

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB110003-O/Uanonymisiert

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili

Beschluss und Urteil vom 5. April 2012

in Sachen

X., ...,

Kläger und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter Mosimann, Wenger Plattner,
Aeschenvorstadt 55, Postfach, 4010 Basel

gegen

B., ...,

Beklagter und Appellat

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Alexander Jolles, Schellenberg Wittmer, Lö-
wenstr. 19, Postfach 1876, 8021 Zürich

betreffend **Herausgabeanspruch**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 21. Dezember
2010; Proz. CG040012**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagte zur Herausgabe des Gemäldes ...von ... zu unbeschwertem Eigentum an den Kläger zu verurteilen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 21. Dezember 2010:

(act. 647 S. 112)

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 185'000.-- ;die weiteren Kosten betragen:
Fr. 211.-- Fotokopien
Fr. 27'007.50 Übersetzungen
Fr. 4'000.-- Gutachten
Fr. 2'970.-- Zeugenentschädigung
Fr. 219'188.50 Total
3. Die Kosten des Verfahrens werden dem Kläger auferlegt.
Die dem Kläger auferlegten Kosten werden, soweit ausreichend, aus dem von ihm geleisteten Barvorschuss bezogen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 206'700.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer 7.6%) zu bezahlen.
5. (...)"

Berufungsanträge:

des Klägers und Appellanten (act. 657 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 21. Dezember 2010 aufzuheben.
2. Es sei die Klage gemäss den Rechtsbegehren in der Klageschrift vom 24. März 2004 gutzuheissen.
3. Eventuell sei die Klage zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Meilen zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Beklagten."

des Beklagten und Appellaten (act. 672 S. 2):

"Die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgericht Meilen vom 21. Dezember 2010 im Prozess Nr. CG 040012 sei vollumfänglich abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid sei zu bestätigen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich des vollen Mehrwertsteuerzusatzes) zu Lasten des Klägers/Appellanten."

Erwägungen:

I. Gegenstand des Verfahrens, Prozessgeschichte und zusammenfassende Prozessstandpunkte

1. Der Kläger und Appellant (fortan Kläger) verlangt mit seiner Klage die Herausgabe des Gemäldes ... welches der russische Künstler ... in der Schaffensphase des sogenannten "Kubo-Futurismus" 1914 geschaffen hat und der russischen Avantgarde zuzurechnen ist (act. 1 Rz 32 ff. S. 9; act. 657 Rz 13).

Der Kläger macht geltend, er sei als Alleinerbe seiner 1985 und 1999 in St. Petersburg verstorbenen Eltern berechtigter Eigentümer dieses Gemäldes, nachdem sein Vater das Werk 1970 erworben hatte, das Gemälde dann 1978 aus der elterlichen Wohnung gestohlen worden war und der Beklagte und Appellat (fortan Beklagter) das auf unbekanntem Wegen in den Westen gelangte Gemälde 1989 in anrechenbarem Wissen um den Diebstahl erworben hatte. Demgegenüber bestreitet der Beklagte, dass das Gemälde je im Besitz der Familie des Klägers war und er beruft sich auf einen rechtmässigen Eigentumserwerb.

2. Am 23. März 2004 machte der Kläger seine Herausgabeklage bei der Vorinstanz rechtshängig. Nach der Klärung der Frage einer allfälligen Kautonierung des Klägers und Eingang der Klageantwort vom 29. November 2004 verlief eine Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung erfolglos. Es wurde das Hauptverfahren zu Ende geführt und mit Beschluss vom 17. Juli 2007 das Beweisverfahren eröffnet, in welchem in der Folge zahlreiche Zeugen zum Teil auf dem Rechtshilfeweg einvernommen und ein Gutachten mit anschliessender Ergänzung eingeholt wurden. Nach Eingang der Stellungnahmen zum Beweisergebnis und zum

Streitwert erging am 21. Dezember 2010 das klageabweisende Urteil der Vorinstanz.

Mit Eingabe vom 30. Dezember 2010 erklärte der Kläger rechtzeitig Berufung gegen das ihm am 24. Dezember 2010 zugestellte Urteil (act. 648). Nach Eingang der Akten wurde dem Kläger Frist zur Stellung der Berufungsanträge und Begründung der Berufung und beiden Parteien Frist zur Stellungnahme zur Zuteilung des Prozesses angesetzt (act. 650). Nach Eingang der erbetenen Eingaben innert zum Teil erstreckter Frist erfolgte mit Verfügung vom 5. April 2011 eine Referentenumteilung und es wurde dem Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 658). Nach ergangener Fristerstreckung wurde eine Notfrist unter Verzicht auf die Inanspruchnahme der Gerichtsferien bis 11. Juli 2011 gewährt. Nachdem die vom 11. Juli 2011 datierende Berufungsantwortschrift am 13. Juli 2011 (Poststempel 12. Juli 2011) hierorts eingegangen war (act. 672) wurde über die Rechtzeitigkeit der Berufungsantwort ein Beweisverfahren durchgeführt (Prot. S. 5 und S. 8 - 21). Die Parteien verzichteten am 22. bzw. 23. Dezember 2011 auf einen zweiten Schriftenwechsel und auf öffentliche Urteilsberatung und -eröffnung (act. 688 und 694). Der Prozess ist spruchreif.

3. In der zusammenfassenden Darstellung seiner Argumentation in der Berufungsbegründung kommt der Kläger zum Schluss, dass bei richtiger Betrachtung sämtlicher tatsächlicher Gegebenheiten und unter Berücksichtigung der einschlägigen Praxis und Rechtsprechung betreffend den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten der Beklagte als besonnener und fachkundiger Akteur im Kunstmarkt das streitgegenständliche Bild nicht in gutem Glauben erwerben konnte und dies auch nicht tat. Er rügt dabei insbesondere die teilweise isolierte Betrachtungsweise der Vorinstanz bei der Beweiswürdigung (act. 657 Rz 12 - 15).

Demgegenüber steht der Beklagte auf dem Standpunkt, der Klage fehle es an sämtlichen für die Bejahung der Herausgabeklage erforderlichen Voraussetzungen: Auf Seiten des Klägers fehle es am Nachweis für den früheren Besitz des Vaters des Klägers am Bild bzw. der Rechtmässigkeit eines Besitzerwerbes durch den Vater sowie dafür, dass das Bild Gegenstand des angeblichen Diebstahls aus der Kunstsammlung des Vaters geworden sei. Des weiteren sei die behauptete

Unmöglichkeit der Verfügungsberechtigung der nachfolgenden Erwerber nicht bewiesen und dasselbe gelte auch für die fehlende Verfügungsberechtigung der Verkäuferin, welche dem Beklagten das Bild veräusserte. Schliesslich sei auch der Nachweis für die vom Kläger geltend gemachten Vorwürfe betreffend Bösgläubigkeit bzw. Missachtung der gebotenen Aufmerksamkeit des Beklagten gescheitert (act. 672 Rz 12 - 15).

Im Rahmen der nachstehenden Prüfung der einzelnen Klagevoraussetzungen ist auf die erst- und zweitinstanzlichen Vorbringen der Parteien soweit erforderlich einzugehen. Dabei wird grundsätzlich der Systematik des angefochtenen Entscheides gefolgt.

II. Formelles

1. Nachdem die zur Frage der Rechtzeitigkeit der Berufungsantwortschrift einvernommenen Zeugen übereinstimmend und überzeugend bestätigt haben, dass die Berufungsantwort am Abend des 11. Juli 2011 der Schweizerischen Post übergeben worden war (Prot. S. 8 ff.), ist ohne weiteres davon auszugehen, dass die Berufungsantwort innert Frist ergangen ist. Dies ist vorab festzustellen.
2. Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten, welche die bis anhin geltenden kantonalen Regelungen ersetzte. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 ZPO). Den Parteien wurde das angefochtene Urteil noch unter der Geltung des kantonalen Prozessrechtes zugestellt und die Berufungserklärung datiert vom 30. Dezember 2010 (act. 648). Sowohl für das erstinstanzliche wie auch für das Berufungsverfahren gelten damit die kantonalrechtlichen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH weiter.
3. Indem die Vorinstanz die Klage abwies, hat sie konkludent das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und damit insbesondere auch ihre Zuständigkeit bejaht. Dies zu Recht: Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor, die Zuständigkeit der

angerufenen Gerichte ergibt sich gestützt auf Art. 1 Abs. 1 lit. a IPRG und Art. 1 LugÜ i.V.m. mit Art. 98 Abs. 1 IPRG und Art. 2 Abs. 1 LugÜ (in der bei Rechtshängigkeit gültigen Fassung, welche gegenüber der aktuellen Fassung insoweit nicht verändert ist).

4. Im Rahmen der Berufungsanträge prüft die Berufungsinstanz Verfahren und Entscheid in ihrer Gesamtheit, d.h. sowohl hinsichtlich der Tatsachen als auch der Rechtsgründe. Freie Prüfung besteht sowohl in der rechtlichen Würdigung der Tatsachen als auch hinsichtlich der Ermessensentscheide (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcher ZPO, 3. Aufl., 1997, N 2 und 3 zu § 269 ZPO/ZH).

III. Materielles

1. Anwendbares Recht / Voraussetzungen der Besitzrechtsklage im allgemeinen

1.1. Die zu beurteilende Herausgabeklage richtet sich gemäss Art. 100 Abs. 2 IPRG nach den Normen des Lagestaates (Pius Fisch, in: BSK zum IPR, 2. Aufl., Basel 2007, N 55 zu Art. 100 IPRG). Da unbestritten ist, dass der Beklagte das prozessgegenständliche Gemälde 1989 in der Schweiz erworben hat und sich das Bild seither in der Schweiz befindet, ist nach schweizerischem Recht zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Herausgabeklage gegeben sind. Demgegenüber richtet sich – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (act. 647 S. 7) – die Frage nach der Berechtigung des Klägers bzw. seiner Familie an besagtem Gemälde nach russischem Recht, da der Vater des Klägers als dessen Rechtsvorgänger dieses 1970 in Russland erworben und an seinem dortigen Wohnort gehalten haben soll.

1.2. Bereits in der Stellungnahme zum Beweisergebnis wie auch sinngemäss in der Berufungsantwort (act. 641 Rz 126 und act. 672 Rz 245 ff.) will der Beklagte für die Frage der Aktivlegitimation russisches Recht zur Anwendung bringen. Der Kläger äussert sich in der Berufungsbegründung nicht mehr zum anwendbaren Recht (act. 657 Rz 177).

Der Beklagte verweist auf Ausführungen des Klägers vor Vorinstanz, wonach in Bezug auf das anwendbare Recht die Frage der Verfügungsberechtigung gesondert anzuknüpfen sei. Massgebend sei die Lage der Sache im Zeitpunkt des betreffenden Vorgangs. Für die Frage der Berechtigung des Klägers bzw. dessen Familie am Gemälde sei deshalb russisches Recht anwendbar. Da – immer nach der Darstellung des Klägers – nach russischem Recht der Erwerber keine Berechtigung an der Sache erlange, wenn diese dem Eigentümer gestohlen oder sonst wie unfreiwillig abhanden gekommen sei, das russische Recht keinen Gutgläubensschutz kenne, habe der Vater des Klägers am Bild gar keine Berechtigung erlangen können, wenn man der sich aus Klage und Klagebeilagen ergebenden Darstellung folge, dass das Bild zunächst dem Eigentümer K. abhanden gekommen war bevor es in den Besitz der klägerischen Familie gelangt sei (act. 672 Rz 246).

1.3. Voraussetzung der Besitzesrechtsklage nach Art. 934 ZGB bildet auf Seiten des Klägers einzig der frühere selbständige oder unselbständige Besitz sowie das unfreiwillige Abhandenkommen desselben (Stark/Ernst, in: BSK ZGB II, 3. Aufl., Basel 2007, N 6 und 9 zu Art. 934 ZGB). Das Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen genügt für die Bejahung der Aktivlegitimation für die Besitzesrechtsklage, d.h. sie fehlt, wenn der Kläger nie Besitzer der strittigen Sache war oder ihm die Sache als Besitzer nicht im Sinne von Art. 934 Abs. 1 ZGB abhanden gekommen ist. Ob solcher Besitz beim Kläger vorhanden war oder nicht, ist streitig und entscheidet sich vorliegend nach schweizerischem Recht, d.h. nach Art. 919 f. ZGB.

Eine weitergehende Berechtigung des Klägers an der Sache, welche sich nach russischem Recht zu entscheiden hätte, wie die Vorinstanz und die Parteien zu Recht annehmen, ist für die Bejahung der Aktivlegitimation für die Besitzesrechtsklage nicht vorausgesetzt. Dies im Gegensatz zur Herausgabeklage des Eigentümers nach Art. 641 Abs. 2 ZGB, bei welcher der klagende Eigentümer sein *Eigentum* nachzuweisen hat (Wiegand, in: BSK ZGB II, Basel, 3. Aufl. 2007, N 40 ff. zu Art. 641 ZGB; Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007, N 2113).

1.4. Ist die Aktivlegitimation des Klägers gegeben, dann kann er das Bild von einem Besitzer, der dieses nicht in gutem Glauben erworben hat, jederzeit herausverlangen (Art. 936 Abs. 1 ZGB). Ausgeschlossen von diesem Recht ist nach Art. 936 Abs. 2 ZGB allerdings der bösgläubige frühere Besitzer, worauf der Beklagte in seiner Berufungsantwort an besagter Stelle ebenfalls hinweist (act. 672 Ziff. 245 a.E.). Unbestritten ist der Besitz des Beklagten, umstritten sind seine Gutgläubigkeit mit Bezug auf das Abhandenkommen des Bildes wie auch der fehlenden Berechtigung des Veräusserers. Grundsätzlich sind auch diese Klagevoraussetzungen nach schweizerischem Recht zu beurteilen, wobei hinsichtlich der Berechtigung des Veräusserers insoweit ein Vorbehalt besteht, als diese als Vorfrage gesondert anzuknüpfen ist und sich sein Eigentum allenfalls aus einem andern Recht ableitet (Fisch, in: BSK IPR, a.a.O., N 24 und 25 zu Art. 100 IPRG).

2. Beweislast

Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten (Art. 3 Abs. 1 ZGB).

2.1. Auch der Kläger geht in der Berufungsbegründung davon aus, dass ihn die Beweislast für den von ihm behaupteten unmittelbaren, bösen Glauben des Beklagten beim Erwerb des fraglichen Bildes treffe. Er hält indes dafür, dass ihn darüber hinaus nur dafür die Beweislast treffe, dass die Gegenregel nach Art. 3 Abs. 2 ZGB eingreife. Er habe die Umstände zu beweisen, welche beim Beklagten Verdacht bzw. Misstrauen erwecken mussten. Die Beweislast dafür, dass der Beklagte die gebotene Sorgfalt angewendet habe bzw. dafür, dass die Nichtanwendung der gebotenen Sorgfalt nicht kausal gewesen sei, trage demgegenüber der Beklagte (act. 657 Rz 94 ff.).

