

# Examensklausur: Der gestohlene Schiele

Von Wiss. Mitarbeiter **Steffen M. Jauß**, Frankfurt am Main\*

*Die der Entscheidung des BGH V ZR 255/17<sup>1</sup> nachempfundene Klausur behandelt Fragen des Besitz- und Eigentumsrechts sowie Probleme der Erbengemeinschaft von gehobenem Schwierigkeitsgrad. Schwerpunkte bilden die Vermutungswirkungen des § 1006 BGB, das Abstraktionsprinzip und seine Durchbrechungen, die Ersitzung, die beschränkten Verfügungsbefugnisse eines Miterben sowie Fragen des Hinterlegungsrechts. Die Zusatzfrage prüft juristische Argumentationsfähigkeit im Umgang mit unbekanntem Rechtsnormen.*

## Sachverhalt

Die vermögende und ortsbekanntere Frieda (F) war früh verwitwet. Nach dem Auszug ihrer Kinder Lisa (L) und Mark (M) baute sie sich eine Sammlung von Aquarellen und Gouachen namhafter Künstler auf. Prunkstück ihrer Sammlung war das Ölgemälde „Stehender Akt mit lila Handtuch“ des Expressionisten Egon Schiele mit einem Marktwert von 15 Mio. €. Wie das Werk in ihre Sammlung gelangt war, ist unbekannt. Sicher ist jedoch, dass es sich spätestens in den frühen 1990ern in ihrem Besitz befand. Damals hatte Frieda nämlich gutachtlich ausschließen lassen, dass es sich um NS-Raubkunst handeln könnte.

Frieda verstarb am 3.6.1999 bei einem Verkehrsunfall. Wohl von der lokalen Presseberichterstattung auf den Plan gerufen, brachen Kriminelle in der Nacht zum 5.6.1999 in ihr Anwesen ein. Als Lisa mit ihrem Sohn Gustav (G) und Mark das Anwesen ihrer Mutter am 6.6.1999 betreten, fanden sie die Einrichtung demoliert vor. Von dem Ölgemälde fehlte jede Spur. Die Kriminalpolizei vermochte den Einbruch nie aufzuklären.

Erst 15 Jahre später tauchte das Gemälde wieder auf, als Roland (R) versuchte, es in der Schweiz in eine Auktion zu geben. Das Auktionshaus schaltete die Staatsanwaltschaft (S) ein, die gegen Roland wegen des Verdachts der Hehlerei ermittelte. Am 1.10.2015 wurden die Räumlichkeiten des Roland durchsucht und dabei auch das Gemälde – ordnungsgemäß – zu Beweis Zwecken beschlagnahmt. Seitdem befindet es sich in der Asservatenkammer der Staatsanwaltschaft. Deren Ermittlungen ergaben, dass Roland es am 30.9.2005 im Antiquariat der schwerpunktmäßig mit Gemälden handelnden Wilma e.K. (W) für 2.000 € gekauft hatte. Roland muss der deutlich höhere Wert des Gemäldes bewusst gewesen sein. Er hat es nämlich umgehend in seinem Safe deponiert und eine teure Versicherung dafür abgeschlossen. Gegenüber dem Schweizer Auktionshaus hat er 2015 angegeben, aus dem Verkauf einen Erlös von mindestens 100.000 € erzielen zu

wollen. Am 2.2.2016 wurde das Ermittlungsverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt.

Der im Ermittlungsverfahren als Zeuge vernommene Mark streitet seitdem mit Roland, an wen die Staatsanwaltschaft das Gemälde auszuhändigen habe. Er stützt sein Begehren auf den Umstand, dass Frieda weder Testament noch Erbvertrag errichtet hat. Lisa habe ihm alle ihre Ansprüche wegen des Gemäldes abgetreten. Sie wollte nämlich, dass Mark sich allein um diese Angelegenheit kümmert. Roland könne nicht Eigentümer des Gemäldes geworden sein. Schon den ihm obliegenden Nachweis seiner Gutgläubigkeit könne er nicht erbringen, weil es sich um ein Kunstwerk handelt, bei dessen Kauf er hätte Erkundigungen einholen müssen. Dessen ungeachtet sei sein Wuchergeschäft mit Wilma ohnehin null und nichtig. Roland meint hingegen, dass schon die von Mark behauptete Abtretung unmöglich gewesen sei. Im Übrigen könne Mark nicht einmal belegen, dass das Gemälde jemals im Eigentum seiner Familie stand. Bis zur Beschlagnahme hatte er, Roland, es jedenfalls selbst im Besitz. Welche Ansprüche Mark nun rund 15 Jahre, nachdem er es erworben hat, darauf überhaupt noch haben will, sei ihm schleierhaft.

## Frage 1

Kann Mark von der Staatsanwaltschaft Herausgabe des Gemäldes an sich selbst aus § 985 BGB verlangen?

## Abwandlung

Die Staatsanwaltschaft hat das Gemälde infolge der Streitigkeiten zwischen Roland und Mark beim zuständigen Amtsgericht hinterlegt und dabei auf ihr Rücknahmerecht verzichtet. Dabei hat sie sowohl Mark als auch Roland als mögliche Empfangsberechtigte benannt.

## Frage 2

Welche (zivilrechtlichen) Ansprüche stehen dem Eigentümer (vgl. Frage 1) zu?

## Zusatzfrage

Nehmen Sie Stellung zur These, § 40 Abs. 2 KGSG schließe den gutgläubigen Erwerb abhandlungsgemachter Kulturgüter auch im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung i.S.d. § 935 Abs. 2 BGB aus.

