Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

---

a) BGB § 119

Zum Anfechtungsrecht des Verkäufers wegen Irrtums über die Urheberschaft eines verkauften Gemäldes.

b) ZPO § 282 (Beweislast); BGB §§ 812, 818 Abs. 2, 117

Zur Beweislastverteilung, wenn sich der auf Rückgabe in Anspruch genommene Bereicherungsschuldner darauf beruft, er habe das Erlangte weiterveräußert, und der Bereicherungsgläubiger geltend macht, dieses Veräußerungsgeschäft sei nicht ernstgemeint gewesen.

BGH, Urt. v. 8. Juni 1988 - VIII ZR 135/87 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 135/87

URTEIL

Verkündet am:
8. Juni 1988
Kühn,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Alfred L[redacted], K[redacted]straße [redacted] in M[redacted],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

gegen

Kurt M[redacted], L[redacted]straße [redacted] in Mü[redacted],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

WI

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 1988 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 7. April 1987 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von dem Beklagten mit der im Juli 1985 eingereichten Klage in erster Linie Herausgabe des Ölgemäldes "Bildnis eines jungen Mannes". Am 19. März 1984 verkaufte der Kläger das ihm gehörende Bild zum Preis von 6.000 DM an den Beklagten. Eine Quittung vom selben Tage enthält die Erklärung des Klägers, das "Ölbild Männerkopf von Frank Duveneck" sei "von Dr. v. So[redacted] i. Neuen Pinakothek als eindeutiges Original von Frank Duveneck begutachtet" worden. Das Bild wurde dem Beklagten übergeben, der Kaufpreis gezahlt. Der Beklagte ließ das Gemälde im

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

August 1984 von dem Konservator Dr. R[redacted] untersuchen, der es dem Maler Wilhelm Leibl zuschrieb. Der Beklagte veräußerte das Bild nach seiner Darstellung am 2. August 1984 zusammen mit einer Vielzahl anderer Kunstgegenstände und Antiquitäten an eine Galerie Am[redacted] GmbH in Mü[redacted] zu einem Gesamtpreis von 6.220.000 DM; hiervon entfielen 25.000 DM auf das streitgegenständliche Gemälde, das in einer "Liste zum Kaufvertrag vom 2.8.1984" bezeichnet wurde als "Frank Duveneck (1848-1919) zugeschrieben (Wilhelm Leibl oder Leibl-Umkreis?)".

Am 19. Juni 1985 entdeckte der Kläger das Bild in einer Ausstellung der Städtischen Galerie Ro[redacted] über Wilhelm Leibl und dessen Malerkreis. Es war dort als Werk von Wilhelm Leibl ausgestellt. Mit Anwaltsschreiben vom 26. Juni 1985 ließ der Kläger den Kaufvertrag und die Übereignungserklärung vom 19. März 1984 wegen Irrtums anfechten und Rückgabe des Bildes Zug um Zug gegen Rückzahlung der bezahlten 6.000 DM verlangen. Der Beklagte verweigerte dies.

Das Landgericht gab der Herausgabeklage statt. Die Berufung des Beklagten wies das Oberlandesgericht zurück. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat im Ergebnis Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Dem Kläger stehe "an sich" ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB zu, weil er sich über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Bildes geirrt habe und die deshalb wirksame Anfechtung nicht nur den Kaufvertrag, sondern auch das dingliche Übereignungsgeschäft vom 19. März 1984 erfasse. Das schließe jedoch nicht aus, daß er sein Herausgabeverlangen auch - wie geschehen - auf einen aus der Nichtigkeit des Kaufvertrages abgeleiteten Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung stützen könne. Die Anfechtung des Kaufvertrages sei wirksam, weil die Urheberschaft eines Gemäldes eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB darstelle und sich der Kläger im Zeitpunkt des Verkaufs über den Maler des Bildes geirrt habe. Aus der Quittung folge, daß der Kläger sich nach der Begutachtung durch Dr. v[redacted] So[redacted] die feste Vorstellung gebildet habe, bei dem Gemälde handle es sich um ein Werk von Frank Duveneck. Mit dem Landgericht sei hingegen aufgrund der von diesem durchgeführten Beweisaufnahme anzunehmen, daß das Bild von Wilhelm Leibl stamme.