Der Beklagte geht davon aus, dass es herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts sei, dass der Gegeninteressent für eine behauptete Nichtanwendung der gebotenen Aufmerksamkeit beweisbelastet sei (act. 672 Rz 492 ff.).

2.2. Die Auffassung des Klägers knüpft an die in der Literatur geführte Diskussion (vgl. dazu insbesondere BSK ZGB I - Honsell, 4. Aufl., Art. 3 ZGB N 28 ff.; BK -

Jäggi zu Art. 3 ZGB N 37; Regula Berger-Röthlisberger, in: recht 2007 S. 204 ff.; ZK - Baumann, 1998, Art. 3 ZGB N 58 ff. und BGE 113 II 397 ff.; 131 III 418 ff.), ob sich die in Art. 3 Abs. 1 ZGB aufgestellte Vermutung auch auf Abs. 2 bezieht, mithin auch die Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit umfasst. Jäggi bejaht dies in seinem Kommentar (a.a.O. Art. 3 ZGB N 37) und weist die Beweislast dafür, dass der zwar Gutgläubige nicht aufmerksam genug war, dem Gegeninteressenten zu (a.a.O., Art. 3 ZGB N 100). Das Bundesgericht hielt in dem von den Parteien und der Vorinstanz zitierten Entscheid BGE 113 II 397 indes fest, dass auch nach der Auffassung, wonach die Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit nicht zu vermuten sei, die Beweislast, entsprechend der Vorschrift von Art. 8 ZGB dem Gegeninteressenten obliege. Dieser habe nachzuweisen, dass der gute Glaube desjenigen, dem eine Sache unter den Voraussetzungen von Art. 934 Abs. 2 ZGB übertragen worden sei, nur darauf beruhe, dass er es an der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit habe fehlen lassen (E. 2b).

Dem ist zuzustimmen. Art. 3 ZGB enthält in seinem Abs. 1 eine Beweisregel. Danach wird der gute Glaube bei Vorliegen des entsprechenden Grundtatbestandes grundsätzlich vermutet. Abs. 2 der Bestimmung gibt dagegen eine Wertung in dem Sinne vor, dass die gesetzliche Vermutung bzw. der Gutgläubensschutz dann nicht greift, wenn die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit nicht angewendet wurde (vgl. BSK ZGB I - Honsell, a.a.O., Art. 3 ZGB N 1). In diesem Fall kann der Gutgläubensschutz nicht angerufen werden. Dem Kläger ist somit insoweit zuzustimmen, dass er entweder den bösen Glauben oder aber das Eingreifen der "Gegenregel" gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB zu beweisen hat, um die Wirkungen des Gutgläubensschutzes zu eliminieren. Der Beweis, dass die Gegenregel nach Art. 3 Abs. 2 ZGB greift, erfolgt dabei aber dadurch, dass er nachweist, dass der Beklagte die gebotene Aufmerksamkeit nicht angewendet hat. Der Kläger, der aus der Missachtung der gebotenen Aufmerksamkeit ableitet, dass der Gutgläubensschutz nicht zum Tragen kommt, trägt nach den allgemeinen Regeln von Art. 8 ZGB dafür die Beweislast.

Wenn der Kläger in der Berufungsbegründung demgegenüber geltend macht, dass er nur die Verdachtsgründe nachzuweisen habe bzw. dass für den Beklag-

ten Anlass bestand, an einen möglichen Rechtsmangel zu denken, d.h. aufmerksam zu sein, dann beschlägt dies den guten Glauben an sich. Es liegt dann möglicherweise ein Fall vor, in welchem die Annahme des guten Glaubens nicht mehr berechtigt erscheint und die Gutglaubensvermutung widerlegt ist.

2.3. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung führt die Vernachlässigung der gebotenen Aufmerksamkeit nur dann zum Entfallen des Gutglaubensschutzes, wenn sie für die Entstehung des guten Glaubens kausal war (BSK - Honsell, Art. 3 ZGB N 34; BGE 121 III 1 ff. E. 2.a.aa; BGE 131 III 418 ff. E. 2.3.4.). Im Berufungsverfahren stellt sich der Kläger auf den Standpunkt, die Kausalität spiele keine Rolle (act. 657 Rz 133 ff.). Er beruft sich dabei auf neuere Publikationen insbesondere von Müller-Chen, der postuliert, dass der Rechtsschein schon durch die Verdachtsmomente zerstört werde, welcher Anlass zu den Nachforschungen geben sollten und nicht erst durch die Unterlassung oder durch mangelhafte Erfüllung der Nachforschungsobliegenheiten (vgl. Müller-Chen, in: AJP 2003 S. 1267 ff. Ziff. 2.1. lit. b). Dass der Gutglaubensschutz aber entfallen soll, wenn Verdachtsmomente sich auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht erhärten lassen, erscheint nicht einsichtig. Die vom zitierten Autor Müller-Chen an angeführter Stelle erwähnten Beispiele nehmen zu dieser Frage denn auch gar keine Stellung, sondern fordern generell die Einhaltung erhöhter Sorgfalt im Falle, wo Verdachtsmomente diese gebieten. Dies ist denn auch nicht zu beanstanden. Die Frage der Kausalität scheint davon aber nicht tangiert.

2.4. Mit der Vorinstanz, auf deren Darlegung der Beweislastregelung verwiesen werden kann (act. 647 S. 11 - 13; § 161 GVG/ZH), ist damit zusammenfassend festzuhalten, dass der Kläger die Beweislast dafür trägt, dass der Beklagte bösgläubig war oder hätte sein müssen bzw. dass er nicht die gebotene Aufmerksamkeit angewendet hat, und er sich deshalb nicht auf den guten Glauben berufen darf.

3. Beweismittel und Beweiswürdigung

3.1. Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Beweiswürdigung im angefochtenen Entscheid zutreffend dargelegt. Es kann darauf verwiesen werden (act. 647 S. 14/15; § 161 GVG/ZH)

3.2. Vorprozessuale Befragung von H.

Wie vor Vorinstanz macht der Beklagte auch im Berufungsverfahren geltend, die im Rahmen des sog. pre-trial discovery-Verfahrens erfolgte Befragung von H. verstosse gegen das schweizerische Prozessrecht und sei unzulässig und unbeachtlich (act. 32 S. 7 ff., Rz 13 ff., act. 672 Rz 119). Die Vorinstanz hielt die vom Kläger mit der Klagebegründung eingereichte Dokumentation einer privaten Befragung von H., welche im Rahmen dieses pre-trial discovery-Verfahren in den ... erging (act. 2 S. 3 f. Rz 6 ff.), nicht für schlechthin unzulässig, selbstverständlich sei aber im Rahmen der Beweiswürdigung der Beweiswert derartiger Aufzeichnungen nach den konkreten Umständen zu berücksichtigen. Unter Bezugnahme auf einen Entscheid der Kammer vom 24. Oktober 2003 (publiziert in ZR 106 (2007) Nr. 14 E. 5) hielt sie fest, dass der Befragung nur im Zusammenhang mit einer späteren Zeugeneinvernahme ein Beweiswert zukommen könne. Die Deposition der Befragung wurde als eine der freien Beweiswürdigung unterliegende Urkunde entgegen genommen. Im Beweisabnahmebeschluss hatte die Vorinstanz insbesondere festgestellt, dass die in act. 4/5 festgehaltene vorprozessuale Befragung eine gerichtliche Befragung von H. nicht zum vorneherein ausschliesse (act. 647 S. 16; Beweisabnahmebeschluss vom 18. Dezember 2007, act. 91 S. 5).

Das pre-trial discovery-Verfahren stellt im amerikanischen Erkenntnisverfahren einen wichtigen Verfahrensabschnitt dar und findet nach Klageeinleitung und allfälliger Hauptverhandlung statt. Es dient der Tatsachenerforschung, der Sicherstellung des Beweismaterials und der Eingrenzung und Festlegung des Prozessstoffes und liegt weitgehend in den Händen der Parteien bzw. von deren Anwälten (Adrian Dörig, Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer Entscheidungen in der Schweiz, Diss. 1998, S. 403). Eine auf diesem Verfahren beruhende Erkenntnis ist nicht generell allein aufgrund der Anwendung dieses in seiner Art

und Durchführung für schweizerische Verhältnisse ungewohnten Rechtsinstituts unverwertbar, entscheidend für das Eingreifen des *order public* ist, ob das konkrete Ergebnis wesentliche Grundsätze des schweizerischen Rechts in unerträglicher Weise verletzt. Davon ist auszugehen, wenn die Beweiserhebung mit den schweizerischen Vorstellungen über den in diesem Kontext relevanten Souveränitäts-, Geheimnis und Ausforschungsschutz unvereinbar ist (Adrian Dörig, a.a.O., S. 427/8). Es rechtfertigt sich, diese – im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen massgeblichen – Grundsätze auch vorliegend heranzuziehen, obwohl – wie der Beklagte in der Klageantwort (act. 32 S. 9 Rz 20) zu Recht festgehalten hat – das Haager Übereinkommen vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HBewÜ, SR 0.274.132) vorliegend nicht zur Anwendung gelangt, weil die Beweiserhebung nicht innerhalb eines Verfahrens, sondern vor diesem erfolgte. Immerhin rechtfertigt es sich, für die Frage der Zulässigkeit der Vorgehensweise dieselben Massstäbe anzusetzen.

Dass die Vorinstanz die Befragung gemäss dem amerikanischen *pre-trial discovery*-Verfahren analog einer vorprozessualen privaten Zeugeneinvernahme behandelt und nicht als geradezu nichtig betrachtet, wie der Beklagte dies verlangt, erscheint vertretbar. Fest steht, dass die Befragung von H. massgeblich in den Händen der klägerischen Rechtsvertreter lag, inwieweit vorgängig eine Beeinflussung erfolgte, wie dies der Beklagte moniert (vgl. z.B. seine Stellungnahme zum Beweisergebnis act. 641 S. 12/13) lässt sich nicht mit rechtsgenügender Sicherheit erkennen. Aus der Befragung selbst ergibt sich aber an verschiedenen Stellen, dass mittels Suggestivfragen Einfluss zu nehmen versucht wurde (z.B. act. 4/5 S. 122 N 17, S. 123 N 13 - 23, S. 127 N 22 ff.). Überdies ist festzuhalten, dass im Zeitpunkt, als die Befragung in den USA erfolgte, dem Kläger bereits klar war, dass im zu führenden Zivilprozess schweizerisches und nicht amerikanisches Prozessrecht zur Anwendung gelangen wird, war das erste Sühnverfahren von ihm doch bereits eingeleitet worden (act. 33/2). Mit der Veranlassung und Durchführung des amerikanischen *pre-trial discovery*-Verfahrens setzte er damit bewusst ein Beweismittel ein, das dem schweizerischen Recht fremd und im massgeblichen zürcherischen Prozessrecht unzulässig ist. Auch diesem Umstand ist

im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. Die allenfalls vom Kläger erhoffte gegenüber einer rein privaten Zeugenbefragung erhöhte "Legitimität" dieser Befragung muss ohne weiteres entfallen. Ob die vorprozessuale Befragung standesrechtlich als unzulässig erscheint, wie der Beklagte unter Hinweis auf BGE 136 II 551 geltend macht, ist für das vorliegende Zivilverfahren nicht entscheidend und kann offen bleiben.

Nur am Rande sei schliesslich angemerkt, dass auch die unter neuem schweizerischen Prozessrecht gegebene Möglichkeit der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO nicht dazu führen darf, dass sich das Verfahren faktisch in ein der schweizerischen Prozessordnung nicht bekanntes pre-trial discovery-Verfahren verschieben würde (Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 312).

3.3. Schriftliche Angaben und Verwertbarkeit von Zeugenaussagen

Der Beklagte hält auch im Berufungsverfahren an seiner Auffassung fest, dass die vom Kläger eingereichten schriftlichen Berichte unverwertbar seien (act. 672 Rz 328). Der Auffassung der Vorinstanz, welche diese Berichte analog der vorprozessualen Einvernahme H. behandelt, ist zuzustimmen. Anwaltsrechtliche Kriterien können im vorliegenden Zivilprozess nicht entscheidend sein.

Der Beklagte erachtet alsdann die rogatorische Einvernahme von H., sowie auch die Einvernahmen von D., E. und T. aufgrund der nicht offen gelegten Kontakte zum Kläger als nicht verwertbar (act. 641 S. 12 ff.). Auch nach den von ihm zitierten Entscheiden des Kassationsgerichts führte "selbst ein allfälliges (im Lichte des Anwaltsgesetzes) problematisches oder gar unhaltbares Vorgehen eines Rechtsvertreters bezüglich Kontaktnahme mit einem (potentiellen) Zeugen nicht unabdingbar zur völligen Unverwertbarkeit der Zeugenaussage. Soweit es dem Gericht möglich ist, einzuschätzen, inwieweit ein Kontakt geeignet war, die Zeugenaussage zu beeinflussen, erschiene eine Würdigung der Zeugenaussage – unter Mitberücksichtigung der erfolgten Kontaktierung – nicht von vorneherein als unzulässig" (Beschluss vom 17. Sept. 2010, Kass-Nr. AA090089, S. 11 mit Hinweis auf Kass-Nr. AA040157 i.S. P.c.S v. 6.6.2005).

Die Vorinstanz mass den genannten Zeugen keine "tragende Rolle" zu, weshalb sie auf die Einwände des Beklagten im Einzelnen nicht näher einging. Sowohl be-

züglich der Zeugin H. als auch der Zeugin E. hielt sie allerdings fest, dass deren Aussagen durch die Einflussnahme des Klägers nicht gänzlich kompromittiert seien (act. 647 S. 17). Im Rahmen der Berufungsantwort hält der Beklagte an der fraglichen Verwertbarkeit der Aussagen fest (act. 672 Rz 320 ff.). Da insgesamt die Umstände, wie es zu den besagten Befragungen kam, jedenfalls nicht abschliessend beurteilt werden können, erscheint es nicht angezeigt, zum vornherein deren absolute Unverwertbarkeit anzunehmen. Vielmehr ist – soweit für die Entscheidungsfindung wesentlich – im Rahmen der Beweiswürdigung auf die Beweiskraft der Einvernahmen einzugehen.

