

First of all, precise rules for the procedure should be put in place. For example, the Dutch Restitution Commission as well as the Spoliation Advisory Panel operate on the basis of a set of procedural rules. The German Beratende Kommission does not have any published rules of procedure. This is a deficiency in the German procedure. There is only a text, a kind of press release, with certain basic information for claimants. *Inter alia*, the claimant is informed that the German Beratende Kommission will only make recommendations if both parties request so. No party is able to submit its case to the Beratende Kommission unilaterally. The consequence is that there is an extremely low number of recommendations – only five until today. The low number of recommendations hinders the development of principles and rules for justice and fairness by a growing body of case law. In my view this should be changed. The German Beratende Kommission should accept unilateral requests for recommendations as, for example, the Restitution Commission and the Spoliation Advisory Panel do.

### Reasoning

More importantly, a precise reasoning of the decision is of absolutely crucial importance, in particular because we do not have sufficiently established principles and rules for the decision on the merits. Without thorough reasoning no *ratio decidendi* will become visible, no case law will emerge, and no rendering of justice will be perceived by the public, even though the decision as such might be a perfect service to justice.

Let's compare once more the recommendations of the Spoliation Advisory Panel and the Beratende Kommission on the question I raised in the first part of my paper about the quality of the causal link between persecution and loss. The Spoliation Advisory thoroughly assessed the facts, including uncertainties, revealed its estimation of probability in respect of these uncertainties and then thoroughly reasoned its recommendation. This recommendation comprises 13 pages of reasoning – in my view perfect work. Both Dworkin and Luhmann would be/would have been impressed.

The Beratende Kommission did not publish its recommendation but only a press release about the recommendation, and this press release comprised

more or less 1 page – 1 page for facts and reasoning. I think that this is clearly insufficient. Dworkin as well as Luhmann would be/would have been strongly irritated about this incomprehensible aspect of the German practice. There should be thoroughly reasoned recommendations also in Germany.

### Conclusions

Let me summarize my paper:

1. From the perspective of legal theory and jurisprudence, achieving a just and fair solution without any rules and principles of justice and fairness is extremely difficult. Given these difficulties, the Commissions and Panels do a great work.
2. However, in order to better deal with hard cases, in particular in order to avoid inconsistencies, we should start working on a restatement of restitution principles and rules.
3. As long as we do not yet have such a restatement of restitution principles, procedure is even more important than it is usually. In terms of procedure the German practice needs to be improved.

---

### BayVGH, Urt. v. 24.01.2013 – 2 BV 11.1631

**Über das Recht eines Eigentümer eines Denkmals, gegen eine denkmalschutzrechtliche (Bau-) Erlaubnis eines Dritten abzuwehren.**

#### Leitsatz

Dem Eigentümer eines Denkmals kann sowohl aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG als auch aus dem einschlägigen Landesdenkmalschutzgesetz ein Abwehrrecht gegen eine Baumaßnahme eines Dritten zustehen, wenn sich die Baumaßnahme auf den Bestand oder das Erscheinungsbild des Baudenkmals auswirkt.

**Verfahrensgang**

vorgehend VG München, 4. Mai 2011, Az: M 9 K 10.3437, Entscheidung

**Tenor**

- I. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- II. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.
- III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

Der Kläger wendet sich gegen die der Beigeladenen erteilten denkmalrechtlichen Erlaubnis für die Errichtung eines Seeuferstegs im Bereich des klägerischen, denkmalgeschützten Bootshauses.

Der Kläger ist Eigentümer des Grundstücks FINr. 1255/5 Gemarkung T... (H...straße 37), das mit einem Bootshaus bebaut ist. Das Bootshaus ist seit 2009 als Baudenkmal mit der Beschreibung „Bootshaus, zweigeschossig, Betongeschoss mit geritztem Polygonalmauerwerk, darüber Holzständerkonstruktion mit umlaufender Laube und Halbwalmdach, im alpenländischen Heimatstil von Hofmann, 1905“ in die Denkmalliste eingetragen. Das Erdgeschoss in Betonbauweise bietet Platz für zwei Boote. Es ist durch eine breite, segmentbogige Öffnung mit dem See verbunden. Im Obergeschoss befindet sich ein Aufenthaltsraum mit offenem Dachwerk. Das Baudenkmal wird noch immer entsprechend der bauzeitlichen Zweckbestimmung genutzt.

Im unmittelbaren Anschluss an die nördliche Außenwand des Bootshauses verläuft derzeit in Ost-West-Richtung der Steg eines Bootsverleihs. Nördlich daran schließt sich ein kleiner Hafen sowie die A...-Steganlage an. Un-

ter dem 23. Februar 2010 beantragte die Beigeladene die Erteilung einer wasserrechtlichen Anlagengenehmigung für den Bau eines Seeuferstegs zwischen A...-Anlage und L... (dritter Bauabschnitt) sowie für die Erneuerung des Bootshafens. Die wasserrechtliche Anlagengenehmigung wurde mit Bescheid vom 27. Juli 2010 erteilt. Die von Klägerseite gegen diese Genehmigung vor dem Verwaltungsgericht München erhobene Klage wurde durch einvernehmliche Hauptsacheerledigung beendet (Az. M 2 K 10.3769). Im Rahmen der vergleichsweisen Regelung wurde dem Kläger eine automatische Stegklappe zugestanden. Klagen weiterer Anlieger sind derzeit noch beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof anhängig.

Am 28. April 2010 beantragte die Beigeladene zusätzlich die Erteilung einer denkmalrechtlichen Erlaubnis für die Errichtung des Stegs im Bereich des klägerischen Bootshauses. Nach der mit wasserrechtlichem Bescheid vom 27. Juli 2010 genehmigten Planung in der Fassung der Tektur zur Anlage 2.2 (Plandatum 7. 5. 2010) soll der Steg nördlich des Bootshauses als Rampe in nordwestlicher Richtung in einem Abstand von ca. 1,10 m bis 1,20 m ausgeführt werden. Nach ca. 13 m soll die Rampe in eine Oktagon-Plattform mit einem Durchmesser von ca. 5,20 m münden. Im Anschluss verläuft der Steg weiter in Richtung Süden entlang der Westseite des Bootshauses mit einem Abstand zwischen ca. 3,20 bis 4 m. Eine (automatische) Stegklappe im Bereich des Bootshaustors soll die Nutzbarkeit des Bootshauses sicherstellen. Der Boden des Stegs befindet sich in etwa auf halber Höhe des Betonmauerwerks. Das Steggeländer hat eine Höhe von 1 m. Pfosten und Handlauf sollen aus Metall gefertigt und filigran ausgestaltet werden, damit diese vor der grauen Betonwand des Bootshauses möglichst wenig auffallen.

Nach einer Ortseinsicht äußerten sich das Bayerische Landesamt für Denkmalpflege und der Kreisheimatpfleger bereits unter dem

17. Februar 2010 negativ zu der geplanten Steganlage, die als erhebliche Beeinträchtigung im überlieferten Erscheinungsbild des Baudenkmals zu werten sei. Die anschauliche Funktion des Bootshauses verlöre ihre Sinnfälligkeit. Unter dem 17. März 2010 wiederholten das Bayerische Landesamt für Denkmalpflege und der Kreisheimatpfleger ihre ablehnende Haltung. Der Stegneubau riegle das Baudenkmal optisch auf zwei Seiten vom See ab. Das Bauwerk verliere so nicht nur sein historisches Erscheinungsbild, auch die Funktion als Bootshaus verliere ihre Sinnfälligkeit. Es sei von einer nachhaltigen Beeinträchtigung in Wirkung und überliefertem Erscheinungsbild auszugehen. Beide Stellungnahmen beziehen sich auf die ursprünglich zur Genehmigung eingereichte Gestaltung. Mit Schreiben vom 30. April 2010 wurde das Vorhaben im Sinn der oben dargestellten und genehmigten Gestaltung geändert. Der Steg wurde von der nördlichen Außenwand des Bootshauses um gut einen Meter abgerückt. Die geplanten senkrechten Holzstützen des Geländers sowie der aufgesetzte Holzbalken als Handlauf wurden durch Stützen sowie einen Handlauf aus Metall ersetzt. Alle Geländerteile werden in Zink-Grau ausgeführt, um vor dem Beton des Bootshauses weniger aufzufallen. Der Durchmesser der sichtbaren Stegpfosten wurde um 5 cm verringert.

Zum geänderten Vorhaben nahm das Bayerische Landesamt für Denkmalpflege mit Schreiben vom 9. Juni 2010 erneut Stellung. Der Erhalt des Baudenkmals liege auf Grund seiner künstlerischen, städtebaulichen und wissenschaftlichen Bedeutung im Interesse der Allgemeinheit. Das Gebäude stelle durch seine Zweigeschossigkeit einen besonderen, für den T... einzigartigen Bautyp dar. Das Bootshaus präge durch seine Lage unmittelbar an der H...straße das Stadtbild wesentlich mit. Da die Verbindung zwischen Gebäude und See für den Bautyp des Bootshauses wesentlich sei, sei bei Umsetzung der Planung von einer erheblichen Beeinträchtigung im überlieferten Erscheinungsbild des Baudenkmals auszugehen, das durch die Stegan-

lage vom See abgeriegelt werde. Eine andere Streckenführung sei nicht möglich ebenso wenig eine weitere Optimierung. Da im Zuge der Maßnahme keine materiellen Eingriffe in die Substanz des Baudenkmals zu erwarten seien, wiege die entstehende optische Beeinträchtigung nicht so schwer, dass aus Gründen des Denkmalschutzes der gänzliche Verzicht auf eine Umsetzung der Planung eingefordert werden könne.

Mit Bescheid vom 24. Juni 2010 erteilte das Landratsamt Miesbach die denkmalschutzrechtliche Erlaubnis für die Errichtung des Stegs im Bereich des Bootshauses. Das Bayerische Landesamt für Denkmalpflege habe in seiner Stellungnahme vom 9. Juni 2010 sein Einverständnis erteilt. Daher habe die untere Denkmalschutzbehörde die Erlaubnis erteilen können.

Das Verwaltungsgericht München wies die dagegen mit Schreiben vom 16. Juli 2010 erhobene Klage mit Urteil vom 4. Mai 2011 ab. Der Kläger sei als Denkmaleigentümer klagebefugt. Ihm stehe mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich ein Abwehrrecht gegen eine denkmalschutzrechtliche Erlaubnis abgeleitet aus Art. 14 Abs. 1 GG bei verfassungskonformer Auslegung zu, was auch nach bayerischem Landesrecht geboten sei. Die denkmalschutzrechtliche Erlaubnis sei nicht in der wasserrechtlichen Erlaubnis enthalten. Es fehle an einer ausdrücklichen Anordnung der Konzentrationswirkung wie beispielsweise für das Baurecht. Es fehle aber an einer erheblichen Beeinträchtigung der Denkmalwürdigkeit des Bootshauses, weil bereits jetzt aus allen anderen Blickwinkeln die optische Wirkung des Bootshauses zumindest eingeschränkt sei. Die Berufung wurde durch das Verwaltungsgericht zugelassen.

Der Kläger verfolgt mit der Berufung sein Klagebegehren weiter und beantragt, das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 4. Mai 2011 sowie den Bescheid des Landratsamts Miesbach vom 24. Juni 2010 aufzuheben.

Zur Begründung führt der Kläger aus, das Bootshaus befände sich noch weitgehend im Originalzustand. Die notwendigen Reparatur- und Instandhaltungsmaßnahmen seien regelmäßig und ohne Veränderung des ursprünglichen Erscheinungsbilds durchgeführt worden. Das Urteil gehe nicht darauf ein, dass zur Errichtung des Stegs Rammbohrungen erforderlich seien, welche mit Erschütterungen verbunden seien. Im Zuge dieser müsse mit einer massiven Schädigung des Bootshauses gerechnet werden. Der Steg, welcher auf der Westseite lediglich in einem Abstand von 2,60 m bis 3,20 m vorbeigeführt werde, beeinträchtige das Erscheinungsbild des Bootshauses wesentlich. Durch die Steganlage werde dem Bootshaus das für ein Bootshaus charakteristische Merkmal der Lage im See und des freien Seezugangs genommen. Es sprächen daher gewichtige Gründe für die Beibehaltung des bisherigen Zustands. Durch den Steg sei gerade das für dieses Bootshaus charakteristische und einzigartige Erdgeschoss aus Eisenbeton mit geritztem Polygonalmauerwerk verbaut und nur noch eingeschränkt wahrnehmbar. Der angrenzende Hafen solle durch eine deutlich größere Mole erweitert werden. Dadurch und durch die oktagonale Plattform am Steg selbst werde die Umgebung des Bootshauses überfrachtet und das Bootshaus als solches kaum noch wahrnehmbar. Der vorhandene Steg beeinträchtige das Bootshaus kaum, da dieser ohne Geländer nur ca. 50 cm oberhalb der Wasseroberfläche verlaufe. Auch die zum Bootsverleih gehörige Bootshütte führe nicht zu einer Verbauung der Nordseite des Bootshauses. Dies stelle sich durch den geplanten Steg anders dar. Dieser führe zu einer optischen Durchbrechung der Nordfassade und verdecke ein Fenster. Auch die nunmehr zurückhaltendere Optik des Stegs ändere daran nichts. Es sei nicht erkennbar, warum die oktagonale Plattform nicht an anderer Stelle errichtet werden könne. Eine Plattform mit einem Durchmesser von 5,20m sei jedenfalls nicht als Wendemöglichkeit für Schneeräumfahrzeuge geeignet. Auch seien alternative Wegführungen seitens der Beigeladenen gar

nicht geprüft worden. Insbesondere sei ein Abrücken des Stegs vom Bootshaus durchaus denkbar. Die Verbauung von der Seeseite her wiege entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts besonders schwer, da diese Seite bislang unverbaut sei.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Der erkennende Senat habe inzwischen entschieden, dass dem Denkmaleigentümer ein Abwehranspruch grundsätzlich auch nach bayerischem Denkmalschutzrecht zustehe. Eine erhebliche Beeinträchtigung der Denkmalswürdigkeit liege hier jedoch nicht vor.

Die Beigeladene beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Das Oktogon werde für das Winterdienstfahrzeug benötigt. Auch sei beim Bau der Steganlage nicht mit massiven Schädigungen des Bootshauses zu rechnen. Das Bootshaus präge zudem nicht das Ortsbild, sondern trete aufgrund seiner Größe lediglich als Nebengebäude in Erscheinung. Es spiele optisch eine untergeordnete Rolle ohne Prägungskraft für die Umgebung. Es sei bereits an drei Seiten erheblich vorbelastet und teilweise verdeckt. Im Süden befände sich ein Wohn- und Geschäftshaus mit zwei Parkplätzen. Im Osten liege die unmittelbar angebaute Bootshütte des Bootsverleihs. Die Nordwand sei durch den vorhandenen Bootssteg geprägt, der weit über das Bootshaus hinaus in den See rage. Lediglich von Westen her (Seeseite) sei das Bootshaus als solches zu identifizieren. Durch den Steg werde die traditionelle Verbindung von See und Bootshaus erst erfahrbar gemacht. Mit dem Stegbau werde zudem die Bootshütte an der Ostseite entfernt und das Bootshaus dort freigestellt und in seiner ursprünglichen Proportion erst wieder erkennbar gemacht. Die Beigeladene plane den Seeuferweg samt Steganlage nach dem Straßen- und Wegegesetz zu widmen. Das Bootshaus sei bereits optisch erheblich vorbelastet. Die Sichtbarkeit des Bootshauses

für die Allgemeinheit werde durch den neuen Steg verbessert. Die Funktionalität des Bootshauses bleibe erhalten. Eine erhebliche Beeinträchtigung liege nicht vor.

Auf die Gerichtsakten beider Instanzen, die vorgelegten Behördenakten sowie die Niederschriften über den Augenschein vom 24. Oktober 2012 und die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 2013 wird Bezug genommen. Die Gerichts- und Behördenakten in den noch anhängigen wasserrechtlichen Verfahren wurden beigezogen (Az. 8 ZB 12.725 und 8 ZB 12.784).

### Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung (§ 124 Abs. 1 VwGO) bleibt ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der denkmalschutzrechtliche Bescheid des Beklagten vom 24. Juni 2010 verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

1. Der Kläger ist gemäß § 42 Abs. 2 VwGO als Eigentümer eines Denkmals klagebefugt, weil der geplante Steg die Denkmalwürdigkeit seines Bootshauses möglicherweise erheblich beeinträchtigt.

Mit dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. U.v. 21.4.2009 – 4 C 3/08 – BVerwGE 133, 347; B.v. 16.11.2010 – 4 B 28/10 – BauR 2011, 657) geht der Senat davon aus, dass dem Denkmaleigentümer im Hinblick auf seine gesetzlichen Pflichten einerseits, das Denkmal zu erhalten und zu pflegen (Art. 4 DSchG), die Bestimmungen von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinn des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG darstellen, und im Hinblick auf die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG andererseits, die verlangt, dass Vorkehrungen getroffen werden, die eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers vermeiden sowie die Privatnützigkeit des Eigentums soweit wie möglich erhalten, im Rahmen des sogenannten Umgebungsschutzes nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2, Art. 6 Abs. 2 Satz 2 DSchG ein Abwehrrecht gegen eine Baumaßnahme in der Nähe des Baudenkmals zukom-

men kann, wenn sich diese auf den Bestand oder das Erscheinungsbild des Baudenkmals auswirkt (vgl. BayVGH, B.v. 27.3.1992 – 26 CS 91.3589 – n.v.; B.v. 4.8.2011 – 2 CS 11.997 – juris). Ließ der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 27. März 1992 (– 26 CS 91.3589 – n.v.) noch ausdrücklich offen, welche Voraussetzungen und Grenzen ein solches über Art. 6 Abs. 2 Satz 2 DSchG vermitteltes, denkmalschutzrechtliches Abwehrrecht haben könnte, so hat der Senat im Beschluss vom 4. August 2011 (– 2 CS 11.997) bereits ausgeführt, dass der Denkmaleigentümer in seinen Rechten nur dann verletzt sein kann, wenn das genehmigte Vorhaben die Denkmalwürdigkeit des benachbarten Anwesens erheblich beeinträchtigt. Es ist mit dem verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar, dem Eigentümer eines Kulturdenkmals einerseits Pflichten für dessen Erhaltung und Pflege aufzuerlegen, die mit einem erheblichen finanziellen Aufwand verbunden sein können, ohne ihm andererseits die Möglichkeit zu geben, rechtswidrige Beeinträchtigungen durch Vorhaben in seiner Umgebung, die seine Erhaltungsinvestitionen möglicherweise entwerten, abzuwehren.

Darüber hinaus lässt sich dem bayerischen Denkmalschutzgesetz jedoch kein allgemeiner Drittschutz zugunsten des Denkmaleigentümers entnehmen. Anders als in Hessen, wo nach § 7 Abs. 1 Satz 2 HDSchG die Denkmalschutzbehörden bei allen Entscheidungen den berechtigten Interessen des Denkmaleigentümers Rechnung zu tragen haben, woraus der Hessische Verwaltungsgerichtshof (U.v. 9.3.2010 – 3 A 160/10) ein denkmalschutzrechtliches Gebot der Rücksichtnahme ableitet, existiert im bayerischen Denkmalschutzrecht keine ähnliche Formulierung. Art. 4 Abs. 1 Satz 1 DSchG beschränkt die Erhaltungspflicht im Rahmen der durch Art. 14 Abs. 1 GG gesetzten Grenzen lediglich auf das Zumutbare. Zwar konstatiert Art. 6 Abs. 1 Satz 2 DSchG ähnlich wie § 16 Abs. 2 HDSchG eine Erlaubnispflicht für die Errichtung, Veränderung oder Beseitigung von Anlagen in der Nähe von Baudenkmalern, wenn

sich dies auf Bestand oder Erscheinungsbild eines der Baudenkmäler auswirken kann. Nach § 6 Abs. 2 Satz 2 DSchG kann die Erlaubnis aber nur versagt werden, soweit das Vorhaben zu einer Beeinträchtigung des Wesens, des überlieferten Erscheinungsbilds oder der künstlerischen Wirkung eines Baudenkmals führen würde und gewichtige Gründe des Denkmalschutzes für die unveränderte Beibehaltung des bisherigen Zustands sprechen. Auch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 DSchG stellt daher überwiegend auf die öffentlichen Belange des Denkmalschutzes ab. Die privaten Interessen des Denkmaleigentümers finden hingegen keine ausdrückliche Erwähnung. Das Abwehrrecht des Denkmaleigentümers geht damit nicht über den Rahmen dessen hinaus, was Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als Mindestschutz verlangt.

Gemessen an diesen Grundsätzen kann im vorliegenden Fall nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der geplante Steg möglicherweise die Denkmalwürdigkeit des historischen Bootshauses des Klägers erheblich beeinträchtigt.

2. Die Klage ist jedoch unbegründet, da der Kläger durch die der Beigeladenen erteilten denkmalschutzrechtlichen Erlaubnis nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 DSchG nicht in seinen Rechten verletzt ist.

a) Zunächst liegt keine Rechtsverletzung darin, dass ein gesondertes denkmalschutzrechtliches Erlaubnisverfahren durchgeführt wurde und die betroffenen denkmalschutzrechtlichen Fragen nicht im Rahmen der wasserrechtlichen Anlagengenehmigung geklärt wurden.