## Bearbeitervermerk

1. Der Beurteilung aller in der Vergangenheit liegenden Ereignisse ist die aktuelle Rechtslage zugrunde zu legen. Vorschriften des Denkmal- und Kulturgüterschutzrechts sind nur im Rahmen der Zusatzfrage zu erörtern.

2. Die Prüfung von Vorschriften der StPO ist erlassen. Von der Rechtsfähigkeit der Staatsanwaltschaft ist auszugehen; nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens steht ihr kein Besitzrecht zu. Die Rückgabe zu Beweis Zwecken beschlagnahmter Gegenstände erfolgt kraft öffentlichen Rechts grund-

---

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für antike Rechtsgeschichte, europäische Privatrechtsgeschichte und Zivilrecht (Prof. Dr. Guido Pfeifer) der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Fall wurde im Wintersemester 2020/21 im Klausurenkurs des universitären Repetitoriums gestellt.

<sup>1</sup> BGH NJW 2019, 3147 m.Anm. Krause, NJW 2019, 3154.

sätzlich an den letzten Gewahrsamsinhaber. Die einschlägigen Vorschriften hindern die Geltendmachung von § 985 BGB nicht.

*Hinweis:* Der Aufgabenstellung war ein Abdruck der §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 2 HessHintG<sup>2</sup>, des § 40 KGSG (Sartorius Nr. 510) sowie von BT-Drs. 18/7456, S. 96 beigelegt.

### Lösungsvorschlag

#### Frage 1: Anspruch auf Herausgabe des Ölgemäldes aus § 985 BGB

M könnte einen Anspruch gegen S auf Herausgabe des Ölgemäldes „Stehender Akt mit lila Handtuch“ aus § 985 BGB haben. S ist Besitzerin. Sie hat kein Besitzrecht, sodass der Anspruch nicht gem. § 986 BGB ausgeschlossen ist. Fraglich ist allein, ob M als Eigentümer zum Herausgabeverlangen an sich selbst befugt ist.

#### I. Eigentumsverhältnisse am Ölgemälde

Die ursprünglichen Eigentumsverhältnisse an dem Gemälde stehen nicht fest.

##### 1. Eigentumsvermutung zugunsten M

Zugunsten M könnte aber gem. § 1006 Abs. 2 BGB vermutet werden, dass das Gemälde in seinem Eigentum steht.

##### a) Vermutungsgrundlage

Dann müsste M früherer Besitzer des Gemäldes gewesen sein. Besitzer ist, wer die vom Sachherrschafftswillen getragene Sachherrschaft ausübt; § 854 BGB. Das hat nur F getan; das Gemälde wurde gestohlen, bevor M seine Sachherrschaft hätte begründen können. Der frühere Besitzer der F könnte aber gem. § 857 BGB vor dem Diebstahl auf M übergegangen sein.

*Hinweis:* Nach h.M. kann sich auf § 1006 Abs. 2 BGB berufen, wer seine Rechtsposition vom früheren Besitzer ableitet.<sup>3</sup> Daher kann auch auf die gem. § 1922 Abs. 1 BGB abgeleitete Eigentumsposition abgestellt werden.

Der Besitz geht nach § 857 BGB mit dem Erbfall über. Dieser ist am 3.6.1999, also noch vor dem Diebstahl eingetreten.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 1, Abs. 2, 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 BayHintG; §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 3 HintG BW; §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 1, Abs. 3 BerlHintG; §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1, Abs. 3 BbgHintG; §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 1, Abs. 3 BremHintG; §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 1, Abs. 3 HambHintG; §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 1, Abs. 3 HintG MV; § 16 Abs. 1, Abs. 2 NdsHintG; §§ 19 Abs. 1, Abs. 2, 20 Abs. 2 HintG NRW; §§ 17 Abs. 1, Abs. 2, 18 Abs. 2 LHintG RLP; §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 1, Abs. 3 HintG SL; §§ 21, 22 Abs. 1, Abs. 3 SächsHintG; §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 1, Abs. 3 HintG LSA; §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 1, Abs. 3 HintG SH; §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1, Abs. 3 ThürHintG.

<sup>3</sup> BGHZ 161, 90 (108 f.); skeptisch Raff, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1006 Rn. 11, 26–29.

M müsste aber auch Erbe der F geworden sein. Eine Verfügung von Todes wegen i.S.d. §§ 1937, 1941 BGB hat F nicht errichtet. Ihre Erbfolge ist daher nach den Vorschriften der §§ 1924 ff. BGB zu bestimmen: L, M und G sind Abkömmlinge der F, mithin gem. § 1924 Abs. 1 BGB gesetzliche Erben der ersten Ordnung. Als solche verdrängen sie gem. § 1930 BGB alle Erben nachrangiger Ordnungen. Der grundsätzlich gem. § 1931 BGB erbberechtigte Ehemann der F ist vorverstorben und daher schon nicht i.S.d. § 1923 Abs. 1 BGB erbfähig. G ist nur durch die noch lebende L mit F verwandt und somit gem. § 1924 Abs. 2 BGB von der Erbfolge ausgeschlossen. Folglich beerben nur L und M die F, als Kinder gem. § 1924 Abs. 4 BGB zu gleichen Teilen. Demnach ist der frühere Besitz der F gem. § 857 BGB auf M und L übergegangen.

M war früherer (Mit-)Besitzer des Gemäldes.