3.4. Gutachten

3.4.1. Die Parteien waren sich bereits vor Vorinstanz über die Person des gerichtlichen Gutachters uneinig (act. 106 und act. 108). Die Vorinstanz hatte in ihrem Beschluss vom 28. August 2008 (act. 137) begründet, dass sie mit Blick auf die sich im Beweisverfahren stellenden Fragen Dr. F., Managing Director des Auktionshauses Christie's, als geeignet erachte und nicht in erster Linie ein Kunstsachverständiger gesucht sei, wie dies der Kläger immer wieder verlange (act. 137 S. 29). In wiederholten Stellungnahmen, zum ersten Gutachten (act. 369) bzw. zum Ergänzungsgutachten (act. 572), zum Beweisergebnis (act. 640) sowie nunmehr in der Berufungsbegründung hält der Kläger an seinen Einwendungen gegen die Person des Gutachters fest, stellt dessen Unabhängigkeit sowie die Qualität des Gutachtens in Frage und verlangt eine Neubegutachtung (act. 657 S. 55 ff Rz 154 ff.). Der Beklagte beantragt die Abweisung dieser Anträge und verweist auf die ausführliche Auseinandersetzung der Vorinstanz mit den Einwänden des Klägers (act. 672 Rz 527 ff.). Diese erfolgte insbesondere im Beschluss vom 31. August 2009 im Zusammenhang mit der Ergänzung des Gutachtens (act. 517) und im Beschluss vom 31. August 2009. Im angefochtenen Entscheid verwies die Vorinstanz hierauf und ergänzte aufgrund der klägerischen Stellungnahme zum Beweisergebnis, dass sich die dem Gutachter gestellte Frage nach dem Wert des Bildes ebenso wenig auf das Prozessergebnis auszuwirken vermöge wie eine allfällige Neubegutachtung (act. 647 S. 22/23). Dem steht die Auffassung des Klägers gegenüber, dass die Bestimmung des Wertes des streitgegenständlichen Bildes einen direkten Einfluss auf die Beurteilung der Frage ha-

be, ob der Beklagte unmittelbar bösgläubig gewesen sei bzw. ob er sich auf seinen guten Glauben habe berufen dürfen. Sei ihm das Bild zu einem im Vergleich zu seinem effektiven Wert auffallend tiefen Preis angeboten worden, so führe dies zusammen mit den weiteren verdächtigen Umständen zur unmittelbaren Bösgläubigkeit, zumindest aber zu einer Erhöhung des Sorgfaltsmassstabes (act. 657 Rz 170, Rz 202).

3.4.2. Das Gutachten hatte sich zu den spezifischen Fragen gemäss Beweisabnahmebeschluss zu äussern (Beweissätze B.13, B.14, B.19.1 + 2; B.20, B.20.1, B.21-24, B.30, B.31, B.33 und B.33.1; Prot. VI S. 38 ff.). Inhalt der Fragestellung waren Abläufe, Usancen im Kunstgeschäft sowie der im Zeitpunkt des Erwerbs (1989) allgemeine Kenntnisstand in Kunstkreisen mit Bezug auf die russische Kunst im allgemeinen und den Maler ... im besonderen. Eine Frage betraf die behauptete Entfernung des Schriftzuges von ... auf der Rückseite des Bildes (Beweissatz 31) und schliesslich wurde der Wert des Werkes "... " (Beweissatz 33 und 33.1) erfragt. Die Beantwortung dieser Fragen verlangte insbesondere Kenntnisse der Märkte und des Kunsthandels, weshalb Dr. F., als Direktor eines internationalen Auktionshauses jedenfalls als geeignet zu betrachten ist. Auch wenn der Kläger nicht müde wird, die Qualifikation des Gutachters unter Hinweis auf seine wiederholten Vorbringen vor Vorinstanz auch im Berufungsverfahren wieder in Frage zu stellen (act. 657 S. 55 ff., Rz 150 ff.), besteht kein Grund diese in Zweifel zu ziehen. Was die Begründungsdichte des Gutachtens (act. 245) betrifft, so hat die Vorinstanz in ihrem Beschluss vom 31. August 2009 detailliert und differenziert Stellung genommen und auf Antrag des Klägers oder von Amtes wegen Ergänzungen beim Gutachter verlangt (act. 517). Die in der Folge ergangene Ergänzung (act. 557) liess der Kläger wiederum nicht gelten, wobei er dem Gutachter hinsichtlich des Wertes des Gemäldes insbesondere die fehlende Auseinandersetzung mit den von ihm eingereichten Bewertungsgutachten vorwirft, welche fundamental vom Bewertungsergebnis des Gutachters abweiche. Er sieht darin insbesondere eine Verletzung der Begründungspflicht (act. 572 S. 3), mit Bezug auf die Bewertung des Gemäldes forderte der Kläger mindestens eine Auseinandersetzung des Gutachtens mit den Verfahrensakten, den gegenteiligen Parteigutachten sowie einer auf der Fachliteratur bzw. dem Code der fachmänni-

schen Kunstschätzer beruhenden Erhebung (act 572 S. 13/14). Soweit der Kläger in seiner Stellungnahme zum ergänzenden Gutachten auch im Übrigen geltend macht, der Gutachter habe sich u.a. nicht mit den Verfahrensakten auseinandergesetzt bzw. die Fragen nicht beantwortet (act. 572 S. 4 ff. zu den ergänzenden Fragestellungen 1, 2/1, 5/1, 5/2, 7, 9, 10 und 12), ist festzuhalten, dass der Kläger – wie bereits in seiner Stellungnahme zum Gutachten – seine dem Gutachter widersprechende Auffassung auf seine – zum Teil bestrittene – Parteivorbringen stützt, er vom Gutachter Antworten zu rechtlichen Fragen verlangt oder er einfach seine eigene gegenteilige Auffassung kundtut, was die gerügte fehlende Begründung nicht darzutun vermag. Zu seinen inhaltlichen Einwendungen gegen das Gutachten und das Ergänzungsgutachten von Dr. F. ist im Rahmen der Beweiswürdigung soweit erforderlich näher einzugehen.

Insgesamt ergibt sich, dass sich die Einwendungen des Klägers gegen die Person des Gutachters sowie dessen Qualifikation für die zu beantwortenden Fragen als unbegründet erweisen. Sodann liegt mit der Ergänzung des Gutachtens eine im Rahmen der Beweiswürdigung im Einzelnen noch zu würdigende Begründung vor. Es kann ergänzend auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 647 S. 20/21; § 161 GVG/ZH).

3.5. Zu keinen Bemerkungen Anlass gaben die Erwägungen der Vorinstanz mit Bezug auf die Würdigung von Parteiaussagen in der persönlichen Befragung und zu den nicht erhältlichen Zeugeneinvernahmen (act. 647 S. 23/4). Sie erweisen sich als zutreffend, es kann ohne weiteres darauf verwiesen werden.

4. Aktivlegitimation des Klägers

Mit Bezug auf die Berechtigung des Klägers zur Klage macht der Beklagte im Berufungsverfahren geltend, der frühere Erwerb, Besitz, dessen Rechtmässigkeit und der Diebstahl des Bildes beim Vater des Klägers seien entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht rechtsgenügend nachgewiesen worden (act. 672 S. 8 Rz 23 ff.).

Wie gesehen bedarf es für die Aktivlegitimation einerseits des Nachweises des früheren Besitzes, andererseits des Nachweises, dass das Bild abhanden gekommen ist. Die Rechtmässigkeit des Erwerbs braucht dagegen nicht nachgewiesen zu werden. Dem Beklagten ist insoweit zuzustimmen, dass die für den Erwerb einzig relevante Beweisurkunde (act. 4/21 = act. 53/4) bestenfalls eine Quittung ist. Als solche vermag sie aber ohne weiteres als Indiz für den vom Kläger behaupteten Besitz zu dienen. Mehr leitet die Vorinstanz daraus denn auch nicht ab (act. 647 S. 26). Der Beklagte geht sodann zu Recht davon aus, dass der Zeuge N. bestätigte, beim Vater des Klägers das fragliche Bild gesehen zu haben (act. 551 S. 4). Was der Beklagte gegen die Glaubhaftigkeit dieser Darstellung vorbringt, vermag allerdings nicht zu überzeugen. Der Zeuge erklärte in der rechtshilfeweisen Befragung vom 12. Oktober 2009 – zu seiner Beziehung zum Kläger befragt – von sich aus, in den Jahren 1973 - 1974 den Vater des Klägers in ... wegen seiner Gemäldesammlung besucht zu haben und dort das Gemälde gesehen zu haben. Dazu, wie der Vater des Klägers zu diesem Bild gekommen war, konnte er dagegen keine Angaben machen. Insbesondere, dass der Vater des Klägers das Bild am 19. September 1970 von O. gekauft hatte, konnte er nicht bestätigen. Vielmehr erklärte er, er wisse nicht, in wessen Händen sich das Gemälde zwischen 1916 und 1973-1974 befunden habe. Wenn der Zeuge – wie sich aus einem entsprechenden Schreiben des Zeugen an den Kläger ergibt (act. 53/6) – im Jahr 1975 den Namen und die Beschaffenheit des Bildes nicht mehr kannte, vermag dies an der Glaubhaftigkeit dieser Darstellung in der Zeugeneinvernahme nichts zu ändern. Seine Überzeugung, dass sich das Bild im Besitz der klägerischen Familie befunden hat, hat der Zeuge alsdann in seinem Werkkatalog dokumentiert (act. 4/22 S. 142), was die Glaubhaftigkeit, dass er das Bild eben dort auch tatsächlich gesehen hat, bestärkt.

Was der Beklagte sodann zum behaupteten Diebstahl des Bildes aus der Wohnung der Eltern des Klägers gegen die Argumentation der Vorinstanz vorbringt, überzeugt nicht. Insbesondere hinsichtlich der beiden im Recht liegenden Urteile des Wyborg-Bezirksgerichts von ... (Fälle Nr. 1-660 des Jahres 1979 und Fall Nr. 1-317 des Jahres 1983, act. 4/26 und act. 4/39), in welchen am Diebstahl beteiligte Personen für schuldig befunden worden waren und in welchen das streitge-

genständliche Bild ausdrücklich erwähnt wird, besteht kein Anlass, an deren Richtigkeit zu zweifeln. Mindestens teilweise hatten die dort Angeschuldigten den Überfall auf den Vater des Klägers auch zugegeben. Wenn das russische Gericht auf ein Auskunftsbegehren der Vorinstanz nicht reagierte, ändert dies hieran nichts.

Auf zahlreiche weitere vom Kläger angebotene Beweismittel ist die Vorinstanz im Übrigen zu Recht nicht näher eingegangen, weil sie für die Streitfrage nicht entscheidend waren. Die vorinstanzliche Würdigung der Beweise zur Frage, ob die klägerische Familie frühere Besitzerin des Bildes war und ihr das Bild abhanden gekommen ist, mithin, ob dem unbestrittenen Alleinerben seiner Eltern, dem Kläger, die Aktivlegitimation für die vorliegende Besitzesrechtsklage zukomme, erweist sich als differenziert, auf das Entscheidende beschränkt und zutreffend. Es kann darauf verwiesen werden (act. 647 S. 25 - 33; § 161 GVG/ZH), ohne dass es weiterer Ergänzungen bedarf.

5. Passivlegitimation

5.1. Die Besitzesrechtsklage setzt auf Seiten des Beklagten voraus, dass er das streitgegenständliche Bild nicht in gutem Glauben erworben hat oder dass er bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden durfte nicht gutgläubig sein konnte.

Der Kläger geht auch im Berufungsverfahren von der unmittelbaren Bösgläubigkeit des Beklagten aus, eventualiter von einem sorgfaltswidrigen Verhalten des Beklagten, das dazu führt, dass er sich nicht auf den guten Glauben berufen kann.

Er macht im Einzelnen geltend, dass die Umstände des Verkaufs des Streitgegenstandes derart gewesen seien, dass der Beklagte nicht als gutgläubig bezeichnet werden könne: Der Beklagte sei vor dem Erwerb des Gemäldes durch H. gewarnt worden, dass ein gestohlenen Gemälde von ... in Europa zum Kauf angeboten werde und zudem habe sie ihm (erfolglos) geraten, die Provenienz des Bildes vor dessen Erwerb abzuklären, was eindeutig auf einen zweifelhaften Hin-

tergrund des Bildes hinweise. Der Umstand, dass zu jenem Zeitpunkt ein Werk von ... zum Verkauf angeboten worden sei, sei ein absolut aussergewöhnliches Ereignis gewesen, was der Beklagte als Branchenvertrauter gewusst habe. Gewusst habe der Beklagte auch, dass es kaum möglich gewesen sei, ein Bild von ... auf legalem Weg zu erwerben. Das Bild sei zudem schlecht behandelt gewesen, was dem Beklagten ebenso wie der Umstand bekannt gewesen sei, dass das Bild illegal aus der Sowjetunion ausgeführt worden sei. Vor diesem Hintergrund hätten auch die mangelnde Seriosität und die fehlende Reputation der Vermittlerin bzw. der Galerie ... wie auch der Umstand, dass der Veräusserer anonym gewesen sei zum Argwohn des Beklagten beigetragen. Das Bild sei dem Beklagten zu einem auffallend tiefen Preis angeboten worden. Mehrere Drittpersonen seien sodann vor einem Verkauf zurückgeschreckt, als sie die Umstände des Verkaufs erfasst hätten (act. 657 Rz 103 ff. mit weiteren Hinweisen). Die angeführten Umstände, allen voran die Warnung von H., die Branchenvertrautheit des Beklagten und die Umstände des Verkaufs hätten in ihrer Kombination – wenn nicht sogar einzeln für sich – auf den direkten bösen Glauben schliessen lassen "a maiore ad minus" auch, dass der Beklagte zumindest Anlass hatte, an der Verfügungsberechtigung des Veräusserers zu zweifeln bzw. misstrauisch zu sein. Deshalb greife die Gegenregel gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB wenn der Beklagte nicht nachweise, dass er die gebotene Aufmerksamkeit angewendet habe, was nicht habe bewiesen werden können (act. 657 Rz 123 ff.). Er rügt damit insbesondere die vorinstanzliche Beweismwürdigung, worauf im Einzelnen einzugehen sein wird.

