



Abteilung

Mitwirkend: Gerichtspräsident lic. iur. J. Meier als Vorsitzender, Bezirksrichter lic. iur. H. Meister und Bezirksrichterin Dr. D. Proff Hauser sowie die juristische Sekretärin lic. iur. M. Wirz

Urteil vom 21. Dezember 2010

in Sachen

I. _____

Kläger

vertreten durch Dr. iur. X. _____

gegen

II. _____

Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Herausgabeanspruch**

Rechtsbegehren:

(act. 2)

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

Streitwert: Fr. 5'000'000.–

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

(Prozessgeschichte)

1. Mit Weisung vom 15. Dezember 2003 (act. 1) und Klageschrift vom 23. März 2004 machte der Kläger Klage mit vorgenanntem Begehren am 25. März 2004 hierorts anhängig (act. 2). Da in der Weisung eine Adresse des Klägers in den USA angegeben war, in der Klageschrift dagegen eine solche in Russland, setzt das Gericht dem Kläger mit Zirkulationsbeschluss vom 30. März 2004 Frist zur Darlegung an, wo sich sein Wohnsitz befinde (act. 6), worauf dieser mit Eingabe vom 26. April 2004 erklärte, dass dieser in Russland sei (act. 10). In der Folge wurde dem Beklagten mit Präsidialverfügung vom 29. April 2004 Frist zur Stellungnahme zur genannten Eingabe angesetzt (act. 13), welche dieser am 15. Juni 2004 hierorts einreichte (act. 20) und eine Kautonierung des Klägers zur Sicherstellung der Gerichts- und Parteikosten verlangte. Mit Zirkulationsbeschluss vom 3. September 2004 verzichtete das Gericht sodann – davon ausgehend, dass sich der klägerische Wohnsitz in Russland befinde – auf die Auferlegung einer Kauton und setzte dem Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort an (act. 23), welche er mit Eingabe vom 29. November 2004 am folgenden Tag einreichte (act. 32).

2. Am 9. Juni 2005 wurde darauf eine Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung durchgeführt (Prot. S. 11), nach deren ergebnislosen Verlauf dem Kläger mit Präsidialverfügung vom 5. September 2005 Frist zur Erstattung der Replik angesetzt wurde (act. 47). Die Replik vom 19. Dezember 2005 ging am 21. Dezember 2005 hierorts ein (act. 52), worauf dem Beklagten mit Präsidialverfügung vom 5. Januar 2006 Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt wurde (act. 54), welche mit Eingabe vom 31. März 2006 erstattet wurde (act. 60). Mit Eingabe vom 4. April 2006 reichte der Beklagte neu erhaltene Beweismittel zu den Akten (act. 62 f.), weshalb dem Kläger mit Präsidialverfügung vom 6. April 2006 Frist zur Stellungnahme hierzu angesetzt wurde (act. 64). Der Kläger reichte diese am 17. Mai 2006 ein und beantragte, die zusätzlich eingereichten Dokumente als verspätet zu betrachten und nicht zu berücksichtigen (act. 72).

3. Mit Zirkulationsbeschluss vom 17. Juli 2007 erfolgte die Beweisaufgabe an die Parteien unter Ansetzung einer Frist zur Nennung der jeweiligen Beweismittel (act. 75). Mit Eingabe vom 9. November 2007 reichte der Kläger in der Folge am 12. November 2007 die Beweisantwortungsschrift ein und ersuchte um Wiedererwägung des Beweisaufgabebeschlusses (act. 83). Die Beweisantwortungsschrift des Beklagten vom 12. November 2007 ging am 13. November 2007 ein (act. 85). Hinsichtlich des klägerischen Wiedererwägungsgesuchs wurde dem Beklagten mit Präsidialverfügung vom 13. November 2007 Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 87), worauf dieser das Gesuch mit Eingabe vom 23. November 2007 als unbegründet zurückwies (act. 90). In der Folge erfolgte mit Zirkulationsbeschluss vom 18. Dezember 2007 einerseits die Ablehnung des klägerischen Wiedererwägungsgesuchs und andererseits die Beweisabnahme, wobei beiden Parteien Frist zur Leistung eines Barvorschusses für die Abnahme der angebotenen Beweismittel angesetzt wurde (act. 91), welchen die Parteien am 18. Februar 2008 (Kläger; act. 98) bzw. 25. Februar 2008 (Beklagter; act. 99) bezahlten. Weiter wurde mit genanntem Beschluss vom 18. Dezember 2007 der Beklagte (Ziff. IV.) zur Einreichung von Unterlagen aufgefordert, die Verpflichtung von Dritten zur Edition von Unterlagen beschlossen (Ziff. V.), den Parteien Frist zur Stellungnahme zu vorgeschlagenen Experten angesetzt (Ziff. VI.), die Parteien zur Bekanntgabe von Informationen aufgefordert (Ziff. VII., VIII. und IX.), die Überset-

zung von Dokumenten angeordnet (Ziff. XI.) und die rechtshilfeweise Parteibefragung des Klägers sowie diverser Zeugen beschlossen (Ziff. XII.). Mit Zirkulationsbeschluss vom 13. März 2008 wurde sodann der Beweisabnahmebeschluss nach mündlichen Hinweisen der Parteien (Prot. S. 64 ff.) berichtigt.

4. Nachdem die angeforderten Stellungnahmen der Parteien zum Zirkulationsbeschluss vom 18. Dezember 2007 bzw. zu dessen korrigierter Fassung vom 13. März 2008 am 6. Mai 2008 eingegangen waren (act. 106 und act. 108), wurden Übersetzungen in Auftrag gegeben (act. 110 und act. 111), Dritte mit Zirkulationsbeschluss vom 4. August 2008 zur Edition von Akten aufgefordert (act. 112) sowie um schriftliche Auskünfte ersucht (act. 115 ff.), Dr. G von Ss (International) AG mit Zirkulationsbeschluss vom 28. August 2008 zum Sachverständigen bestellt (act. 137), diverse Rechtshilfeersuchen bezüglich Zeugeneinvernahmen gestellt (u.a. act. 113, act. 151 f., act. 237 ff., act. 253 ff.), sowie verschiedene Zeugeneinvernahmen durchgeführt (Prot. S. 159 ff., S. 310 ff.). Auf den Eingang der einzelnen Beweismittel wird im Folgenden im Zusammenhang mit der Würdigung derselben eingegangen.

5. Mit Präsidialverfügung vom 30. August 2010 wurde den Parteien nach Eingang der Beweismittel Frist zur Stellungnahme zum Beweisergebnis angesetzt (act. 629) und mit Präsidialverfügung vom 29. Oktober 2010 wurden die Parteien aufgefordert, sich zum Streitwert des Verfahrens zu äussern (act. 633). Die Stellungnahmen der Parteien zum Streitwert gingen am 22. November 2010 (Beklagter; act. 638) bzw. am 29. November 2010 (Kläger; act. 639) ein. Die Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis, je datierend vom 10. Dezember 2010, gingen am 14. Dezember 2010 innert Frist beim Gericht ein (Kläger: act. 640; Beklagter: act. 641). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Hiermit erübrigt sich insbesondere auch der vom Beklagten in der Stellungnahme zum Beweisergebnis gestellte Antrag auf Feststellung des Abschlusses des Beweisverfahrens (act. 641 S. 5).

II. (Sachverhalt und Parteivorbringen)

1. Umstritten ist im vorliegenden Verfahren die Berechtigung am Gemälde "Footman with Samovar" des russischen Künstler Kasimir Malewitsch. Beide Parteien beanspruchen dieses für sich. In der Folge wird daher zunächst zusammengefasst die Entwicklung der massgebenden Ereignisse aus Sicht der Parteien dargestellt werden. Die detaillierten Ausführungen und Vorbringen der Parteien sind – soweit entscheidrelevant – an geeigneter Stelle eingehend zu behandeln.

2. Der Kläger führt aus, dass sein Vater das streitgegenständliche Gemälde mit Kaufvertrag vom 19. September 1970 von A erworben habe (act. 2 Ziff. 50; act. 52 Ziff. 30). Ab diesem Zeitpunkt habe sich das Kunstwerk im Besitz seiner Familie befunden, bis es am 1. August 1978 aus deren Wohnung entwendet worden sei (act. 2 Ziff. 67 ff.). Da sowohl sein Vater als auch seine Mutter in der Zwischenzeit verstorben seien und er der einzige Erbe sei, seien sämtliche Ansprüche in diesem Zusammenhang auf ihn – den Kläger – übergegangen (act. 2 Ziff. 21 ff.).

3. Der Beklagte seinerseits bestreitet, dass der "Footman with Samovar" sich je im Besitz der Familie des Klägers befunden habe (act. 32 Ziff. 74, Ziff. 153; act. 60 Ziff. 51). Entsprechend hat auch der vom Kläger behauptete Diebstahl des Gemäldes aus der Wohnung seiner Familie als bestritten zu gelten. Der Beklagte anerkennt dagegen die Alleinerbenstellung des Klägers (act. 32 Ziff. 140).

4. Unbestritten ist, dass der Beklagte im Jahr 1988 gemeinsam mit der Galeristin und Malewitsch-Expertin BB nach Russland reiste, wo er unter anderem die Sammlung der Familie des Klägers im damaligen Leningrad (heute: St. Petersburg) besuchte.

Gemäss klägerischer Darstellung wurde der Beklagte anlässlich dieses Besuches insbesondere über den Diebstahl des "Footman with Samovar" aus der Sammlung der Familie des Klägers aufmerksam gemacht (act. 2 Ziff. 126; act. 52

Ziff. 47), was der Beklagte jedoch bestreitet (act. 32 Ziff. 170 ff.; act. 60 Ziff. 75 ff.).

5. Nachdem der "Footman with Samovar" aus der Wohnung der Familie des Klägers gestohlen worden sei, gelangte das Gemälde nach klägerischer Darstellung auf unbekanntem Wege in den Westen. Der Beklagte habe es darauf Mitte Juli 1989 gekauft, nachdem es ihm im Frühjahr desselben Jahres angeboten worden sei (act. 52 Ziff. 121). Zu diesem Zeitpunkt habe er – so der Kläger fortfahrend – gewusst bzw. wissen müssen, dass es sich dabei um Diebesgut handelte (act. 2 Ziff. 122, Ziff. 199; act. 52 Ziff. 43 ff.). Der Beklagte erklärt dagegen, dass er in keiner Weise darüber informiert gewesen sei, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Bild um ein gestohlenen handeln könnte und dass er auch keinen Anlass gehabt habe, an der Verfügungsberechtigung des damaligen Veräusserers zu zweifeln (act. 32 Ziff. 92, Ziff. 167).

III. (Anwendbares Recht)

1. Zur Lösung des vorgenannten Sachverhalts ist zunächst das in der Sache anwendbare Recht zu bestimmen. Dieses ist auf Grund der Zuständigkeit des entscheidenden Gerichts nach den Regeln des schweizerischen internationalen Privatrechts zu ermitteln.

2. Ausgehend vom Rechtsbegehren des Klägers ist vorliegend inhaltlich eine Herausgabeklage bezüglich eines Bildes – also einer beweglichen Sache – zu beurteilen. Diese Klage stützt sich im Wesentlichen auf folgende vom Kläger behaupteten Sachverhaltselemente: (1) Früherer Besitz bzw. früheres Eigentum der Familie des Klägers am Gemälde "Footman with Samovar"; (2) Diebstahl des Streitgegenstandes aus der Wohnung der klägerischen Familie; (3) Erwerb des Streitgegenstandes durch den Beklagten im Jahr 1989.

3. Bezüglich rechtlicher Streitigkeiten hinsichtlich beweglicher Sachen bestimmt zunächst Art. 100 Abs. 1 IPRG, dass der Erwerb von dinglichen Rechten an beweglichen Sachen dem Recht desjenigen Staates untersteht, in welchem

sich die Sache im Zeitpunkt des Vorgangs, aus welchem der Erwerb hergeleitet wird, befindet. Inhalt und Ausübung dinglicher Rechte unterliegen sodann gemäss Art. 100 Abs. 2 IPRG dem Recht am Ort der gelegenen Sache (*lex rei sitae*).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies was folgt: Da die Familie des Klägers den Streitgegenstand in Russland erworben haben will, richtet sich die Frage nach ihrer Berechtigung daran nach russischem Recht. Der Beklagte seinerseits hat den "Footman with Samovar" nach Darstellung beider Parteien in der Schweiz erworben, weshalb für seinen Rechtserwerb das Schweizer Recht massgebend ist. Die eigentliche Kernfrage, also diejenige nach den Voraussetzungen einer Klage auf Herausgabe des Bildes, richtet sich nach überwiegender Meinung nach Art. 100 Abs. 2 IPRG (Pius Fisch, Art. 100 N 55 in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti [Hrsg.], Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007; vgl. auch Anton Heini, Art. 100 N 23 in: Heini et al. [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Zürich 2004). Entsprechend ist – da der Streitgegenstand sich derzeit in der Schweiz befindet – auf die Herausgabeklage Schweizer Recht anwendbar. Hierzu ist zu bemerken, dass sich – entgegen der vom Beklagten geäusserten Ansicht (u.a. art. 641 Ziff. 126) – sämtliche Voraussetzungen der Klage nach Schweizer Recht richten. Damit ist insbesondere auch nach Schweizer Recht zu beurteilen, ob der Kläger zur Erhebung der Klage aktiv legitimiert ist.

IV. (Rechtliche Grundlagen)

1. Allgemein

1.1. Nach dem vorstehend Gesagten ist die Herausgabeklage des Klägers nach schweizerischem Recht zu beurteilen. In rechtlicher Hinsicht in Frage kommen dabei einerseits die Vindikation gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB und andererseits die Besitzesrechtsklage gemäss Art. 936 Abs. 1 ZGB.

1.2. Mit der Vindikation gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB kann der Eigentümer einer Sache diese von jedem herausverlangen, der sie ihm ungerechtfertigt vor-

enthält. Relevant sind damit das Eigentum des Klägers am Streitgegenstand sowie die Frage, ob der Beklagte berechtigt ist, ihm diesen vorzuenthalten.

Die in den Art. 934 ff. ZGB geregelte Besitzesrechtsklage (oder Fahrnisklage) kann angestrengt werden, wenn (1) dem früheren Besitzer eine Sache wider seinen Willen abhanden gekommen ist und der Erwerber diese vom Nichtberechtigten gutgläubig erworben hat, innert fünf Jahren oder wenn (2) der Erwerber die Sache nicht in gutem Glauben erworben hat. Massgebend ist entsprechend der frühere Besitz des Klägers am Streitgegenstand, das Abhandenkommen der Sache, die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Erwerbers beim Erwerb vom Nichtberechtigten und allenfalls die fünfjährige Frist.

1.3. Zum Verhältnis der beiden Klagen ist dabei folgendes zu beachten: Gemäss Art. 714 Abs. 2 ZGB erwirbt auch derjenige Eigentum an einer beweglichen Sache und ist damit zum Besitz der Sache berechtigt ist, der nach den Besitzregeln (Art. 933 ff. ZGB) in seinem Besitz der Sache geschützt ist. Entsprechend kann gegenüber einer Person, gegen die eine Besitzesrechtsklage nicht durchgesetzt werden kann, auch eine Vindikation nicht erfolgreich sein. Überdies ist der Beweis der Besitzesrechts- oder Fahrnisklage einfacher zu führen, als derjenige der Vindikation, da die Aktivlegitimation des Klägers "nur" den früheren Besitz, nicht aber die Eigentümerstellung voraussetzt. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, die rechtliche Prüfung der Besitzesrechtsklage in den Vordergrund zu stellen.

2. Besitzesrechtsklage

2.1. Eine Besitzesrechtsklage kann immer dann angestrengt werden, wenn einer Person eine bewegliche Sache abhandenkommt. Angehoben werden kann sie durch denjenigen, der im Zeitpunkt des unfreiwilligen Abhandenkommens der (selbständige oder unselbständige) Besitzer der Sache war. Besitzer ist dabei gemäss Art. 919 Abs. 1 ZGB derjenige, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, wobei zu beachten ist, dass nur der gutgläubige vormalige Besitzer die Möglichkeit hat, sich auf seinen früheren Besitz zu berufen (Art. 936 Abs. 2 ZGB). Es ist hier ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sich insbesondere auch diese

Frage des vormaligen Besitzes nach Schweizer Recht richtet. Nicht massgebend ist dagegen die russische Rechtsauffassung bezüglich der Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit des Besitzes des Klägers oder dessen Familie (vgl. Ziff. III). Die Klage ist gegen denjenigen zu richten, der die Sache aktuell innehat und über sie tatsächlich verfügt (Emil W. Stark / Wolfgang Ernst, Art. 934 N 9 f. in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 3. Auflage, Basel 2007 [zit. BaK ZGB II-Verfasser]).

2.2. Neben den grundsätzlichen Voraussetzungen der Aktiv- und Passivegitimation ist für den Erfolg der Besitzesrechtsklage erforderlich, dass die Klage entweder innert fünf Jahren seit dem Abhandenkommen der Sache angestrengt wird (Art. 934 Abs. 1 ZGB) oder dass der Besitzer die Sache in bösem Glauben vom Nichtberechtigten erworben hat (Art. 936 Abs. 1 ZGB). Da im vorliegenden Fall die Fünfjahresfrist seit dem – behaupteten – Abhandenkommen des streitgegenständlichen Gemäldes im Jahr 1978 bereits bei Erwerb desselben durch den Beklagten im Jahr 1989 zweifellos verstrichen war, ist vorliegend einzig der gute bzw. böse Glaube des Beklagten massgebend, wobei dieser im Zeitpunkt des Erwerbs vorhanden gewesen sein muss. Spätere Kenntnis vom Mangel schadet nicht (Jörg Schmid / Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2009, N 291). Zusätzlich ist zu beachten, dass die Besitzesrechtsklage nur dann erfolgreich sein kann, wenn der gegenwärtige Besitzer die Sache von einer zur Übertragung nicht berechtigten Person erhalten hat. Hätte sich bereits derjenige, der dem gegenwärtigen Besitzer die umstrittene Sache übertragen hat, gegen eine Fahrnisklage erfolgreich wehren können, hat der aktuelle Besitzer – die Gültigkeit des dem Erwerb zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts vorausgesetzt – Eigentum am Streitgegenstand erworben und kann dies jedem früheren Besitzer entgegenhalten.

2.3. Festzuhalten ist vor diesem Hintergrund zunächst, worin der Unterschied zwischen gutem und bösem Glauben liegt. Es handelt sich dabei um Komplementärbegriffe: Der böse Glaube ist das Gegenteil des guten Glaubens und liegt immer dann vor, wenn guter Glaube zu verneinen ist (BaK ZGB II-Stark/Ernst, Art. 936 N 2). Guter Glaube wird allgemein umschrieben als das Feh-

len des Unrechtbewusstseins trotz Vorliegen eines Rechtsmangels. Der massgebende Rechtsmangel besteht im Fehlen der Verfügungsbefugnis des Übertragenden, was bedeutet, dass der gute Glaube sich auf die Verfügungsberechtigung des Veräusserers beziehen muss (Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N 289 f.; BaK ZGB II-Stark/Ernst, Art. 936 N 3).

2.4. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB wird der gute Glaube vermutet, wenn das Gesetz Rechtswirkungen an ihn knüpft. Eine wichtige Beschränkung von Art. 3 Abs. 1 ZGB stellt jedoch Abs. 2 dieser Bestimmung dar: Nicht auf den guten Glauben berufen darf sich derjenige, der bei Aufwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit nicht hätte gutgläubig sein dürfen. Wenn also der tatsächlich Gutgläubige einen erkennbaren Rechtsmangel nicht erkannt hat, ist er in seinem guten Glauben nicht zu schützen und damit im Ergebnis als bösgläubig zu behandeln (Heinrich Honsell, Art. 3 N 32 in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, Basel 2006 [zit. BaK ZGB I-Verfasser]). Hat der Erwerber die gebotenen Erkundigungen durchgeführt, jedoch falsche Auskünfte erhalten oder hat sich auf andere Weise ein falsches Ergebnis ergeben, ist er in seinem guten Glauben wiederum zu schützen (BaK ZGB II-Stark/Ernst, Art. 933 N 35). Trifft der Erwerber die notwendigen Nachforschungen nicht, hat dies das Entfallen des Gutgläubensschutzes nur dann zur Folge, wenn die an sich gebotenen Erkundigungen auch zur Aufklärung geführt hätten. Andernfalls – sofern also zwischen der Unterlassung des Erwerbers und seinem guten Glauben keine Kausalität besteht – bleibt es beim Gutgläubensschutz (BaK ZGB I-Honsell, Art. 3 N 34; BGE 100 II 8 E.4 b)).

2.5. Diese Ausführungen indizieren hinsichtlich des weiteren Vorgehens im vorliegenden Fall den folgenden Ablauf: (1) Zunächst zu prüfen ist die Aktivlegitimation des Klägers (Ziff. V.), mithin seine Stellung als vorheriger Besitzer; ist diese gegeben, ist (2) weiter zu prüfen, ob der Beklagte beim Erwerb des Gemäldes tatsächlich bösgläubig war (Ziff. VI.2. und 3.). Ist dies der Fall, ist die Klage gutzuheissen; ist der unmittelbare böse Glaube dagegen zu verneinen, ist (3) zu prüfen, ob der Beklagte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte bösgläubig sein müssen, wobei sich hierbei insbesondere die Frage nach dem anzuwendenden

Sorgfaltsmassstab stellt (Ziff. VI.2.und 4.2.). Steht der Sorgfaltsmassstab fest, ist zu prüfen, ob der Beklagten diesen beachtet hat bzw. ob er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt tatsächlich herausgefunden hätte, dass der "Footman with Samovar" Diebesgut darstellte (Ziff. VI.2.und 4.3.).

3. Beweislast

3.1. Wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Wer eine Berechtigung behauptet, hat die der Berechtigung zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen zu beweisen (BaK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 42). Diese Person trägt damit die Beweislast, wobei der Beweis, der eine bestimmte Tatsachenbehauptung erhärten soll, Hauptbeweis genannt wird. Mit seinem Scheitern tritt die Beweislosigkeit ein, d.h. es ist davon auszugehen, dass sich die fragliche Tatsache nicht verwirklicht habe (BaK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 34). Besteht in einem Bereich eine gesetzliche Vermutung, ist der gegen diese zu führende Beweis ebenfalls ein Hauptbeweis, der als Beweis des Gegenteils bezeichnet wird (BaK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 35).

Zu beachten ist, dass der Hauptbeweis oftmals nicht direkt, sondern nur gestützt auf Indizien erbracht werden kann. Dabei handelt es sich um Tatsachen, mit deren Hilfe auf das Vorliegen des zu beweisenden Tatbestandes geschlossen werden kann (sogenannte mittelbare Beweisführung). Es steht dem Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung frei, in Fällen, in denen der direkte Beweis nicht oder nicht mehr erbracht werden kann, seine Überzeugung auf Grund von Indizien zu erreichen oder sich auf einen höheren Grad der Wahrscheinlichkeit zu stützen (BGE 104 II 68 Erw. 3 b)). Die Beweislastverteilung wird davon nicht berührt, der Beweisbelastete hat die für die Vermutung benötigten Indizien darzutun (BaK ZGB I-Schmid, Art. 8 ZGB N 85 ff.).

3.2. Wird der Hauptbeweis angetreten und scheitert er nicht, steht es der nicht beweisbelasteten Partei frei, den Gegenbeweis zu führen. Sie hat Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wach halten und diesen dadurch vereiteln sollen. Der Gegen-

beweis ist somit schon geglückt, wenn er das Ergebnis des Hauptbeweises so erschüttert, dass zuungunsten des Beweisbelasteten zu entscheiden ist (BaK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 36). Thema des Gegenbeweises ist dabei die Sachdarstellung der hauptbeweisbelasteten Partei (BGE 130 III 321 Erw. 3.4). Der nicht beweisbelasteten Partei steht es zudem offen, eine abweichende Sachdarstellung substantiiert zu behaupten (sog. erweitertes oder qualifiziertes Gegenbeweisthema). Eine Verpflichtung dazu besteht indessen nicht und eine Überwälzung der Beweislast ist damit nicht verbunden (BGE 130 III 321 E. 3.4).

3.3. Im vorliegenden Fall leitet der Kläger aus seiner Sachverhaltsdarstellung hinsichtlich des ehemaligen Besitzes am Streitgegenstand durch seine Familie und der Situation und den Umständen beim Kauf des "Footman with Samovar" durch den Beklagten das Recht ab, das Gemälde vom Beklagten herauszuverlangen. Entsprechend trägt er nach den vorgenannten Grundsätzen die Beweislast für seine Sachverhaltsdarstellung, während der Beklagte den Gegenbeweis dazu erbringen und insbesondere die von ihm dargelegten Abweichungen im Sachverhalt im Sinne eines qualifizierten Gegenbeweises belegen kann.

Konkret hat der Kläger damit zunächst zu beweisen, dass er der ehemalige Besitzer des Streitgegenstandes ist (bzw. dass er diese Rechtsposition ererbt hat). Weiter hat er – da der gute Glaube gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB grundsätzlich vermutet wird – im Sinne eines Beweises des Gegenteils die Umstände zu beweisen, aus welchen er ableitet, dass der Beklagte bösgläubig war. Zu beachten ist dabei, dass es sich beim bösen Glauben um eine innere Tatsache handelt, welche nur sehr schwer bewiesen werden kann (Heinz Hausheer / Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 3 N 39; Emil W. Stark, Art. 933 N 45 in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, 1. Teilband Der Besitz, 3. Auflage, Bern 2001 [zit. BK-Stark]). Aus diesem Grund beinhaltet Art. 3 Abs. 2 ZGB im Prinzip eine Beweiserleichterung. Umstritten ist diesbezüglich, wer die Beweislast für die in Art. 3 Abs. 2 ZGB enthaltene Frage der gebotenen Aufmerksamkeit trägt. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass sich die Vermutung des guten Glaubens nicht auf die Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit beziehe (BaK ZGB I-Honsell, Art. 3 N 29; Regula Berger-

Röthlisberger, Die Gutgläubigkeit der Bank bei der Entgegennahme eines Kulturgutes als Sicherheit [BGE 131 III 418] in: recht 2007 S. 209). Das Bundesgericht hat diese Frage in BGE 113 II 397 Erw. 2 b) zwar (am Rande) aufgegriffen, jedoch nicht beantwortet mit dem Hinweis, dass die Beweislast ohnehin demjenigen obläge, der das Vorliegen des bösen Glaubens vermute. Dem ist – entgegen der zitierten neueren Literatur, welche davon ausgeht, dass die Beweislast demjenigen obliege, der den guten Glauben für sich beanspruche – beizupflichten: Art. 3 Abs. 2 ZGB stellt eine Einschränkung von Art. 3 Abs. 1 ZGB dar. Die Vermutung des guten Glaubens bleibt aber bestehen. Diese ist von demjenigen umzustossen, der den bösen Glauben behauptet, was bedeutet, dass er alle Umstände zu beweisen hat, welche zur Begründung des bösen Glaubens beitragen. Entsprechend hat er auch die Umstände zu beweisen, welche belegen, dass die Gegenpartei die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit vermissen lassen hat. Bei gegenteiliger Auffassung würde denn auch die in Art. 3 Abs. 1 ZGB klar festgehaltene Vermutung des guten Glaubens unterlaufen, da derjenige, welcher den guten Glauben anzweifelt, lediglich zu behaupten hätte, die Gegenpartei habe nicht die gebotene Aufmerksamkeit angewendet, während die Gegenpartei die Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit – und damit im Endeffekt das Fehlen von Hinweisen auf den bösen Glauben – zu beweisen hätte. Die von Art. 3 Abs. 1 ZGB aufgestellte Vermutung wäre damit weitgehend nutzlos. Nach dem Gesagten trägt also vorliegend der Kläger die Beweislast dafür, dass der Beklagte gemäss den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 2 ZGB hätte bösgläubig sein müssen. Der Beklagte kann seinerseits insbesondere den Gegenbeweis seines guten Glaubens erbringen und darlegen, dass er trotz aller Vorsichtsmassnahmen den Rechtsmangel nicht hätte aufdecken können. Nach den eben dargelegten Grundsätzen hat der Beklagte seinerseits zu beweisen, dass der Klägers – wie der Beklagte dies behauptet – sich nicht auf den ehemaligen Besitz seiner Familie stützen kann, da dieser in bösem Glauben zustande gekommen sei.

4. Beweiswürdigung

4.1. Allgemein

4.1.1. Der in der Schweiz herrschende Grundsatz der freien Beweiswürdigung besagt, dass der Richter nach seiner frei gebildeten Überzeugung zu entscheiden hat, ob er eine bestimmte Tatsache als bewiesen erachtet oder nicht. Als erbracht hat der Beweis dabei dann zu gelten, wenn sich aus dem Beweisverfahren eine richterliche Überzeugung ergibt, die jeden erheblichen Zweifel ausschliesst (Frank / Sträuli / Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997 [zit. ZPO-Komm.], § 148 N 3). Welche Beweismittel zugelassen sind und damit in die Würdigung einfließen können, bestimmt dagegen das jeweils anwendbare kantonale Recht (BaK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 75).

4.1.2. Zu beachten ist dabei, dass Art. 8 ZGB nicht nur die Verteilung der Beweislast vorgibt, sondern der beweisbelasteten Partei auch einen Anspruch verschafft, zum Beweis zugelassen zu werden, sofern ihre Beweisanträge nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entsprechen und die angebotenen Beweismittel erheblich und tauglich sind (BaK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 6). Auch die nicht beweisbelastete Partei hat Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die das Ergebnis des Hauptbeweises so erschüttert, dass zuungunsten des Beweisbelasteten zu entscheiden ist (BaK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 36).

Dieser Anspruch der Parteien auf Zulassung zum Beweis bedeutet dennoch nicht, dass jedes von einer Partei angerufene Beweismittel vom Gericht auch tatsächlich berücksichtigt werden muss. Das Gericht kann jedoch ein beantragtes Beweismittel nur dann nicht berücksichtigen, wenn (1) es unerhebliche Sachvorbringen betrifft, (2) das Beweismittel seiner Natur nach nicht geeignet ist, zur richterlichen Meinungsbildung beizutragen oder (3) wenn das Gericht das Beweismittel als untauglich erachtet, an dem bereits feststehenden Beweisergebnis – bereits erbrachter Beweis oder nicht überbrückbare Beweislosigkeit – etwas zu ändern.

In diesem letzten Fall der sogenannten antizipierten Beweiswürdigung hat sich das Gericht damit auseinanderzusetzen, ob das Beweismittel einen Einfluss auf das Beweisergebnis haben könnte (Max Kummer in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bern 1962, Art. 8 N 76 ff.).

4.2. Neben dieser Einschränkung des grundsätzlichen Rechts auf Zulassung zum Beweis ist ausdrücklich festzuhalten, dass nur rechtzeitig angebotene Beweismittel auch als solche abzunehmen und im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sind. Gemäss § 137 Abs. 1 ZPO haben die Parteien ihre Beweismittel in der Beweisantrittungsschrift zu benennen. Die Beweismittel sind dabei unter genauer Bezugnahme auf den Beweisaufgabebeschluss – mithin auf die einzelnen Beweissätze – zu bezeichnen (Hans-Ulrich Waldner / Beatrice Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich 2009, S. 435 f.). Die nachträgliche Bezeichnung und Beibringung von Beweismitteln ist sodann gemäss § 138 ZPO nur unter den Voraussetzungen von § 115 ZPO möglich. Dies hat auch dann zu gelten, wenn ein Beweismittel für einen Beweissatz, nicht aber für einen anderen, genannt ist. Entsprechend sind im Rahmen der Beweiswürdigung lediglich die für die jeweiligen Beweissätze rechtzeitig genannten Beweismittel zu berücksichtigen. Wo die Parteien im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis auch auf für einzelne Beweissätze nicht genannte Beweismittel eingehen, kann diesen Ausführungen nicht gefolgt werden.

4.3. (Vorprozessuale) Einvernahme von B vom 18. Oktober 2002

4.3.1. Vorliegend stellt sich im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung insbesondere die Frage nach der Beweisrelevanz der privaten, vorprozessualen Einvernahme von B am 18. Oktober 2002 in New York (act. 4/5). Das zürcherische Prozessrecht sieht einen numerus clausus der zulässigen Beweismittel vor. Dazu gehören unter anderem Zeugenbefragungen, deren Ablauf durch § 162 ff. ZPO beschrieben ist und bezüglich denen fest steht, dass sie durch das Gericht durchzuführen sind. Ebenso sind gemäss § 168 ZPO schriftliche Auskünfte vorgesehen, welche ebenfalls durch das Gericht einzuholen sind. Ausserdem können auch Urkunden jeder Art Beweismittel darstellen (§ 183 ff. ZPO). Eine Urkunde ist dabei jede Aufzeichnung von Gedanken oder Wiedergabe von Dingen

der Aussenwelt (ZPO-Komm., vor § 183 ff. N 2). Bezüglich der vorliegend zu behandelnden Einvernahme ist – wie bereits mit Zirkulationsbeschluss vom 18. Dezember 2007 (act. 91) geschehen – darauf hinzuweisen, dass eine solcherart durchgeführte private Zeugeneinvernahme durch das zürcherische Prozessrecht nicht vorgesehen ist (vgl. § 157 ff. ZPO zur Zeugeneinvernahme). Entsprechend war diese Einvernahme nicht als Zeugeneinvernahme abzunehmen. Da auf Grund der Befragung jedoch ein Protokoll aufgenommen, welches im vorliegenden Fall ins Recht gereicht wurde, liegt dem Gericht ein Dokument, das die Gedanken von B aufzeichnet, vor. Diese Urkunde ist als Beweismittel zu würdigen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere die Tatsache, dass das Dokument, welches eingereicht wird, eine vorprozessuale Befragung durch einen Parteianwalt wiedergibt, dem nicht entgegen steht. Die Durchführung einer solchen Befragung ist nicht schlechthin unzulässig. Insbesondere die Befragung eines potentiellen Zeugen vor Einleitung des Prozesses zur Gewinnung von Informationen ist sinnvoll und entsprechend auch zu billigen (ZR 61 [1962] Nr. 5; ZR 52 [1953] Nr. 68). Wird hiervon eine Aufzeichnung gemacht, kann diese auch im Rahmen des Prozesses beachtet werden.

Selbstverständlich ist aber im Rahmen der Beweiswürdigung der Beweiswert derartiger Aufzeichnungen nach den konkreten Umständen zu berücksichtigen. Gemäss der Rechtsprechung ist es nicht möglich, auf solche Urkunden als tragendes Beweismittel abzustellen. Im Zusammenhang mit einer späteren Zeugeneinvernahme kann ihnen dagegen ein Beweiswert zukommen (ZR 106 [2007] Nr. 14 Erw. 5). Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass die genannte Einvernahme – wie zu zeigen sein wird – kein tragendes Element der Beweisführung darstellt, weshalb weitere Ausführungen in diesem Zusammenhang unterbleiben können.

4.3.2. Weiter wurde von Seiten des Beklagten vorgebracht, dass es der Zeugin B auch anlässlich einer späteren rechtshilfweisen Einvernahme nicht mehr möglich sei, frei und unverfälscht zu antworten, da sie anlässlich der vorprozessualen Einvernahme unter Strafandrohung des amerikanischen Rechts gestanden habe und sie entsprechend nicht abweichend antworten könne. Die Zeugin sei daher als kompromittiert zu erachten (act. 60 Ziff. 13 ff.). Obschon aus den

Akten nicht eindeutig ersichtlich ist, ob die Zeugin anlässlich der vorprozessualen Einvernahme im Jahr 2002 tatsächlich unter Strafandrohung zur Wahrheit verpflichtet war (vgl. act. 4/4; act. 4/5; act. 61/1), ist hiervon auszugehen, zumal auch der Kläger festhält, dass sie unter Strafandrohung für Meineid (Perjury) gestanden habe (act. 52 Ziff. 15).

Hierzu ist vorab festzuhalten, dass eine vorprozessuale Einvernahme, welche nicht den Regeln des hiesigen Prozessrechts entspricht, nicht per se zur Unglaubwürdigkeit eines Zeugen in einer späteren gerichtlichen Einvernahme führen kann. Etwas anderes zu behaupten, würde bedeuten, dass jedem Zeugen, welcher sich bereits vorgängig zur Sache geäußert hatte, unterstellt würde, in der ursprünglichen Aussage von der Wahrheit abgewichen zu sein und sich nun nicht mehr frei zur Wahrheit bekennen zu können. Dies kann wohl auch kaum der Meinung des Beklagten entsprechen. Zutreffend ist dagegen, dass auf Grund der Umstände der erstatteten vorprozessualen Einvernahme die Glaubhaftigkeit der später als Zeuge gemachten Angaben beeinträchtigt sein kann. Dies ist jedoch klar von den Umständen des Einzelfalles abhängig, weshalb den entsprechenden Vorgängen im Rahmen der konkreten Beweiswürdigung Rechnung zu tragen ist (ZR 106 [2007] Nr. 14 Erw. 5).

Den Bedenken des Beklagten Rechnung tragend ist in genereller Hinsicht Folgendes zu beachten: Die vorprozessuale Einvernahme der Zeugin B fand am 18. Oktober 2002 statt. Die rechtshilfweise, vom entscheidenden Gericht angeordnete Einvernahme wurde sodann am 11. August 2009, mithin fast sieben Jahre später, durchgeführt (act. 618). Die Zeugin verneinte anlässlich dieser Einvernahme die Frage, ob sie das Protokoll der ersten Befragung im Hinblick auf den 11. August 2009 noch einmal angeschaut habe (act. 618 S. 13). Es besteht dabei kein Anlass, an der Korrektheit dieser Aussage zu zweifeln. Weiter wird diese Angabe dadurch unterstützt, dass die Zeugin hinsichtlich zweier Bereiche anlässlich der beiden Befragungen widersprüchliche Aussagen gemacht hat: In der ersten Befragung führte sie bezüglich der Rückseite des streitgegenständlichen Bildes aus: *"I don't think it was relined because [...] there was an a signature on the back so it couldn't have been relined."* (act. 4/5 S. 99), während sie anlässlich der

rechtshilfeweisen Befragung klar festhielt: "*Ich dachte, es sei neu aufgezo-*gen." (act. 618 S. 56). Zu der Begleitung bei der Besichtigung des "Footman with Samovar" befragt, gab die Zeugin B anlässlich der vorprozessualen Einvernahme an, sie sei von einer "Ludmilla" und einer zweiten Dame begleitet worden, an deren Name sie sich aber nicht mehr erinnere (act. 4/5 S. 79 ff.). Bei der zweiten Befragung führte sie dagegen aus, dass die eine Dame Frau C gewesen sein müsse, während sie sich an die andere nicht mehr erinnere (act. 618 S. 102). Diese unterschiedlichen Angaben sind in Anbetracht des Zeitablaufs zwischen den beiden Befragungen ohne weiteres verständlich. Jedoch wären sie wohl kaum erfolgt, hätte die Zeugin das erste Einvernahmeprotokoll noch einmal angeschaut und sich bemüht, in keinem Fall abweichende Antworten zu geben. Vor diesem Hintergrund erscheint es – mindestens in genereller Hinsicht – als unwahrscheinlich, dass die Aussagen der Zeugin anlässlich der zweiten Einvernahme durch die bereits früher – unter Androhung der Strafe für Meineid – erfolgten Angaben beeinflusst sein sollten. Überdies besteht auch kein Anlass, daran zu zweifeln, dass die Zeugin bereits an der Einvernahme vom 18. Oktober 2002 im Wesentlichen zutreffende Angaben machte. Der vom Beklagten geäußerten Befürchtung, dass gewisse Aussagen lediglich auf Grund der klägerischen Zermürbungstaktik zustande gekommen seien (act. 60 Ziff. 17), wäre gegebenenfalls im Hinblick auf konkrete Angaben Rechnung zu tragen.

4.4. Beschluss Wyborg-Bezirksvolksgericht St. Petersburg vom 16. Januar 2003

4.4.1. Der Beklagte führt im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung weiter aus, dass auch der Beschluss des Wyborg-Bezirksvolksgerichts St. Petersburg vom 16. Januar 2003 (act. 4/11), welcher vom Kläger als Beweismittel genannt worden war, aus dem Recht zu weisen sei, da dieser nicht anerkennbar sei und kein Beweismittel im Sinne des zürcherischen Zivilprozessrechts darstelle (act. 32 Ziff. 22 ff.).

4.4.2. Diesbezüglich ist zunächst auf die Ausführungen zu den möglichen Beweismitteln in Ziff. 4.3.1. vorstehend zu verweisen und festzuhalten, dass auch der vorliegende Beschluss eine "Wiedergabe von Dingen der Aussenwelt" bein-

haltet. Der Beschluss stellt entsprechend eine Urkunde im Sinne der §§ 183 ff. ZPO dar und ist als solche als Beweismittel zu berücksichtigen. Ein "aus dem Recht weisen" ist dagegen nicht vorgesehen. Selbstverständlich aber ist das Gericht – mangels Anerkennbarkeit des Beschlusses in der Schweiz, welche im Übrigen auch vom Kläger nicht behauptet ist – nicht an die Feststellungen des russischen Gerichts gebunden, sondern hat diese viel mehr frei zu würdigen.

4.5. Schriftliche Angaben

Der Beklagte beanstandet weiter die vom Kläger eingereichten "schriftlichen Zeugenaussagen" potentieller Zeugen. Die private Einholung schriftlicher Auskünfte sei nicht möglich bzw. untersagt und die Dokumente seien entsprechend aus dem Recht zu weisen. Ausserdem seien die entsprechenden Personen im Falle einer späteren Zeugenaussage als kompromittiert zu erachten (act. 32 Ziff. 24 ff.).

Auch hier ist wiederum auf Ziff. 4.3.1. vorstehend zu verweisen. Es ist zutreffend, dass die vom Kläger als Beweismittel bezeichneten Bestätigungen weder Zeugenaussagen noch schriftliche Auskünfte nach den Bestimmungen der ZPO darstellen können. Auch vermögen sie Zeugenaussagen nicht zu ersetzen (ZPO-Komm., vor § 183 ff. N 3). Dennoch stellen die eingereichten schriftlichen Bestätigungen aber Aufzeichnungen von Gedanken und damit Urkunden im Sinne der ZPO dar. Als solche sind sie denn im Rahmen des Beweisverfahrens auch zu beachten und entsprechend als Beweismittel abzunehmen. Auch hierfür ist ein "aus dem Recht weisen" dagegen nicht vorgesehen. Wie bereits ausgeführt, ist aber der Beweiswert dieser Unterlagen im Rahmen der Beweiswürdigung nach den konkreten Umständen zu berücksichtigen. Gemäss der Rechtsprechung ist es nicht möglich, auf solche Urkunden als tragendes Beweismittel abzustellen (ZR 106 [2007] Nr. 14 Erw. 5). Wie nachfolgend in Ziff. V. 3.6. zu zeigen sein wird, kommt den in Frage stehenden Dokumente aber ohnehin keine tragende Stellung zu, so dass weitere Ausführungen hierzu unterbleiben können.

4.6. Glaubwürdigkeit verschiedener Zeugen

4.6.1. Der Beklagte führt in seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis hinsichtlich der Zeugen

4.6.2. D, E und F aus, dass der Beweiswert von deren Aussagen auf Grund der vorgängigen Kontaktierung durch den Kläger stark eingeschränkt sei (act. 641 Ziff. 30 f., Ziff. 166 ff., Ziff. 212, Ziff. 252).

4.6.3. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass weder dem Zeugen D noch dem Zeugen F im Rahmen des vorliegenden Verfahrens eine tragende Rolle zukommt. Entsprechend rechtfertigt es sich, auf die sie betreffenden Bedenken nicht weiter einzugehen. Hinsichtlich der Zeugin E ist dagegen festzuhalten, dass es – wie bereits erwähnt – nicht ausgeschlossen ist, dass eine Partei einen Zeugen vorprozessual kontaktieren darf (vgl. Ziff. 4.3.1.). Einzig auf Grund der offenbar stattgefundenen telefonischen Kontakte der klägerischen Seite mit der Zeugin E kann daher noch nicht darauf geschlossen werden, dass deren Aussagen kompromittiert werden. Einem allfälligen anderen Hinweis wäre im Rahmen der konkreten Würdigung der Aussagen Rechnung zu tragen.

4.7. Gutachten

4.7.1. Ebenfalls zu behandeln ist der vom Kläger mit Eingabe vom 8. März 2010 gestellte Antrag auf Bestellung von Dr. H als Gutachter und auf Erstellung eines neuen Gutachtens (act. 572).

4.7.2. Wird ein Gutachten als Beweismittel abgenommen und erstellt, erhalten die Parteien gemäss § 180 ZPO die Möglichkeit, zum Gutachten Stellung zu nehmen und seine Erläuterung oder Ergänzung oder die Bestellung eines andern Sachverständigen zu beantragen. Da derartige Anträge der Parteien auf richterliche Anordnungen gemäss § 181 ZPO abzielen, sind sie zu begründen. Die Parteien können auch in diesem Zeitpunkt noch Einwendungen gegen die Person des Gutachters nachholen (ZPO-Komm., § 180 N 2). Das Gericht lässt ein unvollständiges, unklares oder nicht gehörig begründetes Gutachten von Amtes wegen

ergänzen oder erläutern. Es bestellt einen neuen Sachverständigen, wenn es das Gutachten für ungenügend hält (§ 181 Abs. 1 und 2 ZPO). Mängel des Gutachtens sind möglichst durch Verbesserung des Gutachtens zu beheben, also durch Erläuterung oder Ergänzung. Ein neues Gutachten ist demgegenüber nur dann anzuordnen, wenn das erste Gutachten trotz erfolgter Verbesserung nicht genügt. Der Entscheid darüber liegt im Ermessen des Gerichts, wobei massgebend zu sein hat, ob dem Gutachter die erforderlichen Kenntnisse oder die nötige Unbefangenheit abgeht bzw. ob das Gutachten aus anderen Gründen nicht zu überzeugen vermag. Die Tatsache, dass ein Privatgutachter oder auch ein zweiter Gutachter möglicherweise zu einem anderen Ergebnis käme, genügt dagegen für die Anordnung einer neuen Begutachtung nicht (ZPO-Komm., § 181 N 2 ff.).

4.7.3. Vorliegend wurden den Parteien mit Zirkulationsbeschluss vom 18. Dezember 2007 Dr. G und HH als Gutachter vorgeschlagen (act. 91). Nachdem sich die Parteien nicht für die gleiche Person aussprachen, wurde mit Zirkulationsbeschluss vom 28. August 2008 Dr. G zum Gutachter bestellt, da dieser als besonders geeignet erschien (act. 137).

Der Sachverständige Dr. G erstattete darauf am 6. November 2008 sein Gutachten (act. 245), welches den Parteien mit Präsidialverfügung vom 19. November 2008 zur Stellungnahme zugestellt wurde (act. 279). Die Stellungnahme des Beklagten ging am 16. Dezember 2008 ein (act. 306), während diejenige des Klägers vom 16. Februar 2009 datiert (act. 369). Der Kläger beantragte in seiner Stellungnahme insbesondere die Bestellung eines neuen Gutachters und die Erstellung eines neuen Gutachtens. Der Beklagte nahm zu dieser klägerischen Eingabe am 18. Februar 2009 unaufgefordert Stellung und beantragte die Abweisung der klägerischen Anträge und die Nichtberücksichtigung der vom Kläger eingereichten Unterlagen (act. 371), worauf wiederum der Kläger mit Eingabe vom 16. März 2009 an seinen Einwänden festhielt (act. 396). Nachdem dem Beklagten mit Präsidialverfügung vom 30. April 2009 Frist dazu angesetzt worden war (act. 440), teilte er mit Eingabe vom 15. Mai 2009 mit, dass er an seinen Ausführungen und Anträgen in der Eingabe vom 18. Februar 2009 festhalte (act. 452). Mit Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2009 wurde in der Folge der Antrag des

Klägers auf Anordnung einer neuen Begutachtung und Ernennung eines neuen Sachverständigen abgewiesen und der Gutachter Dr. G zur Ergänzung und Erläuterung seines Gutachtens aufgefordert. Weiter wurde mit ebendiesem Beschluss der Antrag des Beklagten auf Zurückweisung der mit Eingabe vom 16. Februar 2009 durch den Kläger eingereichten Unterlagen abgewiesen (act. 517). Das Ergänzungsgutachten vom 20. November 2009 ging am 23. November 2009 hierorts ein (act. 557) und wurde den Parteien mit Präsidialverfügung vom 24. November 2009 zur Stellungnahme zugestellt (act. 560). Der Beklagte nahm mit Eingabe vom 16. Dezember 2009 Stellung und sprach sich für die Vollständigkeit des Gutachtens aus, behielt sich jedoch eine inhaltliche Stellungnahme zum Beweisergebnis einstweilen vor (act. 565). Der Kläger nahm mit Eingabe vom 8. März 2010 Stellung und beantragte erneut die Erstellung eines neuen Gutachtens durch einen anderen Sachverständigen (act. 572). Da der Kläger einerseits allgemeine Einwendungen gegen die Befähigung des Gutachters (act. 572 Ziff. 1 ff.), andererseits aber auch Einwendungen zu den einzelnen Antworten vorbringt, empfiehlt es sich, zunächst lediglich auf die allgemeinen Einwendungen einzugehen, während die besonderen Vorbringen im Zusammenhang mit den jeweiligen Beweisthemen zu behandeln sind.

4.7.4. Der Kläger verweist in seiner Stellungnahme vom 8. März 2010 (act. 572) zum Ergänzungsgutachten vom 20. November 2009 hinsichtlich der allgemeinen Einwendungen gegen Dr. G als Gutachter im wesentlichen auf seine Ausführungen in der Stellungnahme vom 16. Februar 2009 (act. 369), welche bereits im Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2009 behandelt wurden (act. 517). In diesem Beschluss wurde festgehalten, dass die allgemeinen Einwendungen des Klägers nicht als geeignet erschienen, die Anordnung eines neuen Gutachtens durch einen anderen Gutachter vorzunehmen (vgl. Ziff. 2.2.6.). Den begründeten Ausführungen im genannten Beschluss ist nichts beizufügen und es kann darauf verwiesen werden. Der Kläger führt sodann in allgemeiner Hinsicht weiter aus, dass der Gutachter nicht in der Lage sei, seine Wertvorstellungen zu begründen (act. 572 Ziff. 3). Diesen Vorwurf scheint er dabei insbesondere auf die dem Gutachter gestellte Frage nach dem Wert des streitgegenständlichen Ge-

mälde zu beziehen, weshalb es sich anbietet, diese Vorbringen im Zusammenhang mit dem Beweisthema des Wertes des Gemäldes zu behandeln.

In allgemeiner Hinsicht ist diesbezüglich zusätzlich festzuhalten, dass die Neuerstellung eines Gutachtens am Ausgang dieses Verfahrens ohnehin nichts zu ändern vermöchte (vgl. hierzu Ziff. VI. 4.3.4. e)), weshalb auch aus diesem Grund von der Anordnung eines neuen Gutachtens abgesehen werden kann.

4.8. Parteibefragung

Im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung ist sodann darauf hinzuweisen, dass Aussagen einer Partei zu ihren eigenen Gunsten gemäss § 149 Abs. 3 ZPO keinen Beweis bilden können. Entsprechend werden die als Beweismittel angebotenen und abgenommenen Parteibefragungen in der Folge bei der konkreten Würdigung der Beweise dann nicht erwähnt, wenn eine Partei lediglich Ausführungen zu ihren eigenen Gunsten machte.

4.9. Zeugenaussagen Frankreich

4.9.1. Unter den diversen von den Parteien genannten Beweismitteln befanden sich zwei Zeugen (I und J), welche ihren Wohnsitz in Frankreich hatten und bezüglich deren entsprechend die rechtshilfeweise Zeugeneinvernahme durch die französischen Behörden angeordnet wurde (act. 100). Nachdem die beiden Rechtshilfeersuchen am 7. November 2008 gestellt worden waren (act. 238 und 239), ging die Einvernahme des Zeugen J am 8. Januar 2009 (act. 335 ff.) und diejenige des Zeugen I (act. 350 f.) am 26. Januar 2009 hierorts ein. Aus den Akten ergab sich, dass die jeweiligen Einvernahmen durch die Polizei durchgeführt worden waren, obwohl es sich vorliegend um einen Zivilprozess handelt, was als eher ungewöhnlich erschien. Daher wurde das Bundesamt für Justiz kontaktiert, um sich bezüglich der Korrektheit der Durchführung der Zeugeneinvernahmen zu vergewissern (act. 338A). Nachdem sich zunächst nichts Konkretes ergeben hatte, wurde das Gericht von Seiten des Bundesamtes für Justiz am 16. März 2009 aufgefordert, dem Bundesamt zuhanden der französischen Behörden genauere Informationen hinsichtlich der Rechtshilfeersuchen zukommen zu lassen

(act. 393A), welcher Aufforderung das Gericht mit Schreiben vom 16. März 2009 nachkam (act. 396A). Die vom Gericht dem Bundesamt für Justiz in anonymisierter Form zugestellten Informationen wurden durch dieses an die französischen Behörden weitergeleitet (act. 452A). Das "Bureau de l'Entraide Civile et Commerciale Internationale" des französischen Justizministeriums – die französische Zentralbehörde in Rechtshilfeangelegenheiten – bestätigte darauf mit Schreiben vom 27. Mai 2009, dass die rechtshilfeweise Zeugeneinvernahme in Zivilsachen in Frankreich in der alleinigen Kompetenz des Gerichtspräsidenten oder eines von diesem bezeichneten Richters liege, weshalb auch die betreffenden lokalen Stellen kontaktiert würden (act. 457B). In der Folge ging am 22. Oktober 2009 die am 12. Oktober 2009 erneut erfolgte Zeugeneinvernahme des Zeugen J hierorts ein (act. 528 f.). Mit Schreiben vom 9. April 2010 teilte das "Bureau de l'Entraide Civile et Commerciale Internationale" des französischen Justizministeriums dem Bundesamt für Justiz mit, dass beide Zeugen erneut einvernommen worden seien (act. 590B), worauf das Gericht dem Bundesamt für Justiz wiederum mitteilte, dass bezüglich des Zeugen I nichts beim Gericht eingegangen sei (act. 606). Nachdem das Bundesamt für Justiz dies mit Schreiben vom 27. Mai 2010 der französischen Zentralbehörde mitgeteilt hatte (act. 607), erklärte diese am 14. Juni 2010 wiederum, dass sie dies an die zuständige Pariser Instanz weiterleiten werde (act. 624). Bis heute ist die entsprechende Einvernahme jedoch nicht beim entscheidenden Gericht eingetroffen, weshalb sich die Frage stellt, wie diesbezüglich weiter zu verfahren ist.

4.9.2. Nach der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich ist es zulässig, bei Untätigkeit der um Rechtshilfe ersuchten ausländischen Behörde nach einigem Zeitablauf davon auszugehen, das entsprechende Beweismittel sei faktisch nicht erhältlich und das Verfahren entsprechend unter Würdigung der zur Verfügung stehenden Beweismittel abzuschliessen (ZR 103 [2004] Nr. 73; ZR 89 [1990] Nr. 75). Dies erscheint auch im vorliegenden Fall, in welchem mehr als zwei Jahre nach der Stellung des ursprünglichen Rechtshilfeersuchens vom 7. November 2008 trotz verschiedentlich Nachforschungen und Kontakte zwischen den zuständigen Behörden das Protokoll der korrekten Einvernahme noch nicht beim entscheidenden Gericht eingetroffen ist, als gerechtfertigt. Es ist des-

halb von weiteren Abklärungen in dieser Angelegenheit abzusehen und der Entscheidung auf Grund der – ohnehin zahlreichen – zur Verfügung stehenden Beweismittel zu fällen.

V. (Aktivlegitimation)

1. Rechtliche Grundlage

Wie vorstehend in Ziff. IV. 2.5. ausgeführt, ist zunächst die Aktivlegitimation des Klägers zur Erhebung einer Fahrnisklage zu prüfen: Gemäss Art. 936 Abs. 1 ZGB kann der frühere Besitzer einer beweglichen Sache diese dem neuen Besitzer jederzeit abfordern, wenn er sie nicht in gutem Glauben erworben hat. Massgebend für die Aktivlegitimation ist damit der frühere Besitz an einer beweglichen Sache, welche in der Folge abhandengekommen ist. Zu beachten ist zusätzlich, dass die Aktivlegitimation dann nicht bejaht werden kann, wenn der Kläger seinen vormaligen Besitz bösgläubig erworben hat (Art. 936 Abs. 2 ZGB).

2. Parteivorbringen

2.1. Der Kläger führt aus, dass das streitgegenständliche Gemälde mit Kaufvertrag vom 19. September 1970 durch seinen Vater von A erworben worden sei (act. 2 Ziff. 50; act. 52 Ziff. 30). Ab diesem Zeitpunkt habe sich das Kunstwerk im Besitz seiner Familie befunden, bis es am 1. August 1978 aus der Wohnung der Familie entwendet worden sei (act. 2 Ziff. 67 ff.). Da sowohl sein Vater als auch seine Mutter in der Zwischenzeit verstorben seien und er der einzige Erbe sei, seien sämtliche Ansprüche in diesem Zusammenhang auf den Kläger übergegangen (act. 2 Ziff. 21 ff.).

2.2. Der Beklagte seinerseits bestreitet, dass der "Footman with Samovar" sich je im Besitz der Familie des Klägers befunden habe (act. 32 Ziff. 74, Ziff. 153; act. 60 Ziff. 51). Ausserdem bringt er vor, dass A ohnehin nicht verfügungsberechtigt gewesen sei und der Vater des Klägers dies hätte wissen sollen (act. 60 Ziff. 56).

3. Früherer Besitz der klägerischen Familie

Der Kläger führt zum Beweis des früheren Besitzes des Streitgegenstands durch seine Familie verschiedene Belege an:

3.1. Zunächst stellt der Kläger auf den Vorgang des Kaufs des "Footman with Samovar" von A ab. Zum Beleg dafür reicht er den Kaufvertrag (act. 53/4 [=act. 4/21]) ins Recht und stützt sich auf weitere Unterlagen (act. 4/22; act. 4/11; act. 4/26; act. 4/33; act. 4/39; act. 131 [=act. 4/46]; act. 132 [=act. 4/47]), welche sich jedoch nicht über den Kauf an sich äussern und diesen damit – ebenso wenig wie der angerufene Zeuge J, der angibt, darüber nichts zu wissen (act. 551) – nicht zu belegen vermögen.

Das Bestehen des Kaufvertrages hinsichtlich des streitgegenständlichen Gemäldes stellt ein Indiz zu Gunsten des ehemaligen Besitzes der klägerischen Familie dar. Der Inhalt des Vertrages lautet wie folgt: "*Ich, A, habe das Bild "footman with Samovar" (Arbeit aus dem Jahre 1912) für 4'900 Rubel an P, K, verkauft.*" (act. 53/4). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Bedenken des Beklagten bezüglich dieses Kaufvertrages (act. 32 Ziff. 74; act. 60 Ziff. 58) zwar insofern verständlich erscheinen, als dass die Eckwerte des Geschäfts lediglich sehr rudimentär festgehalten wurden. Allerdings ist zu beachten, dass der Titel des Gemäldes genau bezeichnet wurde. Das Fehlen des Namens des Künstlers stellt bezüglich der Bestimmbarkeit des Kaufgegenstandes ebenso wenig einen gravierenden Mangel dar, wie das falsche Entstehungsjahr, zumal weder der Beklagte behauptet, dass ein anderes Werk mit demselben Titel bestehe, noch ein solches ersichtlich wäre. Entsprechend erscheinen Zweifel darüber, was mittels dieses Kaufvertrages verkauft werden sollte, nicht als angezeigt. Da die Authentizität des Schriftstückes darüber hinaus nicht in Frage gestellt wird, erübrigen sich weitere Ausführungen.

3.2. Der Kläger legt sodann ausführlich die Geschichte seines Vaters sowie die Umstände des Aufbaus von dessen Sammlung dar, wobei er insbesondere festhält, dass die Sammlung als eine der bedeutendsten Sammlungen der russischen Vorkriegszeit gegolten habe und die Sammlung immer in der Wohnung der

klägerischen Familie aufbewahrt worden sei, zumal sie in den Augen der UdSSR "degenerierte Kunst" beheimatet habe, was gefährlich gewesen sei (act. 2 Ziff. 41 ff.). Inwiefern der Kläger jedoch damit konkret belegen will, dass das streitgegenständliche Gemälde ebenfalls Teil dieser Sammlung war, bleibt unklar, weshalb hierauf nicht weiter einzugehen ist.

3.3. Weiter führt der Kläger aus, J habe im September 1973 die Gemäldesammlung des Vaters des Klägers in dessen Wohnung in St. Petersburg besucht und dabei das streitgegenständliche Gemälde gesehen. Derselbe habe in einem Schreiben vom 15. Januar 1975 (act. 4/23; act. 53/6) auf dieses Gemälde aus der Sammlung des Vaters des Klägers Bezug genommen (act. 2 Ziff. 54; act. 52 Ziff. 35). Der genannte J bestätigte beide Angaben anlässlich der rechtshilfweisen Zeugeneinvernahme vom 12. Oktober 2009 (act. 551 S. 4). Auch der von ihm erstellte Werkkatalog des Künstlers Kasimir Malewitsch nennt "A.F. Cudnovski, Leningrad" als Provenienz des "Footman with Samovar" (act. 4/22 S. 142). Da kein Anlass besteht, an den Angaben des Zeugen zu zweifeln, hat diese klägerische Behauptung als bewiesen zu gelten.

Die damit erstellte Tatsache, dass J das streitgegenständliche Gemälde in der Wohnung der Familie des Klägers gesehen hat, stellt ein weiteres Indiz dafür dar, dass sich das Bild im Besitz dieser Familie befand.

3.4. Ausserdem hat nach den Angaben des Klägers auch Prof. L das streitgegenständliche Bild in den 1970er Jahren in der Wohnung der Familie des Klägers gesehen (act. 2 Ziff. 60). Als Beleg dafür nannte der Kläger einerseits die Einvernahme der Genannten als Zeugin, welche jedoch in der Folge nicht durchgeführt werden konnte (act. 483), worauf der Kläger mit Schreiben vom 12. August 2009 auf die Durchführung der Einvernahme verzichtete (act. 500). Weiter reichte der Kläger als Beleg eine schriftliche Bestätigung von Prof. L vom 10. Februar 2000 zu den Akten, in welcher diese festhielt, dass sie in den 1970er Jahren das Gemälde "Footman with Samovar" wiederholt in der Wohnung der Familie des Klägers gesehen habe (act. 127 [=act. 4/28]).

Diesbezüglich stellt sich die Frage nach der Würdigung der schriftlichen Bestätigung als Beweismittel. Der Beklagte lässt in diesem Zusammenhang vorbringen, dass gemäss § 168 ZPO schriftliche Auskünfte von Privatpersonen nur ausnahmsweise und nur durch das Gericht eingeholt werden könnten und die Einholung von schriftlichen "Zeugenaussagen" durch die Parteien unzulässig seien (act. 32 Ziff. 25). Dieser Einwand ist grundsätzlich berechtigt, sieht doch das zürcherische Prozessrecht tatsächlich die Einholung schriftlicher Auskünfte durch die Parteien nicht vor. Jedoch ist festzuhalten, dass auch eine schriftliche Bestätigung eine Urkunde im Sinne von § 183 ff. ZPO darstellt ("Urkunde [...] ist eine Sache, die der Aufzeichnung von Gedanken dient" ZPO-Komm., vor § 183 ff. N 2). Sie stellt entsprechend ein taugliches Beweismittel dar, wobei selbstverständlich im Rahmen der Beweiswürdigung zu beachten ist, dass sie eine Zeugenaussage als an sich für derartige Wahrnehmungen vorgesehenes Beweismittel nicht zu ersetzen vermag (ZPO-Komm., vor § 183 ff. N 3) und ihr nach der Rechtsprechung – wie vorstehend in Ziff. IV. 4.5. dargelegt – keine tragende Rolle zukommen kann.

Nach dem Gesagten ist die Behauptung des Besuchs von Prof. L in der Wohnung der Familie des Klägers und ihre dabei gemachten Beobachtungen einzig durch ihre schriftliche Angabe belegt. Die Tatsache, dass die Bestätigung lediglich schriftlich und ohne Verpflichtung zur Wahrheit und Strafandrohung im Widerhandlungsfall erfolgte, lässt den Beweiswert des Schriftstücks freilich erheblich schmälern. Da jedoch das eigentliche klägerische Anliegen – der Besitz der Familie P – auch ohne dieses Indiz belegt werden kann, braucht auf diese Problematik nicht näher eingegangen zu werden.

3.5. Als weiteren Hinweis nennt der Kläger das Buch von L.A. "Suche und Experiment", in welchem das streitgegenständliche Bild abgebildet sei mit der Angabe, dass es zu einer Privatsammlung in Leningrad gehöre, womit offensichtlich die Sammlung P gemeint sei, da die Autorin dem Vater des Klägers in der Einleitung danke (act. 2 Ziff. 57; act. 52 Ziff. 36). Der Kläger belegt dies mit Auszügen aus dem genannten Buch (act. 4/24; act. 4/25). Aus diesen Ausschnitten geht keinerlei direkter Zusammenhang zwischen der Familie des Klägers und dem streitgegenständlichen Gemälde hervor. Der Dank an den Vater des Klägers stellt

zwar einen Hinweis darauf dar, dass er in irgendeiner Weise an der Erstellung des Buches beteiligt war. Da er aber unbestrittenermassen Kunstsammler war und in dem Buch zahlreiche Kunstwerke abgebildet sind, sich also seine Beteiligung auch auf ein beliebiges anderes Bild oder auch auf theoretische Hintergründe beziehen könnte, taugt dieser Umstand nicht zum Beweis des ehemaligen Besitzes der klägerischen Familie am Streitgegenstand.

3.6. Der Kläger legt sodann dar, dass der Streitgegenstand am 1. August 1978 aus der Wohnung der Familie des Klägers gestohlen worden sei (act. 2 Ziff. 67). Er beschreibt diesbezüglich insbesondere den genauen Tathergang des Überfalls, anlässlich welchem er von den Tätern überrascht und niedergeschlagen worden sei (act. 2 Ziff. 67 ff.). Ebenfalls führt er aus, dass der Überfall vor dem Hintergrund zu sehen sei, dass sich die russische Partielite in den 1970er Jahren für den Kunstbereich der russischen Avantgarde – welchem auch der "Footman with Samovar" angehört – zu interessieren begonnen habe. Ranghohe Parteifunktionäre hätten eine entsprechende Sammeltätigkeit begonnen und auch versucht, Kunstwerke vom Vater des Klägers zu erwerben. Als dieser sich aber geweigert habe, diese zu verkaufen, sei der Überfall geschehen (act. 2 Ziff. 76 ff.).

Als Beleg für den Überfall führt der Kläger neben seiner eigenen Parteibefragung (Prot. S. 161), anlässlich welcher er die genannten Angaben bestätigte, die Aussage von drei Zeugen an. Die Zeuginnen L sowie M konnten jedoch nicht einvernommen werden (act. 483 bzw. act. 485), worauf der Kläger auf eine erneute Einvernahme verzichtete (act. 500). Nachdem auch der Zeuge N nicht hatte einvernommen werden können (act. 570; act. 578), verzichtete der Kläger mit Schreiben vom 7. Juni 2010 auch auf dessen erneute Einvernahme (act. 615). Bezüglich des an das Wyborski Föderales Gericht gestellte Begehren um schriftliche Auskunft vom 22. August 2008 (act. 135) ist zu bemerken, dass dieses nicht beantwortet wurde. Zumal bei solchen Begehren keine Pflicht zur Auskunfterteilung besteht (ZPO-Komm., § 168 N 3) und eine Vorladung als Zeuge vorliegend nicht in Frage kommt, besteht keine Möglichkeit, die Auskunft zwangsweise einzuholen. Der Beweis ist daher ohne diese Auskünfte zu führen. Unter den weiteren offerierten Beweismitteln sind insbesondere die Urteile des Wyborg-Bezirksgericht von

Leningrad, Fall NR1-660 des Jahre 1979, und des Volksgerichts des Wyborg-Bezirktes der Stadt Leningrad, Fall NR1-317 von 1983, zu beachten, in welchen zwei der Täter wegen des genannten Überfalls auf die Wohnung der Familie des Klägers verurteilt werden und festgehalten wird, dass sich unter den gestohlenen Bildern das streitgegenständliche Werk befand (act. 4/26 und act. 4/39). In Berücksichtigung dieser Entscheide, an deren Authentizität zu zweifeln kein Anlass besteht, erscheint der Diebstahl aus der Wohnung der Familie des Klägers als nachgewiesen. Die weiteren vom Kläger genannten Beweismittel (act. 4/11; act. 4/17; act. 4/18; act. 4/27; act. 127 [=act. 4/28]; act. 4/29; act. 53/3; act. 128 [=act. 4/30]; act. 129 [=act. 4/31]; act. 4/32; act. 4/33; act. 130 [=act. 4/34]) – welche im Übrigen ohnehin in erster Linie Angaben der klägerischen Familie wiedergeben und sich grösstenteils auf die Zeit nach 1989 beziehen – müssen daher nicht näher berücksichtigt werden.

Hinsichtlich des Tathergangs des Überfalls und der klägerischen Vermutung betreffend dessen Hintermänner ist festzuhalten, dass diese Ausführungen nichts zur Abklärung der hier relevanten Frage – nämlich des ehemaligen Besitzes des Gemäldes durch die klägerische Familie – beizutragen vermögen und entsprechend vorliegend nicht weiter zu berücksichtigen sind. Einer späteren erneuten Behandlung dieser Behauptung vorgreifend ist überdies festzuhalten, dass der Kläger insbesondere keine Verbindung des Beklagten mit den Dieben behauptet und diese Vorbringen entsprechend auch für die Abklärung der Gut- oder Bösgläubigkeit des Beklagten nicht relevant sind.

3.7. Der Kläger führt sodann weiter aus, dass am 2. Dezember 1978 O in Baku festgenommen worden sei und die Tat gestanden habe. Nach dessen Verhaftung seien elf der gestohlenen Bilder im Wert von 16'350.– Rubel bei ihm gefunden und an die Familie P zurückgegeben worden. Am 18. Dezember 1979 sei der zweite Täter, Q, zu einer Gefängnisstrafe von zehn Jahren verurteilt worden und dazu verpflichtet worden, 35'600.– Rubel Schadenersatz an den Vater des Klägers zu bezahlen. Der dritte Täter habe fliehen können und sei heute noch nicht gefasst (act. 2 Ziff. 68, Ziff. 79 ff.). Der Kläger erklärt weiter, weshalb das streitgegenständliche Gemälde mit einem vom Gericht geschätzten Wert von

15'000.– Rubel nicht habe unter den zurückgegebenen Kunstwerken sein können, wobei er Berechnungen bezüglich des Wertes der gestohlenen Werke anstellt (act. 2 Ziff. 86 ff.). Weder die Umstände der Verhaftung noch die Frage der Rückgabe der Kunstwerke tragen jedoch etwas dazu bei, den vormaligen Besitz der Familie des Klägers zu belegen, weshalb diese Behauptungen nicht weiter zu verfolgen sind.

4. Böser Glaube des Vaters des Klägers

4.1. Neben der Frage des vormaligen Besitzes der klägerischen Familie ist zusätzlich zu prüfen, ob diese ihren Besitz möglicherweise bösgläubig erwarb, wie dies vom Beklagten behauptet wird (act. 60 Ziff. 56). Ist dies der Fall, ist die Aktivlegitimation des Klägers ohne Weiteres zu verneinen.

4.2. Vorab ist zu bemerken, dass der gute Glaube nach Art. 3 Abs. 1 ZGB vermutet wird, weshalb der Beklagte die Beweislast dafür trägt, dass der Vater des Klägers in bösem Glauben handelte (vgl. act. 75). Aus den vom Beklagten genannten Beweismitteln (act. 34/20; act. 2 Ziff. 325; act. 52 Ziff. 144) lässt sich kein Hinweis auf den bösen Glauben des Vaters des Klägers ermitteln. Die Tatsache alleine, dass in einem Werkkatalog ein vormaliger Eigentümer des Werks genannt ist, reicht hierzu nicht. Was der Beklagte mit den Verweisen auf die klägerischen Rechtsschriften bezwecken möchte, ist denn auch nicht ersichtlich, zumal sich diese Ausführungen auf das russische Recht und auf die Situation des Beklagten, nicht aber auf den Erwerb durch die Familie des Klägers beziehen. Der Beweis des bösen Glaubens der Familie des Klägers misslingt entsprechend.

5. Abhandenkommen

Bezüglich des Abhandenkommens des "Footman with Samovar" kann auf Ziff. 3.6. vorstehend verwiesen werden, zumal der als Indiz für den ehemaligen Besitz dienende Diebstahl aus der Wohnung der klägerischen Familie gleichzeitig das Abhandenkommen aus deren Besitz begründet. Da an der Korrektheit der als Beweismittel im Recht liegenden Urteile zu zweifeln kein Anlass besteht (act. 4/26 und act. 4/39), muss hierauf nicht weiter eingegangen werden.

6. Fazit

6.1. Aus den verschiedenen vorstehenden Indizien (vgl. Ziff. 3.1., 3.3., 3.6.) ergibt sich, dass einerseits ein Kaufvertrag über das streitgegenständliche Gemälde zu Gunsten der Familie des Klägers geschlossen wurde, dass sich andererseits eine als Zeuge befragte Person daran erinnert, das Gemälde im Besitz der Familie gesehen zu haben und dass ausserdem in einem strafrechtlichen Urteil festgehalten wurde, dass der "Footman with Samovar" zum Diebesgut gehörte, das aus der Wohnung der Familie des Klägers entwendet worden war. Die Kombination dieser Umstände führt dazu, dass beim Gericht eine Überzeugung entsteht, die jeden erheblichen Zweifel am ehemaligen Besitz der klägerischen Familie ausschliesst. Daran ändert das beklagliche Vorbringen, dass der Kläger sich des Besitzes offenbar selbst nicht sicher war, nichts. Der Beklagte begründet sein Bedenken damit, dass der Kläger wiederholt danach gefragt habe, die Rückseite des Gemäldes zu sehen, was daher rühre, dass der Vater des Klägers seine Kunstwerke anscheinend auf der Hinterseite speziell gekennzeichnet habe. Der Kläger sei sich also selbst nicht sicher, ob er das richtige Gemälde verfolge (act. 60 Ziff. 48). Selbst wenn diese Argumentation, für deren Korrektheit im Übrigen – neben dem Verdacht des Beklagten – keine Hinweise bestehen, zutreffen würde, könnte dies nichts daran ändern, dass der Kläger den Beleg des ehemaligen Besitzes seiner Familie hat erbringen können.

6.2. Ebenso besteht beim Gericht auf Grund der Urteile des Wyborg-Bezirksgerichts von Aa die Überzeugung, dass das streitgegenständliche Gemälde aus der Wohnung der Familie des Klägers gestohlen worden ist (vgl. Ziff. 5.) und damit als abhandengekommene Sache qualifiziert.

6.3. Nach dem Gesagten konnte damit sowohl der ehemalige Besitz der klägerischen Familie als auch das Abhandenkommen des streitgegenständlichen Gemäldes aus der Sammlung der klägerischen Familie – als Voraussetzungen der Aktivlegitimation für die Fahrnisklage – bewiesen werden. Auf Grund der primären Behandlung der Besitzrechtsklage ist damit die Erstellung des Eigentumsrechts der klägerischen Familie nicht notwendig.

6.4. Damit ist zusammenfassend davon auszugehen, dass dem Vater bzw. den Eltern des Klägers nach Schweizer Rechtsauffassung die Fahrnisklage zur Verfügung gestanden hätte. Zumal die Alleinerbenstellung des Klägers durch den Beklagten nicht bestritten ist, ist damit von der Aktivlegitimation des Klägers zur Erhebung der Besitzesrechtsklage auszugehen. Weiter zu prüfen ist nun, ob der Beklagte dem Kläger berechtigten Besitz seinerseits entgegenhalten kann.

VI. (Passivlegitimation)

1. Allgemein

1.1. Wie bereits dargelegt, kommt eine erfolgreiche Besitzesrechtsklage vorliegend einzig dann in Frage, wenn der Beklagte seinen Besitz am Streitgegenstand bösgläubig erworben hat. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Besitzesrechtsklage, wie bereits dargelegt (vgl. Ziff. IV. 2.2.), nicht durchdringen würde, wenn der Beklagte den "Footman with Samovar" von einem Berechtigten erworben hätte. Der Beklagte stellt in diesem Zusammenhang lediglich Vermutungen an, wenn er ausführt, dass es "durchaus denkbar" sei, dass eine andere Person vor ihm das Bild bereits rechtsgültig erworben habe (act. 32 Ziff. 88). Er behauptet damit nicht, dass dies tatsächlich der Fall gewesen sei, weshalb hierauf nicht weiter einzugehen ist.

1.2. Der Kläger macht hinsichtlich des bösen Glaubens des Beklagten verschiedene Aspekte geltend, welche einerseits darauf hindeuten könnten, dass der Beklagte tatsächlich bösgläubig war, andererseits aber auch darlegen könnten, dass der Beklagte die notwendige Sorgfalt vermissen liess. In der Folge sind zunächst diese Behauptungen vollumfänglich zu behandeln und zu klären, welche Behauptungen als zutreffend erstellt werden können (Ziff. 2.). Im Anschluss daran ist auf Grund der erstellten Behauptungen zu klären, ob der Beklagte tatsächlich bösgläubig war (Ziff. 3.). Ist dies zu verneinen, ist weiter zu prüfen, ob der Beklagte bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit hätte bösgläubig sein müssen (Ziff. 4.).

2. Umstände der Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Beklagten

2.1. Besuch bei der Familie des Klägers

2.1.1. Der Kläger führt zunächst aus, dass der Beklagte im Jahre 1988 für das Zusammentreffen mit der Organisation "Bb " bzw. "Cc" nach St. Petersburg gereist sei. Der Kläger gibt dazu an, der Beklagte habe bereits vor seiner Reise in die UdSSR im Jahre 1988 Kenntnis vom Gemälde "Footman with Samovar" gehabt, denn dieses sei ihm bereits vorher angeboten worden. Zunächst seien er und B davon ausgegangen, dass das Gemälde aus der Sammlung von Frau R stamme, worauf sie aber in Russland durch S, den zuständigen Deputy Chairman der "Bb ", darauf aufmerksam gemacht worden seien, dass es möglicherweise aus der Sammlung P stamme. Die Organisation habe dann auch den Besuch in der Wohnung der Familie P organisiert (act. 2 Ziff. 123 ff.). Bei diesem Besuch sei die Mutter des Klägers anwesend gewesen und habe den Beklagten sowie B über den Raub des "Footman with Samovar" informiert (act. 2 Ziff. 126; act. 52 Ziff. 47). Zudem sei in der Wohnung der Familie des Klägers das Buch "Suche und Experiment" von L.A. aufgelegt, in welchem das streitgegenständliche Bild abgebildet gewesen sei und das allen Besuchern gezeigt worden sei (act. 52 Ziff. 47). Der Beklagte habe damit, als ihm das Bild 1989 angeboten worden sei, über dessen Herkunft Bescheid gewusst (act. 52 Ziff. 48).

Der Beklagte bestätigt, dass er 1988 gemeinsam mit seiner Ehefrau und B eine Reise nach St. Petersburg unternommen habe und dass die Reise auf Grund der Einladung der X-Foundation stattgefunden habe. Diese habe auch den Besuch bei der Familie P organisiert (act. 32 Ziff. 94 f., Ziff. 168, Ziff. 273). Vom streitgegenständlichen Gemälde habe er aber zum ersten Mal 1989 über die Galerie U erfahren, von einer Frau R habe er noch nie gehört und er sei erstmals im Jahr 2000 über die behauptete ehemalige Zugehörigkeit des Gemäldes zu der Sammlung P informiert worden. Insbesondere sei die Kommunikation mit der Mutter des Klägers nur über eine Übersetzerin erfolgt und das Bild oder der Überfall seien anlässlich seines Besuches nicht erwähnt worden (act. 32 Ziff. 170 ff.; act. 60 Ziff. 75 ff.) und auch das Buch von L.A. sei ihm nicht gezeigt worden (act. 60 Ziff. 80).

2.1.2. Umstritten ist damit die Information des Beklagten über den Diebstahl bzw. die Herkunft des streitgegenständlichen Bildes anlässlich des Besuchs in St. Petersburg. Liesse sich erstellen, dass die Mutter des Klägers den Beklagten über den Diebstahl des Gemäldes informierte oder dass der Beklagte anlässlich des Besuchs anderweitig vom Diebstahl erfuhr, würde dies ein klares Indiz für seinen bösen Glauben darstellen. Entsprechend sind in der Folge die in diesem Zusammenhang angebotenen und abgenommenen Beweismittel zu betrachten.

2.1.3. Zunächst zu prüfen ist, ob der Beklagte allenfalls bereits über S über die Herkunft des streitgegenständlichen Gemäldes informiert worden war: Der Zeuge S gibt dazu befragt, ob er den Beklagten und B darauf hingewiesen habe, dass der "Footman with Samovar" möglicherweise aus der Sammlung der Familie P stamme und er darauf den Besuch kurzfristig organisiert habe, an, dass er den Besuch bei der Familie des Klägers zwar als stellvertretender Vorsitzender der Leningrader Abteilung des Sowjetischen Kulturfonds organisiert habe, dass er aber weder den Beklagten noch B darüber informiert habe, dass "Footman with Samovar" Teil der entsprechenden Sammlung gebildet habe (act. 502 S. 6 f.). Auch die Zeugin B gab zur selben Frage an, dass sie nicht von S darüber informiert worden sei, dass das streitgegenständliche Gemälde zu der Sammlung P gehöre, dass sie aber denke, dass er es gewesen sei, der die Besuche bei Sammlungen in Leningrad organisiert habe (act. 618 S. 14, S. 21). Die Zeugin V, welche bei der fraglichen Besichtigung der Sammlung der Familie des Klägers als Übersetzerin anwesend war, gab ebenfalls an, dass die Besichtigung durch S organisiert worden sei. Dass der Streitgegenstand bereits vor der Besichtigung ein Thema gewesen sein soll, ist ihr dagegen nicht bekannt (Prot. S. 195 f.). Auf Grund der übereinstimmenden Angaben der Zeugen kann als erstellt gelten, dass S den Besuch der klägerischen Sammlung zwar organisierte, dass er aber weder den Beklagten noch B auf das Gemälde "Footman with Samovar" hinwies. Entsprechend dieses eindeutigen Ergebnisses muss auf die Vorbringen des Zeugen S – welche vom Kläger mit seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis bestritten werden (act. 640 Ziff. 11 ff.) –, dass von Seiten des Klägers Beeinflussungsversuche unternommen worden seien (act. 502 S. 4 f.) nicht eingegangen werden. Da

der klägerische Beweis nicht erbracht werden konnte, müssen auch die Gegenbeweismittel des Beklagten nicht behandelt werden.

2.1.4. Weiter zu prüfen ist, ob der "Footman with Samovar" anlässlich des Besuchs des Beklagten in der klägerischen Wohnung durch die Mutter des Klägers erwähnt worden war. Hierzu befragt, gab die Zeugin B an, dass sie dies nicht gehört habe bzw. dass dieses Gemälde während des Besuches nicht erwähnt worden sei (act. 618 S. 14 f., S. 26 f.). Auch die vom Kläger angerufene Zeugin Dd – die Ehefrau des Beklagten – gab an, dass weder dieses Gemälde noch der Diebstahl desselben während des Besuchs, an welchem sie ebenfalls teilnahm, thematisiert worden sei (Prot. S. 207 f.). Dies wird auch durch die ebenfalls anwesende als Gegenbeweismittel genannte Zeugin V (Prot. S. 197) und den Zeugen S (act. 502 S. 9) bestätigt. Da keiner der als Zeugen benannten anlässlich des Besuchs anwesenden Personen sich daran erinnern kann, dass das streitgegenständliche Gemälde oder dessen Diebstahl während des Besuches erwähnt worden wäre, gelingt der klägerische Beweis dieses Indizes nicht. Entsprechend kann auch offen gelassen werden, ob die Mutter des Klägers – wie vom Kläger behauptet (act. 52 Ziff. 46) und vom Beklagten bestritten (act. 32 Ziff. 170; act. 60 Ziff. 75 f.) – anlässlich des Besuches Deutsch oder Englisch mit dem Beklagten gesprochen habe (Beweissätze 8 und 8.1.; act. 91).

2.1.5. Als weiteren Hinweis nannte der Kläger, dass das Buch "Suche und Experiment" von L.A. anlässlich des Besuches aufgelegt habe und gezeigt worden sei, wobei sich darin eine Abbildung des "Footman with Samovar" befunden habe. Auch hieran erinnert sich aber keiner der Zeugen (Zeugin B, act. 618 S. 25 f.; Zeugin V, Prot. S. 198; Zeugin Dd, Prot. S. 208) und auch keine der beiden Parteien (Prot. S. 162, S. 169 f.), so dass der diesbezügliche Beweis des Klägers misslingt.

2.1.6. Die vorgenannte Sachverhaltsdarstellung des Beklagten, welche insbesondere dann, wenn die Information des Klägers über den Diebstahl durch die Mutter des Klägers stattgefunden hätte, ein sehr starkes Indiz zu Gunsten des bösen Glauben des Beklagten dargestellt hätte, konnte damit nicht erstellt werden

und kann im Rahmen der Klärung der Gut- oder Bösgläubigkeit des Beklagten keine Rolle spielen.

2.2. Umstände des Kaufs des "Footman with Samovar"

2.2.1. Vermittelnde Galerien

a) Der Kläger bringt vor, der "Footman with Samovar" sei dem Beklagten durch Vermittlung der Galerie U von der Galerie X, vertreten durch C, als Kommissionärin verkauft worden. Dabei habe es sich um ein Geschäft über viele Stufen mit dubiosen Vermittlern gehandelt (act. 52 Ziff. 82). Zunächst sei das Bild der Galerie U angeboten worden, welche ihrerseits von dem Kauf zurückgeschreckt sei, da sie nicht mit "heisser Ware" habe handeln wollen (act. 52 Ziff. 60). Die Galerie U – welche als verlängerter Arm des Beklagten anzusehen sei und die ausserdem nicht erfolgreich geschäftet habe, zumal sie nur fünf Jahre nach ihrer Gründung wieder liquidiert worden sei – habe das Angebot an den Beklagten weiter getragen, welcher seinerseits darauf eingegangen sei, obwohl es sich bei der durch C geführten Galerie X um eine kleine Galerie gehandelt habe, die keinen Bezug zur Kunstrichtung des angebotenen Gemäldes gehabt habe, nie im hochpreislichen Segment gehandelt habe, überdies einen schlechten Ruf hatte, notorisch überschuldet gewesen sei und als unzuverlässige Geschäftspartnerin gegolten habe. Ausserdem habe die Galerie X lediglich einen sehr tiefen Jahresumsatz gehabt, was sich daran zeige, dass sie nur während der Zeit vom 26. Juni 1994 bis 8. August 1995 im Handelsregister eingetragen gewesen sei und damit mutmasslich nur während dieser Zeit den erforderlichen Umsatz von Fr. 100'000.– pro Jahr erreicht habe (act. 52 Ziff. 83 ff.).

Der Beklagte dagegen bringt Folgendes vor: Im Frühling 1989 sei ihm von W von der Galerie U – an welcher er in keiner Weise beteiligt gewesen sei – zugetragen worden, dass C von der Galerie X der Galerie U ein Bild von Malewitsch angeboten habe, an welchem die Galerie U selbst nicht interessiert gewesen sei, da sie lediglich mit zeitgenössischer russischer Kunst gehandelt habe (act. 32 Ziff. 32). Der Beklagte sei sodann über Vermittlung der Galerie U mit der Galerie X in Kontakt getreten. Diese sei ebenso wie jene vertrauenswürdig gewesen und habe ei-

nen guten Ruf genossen (act. 60 Ziff. 154, Ziff. 158 ff.). Die Tatsache, dass er das Gemälde von einer Galerie auf Hinweis durch eine andere Galerie gekauft habe, erachtet der Beklagte denn auch als Rechtfertigung für ihn, keine besonderen Zweifel zu hegen, zumal jemand, der etwas zu verbergen hätte, ein Kunstwerk wohl nicht über eine Galerie anbieten würde (act. 32 Ziff. 104). Die Galerie X sei zwar schwergewichtig auf lokale Genfer Maler spezialisiert gewesen, jedoch habe sie Ende 1989 ihren wirtschaftlichen Höhepunkt erreicht und mehrere bedeutende Werke internationaler Künstler verkauft. Auch C habe einen guten Ruf gehabt und die späteren finanziellen Schwierigkeiten der Galerie seien in erster Linie auf Grund des sich verschlechternden Gesundheitszustandes von C sowie wegen des Einbruchs im Kunstmarkt entstanden (act. 60 Ziff. 159 ff.).

b) Der Kläger bringt damit diverse Aspekte vor, welche die in das Geschäft involvierten Parteien diskreditieren bzw. Hinweise darauf bringen sollen, dass der Beklagte auf Grund dieser Umstände wusste oder mindestens hätte wissen müssen, dass das ihm angebotene Geschäft einen unsauberen Hintergrund hatte. Treffen die klägerischen Vorbringen – gesamthaft oder teilweise – zu, sind sie denn auch tatsächlich geeignet, Indizien dafür zu bilden, dass der Beklagte entweder von der illegalen Herkunft des Streitgegenstandes wusste oder darum hätte wissen müssen. Entsprechend ist in der Folge zu prüfen, ob sich diese Vorwürfe belegen lassen, wobei es als geeignet erscheint, zunächst die Vorbringen hinsichtlich der Galerie U zu untersuchen, um darauf auf die Galerie X einzugehen.

c) Zum Ruf der Galerie U befragt, geben alle vom Kläger angerufenen Zeugen an, diese nicht zu kennen (Zeuge Y, Prot. S. 276; Zeuge Z, Prot. S. 243; Zeuge Ee, Prot. S. 349). Auch aus der vom Kläger als Beweismittel genannten Urkunde (act. 53/19) ergibt sich keine Erkenntnis, zumal sich diese auf C bezieht, welche mit der Galerie U in keinem Zusammenhang steht. Der dem Kläger obliegende Beweis, dass die Galerie U einen schlechten Ruf hatte, ist damit – auch ohne Berücksichtigung der beklagtischen Gegenbeweismittel – gescheitert. Weiter zu behandeln ist die Behauptung des Klägers, dass die Galerie U der verlängerte Arm des Beklagten gewesen sei. Der klägerische Zeuge Ff, welcher als

Willensvollstrecker des Gründers der Galerie U auch als deren Liquidator tätig war (Prot. S. 228), erklärte, dass dies nicht zutrefte (Prot. S. 233). Ebenso gab die ehemalige Mitarbeiterin der Galerie U, die Zeugin Gg, an, dass der Beklagte nichts mit der Galerie U zu tun gehabt habe (Prot. S. 218 f.). Als weitere Beweismittel verlangte der Kläger die Edition von Unterlagen durch den Beklagten, Ff bzw. die Hh und Gg. Aus den durch Ff bzw. die Hh eingereichten Unterlagen – welche alle im Zusammenhang mit der Gründung der Galerie U stehen – ergibt sich kein Hinweis darauf, dass der Beklagte bei der Gründung der Galerie U beteiligt gewesen wäre (act. 184/1-4). Gg, welche mit Beschluss vom 4. August 2008 zur Aktenedition aufgefordert worden war (act. 112), teilte mit Schreiben vom 18. August 2008 mit, dass sie über keine entsprechenden Unterlagen mehr verfüge (act. 133). Auch der Beklagte teilte mit, dass er über keine derartigen Unterlagen verfüge (act. 108 Ziff. 3).

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass ein schlechter Ruf der Galerie U nicht festgestellt werden konnte und dass auch keine Hinweise auf eine Beteiligung des Beklagten an der Galerie bestehen.

d) Hinsichtlich des Rufes der Galerie X hat sich Folgendes ergeben:

da) Der klägerische Zeuge Y – Präsident der im Raum Genf tätigen Künstlergesellschaft "li" – gab zum Ruf der Galerie X befragt an, dass die Galerie ein gutes Renommee genossen habe, wobei er sich zu der finanziellen Situation nicht äussern könne, ihm allerdings zwei Fälle bekannt seien, in welchen es mit Künstlern Probleme gegeben habe (Prot. S. 277 f.). Bezüglich eines Künstlers könne er bestätigen, dass die Inhaberin der Galerie X, C, in Künstlerkreisen einen schlechten Ruf gehabt habe, da sie ständig in finanziellen Schwierigkeiten steckte und die Künstler nicht bezahlte (Prot. S. 280). Konkret danach befragt, ob ihm bekannt sei, dass die Galerie X bzw. C dafür bekannt gewesen sei, gelegentlich auch mit gestohlener Kunst zu handeln, verneinte er dies jedoch (Prot. S. 280). Der ebenfalls vom Kläger angerufene Zeuge Ee, welcher C daher kannte, dass er einen Prozess gegen sie zu führen hatte (Prot. S. 350), führte auf die Frage, ob C als seriöse und zuverlässige Geschäftsfrau gegolten habe, aus: *"Ich hatte keine Ahnung über sie. Diese Art von Prozess führt man nicht gegen seriöse Personen."*

(Prot. S. 350), wobei er jedoch unter Berufung auf das Anwaltsgeheimnis nicht näher ausführen wollte, um welche Art Prozess es sich gehandelt habe (Prot. S. 351 ff.). Auf die Nachfrage, ob ihm bekannt sei, dass C dafür bekannt gewesen sein solle, auch mit gestohlener Kunst gehandelt zu haben, erklärte er, dass er diesbezüglich keine Ahnung habe und dass es beim durch ihn geführten Prozess nicht um ein gestohlenen Bild gegangen sei (Prot. S. 350 f.). Der weitere klägerische Zeuge Z gab an, weder die Galerie X noch C zu kennen. Die Zeugin Jj, welche einmal bei der Galerie X ausgestellt hatte, führte zu C befragt allgemein aus, dass sie sehr schlechte Erinnerungen an diese habe, da sie nach einer Ausstellung, an welcher Bilder von ihr verkauft worden seien, nie bezahlt worden sei. Auch sei ihr bekannt, dass andere Künstler nicht bezahlt worden seien (Prot. S. 283 ff.). Auf die Erkundigung, ob die Galerie X 1989 abgesehen von finanziellen Problemen als seriös gegolten habe, erklärte sie: "*Ich weiss nicht, ob sie seriös war, aber bekannt.*". Die Frage, ob sie etwas über Gerüchte über den Handel der Galerie X mit gestohlener Kunst wisse, verneinte sie (Prot. S. 287 f.). Die Zeugin Kk, die ebenfalls einmal ihre Werke in der Galerie X ausstellte, gab an, dass sie grosse Schwierigkeiten gehabt habe, nach ihrer Ausstellung in der Galerie X für den Verkauf eines ihrer Bilder bezahlt zu werden. Vor ihrer Ausstellung habe sie mit anderen Künstlern gesprochen, die sie ermutigt hätten, in der Galerie X auszustellen, nach der Ausstellung habe sie jedoch auch mit anderen Künstlern geredet, die nicht zufrieden gewesen seien. Dazu befragt, ob sie etwas über Transaktionen mit Werken zweifelhafter Herkunft wisse, erklärte sie, dass sie selber nichts wisse und von Gerüchten, die eine einzige Person berichtet habe, gehört habe. Mehr gab sie hierzu nicht an (act. 423).

db) Aus den genannten Zeugenaussagen ergibt sich damit, dass C bzw. die Galerie X finanzielle Schwierigkeiten hatte. Auch scheint sie teilweise bei Künstlern einen schlechten Ruf gehabt zu haben, da sie diese nicht (rechtzeitig und anstandslos) bezahlte. Zu beachten ist jedoch, dass dies anscheinend auch in Künstlerkreisen nicht restlos bekannt war, wurde die Zeugin Kk doch von anderen Künstlern ermutigt, in der Galerie X auszustellen. Woher diese finanziellen Schwierigkeiten genau stammten, lässt sich auch unter Berücksichtigung der entsprechenden Gegenbeweismittel des Beklagten nicht abschliessend ermitteln:

Der Zeuge LI, welcher zwischen 1975 und 1985 im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit im Kunstmarkt in Kontakt mit C stand, gibt an, dass er C nicht speziell mit finanziellen Schwierigkeiten in Verbindung bringe und erklärt, dass er gehört habe, dass sie gesundheitliche Probleme gehabt habe, wobei er aber den genauen Zeitpunkt nicht kenne. Einen konkreten Zusammenhang zwischen diesen beiden Elementen stellt er nicht her (act. 397). Die Zeugin C macht keine konkreten Angaben zum Ursprung ihrer finanziellen Schwierigkeiten, scheint diese aber in erster Linie auf die hohen Ausgaben für Vernissagen und Ausstellungen zurückzuführen (Prot. S. 262 ff.).

dc) Vorliegend geht es darum, ob der Beklagte auf Grund des Rufes der Galerie X bzw. C als Verkäuferin hätte auf die illegale Herkunft des Gemäldes schliessen müssen bzw. sich hätte vorsichtiger verhalten müssen. Dies wäre klar dann der Fall, wenn die Galerie X den Ruf gehabt hätte, (hin und wieder) mit gestohlener Kunst zu handeln bzw. in anderer Hinsicht im Zusammenhang mit der von ihr abgeschlossenen Geschäften einen unseriösen Ruf gehabt hätte. Genau dies kann aber aus den dargestellten Ausführungen der vom Kläger genannten Zeugen nicht abgeleitet werden. Fest steht nach den Aussagen der einvernommenen Zeugen einzig, dass die Galerie X bzw. C finanzielle Probleme hatten. Auch die als zusätzliches Beweismittel genannten Unterlagen hinsichtlich der Betriebsregistereinträge von C zeugen lediglich von finanziellen Schwierigkeiten – wobei zu bemerken ist, dass aus den eingereichten Belegen nicht einmal klar ersichtlich ist, aus welchen Jahren die entsprechenden Betreibungen stammen (act. 53/19). Rein finanzielle Probleme der Galerie deuten aber ebenso wenig auf deren mangelnde Seriosität im Zusammenhang mit den von ihr verkauften Gegenständen hin, wie ein lediglich kurzfristiger Handelsregistereintrag. In diesem Zusammenhang vermag denn auch die Argumentation des Klägers nicht zu überzeugen, dass seriöse Verkäufer instabile finanzielle Verhältnisse generell meiden würden (act. 640 Ziff. 145). Dabei handelt es sich um eine (unbewiesene) Tatsachenbehauptung, welche verspätet ist (§ 114 f. ZPO) und entsprechend keinen Einfluss auf das Verfahrensergebnis mehr haben kann. Auch daraus, dass die in der Galerie ausstellenden Künstler ihr Honorar nicht oder zu spät erhielten, kann

nicht darauf geschlossen werden, dass die Herkunft der gehandelten Gegenstände heikel gewesen wäre.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der Beweis der mangelnden Seriosität der Galerie X gescheitert ist, weshalb auf die eingehende Auseinandersetzung mit den Gegenbeweismitteln des Beklagten verzichtet werden kann.

e) Weiter zu prüfen ist die klägerische Behauptung, die Galerie X sei eine kleine, auf lokale Künstler spezialisierte Galerie gewesen, die lediglich gelegentlich Ausstellungen unbekannter ausländischer Künstler bzw. Kunst organisiert habe. Die Galerie X habe insbesondere keinen Bezug zur russischen Avantgarde gehabt und auch allgemein nicht im hochpreislichen Segment Handel betrieben. Liessen sich diese Vorbringen erstellen, würde dies einen Hinweis darauf bieten, dass das Angebot eines wichtigen und wertvollen Gemäldes eines internationalen Künstlers dem Beklagten mindestens als seltsam hätte erscheinen müssen.

ea) Zum Beleg der Behauptung, dass die Galerie X eine kleine, auf lokale Künstler spezialisierte Galerie gewesen, die lediglich gelegentlich Ausstellungen unbekannter ausländischer Künstler bzw. Kunst organisiert habe, nannte der Kläger zunächst verschiedene Zeugen: Die klägerische Zeugin B gab an, die Galerie X nicht zu kennen und konnte daher keine Angaben machen (act. 618 S. 114). Die Zeugin C – welche im Übrigen auch vom Beklagten zum Gegenbeweis angerufen wurde – führte zusammengefasst aus, dass die Galerie mit Ausstellungen unbekannter Genfer Künstler gestartet habe, sie aber auch Werke bekannter Genfer Künstler und auch ausländischer Künstler, wie z.B. Balthus, verkauft habe (Prot. S. 258 f.). Der Zeuge Y gab an, dass es sich bei der Galerie X für Genfer Verhältnisse um eine grosse Galerie gehandelt habe, die neben Genfer Künstlern auch Ausstellungen mit Wallisern, Franzosen und Russen gemacht habe (Prot. S. 278 f.). Die Zeuginnen Jj und Kk erklärten beide, dass sie nicht wüssten, ob die Galerie X auf lokale Künstler spezialisiert gewesen sei oder ob sie auch ausländische Künstler ausgestellt habe (Prot. S. 285; act. 423). Neben den dargestellten Zeugen offerierte der Kläger von C zu edierende Urkunden als Beweismittel. C teilte jedoch mit Schreiben vom 30. August 2008 mit, dass sie nicht mehr über die

entsprechenden Unterlagen verfüge (act. 145). Diese können entsprechend nicht herangezogen werden.

eb) Weiter zu betrachten ist das klägerische Vorbringen, dass die Galerie X keinen Bezug zur russischen Avantgarde gehabt habe und auch allgemein nicht im hochpreislichen Segment Handel betrieben habe. Die hierzu befragte Zeugin C führte aus: *"Ich machte eine Ausstellung mit einem bekannten russischen Künstler, Swerew, [...] Ich machte dann wieder eine Ausstellung mit russischen Künstlern, es waren aber nicht so bekannte Künstler wie jetzt zum Beispiel Malevich."* (Prot. S. 259). Dazu befragt, ob sie auch im hochpreislichen Segment gehandelt habe, erklärte sie, dass sie vor 1989 drei Bilder von Balthus zwischen Fr. 400'000.– und Fr. 750'000.– verkauft habe. Bei einem habe es sich um "La petite Princesse" gehandelt. Ebenfalls gab sie an, ein Werk von Moïse Kissling für mehrere Fr. 100'000.– verkauft zu haben. An weitere teure Werke erinnerte sie sich nicht (Prot. S. 259 ff.). Der Zeuge Y erklärte, dass die Galerie X auch russische Kunst ausstellte, wobei er nicht sagen könne, ob es sich um russische Avantgarde gehandelt habe. Bezüglich der Frage, ob auch Geschäfte im hochpreislichen Segment getätigt worden seien, gab er an: *"Galerien sind ja Orte, wo man sich trifft, und ich weiss, dass ihr gewisse Geschäfte vorgeschlagen wurden, welche nichts mit der Galerie [der Zeuge gebraucht das französische Wort "exposition"] zu tun hatten."* (Prot. S. 279). Weder die Zeugin Jj (Prot. S. 285) noch die Zeugin Kk (act. 423) konnten Angaben dazu machen, ob die Galerie X einen Bezug zur russischen Avantgarde hatte bzw. auch im hochpreislichen Segment handelte.

Aus dem vom Beklagten genannten Gegenbeweismittel, welches ein Angebot für das Werk "La petite Princesse" von Balthus zeigt, kann nichts zusätzliches abgeleitet werden, zumal aus dem eingereichten Dokument nicht hervor geht, von wem das Angebot stammte (act. 61/4) und auch die Zeugin C dieses Werk bereits erwähnte.

ec) Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Galerie X einen gewissen Bezug zu russischen Künstlern hatte, wobei unklar ist, inwiefern sich dieser auf die russische Avantgarde bezog. Hinsichtlich der Frage, ob die Galerie X auch

Kunstwerke im hochpreislichen Segment handelte, konnte lediglich die Zeugin C konkret Auskunft geben. Da kein Grund ersichtlich ist, an ihren diesbezüglichen Angaben zu zweifeln, ist davon auszugehen, dass die Galerie X mindestens sporadisch auch teure Kunstwerke verkaufte bzw. vermittelte.

f) Der weitere Vorwurf des Klägers, der Beklagte habe sich auf das Geschäft eingelassen, obwohl die Galerie U davor zurückgeschreckt sei, weil sie sich nicht auf "heisse Ware" habe einlassen wollen, liess sich im Rahmen des Beweisverfahrens nicht erhärten. Die hierzu vom Kläger angerufene Zeugin B gab an, hiervon keine Kenntnis zu haben (act. 618 S. 98 f.). Zeugin Gg erklärte, die Galerie U habe das Gemälde gar nie kaufen wollen, da sie nicht mit dieser Art von Bildern handeln würde und ihr gar nie genügend Geld zur Verfügung gestanden hätte (Prot. S. 212, S. 216). Weitere Beweismittel nannte der Kläger diesbezüglich nicht. Der entsprechende Beweis konnte daher nicht erbracht werden, weshalb die klägerischen Gegenbeweismittel nicht eingehend behandelt werden müssen.

2.2.2. Parteien des Kaufvertrages

a) Der Kläger führt als weiteres Indiz für die Bösgläubigkeit des Beklagten an, dieser habe den Verkäufer des Gemäldes nicht gekannt, was in Kunstkreisen nur dann als unverdächtig gelte, wenn der Vertreter einen untadeligen Ruf genieße, was bei der Galerie X gerade nicht der Fall gewesen sei (act. 52 Ziff. 101). Ebenfalls interessant sei, dass die formell als Käuferin auftretende Hh ihren Sitz am 3. März 2005 von Nassau nach Zug verlegt habe (act. 52 Ziff. 99).

Der Beklagte hält dagegen, als Verkäuferin des streitgegenständlichen Bildes sei die Galerie X, bzw. C, aufgetreten, als Käufer die Hh. Die Tatsache dass sowohl der Vorbesitzer als auch der Beklagte dabei im Hintergrund geblieben seien und die Galerie X als Kommissionärin aufgetreten sei, sei im Zeitpunkt des Kaufs durchaus üblich gewesen und hätte keinen Anlass zu Zweifeln gegeben (act. 32 Ziff. 36 f., Ziff. 105; act. 60 Ziff. 114 ff.).

b) Sollte sich die Behauptung des Klägers erhärten, dass der Beklagte den Verkäufer des Gemäldes nicht gekannt hat und dies in Kunstkreisen grund-

sätzlich als verdächtig galt, hätte dies für den Beklagten allenfalls Anlass dazu bilden müssen, nähere Abklärungen über den Kaufgegenstand anzustellen, um sich auf seine Gutgläubigkeit berufen zu können. Entsprechend sind diese Vorbringen in der Folge zu prüfen. Inwiefern jedoch die Sitzverlegung der Hh einen Bezug zur Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Beklagten haben sollte, ist nicht ersichtlich, weshalb nicht weiter hierauf einzugehen ist.

c) Die zu der Frage der Identität der Verkäuferschaft befragte Zeugin C erklärte, dass sie im Verkaufszeitpunkt nicht die Eigentümerin des Bildes gewesen sei, sondern lediglich die Vermittlerin. Sie bestätigte jedoch, dass sie dem Beklagten das Gemälde verkauft habe. Weiter erklärte sie, dass sie sich nicht mehr erinnere, ob sie dem Beklagten oder dessen Anwalt, Dr. Ff, einmal mitgeteilt habe, dass sie lediglich die Vermittlerin sei (Prot. S. 255 f.). Die Zeugin B gab an, dass sie davon ausgegangen sei, dass C lediglich die Vermittlerin gewesen sei, dass ihr dies aber niemand gesagt habe (act. 618 S. 102 f.), während der Zeuge Ff, welcher als Anwalt des Beklagten den Kaufvertrag über den "Footman with Samovar" aufsetzte, erklärte, dass er nicht gewusst habe, dass C lediglich als Vermittlerin aufgetreten sei, da er sonst den Vertragstext anders formuliert hätte. Auch hätten nie Anhaltspunkte dafür bestanden, dass Frau C nur als Vermittlerin auftrete (Prot. S. 231 f.). Der ebenfalls als Zeuge zu dieser Frage angerufene hh ersuchte mit Schreiben vom 10. September 2008 unter Berufung auf das Anwaltsgeheimnis um Dispensation von der Zeugeneinvernahme (act. 158), worauf der Kläger mit Schreiben vom 13. Oktober 2008 auf die Einvernahme des Zeugen verzichtete (act. 196).

Aus den als Beweis- und Gegenbeweismittel zur Verfügung stehenden Dokumenten ergibt sich was folgt: C trat im Kaufvertrag vom Juli 1989 explizit als Verkäuferin auf und bestätigte auch ihre volle Verfügungsberechtigung (act. 34/7). Gemäss Check vom 11. Juli 1989 wurde auch der Kaufpreis an C bezahlt (act. 34/8) und dessen Erhalt wurde mit Quittung vom 12. Juli 1989 von ihr bestätigt (act. 34/9), was ein klares Indiz für ihre Rolle als Verkäuferin darstellt. Aus der von ihr unterzeichneten Erklärung vom 28. Juni 1989 zu Händen von Gg geht jedoch hervor, dass sie bestätigte, dass der derzeitige Eigentümer des Gemäldes ihr bestätigt

habe, dass er der einzige Besitzer des Gemäldes sei ("*[...] le propriétaire actuel du tableau de K. Malevich, intitulé "Le Footballeur et le Samovar" m'a assuré être le seul et unique détenteur du tableau.*"; act. 34/6). Hieraus ergibt sich klar, dass C zwischen ihrer Person und dem Eigentümer des Gemäldes unterschied.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass C zwar als Verkäuferin auftrat, jedoch nicht die Eigentümerin des Streitgegenstandes war und dies dem Beklagten auch bekannt war – oder bei gebotener Aufmerksamkeit auf Grund der Bestätigung hätte bekannt sein müssen.

d) Der Kläger führt nun hierzu an, dass die Anonymität des vorherigen Eigentümers nur dann unproblematisch sein könne, wenn der Ruf des Vertreters tadellos sei (act. 52 Ziff. 101). Wie oben unter Ziff. 2.2.1. ausgeführt, konnte der als Vermittlerin auftretenden Galerie X kein zweifelhafter Ruf nachgewiesen werden. Da dies jedoch nicht zwingend mit dem vom Kläger geforderten "tadellosen" Ruf übereinstimmen muss, sind der Vollständigkeit halber die vom Beklagten aufgestellten und von diesem zu beweisenden Behauptungen, dass der Verkauf eines Bildes durch eine Galerie regelmässig in Kommission erfolge und dass es 1989 durchaus üblich gewesen sei, dass der frühere Verkäufer eines Bildes anonym geblieben sei, zu prüfen.

Die vom Beklagten genannten Zeugen bestätigten, dass es geläufig sei bzw. der Usanz entspreche, dass ein Bild von einer Galerie in Kommission verkauft werde (Zeuge Mm, Prot. S. 320; Zeuge Ll, act. 397). Der Zeuge Mm, welcher im Zeitpunkt des Kaufs durch den Beklagten in leitender Stellung bei Rr tätig war, gab denn auch konkret an, dass dies auch im Jahr 1989 für den sekundären Markt (Wiederverkauf von Kunstwerken) üblich gewesen sei (Prot. S. 320). Auch das als zusätzliches Beweismittel beantragte Gutachten vom 6. November 2008 bestätigte diese Ansicht (act. 245 S. 5 f.). Das Gutachten bestätigte weiter, dass es 1989 die Regel gewesen sei, dass der frühere Eigentümer eines Kunstwerks anonym blieb, wobei der Gutachter dies damit begründete, dass die Identität ihrer Kunden die Basis einer erfolgreichen Tätigkeit einer Galerie darstellen würde (act. 245 S. 6 f.). Der Zeuge Mm erklärte auf die Frage, ob es im Kunsthandel 1989 üblich gewesen sei, dass der frühere Eigentümer eines Kunstwerks anonym geblieben

sei, dagegen, dass er nicht wisse, ob dies die Regel gewesen sei. Man habe versucht, so weit möglich die Provenienz zu kennen oder nachzuvollziehen. Diese Aussage scheint er jedoch eher auf die Galerien als Verkäufer als auf die Käufer zu beziehen, wenn er sagt: "*Allgemein wenn man ein Gemälde verkauft, versucht man, zu wissen, was die Provenienz ist [...]*" (Prot. S. 321). An anderer Stelle gibt er denn auch an, dass man oft nicht wisse, wer der Verkäufer eines Bildes sei (Prot. S. 323) bzw. dass in vielen Fällen die Identität des Verkäufers nicht mitgeteilt werde (Prot. S. 324). Die vom Beklagten als zusätzliches Beweismittel eingereichte Rechnung für den Kauf des Gemäldes "Two figures in a landscape", welche den Namen des früheren Eigentümers nicht nennt, taugt nicht dazu, den vom Beklagten angestrebten Beweis zu erbringen, zumal einerseits nicht abschliessend ersichtlich ist, ob der frühere Eigentümer tatsächlich anonym blieb und die Rechnung ausserdem aus dem Jahr 1999 stammt und entsprechend keinen Beweis für das – hier relevante – Jahr 1989 erbringen kann (act. 61/3).

Zusammenfassend erscheint der (Gegen-)Beweis des Beklagten, dass der Verkauf von Bildern durch Galerien im Kunsthandel regelmässig in Kommission erfolgt, als erbracht. Auf Grund der klaren und begründeten Antwort des Gutachters und der – wenn auch erst auf den zweiten Blick – diese bestätigenden Zeugnisaussage von Mm kann auch als bewiesen gelten, dass es im Zeitpunkt des Kauf des Streitgegenstandes normal war, dass der frühere Eigentümer eines Kunstwerkes anonym blieb.

e) Weiter ist nach den Ausführungen des Klägers insbesondere auch dann an der Verfügungsberechtigung des Verkäufers zu zweifeln, wenn die "Bestätigung über die Verfügungsberechtigung des Verkäufers" keinerlei konkrete Angaben zur Person des Verkäufers macht (act. 52 Ziff. 96 f.). Der Beklagte habe überdies besonders misstrauisch werden müssen, da er das Buch "Suche und Experiment" von L.A. besitze, in welchem als Provenienz des streitgegenständlichen Bildes "Privatsammlung Leningrad" angegeben sei und die genannte Bestätigung über die Verfügungsberechtigung keinerlei konkrete Angaben zum Verkäufer gemacht habe und der Beklagte damit nicht habe davon ausgehen dürfen, dass der Verkauf aus einer Leningrader Privatsammlung erfolgte (act. 52 Ziff. 73).

Der Beklagte hält dagegen, dass die Bestätigung kein Grund zu Misstrauen gewesen sei, da Händler im Kunsthandel dem Käufer die Einzelheiten über ihr Verhältnis zum Vorbesitzer nie offen legen würden (act. 60 Ziff. 116). Er habe ausserdem das Bild im Buch von L.A. nicht gesehen und selbst wenn würde dies nichts an seiner Gutgläubigkeit ändern, da das Buch keinen Hinweis auf einen Diebstahl enthalte (act. 60 Ziff. 136 f.).

ea) Zunächst ist festzuhalten, dass die Abbildung im Buch von L.A. und der beigefügte Hinweis wie bereits in Ziff. 3.5. vorstehend ausgeführt keinen Hinweis auf eine allfällige Bösgläubigkeit des Beklagten darstellt. Daran ändert auch die Verbindung mit der Bestätigung betreffend Verfügungsberechtigung nichts, zumal einerseits nicht ausgeschlossen erscheint, dass zwischen dem Erscheinen des Buches und dem Kauf durch den Beklagten ein Eigentümerwechsel hätte stattfinden können und andererseits nicht ersichtlich ist, weshalb bei vollständigem Fehlen von Angaben nicht hätte davon ausgegangen werden dürfen, dass das Bild tatsächlich aus einer Leningrader Privatsammlung stammte.

eb) Zu klären ist damit einzig, ob das Fehlen von Angaben zum Verkäufer auf der Bestätigung über die Verfügungsberechtigung allgemein als verdächtig hätte erscheinen müssen. Die klägerische Zeugin B gab hierzu an: "*Ich wäre misstrauisch, aber ich weiss nicht ...*" und "*Ich habe keine Ahnung, ob dies in unserer Welt [Anm.: in Kunstkreisen] getan wird*" (act. 618 S. 101). Das hierzu beantragte Gutachten vom 6. November 2008 (act. 245) und das Ergänzungsgutachten vom 20. November 2009 (act. 557) geben an, dass 1989 kein Anlass bestanden hätte, an einer derartigen Bestätigung zu zweifeln, da es üblich gewesen sei, die Identität des Verkäufers geheim zu halten und dass es insbesondere für einen Privatsammler im Jahre 1989 angebracht gewesen sei, sich auf eine entsprechende Zusicherung einer Galerie zu verlassen (act. 245 S. 8; act. 557 S. 4 ff.). Der vom Beklagten zum Gegenbeweis angerufene Zeuge Mm gab ebenfalls an, dass im Kunsthandel oft die Identität des Verkäufers nicht offengelegt werde (Prot. S. 324). Aus der vom Beklagten als Beweismittel genannten Rechnung des Auktionshauses Ss vom 30. Juni 1999 lässt sich weder zu Gunsten der einen noch zu Gunsten der anderen Seite etwas ableiten (act. 61/3).

ec) Der Kläger bringt bezüglich der vorliegend relevanten Antworten auf die Fragen 5/1 (*"Ist es richtig, dass in Kunstkreisen an der Verfügungsberechtigung gezweifelt wird, wenn die "Bestätigung über die Verfügungsberechtigung des Verkäufers" keinerlei konkrete Angaben zur Person des Verkäufers macht?"*); Ergänzung: *"Weshalb wurde im Jahr 1989 nicht an der Verfügungsberechtigung gezweifelt, wenn die "Bestätigung über die Verfügungsberechtigung des Verkäufers" keinerlei konkrete Angaben zur Person des Verkäufers machte?"*) und 5/2 (*"War es üblich, dass sich ein Käufer von Kunst im Jahr 1989 auf eine schriftliche Zusicherung einer Galerie, wonach sie berechtigt sei, das Kunstwerk zu verkaufen, verlassen durfte, oder musste der Umstand, dass eine solche Erklärung auf Verlangen des Käufers abgegeben wurde, als verdächtig erscheinen?"*); Ergänzung: *"Woraus (Nachweise) ergibt sich, dass es üblich war, dass sich ein Käufer von Kunst im Jahr 1989 auf eine schriftliche Zusicherung der Galerie, wonach sie berechtigt sei, das Kunstwerk zu verkaufen, verlassen durfte. Wie ist der Hinweis, es habe keine Handlungsalternativen gegeben, mit Hinblick auf die in Antwort 1 erwähnten Instrumente zu verstehen?"*) des Gutachtens Zweifel vor bzw. beantragt die Erstellung eines neuen Gutachtens. Vorab ist hierzu auf die Voraussetzungen der Guttheissung eines solchen Antrages in Ziff. IV. 4.7. zu verweisen.

Der Kläger begründet seinen Antrag hinsichtlich Frage 5/1 damit, dass der Gutachter einerseits in seiner Antwort daran vorbei gezielt sei, dass die auf Verkäuferseite auftretende Galerie X im Kunsthandel ein unbeschriebenes Blatt gewesen sei. Ausserdem seien gerade zur Zeit des Erwerbs des Streitgegenstandes durch den Beklagten viele gefälschte Werke von Malewitsch zirkuliert und der Handel mit einem Werk von Malewitsch habe ein aussergewöhnliches Ereignis dargestellt. Überdies bringe der Gutachter selbst vor, dass vor dem Fall des Eisernen Vorhangs die Identität des Verkäufers so gut wie nicht überprüfbar gewesen sei. Gerade diese Tatsache hätte nach der klägerischen Auffassung erhöhte Aufmerksamkeit erfordert. Der Gutachter komme ausserdem seiner Begründungspflicht nicht nach (act. 572 Ziff. 14 ff.). Hinsichtlich dieser Vorbringen des Klägers ist zu bemerken, dass der Kläger zusätzliche Hinweise bzw. Sachverhaltsumstände in die Antwort des Gutachters integriert sehen will, die so nicht in der Fragestellung an diesen enthalten waren. Auch stellen diese Vorbringen separate

Behauptungen dar, welche ihrerseits der Erstellung im Beweisverfahren bedürfen und deren Gesamtheit in der Folge durch das Gericht zu würdigen ist. Dies ist nicht Aufgabe des Gutachters. Ausserdem begründet der Gutachter seine Darstellung, wenn auch in knapper Form. Es ist jedenfalls ersichtlich und auch plausibel nachvollziehbar, weshalb der Gutachter die ihm gestellte Frage in der von ihm angegebenen Weise beantwortet. Es ist damit in dieser Hinsicht kein Mangel am Gutachten ersichtlich, welcher die Erstellung eines neuen Gutachtens oder die Ergänzung des bestehenden Gutachtens erfordern würde.

Bezüglich der zu Frage 5/2 vom Kläger angeführten Mängel des Gutachtens ist festzuhalten, dass die Fragen 5/1 und 5/2 eng zusammenhängen. Der Kläger wirft dem Gutachter vor, dass dieser die Ergänzungsfrage vollkommen losgelöst vom anwendbaren Recht beantwortet habe, wobei er nicht begründet habe, weshalb eine solche Loslösung möglich sein solle (act. 572 Ziff. 19 ff.). Hierzu ist wiederum zu bemerken, dass es nicht Aufgabe eines Gutachters ist und auch nicht sein kann, die rechtliche Lage darzulegen. Dies ist vielmehr Sache des Gerichts. Der Gutachter hat dagegen die tatsächlichen Voraussetzungen, welche sodann als Grundlage der rechtlichen Würdigung durch das Gericht dienen, zu behandeln. Entsprechend ist nicht wichtig, ob und inwiefern der Gutachter die rechtliche Situation beachtet, sondern nur, dass er die tatsächlichen Umstände und Gepflogenheiten darlegt. Dieser Aufgabe ist der Gutachter in begründeter Weise nachgekommen, weshalb sich auch in diesem Zusammenhang kein neues Gutachten oder eine Ergänzung des bestehenden aufdrängt.

ed) In der Würdigung der Beweismittel ergibt sich zusammenfassend das Bild, dass die klägerische Zeugin B eher davon auszugehen scheint, dass eine Bestätigung über die Verfügungsberechtigung des Verkäufers einen potentiellen Käufer misstrauisch machen sollte, während der beklagte Zeuge Mm sowie das Gutachten das Gegenteil vertreten. Bei dieser Beweislage kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass die klägerische Behauptung derart untermauert werden konnte, dass erhebliche Zweifel daran ausgeschlossen wären. Auf Grund der gegenteiligen Angaben ist mindestens davon auszugehen, dass

dieses Vorgehen keine Allgemeingültigkeit beanspruchen kann. Der klägerische Beweis konnte damit nicht erbracht werden.

2.2.3. Seltenheit von Originalwerken auf dem Kunstmarkt

a) Der Kläger führt weiter aus, Originalwerke von Malewitsch seien auf dem Kunstmarkt kaum je (legal) erhältlich und entsprechend sei bei derartigen Käufen – auch auf Grund der Seltenheit auf dem Markt, der Herkunft und der Geschichte – erhöhte Aufmerksamkeit und Sorgfalt geboten, was in Kunstkreisen notorisch sei (act. 2 Ziff. 166; act. 52 Ziff. 68). Es sei überdies generell bekannt bzw. gar gerichtsnotorisch, dass gerade der hochpreisliche Markt der bildenden Kunst für gestohlene Ware besonders anfällig sei (act. 52 Ziff. 54). Das Gemälde "Footman with Samovar" sei denn auch nicht irgendein Gemälde des Künstlers Malewitsch, sondern nehme innerhalb der Stilrichtung des "abstrusen Realismus" einen prominenten Platz ein, sei gar eines der Schlüsselbilder von Malewitsch (act. 2 Ziff. 165, Ziff. 338; act. 52 Ziff. 62). Der Beklagte habe ausserdem gewusst, dass das streitgegenständliche Gemälde illegal in die Schweiz eingeführt worden sei, was ihn hätte misstrauisch machen müssen (act. 52 Ziff. 79). Dem Beklagten sei daher bewusst gewesen, dass das Bild gestohlen und illegal aus Russland eingeführt worden sei (act. 2 Ziff. 172; act. 52 Ziff. 75 ff.).

Der Beklagte gibt dazu an, dass es zwar zutreffe, dass nur wenige Originalwerke von Malewitsch auf dem Markt erhältlich seien, jedoch gelte dies für alle bedeutenden Vertreter der Kunstgeschichte (act. 32 Ziff. 197, Ziff. 274) und auch wenn Malewitsch nicht häufig gehandelt werde, bedeute dies nicht, dass es keinen regulären Markt für seine Werke gegeben habe und dass darum bei jedem angebotenen Gemälde der Verdacht entstehen müsse, dass es gestohlen worden sei (act. 60 Ziff. 124). Der Beklagte führt weiter aus, dass es kunsthistorisch nicht zutreffe, dass es sich beim Streitgegenstand um eines der Schlüsselbilder Malewitschs handle, zumal es einer Übergangsphase seines Schaffens zuzurechnen sei (act. 60 Ziff. 119). Ebenfalls bestreitet der Beklagte, dass er aus der Tatsache, dass das Gemälde illegal aus der Sowjetunion gelangte, hätte schliessen müssen, dass es dort geraubt worden war (act. 32 Ziff. 64, Ziff. 191 f.; act. 60 Ziff. 143). Der Beklagte führt denn weiter aus, dass im Kunstmarkt – sicherlich für

das Jahr 1989 – kein schon an sich erhöhter Sorgfaltsmassstab gelte (act. 60 Ziff. 101).

b) Treffen die klägerischen Ausführungen zu, hätte der Beklagte beim Kauf des "Footman with Samovar" besondere Aufmerksamkeit walten lassen müssen, da ihm bewusst sein musste, dass Originalwerke von Malewitsch eine Seltenheit auf dem Markt darstellten bzw. selten legal erhältlich waren. Auch hätte er, wenn er wusste, dass illegal aus Russland eingeführte Kunstwerke in der Regel geraubt oder auf andere Weise unrechtmässig entwendet worden waren, in dieser Hinsicht besondere Abklärungen treffen müssen. Diese Aspekte sind daher in der Folge zu prüfen. Inwiefern aber der Stellung des Gemäldes innerhalb des Werkes von Malewitsch eine besondere Bedeutung zukommen sollte, ist nicht ersichtlich, zumal auch der Kläger nicht behauptet, dass bei besonders wichtigen Werken zusätzliche Vorsichtsmassnahmen geboten wären. Entsprechend ist hierauf nicht weiter einzugehen.

c) Hinsichtlich der Seltenheit eines Originalwerks von Malewitsch auf dem Markt hat sich Folgendes ergeben:

ca) Die vom Kläger zu diesem Themenbereich angerufene Zeugin B bestätigte sowohl die Angabe, dass ein Original des Künstlers Malewitsch 1989 kaum legal auf dem Markt erhältlich war (act. 618 S. 107), als auch die – klar damit zusammenhängende – These, dass ein Originalwerk von Malewitsch auf dem Markt ein ungewöhnliches Ereignis darstellte (act. 618 S. 109). Dies wird auch durch die vom Kläger genannten Stellen in der vorprozessualen Einvernahme von B gestützt (act. 4/50 S. 19 f., S. 113 Ziff. 13-16, S. 147 Ziff. 9-13). Auch der Zeuge D, seinerseits ein Kunstsammler und Bekannter des Klägers, bestätigte diese Angaben (act. 619 S. 71). Die als Zeugin angerufene Kunsthistorikerin und Malewitsch-Expertin E bestätigte ebenfalls die Frage, ob es sich um ein aussergewöhnliches Ereignis gehandelt habe, wenn 1989 ein Originalkunstwerk von Malewitsch auf dem Kunstmarkt aufgetaucht sei (act. 620 S. 27 ff.). Der zusätzlich angerufene Zeuge Nn, welcher Kurator des städtischen Museums in Amsterdam ist, konnte dies dagegen nicht bestätigen, sondern gab an, dies nicht zu wissen (act. 436), während die weitere Zeugin Oo auf dem Rechtshilfeweg wegen zweimaligen

Nichterscheinens nicht einvernommen werden konnte (act. 578), worauf der Kläger mit Schreiben vom 7. Juni 2010 auf dessen Einvernahme verzichtete (act. 615).

Das ebenfalls als Beweismittel genannte Gutachten vom 6. November 2008 gibt an, dass es zutreffe, dass Werke von Malewitsch rar seien und seltener auf dem Markt seien als diejenigen anderer Künstler, wobei dies aber nicht bedeute, dass es in Kunstkreisen notorisch sei, dass Originalwerke von Malewitsch kaum legal erhältlich seien. Dies zeige sich bereits daran, dass in den vergangenen zehn Jahren acht Ölgemälde, vier Aquarelle und fünf Gouachen, sowie vier Tinten- und 25 Bleistiftzeichnungen auf dem Markt angeboten worden seien (act. 245 S. 9). Ebendiese Angaben ergeben sich aus der schriftlichen Auskunft des Auktionshauses Ss vom 11. August 2008, welche jedoch vom selben Autor wie das Gutachten verfasst wurde (act. 125). Die Ergänzungsfrage an den Gutachter, ob es 1989 notorisch gewesen sei, dass kaum originale Ölgemälde von Malewitsch legal erhältlich waren, verneinte dieser mit Ergänzungsgutachten vom 20. November 2009 und führte aus, dass sich nicht alle Werke des Künstlers in der UdSSR befunden hätten und entsprechend auch die Vorstellung von derartigen Gemälden auf dem westlichen Markt möglich sei, wobei er festhält, dass Malewitsch-Ölgemälde sicher eine eher seltene Erscheinung waren, sie jedoch nicht als prinzipiell verdächtig erscheinen mussten (act. 557 S. 6 f.). Das ebenfalls um schriftliche Auskunft ersuchte Auktionshaus Rr gab in seinem Schreiben vom 28. August 2008 an, nicht über die relevanten Fachkenntnisse zu verfügen, um die gestellten Fragen zu beantworten (act. 143).

Aus dem vom Kläger als weiteres Beweismittel genannten Vortrag von O. geht hervor, dass die Autorin davon ausgeht, dass wichtige Werke von Malewitsch so gut wie nie auf dem Kunstmarkt erscheinen und dass echte Werke selten auf den Markt kommen würden (act. 53/13). Auch aus dem ebenfalls als Beweismittel genannten Artikel der Weltwoche Nr. 15.05 geht diese Information hervor; Werke von Malewitsch werden als äusserst rar bezeichnet (act. 53/16). Dagegen kann aus dem Artikel der Bilanz Juni/2004 keine Angabe hinsichtlich Malewitsch geholt werden (act. 84/2).

cb) Aus der Würdigung der genannten klägerischen Beweismittel ergibt sich, dass sowohl die angerufenen Zeugen als auch der Gutachter und die als Beweismittel genannte Literatur klar davon ausgehen, dass ein Originalwerk von Malewitsch auf dem Markt eine Besonderheit darstellt, die sich vom Angebot von Werken anderer Künstler abhebt. Eine Übersetzung des ebenfalls als Beweismittel genannten russischen Dokuments act. 4/50 erübrigt sich damit. Durch die vor genannten Beweismittel ebenfalls erstellt ist, dass Originalgemälde von Malewitsch – mindestens im vorliegend interessierenden Jahr 1989 – kaum legal auf dem Markt erhältlich waren. Diesem Schluss widerspricht denn auch das Gutachten bei näherer Betrachtung nicht, zumal dieses nur angibt "*[...] liess die Vorstellung des Angebots eines Malevich-Bildes auf den westlichen Kunstmärkten durchaus zu.*" (act. 557 S. 7). Die Ausführung des Gutachters, dass es vorstellbar sei, dass ein Werk in legaler Weise auf den Markt gelange, widerspricht der Angabe, dass "kaum" ein (also fast kein) Originalwerk legal auf den Markt gelangte, nicht.

cc) Der vom Beklagten zum Gegenbeweis angerufene Zeuge Mm gab an, nicht zu wissen, ob es in Kunstkreisen notorisch war, dass Werke von Malewitsch kaum legal erhältlich seien, jedoch bestätigte auch er, dass das Angebot eines Originals von Malewitsch 1989 und heute ein aussergewöhnliches Ereignis dargestellt hätten (Prot. S. 325). Die vom Beklagten als Gegenbeweismittel angerufene Rechnung von Ss vom 30. Juni 1999 zeigt einzig, dass damals ein Gemälde von Malewitsch verkauft wurde, sagt jedoch nichts darüber aus, ob Werke von Malewitsch regelmässig bzw. oft in legaler Weise auf dem Markt angeboten werden (act. 61/3). Aus dem Privatgutachten von Pp vom 27. Februar 2006 geht hervor, dass bis 1989 nur Rr – nicht aber Ss – Werke von Malewitsch versteigert hatte, wobei bis 1989 vier Zeichnungen angeboten worden seien (act. 61/8). Zwar kann wohl davon ausgegangen werden, dass Verkäufe über grosse Auktionshäuser in der Regel vor legalem Hintergrund abgewickelt werden. Aus dem genannten Privatgutachten – dem im Übrigen ohnehin lediglich die Bedeutung einer Parteibehauptung zukommt (BGE 132 III 83 E. 3.4.) – kann aber nicht geschlossen werden, dass der Verkauf von Werken von Malewitsch auf dem Markt ein ge-

wöhnliches Ereignis darstellten, bloss weil bis 1989 vier Zeichnungen über Rr angeboten worden zu sein scheinen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vom Beklagten angeführten Gegenbeweismittel die aus den klägerischen Beweismitteln gewonnenen Erkenntnisse nicht umzustossen vermögen. Der klägerische Beweis, dass es in Kunstkreisen bekannt ist, dass Originalwerke von Malewitsch kaum legal auf dem Markt erhältlich sind und dass das Erscheinen auf dem Markt im Jahr 1989 ein aussergewöhnliches Ereignis darstelle, ist damit erbracht. Auf Grund dieses – den Vorstellungen des Klägers wohl entsprechenden – Beweisergebnisses, rechtfertigt es sich, von einer Auseinandersetzung mit den Bemängelungen des Klägers bezüglich des Gutachtens (act. 572 Ziff. 25 ff.; act. 640 Ziff. 122) abzusehen. Ebenso kann von der Behandlung des Antrags des Klägers auf Abnahme von Qq als zusätzlicher Zeuge zu diesem Themengebiet abgesehen werden (act. 369 Ziff. 41).

d) Zum weiteren klägerischen Vorbringen, dass beim Kauf eines Kunstwerks von Malewitsch ohnehin besondere Sorgfalt und Aufmerksamkeit geboten sei, erklärte die Zeugin B: *"Es ist nicht nur Malevich. Es ist die ganze russische Avantgarde-Kunst, bei der wir sehr sorgfältig sein müssen, weil derart viele Fälschungen im Umlauf sind."* (act. 618 S. 112). Auf die Folgefrage, ob Grund zur Besorgnis auch daher bestanden habe, dass einige der Werke gestohlen sein könnten, gab sie an: *"Nein. Das denke ich nicht. Mir -- mir wurden mehr gefälschte Gemälde der russischen Avantgarde angeboten, als es auf dieser Erde echte Kunst gibt."* (act. 618 S. 112). Die vom Kläger als weiteres Beweismittel genannten Stellen in der vorprozessualen Einvernahme von B ergeben keine zusätzlichen Informationen (act. 4/5). Der Zeuge D bestätigte, dass im Zusammenhang mit der Kunst Malewitsch's Sorgfalt anzuwenden sei (act. 619 S. 72). Auf die Nachfrage, warum erhöhte Sorgfalt erforderlich gewesen sei, antwortete er: *"Wegen einer Unzahl von Problemen, wegen einer Unmenge von Problemen, potenziellen Problemen. Eines davon ist die Echtheit, das zweite Rechtstitel, und das dritte, offensichtlich, dass einige von Malewitsch's Werken -- es ist in der Öffentlichkeit bekannt, dass einige von ihnen nicht angemessen konserviert worden sind, so ist es auch ein Problem betreffend Zustand."* (act. 619 S. 81). Die Zeugin E

gab auf die Frage, ob im Zusammenhang mit Werken von Malewitsch besondere Sorgfalt und Aufmerksamkeit geboten sei, an, dass dies auch darum zutreffe, da es viele Fälschungen gebe (act. 620 S. 27 f.). Auf die Nachfrage, ob es noch andere Gründe gegeben habe, sich um Malewitsch-Gemälde zu sorgen und die Anlass für zusätzliche Nachforschungen gegeben hätten, antwortete sie: "*Nun, es gab so wenige, man hätte sich gefragt, wo es herkam. Es gab einige, von denen es hiess, sie stammten aus Provinzmuseen, zum Beispiel, und sie müssen zurückverfolgt werden. Sie mussten zurückverfolgt werden. Wissen Sie, es gab nur eine sehr begrenzte Anzahl Orte, von denen Malevichs hätten herkommen können und noch herkommen.*" (act. 620 S. 31). Der Zeuge Nn führte aus, dass es zutreffe, dass bei Werken Malewitsch's eine erhöhte Sorgfalt und Aufmerksamkeit geboten sei, wobei er dies insbesondere damit begründet, dass Fälle bekannt seien, bei denen ein Werk zunächst Malewitsch zugeordnet worden sei und es sich später herausgestellt habe, dass dies doch nicht der Fall gewesen sei (act. 436). Die Zeugin Oo konnte aus den bereits dargelegten Gründen nicht einvernommen werden. Aus dem als klägerisches Beweismittel genannten Vortrag von O. lässt sich diesbezüglich nichts ableiten (act. 53/13).

Im von beiden Parteien als Beweismittel genannten Gutachten vom 6. November 2008 (act. 245) bzw. dem Ergänzungsgutachten vom 20. November 2009 (act. 557) ist festgehalten, dass für das Jahr 1989 der körperliche Besitz eines Werkes die Verfügungsberechtigung über das Werk ausreichend indizierte (act. 245 S. 10), dass aber bei einem privaten oder "ungewöhnlichen" Angebot eine erhöhte Sorgfaltspflicht eher zu bejahen gewesen wäre, während dies bei einem bekannten kommerziellen Kunstmarktteilnehmer wie einer professionellen Galerie eher nicht der Fall sei (act. 557 S. 8 f.). Aus den weiteren als klägerische Beweismittel genannten schriftlichen Auskünften der Auktionshäuser Rr und Ss lassen sich keine zusätzlichen Informationen gewinnen: Rr erklärte im Schreiben vom 28. August 2008, dass es ihnen mangels Fachkenntnissen nicht möglich sei, die gestellten Fragen zu beantworten (act. 143) und Ss bezog sich im Schreiben vom 11. August 2008 auf die aktuelle Situation seit dem Jahr 2005, weshalb sich keine Angabe bezüglich des vorliegend relevanten Jahres 1989 ableiten lässt (act. 125).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sämtliche Zeugen, welche alle in irgendeiner Weise im Kunstmarkt tätig sind bzw. sich in diesem Umkreis bewegen, die übereinstimmende Angabe machen, dass im Zusammenhang mit dem Kauf eines Gemäldes von Malewitsch besondere Sorgfalt und Aufmerksamkeit geboten sei. Dem widerspricht auch das Gutachten bei genauer Betrachtung nicht: Der Gutachter führt aus, dass bei einem Angebot aus professioneller Hand diese Sorgfalt und Aufmerksamkeit nicht notwendig sei, während bei einem Angebot aus privater Hand vorsichtig vorzugehen sei. Dies bedeutet, dass das Angebot eines Werkes von Malewitsch an sich besonderer Sorgfalt und Aufmerksamkeit bedarf, dass – nach Ansicht des Gutachters – aber bei Vertrauen darauf, dass der Verkäufer seinerseits seriöse Angebote macht und die Hintergründe bereits ermittelt hat, davon abgesehen werden darf.

Die damit geforderte besondere Aufmerksamkeit ist dabei nach übereinstimmender Angabe der Zeugen in erster Linie darauf zurückzuführen, dass vor allem gefälschte Werke von Malewitsch auf dem Markt waren. Teilweise wird als zusätzlicher Grund für die besondere Aufmerksamkeit jedoch auch die Abklärung der Herkunft genannt, während dies von anderer Seite wiederum verneint wird. Daraus ist zu schliessen, dass das Problem der illegalen Herkunft als besonderes Warnsignal bei Werken von Malewitsch zwar bestand, jedoch nicht in allen Kreisen gleich verbreitet war.

Jedenfalls ist der klägerische Beweis, dass bei Werken von Malewitsch grundsätzlich erhöhte Aufmerksamkeit und Sorgfalt geboten war, damit erbracht, weshalb auf eine Übersetzung des zusätzlich genannten Beweismittels act. 4/50 verzichtet werden kann. Ebenfalls verzichtet werden kann vor diesem Hintergrund auf eine ausführliche Behandlung der klägerischen Vorbringen bezüglich der sich auf diese Frage beziehenden Mängel am Gutachten (act. 572 Ziff. 28 ff.). Zu berücksichtigen ist einzig der Hinweis des Klägers, dass Dr. G als Sachverständiger nicht unabhängig sei, zumal dies nicht nur die Beantwortung dieser Frage beschlagen, sondern allenfalls die Erstellung eines neuen Gutachtens erfordern würde. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Kläger aus den Angaben des Gutachters ableitet, dass dieser nicht unabhängig sein solle. Insbesondere erscheint die fehlende Definition des Wortes "ungewöhnlich" nicht als Hinweis auf eine behaup-

tete fehlende Unabhängigkeit des Gutachters. Da damit entsprechend nicht davon auszugehen ist, dass der Gutachter nicht als unparteiisch bzw. unabhängig zu erachten wäre, ist kein neues Gutachten erforderlich.

e) Hinsichtlich der weiteren klägerischen Behauptung, dass der hochpreisliche Markt der bildenden Künste allgemein besonderes anfällig für den Handel gestohlener Werke ist, nannte der Kläger lediglich ein Gutachten als Beweismittel. Der Gutachter gab darin an, dass dies nicht zutrefte, zumal gerade in diesem Segment die Werke in der Regel besonders gut dokumentiert seien und entsprechend der Absatz schwieriger sei, so dass Diebe eher auf weniger wertvolle Stücke zugreifen würden (act. 245 S. 1; act. 557 S. 1 f.). Gegen diese Angabe des Gutachters wendet der Kläger ein, dass sie – trotz entsprechender gerichtlicher Aufforderung – nicht genügend begründet worden sei (act. 572 Ziff. 5 ff.; act. 640 Ziff. 71).

Ein Gutachten hat gemäss § 178 Abs. 1 ZPO begründet zu sein. Das Gericht hat ein nicht gehörig begründetes Gutachten zurückzuweisen, was ein Ausfluss der freien Beweiswürdigung darstellt. Das Gericht prüft dabei insbesondere, ob die vom Gutachter gezogenen Schlüsse genügend und überzeugend begründet sind und ob die tatsächlichen Feststellungen mit den Akten übereinstimmen (ZPO-Komm., § 181 N 5).

Da die Angabe des Gutachters im Gutachten vom 6. November 2008 diesen Anforderungen nicht entsprach, wurde der Gutachter mit Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2009 zur Klarstellung aufgefordert (act. 517). Der Gutachter räumte im Ergänzungsgutachten vom 20. November 2009 ein, dass es schwierig sei, schriftliche Quellenangaben zu finden, weshalb seine Einschätzungen auf dem jahrelangen Austausch mit Vertretern von Kunstdatenbanken, Versicherungen und Ermittlungsbehörden beruhen würden (act. 557 S. 1 f.). Eine Nachkontrolle dieser Angaben ist damit nicht möglich. Jedoch ist zu beachten, dass die gestellte Frage wohl kaum durch harte und überprüfbare Fakten beantwortet werden kann. Die Fragestellung indiziert geradezu die Nachfrage nach einer persönlichen Einschätzung, welche oftmals auf persönlichen Kontakten und Erfahrungen beruht. Die Angabe des Gutachters, worauf seine Einschätzung beruhe, erweist sich zwar als

knapp, jedoch als genügend, um den Schluss plausibel zu machen. Die klägerischen Einwände erweisen sich damit als verständlich, jedoch nicht als begründet.

Die klägerische Behauptung, dass der hochpreisliche Markt der bildenden Kunst allgemein besonders anfällig für gestohlene Ware sei, konnte damit nicht erstellt werden.

f) Neben den bereits ausgeführten Aspekten im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand, gab der Kläger an, 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.

Der Kläger nennt zum Beweis seiner Behauptung einerseits einen Artikel aus der Weltwoche Nr. 15.05 S. 54 ff (act. 53/16), aus welchem jedoch in Bezug auf die Frage, ob geschmuggelte Kulturgüter immer bzw. meist auch geraubte oder entwendete Kulturgüter darstellen, nichts hervorgeht. Auch aus den schriftlichen Auskünften der Auktionshäuser Rr und Ss lässt sich diesbezüglich nichts ableiten, zumal Rr unter Verweis auf mangelnde Fachkenntnisse keine Stellung nahm (act. 143) und die vom Auktionshaus Ss zu dieser Frage abgegebene Stellungnahme einen grossen Interpretationsspielraum offen lässt bzw. in diesem Zusammenhang als unverständlich erscheint (act. 125). Aus dem als weiteres Beweismittel offerierten Gutachten vom 6. November 2008 und dem Ergänzungsgutachten vom 20. November 2009 geht hervor, dass der Gutachter der Ansicht ist, dass die Vorgänge betreffend die Kunstwerke zwar Teil des historischen Wissens waren, jedoch nicht einem allgegenwärtigen Bewusstsein entsprachen (act. 245 S. 10 f.). Er geht davon aus, dass das Wissen um die betreffenden Vorgänge im Osten bei kommerziellen Vermittlern von Ware im Sinne von Insiderwissen vorhanden war, dass aber diese Hintergründe Endkunden an den Märkten nicht freiwillig offenbart wurden (act. 557 S. 9 f.).

Der Kläger wendet gegen die Ausführungen des Gutachters ein, dass dieser nicht genügend spezifiziert habe, was er mit "Entziehung" von Kunst und Kulturgut in den sozialistischen Staaten meine. Auch habe er die ihm gestellte Frage nicht

richtig beantwortet und ausserdem fehle eine Begründung dafür, weshalb zwischen einem kommerziellen Vermittler und einem Kunden unterschieden werde (act. 572 Ziff. 30 ff.). Soweit der Kläger geltend macht, es sei nicht klar, worauf sich der Gutachter mit dem Begriff "Entziehung" beziehe, kann ihm nicht gefolgt werden. Aus dem Gutachten wird klar, dass der Gutachter sich auf jede Art der Enteignung von Privaten durch den Staat bezieht. Im Übrigen ist die Definition dieses Begriffs vorliegend ebenso wenig von Relevanz wie die vom Kläger aufgeworfene Frage der Rechtmässigkeit eines solchen Entzugs. Auch wenn der Kläger ausführt, der Gutachter habe die ihm gestellte Frage nicht richtig beantwortet, kann dem nicht beigepflichtet werden. Die Antwort des Gutachters ist im vorstehenden Absatz zusammengefasst. Dagegen trifft es zu, dass die Begründung des Gutachters, weshalb er eine Unterscheidung zwischen kommerziellen Anbietern und Kunden trifft, sehr dürftig ausgefallen ist.

Zu beachten ist aber, was folgt: Auch wenn die vom Kläger aufgestellte Behauptung zutreffen würde, stünde nicht fest, dass auch der Beklagte darüber informiert war. Ein böser Glaube könnte ihm daher nicht vorgeworfen werden. Entsprechend wäre auch bei Zutreffen der klägerischen Behauptung lediglich der Sorgfaltsmassstab des Beklagten betroffen. Bezüglich der vom Beklagten im Rahmen der anzuwendenden Sorgfalt anzustellenden Nachforschungen ist jedoch – wie noch zu zeigen sein wird (vgl. Ziff. 4.3.4.) – davon auszugehen, dass der Beklagte auch bei Durchführung der notwendigen Abklärungen nicht vom Diebstahl erfahren hätte. Hieran würde sich auch durch die vorliegend zu beurteilende Behauptung nichts ändern, weshalb von der Erstellung eines neuen Gutachtens bzw. von einer Ergänzung abgesehen werden kann.

Da auf Grund der aktuell vorliegenden Beweislage der Beweis dafür, dass es Allgemeinwissen in der Kunstbranche entsprach, dass aus der UdSSR geschmuggelte Kulturgüter in der Regel geraubt oder auf andere Weise unrechtmässig entwendet worden waren, nicht als erbracht erachtet werden kann, erübrigt sich auch die Behandlung der beklagischen Gegenbeweismittel.

2.2.4. Kaufpreis

a) Als weiteres Indiz weist der Kläger darauf hin, dass dem Beklagten der "Footman with Samovar" zu einem auffallend niedrigen Kaufpreis überlassen worden sei, welcher nicht marktgerecht gewesen sei, da der Marktwert des Gemäldes im Zeitpunkt des Kaufvertrages ca. USD 4 Mio. bis 5 Mio. betragen habe und der Beklagte lediglich USD 1'000'050.– bezahlt habe (act. 2 Ziff. 310; act. 52 Ziff. 103 ff.).

Der Beklagte lässt ausführen, dass der für das Bild bezahlte Kaufpreis in keiner Weise zu tief gewesen sei. Der Preis sei marktgerecht gewesen (act. 32 Ziff. 106, Ziff. 224, Ziff. 247, Ziff. 285) bzw. es habe im Zeitpunkt des Kaufs keinen etablierten Markt und damit auch keinen möglichen Vergleich mit Preisen von Gütern derselben Art gegeben, so dass auch keine Bezeichnung als besonders tiefer Preis möglich sei. Vielmehr habe die Preisbildung einzig auf Grund der subjektiven Bewertung im Einzelfall statt gefunden und auch ein Gutachten bestätige im Nachhinein einen Wert des Bildes im Jahre 1989 von Fr. 560'000.– bis Fr. 600'000.– (act. 60 Ziff. 220 ff.).

b) Die Behauptung des Klägers ist insofern relevant, als dass ein Kaufpreis, welcher deutlich unter dem Marktpreis des Kaufgegenstandes liegt, ein Indiz dafür darstellen kann, dass dem Käufer im Zeitpunkt des Kaufes bewusst war bzw. bewusst sein musste, dass der Kaufgegenstand an einem Mangel leidet, welcher den tiefen Kaufpreis erklärt (BGE 100 II 8 Erw. 4 a); BGE 47 II 263 Erw. 2; BGE 79 II 59 Erw. 2 b)). Entsprechend hat ein Käufer bei einem sehr tiefen Kaufpreis vorsichtiger zu sein und insbesondere der Verdacht einer möglicherweise nicht rechtmässigen Transaktion hat schneller als bei anderen Geschäften zu entstehen. Liesse sich erstellen, dass das streitgegenständliche Gemälde im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Beklagten einen Marktwert auswies, der einem Mehrfachen des bezahlten Kaufpreises entsprach, würde dies einen Hinweis darauf darstellen, dass dem Beklagten (mindestens) hätte bewusst sein müssen, dass dem von ihm zu erwerbenden Bild ein Makel anhaftete.

c) Aus den von den Parteien offerierten Beweismitteln ergeben sich – wie in Bezug auf den Kunstmarkt wohl grundsätzlich zu erwarten ist – erhebliche Differenzen in den Einschätzungen des Werts des Streitgegenstandes durch die

verschiedenen Experten. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die von den Parteien eingereichten Gutachten (act. 53/21; act. 61/8; act. 86/3) nicht als Gutachten im Sinne von § 171 ff. ZPO gelten können, da sie nicht gerichtlich angeordnet worden sind. Vielmehr stellen sie lediglich Parteibehauptungen dar und können damit nicht als Beweis für die Aussagen der sie einreichenden Partei herangezogen werden (vgl. § 149 Abs. 3 ZPO; BGE 132 III 83 Erw. 3.4.). Da die verschiedenen Gutachten in erster Linie die Standpunkte der jeweils einreichenden Partei unterstützen, ist vorliegend vorwiegend auf das gerichtlich angeordnete Gutachten abzustellen. Dieses erklärt, dass dem streitgegenständlichen Bild im Jahr 1989 eher ein Wert von Fr. 560'000.– bis 600'000.–, denn ein solcher von USD 4 Mio. bis 5 Mio. zugekommen sei (act. 245 S. 12; act. 557 S. 11 ff.).

Der Kläger bringt in seiner Eingabe vom 8. März 2010 ausführliche Bedenken gegen die Qualifikation des Gutachters vor und wiederholt diese in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 10. Dezember 2010; act. 640 Ziff. 183 ff.. Er begründet seine Begehren einerseits damit, dass der Sachverständige bei seiner Bewertung lediglich Trivalliteratur verwendet habe und sich dabei in Gegensatz zur Fachliteratur stelle. Überdies setze sich der Gutachter nicht mit den Verfahrensakten – insbesondere nicht mit den vom Kläger eingereichten Parteigutachten – auseinander und nehme auch keinen Bezug auf Vergleichsverkäufe. Auch setze er sich nicht mit dem Vortrag von O. auseinander. Überdies genügten die Ausführungen des Gutachters den Standards der Fachliteratur, welche bei einem Bewertungsgutachten zu befolgen seien, nicht. Der Kläger beantragt aus diesen Gründen, dass ein neues Gutachten von einem anderen Sachverständigen einzuholen sei (act. 572 Ziff. 38 ff.).

Wie bereits mit Zirkularbeschluss vom 31. August 2009 festgehalten wurde, trifft es zu, dass der Gutachter seine ursprüngliche Angabe nicht begründete, weshalb er zur entsprechenden Ergänzung des Gutachtens angehalten wurde (act. 517). Im Ergänzungsgutachten vom 20. November 2009 legt der Gutachter sodann dar, aus welchen Gründen er auf das von ihm vertretene Ergebnis gekommen sei. Der Gutachter gibt dabei zutreffenderweise an, dass es sich bei der ihm gestellten

Frage um eine "entweder-oder"-Frage gehandelt habe. Entgegen der Ansicht des Klägers legt der Gutachter in der Folge in nachvollziehbarer Weise dar, wie er zu dem Schluss kam, dass die beklagliche Wertbehauptung (Fr. 560'000.– bis Fr. 600'000.–) *eher* zutrefte, als die klägerische Wertbehauptung (USD 5 Mio. bis 6 Mio.). Ob der Gutachter dabei die in der Fachliteratur genannten Parameter abschliessend genannt hat, erscheint nicht als entscheidend dafür, ob das Gutachten genügend begründet ist. Relevant ist vielmehr, dass dem Gericht plausibel gemacht wird, woraus der Gutachter seinen Schluss zieht, damit dieser geprüft werden kann. Dies ist vorliegend der Fall. Die Tatsache alleine, dass der Gutachter eine andere Methode wählt, als der vom Kläger angerufene Sachverständige Peter Hastings Falk und seine Werteinschätzung nicht auf Vergleichswerken basiert, disqualifiziert ihn noch nicht von seiner Befähigung, die ihm gestellte Frage zu beantworten. Bekanntlich können Gutachten, gerade wenn die Einschätzung eines Werts in Frage steht, nach unterschiedlichen Methoden erstellt werden, was im Übrigen auch die von den Parteien eingereichten Privatgutachten bereits zeigen (act. 53/21; act. 61/8; act. 86/3; act. 411 [=act. 370/6]). Ebenfalls nicht verwunderlich ist, dass anhand verschiedener Methoden unterschiedliche Werte erzielt werden. Gerade für die gestellte "entweder-oder"-Frage erscheint es als angemessen, wenn der Gutachter davon absieht, alle von der Fachliteratur anscheinend geforderten Parameter minutiös in seine Berechnung einzubeziehen, sondern sich darauf beschränkt, die wichtigsten Einflussfaktoren auf dem Markt abzuhandeln, um dann zum Ergebnis zu kommen, dass der tiefere der beiden angegebenen Werte als der angemessenere erscheint. Die vom Kläger gegen das Gutachten diesbezüglich vorgebrachten Einwände vermögen daher die Anordnung eines neuen Gutachtens nicht zu rechtfertigen.

Aus dem vom Kläger als zusätzliches Beweismittel genannten Text von Oo ergibt sich keine Angabe bezüglich des Werts des Gemäldes (act. 53/11). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich aus dem von Rr London mit Schreiben vom 10. Oktober 2008 (act. 207) eingereichten Angebot von Rr an C vom 12. Mai 1989 ergibt, dass Rr für das streitgegenständliche Gemälde einen Kaufpreis von USD 1 Mio. offerierte (act. 228/1). Dies stellt – zumal auch der Kläger Rr nicht vorwirft, ebenfalls einen verdächtigen Kauf zu tätigen – ein starkes Indiz dafür dar, dass

USD 1 Mio. mindestens ungefähr dem Marktwert des Streitgegenstandes im Frühjahr/Sommer 1989 entsprach. Entsprechend erscheint der klägerische Beweis, dass der Beklagte einen klar viel zu tiefen Preis für den "Footman with Samovar" bezahlt habe, als gescheitert. Die Behandlung der vom Beklagten als Gegenbeweismittel genannten Dokumente (act. 61/9 und act. 86/1) erübrigt sich entsprechend. Ebenso nicht notwendig ist unter diesen Umständen die Auseinandersetzung mit dem vom Beklagten mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 10. Dezember 2010 eingereichten Schreiben des klägerischen Rechtsvertreters vom 31. Oktober 2002 (act. 642/1).

2.2.5. Besichtigung des Gemäldes durch den Beklagten

a) Der Kläger wirft dem Beklagten vor, er habe das streitgegenständliche Bild nie selbst besichtigt, was als verdächtig erscheine. Dagegen habe er sich darauf beschränkt, B mit der Abklärung der Echtheit des Gemäldes zu beauftragen. Diese habe den Streitgegenstand dann in Begleitung zweier Damen besichtigt, wobei sie davor nicht gewusst habe, wo das Bild gelagert wurde und sie durch den Hintereingang in eine Bank geschleust worden sei. Einen Auftrag zur Abklärung der Provenienz des Kunstwerks habe er dagegen unterlassen, obwohl dies normalerweise zur "good practice" im Kunstgeschäft gehöre und der Beklagte dies üblicherweise ebenfalls verlangt habe (act. 2 Ziff. 171 ff.; act. 52 Ziff. 92, Ziff. 127). Ebenfalls als verdächtig hätte dem Beklagten erscheinen müssen, dass das Bild ohne Rahmen gezeigt und verkauft wurde; dies sei darauf zurückzuführen, dass das Gemälde beim Diebstahl aus der Wohnung der Familie P aus seinem Rahmen geschnitten wurde (act. 2 Ziff. 72, Ziff. 176). Darüber hinaus sei das Gemälde in einem schlechten Zustand gewesen, was auf eine unsachgemäße Handhabung hingedeutet habe (act. 52 Ziff. 70). Nach Angabe des Klägers hätte den Beklagten ebenfalls stutzig machen sollen, dass der ursprünglich auf der Rückseite des Bildes angebrachte Schriftzug von Kasimir Malewitsch offensichtlich entfernt worden sei (act. 2 Ziff. 234; act. 52 Ziff. 70).

Der Beklagte hält seinerseits fest, dass er das Bild vor dem Kauf besichtigt habe (act. 60 Ziff. 177). B habe das Gemälde ebenfalls besichtigt, wobei aber die Umstände dieser Besichtigung nicht massgebend seien (act. 60 Ziff. 179 f.). Es treffe

zu, dass er B lediglich mit der Abklärung der Echtheit des Gemäldes beauftragt habe, jedoch sage dies nichts darüber aus, was er über das Bild wusste oder hätte wissen sollen. Die Abklärung der Provenienz eines Bildes stelle lediglich einen Aspekt der Echtheitsprüfung dar, der dann nicht notwendig sei, wenn diese durch einen Experten auf andere Weise durchgeführt werden könne. Aus der Tatsache, dass er keine Abklärung der Provenienz verlangt habe – was er im Übrigen auch nicht "üblicherweise" tue – könne daher nichts abgeleitet werden (act. 32 Ziff. 115, Ziff. 202). Der Beklagte bestreitet überdies einerseits, dass das Gemälde aus dem Rahmen getrennt worden sei (act. 32 Ziff. 207) und andererseits, dass der Schriftzug von der Rückseite des Gemäldes entfernt worden sei, denn dieser sei nach wie vor vorhanden (act. 60 Ziff. 132). Der Beklagte bestätigt dagegen, dass das Gemälde sich in einem schlechten Zustand befunden habe, weshalb er es auch habe restaurieren lassen. Allerdings sei der schlechte Zustand dadurch zu erklären gewesen, dass der Streitgegenstand illegal aus der Sowjetunion importiert worden sei (act. 60 Ziff. 129 ff.).

b) Insbesondere massgebend ist bezüglich dieses klägerischen Vorbringens die Frage, ob der Beklagte vor dem Kauf des streitgegenständlichen Bildes etwas unterlassen hat, was zur "good practice" gehörte und ihm einen Hinweis auf die fehlende Verfügungsberechtigung des Veräusserers gegeben hätte. Ist dies der Fall, stellt das ein Indiz für die Bösgläubigkeit des Beklagten im Zeitpunkt des Kaufes dar.

Die Frage, ob das Gemälde im Zeitpunkt des Kaufs gerahmt war oder nicht, spielt dann eine Rolle, wenn der Zustand des Gemäldes einen Hinweis darauf darstellte, dass es dem Vorbesitzer auf unrechtmässige Weise entzogen wurde. Als nicht wesentlich erscheint dagegen, ob der Beklagte das Kunstwerk selbst besichtigt hat oder nicht, zumal auch aus einer persönlichen Besichtigung keine Erkenntnisse bezüglich der Herkunft des Gemäldes hätten gezogen werden können. Ebenso wenig ersichtlich ist, inwiefern die Umstände der Besichtigung durch B relevant sein sollten, hätte doch bei allenfalls verdächtigen Rahmenbedingungen höchstens diese, nicht aber der Beklagte – auf dessen guten Glauben es vorliegend an-

kommt – misstrauisch werden können oder müssen. Diese Aspekte sind entsprechend nicht weiter zu verfolgen.

c) Zu der Frage der Provenienzabklärung führt der gerichtlich bestellte Gutachter aus, dass es zwar bereits 1989 Usus gewesen sei, die Provenienz eines Bildes abzuklären, jedoch sei dies damals eher geschehen, um die Authentizität des Bildes sicherzustellen, sowie um Angaben zu allfälligen bedeutenden Vorbesitzern zu erhalten. Die Verwendung der Provenienzprüfung zur Abklärung, ob es sich allenfalls um entzogenes Kulturgut handle, habe sich dagegen erst später entwickelt (act. 245 S. 2 ff.). Ebenso werde erst seit ungefähr 1995 mittels der Provenienzabklärung die Rechtmässigkeit der vorhergehenden Eigentumsübertragungen geklärt, während davor vielmehr der tatsächliche Besitz an der Sache massgebend gewesen sei (act. 557 S. 3 f.).

Der Kläger wendet gegen die Angaben des Gutachters ein, dass sich der Gutachter auch im Ergänzungsgutachten nicht seriös mit den Akten bzw. den Vorbringen des Klägers auseinandergesetzt habe. Die Provenienzforschung sei, wie er aufgezeigt habe, seit Anfang des 20. Jahrhunderts bei Transaktionen im Kunsthandel üblich (act. 572 Ziff. 10 ff.; act. 640 Ziff. 76). Im Weiteren verweist er auf seine Ausführungen in der Eingabe vom 16. Februar 2009 (act. 369 Ziff. 16 ff.). Mit den Ausführungen und Einwendungen des Klägers in der letztgenannten Eingabe hat sich das Gericht bereits mit Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2008 eingehend auseinandergesetzt und die Bedenken des Klägers verworfen (act. 517). Es besteht kein Anlass, hierauf zurückzukommen. Bezüglich des neu vorgebrachten Vorwurfs, dass sich der Gutachter nicht genügend mit den Vorbringen des Klägers auseinandergesetzt habe, ist festzuhalten, dass es sich bei den klägerischen Ausführungen um solche rechtlicher Art handelt, deren Würdigung und Entscheidung dem Gericht und nicht dem Gutachter obliegt. Entsprechend ist auch kein Mangel des Gutachtens daraus ersichtlich, dass sich dieses nicht zu den dargelegten Entscheiden des Bundesgerichts äussert. Die klägerischen Einwände rechtfertigen daher weder die Anordnung eines neuen Gutachtens noch eine Ergänzung.

Aus den weiteren bezüglich der Frage der Usanz der Provenienzforschung genannten Beweismitteln (Schriftliche Auskunft Ss [International] AG [act. 125] und Schriftliche Auskunft Rr [act. 143]) ergeben sich keine Informationen hinsichtlich der Situation im Jahr 1989. Entsprechend ist von der Darstellung des Gutachters auszugehen, zumal es keinen Anlass gibt, an der Korrektheit und Adäquanz von dessen Ausführungen zu zweifeln. Die Durchführung einer Provenienzabklärung gehörte damit bereits 1989 zum üblichen Vorgehen. Was die Unterlassung der Durchführung einer solchen für Folgen nach sich zieht, ist nachfolgend unter Ziff. 3. f. zu behandeln.

d) Das klägerische Vorbringen, dass der Beklagte das streitgegenständliche Bild in ungerahmtem Zustand kaufte, scheint sodann auf Grund der Aussage der Zeugin B, welche bestätigt, dass das Bild im Zeitpunkt der Besichtigung durch sie nicht gerahmt war, als erstellt. Die Zeugin erklärte jedoch, auf die Frage, ob das Bild aus seinem Rahmen geschnitten worden sei, dass sie dies nicht wisse, sie aber davon ausgehe, da es bei ihrer Besichtigung neu aufgezogen gewesen sei und dass der entsprechende Zustand nicht unbedingt Anlass dazu hätte geben müssen, mehr über die Herkunft des Bildes erfahren zu wollen (act. 618 S. 115 ff.). Auch anlässlich der vorprozessualen Einvernahme äusserte sich B lediglich dahingehend, dass das Gemälde nicht gerahmt gewesen sei, nicht aber, dass es aus seinem Rahmen geschnitten worden wäre (act. 4/5 S. 94 f., S. 176 Ziff. 17 f., S. 177 Ziff. 20 ff., S. 181 Ziff. 9 f., S. 184 ff., S. 219 Ziff. 13 f.). Der Beklagte erklärte denn auch anlässlich seiner persönlichen Befragung, dass B ihm nach der Besichtigung mitgeteilt hätte, dass das Gemälde aus dem Rahmen geschnitten worden sei, was er jedoch später wieder relativierte und erklärte, dass er nicht wisse, ob es ausgeschnitten gewesen sei, er wisse nur, dass es nicht gerahmt gewesen sei (Prot. S. 174 und S. 181). Der ebenfalls zu dieser Frage angerufene Zeuge Tt konnte auf Grund seines vorzeitigen Versterbens nicht befragt werden (act. 404 f.). Mangels des Bestehens eines "Condition Reports" konnte auch ein solcher nicht zur Klärung der Frage herangezogen werden (vgl. act. 108 Ziff. 5; act. 123). Nachdem aber der zur Edition desselben aufgeforderte Tt mit Schreiben vom 12. August 2008 hatte mitteilen lassen, dass er zwar über keinen Condition Report verfüge, sich aber 33 Diapositive in seinem Atelier befinden

würden, welche den damaligen Zustand des Gemäldes belegten (11 Dias im Oktober 1987 geschossen und 22 Dias im Juli 1989 geschossen) (act. 123), beantragte der Kläger mit Eingabe vom 28. November 2008 die Edition dieser Diapositive (act. 293). Der Beklagte beantragte darauf mit Eingabe vom 27. Januar 2009 die Abweisung dieses Begehrens (act. 352), welches mit Zirkulationsbeschluss vom 27. März 2009 denn auch zunächst abgewiesen wurde (act. 402). Der Kläger beantragte in der Folge mit Eingabe vom 14. April 2009 – nach dem Versterben von Tt – erneut die Edition der Diapositive (act. 418), worauf der Beklagte mit Schreiben vom 17. April 2009 wiederum auf Abweisung des Antrages schloss (act. 420). Das Gericht zog in der Folge den Zirkulationsbeschluss vom 27. März 2009 in Wiedererwägung, hiess das Gesuch bezüglich der Edition der 22 im Juli 1989 aufgenommenen Diapositive mit Zirkulationsbeschluss vom 20. August 2009 gut und forderte das Uu zur Edition derselben auf (act. 506 und act. 507). Die angeforderten Diapositive wurden darauf mit Schreiben vom 24. August 2009 eingereicht (act. 511 und act. 512). Auch aus diesen ist jedoch nicht ersichtlich, dass das streitgegenständliche Gemälde aus dem Rahmen geschnitten worden wäre. Als weiteres Beweismittel offerierte der Kläger – und im Übrigen auch der Beklagte für den Gegenbeweis – die Durchführung eines Augenscheins. Diesbezüglich ist zu beachten, dass durch einen Augenschein lediglich der aktuelle Zustand des Gemäldes ermittelt werden kann. Dagegen gibt das Gemälde in seiner aktuellen Form keinen Aufschluss darüber, wie sich der Streitgegenstand im relevanten Zeitpunkt des Kaufs präsentierte. Auf die Durchführung eines Augenscheins ist deshalb in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. vorstehend Ziff. IV. 4.1.2.) zu verzichten.

Es ist damit entsprechend den Angaben der Zeugin B davon auszugehen, dass das Gemälde ohne Rahmen gezeigt und verkauft wurde, wobei aber nicht feststeht, ob es aus dem Rahmen geschnitten worden war.

e) Hinsichtlich des Schriftzugs auf der Rückseite des Gemäldes erklärten die klägerischen Zeugen Vv (act. 292 S. 3) und I (act. 368), dass sie nichts über den betreffenden Schriftzug bzw. dessen Entfernung wüssten. Der weitere klägerische Zeuge F gab an, dass er qualitativ sehr gute Diabilder des Streitgegen-

standes gesehen habe worauf ein grosser Schriftzug "MALEVICH" zu sehen gewesen sei, der aber seiner Ansicht nach nicht vom Künstler selbst stamme, sondern der wahrscheinlich nach dem Schmuggel des Gemäldes auf dieses gesetzt worden sei (act. 343). Der zusätzliche klägerische Zeuge Tt konnte, wie bereits erwähnt, wegen seines Vorversterbens nicht einvernommen werden (act. 404 f.). Hinsichtlich der weiteren genannten Beweismittel ist zu bemerken, dass der Beklagte der Aufforderung zur Einreichung von Fotografien der Rückseite des Gemäldes nachkam (act. 109/1-2). Auf diesen sind verschiedene Schriftzüge zu sehen, welche nicht klar entziffert werden können, die jedoch möglicherweise dem kyrillischen Schriftbild des Namens des Künstlers entsprechen könnten. Der ebenfalls zur Edition verlangte Condition Report wurde nicht eingereicht, zumal ein solcher nicht erstellt wurde (act. 108 Ziff. 5). Auf den darauf – an Stelle des Condition Reports – zur Edition verlangten und eingereichten Diapositiven (act. 512) ist die Rückseite des "Footman with Samovar" nicht ersichtlich.

Unter Würdigung dieser vorliegenden Beweismittel gelingt es dem Kläger zusammenfassend nicht, zu beweisen, dass ein allfälliger früher bestehender Schriftzug tatsächlich vor dem Verkauf entfernt wurde. Der Zeuge F äussert zwar einen diesbezüglichen Verdacht. Jedoch kann er nicht aus seiner Erfahrung berichten, was die eigentliche Aufgabe und der Sinn eines Zeugen als Beweismittel wäre. Vielmehr äussert er eine blosser Interpretation der Situation, welche er zudem allein auf Grund von Fotografien gewonnen hat. Damit entsteht beim Gericht keine Überzeugung, welche keine wesentlichen Zweifel mehr zulassen würde, weshalb der Beweis als gescheitert zu erachten ist. Vor diesem Hintergrund sind die klägerischen Ausführungen (act. 572 Ziff. 34 ff.) zum – zu diesem Punkt lediglich als Gegenbeweismittel genannten – Gutachten nicht relevant und entsprechend auch nicht zu behandeln.

2.2.6. Warnung des Beklagten

a) Als weiteren – wichtigen – Anhaltspunkt für die Bösgläubigkeit des Beklagten nennt der Kläger folgenden Sachverhalt: Nachdem B das streitgegenständliche Bild besichtigt habe, habe sie dem Beklagten dessen Echtheit bestätigt und ihn gleichzeitig darauf hingewiesen, dass sie vernommen habe, dass ein Ori-

ginal von Malewitsch in Russland gestohlen worden sei und in Europa zum Verkauf angeboten werde (act. 2 Ziff. 179; act. 52 Ziff. 51, Ziff. 93). B selbst habe von diesem Gerücht anlässlich der Ww vom Zürcher Galeristen Dr. Xx erfahren, dem das Bild im Jahre 1986 durch eine Genfer Galerie angeboten worden sei. Dr. Xx habe sich auf dieses Geschäft aber nicht eingelassen, da er davon ausgegangen sei, dass das Bild gestohlen und illegal aus Russland importiert worden sei (act. 2 Ziff. 181 f.). Es sei sodann auch davon auszugehen, dass B Kenntnis davon gehabt habe, um welches Bild es sich beim gerüchteweise gestohlenen Objekt handle und dass sie dies dem Beklagten auch mitgeteilt habe (act. 52 Ziff. 93). Vor diesem Hintergrund hätte dem Beklagten bewusst sein müssen, dass es sich beim gestohlenen Bild um dasjenige handelte, welches ihm zum Kauf angeboten worden war (act. 2 Ziff. 180).

Der Beklagte bestätigt, dass er B als Expertin auf dem Gebiet der russischen Avantgarde herangezogen habe (act. 32 Ziff. 98). Diese habe ihm nach der Besichtigung des Bildes die Echtheit desselben bestätigt, ihn aber in keiner Weise vor einem Kauf gewarnt. Auch habe ihm B nicht von einem angeblichen Gerücht erzählt, dass ein gestohlenen Werk von Malewitsch auf dem Markt sei (act. 32 Ziff. 100, Ziff. 116 f., Ziff. 202, Ziff. 210; act. 60 Ziff. 183).

b) Eine allfällige Warnung von B an den Beklagten betreffend eines gestohlenen Werks von Malewitsch ist darum relevant, weil eine solche den Beklagten allenfalls zu zusätzlichen Vorsichtsmassnahmen hätte bewegen müssen. Hat er diese Vorsichtsmassnahmen nicht getroffen, hat er unter Umständen nicht die notwendige Sorgfalt walten lassen, welche Voraussetzung dafür ist, dass ihm guter Glaube attestiert werden kann (BaK ZGB I-Honsell, Art. 3 N 32). Die Umstände, unter welchen B von diesem angeblichen Gerücht erfahren hat, sind dagegen für den vorliegenden Fall nicht massgeblich. Relevant für den guten Glauben des Beklagten ist einzig, was B ihm allenfalls mitgeteilt hat.

c) Zunächst ist die Frage zu klären, ob der Beklagte tatsächlich durch B darauf hingewiesen worden war, dass sich ein gestohlenen Gemälde von Malewitsch auf dem Markt befinde. Die Zeugin B führte diesbezüglich anlässlich der rechtshilfeweisen Zeugeneinvernahme aus: *"Ich sagte ihm [dem Beklagten], dass*

ich von Herrn Yy gehört hatte, dass es ein Gemälde von Malevich gibt, das angeblich in Russland gestohlen worden war."; konkret habe sie dem Beklagten gesagt *"Dass er -- falls er daran interessiert sei, das Gemälde zu kaufen, dann sollte er herausfinden, ob dem so ist."* (act. 618 S. 49 f.). An weiterer Stelle gab sie auf die Frage, ob sie gedacht habe, dass es sich beim streitgegenständlichen Bild möglicherweise um das gestohlene Bild handeln könnte, an: *"Ich hatte meine Zweifel darüber, ja."* Auf weitere Frage erklärte sie sodann: *"Ich habe ihm [dem Beklagten] das Gleiche gesagt; dass es echt ist, doch dass ich denke, es gebe ein Gerücht, wonach das Gemälde gestohlen worden war, und dass er das nachprüfen sollte."* (act. 618 S. 58) und *"Ich erinnere mich nicht, ob ich ihm genau gesagt habe, dass dies das Gemälde sei, aber ich sagte ihm, es gebe ein Gemälde, das angeblich -- in Russland gestohlen worden war und dass er sorgfältig sein und seine Recherchen betreiben sollte."* (act. 618 S. 59 f.). Die beiden vom Beklagten zum Gegenbeweis zusätzlich genannten Zeugen konnten hierzu keine Angaben machen (Zeugin Gg, Prot. S. 213 f.; Zeuge Ff, Prot. S. 227 f.). Auf die Frage *"Stimmt es, dass auf Grund der Klarheit Ihres Hinweises oder Ihrer Warnung an Herrn II. es dem Beklagten, Herrn II., hätte bewusst sein sollen, dass das gestohlene Gemälde dasjenige war, das Sie soeben geprüft hatten?"* antwortete die Zeugin B wie folgt: *"Falls er auf mich hörte."* (act. 618 S. 62). An weiterer Stelle erklärte sie auf die Frage: *"Als Sie Herrn II. von dem Gerücht erzählten, das sie gehört hatten, da haben Sie ihm aber nie gesagt, Sie glaubten, Footman with Samovar sei gestohlen, oder?"* *"Nein. Ich war nicht sicher."* (act. 618 S. 63). Die weiteren hierzu genannten Zeugen konnten diesbezüglich keine Angaben machen (Zeuge D, act. 619 S. 55 ff.; Zeuge Ff, Prot. S. 227 f.).

Zumal B hier offenbar die massgebende Zeugin ist, rechtfertigt es sich, an dieser Stelle noch einmal darauf hinzuweisen, dass kein Anlass dazu besteht, davon auszugehen, dass die Zeugin auf Grund ihrer bereits im Jahr 2002 erstatteten vorprozessualen Aussagen anlässlich der vom entscheidenden Gericht angeordneten rechtshilfeweisen Einvernahme im Jahr 2009 nicht mehr frei und unbefangen geantwortet habe (vgl. dazu oben Ziff. IV. 4.2.). Besonders zu berücksichtigen ist jedoch in diesem Zusammenhang das beklagtische Bedenken, dass die Aussagen der Zeugin B lediglich auf Grund der klägerischen Zermürbungstaktik

zustande gekommen wären (act. 60 Ziff. 17). Es trifft zu, dass die vorprozessuale Einvernahme der Zeugin B lange andauerte (10:12 Uhr bis 15:26 Uhr; vgl. act. 4/5 S. 1 und S. 241). Ebenfalls trifft es zu, dass der klägerische Rechtsvertreter die Zeugin oftmals wiederholt zu denselben Themenkomplexen befragte (vgl. z.B. das hier zu behandelnde Gerücht betreffend eines gestohlenen Malewitsch: act. 4/5 S. 59, S. 69 ff., S. 86 f., S. 102-111, S. 122 f.). Jedoch fällt auf, dass die Zeugin während der eingehenden und möglicherweise eindringlichen Befragung keine (relevanten) Zugeständnisse machte, welche sie nicht bereits auf Anhieb erklärte. So erklärte sie beispielsweise von sich aus – ohne dass dieses Thema davor besonders behandelt worden wäre –, dass sie nicht erstaunt gewesen sei, als der Beklagte ihr gesagt habe, dass er bezüglich des streitgegenständlichen Gemäldes bei Interpol nachgefragt habe, da sie ihm nach der Besichtigung des Gemäldes erzählt habe, dass es ein Gerücht gebe, dass sich ein gestohlener Malewitsch auf dem Markt befinde (act. 4/5 S. 69). Insbesondere diese vorliegend relevante Angabe ist damit nicht unter Druck, sondern spontan geäußert worden, was auch die diesbezüglichen Bedenken des Beklagten zerstreuen sollte. Daran ändern auch die vom Beklagten anlässlich seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 10. Dezember 2010 (act. 641 Ziff. 20) vorgebrachten Vermutungen, dass B bereits vorgängig zu der vorprozessualen Zeugeneinvernahme von der Klägerseite beeinflusst worden sei, nichts. Es steht zwar fest, dass eine vorgängige Kontaktierung stattfand, nicht aber, dass B anlässlich dieser Kontaktaufnahmen auch in irgendeiner Weise beeinflusst worden wäre. Wenn nun aber vorprozessuale Kontaktierungen eines Zeugen nicht schlechthin ausgeschlossen sind (vgl. Ziff. IV. 4.3.1.), geht es auch nicht an, aus der blossen Tatsache des Kontakts auf unzulässige Vorgehen zu schliessen. Da vorliegend jegliche konkreten Hinweise auf eine Beeinflussung fehlen, ist hierauf nicht weiter einzugehen.

Da es damit keinen Anlass gibt, an der Aussage der Zeugin B zu zweifeln und keine in eine andere Richtung weisenden Beweismittel vorliegen, ist zusammenfassend davon auszugehen, dass der Beweis, dass B dem Beklagten vor dem Kauf des streitgegenständlichen Bildes mitteilte, dass sich ein gestohlenes Bild des Künstlers Malewitsch auf dem Markt befinde, erbracht werden konnte. Die Frage, ob der Beklagte aus diesem Hinweis schliessen musste, dass es sich da-

bei um das streitgegenständliche Bild handelte, kann nur schwer bewiesen werden. Zu beachten ist, dass die Zeugin B hierzu zwar einerseits (sinngemäss) erklärte, dass der Beklagte diesen Schluss hätte ziehen sollen, andererseits aber angab, auch selbst nicht sicher gewesen zu sein und den Beklagten nicht explizit darauf hingewiesen zu haben. Wenn aber selbst die Zeugin B, welche den Beklagten auf das Gerücht aufmerksam machte, nicht sicher war, dass es sich beim angeblich gestohlenen Gemälde um das dem Beklagten angebotene handelte, kann auch vom Beklagten kaum erwartet werden, dass er diesen Schluss zwingend zog. Der diesbezügliche Beweis konnte damit nicht erbracht werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es denn auch nicht als notwendig, auf die vom Beklagten behaupteten Widersprüche zwischen den Aussagen der Zeugin B anlässlich der vorprozessualen Einvernahme und der offiziellen Zeugeneinvernahme einzugehen (act. 641 Ziff. 67 ff.).

2.2.7. Weitere Umstände

Neben den bereits dargelegten Anhaltspunkten, führt der Kläger diverse weitere Anlässe für eine allfällige Bösgläubigkeit des Beklagten an, welche in der Folge zu diskutieren sind. Ebenfalls zu betrachten sind vom Beklagten angeführte entlastende Sachverhaltselemente.

a) Der Kläger gibt an, das streitgegenständliche Bild sei auch Zz zum Kauf angeboten worden. Dieser habe aber sofort erkannt, dass es sich um das gestohlene Bild von Malewitsch handle und habe folglich empfohlen, dieses dem rechtmässigen Eigentümer zurückzugeben. Beim Beklagten als enger Bekannter von B sei davon auszugehen, dass er Zz ebenfalls gekannt habe oder mindestens von ihm gewusst habe. Auch habe der Beklagte selbst ein Bild aus der Sammlung von Zz erworben und ihn dabei getroffen. Der Beklagte habe damit in einem Umfeld verkehrt, das über den Diebstahl der Gemälde aus der Sammlung P informiert gewesen sei (act. 2 Ziff. 132 ff.). Der Beklagte führt diesbezüglich aus, er wisse zwar, wer Zz sei, kenne ihn aber nicht persönlich. Über das Angebot an Zz wisse er nichts, er habe aber keinesfalls durch ihn vom Überfall erfahren (act. 32 Ziff. 174 f.).

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern ein allfälliges früheres Angebot an Zz und dessen diesbezügliches Verhalten relevant sein sollte. Selbst wenn er vom Diebstahl gewusst hätte und der Beklagte in seinem Umfeld verkehrt hätte, würde dies noch in keiner Weise bedeuten, dass der Beklagte ebenfalls über diesen Diebstahl informiert war. Die – in diesem Zusammenhang einzige massgebende – Frage, ob der Beklagte über Zz wichtige Informationen hätte erlangen können, ist sodann nachfolgend unter Ziff. 4.3.2.3. zu klären.

b) Der Kläger bringt weiter vor, auch dem Pariser Gallerist I sei das Gemälde angeboten worden, wobei die Umstände der Besichtigung derjenigen durch B geglichen hätten. I habe den Ankauf aber als verantwortungsbewusste und redlich handelnde Person zurückgewiesen, da er davon ausgegangen sei, dass der rechtmässige Eigentümer das Kunstwerk eines Tages zurückfordern würde (act. 2 Ziff. 150 f.). Da der Kläger aber nicht behauptet, dass der Beklagte in irgendeiner Weise im Kontakt mit I gestanden sei und hiervon gewusst habe, erscheint dieses Vorbringen vorliegend als nicht massgebend.

c) Der Kläger führt ausserdem aus, der Beklagte habe ein Gemälde direkt aus der Moskauer Sammlung von Zz erworben, später aber angegeben, er habe dieses über Rr ersteigert. Dies zeige, dass der Beklagte gegen aussen nicht offen legen wolle, dass er Kunstwerke illegal aus Russland importiere (act. 2 Ziff. 134). Es ist nicht klar, was diese – im Übrigen durch den Beklagten bestrittene (act. 32 Ziff. 176) – behauptete Tatsache zur Ermittlung der Gut- oder Bösgläubigkeit des Beklagten beitragen soll. Selbst wenn der Beklagte ein anderes Gemälde aus der UdSSR illegal importiert hätte, würde dies hinsichtlich des vorliegend zu beurteilenden Falls keine Schlüsse zulassen.

d) Als weiteren Hinweis erachtet der Kläger, dass anlässlich einer Ausstellung in London S der Mutter des Klägers am 2. August 1989 USD 250'000.– zur Abgeltung aller Eigentumsrechte an dem verschwundenen, streitgegenständlichen Bild "Footman with Samovar" angeboten habe. Es scheine, dass die Drahtzieher des Bilderdiebstahls versucht hätten, die Provenienz des Bildes weiss zu waschen (act. 2 Ziff. 135 ff.; act. 52 Ziff. 142). Ebenso auffällig sei, dass sich einer der Diebe fast zeitgleich – nämlich im Dezember 1989 und Januar 1990 – aus

dem Gefängnis mit schriftlichen Anfragen bezüglich des "Footman with Samovar" an den Direktor des Russischen Staatsmuseums gewendet habe. Auch dies deutet darauf hin, dass die Diebe und Verkäufer versucht hätten, eine offizielle Provenienzbescheinigung zu erhalten (act. 2 Ziff. 144 ff.). Der Kläger behauptet jedoch nicht, dass der Beklagte in diese angeblichen Vorgänge in irgendeiner Weise verstrickt gewesen wäre oder davon gewusst hätte, weshalb die Relevanz für die vorliegend zu behandelnde Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit des Beklagten nicht erkennbar ist.

Im Zusammenhang mit S führt der Kläger sodann weiter aus, dass dieser im Jahr 2003 auf eindringliches Nachfragen der Frau des Klägers angegeben habe, dass das Geld, welches der Mutter des Klägers im Jahr 1989 angeboten worden sei, möglicherweise von aa oder bb stamme. Ausserdem habe er erklärt, dass cc, B, dd, ee und ff viel besser Bescheid wüssten (act. 2 Ziff. 238). Der Kläger führt hierzu jedoch nichts weiter aus und lässt insbesondere den Bezug zum Beklagten unerwähnt. Auf die behaupteten und vom Beklagten bestrittenen (act. 32 Ziff. 254) Vorkommnisse ist damit nicht näher einzugehen.

e) Dem Kläger erscheint ebenfalls als verdächtig, dass das streitgegenständliche Gemälde nie Teil einer Ausstellung der Sammlung des Beklagten gewesen sei. Dies zeige, dass der Beklagte die dunkle Provenienz des Bildes zu vertuschen suchte und Angst vor einer Beschlagnahme desselben habe. Dies habe er denn gegenüber B auch bestätigt, in dem er ihr gesagt habe, dass er wegen des illegalen Imports aus Russland eine Beschlagnahme fürchte (act. 2 Ziff. 204 ff.; act. 52 Ziff. 80, Ziff. 140). Der Beklagte gibt hierzu an, dass er das Gemälde nie ausgestellt habe, weil Ausstellungen zu Fauvismus und zum deutschen Expressionismus veranstaltet worden seien und der "Footman with Samovar" nicht zu den genannten Stilrichtungen gehöre und zählt eine Reihe weiterer Gründe – unter anderem die Tatsache des inoffiziellen Exports aus der Sowjetunion – für die Nichtausstellung auf (act. 32 Ziff. 227; act. 60 Ziff. 272).

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Kläger aus einem Verhalten des Beklagten dessen innere Kenntnis abzuleiten versucht. Der Beklagte bestreitet denn auch nicht, dass er das Gemälde nie ausgestellt habe, wobei er seine persönli-

chen, als plausibel erscheinenden Gründe dazu ausführt. Aus der Tatsache der Nichtausstellung des Gemäldes kann denn vor diesem Hintergrund dem Beklagten auch nicht unterstellt werden, er hätte vom Diebstahl des Gemäldes im Zeitpunkt des Kaufes gewusst und dieses daher nicht ausgestellt. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass in rechtlicher Hinsicht ohnehin einzig relevant ist, was der Beklagte im Zeitpunkt des Kaufes wusste oder hätte wissen müssen. Eine allfällige spätere Bösgläubigkeit würde ihm für vorliegende Klage nicht schaden (BaK ZGB II-Stark/Ernst, Art. 933 N 40; BGE 5C.60/2004 Erw. 2.1.8. [nicht abgedruckt in BGE 131 III 418]).

f) Aus dem soeben genannten Grund ist denn auch nicht relevant, was der Beklagte dazu ausführt, wie er B über D im Jahr 1992 kennengelernt habe (act. 2 Ziff. 212 ff.). Diese Ereignisse fanden mehrere Jahre nach dem Kauf des streitgegenständlichen Gemäldes durch den Beklagten statt und geben keinen Aufschluss über den Kenntnisstand des Beklagten im Erwerbszeitpunkt. Zwar könnten sich Indizien gegen seinen guten Glauben auch aus seinem Verhalten nach dem Erwerb ergeben (BK-Stark, Art. 933 N 52), jedoch behauptet der Kläger vorliegend in keiner Weise ein Verhalten des Beklagten, sondern lediglich Verhältnisse zwischen Dritten, aus welchen keine für den Beklagten gültigen Schlüsse gezogen werden können. Ebenso unwichtig sind sodann im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung der vorliegenden Klage die vom Kläger geschilderten Umstände des ersten direkten Kontakts zwischen den Parteien im Jahr 2000 sowie der weitere Ablauf ihrer Gespräche (act. 2 Ziff. 224 ff.). Dies gilt umso mehr, als dass der Kläger nicht behauptet, der Beklagte habe in irgendeinem Moment angegeben, über den Diebstahl des "Footman with Samovar" informiert gewesen zu sein. Ebendies gilt selbstverständlich bezüglich der vom Beklagten dargestellten Umstände der Kontaktaufnahme durch den Kläger über gg im Jahr 2000 (act. 32 Ziff. 42). Der Beklagte kann denn auch nichts für sich daraus ableiten, dass gg angeblich geschrieben habe, dass er ihm keinen bösen Glauben unterstellen wolle.

g) Der Kläger stellt sich sodann auf den Standpunkt, einen weiteren Hinweis auf die Bösgläubigkeit des Beklagten stelle die Geschwindigkeit dar, mit wel-

cher der Beklagte das Gemälde erworben habe. Nachdem ihm das streitgegenständliche Bild im Frühjahr 1989 zum ersten Mal angedient worden sei, sei der Kauf am 12. Juli 1989 bereits perfekt gewesen. Der Beklagte habe sich damit nicht die notwendige Zeit für sorgfältige Recherchen genommen (act. 52 Ziff. 129). Der Beklagte bestreitet dies und erklärt, dass zwei Monate eine lange Zeit für einen Bilderkauf seien, da man sich oftmals innert Tagen oder Stunden für oder gegen einen Kauf entscheiden müsse (act. 60 Ziff. 196, Ziff. 260).

Er ist nicht einsichtig, inwiefern die Dauer zwischen dem Angebot und dem Kauf ein Indiz für die Bösgläubigkeit des Beklagten darstellen soll. Die Zeitspanne hat höchstens auf die Menge an Informationen, welche gesammelt werden können einen Einfluss, stellt aber keinen Hinweis darauf dar, dass der Käufer beim Kauf Hintergedanken irgendwelcher Art hatte. Es könnte genauso gut argumentiert werden, ein Käufer, der sich der heiklen Herkunft bewusst war, würde eher längere Zeit mit einem Kauf zuwarten, um das Risiko einer Rückforderung durch den längeren Zeitablauf seit einem Diebstahl zu minimieren. Das klägerische Argument überzeugt damit in dieser Hinsicht nicht und ist entsprechend nicht weiter zu prüfen.

h) Als letztes Indiz zu behandeln ist das Vorbringen des Beklagten, dass er den "Footman with Samovar" nie dem Restaurator Tt überlassen hätte, wenn er vom Rechtsmangel gewusst hätte. Tt sei ein hochangesehener Kunstrestaurator von untadeligem Ruf und überdies stark vernetzt gewesen. Das Risiko, dass Tt das Gemälde als solches zweifelhafter Herkunft erkannt hätte, wäre viel zu gross gewesen (act. 32 Ziff. 136). Zu beachten ist, dass dieses Vorbringen lediglich im Hinblick auf den direkten bösen Glauben des Beklagten, nicht aber für eine allfällige Sorgfaltspflichtwidrigkeit relevant ist. Da dem Kläger aber der Nachweis des direkten bösen Glaubens ohnehin nicht gelingt (siehe nachfolgend Ziff. 3.), kann von der weiteren Behandlung dieses entlastenden Moments abgesehen werden.

3. Unmittelbarer böser Glaube des Beklagten

3.1. Wie bereits eingangs (vgl. Ziff. 2.4.) dargelegt, ist von bösem Glauben einerseits dann auszugehen, wenn dieser direkt nachgewiesen werden kann, wenn also feststeht, dass eine Person tatsächlich Kenntnis vom fraglichen Rechtsmangel hatte (Hausheer/Jaun, a.a.O., Art. 3 N 38).

3.2. Zur Begründung, dass der Kläger vom Rechtsmangel tatsächlich gewusst habe, führt der Kläger explizit folgende Behauptungen und Umstände an: Einerseits geht er davon aus, dass der Kläger anlässlich seines Besuchs in der Wohnung der Familie des Klägers im Jahr 1988 durch die Mutter des Klägers über den Diebstahl des Gemäldes informiert gewesen sei (act. 2 Ziff. 126; act. 52 Ziff. 47). Diese Behauptung konnte jedoch im Beweisverfahren nicht erstellt werden (vgl. Ziff. 2.1.). Weiter macht der Kläger geltend, dass der Beklagte durch B darauf hingewiesen worden sei, dass das streitgegenständliche Gemälde in Russland gestohlen worden sei (act. 52 Ziff. 93). Auch diese Behauptung konnte im Beweisverfahren nicht erhärtet werden (vgl. Ziff. 2.2.6.).

3.3. Aus den weiteren Ergebnissen des Beweisverfahrens ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der Beklagte tatsächlich über den Diebstahl des Gemäldes informiert gewesen wäre, so dass nicht von einer direkten Kenntnis des Rechtsmangels und damit von bösem Glauben ausgegangen werden kann.

4. Sorgfaltspflichtwidrigkeit des Beklagten

4.1. Rechtliche Grundlage

Kann die tatsächliche Kenntnis des Rechtsmangels nicht erstellt werden und steht damit der direkte böse Glaube nicht fest, ist zu prüfen, ob ein Fall des Kennensollens gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB vorliegt. Nicht in den Schutzbereich des guten Glaubens fällt derjenige, der nur wegen mangelnder Aufmerksamkeit bzw. Sorgfalt nicht von dem Rechtsmangel erfahren hat. Das nach den Umständen gebotene Mass an Aufmerksamkeit, welches Art. 3 Abs. 2 ZGB verlangt, hat das Gericht nach seinem Ermessen festzulegen (Hausheer/Jaun, a.a.O., Art. 3 N 40; BaK ZGB I-Honsell, Art. 3 N 38). Heranzuziehen ist dabei als Massstab das

Durchschnittsmass an Aufmerksamkeit, welches der Redliche unter den gegebenen Umständen anzuwenden pflegt (BGE 113 II 397 Erw. 2 b)). Eine generelle Erkundigungspflicht des Erwerbers besteht grundsätzlich nicht. Massgebend ist vielmehr, ob sich auf Grund der Umstände, welche ihm im Erwerbszeitpunkt bekannt sind, eine Erkundigung aufdrängen würde (BaK ZGB II-Stark/Ernst, Art. 933 N 36; BGE 38 II 465 Erw. 2; BGE 43 II 613 Erw. 3; BGE 47 II 263 Erw. 2; BGE 79 II 59 Erw. 2 c); BGE 131 III 418 Erw. 2.3.2.). Nach der Rechtsprechung notwendig ist aber eine erhöhte Aufmerksamkeit bzw. eine erhöhte Sorgfaltspflicht für Branchen, in welchen ein erhöhtes Risiko besteht, dass Waren mit Rechtsmängeln (wegen Diebstahls usw.) behaftet sind (BGE 122 III 1 Erw. 2 a)bb)). Vorliegend ist damit zunächst der anzuwendende Sorgfaltsmassstab für den zu beurteilenden Fall zu definieren (Ziff. 4.2.). Danach ist zu prüfen, ob der Beklagte diesen Sorgfaltsmassstab beachtet hat (Ziff. 4.3.).

4.2. Sorgfaltsmassstab

Der Inhalt des anzuwendenden Sorgfaltsmassstabes unterliegt dem freien Ermessen des Gerichts. Dieses richtet sich dabei nach Art. 4 ZGB, der vorschreibt, dass die Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen sei. Dies bedeutet nicht, dass das Gericht nach freiem Belieben entscheiden kann, sondern vielmehr, dass es die rechtlich erheblichen Umstände des Einzelfalls herauszuarbeiten hat, diese einer Gesamtwürdigung unterzieht und gestützt darauf eine Lösung trifft, welche der Interessenlage objektiv am besten entspricht (Hausheer/Jaun, a.a.O., Art. 4 N 2). Entsprechend ist der Sorgfaltsmassstab vorliegend gemäss des in der Lehre vorgeschlagenen Vorgehens unter Berücksichtigung der sachlichen, persönlichen und zeitlichen Umstände festzulegen: (1) In sachlicher Hinsicht massgebend sind die Umstände des konkreten Geschäfts, wie die Art des in Frage stehenden Rechtsobjekts, die Geschäftsbedingungen etc.; (2) in persönlicher Hinsicht zu beachten sind sodann insbesondere die Bildung, Lebenserfahrung sowie das Berufsumfeld; während in (3) zeitlicher Hinsicht insbesondere die Dauer des Geschäfts bzw. allfällige Wiederholungen zu berücksichtigen sind (vgl. Max Baumann, Art. 3 N 50 in: Peter Gauch / Jörg Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Einleitung Art. 1-7 ZGB, 3. Auflage, Zü-

rich 1998 [zit. ZK-Baumann]; Hausheer/Jaun, a.a.O., Art. 3 N 42; BaK ZGB I-Honsell, Art. 3 N 38).

4.2.1. Sachliche Umstände

Zur Beurteilung des Sorgfaltsmassstabes in sachlicher Hinsicht ist zu beachten, dass der Kauf des Gemäldes "Footman with Samovar" durch den Beklagten im Jahr 1989 für USD 1'000'0050.– von der Galerie X zur Beurteilung steht.

a) Das Bundesgericht hatte bislang nicht die Gelegenheit, sich konkret zum notwendigen Sorgfaltsmassstab im Kunsthandel zu äussern. In der Literatur wird jedoch vertreten, dass der Kunsthandel zu den Bereichen gehören müsse, in welchen besondere Aufmerksamkeit an den Tag zu legen sei (Martin Skripsky, Die Online-Kunstauktion, Diss. Zürich 2006, S. 292; Berger-Röthlisberger, a.a.O., S. 207; darüber hinaus diverse Publikationen der Rechtvertreter des Klägers bzw. aus der selben Kanzlei: Markus Müller-Chen, Die Crux mit dem Eigentum an Kunst, AJP 2003 S. 1272 [zit. Müller-Chen, AJP]; derselbe, Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts, ZSR 129 [2010] II Heft 1, S. 95 [zit. Müller-Chen, ZSR] mit weiteren Hinweisen). Auch in der älteren Rechtsprechung wurde es scheinbar als selbstverständlich erachtet, dass der "Bilderhandel" zu den heiklen Geschäftszweigen gehöre (Obergericht des Kantons Schaffhausen in: SJZ 1961, Heft 19, Nr. 114, S. 304). Festzuhalten ist denn auch, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon ausgeht, dass bei "Gebrauchtwaren aller Art" besondere Aufmerksamkeit erforderlich sei (BGE 113 II 397 Erw. 2 b)). Dies zielt wohl insbesondere darauf ab, dass beim Wiederverkauf von Waren aller Art das Risiko einer unlauteren Herkunft höher ist, als wenn eine Sache unmittelbar vom Hersteller erworben wird. Dies ist klarerweise auch im Kunsthandel der Fall. Entsprechend hat auch im Kunsthandel grundsätzlich ein erhöhter Sorgfaltsmassstab zu gelten. Festzuhalten ist, dass die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung bereits vor dem Jahr 1989 begründet wurde. Entsprechend galt auch im Zeitpunkt des Erwerbs des Streitgegenstandes durch den Beklagten ein erhöhter Sorgfaltsmassstab.

b) Aus dem im vorliegenden Verfahren durchgeführten Beweisverfahren hat sich in sachlicher Hinsicht zudem ergeben, dass Originalwerke von Malewitsch im Jahr 1989 kaum legal erhältlich waren. Ebenso geht aus dem Beweisverfahren hervor, dass bei Angeboten von Werken von Malewitsch auf dem Markt besondere Sorgfalt und Vorsicht geboten waren (vgl. Ziff. 2.2.3.). Entsprechend hatte nicht nur die Tatsache des Handels auf dem Kunstmarkt an sich, sondern insbesondere das Angebot des streitgegenständlichen Gemäldes zur Folge, dass ein vernünftiger und redlicher Käufer besondere Aufmerksamkeit hätte walten lassen müssen.

c) Bezüglich der Geschäftsbedingungen ist festzuhalten, dass der Beklagte gemäss Ergebnis des Beweisverfahrens einen angemessenen Preis für das Kunstwerk bezahlte (vgl. Ziff. 2.2.4.). Hieraus ist damit kein Anlass für besondere Vorsicht abzuleiten.

d) In sachlicher Hinsicht ist weiter zu berücksichtigen, dass der Beklagte das streitgegenständliche Gemälde von der Galerie X als Kommissionärin kaufte, die Galerie U in der Anfangsphase als Vermittlerin tätig war und die Identität des Verkäufers nicht bekannt war.

da) Der Galerie X haftet nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens kein schlechter bzw. unseriöser Ruf an. Bezüglich der Galerie X steht lediglich fest, dass gewisse finanzielle Schwierigkeiten bestanden. Dies ist für sich allein jedoch kein Grund, an der Seriosität der Galerie im Hinblick auf die von ihr vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte zu zweifeln. Auch der in der Anfangsphase gewissermassen als Vermittlerin des Geschäfts agierenden Galerie U ist kein schlechter oder unseriöser Ruf nachgewiesen worden (vgl. Ziff. 2.2.1.). Aus der Tatsache, dass die Galerie U lediglich während kurzer Zeit existierte, kann nichts Negatives abgeleitet werden. Auch die Frage der Dauer des Handelsregistereintrages der Galerie X ist in diesem Zusammenhang nicht relevant. Der Beklagte durfte daher von der Seriosität seiner Geschäftspartner ausgehen und hatte hieraus keine Notwendigkeit besonderer Vorsichtsmassnahmen zu ersehen. Aus dem Beweisverfahren hat sich sodann ergeben, dass die Galerie X einen Bezug zu russischen Künstlern hatte, wobei unklar ist, inwiefern sich dieser auf die russi-

sche Avantgarde bezog. Gemäss dem von beiden Parteien beantragten Gutachten vom 6. November 2008 ist es aber nicht als ungewöhnlich zu erachten, wenn eine Galerie ein Bild aus einer Stilrichtung oder Kunstepoche anbietet, auf die sie nicht spezialisiert ist. Nach den Ausführungen des Gutachters gibt es diverse Umstände, unter welchen ein Galerist zu einem Bild kommen kann, welches nicht zu seinem Spezialisierungsbereich gehört (act. 245 S. 11). Auch erscheint es – gerade vor dem Hintergrund, dass die Galerie X hin und wieder auch teurere Werke verkaufte – als einleuchtend, dass ein Galerist sich auch Geschäfte, welche nicht zu seinem Kernbereich gehören, die ihm aber beispielsweise persönlich gefallen, nicht entgehen lässt. Entsprechend kann hieraus keine besondere Notwendigkeit der Vorsicht abgeleitet werden.

db) Nach den Vorbringen des Beklagten hatte er gerade keine Zweifel an der Rechtmässigkeit der Transaktion zu haben, weil das Kunstwerk über eine Galerie angeboten wurde und jemand, der etwas zu verbergen hätte, den professionellen Kunsthandel meiden würde (act. 32 Ziff. 104). Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass allein die grundsätzliche Seriosität des Verkäufers eine allfällige Nachlässigkeit gegenüber anderen Hinweisen nicht zu rechtfertigen vermag. Dies widerspricht auch nicht der vom Beklagten zitierten Literaturstelle sowie dem darin wiederum zitierten Entscheid, halten diese doch lediglich fest, dass sich beim Erwerb von einem hoch angesehenen, ehrlichen und zuverlässigen Händler dem Veräusserer kein Anlass zu weiteren Erkundigungen bieten würde. Keinesfalls aber wird davon ausgegangen, dass die Integrität des Veräusserers von jeder weiteren Erkundigung entbinde (BK-Stark, Art. 933 N 51; SJZ 51 (1955) Nr. 38 S. 56). Der Beklagte kann daher aus diesem Argument nichts für sich ableiten.

dc) Erstellt ist ausserdem, dass der Beklagte die Identität des Veräusserers des "Footman with Samovar" nicht kannte. Ebenfalls erstellt ist aber, dass dies durchaus dem normalen Lauf der Dinge im Kunsthandel des Jahres 1989 entspricht (vgl. Ziff. 2.2.2.). Der Beklagte hatte damit – über den im Kunsthandel ohnehin bereits erhöhten Sorgfaltsmassstab hinaus – keinen Anlass für weitere Vorsichtsmassnahmen. Auch bezüglich der Bestätigung der Verfügungsberechtigung des Veräusserers, in welcher dessen Namen nicht genannt wurde, konnte

nicht erstellt werden, dass dies den Beklagten besonders misstrauisch hätte machen müssen (vgl. Ziff. 2.2.2. e)). In diesem Zusammenhang ist sodann darauf hinzuweisen, dass auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Aufnahme einer Klausel über die Verfügungsberechtigung in den Kaufvertrag nicht davon auszugehen ist, dass dies einen Hinweis auf Zweifel an der Verfügungsberechtigung darstellen könnte (BGE 5C.60/2004 Erw. 2.1.6 und Erw. 2.4.1. [nicht abgedruckt in BGE 131 III 418]). Dies hat auch für die Ausstellung einer separaten Bestätigung zu gelten. Der Beklagte bringt ausserdem vor, dass er als Indiz für die Unbedenklichkeit des Geschäfts habe werten dürfen, dass C die Bezahlung des Kaufpreises per Check akzeptiert habe und ihm überdies eine Quittung ausgestellt habe (act. 32 Ziff. 100 ff.; act. 34/8; act. 34/9). Er stützt sich dabei auf einen unveröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts vom 28. Mai 1998, der in Erw. 4a das nämliche sage (BGE 5C.16/1998 vom 28. Mai 1998, eingereicht als act. 4/61). Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht an dieser Stelle lediglich die Argumente der Vorinstanz zusammenfasst, sich aber selbst im Entscheid nicht zu diesem Thema äussert. Im vorliegenden Fall einer Transaktion über mehr als USD 1 Mio. erscheint aber weder eine Bezahlung als Check noch eine Quittung als besonders geeignet, allfällige Verdachtsmomente zu neutralisieren. Selbstverständlich wäre eine verlangte Barzahlung bei einem solchen Betrag als sehr verdächtig anzusehen gewesen. Das Akzeptieren einer üblichen Zahlungsart dagegen erscheint nicht als Hinweis darauf, dass keine Probleme bestehen könnten. Dieses Vorgehen hat entsprechend keinen Einfluss auf den anzuwendenden Sorgfaltsmassstab.

e) In sachlicher Hinsicht relevant wäre weiter, wenn erstellt wäre, dass aus der Sowjetunion geschmuggelte Kunstwerke in der Regel gestohlen waren und dies dem Beklagten bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Jedoch konnte diese Behauptung nicht bewiesen werden, weshalb sie keinen Hinweis auf einen notwendigen erhöhten Sorgfaltsmassstab darstellt (vgl. Ziff. 2.2.3. f)). Zu beachten ist dabei, dass das unbestrittene Wissen des Beklagten um die illegale Ausfuhr aus der Sowjetunion allein nicht ausreicht, um einen bösen Glauben oder eine erhöhte Sorgfaltspflicht des Beklagten zu begründen, wie dies der Kläger dar- tut (act. 52 Ziff. 75 ff.) Die (privatrechtliche) Frage der Verfügungsberechtigung

des Verkäufers ist klar von der (öffentlichrechtlichen) Frage der Legalität bzw. Illegalität von Export und Import einer Sache zu trennen. Ein illegales Exportgeschäft lässt nicht unmittelbar auf fehlende Verfügungsberechtigung schliessen, zumal viele weitere Motive zur Umgehung der Import und Exportvorschriften führen können (vgl. auch BGE 5C.16/1998 vom 28. Mai 1998 Erw. 4 c) cc), eingereicht als act. 4/61; BGE 131 III 418 Erw. 2.4.4.2.; a.M. Müller-Chen, ZSR, S. 95).

f) Bezüglich des Zustandes des Gemäldes, welcher ebenfalls Anlass für besondere Nachforschungen bieten kann, konnte nachgewiesen werden, dass das Gemälde beim Kauf nicht gerahmt war (vgl. Ziff. 2.2.5.). Die klägerische Behauptung, dass auf der Rückseite des Gemäldes ein Schriftzug angebracht war, welcher entfernt wurde, konnte dagegen nicht erstellt werden. Unbestritten ist, dass sich das Gemälde im Zeitpunkt des Kaufs in einem schlechten Zustand befand. Es stellt sich damit die Frage, ob die Tatsache, dass das Gemälde nicht gerahmt war und sich in einem schlechten Zustand befand, den Beklagten zu besonderer Vorsicht hätte anhalten sollen. Dies ist jedoch zu verneinen, da zu berücksichtigen ist, dass gerade mit dem Hintergrund einer illegalen Ausfuhr sowohl das Fehlen eines Rahmens zu Transportzwecken als auch der schlechte Zustand des Gemäldes wohl als plausibel erscheinen dürfte und entsprechend auch keine besondere Aufmerksamkeit erregen wird.

4.2.2. Persönliche Umstände

In persönlicher Hinsicht ist bezüglich des Sorgfaltsmassstabes des Beklagten zu beachten was folgt:

a) Der Kläger führte aus, dass der Beklagte sich bereits seit langer Zeit aktiv und intensiv mit dem Kunstgeschehen beschäftige. Er gelte als ausgewiesener Spezialist und profunder Kenner der russischen Avantgarde und des entsprechenden Kunstmarktes. Er sei damit kein unbedarfter Amateur, sondern ein versierter, erfahrener und gut ausgebildeter Sammler mit breitem Wissen um die russische Avantgarde, der sehr genau wusste, auf was er zu achten hatte (act. 2 Ziff. 298 ff.). Massgebend sei dabei nicht, ob er als Kunsthändler zu gelten habe,

da es nur auf die Branchenvertrautheit ankomme, welche unzweifelhaft gegeben sei (act. 52 Ziff. 56).

Der Beklagte erklärt seinerseits, dass er ein unbescholtener und hochangesehener Kunstsammler – vor allem für Fauve und deutschen Expressionismus – sei und dass er eine der bedeutendsten Privatsammlungen moderner Kunst besitze. Dagegen sei er nicht Kunsthändler (act. 32 Ziff. 2, Ziff. 123, Ziff. 164 f.; act. 60 Ziff. 107, Ziff. 178).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für die Festlegung des Sorgfaltsmassstabes nicht die Kaufmannseigenschaft – und damit die Tätigkeit als Händler –, sondern die Branchenvertrautheit der erwerbenden Person massgebend (BGE 122 III 1 Erw. 2 a)bb); BGE 131 III 418 Erw. 2.3.2.). Die Parteien stimmen darin überein, dass der Beklagte kein Laie im Kunsthandel ist. Selbst wenn er nicht – wie vom Kläger behauptet – als Kunsthändler zu qualifizieren sein sollte, steht fest, dass der Beklagte im Kunstbereich als branchenvertraut zu gelten hat. Dabei ist nicht massgebend, welche Kunstrichtungen der Beklagte vornehmlich sammelt, zumal er auch nicht vorbringt, dass er lediglich mit Bereichen, in welchen der Handel immer unproblematisch sei, vertraut sei.

b) Der Kläger macht sodann ausführliche Angaben zur Person des Beklagten und zu dessen Hintergrund als Kunstsammler, wobei er einerseits auf den Werdegang des Beklagten und andererseits auf die Einflüsse auf dessen Sammlertätigkeit eingeht (act. 2 Ziff. 101 ff.). Es ist nicht ersichtlich, wozu der Kläger diese Ausführungen macht, jedoch sei an dieser Stelle festgehalten, dass weder aus der persönlichen Lebensgeschichte des Beklagten noch aus den Hintergründen seiner Sammlung etwas abgeleitet werden kann, das zu einer erhöhten Sorgfalt bzw. Aufmerksamkeit seinerseits hätte führen müssen.

c) Der Kläger führte weiter aus, der Beklagte habe auf Grund seiner geschäftlichen Tätigkeit erstklassige Beziehungen zu einflussreichen geschäftlichen und politischen Kreisen Russlands (act. 2 Ziff. 105, Ziff. 301). Der Beklagte bestreitet das Bestehen solcher besonderer Beziehungen zu Russland und erklärt, dass er erstmals 1988 in die ehemalige Sowjetunion gereist sei (act. 32 Ziff. 279).

Zu klären ist damit die Relevanz der behaupteten Kenntnis des Beklagten vom Herkunftsland des streitgegenständlichen Gemäldes. Der Sorgfaltsmassstab beim Erwerb eines Gegenstandes hat dann als erhöht zu gelten, wenn ein bestimmter Umstand im konkreten Fall bei einem redlichen Durchschnittsbürger dazu geführt hätte, dass er besondere Aufmerksamkeit an den Tag gelegt hätte (Hausheer/Jaun, a.a.O., Art. 3 N 42; Hans Michael Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2003, S. 137). Massgebend ist also, ob Beziehungen zu einflussreichen geschäftlichen und politischen Kreisen Russlands bei einem solchen Musterbürger dazu geführt hätten, beim vorliegend zu beurteilenden Rechtsgeschäft mehr Erkundigungen einzuholen. Dies ist wohl zu verneinen, behauptet der Kläger doch in keiner Weise, inwiefern der Beklagte auf Grund dieser angeblichen Verbindungen hätte aufmerksamer sein müssen. Er macht weder geltend, dass der Beklagte wegen dieser – nicht bewiesenen – Bekanntschaften bessere Kenntnisse hätte haben müssen, noch dass eine ihm bekannte Person tatsächlich über den Diebstahl informiert gewesen wäre. Derlei Behauptungen wären denn auch bereits im Zusammenhang mit dem tatsächlichen bösen Glauben oder den darauf hinweisenden Indizien zu prüfen gewesen. Allein aus der behaupteten Kenntnis der Verhältnisse im Herkunftsland des Streitgegenstandes lässt sich dagegen nichts ableiten, weshalb diese umstrittenen Frage auch nicht zum Beweis zu verstellen und weiter abzuklären war.

d) In persönlicher Hinsicht gibt der Kläger sodann weiter an, dass der Beklagte eine der bedeutendsten Kunstsammlungen der Welt betreibe, die er der Öffentlichkeit durch Ausstellungen zugänglich mache, weshalb seiner Sammlung, ähnlich der Beyeler-Stiftung, musealer Charakter zukomme. Für Museen aber würden die "Ethischen Richtlinien für Museen" gelten, welche vorschrieben: "*Bevor ein Erwerb in Erwägung gezogen wird, sollte alles daran gesetzt werden, die vollständige Provenienz des betreffenden Objekts zu ermitteln von seiner Entdeckung oder Entstehung an.*" Diese Richtlinien seien auf den Beklagten mindestens analog anzuwenden und entsprechend würde daraus hervorgehen, dass er verpflichtet gewesen wäre, die Provenienz des streitgegenständlichen Bildes abzuklären (act. 52 Ziff. 135).

Der Beklagte hält diesen Ausführungen entgegen, dass es sich bei seiner Sammlung um eine reine Privatsammlung handle, die sich ausschliesslich in seinem Privathaus befinde. Er habe seine Sammlung lediglich 1998 und danach im Verlauf von acht Jahren drei Mal öffentlich gezeigt, wogegen die Beyeler-Sammlung im eigens dafür gebauten Museum jährlich ca. 300'000 Besuchern gezeigt werde. Es sei entsprechend anmassend, davon auszugehen, dass der angeführte "ethische Kodex deutscher Museen" auch vom Beklagten eingehalten werde sollte (act. 60 Ziff. 267).

Massgebend ist, ob die vom Kläger angerufenen "Ethischen Richtlinien für Museen" einschlägig sind oder nicht. Diese selbst erklären in der Präambel, dass sie "*die Berufsethik für Museen, auf die in den ICOM-Statuten Bezug genommen wird*" beinhalten würden (<http://www.icom-deutschland.de/kodex.htm>, abgerufen am 27. Oktober 2010). Die Statuten des ICOM definieren dabei den Begriff "Museum" wie folgt: "*A museum is a non-profit, permanent institution in the service of society and its development, open to the public, which acquires, conserves, researches, communicates and exhibits the tangible and intangible heritage of humanity and its environment for the purposes of education, study and enjoyment.*" (<http://www.icom-deutschland.de/ueber-uns-statuten.php>, abgerufen am 27. Oktober 2010). Der Duden bezeichnet ein Museum als "*der Öffentlichkeit zugängliche Sammlung von Altertümern, Kunstwerken o.Ä.*". Beiden Definitionen entsprechend hat ein Museum damit der Öffentlichkeit zugänglich zu sein, was von der Sammlung des Beklagten nicht gesagt werden kann. Die ICOM-Richtlinien sind daher für den Beklagten nicht unmittelbar anwendbar. Auch eine analoge Anwendbarkeit erscheint vor folgendem, von den ICOM-Richtlinien definiertem, Hintergrund nicht als einsichtig: "*Museumssammlungen sind ein bedeutendes Erbe der Gemeinschaft, haben in der Rechtsordnung einen besonderen Stellenwert und sind durch die internationale Gesetzgebung geschützt. Diese Verpflichtung der Öffentlichkeit gegenüber macht Museen zu Verwaltern, die für den rechtmässigen Besitz der in ihrer Obhut befindlichen Objekte, für den dauerhaften Charakter ihrer Sammlungen, für deren Dokumentation und Zugänglichkeit sowie für eine verantwortungsvolle Aussonderungspolitik verantwortlich sind.*". Hieraus geht klar hervor, dass für Museen gerade deshalb ein besonders strenger

Massstab anwendbar sein soll, weil sie Kunst der Öffentlichkeit (als eine ihrer Hauptaufgaben) zugänglich machen, was – wie bereits gesagt – für den Beklagten so nicht gelten kann.

Aus den vom Kläger angeführten Richtlinien kann daher nichts bezüglich des Sorgfaltsmassstabes des Beklagten abgeleitet werden.

4.2.3. Zeitliche Umstände

Bezüglich des Sorgfaltsmassstabes in zeitlicher Hinsicht sind weder besondere Umstände vorgebracht worden, noch sind solche ersichtlich.

4.2.4. Mitverschulden des Klägers

Zu beachten ist sodann bezüglich des anzuwendenden Sorgfaltsmassstabes, dass der Beklagte verschiedentlich vorbringt, dass auch der Kläger bzw. dessen Familie mindestens einen Teil der Verantwortung dafür trage, dass der Beklagte über den Diebstahl des Kunstwerkes nicht informiert gewesen sei. In rechtlicher Hinsicht ist hierzu festzuhalten, dass das Verhalten der Gegenpartei bei der Beurteilung des guten Glaubens nur dann relevant ist, wenn sie durch ihr Verhalten zur Bewusstseinslage der zu beurteilenden Partei beigetragen hat (Hausheer/Jaun, a.a.O., Art. 3 N 41; ZK-Baumann, Art. 3 N 49).

a) Diesbezüglich ist zunächst das Vorbringen des Beklagten zu behandeln, dass es der Kläger bzw. dessen Familie unterlassen habe, den Diebstahl des Gemäldes publik zu machen. So seien sowohl Interpol als auch Rr erst im Jahr 1991 verständigt worden und dem Art Loss Register sei der Diebstahl gar erst im August 2000 angemeldet worden (act. 32 Ziff. 129 ff.). Der Kläger erklärt zu diesem Vorwurf, dass der Diebstahl an die russischen Strafverfolgungsbehörden gemeldet worden sei. Da es aber weder Internet noch das Art Loss Register gegeben habe, seien ihm darüber hinaus die Hände gebunden gewesen, insbesondere sei auch eine direkte Meldung an Interpol als unrealistisch zu betrachten, zumal die Sowjetunion hinter dem Eisernen Vorhang gelegen habe (act. 52 Ziff. 131).

Zu bemerken ist, dass das vorgebrachte Verhalten der klägerischen Familie bezüglich der Veröffentlichung des Diebstahls lediglich (aber doch immerhin) insofern relevant ist, als dass dadurch auch die Quellen, aus welchen der Beklagte vom Diebstahl erfahren konnte, limitiert wurden. Hingegen ist auch aus den Behauptungen des Beklagten nichts ersichtlich, was dazu geführt hätte, dass sich der Beklagte auf Grund des Vorgehens der klägerischen Familie in besonderer Sicherheit hätte wiegen dürfen und daher von Sorgfaltsmassnahmen hätte absehen können. Die beklagischen Vorbringen haben daher auf die Bestimmung des Sorgfaltsmassstabes keinen Einfluss.

b) Ebenso sind unter diesem Aspekt wohl die Vorbringen des Beklagten, dass hinter der Klage eigentlich Dritte (namentlich F und Qq) stecken würden (act. 32 Ziff. 29 ff.) und dass der Kläger diverse Vergleichsvorschläge und Entgegenkommen des Beklagten abgelehnt habe (act. 32 Ziff. 47, Ziff. 109, Ziff. 241; act. 60 Ziff. 54), zu betrachten. Der Beklagte scheint daraus abzuleiten, dass in erster Linie den Kläger die Schuld am vorliegenden Prozess treffe. Diesbezüglich ist jedoch klar festzuhalten, dass im vorliegenden Verfahren einzig die Verhältnisse im Jahr 1989 bei und vor dem Kauf des streitgegenständlichen Gemäldes durch den Beklagten interessieren, während alle späteren Entwicklungen nicht massgebend sind. Auf die genannten Ausführungen ist entsprechend nicht einzugehen.

4.2.5. Fazit

Nach den vorstehenden Ausführungen steht fest, dass folgende Elemente den Sorgfaltsmassstab eines redlichen Durchschnittsbürgers unter den selben Umständen wie der Beklagte hätte beeinflussen müssen: Einerseits ist der Kunsthandel an sich bereits ein Markt, welcher ein sorgfältiges und umsichtiges Vorgehen erfordert. Andererseits ist im Speziellen beim Handel mit Werken des Künstlers Malewitsch besondere Vorsicht angebracht. Der Beklagte hat sodann im Bereich des Kunsthandels als branchenvertraut zu gelten.

Der Kläger weist darauf hin, dass B unter diesen Umständen nicht einmal weitere Abklärungen vorgenommen, sondern sofort vom Geschäft Abstand genommen

hätte (act. 2 Ziff. 183), wobei er damit wohl impliziert, dass dies das einzige angemessene Verhalten gewesen wäre. Es ist dabei darauf hinzuweisen, dass weder der Kläger, noch die Zeugin B behaupten, dass dies dem Beklagten vor dem Kauf mitgeteilt worden sei. Diesbezüglich ist aber ausdrücklich festzuhalten, dass sich der Sorgfaltsmassstab nach objektiven Kriterien zu bemessen hat (BGE 131 III 418 Erw. 2.3.2.) und dabei das individuelle Verhalten von Drittpersonen nicht massgebend sein kann. Der Beklagte kann sich aber vor dem Hintergrund der obgenannten Umstände nicht darauf berufen, dass keine generelle Erkundigungspflicht des Erwerbers besteht. Es bestand für ihn die Pflicht, Erkundigungen einzuholen und eine – gegenüber einem Alltagsgeschäft – erhöhte Sorgfalt an den Tag zu legen.

4.3. Beachtung des Sorgfaltsmassstabes durch den Beklagten

4.3.1. Allgemein

Zu prüfen ist nun, ob der Beklagte die durch den im konkreten Fall anzuwendenden Sorgfaltsmassstab gebotenen Abklärungen und Sorgfaltsmassnahmen getroffen hat.

Diesbezüglich ist vorzuschicken, dass der Erwerber, welcher die gebotenen Erkundigungen durchgeführt, jedoch falsche Auskünfte erhalten hat, trotz der nicht zutreffenden Auskünfte in seinem guten Glauben zu schützen ist (BaK ZGB II-Stark/Ernst, Art. 933 N 35). Ebenfalls ist derjenige in seinem guten Glauben zu schützen, der die notwendigen Nachforschungen zwar nicht getroffen hat, in dessen Fall aber auch die Einholung der an sich gebotenen Erkundigungen nicht zur Aufklärung geführt hätte. Vorausgesetzt ist also für das Dahinfallen des guten Glaubens eine Kausalität zwischen der Unterlassung des Erwerbers und dem Fortbestehen der Unkenntnis des Rechtsmangels bzw. des guten Glaubens (BaK ZGB I-Honsell, Art. 3 N 34; BGE 100 II 8 E.4 b); BGE 131 III 418 Erw. 2.3.4.). Vor diesem Hintergrund erscheint es als sinnvoll, zunächst zu prüfen, mittels welcher Nachforschungen der Beklagte vom Diebstahl an "Footman with Samovar" grundsätzlich hätte erfahren können (Ziff. 4.3.2.). Danach ist zu prüfen, welche Nachforschungen der Beklagte konkret getätigt hat (Ziff. 4.3.3.). Ist beides bekannt, ist

zu prüfen ob der Beklagte mit seinen Massnahmen die erforderliche Sorgfalt walten liess, bzw. ob er bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt vom Diebstahl hätte erfahren können (Ziff. 4.3.4.).

4.3.2. Vom Kläger geforderte Nachforschungen des Beklagten

4.3.2.1. Allgemein

Wie in Ziff. 2.2.5.c) dargelegt, war die Durchführung einer Provenienznachforschung im Jahr 1989 im Zusammenhang mit dem Kauf eines Kunstgegenstandes üblich. Der Kläger behauptet denn auch, dass die Provenienzforschung zur Aufklärung des Beklagten über den Diebstahl an "Footman with Samovar" geführt hätte (act. 2 Ziff. 172; act. 52 Ziff. 127 f.). Die vom Kläger zum Beweis dieser Behauptung angerufene Zeugin C konnte hierzu keine Angaben machen (Prot. S. 253). Hinsichtlich der weiteren klägerischen Beweismittel teilten sowohl der Beklagte (act. 108 Ziff. 2) als auch die Hh (act. 183 f.) mit, dass sie über keine Unterlagen hinsichtlich der Provenienzabklärung verfügen würden, welche sich nicht bereits bei den Akten befänden. Auch C teilte mit, dass sie über keine Unterlagen verfüge, welche der von ihr ausgestellten Bestätigung über die Verfügungsbe-
rechtigung vom 28. Juni 1989 (act. 34/6) zugrunde lägen (act. 145). Da ausserdem die von der russischen Botschaft angeforderte Auskunft nicht beantwortet wurde und die Erteilung einer derartigen Auskunft freiwillig ist, das Gericht die russische Botschaft also über die Anfrage hinaus nicht dazu anhalten kann (ZPO-Komm., § 168 N 3), kann der Kläger den entsprechenden Beweis – mangels tauglicher Beweismittel – nicht erbringen.

4.3.2.2. Nachfrage bei Rr

a) Der Kläger weist im Zusammenhang damit, dass der Beklagte sich hätte über die Provenienz des streitgegenständlichen Gemäldes kundig machen müssen, weiter darauf hin, dass der Beklagte bei seinem Kauf gewusst habe, dass Rr sich kurz zuvor gegen eine Aufnahme des Bildes in eine Auktion entschieden habe, was ihn hätte misstrauisch machen und zu einer entsprechenden Abklärung veranlassen müssen (act. 2 Ziff. 156; act. 52 Ziff. 50).

Der Beklagte erklärt, dass sich auf Grund einer Nachfrage seinerseits bei Mm von Rr ergeben habe, dass das Auktionshaus den "Footman with Samovar" nicht in eine Auktion aufgenommen habe, weil das Gemälde nicht ordnungsgemäss aus der Sowjetunion exportiert worden sei und Rr die sowjetischen Behörden im Hinblick auf die erste Versteigerung in der Sowjetunion im damaligen Zeitpunkt nicht verärgern wollte. Mm habe keine weiteren Gründe für die Ablehnung des Werks genannt und Rr habe insbesondere erst im Jahr 1991 vom behaupteten Diebstahl erfahren (act. 32 Ziff. 119).

b) Die Behauptung des Klägers bezüglich der Weigerung von Rr das Gemälde in eine Auktion aufzunehmen bzw. bezüglich der Hintergründe dieser Weigerung ist deshalb relevant, weil die Kenntnis von der Ablehnung eines Gemäldes durch ein Auktionshaus Anlass dazu geben wird, abklären zu wollen, warum das Werk nicht aufgenommen wurde. Der vorsichtige Käufer wird sich daher bei dem Auktionshaus erkundigen. Erhält der Käufer auf eine Nachfrage die Antwort, dass das Werk wegen eines Rechtsmangels nicht in eine Auktion aufgenommen wurde – bzw. hätte er diese Auskunft bei tatsächlich erfolgter Nachfrage erhalten – kann er nicht mehr als gutgläubig gelten.

c) Die Tatsache, dass Rr den "Footman with Samovar" nicht in die Auktion aufgenommen hat, ist unbestritten. Unklar ist jedoch, aus welchen Gründen dies getan wurde und was dem Beklagten darüber bekannt war. Aus den vom Kläger dafür genannten Beweismitteln, dass Rr wegen der "heiklen" Herkunft des Gemäldes von einer Versteigerung abgesehen hätte, ergibt sich, dass sich der ehemalige Rr Mitarbeiter und jetzige Zeuge Mm nicht an die entsprechenden Gründe und Vorgänge erinnern kann (Prot. S. 313 ff.), während die weiteren genannten Zeugen B und D angaben, sich ebenfalls nicht an die entsprechende Vorgänge zu erinnern (act. 618 S. 27) bzw. davon keine Kenntnis zu haben (act. 619 S. 24, S. 27). Auch aus der ebenfalls als Beweismittel genannten vorprozessualen Einvernahme von B ergibt sich diesbezüglich nichts (act. 4/5 S. 196 ff.). Aus einem von Rr London zur Edition verlangten und eingereichten Schreiben an C vom 30. Mai 1989 geht sodann hervor, dass der Grund für die Nichtaufnahme durch Rr anscheinend darin lag, dass die russische Botschaft erklärt hatte,

dass die sowjetische Regierung ihre Zustimmung zu einem Verkauf eines Gemäldes aus einer privaten Sammlung, welches das Land illegal verlassen hatte, nicht geben würde (act. 228/4). Dies entspricht dem, was der Beklagte vorbringt. Daran ändern die Ausführungen, welche der Kläger zu einem Besuch zweier Mitarbeiter von Rr London, ii und jj, im Jahr 1991 bei ihm macht, nichts. Anlässlich dieses Besuchs sei der Diebstahl des streitgegenständlichen Bildes thematisiert worden, wobei ihm die beiden Besucher die volle Unterstützung bei der Auffindung desselben zugesichert hätten. Der Kläger führt sodann – in nur schwer nachvollziehbarer Weise – aus, weshalb Rr entgegen deren eigener Darstellung bei diesem Besuch bereits über den Diebstahl informiert gewesen sein soll (act. 2 Ziff. 158 ff.). Da diese Ausführungen sowohl einen Bezug zum Beklagten als auch substantiierte Tatsachenbehauptungen vermissen lassen, vermögen sie am vorgeannten Beweisergebnis nichts zu ändern. Ebenfalls nichts zu ändern vermag hieran die – im Übrigen lediglich als Gegenbeweismittel genannte – Aussage des Beklagten im Rahmen der persönlichen Befragung vom 4. Dezember 2008, dass er davon ausgehe, dass Rr sich nicht um Probleme mit Ausfuhrbeschränkungen gekümmert habe (Prot. S. 190). Dies ist lediglich die allgemeine Meinung des Beklagten und vermag das bereits dargestellte Beweisergebnis nicht in Frage zu stellen. Die ebenfalls zur Edition aufgeforderte Rr AG teilte ihrerseits mit, dass sie über keine entsprechenden Unterlagen verfüge (act. 143).

Die weitere Darstellung des Beklagten, er habe von den Gründen von Rr telefonisch durch Mm Kenntnis erhalten, bevor er das Gemälde erworben habe, kann nicht erstellt werden, zumal sich der Zeuge Mm an ein entsprechendes Telefongespräch nicht erinnern kann (Prot. S. 313 f.) und – ausser der persönlichen Befragung des Beklagten, die keinen Beweis zu seinen Gunsten bilden kann – keine weiteren Beweismittel genannt sind.

d) Der Kläger trägt für den Nachweis, dass der Beklagte von Rr eine Auskunft erhielt, welche auf den Diebstahl hingewiesen und den Beklagten damit misstrauisch hätte machen müssen, die Beweislast. Der Beweis konnte der Kläger jedoch nicht erbringen. Ebenso wenig gelingt ihm der Nachweis, dass der Beklagte – bei tatsächlich erfolgter Nachfrage – bei Rr überhaupt eine derartige Information hätte erhalten können. Entsprechend kann nicht davon ausgegangen

werden, dass der Beklagte auf Grund der Informationen von Rr tatsächlich vom Diebstahl erfahren hat oder bei gehöriger Nachfrage Erkenntnisse über den Diebstahl gewonnen hätte. Damit kann hieraus kein Hinweis auf den bösen Glauben des Beklagten gewonnen werden.

4.3.2.3. Weitere Nachforschungen

a) Der Kläger wirft dem Beklagten ausserdem generell vor, dieser habe die notwendigen Bemühungen unterlassen, um mehr über die Herkunft des Bildes in Erfahrung zu bringen, obwohl ihm hierfür genügend Experten auf diesem Gebiet zur Verfügung gestanden hätten (B, Mm, Zz, E, Ooh, Prof. kk u.a.) und obwohl solche Erkundigungen dazu geführt hätten, die Wahrheit ans Licht zu bringen (act. 52 Ziff. 128), da der Sachverhalt des Raubüberfalls in der Kunstwelt rasch bekannt geworden sei (act. 2 Ziff. 75).

Der Beklagte bestreitet, dass es möglich gewesen wäre, mehr über das streitgegenständliche Bild in Erfahrung zu bringen (act. 60 Ziff. 259), insbesondere sei der Überfall frühestens im April 1991 überhaupt an Interpol gemeldet worden (act. 32 Ziff. 127, Ziff. 155). Auch sei der behauptete Diebstahl aus keiner anderen öffentlich zugänglichen Quelle ersichtlich gewesen (act. 32 Ziff. 128; act. 60 Ziff. 253).

b) Wie bereits mehrfach erwähnt, kann der gute Glaube des Erwerbers – vorliegend also des Beklagten – grundsätzlich nur dann bejaht werden, wenn er beim Kauf die notwendige Sorgfalt bezüglich der Verfügungsberechtigung des Veräusserers walten liess und er dadurch nichts in Erfahrung brachte, was ihn davon hätte abhalten sollen (vgl. Ziff. 4.1.). Zu beachten ist aber, dass fehlende Aufmerksamkeit nur dann zur Verneinung des guten Glaubens führt, wenn die Anwendung der gebotenen Sorgfalt auch tatsächlich zu Informationen geführt hätte, welche die Gutgläubigkeit nicht mehr erlaubt hätten. Hätte dagegen selbst die Durchführung der gebotenen Abklärungen nicht zu weiteren Erkenntnissen über die fehlende Verfügungsberechtigung geführt, wird der gute Glaube durch die mangelnde Sorgfalt nicht zerstört (Hausheer/Jaun, a.a.O., Art. 3 N 50; BGE 100 II 8 Erw. 4 b)).

Die Behauptungen des Klägers sind daher zunächst darauf zu prüfen, ob der Beklagte bei Vornahme aller vom Kläger vorgebrachten Abklärungen Informationen über den Diebstahl erhalten hätte. Ist dies nicht der Fall, ist nicht relevant, ob der Beklagte diese Nachforschungen betrieben hat oder nicht, zumal auch diese nichts an seinem guten Glauben geändert hätten. Hätte er dagegen auf Grund einer oder mehrerer der genannten Quellen vom Rechtsmangel erfahren, stellt sich die Frage, ob im Rahmen des anzuwendenden Sorgfaltsmassstabes vom Beklagten die entsprechenden Nachforschungen hätten erwartet werden können.

c) Im Rahmen der Würdigung der genannten Beweismittel erscheint es als sinnvoll, zunächst zu klären, ob Nachfragen bei den einzelnen vom Kläger genannten Personen (B, Mm, Zz, E, Ooh, Prof. kk) weitere Informationen hervorgebracht hätten. Vorab ist zu bemerken, dass die zu diesem Bereich vom Kläger als Zeugin angerufene Ooh nicht einvernommen werden konnte (act. 578), worauf der Kläger mit Schreiben vom 7. Juni 2010 auf die Einvernahme der Zeugin verzichtete (act. 615). In einem zweiten Schritt sind weitere öffentlich zugängliche möglich Informationsquellen zu prüfen.

ca) B informierte den Beklagten – wie bereits vorgängig (vgl. Ziff. 2.2.6.) erstellt – über ein Gerücht bezüglich des Diebstahls eines Gemäldes von Kasimir Malewitsch. Genaue Kenntnis der Vorgänge bzw. sicheres Wissen um die Geschichte des Bildes hatte sie jedoch nach eigener Aussage nicht (act. 618 S. 95), so dass eine diesbezügliche Nachfrage bei ihr nichts ergeben hätte. Die Zeugin B gibt sodann auf die Frage, was sie getan hätte, wenn der Beklagte sich bei ihr nach der Provenienz erkundigt hätte, an: "*Ich wäre alle Arten von Büchern und Ausstellungskatalogen durchgegangen und ich hätte Leute gefragt*" und auf die Folgefrage "*[...] denken Sie, wenn Sie all das getan hätten, dass Sie dann die Fakten über das Gerücht herausgefunden hätten?*" antwortete sie: "*Ich denke etwas, ja. Ich weiss nicht.*" (act. 618 S. 90 f.).

Aus diesen Aussagen lässt sich nicht erstellen, dass eine entsprechende Nachfrage tatsächlich Informationen über den Diebstahl hervorgebracht hätte. Da die weiteren diesbezüglich genannten Zeugen angeben, hierzu nichts zu wissen

(Zeuge Mm, Prot. S. 319; Zeugin E, act. 620 S. 16; Zeuge kk, act. 554), kann die entsprechende klägerische Behauptung nicht erstellt werden.

Eine Nachfrage bei Mm hätte gemäss dessen Angaben kein Resultat hervorgebracht, da er angibt, dass er selbst nichts vom Diebstahl gewusst habe und entsprechend den Beklagten auch nicht hätte informieren können (Prot. S. 319). Die ebenfalls hierzu befragte Zeugin B, erklärt, dass Mm wahrscheinlich von der Herkunft des streitgegenständlichen Gemäldes gewusst habe (act. 618 S. 89 f.). Die Zeugin E erklärt, dass sie nichts hierzu sagen könne (act. 620 S. 16) und auch der Zeuge kk gibt an, dass er es nicht wisse (act. 554). Entsprechend geht einzig die Zeugin B davon aus, dass Mm etwas über die Herkunft des Streitgegenstandes gewusst hätte. Da sie jedoch nur spekuliert ("wahrscheinlich"), Mm selbst aber angibt, nichts gewusst zu haben und an seiner Aussage zu zweifeln kein Anlass besteht, konnte auch die ihn betreffende klägerische Behauptung nicht erstellt werden.

Hinsichtlich Nachfragen bei Zz ergeben die genannten Beweismittel keine abschliessende Antwort, zumal die angerufenen und einvernommenen Zeugen diesbezüglich keine Angaben machen konnten (Zeugin B, act. 618 S. 94 f.; Zeuge Mm, Prot. S. 319; Zeugin E, act. 620 S. 16; Zeuge kk, act. 554).

Bezüglich des Erfolgs einer Nachfrage bei E erklärte diese anlässlich ihrer Einvernahme als Zeugin auf die Frage "*Wenn jemand Sie in den späten 1980-er Jahren nach der Herkunft des Gemäldes gefragt hätte, hätten Sie bei den Nachforschungen geholfen?*" "[...] *Ich hätte ihnen gesagt, dass es ein gestohlenen Gemälde war.*" (act. 620 S. 22 f.). Die weiteren hierzu befragten Zeugen konnten diesbezüglich keine Angaben machen (Zeuge Mm, Prot. S. 319; Zeugin B, act. 618 S. 95; Zeuge kk, act. 554). Die Zeugin E gibt an, den Beklagten gar nicht (act. 620 S. 13) und den Kläger von einigen Telefongesprächen zu kennen. Der Kläger habe sie angerufen, da sie eine Expertin für Malewitsch sei, wobei das erste Mal ungefähr fünf Jahre vor der Zeugeneinvernahme gewesen sei (act. 620 S. 12 f.). Allein aus der Tatsache, dass die Zeugin E den Kläger kennt und offenbar einige Male mit ihm telefonierte, ergibt sich – entgegen der vom Beklagten geäusserten Ansicht (act. 641 Ziff. 30 f.) – kein Anlass dazu, an ihrer Aussage zu

zweifeln, womit fest steht, dass eine Nachfrage bei dieser Expertin zu der entsprechenden Information geführt hätte.

Hinsichtlich Dr. Ooh ist festzuhalten, dass diese selbst – wie bereits erwähnt – nicht einvernommen werden konnte. Die weiteren angerufenen Zeugen waren nicht in der Lage, diesbezüglich Angaben zu machen (Zeugin B, act. 618 S. 95; Zeuge Mm, Prot. S. 319; Zeugin E, act. 620 S. 16; Zeuge kk, act. 554).

Prof. kk gab betreffend Nachfragen bei ihm selbst anlässlich seiner Zeugeneinvernahme an, dass er nicht wisse, ob dies etwas gebracht hätte (act. 554). Auch die weiteren hierzu befragten Zeugen gaben an, dies nicht zu wissen (Zeuge Mm, Prot. S. 319; Zeugin B, act. 618 S. 95; Zeugin E, act. 620 S. 16).

Der Kläger bringt zudem in der Beweisantrittungsschrift vom 9. November 2007 vor, der Beklagte hätte ohne Weiteres von L.A. von der wahren Herkunft des Gemäldes erfahren können (act. 83 S. 14). Dieses Vorbringen stellt eine Tatsachenbehauptung dar, welche gemäss § 114 ZPO mit dem letzten Vortrag des Klägers zur Sache, mithin mit der Replik, hätte vorgebracht werden müssen. Da kein Fall von § 115 ZPO vorliegt, ist diese Behauptung als verspätet zu erachten, stellte damit vorliegend nicht Teil des Beweisverfahrens dar und ist auch nicht entscheiderelevant.

Der Kläger führte sodann im Rahmen der Stellungnahme zum Beweisergebnis aus, dass der Beklagte über eine Rückfrage bei Dr. Xx, von dem B von dem Gerücht betreffend des Diebstahls erfahren hatte, Kenntnis vom Diebstahl hätte erlangen können. Auch hätte der Beklagte nach den Ausführungen des Klägers durch Nachfragen bei S bzw. bei der russischen Botschaft in Bern Informationen über den Diebstahl erhalten (act. 640 Ziff. 82 ff.). Diese Ausführungen erweisen sich jedoch als verspätet. Tatsachenbehauptungen sind gemäss § 114 ZPO spätestens mit dem letzten Parteivortrag bzw. der letzten Rechtsschrift im Rahmen des Hauptverfahrens vorzubringen. Da vorliegend das Hauptverfahren längst abgeschlossen ist und auch keine Ausnahme von § 115 ZPO vorliegt, sind die genannten Vorbringen nicht zu beachten.

cb) Vorstehend wurden die vom Kläger konkret genannten Quellen abgehandelt, bei welchen der Beklagte nach Ansicht des Klägers Informationen über die Herkunft des Gemäldes und damit über die Verfügungsberechtigung des Verkäufers hätte erlangen können. In der Folge ist nun – auf Grund der genannten Beweismittel – zu ermitteln, ob der Diebstahl des streitgegenständlichen Gemäldes im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Beklagten aus einer öffentlich zugänglichen Quelle ersichtlich gewesen wäre.

Die vom Kläger angerufene Zeugin E erklärte diesbezüglich, dass in den Zeitungen gestanden hätte, dass das Bild "Footman with Samovar" gestohlen worden sei. Auf die Nachfrage, ob sie wisse, in welcher Zeitung diese Information erschienen sei, gab sie an: *"Nein, aber es war eine allgemein bekannte Tatsache."* (act. 620 S. 17). Auf weitere Erkundigung erklärte sie, dass allgemein bekannt gewesen sei, dass der Diebstahl bei der Familie des Klägers auch den "Footman with Samovar" betroffen habe, wobei sie die Frage, was die Zeitungen damals abgedeckt hätten, wie folgt beantwortete: *"Wissen Sie, ich weiss nicht, was in den Zeitungen stand, aber ich weiss, dass die Zeitungen im allgemeinen diese Diebstähle erwähnten. Ob sie "Footman with Samovar" erwähnten, weiss ich nicht. Ich habe sie nicht selbst gelesen."* Auf weitere Nachfrage erklärte sie sodann, dass es sich bei den erwähnten Zeitungen um Tageszeitungen aus Russland im oder um das Jahr 1978 handelte (act. 620 S. 24).

Hinsichtlich der weiteren vom Kläger angerufenen Zeugen ergibt sich was folgt: Der Zeuge kk konnte keine Angabe machen (act. 554); ebenso wenig hatte der Zeuge ll diesbezüglich Kenntnisse (act. 503) und auch der Kunsthändler und Zeuge Vv erklärte, dass er nicht wisse, ob der Diebstahl aus einer öffentlich zugänglichen Quelle ersichtlich gewesen wäre. Der Zeuge Vv gab jedoch weiter an, dass der Diebstahl in den siebziger Jahren in Fachkreisen sehr bekannt gewesen sei, wobei er aber nie etwas darüber in Fachzeitschriften oder in der Presse gelesen habe. Zu bemerken ist dabei, dass der Zeuge weiter angibt, dass er erst seit 1981 im Westen lebe. Während der 1970er Jahre, bezüglich welcher der Zeuge Vv angibt, dass der Diebstahl in Fachkreisen bekannt gewesen sei, lebte er somit im Osten und bezieht diese Information auch auf Expertenkreise im Osten

(act. 292 S. 3). Auch der – allerdings nicht korrekt einvernommene (vgl. dazu Ziff. IV. 4.9.) – Zeuge I gab an, keine Kenntnis von solchen öffentlich zugänglichen Quellen zu haben (act. 368), während die ebenfalls angerufene Zeugin Ooh nicht einvernommen werden konnte (vgl. Ziff. 4.3.2.3.c)).

Neben den bereits dargestellten Zeugen nennt der Kläger als Beweismittel Auszüge aus dem Buch "Suche und Experiment" von L. A. Aus diesen geht lediglich hervor, dass der "Footman with Samovar" aus einer Privatsammlung in Leningrad stamme; ein Hinweis auf einen Diebstahl ist aber nicht enthalten (act. 4/24; act. 4/25). Entsprechend taugen diese Dokumente nicht dazu, zu belegen, dass der Diebstahl am streitgegenständlichen Gemälde aus einer öffentlichen Quelle ersichtlich gewesen wäre. Damit sind die klägerischen Beweismittel abgehandelt. Der vom Beklagten für den Gegenbeweis genannte Zeuge mm erklärte, dass er die Frage nicht abschliessend beantworten könne, gab jedoch an, dass eine Nachfrage beim Art Loss Register nichts gebracht hätte, da dieses 1989 nicht existierte, dass auch bei der Vorgängerorganisation IFAR nichts hätte in Erfahrung gebracht werden können, da das Gemälde nicht verzeichnet gewesen sei (act. 398 S. 8 f.), was im Übrigen auch das vom Beklagten als Beweismittel genannte Schreiben von mm vom 16. November 2005 so angibt (act. 61/2). Der Zeuge mm erklärte anlässlich seiner Einvernahme überdies, dass es keine andere Datenbank gegeben habe, bei der man diese Information hätte erhalten können (act. 398 S. 8 f.). Die schriftliche Anfrage des Gerichts bei Interpol – bzw. bei dem hierfür in der Schweiz als Nationales Zentralbüro Interpol bezeichneten Bundesamt für Polizei (fedpol) (Art. 350 Abs. 1 StGB) – ergab sodann, dass das streitgegenständliche Gemälde im Jahr 1989 weder bei Interpol noch im Art Loss Register verzeichnet war (act. 205). Die an das Art Loss Register gestellte schriftliche Auskunftsbegehren (act. 122) wurde nicht beantwortet. Die ebenfalls vom Beklagten angerufene Zeugin C erklärte, dass ihres Wissens Interpol damals die einzige Behörde gewesen sei, die zuverlässige Angaben hätte machen können (Prot. S. 254). Aus dem vom Beklagten als zusätzliches Beweismittel genannten Werkkatalog von Malewitsch (act. 4/22), ist einzig ersichtlich, dass der "Footman with Samovar" A.F. Cudnovsky, Leningrad, gehört habe. Ein Hinweis auf den Diebstahl besteht nicht. Der Beklagte will damit wohl belegen, dass nicht einmal in

dieser Quelle ein Hinweis auf den Diebstahl bestand und damit auch keine andere öffentlich zugängliche Quelle diese Information besass. Diesbezüglich ist aber festzuhalten, dass eine derartiger Schluss selbstverständlich nicht zwingend zu ziehen ist und der Beleg insbesondere nicht dazu geeignet ist, den Bestand anderer Quellen zu widerlegen. Zu beachten ist jedoch der Hinweis des Beklagten, dass selbst der Kläger für sich in Anspruch nimmt, dass es schwierig bis unmöglich war, die relevanten Informationen an die westliche Öffentlichkeit zu bringen und insbesondere eine Meldung beim Art Loss Register und Interpol nicht erfolgte (act. 52 Ziff. 124, Ziff. 131).

cc) Zusammenfassend ergibt sich damit hinsichtlich der klägerischen Vorbringen, dass die Nachfrage bei E dem Beklagten Informationen hinsichtlich des Diebstahls an "Footman with Samovar" gebracht hätte und dass der Diebstahl überdies wahrscheinlich aus Zeitungen aus Russland um das Jahr 1978 ersichtlich gewesen wäre. Ausserdem ist festzuhalten, dass der Zeuge Vv angibt, in Expertenkreisen im Osten sei der Diebstahl sehr bekannt gewesen. Schriftliche, öffentlich zugängliche Quellen sind ihm dagegen nicht bekannt. Der Beklagte hätte damit wohl ebenfalls die Möglichkeit gehabt, von Expertenkreisen im Osten vom Diebstahl zu erfahren. Weitere Hinweise bzw. Stellen, bei denen sich der Beklagte Informationen hätte beschaffen können, konnten nicht erstellt werden.

4.3.3. Vom Beklagten vorgenommene Abklärungen

a) Der Beklagte bringt vor, er habe diverse Nachforschungen ergebnislos betrieben (act. 32 Ziff. 118; act. 60 Ziff. 184): Er habe sich zunächst bestätigen lassen, dass das streitgegenständliche Gemälde nicht bei Interpol als gestohlen gemeldet worden war (act. 32 Ziff. 127; act. 60 Ziff. 187) und er habe sich die Verfügungsberechtigung des Veräusserers schriftlich bestätigen lassen (act. 32 Ziff. 125). Ausserdem habe C im Mai 1989 bei der sowjetischen Botschaft in Bern nachgefragt, ob über das Gemälde etwas Negatives bekannt sei, was durch den Kulturattachée G. verneint worden sei (act. 60 Ziff. 188 ff.). Weitere Möglichkeiten hätten damals nicht bestanden (act. 32 Ziff. 128; act. 60 Ziff. 253).

b) Der Beklagte will mit den von ihm behaupteten Vorgängen belegen, dass der klägerische Vorwurf, er habe vor dem Kauf des Streitgegenstandes nicht die notwendige Sorgfalt walten lassen, ins Leere treffe. Er tritt damit den qualifizierten Gegenbeweis zu der Behauptung des Klägers an. Entsprechend hat er den Beweis für die behaupteten Abklärungen zu erbringen.

c) Der Kläger erklärt selbst, dass eine Nachfrage bei Interpol ohnehin nicht zu einem Ergebnis geführt hätte (act. 52 Ziff. 124), so dass eine entsprechende Erstellung unterbleiben kann. Auch keiner Erstellung bedarf die Bestätigung betreffend Verfügungsberechtigung, da der Kläger diese nicht bestreitet, wenn er auch Bedenken bezüglich deren Nutzen anbringt (act. 52 Ziff. 96 f.).

d) Strittig ist dagegen die Nachforschung von C bei der sowjetischen Botschaft sowie deren Resultat. Als Beweismittel dafür bietet der Beklagte einerseits die Zeugenaussage von C und andererseits eine Telefonnotiz von C an. Die Zeugin C erklärte anlässlich ihrer Befragung vom 4. Dezember 2008, dass ihr von Seiten der sowjetischen Botschaft erklärt worden sei, dass dieser das streitgegenständliche Bild nicht bekannt sei (Prot. S. 252). Die – praktisch unleserliche – Telefonnotiz von C besagt sodann (in französischer Sprache): "[...] *celui-ci m'à répondu qu'il n'y avait pas de problème avec le gouvernement soviétique que les oeuvres [unleserlich] étaient les oeuvres volées des musées [...]*" (act. 61/5). Aus dieser Notiz erhellt nicht abschliessend, was anlässlich der telefonischen Nachfrage besprochen wurde. Jedoch dient die Notiz mindestens als Indiz, dass eine Nachfrage tatsächlich stattfand. Die Zeugin C erklärte sodann, dass sie das Ergebnis ihrer Nachfrage, welches aus ihrer Sicht darin bestand, dass der auskunfterteilenden Person das Bild nicht bekannt war und sie nichts davon gehört habe, an Gg weitergeleitet habe, welche es wiederum dem Beklagten mitgeteilt habe (Prot. S. 253). Weitere diesbezügliche Beweismittel wurden nicht angeboten.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Zeugin C als Verkäuferin des Gemäldes wohl grundsätzlich ein Interesse daran hat, dass der Beklagte das Gemälde nicht wieder herausgeben muss, da sie sonst allenfalls Rückgriffsansprüche zu befürchten hätte. Daher und unter Berücksichtigung der Angabe, dass lediglich Gg – nicht aber der Beklagte – über die Nachfrage bei der sowjetischen

Botschaft informiert worden sein soll, kann nicht zweifelsfrei erstellt werden, dass die Nachfrage bei der russischen Botschaft tatsächlich das behauptete Ergebnis hervorbrachte. Insbesondere kann nicht bewiesen werden, dass dies dem Beklagten mitgeteilt worden wäre. Der diesbezügliche Beweis ist daher gescheitert.

Jedoch ist festzuhalten, dass sich aus den von Rr London eingereichten Schreiben vom 30. Mai 1989 an C ergibt, dass die sowjetische Botschaft, vertreten durch Herrn G., Rr auf Anfrage hin mitteilte, dass das Gemälde das Land illegal verlassen habe. Von einem Diebstahl desselben ist dagegen nicht die Rede (act. 228/4). Entsprechend bestehen mindestens keine Hinweise darauf, dass die sowjetische Botschaft den Beklagten über entsprechende Vorgänge hätte informieren können.

4.3.4. Würdigung der Nachforschungen

a) Wie bereits einleitend (vgl. Ziff. 4.3.1.) erwähnt, ist die Vernachlässigung der gebotenen Sorgfalt lediglich dann relevant, wenn bei Anwendung derselben überhaupt Informationen bezüglich des Rechtsmangels hätten gewonnen werden können. Entsprechend ist bei der Würdigung der vorgenannten möglichen und tatsächlich getätigten Nachforschungen in erster Linie zu prüfen, ob der im konkreten Fall massgebende Sorgfaltsmassstab diejenigen Abklärungen erfordert hätte, welche gemäss obenstehenden Ausführungen zu Erkenntnissen über den Diebstahl geführt hätten. Dies hat – wie bereits dargelegt – nach dem freien Ermessen des Gerichts zu erfolgen (vgl. Ziff. 4.2.).

b) Nach den vorstehenden Ausführungen steht fest, dass der Beklagte bei folgenden Quellen Informationen über den Diebstahl erhalten hätte:

- E;
- russische Zeitungen ca. des Jahres 1978;
- Expertenkreise im Osten.

Nachfolgend ist bezüglich jeder dieser Quellen zu klären, ob der Beklagte diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte kontaktieren müssen. Vorab sind aber zunächst die naheliegenden und angesichts der Umstände klar als notwendig und angemessen erscheinenden Abklärungen aufzuzeigen und zu behandeln.

ba) Nach den Ausführungen in Ziff. 4.2. war auf Grund der besonderen Umstände des Geschäfts eine gegenüber Alltagsgeschäften erhöhte Sorgfalt an den Tag zu legen. Es kann aber auch unter diesen Umständen nicht vom Beklagten erwartet werden, dass er jede nur irgend erdenkliche Quelle kontaktiert, sondern es ist erforderlich – aber auch ausreichend – dass er die naheliegenden Abklärungen trifft und dabei auch eine gewisse Mühe auf sich nimmt. Nach der aktuellen Literatur gehört zu einer sorgfältigen Recherche beim Erwerb eines wertvollen Kunstgegenstandes die Konsultation von Katalogen grösserer Auktionare, von Werkverzeichnissen oder von diversen Datenbanken (z.B. Art Loss Register) (Müller-Chen, AJP, S. 1272; Skripsy, a.a.O., S. 292). Diesbezüglich ist zu beach-

ten, dass im vorliegenden Fall nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens keine der drei Recherchemöglichkeiten dazu geführt hätte, dass der Beklagte etwas von der fehlenden Verfügungsberechtigung des Veräusserers erfahren hätte. Ebenfalls als angemessene Sorgfaltsmassnahme erscheint – insbesondere in der Zeit des Erwerbs, als es noch keine vollständigen Register für gestohlene Kunst gab – aber auch die Kontaktierung eines Experten auf dem Gebiet der zu erwerbenden Kunst. Nach den übereinstimmenden Angaben beider Parteien galt und gilt B als ausgewiesene Spezialistin auf dem Gebiet der russischen Avantgarde (act. 2 Ziff. 175; act. 32 Ziff. 98). Ebenso ist unbestritten, dass der Beklagte B kannte und mit ihr in Kontakt stand. Entsprechend wäre es naheliegend und zur Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt auch notwendig gewesen, dass der Beklagte sich bei B – die er ja auch mit der Abklärung der Echtheit des Streitgegenstandes beauftragte – über die Herkunft des Bildes erkundigt hätte. Gemäss den Ergebnissen des Beweisverfahrens hätte B dem Beklagten jedoch keine Informationen über den Diebstahl am streitgegenständlichen Gemälde geben können (vgl. Ziff. 4.3.2.3.). Die Unterlassung dieser Nachfrage zieht damit keine Konsequenzen nach sich. Ebenso als angemessen und erforderlich erscheint in der Situation des Beklagten eine Nachfrage bei Interpol. Unbestrittenermassen hätte jedoch auch dadurch nichts in Erfahrung gebracht werden können (vgl. Ziff. 4.3.3. c)). Selbstverständlich ist auch eine Nachfrage beim Veräusserer eines derartigen Wertgegenstandes unerlässlich. Eine solche wurde denn auch durchgeführt und ergab nichts hinsichtlich des Diebstahls, sondern es wurde gar eine ausdrückliche Bestätigung der Verfügungsberechtigung ausgestellt (act. 34/6). Auf Grund der konkret bestehenden Hinweise auf Verbindungen des Streitgegenstandes zu Rr konnte darüber hinaus die Kontaktierung des Auktionshauses erwartet werden. Auch diese Informationsquelle konnte jedoch nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens keine Angaben über den Diebstahl hervor bringen (vgl. Ziff. 4.3.2.2.).

bb) E ist US-amerikanische Kunsthistorikerin, derzeit wohnhaft in New York (act. 620 S. 8). Sie gibt an, dass sie den Beklagten nicht kenne. Weiter führt sie aus, dass der Beklagte ihren Namen wohl in Zeitschriften gesehen hätte, wenn er nach Malewitsch gesucht hätte, wobei sie aber nie etwas bezüglich des Diebstahls an "Footman with Samovar" geschrieben habe (act. 620 S. 25 f.). Wie vor-

stehend bereits ausgeführt wurde, stand dem Beklagten die Expertin B zur Verfügung, deren Auskünfte er auch hätte in Anspruch nehmen sollen. Wenn dem Beklagten aber eine Expertin auf dem Gebiet bekannt ist, erscheint es auch im konkreten Fall nicht als notwendig, dass er einen weiteren, ihm unbekanntem, Experten kontaktiert. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich daraus, dass die gebotenen Nachforschungen kein Ergebnis erzielen, keine Notwendigkeit ergibt, endlos weiter zu forschen. Gerade auch in der Zeit des Kaufes, in welcher es – wie von beiden Parteien mehrfach betont – kein Internet und damit kein zentrales Informationsbeschaffungsinstrument gab, konnte nicht erwartet werden, dass der Beklagte als potentieller Erwerber eines Kunstgegenstandes kontinentübergreifend nach Informationen suchen würde. Die Kontaktierung einer bekannten Expertin hat zu genügen und es ist entsprechend festzuhalten, dass der Beklagte nicht gegen die gebotene Sorgfalt versties, indem er sich nicht bei E nach der Herkunft des streitgegenständlichen Gemäldes erkundigte.

bc) Ähnliches ist hinsichtlich der sowjetischen Zeitungen aus den Jahren um 1978 zu erwägen: Der Kläger selbst führt aus, dass der Kontakt durch den Eisernen Vorhang sehr schwierig war (act. 52 Ziff. 131). Bereits die Tatsache also, dass die Zeitungen aus Russland stammten, hätte ein beachtliches Hindernis für die Nachforschungen des Beklagten dargestellt. Darüber hinaus hätte der Beklagte aber auch weitere Hindernisse zu überwinden gehabt, wie zunächst die Klärung der Frage, welche Zeitung ein derartiges Ereignis überhaupt publizieren würde und die nahtlose Durchforstung aller Ausgaben der letzten Jahrgänge, was überdies durch die fremde Schrift zusätzlich erschwert worden wäre. Ein solches Unterfangen kann nicht ernsthaft vom Beklagten verlangt werden. Entsprechend hat er auch hier nicht gegen die gebotene Sorgfalt verstossen.

bd) Damit verbleiben die Expertenkreise im Osten, mithin hinter dem Eisernen Vorhang, als mögliche Informationsquelle, welche der Beklagte hätte kontaktieren müssen, um Informationen über den Diebstahl des Gemäldes zu erhalten. Es stellt sich damit die Frage, ob der Beklagte sich vorsichtigerweise an diese Kreise hätte wenden sollen. Diesbezüglich ist einerseits auf die Ausführungen zu E (vgl. Ziff. 4.3.4. bb)) zu verweisen: Da der Kläger die Malewitsch-Expertin B

persönlich kannte, ist nicht von ihm zu erwarten, weitere, ihm unbekannte Experten ausfindig zu machen und zu kontaktieren. Dies gilt umso mehr als dass die Herstellung von Kontakten durch den – im Zeitpunkt des Kaufs zwar gerade in Auflösung befindenden, aber noch bestehenden – Eisernen Vorhang ohnehin nicht ohne Weiteres zu bewerkstelligen war. Wie bereits dargelegt, gehört es nicht in den Rahmen der angemessenen Sorgfalt, jede mögliche Quelle abzuklappern, sondern es reicht vielmehr, naheliegendere und verlässliche Informationsstellen anzugehen. Entsprechend hat der Beklagte die gebotene Aufmerksamkeit nicht vermissen lassen, indem er sich nicht an die Expertenkreise im Osten wandte.

c) Zusammenfassend ist damit festzuhalten was folgt: Die Kontaktierung bzw. Konsultierung derjenigen Quellen, bezüglich welcher dem Kläger der Nachweis gelang, dass diese den Beklagten über den Diebstahl des "Footman with Samovar" hätten aufklären können, lag ausserhalb des vom Beklagten anzuwendenden Sorgfaltsmassstabes. Dem Beklagten kann somit hinsichtlich dieser Quellen nicht vorgeworfen werden, er hätte bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit nicht gutgläubig sein dürfen.

d) Der Kläger trägt die Beweislast für die Missachtung des Sorgfaltsmassstabes durch den Beklagten und die Konsequenzen dieses Verhaltens. Nach dem Vorstehenden steht fest, dass der Beklagte einzig durch Massnahmen, welche nicht innerhalb der von ihm zu erwartenden Abklärungen lagen, vom Diebstahl hätte erfahren können. Dem Kläger gelang es damit nicht, den Nachweis dafür zu erbringen, dass der Beklagte bei Beachtung der vorliegend gebotenen Aufmerksamkeit vom Rechtsmangel hätte erfahren können. Aus diesem Grund kann der Beklagte den Schutz des guten Glaubens für sich in Anspruch nehmen.

e) Abschliessend und ergänzend ist festzuhalten, dass sich an diesem Ergebnis auch bei Erstellung eines vom Kläger beantragten neuen Gutachtens nichts ändern würde: Die dem Gutachter gestellten Fragen zielen insgesamt auf die vom Beklagten im konkreten Fall anzuwendende Sorgfalt ab. Sie könnten nicht dazu dienen, auf einen beim Beklagten tatsächlich bestehenden bösen Glauben zu schliessen. Die innere Tatsache, dass der Beklagte tatsächlich vom

Rechtsmangel wusste, könnte auch durch das Gutachten nicht erstellt werden. Vielmehr handelt es sich bei den zu begutachtenden Fragen um Verdachtsmomente, welche den Beklagten zu weiteren Abklärungen hätte veranlassen sollen (vgl. BGE 38 II 465 Erw. 2; BGE 43 II 613 Erw. 3; BGE 47 II 263 Erw. 2; BGE 79 II 59 Erw. 2 c)). Selbst wenn aber das Ergebnis eines neu zu erstellenden Gutachtens – was im Übrigen als wenig wahrscheinlich erscheint – dasjenige wäre, dass alle Positionen des Klägers gestützt würden, würde sich immer noch ergeben, dass der Beklagte selbst bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt vom Diebstahl nichts hätte erfahren können. Auch die dann im Rahmen des Sorgfaltsmassstabes zusätzlich zu beachtenden Faktoren würden nicht dazu führen, dass es die Pflicht des Beklagten gewesen wäre, die vom Kläger genannten, erfolgversprechenden und oben behandelten Quellen zu kontaktieren. Entsprechend ist die Klage in jedem Fall abzuweisen.

VII. (Fazit)

1. Wie eingangs festgehalten, wäre die vorliegende Klage dann erfolgreich, wenn der Kläger (1) den Nachweis seines früheren Besitzes erbringen kann, (2) es ihm darzulegen gelingt, dass ihm das streitgegenständliche Gemälde abhandengekommen ist und er (3) beweisen kann, dass der Beklagte im Zeitpunkt des Erwerbs des "Footman with Samovar" hinsichtlich des Rechtsmangels bösgläubig war.

2. Der Kläger konnte sowohl den Nachweis des früheren Besitzes seiner Familie als auch den Nachweis des Diebstahls des Gemäldes und damit den Beweis seiner Aktivlegitimation zu vorliegenden Klage erbringen (Ziff. V.). Dagegen konnte er nicht beweisen, dass der Beklagte vom Diebstahl wusste. Ebenso wenig gelingt ihm der Beweis, dass der Beklagte bei Aufwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit vom Diebstahl hätte wissen müssen und damit hätte bösgläubig sein müssen (Ziff. VI.), weshalb die Klage abzuweisen ist.

VIII. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen eines Verfahrens richten sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (§ 64 und 68 ZPO), wobei sich die Bemessung von Kosten und Entschädigungen nach dem Streitwert richtet. Der Streitwert im vorliegenden Verfahren wird vom Kläger auf "mit Sicherheit mehr als CHF 5 Mio." beziffert (act. 639), während der Beklagte von einem Streitwert von Fr. 1'762'950.– ausgeht (act. 638). Sind sich die Parteien über die Bezifferung des Streitwertes nicht einig, hat das Gericht diesen gemäss § 22 Abs. 2 ZPO nach freiem Ermessen zu bestimmen. Es ist dabei ein objektiver Massstab anzulegen, wobei grundsätzlich der Verkehrswert einer Sache im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage massgebend ist (ZPO-Komm., § 22 N 7). In der Regel ist dabei ausserdem auf den höheren der von den Parteien genannten Beträge abzustellen.

Vorliegend beziffern beide Parteien den Streitwert basierend auf dem ihres Erachtens im Zeitpunkt des Erwerbs des streitgegenständlichen Gemäldes angemessenen Wert. Gleichzeitig gehen aber beide Parteien davon aus, dass der "Footman with Samovar" seither – mindestens durch die Restaurierung des Gemäldes (Beklagter: act. 32 Ziff. 46) – an Wert gewonnen hat (Kläger: act. 639). Auf Grund des Ergebnisses des gerichtlichen Gutachtens (vgl. dazu oben Ziff. VI. 2.2.4.), ist davon auszugehen, dass der Wert des Gemäldes im Zeitpunkt des Kaufs eher bei der Streitwertbemessung des Beklagten liegt. Der aktuelle Marktwert des Gemäldes ist nicht bekannt. Es ist aber nicht zu bezweifeln, dass dieser in den 15 Jahren zwischen Erwerb und Klageeinleitung – nicht zuletzt auf Grund der Restauration – erheblich an Wert gewonnen hat, weshalb es sich rechtfertigt auf die beklagte Streitwertbemessung von Fr. 5 Mio. abzustellen.

2. Nach § 64 Abs. 2 ZPO werden die Kosten des Verfahrens grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Massgebend ist dabei das definitive Ausmass von Obsiegen und Unterliegen, während prozessleitende Entscheidungen nicht von Belang sind; wenn die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen in prozessleitenden Entscheidungen dem Endentscheid im Hauptverfahren vorbehalten

ten bleiben, bedeutet dies lediglich, dass die Verteilung im Endentscheid nach dem definitiven Ausmass von Obsiegen und Unterliegen erfolgt (ZR 102 [2003] Nr. 60 Erw. 4 b)). Die unterliegende Partei hat sodann gemäss § 68 Abs. 1 ZPO die obsiegende Partei für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen.

Da im vorliegenden Verfahren der Kläger vollumfänglich unterliegt, wird er kosten- und entschädigungspflichtig. Die Gerichtskosten werden nach den § 4 ff. der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (GebVO) festgesetzt. Zu beachten ist dabei, dass es sich vorliegend – insbesondere in Anbetracht des ausserordentlich umfangreichen Beweisverfahrens – um ein besonders aufwendiges Verfahren im Sinne vom § 4 Abs. 2 und § 9 Ziff. 1 GebVO handelt. Die Prozessentschädigung ist in Anwendung der § 3 Abs. 1 und 2 sowie § 6 AnwGebV festzulegen. Es rechtfertigt sich dabei, die nach § 3 Abs. 1 AnwGebV berechnete Grundgebühr in Anwendung von § 3 Abs. 2 AnwGebV auf Grund der ausserordentlich hohen Umstände, welche im Zusammenhang mit den zahlreichen Zeugeneinvernahmen im Ausland zu bewältigen waren, ausnahmsweise um die Hälfte zu erhöhen. Weiter liegen die Erhöhungsgründe von § 6 lit. a und b sowie d AnwGebV vor, so dass auch entsprechende Zusätze zu gewähren sind. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die derart berechnete Prozessentschädigung – entgegen der von den Rechtsvertretern geäusserten Ansicht (act. 641 Ziff. 319) – sämtliche im Rahmen des Prozesses angefallenen Kosten umfasst, weshalb insbesondere auch die Kosten der anwaltlichen Vertretung für Zeugeneinvernahmen im Ausland abgegolten sind. Überdies erscheint eine zusätzliche Entschädigung für allfällige Aufwendungen für Sühneverhandlungen nach § 11 Abs. 1 lit. a AnwGebV in Anbetracht der Höhe der auszusprechenden Entschädigung als nicht gerechtfertigt. Auf der Prozessentschädigung ist zusätzlich ein Mehrwertsteuerzusatz von 7.6 % geschuldet.

Das Gericht erkennt:

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 vom ihm geleisteten Barvorschuss bezogen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 206'700.– (zuzüglich Mehrwertsteuer 7.6 %) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert **10 Tagen** von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Bezirksgericht Meilen, Postfach, 8706 Meilen, erklärt werden.

Der Vorsitzende

Die juristische Sekretärin