##### b) Vermutungsinhalt

Dem Wortlaut des § 1006 Abs. 2 BGB zufolge wird vermutet, dass M „während der Dauer seines Besitzes Eigentümer des Gemäldes gewesen sei“. Diese Formulierung legt nahe, dass das Gesetz die Eigentumsvermutung im Sinne einer Rechtzustandsvermutung zugunsten des früheren Besitzers an die bloße Tatsache seines Besitzes knüpft und in ihrer Wirkung zugleich auf die Besitzzeit beschränkt. Mit dem Diebstahl des Ölgemäldes hat M seinen Besitz verloren, sodass ihm § 1006 Abs. 2 BGB nicht mehr zugutekäme. Allerdings dehnt § 1006 Abs. 2 BGB die Wirkungen des Abs. 1 auf frühere Besitzer aus und ist deshalb in dessen Lichte auszulegen.

Sinn und Zweck des § 1006 Abs. 1 BGB kann keine Rechtzustandsvermutung des Inhalts sein, dass der (jetzige) Besitzer als solcher Eigentümer sei. Um mit seinem Anspruch aus § 985 BGB durchzudringen, müsste ein Vindikationsgläubiger dann jeden denkbaren Eigentumserwerb des Besitzers widerlegen. Das würde den zum Schutz des Eigentümers gegebenen Anspruch aus § 985 BGB weitgehend aushöhlen.<sup>4</sup> Vielmehr zeigt sich auch in systematischer Hinsicht, dass § 1006 Abs. 1 BGB die Eigentumslage nicht statisch begreift. In § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB wird nämlich die Regelung zum Eigentumserwerb des § 935 Abs. 1 BGB aufgegriffen.<sup>5</sup> Folglich begründet § 1006 Abs. 1 BGB nur die Erwerbsvermutung, dass mit der Besitzerlangung ein Eigentumserwerb verbunden war.<sup>6</sup> Erst die allgemeine Rechtsfortdauervermutung führt dann zur Annahme, dass das Eigentum infolge des vermuteten Erwerbs beim derzeitigen Besitzer verblieben sei.

Daher geht auch § 1006 Abs. 2 BGB von einer Erwerbsvermutung zugunsten des früheren Besitzers aus.<sup>7</sup> Ausdrücklich angeordnet ist die daran anschließende Bestandsvermutung, dass das Eigentum über die gesamte Besitzdauer beim

<sup>4</sup> Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 1006 Rn. 7.

<sup>5</sup> Stagl, AcP 211 (2011), 530 (542).

<sup>6</sup> Wellenhofer, Sachenrecht, 35. Aufl. 2020, § 21 Rn. 12 ff.; Wolf, JuS 1985, 941.

<sup>7</sup> Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 10 Rn. 7.

Besitzer verblieben sei. Sie ist wiederum Grundlage für Rechtsfortdauer Vermutung, die über den Besitzverlust hinausreicht.<sup>8</sup> Ihretwegen kann die Berufung auf § 1006 Abs. 2 BGB dem nicht mehr besitzenden Vindikationsgläubiger zugutekommen. Die missverständliche Formulierung „während der Dauer seines Besitzes“ stellt vor diesem Hintergrund klar, dass sich die Bestandsvermutung selbst auf den Zeitraum des Besitzes beschränkt. Durch diese zeitliche Begrenzung wird der Kollisionsfall zu anderen Eigentumsvermutungen dergestalt geregelt, dass die sich an § 1006 Abs. 2 BGB anschließende Rechtsfortdauer Vermutung hinter die Bestandsvermutung des § 1006 Abs. 2 BGB zugunsten eines späteren ehemaligen Besitzers, diese aber wiederum hinter die Erwerbsvermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB zugunsten des jetzigen Besitzers zurücktritt.<sup>9</sup>

Das Miteigentum des M wird daher grundsätzlich gem. § 1006 Abs. 2 BGB vermutet.

#### c) Keine vorrangige Vermutung zugunsten R

Diese Vermutung könnte aber durch eine vorrangige Vermutung zugunsten R gem. § 1006 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGB verdrängt sein. Dann müsste R (jetziger) Besitzer des Gemäldes sein. Er übt zwar keine unmittelbare Sachherrschaft i.S.d. § 854 BGB aus.

R könnte aber mittelbarer Besitzer i.S.d. § 868 BGB sein, dem die Berufung auf § 1006 Abs. 1 BGB nach Abs. 3 ebenfalls offensteht. Das mit der Beschlagnahme des Gemäldes begründete öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis ist ein Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868 BGB, kraft dessen S zeitweise zum Besitz berechtigt und nach dessen Beendigung sie zur Rückgabe verpflichtet ist. Fraglich ist indes, ob S den Besitz R auch vermitteln will.<sup>10</sup> Dafür spricht, dass die Herausgabe zu Beweis Zwecken beschlagnahmter Gegenstände kraft öffentlichen Rechts grundsätzlich an den letzten Gewahrsamsinhaber, hier R, erfolgt (siehe Bearbeitervermerk). Diese Verpflichtung besteht unabhängig von der Eigentümerstellung des Gewahrsamsinhabers; zur Klärung zivilrechtlicher Fragen ist S als Strafverfolgungsbehörde nicht berufen. Als dieser Regelung unterworfenen Behörde wusste S schon bei der Beschlagnahme, dass sie das Gemälde nach Verfahrensabschluss an R zurückgeben muss. Daher erkannte sie seinen übergeordneten Besitz an und will ihm folglich den Besitz vermitteln. R ist mithin mittelbarer Besitzer des Gemäldes.