Der Beklagte geht davon aus, dass das Beweisverfahren bestätigt habe, dass für ihn 1989 gar keine Möglichkeit bestanden habe, um vom angeblichen Diebstahl Kenntnis zu erlangen. Es treffe auch nicht zu, dass begründete Zweifel bzw. Verdachtsmomente betreffend fehlende Verfügungsberechtigung bestanden hätten. Das Beweisverfahren habe bestätigt, dass der angebliche Diebstahl nicht bekannt gewesen sei und dem Beklagten nicht habe bekannt sein können. Der Beklagte spricht von tendenziösen und unbewiesenen Unterstellungen und macht geltend, es sei widerlegt, dass das Bild irgendwo als gestohlen registriert gewesen sei (act. 572 Rz 516 ff.),

5.2. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid für die Beurteilung der umstrittenen Gutgläubigkeit des Beklagten zunächst gestützt auf die Erkenntnisse aus dem Beweisverfahren die Umstände für die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Beklagten erstellt (act. 647 S. 34 - 79) und sich alsdann zur Bösgläubigkeit und zur Sorgfaltspflicht des Beklagten geäußert. Diesem Aufbau ist grundsätzlich zu folgen. Eine Gesamtwürdigung der verschiedenen Indizien und Umstände, wie sie der Kläger verlangt, kann dabei nur die beweismässig erstellten Umstände erfassen, was eine vorgängige Würdigung der einzelnen Umstände voraussetzt.

6.1. Im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt wurde die vorinstanzliche, aus dem Beweisverfahren gewonnene Erkenntnis, dass anlässlich des Besuchs des Beklagten bei der Familie des Klägers, die auf Einladung der Sovjet Cultural Foundation 1988 stattgefunden hatte, weder das streitgegenständliche Bild noch dessen Diebstahl erwähnt worden sind (act. 647 S. 34 -37). Davon ist auch im Berufungsverfahren auszugehen.

6.2. Es ist unbestritten, dass der Beklagte das fragliche Bild über die Galerie ... von Frau S. gekauft hatte. Der Kläger sieht in der Involvierung dieser Galerie sowie der kleinen Galerie ... in dieses Geschäft Verdachtselemente, welche beim Beklagten Zweifel an der Verfügungsberechtigung hätten hervorrufen müssen.

Dass die im angefochtenen Entscheid wiedergegebenen Aussagen der in diesem Zusammenhang befragten Zeugen so wie im angefochtenen Urteil festgehalten auch tatsächlich erfolgten, ist wie auch die dazu vorliegenden Dokumente im Berufungsverfahren nicht in Zweifel gezogen worden. Es kann darauf verwiesen werden (act. 647 S. 37 ff.; § 161 GVG/ZH). Der Kläger rügt, die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Galerie ... habe keinen schlechten Ruf gehabt, greife deshalb zu kurz, weil diese nur kurze Zeit existiert habe und deshalb gar kein Ruf habe entstehen können. Mit Bezug auf die Galerie ... erachtet es der Kläger als erwiesen, dass diese notorisch überschuldet gewesen sei und dass sie keinerlei Bezug zur russischen Kunst hatte und auch im hochpreislichen Markt nicht vertreten war – alles Verdachtsmomente, die der Beklagte kannte oder hätte kennen können und müssen; die Aussagen der Zeugin S. seien widersprüchlich und nicht glaubhaft (act. 657 Rz 208 ff.).

Der Beklagte rügt insbesondere, dass die Vorinstanz wohl die Verdachtsmomente nicht als erwiesen betrachtete, die Vertrauensmomente – wie z.B. ein Angebot von Galerie zu Galerie hingegen nicht erwähnte. Unzutreffend sei sodann die generelle Schlussfolgerung, dass S. finanzielle Probleme bzw. ein Angebot einer Galerie habe, welches nicht dem üblichen Angebot entspreche, sei zumindest seltsam (act. 672 Rz 351 ff.).

Vorab ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass das Beweisverfahren klar ergeben hat, dass ein direkter Bezug zwischen dem Beklagten und der involvierten Galerie ... nicht hergestellt werden konnte. Die entsprechenden Aussagen des Zeugen G. (Prot. VI S. 233), dem Rechtsverteter des Beklagten, der auch in die Vertragsabwicklung eingebunden war, sind glaubhaft und werden von den Parteien nicht in Frage gestellt. Die vom Kläger gegenüber der Zeugenaussage von S. erhobenen Bedenken bezüglich ihrer Aussagen zum Bezug zu russischen Künstlern und insbesondere zu ihren Aussagen zur Frage, ob die Galerie ... auch im hochpreislichen Markt tätig war, erscheinen insoweit verständlich, als die Zeugin in ihrer Befragung in verschiedener Hinsicht Unsicherheiten mit Bezug auf Namen oder Zeitpunkte äusserte (Prot. VI S. 246 ff.). Im Laufe der Befragung ergab sich auch, dass sie z.B. vom Künstler ... nur gerade ein Bild für Fr. 600'000.-- verkaufte und nicht wie ursprünglich gesagt, mehrere Bilder. Der Kläger hatte bereits in der Stellungnahme zum Beweisergebnis darauf hingewiesen (act. 640 S. 57 ff.). Die Zeugin räumte indes ein, dass sie gewisse Zahlungsschwierigkeiten hatte und ihre Aussagen erscheinen als Ganzes – wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat (act. 647 S. 45) – glaubhaft, auch wenn sie die Grösse und Bekanntheit ihrer Galerie etwas überzeichnet dargestellt haben mag (Prot. VI S. 256). Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Galerie habe einen gewissen Bezug zur russischen Kunst gehabt, wobei nicht klar sei, ob es sich dabei um russische Avantgarde handelte, erscheint daher zutreffend. Auch mit Bezug auf die Frage, ob die Galerie im Hochpreissegment Kunst anbot, erscheint die Würdigung richtig, dass dies sporadisch der Fall gewesen sei. Keine Hinweise ergab das Beweisverfahren dafür, dass die Galerie ... vor dem Kauf zurückgeschreckt sei, weil sie sich nicht auf "heisse Ware" habe einlassen wollen oder die involvierten Galerien wegen Handels mit allenfalls gestohlenen Bildern einen schlechten Ruf hatten. Wie es zu den

Kontakten zwischen den beiden Galerien kam, hat die Zeugin S. glaubhaft dahingehend geschildert, dass sie gehört habe, dass die Galerie ... bekannt sei für Handel mit russischer Kunst (Prot. VI S. 240). Der Zeuge G. hatte seinerseits erklärt, dass Frau C. zusammen mit MH1988 eine Galerie (...) eröffnete, die sich auf zeitgenössische russische Kunst spezialisiert habe, wobei er erklärte, dass Frau C. seines Wissens ursprünglich Russin gewesen sei oder mindestens russisch gesprochen habe (Prot. VI S. 228/229). Die Galerie existierte als Folge des Todes von MH (dabei) nur eine kurze Zeit.

Aus dem Umstand, dass der Beklagte das Bild in der Galerie ... und unter Einbezug der Galerie ... erworben hat, lassen sich die vom Kläger behaupteten Verdachtsmomente nicht ableiten. Ebenso wenig kann aufgrund des Beweisverfahrens davon ausgegangen werden, dass die Galerie .. mit Bezug auf den Handel mit möglichem Deliktsgut nicht vertrauenswürdig war.

6.3. Der Kläger macht auch im Berufungsverfahren geltend, der Umstand, dass der Beklagte beim Kauf des Bildes nicht wusste, wer der Veräusserer war, sei weiteres Indiz dafür, dass das Bild einen deliktischen Hintergrund hatte und für den Beklagten Anlass für Misstrauen begründete; dies selbst wenn man der unzutreffenden Annahme der Vorinstanz folge, wonach die Anonymität eines Anbieters Ende der 1980er-Jahre in Kunstkreisen als unverdächtig gegolten habe. Der branchenvertraute Beklagte habe genügend andere, gewichtige Anhaltspunkte gehabt (konkrete Warnung von H., Angebot als absolut aussergewöhnliches Ereignis, kaum legaler Markt für Originalwerke von ..., illegale Ausfuhr, fehlende Vertrauenswürdigkeit der Vermittlerin), um nach vernünftigem Ermessen davon ausgehen zu müssen, dass das streitgegenständliche Bild einen deliktischen Hintergrund hatte bzw. dass dessen Anbieter nicht verfügungsberechtigt sein konnte. Der Kläger erachtet die Beweiswürdigung der Vorinstanz als unzutreffend und nicht zielführend, weil die generalisierende Schlussfolgerung ausser Acht lasse, dass der Beklagte eben nicht nur mit dem Umstand der Anonymität des Veräusserers konfrontiert gewesen sei, sondern mit zahlreichen weiteren Umständen. Er geht unter Wiederholung seiner Kritik am Gutachter und dessen Gutachten auch

davon aus, dass auf das Gutachten nicht abgestellt werden könne (act. 657 Rz 41 f. und Rz 216 ff. vgl. auch Stellungnahme zum Beweisergebnis act. 640 Rz 113).

Der Beklagte hält im Berufungsverfahren daran fest, dass die Galeristin S. die Verkäuferin des Bildes war und die Thesen des Klägers im Beweisverfahren widerlegt worden seien (act. 672 Rz 354 ff.).

Die Vorinstanz kam in Würdigung der abgenommenen Beweise zum Schluss, dass S. beim Verkauf des Bildes zwar als Verkäuferin auftrat, aber nicht Eigentümerin des Streitgegenstandes war, was dem Beklagten bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Sie erachtete es sodann insbesondere gestützt auf die Aussagen des Zeugen P. (Prot. VI S. 310 ff.) sowie gestützt auf das Gutachten (act. 245 S. 5 ff.) als erstellt, dass 1989 der Verkauf von Bildern durch Galerien regelmässig in Kommission erfolgte und es auch normal war, dass der frühere Eigentümer jeweils anonym blieb.

Der im Recht liegende Kaufvertrag (act. 34/7) nennt ausdrücklich S. als Verkäuferin. Bereits in der Klageantwort liess der Beklagte allerdings geltend machen, er habe sich über die Galerie ... bei der Galerie ... ausdrücklich über das Verfügungsrecht des Veräusserers erkundigt (act. 32 Rz 35). Er geht mithin selber davon aus, dass es nicht die Galeristin war, welche Veräusserin war. Im Recht liegt sodann die Bestätigung der Galerie ... gegenüber LC. von der Galerie ..., wonach der Veräusserer Verfügungsberechtigter sei, sich das Bild seit mehreren Jahren in einem Banksafe befinde und der Eigentümer des Bildes der Bank demnach seit mehreren Jahren bekannt sei (act. 34/6). Dass H., eine Kennerin der russischen Kunst, das Bild im Auftrag des Beklagten bei ebendieser Bank auf seine Echtheit prüfte, ist unbestritten. In der rogatorischen Befragung hat H. dies bestätigt (act. 618 S. 113).

Mit Bezug auf die Frage ob der Umstand, dass der Veräusserer nicht bekannt war Verdachtsmoment sein musste, zeigte sich im Beweisverfahren insbesondere in den Aussagen des Zeugen P. aber auch im Gutachten, dass dieser Umstand in Kunstkreisen und beim Verkauf von Bildern durch Galerien jedenfalls nicht unüblich war. Auch H. bezeichnete dies in ihrer rogatorischen Einvernahme als mögli-

ches Vorgehen (act. 618 S. 105 f.). Die Vorinstanz hat die Beweismittel im Einzelnen aufgeführt und differenziert gewürdigt (act. 647 S. 47 - 52). Der Kläger setzt sich damit nicht auseinander, bestreitet indes die Richtigkeit der wiedergegebenen Äusserungen nicht. Insbesondere nicht nachvollziehbar ist der Einwand des Klägers, dass der Gutachter Dr. F. seine Schlussfolgerungen nicht auf die eigene Erfahrung stützen können soll, sondern Recherchen und die Literatur notwendig seien. Als Direktor eines Auktionshauses berufsmässig mit dem Kunsthandel beschäftigt, war er für die Beantwortung von Fragen, was in eben diesem Handel üblich war bzw. was Anlass gab für einen Verdacht, geradezu prädestiniert und die Fragestellung zielt gerade auf Erfahrungen ab. Die Vorinstanz hat sich sodann im Einzelnen mit der vom Kläger bereits in der Stellungnahme zum Beweisergebnis angebrachten Kritik an den Antworten des Gutachters auseinandergesetzt und – wie teilweise bereits in ihrem Beschluss vom 31. August 2009 (act. 517) – zutreffend dargelegt, dass es nicht Sache des Gutachters sei, über die Fragestellung hinaus weitere Elemente in die Begründung einzubeziehen oder sich zu rechtlichen Belangen zu äussern. Dass der Beklagte aus dem Umstand, dass der Veräusserer anonym blieb, Verdacht schöpfen musste, leitet der Kläger im Übrigen selbst immer wieder aus den *weiteren* Umständen ab. Diese Argumentation vermag selbstredend nur dann zu überzeugen, wenn sich eben diese Umstände im Beweisverfahren erhärten lassen. Dies ist – wie mit Bezug auf die Frage der fehlenden Vertrauenswürdigkeit der beiden Galerien bereits dargetan – nicht der Fall. Nur ergänzend sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die von der Vorinstanz zitierte Aussage von H., ob das Fehlen von Angaben zum Verkäufer allgemein als verdächtig erscheinen müsse, auch von ihr jedenfalls nicht klar beantwortet wurde (act. 618 S.101). Wie auch bei zahlreichen andern ihr gestellten Fragen zeigte sich in der Befragung, dass sie diese teilweise nicht oder nicht richtig verstand. Insgesamt erweist sich die Schlussfolgerung der Vorinstanz als zutreffend und es kann davon ausgegangen werden, dass es 1989 nicht grundsätzlich verdächtig war, wenn beim Kauf des Bildes der Veräusserer nicht bekannt war.

6.4. Gestützt auf die Vorbringen der Parteien und aufgrund der Erkenntnisse aus dem Beweisverfahren ist davon auszugehen, dass das streitgegenständliche Bild

im Jahr 1989 als der Beklagte es erwarb, bereits mehrere Jahre im Safe einer Genfer Bank gelegen hatte. Der Verkäufer blieb anonym, dem Beklagten wurde seitens der veräussernden Galerie ... (über die Galerie ...) aber bestätigt, dass der Verkäufer verfügungsberechtigt sei. Hätte sich bereits dieser Veräusserer erfolgreich gegen eine Besitzesrechtsklage wehren können, würde dies – wie im angefochtenen Entscheid zutreffend festgehalten (act. 647 S. 9) – dazu führen, dass der Beklagte Eigentum erworben hätte und er dies jedem früheren Besitzer gegenüber geltend machen kann (Stark, Berner Kommentar, 3. Aufl., 2001, N 17 zu Art. 936 ZGB). Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang erwogen, dass der Beklagte nie konkret behauptet habe, dass eine andere Person vor ihm das Bild bereits rechtsgültig erworben habe. Er habe diesbezüglich lediglich Vermutungen aufgestellt (act. 647 S. 33).

