



Kommentar zu: Urteil: [4A_42/2021](#) vom 5. Juli 2021
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Opfermitverantwortung beim Kunstkauf

Yves Klein Skulptur als erkennbares «postmortales Patchwork»?

Autor / Autorin

Livia Häberli, Dario Galli, Markus Vischer

walderwys

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_42/2021 vom 5. Juli 2021 entschied das Bundesgericht, dass die Verkäuferin die Käuferin nicht darüber aufklären musste, dass die Sockelung der verkauften Skulptur nicht vom Künstler stammt und erst posthum vorgenommen wurde. Gemäss Bundesgericht hätte die Käuferin nachfragen müssen, wer der Urheber der Sockelung ist.

Sachverhalt

[1] A (Beschwerdeführerin, Klägerin, nachfolgend: Käuferin) erwarb am 8. Dezember 2014 eine blaue Schwammskulptur («*Eponge Bleue*») des verstorbenen Künstlers Yves Klein (nachfolgend: Künstler) im Rahmen eines Nachverkaufs zu einer Auktion bei der C AG (Beklagte 1, nachfolgend: Auktionator). Der 1961 vom Künstler geschaffene Schwamm wurde nach dessen Tod von seinem Nachlass mit einem (nicht vom Künstler geschaffenen) Metallständer (Sockel) ergänzt. Folgende Abbildung der Skulptur liege im Recht (Sachverhalt Teil A.a):



(Bildquelle: https://www.kollerauktionen.ch/en/130483-18066----5037-yves-klein-1928---1962-ohne-t-5037_138745.html)

[2] Die Skulptur wurde durch die B AG (Beklagte 2, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Verkäuferin) eingeliefert. Im Auktionskatalog wurde die Skulptur durch die Verkäuferin als «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» beschrieben. Die Auktionsbedingungen enthielten einen Haftungsausschluss. Darin erklärte der Auktionator u.a., dass die Beschreibung der Objekte «nach bestem Wissen und Gewissen» erfolge. Indes werde «keine Haftung» für die Katalogangaben übernommen und «jede Haftung für Rechts- und Sachmängel wegbedungen». Es sei am Käufer, sich ein eigenes Urteil bezüglich der Übereinstimmung des Kunstobjektes mit der Beschreibung im Katalog zu bilden (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Die Käuferin erwarb die Skulptur zu einem Kaufpreis von CHF 123'120 (inkl. Maklerprovision und Mehrwertsteuer). Anschliessend erklärte die Käuferin, dass sie den Vertrag nicht halten wolle, da sie erst im Nachhinein erfahren habe, dass der Schwamm nicht vom Künstler auf den Sockel montiert worden sei. Infolgedessen berief sie sich auf Grundlagenirrtum und absichtliche Täuschung, eventualiter auf Sachgewährleistung (Sachverhalt Teile A.a und A.c).

[4] Später klagte die Käuferin gegen die Verkäuferin und den Auktionator solidarisch auf Zahlung von CHF 123'120 nebst Zins, Zug um Zug gegen Rückgabe der Skulptur. Mit Urteil vom 26. Juni 2020 verurteilte das Bezirksgericht Zürich die Verkäuferin zur Zahlung von CHF 102'600 und den Auktionator zur Zahlung von CHF 20'520, je nebst Zins, an die Käuferin Zug um Zug gegen Rückgabe der Skulptur. Das Obergericht des Kantons Zürich hiess die Berufung der Verkäuferin im Wesentlichen gut und wies die Klage ab (Sachverhalt Teil B).

[5] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Käuferin, dass das vorinstanzliche Urteil aufzuheben sei (Sachverhalt Teil C und E. 6).

Erwägungen

[6] Das Bundesgericht hielt fest, dass zwischen der Verkäuferin und der Käuferin ein Kaufvertrag über die Skulptur zustande gekommen sei und der Auktionator als direkter Stellvertreter der Verkäuferin agierte und sein Handeln ihr zuzurechnen sei (E. 2).

[7] Eine Berufung auf Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 [OR](#) versage, wenn der Irrtum mit fehlenden Eigenschaften der Kaufsache begründet werde, für die der Verkäufer die Gewährleistung im Sinne von Art. 199 OR gültig wegbedungen habe. Eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht sei gemäss Gewährleistung nach Art. 199 OR ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen habe (der Sache nach gleich auch Art. 234 Abs. 3 OR für die freiwillige öffentliche Versteigerung [vorliegend allerdings Erwerb im Nachverkauf]). Werde ein Vertragsabschliessender durch eine absichtliche Täuschung seitens des anderen zum Vertragsabschluss verleitet, so sei der Vertrag unerheblich, auch wenn der Irrtum kein wesentlicher sei (Art. 28 Abs. 1 OR). Nebst dem Vorspiegeln falscher Tatsachen gelte auch das absichtliche Verschweigen von Tatsachen als täuschende Handlung (E. 3.1 und 3.2).

[8] Ein arglistiges Schweigen (Art. 199 OR) sei ebenso wie die absichtliche Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen (Art. 28 OR) zu bejahen, wenn der Verkäufer den Käufer nicht über das Fehlen einer Eigenschaft der Kaufsache informiert habe, obwohl eine Aufklärungspflicht bestehe. Eine Aufklärungspflicht könne sich aus dem Gesetz oder aus einem Vertrags- oder Vertrauensverhältnis ergeben. Bei Vertragsverhandlungen werde ein Vertrauensverhältnis bejaht, das die Parteien nach Treu und Glauben verpflichte, einander in gewissem Masse über Tatsachen zu unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können. Eine Aufklärungspflicht sei grundsätzlich dann gegeben, wenn der Verkäufer annehmen müsse, eine ihm bekannte Tatsache könne den vom Käufer vorausgesetzten Verwendungszweck vereiteln, erheblich beeinträchtigen oder sei für diesen sonst von Bedeutung, namentlich weil sie geeignet ist, den Entscheid über den Abschluss des Vertrags überhaupt oder zu bestimmten Konditionen zu beeinflussen (E. 3.3.).

[9] Die Käuferin sei der Auffassung, sie sei aufgrund der Katalogbeschreibung davon ausgegangen, dass die Skulptur und der Sockel als Einheit durch den Künstler geschaffen worden seien. Sie hätte nicht gewusst, dass nur der Schwamm, nicht aber der Sockel, vom Künstler stamme und hätte ein «postmortales Patchwork» nicht erworben. Die Verkäuferin habe um den nachträglichen «Eingriff in den Originalzustand» gewusst, weshalb sie sich eine «absichtliche Täuschung» entgegenhalten lassen müsse (E. 4.1).

[10] Vor dem Bundesgericht sei nicht mehr strittig, dass das Verkaufsobjekt mangelhaft und der Irrtum ein wesentlicher sei. Nur sei der Käuferin die Berufung auf Grundlagenirrtum versagt, da die Gewährleistung in diesem Punkt wegbedungen worden sei. Streitig sei nur noch, ob der Mangel, d.h. die Abweichung des Ist- von der Soll-Beschaffenheit erheblich sei, sodass die Verkäuferin darüber hätte Aufschluss geben müssen (E. 4.2 und 5.1).

[11] Der Käuferin sei zuzustimmen, dass nicht nur Eigenschaften von der Aufklärungspflicht erfasst seien, die einen negativen Einfluss auf den (Markt-)Verkaufspreis haben, sondern überhaupt all jene, die (für den Verkäufer erkennbar) hinsichtlich des Kaufentschlusses des Käufers wichtig seien. Diesbezüglich lege die Käuferin nicht dar, inwieweit die Sockelung (durch den Künstler oder den Nachlass) für sie besonders relevant gewesen sei, wiewohl diesem Umstand auf dem Markt offenbar kein besonderes Gewicht zukomme. Dass sich die Verkäuferin in diesem Punkt unredlich verhalten habe, sei dem massgeblichen Sachverhalt nicht zu entnehmen. Insbesondere sei nicht festgestellt, dass die Käuferin betreffend die Urheberschaft der Sockelung Nachfragen gestellt hätte, was aber zu erwarten gewesen wäre, wenn ihr dieser Punkt so wichtig war. Daran ändere nichts, dass die Verkäuferin in die posthume Sockelung «involviert» gewesen sei, weil sich daraus nicht schliessen lasse, die Verkäuferin hätte die Bedeutung erkannt, welche die Käuferin diesem Umstand zumass. Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen (E. 5.3 und 6).

Kurzkommentar

[12] Ist das Kunst oder kann das weg?[1] Vorliegend stellte sich diese Frage in Bezug auf die Sockelung eines Schwamms des französischen Malers, Bildhauers und Performancekünstlers YVES KLEIN, der für die Verwendung der Farbe Ultramarin in seinen Kunstwerken und eben auch in Schwammskulpturen berühmt war und diese Farbe unter der Bezeichnung «International Klein Blue (I.K.B.)» im Jahre 1960 patentieren liess.[2] Diese Frage ist äusserst heikel, ist doch jedes Kunstwerk bis zu einem gewissen Grad in Bezug auf seine Originalität ein Patchwork. So dürfte YVES KLEIN die im vorliegenden Fall verwendeten Zutaten zu seiner Skulptur nicht alle selbst hergestellt haben, auch wenn es nur die Zutaten zum Pigment und zum Kunstharz gewesen sind. Ein Kunstwerk ist oft auch ein «postmortales Patchwork» (so der Vorwurf der Käuferin im vorliegenden Fall).[3] denkt man z.B. an die oft posthum vorgenommenen Rahmungen oder Restaurationen von Gemälden.[4]

[13] Im Resultat verneinte das Bundesgericht die eingangs aufgeworfene Frage (vgl. Rz. 12). Es hielt fest, dass die nicht von YVES KLEIN vorgenommene Sockelung zwar einen Mangel des Kaufgegenstands darstelle (und das verkaufte Kunstwerk von YVES KLEIN in diesem Sinn als «postmortales Patchwork» teilweise unecht sei).[5] Laut Bundesgericht ist dieser Mangel aber nicht so erheblich, dass die Verkäuferin die Käuferin darüber hätte informieren müssen.[6]

[14] Das Bundesgericht verneinte damit eine Aufklärungspflicht der Verkäuferin und erlaubte der Käuferin nicht, sich mit dem Argument des «postmortalen Patchworks» gestützt auf Art. 199 OR bzw. Art. 28 Abs. 1 OR vom Kaufvertrag loszusagen. Das ist etwas überraschend, wenn man sich die ansonsten sehr strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Aufklärungspflicht des Verkäufers vor Augen hält.[7] Nur gelegentlich gewichtet das Bundesgericht die Selbstverantwortung[8] des Käufers, auch Opfermitverantwortung genannt, höher, auch wenn es die Übertragung der Rechtsfigur der Opfermitverantwortung vom strafrechtlichen Betrug auf die zivilrechtliche absichtliche Täuschung explizit ablehnt.[9] So hielt das Bundesgericht in seinem Urteil [4A_514/2020](#) vom 2. November 2020 unter dem Titel «vertragliche Selbstverantwortung» fest, dass keine Aufklärungspflicht des Verkäufers bestehe, wenn dieser nach Treu und Glauben annehmen durfte, dass der Käufer den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkenne werde.[10] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Voraussetzung in der Regel erfüllt, «wenn der Käufer den wahren Sachverhalt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können».[11] Entsprechend ist das referierte Urteil eines der seltenen Urteile, in dem das Bundesgericht die Opfermitverantwortung der Käuferin stärker gewichtet hat.

[15] Das ist im vorliegenden Fall hart für die Käuferin, aber im Sinne des Grundsatzes *pacta sunt servanda* nicht unvertretbar.[12] Denn grundsätzlich gilt beim Kauf die Parömie «Augen auf, Kauf ist Kauf».[13]

[16] Allerdings liegt auch für Verfechter des Prinzips «*judicial restraint*» bei Eingriffen in die vertragliche Rechtsetzung ein Grenzfall vor. Denn bei allem Verständnis für die gebotene und von der Rechtsprechung[14] gedeckte Kürze der Beschreibung des Auktionsguts in Auktionskatalogen wäre es für den Auktionator ein Leichtes gewesen, im Auktionskatalog die Skulptur genauer zu beschreiben. So hätte der Auktionator z.B. nach dem Wort «Metallständer» eine Klammer wie «(vom Nachlass montiert)» oder Ähnliches anbringen können, wie es das Auktionshaus getan hatte, das vor dem Auktionator mit dem Verkauf der Skulptur beauftragt war.[15] Es ist zudem so, dass Originalität nicht eine x-beliebige Eigenschaft, sondern eine Schlüsseleigenschaft von Kunst ist.[16] Entsprechend hätte das referierte Urteil auch anders ausfallen können. Begründbar wäre das z.B. damit gewesen, dass in der Angabe des Künstlers durch die Verkäuferin bzw. durch den Auktionator eine Zusicherung liegt, welche die Wegbedingung der Haftung ungültig macht.[17]

[17] Aus dem kommentierten Urteil sind nicht nur im Kunstbereich folgende Lehren zu ziehen: Käufer und Verkäufer sollten vor Vertragsschluss den Kaufgegenstand genau(er) untersuchen.[18] Zwar existiert keine allgemeine vorvertragliche Untersuchungspflicht (bzw. -obliegenheit) des Verkäufers bzw. Käufers betreffend den Kaufgegenstand.[19] Allerdings liegt eine genauere Untersuchung des Kaufgegenstands im Interesse beider Parteien. Beide Parteien reduzieren das Risiko der Aufhebung des Kaufvertrags infolge eines Willensmangels und das damit verbundene Prozess(kosten)risiko sowie den möglicherweise einhergehenden Reputationsverlust einer oder beider Parteien.[20] Zu betonen ist, dass die genauere Untersuchung des Kaufgegenstands trotz der tendenziell käuferfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. Rz. 14) auch im Interesse des Käufers ist, wie das referierte Urteil belegt.

MLaw LIVIA HÄBERLI, Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Hinweis: Die Walder Wyss AG vertrat die Käuferin in dieser Angelegenheit vor Bundesgericht. Die drei Autoren waren aber nicht in den Prozess involviert.

-
- [1] Zu dieser Frage z.B. https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_gef%C3%BCgelter_Worte/l#Ist_das_Kunst_oder_kann_das_weg?, besucht am 4. Januar 2022.
- [2] Z.B. https://de.wikipedia.org/wiki/Yves_Klein, besucht am 4. Januar 2022.
- [3] Siehe E. 4.1 (vgl. Rz. 9).
- [4] Zur Restauration von Gemälden z.B. WERNER MÜLLER, Restaurierung von raum- und zeitbasierten Kunstwerken, in: Peter Mosimann/Beat Schönenberger (Hrsg.), Kunst & Recht 2015, Bern 2015, S. 39 ff.
- [5] Siehe zu den berühmteren Fällen (gänzlich) unechter Kunstwerke BGE [82 II 411](#) (VAN GOGH), auch mit interessanten Ausführungen zu den im vorliegenden Fall offenbar nicht gestellten Fragen der Nichterfüllung durch ein *aliud* und der Unmöglichkeit, und BGE [114 II 131](#) (PICASSO).
- [6] Siehe in diesem Zusammenhang auch die Urteilsbesprechung von OLIVER DALLA PALMA/HANS CASPAR VON DER CRONE, Aufklärungspflicht, Freizeichnungsklausel und absichtliche Täuschung, SZW 2021, S. 629 ff., die sich u.a. mit dem Erfordernis des schwerwiegenden Mangels und der damit einhergehenden Behauptungs- und Beweislast der Käuferin auseinandersetzen (S. 638 f.).
- [7] Z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A 437/2020](#) vom 29. Dezember 2020 (besprochen von LEANDRO SCHAFFER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Arglistige Täuschung über unbewilligte Bauarbeiten, in: dRSK, publiziert am 11. August 2021, Rz. 8 ff.).
- [8] Z.B. CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2020](#), in: Jusletter 29. November 2021, Rz. 149.
- [9] So in Urteil des Bundesgerichts [4A 141/2017](#) vom 4. September 2017 E. 3.3, nicht publiziert in: BGE [143 III 495](#); dazu LEANDRO SCHAFFER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Wissen-Müssen des Verkäufers um Mängel und Opfermitverantwortung im Zivilrecht](#), in: dRSK, publiziert am 26. Februar 2021, Rz. 15; siehe zur Opfermitverantwortung im Zivilrecht MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, [Entscheidbesprechungen. BGE 4A 141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung](#), AJP 2017, S. 1393 ff., S. 1398 ff.; MARKUS VISCHER, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler (Hrsg.), [Ohne jegliche Haftung. Festschrift für Willi Fischer](#), Zürich/Basel/Genf 2016, S. 541 ff., S. 549 ff.
- [10] Urteil des Bundesgerichts [4A 514/2020](#) vom 2. November 2020 E. 6.3.2; siehe dazu SCHAFFER/GALLI/VISCHER (Nr. 9), Rz.15.
- [11] Urteil des Bundesgerichts [4A 514/2020](#) vom 2. November 2020 E. 6.3.2 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts [4A 648/2012](#) vom 25. Februar 2013 E. 3 (besprochen von SCARLETT SCHWARZENBERGER/MARKUS VISCHER, [Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Augen auf. Kauf ist Kauf](#), in: dRSK, publiziert am 22. Mai 2013); Urteil des Bundesgerichts [4A 70/2011](#) vom 12. April 2011 E. 4.1 «Le vendeur est toutefois dispensé d'informer l'acheteur lorsqu'il peut admettre de bonne foi que l'acheteur réalisera sans autre la situation exacte [...]»; à cet égard, il suffit en principe que l'acheteur puisse s'en rendre compte en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances»; Urteil des Bundesgerichts [4C.16/2005](#) vom 13. Juli 2005 E. 1.5; BGE [131 III 145](#) E. 8.1 S. 151; BGE [102 II 81](#) E. 2 S. 84.
- [12] Siehe auch den Hinweis in Sachverhalt Teil A.a., wonach YVES KLEIN zu Lebzeiten zahlreiche weitere Schwammplastiken anfertigte, die er teilweise, aber eben nicht immer, mit einem Sockel versah.
- [13] Siehe dazu SCHWARZENBERGER/VISCHER (Nr. 11), Rz. 12.
- [14] Siehe E. 5.2 des vorliegend besprochenen Urteils mit Hinweis auf BGE [123 III 165](#) E. 4 S. 170.
- [15] Siehe Urteil der Vorinstanz, d.h. des Obergerichts des Kantons Zürich LB200032 vom 2. Dezember 2020, E. 4.1.
- [16] Siehe auch bezüglich Restauration MÜLLER (Nr. 4), S. 40: «Aber welche Erhaltungskonzepte haben sammlungsverantwortliche Restauratoren heute? Laufen Sie den jeweiligen Ereignissen hinterher und restaurieren, reinigen, kleben, retuschieren oder firnissen sie dort, wo es gerade nötig wird? Nein, denn in der westlichen Kultur ist der Begriff des Originals von grösster Bedeutung. Die Erkenntnis, dass jedes manuell gefertigte Kunstwerk einzigartig, nicht reproduzierbar ist und aus einem spezifischen Schaffensprozess resultiert, erhebt das Original zu einem sehr wertvollen Objekt, zumal es eine hohe künstlerische oder zeitdokumentarische Qualität besitzt. Diese Originalität und die Ablesbarkeit von künstlerischen Intentionen, die Art und Weise der Herstellung und der verwendeten Materialien gilt es unbedingt zu erhalten und zu respektieren. Wir sprechen vom kulturellen Erbe der Menschheit, und dies muss immer präsent bleiben.»

[17] Zu diesem Weg einer AGB-Kontrolle durch Auslegung der Freizeichnungsklausel und damit anders als über Art. 199 OR und Art. 28 Abs. 1 OR z.B. MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, S. 177 ff., S. 182, insb. bei Anm. 61 mit Hinweis u.a. auf BGE [109 II 24](#); siehe auch ANISSA KERN/MARKUS VISCHER, [Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen: Die Fallgruppe der Neubauten](#), in: dRSK, publiziert am 18. September 2018, Rz. 9 ff.; DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen](#), in: dRSK, publiziert am 30. September 2015, Rz. 11 ff.

[18] Vgl. betreffend Kunstmarkttransaktionen SANDRA SYKORA, Die Informationspflichten des Verkäufers bei einer Kunstmarkttransaktion, in: Peter Mosimann/Beat Schönenberger (Hrsg.), Kunst & Recht 2016, Bern 2016, S. 125 ff., S. 161 ff.

[19] MARKUS VISCHER, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, S. 229 ff., S. 232 und 234, je mit weiteren Nachweisen.

[20] Vgl. betreffend Kunstmarkttransaktionen SYKORA (Nr. 18), S. 165 *in fine*.

Zitiervorschlag: Livia Häberli / Dario Galli / Markus Vischer, Opfermitverantwortung beim Kunstkauf, in: dRSK, publiziert am 21. Januar 2022

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern
T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch