

vorwurf rechtfertigt. Eine Möglichkeit wäre die Aufnahme der problematischen Werke unter Offenlegung der Entstehungshintergründe. Laut Herrn Werner wird zurzeit präferiert, sie in einem gesonderten Band mit den gesamten Rechercheergebnissen zu publizieren. Beide Herangehensweisen würden eine sehr wünschenswerte Klarheit in der Kunstgeschichte und auf dem Kunstmarkt schaffen und sind daher als Novum in der heutigen Zuschreibungspraxis sehr zu begrüßen. Fest steht, dass das Werkverzeichnis das Oeuvre von Immendorff und möglicherweise

auch die Kunstgeschichte selber nachhaltig prägen wird. Vielleicht hat jedoch bereits zum jetzigen Zeitpunkt die Diskussion an der Öffentlichkeit dazu geführt, dass die Illusion der vollständigen Eigenhändigkeit im Kunstmarkt abgeschwächt und ein Problembewusstsein für Werkstattarbeiten entwickelt wurde. Wie die am Markt Beteiligten auf diese Entwicklungen langfristig reagieren werden und ob das Gesamtwerk Immendorffs darunter leiden wird, bleibt abzuwarten.

**BGH, Urt. v. 16.03.2012 – V ZR 279/10**  
***Plakatsammlung Hans Sachs***

**Leitsatz**

Die Rückerstattungsanordnung für das Land Berlin schließt den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB nicht aus, wenn der verfolgungsbedingt entzogene Vermögensgegenstand nach dem Krieg verschollen war und der Eigentümer erst nach Ablauf der Frist für die Anmeldung eines Rückerstattungsanspruchs von seinem Verbleib Kenntnis erlangt hat. (Rn.16)

**Tenor**

Auf die Revision des Klägers und unter Zurückweisung der Anschlussrevision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 28. Januar 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage auf Herausgabe des Plakats "Dogge" abgewiesen und der Widerklage stattgegeben worden ist. Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Zivilkammer 19 des Landgerichts Berlin vom 10. Februar 2009 zurückgewiesen. Die weitergehende Berufung bleibt zurückgewiesen. Die Kosten der Rechtsmittelverfahren trägt die Beklagte.

**Tatbestand**

Der Kläger ist der Sohn und Rechtsnachfolger von Dr. Hans Sachs. Dieser hatte seit 1896 eine umfangreiche und wertvolle Plakatsammlung zusammengetragen, welche ihm 1938 im Auftrag des Reichspropagandaministeriums weggenommen wurde. Dr. Sachs verließ Deutschland wegen der nationalsozialistischen Judenverfolgung Ende 1938 und emigrierte in die USA. Nach dem Krieg war die Plakatsammlung zunächst verschollen. Im Jahr 1961 erhielt Dr. Sachs aufgrund eines in einem Verfahren nach dem Bundesrückerstattungsgesetz ge-

schlossenen Vergleichs 225.000 DM als Wiedergutmachung für den Verlust der Sammlung. Erst später erfuhr er, dass Teile der Sammlung in der DDR gefunden worden waren und sich in dem Museum für Deutsche Geschichte in Ost-Berlin befanden. 1974 verstarb Dr. Sachs und wurde von seiner Ehefrau beerbt. Diese starb 1998, ohne nach der Wiedervereinigung Ansprüche wegen der Sammlung geltend gemacht zu haben. Der Kläger ist ihr Erbe.

Die Plakatsammlung, von der zur Zeit 4.259 Plakate identifiziert sind, befindet sich heute im Besitz der Beklagten, einer Stiftung des öffentlichen Rechts. Mit der Klage hat der Kläger die Herausgabe zweier Plakate ("Dogge" und "Die blonde Venus") verlangt. Die Beklagte hat im Wege der Widerklage die Feststellung beantragt, dass der Kläger nicht Eigentümer der Plakatsammlung ist, hilfsweise, dass er nicht berechtigt ist, die Plakate heraus zu verlangen. Das Landgericht hat die Beklagte zur Herausgabe eines der Plakate ("Dogge") verurteilt und die weitergehende Klage sowie die Widerklage abgewiesen. Auf die von beiden Parteien eingelegte Berufung hat das Kammergericht - unter Abweisung aller übrigen Anträge - der Widerklage im Hilfsantrag stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision möchte der Kläger, der den Herausgabeanspruch hinsichtlich des zweiten Plakats ("Die blonde Venus") nicht weiterverfolgt, die Verurteilung der Beklagten in dem durch das Landgericht zuerkannten Umfang sowie die vollständige Abweisung der Widerklage erreichen. Die Beklagte, die die Zurückweisung der Revision erstrebt, hat Anschlussrevision eingelegt, mit der sie sich gegen die Abweisung der Widerklage im Hauptantrag wendet. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Anschlussrevision.

## Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in ZOV 2010, 87 veröffentlicht ist, meint, der Vater des Klägers habe sein Eigentum an der Plakatsammlung weder vor noch durch deren Wegnahme 1938 verloren. Ebenso wenig habe er das Eigentum im Rahmen des Wiedergutmachungsverfahrens verloren. Die Plakate seien auch nicht in das Volkseigentum der DDR übergegangen.

Dem danach an sich gegebenen Herausgabeanspruch des Klägers nach § 985 BGB stünden allerdings die Vorschriften des alliierten Rückerstattungsrechts und des Bundesrückerstattungsgesetzes entgegen. Es entspreche gefestigter höchstgerichtlicher Rechtsprechung, dass Ansprüche wegen nationalsozialistischer Unrechtsakte nur nach Maßgabe der Rückerstattungs- und Entschädigungsgesetze geltend gemacht werden könnten. Darüber hinaus sei ein etwaiger Herausgabeanspruch des Klägers verwirkt. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

### II. Revision des Klägers

Die Revision des Klägers ist begründet. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Plakats "Dogge" gemäß § 985 BGB verneint und auf die Widerklage der Beklagten festgestellt, dass der Kläger nicht berechtigt ist, die vormals seinem Vater gehörende Plakatsammlung von der Beklagten heraus zu verlangen.

1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist der Kläger als Rechtsnachfolger (Erbeserbe) seines Vaters Eigentümer der Plakatsammlung. Das nimmt die Revision als für sie günstig hin (zur Anschlussrevision siehe unter III.).

2. Der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB wird nicht durch die besonderen Regelungen über die Wiedergutmachung des nationalsozialistischen Unrechts verdrängt.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Anspruch nicht durch das Vermögensgesetz ausgeschlossen wird. Dieses findet zwar gemäß § 1 Abs. 6 VermG auch auf vermögensrechtliche Ansprüche von Bürgern Anwendung, die - wie der Vater des Klägers - in der Zeit vom 30. Januar 1933 bis zum 8. Mai 1945 aus rassistischen Gründen verfolgt wurden und deshalb ihr Vermögen infolge von Zwangsverkäufen, Enteignungen oder auf andere Weise verloren haben. Die - von dem Senat (Urteil vom 7. Juli 1995 - V ZR 243/94, BGHZ 130, 231, 235) bislang

nur für den Restitutionsanspruch nach § 1 Abs. 1 Buchstabe c und Abs. 3 VermG bejahte - Frage, ob ein nach den vermögensrechtlichen Bestimmungen begründeter Anspruch einem zivilrechtlichen Anspruch vorgeht, der seinen Grund ebenfalls in dem von dem Vermögensgesetz erfassten staatlichen Unrecht hat, stellt sich hier schon deshalb

nicht, weil der von dem Vater des Klägers erlittene Vermögensverlust keinen Restitutionsanspruch nach der Vorschrift in § 1 Abs. 6 VermG auslöst. Deren Anwendung setzt nämlich voraus, dass der Vermögenswert in dem Zeitpunkt der Schädigung im Beitrittsgebiet belegen war (vgl. BVerwGE 135, 272, 277 Rn. 31 mwN). Daran fehlt es hier, da die Plakatsammlung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in Berlin-Schöneberg und somit im späteren Westteil der Stadt beschlagnahmt wurde.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts tritt der Herausgabeanspruch nicht hinter die Vorschriften des alliierten Rückerstattungsrechts - hier die in Berlin geltende Anordnung BK/O (49) 180 der Alliierten Kommandantur Berlin betreffend die Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen (vom 26. Juli 1949, VOBl. für Groß-Berlin I S. 221 - nachfolgend Rückerstattungsanordnung oder REAO) - zurück.

aa) Allerdings hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass Ansprüche, die sich aus der Unrechtmäßigkeit einer nationalsozialistischen Enteignungsmaßnahme ergeben, grundsätzlich nur nach Maßgabe der zur Wiedergutmachung erlassenen Rückerstattungs- und Entschädigungsgesetze und in dem dort vorgesehenen Verfahren verfolgt werden können (vgl. Urteile vom 11. Februar 1953 - II ZR 51/52, BGHZ 9, 34, 45; vom 8. Oktober 1953 - IV ZR 30/53, BGHZ 10, 340, 343; vom 5. Mai 1956 - VI ZR 138/54, RzW 1956, 237 sowie Beschluss vom 27. Mai 1954 - IV ZB 15/54, NJW 1954, 1368; ebenso die hM im älteren Schrifttum, vgl. Blessin/Wilden, Bundesrückerstattungsgesetz, 1958, Einl. Rn. 26; Goetze, Die Rückerstattung in Westdeutschland und Berlin, 1950, Anm. zu Art. 57 REG [AmZ]; Harmening/Hartenstein/Osthoff, Rückerstattungsgesetz, 2. Aufl., 1952, Einl. Bl. Nr. 53 Rs.; Kubuschok/Weißstein, Rückerstattungsrecht, 1950, Art. 49 REG [BrZ] / Art. 57 REG [AmZ] Anm. 2; Müller, Rückerstattung in Deutschland, 1948, Vorbem. S. 10; Korth, SJZ 1948, 377, 383; aA van Dam, Rückerstattungs-Gesetz für die Britische Zone, 1949, Einf. S. 15; von Godin, Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände, 1950, Art. 57 REG [AmZ] Anm. 1; Dubro, NJW 1953, 706). Begründet wurde der Vorrang des Rückerstattungsverfahrens zum einen mit den besonderen Schwierigkeiten, die sich daraus ergaben, dass das geltende Recht keine ausreichende Grundlage bot, die durch die nationalsozialistischen Unrechtsmaßnahmen herbeigeführten Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen (dazu ausführlich Anton, Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht, Bd. 1, 2010, S. 689 ff.), und denen durch ein besonderes, die Ansprüche des Geschädigten abschließend regelndes Gesetz begegnet

werden sollte. Zum anderen sollten durch die - im Vergleich zu den allgemeinen Verjährungsfristen deutlich kürzeren - Fristen, innerhalb deren ein Rückerstattungsanspruch durch den Geschädigten anzumelden war (nach Art. 50 Abs. 2 Satz 1 REAO bis zum 30. Juni 1950), das Interesse der Allgemeinheit an der baldigen Beruhigung des Wirtschaftslebens sowie das Interesse des Rückgewährpflichtigen geschützt werden, nach dem Fristablauf nicht mehr mit weiteren Ansprüchen des Geschädigten rechnen zu müssen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 1953 - IV ZR 30/53, BGHZ 10, 340, 343 ff.).

bb) Demgegenüber herrscht im neueren Schrifttum - zum Teil im Anschluss an eine Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen (Beschluss vom 28. Februar 1955 - GSZ 4/54, BGHZ 16,350) - die Auffassung vor, dass das Rückerstattungsrecht in erster Linie den Interessen des Geschädigten gedient habe. Das schließe es aus, dem Geschädigten Ansprüche zu versagen, die bereits nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen durch die Unrechtsmaßnahme begründet worden seien (vgl. Hartung, Kunstraub in Krieg und Verfolgung, 2005, S. 169; Rudolph, Restitution von Kunstwerken aus jüdischem Besitz, 2007, S. 94 ff.; Schulze, Kunstrechtsspiegel 2010, 8, 9; IPrax 2010, 290, 297; Weller, Kunstrechtsspiegel 2009, 32, 35 sowie 42, 43; ähnlich bereits Mosheim, BB 1949, 27: "Meistbegünstigungs-Prinzip").

cc) Ob die zuletzt genannte Ansicht Veranlassung bietet, die bisherige Rechtsprechung in Frage zu stellen, kann dahin stehen. Den alliierten Rückerstattungsansprüchen kommt jedenfalls dann kein Vorrang gegenüber einem Herausgabeanspruch nach § 985 BGB zu, wenn der verfolgungsbedingt entzogene Vermögensgegenstand - wie hier und anders als in den bislang durch den Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen - nach dem Krieg verschollen war und der Berechtigte erst nach Ablauf der für die Anmeldung eines Rückerstattungsanspruchs bestimmten Frist von seinem Verbleib Kenntnis erlangt hat.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht Art. 51 Satz 1 REAO der Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs in einem solchen Fall nicht entgegen. Zwar können danach, soweit nichts anderes bestimmt ist, Ansprüche, die unter die Rückerstattungsanordnung fallen, nur nach deren Maßgabe und unter Einhaltung der darin geregelten Fristen geltend gemacht werden.

Die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 8. Oktober 1953 - IV ZR 30/53, BGHZ 10, 340, 344 für die vergleichbaren Regelungen in der Amerikanischen und der Britischen Zone) von der Vorschrift ausgehende Sperrwirkung wird indes durch die Anordnung beherrschenden Grundsatz der Naturalrestitution begrenzt.

(1) Die Rückerstattungsanordnung regelt in erster Linie die Rückerstattung "feststellbarer" Vermögensgegenstände

(vgl. § 1 Abs. 1 REAO). Der Begriff "feststellbar" ("identifiable") diente ursprünglich - in Entwurfsfassungen - dazu, den Anwendungsbereich der Alliierten Anordnungen auf Rechtsverluste zu begrenzen, die durch Rückgabe des entzogenen Vermögensgegenstands in natura wiedergutmacht werden konnten (vgl. ORG Nürnberg, RzW 1959, 371, 372 r. Sp. sowie Schwarz, Rückerstattung nach den Gesetzen der Alliierten Mächte, 1974, S. 118 f.). Von ihm erfasst sind nur Gegenstände, zu deren Rückforderung sich der Berechtigte tatsächlich imstande sah, weil ihm die Person des gegenwärtigen Besitzers bekannt war (vgl. Art. 1 Abs. 2 REAO; Goetze, aaO, Art. 1 REG [AmZ] Anm. 2; i. Erg. Ebenso Harming/Hartenstein/Osthoff, aaO, Art. 1 REG [BrZ] Anm. III. 2). Diese Voraussetzung war bei einem Gegenstand, über dessen Existenz und Verbleib - wie im Fall der dem Vater des Klägers gehörenden Plakatsammlung - in dem Zeitraum, in dem ein Verfahren nach der Rückerstattungsanordnung eingeleitet werden konnte, Unklarheit herrschte, nicht erfüllt.

(2) Die Rückerstattungsanordnung sieht allerdings auch Ersatzansprüche des Berechtigten für den Fall vor, dass der Gegenstand bei dem Rückerstattungspflichtigen untergegangen oder diesem die Herausgabe aus sonstigen Gründen unmöglich war (Art. 26 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 2 REAO). Bei dem Schadensausgleich in Geld handelte es sich nach der Vorstellung der Alliierten indes um eine nachrangige Form der Wiedergutmacht; in erster Linie hatte diese durch Rückgabe des entzogenen Vermögens an den Berechtigten zu erfolgen (vgl. Vorbemerkung sowie Art. 1 REAO; ebenso Art. 1 Abs. 1 REG [AmZ]; Art. 1 Abs. 1 REG [BrZ]; Art. 5 der Verordnung Nr. 120 [FrZ]; BGH, Urteil vom 5. Mai 1956 - VI ZR 138/54, RzW 1956, 237, 238; Blessin/Wilden, aaO, Einl. Rn. 15; Schwarz, aaO, S. 122 und S. 175). Dass die auf eine Ausgleichsleistung in Geld gerichteten Ansprüche aus der Rückerstattungsanordnung bei einer zunächst verschollenen, nach Ablauf der Anmeldefrist aber wieder aufgetauchten Sache dennoch als abschließende Wiedergutmacht anzusehen sein sollten, ergibt sich - ungeachtet einer in diesem Fall etwa bestehenden Pflicht, eine bereits empfangene Ausgleichszahlung zurückzuerstatten - aus der Rückerstattungsanordnung nicht (vgl. BVerwG, ZIP 1997, 1392, 1393 zu dem Restitutionsanspruch nach § 1 Abs. 6 VermG).

(3) Das vorrangige Ziel der Naturalrestitution steht ferner der Annahme entgegen, ein zivilrechtlicher Herausgabeanspruch werde durch die alliierte Rückerstattungsanordnung auch dann verdrängt, wenn es dem Berechtigten unmöglich

war, die Rückgabe des entzogenen Vermögensgegenstands in deren Rahmen zu erreichen, weil dieser - wie hier - bis zum Ablauf der Anmeldefrist des § 50 Abs. 2 REAO verschollen und damit nicht "feststellbar" war. Blicke es in einem solchen Fall auch nach dem Wiederauffinden des Gegenstands bei der von dem Bundesgerichtshof bislang angenommenen Sperrwirkung des Art. 51 Satz 1 REAO, wären der Berechtigte und seine Rechtsnachfolger von der vorrangig angestrebten Wiedergutmachung durch Rückgabe dauerhaft ausgeschlossen, obwohl diese, wenn auch zu einem späteren Zeitpunkt, tatsächlich und - auf der Grundlage der allgemeinen Gesetze - auch rechtlich möglich ist. Die alliierten Rückerstattungsbestimmungen hätten dem Berechtigten damit jede Möglichkeit genommen, die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands zu verlangen und auf diese Weise das nationalsozialistische Unrecht perpetuiert. Ein solches Ergebnis ist mit dem Sinn und Zweck dieser Bestimmungen, die Interessen des Geschädigten zu schützen (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Februar 1955 - GSZ 4/54, BGHZ 16, 350, 357), nicht zu vereinbaren.

c) Auch das Bundesrückerstattungsgesetz steht dem Herausgabeanspruch des Klägers nicht entgegen. Denn es schuf lediglich eine gesetzliche Grundlage für die Berechnung und Erfüllung der bereits nach anderen Rechtsvorschriften entstandenen, auf einen Geldbetrag oder auf Schadensersatz gerichteten Rückerstattungsansprüche gegen das Deutsche Reich (vgl. § 2 i.V.m. § 11 Nr. 1 BRüG; Biella, Das Bundesrückerstattungsgesetz, 1981, S. 83 f.; Kemper/Burkhardt, Bundesrückerstattungsgesetz, 2. Aufl., 1957, Einf. S. 16) und eröffnete insoweit die Anmeldefristen neu (vgl. § 29 BRüG). Bestimmungen, aus denen sich ergibt, dass die Rechte, die dem Berechtigten aufgrund des Eigentums an der (vermeintlich) untergegangenen Sache zustehen, mit der Erfüllung des Rückerstattungsanspruchs auf die öffentliche Hand übergehen, enthält es nicht. Ebenso wenig begründete es - von den hier nicht einschlägigen Vorschriften der §§ 12, 13 BRüG abgesehen - neue Ansprüche zugunsten der von einer nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahme Betroffenen, hinsichtlich deren sich die Frage nach dem Verhältnis zu den nach dem allgemeinen Zivilrecht gegebenen Ansprüchen stellen könnte.

3. Dass der Vater des Klägers - was dem Herausgabeanspruch entgegenstehen könnte - im Zusammenhang mit der ihm im Jahr 1961 gewährten Wiedergutmachung eine Erklärung abgegeben hat, in der er auf alle bestehenden Rechte wegen der Plakatsammlung verzichtet hat, ist durch das Berufungsgericht nicht festgestellt worden. Da ein Verzicht auf Rechte im Allgemeinen nicht zu vermuten ist, wäre ein unzweideutiges Verhalten erforderlich,

das von dem Erklärungsgegner als Aufgabe des Rechts verstanden werden konnte (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 1993 - XI ZR 70/93, WM 1994, 13). Diese Voraussetzung ist durch das Schreiben des

Vaters des Klägers aus dem Jahr 1966, in dem dieser gegenüber einem Mitarbeiter des Museums für Deutsche Geschichte in Ost-Berlin ausgeführt hat, er sei lediglich ideell und nicht materiell an einer Zusammenarbeit interessiert und habe im Übrigen eine größere Abfindungssumme erhalten, die alle seine Ansprüche abdecke, nicht erfüllt. Die Betonung des rein ideellen Interesses an der Sammlung durch den Vater des Klägers dürfte in erster Linie dazu gedient haben, die naheliegende Befürchtung des Museumsmitarbeiters auszuräumen, er werde Rechte wegen der Sammlung geltend machen, um so einen Kontaktabbruch des Museums zu vermeiden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Vater des Klägers ein Herausgabeverlangen gegenüber einem staatlichen Museum der DDR in den Zeiten des Kalten Krieges aussichtslos erscheinen musste; denn auch dies spricht dafür, dass mit dem Hinweis auf die erhaltene Entschädigung kein endgültiger Verzicht auf Rechte an der Sammlung zum Ausdruck gebracht, sondern etwaiges Misstrauen des Museums hinsichtlich des Grundes für die Kontaktaufnahme zerstreut werden sollte.

4. Der Herausgabeanspruch, hinsichtlich dessen die Beklagte die Einrede der Verjährung ausdrücklich nicht erhebt, ist nicht verwirkt.

a) Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die spätere Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt. Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (st. Rspr., vgl. Senat, Urteile vom 12. Dezember 2008 - V ZR 49/08, NJW 2009, 847, 849 Rn. 39 [insoweit in BGHZ 179, 146 nicht abgedruckt] und vom 30. Oktober 2009 - V ZR 42/09, NJW 2010, 1074, 1076 Rn. 19 mwN). Verwirkung kann auch bei dem Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 985 BGB eintreten (vgl. Senat, Urteil vom 30. April 1993 - V ZR 234/91, BGHZ 122, 308, 314 zu § 894 BGB). Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Anspruch Kernbestandteil des Eigentums ist und seine Verneinung wirtschaftlich die Enteignung des Eigentümers bedeutet, weshalb eine Verwirkung nur in Ausnahmefällen angenommen werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 16. März 2007 - V ZR 190/06, NJW 2007, 2183, 2184 mwN).

b) Ein Fall der Verwirkung liegt hier nicht vor.

aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann die Zeit vor dem 3. Oktober 1990 für die Beurteilung, ob es sich bei der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch den Kläger um eine unzulässige Rechtsausübung handelt, nicht berücksichtigt werden. Denn bis zu diesem Tag musste sich ein von dem Vater oder (nach dessen Tod im Jahr 1974) der Mutter des Klägers geäußertes Rückgabeverlangen - wovon auch das Berufungsgericht ausgeht - als offensichtlich aussichtslos erweisen, weil sich die Plakatsammlung auf dem Gebiet der DDR befand und daher ein privatrechtlicher Herausgabeanspruch aller Wahrscheinlichkeit nach nicht hätte durchgesetzt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1964 - VI ZR 44/63, VersR 1964, 404, 405 zu dem "umgekehrten" Fall, dass der Gläubiger des Anspruchs in der DDR ansässig war; Schoen, NJW 2001, 537, 543). Soweit das Berufungsgericht die Zeit bis zur Wiedervereinigung gleichwohl unter Hinweis auf die - die Hemmung der Verjährung wegen höherer Gewalt betreffende - Vorschrift des § 206 BGB für berücksichtigungsfähig hält, übersieht es, dass sich der Regelung keine über die Verjährung hinausgehenden Grundsätze entnehmen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 1960 - III ZR 132/59, BGHZ 33, 360, 363; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 13. Aufl., § 206 Rn. 2 mwN).

bb) Der danach maßgebliche Zeitraum von 16 Jahren, in dem die Mutter des Klägers sowie (nach deren Tod im Jahr 1998) der Kläger selbst von der Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs abgesehen haben, ist für sich genommen nicht ausreichend, die Verwirkung des Anspruchs zu begründen (vgl. Senat, Urteil vom 30. Oktober 2009 - V ZR 42/09, NJW 2010, 1074, 1075 Rn. 19). Zusätzliche Umstände, aus denen die Beklagte schließen durfte, ein Herausgabeanspruch wegen der Plakatsammlung werde nicht mehr geltend gemacht, sind nicht erkennbar.

Der Inhalt des von dem Vater des Klägers verfassten Briefes aus dem Jahr 1966 genügt für die Entstehung des für die Annahme der Verwirkung erforderlichen Vertrauenstatbestands ebenso wenig wie dessen Äußerung in einem 1970/71 veröffentlichten Artikel, wonach er sicher sei, dass "West- und Ostdeutschland (...) ihre Schätze zu hüten wissen". Denn hieraus ergibt sich allenfalls, dass der zu dieser Zeit bereits hochbetagte Vater des Klägers selbst keine - zu der damaligen Zeit ohnehin nicht durchsetzbaren - Ansprüche mehr verfolgen würde, nicht aber, dass sich auch seine Erben mit einem dauerhaften Verbleib der Sammlung in einem Museum einverstanden zeigen würden. Äußerungen, die etwas Anderes nahe legen, hat das Berufungsgericht festgestellt.

cc) Zu Unrecht meint das Berufungsgericht schließ-

lich, die Beklagte habe mit Ablauf der in § 30a Abs. 1 Satz 1 VermG bestimmten Frist zur Geltendmachung von Rückübertragungsansprüchen nach dem Vermögensgesetz am 30. Juni 1993 darauf vertrauen dürfen, keinem Herausgabeanspruch des Eigentümers der Plakatsammlung mehr ausgesetzt zu werden. Das Vermögensgesetz findet - wovon das Berufungsgericht an anderer Stelle selbst ausgeht - in dem hier zu entscheidenden Fall, in dem das von dem NS-Regime beschlagnahmte Vermögen erst nach seiner Entziehung in das Beitrittsgebiet verbracht wurde, keine Anwendung (vgl. BVerwGE 135, 272, 277 Rn. 31 sowie oben unter 2. a). Dass seine Anwendbarkeit bis zu der Entscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2009 im Schrifttum unterschiedlich beurteilt wurde, begründet kein schutzwürdiges Vertrauen des unberechtigten Besitzers.

dd) Ob sich - wie der Kläger meint - die Beklagte als Stiftung des öffentlichen Rechts schon im Hinblick auf die im Anschluss an die Washingtoner Erklärung vom 3. Dezember 1998 abgegebene "Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz" vom 14. Dezember 1999 (jew. abgedruckt bei Anton, aaO, S. 736 f., 739 f.), wonach die Erklärenden "in den verantwortlichen Gremien der Träger einschlägiger öffentlicher Einrichtungen darauf hinwirken (werden), dass Kulturgüter, die als NS-verfolgungsbedingt entzogen identifiziert und bestimmten Geschädigten zugeordnet werden können, nach individueller Prüfung den legitimierten früheren Eigentümern bzw. deren Erben zurückgegeben werden", nicht auf den Einwand der Verwirkung des Herausgabeanspruchs berufen kann, bedarf hier keiner Entscheidung.

III. Anschlussrevision der Beklagten

Die Anschlussrevision der Beklagten, mit der diese das fehlende Eigentum des Klägers an der Plakatsammlung festgestellt wissen will, ist unbegründet. Der Vater des Klägers ist zu Lebzeiten Eigentümer der Sammlung geblieben. Nach seinem Tod ist das Eigentum im Wege der Erbfolge zunächst auf seine Ehefrau und anschließend auf den Kläger übergegangen.

1. Dass die Plakatsammlung dem Vater des Klägers 1938 im Auftrag des Reichspropagandaministeriums weggenommen wurde, änderte an den bestehenden Eigentumsverhältnissen nichts. Nach den - nicht angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts handelte es sich bei dem Zugriff um eine Wegnahme ohne förmlichen Enteignungsakt. Eine rechtliche Grundlage für die Aneignung des Besitzes an der Plakatsammlung durch das Deutsche Reich ist auch nicht in der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz zu sehen, durch die u.a. der Verfall jüdischen Vermögens angeordnet wurde.

Denn diese Verordnung ist wegen ihres den Grunderfordernissen jeder rechtsstaatlichen Ordnung widersprechenden Unrechtsgehalts als von vornherein nichtig anzusehen und hat daher keine Rechtswirkungen zu erzeugen vermocht (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Februar 1955 - GSZ 4/54, BGHZ 16, 350, 353 f.; BVerfGE 23, 98, 106; BVerwGE 98, 261, 263).

2. Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, der Vater des Klägers sei zu dem Zeitpunkt der Wegnahme nicht mehr Eigentümer der Plakatsammlung gewesen, weil er diese zuvor an den Bankier Dr. Lenz veräußert habe. Da sich die Sammlung bis zuletzt in seinen Händen befand, kommt nur eine Übereignung nach § 930 BGB in Betracht; sie erforderte, dass der Vater des Klägers seinen Eigenbesitz an der Sammlung aufgegeben und auf Grund eines vereinbarten Besitzmittlungsverhältnisses (§ 868 BGB) dem Erwerber den Besitz vermittelt hat. Die Annahme des Berufungsgerichts, diese Voraussetzungen ließen sich nicht feststellen, ist frei von Rechtsfehlern.

a) Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Berufungsgericht die an ein Besitzkonstitut zu stellenden Anforderungen nicht verkannt. Die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses ersetzt die in § 929 Satz 1 BGB vorgesehene Übergabe der Sache. Diese Funktion steht einem Eigentumswechsel entgegen, bei dem der Wille des Veräußers, die in seinem (unmittelbaren) Eigenbesitz befindliche Sache künftig für einen anderen zu besitzen, nicht in irgendeiner Form, und sei es nur gegenüber dem Erwerber (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 1963 - VIII ZR 198/62, NJW 1964, 398 f.), erkennbar zu Tage tritt. Eine dermaßen im Verborgenen bleibende Übertragung des Eigentums wäre mit dem das Sachenrecht beherrschenden - wenn auch in § 930 BGB zugunsten einer Erleichterung des Rechtsverkehrs mit beweglichen Sachen eingeschränkten (vgl. PWW/Prütting, BGB, 6. Aufl., § 930 Rn. 1) - Publizitätsgrundsatz nicht vereinbar.

b) Dafür, dass vor der Wegnahme der Plakatsammlung entweder durch die ausdrückliche Begründung eines Besitzkonstituts oder zumindest durch ein konkludentes Verhalten (vgl. BGH, Urteil vom 29. Oktober 2001 - II ZR 314/99, NJW-RR 2002, 854, 855; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 930 Rn. 8 mwN) die Änderung der vormaligen Besitzverhältnisse dokumentiert wurde, hat das Berufungsgericht

nichts festzustellen vermocht. Die von der Beklagten angeführte Äußerung des Vaters des Klägers aus dem Jahr 1953, wonach die Sammlung zu dem Zeitpunkt ihrer Wegnahme bereits "förmlich übereignet" gewesen sei, lässt nicht den Schluss auf eine wirksame Eigentumsübertragung zu. Gleiches gilt für die Erklärung des Dr. Lenz aus dem Jahr 1946, nach der ihm die Sammlung "als Pfand" übereignet worden sei, um sie auf diese Weise vor der drohenden Konfiszierung zu retten. Beide Äußerungen beschränken sich letztlich auf die Mitteilung einer - mit Blick auf die Erklärung des Dr. Lenz zudem nicht eindeutigen - Rechtsauffassung. Ob diese zutrifft, kann in Ermangelung tatsächlicher Feststellungen zu dem zugrunde liegenden Geschehen nicht beurteilt werden.

3. Ebenfalls ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, das Eigentum an der Plakatsammlung sei dadurch, dass der Vater des Klägers diese nicht zur Rückerstattung angemeldet habe, kraft Gesetzes auf deren damaligen Besitzer übergegangen. Die Rückerstattungsanordnung hatte den Zweck, die beschleunigte Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände sicherzustellen

(vgl. BGH, Beschluss vom 28. Februar 1955 - GSZ 4/54, BGHZ 16, 350, 360). Konnten die durch die Anordnung begründeten Ansprüche aufgrund des Ausschlusscharakters der Anmeldefrist für sie nicht mehr durchgesetzt werden, musste derjenige, der den Gegenstand damals im Besitz hatte, zwar nicht mehr damit rechnen, Rückerstattungsansprüchen ausgesetzt zu sein. Ein originärer Eigentumserwerb durch Rückerstattungspflichtige, die lediglich den Besitz, nicht aber das Eigentum an dem entzogenen Gegenstand erlangt hatten, war hiermit aber nicht verbunden.

. Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Vater des Klägers habe das Eigentum an der Plakatsammlung auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt eingebüßt, erhebt die Beklagte keine Einwände. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

IV. Das Berufungsurteil ist somit in dem durch die Revision angefochtenen Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer Rechtsverletzung bei der Anwendung des Gesetzes erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 2, § 97 Abs. 1 ZPO.

**OLG Köln, Urt. v. 27.03.2012 - 9 U 141/11**  
**Gewährleistungsfreizeichnung in Kunstauktions-AGB**  
**(Fernand Léger, Contraste de Formes)**

### **I. Tenor**

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 15.06.2011 - 91 O 87/07 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - hinsichtlich des Zinsauspruchs teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.358.311,50 € nebst Zinsen in Höhe von 8 % über dem Basiszinssatz seit 01.08.2007 zu zahlen, Zugum-Zug gegen Übergabe der Gouache „CONTRASTE DE FORMES“ von Fernand Léger, gemalt auf elfenbeinfarbenem Bütten 41,5 cm x 31,7 cm, unter Glas gerahmt, unten rechts schwarz monogrammiert und datiert „F.L.13“.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **II. Gründe**

I. Die Klägerin ist Kunsthändlerin und betreibt ein international bekanntes Auktionshaus in Köln. Die Beklagte ist Kunsthändlerin in Düsseldorf. Am 02.06.2007 wurde bei einer Auktion im Kunsthaus der Klägerin das Bild (Gouache) des 1955 verstorbenen französischen Kubisten Fernand Léger „Contraste de Formes“ zugeschlagen. Die Klägerin versteigerte das Werk für einen Privatsammler aus Frankfurt als Einlieferer. Die Beklagte erwarb das Bild als mittelbare Stellvertreterin der Galerie I. in A.. Die Zuschlagsumme betrug 1.050.000,00 €. Zusätzlich des vereinbarten Aufgeldes von 199.500,00 €, der Folgerechtsumlage von 19.950,00 € und 7 % Mehrwertsteuer auf den Nettobetrag ergibt sich ein Gesamtkaufpreis von 1.358.311,50 €.

Im Auktionskatalog der Klägerin hieß es in Bezug auf das Kunstwerk u.a.: „Provenienz: Daniel H. Kahnweiler, Paris; Gustav Kahnweiler, Buckinghamshire; ehemals Privatsammlung Schweiz; deutsche Privatsammlung.“ Daniel Henry Kahnweiler, geboren 1884 in Mannheim, war ein deutsch-französischer Galerist und kunstwissenschaftlicher Autor,

der 1979 in Paris verstarb. Sein jüngerer Bruder Gustav Kahnweiler, geboren 1894 in Stuttgart und verstorben 1989 in Buckinghamshire, war ebenfalls als Galerist und Kunstsammler tätig. Er war 1935/36 nach England emigriert.

Die Klägerin hatte das Werk der Erstellerin des Werkverzeichnisses der Arbeiten von Léger, Frau J. K., Paris, gezeigt und am 26.03.2007 eine Expertise von ihr erhalten, dass das Werk in das in Vorbereitung befindliche Werkverzeichnis aufgenommen werde (Bl. 11 AH, K 8).

Am 18.05.2007 hatte der O.er Kunsthändler B., der über den A.er Kunsthandel I. wirtschaftlich hinter dem Ankauf der Beklagten steht, Näheres zur Provenienz erfragt. Mit Email vom 19.05.2007 (Bl. 13 AH, B 1) hatte die Klägerin durch ihre Angestellte F. geantwortet, dass das Werk seinerzeit im Besitz des Bruders von D. H. Kahnweiler gewesen sei und nach dessen Tod in den Besitz von D.H. Kahnweiler übergegangen sei. Kahnweiler habe das Bild später an einen Sammler aus Basel verkauft. Der Sammler lebe noch und könne den Ankauf bestätigen. Dieser habe viele Jahre später zu einem sehr hohen Preis an den heutigen Eigentümer und Einlieferer verkauft. Das Werk sei der Autorin des catalogue raisonné, Frau K., gezeigt worden und diese habe enthusiastisch reagiert und nehme es in das Verzeichnis auf. In den Versteigerungsbedingungen der Klägerin heißt es in Ziffer 3 u.a.: „Die Katalogangaben, die nach bestem Wissen und Gewissen erstellt wurden, sind keine Garantien im Rechtssinne und dienen ausschließlich der Information; sie werden nicht Bestandteil der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit. Gleiches gilt für Auskünfte jeglicher Art, sei es mündlich oder schriftlich.“

In Ziffer 4 heißt es : „Das Kunsthaus M. verpflichtet sich jedoch bei Abweichungen von den Katalogbeschreibungen, welche den Wert oder die Tauglichkeit aufheben oder nicht unerheblich mindern und welche innerhalb eines Jahres nach Übergabe in begründeter Weise vorgetragen werde, seine Rechte gegenüber dem Einlieferer gerichtlich geltend zu machen; im Falle einer erfolgreichen Inanspruchnahme des Einlieferers erstattet das Kunsthaus ... dem Erwerber ausschließlich den gesamten gezahlten Kaufpreis. Darüber hinaus verpflichtet sich das Kunsthaus ... für die Dauer von drei Jahren bei erwiesener Unechtheit zur Rückzahlung seiner Kommission. Im Übrigen ist eine Haftung des Kunsthaus ... wegen Mängeln ausgeschlossen.“

Unter dem 04.06.2007 stellte die Klägerin der Be-

klagten eine Rechnung in Höhe der Klageforderung. Trotz Fristsetzung bis 12.07.2007 zahlte die Beklagte nicht. Mit Schreiben vom 19.07.2007 teilte der Kunsthändler I. der Klägerin mit, dass sie vom Vertrag zurücktrete. Der Rücktritt wurde hauptsächlich darauf gestützt, dass die Provenienzanzeige „D.H. Kahnweiler“ falsch sei. Vorsorglich erklärte die Beklagte den Rücktritt in ihrem Schriftsatz vom 19.11.2007 im vorliegenden Rechtsstreit.

Die Klägerin hat vorgetragen, das Bild sei ein Werk mit der Provenienz D.H. Kahnweiler, Paris / Gustav Kahnweiler, Buckinghamshire. Eine ungesicherte Provenienz bedeute nicht zwangsläufig eine Wertminderung. Es handele sich mit Sicherheit um ein Werk von Léger. Frau K., die das Werk in das Verzeichnis aufnehmen wolle, verfüge insoweit aber über besondere Sachkunde und habe die Echtheit bestätigt.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.358.311,50 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 1 % je angebrochenem Monat sei 01. August 2007 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übergabe der Gouache „CONTRASTE DE FORMES“ von Fernand Léger, gemalt 1913 auf elfenbeinfarbenem Büttchen 41,5 cm x 31,7 cm, unter Glas gerahmt, unten rechts schwarz monogrammiert und datiert „F.L.13“.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, die Provenienzanzeige sei falsch, da das Werk nicht im Verzeichnis der Galerie Kahnweiler aufgeführt sei. Demnach ergäben sich Zweifel an der Echtheit. Der Nachweis der Echtheit sei nur durch sichere Provenienz zu führen. Die Klägerin habe keine Recherchen vorgenommen, um die Provenienz Kahnweiler zu bestätigen. Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Klägerin habe damit fahrlässig gehandelt, so dass ein Kaufpreisanspruch nicht begründet sei.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Auf die gutachtlichen Äußerungen des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. T. vom 20.04.2009 (Bl. 151) und das Gutachten der Sachverständigen Dr. L. vom 29.09.2010 (Anlagenheft) wird verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil und die Entscheidungsgründe Bezug genommen.

Sodann hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 1.358.311,50 € nebst 1 % Zinsen je angebrochenen Monat seit 1.8.2007 Zug um Zug gegen Übergabe der Gouache „Contraste de Formes“ mit näherer Bezeichnung zu zahlen.

Es hat ausgeführt, der Anspruch aus dem Kaufvertrag sei nicht durch die Ausübung des Rücktrittsrechts erloschen. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, vom Kaufvertrag zurückzutreten, weil kein Rücktrittsrecht wegen nicht vertragsgemäßer Leis-

tung gemäß den §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 und 4 BGB bestehe. Es könne dahinstehen, ob die Provenienzanzeige im Auktionskatalog, dass das Bild seinerzeit im Besitz von D.H. Kahnweiler gewesen sei, tatsächlich richtig sei und ob es sich bei der Unrichtigkeit überhaupt um einen Sachmangel handele. Auch könne offen bleiben, ob eine Unrichtigkeit der Provenienzanzeige eine für die Erheblichkeit der Pflichtverletzung relevante Wertminderung darstelle (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Denn die Klägerin habe durch Ziffer 3 ihrer Versteigerungsbedingungen ausgeschlossen, dass die Katalogangaben Bestandteil der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit des Werkes werden. Es stehe den Parteien frei, die Beschaffenheit als Ausprägung des subjektiven Fehlerverständnisses zu vereinbaren.

Ziffer 3 habe die Wirkung eines umfassenden Haftungsausschlusses. Dieser Haftungsausschluss sei auch nicht nach § 444 BGB unwirksam, weil die Klägerin durch die Katalogangabe der Provenienz Kahnweiler keine Beschaffenheitsgarantie nach § 443 BGB übernommen habe. Es handele sich vielmehr um eine Beschreibung des Kunstwerks. Daran ändere auch nichts die Email der Klägerin vom 19.05.2007 an die Galerie B.. Eine Individualabrede, die nach § 305 b BGB Vorrang vor AGB genießen würde, sei nicht gegeben.

Die Regelung in Ziffer 3 sei auch nicht überraschend im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB. Die beteiligten Käuferschichten, nämlich Kunsthändler, Museumsvertreter und Kunstliebhaber, müssten mit dem Ausschluss rechnen. Der Haftungsausschluss halte schließlich auch der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB stand. Die Klägerin habe auch nicht ihre Nachforschungspflicht verletzt. Sie habe das Werk insbesondere Frau K. vorgelegt und den damaligen Einlieferer aus 1991 befragt. Weitere Recherchen seien nicht erforderlich. Die Berufung auf den Haftungsausschluss sei auch nicht treuwidrig. Ein Rücktrittsrecht bestehe auch nicht wegen des Verdachts der Unechtheit. Denn die Klägerin habe die Haftung für den Mangel ausgeschlossen.

Hiergegen wendet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie falsche Rechtsanwendung rügt. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und macht geltend, die tatsächlich vorhandene Beschaffenheitsvereinbarung gehe den Versteigerungsbedingungen vor. Der Haftungsausschluss könne sich nicht auf die individualvertraglich vereinbarte Beschaffenheit beziehen.

Im einzelnen führt die Beklagte aus, die Provenienzanzeige in dem Ausstellungskatalog betreffe eine Beschaffenheit der Sache. Es liege danach eine Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 S.1 BGB vor. Der Beschaffenheitsbegriff umfasse nach neuem Recht jedenfalls all das, was nach altem Recht eine „zugesicherte Eigenschaft“ darstelle. Beschreibe der Verkäufer die Kaufsache im Vorfeld

und nehme der Käufer dies zustimmend zur Kenntnis, liege eine Beschaffenheitsvereinbarung vor. Die Provenienzangabe „D.H. Kahnweiler“ sei von herausragender Bedeutung für die Kaufentscheidung gewesen. Die Email vom 19.05.2007 habe das Vertrauen der Beklagten in die Angabe nur noch erhärtet. Ein Infragestellen der Provenienzangabe könne aus der Anfrage - Email nicht entnommen werden. An der Existenz einer Beschaffenheitsvereinbarung ändere Ziffer 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nichts. Die individuelle Vereinbarung gehe gemäß § 305 b BGB den Bedingungen vor. Ebenso wenig vermöge Ziffer 4 der Bedingungen die Pflicht der Klägerin, eine vertragsgemäße Leistung anzubieten, zu beseitigen.

Da der Haftungsausschluss von vornherein unbeachtlich sei, stelle sich nicht die Frage, ob sich die Klägerin auf den Haftungsausschluss mit Blick auf eine Verletzung der Nachforschungspflicht berufen könne.

Hilfsweise werde vorgetragen, die Klägerin müsse darlegen und beweisen, dass ihr keine Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Katalogangabe vorzuwerfen sei. Diesen Beweis habe die Klägerin nicht erbracht. Das angebliche Gespräch zwischen Herrn S. und der Klägerin bleibe bestritten. Unklar sei, von wem, an welchem Ort und wer von den Eheleuten S. gekauft habe. Die Aufnahme in das Werkverzeichnis von Frau J. K. bedeute allein, dass der Herausgeber das Werk für echt halte und nicht, dass die Provenienzangabe zutrefte. Da die Beklagte die Sache nicht als Erfüllung angenommen habe, trage die Klägerin nach § 363 BGB die Beweislast.

Das Gutachten der Sachverständigen Q. erbringe keinen Beweis über die Provenienz. Ihr Gutachten sei parteilich und nicht verwertbar.

Schließlich sei der Zinssatz nach Ziffer 10 der AGB der Klägerin ein Verstoß gegen § 309 Nr. 5 a BGB.

Die Beklagte beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie macht geltend, selbst wenn eine Beschaffenheitsangabe vorliege und durch die Email wiederholt worden wäre, greife noch immer der vereinbarte Gewährleistungsausschluss. Diese Klausel sei nach dem sogenannten Bodensee - Urteil des BGH aus 1980 wirksam. Der Rücktritt der Beklagten beruhe - wie aus Marktkreisen verlautete - darauf, dass die Galerie I. einen Käufer an der Hand gehabt habe, der überraschend abgesprungen sei. Ein Rücktrittsrecht bestehe aus mehreren Gründen nicht. Die Katalogangabe „Daniel H. Kahnweiler“ sei so nicht als Beschaffenheit vereinbart worden. Zur Zeit des Angebots der Beklagten sei offengelegt gewesen, dass die Angaben auf Erklärungen des U.er Samm-

lerehepaares und der Expertise K. beruhten. Die Beklagte bestreite die Echtheit ins Blaue hinein. Die „Gustav-Kahnweiler-Provenienz“ sei sogar unbestritten, wie sich aus dem Sitzungsprotokoll des Landgerichts vom 29.10.2008 (Bl. 108) ergebe. Außerdem könne sich die Beklagte darauf nicht berufen, weil ihr infolge grober Fahrlässigkeit die angeblichen Mängel der Kahnweiler-Provenienz unbekannt geblieben seien, § 443 BGB. Sie habe die fast schon heiligen Grundsätze des Kunstmarkts ignoriert. Die Provenienzangaben seien zutreffend. Das Werk habe sich sowohl im Eigentum von Daniel-Henry als auch im Besitz von Gustav Kahnweiler befunden. Die Beklagte trage schließlich die Beweislast. Denn mit dem Zuschlag sei die Beweislast auf die Beklagte übergegangen. Die Provenienz „Gustav oder Daniel-Henry Kahnweiler“ sei nicht als Beschaffenheit vereinbart. Das hier maßgebliche Gebot der Beklagten vom 04.06.2007 sei nicht auf der Grundlage des Katalogs abgegeben, sondern die Beklagte habe zwischenzeitlich recherchiert und sei von der Klägerin über die Erkenntnisse von Frau K. unterrichtet worden. Eine Kahnweiler - Nummer sei im übrigen nicht Gegenstand des Katalogs. Für die Beklagte habe es ausgereicht, dass die Provenienzangaben lediglich durch Angaben des U.er Sammlers gesichert gewesen seien und dass die Klägerin auf J. K. vertraut habe. Eine Einigung über die Existenz einer Kahnweiler- Nummer sei nicht erfolgt. Die von der Beklagten herangezogenen Urteile zur Beschaffenheit passten nicht bei Auktionen mit ihren Besonderheiten. Jedenfalls liege Kenntnis bzw. grobfahrlässige Unkenntnis von den Umständen vor, § 442 BGB. Die Beklagte und die Galerie I. seien hervorragende Kunstkenner. Nach ihrem eigenen Vortrag habe die Beklagte von der Problematik der Authentizität der Léger - Arbeiten gewusst. Der Beklagten sei auf Grund der Tatsache, dass im Katalog keine Kahnweiler - Nummer angegeben gewesen sei, bewusst gewesen, dass kein Nachweis aus dem Kahnweiler - Archiv vorgelegen hätte. Jedenfalls sei grob fahrlässige Unkenntnis anzunehmen. Die Beklagte habe die Provenienzangaben gar nicht hinterfragt, wie sie selbst vorgetragen habe. Die Email vor der Auktion bestätige den weiteren Klärungsbedarf. Sie habe gewusst, dass die Provenienz-Angaben von dem U.er Sammler gestammt hätten, dass eine Kahnweiler-Nummer nicht existierte und dass Frau K. beabsichtigt habe, das Bild in das Werkverzeichnis aufzunehmen. Jedenfalls sei bei Auktionen eine Freizeichnung zulässig. Die Katalogangabe sei sowieso nicht geeignet, eine individualvertragliche Beschaffenheitsangabe darzustellen. Die Klägerin habe auch ihre Sorgfaltspflichten nicht vernachlässigt. Sie habe auf die Angaben des U.er Sammlerehepaares vertrauen dürfen. Auf angeblich unrichtige Feststellungen des

Landgerichts könne sich die Beklagte nicht berufen (§ 314 ZPO).

Schließlich seien die Provenienz-Angaben „Daniel H. Kahnweiler, Paris“ und „Gustav Kahnweiler“, Buckinghamshire“ im Katalog zutreffend. Für die Äußerung des verstorbenen Herrn S.-C. könne Beweis durch Parteivernehmung des Prof. P. angetreten werden. Für die Glaubwürdigkeit dieser Angaben spreche das Gutachten der Sachverständigen Q.. Mit der notariellen Erklärung vom 09.05. 2008 habe Frau S. richtiggestellt, dass ihr Ehemann das Werk von Gustav Kahnweiler erworben habe. Im übrigen habe die Beklagte im Termin vor dem Landgericht erklärt, dass die Anlage K 11 inhaltlich nicht bestritten werde. Die Beklagte treffe im übrigen die alleinige Beweislast, weil nach Ziffer 7 der Versteigerungsbedingungen mit dem Zuschlag die Beweislast auf die Beklagte übergegangen sei.

Hilfsweise werde ein Zinssatz von 8 Prozentpunkten über Basiszinssatz geltend gemacht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.

II. Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung der Beklagten ist bis auf einen Teil des Zinsanspruchs nicht begründet.

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte gemäß § 433 Abs.2 BGB ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises von 1.358.311,50 € zu, Zug um Zug gegen Übergabe der näher bezeichneten Gouache „Contraste de Formes“ von Fernand Léger.

Durch den Zuschlag in der Kunstauktion der Klägerin vom 02.06.2007 ist ein Kaufvertrag zwischen den Parteien über das Kunstwerk „Contraste de Formes“ zustande gekommen. Danach besteht grundsätzlich ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung des Kaufpreises entsprechend den Versteigerungsbedingungen. Nach Ziffer 1 der genannten Bedingungen versteigert die Klägerin im Sinne des § 383 HGB als Kommissionär für Rechnung der Auftraggeber, die unbenannt bleiben. Davon ist vorliegend auszugehen.

2. Der Beklagten steht kein Rücktrittsrecht nach den §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs.1, 4 BGB zu.

a) Der Rücktritt ist mit Schreiben der Kunsthändler I. vom 19.07.2007 für die Beklagte, jedenfalls mit Schriftsatz der Beklagten vom 19.11.2007 erklärt worden.

b) Ein Sachmangel im Sinne § 434 BGB liegt nicht vor. Nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Wenn keine Beschaffenheitsvereinbarung besteht, greift § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB ein.

Der neue Sachmangelbegriff stellt nicht mehr auf Fehler und Fehlen zugesicherter Eigenschaften ab

(vgl. § 459 BGB a.F.), sondern auf die vereinbarte subjektive Beschaffenheit (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 434 Rn 1; MüKo-BGB/H.P. Westermann, 6. Aufl., § 434 Rn 6, 9 ff). Die Beschaffenheit muss vereinbart und nicht nur angegeben sein. Das setzt jedenfalls konkludente Willenserklärungen beider Parteien voraus (MüKo-BGB/H.P. Westermann, a.a.O., § 434 Rn 16). Die bisherige Rechtsprechung zum Eigenschaftsbegriff kann allerdings für die Beurteilung des neuen Sachmangelbegriffs genutzt werden (vgl. Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 434 Rn 12; dazu Roth NJW 2004, 330).

Ob die Beschreibungen im Ausstellungskatalog für die Kunstauktion und die Willenserklärung beim darauf beruhenden Gebot vom 02.06.2007 Grundlage für eine Beschaffenheitsvereinbarung sind, hängt von der Auslegung ab. Allgemein kann für Katalogbeschreibungen im Kunsthandel nicht gesagt werden, dass sie Beschaffenheitsabreden darstellen (vgl. BGH NJW 1980, 1619 zur Eigenschaftszusicherung „Bodensee-Kunstauktion“). Eine stillschweigende Eigenschaftszusicherung oder Beschaffenheitsvereinbarung liegt nur vor, wenn aus der Sicht des Empfängers derartige Erklärungen hinreichend deutlich erkennen lassen, dass der Verkäufer eine über die normale Haftung hinausgehende besondere Gewähr zu übernehmen und für ihr Vorhandensein einzustehen bereit ist (vgl. BGH NJW 1980, 1619). Bei der Annahme einer derartigen Vereinbarung im Bereich der Kunstauktionen und der beteiligten Verkehrskreise (Kunstsammler, Galeristen) ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten. Das mag im Bereich der Internet-Auktionen wegen der besonderen Umstände anders zu beurteilen sein (vgl. BGH NJW 2007, 1346; zum Produktkatalog eines Mobiltelefonanbieters BGH NJW 2009, 1337). Katalogangaben dienen in erster Linie der beschreibenden Darstellung des zum Verkauf, der Auktion, angebotenen Gegenstandes und seiner zeitlichen und räumlichen Einordnung. Im Regelfall und ohne besondere zusätzliche Anhaltspunkte, etwa eine Expertise oder ein Gutachten mit Bezug auf das Werkverzeichnis, kann der Bieter redlicherweise nicht damit rechnen, dass der Auktionator mit der Bildbeschreibung zugleich die Haftung für den Inhalt der Beschreibung übernehmen will (vgl. BGH, a.a.O.; NJW 1975, 970; vgl. auch MüKo-BGB/H.P. Westermann, § 434 Rn 72). So liegt es hier.

Im Katalog der Klägerin betreffend die maßgebende Auktion heißt es: „Provenienz: Daniel H. Kahnweiler, Paris; Gustav Kahnweiler, Buckinghamshire; ehemals Privatsammlung U.; deutsche Privatsammlung“. Eine Nummer aus dem Kahnweiler-Archiv ist nicht genannt. Es handelt sich damit um eine Beschreibung, die weiteren Recherchen des Bieters Raum gibt.

Eine Provenienz liefert nach dem vom Landgericht eingeholten Gutachten der Sachverständigen Q. für

den Wert eines Kunstwerkes allenfalls einen Teilspekt. Zu berücksichtigen ist insoweit die nach den Ausführungen der Gutachterin auch heute noch immer gängige Praxis im Kunsthandel, also in den beteiligten Verkehrskreisen, den Vorbesitzer eines Werkes nicht zu nennen. In diesem Sinne bestimmt auch Ziffer 3 der Versteigerungsbedingungen der Klägerin ergänzend, dass die Katalogangaben ausschließlich der Information dienen und nicht Bestandteil der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit werden.

Soweit eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann, § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Dass sich das Bild nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet, ergibt sich nicht. Besondere Vereinbarungen über den Zweck des Verkaufes sind nicht gegeben (vgl. MüKo-BGB/H.P. Westermann, § 434 Rn 18).

Auch liegen die Voraussetzungen des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Satz 3 BGB nicht vor. Es besteht nämlich durch die Katalogangabe keine Kennzeichnung der Sache, die Einfluss auf die Erwartungen des Käufers hat. Die Äußerung muss zur Folge haben, dass der Käufer bestimmte Beschaffenheitsmerkmale erwarten kann. Hierbei kommt es auf den durchschnittlichen Adressaten an, bei dem bestimmte Erwartungen hervorgerufen werden müssen (vgl. MüKo-BGB/H.P. Westermann, § 434 Rn 29; Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 434 Rn 37). Solche Erwartungen sind im Bereich des Kunsthandels, insbesondere der Versteigerung, unter Berücksichtigung der beteiligten Verkehrskreise schwer festzustellen (vgl. H.P. Westermann, a.a.O., § 434 Rn 72 zu Kunstwerken). Der Katalog solle dem Käufer von dem Bildinhalt und der kunstgeschichtlichen Einordnung durch Beschreibung Kenntnis vermitteln, insbesondere als Grundlage für eigene Recherchen dienen (vgl. BGH NJW 1980, 1619). Das Hervorrufen einer bestimmten Erwartung im Hinblick auf bestimmte Eigenschaften des Versteigerungsobjekts ist damit im vorliegenden Fall nicht verbunden.

c) Selbst wenn man zur Beschaffenheitsvereinbarung und zu den Voraussetzungen des § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB eine andere Ansicht vertreten würde, greift die Haftungseinschränkung nach Ziffer 3 der Versteigerungsbedingungen ein, auf die sich die Klägerin auch vorliegend zu Recht berufen darf.

aa) Nach Ziffer 3 der Versteigerungsbedingungen sind die Katalogangaben, die nach bestem Wissen und Gewissen erstellt wurden, keine Garantien im Rechtssinne und dienen ausschließlich der Informa-

tion. Sie sind nach dem Wortlaut der Bedingungen nicht Bestandteil der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit. Gleiches soll gelten für Auskünfte jeglicher Art, sei es mündlich oder schriftlich.

Eine solche Haftungsbeschränkung in allgemeinen Versteigerungsbedingungen im Bereich der Kunstversteigerungen, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen sind, hält der rechtlichen Überprüfung ihrer Wirksamkeit, auch nach den §§ 307, 305 c BGB, stand.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum früheren Recht hat Haftungsausschlüsse in allgemeinen Versteigerungsbedingungen bei Kunstauktionen grundsätzlich als unbedenklich angesehen (vgl. BGH NJW 1975, 970; NJW 1980, 1690; siehe auch Berger, Kunst und Recht 2003, 137, 142; OLG Hamm NJW 1994, 1967). Bei der Auktion von Kunstwerken ist zu beachten, dass den Kunsthändler hinsichtlich der Echtheit und der Herkunftsangaben ein erhebliches Risiko trifft. Er bleibt in der Regel auf Angaben der Einlieferer und gegebenenfalls Expertisen angewiesen. Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung es nicht als ungerechtfertigte einseitige Durchsetzung von Interessen betrachtet, wenn der Auktionator die Gewährleistung für die Herkunft von Kunstwerken ausschließt (BGH NJW 1980, 1619, sog. Bodensee-Entscheidung).

Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung die frühere Rechtsprechung ergänzt und sie auch für die Zeit nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes für anwendbar gehalten (BGH, a.a.O.).

Eine unangemessenen Benachteiligung des Ersteigerers nach § 307 Abs. 1, 2 BGB ist grundsätzlich nicht anzunehmen. Angesichts der Herkunftsgeschichte von Kunstgegenständen ist der Auktionator vielfach nicht in der Lage, Sicherheit über die Provenienz des Werkes, also sozusagen den „Stammbaum“, zu gewinnen. Deswegen sieht Ziffer 3 Satz 1 der maßgeblichen Versteigerungsbedingungen der Klägerin auch vor, dass vor der Auktion Gelegenheit zur Besichtigung und Prüfung gegeben wird. Hinzu kommt bei einer wertenden Gesamtbeurteilung hinsichtlich der Angemessenheit der Bedingungen, dass nach Ziffer 4 sich der Versteigerer verpflichtet, bei Abweichungen von den Katalogbeschreibungen, die zu einem erheblichen Minderwert führen, nach näherer Maßgabe Rechte gegenüber dem Einlieferer gelten zu machen.

bb) Die Haftungsbeschränkung ist auch nicht überraschend im Sinne von § 305 c BGB. Das wäre nur der Fall, wenn es sich um eine ungewöhnliche Klausel handeln würde, mit der der Vertragspartner nicht zu rechnen braucht (vgl. Palandt/Grünberg, BGB, 71. Aufl., § 305 c Rn 3,4). Hier handelt es sich aber um eine im Bereich der Kunstauktionen national und international üblicherweise in ähnlicher Form verwendete Klausel (vgl. BGH NJW 1975, 970; NJW 1980, 1690; § 9 der Bedingungen Villa Grise-

bach, Bl. 31 AH; Sotheby's, Bl. 25 ff AH; Christie's, Bl. 29 ff AH; vgl auch MüKo-BGB/H.P, Westermann, § 434 Rn 72).

cc) Ein Berufen auf die Haftungseinschränkung ist der Klägerin auch nicht verwehrt.

Der Bundesgerichtshof hat in der genannten „Bodensee-“ Entscheidung (NJW 1980, 1690) seine frühere Rechtsprechung ergänzt und ausgeführt, der Auktionator könne sich dann nicht auf die formularmäßige Freizeichnung berufen, wenn er selbst bei Annahme des Werkes die ihm gegenüber dem Käufer obliegende Sorgfaltspflicht verletzt habe. Es bestehe kein Anlass, dies Einschränkung auf grob fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzungen zu beschränken. Der Auktionator nehme nicht nur dem Ersteigerer gegenüber die Stellung eines Sachkenners ein, sondern entscheide auch selbst, welche Werke er von den Einlieferern zur Auktion annehme, und könne damit zumindest deren Vertrauenswürdigkeit prüfen. Es würde daher den Ersteigerer entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wenn man ihm das Risiko für diejenigen Fälschungen aufbürden würde, die der Auktionator bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als solche hätte erkennen können. Danach kann es dem Auktionator nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich im Einzelfall auf einen formularmäßigen Ausschluss der Gewährleistung zu berufen.

Diese Voraussetzungen sind aber nicht gegeben. Eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bei der Prüfung der Herkunft des Kunstwerkes ist der Klägerin nicht vorzuwerfen.

Hierbei kann die frühere Versteigerung des Bildes durch die Klägerin nicht unberücksichtigt bleiben. Die Parteien haben im Termin vor dem Landgericht den Inhalt der Erklärung der Frau N. (N.) S. vom 09.05.2008 (Bl.34 AH) unstreitig gestellt. Danach ist das Bild im Jahre 1991 durch ihren verstorbenen Ehemann H. S. bei der Klägerin eingeliefert und auf Empfehlung von G. D. versteigert worden. Das Sammlerehepaar S. hat nach dieser Erklärung das Werk bei Gustav Kahnweiler in London, mit welchem sie sehr befreundet gewesen seien, erworben. Hieran ist der Senat gebunden.

Hinzu kommt, dass im Rahmen der Recherchen der Klägerin im Vorfeld der Versteigerung Frau J. K. die Aufnahme des Bildes in das Werkverzeichnis mit Schreiben vom 26.03.2007 bestätigt hat. Nach den Ausführungen der Sachverständigen Q. ist der zugesicherten Aufnahme in den Werkkatalog der Papierarbeiten von Fernand Léger ein beachtliches Gewicht beizumessen, da die Autorin sich durch jahrelange Mitarbeit an den acht Bänden des Catalogue raisonné ausweisen könne. Die vorbehaltlose Zusicherung der Aufnahme des Werkes in den in Vorbereitung befindlichen Werkkatalog durch die - wie die Gutachterin bestätigt hat - ausgewiesene

Expertin könne die hohe Wahrscheinlichkeit der angegebenen Provenienz entscheidend ergänzen. Tatsächlich ergäben überprüfbare Recherchen eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Korrektheit der Angaben von H. S. und seiner Frau N. S..

Der Inhalt der Email vom 19.05.2007 der Angestellten der Klägerin Frau F. (Bl. 13) an B. führt nicht zu einer anderen Beurteilung.

Soweit dort erwähnt wird, dass das Bild nach dem Tode des Bruders von D.H. Kahnweiler, also Gustav Kahnweiler, zurück an D.H. Kahnweiler gelangt und an einen Sammler nach Basel verkauft worden sein soll, stimmt dies nicht mit den persönlichen Daten der Brüder Kahnweiler überein, da Daniel Henry im Jahre 1979 in Paris verstorben ist und Gustav 1989 in England. Wohl besteht eine Übereinstimmung mit der früheren Erklärung der Frau S. vom 10.08.2007 an den Geschäftsführer der Klägerin (Bl. 17 AH), wonach das Sammlerehepaar S. das Werk von D.H. Kahnweiler erworben habe, was Frau S. in ihrer Erklärung vom 09.05.2008 korrigiert hat. Die Annahme einer unsorgfältigen Prüfung der Provenienz durch die Klägerin rechtfertigt angesichts der übrigen Umstände, insbesondere der auch von der gerichtlichen Sachverständigen Q. aufgezeigten Verbindung der Gebrüder Kahnweiler untereinander, die Mitteilung in der Email vom 19.05.2007 nicht.

Wie sich zudem aus dem Emailverkehr ergibt, wollte die Beklagtenseite ausweislich der Email vom 18.05.2007 von B. an den Geschäftsführer der Klägerin demnach noch eigene Erkenntnisse zur Provenienz sammeln und selbst recherchieren.

c) Eine Garantieübernahme für die Beschaffenheit des Werkes im Sinne von § 444 BGB liegt nicht vor. In diesem Fall könnte sich die Klägerin auf die Haftungsbeschränkung nicht berufen.

Die Annahme einer Garantie setzt - wie früher die Zusicherung einer Eigenschaft - voraus, dass der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein der vereinbarten Beschaffenheit der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Beschaffenheit einzustehen (vgl. BGH NJW 2007, 1346; WM 1998, 1590). Eine Anpreisung in Form einer Beschreibung, aus der ein Haftungswille nicht hergeleitet werden kann, genügt nicht (vgl. BGH NJW-RR 2010, 1329; BGH NJW 1980, 1619; Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 443 Rn. 11). So liegt es hier.

Die Auslegung der Angabe im Katalog ergibt, dass keine Garantie in diesem Sinne gewollt war. Die Provenienz ist lediglich beschrieben. Zwar muss das Wort Garantie nicht verwendet werden, eine Beschreibung der vorliegenden Art ist indes kein Beleg für eine Garantieübernahme. Die Email vom 19.05.2007 ändert daran nichts. Sie enthält eine Erläuterung, beinhaltet aber keine Haftungsübernahme.

Damit ist auch davon auszugehen, dass es sich bei der genannten Email nicht um eine Individualabrede im Sinne von § 305 b BGB handelt. Es liegt erkennbar kein Aushandeln einer Verpflichtung im Einzelfall vor.

d) Ob die Voraussetzungen des Ausschlusses der Rechte des Käufers nach § 442 BGB vorliegen, kann offenbleiben.

Demnach ist der Kaufpreisanspruch der Klägerin begründet. Die Höhe der Forderung ist nicht im Streit.

3. Der Zinsanspruch beruht auf § 288 Abs. 2 BGB aus dem Gesichtspunkt des Verzuges. Soweit die Klägerin sich Ziffer 10 Satz 1 der Versteigerungsbedingungen beruft, wonach Zinsen bei Zahlungsverzug in Höhe von 1 % pro angefangenem Monat berechnet werden, ist die Regelung nach § 309 Nr. 5 a BGB unwirksam. In § 288 BGB hat der Gesetzgeber nunmehr eindeutige Grenzen gesetzt, so dass in

AGB zum Nachteil des Schuldners abweichende Zinsregelungen nicht wirksam sind (vgl. MüKo-BGB/Kieninger, § 309 Rn 17).

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

5. Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordert im vorliegenden Einzelfall die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht. Der Senat folgt insbesondere der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Bezug auf die Gewährleistung bei Kunstauktionen (vgl. BGH NJW 1975, 970; NJW 1980, 1690).

Streitwert für das Berufungsverfahren: € 1.358.311,50.

### LG Freiburg, Urt. v. 15.12.2011 – 3 S 238/11 Verbindlichkeit von Auktionskatalogbeschreibungen II

Im Rechtsstreit

...

hat die 3. Zivilkammer des Landgerichts Freiburg auf die mündliche Verhandlung vom 01. Dezember 2011 unter Mitwirkung von Richter am Landgericht Dr. Adam, Richter am Landgericht Dr. Kaiser, Richter am Landgericht Dr. Schliebitz für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Amtsgerichts Freiburg vom 8. Juli 2011 - 1 C 2020/10 - wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das Urteil des Amtsgerichts Freiburg vom 8. Juli 2011 - 1 C 2020/10 - ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

5. Beschluss: Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird festgesetzt auf € 746,51.

Gründe:

I. Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird abgesehen (§§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 ZPO).

II. Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg.

Zu Recht hat das Amtsgericht entschieden, dass der Kläger gegen den Beklagten keinen Anspruch

auf Rückzahlung aus den §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB hat.

1. Ebenso wie das Amtsgericht lässt auch die Kammer offen, ob es sich um eine negative Abweichung der Ist- von der vertraglichen Sollbeschaffenheit handelt, wenn eine Serigrafie geliefert wird, obwohl vertraglich geschuldet eine Lithografie ist. Vorliegend fehlt es nämlich nach Auffassung der Kammer schon an einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend, dass es sich bei dem verkauften Gegenstand um eine Lithografie handelte. Zwar fand sich im Versteigerungskatalog die Beschreibung des streitgegenständlichen Blattes als „Lithografie“. Diese Beschreibung musste ein potentieller Ersteigerer jedoch von vornherein im Zusammenhang mit den Versteigerungsbedingungen des Auktionshauses lesen und verstehen. In diesen heißt es: Sämtliche zur Versteigerung gelangenden Gegenstände können vor der Versteigerung geprüft und besichtigt werden. Die Katalog-Beschreibungen werden nach bestem Wissen und Gewissen vorgenommen, stellen jedoch keine Garantien im Rechtssinne dar. Aus Sicht eines unvoreingenommenen Kunden ist dies nach Meinung der Kammer ein deutlicher Hinweis dahingehend, dass das Risiko einer Fehlbeurteilung der Eigenschaften versteigerter Gegenstände beim Ersteigerer liegen soll und dass es sich bei der im Katalog abgegebenen Erklärung allenfalls um eine

Wissenserklärung des Auktionators (bzw. des durch diesen vertretenen Einlieferers/Verkäufers) handelt, der im Zweifel keine Rechtsverbindlichkeit beigelegt werden soll. Hierfür gibt es - wie gerade der vorliegende Fall zeigt - auch sachliche Gründe; geht man von dem vorliegend erzielten Auktionserlös von 746,- € oder (erst recht) dem ausweislich der Anlage K 2 gesetzten Limit von 350,- € aus und zieht man weiter in Betracht, dass der Beklagte - wie er unwidersprochen vorträgt - selbst nichts Näheres über das verkaufte Blatt wusste, so wäre es ersichtlich nicht wirtschaftlich gewesen, den zu versteigernden Gegenstand zunächst einer sachverständigen Untersuchung zu unterwerfen. Deswegen ist die Kammer der Auffassung, dass Katalogbeschreibungen unter dem geschilderten Vorbehalt jedenfalls im Einzelfall nicht nur keine Garantie im Sinne des § 444 BGB darstellen, sondern darüber hinaus auch ganz ohne Einfluss auf die vertragliche Sollbeschaffenheit sein können, indem sie sich als reine Wissenserklärung (vgl. hierzu - im Kontext des Gebrauchtwagenkaufs - BGH, Urteil vom 12. März 2008 - VIII ZR 253/05 -, NJW 2008, S. 1517) bzw. als behelfsmäßige Beschreibung zur Identifizierung des Gegenstands darstellen. So liegt der Fall hier. Angesichts der knappen Beschreibung als Lithografie, des schließlich erzielten Preises und des Fehlens jeglicher weiterer Aussagen kommt die Kammer - wie auch in der mündlichen Verhandlung angesprochen - zu dem Ergebnis, dass ein durchschnittlicher Ersteigerer keinen Grund hatte, darauf zu vertrauen, es handle sich bei dem als Lithografie bezeichneten Gegenstand auch definitiv um eine solche. Danach ist eine bestimmte Beschaffenheit nicht vereinbart worden (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB), und es besteht auch keine Grundlage, ein Fehlen der Eignung für die vertraglich vorausgesetzte oder gewöhnliche Verwendung oder eine Abweichung

von einer üblichen, zu erwartenden Beschaffenheit festzustellen (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2 BGB). Der Kläger hätte mithin, um hinsichtlich der Eigenschaft als Lithografie sicherzugehen, die Mühe einer vorherigen näheren Untersuchung des Blattes - das ihm ja zur Besichtigung offen stand - auf sich nehmen müssen, oder aber er musste bei der Kalkulation des Gebots das Beschaffungsrisiko berücksichtigen. Die Kammer weist klarstellend darauf hin, dass diese Beurteilung durchaus auf den Einzelfall bezogen ist und dass sich die Sachlage bei ausführlicheren Beschreibungen im Katalog, anderweitigen Anhaltspunkten für weitergehende Vereinbarungen oder auch im Bereich höherer Werte bzw. Preise durchaus anders darstellen kann. Vorliegend aber kommt es auf die in der mündlichen Verhandlung weiter erörterte Frage der Einbeziehung und Wirksamkeit des Haftungsausschlusses in den Versteigerungsbedingungen nicht mehr an.

2. Soweit die Berufung geltend macht, das Auktionshaus habe der Rückabwicklung zugestimmt, kann die Kammer - ebenso wie das Amtsgericht - weder dem Vortrag auf S. 2 der Klageschrift noch den konkret vorgelegten Schreiben (Anlagen K 4-5, As. I 74 ff.) des Auktionshauses entnehmen, dass Letzteres dem Beklagten gegenüber mit dem Anspruch aufgetreten, wäre, die Rückabwicklung in auch für den Beklagten verbindlicher Weise geregelt zu haben.

III.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, nachdem die Frage des Vorliegens einer Beschaffungsvereinbarung eine solche des Einzelfalls ist.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 GKG.

### **AG Freiburg, Urt. v. 08.07.2011 – 1 C 202/10 Verbindlichkeit von Auktionskatalogbeschreibungen I**

In dem Rechtsstreit

...

hat das Amtsgericht Freiburg im Breisgau durch die Richterin am Amtsgericht Gissler am 08.07.2011 auf die mündliche Verhandlung vom 24.05.2011 und im anschließenden schriftlichen Verfahren nach dem Sach- und Streitstand vom 24.06.2011 für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung abwenden gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des für den Beklagten aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

#### **Tatbestand**

Der Kläger ersteigerte bei einer Auktion des Auktionshauses P. im April 2008 ein graphisches Blatt,

das im Auktionskatalog irrtümlich als „Lithographie, ..., die Tänzerin“ beschrieben worden war. Tatsächlich handelt es sich um eine Serigraphie. Mit Schreiben vom 10.11.2009 verlangte der Kläger daraufhin gegenüber dem Auktionshaus die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Das Auktionshaus stimmte der Rückabwicklung zu und forderte den Beklagten - allerdings vergeblich - auf, den Auszahlungserlös an den Kläger zurückzuerstatten. Der Kläger hatte das graphische Blatt an das Auktionshaus zurückgegeben. Die Versteigerung erfolgte im Namen und für Rechnung des Beklagten, der bei der Einlieferung der Graphik selbst keine Angaben zur Beschaffenheit des Blattes gemacht hatte. Die Versteigerungsbedingungen lauten auszugsweise wie folgt:

„1. Die Auktion erfolgt freiwillig im Namen und für Rechnung der Auftraggeber.

2. Sämtliche zur Versteigerung gelangenden Gegenstände können vor der Versteigerung besichtigt und geprüft werden. Die Gegenstände sind gebraucht. Die Katalog-Beschreibungen werden nach bestem Wissen und Gewissen vorgenommen, stellen jedoch keine Garantien im Rechtssinne dar. Verkauft wird unter Ausschluss der Gewährleistung.“

Die Einlieferungsbedingungen lauten auszugsweise wie folgt:

„2. Das Auktionskontor F. P. versteigert als Vermittler im Namen und Auftrag des Einlieferers.

...

7. Der Einlieferer haftet für Angaben, welche Echtheit, Ursprung und Alter der von ihm eingelieferten Sachen betreffen. Der Versteigerer ist berechtigt über Ansprüche wegen Mängeln, die von Käufern geltend gemacht werden, selbstständig mit Wirkung für den Einlieferer zu entscheiden.“

Der Kläger trägt vor, die verkaufte Serigraphie sei gegenüber einer Lithographie als ein anderer Vertragsgegenstand anzusehen und auch deutlich minderwertiger. Die verkaufte Ware sei daher mangelhaft. Der Verkauf sei unter der Voraussetzung erfolgt, dass eine Lithographie verkauft werde. Auch wenn der Beklagte entsprechende Angaben bei Einlieferung nicht gemacht habe, habe er doch den Einlieferungsvertrag, in dem das Blatt als Lithographie aufgeführt sei unterschrieben. Auf den Gewährleistungsausschluss könne sich der Beklagte nicht berufen, weil die Versteigerungsbedingungen allein das Verhältnis zwischen dem Käufer und dem Versteigerer regelten und keine Wirkung im Verhältnis zum Beklagten entfalteten. Jedenfalls für den Fall des Kommissionsgeschäfts gelte, dass der Auktionator den Rücktritt des Käufers annehmen könne und nicht den Weisungen des Kommittenten folgen müsse. Im Auktionsauftrag habe der Beklagte zudem die Haftung für die Mängelfreiheit übernommen. Die Berufung auf den Gewährleistungsausschluss sei vorliegend auch deshalb verwehrt, weil

bei sorgfältiger Prüfung des eingereichten Blattes die mangelnde Authentizität hätte auffallen müssen. Der Kläger beantragt, den Beklagten zu verurteilen an den Kläger 746,51 € nebst 5% Zinsen ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Er beantragt hilfsweise, den Beklagten Zug um Zug gegen Herausgabe und Übertragung des Eigentums an der streitgegenständlichen Graphik des Künstlers ... „Tänzerin“ mit handschriftlicher Bleistiftbeschriftung auf der linken Hälfte des unteren Blattrandes „...: Die Tänzerin“ und mit handschriftlicher Bleistiftbeschriftung am unteren Blattrand der rechten Ecke „für Dietgard“ mit den Maßen (Höhe x Breite) 41,2 x 29,9 cm zu verurteilen. Der Beklagte meint, das Auktionshaus sei nicht berechtigt gewesen, im Namen des Beklagten der Rückabwicklung des Kaufvertrages zuzustimmen. Der Beklagte habe auf die Nachfrage des Auktionshauses, ob er den Kaufvertrag rückabwickeln wolle, eindeutig erklärt, dass er hiermit nicht einverstanden sei. Der in den Versteigerungsbedingungen vereinbarte Gewährleistungsausschluss gelte auch im Verhältnis des Klägers zum Beklagten, da die Versteigerung im Namen und für Rechnung des Beklagten erfolgt sei. Der Beklagte habe nie behauptet, dass das graphische Blatt eine Lithographie sei und hafte für diese Beschreibung nicht. Der Beklagte wendet außerdem Verjährung ein. Schließlich wird bestritten, dass ein Mangel überhaupt vorliegt.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen.

## Entscheidungsgründe

I. Die zulässige Klage ist nicht begründet.

1. Der Kläger ist nicht wirksam vom Vertrag zurückgetreten. Hierbei kann offen bleiben, ob der Kaufgegenstand mangelhaft war, wofür allerdings viel spricht. Die Parteien haben jedoch wirksam einen Gewährleistungsausschluss vereinbart, auf den sich der Beklagte mit Recht beruft.

a) Die Versteigerungsbedingungen des Auktionshauses P., die einen Gewährleistungsausschluss enthalten, sind Gegenstand des zwischen dem Kläger und dem Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrages worden. Es wird an der im Hinweisbeschluss vom 04.05.2011 dargestellten vorläufigen Rechtsauffassung festgehalten. Anders als in dem vom Klägervertreter zitierten Verfahren des OLG Frankfurt (NJW 1993, 1477) ist das Auktionshaus im vorliegenden Fall nicht als Kommissionär tätig gewesen sondern hat die Graphik im Namen des Beklagten versteigert.

Auch wenn die Versteigerungsbedingungen vornehmlich das Verhältnis zwischen dem Käufer und dem Versteigerer regeln, ist daher nicht ausgeschlossen, dass auch Regelungen zu dem vermit-

telten Kaufvertrag mit enthalten sind und als Erklärungen für den Einlieferer/Verkäufer abgegeben werden. Der Gewährleistungsausschluss ist nach Auffassung des Gerichtes so formuliert, dass er als Regelung zum vermittelten Kaufvertrag verstanden wird. Auch inhaltlich betrifft er die Regelung des kaufvertraglichen Rechtsverhältnisses, das allein zwischen dem Kläger und dem Beklagten zustande kommt.

b) Die Berufung auf den Gewährleistungsausschluss ist dem Beklagten gem. § 444 BGB nicht verwehrt. Er hat sich gem. § 164 BGB die Erklärung des Auktionshauses, es handele sich bei der versteigerten Graphik um eine Lithographie, als eigene Erklärung zurechnen zu lassen. Unstreitig gingen sämtliche an der Versteigerung beteiligten Personen auch tatsächlich davon aus, dass diese Beschreibung der Graphik zutrifft. Weder das Auktionshaus noch der Beklagte handelten daher arglistig. Eine Garantie für die Beschaffenheit der Graphik wurde ebenfalls nicht übernommen, vielmehr ist in den Versteigerungsbedingungen ausdrücklich ausgeführt, dass die Angaben nach bestem Wissen und Gewissen vorgenommen werden, jedoch keine Garantien im Rechtssinne darstellen. Diese Klausel ist auch im Hinblick darauf, dass alle Kunstgegenstände vor der Versteigerung besichtigt und geprüft werden können, unbedenklich. Dies gilt auch im vorliegenden Fall, in dem der Versteigerer im Namen und für Rechnung des Einlieferers tätig wird (OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.11.1989, AZ 10 O 79/89 zitiert nach Juris). Die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses ist danach nicht davon abhängig, dass eine Einschränkung für den Fall grob fahrlässigen Handelns des Versteigerers vorgenommen wird. Eine solche Einschränkung sieht auch die Regelung des § 444 BGB nicht vor.

c) Es steht auch nicht fest, dass zwischen den Parteien die Rückabwicklung des Kaufvertrages vereinbart worden ist, etwa weil das Auktionshaus für den Beklagten entsprechende Erklärungen wirksam ab-

gegeben haben könnte. Das Gericht versteht schon den Klagevortrag nicht in diesem Sinne. Der Kläger hat zu keinem Zeitpunkt vorgetragen, dass das Auktionshaus im Namen des Beklagten der Rückabwicklung des Kaufvertrages zugestimmt hat. Er hat vielmehr darauf abgehoben, dass das Auktionshaus in die Rückabwicklung der eigenen vertraglichen Beziehung zu dem Kläger eingewilligt hat und entsprechende Provisionszahlungen an den Kläger zurückerstattet hat. Im Übrigen ist jedoch unstreitig, dass das Auktionshaus mit dem Beklagten Rücksprache gehalten hat um eine Erklärung zu erhalten, ob der Beklagte seinerseits der Rückabwicklung zustimmen würde. Dies hat der Beklagte jedoch unstreitig nicht getan.

Das Auktionshaus hätte eine entsprechende Erklärung im Namen des Beklagten auch nicht wirksam abgeben können. Es war zwar nach den Einlieferungsbedingungen befugt, über Ansprüche wegen Mängeln, die von Käufern geltend gemacht werden, selbstständig mit Wirkung für den Einlieferer zu entscheiden. Ziffer 7 der Einlieferungsbedingungen ist jedoch in Zusammenhang mit der Haftung des Einlieferers für die Echtheit, Ursprung und Alter der von ihm eingelieferten Sachen zu sehen. Der Einlieferer haftet für diese Angaben. Vorliegend ist jedoch unstreitig geblieben, dass der Beklagte gegenüber dem Auktionshaus solche Angaben gerade nicht gemacht hat und deshalb eine Haftung des Beklagten gegenüber dem Auktionshaus hierwegen nicht besteht.

Da mögliche Ansprüche des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises daher auch dann nicht bestehen, wenn ein Mangel des Kaufgegenstandes angenommen würde, kann offen bleiben, ob ein solcher Mangel auch tatsächlich besteht.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.