Zutreffend ist, dass der Beklagte vor Vorinstanz und auch im Berufungsverfahren nie konkret positiv behauptet hat, der Veräusserer sei verfügungsberechtigt gewesen. In der Klageantwort hatte der Beklagte ausgeführt, dass zwischen dem behaupteten Raub im Jahre 1978 und dem Kauf 1989 11 Jahre lägen und es deshalb durchaus denkbar sei, dass bereits die Person, welche dem Beklagten das Bild im Jahre 1989 verkauft hat oder eine andere Person vor ihr das Bild gutgläubig und damit rechtswirksam erworben habe (act. 32 Rz 88). Wiederholt sprach der Beklagte in seinen Rechtsschriften vom "angeblichen" Rechtsmangel, wobei nicht klar wird, worauf sich das "angeblich" bezieht, auf den behaupteten (und ausdrücklich bestrittenen) Diebstahl oder auf die fehlende Verfügungsberechtigung des Veräusserers. Indem sich der Beklagte bereits vorinstanzlich mehrfach auf die Bestätigung der Galerie ... berief (act. 34/6) und er immer auch geltend machte, er habe sich darauf verlassen dürfen, liesse sich auch die Auffassung vertreten, er habe sich sinngemäss auf die Verfügungsberechtigung des Veräusserers berufen. Auch in der wiederholt vorgebrachten Behauptung, es sei vom Diebstahl erst im Jahre 2001 allgemein Kenntnis erlangt worden und es sei nicht ersichtlich, wie vor diesem Zeitpunkt irgend jemand davon hätte wissen können, weshalb sämtliche vorherigen Erwerber verfügungsberechtigt gewesen wären (act. 672 Rz 251) lässt sich eine derartige sinngemässe Behauptung erblicken.

Der Kläger ging auf der andern Seite bereits in der Klagebegründung davon aus, dass nach dem massgeblichen russischen Recht nach dem Diebstahl weder ein gut- noch ein bösgläubiger Erwerber Eigentümer am gestohlenen Bild werden konnte. Weder der Dieb noch irgend ein nachfolgender (auch gutgläubiger) Käufer habe deshalb Eigentum am streitgegenständlichen Bild erwerben können (act. 2 Rz 325). Er ging vorinstanzlich somit gestützt auf anwendbares russisches Recht *aus rechtlichen Gründen* von der fehlenden Verfügungsberechtigung des Verkäufers aus (vgl. auch z.B. act. 52 Rz 97).

Nachdem der Kläger in der Klagebegründung gestützt auf einen entsprechenden Hinweis im Werkkatalog von AN über ... (act. 4/22 S. 142) erklärte, dass das Bild bereits seit den 1980er-Jahren in der Schweiz gewesen sei (act. 2 Rz 99) und er in der Replik behauptete, das Bild habe 1989 seit mehreren Jahren in einem Banksafe in der Schweiz gelegen (act. 52 Rz 120), wovon mangels Bestreitung seitens des Beklagten auszugehen ist, dann wäre auch mit Bezug auf eine Besitzesrechtsklage gegen den Veräusserer schweizerisches Recht anwendbar. Dies wiederum bedeutet, dass bereits gegenüber dem Verkäufer des Beklagten die Eigentumsvermutung gemäss Art. 930 ZGB zum Tragen kam, welche nur mit dem vom Kläger zu erbringenden Nachweis der Bösgläubigkeit umgestossen werden kann. Konkrete Behauptungen hiezu haben die Parteien nicht vorgebracht. Es blieb im Prozess unklar, auf welchem Weg und allenfalls über welche Stationen das Bild in jenem Banksafe landete, von wo aus es dem Beklagten verkauft wurde. Mangels entsprechender Behauptung war die Frage nicht Prozess- bzw. Beweisthema.

Geht man – anders als die Vorinstanz – davon aus, es sei die Verfügungsberechtigung des damaligen anonymen Veräusserers mindestens sinngemäss behauptet, dann wäre festzustellen, dass diese Behauptung einzig aus rechtlichen Gründen (anwendbares Recht) bestritten wurde, welcher Behauptung keine dem Beweisverfahren zugängliche, strittigen Tatsachenbehauptungen unterlegt waren. Es bliebe bei der Vermutung des Eigentums. Dass der Beklagte das Bild von einem *Nichtberechtigten* erwarb, was Voraussetzung der Besitzesrechtsklage ist, wäre nicht nachgewiesen. Es müsste davon ausgegangen werden, dass der Klä-

ger das streitgegenständliche Bild vom Beklagten – unabhängig von einem allfälligen bösen Glauben – nicht mehr mittels Besitzrechtsklage erhältlich machen könnte, was zur Abweisung der Klage führen müsste. Es rechtfertigt sich indes auch zu den weiteren Umständen und Vorbringen Stellung zu nehmen.

6.5. Seltenheit von Originalwerken auf dem Kunstmarkt

Die Vorinstanz erachtete es gestützt auf das Beweisverfahren als erstellt, dass das Auftauchen eines Originalwerkes von ... auf dem Markt 1989 ein aussergewöhnliches Ereignis darstellte; ebenso, dass es in Kunstkreisen bekannt war, dass Originalwerke von ... kaum legal auf dem Markt erhältlich gewesen seien. Im Zusammenhang mit dem Kauf eines Gemäldes von ... sei auch besondere Sorgfalt geboten gewesen; dies in erster Linie deshalb, weil vor allem gefälschte Werke auf dem Markt gewesen seien. Die Gefahr der illegalen Herkunft habe zwar bestanden, sei aber nicht in allen Kreisen gleich verbreitet gewesen. Gestützt auf das in der Folge knapp, aber hinreichend begründete Gutachten bzw. Ergänzungsgutachten (act. 245 und act. 557) erachtete es die Vorinstanz demgegenüber als nicht erstellt, dass der hochpreisliche Markt der allgemeinen Künste allgemein besonders anfällig sei für gestohlene Ware. Ebenfalls als nicht erstellt erachtete sie, dass es 1989 in der Kunstbranche allgemein bekannt gewesen sei, dass aus der Sowjetunion geschmuggelte Kulturgüter in der Regel geraubt oder dem rechtmässigen Besitzer auf andere Weise unberechtigt entwendet worden waren. Das Gutachten sei in dieser Frage dürftig. Auch wenn das allgemeine Wissen aber nachgewiesen wäre, stünde nicht fest, dass der Beklagte dieses auch tatsächlich hatte. Die Frage hätte damit allenfalls nur Einfluss auf das Mass der vom Beklagten zu fordernden Sorgfalt, was sich letztlich aber nicht auszuwirken vermöchte (act. 647 S. 52 - 62).

Der Beklagte bestreitet die vorinstanzliche Würdigung mit Bezug auf die Aussergewöhnlichkeit des Angebotes eines ...-Bildes und erklärt es gestützt auf das Beweisergebnis als unzutreffend, ein allfällig "ungewöhnliches" Angebot mit "verdächtig" gleich zu setzen. Hiefür gebe es weder in den Vorbringen des Klägers noch aufgrund des Beweisverfahrens eine Stütze (act. 672 Rz 143 ff. und Rz 358 ff.).

Bereits vor Vorinstanz war unbestritten, dass im fraglichen Zeitraum die Kunst der russischen Avantgarde als solche und auch der Export von russischen Bildern, die vor 1945 geschaffen worden waren, verboten war (so z.B. act. 2 Rz 40; act. 32 Rz 66; act. 52 Rz 68). Die Illegalität bezog sich dabei auch in der Darstellung des Klägers jedenfalls auch auf die Missachtung der öffentlich-rechtlichen Veräußerungsbestimmungen, deren sich auch der Beklagte bewusst war, wie er z.B. im von der Vorinstanz zitierten Weltwoche-Artikel selbst zitiert wird (act. 53/16). Dass 1989 allgemein bekannt war, dass aus der Sowjetunion geschmuggelte Kunst in der Regel geraubt oder sonst wie dem Eigentümer abhanden gekommen war (Beweissatz 24, Prot. VI S. 49), ergab sich aber aus dem Beweisverfahren nicht: Der als Beweismittel angerufene Weltwoheartikel vermag hierfür ebenso wenig einen hinreichenden Beweis zu liefern wie die Berichte der Auktionshäuser Sotheby's und Christie's (act. 143 und act. 125). Das Gutachten (act. 245) und dessen Ergänzung (act. 557) lassen diesen Schluss ebenfalls nicht zu. Der Gutachter verneint die Frage, ob es richtig sei, dass im Jahr 1989 in der Kunstbranche allgemein bekannt war, dass aus der Sowjetunion geschmuggelte Kulturgüter in der Regel geraubt oder den daran Berechtigten auf andere Art unberechtigt entwendet worden waren, explizit und geht im Weiteren einzig auf die damalige nach westlicher Rechtsordnung möglicherweise als widerrechtlich qualifizierte Entziehung von Kunst und Kulturgut in den sozialistische Staaten hinter dem "Eisernen Vorhang" ein (act. 245 S. 10/11 und act. 557 S. 9/10). Das Wissen über diese letzteren Vorgänge sei erst im Laufe der 1990er-Jahre im Zuge der Öffnung des Ostens ins Allgemeinwissen eingeflossen. Diese Erkenntnisse erscheinen nachvollziehbar und stimmen auch mit den Zeugenaussagen überein: Sowohl die Zeugin H. wie auch die Zeugin E. bejahten sowohl die Aussergewöhnlichkeit des Auftretens eines ...-Gemäldes auf dem Markt wie auch die besondere Vorsicht, die bei einem solchen Angebot notwendig gewesen sei. Diese Vorsicht bezogen beide Kunstkennerinnen aber jeweils auf die Echtheit und nicht auf den Umstand dass das Bild gestohlen sein konnte (act. 618 S. 112; act. 620 S. 27/8). Auch die Frage der Legalität bezog H. primär auf die Echtheit der Bilder, wobei sich ihre Aussage auf die gesamte russische Kunst und nicht nur auf den Künstler ... bezog (a.a.O.). Auch der Zeuge D. (act. 619 S. 71/72 und S. 81) nannte mit Bezug

auf die gebotene Sorgfalt bei einem ...-Angebot vor allem Echtheit, den Rechtstitel und die angemessene Konservierung als potenzielle Probleme.

Ein rechtsgenügender Nachweis dafür, dass Kulturgüter aus der Sowjetunion in der Regel deliktischer Herkunft im Sinne von Diebstahl oder Raub waren und dies in der Kunstbranche 1989 allgemein bekannt war, kann gestützt auf das Beweisverfahren nicht angenommen werden. Es kann ergänzend auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

Da auch eine Bejahung des vom Kläger behaupteten Allgemeinwissens in jener Zeit kein konkretes Wissen des Beklagten nachzuweisen vermöchte, ist der Vorinstanz aber auch darin zuzustimmen, dass sich dieses einzig auf den Sorgfaltsmassstab des Beklagten auszuwirken vermöchte.

6.6. Die Vorinstanz erachtete gestützt auf das Beweisverfahren die klägerische Behauptung, dass der Beklagte das Bild zu einem auffallend niedrigen Kaufpreis gekauft habe als gescheitert (act. 647 S. 62 - 65). Der Kläger rügt im Berufungsverfahren (act. 657 Rz 228 ff.) wie bereits im Rahmen der Stellungnahme zum vorinstanzlichen Beweisergebnis (act. 640 S. 65 ff.) Methodik und Ergebnis des gerichtlichen Gutachtens und dessen Ergänzung (act. 245 und act. 557). Er stellt demgegenüber auf die von ihm im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens eingeholten privaten Gutachten ab. Demgegenüber erachtet der Beklagte die klägerische Auffassung als unzutreffend und verweist seinerseits – wie bereits in der Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 572 Rz 172 ff. und Rz 369, act. 640 Rz 122) – auf ein Schreiben des klägerischen Rechtsvertreters an den Friedensrichter, wo dieser von einem Schätzwert von sicher USD 1,5 Mio. ausgeht.

Die Vorinstanz setzte sich mit den Einwendungen des Klägers im Einzelnen auseinander und begründete insbesondere auch, weshalb auf das gerichtliche Gutachten abgestellt wurde und nicht auf die Parteigutachten, welche wie Parteibehauptungen zu werten sind und als Beweis zugunsten der eigenen Partei nicht als Beweismittel taugen. Sodann hat sie erwogen, dass das ergänzende Gerichtsgutachten durchaus begründet und nachvollziehbar erscheine. Dem kann unter Hinweis auf die zutreffenden Erwägungen ohne weiteres gefolgt werden. Wenn sie

der Auffassung und den Parteigutachten des Klägers (der im Übrigen die Parteigutachten des Beklagten, welche zu einem massiv geringeren Wert führten aus seiner Betrachtungsweise ausblendet) widersprechen, vermag dies an der nachvollziehbaren Begründung nichts zu ändern. Neben den Parteigutachten und dem gerichtlich anzuordnenden Gutachten wurden für die Beweisfrage – die dem Gutachter durchaus als Entweder-oder-Frage unterbreitet wurde (act. 245) – keine weiteren Beweismittel genannt (Prot. VI S. 56/57). Insbesondere die vom Zeugen Toussaint (ac. 640 Rz 182) genannte Werte spielen deshalb keine Rolle. Nicht als Beweismittel dienen kann auf der andern Seite aber auch das vom Beklagten im Rahmen der Stellungnahme zum Beweisergebnis und damit verspätet eingereichte Schreiben des klägerischen Rechtsvertreters dienen. Hingegen ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Umstand, dass das streitgegenständliche Bild Sotheby's zu einem Kaufpreis von USD 1 Mio. hätte verkauft werden sollen, wesentlich dafür spricht, dass der vom Beklagten bezahlte Preis (USD 1,05 Mio.) eben nicht auffällig tief war. Was der Kläger zum Zustandekommen des Angebotes an Sotheby's ausführt (act. 657 Rz 234 f.) erweist sich als spekulativ.

6.7. Nicht bestritten ist, dass sich das streitgegenständliche Bild – als es der Kläger 1989 erwarb – in einem schlechten Zustand befand. Die Vorinstanz kam sodann in Würdigung der hiezu angebotenen Beweise zum Schluss, dass nicht erstellt werden konnte, ob es aus dem Rahmen geschnitten wurde, indes davon auszugehen sei, dass der Kläger es in ungerahmten Zustand kaufte. Dass ein früherer Schriftzug auf der Rückseite des Bildes vor dem Verkauf entfernt wurde, habe sich sodann im Beweisverfahren nicht erstellen lassen (act. 647 S. 65 - 67 und S. 68 - 71). Der Beklagte macht in der Berufungsantwort zu Recht geltend (act. 672 Rz 373 f.), dass diese Frage für die Entscheidungsfindung nicht von Relevanz sein kann. Es erübrigt sich daher, darauf näher einzugehen.

