese Begründung in den angeblich äusserst nachlässigen Verkehrssitten, welche im Kunst- und Antiquitätenhandel herrschten. Bereits *Katz* forderte aber die übliche, im loyalen Geschäftsverkehr erforderliche Ehrlichkeit und Offenheit mit der Begründung, dass gerade im Kunst- und Antiquitätenhandel ein Grossteil der Käufer unerfahren seien.⁵⁷

Lehre und Rechtsprechung sind sich heute einig, dass sich eine Aufklärungspflicht sowohl aus Gesetz oder Vertrag ergeben kann sowie auch wenn eine solche aus dem Prinzip von Treu und Glauben geboten erscheint.⁵⁸ Indem der Verkäufer mit seinem Angebot an die Öffentlichkeit tritt, übernimmt er die Verantwortung für eine ordnungsgemässe Abwicklung des Kaufgeschäfts. Aufgrund dessen hat er über Mängel des Kaufobjekts zu informieren, welche durch den Käufer nach Treu und Glauben nicht erwartet werden mussten und zu einer Vermögensschädigung führen können.⁵⁹ Eine Aufklärungspflicht besteht hingegen nicht, wenn der Verkäufer nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, die Gegenpartei werde den richtigen Sachverhalt ohne Weiteres erkennen. Klar scheint, dass eine Aufklärungspflicht immer dann bejaht werden muss, wenn der Täuschende davon Kenntnis hatte, dass sich die Gegenpartei irrt und diese in Kenntnis der wirklichen Umstände den Vertrag nicht geschlossen hätte.⁶⁰ Zu beachten bleibt, dass es in der Natur der Sache eines Kaufvertrages liegt, dass gegensätzliche Interessen bestehen und der Verkäufer einen möglichst hohen

⁵³ Vgl. BGE 102 II 81, E. 2; 105 II 75, E. 2a; 116 II 431, E. 3a; 117 II 218, E. 6a ff.; *Gottini/von der Crone* (Fn. 35), 516; *Stephanie Hartmann*, Die vorvertragliche Informationspflichten und ihre Verletzung, in: Peter Gauch (Hrsg.), Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Bd. 201, Freiburg 2001, 26; *ZK-Schönle/Higi* (Fn. 29), N 64 zu Art. 199 OR; siehe dazu *Ziff. III.1.1.2. BK-Schmidlin* (Fn. 40), N 69 zu Art. 28 OR; vgl. *Gottini/von der Crone* (Fn. 35), 510 f.

⁵⁴ Vgl. zum Ganzen: BGer 4A_141/2017 vom 19. Juli 2016, E. 3.2.1.

⁵⁵ Zum Ganzen: BGer 4A_87/2018 vom 27. Juni 2018, E. 5.3; vgl. *BK-Schmidlin* (Fn. 40), N 83 ff. zu Art. 31 OR; *Huguenin* (Fn. 51), N 582.

⁵⁷ Vgl. zum Ganzen: *Gilomen* (Fn. 40), 83; *Katz* (Fn. 39), 125 f.
⁵⁸ BGE 116 II 431, E. 3a; 117 II 218, E. 6a; zum Ganzen: *BK-Giger* (Fn. 24), N 35 zu Art. 199 OR; *BK-Schmidlin* (Fn. 40), N 38 zu Art. 28 OR.

⁵⁹ Vgl. *BK-Giger* (Fn. 24), N 42 zu Art. 199 OR.

⁶⁰ Vgl. zum Ganzen: BGE 92 II 328, E. 4; 90 II 449, E. 4 ff.; *BK-Giger* (Fn. 24), N 31 f., 42 f. zu Art. 199 OR; *HG ZH HG170121-O* vom 7. Mai 2019, E. 7.4.1.

Verkaufspreis erzielen will, wohingegen der Käufer an einem möglichst tiefen Kaufpreis interessiert ist.⁶¹

Anlehnend an die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Börsenhandel werden auch beim Kunsthandel die Kriterien zur Beurteilung des Bestehens einer Aufklärungspflicht herangezogen.⁶² Gemäss dieser Praxis hat der Mangel für den Täuschenden erkennbar und schwerwiegend zu sein, damit eine Aufklärungspflicht bejaht werden kann.⁶³

3.1.1 Voraussetzung der Erkennbarkeit

Eine Vertragspartei hat die andere über sämtliche Umstände aufzuklären, welche für ihren Entschluss zur Vertragseingehung in erkennbarer Weise von Bedeutung sind.⁶⁴ Handelt es sich um ein einmaliges und von gegensätzlichen Interessen beherrschtes Rechtsgeschäft, so wendet das Bundesgericht einen strengeren Massstab zur Beurteilung des Bestehens einer Aufklärungspflichten an.⁶⁵ Über Umstände, welche in erkennbarer Weise für den Käufer von Bedeutung sind, ist eine Aufklärungspflicht stets zu bejahen. Basierend auf dem Grundsatz von Treu und Glauben besteht in solchen Fällen eine Aufklärungspflicht, wenn eine Partei die Unkenntnis der Gegenpartei erkennt oder erkennen muss.⁶⁶ Es besteht aber keine Pflicht, nach Irrtümern der Gegenpartei zu forschen. Dies vor allem dann nicht, wenn es sich um ein einmaliges oder von gegensätzlichen Interessen beherrschtes Rechtsgeschäft handelt und erwartet werden darf, dass bei gehöriger Aufmerksamkeit die Gegenpartei den Irrtum selbst bemerken könnte.⁶⁷ Da der Umfang der Aufklärungspflicht stark einzelfallabhängig ist, sind der Verlauf der Vertragsverhandlungen, die Natur des Vertrages sowie die Absichten und Kenntnisse der Parteien, wie beispielsweise deren Fachkunde, entscheidend und in die Einzelfallabwägung miteinzubeziehen.⁶⁸ Aus den gleichen Überlegungen ist auch keine Aufklärungspflicht an-

zunehmen, wenn es sich bei den Vertragsparteien um Konkurrenten oder Branchenkundige handelt.⁶⁹

3.1.2 Voraussetzung des schwerwiegenden Mangels

Die sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben ableitende Aufklärungspflicht erfordert zudem, dass die bloss einseitig bekannte Tatsache von Relevanz ist und somit eine gewisse Schwere aufweist.⁷⁰ Die der Aufklärungspflicht unterstehende Vertragspartei hat die Gegenpartei über schwerwiegende Mängel des Vertragsgegenstandes zu informieren, wenn diese zu einer Vermögensschädigung führen können und durch den Käufer nach Treu und Glauben nicht erwartet werden mussten.⁷¹

3.1.3 Behauptungs- und Beweislast

Die Parteien müssen in einem vom Verhandlungsgrundsatz beherrschten Verfahren alle wesentlichen Tatsachen von sich aus behaupten und den hierfür erforderlichen Beweis erbringen (Art. 8 ZGB, Art. 55 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Die Behauptungslast ist eine Obliegenheit, welche bei Unterlassung durch die beweisbelastete Partei zur Konsequenz hat, dass die relevanten Tatsachen durch das Gericht im Verfahren nicht berücksichtigt werden. Für das Gericht bedeutet sie, dass nicht in das Verfahren eingebrachte und behauptete Tatsachen, nicht berücksichtigt werden dürfen. Erst wenn die durch die beweisbelastete Partei vorgebrachten Behauptungen durch die Gegenpartei bestritten werden, hat über die rechtserheblichen Tatsachen der Beweis erbracht zu werden.⁷² Eine Ausnahme besteht nur im Rahmen von Art. 151 ZPO (offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen). Die beweisbelastete Partei hat also nur den Beweis für ihre eigene Position zu erbringen, wenn es ihr gelingt, genügend Behauptungen vorzubringen, welche von der Gegenpartei bestritten werden. Es ist gerade nicht die Aufgabe des Gerichts, selbst für eine rechtserhebliche

⁶¹ Vgl. BK-Giger (Fn. 24), N 35 zu Art. 199 OR.

⁶² HG ZH HG170121-O vom 7. Mai 2019, E. 7.4.1.

⁶³ Vgl. BK-Schmidlin (Fn. 40), N 33 zu Art. 28 OR.

⁶⁴ BGE 116 II 431, E. 3a; 81 II 138, E. 4; siehe Ziff. III.3.1.1., III.3.1.2.

⁶⁵ BK-Schmidlin (Fn. 40), N 30 f., 34 ff., 52 zu Art. 28 OR; BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis (Fn. 37), N 9 zu Art. 28 OR. vgl. BGE 132 II 161, E. 4.1 ff.; 116 II 435, E. 3a ff.

⁶⁶ BGE 117 II 218, E. 6a f.

⁶⁷ Vgl. BGE 102 II 81, E. 2; Hartmann (Fn. 53), 37.

⁶⁸ Vgl. BGer 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005, E. 1.1; Hartmann (Fn. 53), 38; Hehli (Fn. 35), N 283 ff.

⁶⁹ Vgl. OG ZH, ZR 83/1984, S. 293/Nr. 121; BK-Schmidlin (Fn. 40), N 38 zu Art. 28 OR.

⁷⁰ Vgl. Gottini/von der Crone (Fn. 35), 511.

⁷¹ BK-Giger (Fn. 24), N 42 zu Art. 199 OR.

⁷² Zum Ganzen: Myriam A. Gehri, in: Karl Spühler/Luca Tencchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 4 zu Art. 55 ZPO; Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2019, § 10 N 16 f.

Tatsache den Beweis zu führen, sondern es hat den Prozess zu leiten, Beweise abzunehmen und das Recht auf den Sachverhalt anzuwenden. Kommt die Klägerin ihrer Behauptungslast hinsichtlich der anspruchsbegründenden Tatsachen nicht nach, so stehen drei Rechtsfolgen zur Auswahl und zwar (i) die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht, (ii) Nicht-eintreten oder (iii) Entscheid in der Sache durch das Gericht.⁷³

3.2 Anwendung auf die vorliegende Konstellation

Im vorliegenden Fall bejahte nur das Bezirksgericht eine Aufklärungspflicht.⁷⁴ Das Obergericht sowie das Bundesgericht verneinten eine solche.⁷⁵ Die Ausführungen des Obergerichts und des Bundesgerichts zeigen exemplarisch die Konsequenzen auf, wenn die Klägerin ihrer Behauptungs- und Beweislast nicht genügend nachkommt. Vorliegend also der Frage, ob ein erkennbarer und schwerwiegender Mangel an der Kaufsache vorliegt und die B. AG somit eine Aufklärungspflicht trifft. Gerade dieser Nachweis gelingt der Klägerin nicht. Basierend auf den Ausführungen der Lehre und Praxis zu den Voraussetzungen zur Bejahung einer Aufklärungspflicht bleibt festzuhalten, dass der Beweis eines schwerwiegenden Mangels und der Erkennbarkeit durchaus eine Herausforderung darstellen kann.⁷⁶ Das Gericht hat basierend auf den vorgebrachten Behauptungen der behauptungs- und beweisbelasteten Klägerin zu entscheiden, ob im Einzelfall die rechtlichen Voraussetzungen hinsichtlich des Bestehens der Aufklärungspflicht gegeben sind. Das Obergericht hielt vorliegend fest, dass die Klägerin Auktionen anderer Auktionshäuser nur im Zusammenhang mit deren unterschiedlichen Katalogbeschreibungen in das Verfahren eingebracht hat und nicht im Zusammenhang mit der Behauptung, dass die *posthum* gesockelte Skulp-

tur weniger werthaltig sei. Das Bezirksgericht ermittelte jedoch einen Schätzpreis durch Konsultation der Internetseite eines Auktionshauses selbst, um aufzuzeigen, dass ein schwerwiegender Mangel vorliege.⁷⁷ Aufgrund der Verhandlungsmaxime befasste sich das Obergericht nicht vertieft mit diesen Ausführungen des Bezirksgerichts.⁷⁸ Hinsichtlich der Vorbringen der Klägerin hingegen fehlt es gemäss Obergericht an Substanz bzw. an detaillierten Angaben.⁷⁹

Die Käuferin wäre ihrer Behauptungslast vorliegend bestmöglich nachgekommen, wenn sie anhand präzise umschriebener Vergleichsobjekte vorgebracht hätte, dass gerade die durch sie beanstandete fehlende Eigenschaft des Kaufobjekts (Metallständer nicht von Yves Klein), von erheblicher Relevanz, resp. eine authentische Schwammskulptur wesentlich werthaltiger sei. Es wäre zu erwarten gewesen, dass die Vorbringen der Klägerin präzise Ausführungen zu Mass und Grösse, Provenienz und allenfalls der entsprechenden Werkregisternummer (falls vorhanden), für jedes einzelne offerierte Vergleichsobjekt enthalten hätte. Es muss dem Gericht anhand der vorgebrachten Behauptungen und offerierten Beweismittel ermöglicht werden, das Recht auf den Sachverhalt anzuwenden. Es muss also anhand der offerierten Grundlagen beurteilen können, ob andere, mängelfreie und authentische Skulpturen von Yves Klein tatsächlich werthaltiger seien als solche mit nachträglich nicht durch Yves Klein montiertem Metallständer, um einen schwerwiegenden Mangel und somit eine Aufklärungspflicht des Verkäufers bejahen zu können. Die Einreichung von *Screenshots*, wie dies die Klägerin tat, genügt diesen Anforderungen nicht.⁸⁰

IV. Schlussbemerkungen

Mit dem vorliegenden Entscheid hatte das Bundesgericht einen grundlegenden Fall aus dem allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts zu beurteilen. Interessant ist der vorliegende Entscheid deshalb, da das Zusammenspiel einer Wegbedingung der Gewährleistung, einer absichtlichen Täuschung

⁷³ Zum Ganzen: *Reto Marghitola*, in: Ulrich Haas/Reto Marghitola (Hrsg.), *Fachhandbuch Zivilprozessrecht*, Zürich 2020, N 4.45 ff.; *Stahelin/Stahelin/Grolimund* (Fn. 72), § 10 N 17 f.

⁷⁴ BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, E. 5.3 f.; BG ZH CG170079-L/U vom 26. Juni 2020, E. II.D.4.2.2.2 ff., II.D.4.2.2.3; OG ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 6.9 ff.

⁷⁵ BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, E. 5.4; OG ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 6.15.

⁷⁶ Vgl. BGer 4A_23/2016 vom 19. Juli 2016, E. 8.2; siehe Ziff. III.1.1.2; III.3.1.

⁷⁷ Zum Ganzen: OGer ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 6.9.

⁷⁸ Vgl. BGer 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021, E. 5.3; OG ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 6.8 ff.

⁷⁹ OGer ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 6.12.

⁸⁰ OGer ZH LB200032-O/U vom 2. Dezember 2020, E. 6.12.

durch Verschweigen von Tatsachen sowie der damit zusammenhängenden Frage des Bestehens einer Aufklärungspflicht in systematischer Weise aufgearbeitet und zugleich die weitreichende Bedeutung der Behauptungslast aufgezeigt wurde.

Der vorliegende Fall zeigt, dass die üblicherweise in Auktionsbedingungen enthaltene Freizeichnungsklausel hohe praktische Relevanz aufweist und grundsätzlich gültig ist. Die Gültigkeit der in Auktionsbedingungen enthaltenen Freizeichnungsklausel ist auch äusserst sinnvoll, denn ein Auktionshaus er-

hält das Auktionsgut grundsätzlich durch Dritte und versteigert diese häufig in fremden Namen und auf fremde Rechnung. Es kann dabei nicht jedes einzelne Auktionsgut selbst auf dessen Qualität und Authentizität hin überprüfen. Des Weiteren zeigt das Urteil klar auf, dass in einem der Verhandlungsmaxime unterliegenden Zivilverfahren die behauptungs- und beweisbelastete Partei das Klagefundament ausreichend zu behaupten hat, sodass hierfür der Beweis erbracht werden kann.