Das somit gegebene Anfechtungsrecht des Klägers werde durch die Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff BGB nicht ausgeschlossen. Als Verkäufer stünden dem Kläger Gewährleistungsansprüche nicht zu. Die Rechtsprechung lasse vielmehr eine Anfechtung durch den Verkäufer zu, wenn er eine Sache in Unkenntnis ihres viel höheren Wertes abgegeben habe. Eine Anfechtung durch den Verkäufer komme nur dann

nicht in Betracht, wenn er sich auf diese Weise berechtigten Sachmängelansprüchen des Käufers entziehen könnte; so liege der Fall hier aber nicht. Der Beklagte könne einer Anfechtung des Klägers auch nicht entgegenhalten, dieser habe durch den Irrtum wirtschaftlich keinen Nachteil erlitten, weil Werke des amerikanischen Malers Duveneck in den USA etwa so hoch gehandelt würden wie ein Bild von Leibl in Deutschland. Für den Besitzer eines Gemäldes sei auch der Umstand von Interesse, von wem es stamme. Selbst bei einem rein wirtschaftlichen Wertvergleich komme es auf die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt und am Ort des Verkaufsgeschäfts an; insofern könne nicht zweifelhaft sein, daß ein Werk von Wilhelm Leibl in Mü[redacted] höhere Wertschätzung und größere Verwendbarkeit genieße als ein Bild von Duveneck.

Der Beklagte sei zur Herausgabe zu verurteilen, weil er den ihm obliegenden Beweis, daß ihm die Herausgabe nicht mehr möglich sei, nicht habe führen können. Obwohl die Zeugin Ka[redacted], die Geschäftsführerin und Alleingesellschafterin der Galerie Am[redacted] GmbH, den im Vertrag vom 2. August 1984 niedergelegten Kauf bestätigt habe, bestünden Zweifel, ob es sich um ein ernstgemeintes Veräußerungsgeschäft gehandelt habe. Diese Zweifel ergäben sich aus den Verbindungen des Beklagten zu der Zeugin und der Galerie und aus den unklaren und teilweise widersprüchlichen Angaben der Zeugin über die Abwicklung des angeblichen Geschäfts, nach denen der Beklagte aus nicht nachvollziehbaren Gründen auf die Zahlung eines Kaufpreises von über 6.000.000 DM verzichtet haben müsse. Danach sei der Verdacht nicht auszuschließen, daß zwischen dem Beklagten und der Galerie ein Scheingeschäft vorgenommen

worden sei. Daß das streitgegenständliche Bild an eine Bank zur Sicherheit übereignet worden sei, habe der Beklagte schon nicht ausreichend dargelegt, jedenfalls sei es nicht nachgewiesen.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Zu Unrecht beanstandet die Revision allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe den Kaufvertrag wirksam angefochten.

a) Das Anfechtungsrecht des Klägers ist nicht, wie die Revision meint, durch die Bestimmungen der §§ 459 ff BGB ausgeschlossen.

aa) Zwar schließen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften die Anfechtung des Käufers wegen eines Irrtums über solche Eigenschaften der Kaufsache aus, die Gewährleistungsansprüche begründen können (Urteile vom 26. Oktober 1978 - VII ZR 202/76 = WM 1979, 54 unter I 2 a m.Nachw., insoweit in BGHZ 72, 252 nicht abgedruckt, und BGHZ 78, 216, 218). Dagegen kann von einer "Konkurrenz" zwischen den Sachmängelansprüchen und einem Anfechtungsrecht des Verkäufers gemäß § 119 Abs. 2 BGB keine Rede sein, weil dem Verkäufer Gewährleistungsrechte nie zustehen (z.B. Esser/Weyers, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., § 6 I 4 S. 61; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 119 Rdn. 66; anders zu Unrecht Feldmann, Kann der Verkäufer den Kaufvertrag wegen Irrtums anfechten?, Diss., Jena 1937, S. 47 ff für den Zeitpunkt

nach Gefahrübergang). Entgegen einer Mindermeinung (z.B. Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, S. 457; vgl. auch Linke, Die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. II BGB im Kunst- und Antiquitätenhandel, Diss., Würzburg 1936, S. 28 ff, 30 f) bedeutet dies aber nicht, daß der Verkäufer stets von einem Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB Gebrauch machen könnte. Wäre dem so, so könnte sich der Verkäufer, der irrig Mangelfreiheit der Sache annimmt, durch Irrtumsanfechtung unter Inkaufnahme der auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB von seiner Gewährleistungspflicht befreien. Mit der im Schrifttum ganz überwiegend vertretenen Ansicht ist vielmehr davon auszugehen, daß es dem Verkäufer nach dem Gedanken des Rechtsmißbrauchs verwehrt ist, von dem Anfechtungsrecht Gebrauch zu machen, wenn die Folge wäre, daß er sich gesetzlich angeordneten Zurechnungen, nämlich seiner Gewährleistungspflicht, entzöge (z.B. Esser/Weyers und Staudinger/Dilcher, jeweils aaO; Staudinger/Honsell aaO Vorbem. zu § 459 Rdn. 25; Soergel/Hefermehl, BGB, 12. Aufl., § 119 Rdn. 80; MünchKomm-H.P. Westermann, BGB, § 459 Rdn. 76; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 3. Aufl., § 24, 4 S. 488; für den Fall, daß der Verkäufer sich auf die Grundsätze über die fehlende Geschäftsgrundlage berufen will, vgl. auch bereits Senatsurteil vom 21. April 1971 - VIII ZR 205/69 = WM 1971, 1016 unter I 2 a).

bb) Daraus folgt, daß im vorliegenden Fall das Anfechtungsrecht des Klägers nicht ausgeschlossen ist. Denn die Rechtsfolge eines Gewährleistungsanspruchs, dessen

Geltendmachung durch eine Anfechtung vereitelt werden könnte, will der Beklagte gerade nicht in Anspruch nehmen.

α) Das Berufungsgericht hat tatrichterlich festgestellt, daß das Gemälde nicht von Duveneck, sondern von Leibl stammt. Dies greift die Revision nicht an und läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Liegt - wie hier - ein Speziskauf vor, so führt der Umstand, daß das Bild entgegen dem Vertragsinhalt nicht von dem Maler Duveneck herrührt, nicht zur Annahme einer Falschlieferung, sondern stellt einen Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB dar (Senatsurteil BGHZ 63, 369, 371). Daran ändert nach Auffassung des Reichsgerichts (RGZ 135, 339, 342 f) nichts, daß der "Leibl" - wie der Kläger behauptet - wesentlich mehr wert ist, als es ein "Duveneck" gewesen wäre. Stand dem Beklagten mithin ein Wandelungsanspruch zu, so hindert das den Kläger gleichwohl nicht an einer Anfechtung. Denn der Beklagte ist mit der ihm vorprozessual und mit dem Hauptantrag der Klage angebotenen Rückabwicklung des Kaufvertrages, die auch Rechtsfolge einer Wandelung wäre (§§ 467, 346 ff BGB), nicht einverstanden; was der Käufer nicht will, kann der Verkäufer nicht treuwidrig vereiteln (ebenso Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948, S. 149 für den Fall, daß der Käufer seinen Wandelungsanspruch fallen läßt).

β) Einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 463 BGB, dem eine Anfechtung durch den Kläger den Boden entziehen könnte, macht der Beklagte ebenfalls nicht geltend. Das Berufungsgericht stellt rechtsfehlerfrei fest, daß der Kläger beim Verkauf des Bildes der festen Vorstellung gewesen sei, bei dem Maler handele es sich um

Frank Duveneck; ein arglistiges Verhalten des Klägers im Sinne des § 463 Satz 2 BGB scheidet daher aus. Der Beklagte hat sich auch nicht darauf berufen, daß ihm die Eigenschaft des Bildes als von Duveneck herrührend zugesichert worden (vgl. hierzu Senatsurteil vom 28. Juni 1972 - VIII ZR 60/71 = WM 1972, 1058 unter I 2) und dementsprechend der Kläger ihm zum Schadensersatz verpflichtet sei.

cc) Allerdings wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, dem Verkäufer stehe ein Anfechtungsrecht gemäß § 119 Abs. 2 BGB nur bei Lieferung einer Sache von besserer Beschaffenheit als der geschuldeten (z.B. Soergel/Hefermehl aaO; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 3. Aufl., S. 155; Raape AcP 150, 496, 504; Staudinger/Honsell aaO Rdn. 25; so lag der Fall auch in der vom Berufungsgericht herangezogenen Entscheidung RGZ 124, 115) oder bei einem besonderen subjektiven Interesse des Verkäufers an dem Gegenstand zu (Flume, Eigenschaftsirrtum aaO S. 148).

α) Nach der unter Beweis gestellten Behauptung des Beklagten, die sich auf eine Äußerung des Sachverständigen Dr. Lu[redacted] stützen kann, werden die Bilder des Malers Duveneck in den USA etwa so hoch gehandelt wie Werke von Leibl in Deutschland. Das Berufungsgericht hat dies für unerheblich gehalten. Der Revision ist aber einzuräumen, daß die Begründung, es komme auf den Wert "am Ort des Verkaufsgeschäfts" an und jedenfalls in München genieße ein Bild von Leibl höhere Wertschätzung als ein solches von Duveneck, Bedenken begegnen kann; auch die Parteien hätten das Bild, wäre es von Duveneck gewesen, zu dem in den USA erzielbaren Preis verkaufen können.

ß) Die Frage bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Denn dem Kläger ist die Anfechtung auch dann nicht verwehrt, wenn das vom Beklagten behauptete Wertverhältnis bestünde. Die oben (zu cc) dargestellte Auffassung eignet sich zwar als Faustregel für den Normalfall - weil nämlich dann, wenn die Sache infolge ihres "Andersseins" nicht mehr wert ist als mit der nach dem Vertrag vorausgesetzten Eigenschaft, der Verkäufer mit einer Anfechtung in der Regel nur den Zweck verfolgen wird, sich den Gewährleistungsansprüchen des Käufers zu entziehen -, sie bedarf aber der Einschränkung in Fällen wie dem vorliegenden, wo diese Folge der Anfechtung des Verkäufers ausscheidet (dazu oben II 1 a bb). Dann kann entscheidend letztlich nur sein, ob der Verkäufer eine Sache mit anderen Eigenschaften geliefert hat, als sie nach dem Vertrag vorausgesetzt waren, ohne daß - mit der Grenze des Verbots rechtsmißbräuchlichen Verhaltens - maßgeblich sein kann, ob die erbrachte Leistung gegenüber der vertraglich vorausgesetzten höher- oder gleichwertig ist. Ein Grund, ihm darüber hinaus das ihm gesetzlich zustehende Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB zu versagen, ist nicht ersichtlich.

dd) An diesem Ergebnis ändert nichts, daß der Kläger sich (auch) über den in den USA erzielbaren Preis für Bilder von Duveneck geirrt haben mag. Zwar hätte ihn ein Irrtum über den Wert des für 6.000 DM verkauften Bildes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zur Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB berechtigt (BGHZ 16, 54, 57; BGH Urteil vom 21. Februar 1952 - IV ZR 103/51 = LM BGB § 779 Nr. 2 unter II 4). Da aber das Bild kein "Duveneck" war, hat sich ein derartiger Irrtum des Klägers

nicht ausgewirkt, sondern ist von der - weiteren - irrigen Vorstellung über die Urheberschaft des Bildes "überlagert" worden. Der Irrtum des Klägers über den Wert verschaffte dem Beklagten auch keine Einrede gegenüber dem Anfechtungsrecht des Klägers (anders wohl Flume, Eigenschaftsirrtum aaO S. 150 f). Nach der den Irrenden begünstigenden gesetzlichen Wertung muß das Interesse des Käufers, "sich durch Aufrechterhaltung des Vertrages den der Kaufvereinbarung entsprechenden Geschäftsgewinn (zu) sichern" (Flume aaO S. 151), dem Anfechtungsrecht des Verkäufers weichen. Weder der Anspruch auf das Vertrauensinteresse nach § 122 BGB noch die Käuferrechte gemäß den §§ 459 ff BGB hätten - von dem hier nicht gegebenen Fall des § 463 BGB abgesehen - den Beklagten berechtigt, vom Kläger den Wert eines Bildes von Duveneck zu verlangen.

ee) Schließlich kann dahinstehen, ob der Kläger, hätte er die Urheberschaft des Bildes erkannt, dieses ebenfalls - dann lediglich zu dem einem Werk von Leibl entsprechenden höheren Preis - verkauft hätte. Ob dem Käufer dann das Recht zugestanden werden muß, der Anfechtung des Verkäufers gemäß § 242 BGB zu widersprechen und die Nachzahlung des erhöhten Preises anzubieten (so Flume, Eigenschaftsirrtum aaO S. 152 ff; Soergel/Hefermehl aaO § 119 Rdn. 80; ähnlich Raape AcP 150, 496, 504), bedarf keiner Entscheidung, weil der Beklagte kein derartiges Recht in Anspruch nimmt und nicht erklärt hat, den wirklichen Wert des Bildes bezahlen zu wollen.

b) Die Voraussetzungen eines Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB liegen vor.

aa) In der Urheberschaft des Gemäldes ist eine verkehrswesentliche Eigenschaft zu sehen (Senatsurteil BGHZ 63, 369, 371 m.Nachw.). Auch hier ändert daran nichts, daß ein Bild von Duveneck nach dem Vortrag des Beklagten ebensoviel wert sein kann wie ein solches von Leibl. Dies trifft sich mit der zitierten Auffassung des Reichsgerichts (RGZ 135, 339, 342 f), daß ein Fehler des Bildes im Sinne des Gesetzes selbst dann gegeben sein kann, wenn der wahre Schöpfer des Bildes noch höher geschätzt wird als der Künstler, dem es die Vertragsparteien zugeschrieben haben.

bb) Zu Unrecht meint die Revision, das Anfechtungsrecht des Klägers sei deshalb ausgeschlossen, weil er durch die angefochtene Erklärung wirtschaftlich keinen Nachteil erlitten habe (dazu z.B. RGZ 128, 116, 121; Palandt/Heinrichs, BGB, 47. Aufl., § 119 Anm. 8). Dies gilt zwar für den Regelfall (Soergel/Hefermehl aaO § 119 Rdn. 67) und dient als Anhaltspunkt (Staudinger/Dilcher aaO § 119 Rdn. 74) für die Abgrenzung zwischen einem beachtlichen Irrtum und bloßem "Eigensinn, subjektiven Launen und törichten Anschauungen" (RGZ 62, 201, 206), bei denen "bei verständiger Würdigung des Falles" (§ 119 Abs. 1 BGB) ein Einfluß des Irrtums auf die Abgabe der Erklärung zu verneinen ist. Bei Verkauf von Kunstgegenständen ist hingegen der wirtschaftliche Wert nicht allein ausschlaggebend. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ausgeführt hat, in Mü[redacted] - und gemeint ist offenbar: auch für den Kläger, wie dessen Vorgehen und auch die Zeugenaussage seiner Ehefrau zeigen - komme einem Bild von Leibl auch unabhängig von dem reinen Geldeswert höhere Wertschätzung als einem Gemälde Duvenecks zu, so kann dies nicht als rechtsfehlerhaft beanstandet werden.

2. Nach allem war der Beklagte nach wirksamer Anfechtung des Kaufvertrages durch den Kläger grundsätzlich verpflichtet, das von diesem erlangte Bild zurückzugeben (§ 812 Abs. 1 BGB). Mit Erfolg rügt die Revision indessen, das Berufungsurteil beruhe auf einer Verkennung der Beweislastverteilung. Es geht davon aus, daß der Beklagte für seine Behauptung, ihm sei die Herausgabe des Bildes nicht mehr möglich, beweispflichtig sei und daß ihm dieser Beweis nicht gelungen sei. Das stimmt zwar mit der einhellig vertretenen Auffassung überein, daß der Bereicherungsschuldner für die Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten die Beweislast trägt (z.B. Staudinger/Lorenz aaO § 818 Rdn. 32; Soergel/Mühl, BGB, 11. Aufl., § 818 Rdn. 99; Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 1. Bd., § 818 Rdn. 7; Planck/Landois, BGB, 4. Aufl., § 818 Anm. 4 i). Das Berufungsgericht hatte aber offenbar keinen Zweifel daran, daß der Beklagte und die Zeugin Ka[redacted] die sich aus dem vorgelegten Kaufvertrag vom 2. August 1984 ergebenden Erklärungen tatsächlich abgegeben haben; es konnte sich nur nicht davon überzeugen, daß dieses Veräußerungsgeschäft ernstgemeint gewesen sei. Da grundsätzlich von der Ernstlichkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen auszugehen ist, trägt für das Vorliegen eines Scheingeschäfts im Sinne des § 117 BGB derjenige die Beweislast, der sich darauf beruft (BGH Urteile vom 25. Januar 1977 - VI ZR 85/75 = WM 1977, 922 unter II 3 und vom 24. Januar 1980 - III ZR 169/78 = WM 1980, 372 unter II 2; Baumgärtel/Laumen aaO § 117 Rdn. 1 m.w.Nachw. Fußn. 1). Gelingt es also dem Bereicherungsschuldner, die Abgabe der tatsächlichen Erklärungen, die sich auf eine Weiterübereignung richten und damit die Unmöglichkeit der Herausgabe zur Folge haben, zu beweisen, so

hat er seiner Beweislast genügt. Die Ernstlichkeit dieses Geschäfts braucht er nicht nachzuweisen, wie auch sonst derjenige, der sich auf rechtsgeschäftliche Erklärungen beruft, nicht auch noch deren Wirksamkeit darlegen und nachweisen muß. Das Gegenteil zu beweisen, war vielmehr Sache des Klägers.

Die Verkennung der Beweislastverteilung machte die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erforderlich. Das Berufungsgericht, das bisher lediglich "zumindest eine Vermutung" für das Vorliegen eines Scheingeschäfts angenommen hat, wird prüfen müssen, ob der Kläger aufgrund der Beweisaufnahme den Nachweis erbracht hat, daß der Beklagte und die Zeugin Ka[redacted] das Veräußerungsgeschäft nur zum Schein vorgenommen haben.

3. Das Berufungsurteil konnte auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten bleiben (§ 563 ZPO).

a) Ein Eigentumsherausgabeanspruch nach § 985 BGB, den das Berufungsgericht zwar grundsätzlich bejaht, auf den es die Verurteilung aber nicht gestützt hat, scheidet aus, wenn der Beklagte - wie er geltend macht - den Besitz an dem Bild schon vor Rechtshängigkeit der Klage verloren hat. Der Kläger muß beweisen, daß der Beklagte im Zeitpunkt der Erhebung der Klage Besitzer der herausverlangten Sache war (Senatsurteil vom 12. Mai 1982 - VIII ZR 132/81 = WM 1982, 749 unter II 1 b m.Nachw.). Insoweit gilt hier nichts anderes als zum Bereicherungsanspruch des Klägers (oben II 2).

b) Das Berufungsgericht hat nicht erörtert, ob nicht auch der Beklagte sich über die Urheberschaft des Bildes geirrt hat und wie sich der dann vorliegende beiderseitige Irrtum auswirken würde. Zu dieser Prüfung hatte das Berufungsgericht aber auch keine Veranlassung, weil keine der Parteien etwas über die Vorstellung des Beklagten bei Vertragsschluß vorgetragen hat und der Umstand, daß dieser wenige Monate nach dem 19. März 1984 das Bild einem Sachverständigen zur Begutachtung vorgeführt und - angeblich - an die Galerie Am[redacted] mit dem Vermerk "Wilhelm Leibl oder Leibl-Umkreis?" weiterveräußert hat, es nicht ausgeschlossen erscheinen läßt, daß der Beklagte sich schon bei Vertragsschluß nicht in einem Irrtum über die Urheberschaft des Gemäldes befand.

Braxmaier Dr. Skibbe Treier

Dr. Paulusch Groß