Dabei kann es dahinstehen, ob die denkmalschutzrechtliche Erlaubnis entsprechend Art. 6 Abs. 3 Satz 1 DSchG bei einer wasserrechtlichen Anlagengenehmigung entfallen würde, so wie dies ausdrücklich für den Fall einer denkmalschutzrechtlichen Erlaubnis neben einer Baugenehmigung bestimmt ist. Eine ausdrückliche formelle Konzentrationswir-

kung ist jedenfalls im Verhältnis des Denkmalschutzrechts zum Wasserrecht nicht angeordnet.

Jedoch würde die Wahl des falschen Verwaltungsverfahrens nicht dazu führen, dass der Denkmaleigentümer die denkmalschutzrechtliche Erlaubnis mit Erfolg anfechten könnte. Denn Verfahrensvorschriften sind – mit Ausnahme der absoluten Verfahrensrechte – nicht drittschützend. Sie sind nur dann den Interessen eines Drittbetroffenen zu dienen bestimmt, wenn sie eine nach materiellem Recht geschützte Rechtsstellung des Nachbarn direkt berühren. Der Drittbetroffene hat damit grundsätzlich nur einen Anspruch auf Schutz seiner materiellen Rechte. Hieraus folgt, dass ein Nachbar grundsätzlich weder einen Anspruch auf Durchführung des richtigen Verfahrens hat noch einen solchen auf Durchführung eines Verfahrens überhaupt, denn die Vorschriften über die Genehmigungspflicht, die Genehmigungsfreiheit und das Genehmigungsverfahren dienen in der Regel nicht dem Schutz des Nachbarn, sondern „nur“ dem öffentlichen Interesse an einem geordneten Verwaltungsverfahren (vgl. BayVGh, B.v. 15.7.2010 – 2 CS 10.492 – n.v.; B.v. 3.11.2011 – 14 ZB 11.2206).

b) Nach den Erkenntnissen aus dem gerichtlichen Augenschein vom 24. Oktober 2012 ist nicht davon auszugehen, dass mit einer erheblichen Beeinträchtigung des klägerischen, denkmalgeschützten Bootshauses durch den Bau der Steganlage seitens der Beigeladenen zu rechnen ist. Vielmehr ist eine solche erhebliche Beeinträchtigung im vorliegenden Fall zu verneinen.

Ausgehend von den Versagungsgründen des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 DSchG darf das Bauvorhaben nicht zu einer Beeinträchtigung des Wesens, des überlieferten Erscheinungsbilds oder der künstlerischen Wirkung des Baudenkmals führen. Ob dabei der Maßstab der Erheblichkeit überschritten ist, ist jeweils anhand des Einzelfalls zu beurteilen.

Eine Beeinträchtigung liegt nicht nur dann vor, wenn ein hässlicher, das ästhetische Empfinden des Betrachters verletzender Zustand, also ein Unlust erregender Kontrast zwischen der benachbarten Anlage und dem Baudenkmal hervorgerufen wird. Die Frage der Beeinträchtigung ist nicht gleichzusetzen mit einer Verunstaltung (vgl. Martin in Eberl/Martin/Greipl, Bayerisches Denkmalschutzgesetz, 6. Aufl. 2007, Erl. Art. 6 RdNr. 51). Vielmehr soll gewährleistet werden, dass die jeweilige besondere Wirkung des Baudenkmals, die es als Kunstwerk, als Zeugnis der Geschichte oder als bestimmendes städtebauliches Element auf den Beschauer ausübt, nicht geschmälert wird. Hinzutretende Anlagen müssen sich daher an dem Maßstab messen lassen, den das Denkmal gesetzt hat und dürfen es nicht gleichsam erdrücken, verdrängen, übertönen oder die gebotene Achtung gegenüber den Werten außer Acht lassen, welche dieses Denkmal verkörpert.

Gemessen an diesen Grundsätzen ist im vorliegenden Fall nicht von einer Beeinträchtigung auszugehen, welche das Maß der Erheblichkeit übersteigt. In seiner letzten fachlichen Stellungnahme vom 9. Juni 2010 hat das Bayerische Landesamt für Denkmalpflege (Bl. 51 der Behördenakte) nochmals die besondere Wertigkeit und Einzigartigkeit des klägerischen Bootshauses hervorgehoben, das auf Grund seiner künstlerischen, städtebaulichen und wissenschaftlichen Bedeutung erhaltenswert sei. Das Gebäude stelle durch seine Zweigeschossigkeit einen besonderen, für den T... einzigartigen Bautyp dar. In technikgeschichtlicher Hinsicht sei der Bau als frühes Beispiel der Anwendung der Betonbauweise besonders beachtenswert. Zeittypisch sei dabei die Vortäuschung eines Mauerwerkbaus durch das Einritzen von Scheinfugen. Eine optische Beeinträchtigung des Baudenkmals sei gegeben durch den nördlich und westlich umlaufenden Steg. Im Hinblick auf die Optimierung der Konzeption und der Tatsache, dass eine alternative Wegführung aufgrund der eigentumsrechtlichen Verhältnisse nicht möglich sei, sowie der Tatsache,

dass im Zug der Maßnahme keine materiellen Eingriffe in die Substanz des Gebäudes zu erwarten seien, wiege aber die optische Beeinträchtigung nicht so schwer, dass aus Gründen des Denkmalschutzes der gänzliche Verzicht auf die Umsetzung des geplanten Stegs eingefordert werden könne.

Im Rahmen der Weiterführung der Planung hat die Beigeladene den Steg von der Nordseite des klägerischen Bootshauses um gut einen Meter abgerückt, um das Bootshaus an der Nordwand freizustellen. Zudem wurde die Ausführung des Geländers geändert. So sollen die Stützen sowie der Handlauf nicht mehr aus Holz, sondern aus einem hellen Metall gefertigt werden, so dass das Gelände vor der grauen Betonwand des Bootshauses nicht zu sehr ins Auge fallen wird. Der Durchmesser der Pfosten wurde zudem um fünf Zentimeter verringert. Im Rahmen des Klageverfahrens die wasserrechtliche Anlagengenehmigung betreffend wurde dem Kläger zudem eine elektrische Stegklappe zugestanden, um die Benutzbarkeit des Bootshauses weiter zu gewährleisten.

Auch nach den Erkenntnissen aus dem gerichtlichen Augenschein vom 24. Oktober 2012 ist grundsätzlich von einer optischen Beeinträchtigung des Bootshauses durch den Steg auszugehen. Auf der Nordseite wird der bisher knapp über der Wasseroberfläche befindliche Bootssteg (79 cm über einem mittleren Wasserstand von 725,39 über N.N.) weiter nach Norden verschoben. Zwischen diesen und abgerückt um gut einen Meter von der Nordwand des Bootshauses verläuft der geplante Steg, der rampenartig vom Straßenniveau nach unten führt bis zur Oktagon-Plattform, die sich ca. 72 cm oberhalb des neuen Bootsstegs befinden soll. Ab dem Oktagon schwenkt der Steg in Richtung Süden und verläuft in einem Abstand von ca. 3,20 m bis 4 m an der Westwand des Bootshauses entlang. Das Steggelände hat eine Höhe von etwa einem Meter ab Stegoberkante. Die Oktagon-Plattform weist einen Durchmesser von rund fünf Metern auf.

Aus nördlicher Richtung betrachtet tritt das Bootshaus, das mit seinem Aufenthaltsraum im Obergeschoss mit umlaufender Laube mehr wie ein kleines Wohnhaus wirkt, kaum in Erscheinung, sondern wird durch das dahinterliegende Gebäude H...straße 33 (FINr. 213) dominiert. Unmittelbar nördlich des Bootshauses befindet sich die kleine Hafenanlage mit Mole und dem derzeit unmittelbar an das Bootshaus anschließenden Steg samt saisonalem Schwimmsteg. Erst bei Betrachtung aus der Nähe ist das Bootshaus als solches in seiner Funktion erkennbar. Mit dem Bau des neuen Stegs wird der bestehende Bootssteg weiter nach Norden verschoben und die Mole erweitert. Bereits jetzt ist durch die vorhandene Hafenanlage samt Bootssteg der freie Blick auf das Bootshaus beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung wird unzweifelhaft durch die größere und neue Hafenanlage sowie den schräg verlaufenden Steg verstärkt. Die nunmehr gefundene filigranere Ausführung des Stegs und der Verzicht auf die Ausführung der Pfosten und des Handlaufs in Holz lassen die hinzutretende Beeinträchtigung durch den Steg jedoch geringer ausfallen als in der ursprünglich geplanten Ausführung.

Aus südlicher und östlicher Richtung bleibt der Blick auf das Bootshaus unverändert. Allerdings tritt das gegenüber der H...straße deutlich tiefer liegende Bootshaus aus östlicher Richtung, also von der H...straße aus gesehen, kaum in Erscheinung. Lediglich das Obergeschoss mit seiner umlaufenden Laube ist erkennbar. Dieses vermittelt jedoch eher einen Wohncharakter als die Zweckbestimmung als Bootshaus erkennen zu lassen. Aus südlicher Richtung wird das Bootshaus durch das sehr nahe herangebaute Gebäude H...straße 33 (FINr. 213) weitestgehend verdeckt.

Lediglich der Blick aus westlicher Richtung, also vom See aus, ist bislang nicht verbaut. Nur von dieser Seite aus lassen sich auch der Charakter und die Nutzung des Gebäudes als Bootshaus erkennen. Dies erschloss sich je-

doch bislang nur, wenn der Betrachter sich mit einem Boot auf den See hinaus begeben hat. Insoweit stellt natürlich der geplante Steg eine erstmalige und neue optische Beeinträchtigung an der Westseite des Gebäudes dar. Angesichts der filigranen Ausführung wiegt diese Beeinträchtigung jedoch nicht so schwer, dass insgesamt von einer Erheblichkeit derselben auszugehen wäre. Hinzu kommt, dass durch die Steganlage der Betrachter nun erstmals die Möglichkeit hat, das Bootshaus aus der Nähe und von der Seeseite her zu betrachten und zu erleben.

Das Oktagon, das teilweise aus technischen Gründen für die Durchfahrt des Schneeräumfahrzeugs erforderlich ist, stellt dabei keine zusätzliche optische Beeinträchtigung dar, da es sich bei unmittelbarer Draufsicht aus nördlicher bzw. westlicher Richtung nicht gegenüber der eigentlichen Steganlage abhebt. Lediglich beim Blick von oben ist die Dimension des Oktogons erkennbar, bei der seitlichen Draufsicht jedoch nicht.

Im Ergebnis ist daher zwar von einer optischen Beeinträchtigung durch den Steg auszugehen. Diese erreicht jedoch nicht den Grad der Erheblichkeit.

c) Die zweckentsprechende Nutzbarkeit des Bootshauses ist durch die inzwischen zugelegte elektrische Stegklappe weiterhin gewährleistet.

Ein Eingriff in die Substanz des Bootshauses durch die notwendigen Rammarbeiten ist nicht erkennbar. Insoweit enthält der wasserrechtliche Bescheid vom 27. Juli 2010 unter Nummer 3.4 eine Auflage hinsichtlich der Einholung eines Nachweises eines Sachverständigen für geologische Risiken und/oder für Baugrundfragen. Dieser Nachweis liegt in Form einer gutachterlichen Stellungnahme vom 13. August 2012 vor, die vom Bayerischen Landesamt für Umwelt auf Plausibilität überprüft wurde (vgl. Schreiben vom 5.9.2012). Danach sind durch die Rammarbeiten weder Massenbewegungen im See

oder Rutschungen an der Uferböschung zu erwarten noch Beschädigungen an den Gebäuden am Seeufer. Zudem kommen als Alternative immer noch normale Bohrungen in Betracht.

d) Hinsichtlich der Fragen der Ermessensausübung sowie der Begründung der denkmalschutzrechtlichen Erlaubnis vom 24. Juni 2010 wird auf die zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils verwiesen, denen sich der Senat anschließt (§ 130b Satz 2 VwGO).

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Da sich die Beigeladene durch ihre Antragstellung in ein Kostenrisiko begeben hat, entspricht es der Billigkeit, dem Kläger deren außergerichtliche Kosten aufzuerlegen (§ 162 Abs. 3 VwGO).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen nach § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

### **Beschluss**

Der Streitwert wird auf 7.500,-- Euro festgesetzt (§§ 47, 52 Abs. 1 GKG).

---

### **2012 NY Slip Op 06211**

**WILLIAM J. JENACK ESTATE APPRAISERS AND AUCTIONEERS, INC., respondent,**

**v.**

**ALBERT RABIZADEH, appellant.**

2010-08747.

### **Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department.**

Decided September 19, 2012.

Daniel R. Wotman & Associates, PLLC, Great Neck, N.Y., for appellant.

Ostrer & Hoovler, P.C., Chester, N.Y. (Cynthia Dolan and Benjamin Ostrer of counsel), for respondent.

Before: Peter B. Skelos, J.P., John M. Leventhal, Ariel E. Belen, Sheri S. Roman, JJ.

### **OPINION & ORDER**

**SKELOS, J.P.**

In this action, inter alia, to recover damages for breach of contract, the plaintiff, a professional auction house, alleged that the defendant, by absentee bid, entered into a contract to purchase an antique offered at a public auction, and thereafter refused to make payment for the subject antique. The question presented on this appeal is whether notations regarding the alleged sale of the antique, made by the auctioneer's clerk contemporaneously with the bidding, which referred to the defendant and the consignor of the antique only by number, were sufficient to constitute a memorandum of the sale satisfying the statute of frauds (see General Obligations Law § 5-701[a][6]). We hold that General Obligations Law § 5-701(a)(6) requires that the necessary memorandum, be it in one writing or multiple writings, reveal the identity of, not merely a number assigned to, the parties to the contract.

The plaintiff, William J. Jenack Estate Appraisers and Auctioneers, Inc., was in the business of selling fine art and antiques at public auction. In addition to live bidding at the auctions, the plaintiff also accepted absentee bids, whereby either the plaintiff would bid on the absentee bidder's behalf, or the absentee bidder would bid by telephone. Absentee bidders were required to fill out an absentee bid form, indicating the lot number of any items they wished to purchase. The absentee bidder was then assigned a bidder number.

The plaintiff held a public auction on September 21, 2008. Prior to the auction, it published a catalogue of items intended to be sold at the auction, listed by lot number. Item number 193 (hereinafter the subject antique) was described as a 19th-century, "fine Russian silver/enamel covered box with gilt interior." Prior to September 21, 2008, the plaintiff received an absentee bid form from the defendant, indicating that the defendant wished to bid on the subject antique by telephone. The form included the defendant's name, telephone numbers, address, email address, and credit card number. Preprinted language on the form advised bidders that payment on any items purchased was due within five days after the auction. The defendant was assigned bidder number 305, as indicated on the absentee bid form.

William J. Jenack served as the auctioneer for the September 21, 2008, auction, and, as per the plaintiff's custom, the Chief Clerk for the auction sat at the podium immediately adjacent to Jenack. Jenack averred that, on September 21, 2008, the Chief Clerk, upon the hammer falling, recorded, on preprinted "clerking sheets" containing the item numbers and descriptions, the amount of the successful bid for each item sold and the bidder number. For each item, the clerking sheets also contained a number assigned to the consignor of the item. The entry on the clerking sheets for the subject antique denoted that it was consigned by consignor number 428, and handwritten notations indicated that bidder number 305 successfully bid for the subject antique at a price of \$400,000. The plaintiff thereafter sent an invoice to the defendant seeking payment for the subject antique. The defendant never remitted payment or took possession of the subject antique, which remained in the plaintiff's storage facility.

The plaintiff subsequently commenced the instant action to recover damages, inter alia, for breach of a contract to purchase the subject antique. The defendant moved for summary

judgment dismissing the complaint, arguing that any alleged contract was unenforceable for failure to comply with the statute of frauds. The plaintiff opposed the defendant's motion and cross-moved for summary judgment on the issue of liability. The Supreme Court denied the defendant's motion and granted the plaintiff's cross motion, and, after a non-jury trial on the issue of damages, entered judgment in favor of the plaintiff and against the defendant in the principal sum of \$402,398. Because we conclude that the statute of frauds was not satisfied, we reverse the judgment, grant the defendant's motion for summary judgment dismissing the complaint, and deny the plaintiff's cross motion for summary judgment on the issue of liability.

General Obligations Law § 5-701(a)(6) provides:

"§ 5-701. Agreements required to be in writing

"a. Every agreement, promise or undertaking is void, unless it or some note or memorandum thereof be in writing, and subscribed by the party to be charged therewith, or by his lawful agent . . .

"6. Notwithstanding section 2-201 of the uniform commercial code, if the goods be sold at public auction, and the auctioneer at the time of the sale, enters in a sale book, a memorandum specifying the nature and price of the property sold, the terms of the sale, the name of the purchaser, and the name of the person on whose account the sale was made such memorandum is equivalent in effect to a note of the contract or sale, subscribed by the party to be charged therewith" (emphasis added).

Here, in support of his motion for summary judgment, the defendant submitted the auctioneer's "clerking sheets," on which a memorandum was made at the time of sale, containing a description of the subject antique, the amount of the defendant's winning bid, and notations indicating that the subject

antique was consigned by "#428" and purchased by bidder "#305." The defendant argues that this memorandum was insufficient to satisfy the statute of frauds because it failed to specify the name of the purchaser and "the name of the person on whose account the sale was made" (id.).

"The statute of frauds does not require the memorandum \* \* \* to be in one document. It may be pieced together out of separate writings, connected with one another either expressly or by the internal evidence of subject matter and occasion" (Crabtree v Elizabeth Arden Sales Corp., 305 NY 48, 54, quoting Marks v Cowdin, 226 NY 138, 145; see Henry L. Fox Co. v Kaufman Org., 74 NY2d 136, 140; Taylor Diversified Corporate Servs., Inc. v AMBAC Assur. Corp., 81 AD3d 810, 811; Strain v Strain, 228 AD2d 491). The statute will be satisfied either where the separate writings are all subscribed by the party to be charged or, if some of the writings are signed while others are not, where the signed and unsigned writings, on their face, "clearly refer to the same subject matter or transaction" and there is corroborative evidence of the acquiescence of the party to be charged to the contents of the unsigned writing (Crabtree v Elizabeth Arden Sales Corp., 305 NY at 55; see Willmott v Giarraputo, 5 NY2d 250, 253-254; Strain v Strain, 228 AD2d 491; BGP Corp. v Chemical Bank, 228 AD2d 629). However, all of the essential terms of the contract must be set out in the various writings, and at least one writing, "the one establishing a contractual relationship between the parties," must be signed by the party to be charged (Crabtree v Elizabeth Arden Sales Corp., 305 NY at 56; see Henry L. Fox Co. v Kaufman Org., 74 NY2d at 140; Strain v Strain, 228 AD2d 491)<sup>1</sup>

Here, the defendant correctly observes that the clerking sheets did not contain the "name of the purchaser," i.e., the defendant, as re-

quired by General Obligations Law § 5-701(a)(6). However, the clerking sheets indicated that the successful bid was made by bidder number 305, and the absentee bid form contained both the defendant's name, as well as his bidder number (i.e., 305). Additionally, the absentee bid form contained the defendant's signature, which, the form explained, was necessary in order for any bids to be executed, and evinced agreement with the plaintiff's "terms." The absentee bid form is, therefore, a signed writing, which can be considered in conjunction with the clerking sheets to meet the requirement of General Obligations Law § 5-701(a)(6) that the memorandum include the name of the purchaser.

Moreover, even discounting the defendant's signature on the absentee bid form, the clerking sheets and absentee bid forms, on their face, clearly referred to the same subject matter or transaction. The absentee bid form contained the name of the auction house, the terms of any sale made at auction to an absentee bidder, the defendant's bidder number, and the number assigned to the subject antique. The clerking sheets similarly set forth the name of the auction house, the number of the subject antique, and bidder number 305 as the successful bidder. Additionally, "there [was] little likelihood that the [absentee bid form] was fraudulently manufactured or that [the] defendant had not assented to its contents," since he wrote his name, address, email address, telephone numbers, and credit card number on the form (Crabtree v Elizabeth Arden Sales Corp., 305 NY at 57).

Accordingly, assuming that the other requirements of General Obligations Law § 5-701(a)(6) were met, the clerking sheets and the absentee bid form, taken together, satisfy the statutory requirement that the memorandum contain the name of the purchaser (see Crabtree v Elizabeth Arden Sales Corp., 305 NY at 56-57).

The same, however, cannot be said for the requirement that the memorandum contain "the name of the person on whose account

<sup>1</sup> Under General Obligations Law § 5-701(a)(6), where, as here, the contract relates to a public auction, the entries on the clerking sheets at the time of sale constitute the subscribed writings establishing the contractual relationship, despite the absence of signatures of the parties.

the sale was made" (General Obligations Law § 5-701[a][6]). In this respect, the record establishes that the plaintiff failed to produce any writing identifying consignor "#428" by name, either in response to the defendant's discovery demands or in opposition to the defendant's motion for summary judgment. The plaintiff argues, however, that the requirement of the statute that the memorandum contain "the name of the person on whose account the sale was made" was satisfied solely by inclusion of the consignor's assigned number on the clerking sheets<sup>2</sup>. We disagree.

"[W]hen the statutory language is clear and unambiguous, it should be construed so as to give effect to the plain meaning of [the] words' used" (People v Finnegan, 85 NY2d 53, 58, cert denied 516 US 919, quoting People ex rel. Harris v Sullivan, 74 NY2d 305, 309; see NYCTL 1998-1 Trust v Oneg Shabbos, Inc., 37 AD3d 789, 790). "Equally settled is the principle that courts are not to legislate under the guise of interpretation" (People v Finnegan, 85 NY2d at 58).

The plaintiff claims that it is common practice for auction houses not to disclose the names of their consignors, and that such disclosure is "unnecessary." While it may be true that auction houses commonly withhold the names of consignors (see Foxley v Sotheby's, Inc., 893 F Supp 1224, 1230), this Court is governed not by the practice in the trade, but by the relevant statute, which it is bound to apply in accordance with the foregoing rules of construction. In that regard, the statute clearly and unambiguously requires that the "name of the person on whose account the sale was made" (General Obligations Law § 5-701[a][6] [emphasis added]) be provided in the memorandum, which plainly means that the memorandum must contain information revealing the identity of that party.

Indeed, it has generally been held that, to satisfy the statute of frauds, a writing must identify the parties (see Matter of Licata, 76 AD3d 1076, 1077; Durso v Baisch, 37 AD3d 646, 647; Sabetfard v Djavaheri Realty Corp., 18 AD3d 640, 641; Tawil v Trani, 127 AD2d 829; Villano v G & C Homes, 46 AD2d 907; Hagedorn v Lang, 34 App Div 117, 120["It is sufficient (for statute of frauds purposes) if the names of the principals are inserted in such form and manner as to indicate that it is their contract" (quoting Coddington v Goddard, 82 Mass 436, 444)]). In Villano v G & C Homes, for example, this Court held that a memorandum of a purported contract did not satisfy the statute of frauds because, inter alia, the purchaser, who was described in the memorandum only as "Villano," was not sufficiently identified (see Villano v G & C Homes, 46 AD2d at 907; see also Regan v Real Source Charities, Inc., 45 AD3d 1156[memorandum of sale did not designate the defendant seller as a party]; Tawil v Trani, 127 AD2d at 830 ["The subject memorandum fails to satisfy a requirement of the Statute of Frauds in that it fails to name or designate the buyer" (citation omitted)]). Similarly, here, the notation that the subject antique was sold by "#428" was insufficient to satisfy the statutory requirement that the memorandum contain "the name of the person on whose account the sale was made."

The principle of law that a mark constitutes a valid signature does not, as the plaintiff contends, require a contrary conclusion. Of course, it has long been held that a mark or other designation is a valid form of signature as long as such mark or designation was intended by the affixing party to serve as his or her signature (see Jackson v Jackson, 39 NY 153; Matter of Mack, 21 AD2d 205, 207; Pearlberg v Levisohn, 112 Misc 95, 98-99; see also General Construction Law § 46; Spielman v Manufacturers Hanover Trust Co., 60 NY2d 221, 227["a person may use any name or mark as a means of identification"]). In such cases, however, the mark or designation is associated with an identifiable person (cf.

<sup>2</sup> The plaintiff does not argue, and, therefore, we do not consider, whether the requirement that the memorandum specify "the name of the person on whose account the sale was made" was satisfied by inclusion on the clerking sheets of its own name or the name of an agent of the consignor (cf. Hicks v Wigmore, 12 Wend 548, 553)

*Spielman v Manufacturers Hanover Trust Co.*, 60 NY2d at 227 [a bank account number, rather than a person's name, could be used in an endorsement where "the account is in existence and identifiable as belonging to a specific person"]. The difficulty in this case arises not merely from the use of a number in place of a name, but from the fact that the person associated with that number was never identified.

Additionally, the issue here is not whether the consignor number constituted the consignor's valid signature. The notation "#428" was not placed by the consignor on a memorandum of the contract with the intent of executing or authenticating it (see General Construction Law § 46). Rather, since the contract of sale was made at an auction, the parties did not sign the contract in the traditional sense. General Obligations Law § 5-701(a)(6) contemplates that parties to a contract of sale resulting from a public auction will not themselves sign the writing, by providing that a memorandum in the auctioneer's clerking sheets, which conforms with certain specifications, "is equivalent in effect to a note of the contract or sale, subscribed by the party to be charged therewith" (General Obligations Law § 5-701[a][6]). A number placed upon the clerking sheets by the auctioneer cannot constitute a valid signature. Rather, the auctioneer's memorandum is deemed to be a subscribed writing where all of the specifications of General Obligations Law § 5-701(a)(6), including the inclusion of the name of the person on whose account the sale was made, are met.

To the extent that the requirement in General Obligations Law § 5-701(a)(6) that the memorandum contain the name of, rather than an assigned number for, the "person on whose account the sale was made" may be at odds with the general industry practice, and may be burdensome to consignors or auction houses or both, a change in the law to eliminate that requirement may be warranted. However, consideration of the propriety of that change is not for the courts, but rests with the Legislature.

In sum, since the defendant demonstrated, prima facie, that the memorandum failed to include "the name of the person on whose account the sale was made," and since the plaintiff failed to raise a triable issue of fact in that regard, the Supreme Court should have granted the defendant's motion for summary judgment dismissing the complaint, and, for the same reason, should have denied the plaintiff's cross motion for summary judgment on the issue of liability. Therefore, the judgment is reversed, on the law, the defendant's motion for summary judgment dismissing the complaint is granted, the plaintiff's cross motion for summary judgment on the issue of liability is denied, the order dated November 16, 2009, is modified accordingly, the interlocutory judgment entered January 12, 2010, is vacated, and the complaint is dismissed. LEVENTHAL, BELEN and ROMAN, JJ., concur.

ORDERED that the judgment is reversed, on the law, with costs, the defendant's motion for summary judgment dismissing the complaint is granted, the plaintiff's cross motion for summary judgment on the issue of liability is denied, the order dated November 16, 2009, is modified accordingly, the interlocutory judgment entered January 12, 2010, is vacated, and the complaint is dismissed.

---

**LG Köln, Urt. v. 28.09.2012 – 2 O 457/08**

**Über die Sorgfaltsanforderungen, die an ein Auktionshaus bei der Echtheitsüberprüfung von Gemälden mit hohem Wert zu stellen sind.**

### **Orientierungssatz**

1. Ein Auktionator macht sich aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen schadenser-

satzpflichtig, wenn er ohne eine tragfähige Tatsachengrundlage eine Urheberschaft eines Künstlers vorbehaltlos behauptet.

2. Es ist eine Frage des Einzelfalls, welche konkreten Untersuchungspflichten ein Auktionator bezüglich der Echtheit eines Gemäldes hat. Kriterien hierfür können die Bedeutung, die Qualität, die Plausibilität der angegebenen Provenienz und der Schätzwert des Gemäldes sein. Das Fehlen von Fälschungsindizes befreit nicht von der grundsätzlichen Prüfungspflicht.

3. Eine materialwissenschaftliche Untersuchung ist bei Gemälden mit Schätzwert über 800.000 € geboten.

### **Tenor**

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin

1. 2.086.080 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. Dezember 2010 zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe des von der Beklagten auf ihrer Auktion 896 „Moderne Kunst“ vom 29. November 2006 als Werk Heinrich Campendonks verkauften Gemäldes „Rotes Bild mit Pferden“, Lot 51, signiert und datiert „Heinrich Campendonk 1914“;

2. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 432.000 € vom 5. Juli 2008 bis zum 31. März 2011 zu zahlen;

3. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 361.920 € vom 5. Juli 2008 bis zum 27. Dezember 2011 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des in Ziffer 1 näher bezeichneten Gemäldes in Annahmeverzug befindet.

Die Klage wird im Übrigen abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte. Die Kosten der Nebenintervention werden der Streithelferin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags.

### **Tatbestand**

Die Klägerin nimmt die Beklagte, ein im Jahr 1845 gegründetes und international bekanntes Kunstauktionshaus mit Sitz in Köln, auf Schadensersatz in Anspruch. Die Klägerin erwarb am 29. November 2006 auf der Auktion 896 „Moderne Kunst“ der Beklagten ein Ölgemälde mit dem Titel „Rotes Bild mit Pferden“, das mit „Campendonk 1914“ signiert ist, aber nicht vom Maler Heinrich Campendonk (1889 - 1957) stammt.

Im September 2006 hatte die Streithelferin das Gemälde bei der Beklagten eingeliefert und erklärt, es stamme aus der „Sammlung Werner Jägers“. Werner Jägers (1912 - 1992) war ein Kölner Kaufmann, dessen Enkelin die Streithelferin ist. Tatsächlich hatte Werner Jägers, wie die Streithelferin wusste, nie Kunst gesammelt. Die angebliche „Sammlung Werner Jägers“ war eine Erfindung der Streithelferin, ihrer Schwester A1 jun. und ihres Schwagers, A2. Die erfundene Sammlung diente diesen dreien als Provenienzzangabe für Gemälde, die A2 seit mehreren Jahren fälschte und über bekannte Auktionshäuser zu hohen Preisen veräußerte. Die Streithelferin wusste bei Einlieferung des Roten Bildes mit Pferden, dass es von ihrem Schwager hergestellt worden war.

Der Beklagten war die „Sammlung Werner Jägers“ als Provenienzzangabe von Gemälden bekannt, da sie bereits sechs Werke aus dieser angeblichen Quelle veräußert hatte. Bei diesen veräußerten Werken war kein Fälschungsverdacht aufgekommen. Anders war es hingegen bei einem Werk, das A1 im Jahr 1995 bei der Beklagten unter Verweis auf die „Sammlung Jägers“ eingeliefert hatte. Bezüglich dieses Bildes, das von Hans Purmann stammen sollte und einen Galerieaufkleber „Sammlung Flechtheim“ auf der Rückseite trug, hatte sich ein Fälschungsverdacht ergeben; die Beklagte hatte das Bild daraufhin der

Einlieferin zurückgegeben.

Auch das „Rote Bild mit Pferden“ trägt auf der Rückseite des Rahmens einen Aufkleber mit dem holzschnittartigen Schriftzug „Sammlung Flechtheim“. Auf dem Aufkleber ist handschriftlich vermerkt: „Nr. 11“ sowie „Heinrich Campendonk, Seeshaupt, Rotes Bild mit Pferden“. Der Aufkleber zeigt desweiteren das Holzschnitt-Porträt eines Mannes. Aufkleber mit diesem Motiv und dem Schriftzug „Sammlung Flechtheim“ waren der Fachwelt schon zuvor bekannt. Es gab hingegen keinen Beleg, dass die Sammlung Flechtheim tatsächlich einen solchen Aufkleber verwendet hatte.

Im bereits damals vorliegenden Campendonk-Werkverzeichnis der Kunstsachverständigen Dr. G ist unter Nr. 462 vermerkt:

„Ö\* (ohne Abbildung)

Rotes Bild mit Pferden, 1914

Öl a. ?

Maße, Signatur und Verbleib unbekannt“

Desweiteren heißt es im Werkverzeichnis:

„Ausst.: 1920, Düsseldorf, Galerie Flechtheim  
Lit./Abb.: A. Kat. Düsseldorf 1920, S. 6, Nr. 11“

Für die weiteren Einzelheiten der Angaben im Werkverzeichnis wird auf die Anlage K 4 Bezug genommen.

Im Jahr 1920 hatte in der Galerie Flechtheim in Düsseldorf eine Ausstellung stattgefunden, zu der ein Katalog (siehe Anlage K 5) existiert. Auf S. 6 sind die ausgestellten Ölgemälde und Aquarelle von Heinrich Campendonk mit ihren Titeln aufgelistet. Neben der Jahreszahl 1914 findet sich dort die laufende Nummer 11 mit dem Titel „Rotes Bild mit Pferden“. Eine Abbildung dieses Gemäldes enthält der Flechtheim-Katalog nicht, ebenso wenig weitere, das Gemälde individualisierende Angaben.

Heinrich Campendonk gehörte zu den Künstlern, deren Werke den Nationalsozialisten als entartet galten. Er wanderte in den 1930er-Jahren in die Niederlande aus. Viele seiner

Werke gelten als verschollen.

Die Beklagte prüfte die Echtheit des Gemäldes kunsthistorisch durch eigene Mitarbeiter. Ob und welche weiteren Maßnahmen sie zur Prüfung der Authentizität des Bildes ergriff, ist streitig. Jedenfalls kontaktierte sie per Brief und per E-Mail die Werkverzeichnisverfasserin, Frau Dr. G, die sich jedoch nicht zurückmeldete. Die Beklagte ließ weder die Angaben der Einlieferin zur Provenienz des Kunstwerkes überprüfen, noch ließ sie es naturwissenschaftlich untersuchen.

Die Beklagte nahm das streitgegenständliche Werk in den Katalog ihrer Auktion 896, die am 29. November 2006 stattfand, auf und wählte einen Bildausschnitt als Motiv der Titelseite. In der Katalogbeschreibung ordnete sie das Gemälde Heinrich Campendonk zu, verwies auf den Werkverzeichniseintrag für das Gemälde „Rotes Bild mit Pferden“ und beschrieb das Gemälde als um 1930 bei Flechtheim erworben, wobei in Bezug auf die Ausstellung angegeben ist:

„Düsseldorf 1920 (Galerie Flechtheim), Heinrich Campendonk, Nr. 11 mit Abb. S. 6“.

Den Aufkleber „Sammlung Flechtheim“ bildete die Beklagte im Katalog ab. Weiter führte die Beklagte im Auktionskatalog aus, seit dem Erwerb bei Flechtheim sei das Gemälde „in Familienbesitz, Privatsammlung Frankreich“ gewesen; ein Hinweis auf die „Sammlung Jägers“ fehlte auf ausdrücklichen Wunsch der Einlieferin.

Im Katalogtext heißt es unter anderem:

„... scheint doch auch das vorliegende, lange verschollene und im buchstäblichen Sinn phantastische Gemälde mit dem Titel ‚Rotes Bild mit Pferden‘, durch die Farbe bestimmt, von irgendeinem roten Stern.“

[...]

„Aus Campendonks ‚Rotem Bild mit Pferden‘ läßt sich als Bildzelle ein Motiv isolieren, das wir beim vorliegenden Katalog für den Umschlag wählten. Es ist die leicht abgewandel-

te Wiederholung eines in der Literatur zu Campendonk vielfach publizierten, leider im Rand stark beschädigten Aquarells ‚Paar auf dem Balkon‘ (G 150 A mit Farbtafel 19, s. Abb.). [...] Im Gemälde sind diese motivlichen Zitate großartig in die rote Waldlandschaft eingefügt, umfassen von diesem Bogen in Grün und Orange. Es wäre nicht Campendonk, würde er nicht eigenartige Symbole hinzufügen [...]

[...]

„In diesem Jahr 1914, aus dem auch Campendonks berühmter ‚Sechster Tag‘ stammt (G 459 Ö, heute Wilhelm-Lehmbruck-Museum, Duisburg), findet Campendonks Werk zu seinem künstlerischen Höhepunkt. [...]

Die Beklagte gab einen Schätzpreis von 800.000 bis 1.200.000 € an. Für weitere Einzelheiten der Ausführungen im Auktionskatalog wird auf die Anlage K 3 Bezug genommen.

Den Katalog sandte die Beklagte unter anderem an Frau Dr. G, die sich hierauf nicht äußerte.

In Ziffer 3 der Versteigerungsbedingungen heißt es, die Katalogangaben seien nach bestem Wissen und Gewissen erstellt, aber keine Garantien im Rechtssinne und auch nicht Bestandteil der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit. In Ziffer 4 verpflichtete sich die Beklagte, „bei Abweichungen von Katalogbeschreibungen, welche den Wert ... aufheben oder nicht unerheblich mindern“, ihre Rechte gegenüber dem Einlieferer geltend zu machen und dem Erwerber den gesamten Kaufpreis zu erstatten, wenn der Einlieferer erfolgreich in Anspruch genommen wird. Bei „erwiesener Unechtheit“ verpflichtete sie sich zur Rückzahlung der Kommission und schloss die Haftung wegen Mängeln im Übrigen aus. Für die weiteren Einzelheiten der Versteigerungsbedingungen wird auf die Anlage K 6 Bezug genommen.

Auf der Auktion am 29. November 2006 ließ sich die Klägerin von Herrn L vertreten, ei-

nem Kunstsachverständigen aus Paris mit eigener Expertise. Sie erwarb das Gemälde zum Kaufpreis von 2.400.000 € zuzüglich 456.000 € Aufgeld (19% des Zuschlagspreises) und 24.000 € als Umlage für das Folgerecht gemäß § 26 UrhG (1% des Zuschlagspreises). Bis zum 26.12.2006 überwies die Klägerin der Firma M SA in Brüssel, welche die Rechnung gestellt hatte, insgesamt 2.880.000 €. Die Beklagte behielt gemäß den Versteigerungsbedingungen das Aufgeld sowie ein Abgeld in Höhe von 361.920 € (13% des Zuschlagspreises zzgl. USt in Höhe von 16%) ein. Den restlichen Zahlbetrag - mit Ausnahme der Folgerechtsumlage - kehrte sie an die Streithelferin aus.

Bereits Anfang Dezember hatte die Galerie B's, die von der Klägerin mit der Abwicklung des Geschäfts beauftragt worden war, der Beklagten mitgeteilt, hinsichtlich der Echtheit des Gemäldes solle bei Frau Dr. G eine Expertise eingeholt werden. Die Erstellung der Expertise verzögerte sich, weil Frau Dr. G auf einer naturwissenschaftlichen Untersuchung durch das Doerner Institut in München bestand. Am 17. März 2008 legte das Doerner Institut sein Gutachten vor (Anlage K 22), in dem es an der Echtheit des streitgegenständlichen Gemäldes zweifelte. Die Materialanalyse war zum Ergebnis gelangt, auf der Bildvorderseite befänden sich zwei Schichten, die Titanweiß in der Modifikation des Rutils enthielten; dieser Stoff sei erst ab 1937/38 industriell hergestellt worden.

Mit Schreiben vom 13. Juni 2008 erklärte die Prozessbevollmächtigte der Klägerin im Namen der Galerie B's als Vertreterin der Klägerin gegenüber der Beklagten den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte sie zur Rückzahlung des Kaufpreises bis zum 4. Juli 2008 auf.

Am 25. August 2008 legte der Physiker und Kunsthistoriker Dr. F, den die Klägerin hiermit beauftragt hatte, eine weitere naturwissenschaftliche Untersuchung des Gemäldes vor (Anlage K 38). Auch diese gelangte zum Er-

gebnis, das Bild enthalte Titanweiß in der Form des Rutilis. Hierzu führte Dr. F aus, dieses Pigment sei vor 1916 nur experimentell hergestellt und nur von wenigen Künstlern, die mit Forschern in Kontakt gestanden hätten, probeweise eingesetzt worden. Erst nach dem 1. Weltkrieg habe es in industriell hergestellten Farben Verwendung gefunden, allerdings nicht in solchen für Künstler. Erst seit den 1940er-Jahren sei Titanweiß in der Form des Rutilis in einer größeren Anzahl von Bildern enthalten.

Auf eine Strafanzeige der Klägerin vom 17. Juni 2010 gegen die Streithelferin stellte sich heraus, dass der Großvater der Streithelferin, Werner Jägers, nie eine Kunstsammlung besessen hatte. Zum gleichen Ergebnis kam auch ein von T von der Galerie T & S am 9. August 2010 beauftragter privater Ermittler, der nach Befragen von Familienmitgliedern und Nachfahren Werner Jägers seinem Auftraggeber am 11. August 2010 mitteilte, dieser sei kein Kunstsammler gewesen.

Mit Schreiben vom 28. Oktober 2010 erklärte die Klägerin die Anfechtung ihrer auf Kauf des streitgegenständlichen Gemäldes gerichteten Erklärung vom 29. November 2006. Mit gleichem Schreiben bot sie der Beklagten die jederzeitige Rückgabe des Gemäldes an.

Ursprünglich hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie - die Klägerin - 2.880.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4.7.2008 zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe des von der Beklagten auf ihrer Auktion 896 „Moderne Kunst“ vom 29. November 2006 als Werk Heinrich Campendonks verkauften Gemäldes „Rotes Bild mit Pferden“, Lot 51, signiert und datiert „Heinrich Campendonk 1914“. In der mündlichen Verhandlung vom 23.4.2009 hat die Klägerin den Zinsantrag gemäß Schriftsatz vom 16.4.2009 auf 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz erweitert (Bl. 388).

Mit Schriftsatz vom 17.11.2010 (Bl. 894), der Beklagten zugestellt am 1.12.2010 (Bl. 930),

hat die Klägerin die Klage um den Feststellungs-Antrag erweitert, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des genannten Gemäldes in Annahmeverzug befinde.

Nachdem die Beklagte am 31.3.2011 einen Betrag von 432.000 € an die Klägerin gezahlt hat, haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend in Höhe dieses Betrags in der Hauptsache für erledigt erklärt, nämlich durch klägerischen Schriftsatz vom 14.6.2011 (Bl. 1194) und durch Erklärung der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2011 (Bl. 1498).

Nachdem die Klägerin am 27.12.2011 einen Scheck der Beklagten über weitere 361.920 € eingelöst hat, haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend auch in Höhe dieses Betrags in der Hauptsache für erledigt erklärt, nämlich durch klägerischen Schriftsatz vom 12.1.2012 (Bl. 1651) und durch Schriftsatz der Beklagten vom 1.2.2012 (Bl. 1698), eingegangen bei Gericht am selben Tag.

Die Klägerin beantragt nunmehr sinngemäß,

die Beklagte zu verurteilen, an sie - die Klägerin -

1. 2.086.080 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4.7.2008 zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe des von der Beklagten auf ihrer Auktion 896 „Moderne Kunst“ vom 29. November 2006 als Werk Heinrich Campendonks verkauften Gemäldes „Rotes Bild mit Pferden“, Lot 51, signiert und datiert „Heinrich Campendonk 1914“;

2. Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 432.000 € vom 4.7.2008 bis zum 31.3.2011 zu zahlen;

3. Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 361.920 € vom 4.7.2008 bis zum 27.12.2011 zu zahlen;

sowie festzustellen, dass sich die Beklagte

mit der Rücknahme des in Ziffer 1 näher bezeichneten Gemäldes in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Die Streithelferin war in der mündlichen Verhandlung vom 30. August 2012 anwaltlich nicht vertreten und hat keinen Antrag gestellt.

Die Beklagte behauptet, sie habe vor Erstellung des Katalogs eine mündliche Expertise des Sohnes von Heinrich Campendonk, Q, und des Enkels, P, eingeholt, die beide die hierfür nötige Sachkunde gehabt und die Echtheit des Bildes bestätigt hätten. Der „Sammlung Flechtheim“-Aufkleber in der konkreten Aufmachung sei ihr schon im Zeitpunkt der Einlieferung bekannt gewesen, unter anderem aus einem Christie's-Katalog von 1995 sowie aus weiteren Katalogen der Jahre 2003 und 2006.

Zu all dem erklärt sich die Klägerin mit Nichtwissen.

Die Beklagte behauptet desweiteren, es entspreche marktüblichen Usancen, selbst bei hochpreisigen Arbeiten ein naturwissenschaftliches Gutachten nur bei auftretenden Zweifeln oder bei Künstlern, die in einem besonderen Fälschungsfokus stehen, einzuholen.  
Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen begründet.

I. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.086.080 € wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen gemäß den §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil die Beklagte im Auktionskatalog Angaben machte, die den Gesamteindruck vermittelten, die Zuschreibung des Gemäldes zu Heinrich Campendonk sei sicher, ohne dafür eine hinreichende Tatsachengrundlage gehabt zu haben.

1. Die Vertragsverhandlungen der Parteien begannen mit dem Überreichen des Auktionskatalogs, so dass ab diesem Zeitpunkt Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen in Betracht kommen. Dem stehen der spätere Abschluss eines Kaufvertrags - durch Erteilung des Zuschlags - sowie der Vorrang der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung nicht entgegen. Denn der Kaufvertrag ist gemäß § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen, nachdem die Klägerin ihre auf Abschluss des Vertrags gerichtete Erklärung vom 29. November 2006 durch Schreiben vom 28. Oktober 2010 wegen arglistiger Täuschung angefochten hat.

a. Diese Anfechtung ist wirksam. Die Klägerin wurde von der Streithelferin auf zwei Wegen getäuscht. Diese hatte gegenüber der Beklagten wahrheitswidrig erklärt, das Gemälde stamme aus der Sammlung ihres Großvaters Werner Jägers, und durch Einliefern des Gemäldes mit dem rückseitigen Aufkleber der Galerie Flechtheim konkludent zum Ausdruck gebracht, die Herkunft des Gemäldes lasse sich auf diese Galerie zurückverfolgen. Hierdurch täuschte sie auch die Klägerin, denn für die Täuschungshandlung im Sinne des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB ist es nicht erforderlich, sich persönlich gegenüber dem Getäuschten zu äußern. Die Streithelferin brachte dem Vertreter der Klägerin ihre Erklärung durch den Galerieaufkleber „Sammlung Flechtheim“ zur Kenntnis und löste dadurch eine Fehlvorstellung über die Gemäldeherkunft aus oder verstärkte diese zumindest.

Des Weiteren setzte die Streithelferin die gutgläubig handelnde Beklagte arglistig als Werkzeug ein, um ihre Erklärung an die Klägerin weiterzuleiten. Der Täuschende kann sich zur Übermittlung seiner Täuschung am Geschäft unbeteiligter Boten ebenso bedienen wie anderer Übermittlungsformen. Für die Person des arglistig Täuschenden kommt es nicht darauf an, wer die Täuschungserklärung gegenüber dem Getäuschten ausspricht, sondern wer sie veranlasst hat. Die Gutgläubigkeit des Übermittelnden beseitigt

die arglistige Täuschung nicht (Palandt-Ellenberger, BGB, 71. Auflage, 2012, § 123, Rn. 13 aE; BGH v. 8.2.1989 - IVa ZR 197/87, VersR 1989, 465).

Auf den bei ihrem Vertreter hervorgerufenen Irrtum über die Herkunft des Gemäldes, der diesen zur Abgabe seines Gebotes bestimmte, kann die Klägerin sich berufen (§ 166 Abs. 1 BGB).

Die Streithelferin handelte arglistig, insbesondere auch im Hinblick auf die Übermittlung der von ihr vorgegebenen Herkunft des Gemäldes an die Klägerin. Denn wegen ihres wirtschaftlichen Interesses am Auktionsausgang beabsichtigte sie, dass die Beklagte das Gemälde den Interessenten als echten, von der Galerie Flechtheim erworbenen Campendonk anbieten sollte. Es reicht aus, dass ihre Absicht die Übermittlung der von ihr veranlassten Fehlinformation an eine unbestimmte Vielzahl von Personen umfasste; die Person des Erklärungsempfängers bedarf keiner Spezifizierung.

b. Die Klägerin konnte ihre Anfechtung gegenüber der Beklagten auf die Täuschung durch die Streithelferin stützen, weil es sich bei einer Kommittentin nicht um eine Dritte im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB handelt (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Krüger, HGB, 2. Auflage, § 383, Rn. 44). Bei der gebotenen funktionellen Betrachtungsweise stand die Streithelferin als Vertragspartnerin der Erklärungsempfängerin (Beklagten) auf deren Seite (vgl. dazu Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl., § 123, Rn. 29). Zudem handelte es sich beim Ausführungsgeschäft in wirtschaftlicher Hinsicht um ein Geschäft der Kommittentin, an die der Kaufpreis abzüglich Abgeld ausgekehrt wurde.

c. Die Klägerin hat die Anfechtung am 28. Oktober 2010 und damit innerhalb der Jahresfrist nach § 124 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB fristgerecht erklärt, weil sie erst auf ihre Strafanzeige vom 17. Juni 2010 hin sichere Kenntnis davon erlangte, durch die Streithelferin arglistig getäuscht worden zu sein. Ein Verdacht,

wie er sich schon zuvor durch die beiden naturwissenschaftlichen Gutachten ergeben hatte, genügt für den Fristbeginn nicht (Palandt-Ellenberger, aaO, § 124, Rn. 2). Dies gilt auch für Fälle wie diesen, in denen sich der Verdacht schon erhärtet hat, weil die Verwendung von Titanweiß in Künstlerfarben im Jahr 1914 äußerst selten war.

2. Die Anwendung der §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist ebenso wenig durch die Anfechtungsvorschriften gesperrt. Jedenfalls dann, wenn dem Anfechtenden durch Eingingung des Vertrages ein Vermögensschaden entstanden ist - wie hier der Klägerin, die einen Kaufpreis zahlte, der für ein gefälschtes Bild nicht angemessen war -, schließen die §§ 119, 123 BGB die Haftung für c.i.c. nicht aus (BGH v. 26.9.1997 - V ZR 29/96, NJW 1998, 302).

3. Mit Beginn der Vertragsverhandlungen durch Überreichen des Auktionskatalogs traf die Beklagte die Pflicht, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Klägerin Rücksicht zu nehmen, § 241 Abs. 2 BGB. Die Pflicht konkretisierte sich darin, im Katalog zutreffende Angaben auf gesicherter Grundlage zu machen. Die Beklagte hat diese Pflicht fahrlässig verletzt.

a. Die Angaben der Beklagten im Katalog vermittelten den Gesamteindruck, die Zuschreibung des Bildes zu Heinrich Campendonk sei sicher. Sie nahm Bezug auf das Werkverzeichnis der Frau Dr. G sowie den Katalog der Flechtheim-Ausstellung aus dem Jahr 1920, von dem sie - unrichtig - angab, er enthalte eine Abbildung des Gemäldes. Die weitere Angabe, das Gemälde befinde sich seit dem Erwerb von der Galerie Flechtheim in Privatbesitz, war geeignet, beim Leser des Katalogs die Vorstellung hervorzurufen, der Weg des Bildes seit seiner Entstehung sei lückenlos geklärt. Zudem verglich die Beklagte das Werk mit einem anderen Campendonk-Werk und stellte fest, es weise typische Merkmale auf, insbesondere verwende es ein anderweitig bekanntes Campendonk-Motiv. Der Verweis darauf, Campendonk habe im

Jahr 1914 seinen künstlerischen Höhepunkt erreicht, konnte im Gesamtzusammenhang nur so verstanden werden, das auch das angebotene, angeblich im Jahr 1914 gemalte Bild von ihm stamme. Nicht zuletzt gab die Beklagte einen Schätzwert von 800.000 € bis 1.200.000 € an, der für ein Gemälde, das nur möglicherweise von Campendonk stammt, ersichtlich nicht erzielbar gewesen wäre.

b. Für eine sichere Zuschreibung des Bildes zu Heinrich Campendonk fehlte eine hinreichend tragfähige Grundlage. Über das im Jahr 1914 entstandene Ölgemälde „Rote Bild mit Pferden“ gibt es keine gesicherten Angaben, die das Bild über seinen Titel hinaus individualisieren könnten, insbesondere sind die Maße unbekannt, und es existiert keine Abbildung des Gemäldes. Sicher ist nur, dass Campendonk ein Werk mit diesem Titel fertigte und dass dieses im Jahr 1920 in der Galerie Flechthelm ausgestellt wurde. Hinsichtlich des weiteren Wegs des Bildes verließ sich die Beklagte auf die Angaben der Einlieferin, die sie ungeprüft übernahm. Der rückseitige Aufkleber „Sammlung Flechthelm“ war nicht geeignet zu belegen, dass das eingelieferte Bild in der Galerie Flechthelm ausgestellt worden war - erst recht nicht, dass es mit dem Bild Nr. 11 aus dem Katalog von 1920 identisch war -, denn es gibt keine Nachweise, dass die Galerie Flechthelm einen Aufkleber in der konkreten Aufmachung jemals verwendet hätte. Die Tatsache allein, dass ein solcher Aufkleber schon in der Vergangenheit bei Auktionen aufgetaucht war, ohne dass die Echtheit bezweifelt worden wäre, belegte nicht dessen Echtheit oder gar die des Bildes, sondern bedeutete nur, dass ungeklärt war, ob der Aufkleber echt war oder nicht.

Die sichere Zuschreibung des Bildes hatte auch nicht deswegen eine hinreichende Grundlage, weil die Beklagte das Bild durch eigene Experten kunsthistorisch begutachten lassen. Eine solche, naturgemäß subjektive, weil wertende Begutachtung kann nur begrenzten Erkenntniswert haben, da sie Fälschungen mit umso geringerer Wahrchein-

lichkeit aufdeckt, je begabter der Fälscher ist. Wird ein Gemälde eingeliefert, das einen zumindest sechsstelligen Erlös verspricht, so muss der Auktionator - unter der Annahme, das Bild könne gefälscht sein - in Betracht ziehen, dass der Fälscher sein Handwerk versteht, da er sonst nicht bereit wäre, das mit der Einlieferung verbundene Entdeckungsrisiko einzugehen. Hinzu kommt, dass die hauseigenen Experten nicht gänzlich unabhängig sind. Als Angestellte oder freie Mitarbeiter des Auktionshauses können sie in Zweifelsfällen von der Überlegung beeinflusst sein, dass es für die Beklagte günstiger wäre, wenn das zu prüfende Bild, das einen hohen Umsatz erwarten lässt, echt wäre.

Dahin stehen kann, ob die Beklagte darüber hinaus kunsthistorische Expertisen des Sohnes und des Enkels von Heinrich Campendonk einholte. Diese haben zwar den Vorzug, von der Beklagten gänzlich unabhängig zu sein. Auch ihr Urteil ist jedoch notwendigerweise subjektiv und daher mit Unsicherheiten behaftet.

c. Die Beklagte handelte fahrlässig, weil sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht ließ (§ 276 Abs. 2 BGB). Abzustellen ist insoweit auf die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§§ 347 Abs. 1, 384 Abs. 1 HGB), weil die Beklagte als Auktionatorin ein Kommissionsgeschäft durchführte.

Die im Verkehr „erforderliche“ Sorgfalt ist nicht identisch mit der üblichen Sorgfalt. Die Anforderungen, die § 276 Abs. 2 BGB stellt, werden durch übliches oder einem verbreiteten Brauch entsprechendes, weniger sorgfältiges Verhalten der betreffenden Verkehrskreise nicht reduziert (BGH v. 27.11.1952 - VI ZR 25/52, BGHZ 8, 138, Rn. 7, 8; BGH v. 11.2.1957 - VII ZR 256/56, BGHZ 23, 288, 290; BGH v. 9.2.1965 - VI ZR 253/63, NJW 1965, 1075, Rn. 19). Auf „eingerissene Nachlässigkeit und Unsitte“ der beteiligten Verkehrskreise ist nicht Rücksicht zu nehmen (BGH v. 7.4.1952 - III ZR 363/51, BGHZ 5, 318, Rn. 5). Auch Handelsgewohnheiten können den objektiven Maßstab der im Verkehr

erforderlichen Sorgfalt nicht mindern (Palandt-Bassenge, 71. Aufl., § 932, Rn. 10). Eine leichtsinnige Handlungsweise verliert nicht dadurch ihren Charakter, dass sie von einer Vielzahl von Personen oder ganz allgemein in einem bestimmten Geschäftszweig geübt wird (BGH v. 2.12.1958 - VIII ZR 212/57, LM Nr. 12 zu § 932 BGB). Umgekehrt ist anerkannt, dass Sorgfaltspflichten im konkreten Einzelfall über ein - in Rechtsvorschriften oder technischen Regeln konkretisiertes - Verhaltensprogramm hinausgehen können (BGH v. 7.10.1986 - VI ZR 187/85, NJW 1987, 372).

Nach alledem kommt es auf das Maß an Umsicht und Sorgfalt an, das nach dem Urteil besonnener und gewissenhafter Angehöriger des maßgeblichen Verkehrskreises zu beachten ist (OLG Köln v. 11.1.1990 - 7 U 121/89, NJW-RR 1990, 793, Rn. 8). Ein gewissenhafter Angehöriger kann sich nicht auf das berufen, was die etwas weniger gewissenhaften Beteiligten üblich gemacht haben.

Der maßgebliche Verkehrskreis ist derjenige der ordentlichen Kaufleute (§§ 347, 384 HGB). Ein ordentlicher Kaufmann hat sich grundsätzlich an einem höheren Sorgfaltsmaßstäben zu orientieren als Angehörige von nicht-kaufmännischen Verkehrskreisen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, in welchem Umfang das Handelsgewerbe betrieben wird (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Joost, aaO, § 347, Rn. 28; RG v. 24.11.1922 - III 79/22, RGZ 105, 389). Auch hängt das Ausmaß der Sorgfaltspflicht davon ab, in welchem Umfang die Geschäftspartner der Kaufleute Risiken eingehen (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Joost, aaO).

Welche Maßnahmen der Auktionator ergreifen muss, um von der Echtheit eines Gemäldes ausgehen zu dürfen, lässt sich nicht allgemein beantworten, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Frage, in welchem Umfang die Qualität des in Frage stehenden Gemäldes, sein unmittelbarer Eindruck, die Umstände der Einlieferung, die Plausibilität der behaupteten

Provenienz und das Einfügen dieser Umstände in den bekannten Kontext des behaupteten Werkes Zweifel an der Authentizität des Gemäldes begründeten oder beruhigten. Der Umfang der Prüfungspflicht des Kunsthändlers bestimmt sich weiter nach der Bedeutung des Werkes; bei einem gewöhnlichen Gemälde aus der Vielzahl der in Auktionen zur Versteigerung gelangenden Gegenstände sind dem Kunsthändler weniger eingehende Prüfungen zumutbar als bei Werken wie dem vorliegenden, die der Auktionator zu einem ungewöhnlich hoch festgesetzten Mindestgebot - Gleiches muss für einen Mindestschätzpreis gelten, hier 800.000 € - in seinen Katalog aufnimmt (vgl. BGH v. 13. Februar 1980 - VIII ZR 26/79, NJW 1980, 1619).

Die Beklagte hätte vor Veröffentlichung des Katalogs ein naturwissenschaftliches Gutachten hinsichtlich des vermeintlichen Campendonk-Gemäldes einholen müssen. Entscheidend wirkt sich aus, dass die Beklagte im Katalog vorbehaltlos und ohne jede Einschränkung die Urheberschaft Heinrich Campendonks behauptet hat. Auch durch die Abbildung eines Ausschnitts des Gemäldes auf der Titelseite des Auktionskatalogs, die - unzutreffende - Behauptung einer Abbildung des Gemäldes im Katalog von Flechtheim, den Bezug auf den Werkverzeichniseintrag und die Ausführungen der Beklagten zu Motiv und Symbolik ergab sich das Gesamtbild einer sicheren Zuschreibung des Gemäldes zu Heinrich Campendonk. Insbesondere weil jegliche Hinweise auf Restzweifel fehlen und die Beklagte ein hohes Renommée genießt, wurde der Klägerin in Anbetracht des tatsächlichen Prüfungsumfanges durch die Beklagte fahrlässig ein nicht zutreffender Eindruck vom Maß der von ihr selbst noch durchzuführenden Nachforschungen vermittelt (vgl. LG Bielefeld v. 20. September 1988 - 23 O 101/88, NJW 1990, 1999 zum Renommée eines Auktionshauses).

Das Einholen eines naturwissenschaftlichen Gutachtens ist nicht stets erforderlich, zumal wegen des damit verbundenen Substanzeingriffs, der den Wert schmälern kann. Hier war

ein Gutachten jedoch geboten, um eine vorbehaltlose Zuschreibung des Gemäldes zu Heinrich Campendonk zu rechtfertigen. Das streitgegenständliche Gemälde wäre als Original ein Rekordfund gewesen, für den sich nach dem Schätzpreis der Beklagten (800.000 € bis 1.200.000 €) auch ein Rekordpreis abzeichnete. Das Bild war nicht nur jahrzehntelang verschollen gewesen, es existierte auch keine bekannte Abbildung dieses Gemäldes mehr. Deshalb konnte eine vorbehaltlose Zuschreibung nicht allein auf die Signatur, die Angaben der Einlieferin und eine kunsthistorische Prüfung gestützt werden. Ein ordentlicher Auktionator hätte entweder die Zuschreibung zu Campendonk durch Zusätze wie „nach kunsthistorischer Analyse handelt es sich um ein Gemälde Heinrich Campendonks“ relativiert oder eine weitergehende Zuschreibung auch auf ein naturwissenschaftliches Gutachten gestützt. Seiner Sorgfalt hätte es jedoch nicht entsprochen, eigene Nachprüfungen der potentiellen Ersteigerer durch das Erwecken des Eindrucks zweifelloser Zuschreibung unwahrscheinlicher zu machen, ohne die Zuschreibung auch auf ein naturwissenschaftliches Gutachten stützen zu können.

Der Notwendigkeit eines naturwissenschaftlichen Gutachtens - für den Fall einer sicheren Zuschreibung im Katalog - lässt sich nicht entgegen halten, es greife in die Substanz ein und verringere damit den Wert. Ist unklar, ob ein Werk echt ist oder nicht, dann wird ein Gutachten, das trotz sorgfältiger Analyse keine Anzeichen für eine Fälschung aufdeckt, den Wert des Bildes sogar erhöhen, weil die Wahrscheinlichkeit, dass es sich um ein Original handelt, hierdurch steigt. Ergibt das Gutachten Anhaltspunkte für eine Fälschung, dann kommt es auf den Wertverlust durch den Substanzeingriff ohnehin nicht mehr an.

Ebenso wenig kann es auf die Kosten einer solchen Untersuchung oder mögliche Wartezeiten bei geeigneten Laboren ankommen, wenn es, wie hier, um ein Werk mit einem Mindestschätzpreis von 800.000 € geht. In

Relation zu diesem Preis - und der sich hieraus mindestens ergebenden Kommission der Beklagten in Höhe von 256.000 € netto - fallen Gutachtkosten im vierstelligen Bereich nicht ins Gewicht. Auch die Wartezeit muss ins Verhältnis zur Bedeutung der Angelegenheit gesetzt werden; ohnehin ist nicht vorgetragen oder ersichtlich, dass sich die Einlieferin einem hypothetischen Vorschlag der Beklagten, das Bild untersuchen zu lassen, unter Hinweis auf die Wartezeit widersetzt hätte.

Ein naturwissenschaftliches Gutachten wird auch nicht dadurch entbehrlich, dass der Auktionator - wie hier die Beklagte - durch eine kunsthistorische Begutachtung sowie durch Angaben des Einlieferers zur Provenienz, denen er folgt, subjektiv sicher ist, es handele sich um ein Original, weil keine Anzeichen für eine Fälschung offenbar geworden sind. Die von der Beklagten nach Einlieferung zu prüfende Hypothese lautete nicht, ob es sich bei dem Gemälde um eine Fälschung handelte. Die Frage war vielmehr, ob das Bild echt ist, denn diesen Eindruck vermittelte die Beklagte im Katalog. Für den Echtheitsbeweis genügt es nicht, dass Fälschungsindizien fehlen, solange die Prüfung nicht umfassend ist. Umfassend konnte sie im vorliegenden Fall nur nach naturwissenschaftlicher Untersuchung sein. Denn bei einem Bild, über das es kaum gesicherte Erkenntnisse gibt, bietet nur die objektiv-gegenständliche Untersuchung eine hinreichende Richtigkeitsgewähr, weil sie die subjektiven Unwägbarkeiten von kunsthistorischen, wertenden Einschätzungen sowie die Unschärfe der Erinnerung von Zeitzeugen betreffend die Provenienz vermeidet.

Schließlich kann die Beklagte nicht mit dem Einwand durchdringen, die potentiellen Erwerber erwarteten eine naturwissenschaftliche Untersuchung nicht, da sie wüssten, dass sie nicht den marktüblichen Usancen entspreche. Zum einen steht nicht fest, ob die interessierten möglichen Käufer in ihrer Gesamtheit oder auch nur Mehrheit tatsächlich mit den Gepflogenheiten des Auktionshan-

dels hinreichend vertraut sind. Zum anderen kommt es für das Maß des entgegen gebrachten Vertrauens auch darauf an, wer es in Anspruch nimmt. Von der Beklagten, die sich auf eine mehr als 160jährige Tradition beruft und die international vernetzt ist, wird mehr erwartet als von einem nur regional oder erst seit wenigen Jahren tätigen Auktionshaus. Schon für ein solches gilt aber der Grundsatz des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 13.2.1980 - VIII ZR 26/79, NJW- Seite 10 von 11 - 1980, 1619), dass der Auktionator gegenüber dem Ersteigerer die Stellung eines Sachkenners einnimmt, der im Gegensatz zum Ersteigerer selbst die Möglichkeit hat, die Vertrauenswürdigkeit der Einlieferer zu prüfen und selbst zu entscheiden, welche Werke er zur Auktion annimmt; hierauf kann und darf der Ersteigerer ein Vertrauen stützen, das nach Ansicht des Bundesgerichtshofs, der sich die Kammer anschließt, schutzwürdig ist.

4. Die Pflichtverletzung der Beklagten ist kausal für den Vermögensschaden der Klägerin geworden. Bei Einhaltung ordnungsgemäßer Sorgfalt durch die Beklagte hätte die Klägerin das Gemälde nicht so oder nicht zu diesem Preis erworben. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die Zuschreibung des Gemäldes zu Campendonk im Katalog mit Einschränkungen versehen worden wäre als auch für den Fall, dass die Beklagte ein naturwissenschaftliches Gutachten eingeholt hätte. Ein Gutachten hätte das Vorhandensein von Titanweiß in der Modifikation des Rutils offenbar werden lassen und damit zwar nicht die Unechtheit des Bildes bewiesen, aber die Echtheit unwahrscheinlich gemacht.

5. Die Beklagte schuldet Ersatz des gesamten der Klägerin durch die Vertragsdurchführung entstandenen Schadens. Damit schuldet sie insbesondere den jetzt noch klageweise geltend gemacht Betrag von 2.086.080 € (Kaufpreis abzüglich Auf- und Abgeld).

II. Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch einen Anspruch auf Feststellung, dass diese sich mit der Rücknahme des Gemäldes in An-

nahmeverzug befindet. Die Beklagte geriet gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug, als sie die ihr mit Schreiben der Klägerin vom 28. Oktober 2010 angebotene Rückgabe des Gemäldes nicht annahm.

III. 1. Der Zinsanspruch aus 2.086.080 € ergibt sich nach den §§ 291, 288 Abs. 1 BGB ab dem 2. Dezember 2010. Hinsichtlich dieses Betrags (Kaufpreis abzüglich Auf- und Abgeld) ist Rechtshängigkeit erst mit Zustellung des nach der Anfechtungserklärung geänderten Antrags vom 17. November 2010 am 1. Dezember 2010 eingetreten. Der zuvor geltend gemachte Anspruch wegen Rücktritts vom Kaufvertrag scheiterte am Haftungsauschluss in Ziffer 4 S. 3 der Versteigerungsbedingungen.

Der Zinssatz beträgt nur 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 BGB). Der geltend gemachte Zinssatz von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ist nicht gerechtfertigt, weil es sich bei einer Schadensersatzforderung nicht um eine Entgeltforderung im Sinne von Absatz 2 der genannten Vorschrift handelt.

2. Hinsichtlich des Kommissionsteils (Summe von Auf- und Abgeld) in Höhe von 817.920 € ergibt sich ein Zinsanspruch aus §§ 288 Abs. 1 S. 1, 286 Abs. 1 BGB seit dem 5. Juli 2008. Die Kommission war auch gemäß Ziffer 4 S. 2 der Versteigerungsbedingungen zurückzuzahlen, die Unechtheit des Gemäldes war dem Beklagten seit Erstellung des Gutachtens des Doerner Instituts bekannt. Eine Auslegung der Versteigerungsbedingungen nach §§ 133, 157 BGB ergibt, dass die Kommission i.S.d. Ziffer 4 S. 2 der Versteigerungsbedingungen Auf- und Abgeld erfasste. Die Versteigerungsbedingungen differenzieren bereits im Wortlaut der Bezeichnungen zwischen der Kommission in Ziffer 4 S. 2 und dem Aufgeld in Ziffer 8 S. 1 der Versteigerungsbedingungen. Die Haftungsbeschränkung dient zudem erkennbar dem Zweck, den Kommissionär vom Risiko der Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen frei zu stellen, von diesem erhaltene Beträge jedoch

an den Käufer eines unechten Kunstwerks auszukehren. Die Klausel kann nicht so verstanden werden, dass sie darauf angelegt sein soll, den Verwender über die Abnahme des Weiterleitungsrisikos hinaus zu begünstigen und ihm in Form des Abgelds einen finanziellen Vorteil aus der Veräußerung eines Kunstwerks zu belassen, das sich innerhalb von drei Jahren als unecht herausstellt.

Der Zinsanspruch ist nach § 188 Abs. 1 BGB um einen Tag zu kürzen, weil die von der Klägerin gesetzte Zahlungsfrist erst mit Ablauf des 4. Juli 2008 endete. In Höhe von 432.000 € können Zinsen seit dem 31. März 2011 wegen Erlöschens der Hauptforderung durch Erfüllung nicht mehr geltend gemacht werden; in Höhe weiterer 361.920 € gilt Entsprechendes seit dem 27. Dezember 2011.

Für den Zinssatz gelten die obigen Ausführungen (1.) entsprechend.

IV. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Beklagten vom 25.9.2012 und vom 26.9.2012 haben vorgelegen und sind beraten worden. Sie bieten keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, § 156 ZPO.

87 V. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91a Abs. 1 S. 1, 92 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1, 101 Abs. 1 Alt. 2 ZPO. Die Teilabweisung der Zinsanträge bleibt ohne Kostenfolge, auch soweit die Zinsen nach den Teil-Erledigterklärungen zu selbständigen Hauptforderungen geworden sind. Denn die Zuvielforderung der Klägerin war verhältnismäßig geringfügig und hat keine höheren Kosten veranlasst.

Auch soweit die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, hat die Beklagte die Kosten zu tragen. Dies entspricht der Billigkeit unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands. Denn ohne die erledigenden Ereignisse - Zahlung von 432.000 € sowie von 361.920 € durch die Beklagte - wäre die Beklagte voraussichtlich auch in dieser Höhe unterlegen, weil sie den gesamten der Kläge-

rin durch die Vertragsdurchführung entstandenen Schaden schuldet (s.o. I. 5.).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S. 1 und 2 ZPO.

Streitwert:

bis 30.11.2010: 2.880.000 €

1.12.2010 - 28.9.2011: 2.900.000 €

29.9.2011 - 31.1.2012: 2.568.000 €

1.2.2012: 2.316.000 €.

Die Streitwerte ab dem 1.12.2010 enthalten jeweils 20.000 € für den Feststellungsantrag.

Die Streitwerte ab dem 29.9.2011 berücksichtigen jeweils neben der durch Teilerledigterklärung reduzierten Hauptforderung die auf die erledigten Forderungen entfallenden Zinsen, die zur Hauptforderung geworden sind.

---

**OLG Frankfurt, Urt. v. 04.02.2013 –  
16 U 161/11**

**Über den Herausgabeanspruch eines Staates gegen einen Bürger bei Objekten, die dem Kulturgüterschutz unterliegen.**

**Tenor**

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 18.08.2011 (2-13 O 212/10) wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das vorgenannte Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 15.000,- € festgesetzt.

## Gründe

I.

Die Parteien streiten um die Herausgabe von antiken Schalen und Gefäßen sowie um einen Unterlassungsanspruch der Klägerin bzgl. des Handels mit dem türkischen Kulturschutzgutrecht unterliegenden Objekten.

Diese Objekte sind von der hessischen Polizei im Jahr 2008 beim Beklagten beschlagnahmt und mit Verfügung des Hessischen Ministeriums für Wissenschaft und Kunst vom 16. Dezember 2009 sichergestellt worden. Im Rahmen eines vom Amtsgericht Frankfurt gegen den Beklagten geführten Ermittlungsverfahrens wegen Hehlerei gab der Beklagte an, die Gegenstände im Jahr 2007 in O1 von einem Ehepaar A erworben zu haben. Die Eheleute A haben diesen Vortrag in ihrer polizeilichen Vernehmung vom 01.10.2008 vor dem ... Landeskriminalamt bestätigt und angegeben, von 1975 bis 1980 in O2 gelebt haben, wo der Zeuge als Lehrer an der deutschen Schule tätig war. Die streitgegenständlichen Objekte sollen nach den polizeilichen Angaben der Eheleute A ihnen im Jahr 1980 von einem armenischen Teppichhändler gemeinsam mit zwei Teppichen als Geschenk nach Deutschland nachgeschickt worden sein. Das Landgericht Frankfurt hat mit Beschluss vom 04.12.2009 die Beschlagnahme der Gegenstände aufgehoben und festgestellt, dass wegen feststehenden Erwerbs des Beklagten von den Eheleuten A kein Tatverdacht bestehe. Mit Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 02.06.2010 (5 K 1082/10.F) wurde das Land Hessen verurteilt, die sichergestellten Gegenstände an den Beklagten herauszugeben.

3 Die Klägerin ist der Ansicht gewesen, sie sei auf der Grundlage des geltenden türkischen Kulturgüterschutzgesetzes als Eigentümerin der streitgegenständlichen Objekte anzusehen. Sie hat behauptet, die Objekte würden aus der Türkei stammen.

Wegen des Sachverhalts im Einzelnen wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 18.08.2011 die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, der Beklagte könne die Eigentumsvermutung des Besitzers nach § 1006 Abs. 1 BGB für sich in Anspruch nehmen. Diese seien nicht von der Klägerin widerlegt, weil ein Abhandenkommen im Sinne von § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB nicht bewiesen sei. Dazu sei ein Besitz der Klägerin notwendig, der aber niemals bestanden habe. Auch habe die Klägerin den Erwerb des Beklagten von den Eheleuten A im Jahr 2007 nicht substantiiert bestritten. Jedenfalls habe der Beklagte gutgläubig Eigentum erworben.

Gegen dieses der Klägerin am 24.08.2011 zugestellte Urteil hat sie mit einem am 16.09.2011 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt, die sie mit einem am 21.10.2011 eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Zur Begründung ihres Rechtsmittels führt die Klägerin aus, sie sei Eigentümerin und habe dieses Eigentum durch eine sachverständige Stellungnahme belegt. Das Landgericht hätte die Eheleute A persönlich vernehmen müssen. Der Beklagte habe auch nicht gutgläubig erworben, da er als Antiquitätenhändler die Anforderungen an Genehmigungspapiere kenne. Auch seien die Gegenstände der Klägerin abhandengekommen.

Die Klägerin beantragt,

1. unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Frankfurt Az. 2-13 O 212/10 vom 30. Juni 2011 den Beklagten zu verurteilen, die in seinem Besitz befindlichen drei vorchristlichen phrygischen Omphalosschalen und zwei byzantinischen Hängegefäße an die Klägerin herauszugeben,

2. unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Frankfurt 2-13 O 212/10 vom 30. Juni 2011 den Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines Ordnungsgelds bis zu 250.000,- € wahlweise bis zu 6 Monate Ordnungshaft zu unterlassen, mit beweglichen, schutzwürdigen türkischen Kulturgütern im Sinne des § 23 des türkischen Gesetzes zum Schutz von Kultur- und Naturgut vom 21. Juli 1983 in der Fassung vom 14. Juli 2004 Handel zu treiben, wenn hierfür im Einzelfall keine schriftliche Bewilligung des türkischen Kultur- und Tourismusministeriums gemäß § 26 dieses Gesetzes vorliegt.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er ist der Ansicht, die Klägerin sei nie Eigentümerin der Schalen gewesen. Die Schalen seien auch nie auf dem Gebiet der Türkei gefunden worden. Bei den Schalen handele es sich um antike Massenware, die im gesamten östlichen Mittelmeer gefunden wurde. Die Klägerin habe die Fristen des Kulturgüterrückgabegesetzes nicht beachtet. Er könne nicht zur Einhaltung türkischen Rechts in Deutschland verpflichtet werden.

Der Senat hat mit Beschluss vom 21.05.2012 die Vernehmung der Eheleute A im Wege der Rechtshilfe angeordnet. Wegen des Beweisthemas wird auf den Beschluss vom 21.05.2012 (Bl. 486/487 d. A.) Bezug genommen.

Der Zeuge A1 konnte wegen des hohen Alters und Vernehmungsunfähigkeit nicht vernommen werden. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme bzgl. der Zeugin A2 wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift vor dem Amtsgericht O1 vom 25.09.2012 (Bl. 480 – 485 d. A.) Bezug genommen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Soweit die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung ein Urteil vom 30.6.2011 angreift, ein solches aber nicht existiert, vielmehr das Urteil des Landgerichts am 18.8.2011 verkündet wurde, ist dieser Umstand unschädlich. Aus dem gesamten Vorbringen der Klägerin in Verbindung mit dem Umstand, dass die mündliche Verhandlung vor dem Landgericht am 30.6.2011 stattgefunden hat, lässt sich entnehmen, dass sie sich gegen das Urteil wendet, durch das ihre Klage bezüglich der Schalen und Gefäße und bezüglich des Unterlassungsanspruchs abgewiesen worden ist. Dies war das Urteil des Landgerichts vom 18.8.2011.

Das Rechtsmittel der Klägerin ist aber unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Der Klägerin steht gegen den Beklagten kein Anspruch auf Herausgabe der streitgegenständlichen Schalen und Gefäße zu.

Ein solcher Anspruch ergibt sich nicht aus § 6 Abs. 2 KultGüRückG, da dieser Anspruch gemäß § 13 Abs. 1 KultGüRückG vor dem Verwaltungsgericht geltend zu machen ist. Außerdem gilt dort die Ein-Jahresfrist zur Erklärung der Gegenstände als für Archäologie besonders bedeutsam, beginnend mit dem Zeitpunkt, an dem die Klägerin Kenntnis von den Gegenständen erlangen konnte. Dass die Klägerin diese Frist eingehalten hat, ist nicht erkennbar. Es fehlt sogar an der Behauptung der Klägerin, die Gegenstände in ein besonderes Verzeichnis der besonders schutzwürdigen Kulturgüter aufgenommen zu haben.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten auch keinen Anspruch aus § 985 BGB. Diese Vorschrift setzt voraus, dass die Klägerin Eigentümerin und der Beklagte unrechtmäßiger Besitzer der Schalen und Gefäße ist.

Der Beklagte hat zwar behauptet, nicht mehr im Besitz der Gegenstände zu sein. Hierauf kommt es aber nicht, da die Klägerin ihr Eigentum nicht bewiesen hat.

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob die Klägerin zu irgendeinem Zeitpunkt einmal Eigentümerin war. Als Erwerbstatbestand kommen § 3 des Antikengesetzes und § 5 des Gesetzes zum Schutz von Kultur- und Naturgut in Betracht. Diese türkischen Vorschriften setzen nicht nur voraus, dass es sich bei den Schalen um Kulturgüter handelt, sondern dass sie auf dem Boden der Türkei gefunden bzw. ausgegraben wurden und dass dies nicht vor Inkrafttreten der beiden Gesetze geschehen ist. Nach dem ersten türkischen Kulturschutzgesetz von 1869 war Eigentümer des Kulturgutes derjenige, auf dessen Grundstück das Kulturgut gefunden wurde. Erst durch das Kulturgüterschutzgesetz von 1874 wurde Staatseigentum von unentdeckten Kulturgütern begründet. In dem weiteren Kulturgüterschutzgesetz von 1884 wurde auch die Möglichkeit von Privateigentum bei zufälligen Funden geregelt. Erst durch das Gesetz von 1906 wurde die vorgenannte Ausnahme abgeschafft. Alle Kulturgüter, welche sich auf privaten oder öffentlichen Grund befinden, sind per Gesetz Eigentum des türkischen Staates. Allerdings hatte das Gesetz keine Rückwirkung, so dass vorhergehende Funde nicht zwingend zu Alleineigentum des Staates führten.

Auch das Antikengesetz von 1973 sah das Eigentum des Staates an allen beweglichen Kulturgütern vor, ermöglichte aber eine Rückgabe an den Grundstückseigentümer, falls die Gegenstände nicht registriert wurden. Diese Rückgabe stellte einen Verzicht auf das Eigentum dar. Gleiches gilt für das Gesetz zum Schutz von Kultur- und Naturgut vom 21.07.1983.

Der Beklagte hat insoweit bestritten, dass die Gegenstände überhaupt jemals auf türkischem Boden ausgegraben wurden, da derartige Schalen im gesamten östlichen Mittel-

meer gefunden wurden. Aus dem Vorbringen der Klägerin ist nicht sicher zu entnehmen, wann die Schalen überhaupt gefunden wurden, ob dies auf privatem oder öffentlichem Grund geschehen ist und welches Recht insoweit anwendbar ist. Ohne detaillierte Darlegung mit entsprechenden Beweisangeboten, wann diese Gegenstände wo ausgegraben wurden, ist eine rechtliche Beurteilung dazu, ob die Klägerin jemals Eigentümerin der Schalen und Gefäße war, nicht möglich.

Aber selbst wenn man unterstellen würde, dass die Klägerin irgendwann nach irgendwelchen türkischen Vorschriften Eigentum an den Gegenständen erworben hätte, hätte sie dieses verloren durch gutgläubigen Erwerb der Eheleute A.

Zu Recht geht das Landgericht in dem angefochtenen Urteil davon aus, dass sich die Frage des Eigentumserwerbs nach deutschem Recht richtet. Nach § 43 Abs. 1 EGBGB entscheidet über Erwerb, Inhalt und Verlust des Eigentums die Rechtsordnung des Staates, in dem sich die Sache befindet. Dies gilt auch für Kulturgüter (Palandt-Thorn, BGB, 71. Aufl. 2012 Art. 43 EGBGB). Darüber besteht in zweiter Instanz zwischen den Parteien auch kein Streit. Nach dem Vorbringen des Beklagten, das durch die Aussage der Zeugin A2 bestätigt wurde, haben die Eheleute A im Jahre 1980 die Schalen und Gefäße von einem armenischen Teppichhändler als Zugabe wegen der verspäteten Lieferung von gekauften Teppichen nach Deutschland erhalten. Mit der Übersendung und Übergabe sowie der Entgegennahme der Gegenstände durch die Eheleute A in Deutschland ist eine Einigung über den Eigentumsübergang erfolgt sowie eine Übergabe. Diese Einigung über den Eigentumsübergang verstößt nicht gegen § 134 BGB und damit nicht gegen ein gesetzliches Verbot, da ausländische Gesetze keine Verbotsgesetze im Sinne dieser Vorschrift sind (BGHZ 59, 85).

Aber auch eine Nichtigkeit der dinglichen Einigung nach § 138 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht

Denkenden ist nicht verletzt, wenn ein Händler aus einem türkischen Basar als Zugabe zum Teppichkauf fünf antike Schalen übereignet. Das dingliche Geschäft ist wertneutral. Die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts schlägt in der Regel nicht durch auf das dingliche Geschäft (BGH NJW 1990, 384). Anders ist dies nur, wenn die Unsittlichkeit gerade im Vollzug der Leistung liegt (BGH NJW-RR 2006, 888). Dies ist indes nicht der Fall. Das ergibt sich bereits aus § 6 des KultRückG. Danach kann die Rückgabe unrechtmäßig erlangter Kulturgüter anderer Staaten nur unter sehr engen Voraussetzungen innerhalb knapper Fristen verlangt werden. Dieser Umstand zeigt ebenso wie die Tatsache, dass ausländische Gesetze keine Nichtigkeit deutscher Rechtsgeschäfte herbeiführen können, dass es keinesfalls sittenwidrig sein kann, fremde Kulturgüter zu übereignen.

Es ist auch grundsätzlich davon auszugehen, dass die Eheleute A das Eigentum von dem armenischen Händler als Berechtigtem erworben haben. Da er ursprünglich Besitzer der Gegenstände war, wird gem. § 1006 Abs. 1 BGB vermutet, dass er auch Eigentümer der Gefäße war. Ausdrücklich hat die Klägerin nicht behauptet, dass der armenische Händler kein Eigentümer war. Selbst wenn man in ihrem Bestreiten der Ereignisse aus dem Jahre 1980 hilfsweise die Behauptung entnehmen wollte, der armenische Händler sei entgegen der gesetzlichen Vermutung nicht Eigentümer gewesen, genügt dieses Vorbringen nicht, da die Klägerin nach allgemeiner Ansicht (vgl. Palandt-Bassenge 72. Aufl. § 932 Rz. 15 m. w. N.) darlegungs- und beweisbelastet ist für das Nichteigentum des Veräußerers. Einen Beweis hat sie insoweit nicht einmal angeboten.

Selbst wenn man das Beweisangebot bzgl. der Bösgläubigkeit der Eheleute A auch als Beweisangebot bzgl. des fehlenden Eigentums des armenischen Teppichhändlers auffassen würde, wäre der Beweis nicht erbracht. Aus der Aussage der Zeugen A2 sind keine Angaben zu entnehmen, die darauf schließen lassen, dass der armenische Händ-

ler kein Eigentümer der übersandten Gegenstände war. Aber selbst wenn weiterhin unterstellen würde, dass der armenische Händler nicht Eigentümer der Schalen war, hätte die Klägerin etwaiges Eigentum verloren durch den gutgläubigen Erwerb der Eheleute A. Die Klägerin hat zwar behauptet die Eheleute A seien hinsichtlich des Eigentums des armenischen Teppichhändlers bösgläubig gewesen. Darlegungs- und beweisbelastet für die Bösgläubigkeit der Eheleute A ist aber die Klägerin (BGH NJW 1982, 38). Diesen Beweis hat die Klägerin nicht erbracht. Zum Beweis für die Bösgläubigkeit hat sich die Klägerin auf das Zeugnis der Eheleute A berufen. Diese haben aber gerade nicht bestätigt, dass sie wussten, dass der armenische Händler nicht Eigentümer der Gefäße und Schalen war. Auch eine grobe Fahrlässigkeit der Eheleute A ist nicht nachgewiesen. Eine grobe Fahrlässigkeit setzt voraus, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt ist und dass dasjenige nicht beachtet wurde, was unter den gegebenen Umständen jedem hätte einleuchten müssen. Die Zeugin A2 hat bei ihrer Vernehmung ausdrücklich ausgesagt sie hätte sich wohl keine Gedanken darüber gemacht, ob es illegal gewesen sein könnte, dass die Gegenstände aus der Türkei nach Deutschland verbracht worden sind. Sie hätten kein Unrechtsgefühl gehabt. Mit dieser auf Antrag der Klägerin vernommenen Zeugin konnte der Beweis der Bösgläubigkeit nicht erbracht werden. Die Klägerin hat die Angaben der von ihr benannten Zeugin selbst als unglaubwürdig angesehen. Dadurch ist allerdings nicht das Gegenteil dessen bewiesen, was die Zeugin ausgesagt hat. Auch aus den äußeren Umständen des Erwerbs ist nicht zu schließen, dass die Zeugin A bösgläubig war hinsichtlich des Eigentums des armenischen Händlers. Aus der Tatsache, dass der armenische Händler seinem Geschenk keine Papiere (Fundanzeige, Grabungsgenehmigung oder ähnliches) beigefügt hat, lässt sich nicht zwingend schließen, dass der Veräußerer kein Eigentümer ist. Das gilt insbesondere wenn man berücksichtigt, dass die Eheleute A nicht sicher

wussten, ob die Gegenstände tatsächlich auf türkischem Boden gefunden wurden, der Wert der Waren nicht außergewöhnlich hoch war, da sie als Zugabe übersandt wurden und später von ihnen für nur 200,- € weiter verkauft worden sind. Insoweit haben die Eheleute A sich nicht grob fahrlässig verhalten, als sie die in ihren Augen geringwertigen Waren ohne Nachforschungen nach Papieren entgegennahmen.

Einen gutgläubigen Erwerb der Eheleute A steht auch nicht entgegen, dass die streitgegenständlichen Schalen und Gefäße der Klägerin gestohlen oder sonst abhanden gekommen sind. Ein Abhandenkommen im Sinne von § 935 Abs. 1 BGB liegt nur vor, wenn der Eigentümer den Besitz an einer Sache ohne seinen Willen verliert (Palandt-Bassenge § 935 Rz. 3 m. w. N.). Die Klägerin hatte aber niemals unmittelbaren Besitz an den Gegenständen.

Im Übrigen hätten die Eheleute A das Eigentum auch nach § 937 BGB erworben, da sie die Gegenstände über 10 Jahre im Eigenbesitz hatten und nicht bösgläubig waren wie bereits dargelegt wurde.

Da die Eheleute A Eigentum erworben und der Beklagte die Gegenstände käuflich erworben hat, hat er das Eigentum von den Berechtigten erworben, so dass es auf seine Gut- oder Bösgläubigkeit nicht ankommt.

Es konnte deshalb auch offen bleiben, ob der Beklagte überhaupt noch im Besitz der Gefäße und Schalen ist. Insoweit hatte er schon in erster Instanz vorgetragen, die Gegenstände weiter veräußert zu haben.

Zutreffend hat das Landgericht auch den Klageantrag zu 2) abgewiesen. Auf die diesbezüglichen Ausführungen in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils wird Bezug genommen.

Da das Rechtsmittel der Klägerin erfolglos war, hat sie gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern.

Der Streitwert war gemäß § 3 entsprechend der erstinstanzlichen Festsetzung und entsprechend dem vom Klägervertreter in der Klageschrift angegebenen Wert seines Interesses auf 15.000,- € festzusetzen.

---

### **OLG München, Urt. v. 26.06.2012 – 5 U 2038/11**

Über die sog. Auskehrklausel in den AGB von Auktionshäusern als überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB und als unangemessene Benachteiligung des Kunden im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

#### **Tenor**

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts München I vom 06.04.2011, Az. 23 O 24119/10, unter Abweisung der weiterreichenden Berufung wie folgt abgeändert:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.295,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 04.09.2010 zu zahlen

Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe der als "Sitzender Buddha. Dhyana Asana" bezeichneten Statue, abgebildet auf Seite 3 des Urteils.

2. Es wird festgestellt, dass sich der Beklagte im Annahmeverzug befindet.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 15 % und der Beklagte 85 %.

### III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

V. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 23.889, 51 € festgesetzt.

### Gründe

#### I.

Die Parteien streiten um Gewährleistungsansprüche aus einem Kaufvertrag über eine im Wege einer öffentlichen Kunstauktion angebotenen und erworbenen Buddha-Statue.

Der Beklagte, ein öffentlich bestellter und vereidigter Auktionator im Sinne von § 34 b Abs. 5 GewO, betreibt als Einzelunternehmer in L. ein Auktionshaus, in dem er die Internationalen B.-Kunstauktionen durchführt. Im Katalog zur 103. B.-Kunstauktion, die vom 03.12.2009 bis 05.12.2009 stattfand, war unter der Losnummer ... eine vom Streitverkündeten Dr. P. eingelieferte Buddhaskulptur abgebildet, die folgendes Aussehen hat:

Sie war wie folgt beschrieben:

"Sitzender Buddha. Dhyana Asana. Hände fehlen. Marmor mit Wurzelspuren. China, Sui-Dynastie, 581-618. H 40 cm. Es handelt sich wahrscheinlich um den historischen Buddha Sakyamuni. Der regelmäßige Verlauf der ziemlich flachen Falten und das enge Anliegen des Gewandes am Körper entsprechen noch dem nördlichen Ch'i-Stil. Museal! 3.800,00 €" (Anlagen K 1 und B 3)

Bei der am 04.12.2009 auf der Grundlage der Versteigerungsbedingungen (Anlage K 3) durchgeführten Auktion wurde die Skulptur

dem Kläger für 20.295,00 € incl. Aufgeld zugeschlagen (Rechnung Anlage K 2). Auf den Kaufpreis leistete der in Zürich wohnhafte Kläger am 04.12.2009 eine Teilzahlung von 10.762, 40 € und am 09.12.2009 eine Schlusszahlung von 10.000,00 €.

Unter Ziff. 7 der Versteigerungsbedingungen sind Gewährleistung und Haftung des Versteigerers wie folgt geregelt:

"a) Der Käufer kann gegen das Auktionshaus keine Einwendungen oder Ansprüche wegen Sachmängeln erheben. Das Auktionshaus wird jedoch begründete Mängelrügen, die ihm innerhalb einer Frist von 1 Jahr seit Übergabe der Sache vom Käufer angezeigt werden, gegenüber dem Einlieferer geltend machen, wenn der Käufer die dafür notwendigen sachlichen und rechtlichen Voraussetzungen nachweist.

b) Die Haftung des Auktionshauses auf Schadensersatz für Vermögensschäden, gleich aus welchem Rechtsgrund, ist ausgeschlossen, es sei denn, dem Auktionshaus fiele Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last.

c) Objekte mit einem Ausrufpreis bis 100 Euro sind von Reklamationen wegen Sachmängeln ausgeschlossen. "

Die "Grundlagen der Versteigerung" sind in Ziffer 2. der Versteigerungsbedingungen wie folgt formuliert:

"a) Die Versteigerung ist freiwillig und öffentlich i.S.d. § 383 Abs. 3 BGB. Sie wird durch das Auktionshaus als Kommissionär im eigenen Namen für Rechnung der Einlieferer durchgeführt, die unbenannt bleiben.

b) Die zur Versteigerung kommenden Gegenstände können vor der Auktion besichtigt und geprüft werden. Die Sachen sind gebraucht. Sie werden in dem Zustand versteigert, in dem sie sich bei der Auktion befinden. Die Katalogangaben sind nach bestem Wissen und Gewissen vorgenommen, sie sind aber nicht Teil der vertraglich vereinbarten Be-

schaffenheit der Gegenstände; das gleiche gilt für deren Bezeichnung beim Ausruf. ..."

Der Kläger behauptet unter Vorlage eines vorprozessual in Auftrag gegebenen Gutachtens des Dr. R. N. (Anlage K 6), Geschäftsführer der Antiques Analytics GmbH, die erworbene Skulptur sei eine neuzeitliche Fälschung. Er begehrt deswegen mit der am 21.12.2010 bei Gericht eingegangenen Klage die Rückabwicklung des Kaufvertrages sowie Ersatz des infolge der Wechselkursänderungen entstandenen Währungsschadens gegen Rückgabe der Statue. Nachdem seine vorprozessualen Bemühungen erfolglos geblieben sind und auch der Einlieferer Dr. P., dessen Identität der Beklagte dem Kläger offengelegt hat, eine Regulierung abgelehnt hat, verfolgt er diesen Anspruch mit der Klage, mit der er Zahlung von insgesamt 23.889, 51 € (Kaufpreis: 20.295,00 €, Gutachterkosten: 1.339,51 €, Währungsschaden: 2.255,00 €) nebst Zinsen in Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes seit dem 03.09.2010 aus dem Kaufpreis sowie den Gutachterkosten und aus dem überschießenden Betrag seit Rechtshängigkeit Zug um Zug gegen Rückgabe der Statue und daneben die Feststellung des Annahmeverzuges des Beklagten begehrt.

Dem ist der Beklagte entgegen getreten. Er bestreitet eine Fälschung und beruft sich im Übrigen auf die Versteigerungsbedingungen.

Am 06.04.2011 hat das Landgericht ein klageabweisendes Urteil erlassen. Infolge wirksam vereinbarten Gewährleistungsausschlusses stünden dem Kläger gegen den Beklagten keine Ansprüche zu, weshalb über den behaupteten Sachmangel kein Beweis zu erheben sei. Der Beklagte sei nicht gehindert, sich auf den vereinbarten Ausschluss zu berufen, weil er die ihm gegenüber dem Einlieferer obliegenden Sorgfaltspflichten bei der Hereinnahme des Kommissionsgutes nicht verletzt habe. Die Objektbeschreibung im Katalog sei auch nicht als Beschaffenheitsvereinbarung über die Kaufsache zu verstehen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit der Berufung, mit der er seinen Klageantrag unverändert weiter verfolgt. Der Beklagte hält das Ersturteil für richtig.

Der Senat hat am 22.07.2011 Hinweise erteilt (Blatt 101 d. A.) und Beweis erhoben über die Echtheit der Statue durch Einholung eines Sachverständigengutachtens der Dr. Petra R., Kuratorin des Museums für Ostasiatische Kunst in K., und durch Vernehmung des Dr. N. als sachverständigen Zeugen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Sachverständigengutachten vom 20.12.2011 (Blatt 135/139 d. A.) nebst Ergänzungsgutachten vom 28.03.2012 (Blatt 157/158 d. A.) und auf die Sitzungsniederschriften vom 24.04.2012 (Blatt 163/166 d. A.) und 25.05.2012 (Blatt 167/170 d. A.) verwiesen. Ergänzend wird auf die tatbestandlichen Feststellungen im landgerichtlichen Urteil Bezug genommen.

## II.

Die Berufung hat hinsichtlich des Rückabwicklungsbegehrens Erfolg; wegen des darüber hinaus geltend gemachten Schadensersatzanspruches verbleibt es bei der Klageabweisung.

### 1.

Gemäß dem hier (noch) anwendbaren Lugano-Übereinkommen (Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen geschlossen in Lugano) vom 16.09.1988, nämlich Art. 2 Abs. 1 LugÜ, sind die Gerichte der Bundesrepublik Deutschland als desjenigen Staates, in dessen Hoheitsgebiet der Beklagte seinen Wohnsitz hat, für die Entscheidung des Rechtsstreits international zuständig.

### 2.

Der Kläger ist wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten und kann daher gemäß §§ 346 Abs. 1, 433 Abs. 1 Satz 2, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 437 Nr. 2, 440, 323, 326 Abs. 5, 275 Abs. 1 BGB von seinem Vertragspartner, dem Beklagten, Rückgewähr der erbrachten

Vertragsleistungen Zug um Zug gegen Rückgewähr der empfangenen Leistungen fordern.

## 2.1.

Bei der Kaufsache handelt es sich um eine neuzeitliche Fälschung. Dies steht in tatsächlicher Hinsicht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme fest.

### (1)

Auf der Grundlage eines stilistischen Vergleiches hat die Sachverständige Dr. R., die infolge jahrzehntelanger intensiver Befassung mit ostasiatischer Kunst, insbesondere mit Buddha-Figuren, über eine überragende Fachkunde für die hier vorzunehmende Vergleichung verfügt, die streitgegenständliche Skulptur als Fälschung beurteilt.

Die Sachverständige befasste sich seit Beginn ihres Studiums vor 24 Jahren durchgehend mit ostasiatischer Kunst. Im Zentrum ihrer Magisterarbeit und ihrer gegenwärtig in Ausarbeitung befindlichen Habilitationsschrift stehen buddhistische Figuren. Die Sachverständige, die sich nach ihrem Bekunden seit 1998 mehrmals und teils für mehrere Monate in Nordchina aufgehalten und dort nahezu alle wesentlichen Tempel, zahlreiche Höhlentempel, zudem diverse Ausstellungen, Museen und Depots, in die die Ausgrabungsfunde eingeliefert werden, besucht hat, verfügt über eine reichhaltige Kenntnis über die stilistischen Eigenschaften und Merkmale von Buddha-Skulpturen aus der hier maßgeblichen Epoche, der Sui-Dynastie, gewonnen aus einer unmittelbaren eigenen Wahrnehmung verlässlicher Objekte vor Ort. Sie ist daher zur Durchführung der Begutachtung geeignet; ihre Beurteilung ist verlässlich.

Die Sachverständige hat ausgeführt, sie sei aufgrund der vorgefundenen Auffälligkeiten bei der streitgegenständlichen Skulptur davon überzeugt, dass es sich um eine Fälschung handele. Ihre Beurteilung stützt die Sachverständige auf drei Hauptargumente: Der Jade-Ring, ein Schmuckgegenstand, befindet sich auf der Rückseite des Gewandes; die Ausfüh-

rung des Gewandes auf der Vorderseite passt nicht zur Ausführung auf der Rückseite; die Haarkalotte des Hinterkopfes weist einen ungewöhnlich hohen, kreisrunden Haaranatz auf.

Der Jade-Ring werde - wie es für einen Schmuckgegenstand auch zu erwarten sei - auf der Vorderseite des Gewandes getragen. Soweit der Beklagte auf die dem Sitzungsprotokoll vom 25.05.2012 als Bildtafel 3 beigeheftete Ablichtung einer weiteren Statue mit Jade-Ring auf der Gewandrückseite verweist, lässt sich daraus schon deshalb kein stichhaltiger Einwand gegen die Ausführungen der Sachverständigen herleiten, weil die Fotografie eine im Besitz des Einlieferers Dr. P. befindliche Statue ungesicherter Herkunft zeigt. Dem Antrag des Beklagten, die Frist zur Stellungnahme auf die Ausführungen der Sachverständigen zu verlängern, damit die erwartete Antwort einer vom Streitverkündeten veranlassten Anfrage an das Palace Museum vom 29.05.2012 nachreichen zu können und so zu beweisen, dass auch eine im Palace Museum in Peking ausgestellte Buddha-Statue einen Jade-Ring auf der Gewandrückseite aufweise, war nicht stattzugeben. Ausweislich der email-Anfrage des Streitverkündeten (Anlage BE 12 zum Schriftsatz des Beklagten vom 12.06.2012) hat dieser um die Überlassung einer Ablichtung von der Rückseite der dort bezeichneten Statue (offenbar derjenigen Statue, deren vorderseitige Ansicht mit Anlage BE 6 vorgelegt worden ist) gebeten, um herauszufinden, **ob** sich auf der Rückseite ein Jadering befindet ("It is especially important for us to see, if there is a jade ring at the back of the figure holding the strings."; so auch in der Mail vom 09.06.2012: "Mal sehen, ob die Rückseite einen Jadering aufweist."). Die Beweisbehauptung, die bezeichnete Skulptur trage auf der Rückseite einen Jadering, stellt sich daher als eine ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung ohne jede Tatsachengrundlage dar. Tatsächlich will der Beklagte lediglich den Rechtsstreit verzögern und weitere Ermittlungen anstellen. Für die Richtigkeit seiner Behauptung gibt es

nicht den geringsten Anhalt und nicht einmal eine wenigstens vage Vermutung.

Dass die Ausführung des Gewandes auf der Rückseite nicht die Fortsetzung des vorderseitigen Gewandes darstellt, hat die Sachverständige anhand der vorliegenden Ganzkörper-Ablichtungen von Vor- und Rückseite der streitgegenständlichen Figur erläutert. Die völlig unbedeckte Körperhälfte auf der Rückseite passt nicht zusammen mit der Darstellung der stofflichen Bekleidung auf der Vorderseite. Dass es sich hierbei um eine untypische Auffälligkeit handelt, weil die Skulpturen aus verlässlichen Funden eine in sich logische Darstellung des Gewandes zeigen, ist nachvollziehbar und überzeugend.

Soweit der Beklagte die Ausführungen der Sachverständigen dahingehend, dass die hohe runde Haarkalotte unüblich sei, in Zweifel zieht, kann dem gleichfalls nicht gefolgt werden. Die dem Sitzungsprotokoll vom 25.05.2012 als Bildtafel 1 beigelegte Fotografie mit vergleichbar hoher und runder Haarkalotte zeigt wiederum eine Figur aus der Sammlung des Streitverkündeten, die zudem - worauf die Sachverständige hingewiesen hat - untypische Einkerbungen auf der Rückseite aufweist, weshalb die Skulptur insgesamt als hochproblematisch anzusehen sei. Die Bildtafel 2 zum Sitzungsprotokoll vom 25.05.2012 wiederum zeigt gemäß den Erläuterungen der Sachverständigen eine völlig andere Figur, nämlich einen Bodhisattva, aus einem nicht vergleichbaren Zeitstil, weshalb die dortige Haartracht - ohnehin keine kreisrunde Haarkalotte - nichts für die Beurteilung der streitgegenständlichen Skulptur hergibt. Soweit der Beklagte auf die an das Palace Museum gerichtete Anfrage (siehe bereits oben) verweist, ist auch in diesem Zusammenhang dem Fristverlängerungsgesuch nicht stattzugeben. Dem Beklagten und dem Streitverkündeten ist die Rückseite der Figur ausweislich des Inhalts der Anfrage nicht bekannt. Dafür, dass die Figur einen vergleichbaren Haaransatz aufweisen könnte, gibt es keinerlei Hinweis.

Demgegenüber hat die Sachverständige eine Vielzahl verlässlicher Funde im Original beachtet und sich damit wissenschaftlich befasst. Ihre Beobachtung, dass die hier wiedergegebenen Merkmale, auffällig und ungewöhnlich sind, ist daher verlässlich, die daraus gezogene Schlussfolgerung, dass die Skulptur nicht aus der Sui-Dynastie stammt, sondern eine neuzeitliche Fälschung darstellt, überzeugend. Den Umstand, dass sich die Häufung stilistischer Fehler auf der Rückseite der Skulptur befindet, hat die Sachverständige überzeugend als weiteren Hinweis auf das Vorliegen einer Fälschung damit begründet, dass von Ausstellungsstücken in der Regel die Vorderseiten, nicht aber die Rückseiten abgelichtet werden, was bei der Gestaltung von Rückseiten durch Fälscher eine höhere Fehleranfälligkeit begründet.

Die weiteren stilistischen Ungereimtheiten - wie die unproportionale Betonung des Kopfes, die füllige Gestaltung des Faltenwurfes auf der Gewandrückseite im Gegensatz zu der stilisierten Darstellung auf der Vorderseite, die ungewöhnliche Verknotung der Kordel auf der Vorderseite - stellen weitere von der Sachverständigen aufgezeigte Auffälligkeiten dar, die den aus den Hauptgesichtspunkten gezogenen Schluss auf das Vorliegen einer modernen Fälschung stützen.

(2)

Zu diesen Erkenntnissen aus einem fachkundigen, stilistischen Vergleich treten die Untersuchungsergebnisse des sachverständigen Zeugen Dr. N. hinzu. Dieser hat vor dem Senat seine bereits in der Anlage K 6 beschriebene Vorgehensweise nachvollziehbar erläutert.

Die von der Oberfläche der Skulptur genommenen Proben weisen nach den Feststellungen des Zeugen hinsichtlich der Konzentration von Kalzium- und Magnesiumkarbonat keinen Unterschied zu der aus dem Inneren des Objektes entnommenen Probe auf. Der Sachverständige hat überzeugend ausgeführt, dass diese Feststellung gegen die Annahme eines Alters von angeblich bereits

1400 Jahren spricht. Bei einer derart langen Lagerzeit in einer humiden Umgebung - eine solche sei Voraussetzung für eine Versinterung, wie sie dem Betrachter des streitgegenständlichen Objektes mit den Wurzelspuren vor Augen geführt werden solle - sei eine Abnahme des leichter wasserlöslichen Kalziumkarbonats und eine entsprechende Anreicherung von Magnesiumkarbonat an der Oberfläche zu erwarten.

Soweit der Beklagte meint, die Ausführungen des Sachverständigen zur angeblichen Verwitterung seien widersprüchlich, kann dem nicht gefolgt werden. Der Sachverständige hat überzeugend dargelegt, dass er auf der Grundlage seiner Materialuntersuchungen keine Verwitterung des Steins feststellen konnte. Die Beschreibung der Vorgehensweise auf Seite 2 des schriftlichen Gutachtens dahingehend, er habe kleine Proben "der verwitterten Oberfläche (03) und der Verkrustung (02 und 04; Sinter?) entnommen, sowie zum Vergleich einen Splitter des unverwitterten Materials (05; Basismaterial)" beinhaltet nicht die Feststellung, dass die Oberfläche, von der die Materialprobe 03 genommen wurde, tatsächlich verwittert war - eine solche Verwitterung hat der Sachverständige ausweislich der festgehaltenen und vor dem Senat erläuterten Materialuntersuchung gerade nicht festgestellt. Mit der dortigen Darstellung der Vorgehensweise wird vielmehr lediglich der Grund für die Auswahl der Probenahmen bezeichnet, nämlich der Umstand, dass die Probe 03 aufgrund ihrer Entnahmestelle im Vergleich zur Probe 05 aufgrund deren Entnahmestelle unter der Voraussetzung einer entsprechend langen Lagerdauer eine typische Materialunterschiedlichkeit aufweisen müsste. Dementsprechend hat der sachverständige Zeuge auf der letzten Seite des Gutachtens die Probe 03 nur als "nicht verkrustete" Oberfläche bezeichnet.

Weiter hat der sachverständige Zeuge geschildert, dass sich die elektronenmikroskopisch untersuchten Proben der Verkrustung wegen ihrer fotografisch festgehaltenen, sehr

losen Struktur schon morphologisch nicht als Sinter darstellen. Soweit der Beklagte im Rahmen seiner Stellungnahme auf die durchgeführte Beweisaufnahme unter Zeugen- und Sachverständigenbeweis behauptet, die Ablagerungen seien entgegen der vom Zeugen geschilderten Beobachtung bei der vorgenommenen Probenahme nach eigener Erkenntnis nicht leicht abzuheben gewesen, so ist der Beweisantritt auf Vernehmung des Zeugen Dr. P. schon verspätet, §§ 525, 296 Abs. 2 ZPO. Der als Zeuge benannte Dr. P. war in allen Verhandlungs- und Beweisaufnahmeterminen anwesend und hätte, auch anlässlich der Vernehmung des Zeugen Dr. N. als präsenster Zeuge benannt werden können und müssen, denn das Gutachten K 6 mit der bereits dort schriftlich festgehaltenen Beobachtung war schon mit der Klageschrift hereingereicht worden und dem Beklagten daher bekannt. Dessen Relevanz für die Entscheidung war spätestens bei der Anordnung der Vernehmung des sachverständigen Zeugen offensichtlich. Auch die angeblich abweichende Wahrnehmung des Dr. P. war dem Beklagten aus dem als Anlage K 12 zur Akte gereichten Schreiben vom 26.06.2009 gleichfalls bereits spätestens während des erstinstanzlichen Verfahrens bekannt geworden. Zum anderen ist der Einwand auch inhaltlich unbehelflich. Dem sachverständigen Zeugen, der Untersuchungen der hier beschriebenen Art berufsmäßig vornimmt und über langjährige Erfahrung verfügt, war das Ablösen der Proben aus der angeblichen Verkrustung jedenfalls problemlos möglich. Eine feste Verbindung zum Stein, wie sie zu erwarten gewesen wäre, wenn es sich bei der Verkrustung tatsächlich um "aus dem Stein wachsendes" Sintermaterial gehandelt hätte, war mithin nicht vorhanden. Ob auch dem Streitverkündeten ein Ablösen möglich war, ist bei dieser Sachlage ohne Bedeutung.

Der Zeuge hat die fotografisch festgehaltene Feststellung von - nicht sehr deutlich sichtbaren - Spuren des Einsatzes moderner Werkzeuge neben Bearbeitungsspuren, die wahrscheinlich nicht auf den Einsatz moderner

Werkzeuge zurückzuführen seien, erläutert und hierin ein weiteres Indiz für die fehlende Authentizität des Objekts gesehen. Der Einwand des Beklagten, diese Ausführungen seien widersinnig, ist nicht nachvollziehbar. Insbesondere spricht der Einsatz von modernen Werkzeugen - wenn auch neben dem Einsatz herkömmlicher Werkzeuge - indiziell gegen ein Alter des Objekts von 1400 Jahren.

Der sachverständige Zeuge hat nachvollziehbar beschrieben, dass er bei der Untersuchung der Ablagerungen das Vorhandensein organischen Materials durch indirekte Nachweismethode (Verdunstung und daraus folgender Gewichtsverlust bei entsprechender Erhitzung) festgestellt hat. Diesen Umstand hat der sachverständige Zeuge als Indiz für die Verwendung von Bindemitteln und damit als (weiteres) Indiz gegen die Qualifizierung der genommenen Proben als Sintermaterial gewertet. Dass das Vorhandensein organischen Materials grundsätzlich auch andere Ursachen haben kann, ist damit nicht in Abrede gestellt. Entsprechendes gilt im Hinblick auf das vom Zeugen festgestellte Fehlen von Eisenhydroxidspuren. Insoweit hat der sachverständige Zeuge Feststellungen aufgelistet, die den elektronenmikroskopisch gewonnenen Eindruck stützen und abrunden und dem elektronenmikroskopischen Befund nicht widersprechen, ohne für sich alleine schon einen bestimmten eindeutigen Schluss zuzulassen. Der Einholung des beklagenseits angebotenen Sachverständigengutachtens über tonige Böden bedarf es daher nicht.

36 Dass der sachverständige Zeuge keine chemische Analyse des angeblichen Sintermaterials vorgenommen hat, sondern das Material mittels Differenzialthermoanalyse untersucht hat, ergibt sich aus dem Gutachten K 6 und den mündlichen Erläuterungen des sachverständigen Zeugen. Das Fehlen eines eindeutigen Analyseergebnisses, mit dem das Vorhandensein einer bestimmten Bindesubstanz nachgewiesen wäre, ist notwendige Folge der Untersuchungsmethode und Vorgehensweise des Zeugen. Die Einholung eines weiteren Gutachtens ist hierdurch aber nicht veranlasst. Schon die durchgeführten

Untersuchungen und dabei gemachten Feststellungen des sachverständigen Zeugen in ihrer Gesamtschau sprechen deutlich für das Vorliegen einer neuzeitlichen Fälschung. Nimmt man darüber hinaus die Ausführungen der Sachverständigen Dr. R. in den Blick, so gibt es keinen vernünftigen Zweifel mehr daran, dass das streitgegenständliche Objekt eine neuzeitliche Fälschung darstellt.

## 2.2.

Dieser Umstand stellt sich in rechtlicher Hinsicht als Sachmangel im Sinne der hier anwendbaren BGB-Vorschriften zum Kaufrecht dar.

### (1)

Auf das Vertragsverhältnis findet gemäß der Rechtswahlklausel in Ziff. 9 c) der Versteigerungsbedingungen ("Es gilt ausschließlich deutsches Recht.") gemäß Art. 29 Abs. 3, 27 Abs. 1 EGBGB das deutsche materielle Recht Anwendung.

### (2)

Die Kaufsache ist aus den unter Ziff. 1 festgestellten Gründen mit einem Sachmangel behaftet, § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, denn ihr fehlt das Alter, das sie zu einem Kunstgegenstand und Sammelobjekt erheben würde (vgl. zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: BGH, Urteil vom 15.01.1975 - VII ZR 80/73, BGHZ 63, 369). Damit fehlt ihr die zentrale Sacheigenschaft, welche unter Berücksichtigung der Verkehrskreise, an die sich das Angebot der ausdrücklich als *Kunstauktion* bezeichneten Vermarktungsaktion richtet, die objektive Eignung der Kaufsache zur gewöhnlichen Verwendung begründet. Ob außerdem aus der Katalogbeschreibung als einer dem Beklagten zurechenbaren, öffentlichen Äußerung - trotz des oben zitierten AGB-mäßigen Ausschlusses in Ziff. 2 b) der Versteigerungsbedingungen - eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB folgt, kann dahinstehen. Schon objektiv dürfte der am Erwerb interessierte Kunstsammler, an den sich das Angebot der B.-Kunstauktion richtet, erwarten, dass es sich bei der ange-

botenen Skulptur nicht um eine neuzeitliche Nachahmung eines Ausgrabungsfundes, sondern um ein echtes Sammlerstück handelt, dessen Beschädigungen und Anhaftungen auf einem entsprechenden Alterungsprozess und nicht auf in Täuschungsabsicht durchgeführten Manipulationen beruhen.

### 2.3.

Da der Mangel objektiv nicht behebbar ist, war der Kläger gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 Abs. 5, 275 Abs. 1 BGB ohne Nachfristsetzung zum Rücktritt berechtigt. Ziff. 7 a) der als allgemeine Geschäftsbedingungen formulierten Versteigerungsbedingungen steht dem nicht entgegen, denn diese Klausel ist zum einen überraschend im Sinne von § 305c BGB und daher nicht Vertragsbestandteil geworden und zum anderen wegen unangemessener Benachteiligung der Vertragspartei des Verwenders gemäß § 307 BGB unwirksam.

#### (1)

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners zugrunde zu legen sind. Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Außer Betracht bleiben nur solche Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (BGH, Urteil vom 21.04.2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 11).

Nach diesem Maßstab der kundenfeindlichsten Auslegung besagt die Klausel, dass dem Käufer keinerlei Gewährleistungsansprüche gegen den Versteigerer wegen Sachmängeln zustehen, auch dann nicht, wenn der Käufer innerhalb der in Ziff. 7 a) Satz 2 der Bedingungen gesetzten Jahresfrist das Vorliegen eines Sachmangels dem Verkäufer nachweist. Diese Regelung erstreckt sich mangels

Bereichsausnahme auch auf den Fall, dass der Käufer gegenüber dem Verkäufer den Nachweis der Fälschung der Kaufsache erbringt. Selbst dann, wenn der Verkäufer auf Kosten des Käufers mit Beweismaterial über das Vorliegen einer Fälschung versorgt und hierdurch in die Lage versetzt wird, unter Verwendung der Beweismittel seinerseits den Einlieferer auf Haftung in Anspruch zu nehmen, soll der Käufer keinen Anspruch gegen den Verkäufer haben, weder einen Anspruch auf Abtretung der dem Verkäufer im Rechtsverhältnis zum Einlieferer zustehenden Rechte noch einen Anspruch auf Auskehr einer - möglicherweise unter Verwendung der käuferseitig eingeholten Erkundungen und zur Verfügung gestellten Beweismittel durchgesetzten - Ersatzleistung des Einlieferers. Einen Anspruch auf Abtretung der dem Verkäufer zustehenden Gewährleistungsrechte gegen den Einlieferer ist nämlich nach dem Wortlaut der Klausel ebenso nicht gegeben wie ein Anspruch auf Auskehr durchgesetzter Ersatzleistungen. Vielmehr soll nach dieser Klausel der Verkäufer dem Käufer gegenüber lediglich verpflichtet sein, im eigenen Namen und für eigene Rechnung die nachgewiesenen und daher begründeten Mängelrügen geltend zu machen. Eine Verpflichtung, die Rechtsverfolgung zugunsten des Käufers durchzuführen, ist damit nicht gegeben.

Gemäß diesem kundenfeindlichsten Verständnis der Klausel verhält sich der Beklagte auch vorliegend. Diese Auslegung fällt daher nicht in die Kategorie der nicht zu berücksichtigenden, fernliegenden und nicht ernsthaft in Betracht zu ziehenden Verständnismöglichkeiten.

#### (2)

Eine solche Regelung ist überraschend im Sinne von § 305c BGB.

Sie ist, wie ein Vergleich mit den vom Beklagten als Anlagen BE 2 - BE 5 vorgelegten Versteigerungsbedingungen anderer Auktionshäuser zeigt, ungewöhnlich. Bei den dort verwendeten Versteigerungsbedingungen werden die Gewährleistungsausschlussklauseln

seln durchgängig ergänzt durch die Einräumung von im Einzelnen unterschiedlich ausgestalteten Ansprüchen des Ersteigerers auf Partizipation an der Schadloshaltung des Versteigerers in dessen Verhältnis zum Einlieferer.

Ziff. 4 der Versteigerungsbedingungen des Auktionshauses L. bestimmt:

"L. verpflichtet sich ... bei Abweichungen von den Katalogangaben, welche den Wert oder die Tauglichkeit aufheben oder nicht unerheblich mindern, und welche innerhalb eines Jahres nach Übergabe in begründeter Weise vorgetragen werden, seine Rechte gegenüber dem Einlieferer gerichtlich geltend zu machen. ... Im Falle einer erfolgreichen Inanspruchnahme des Einlieferers erstattet L. dem Erwerber ausschließlich den gesamten Kaufpreis. Darüber hinaus verpflichtet sich L. für die Dauer von zwei Jahren bei erwiesener Unechtheit zur Rückgabe der vollständigen Kommission, wenn der Gegenstand in unverändertem Zustand zurückgegeben wird. Im übrigen ist eine Haftung wegen Mängeln ausgeschlossen."

Beim Auktionshaus N. lautet die entsprechende Bestimmung in Ziff. 1. c):

"Der Versteigerer verpflichtet sich bei Sachmängeln, die innerhalb von 12 Monaten nach Zuschlag geltend gemacht wurden, seine Ansprüche gegenüber dem Einlieferer geltend zu machen, soweit der Käufer die Rechnung des Versteigerers vollständig bezahlt hat. Zur Geltendmachung eines Sachmangels ist die Vorlage des Gutachtens eines anerkannten Sachverständigen, welches den Mangel nachweist, auf Kosten des Käufers erforderlich. Im Falle erfolgreicher Inanspruchnahme des Einlieferers erstattet der Versteigerer dem Käufer ausschließlich den Zuschlagspreis Zug um Zug gegen Rückgabe des Gegenstandes. Der Käufer bleibt zur Entrichtung des Aufgeldes als Dienstleistungsentgelt verpflichtet. Im übrigen ist eine Haftung des Versteigerers wegen Sachmängeln ausgeschlossen."

Das Auktionshaus Hugo R. hat die Gewährleistung wie folgt geregelt (Ziff.3.):

"Der Versteigerer haftet nicht für Mängel, soweit er die ihm obliegende Sorgfaltspflicht bei der Beschreibung der versteigerten Gegenstände erfüllt hat. Er verpflichtet sich jedoch, wegen rechtzeitig vorgetragener begründeter Mängelrügen innerhalb der Verjährungsfrist seine Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Einlieferer geltend zu machen. Im Falle erfolgreicher Inanspruchnahme des Einlieferers stellt der Versteigerer den Erwerber schadlos."

Beim Versteigerer E. (VAN HAM Kunstauktionen KG) lauten die entsprechenden Klauseln Ziff. 2.4 und 2.5:

" 2.4 Eine Haftung von VAN HAM wegen etwaiger Mängel wird ausdrücklich ausgeschlossen, ...

2.5 Weist der Käufer jedoch innerhalb eines Jahres nach Übergabe des Kunstwerkes nach, dass Katalogangaben über die Urheberschaft des Kunstwerkes unrichtig sind und nicht mit der anerkannten Meinung der Experten am Tag der Drucklegung übereinstimmen, verpflichtet sich VAN HAM unabhängig von Ziffer 2.4, seine Rechte gegenüber dem Einlieferer geltend zu machen. Im Falle der erfolgreichen Inanspruchnahme des Einlieferers erstattet VAN HAM dem Erwerber ausschließlich den gesamten Kaufpreis. Darüber hinaus verpflichtet sich VAN HAM für die Dauer von zwei Jahren bei erwiesener Unechtheit zur Rückgabe der vollständigen Kommission. ..."

Diese Zitate erhellen die objektive Ungewöhnlichkeit der vom Beklagten verwendeten Versteigerungsbedingungen. Mit einer solchen Klausel musste der Käufer auch nicht rechnen, denn es liegt auf der Hand, dass der Versteigerer bei Vorliegen nachweisbarer Sachmängel Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Einlieferer geltend machen kann, während den Nachteil aus dem Vorhandensein des Sachmangels den Ersteigerer

trifft mit der Folge, dass ohne Schaffung eines Ausgleiches der Versteigerer auf Kosten seines Vertragspartners, des Ersteigerers, einen Vorteil aus der Mangelhaftigkeit der Kaufsache ziehen könnte, während er nach dem Leitbild der gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften im Falle der Mangelhaftigkeit der Kaufsache auch ohne eigenes Verschulden haftet. Der Klausel wohnt wegen dieser krassen Abweichung vom dispositiven Recht und wegen ihrer Abweichung von den bei anderen Auktionshäusern üblichen kundenfreundlicheren Bestimmungen ein Überumpelungs- und Übertölpelungseffekt inne, weshalb diese Klausel nicht Vertragsbestandteil geworden ist, § 305c Abs. 1 BGB.

Die vom Beklagten verwendete Klausel ist daneben auch wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden unwirksam, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Unangemessen ist die Benachteiligung dann, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (BGH, Urteile 03.11.1999 - VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 104 Rn. 31; vom 01.02.2005 - X ZR 10/04, NJW 2005, 1774 Rn. 21; vom 17.09.2009 - III ZR 207/08, NJW 2010, 57 Rn. 18). Die Unangemessenheit ist zu verneinen, wenn die Benachteiligung des Vertragspartners durch höherrangige oder zumindest gleichwertige Interessen des AGB-Verwenders gerechtfertigt ist.

Nach diesen Leitlinien ist die vom Beklagten verwendete Klausel unwirksam. Zwar hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 13.02.1980 - VII ZR 26/79, WM 1980, 529, die Wirksamkeit einer AGB-mäßigen Freizeichnung des Auktionators bei Fälschungen bestätigt unter der Voraussetzung, dass der Auktionator seine Sorgfaltspflicht im Rahmen der Prüfung des eingelieferten Versteigerungsgutes erfüllt (so bereits vor Inkrafttreten des ABGB a.F.: BGH, Urteil vom 15.01.1975 -

VIII ZR 80/73, BGHZ 63, 369). Angesichts des Umstandes, dass der Versteigerer nicht als Eigentümer, sondern nur als Kommissionär tätig werde, der den Versteigerungserlös abzüglich des Auktionsgeldes an den Einlieferer abführt, sowie des im Kunsthandel typischerweise erheblichen Risikos hinsichtlich der Echtheit des Kommissionsgutes und der Herkunftsangaben des Einlieferers werde der Gewährleistungsausschluss von den berechtigten Interessen des Auktionators getragen. Ein angemessener Ausgleich des hierdurch bedingten Rechtsnachteils erhalte der Ersteigerer durch die Möglichkeit, dass Versteigerungsgut bereits während einer angemessenen Frist vor dem Versteigerungstermin zu besichtigen, die Echtheit zu prüfen und Auskünfte einzuholen. Allerdings dürfe sich der Versteigerer dann nicht auf den wirksam vereinbarten Gewährleistungsausschluss berufen, wenn er die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten bei der Hereinnahme des Versteigerungsgutes nicht beachtet hat. Dabei liege die Beweislast für die Wahrung der im Verkehr erforderlichen Beweislast beim Auktionator. In der dortigen Entscheidung hat es der Bundesgerichtshof dahinstehen lassen, ob der Auktionator dann, wenn er sich auf den formularmäßigen Haftungsausschluss berufen will, dem Ersteigerer die ihm gegen den Einlieferer zustehenden Ansprüche abtreten muss (Rn. 34 der genannten Entscheidung).

Seit dieser Entscheidung aus dem Jahr 1980 hat sich bei der Bewertung und Gewichtung der Verbraucherrechte und des Verbraucherschutzes ein Wandel eingestellt. Die dortigen Erwägungen überzeugen nicht mehr. Zwar treffen die Darlegungen des Bundesgerichtshofs zu den beiderseitigen Interessen der Vertragspartner einer in Kommission durchgeführten Versteigerung von Kunstgegenständen weiterhin zu. Ein angemessener Ausgleich der widerstreitenden Interessen und in diesem Zusammenhang eine angemessene Berücksichtigung der - auch vom Bundesgerichtshof anerkannten - Interessen des Ersteigerers erfordert aber zumindest einen *Anspruch* des Ersteigerers auf Teilhabe

an den Rechten, die dem Versteigerer in seinem Verhältnis zum Einlieferer zustehen, insbesondere dann, wenn der Sachmangel in dem Umstand einer Fälschung liegt. Dabei sind - wie die Versteigerungsbedingungen anderer Auktionshäuser zeigen - unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten denkbar, bei denen die berechtigten Interessen des Auktionators umfassende Berücksichtigung finden, zugleich aber auch die Interessen des Ersteigerers einen wirksameren Schutz erfahren als nach der hergebrachten Rechtslage. Diese hat zur Konsequenz, dass der Ersteigerer trotz geführten Nachweises einer Fälschung dann keinen Anspruch gegen den Auktionator geltend machen kann, wenn das Nichterkennen der Fälschung diesem nicht als sorgfaltspflichtwidrig vorzuwerfen ist, was angesichts der stetigen Verbesserung der Fälschungstechniken in einer Vielzahl der Fälle eintreten kann, andererseits aber der Auktionator - sogar unter Verwendung der Erkenntnisse aus dem kostenmäßig zum Nachteil des Ersteigerers gehenden Verfahrens - seinerseits erfolgreich den Einlieferer in Anspruch nehmen kann. Damit wird das Fälschungsrisiko einseitig dem Ersteigerer auferlegt, ohne diesem einen angemessenen Ausgleich zu gewähren, denn eine stärkere Berücksichtigung der Interessen des Ersteigerers ist - wie gezeigt - ohne weiteres und ohne jede Schmälerung der Interessen des Versteigerers möglich. Dies beurteilen auch andere Auktionshäuser offensichtlich nicht anders. Auch der Beklagte ist gehalten, nicht vor allem seine Interessen zu betonen und den Ersteigerer auf oftmals unzulängliche Untersuchungsmöglichkeiten am Ausstellungsstück und im Übrigen auf das Vertrauen in die Sorgfalt des Versteigerers bei der Prüfung des Auktionsgutes zu verweisen. Indem Ziff. 7 a) der Versteigerungsbedingungen des Beklagten keinen Anspruch des einen Sachmangel, insbesondere eine Fälschung, nachweisenden Ersteigerers auf Teilhabe an den dem Versteigerer im Verhältnis zum Einlieferer zustehenden Rechte vorsehen, erweist sich der klauselmäßige Gewährleistungsausschluss als gegen Treu und Glauben verstoßende, einseitige Benachteiligung des Käu-

fers und ist daher unwirksam.

Gemäß den eingangs unter Gliederungspunkt 2. genannten Vorschriften kann der Kläger daher vom Beklagten Rückgewähr der erbrachten Kaufpreiszahlung in Höhe von 20.295,00 € Zug um Zug gegen Rückgewähr der empfangenen Leistung, nämlich Eigentum und Besitz an der streitgegenständlichen Buddha-Skulptur, verlangen.

Ersatz von Zinsen auf die zurückzugewährende Kaufpreiszahlung schuldet der Beklagte als Verzugsschaden gemäß § 286 Abs. 1 BGB ab dem Ablauf der mit vorprozessualem Schreiben vom 17.08.2010 (Anlage K 13) auf den 03.09.2010 gesetzten Frist.

Die seinerseits geschuldete Leistung hat der Kläger mit dem auf eine Zug-um-Zug-Verurteilung gerichteten Klageantrag in einer den Annahmeverzug begründeten Weise dem Beklagten, der die Statue an dem Ort, an dem sie sich vertragsgemäß befindet, mithin am Wohnort des Klägers abzuholen hat (BGH, Urteil vom 09.03.1983 - VIII ZR 11/82, NJW 1983, 1479 Rn. 15) mündlich angeboten, §§ 293, 295 Satz 1 BGB. Antragsgemäß war daher der Annahmeverzug des Beklagten festzustellen.

3.

Der Kläger hat hingegen keinen Anspruch auf Ersatz der für das vorprozessual eingeholte Privatgutachten getätigten Aufwendungen von 1.339,51 € (Anlage K 8) und den auf 2.255,00 € bezifferten Währungsschaden, der infolge der seit Kaufpreiszahlung eingetretenen Aufwertung der schweizerischen Währung CHF im Verhältnis zum EUR als derjenigen Währung, in der der Kläger den Kaufpreis entrichtet hat, eingetreten ist.

Insoweit handelt es sich nicht um im Rückabwicklungsverhältnis nach §§ 346, 347 BGB berücksichtigungsfähige Positionen, sondern um einen Vermögensschaden, der nach der dispositiven kaufvertraglichen Regelung im Falle vorliegenden Verschuldens des Verkäufers neben dem Rücktritt geltend gemacht werden kann, §§ 437 Nr. 3, 440, 281 BGB.

Der vom Beklagten angebotene Entlastungsbeweis war jedoch nicht einzuholen, denn die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz für Vermögensschäden wurde ausweislich Ziff. 7 b) der Versteigerungsbedingungen vertraglich ausgeschlossen. Diese AGB-mäßige Vertragsbestimmung ist wirksam. Sie hält sich in den durch § 309 (Nr. 7) BGB gezogenen Grenzen. Die unter Gliederungspunkt 2. erörterten Bedenken gegen die Wirksamkeit des umfassenden Gewährleistungsausschlusses gemäß Ziff. 7 1) der Versteigerungsbedingungen jedenfalls bei erwiesener Fälschung der Kaufsache gelten nicht auch hinsichtlich des Ausschlusses der Schadensersatzpflicht für Vermögensschäden. Insoweit kann nicht festgestellt werden, dass dieser Ausschluss die Interessen des Auktionators unter Hintanstellung der Interessen des Ersteigerers unangemessen überbetone. Vielmehr erscheint diese Bestimmung unter Berücksichtigung der typischen Risikolage im Kunsthandel sowie der Erlösverteilung beim Kommissionsgeschäft als sachgerechte Risikozuweisung der den Kaufpreis übersteigenden etwaigen Vermögensschäden an den Ersteigerer und daher als unbedenklich.

Die in Ziff. 7 a) einerseits und Ziff. 7 b) andererseits getroffenen Regelungen betreffen zwar denselben Sachkomplex, nämlich die kaufvertragliche Gewährleistung, sind aber sprachlich und inhaltlich klar voneinander abtrennbar. Ziff. 7 der Versteigerungsbedingungen stellt sich daher als teilbare Klausel dar, deren unbedenklicher Teil (lit. b) - ohne Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion - wirksam bleibt (BGH, Urteil vom 25.01.2006 - VII ZR 3/05, NJW 2006, 1059 Rn. 22).

Die Aufwendungen für den Privatsachverständigen sind vorliegend auch nicht als "Kosten des Rechtsstreits" nach § 91 Abs. 1 ZPO erstattungspflichtig und ausnahmsweise bereits mit der Hauptsache einklagbar. Eine Ersatzpflicht hinsichtlich der Kosten für ein

vorprozessual eingeholtes Parteigutachten besteht nach dieser Vorschrift dann, wenn eine ausreichende Klagegrundlage nur durch einen Sachverständigen beschafft werden konnte und das Gutachten zur Rechtsverfolgung nicht nur erforderlich, sondern auch prozessbezogen in Auftrag gegeben war (BGH, Beschluss vom 17.12.2002 - VI ZB 56/02, MDR 2003, 413). An der zuletzt genannten Voraussetzung fehlt es hier. Der Kläger hat das Gutachten aufgrund gehegter Bedenken gegen die Echtheit der Statue beauftragt. Ob und wann er wen nachfolgend gerichtlich in Anspruch nehmen wird, stand damals nicht fest. Das Gutachten diene vielmehr der Klärung, ob überhaupt ein Rechtsstreit geführt werden soll. Dies reicht zur Bejahung der Prozessbezogenheit nicht aus. Kein anderes Ergebnis folgt daraus, dass das Gutachten im Prozess vorgelegt und dort im Rahmen der Beweisaufnahme Verwendung gefunden hat.

Auf der Grundlage der den Streitgegenstand bestimmenden tatsächlichen Begründung des geltend gemachten Währungsschadens kann Ersatz eines - auf der Basis abweichender Stichtage und Bezugsdaten zu berechnenden - Währungsschadens auch nicht anstelle der geltend gemachten Zinsen auf den Hauptsachebetrag nach § 288 Abs. 4 oder § 346 Abs. 4 BGB zugesprochen werden, § 308 ZPO.

Insoweit verbleibt es daher bei der erstinstanzlich ausgesprochenen Klageabweisung.

#### 4. Nebenentscheidungen:

Der Kostenausspruch beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war mit Blick auf die unter Gliederungspunkt 2. bezeichnete Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zur Wirksamkeit eines klauselmäßigen Gewährleistungsausschlusses im Kunstauktionsgewerbe gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen.

Der Streitwert entspricht dem mit der Berufung weiterverfolgten Hauptsachebetrag.

---

**OLG München, Urt. v. 09.02.2012 –  
23 U 2198/11**

**Über die Schadensersatzpflicht eines Galeristen aus § 280 Abs. 1 BGB gegenüber dem Künstler für ein untergegangenes Kunstwerk, hier: Kreuz aus Pommes Frites**

**Tenor**

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Schlussurteil des Landgerichts München I vom 11.05.2011, Az. 35 O 22945/07, aufgehoben. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.000 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.05.2010 zu zahlen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 10 %, die Beklagte 90 %.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

I.  
Der Kläger verlangt von der Beklagten in der Berufungsinstanz nur noch Schadensersatz für ein nicht mehr auffindbares Ausstellungsstück.

Der Kläger ist Künstler, die Beklagte betreibt eine Galerie. Von 1989 bis 2005 betreute die Beklagte als Galerie die Werke des Klägers und organisierte u.a. Ausstellungen. Anfang 1990 beschäftigte der Kläger sich mit dem Thema "Kreuz" und hatte sich schließlich auf ein Kreuz aus Pommes Frites konzentriert. Im Rahmen der Zusammenarbeit mit der Beklagten entwickelte der Kläger die Idee einer Skulptur "Pommes d'Or", deren Erstellung

von der Beklagten finanziert wurde. Hierfür erwarb der Kläger acht Pommes Frites, legte sie paarweise übereinander und ließ die se eintrocknen. Aus den vier "Pommeskreuzen" wurde eines ausgewählt. Dieses diente als Schablone für die Herstellung einer Silikonform, die wiederum als Negativvorlage für eine Gips-Abgussform verwendet wurde. Damit ließ die Beklagte einen Abguss in Feingold, das Goldkreuz "Pommes d'Or" erstellen.

Die Beklagte veranstaltete vom 14.9.1990 bis 10.11.1990 eine Ausstellung "Pommes d'Or", in deren Zentrum das Goldpommeskreuz stand. Ausgestellt in einer Vitrine wurden als Objekt Nr. 46 auch das "Originalkreuz des in Gold Abgegossenen München 1990" sowie als Objekt Nr. 47 die "Reservepommeskreuze 2,3,4,5 München 1990". Diese Kreuze aus eingetrockneten Pommes Frites wurden gemeinsam mit den Objekten Nr. 40 - 45 derselben Vitrine zu einem Gesamtkaufpreis von 4.200 DM angeboten. Im Vorwort des von der Beklagten herausgegebenen Ausstellungskatalogs ist ausgeführt: "Im September 1990 wird in München ein Kreuz aus Gold hergestellt, Abgüsse zweier Münchner Pommes. Dazwischen liegt die Metamorphose eines profanen Alltagsgegenstandes in ein sakrales Kunstwerk...". Weder das Pommes d'Or noch das Original-Pommeskreuz wurden in der Ausstellung verkauft und blieben nach Ende der Ausstellung zunächst bei der Beklagten.

Im vorliegenden Prozess hat der Kläger zunächst nur die Herausgabe des Goldpommeskreuzes gefordert. Die Beklagte hat die Herausgabe angeboten, zunächst allerdings nur Zug um Zug gegen Erstattung der von ihr behaupteten Herstellungskosten von 3.285,56 Euro. Nach Erholung eines Sachverständigengutachtens, das die Herstellungskosten mit 960,06 Euro bezifferte, hat die Beklagte den Anspruch des Klägers auf Herausgabe Zug um Zug gegen Bezahlung von 960,06 Euro anerkannt und das Landgericht am 14.06.2010 ein entsprechendes Teilanerkenntnisurteil erlassen.

Des Weiteren hat der Kläger im Laufe des

Verfahrens zusätzlich die Herausgabe des Original-Pommeskreuzes beantragt. Nachdem die Beklagte außergerichtlich mitteilte, dieses sei nicht auffindbar, fordert der Kläger nunmehr Schadensersatz in Höhe von 2.000 Euro.

Der Kläger ist der Ansicht, nicht nur das Goldpommeskreuz, sondern auch das Original-Pommeskreuz, das als Vorlage diente, sei Kunst. Die Beklagte hätte dieses daher sorgfältig aufbewahren müssen und schulde nun Schadensersatz. Es habe sich ein Sammlerehepaar gefunden, das bereit wäre, 2.500 Euro für das Originalpommeskreuz zu bezahlen.

Der Kläger hat daher beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 2.000 Euro nebst 6 % Zinsen seit dem 1.5.2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat insoweit Klageabweisung beantragt.

Die Beklagte trägt vor, sie habe keine Aufbewahrungspflicht bezüglich des Original-Pommeskreuzes getroffen, da dieses kein eigenständiges Kunstwerk darstelle.

Das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen nach § 540 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage bezüglich des Schadensersatzanspruchs abgewiesen und ist der Argumentation der Beklagten gefolgt. Der Kläger habe nicht dargelegt, dass und auf welche Weise er die beiden Pommes Frites selbst zu einem Kunstwerk erhöht hätte. Allein die Ausstellung in einer Vitrine genüge nicht. Insoweit habe es sich nur um Dokumentationsmaterial zur Entstehung des Kunstwerk "Pommes d'Or" gehandelt. Es habe daher weder eine besondere Aufbewahrungspflicht der Klägerin bestanden noch sei ein bezifferbarer Schaden entstanden.

Gegen das Urteil des Landgerichts wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Der Kläger ist der Ansicht, das Landgericht habe den

Begriff der Kunst verkannt.  
Der Kläger beantragt daher,

das Schlussurteil des Landgerichts dahingehend abzuändern, dass die Beklagte verurteilt wird, an den Kläger 2.000 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2010 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, das Landgericht habe zutreffend das Original-Pommeskreuz nicht als Kunst angesehen. Der vom Kläger behauptete Wert sei völlig überzogen. Die vom Kläger angebotenen Zeugen hätten allenfalls ein Affektionsinteresse.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einvernahme der Zeugin M. (Bl. 213 der Akte). Auf die weiteren gewechselten Schriftsätze der Parteien wird Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist in vollem Umfang begründet.

I. Dem Kläger steht ein Schadensersatzanspruch in Höhe von von 2.000 Euro gegen die Beklagte aus § 280 Abs. 1 BGB zu.

1. Eine Pflichtverletzung der Beklagten i.S. des § 280 Abs. 1 BGB liegt vor. Zwischen den Parteien bestand von 1989 bis 2005 nicht nur ein Gefälligkeitsverhältnis, sondern ein "Galeriesvertrag", der als typengemischter Vertrag u.a. Elemente eines Geschäftsbesorgungsvertrags i.S. § 675 BGB, eines Verwahrungsvertrags nach § 688 BGB, sowie eines Kommissionsvertrages nach § 390 HGB enthielt. Aus diesem Vertrag ergab sich die Pflicht der Beklagten, ihr vom Kläger übergebene Gegenstände, die ersichtlich eine gewisse Bedeutung für den Künstler hatten, aufzubewahren und nicht ohne Rücksprache mit dem Kläger zu vernichten. Das Original-Pommeskreuz war ein derartiger Gegenstand:

Das Originalpommekreuz wurde in der Ausstellung "Pommes d'Or" als eigenständiges Objekt Nr. 46 ausgestellt und gemeinsam mit anderen Objekten für 4.200 DM zum Verkauf angeboten. Dies war der Beklagten als Galeristin, Veranstalterin der Ausstellung und Herausgeberin des Katalogs bekannt.

Darüber hinaus hat die Beklagte 2008 dem Kläger noch die Herausgabe des Originalpommekreuzes angeboten, ging also damals noch davon aus, dass sie dieses aufbewahrt hatte. Zudem hat die Geschäftsführerin der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 26.1.2012 erklärt, die als Objekt Nr. 47 ausgestellten "Reservepommekreuze" seien noch in ihrem Besitz. Der Kläger habe sie ihr geschenkt. Dies zeigt, dass die Beklagte selbst weder das Original-Pommekreuz noch die Reservepommekreuze als wertlose, jederzeit vernichtbare Alltagsgegenstände oder nur verderbliche Lebensmittel, sondern gerade umgekehrt als Objekte von gewisser Bedeutung und gewissem Wert angesehen hat.

Schließlich hat auch die Gießerei nach Herstellung des Goldpommekreuzes das als Vorlage verwendete Original-Pommepaar nicht vernichtet, sondern an die Beklagte zurückgegeben.

Auf die Frage, ob das Original-Pommekreuz Kunst darstellt, kommt es nicht an. Wie oben ausgeführt, war für die Beklagte erkennbar, dass das Original-Pommekreuz eine gewisse Bedeutung für den Kläger hatte. Daher war sie verpflichtet, dieses sorgfältig aufzubewahren und nicht ohne Rücksprache mit dem Kläger zu vernichten. Gegen diese Pflicht hat die Beklagte verstoßen, da das Kreuz nunmehr nicht mehr auffindbar ist.

Das Verschulden der Beklagten wird nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet.

Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte kein Verschulden trifft, sind nicht vorgetragen.

2. Der Kläger kann nach §§ 249, 252 BGB

entgangenen Gewinn in Höhe von 2.000 Euro von der Beklagten fordern.

Der Senat ist nach der Einvernahme der Zeugin M. überzeugt, dass diese dem Kläger 2.500 Euro für das Original-Pommekreuz gezahlt hätte:

Die Zeugin hat ausgesagt, sie habe letzten Sommer zufällig den Kläger getroffen. Auf Nachfrage, wie der Prozess laufe, habe er gesagt, das Goldpommekreuz sei bei seinem Anwalt, um das Original-Pommekreuz gehe es noch. Er habe ihr dann das Original-Pommekreuz für 2.500 Euro zum Kauf angeboten. Sie habe das akzeptiert und sei bereit, diesen Preis dafür zu zahlen.

Die Zeugin ist glaubwürdig. Insbesondere hat die Zeugin ihre Aussage ruhig, überlegt und detailliert gemacht und war ersichtlich bemüht, den Sachverhalt zutreffend wiederzugeben. Allein die Tatsache, dass die Zeugin mit dem Kläger seit 1990 befreundet ist und ihr Mann mit dem Kläger an Musikprojekten gearbeitet hat, macht die Zeugin nicht unglaubwürdig. Zu berücksichtigen ist zudem, dass nach ihren Angaben sich die Freundschaft zum Kläger seit dessen Aufenthalt in Brüssel auf ca. zwei Treffen pro Jahr beschränkt, somit auch von keiner besonders engen Freundschaft auszugehen ist. Ein Eigeninteresse der Zeugin am Ausgang des vorliegenden Prozesses, also an einem Schadensersatzanspruch des Klägers, ist nicht ersichtlich.

Die Aussage der Zeugin ist auch glaubhaft: Die Zeugin hat zur Begründung ihrer Kaufbereitschaft angegeben, sie habe bereits ca. 30 Arbeiten des Klägers teils erworben, teils geschenkt bekommen. Das Originalpommekreuz würde dazu gut in ihre Sammlung passen. Sie habe dieses auch schon einmal in einem Katalog gesehen. Zudem habe sie auch Kunstwerke von anderen modernen Künstlern "der zweiten Reihe" erworben und habe auch "Überbleibsel" von Kunstaktionen in ihrer Sammlung. Der Kläger sei ein international bekannter Künstler, da könne man nicht

so viel falsch machen. Vor diesem Hintergrund erscheint es ohne Weiteres nachvollziehbar und glaubhaft, dass die Zeugin M. bereit wäre, auch das Original-Pommekreuz für ihre Sammlung zu erwerben.

Der Senat hat auch keine Zweifel, dass die Zeugin M. bereit und in der Lage wäre, dafür 2.500 Euro zu bezahlen. Die Zeugin M. hat nach ihren Angaben bislang ca. 10.000 Euro, "vielleicht auch mehr", auf die Jahre verteilt für Kunstwerke ausgegeben, teilweise Kunstwerke aber auch geschenkt bekommen. Das teuerste vom Kläger erworbene Kunstwerk habe 1.500 DM gekostet. Der Senat verkennt nicht, dass verglichen damit ein Kunstwerk von 2.500 Euro eine erhebliche Preissteigerung bedeuten würde. Die Zeugin M. hat auf Vorhalt dessen jedoch angeführt, dass alles teurer geworden sei. Außerdem hat die Zeugin erläutert, sie erhalte zwar nur 1.300 Euro Rente im Monat. Ihr Mann arbeite aber noch. Außerdem habe sie ein Haus geerbt und im Zentrum von K. sechs Etagen als Gewerberäume vermietet. Somit ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die Zeugin M. auch über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt, entsprechend ihrer offensichtlichen Vorliebe für Werke des Klägers ihre Sammlung um ein weiteres Objekt zu ergänzen.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist irrelevant, ob der Preis, den die Zeugin zu zahlen bereit wäre, ein Liebhaberpreis und von Affektionsinteresse bestimmt ist. Fest steht, dass der Kläger, wenn die Beklagte pflichtgemäß das Originalpommekreuz verwahrt und an ihn herausgegeben hätte, dieses für 2.500 Euro an die Zeugin M. hätte verkaufen können.

Die Vernehmung des Zeugen G. war nicht erforderlich, da der Kläger auf diesen Zeugen verzichtet hat. Der Erholung eines Sachverständigengutachtens bedurfte es ebenfalls nicht mehr, da der Kläger den Nachweis für den ihm entgangenen Gewinn geführt hat und es somit nicht darauf ankommt, welchen Marktwert im Übrigen das Objekt hätte.

Gemäß § 308 Abs. 1 ZPO war der Anspruch gemäß dem Antrag des Klägers auf 2.000 Euro zu begrenzen.

II. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 ZPO.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

---