6.8. Mit Bezug auf die Provenienzabklärung kam die Vorinstanz gestützt auf das gerichtliche Gutachten zum Schluss, dass diese bereits 1989 üblich war (act. 647 S. 67/68). Der Kläger schliesst sich dem in der Schlussfolgerung an, der Beklagte stellt dies in der Berufungsantwort in Abrede (act. 672 Rz 370 ff.). Es ist unter Hinweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen und dabei auch die vorinstanzliche

Auseinandersetzung mit den Einwendungen des Klägers gegen das Gutachten, nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz auf die differenzierte Auffassung des Gutachtens abstellt. Diese gehen aber dahin, dass sich der Hintergrund und die Gewichtung bei der Provenienzabklärung erst nach der Öffnung des Ostens und der aufgekommenen Raubkunstdiskussion auf die Klärung der Verfügungsberechtigung verschob. Vorher habe sich die Provenienzabklärung demgegenüber auf die Echtheitsprüfung oder aber auf allfällige renommierte Vorbesitzer konzentriert. Die Klärung der Verfügungsberechtigung setzt der Gutachter mit überzeugender Begründung zeitlich nach 1989 an (act. 245 S. 4). Die weiteren zur Frage angebotenen Beweismittel brachten keine weiteren Erkenntnisse. Es kann davon ausgegangen werden, dass 1989 zwar Provenienzabklärungen üblich waren, diese sich aber auf die Echtheit konzentrierten.

6.9. Warnung von H.

Die Vorinstanz ging im angefochtenen Entscheid davon aus, dass der Beklagte allenfalls zusätzliche Vorsichtsmassnahmen hätte treffen müssen wenn er wie vom Kläger behauptet von H. eine Warnung erhalten hatte, dass sich auf dem Markt ein gestohlenen ...-Bild befinde. Sie ging von einer entsprechenden Warnung gestützt auf die rogatorische Einvernahme von H. aus, die sie als glaubhaft qualifizierte, erachtete es indes als nicht nachgewiesen, dass der Beklagte aufgrund dieser Warnung den Schluss zog bzw. ziehen musste, dass es sich beim gestohlenen Bild um den Kaufgegenstand handelte (act. 647 S. 72 - 75).

Der Kläger geht in der Berufungsbegründung davon aus, dass der Beklagte aufgrund der Warnung von H. zusammen mit den andern Verdachtsmomenten unmittelbar bösgläubig geworden sei. Durch die Herkunftsangabe der Information (Dr. Sch.) hätte es der Beklagte in der Hand gehabt, Abklärungen zu treffen und inhaltlich sei die Information auch so gewesen, dass der Beklagte aufgrund der Warnung darauf schliessen musste, dass mit dem Hinweis das streitgegenständliche Bild gemeint war (act. 657 Rz 240 ff.). Gestützt auf die Einvernahme von H. als Ganzes geht der Kläger von einer verkürzten und unzutreffenden Würdigung durch die Vorinstanz aus (a.a.O.).

Der Beklagte steht wie gesehen auch im Berufungsverfahren auf dem Standpunkt, die Einvernahme von H. sei wegen unzulässigen Vorgehens der Klägerseite nicht verwertbar. Er stellt sodann die Glaubhaftigkeit der Aussagen in Frage und macht geltend, dass das fragliche Gespräch zwischen H. und dem Beklagten 1989, eine erste Befragung durch die klägerischen Anwälte indes erst 2002 und die rogatorische Einvernahme sogar erst 2009 stattgefunden habe. Erstaunlicherweise sei die Erinnerungsleistung der Zeugin in der rogatorischen Einvernahme besser gewesen als in der ersten Einvernahme. Hinzu komme, dass die Glaubwürdigkeit von H. höchst fragwürdig sei, weil sie vom Kläger in ungehöriger Weise kontaktiert und beeinflusst worden sei. Dabei verweist der Beklagte auf die bereits im vorinstanzlichen Verfahren aktenkundigen Kontakte, u.a. ein Schreiben vom 23. Januar 2000 (act. 4/54), in welchem der Kläger H. an ein Versprechen erinnert, gemäss welchem sie ihn unterstützen wolle bei der Wiedererlangung des Bildes. Er weist erneut auf Widersprüche innerhalb der Zeugenaussage und auf solche zwischen der privaten Befragung und der Zeugeinvernahme hin sowie darauf, dass H. in der rogatorischen Einvernahme die aktenkundigen Kontakte zum Kläger nicht erwähnt habe (act. 672, insbes. Rz 118 - 142).

Die Vorinstanz hat sich zur Frage der grundsätzlichen Verwertbarkeit der in den beiden Befragungsprotokollen dokumentierten Aussagen von H. (act. 4/5 und act. 618), zu deren Glaubwürdigkeit und zur Glaubhaftigkeit von deren Aussagen einlässlich geäußert (act. 647 S. 15 - 18) und sie ging im Zusammenhang mit der in Frage stehenden Warnung davon aus, es bestehe kein Anlass daran zu zweifeln, dass sie in der rechtshilfweise ergangenen Einvernahme wegen ihrer vorprozessual erstatteten Aussagen nicht mehr in der Lage gewesen sei, frei und unbefangen zu antworten (act. 647 S. 73). Dem ist mit der nachfolgenden Ergänzung zuzustimmen: Die vom Beklagten monierten Kontakte zwischen dem Kläger und H., die insbesondere vorprozessual erfolgten, sind aufgrund der Akten ausgewiesen und es ergibt sich aufgrund der vorprozessualen Befragung, dass H. der Überzeugung war, dem Kläger sei durch den von ihm dargestellten Diebstahl Unrecht geschehen, was wieder gut zu machen sei. Dass sie in der rechtshilfweisen Befragung die Beziehung zum Kläger als kaum vorhanden und eher negativ schilderte (definitiv keine Freunde: act. 618 S. 9) erscheint unter diesen Umständen

jedenfalls auffallend. Auch ihre Kontakte zum Beklagten schilderte sie sehr zurückhaltend. In den Befragungsprotokollen ist zudem eindrücklich dokumentiert, dass und wie die Rechtsvertreter des Klägers 2002 und 2009 von beiden Seiten versuchten, durch nicht durch den Fragenkatalog abgedeckte Ergänzungsfragen auf das Befragungsergebnis Einfluss zu nehmen. Erstaunlich erscheint dabei, dass sich die Zeugin hievon – wie die Vorinstanz zutreffend dargestellt hat – kaum irritieren liess. Es trifft insbesondere zu, dass sie auch auf das eindringliche Befragen hin gegenüber ihrer spontanen Aussage keine relevanten Zugeständnisse machte. Dies spricht für ihre Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage. So stellte sie zum Beispiel klar und unmissverständlich fest, dass anlässlich des Besuchs beim Kläger 1988 das streitgegenständliche Bild nie erwähnt wurde (act. 618 S. 27/8). Der Beklagte hat aber auch zutreffend darauf hingewiesen, dass sich in den Aussagen Widersprüche finden, insbesondere hinsichtlich der streitigen Warnung des Beklagten. Aus den Aussagen ergibt sich aber einheitlich, dass sie den Beklagten im Zusammenhang mit der Mitteilung ihres Prüfberichts auf das ihr zugegangene Gerücht über ein ...-Bild informierte. Wegen der insoweit widersprüchlichen Aussagen nicht erstellt werden kann allerdings, dass die Zeugin selbst das Gerücht klarerweise auf das Bild ... bezog oder den Beklagten darauf hinwies und ihm einen Rat gab. Letzteres verneinte sie nach ausführlichem und eindringlichen Nachfragen aufgrund ihrer unklaren Äusserungen ausdrücklich (act. 618 S. 96) und etwas anderes kann jedenfalls nicht als erstellt betrachtet werden. Dass sie dem Beklagten keinen Rat gab steht im Einklang mit ihrer Auffassung, dass sich nach ihrer Ansicht nicht der Beklagte um die Recherchen hätte kümmern müssen, sondern die Galerie, bei welcher er das Bild erworben hatte (act. 618 S. 75 -77). Der Schlussfolgerung der Vorinstanz ist daher zuzustimmen.

6.10. Als weiteres gewichtiges Indiz für die Bösgläubigkeit des Beklagten bezeichnet der Kläger auch im Berufungsverfahren den Umstand, dass das Auktionshaus Sotheby's Genf im Mai 1989 den zunächst zugesicherten Kauf des Bildes schliesslich abgelehnt hat, was dem Beklagten unbestrittenermassen bekannt war (act. 657 Rz 45 ff.).

Die Vorinstanz kam in Würdigung des Beweisverfahrens hinsichtlich der Frage, weshalb Sotheby's den Kauf schliesslich abgelehnt hatte, zum Schluss, dass die im Prozess edierte diesbezügliche Korrespondenz von Sotheby's ergebe, dass der Grund für die Ablehnung anscheinend darin gelegen habe, dass die russische Botschaft erklärt hatte, die sowjetische Regierung würde ihre Zustimmung zu einem Verkauf eines Gemäldes aus einer privaten Sammlung, welches das Land illegal verlassen hatte, nicht geben (act. 647 S. 94/95 unter Hinweis auf act. 228/4). Der Kläger erachtet diese Würdigung als unzutreffend (act. 657 Rz 269), während der Beklagte davon ausgeht, es sei durch das Beweisverfahren widerlegt, dass in der Ablehnung des Angebots ein Verdachtsmoment liege (act. 672 Rz 60 ff. und Rz 179 ff.).

Die im Beweisverfahren edierte Korrespondenz (act. 228/1-6) zwischen S. und Sotheby's wird in Bestand und Inhalt von den Parteien nicht in Frage gestellt. Es ergibt sich daraus klar, dass Sotheby's Genf am 12. Mai 1989 gewillt war, das Bild vorbehaltlich positiven Befundes des Sachverständigengutachtens für 1 Million US Dollar zu kaufen (act. 228/1). In ihrem Schreiben vom 25. Mai 1989 schildert M. von Sotheby's Genf der Galeristin S. die Entwicklung des damals noch jungen Marktes im Bereich der russischen Avantgarde und dass es dem Auktionshaus dank der neu gelebten Kulturpolitik gelungen sei, aussergewöhnliche Beziehungen in der Sowjetunion zu knüpfen und am 7. Juli 1988 eine Auktion mit – überraschenderweise – beachtlichem Erfolg durchzuführen (act. 228/3). Nach einem Gespräch von Frau M. mit dem Kulturabgeordneten der sowjetischen Botschaft, Herr G., in Bern erklärte sie gegenüber der Galeristin S. dann am 30. Mai 1989, dass dieser ihm bestätigt habe, dass die sowjetische Regierung ihre Zustimmung für einen Verkauf eines registrierten Gemäldes das aus einer privaten Sammlung stamme und welches das Land illegal verlassen habe, keines Falles geben würde (act. 228/4). Sotheby's distanzierte sich damit vom zugesagten Kauf. Der Zeuge P., damaliger Leiter von Sotheby's Schweiz (Prot. VI S. 312), den der Beklagte noch vor dem Kauf wegen der Ablehnung des Kaufs kontaktiert haben will, konnte als Zeuge mit Sicherheit bestätigen, dass er einmal mit dem Beklagten über ein ...-Bild ein Gespräch geführt hatte (Prot. VI S. 313). Er konnte sich aber weder an den Zeitpunkt noch an den genauen Inhalt erinnern. Ebenso wenig vermochte er

sich an die ihm vorgelegte, oberwähnte Korrespondenz konkret zu erinnern. Klar hielt er demgegenüber fest, dass er nicht gewusst habe, dass das Bild gestohlen gewesen sei (Prot. VI S. 319). Weitere Erkenntnisse brachte das Beweisverfahren nicht, wie die Vorinstanz zu Recht festhielt. Insbesondere lässt sich aus dem Umstand, dass der Beklagte in der persönlichen Befragung selbst erklärt hatte, dass sich Sotheby's nicht um die Ausfuhrbestimmungen der jeweiligen Länder kümmerte (Prot. VI S. 190), nichts zugunsten des Klägers ableiten. Dass aus diesem Wissen heraus der Beklagte auf Diebstahl hätte schliessen müssen, ergäbe sich daraus nicht ohne weiteres. Angesichts der in der Korrespondenz geschilderten Öffnung des russischen Marktes und dem aufkommenden Interesse an der russischen Avantgarde scheint es aber auch stimmig und nachvollziehbar, wenn sich die Haltung des Auktionshauses Sotheby's, welches sich auf dem Markt positionieren wollte, diesbezüglich veränderte und es dem Auktionshaus ein Anliegen war, die geknüpften Beziehungen zur damaligen Sowjetunion nicht zu belasten, wie dies der Beklagte in der persönlichen Befragung ausführte (Prot. VI S. 170). Der Inhalt des Absageschreibens deutet sodann klar darauf hin, dass die ausbleibende Bewilligung des Kaufs durch die sowjetischen Behörden an die illegale Ausfuhr anknüpfte.

6.11. Die Vorinstanz hat sich zu den weiteren von den Parteien vorgebrachten Umständen, die als Indizien für die Bös- bzw. Gutgläubigkeit des Beklagten eingebracht wurden, im Einzelnen geäußert. Es kann vorab darauf verwiesen werden (act. 647 S. 75 - 79; § 161 GVG/ZH). Zutreffend ist, dass im Zusammenhang mit der Einhaltung der Sorgfaltspflicht zu prüfen ist, ob und wenn ja welche Abklärungen der Beklagte hätte weiter treffen können und müssen. Aus dem unbestrittenen Umstand, dass er das Bild nie ausgestellt hat oder dass er es einem hochangesehenen Kunstrestaurator übergeben hat, lässt sich zulasten oder zugunsten des Beklagten nichts Schlüssiges ableiten. Schliesslich hat der Kläger Vorgänge als Indizien für den bösen Glauben des Beklagten angeführt ohne einen direkten Bezug zum Beklagten auch nur zu behaupten, was zur Entscheidungsfindung nicht beiträgt. Die Parteien haben dem im Berufungsverfahren nichts Konkretes entgegengesetzt (act. 657 Rz 245 ff.; act. 672 Rz 382), weshalb sich Weiterungen erübrigen.

6.12. Es ergibt sich aus dem Beweisverfahren, dass der Beklagte im Zeitpunkt des Erwerbs des Bildes ... keine konkrete Kenntnis hatte, dass dieses Bild gestohlen war. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (act. 647 S. 80) wurde er weder bei einem Besuch der Sammlung der klägerischen Familie 1988 noch vor dem Kauf 1989 von H. direkt über den Diebstahl des Gemäldes informiert.

7. Wusste der Beklagte im Zeitpunkt des Kaufs nicht um den Rechtsmangel, dann ist zu prüfen, ob er unter Berücksichtigung sämtlicher massgeblicher Umstände nicht um den Rechtsmangel wissen musste und ob er die gebotene Aufmerksamkeit und Sorgfalt angewendet hat. Die Anrufung des Gutgläubenschutzes nach Art. 3 Abs. 2 ZGB entfällt, wenn dies nicht der Fall war – allerdings nur dann, wenn die mangelnde Aufmerksamkeit bzw. Sorgfalt für die fehlende Kenntnis des Rechtsmangel kausal war.

7.1. Die Vorinstanz hat aufgrund der massgeblichen Lehre und Rechtsprechung die Grundlagen für die Beurteilung der erforderlichen Sorgfalt dargelegt und für die Bemessung des Sorgfaltsmassstabes insbesondere auf die sachlichen und persönlichen Umstände abgestellt. Dies wird im Berufungsverfahren zu Recht nicht beanstandet. Es kann grundsätzlich auf diese Erwägungen verwiesen werden (act. 647 S. 80 - 82; § 161 GVG/ZH). Beide Parteien gehen davon aus, dass die konkreten gesamtheitlichen Umstände im Zeitpunkt des Erwerbs massgeblich sind, mithin alle Umstände, die sich einem redlichen Dritten im Erwerbszeitpunkt bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit präsentierten (act. 657 Rz 115 ff. und Rz 250; act. 672 Rz 269 ff.).

Dabei ist – was selbstverständlich erscheinen mag – festzuhalten, dass die heute im Kunsthandel massgeblichen Massstäbe, die sich in der Gesetzgebung (Kultur-gütertransfersgesetz (KGTG), in Kraft seit 1. Juni 2005) wie auch in der Lehre und Rechtsprechung niedergeschlagen haben, nicht einfach auf das in casu relevante Jahr 1989 übertragen lassen. Im Jahre 1989 bestanden Eiserner Vorhang und die Sowjetunion noch. Es existierte unbestrittenermassen ein Ausfuhrverbot für Kunst, die vor 1945 geschaffen worden war und der Gutachter hielt im Zusammenhang mit den Provenienzabklärungen gestützt auf die geschichtliche Entwicklung wie gesehen fest, dass sich die Erforschung der Provenienz erst in der Folge

des Fallens des Eisernen Vorhangs und spätestens seit der Washingtoner Konferenz zum Umgang mit "Holocaust-Era Looted Assets" im Dezember 1998 vom reinen Besitznachweis auf die Untersuchung der Verfügungsberechtigung und die Untersuchung von allfälligen Rechtsmängeln bei der Eigentumsübertragung wandelte. Zum Ende des 20. Jahrhunderts habe sich das öffentliche Interesse am Themenkomplex Raubkunst aus vielfältigen Gründen, wie dem Ablauf von Sperrfristen, der Öffnung der ehemals kommunistischen Staaten und dem Zugang zu den Archiven, aber auch als Folge der Beschleunigung der Information durch neue Medien verstärkt (act. 245 S. 2 ff., act. 557 S. 4). Aufgrund des seit der Öffnung der kommunistischen Staaten entstandenen Wissens liege heute die Vermutung der Entziehung von Kunst und Kulturgut in den sozialistischen Staaten nahe. Solches Wissen müsse aber für das Jahr 1989 verneint werden (act. 245 S. 10/11 und act. 557 S. 9). Beide Parteien gehen im Verfahren sodann davon aus, dass in dieser Zeit sich das Interesse an der russischen Avantgarde allgemein zu verbreiten begann, im Rahmen des Beweisverfahrens wurde dies durch das offenbar auch für das Auktionshaus Sotheby's überraschend grosse Interesse an einer entsprechenden Ausstellung russischer Kunst im Jahre 1988 bestätigt.

All das zwischen dem Erwerbs- und dem Urteilszeitpunkt teilweise allgemein, jedenfalls aber branchenkundig gewordene Wissen, kann der Beurteilung des vorliegenden Falles nicht zugrunde gelegt werden. Und wenn der Kläger und die Vorinstanz in Anlehnung an die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (die Vorinstanz auch gestützt auf einen älteren obergerichtlichen Entscheid des Kantonsgerichts Schaffhausen) annehmen (act. 647 S. 82; act. 657 Rz 115 ff.), es gelte im Kunsthandel generell ein erhöhter Sorgfaltsmassstab, kann dies auch nicht einfach auf das Jahr 1989 übertragen werden. Eine differenzierte Betrachtung gebietet sich aber auch deshalb, weil der Beklagte unbestrittenermassen nicht *Kunsthändler*, sondern *Kunstsammler* ist.

7.2. Massgebend für die Beurteilung der Frage, ob der Beklagte beim Erwerb des streitgegenständlichen Bildes die gebotene Sorgfalt angewendet hat, müssen die konkreten Umstände sein. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid bei der abschliessenden Beurteilung die sachlichen und auch die persönlichen Um-

stände des konkreten Geschäfts im Einzelnen nochmals dargelegt und anschliessend einer Gesamtwürdigung unterzogen. Wenn der Kläger in der Berufung geltend macht, dass eben diese Gesamtwürdigung fehle (act. 657 Rz 250), dann trifft dies so nicht zu. Er ist auf Ziff. 4.2.1. - 4.2.5 des angefochtenen Entscheides zu verweisen (act. 647 S. 81 - 91). Der Beklagte geht auf der andern Seite davon aus, die Vorinstanz habe sich vom Kläger leiten lassen und keine Würdigung der damaligen Umstände vorgenommen und die vom Beklagten tatsächlich erfolgten Bemühungen zu wenig beachtet (act. 672 Rz 52 ff.). Dies trifft insoweit zu als das Verkaufsgeschäft und die dazu vorhandenen Dokumente in Ablauf und Bestand unbestritten geblieben sind und die Auffassungen der Parteien nur hinsichtlich ihrer Bedeutung auseinandergehen.

7.3. Der Kläger geht davon aus, dass selbst wenn entgegen seiner Auffassung die einzelnen Indizien nicht allein für sich schon für die verlangte erhöhte Sorgfalt hinreichen, dies jedenfalls dann der Fall sei, wenn sie in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob einzelne Umstände, die allein für sich nicht als Verdachtsmomente erkannt werden konnten oder mussten, in einem andern Lichte erscheinen bzw. ihren Charakter dadurch ändern, dass sie mit andern zusammentreffen. Dies ist nachfolgend zu prüfen, wobei gestützt auf das umfangreiche Beweisverfahren in Ergänzung der vorinstanzlichen Erwägungen von folgenden erstellten bzw. nicht erstellten Umständen auszugehen ist:

Es steht fest, dass der Beklagte das Gemälde ... über die Galerie ... von der Galerie ..., Frau S., erworben hat. Die Verkaufsdokumente liegen bei den Akten und sind unbestritten: Es handelt sich um einen Kaufvertrag zwischen S., die als Verkäuferin erwähnt, aber als Kommissionärin handelte und der C.I.C. (über welche der Beklagte das Gemälde erwarb) (act 34/7). Das Bild lagerte in schlechtem Zustand bereits seit längerer Zeit in einem Banksafe in Genf, wer der Veräusserer war, blieb dem Beklagten unbekannt. Vorgängig des Erwerbs liess der Beklagte das Gemälde durch eine Kennerin der russischen Avantgade, Frau H., auf seine Echtheit hin prüfen. Er erfuhr, dass das Bild echt war, ebenso von einem Gerücht, wonach sich auf dem Markt ein Bild des Künstlers ... befinde, das gestohlen sei.

Ein Bezug zum streitgegenständlichen Bild wurde dabei nicht hergestellt. Dem Beklagten war auch bekannt, dass das Auktionshaus Sotheby's den Erwerb des Bildes im Mai 1989 abgelehnt hatte.

Das Beweisverfahren ergab, dass das Auftauchen eines Originalgemäldes von ... im Jahre 1989 selten war, und dem Beklagten war die Problematik der Illegalität in dem Sinne bewusst, dass eine legale Ausfuhr des Bildes aus der Sowjetunion nicht möglich gewesen wäre. Weiter ist davon auszugehen, dass die Galerie ..., bei welcher der Beklagte über die Galerie ... das Bild kaufte, finanzielle Schwierigkeiten hatte, indes genau so wenig wie die Galerie ... einen unseriösen oder gar schlechten Ruf hatte. Obwohl nicht auf russische Kunst spezialisiert bestand über LC., der Mitinhaberin der Galerie ... ein Bezug zur russischen Kunst, ein Verkauf des Gemäldes durch die besagten Galerien erschien nach den Erkenntnissen aus dem Beweisverfahren ebenso wenig aussergewöhnlich wie der Umstand, dass dem Beklagten die Identität des Veräusserers nicht bekannt war, da dies im Kunsthandel 1989, der über Kommissionäre erfolgt war, üblich war. Nicht als verdächtig kann gestützt auf das Beweisverfahren auch der Kaufpreis von 1,05 Millionen US Dollars betrachtet werden. Insbesondere weil bei sämtlichen massgeblichen Umständen im Beweisverfahren kein Bezug zwischen dem Bild ... und dem Diebstahl eben dieses Bildes direkt oder indirekt – jedenfalls für den Beklagten anrechenbar – hergestellt werden konnte, müssen die einzeln nicht als Verdachtsmomente zu qualifizierenden Indizien in einer Gesamtbetrachtung auch nicht anders beurteilt werden. Der entsprechende Einwand des Klägers erweist sich daher als unbegründet.

7.4. Mit Bezug auf die persönlichen Umstände kam die Vorinstanz in ausführlicher Würdigung der Parteivorbringen zum Schluss, dass der Beklagte – auch wenn er nicht als Kunsthändler qualifiziert werden sollte –, als im Kunstbereich branchenvertraut zu gelten habe (act. 647 S. 87). Dem schliesst sich der Kläger in der Berufungsschrift an (act. 657 Rz 20 ff. und 259), wogegen der Beklagte eine Vertrautheit mit dem Kunsthandel verneint und die Vertrautheit einzig mit einzelnen Kunstbereichen, nämlich Fauve und deutschem Expressionismus anerkennt (act. 672 Rz 393 f.). Da dem Beklagten eine spezifische Handelsvertrautheit von

der Vorinstanz gar nicht angerechnet wird, kommt dem Einwand des Beklagten kaum Bedeutung zu. Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass der Beklagte – wie er selbst einräumt – ein hochangesehener Kunstsammler mit einer der bedeutendsten Privatsammlungen moderner Kunst ist. In diesem Sinne ist er auch als branchenvertraut zu betrachten.

8. Zu prüfen ist in einem weiteren Schritt, welche konkreten Vorsichtsmassnahmen der Beklagte bei der erwiesenen Sachlage ergriff bzw. ergreifen konnte und musste, um sich auf seinen guten Glauben weiterhin berufen zu können.

8.1. Es ist unbestritten, dass der Beklagte vor Abschluss des Kaufvertrages über LC. von der Galerie ... von S. (Galerie ...) eine Bestätigung einholte. Dort garantiert diese, dass ihr der aktuelle Eigentümer des Bildes zugesichert habe, dass er der einzige und alleinige Besitzer des Bildes sei, dass das Bild seit Jahren im Banksafe liege und dass der Eigentümer der Bank, in welcher das Bild lagerte, seit Jahren bekannt war (act. 34/6). Im Kaufvertrag selbst garantiert S. die Echtheit des Bildes und dass sie als Verkäuferin berechtigt und in der Lage sei, das Eigentum am Bild rechtmässig im Sinne von Art. 641 ff. ZGB zu übertragen (act. 34/7). Der Vertrag und die Bestätigung enthalten damit konkrete Vorsichtsmassnahmen, die der Beklagte getroffen hat.

8.2. Es ist soweit bestritten durch das Beweisverfahren im weiteren erstellt, dass der Beklagte im Rahmen der Kaufverhandlungen mit P., dem damaligen Leiter von Sotheby's Schweiz Kontakt aufgenommen hatte, nachdem er erfahren hatte, dass Sotheby's die Aufnahme des Bildes in eine Auktion abgelehnt hatte. In Würdigung der im Recht liegenden Korrespondenz (act. 228/1-4) ist davon auszugehen, dass das Auktionshaus vom Kauf absah, weil die sowjetischen Behörden den Kauf nicht bewilligen könnten, da das Bild das Land illegal verlassen hatte und Sotheby's – nach einer erfolgreichen Ausstellung im Vorjahr (1988) die positiven Kontakte nicht gefährden wollte. Damit lag für den Beklagten eine nachvollziehbare Erklärung für den Rücktritt von Sotheby's von der Kaufzusicherung vor.

8.3. Ob der Beklagte vor dem Kauf des Bildes sich bestätigen liess, dass bei Interpol keine Informationen vorliegen über das Bild, wie dies der Beklagte behauptet,

tete (act. 2 Rz 2 , 118, 127 und 244), wurde im Beweisverfahren nicht geklärt, da die Vorinstanz erwog, der Kläger gehe selbst davon aus, dass eine solche Anfrage wertlos gewesen wäre, da Russland 1989 noch nicht Mitglied von Interpol gewesen sei (act. 2 Rz 218 und 227). Bezüglich der Anfrage selbst, bestritt der Kläger nicht, dass diese ergangen war. Dass sie keine Resultate zeitigte ergibt sich aus dem Gesagten.

8.4. Der Beklagte liess behaupten, S. habe vor dem Verkauf bei der sowjetischen Botschaft telefonisch Erkundigungen über das Bild eingeholt, wobei diese keine Hinweise auf einen möglichen Rechtsmangel ergeben hätten (act. 672 Rz 80 f. mit Hinweisen auf die vorinstanzlichen Behauptungen). Der Kläger seinerseits forderte, der Beklagte hätte durch Anfrage bei der sowjetischen Botschaft, Herrn G., erfahren können, dass das Bild gestohlen sei. Die Vorinstanz kam diesbezüglich zum Schluss, dass dem Beklagten der Nachweis für die behauptete telefonische Anfrage und die entsprechende Antwort nicht habe erbringen können (act. 647 S. 103/4). S. erklärte zwar als Zeugin klar, eine entsprechende Anfrage gemacht zu haben (Prot. VI S. 252 ff.). Sie konnte dabei aber nicht mehr sagen, mit wem sie gesprochen hatte. Die entsprechende Bestätigung (act. 61/5) ist weder datiert noch unterschrieben und daher wenig verlässlich. Wenn die Vorinstanz unter Berücksichtigung auch des möglichen Eigeninteresses der Zeugin S. am Ausgang des Verfahrens, den Nachweis gestützt auf deren Aussage nicht als erbracht erachtete, ist dies nicht zu beanstanden. Würde eine entsprechende Bestätigung von Herr G. von der sowjetischen Botschaft in Bern erteilt worden sein, so stünde dies sodann in Widerspruch mit dem Schreiben vom 30. Mai 1989, wonach derselbe Herr G. gegenüber Sotheby's erklärt haben soll, dass er einem Verkauf eines registrierten Gemäldes, das aus einer privaten Sammlung stamme und das Land illegal verlassen habe, keines Falles zustimmen würde (act. 228/4). Damit bliebe es bei der ungeklärten Situation.

9. Der Kläger geht wie gesehen auch im Berufungsverfahren davon aus, dass der Beklagte angesichts der "erdrückenden Verdachtslage" umgehend vom Erwerb hätte Abstand nehmen müssen, mindestens hätte er die Zweifel durch Nachforschungen aktiv aus dem Weg räumen müssen (act. 657 Rz 265 und

Rz 271 ff.). Soweit er erneut das Kausalitätserfordernis in Frage stellt bzw. dem Beklagten hiefür die Beweislast zuweist (act. 657 Rz 265, Rz 271 ff. Rz 282) ist er auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen. Hinsichtlich der zu treffenden Massnahmen verlangt der Kläger einen maximalen Aufwand an Nachforschungen (act. 657 Rz 54 ff.).

9.1. Als eine der möglichen Massnahmen fordert er, dass der Beklagte bei H. nicht nur die Echtheit des Bildes, sondern auch dessen Provenienz hätte abklären müssen. Diese hätte dann nach deren Bekunden Bücher und Ausstellungskataloge geprüft und verschiedene Leute kontaktiert (act. 657 Rz 58 ff.). Der Beklagte geht in der Berufungsantwort davon aus, der Kläger habe zwar in der vorinstanzlichen Replik sinngemäss die Pflicht zur Provenienzabklärung durch den Beklagten verlangt, hingegen habe er nicht behauptet, dass H. irgendwelche Abklärungen hätte vornehmen können und sollen und inwiefern solche zur Entdeckung des behaupteten Diebstahls geführt hätten. Selbst wenn unzulässigerweise auf deren Aussagen abgestellt werde, sei dies nicht nachgewiesen (act. 672 ff. Rz 197 ff.).

Was H. bei einem entsprechenden Auftrag des Klägers um Provenienzabklärung veranlasst hätte, wurde im Berufungsverfahren neu behauptet, ergab sich indes aufgrund ihrer rechtshilfeweisen Einvernahme, weshalb nicht von einer unzulässigen neuen Behauptung gesprochen werden kann. Unabhängig von den Bedenken hinsichtlich des Zustandekommens dieser Aussagen und der Widersprüchlichkeit der Aussagen von H. in der vorprozessualen und der rogatorischen Befragung, wie sie der Beklagte in der Berufungsantwort dargelegt hat (act. 672 Rz 197 ff.), liesse sich aus deren Aussagen aber jedenfalls nicht erstellen, was konkret sie unternommen und welche Personen sie selbst befragt hätte. Die in der Befragung genannten Namen sind nach Ansicht von H. mögliche Sachverständige betreffend ..., wobei sie SH. als erste Adresse nennt. Ob und konkret wen sie gegebenenfalls befragt hätte, ergibt sich aus den Aussagen indes nicht. H. konnte auch nicht sagen, welchen Kenntnisstand die betreffenden Personen hatten (act. 618 S. 92 ff.). Dass sie und wenn ja mit welchen ganz konkreten Erkundigungen bezüglich des Diebstahls zu weitergehenden Erkenntnissen gelangt wäre, bleibt damit unklar. Dass ein Auftrag des Beklagten an H. zur Provenienzabklärung den

Diebstahl ans Licht gebracht hätte, lässt sich aufgrund der unvollständigen Behauptungen damit nicht nachweisen. Es kann ergänzend auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 647 S. 97).

9.2. E., unbestrittenermassen Kennerin von ... und der russischen Avantgarde, erklärte in der rechtshilfeweise erfolgten Einvernahme im Jahre 2009, dass sie vom Diebstahl des Bildes in der klägerischen Familie gewusst habe und sie schilderte, dass der Diebstahl in den russischen Zeitungen ca. 1978 erwähnt und in Expertenkreisen bekannt gewesen sei (act. 620 S. 17 ff. und S. 25 f.). Hätte sich der Beklagte vor dem Kauf an E. gewandt, so hätte er – gemäss der Zeugendarstellung – erfahren, dass das Bild gestohlen war. Vor dem Hintergrund der vom Beklagten bereits getroffenen Massnahmen (Bericht S., Interpol, Nachfrage bei Sotheby's, vgl. nachstehend Ziff. 9) und angesichts der 1989 eingeschränkten Möglichkeiten insbesondere im Rahmen von Interpol und Registersuche, ist indes mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass vom Beklagten eine Kontaktnahme zu der ihm gänzlich unbekanntem Expertin E. ausserhalb seiner Sorgfaltspflichten lag. Die gegenteilige Auffassung des Klägers, welche er auch im Berufungsverfahren vorbringt (act. 657 Rz 60 ff.) überzeugt nicht. Dass und wie sich der Kläger über die russischen Zeitungsberichte von 1978 oder bei Expertenkreisen im Osten hätte die notwendige Kenntnis verschaffen können, ist noch weniger ersichtlich. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 647 S. 105-107).

9.3. Der Kläger macht geltend, es wäre für den Beklagten naheliegend gewesen, mit Dr. Sch. Kontakt aufzunehmen, jener Person, von welcher H. das Gerücht gehört hatte und welche ihm gegenüber auch erwähnt worden sei. Die Witwe des 1991 Verstorbenen sei von der Vorinstanz ohne Begründung nicht als Zeugin einvernommen worden und könnte bestätigen, dass ihr verstorbener Ehegatte wusste, dass ... einen deliktischen Hintergrund hatte (act. 657 Rz 63 ff.). Der Beklagte geht davon aus, die Vorinstanz habe das erst in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vorgebrachte neue Argument des Klägers zu Recht als unzulässiges Novum zurückgewiesen, wogegen sich der Kläger wehrt (act. 672 Rz 211 ff. und act. 657 Rz 275).

Dass der Kläger bereits in der Klagebegründung behauptet habe, dass eine Nachfrage bei Dr. Sch. den Diebstahl ans Licht gebracht hätte, wie der Kläger in der Berufung geltend macht (act. 657 Rz 275 mit weiteren Verweisen) trifft nicht zu. An besagter Stelle in der Klagebegründung (act. 2 Rz 182) hat der Kläger zwar behauptet, dass Dr. Sch., der 1991 verstorben sei, es 1986 abgelehnt habe, das angebotene Bild zu kaufen, was seine Frau bezeugen könne. Nicht behauptet wurde indes, dass der Beklagte durch Nachfragen bei ihm Kenntnis vom Diebstahl hätte erlangen können. Dies wurde erst in der Stellungnahme zum Beweisergebnis und damit – wie die Vorinstanz zu Recht festhielt – verspätet behauptet. Zu Recht weist sodann der Beklagte darauf hin, dass die Aussagen von H. – soweit darauf abzustellen wäre – in diesem Punkt insoweit widersprüchlich sind, als sie in der ersten – vorprozessualen Befragung (2002) – auf ausdrückliches Befragen noch erklärt hatte, selber nicht zu wissen, woher sie vom Gerücht Kenntnis erhalten hatte (act. 4/5 S. 103). Demgegenüber erklärte sie in der Befragung von 2009 auf entsprechende Frage, dass sie, als sie dem Beklagten vom Gerücht erzählt habe, den Namen Sch. erwähnt habe (act. 618 S. 91/92). Dieser Widerspruch blieb unaufgelöst, was sich zulasten des beweispflichtigen Klägers auswirken muss.

9.4. Die vom Beklagten behauptete Erkundigung bei der sowjetischen Botschaft im Vorfeld des Kaufes liess sich nach dem Gesagten (vgl. Ziff. 8.4 oben) im Beweisverfahren nicht erstellen. Wie bereits dargetan lässt sich überdies entgegen der Auffassung des Klägers aus diesem Schreiben und damit auch aus der Ablehnung von Sotheby's zur Aufnahme des Bildes in eine Auktion, auch nicht auf den behaupteten Diebstahl schliessen. Zu den entsprechenden Vorbringen des Klägers (act. 657 Rz 276 und Rz 281) ist sodann festzuhalten, dass aus einem allfälligen Wissen der sowjetischen Behörden (aufgrund der ergangenen Strafurteile) nicht ohne weiteres auch auf entsprechendes Wissen in der sowjetischen Botschaft in Bern, die vom Beklagten gemäss Kläger hätte angefragt werden sollen, geschlossen werden kann. Auch die Behauptung, dass mit der Nachfrage bei der sowjetischen Botschaft die deliktische Herkunft des Bildes hätte in Erfahrung gebracht werden können, lässt sich damit nicht erstellen.

9.5. Zur Forderung des Klägers im Berufungsverfahren, dass sich der Beklagte in Fachkreisen hätte erkundigen müssen (act. 657 Rz 70 f., Rz 284), ist festzuhalten, dass diese – soweit sie über die Behauptungen im vorinstanzlichen Verfahren hinaus geht – nicht gehört werden kann. Überdies stellt der Kläger zwischen diesen Fachkreisen und dem Beklagten keinerlei Bezug her, weshalb sich der Einwand auch aus diesem Grund als unbehelflich erweist. Die Vorinstanz hat sich schliesslich im angefochtenen Entscheid mit den weiteren Personen, die teilweise ins Beweisverfahren einbezogen waren, auseinandergesetzt (act. 647 S. 96 ff.) und sich auch ausführlich zu den öffentlich zugänglichen Quellen geäussert, welche dem Beklagten allenfalls Aufschluss über den Diebstahl hätten geben können, wobei auch dies keine weiteren Erkenntnisse zeitigte. Schliesslich ergab das erstinstanzliche Verfahren, dass schriftliche Anfragen des Gerichts beim Bundesamt für Polizei ergaben, dass das Gemälde ... 1989 weder bei Interpol noch im Art Loss Register verzeichnet war und auch weitere Quellen keinen näheren Aufschluss ergaben. Das Berufungsverfahren hat hiezu keine weiteren Erkenntnisse gebracht, es kann ohne Ergänzungen auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 647 S. 100 - 102; § 161 GVG/ZH).

10. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beklagte angesichts der ihm damals bekannten, allgemeinen und den Kauf des streitgegenständlichen Bildes spezifischen Kenntnisse geeignete Massnahmen traf, um seiner Sorgfaltpflicht nachzukommen. Die Erkenntnisse daraus lassen ihn mit Bezug auf die Verfügungsberechtigung des Veräusserers bzw. die deliktische Herkunft 1989 nicht als bösgläubig erscheinen. Ausserdem muss davon ausgegangen werden, dass die vom Kläger geforderten weiteren Nachforschungsmöglichkeiten entweder nicht die erwartete Kenntnis des Diebstahls gebracht hätten oder aber vom Beklagten nicht verlangt werden konnten (act. 647 S. 105 ff.).

11. Konnte der Nachweis der Bösgläubigkeit des Beklagten und ein Mangel an Aufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht erbracht werden, so kann sich der Beklagte auf den Gutgläubensschutz berufen und es ist die Klage abzuweisen, wenn dies nicht bereits deshalb erfolgt, weil davon ausgegangen werden

muss, die Voraussetzung, dass der Beklagte von einem Nichtberechtigten das Bild erworben hat, sei nicht erfüllt. Die vom Kläger eventualiter beantragte Rückweisung zur Neuurteilung erübrigt sich bei diesem Ausgang des Verfahrens.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss wird der Kläger auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die Kosten im Zusammenhang mit dem Beweisverfahren zur Rechtzeitigkeit der Berufungsantwort (Zeugenentschädigung und Vorladungs- und Zustellgebühren, Fr. 300.--) sind dem beklaglichen Rechtsvertreter aufzuerlegen, und er ist zu verpflichten dem klägerischen Rechtsvertreter eine Entschädigung zu bezahlen. Die Entschädigung ist auf Fr. 400.-- festzusetzen.
2. Die Vorinstanz hat – nachdem sie vor Abschluss des Verfahrens die Parteien zur Streitwertbezeichnung aufgefordert hatte – gestützt auf die massgebliche Regelung von § 22 ZPO/ZH die Streitwertbemessung begründet und überzeugend vorgenommen: Sie ist unter Berücksichtigung der Angaben der Parteien, der Restauration des Bildes seit dem Erwerb des Bildes durch den Beklagten und der Wertsteigerung seit dem Erwerb bis zur Klageeinleitung von dem vom Kläger genannten höheren Streitwert von Fr. 5 Mio. ausgegangen (act. 647 S. 110/111). Die Parteien haben dies im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Es ist auch im Berufungsverfahren davon auszugehen.
3. Die Festlegung und Berechnung von Gebühr und Entschädigung im angefochtenen Entscheid wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Sie erweisen sich als angemessen, weshalb das Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziff. 2-4 des angefochtenen Entscheides) zu bestätigen ist.
4. Für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von §§ 4 Abs. 2, § 9 Abs. 1 Ziff. 1 und § 13 der Gerichtsgebührenverordnung vom 4. April 2007 unter Berücksichtigung des grossen Aufwandes auf der einen Seite und des Verzichts der Parteien auf einen zweiten Schriftenwechsel auf der andern Seite von einer Grundgebühr auszugehen, die die einfache Gebühr um einen Drittel übersteigt, mithin von (gerundet) Fr. 95'000.--. Bei der Entschädigung bleibt es bei der Grundge-

bühr. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es zwar angezeigt ist, diese aufgrund des grossen Aufwandes ebenfalls um einen Drittel zu erhöhen (§ 3 Abs. 2 der Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006), eine gleiche Reduktion ergibt sich indes für das Berufungsverfahren gemäss § 12 Abs. 1 der Anwaltsgebührenverordnung. Die Entschädigung beträgt somit Fr. 68'900.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Berufungsantwort rechtzeitig erfolgt ist.
2. Die Kosten für das Beweisverfahren zur Rechtzeitigkeit der Berufungsantwort (Fr. 300.--) werden dem Rechtsvertreter des Beklagten auferlegt und dieser wird verpflichtet, dem Beklagten hierfür eine Entschädigung von Fr. 400.-- zu bezahlen.
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 95'000.-- festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 68'900.-- zuzüglich Fr. 5'512.-- (8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 694 und 696, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 695 sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5 Millionen.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. K. Wili

versandt am: