

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB130029-O

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke

Urteil vom 6. August 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Appellant

vertreten durch Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Appellat

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Herausgabeanspruch / Rückweisung**

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

**Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom
5. April 2012**

Urteil Bundesgericht vom 18. April 2013; Proz. 5A_372/2012

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagte zur Herausgabe des Gemäldes C. _____ von D. _____ 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./6 Mitteilung / Rechtsmittel."

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 und Prozessgeschichte

Gegenstand des Verfahrens ist die Herausgabe des Gemäldes "C._____" ("..."), ein Werk des russischen Künstlers D._____, welches der Beklagte im Juli 1989 zum Preis von USD 1.05 Mio. kaufte, wobei als Verkäuferin E._____ von der Galerie des F._____ in Genf auftrat. Der hinter dem Verkauf stehende Veräusserer blieb dem Beklagten unbekannt.

Am 23. März 2004 klagte der Kläger am Bezirksgericht Meilen auf Herausgabe des Gemäldes zu unbeschwertem Eigentum. Er machte geltend, er sei als Alleinerbe seiner 1985 und 1999 in St. Petersburg verstorbenen Eltern berechtigter Eigentümer des Gemäldes, nachdem sein Vater das Werk 1970 erworben hatte. Das Gemälde sei dann 1978 aus der elterlichen Wohnung gestohlen worden und auf unbekanntem Weg in die Schweiz gelangt, wo es der Beklagte 1989 in anrechenbarem Wissen um den Diebstahl erworben habe. Der Beklagte bestritt, dass das Gemälde je im Besitz der Familie des Klägers war und er beruft sich auf seinen rechtmässigen Eigentumserwerb.

Das Bezirksgericht wies die Klage mit Urteil vom 21. Dezember 2010 ab. Die Kammer bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 5. April 2012.

Die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde des Klägers hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 18. April 2013 gut, soweit es auf sie eintrat. Das Urteil der Kammer vom 5. April 2012 wurde aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen (act. 712).

II. Formelles

Mit der Aufhebung des Urteils vom 5. April 2012 und der Rückweisung des Verfahrens zur Ergänzung im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen ist das Verfahren wieder in den Stand versetzt wie es vor der Urteilsfällung war. Soweit sie nicht durch das bundesgerichtliche Urteil ersetzt sind und unter dem Vorbehalt der nachstehenden materiellen Erwägungen wird auf die Erwägungen im aufgehobenen Entscheid verwiesen. Dies gilt insbesondere auch für die formellen Erwägungen und das anwendbare Recht.

III. Materielle Erwägungen

1. Die Kammer ist an die rechtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid gebunden. Dabei beschlägt die Verbindlichkeit sowohl Punkte, bezüglich deren keine Rückweisung erfolgt und die definitiv entschieden sind, wie auch diejenigen, welche den Rückweisungsauftrag umschreiben (Meyer/Dormann, BSK BGG, 2. Aufl., 2011, Art. 107 N 18).

2. Aufgrund des bundesgerichtlichen Entscheides vom 18. April 2013 definitiv entschieden und zusammenfassend festzuhalten ist was folgt:

2.1. Die zu beurteilende Herausgabeklage untersteht Schweizer Recht und ist einzig unter dem Aspekt von Art. 934 und Art. 936 ZGB zu beurteilen. Die Anwendbarkeit des Schweizer Rechts stützt sich auf Art. 100 Abs. 2 IPRG. Der Beklagte hat das Gemälde in der Schweiz erworben, wo es sich seither befindet. Nach Art. 100 Abs. 2 IPRG unterstehen Inhalt und Ausübung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen, darunter auch die an den Besitz geknüpften Befugnisse, dem Recht am Ort der gelegenen Sache, d.h. vorliegend dem Schweizer Recht (act. 712 Erw. 3. und 3.1.).

2.2. Da die fünfjährige Frist gemäss Art. 934 Abs. 1 ZGB unbestrittenermassen verstrichen ist, bildet Art. 936 ZGB die einzige Grundlage für die Herausgabeklage. Nach Art. 936 Abs. 1 ZGB kann jemand, der den Besitz einer beweglichen

Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, vom früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden.

2.3. Die Frage des guten Glaubens des Beklagten hinsichtlich des Abhandenkommens des Gemäldes und die Verfügungsberechtigung des Veräusserers hat die Kammer im nunmehr aufgehobenen Entscheid vom 5. April 2012 bejaht. Dem ist das Bundesgericht nicht gefolgt.

Als zulässig erachtete das Bundesgericht den auf ein Gutachten gestützten Schluss der Kammer, wonach im massgeblichen Zeitraum (1989), Provenienzabklärungen zwar üblich gewesen seien, diese sich aber auf die Echtheit und allfällige renommierte Vorbesitzer konzentriert hätten und nicht auf die erst nach dem Fall des Eisernen Vorhangs und dem Aufkommen der Raubkunstdiskussion in den Vordergrund gerückte Klärung der Verfügungsberechtigung (act. 712 Erw. 5.2.1). Für die Frage, ob dem Beklagten Verdachtsgründe erkennbar waren, geht das Bundesgericht von der Branchenvertrautheit des Beklagten aus (act. 712 Erw. 5.2.2) und erachtet es in Bestätigung der obergerichtlichen Beweiswürdigung als fest stehend, dass G. _____ den Beklagten im Zusammenhang mit der Mitteilung ihres Prüfberichts über die Echtheit des Gemäldes über ein Gerücht informierte, dass sich auf dem Markt ein gestohlenen D. _____-Bild befinde. Diese Information, die von einer vom Beklagten gerade im Hinblick auf den in Frage stehenden Kauf beigezogenen Kunstexpertin und Vertrauensperson stammte, sowie der Umstand, dass es selten war, dass ein Originalgemälde von D. _____ auf dem Markt angeboten wurde, erachtete das Bundesgericht als genügende Verdachtsmomente, die den Beklagten zu weiteren Abklärungen hätten veranlassen müssen (act. 712 Erw. 5.2.4). In Übereinstimmung mit den Erkenntnissen der Kammer sah das Bundesgericht hingegen in den folgenden Umständen keine weiteren Verdachtsmomente: darin, dass E. _____ als Kommissionärin handelte und dem Beklagten die Identität des wahren Veräusserers unbekannt blieb; im Zustand und der Lagerung des Bildes in einem Safe; in den Einwänden gegen E. _____ und ihre Galerie sowie in der Kenntnis einer illegalen Ausfuhr aus der Sowjetunion, wenn – wie vorliegend – eine legale Ausfuhr auch für den Berechtigten nicht möglich war (act. 712 Erw. 5.2.5)

Nach der verbindlichen Auffassung des Bundesgerichts durfte sich der Beklagte aufgrund der Mitteilung des Gerüchts durch G. _____ weder mit den eingeholten Bestätigungen von E. _____ noch mit den erhaltenen Auskünften über den Rückzug von H. _____ vom Erwerb und weiteren im Verfahren einlässlich dargelegten, zum Teil erstellten und zum Teil strittig gebliebenen Massnahmen zufrieden geben. Es hielt dafür, dass kaum eine Massnahme näher gelegen hätte, als G. _____ oder eine andere sachverständige Person um nähere Auskunft über dieses Gerücht bzw. um entsprechende Recherchen zu bitten. Aus objektiver Sicht sei zum damaligen Zeitpunkt der Beizug eines oder mehrerer Experten eine geeignete (wenn nicht sogar die am besten geeignete) und zumutbare Massnahme gewesen, um Näheres über das Gerücht und allfällige Mängel der Verfügungsbefugnis des Veräusserers zu erfahren, wobei dem Beklagten zumindest G. _____ als Expertin bekannt gewesen sei, die ihn gegebenenfalls hätte weiterverweisen können. Der Beklagte hätte sich auf die Auskünfte verlassen dürfen, selbst wenn sie objektiv falsch gewesen wären. Sein guter Glaube wäre zu schützen gewesen. Dass er diese als geeignet erscheinende und zumutbare Massnahme nicht ergriffen habe, müsse hingegen dazu führen, dass er sich nicht auf seinen guten Glauben berufen könne (act. 712 Erw. 5.4.3).

3. Hat der Beklagte von einem Berechtigten erworben, dann ist das Wissen oder Wissenmüssen um das frühere Abhandenkommen unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs bedeutungslos (act. 712 Erw. 4.2). Das Bundesgericht erachtet die Haltung der Kammer zur Frage der Berechtigung als unklar und verlangt eine Äusserung zur Frage (act. 712 Erw. 4.2. und 5.5). Auf Sachverhaltsebene könne insoweit einzig erstellt werden, dass der Veräusserer dem Beklagten gegenüber anonym geblieben sei und das Gemälde im Zeitpunkt des Kaufs (1989) bereits mehrere Jahre im Safe einer Genfer Bank gelegen habe. Wie es dorthin gelangt sei, sei nicht geklärt.

3.1. Im Zusammenhang mit der Berechtigung des Veräusserers hat bereits die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 21. Dezember 2010 zutreffend bemerkt, dass die Besitzrechtsklage nicht durchdränge, wenn der Beklagte den "C. _____" von einem Berechtigten erworben hätte. Der Beklagte habe in diesem Zusammenhang

lediglich Vermutungen angestellt und damit nicht behauptet, dass dies tatsächlich der Fall gewesen sei. Sie trat deshalb hierauf nicht weiter ein (act. 647 S. 33 i.V.m. act. 32 Ziff. 88).

3.2. Die Kammer hat in ihrem Urteil vom 5. April 2012 hiezu was folgt festgehalten (act. 697 Ziff. 6.4. S. 25 - 27):

"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 des F. _____ 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 I. _____ über D. _____ (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 Kläger das streitgegenständliche Bild vom Beklagten – unabhängig von einem allfälligen bösen Glauben – nicht mehr mittels Besitzesrechtsklage erhältlich machen könnte, was zur Abweisung der Klage führen müsste. Es rechtfertigt sich indes auch zu den weiteren Umständen und Vorbringen Stellung zu nehmen."

An den Ausführungen ist festzuhalten. Bei der Frage der Berechtigung handelt es sich nicht um eine Tatsachen-, sondern vielmehr um eine Rechtsbehauptung, weshalb den Einwänden der fehlenden Substanziierung, wie sie der klägerischen Beschwerde ans Bundesgericht (act. 699 A S. 21ff.) zu entnehmen sind, die Grundlage entzogen ist. Die Auffassung des Beklagten in der erstinstanzlichen Klageantwort wie auch in der Duplik, E._____ sei Verkäuferin und nicht Kommissionärin gewesen, wurde zwar durch das erstinstanzliche Beweisverfahren widerlegt, und es steht heute wie gesehen fest, dass der Beklagte das Gemälde von einem anonym gebliebenen Veräusserer erwarb. Dies ändert aber nichts daran, dass der Beklagte – wenn auch nicht explizit – so doch beispielsweise durch den Verweis auf die Bestätigung (act. 34/6) wiederholt die Berechtigung des Veräusserers geltend machte. Dem hielt der Kläger den erwähnten rechtlichen Einwand entgegen, dass gestützt auf anwendbares russisches Recht nach einem Diebstahl (auch ein gutgläubiger Käufer) kein Eigentum erwerben könne (act. 697 S. 26 unter Hinweis auf act. 2 Rz 325).

3.3. Es steht in rechtlicher Hinsicht fest, dass sich die Herausgabeklage nach den Normen des Staates richtet, indem sich die herausverlangte Fahrnissache befindet. Das fragliche Gemälde lag 1989 seit mehreren Jahren in der Schweiz,

es kommt daher Schweizer Recht zur Anwendung (act. 712 Erw. 3.1 unter Hinweis auf 5A_88/20011 E. 4 vom 23. September 2011 und Fisch, BSK IPRG, 2. Aufl., 2077 N 55 zu Art. 100 IPRG). Das Sachstatut bestimmt Inhalt und Ausübung sämtlicher dinglicher Rechte und insbesondere auch, welche Rechtsvermutungen bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen – wie etwa dem Besitz – zur Anwendung kommen (Fisch, a.a.O., N 52 und 53 zu Art. 100 IPRG), was vorliegend nichts anderes bedeuten kann, als dass die im schweizerischen Recht begründete Eigentumsvermutung bereits für den Veräusserer zum Tragen kommt. Die Frage der (Nicht-)berechtigung beim (gutgläubigen) Erwerb ist als Vorfrage selbstständig anzuknüpfen (Fisch, a.a.O., N 25), was aber vorliegend nichts ändert, weil eben diese an den Besitz und damit das Sachstatut anknüpft. Da das IPRG insbesondere für den Erwerb des Nichtberechtigten keine Differenzierung vorsieht, gilt Art. 100 IPRG und es ist nicht z.B. auf das Recht des Staates abzustellen, in welchem die Sache beispielsweise gestohlen wurde (Heini, ZK IPRG, 2. Aufl., N 19 - 21 zu Art. 100 IPRG). Für die Frage der Berechtigung des Veräusserers ist damit nicht russisches Recht anwendbar.

3.4. Es blieb im Prozess unklar, auf welchem Weg das Gemälde in den Banksafe gelangte, von wo es der Beklagte 1989 gekauft hatte. Die Parteien haben hiezu keine Tatsachenbehauptungen in den Prozess eingeführt, namentlich der Kläger nicht. Damit fehlt es an den notwendigen Behauptungen, die die Bösgläubigkeit des Veräusserers darzutun vermöchten.

3.5. Es ist zusammenfassend davon auszugehen, dass der Beklagte das Gemälde "C._____" 1989 vom Berechtigten erworben hat, weshalb der Kläger das Bild vom Beklagten nicht mehr mittels Besitzesrechtsklage erhältlich machen kann.

4. Das Bundesgericht bestätigt in seiner Rückweisungsentscheid die Auffassung der Kammer, dass es auf die allfällige Berechtigung des Klägers (oder seines Vaters) am Bild, die sich nach russischem bzw. sowjetischem Recht richten würde, für die Frage der Aktivlegitimation zur Klage nach Art. 936 Abs. 1 ZGB zunächst nicht ankomme. Es hält die Kammer indes an, sich zu allfälligen Einreden gemäss Art. 936 Abs. 2 ZGB zu äussern, sofern diese ordnungsgemäss in den

kantonalen Prozess eingebracht worden sind. Die Behauptung, dass das angeblich bereits im Jahre 1917 erstmals abhanden gekommene Gemälde seither in Russland bzw. der Sowjetunion nie habe gutgläubig erworben werden können, beschlage die Frage des Eigentums bzw. der Einrede gemäss Art. 936 Abs. 2 ZGB, wozu sich die Kammer nicht geäussert habe (act. 712 Erw. 4.1. und 5.5.).

4.1. In tatsächlicher Hinsicht ist zunächst – wiederum gestützt auf die verbindlichen Feststellungen des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides – davon auszugehen, dass der Vater des Klägers das fragliche Bild um 1973/1974 besessen hat und das Bild den Eltern des Klägers 1978 gestohlen worden ist. Unbestritten ist sodann, dass der Kläger Alleinerbe seiner Eltern ist.

4.2. In der Berufungsantwort liess der Beklagte einwenden, dass es aufgrund der Darstellung des Klägers selber von vornherein ausgeschlossen sei, dass sein Vater eine Berechtigung am Bild hätte erlangen können, welche ihn (bzw. den Kläger) zur Erhebung der Besitzesrechtsklage aktivlegitimieren würde: Gemäss dem massgebenden russischen Recht erlange der Erwerber unabhängig davon, ob dieser gut- oder bösgläubig sei, keine Berechtigung an der Sache, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen oder sonstwie unfreiwillig abhanden gekommen sei. Gemäss dem vom Kläger angerufenen I.____-Werkverzeichnis (act. 4/22 S. 142) sei das streitgegenständliche Bild ursprünglich im Eigentum eines Ingenieurs namens J.____ gestanden, welchem es 1917 in der russischen Revolution abhanden gekommen sei. Der Vater des Klägers soll das Bild gemäss Klageschrift von einer ihm nicht persönlich bekannten Verkäuferin namens K.____ erworben haben (act. 672 23 ff. S. 8/9; Rz 246 S. 56/57).

Die Parteien haben im kantonalen Berufungsverfahren ausdrücklich auf einen weiteren Schriftenwechsel verzichtet (act. 688 und 694), der Kläger hat sich mithin zu diesen Vorbringen nicht mehr geäussert.

In der Klagebegründung hatte der Kläger bei der Darstellung der Vorgeschichte ausführen lassen, dass sein Vater das Gemälde "C.____" am 19. September 1970 von Frau K.____ zum Preis von 4'900 Rubel gekauft hatte. Er verwies dabei auf den Werkkatalog von I.____ mit dem Titel "D.____ - ca-

talogue raisonné" aus dem Jahr 2002, der dies festhalte. Zudem machte er geltend, dass dem Beklagten damals wohl bekannt gewesen sei, dass K. _____ frühere Eigentümerin des Bildes gewesen sei (act. 1 Rz 50 und 51 i.V.m. act. 4/22 S. 142 zu Bild F-385). Der erwähnte Katalog enthält folgenden Eintrag:

"prov.: J. _____, Petrograd (acquis en 1916)

L. _____, Leningrad coll. privée

notes: 1. L'ingénieur J. _____ possédait plusieurs oeuvres cubistes et futuristes. Sa collection a disparu au cours des évènements révolutionnaires.

2. Dans les archives.....

3. La photographie reproduite ici....."

Der Beklagte hatte in der Klageantwort die Darstellung über den behaupteten Kauf des Bildes durch den Vater des Klägers bestritten und geltend gemacht, dass sich aus dem Werkkatalog nichts zugunsten des Klägers ableiten lasse. Er wies dabei ausdrücklich auch auf die zitierte Notiz Nr. 1 im Katalog hin und machte geltend, dass sich daraus nichts zum Erwerb des Bildes durch den Vater des Klägers ergebe (act. 32 Rz 75 ff., Rz 79). Dem hielt der Kläger in der Replik entgegen, dass der Werkkatalog I. _____ durchaus ein geeignetes Beweismittel bilde und dass Frau K. _____ die Witwe des Ingenieurs J. _____ gewesen sei (act. 52 Rz 30). Sodann fährt er fort: "Der Beklagte behauptet, dass der Vater des Klägers das Bild gar nicht habe erwerben können, da die Sammlung J. _____s gemäss Werkkatalog I. _____ in den 'Revolutionswirren' verschwunden sei" (act. 32 Rz 31). Er hält dafür, dass offen bleiben könne, was genau damit gemeint sei, denn ob die Sammlung tatsächlich verschwunden sei oder die Besitzer die Sammlung bloss versteckten, um sie vor dem Zugriff der Kriegsparteien zu schützen, entziehe sich der Kenntnis des Klägers; er müsse es auch gar nicht wissen. Tatsache sei, dass der Kaufvertrag (KB 21) eindeutig zeige, dass die Witwe K. _____ das streitgegenständliche Bild dem Vater des Klägers verkauft habe (a.a.O.). Der Beklagte wiederum hielt in der Duplik an der von ihm behaupteten Beweisuntauglichkeit des I. _____-Buches aus dem Jahre 2002 fest, dessen Quellen unklar seien. I. _____ sage genau nicht, dass das Bild von J. _____ an den Vater des Klägers gegangen sei, sondern dass J. _____s Sammlung um 1917 herum verschwand! Der Vater des Klägers habe das Bild behauptetermassen aber erst 1970 gekauft; es müsse davon ausgegangen werden, dass der behauptete Er-

werb des Bildes durch den Vater des Klägers von einem nicht Verfügungsberechtigten Veräusserer erfolgte und er nach dem vom Kläger dargelegten russischen Recht weder Eigentum noch rechtmässigen Besitz habe erwerben können, ihm mithin die Aktivlegitimation fehle (act. 60 Rz 55 und 56).

4.4. Nach den verbindlichen Erwägungen im bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Familie des Klägers das fragliche Bild 1973/74 besass, wobei sich der Besitz einerseits aus der Aussage des Zeugen I._____ ergab, andererseits aus der für den Erwerb vorgelegten Urkunde vom 19. September 1970 (act. 4/21 = act. 53/4: Bestätigung des Verkaufs des Gemäldes durch K._____ an den Vater des Klägers) im Sinne eines Indizes für den Besitz. Da im Entscheid der Kammer einzig die Frage des Besitzes zu klären war, hat sie sich im Urteil vom 5. April 2012 nicht ausdrücklich zur Erwerbsart geäussert. Im erstinstanzlichen Urteil hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass die Eckwerte des Geschäfts im Kaufvertrag nur rudimentär festgehalten seien, immerhin aber der Titel des Gemäldes genau bezeichnet wurde (act. 647 S. 26). Ebenso wird die Verkäuferin, wie sie vom Kläger genannt wurde, ebenfalls erwähnt, so dass insgesamt – wenn für den Besitz des Vaters des Klägers am Bild gemäss bundesgerichtlicher Erwägung willkürfrei auch auf diese Quittung abgestellt werden durfte – auch davon ausgegangen werden kann, dass der darin verkündete Kaufvertrag mit hinreichender Sicherheit erstellt ist, zumal auch der Beklagte keinerlei andere Erwerbsart auch nur im Ansatz behauptet.

Ist der Kauf des Bildes durch den Vater des Klägers erstellt, dann ist im Weiteren festzuhalten, dass der Beklagte vor Vorinstanz nicht behauptet hat, die Verkäuferin sei nicht die im Kaufvertrag erwähnte "K._____" gewesen. Sodann bestritt er die klägerische Behauptung nicht, dass es sich bei K._____ um die Witwe des Ingenieur J._____ handelte, der als ursprünglicher Eigentümer im Werkverzeichnis I._____ genannt ist. Vielmehr fällt auf, dass der Beklagte in der Berufungsantwort als Namen der Verkäuferin nur den Namensteil "... " nennt, nicht hingegen den auf die Verbindung hinweisenden Teil K._____ (act. 672 Rz 246.4 S. 56). Es ist bei dieser Behauptungslage davon auszugehen, dass dem Einwand der fehlenden Berechtigung der Veräussererin und damit auch jenem, dass nach dem mas-

sgeblichen russischen Recht kein rechtmässiges Eigentum am fraglichen Bild durch die Familie des Klägers entstehen konnte, die Grundlage entzogen ist. Es bleibt damit bei der Aktivlegitimation des Klägers.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Kläger für die Erhebung der Herausgabeklage legitimiert war. Die bundesgerichtliche Feststellung, dass sich der Beklagte, von welchem der Kläger das streitgegenständliche Bild herausverlangt, nicht auf seinen guten Glauben berufen kann, weil er beim Erwerb des Bildes keine hinreichenden als geeignet erscheinende und zumutbare Massnahmen ergriffen hat, um Zweifel am früheren Abhandenkommen des Bildes auszüräumen, können sich nicht auswirken, weil davon auszugehen ist, dass er das Bild von einer ihrerseits verfügungsberechtigten Person erwarb. Die Klage ist daher abzuweisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Berufungsverfahren mit Ausnahme derjenigen für das Beweisverfahren zur Rechtzeitigkeit der Berufungsantwort (Fr. 300.--) dem Kläger aufzuerlegen. Für das genannte Beweisverfahren ist der Beklagte sodann zu verpflichten, den Kläger mit Fr. 400.-- zu entschädigen. Im Übrigen wird der Kläger auch entschädigungspflichtig.

2. Die Vorinstanz 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 die 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 sowie unter Berücksichtigung des nach der Rückweisung erfolgten neuerlichen Entscheides von einer Grundgebühr auszugehen, die die einfache Gebühr um zwei Drittel übersteigt, mithin von (gerundet) Fr. 118'000.--. Bei der Entschädigung bleibt es bei der Grundgebühr. 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. Das zweite Verfahren verursachte den Parteien keine zusätzlichen Aufwendungen. Die Entschädigung beträgt somit Fr. 68'900.-- (abzüglich Fr. 400.--) zuzüglich 8% Mehrwertsteuer.

Es wird 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. 118'000.-- festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden im Umfang von Fr. 300.-- dem Beklagten auferlegt, im Restbetrag dem Kläger.
5. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine leicht reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 68'500.-- zuzüglich Fr. 5'480.-- (8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 694 und 695, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 696 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. F. Gohl Zschokke

versandt am: