Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A 372/2012

Urteil vom 18. April 2013

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichterin Escher,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi,
Gerichtsschreiber Zingg.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Advokat Dr. Peter Mosimann,
Beschwerdeführer,

gegen

B._____,
vertreten durch die Rechtsanwälte Alexander Jolles und Philipp Meier,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Klage auf Herausgabe eines Gemäldes (Art. 936 ZGB),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 5. April 2012.

Sachverhalt:

A.
B._____ ist Kunstsammler und besitzt eine bedeutende Sammlung moderner Kunstwerke. Im Juli 1989 kaufte er (über die als Käuferin auftretende C._____ Limited) das Gemälde "Diener mit Samowar" ("Footman with Samovar"). Das Gemälde ist ein Werk des russischen Künstlers Kasimir Malewitsch. Er hatte es in der Schaffensphase des sogenannten "Kubo-Futurismus" 1914 gemalt und es wird der russischen Avantgarde zugerechnet. Der Verkauf des Bildes erfolgte in Kommission, wobei als Verkäuferin D._____ von der Galerie E._____ in Genf auftrat. Der hinter dem Verkauf stehende Veräusserer blieb B._____ unbekannt. Der Kaufpreis betrug USD 1.05 Mio. Das Gemälde befindet sich bis heute im Besitz von B._____.

B.
Am 23. März 2004 klagte A._____ am Bezirksgericht Meilen gegen B._____ auf Herausgabe des erwähnten Gemäldes zu unbeschwertem Eigentum. Er machte geltend, sein Vater habe das Gemälde 1970 erworben und es sei 1978 aus der elterlichen Wohnung im damaligen Leningrad (heute St. Petersburg) gestohlen worden. Als Alleinerbe seiner 1985 und 1999 verstorbenen Eltern stehe ihm der Herausgabeanspruch am Gemälde zu.

Das Bezirksgericht wies die Klage mit Urteil vom 21. Dezember 2010 ab.

C.
Am 30. Dezember 2010 erklärte A._____ Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich. Er verlangte die Aufhebung des bezirksgerichtlichen Urteils und die Gutheissung der Klage, allenfalls die Rückweisung an das Bezirksgericht zur Neubeurteilung. Mit Urteil vom 5. April 2012 wies das Obergericht die Klage ab.

D.
Am 15. Mai 2012 hat A._____ (Beschwerdeführer) Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und B._____ (Beschwerdegegner) zu verurteilen, ihm das Gemälde "Diener mit Samowar" von Kasimir Malewitsch zu unbeschwertem Eigentum herauszugeben. Eventualiter sei die Angelegenheit an das Obergericht zurückzuweisen.

Mit separater Eingabe desselben Datums stellte der Beschwerdeführer ein Ausstandsgesuch gegen Bundesrichterin Vera Rottenberg Liatowitsch.

Das Bundesgericht hat die Akten beigezogen. Das Obergericht hat auf Vernehmlassung verzichtet. Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie einzutreten sei. Eventualiter und für den Fall der Rückweisung sei der Sachverhalt zu berichtigen.

Erwägungen:

1.
Das Ablehnungsgesuch gegen (alt) Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch ist als gegenstandslos abzuschreiben. Ihre Mitwirkung am vorliegenden Verfahren war zu keinem Zeitpunkt vorgesehen (vgl. Art. 31 f. des Reglements für das Bundesgericht vom 20. November 2006 [BGerR; SR 173.110.131]).

2.

2.1. Die fristgerecht von der vorinstanzlich unterlegenen Partei erhobene Beschwerde richtet sich gegen einen kantonal letztinstanzlichen, auf Rechtsmittel hin ergangenen Endentscheid, der eine Zivilsache mit Vermögenswert betrifft, wobei der erforderliche Streitwert bei weitem übertroffen wird (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 lit. b, Art. 75, Art. 76, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig.

2.2. Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG; vgl. für Ausnahmen Abs. 2 dieser Norm) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt.

Der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt ist für das Bundesgericht hingegen grundsätzlich verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig - d.h. willkürlich (BGE 135 III 127 E. 1.5 S. 130 mit Hinweis) - ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen, muss in der Beschwerde substantiiert begründet werden (BGE 137 III 226 E. 4.2 S. 234; 137 II 353 E. 5.1 S. 356). Dabei ist zu beachten, dass bei der Rüge der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung das strenge Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG) gilt und demnach anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids klar und detailliert darzulegen ist, inwiefern die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung willkürlich sein soll. Demzufolge genügt es nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten (BGE 133 II 249 E. 1.4.2 und 1.4.3 S. 254 f.). Auf solche rein appellatorische Kritik am Sachverhalt tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 137 II 353 E. 5.1 S. 356 mit Hinweis).

Die Verletzung des kantonalen Zivilprozessrechts, dem das erst- wie das zweitinstanzliche Verfahren unter-

standen (vgl. Art. 404 f. ZPO [SR 272]), kann ebenfalls nur unter dem Aspekt des Willkürverbots geprüft werden.

2.3. Eine Verletzung des Willkürverbots liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 137 I 1 E. 2.4 S. 5; 129 I 173 E. 3.1 S. 178; je mit Hinweisen). Demgemäss erweist sich die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung des Beschwerdeführers übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 137 III 226 E. 4.2 S. 234; 136 III 552 E. 4.2 S. 560).

3.
Die vorliegende Herausgabeklage untersteht Schweizer Recht (sogleich E. 3.1). Zu beurteilen ist sie - wie vor der Vorinstanz - unter dem Aspekt von Art. 934 und Art. 936 ZGB (Besitzesrechts- oder Fahrnisklage; unten E. 3.2). Der Beschwerdeführer beruft sich nicht mehr auf Art. 641 Abs. 2 ZGB (Vindikation, Eigentumsklage), so dass diese Anspruchsgrundlage ausser Betracht bleibt.

3.1. Die Anwendbarkeit von Schweizer Recht stützt sich auf Art. 100 Abs. 2 IPRG (SR 291), wovon auch das Obergericht ausgegangen ist. Der Beschwerdegegner hat das Gemälde unbestrittenermassen in der Schweiz erworben (vgl. Art. 100 Abs. 1 IRPG) und es befindet sich immer noch hier. Nach Art. 100 Abs. 2 IPRG unterstehen Inhalt und Ausübung dinglicher Rechte (wozu auch die an den Besitz geknüpften Befugnisse zählen) an beweglichen Sachen dem Recht am Ort der gelegenen Sache (sog. lex rei sitae). Die Herausgabeklage richtet sich somit nach den Normen des Staates, in dem sich die herausverlangte Fahrnissache befindet, d.h. vorliegend nach Schweizer Recht (Urteil 5A 88/2011 vom 23. September 2011 E. 4; Pius Fisch, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2007, N. 55 zu Art. 100 IPRG).

3.2.

3.2.1. Gemäss Art. 934 Abs. 1 ZGB kann der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder verloren geht oder sonst wider seinen Willen abhandenkommt, sie während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern. Auf den guten Glauben des Empfängers kommt es dabei grundsätzlich nicht an (vgl. allerdings Art. 934 Abs. 2 ZGB und Art. 935 ZGB). Für Kulturgüter im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KGTG; SR 444.1), das am 1. Juni 2005 in Kraft getreten ist, gilt eine einjährige relative und eine dreissigjährige absolute Verjährungsfrist (Art. 934 Abs. 1bis ZGB). Vorliegend ist dieses Gesetz bzw. die dadurch bewirkte Änderung des ZGB nicht anwendbar, da der fragliche Erwerbsvorgang vor dem 1. Juni 2005 stattgefunden hat (Art. 33 KGTG; Wolfgang Ernst, in: Basler Kommentar, 4. Aufl. 2011, N. 17l zu Art. 934 ZGB; vgl. auch BGE 131 III 418 E. 3.2.2 S. 427 f.). Es bleibt somit bei der Massgeblichkeit der Fünfjahresfrist gemäss Abs. 1 von Art. 934 ZGB.

Wer den Besitz einer beweglichen Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, kann vom früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden (Art. 936 Abs. 1 ZGB). Da die Fünfjahresfrist gemäss Art. 934 Abs. 1 ZGB längst abgelaufen ist, bleibt einzig zu untersuchen, ob der Beschwerdeführer das Bild gestützt auf Art. 936 Abs. 1 ZGB herausfordern kann. Im Vordergrund steht die Frage nach dem guten Glauben des Beschwerdegegners in die Verfügungsberechtigung des Veräusserers (unten E. 5). Daneben stellen sich Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation, die vorliegend nicht abschliessend beantwortet werden können (unten E. 4 und 5.5).

3.2.2. Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person knüpft, ist dessen Dasein zu vermuten (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Der Erwerber einer Sache gilt grundsätzlich als gutgläubig. Demgemäss trägt bei der Klage nach Art. 936 ZGB der frühere Besitzer die Beweislast für den bösen Glauben des Erwerbers (Emil

W. Stark, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2001, N. 6 zu Art. 936 ZGB). Der Gutglaubensschutz versagt indessen nicht nur bei Bösgläubigkeit, sondern auch dann, wenn der gutgläubige Erwerber den Rechtsmangel nicht kennt, weil er beim Erwerb der Sache jene Aufmerksamkeit vermissen liess, die von ihm nach den Umständen verlangt werden durfte (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Wird nicht die nach den Umständen gebotene Aufmerksamkeit aufgewendet, zieht dies die gleichen Rechtsfolgen nach sich wie die Bösgläubigkeit. Die Nichtbeachtung der gebotenen Aufmerksamkeit ist allerdings nur von Bedeutung, wenn sie für die fehlende Kenntnis vom Rechtsmangel kausal ist; andernfalls ist sie unbeachtlich (BGE 122 III 1 E. 2a S. 3). Auch hier obliegt die Beweislast, entsprechend der Vorschrift von Art. 8 ZGB, demjenigen, der die Sache herausverlangt. Dieser hat die Umstände nachzuweisen, aus denen er die mangelnde Aufmerksamkeit ableitet (BGE 113 II 397
E. 2 S. 399). Rechtsfrage ist hingegen das Mass der gebotenen Aufmerksamkeit und die Frage, inwieweit der Beklagte ihr nachgekommen ist (BGE 131 III 418 E. 2.3.1 S. 421 mit Hinweisen).

Der Grad der Aufmerksamkeit, der vom Erwerber verlangt werden darf, richtet sich nach den Umständen. Was dies im Einzelfall bedeutet, ist weitgehend eine Ermessensfrage (Art. 4 ZGB; BGE 131 III 418 E. 2.3.2 S. 421 f.). In die Abwägung einzubeziehen ist insbesondere eine in der betreffenden Branche herrschende Verkehrsübung, wobei allenfalls übliche Nachlässigkeiten nicht zu einer Herabsetzung der Sorgfaltsanforderungen führen können (BGE 113 II 397 E. 2b S. 399). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht keine allgemeine Erkundigungspflicht des Erwerbers nach dem Vorliegen der Verfügungsmacht des Veräusserers; nur wenn konkrete Verdachtsgründe vorliegen, müssen die näheren Umstände abgeklärt werden (BGE 122 III 1 E. 2a/aa S. 3; 131 III 418 E. 2.3.2 S. 422; je mit Hinweisen). Höhere Anforderungen sind an jene Geschäftszweige zu stellen, die dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft und folglich mit Rechtsmängeln behafteter Sachen in besonderem Masse ausgesetzt sind, wie es beim Handel mit Gebrauchtwaren aller Art der Fall ist (BGE 113 II 397 E. 2b S. 399 f.). Auch wenn damit keine generelle Erkundigungspflicht statuiert wird, ergibt sich in diesen Fällen eine Abklärungs- bzw. Erkundigungspflicht hinsichtlich der
Verfügungsberechtigung des Veräusserers nicht erst bei konkretem Verdacht des Rechtsmangels, sondern bereits, wenn aufgrund der Umstände Anlass zu Misstrauen besteht (BGE 122 III 1 E. 2a/aa S. 3; 131 III 418 E. 2.3.2 S. 422). Diese erhöhten Sorgfaltsanforderungen beschränken sich nicht auf den Händler im kaufmännischen Verkehr; entscheidend ist vielmehr die Branchenvertrautheit des Erwerbers (BGE 131 III 418 E. 2.3.2 S. 422; 122 III 1 E. 2a/bb S. 4 und E. 2b/aa S. 5; vgl. auch BGE 119 II 23 E. 3c/aa S. 27).

4.

4.1. Das Obergericht hat in einem ersten Schritt die Aktivlegitimation des Beschwerdeführers bejaht. Dazu genüge der frühere selbständige oder unselbständige Besitz des Beschwerdeführers und das unfreiwillige Abhandenkommen desselben. Auf eine weitergehende Berechtigung des Beschwerdeführers an der Sache komme es jedoch nicht an. Ob solcher Besitz vorhanden gewesen sei, entscheide sich nach schweizerischem Recht.

Der Beschwerdegegner wendet sich gegen diese Erwägungen. Dabei weist er zu Recht darauf hin, dass sich der Besitzerwerb des Vaters des Beschwerdeführers in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts nach dem damaligen Lageort des Bildes, d.h. nach russischem bzw. sowjetischem Recht richten würde. Nach der Rechtsprechung zum vor 1989 geltenden internationalen Privatrecht der Schweiz (vgl. Art. 196 IPRG), die in Art. 100 Abs. 1 IPRG kodifiziert wurde, unterstehen Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen dem Recht des Staates, in dem die Sache im Zeitpunkt des Vorgangs liegt, aus dem Erwerb oder Verlust hergeleitet werden. Dieses Prinzip gilt nicht nur für den Erwerb dinglicher Rechte, sondern auch des Besitzes (Urteile 5A 88/2011 vom 23. September 2011 E. 4; 5C.16/1998 vom 28. Mai 1998 E. 3c/bb; Stark, a.a.O., N. 74 vor Art. 930-937 ZGB). Der Beschwerdegegner bestreitet zwar die tatsächlichen Grundlagen des Besitzes des Beschwerdeführers bzw. dessen Vaters (dazu sogleich). Für den Fall, dass diese Einwände unbegründet sein sollten, behauptet er aber nicht, dass das russische bzw. das damalige sowjetische Recht keinen Tatbestand des Besitzes kenne oder gekannt habe, den der Vater des Beschwerdeführers erfüllt hätte
(vgl. Art. 96 lit. b BGG und Art. 16 IPRG). Nach der Verbringung des Gemäldes in die Schweiz bestimmen sich der Inhalt und die Ausübung des früheren Besitzes nach Schweizer Recht (vgl. Art. 100 Abs. 2 IPRG; Stark, a.a.O., N. 81 f. vor Art. 930-937 ZGB), womit dem ehemaligen Besitzer die Klage nach Art. 934 und 936 ZGB zur Verfügung steht. Auf die allfällige Berechtigung des Beschwerdeführers (oder seines Vaters) am

Bild, die sich nach russischem bzw. sowjetischem Recht richten würde, kommt es entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners für die Frage der Aktivlegitimation zur Klage nach Art. 936 Abs. 1 ZGB zunächst nicht an. Die Behauptung, dass das angeblich bereits im Jahre 1917 erstmals abhandengekommene Gemälde seither in Russland bzw. der Sowjetunion nie habe gutgläubig erworben werden können, beschlägt die Frage des Eigentums bzw. der Einrede gemäss Art. 936 Abs. 2 ZGB. Dazu hat sich die Vorinstanz noch nicht geäussert.

In tatsächlicher Hinsicht hat das Obergericht festgehalten, der Vater des Beschwerdeführers habe das fragliche Bild um 1973/74 besessen. Dies ergebe sich einerseits aus der Aussage des Zeugen F._____, denn dieser habe das Bild damals in der Wohnung des Vaters gesehen. Dass F._____ sich - wie in einem Schreiben von 1975 belegt (act. 53/6) - nicht mehr an die genaue Beschaffenheit des Gemäldes erinnern konnte, ändere nichts an seiner Glaubwürdigkeit, zumal er in einem Werkkatalog dokumentiert habe, dass sich das Bild im Besitz der Familie des Beschwerdeführers befunden habe. Andererseits diene die für den Erwerb vorgelegte Urkunde vom 19. September 1970 als Indiz für den Besitz, auch wenn sie bestenfalls eine Quittung darstelle (act. 4/21=act. 53/4: Bestätigung des Verkaufs des Gemäldes durch G._____ an den Vater des Beschwerdeführers). Der Beschwerdegegner bestreitet diese Erwägungen, setzt ihnen aber einzig seine eigene Interpretation des fraglichen Schreibens von F._____ entgegen und geht auf die Quittung inhaltlich nicht näher ein. Damit vermag er keine Willkür bei der Beweiswürdigung aufzuzeigen.

Gestützt auf zwei Strafurteile des Wyborg-Bezirksgerichts von Leningrad aus den Jahren 1979 und 1983 hat das Obergericht sodann den Diebstahl des Gemäldes aus der Wohnung der Eltern des Beschwerdeführers im Jahre 1978 als nachgewiesen erachtet. Der Beschwerdegegner zieht in erster Linie die Echtheit der Urteile in Zweifel, doch nennt er keinen Anhaltspunkt, weshalb die vorliegenden Dokumente gefälscht sein sollen. Nicht willkürlich ist es, wenn das Obergericht aus der Tatsache, dass das Wyborg-Bezirksgericht auf ein Auskunftsbegehren des Bezirksgerichts Meilen nicht reagiert hat, nichts Nachteiliges abgeleitet hat.

Die vorinstanzliche Feststellung, dass der Beschwerdeführer Alleinerbe seiner Eltern ist, wird vor Bundesgericht nicht angefochten.

4.2. Unklar ist die Haltung der Vorinstanz zur Frage, ob der Beschwerdegegner überhaupt von einem Nichtberechtigten erworben hat. Der gute oder böse Glaube, auf den es vorliegend ankommt, bezieht sich auf die Berechtigung des Veräusserers, über die Sache zu verfügen. Wenn diese Berechtigung gegeben ist, so hat der Käufer von einem Berechtigten erworben und das Wissen oder Wissenmüssen um das frühere Abhandenkommen ist - unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs - bedeutungslos (vgl. STARK, a.a.O., N. 17 zu Art. 936 ZGB). Auf Sachverhaltsebene konnte insoweit einzig erstellt werden, dass der Veräusserer dem Beschwerdegegner gegenüber anonym blieb und das Gemälde im Zeitpunkt des Kaufs (1989) bereits mehrere Jahre im Safe einer Genfer Bank lag. Wie es dorthin gelangte, wurde nicht geklärt.

Das Bezirksgericht ist davon ausgegangen, der Beschwerdegegner habe diesbezüglich die Verfügungsberechtigung des Verkäufers nicht rechtsgenüglich behauptet. Das Obergericht hat Erwägungen dazu angestellt, was gälte, wenn einige Äusserungen des Beschwerdegegners allenfalls doch als sinngemässe Behauptung aufgefasst würden. Es hat dazu jedoch nicht klar Stellung genommen. Dies war auch nicht erforderlich, da es die Klage aus anderem Grunde abgewiesen hat. Der Beschwerdeführer bezeichnet die obergerichtlichen Erwägungen als versteckte Alternativbegründung und greift sie inhaltlich an. Da die Auffassung des Obergerichts unklar ist, kann das Bundesgericht zu ihr und zu den diesbezüglichen Beschwerdegründen derzeit keine Stellung nehmen. Soweit die damit verbundenen Fragen entscheidwesentlich werden, wird das Obergericht darüber in eindeutiger Weise zu befinden haben (Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG; vgl. unten E. 5.5).

5.
Für den Fall, dass ein Erwerb von einem Nichtberechtigten vorliege, ist das Obergericht zum Schluss gekommen, dass der Beschwerdegegner den Rechtsmangel weder kannte noch kennen musste. Die getroffenen Vorsichtsmassnahmen hat es als genügend erachtet.

5.1. Zunächst steht für das Obergericht fest, dass der Beschwerdegegner nicht tatsächlich vom Diebstahl oder

dem Mangel der Verfügungsbefugnis des Veräusserers wusste. Insbesondere hätten ihm weder die Familie des Beschwerdeführers, die der Beschwerdegegner im Jahre 1988 in Leningrad besucht und deren Kunstsammlung er besichtigt habe, Entsprechendes mitgeteilt, noch habe sich die vom Beschwerdegegner beigezogene Expertin H._____ in diesem Sinne geäussert.

Die Umstände des Kaufes hätten sodann weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit zu Misstrauen Anlass gegeben. Das umstrittene Gemälde "Diener mit Samowar" von Kasimir Malewitsch sei zum Zeitpunkt des Kaufs durch den Beschwerdegegner zwar in einem schlechten Zustand gewesen und ungerahmt verkauft worden, doch habe nicht nachgewiesen werden können, dass es aus dem Rahmen geschnitten worden sei. Zur Marktsituation hat das Obergericht festgestellt, es sei im Jahre 1989 selten gewesen, dass ein Originalgemälde von Malewitsch auf dem Markt auftauche. Vor dem Erwerb habe der Beschwerdegegner das Bild durch H._____, die eine Kennerin der russischen Avantgarde sei, auf seine Echtheit hin prüfen lassen. H._____ habe die Prüfung bei der Bank, wo das Bild lagerte, vorgenommen und sie habe es als echt beurteilt. Zudem habe sie dem Beschwerdegegner ein ihr zugetragenes Gerücht mitgeteilt, wonach sich auf dem Markt ein gestohlenes Bild von Malewitsch befinde. Das Obergericht hat jedoch als nicht erstellt erachtet, dass H._____ das Gerücht klar auf das Bild "Diener mit Samowar" bezogen oder dem Beschwerdegegner diesbezüglich einen Rat erteilt habe. Auch hinsichtlich der Verkäuferseite hat das Obergericht keine Vorbehalte angebracht:
Erworben habe der Beschwerdegegner das Bild über die Galerie E._____ in Genf und unter Einbezug der Galerie I._____, wobei die Rolle der letztgenannten Galerie vom Obergericht nicht genauer erläutert wird. Die Galerien hätten keinen unseriösen oder schlechten Ruf gehabt. Allerdings hätte die Galerie E._____ damals finanzielle Schwierigkeiten gehabt. Auf russische Kunst sei die Galerie E._____ zwar nicht spezialisiert gewesen, sie habe aber einen gewissen Bezug dazu gehabt, auch wenn nicht klar sei, ob dieser Bezug zur Kunst der russischen Avantgarde bestanden habe. Sporadisch habe die Galerie E._____ zudem auch Kunst im Hochpreissegment angeboten. Ein Bezug zur russischen Kunst habe sodann über J._____ von der Galerie I._____ bestanden. Gemäss Kaufvertrag sei D._____ von der Galerie E._____ als Verkäuferin aufgetreten, wobei sie als Kommissionärin gehandelt habe. Dass sie nicht Eigentümerin des Bildes gewesen sei, sei dem Beschwerdegegner bekannt gewesen. Der Beschwerdegegner habe nämlich vor Kaufvertragsabschluss über J._____ von der Galerie I._____ eine Bestätigung von D._____ über das Verfügungsrecht des Veräusserers einholen lassen. Darin habe D._____ bestätigt, dass ihr der aktuelle
Eigentümer des Bildes zugesichert habe, dass er der einzige und alleinige Besitzer des Bildes sei, sich das Bild seit mehreren Jahren in einem Banktresor befinde und der Eigentümer des Bildes der Bank folglich seit mehreren Jahren bekannt sei. Im Kaufvertrag habe D._____ sodann die Echtheit des Bildes garantiert und dass sie als Verkäuferin berechtigt und in der Lage sei, das Eigentum am Bild rechtmässig im Sinne von Art. 641 ff. ZGB zu übertragen. Zu den Gepflogenheiten auf dem Kunstmarkt hat das Obergericht festgestellt, es sei zum damaligen Zeitpunkt nicht unüblich gewesen, dass der wahre Veräusserer dem Erwerber unbekannt geblieben sei. Der Kaufpreis von USD 1.05 Mio. sei nicht ungewöhnlich niedrig.

Ausserdem habe das Auktionshaus K._____ in Genf im Mai 1989 das fragliche Gemälde zunächst für USD 1 Mio. kaufen wollen, den zugesicherten Erwerb dann aber abgelehnt (an anderer Stelle spricht das Obergericht von der geplanten Aufnahme des Gemäldes in eine Auktion). Die Ablehnung des Kaufs sei dem Beschwerdegegner bekannt gewesen. Er habe daraufhin mit L._____, dem damaligen Leiter von K._____ Schweiz, Kontakt aufgenommen. Aufgrund der im Recht liegenden Korrespondenz sei davon auszugehen, dass K._____ vom Geschäft absah, weil die sowjetischen Behörden den Kauf nicht bewilligen würden, da das Bild die Sowjetunion illegal verlassen habe, und K._____ die Kontakte zur Sowjetunion nicht gefährden wollte. Damit sei für den Beschwerdegegner eine nachvollziehbare Erklärung für den Rücktritt von K._____ vom Kauf vorgelegen. Tatsächlich sei es - so das Obergericht - im fraglichen Zeitraum verboten gewesen, russische Bilder, die vor 1945 entstanden seien, aus der Sowjetunion zu exportieren. Der Beschwerdegegner habe um die Illegalität der Ausfuhr gewusst. Unbestritten geblieben sei, dass der Beschwerdegegner sich bei Interpol nach dem Bild erkundigt habe. Da die Sowjetunion 1989 nicht Mitglied von Interpol gewesen sei, sei
die Erkundigung ergebnislos geblieben. Nicht nachgewiesen erschien dem Obergericht die Behauptung des Beschwerdegegners, dass sich D._____ vor dem Verkauf bei der sowjetischen Botschaft telefonisch nach dem Bild erkundigt habe, wobei sich keine Hinweise auf Rechtsmängel ergeben hätten. Nach Einschätzung des Obergerichts seien weitere Vorsichtsmassnahmen unnötig gewesen bzw. hätten nicht zur Aufdeckung des

Rechtsmangels geführt.

5.2. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass der Beschwerdegegner nicht effektiv um den Rechtsmangel wusste. Zu prüfen ist hingegen, ob der Beschwerdegegner genügend Sorgfalt hat walten lassen, so dass er sich auf seinen guten Glauben berufen darf.

5.2.1. Dabei ist die Vorinstanz grundsätzlich zu Recht davon ausgegangen, dass die Sorgfaltsanforderungen im Jahre 1989 nicht danach bestimmt werden können, was heute über den Umfang des unrechtmässigen Entzugs von Kunst und Kulturgütern in den Staaten des ehemaligen Ostblocks bekannt ist. In diesem Sinne ist das Ergebnis des Beweisverfahrens zu berücksichtigen, wonach 1989 in der Kunstbranche bzw. allgemein nicht bekannt gewesen sei, dass aus der Sowjetunion geschmuggelte Kunst in der Regel geraubt oder sonst wie dem Eigentümer abhandengekommen sei, während nach heutigem Wissensstand eine solche Vermutung naheliege. Ebenso ist in diesem Rahmen der auf ein Gutachten gestützte Schluss des Obergerichts zu würdigen, wonach Provenienzabklärungen 1989 zwar üblich gewesen seien, sie sich aber auf die Echtheit und allfällige renommierte Vorbesitzer des Kaufobjekts konzentriert hätten und sich ihr Inhalt erst nach dem Fall des Eisernen Vorhangs und dem Aufkommen der Raubkunstdiskussion auf die Klärung der Verfügungsberechtigung verschoben habe.

Der Beschwerdeführer greift die Feststellungen über das Erfahrungswissen im Jahre 1989 nicht inhaltlich an (zur Kritik an der Person des Gutachters unten E. 5.2.5), macht jedoch geltend, der Kunsthandel sei ganz allgemein ein Geschäftszweig im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, der dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft und folglich mit Rechtsmängeln behafteter Sachen in besonderem Masse ausgesetzt sei. Das Obergericht hat jedoch keinen allgemeinen Erfahrungssatz angenommen, dass der spezifische, in Frage stehende Markt (Verkauf von Werken der klassischen Moderne aus der Sowjetunion im Westen vor der Wende) in besonderem Masse dem Angebot von Waren zweifelhafter Herkunft ausgesetzt sei, sondern die Vorinstanzen haben sich für die Abklärung dieser Frage auf ein Gutachten stützen müssen, welches zum Schluss gekommen ist, dass dies - nach damaligem Kenntnisstand - nicht der Fall gewesen sei. Insoweit geht es nicht um einen Schluss aus der allgemeinen Lebenserfahrung, der für das Bundesgericht frei überprüfbar wäre (BGE 130 III 182 E. 5.5.2 S. 192 mit Hinweisen), sondern um Beweiswürdigung (vgl. zur Abgrenzung Hans Peter Walter, in: Berner Kommentar, 2012, N. 99 ff. zu Art. 8 ZGB). Dieses Vorgehen ist nicht zu
beanstanden. Ob nach heutigem Kenntnisstand ein entsprechender allgemeiner Erfahrungssatz für Teile des Kunsthandels aufgestellt werden müsste, braucht nicht beurteilt zu werden (vgl. dazu REGULA BERGER-RÖTHLISBERGER, Sorgfalt bei der Übertragung und beim Erwerb von Kulturgütern, 2009, S. 148 f.; CHARLOTTE WIESER, Gutgläubiger Fahrniserwerb und Besitzesrechtsklage, 2004, S. 96 f.).

5.2.2. Zur Person des Beschwerdegegners hat das Obergericht festgehalten, er sei zwar kein Kunsthändler, aber ein angesehener Kunstsammler und Inhaber einer bedeutenden Sammlung moderner Kunst. Daraus hat das Obergericht zu Recht abgeleitet, er sei als mit der Kunstbranche vertraut zu betrachten. Entgegen dem, was der Beschwerdegegner vorbringt, ist seine Branchenvertrautheit für die an ihn zu stellenden Sorgfaltsanforderungen von Bedeutung, ohne dass es dabei darauf ankommt, ob er Kunsthändler ist oder nicht (vgl. oben E. 3.2 am Ende).

5.2.3. Aus dem Gesagten folgt, dass zwar - nach damaligem Kenntnisstand - kein Markt vorlag, auf dem in erhöhtem Masse mit zweifelhaften Gegenständen gerechnet werden musste. Für die Frage, ob dem Beschwerdegegner Verdachtsgründe erkennbar waren, ist jedoch seine Branchenvertrautheit zu berücksichtigen. Es ist demnach zu untersuchen, ob ihm die nachgewiesenen Umstände Anlass zu entsprechendem Verdacht hätten sein müssen.

5.2.4. Für diese Beurteilung von entscheidender Bedeutung ist die Warnung von H._____, dass sich ein gestohlenes Bild von Malewitsch auf dem Markt befinde. Darin könnte ein Umstand liegen, der den Beschwerdegegner zu weiteren Vorsichtsmassnahmen hätte veranlassen müssen.

Dabei ist eine vom Bundesgericht nur unter Willkürgesichtspunkten zu prüfende Tatfrage (Art. 97 Abs. 1

BGG), was H._____ dem Beschwerdegegner gesagt und was der Beschwerdegegner effektiv verstanden hat; hingegen ist eine frei zu prüfende Rechtsfrage, wie er ihre Aussagen verstehen durfte und musste und welche Bedeutung die festgestellten Aussagen für die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB massgeblichen Umstände und seinen guten Glauben aufweisen.

Zunächst ist auf die Verwertbarkeit der Aussagen von H._____, ihre Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen einzugehen. Das Obergericht und das Bezirksgericht, auf dessen Ausführungen das Obergericht verweist, haben sich zu diesen Themen einlässlich geäussert. Beide Instanzen gingen davon aus, es bestehe kein Grund zur Annahme, dass H._____ aufgrund ihrer vorprozessualen Befragung im Jahre 2002 (pre-trial discovery des US-amerikanischen Rechts) anlässlich der nachfolgenden, rechtshilfeweisen Einvernahme im Jahre 2009, auf die es entscheidend ankomme, nicht mehr frei und unbefangen geantwortet hätte. Das Obergericht berücksichtigte zudem, dass auch weitere vorprozessuale Kontakte zwischen dem Beschwerdeführer und H._____ aktenkundig seien. Ihre Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage sah das Obergericht jedoch nicht beeinträchtigt. Insbesondere wies es darauf hin, dass H._____ auch auf eindringliches Befragen hin gegenüber ihrer spontanen Aussage keine relevanten Zugeständnisse gemacht habe und dass ihre Aussagen hinsichtlich der Mitteilung eines Gerüchts einheitlich seien, auch wenn sich in ihren Aussagen im Übrigen Widersprüche fänden. Der Beschwerdegegner hält ihre Aussagen wegen der
Kontakte des Beschwerdeführers zu ihr nach wie vor für unverwertbar und sie seien auch widersprüchlich. Auch unter Beachtung der Vorbringen in der Beschwerdeantwort (Rz. 309 ff., Rz. 549 ff., Rz. 560 ff.) besteht jedoch kein Anlass, auf die Frage der Verwertbarkeit und der grundsätzlichen Glaubwürdigkeit zurückzukommen. Es ist insbesondere weder ersichtlich, dass die Vorinstanz § 148 der Zürcher Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ehemals LS 271; fortan ZPO/ZH) betreffend freie Beweiswürdigung willkürlich angewandt hätte noch dass sich das Obergericht bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von unhaltbaren Kriterien leiten liess.

Aufgrund der vorinstanzlichen Beweiswürdigung steht fest, dass H._____ den Beschwerdegegner im Zusammenhang mit der Mitteilung ihres Prüfberichts (über die Echtheit des Gemäldes) über ein Gerücht informierte, dass sich auf dem Markt ein gestohlenes Malewitsch-Bild befinde. Die Behauptung des Beschwerdegegners mag zwar zutreffen, dass er (der Beschwerdegegner) vor Gericht zu Protokoll gegeben habe, von H._____ kein solches Gerücht vernommen zu haben, doch lässt dies die gegenteilige obergerichtliche Beweiswürdigung nicht als willkürlich erscheinen. Das Obergericht hat weiter erwogen, es sei allerdings nicht erstellt, dass H._____ das Gerücht klar auf das Bild "Diener mit Samowar" bezogen habe oder dass sie den Beschwerdegegner darauf hingewiesen oder ihm einen Rat gegeben habe (Urteil des Obergerichts E. III.6.9 S. 33 f.). Der Beschwerdeführer rügt dies als willkü rlich und verweist auf zahlreiche Belegstellen aus der Einvernahme vom 11. August 2009 (act. 594 [englisches Original]und act. 618 [deutsche Übersetzung]).

Eine Sachverhaltsergänzung und Behandlung der verschiedenen zitierten Belegstellen erweist sich als unnötig. Bereits auf Grundlage des vom Obergericht festgestellten Sachverhalts lässt sich die Rechtsfrage behandeln, wie der Beschwerdegegner die Äusserung von H._____ verstehen durfte und musste. Vorauszuschicken ist, dass der Beschwerdeführer nicht bestreitet, dass H._____ dem Beschwerdegegner keinen ausdrücklichen Rat gab, z.B. Recherchen zu betreiben oder vom Kauf Abstand zu nehmen. Zu prüfen ist, ob die Mitteilung des Gerüchts, dass sich auf dem Markt ein gestohlenes Gemälde von Malewitsch befinde, ernsthaft und konkret genug war, um beim Beschwerdegegner einen hinreichenden Verdacht zu wecken und ihn zu verstärkter Vorsicht anzuhalten, d.h. ob er auch von sich aus, gestützt auf den allgemein gehaltenen Hinweis durch H._____, darauf hätte schliessen sollen, dass es sich beim Bild "Diener mit Samowar" um das gestohlene Gemälde handeln könnte. Dazu ist von Bedeutung, dass er das Gerücht nicht aus irgendeiner Quelle vernommen hat, sondern von einer Kunstexpertin, die er als seine Vertrauensperson zur Prüfung der Echtheit des Gemäldes "Diener mit Samowar" ausgesucht hatte. Sie erwähnte das Gerücht auch nicht irgendwann,
sondern im Rahmen einer Beratung über ein konkretes Gemälde von Malewitsch. Insoweit durfte und musste der Beschwerdegegner davon ausgehen, dass sie ihm nicht irgendwelche unhaltbaren Gerüchte erzählen wird, die mit dem Gegenstand ihres Gesprächs nichts zu tun haben, sondern mit der Information einen Zweck verfolgte und sie selber der Meinung war, dass das fragliche Bild Gegenstand des Gerüchts sein könnte. Wäre sie nicht dieser Auffassung gewesen, so hätte sie keinen Anlass gehabt, ihm das Gerücht überhaupt mitzuteilen, oder dann nur in dem Sinne, dass zwar ein Gerücht zirkuliere, er sich davon aber keinesfalls verunsichern lassen

solle, da es aus diesem oder jenem Grunde ausgeschlossen sei, dass das Bild "Diener mit Samowar" gemeint sei. Ein Bezug zwischen der Mitteilung des Gerüchts und dem streitgegenständlichen Bild ergibt sich somit ohne weiteres aus den Umständen. Dies gilt umso mehr, als es nach den obergerichtlichen Feststellungen selten war, dass ein Originalgemälde von Malewitsch auf dem Markt angeboten wurde. Das Gerücht konnte sich demnach nicht ebenso gut auf unzählige andere Werke Malewitschs beziehen, die gerade im Handel waren. Folglich lagen genügend konkrete Verdachtsmomente vor, die den Beschwerdegegner zu weiteren Abklärungen hätten veranlassen müssen.

5.2.5. Bei diesem Ergebnis ist nicht nötig, im Einzelnen auf die ausufernde Kritik des Beschwerdeführers am angefochtenen Urteil und seinen Versuch einzugehen, zahlreiche weitere Umstände ebenfalls als Verdachtselemente hinzustellen. Umgekehrt vermögen diese Nebenumstände allerdings auch nicht, den durch das Gerücht entstandenen Verdacht von vornherein zu entkräften. Auf diese Umstände und die entsprechenden Rügen ist nachfolgend insoweit einzugehen, wie zur Darstellung der Gesamtzusammenhänge geboten:

Die Vorinstanz hat kein Verdachtsmoment darin gesehen, dass D._____ als Kommissionärin handelte und dem Beschwerdegegner die Identität des wahren Veräusserers unbekannt blieb. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist diese Beurteilung nicht zu beanstanden. Die Schlussfolgerung basiert auf der vorinstanzlichen Tatsachenfeststellung, dass dies im Kunsthandel 1989 üblich war, und diese Feststellung stützt sich auf die Aussage von L._____ als Zeuge und auf ein Gutachten. Der Beschwerdeführer erachtet das Abstellen auf das Gutachten als willkürlich, da der Gutachter aufgrund seines Alters (Jahrgang 1970) kein eigenes Erfahrungswissen über den Kunsthandel im Jahre 1989 gehabt habe und sich deshalb auf Literaturrecherchen stützen musste. Mit diesem Einwand hat sich das Bezirksgericht bereits in seinem Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2009 befasst (act. 517). Es hat ausgeführt, dies schliesse nicht aus, dass er anderweitig die nötigen Kenntnisse habe. So ergebe sich aus den Publikationen des Gutachters eine vertiefte Beschäftigung mit dem Kunsthandel der Gegenwart und jüngeren Vergangenheit (E. 2.2.4 des Beschlusses). Das Obergericht hat ergänzt, als Direktor eines Auktionshauses sei der Gutachter prädestiniert zur Beantwortung von Fragen, was im Kunsthandel üblich gewesen sei. Diese Überlegungen halten vor Bundesrecht stand, abgesehen davon, dass das Gutachterergebnis auch durch die Aussage von L._____ gestützt wird, die der Beschwerdeführer nicht angreift.

Anlass zu Verdacht sieht der Beschwerdeführer auch im damaligen Zustand des Gemäldes. Da das Obergericht zwar ausgeführt hat, der Zustand des Bildes sei schlecht gewesen, aber nicht näher erläutert hat, inwiefern der Zustand des Bildes schlecht gewesen ist, und auch der Beschwerdeführer dies nicht tut, kann er daraus auch nicht ableiten, dass kein redlicher Verkäufer ein solches Werk in einem derart schlechten Zustand anbieten würde. Entgegen seinen Behauptungen ergibt sich weder aus dem Ergänzungsgutachten (act. 557 S. 10), dass das Bild aus dem Rahmen geschnitten war, noch hat der Beschwerdegegner solches zugestanden, denn die vom Beschwerdeführer zitierte Aussage (Protokoll Bezirksgericht S. 174) hat der Beschwerdegegner bereits wenig später relativiert (a.a.O., S. 181), worauf bereits das Bezirksgericht hingewiesen hat (Urteil des Bezirksgerichts E. VI.2.2.5.d S. 69). Auch aus der Lagerung in einem Safe kann nicht ohne weiteres gegen die Seriosität des Verkäufers geschlossen werden. Dass die Bedingungen d ort nicht ideal waren, mag zutreffen oder nicht, stellt aber jedenfalls eine unbelegte Tatsachenbehauptung dar.

Auch die Einwände gegen D._____ und ihre Galerie überzeugen nicht. Inwieweit die finanziellen Probleme von D._____ dem Beschwerdegegner zum damaligen Zeitpunkt bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, legt der Beschwerdeführer nicht dar, so dass er auch daraus nichts ableiten kann. Es ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass sich der gute Glaube auf den Kaufzeitpunkt bezieht und nicht darauf, welche zusätzlichen Umstände im Nachhinein allenfalls bekannt oder erkennbar werden. Wenn der Beschwerdeführer zudem geltend macht, die Galerie sei nicht auf russische Avantgarde spezialisiert gewesen und der Verkaufspreis des Bildes "Diener mit Samowar" sei weit höher als derjenige bisher verkaufter Werke, so unterstellt er damit - selbst wenn die Behauptungen zutreffen sollten - jede Erweiterung des Geschäftsfelds einem unzulässigen Pauschalverdacht.

Auch die Kenntnis um die illegale Ausfuhr aus der Sowjetunion ist kein Verdachtsmoment, dies wenigstens

dann nicht, wenn eine legale Ausfuhr - wie vorliegend - auch für den Berechtigten nicht möglich wäre (vgl. BGE 131 III 418 E. 2.4.4 S. 423 ff.; 123 II 134 E. 6 S. 141 f.; Urteil 5C.16/1998 vom 28. Mai 1998 E. 4.d/cc, in: SJ 1999 I 1).

Nach wie vor macht der Beschwerdeführer geltend, das Gemälde sei zu einem auffällig tiefen Preis verkauft worden. Er will auf ein Privatgutachten abstellen, das den damaligen Wert auf USD 4 bis 5 Mio. veranschlagt, übergeht aber die zutreffende vorinstanzliche Auffassung, dass es sich dabei nicht um ein Beweismittel handle (vgl. BGE 132 III 83 E. 3.5 S. 88). Soweit er nach wie vor das Gerichtsgutachten zu dieser Frage in Zweifel zieht und dessen Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit bestreitet, so ist daran zu erinnern, dass sich bereits das Bezirksgericht (auf dessen Erwägungen das Obergericht, E. III.6.6 S. 30, verweist) mit entsprechenden Einwänden befasst und begründet hat, weshalb nach Einholung des Ergänzungsgutachtens (act. 557) dennoch der Schätzung des Gerichtsgutachters gefolgt werden könne (Urteil des Bezirksgerichts E. VI.2.2.4.c S. 63 ff.). Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass die gerichtliche Begründung den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV (Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs) nicht genügt. Dies ist nicht der Fall, denn das Bezirksgericht hat dargelegt, wieso es das Ergänzungsgutachten für genügend begründet hält, nämlich deshalb, weil dem Gericht plausibel gemacht
worden sei, woraus der Gutachter seine Schlüsse gezogen habe. Es ist nicht nötig, dass es die Begründung des Gutachters im Urteil noch einmal wiedergibt (vgl. zu den Begründungsanforderungen BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88). Das Obergericht ist auch deshalb davon ausgegangen, dass der Kaufpreis des Bildes nicht auffällig tief gewesen sei, weil zuvor vorgesehen war, dass K._____ es zu einem Preis von USD 1 Mio. kaufe. Der Beschwerdeführer bestreitet dies mit einem Hinweis auf eine protokollierte Aussage von D._____ (Protokoll Bezirksgericht S. 266), wonach nicht K._____ diesen Preis offeriert habe, sondern der anonyme Veräusserer ihn verlangt habe, womit daraus für den wahren Wert nichts abgeleitet werden könne. Das Bezirksgericht hat allerdings (unter Verweis auf act. 228/1) festgestellt, dass K._____ diesen Preis offeriert habe (Urteil Bezirksgericht E. VI.2.2.4.c S. 65). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, er habe diese Tatsachenfeststellung bereits vor Obergericht angefochten. Selbst wenn die Behauptung des Beschwerdeführers zutreffen würde, ändert dies allerdings nichts daran, dass für die Schätzung - ohne in Willkür zu verfallen - auf das Gutachten abgestellt werden durfte.

Auf die Frage, wie die Absage von K._____ zu werten ist, wird im Zusammenhang mit den vom Beschwerdegegner getroffenen Vorsichtsmassnahmen einzugehen sein (unten E. 5.3.2).

5.2.6. Der vorinstanzlichen Auffassung, in den festgestellten Umständen des Kaufs weder einzeln noch gesamthaft einen Anlass zu Misstrauen in die Verfügungsberechtigung des Veräusserers zu sehen, kann demnach nicht gefolgt werden. Die Mitteilung des Gerüchts durch H._____ musste dem Beschwerdegegner bereits genügend Anstoss zu entsprechenden Vorsichtsmassnahmen sein, auch wenn die übrigen festgestellten Umstände keine weiteren Verdachtsmomente darstellen (vgl. zur Absage von K._____ allerdings noch unten E. 5.3.2).

5.3. Demnach ist nachfolgend auf die vom Beschwerdegegner getroffenen Vorsichtsmassnahmen einzugehen und zu untersuchen, ob sie angesichts des im Raum stehenden Verdachts als genügend erachtet werden können. Der Beschwerdeführer hält die ergriffenen Massnahmen für ungenügend und sieht in ihren Ergebnissen teilweise sogar Anlass zu weiterem Misstrauen.

5.3.1. Das Obergericht hat dem Beschwerdegegner als Vorsichtsmassnahme angerechnet, dass er zwei Bestätigungen von D._____ erhalten hat: Zunächst hat sie J._____ von der Galerie I._____, die für den Beschwerdegegner angefragt hatte, bestätigt, dass ihr der aktuelle Eigentümer des Bildes zugesichert habe, der einzige und alleinige Besitzer des Bildes zu sein und dass dieser Besitzer das Bild seit Jahren in den Safes derselben Bank aufbewahre, und dass der Besitzer der Bank folglich seit Jahren bekannt sei. Im Kaufvertrag garantierte D._____ zudem, dass sie als Verkäuferin berechtigt und in der Lage sei, das Eigentum am Bild rechtmässig gemäss Art. 641 ff. ZGB zu übertragen. Der Beschwerdeführer sieht in der zweifachen Bestätigung eine Überbetonung der Verfügungsberechtigung und damit ein weiteres Verdachtselement. Die Glaubwürdigkeit der Bestätigungen sei zudem gering, da D._____ aufgrund ihrer finanziellen Schwierigkeiten und der

anfallenden Verkaufsprovision ein Interesse an der Durchführung des Verkaufs gehabt habe.

Es ist zwar denkbar, dass im Einzelfall eine Überbetonung der Verfügungsberechtigung verdächtig sein kann (Stark, a.a.O., N. 52a zu Art. 933 ZGB). Eine solche liegt jedoch nicht vor, zumal D._____ die separate Bestätigung nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz gerade auf indirekte Anfrage des Beschwerdegegners (über J._____ von der Galerie I._____) verfasst hatte. Zugleich sind die Bestätigungen aber nicht geeignet, die Zweifel zu zerstreuen, die der Beschwerdegegner nach Kenntnisnahme des Gerüchts haben musste. Dazu sind sie zu rudimentär und unbestimmt und sie erschöpfen sich in unbelegten und in für den Beschwerdegegner nicht nachprüfbaren Behauptungen von D._____ oder des hinter ihr stehenden, anonym bleibenden Verkäufers, dessen Angaben von D._____ übernommen wurden. Auch wenn D._____ von der Richtigkeit ihrer Bestätigungen ausgegangen sein sollte, ändert dies nichts daran, dass sich der Beschwerdegegner mit ihnen nicht zufrieden geben durfte.

5.3.2. Als weitere Vorsichtsmassnahme hat das Obergericht dem Beschwerdegegner angerechnet, dass er mit L._____, dem damaligen Leiter von K._____ Schweiz, Kontakt aufgenommen habe, nachdem er erfahren hatte, dass K._____ die Aufnahme des Bildes in eine Auktion abgelehnt hatte. Das Auktionshaus habe vom Kauf abgesehen, weil die sowjetischen Behörden aufgrund der illegalen Ausfuhr des Bildes diesen nicht bewilligen könnten und K._____ die guten Kontakte zur Sowjetunion nicht habe gefährden wollen. Damit habe für den Beschwerdegegner eine nachvollziehbare Erklärung für den Rücktritt von K._____ von der Kaufzusicherung vorgelegen (Urteil des Obergerichts E. III.8.2 S. 41).
Der Beschwerdeführer kritisiert zu Recht die vorinstanzliche Schlussfolgerung, der Beschwerdegegner habe eine nachvollziehbare Erklärung (nämlich die Opposition der sowjetischen Botschaft wegen der illegalen Ausfuhr) für den Rücktritt von K._____ vom Kauf des Gemäldes erhalten. Die Vorinstanz hat nämlich selber festgestellt, dass der damalige Leiter von K._____ Schweiz, L._____, zwar bestätigen könne, dass er einmal ein Gespräch mit dem Beschwerdegegner über ein Malewitsch-Bild geführt habe. An den Zeitpunkt und an den genauen Inhalt konnte er sich aber nicht erinnern (Urteil des Obergerichts E. III.6.10 S. 35).

Zwar durfte die Vorinstanz angesichts der im Recht liegenden Akten (act. 228/1-4) ohne Willkür zum Schluss kommen, dass K._____ den Kauf aus den genannten Gründen abgelehnt hatte, nämlich weil sich die sowjetischen Behörden aufgrund der illegalen Ausfuhr dem Geschäft widersetzten und K._____ die guten Kontakte zur Sowjetunion erhalten wollte. Da über den Zeitpunkt und den Inhalt des Gesprächs zwischen L._____ und dem Beschwerdegegner nichts Genaueres bekannt ist, kann es jedoch nicht als Vorsichtsmassnahme gewertet werden. Selbst wenn der Beschwerdegegner die genannte Auskunft über die Gründe für den Rückzug von K._____ noch vor dem Erwerb erhalten haben sollte, so wäre damit hinsichtlich des Gerüchts, dass sich ein gestohlenes Bild von Malewitsch auf dem Markt befinde, weder in die eine noch in die andere Richtung etwas gewonnen. Die angebliche Auskunft hätte einzig das zusätzliche Verdachtsmoment entkräftet, das durch den Rückzug eines renommierten Auktionshauses vom Kauf bzw. der Aufnahme des Gemäldes in eine Auktion entstehen musste. Zwar erwähnt das Obergericht die Aussage von L._____, dass er nicht gewusst habe, dass das Bild gestohlen gewesen sei. Dass auch dies Gegenstand des Gesprächs mit dem Beschwerdegegner gewesen sei bzw. dass Letzterer L._____ auf das Gerücht angesprochen hätte, hat die Vorinstanz nicht festgestellt.

5.3.3. Zu einer Anfrage des Beschwerdegegners bei Interpol hat das Obergericht Folgendes erwogen: Im Beweisverfahren sei nicht geklärt worden, ob sich der Beschwerdegegner vor dem Kauf bestätigen liess, dass bei Interpol keine Informationen über das Bild vorliegen. Auf die Abklärung im Beweisverfahren sei verzichtet worden, da der Beschwerdeführer davon ausgehe, eine solche Anfrage wäre wertlos gewesen, da Russland (recte wohl: die Sowjetunion) 1989 noch nicht Mitglied von Interpol gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe allerdings nicht bestritten, dass der Beschwerdegegner bei Interpol angefragt habe (Urteil des Obergerichts E. III.8.3 S. 41). Im Übrigen hätten schriftliche Anfragen des Bezirksgerichts beim Bundesamt für Polizei ergeben, dass das fragliche Gemälde 1989 weder bei Interpol noch im Art Loss Register verzeichnet gewesen sei.

Es erübrigt sich, auf diese nicht restlos klaren und vor Bundesgericht von beiden Parteien bestrittenen Ausführungen einzugehen. Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass es sich bei einer Anfrage an Interpol um

ein grundsätzlich taugliches Abklärungsmittel gehandelt hätte, so wäre diese Massnahme nach Erhalt eines negativen Ergebnisses für sich allein ungenügend gewesen, um das Gerücht als widerlegt erachten zu dürfen, denn es kann verschiedenste Gründe geben, wieso das Gemälde bei Interpol nicht verzeichnet war.

5.3.4. Der Beschwerdegegner hatte ausserdem vorgebracht, D._____ habe vor dem Verkauf bei der sowjetischen Botschaft telefonisch Erkundigungen über das Bild eingeholt und dabei keine Hinweise auf einen Rechtsmangel erhalten. Das Obergericht ist zum Schluss gekommen, der Nachweis für diese Anfrage und die entsprechende Antwort habe nicht erbracht werden können. Der Beschwerdegegner wirft dem Obergericht diesbezüglich Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung vor. Er beschränkt sich aber darauf, die vom Obergericht herangezogenen Beweismittel und Umstände aus eigener Sicht zu würdigen. Unter Willkürgesichtspunkten ist jedoch nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht nicht auf die Aussage von D._____ abgestellt hat, weil sie nicht mehr sagen konnte, mit wem sie gesprochen haben will, und weil sie am Ausgang des Verfahrens ein Eigeninteresse haben könnte. Ebenso wenig ist zu beanstanden, wenn es die schriftliche Bestätigung des Gesprächs (act. 61/5) als wenig verlässlich bezeichnet hat, woran auch nichts ändert, wenn auf dem Schriftstück ein Datum - entgegen der obergerichtlichen Feststellung - teilweise leserlich sein sollte. Soweit der Beschwerdegegner zudem geltend macht, der Sachverhalt sei gar nicht rechtzeitig bestritten
worden, beschlägt diese Frage kantonales Recht, dessen Verletzung allerdings nicht substantiiert gerügt wird.

Das Obergericht hat des Weiteren ausgeführt, es lasse sich nicht erstellen, dass eine Erkundigung bei der sowjetischen Botschaft in Bern die deliktische Herkunft des Bildes ans Tageslicht gebracht hätte. Dass sowjetische Behörden aufgrund der ergangenen Strafurteile um den Diebstahl wussten, bedeute nicht, dass die Botschaft dieses Wissen auch gehabt habe. Dies wird vom Beschwerdeführer als willkürlich gerügt. Wenn er davon ausgeht, der Kulturattaché der Botschaft, M._____, habe über das Bild "Bescheid gewusst" und er (der Beschwerdeführer) sich dazu erneut auf die Korrespondenz von K._____ stützt (act. 228; vgl. oben E. 5.3.2), so interpretiert er diese bloss in seinem Sinne, was keine Willkür belegt. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, selbst wenn die Botschaft keine Kenntnis vom Diebstahl gehabt haben sollte, so wären ihr die erforderlichen Kanäle offengestanden, um Nachforschungen anzustellen. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, rechtzeitig Entsprechendes vor den Vorinstanzen behauptet zu haben, zumal es nicht als notorisch gelten kann, dass jede Botschaft in ihrem Heimatland jede beliebige Information erhältlich machen kann. Zudem ist wenig einsichtig, weshalb sie dazu überhaupt hätte Hand bieten sollen, nachdem
sie sich ja bereits wegen der illegalen Ausfuhr einem Verkauf im Ausland widersetzt hatte (oben E. 5.3.2).

5.3.5. Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdegegner angesichts des im Raume stehenden Gerüchts, das er ernst nehmen musste, zu wenige Vorsichtsmassnahmen ergriffen hat, die zur Abklärung des Wahrheitsgehalts des Gerüchts tauglich erschienen. Bevor daraus Konsequenzen für den guten Glauben gezogen werden können, muss jedoch untersucht werden, ob es überhaupt taugliche und zumutbare Nachforschungsmöglichkeiten gegeben hätte. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

5.4.

5.4.1. Das Obergericht hat verneint, dass es entsprechende Massnahmen gegeben hätte, die der Beschwerdegegner hätte ergreifen müssen.

Zunächst sei es nicht der Fall, dass der Beschwerdegegner bei H._____ nicht nur die Echtheit, sondern auch die Provenienz des Bildes hätte abklären müssen. H._____ habe in ihrer Zeugenaussage zwar einige mögliche Malewitsch-Sachverständige genannt. Ihrer Aussage lasse sich aber nicht entnehmen, was sie bei einem Auftrag zur Provenienzabklärung konkret unternommen und welche Personen sie befragt hätte. Sie habe auch nicht sagen können, welchen Kenntnisstand die von ihr genannten Personen gehabt hätten. Es bleibe somit unklar, ob sie zu weiteren Erkenntnissen gelangt wäre.

Das Obergericht ist sodann auf die Aussage einer weiteren Zeugin eingegangen, nämlich von N._____, einer Kennerin von Malewitsch und der russischen Avantgarde. Sie habe erklärt, dass sie vom Diebstahl gewusst habe und dass der Diebstahl in russischen Zeitungen ca. 1978 erwähnt worden und in Expertenkreisen

bekannt gewesen sei. Gemäss ihrer Einschätzung hätte der Beschwerdegegner vom Diebstahl erfahren, wenn er sich an sie gewandt hätte. Das Obergericht hat jedoch erwogen, angesichts der vom Beschwerdegegner bereits getroffenen Massnahmen und angesichts der im Jahre 1989 eingeschränkten Möglichkeiten im Rahmen von Interpol und Registersuche, sei davon auszugehen, dass vom Beschwerdegegner eine Kontaktaufnahme mit der ihm unbekannten N._____ nicht erwartet werden konnte und ausserhalb seiner Sorgfaltspflichten lag. Auch nicht ersichtlich sei, wie sich der Beschwerdegegner über die russischen Zeitungsberichte von 1978 oder bei Experten im Osten hätte erkundigen können.

Umstritten war schliesslich auch, ob der Zürcher Galerist O._____ vom Diebstahl wusste. Der Beschwerdeführer hatte geltend gemacht, dass H._____ das Gerücht über den Diebstahl von ihm gehört habe und dass sein Name dem Beschwerdegegner gegenüber erwähnt worden sei, so dass eine Nachfrage bei ihm den Diebstahl ans Licht gebracht hätte. Das Obergericht hat dazu erwogen, Entsprechendes sei vom Beschwerdeführer zu spät behauptet worden. Ergänzend hat es festgehalten, dass die Aussagen von H._____ insoweit widersprüchlich seien, da sie in der ersten Befragung (2002) erklärt habe, nicht zu wissen, woher sie vom Gerücht erfahren habe (act. 4/5 S. 104), und erst in der zweiten Befragung (2009) den Namen O._____ erwähnt habe (act. 618 S. 91/92).

5.4.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf aus der Unterlassung von Nachforschungen nur dann das Fehlen des guten Glaubens abgeleitet werden, wenn die betreffenden Vorkehren voraussichtlich zur Entdeckung des mangelnden Verfügungsrechts des Veräusserers geführt hätten (vgl. BGE 100 II 8 E. 4b S. 16; 122 III 1 E. 2a S. 3; 131 III 418 E. 2.3.4 S. 423; Stark, a.a.O., N. 51 zu Art. 933 ZGB). Dies ist dahin gehend zu verstehen, dass die in Betracht fallende Nachforschungsmassnahme objektiv geeignet sein muss, den Mangel in der Verfügungsbefugnis zu entdecken (Sibylle Hofer, in: Berner Kommentar, 2012, N. 122 f. zu Art. 3 ZGB).

5.4.3. Vorliegend steht die Frage im Vordergrund, ob der Beschwerdegegner H._____ oder andere Experten mit weitergehenden Abklärungen hätte betrauen müssen.

Dies ist entgegen der Beurteilung des Obergerichts der Fall. Nachdem der Beschwerdegegner von H._____, die er selber als Kunstexpertin beigezogen hatte, von einem Gerücht über ein sich angeblich auf dem Markt befindliches, gestohlenes Bild von Malewitsch vernommen hatte, wäre kaum eine Massnahme näher gelegen, als H._____ oder eine andere sachverständige Person um nähere Auskunft über dieses Gerücht bzw. um entsprechende Recherchen zu bitten. Dabei ist nicht von Belang, welche konkreten Massnahmen H._____ getroffen hätte; über diese kann im Nachhinein ohnehin nur spekuliert werden. Es spielt auch keine Rolle, dass er N._____ (eine Expertin, welcher der Diebstahl nachgewiesenermassen bekannt war) nicht kannte. Es genügt, dass zum damaligen Zeitpunkt aus objektiver Sicht der Beizug eines oder mehrerer Experten eine geeignete (wenn nicht sogar die am besten geeignete) und zumutbare Massnahme gewesen wäre, um Näheres über dieses Gerücht und allfällige Mängel der Verfügungsbefugnis des Veräusserers zu erfahren. Dabei war dem Beschwerdegegner zumindest H._____ als Expertin bekannt, die ihn - falls sie einen entsprechenden Auftrag nicht hätte selber erledigen oder der Beschwerdegegner jemand anderes damit hätte betrauen wollen - ohne weiteres an weitere Experten hätte verweisen können, soweit er solche als Kunstsammler nicht ohnehin kannte. Auf das hypothetische Ergebnis solcher Nachforschungen kommt es hingegen insofern nicht an, als es durchaus sein kann, dass die Nachforschungen das Gerücht und dessen Bezug auf das Bild "Diener mit Samowar" nicht erhärtet hätten. Der Beschwerdegegner hätte sich dann auf diese Auskünfte verlassen dürfen, selbst wenn sie objektiv falsch gewesen wären. Hätten sich seine Bedenken deswegen zerstreut und auch zerstreuen dürfen, so wäre sein guter Glaube zu schützen gewesen, da er alle gebotene Sorgfalt zur Abklärung des Gerüchts aufgewendet hätte. Hätte sich hingegen herausgestellt, dass sich das Gerücht tatsächlich auf das Bild "Diener mit Samowar" bezieht, so hätte der Beschwerdegegner - wenn er unter diesen Umständen nicht vom Kauf Abstand nehmen wollte - einen konkreten Nachweis dafür verlangen müssen, dass der Veräusserer trotz des früheren Diebstahls des Werks verfügungsberechtigt ist (z.B. durch gutgläubigen Erwerb im Ausland).

Dass der Beschwerdegegner diese als geeignet erscheinende und zumutbare Massnahme nicht ergriffen hat, muss dazu führen, dass er sich nicht auf seinen guten Glauben berufen kann. Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen.

5.5. Allerdings kann das Bundesgericht derzeit nicht in der Sache selbst entscheiden. Vielmehr ist die Angelegenheit an das Obergericht zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG). Das Obergericht wird sich zur Frage der Nichtberechtigung des Veräusserers (oben E. 4.2) zu äussern haben und zu allfälligen Einreden gemäss Art. 936 Abs. 2 ZGB (oben E. 4.1), sofern diese ordnungsgemäss in den kantonalen Prozess eingeführt worden sein sollten.

6.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdegegner die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Zudem hat er dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren zu entrichten (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Das Ablehnungsgesuch gegen (alt) Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch wird als gegenstandslos abgeschrieben.

2.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. April 2012 wird aufgehoben. Die Sache wird zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 20'000.– werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

4.
Der Beschwerdegegner hat den Beschwerdeführer mit Fr. 25'000.– zu entschädigen.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. April 2013

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Zingg