*Hinweis:* Die Beschlagnahme begründet keinen mittelbaren Besitz des wahren Eigentümers.<sup>11</sup> Mangels rechtskräftig festgestellter Straftat folgt für M Entsprechendes auch nicht aus § 111n Abs. 2 StPO. Mittelbarer Besitz des letz-

ten Gewahrsamsinhabers ist aber möglich.<sup>12</sup> Vertretbar ist auch, dass S keinerlei Besitzmittlungswillen hatte (vgl. § 111n Abs. 3 und 4 StPO). Dann war R ebenfalls früherer Besitzer i.S.d. § 1006 Abs. 2 BGB, wobei die daraus folgende Vermutung analog § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB zurücktritt.<sup>13</sup> Nicht vertretbar ist eine Eigentumsvermutung gem. § 1006 Abs. 1 BGB zugunsten S selbst; sie hatte keinen Eigenbesitzwillen, sodass die Vermutung sofort widerlegt wäre.

Allerdings wurde das Gemälde aus dem Anwesen der F gestohlen. M und L haben somit unfreiwillig den Besitz verloren; das Gemälde ist ihnen abhandengekommen. Daher ist R die Berufung auf § 1006 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGB gem. § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB verwehrt.

#### d) Zwischenergebnis

Zugunsten M wird also gem. § 1006 Abs. 2 BGB vermutet, dass er (Mit-)Eigentümer des Gemäldes gewesen und nach seinem Besitzverlust geblieben sei.

### 2. Eigentumserwerb des R von W

Diese Vermutung wäre widerlegt, hätte R am 30.9.2005 von W gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB Eigentum an dem Gemälde erworben.

#### a) Dingliche Einigung

Eine dingliche Einigung i.S.d. §§ 145 ff. BGB haben R und W geschlossen.

Sie könnte aber gem. § 138 Abs. 2 BGB (oder gem. § 134 BGB i.V.m. § 291 StGB)<sup>14</sup> nichtig sein. Wie sich aus dem Wortlaut „versprechen oder gewähren lässt“ ergibt, erfasst die Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 2 BGB neben dem Verpflichtungsgeschäft auch Verfügungsgeschäfte, die der Bewucherte in Erfüllung des Wuchergeschäfts vornimmt.<sup>15</sup> Der Kauf eines Gemäldes mit einem Marktwert von 15 Mio. € steht in einem auffälligen Missverhältnis zum vereinbarten Kaufpreis von 2.000 €. Erforderlich ist aber auch die bewusste Ausnutzung einer Schwächelage des Bewucherten. W befand sich indes in keiner Zwangslage, litt an keiner erheblichen Willensschwäche oder mangelndem Urteilsvermögen. Auch ist eine ein Antiquariat betreibende und dort professionell mit Gemälden handelnde eingetragene Kauffrau auf dem Gebiet des Kunsthandels nicht besonders unerfahren. Daher war die dingliche Einigung zwischen R und W nicht gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig.

Sie könnte aber gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig gewesen sein. Die Sittenwidrigkeit eines Geschäfts kann sich auch aus einer schweren Äquivalenzstörung zwischen Leistung und

<sup>8</sup> BGH NJW-RR 2005, 280 (281) m.Anm. *Keltsch*, JA 2005, 163; a.A. *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 1006 Rn. 20.

<sup>9</sup> *Baur/Stürner* (Fn. 7), § 10 Rn. 7; *Wellenhofer* (Fn. 6), § 21 Rn. 15.

<sup>10</sup> Dazu *Szerkus*, Jura 2017, 251.

<sup>11</sup> OLG München NJW 1982, 2330 (2331).

<sup>12</sup> BGH NJW 1954, 1942 (1943).

<sup>13</sup> *Gursky* (Fn. 4), § 1006 Rn. 21.

<sup>14</sup> Dazu *Sack/Fischer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 138 Rn. 238.

<sup>15</sup> BGH NJW 1982, 2767 (2768); *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. 2017, § 26 Rn. 7.

Gegenleistung ergeben (sog. *laesio enormis*).<sup>16</sup> Bei § 138 Abs. 1 BGB sind Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft allerdings gemäß dem Abstraktionsprinzip strikt getrennt zu beurteilen. Deshalb muss gerade auch das Verfügungsgeschäft selbst gegen die guten Sitten verstoßen (sog. Fehleridentität). Die Übereignung eines Kunstwerks ist jedoch sittlich neutral. Auch die Einwendung des § 138 Abs. 1 BGB steht der dinglichen Einigung hier nicht entgegen.

*b) Übergabe und Einigsein bei Übergabe*

W hat das Gemälde R übergeben, wobei sich beide über den Eigentumsübergang einig waren.

*c) Ausschluss des Gutgläubenserwerbs*

W war als Nichteigentümerin zu dieser Verfügung nicht berechtigt. Dieser Mangel müsste gem. § 932 BGB überwunden worden sein. Ungeachtet der Frage, ob R i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB nicht in gutem Glauben war, kommt ein Eigentumserwerb auf Grundlage der §§ 932 ff. BGB gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB insbesondere nicht in Betracht, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden war. So liegt der Fall hier.

*Hinweis:* Die unten im Kontext der Ersitzung erörterte Bösgläubigkeit des R kann auch schon an dieser Stelle geprüft werden. Wird sie verneint, kommt eine Ersitzung schon nicht mehr in Betracht.

*d) Zwischenergebnis*

R hat also von W kein Eigentum am Gemälde gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB erworben.

*3. Ersitzung durch R*

R könnte aber gem. § 937 Abs. 1 BGB originär Eigentum an dem Gemälde erworben haben.

*a) Ersitzungsvoraussetzungen*

Dann müsste R das Gemälde als bewegliche Sache<sup>17</sup> mindestens zehn Jahre in seinem Eigenbesitz gehabt haben.

Eigenbesitzer ist gem. § 872 BGB, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt (sog. *animus domini*). E contrario ex § 937 Abs. 2 BGB muss er sich nicht für deren Eigentümer halten. Entscheidend ist vielmehr, dass er die Befugnisse des Eigentümers für sich in Anspruch nimmt, die Sache also wie ein Eigentümer besitzt.<sup>18</sup> Diesen Willen hat R zum Ausdruck gebracht, als er das Gemälde in seinem Safe deponierte. Die abgeschlossene Versicherung, mit der sich ein Eigentümer üblicherweise gegen Schäden absichert, spricht ebenfalls für einen Eigenbesitzwillen. Auch seit 2015 geriert R sich weiterhin als ein solcher, indem er das Gemälde in eine Auktion gab und nunmehr Herausgabe an sich selbst verlangt. Dem-

nach wird gem. § 938 BGB vermutet, dass sein Eigenbesitzwille während dieses gesamten Zeitraums bestand.

Seinen Eigenbesitz hat R am 30.9.2005 begründet. Gem. § 187 Abs. 1 BGB begann die Ersitzungsfrist mithin am 1.10.2005 um 00:00 Uhr zu laufen. Als nach Jahren zu berechnende Ereignisfrist endigte sie gem. § 188 Abs. 2 BGB am 30.9.2005 um 24:00 Uhr und damit noch vor der Beschlagnahme.

*Hinweis:* Damit kann hier dahinstehen, ob ein bloß mittelbarer Eigenbesitz den Voraussetzungen des § 937 Abs. 1 BGB genügt, was die h.M. ohnehin bejaht.<sup>19</sup>

R hatte das Gemälde also für zehn Jahre im Eigenbesitz.

*b) Ersitzungsausschluss*

Allerdings könnte die Ersitzung durch R gem. § 937 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein. Dann dürfte R beim Erwerb seines Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen sein oder müsste später erfahren haben, dass ihm das Eigentum nicht zusteht.

*aa) Vermutung der Gutgläubigkeit*

Der Wortlaut „ausgeschlossen [...] wenn nicht“ zeigt, dass das Gesetz von der Gutgläubigkeit des Ersitzenden ausgeht, d.h. sie vermutet. Anders als die übrigen Ersitzungsvoraussetzungen muss die Gutgläubigkeit also nicht positiv festgestellt werden.<sup>20</sup>

Teilweise wird jedoch vertreten, dass die Vermutung des § 937 Abs. 2 BGB dem Ersitzungsbesitzer einer abhandengekommenen Sache nicht zugutekommt.<sup>21</sup> Demnach wäre die Gutgläubigkeit des R positiv festzustellen. Für diese Ansicht spricht die in § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB und § 935 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommende Wertung, dass sich das Interesse des Eigentümers einer abhandengekommenen Sache gegenüber dem Interesse eines Erwerbsprätendenten durchsetzt. Die sich aus § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB ergebende Beweislastumkehr erfasse daher alle Ersitzungsvoraussetzungen, auch die Gutgläubigkeit. Dagegen spricht jedoch, dass § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB dem Ersitzungsbesitzer lediglich die Berufung auf § 1006 Abs. 1 BGB verwehrt: Während er sich grundsätzlich auf die Erwerbsvermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB berufen kann, muss er gegenüber dem früheren Besitzer einer abhandengekommenen Sache seinen Eigentumserwerb beweisen. Zugleich wird zugunsten dieses früheren Besitzers gem. § 1006 Abs. 2 BGB vermutet, dass er das Eigentum erworben und während der Dauer seines Besitzes nicht verloren habe, was Grundlage der für ihn streitenden Rechtsfortdauerungsvermutung ist (siehe oben I. 1. b). Folglich muss der Besitzer zwar die Voraussetzungen eines Erwerbs-

<sup>16</sup> Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 46 Rn. 69; Stadler (Fn. 15), § 26 Rn. 41a.

<sup>17</sup> Die Ersitzung unbeweglicher Sachen ist in § 900 BGB geregelt.

<sup>18</sup> BGHZ 123, 245 (247); Baur/Stürner (Fn. 7), § 7 Rn. 89 f.

<sup>19</sup> Statt aller Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 937 Rn. 41.

<sup>20</sup> Baur/Stürner (Fn. 7), § 52 Rn. 23; Wellenhofer (Fn. 6), § 8 Rn. 16; grundlegend Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 113–118.

<sup>21</sup> OLG Celle GRUR-RR 2011, 24 (27); skeptisch auch Baldus (Fn. 19), § 937 Rn. 101 ff.

tatbestandes beweisen; hinsichtlich dieses Tatbestands und seiner Ausschlussgründe lässt sich § 1006 BGB aber nichts entnehmen.<sup>22</sup>

Gutgläubigkeit ist damit auch bei abhandengekommenen Sachen keine Voraussetzung der Ersitzung, sondern ihr festzustellendes Fehlen begründet die Einwendung des § 937 Abs. 2 BGB. Denkbar wäre allenfalls eine teleologische Reduktion des § 937 Abs. 1 BGB für den Fall abhandengekommener Sachen durch Einfügung des Tatbestandsmerkmals „Gutgläubigkeit“. Eine teleologische Reduktion kommt in Betracht, wenn die fragliche Norm einen Sachverhalt erfasst, auf den ihr Zweck nicht zutrifft. Dem steht hier bereits entgegen, dass § 937 Abs. 1 BGB seinem Sinn und Zweck nach gerade für den Fall eine Auffangnorm ist, dass ein gutgläubiger Erwerb an § 935 Abs. 1 BGB scheitert.<sup>23</sup> Sie stellt sicher, dass Besitz und Eigentum nicht dauerhaft auseinanderfallen und letztlich die Rechtslage eintritt, die ohne § 935 Abs. 1 BGB von Anfang an bestehen würde. Deshalb wurde § 937 Abs. 1 BGB bewusst an § 932 Abs. 1 BGB angelehnt, wonach der gute Glaube aber ebenfalls keine Erwerbsvoraussetzung ist, sondern sein Fehlen den Erwerb hindert.<sup>24</sup> Eine teleologische Reduktion des § 937 Abs. 1 BGB scheidet demnach aus.

Obwohl das Gemälde abhandengekommen ist, wird gem. § 937 Abs. 2 BGB die Gutgläubigkeit des R vermutet.

#### bb) Nachweis fehlender Gutgläubigkeit

Diese Vermutung könnte aber durch den Nachweis fehlender Gutgläubigkeit widerlegt sein. Das wäre gem. § 932 Abs. 2 BGB der Fall, wenn R bekannt war oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, dass die Sache nicht ihm selbst gehört bzw. gehören wird. R wusste bei Begründung seines Eigenbesitzes zwar nicht, dass ihm das Gemälde nicht gehört. Dies könnte aber Folge grober Fahrlässigkeit sein. Grob fahrlässig handelt, wer die erforderliche Sorgfalt den gesamten Umständen nach in ungewöhnlich großem Maße verletzt und das missachtet, was im jeweiligen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Dies kann nur anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

Umstritten ist allerdings, ob generell als grob fahrlässig zu bewerten ist, wenn der Erwerber eines Kunstwerks sich nicht über dessen Herkunft informiert (sog. Nachforschungsobliegenheit). Das hat R nicht getan. Für diese Auffassung spricht, dass die §§ 932 ff. BGB das Vertrauen des Verkehrs in den Rechtsschein der Legitimation des Veräußerers schützen, der an den Sachbesitz anknüpft. Die wegen illegaler Entziehungen und vieler Kunstdiebstähle oft zweifelhaftes Eigentumslage an Kunstwerken ist hinlänglich bekannt. Das vermag den an den bloßen Sachbesitz anknüpfenden Rechtsschein durchaus zu erschüttern.<sup>25</sup> Eine Nachforschungsobliegenheit würde allerdings das in § 932 Abs. 2 BGB angelegte

Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil verkehren, wonach sich der Erwerber auf die Berechtigung des Veräußerers verlassen darf. Vor allem aber führt die Annahme einer solchen Obliegenheit im Kunsthandel zu Abgrenzungsschwierigkeiten: Wegen des konturlosen Kunstbegriffs wäre kaum voraussagbar, welchem Geschäft Nachforschungen vorausgehen hätten und welchem nicht. Daher besteht keine allgemeine Obliegenheit des Erwerbers, sich über die Herkunft eines Kunstwerks zu erkundigen.<sup>26</sup>

*Hinweis:* Die Gegenauffassung ist mit entsprechender Argumentation gut vertretbar. Vorstehenden Ausführungen betreffen nur den Erwerb von Kunstwerken durch Laien. Ob professionelle Kunsthändler vor dem Erwerb eine Nachforschungsobliegenheit trifft, ist höchststrichterlich noch nicht geklärt.

Nach allgemeinen Grundsätzen verletzt der Erwerber die erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße und missachtet, was jedem hätte einleuchten müssen, wenn besondere Umstände seinen Verdacht erregen mussten und er diese unbeachtet lässt.<sup>27</sup> Die Verkaufssituation in einem Antiquariat war zwar unverdächtig. Anderes könnte aber für den ungewöhnlich niedrigen Kaufpreis gelten: Der Erwerber von Diebesgut wird wegen § 935 Abs. 1 BGB regelmäßig nicht Eigentümer und ist deshalb gem. § 985 BGB zur Herausgabe verpflichtet. Dieses Entwehrrisiko wirkt sich gerade bei Kunstwerken unsicherer Herkunft dahingehend aus, dass nur geringere Verkaufserlöse erzielbar sind. Deshalb aber ist ein auffallend niedriger Kaufpreis ein typisches Verdachtsmoment dafür, dass es sich um Hehlerware handelt (vgl. auch § 41 Abs. 2 KGSG). Dafür spricht auch, dass der Verkäufer aus einem Verkauf regelmäßig einen Gewinn erzielen will. Findet der Verkauf deutlich unter dem Marktwert statt, legt dies mithin den Verdacht nahe, dass schon der Vorerwerb durch den Verkäufer zweifelhaft war.<sup>28</sup> Diese Voraussetzungen sind vorliegend mit dem Kauf eines Kunstwerks mit einem Marktwert von 15 Mio. € für 2.000 € zweifellos erfüllt.

Der auffallend niedrige Kaufpreis musste indes nur dann den Verdacht des R erregen, wenn ihm diese Diskrepanz auch bekannt war. Eine generelle Nachforschungspflicht traf ihn nämlich nicht (siehe oben). Für die Kenntnis des R vom hohen Wert des Gemäldes spricht indes, dass er es in seinem Safe deponierte und eine teure Versicherung dafür abschloss. Weitere Indizien ergibt auch die Gesamtwürdigung des Falls: R wollte 2015 einen Verkaufserlös von mindestens 100.000 € erzielen, musste sich des höheren Wertes also bewusst sein. Vor diesem Hintergrund spricht auch der Versuch, das Gemälde in der für ihre liberalen Kunsthandelsbestimmungen bekannten Schweiz in eine Auktion zu geben dafür, dass er an seiner Berechtigung zumindest Zweifel hegte.

Obwohl R die Verdachtsmomente also kannte, holte er keine Erkundigung ein und hat sich so der wahren Eigen-

<sup>22</sup> Ausführlich *Geiger-Wieske*, JR 2020, 95.

<sup>23</sup> Motive III, 351 f.

<sup>24</sup> BGH NJW 2019, 3147 (3151).

<sup>25</sup> *Anton*, JR 2010, 415; *Armbrüster*, NJW 2001, 3581 (3584 ff.); *Wiegand*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 932 Rn. 132.

<sup>26</sup> BGH NJW 2019, 3147 (3151); *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 932 Rn. 66.

<sup>27</sup> *Lüke*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2018, § 5 Rn. 202 f.

<sup>28</sup> BGH NJW 1975, 735 (736); NJW-RR 1987, 1456 (1457 f.).

tumslage grob fahrlässig verschlossen. Mithin war er nicht in gutem Glauben.

### c) Zwischenergebnis

R hat auch nicht gem. § 937 Abs. 1 BGB Eigentum am Ölgemälde erworben. Die Miteigentumsvermutung zugunsten M aus § 1006 Abs. 2 BGB ist daher nicht widerlegt.

## II. Befugnis zum Herausgabebegehren an sich selbst

Allerdings könnte M gem. § 2039 S. 2 Var. 2 BGB verwehrt sein, die Herausgabe an sich selbst zu fordern. M ist neben L Miterbe der F (siehe oben I. 1. a) und bildet mit ihr gem. §§ 2032 ff. BGB eine Erbengemeinschaft. Auch gehört der Anspruch aus § 985 BGB als Konsequenz des Eigentums zum Nachlass der F, sodass § 2039 S. 1 Var. 2 BGB darauf grundsätzlich Anwendung findet.

### 1. Abtretung von L an M

Anderes könnte sich daraus ergeben, dass L den Anspruch gem. § 398 S. 2 BGB auf M übertragen hat (zu § 2040 BGB siehe sogleich). Dafür müsste § 985 BGB überhaupt abtretbar sein. Dem steht entgegen, dass § 985 BGB als dinglicher Anspruch die Befugnisse des Eigentümers i.S.d. § 903 BGB verwirklichen soll. Diese Befugnisse würden durch die Abtretung dinglicher Ansprüche aufgespalten und damit die Verkehrsfähigkeit des Eigentums in Frage gestellt. Dem steht aber der Rechtsgedanke des § 137 S. 1 BGB entgegen. Daher kann der Anspruch aus § 985 BGB vom Eigentum nicht gelöst und nicht isoliert abgetreten werden.<sup>29</sup>

### 2. Umdeutung in Teilauseinandersetzung oder Einziehungsermächtigung

Die Abtretung könnte aber gem. § 140 BGB in eine Übereignung gem. §§ 929 ff. BGB umgedeutet werden.

Dann müsste die Übereignung als Ersatzgeschäft wirksam sein. Eine dingliche Einigung i.S.d. §§ 145 ff. BGB läge in Form des Abtretungsvertrags vor. Zwar hatte L keinen Besitz an dem Gemälde und konnte es M daher nicht übergeben. Nach § 931 BGB kann die Übergabe aber durch Abtretung eines Herausgabeanspruchs ersetzt werden. In Anwendung dieses Rechtsgedanken reduziert sich der Übereignungstatbestand des § 929 S. 1 BGB auf die dingliche Einigung, wenn lediglich eine Abtretung der nicht abtretbaren Vindikation in Betracht kommt.<sup>30</sup> Die Verfügungsbefugnis der L als Miterbin war zudem grundsätzlich nach Maßgabe des § 2040 BGB begrenzt. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist jedoch, den Nachlass für die Erbengemeinschaft zu erhalten. Der Miterbe, gegenüber dem die Erbengemeinschaft verfügt, bedarf dieses Schutzes nicht. Daher ist er im Wege teleologischer Reduktion aus dem Anwendungsbereich des § 2040 BGB auszunehmen. Ihm gegenüber müssen nur die übrigen Erben

verfügen;<sup>31</sup> hier also allein die L. Es handelte sich dann, weil das Gemälde so aus dem Nachlass herausgelöst wird, um eine gegenständliche Teilauseinandersetzung i.S.d. § 2042 BGB. Die Übereignung wäre sohin als Ersatzgeschäft wirksam.

Ihre Geltung müsste bei Kenntnis der Nichtigkeit der Abtretung allerdings auch gewollt sein. Dagegen spricht, dass L den M nur in die Lage versetzen wollte, Ansprüche wegen des Gemäldes allein geltend zu machen. Ein weitergehender, auf die Aufhebung der Erbengemeinschaft insoweit gerichteter Wille ist hingegen fraglich. Das spricht dafür, dass sie M lediglich eine Einziehungsermächtigung analog § 185 BGB erteilen wollte.<sup>32</sup> Auch diese wäre als Ersatzgeschäft ohne weiteres wirksam.

In beiden Fällen ist M allein zur Geltendmachung des Anspruchs aus § 985 BGB berechtigt. Die Frage kann daher dahinstehen.

*Hinweis:* Mit entsprechender Argumentation ist jeder der angedeuteten Lösungswege vertretbar.

### 3. Zwischenergebnis

M ist nicht gem. § 2039 S. 1 Var. 2 BGB verwehrt, Herausgabe des Gemäldes an sich selbst zu fordern.

## III. Keine Verjährung

S könnte gem. § 214 Abs. 1 BGB berechtigt sein, die Herausgabe des Gemäldes zu verweigern.<sup>33</sup> Dann müsste hinsichtlich des Anspruchs aus § 985 BGB Verjährung eingetreten sein. Dieser Anspruch unterliegt der dreißigjährigen Verjährungsfrist, deren Lauf gem. § 200 BGB mit Entstehung des Anspruchs beginnt. Sie ist keinesfalls abgelaufen, sodass S die Einrede des § 214 Abs. 1 BGB nicht zusteht.

## IV. Ergebnis

M kann von S Herausgabe des Gemäldes an sich selbst aus § 985 BGB verlangen.

### Frage 2: Ansprüche des M nach Hinterlegung

#### A. Anspruch gegen S aus § 985 BGB

Der Anspruch des M gegen S aus § 985 BGB ist entstanden (siehe oben). Fraglich ist allein, ob er gem. § 378 BGB erloschen ist.

*Hinweis:* Der Anspruch ist freilich schon mit dem Verlust des unmittelbaren Besitzes untergegangen. Auf sein Erlöschen nach § 378 BGB kommt es nur noch insoweit an, als S sich durch die Hinterlegung von den Folgeansprüchen aus §§ 987 ff. BGB befreit hat. Alternativ können auch direkt diese Ansprüche geprüft werden, wobei deren Anwendungsbereich mangels Vindikationslage, die wegen § 378 BGB beseitigt ist, nicht eröffnet ist.

<sup>29</sup> Baur/Stürner (Fn. 7), § 11 Rn. 44; a.A. noch RGZ 52, 287 (294).

<sup>30</sup> Baur/Stürner (Fn. 7), § 51 Rn. 37.

<sup>31</sup> BGH DNotZ 1955, 406 (407); Gergen, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2040 Rn. 25.

<sup>32</sup> Dazu Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 1008 f.

<sup>33</sup> Süß, Jura 2011, 81 (82); Wellenhofer, JuS 2019, 163.

### I. Rechtmäßigkeit der Hinterlegung

S hat das Gemälde hinterlegt. Die Hinterlegung müsste indes rechtmäßig erfolgt sein; insbesondere müssten die Voraussetzungen des § 372 BGB vorgelegen haben.

Das Gemälde ist eine bewegliche Sache, deren Wert im Vergleich zu ihrem Umfang und Gewicht besonders hoch ist, mithin als Kostbarkeit eine hinterlegungsfähige Sache.<sup>34</sup> Entsprechend dem Wortlaut „wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte“ müssten zudem die Voraussetzungen für eine schuldbefreiende Leistung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB vorgelegen haben, vor allem die Erfüllbarkeit des Anspruchs.<sup>35</sup> Der Anspruch aus § 985 BGB war gem. § 271 BGB sofort erfüllbar.

Weiterhin müsste für S ein Hinterlegungsgrund bestanden haben. M befand sich weder im Annahmeverzug, noch lag in seiner Person ein anderes Leistungshindernis vor. In Betracht kommt aber eine nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Ungewissheit über die Person des Gläubigers i.S.d. § 372 S. 2 Var. 2 BGB. Sie liegt vor, wenn der Schuldner berechtigte und nachvollziehbare Zweifel an der Person des Gläubigers hat und ihm das Risiko der Leistung an die falsche Person unzumutbar ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn mehrere Prätendenten dieselbe Forderung geltend machen.<sup>36</sup> Hier begehren R und M jeweils gestützt auf ihr angebliches Eigentum die Herausgabe des Gemäldes an sich selbst, ohne dass der wahre Berechtigte offenkundig und S zur Entscheidung über solche zivilrechtlichen Fragen berufen wäre. Mithin bestand auch ein Hinterlegungsgrund.

Die Hinterlegung war also rechtmäßig.

### II. Ausschluss der Rücknahme

S hat auf die Rücknahme verzichtet, sodass ihr Rücknahmerecht aus § 376 Abs. 1 BGB gem. § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB ausgeschlossen ist.

### III. Zwischenergebnis

Die Hinterlegung hatte gem. § 378 BGB schuldbefreiende Wirkung. Der Anspruch des M gegen S aus § 985 BGB ist erloschen und steht M nicht mehr zu.

### B. Anspruch gegen R aus § 816 Abs. 2 BGB

M könnte einen Anspruch gegen R auf Abgabe der nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 HessHintG zur Herausgabeordnung gem. § 21 Abs. 1 Nr. 1 HessHintG erforderlichen Bewilligung (sog. Freigabeerklärung) aus<sup>37</sup> § 816 Abs. 2 BGB haben.

Dann müsste die Hinterlegung des Gemäldes durch S eine Leistung an einen Nichtberechtigten sein. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. S wollte aber nicht das Vermögen des R mehren, sondern

sich gegenüber jedem möglichen Gläubiger von ihrer Herausgabepflicht befreien. Mithin hat S nicht geleistet.

M hat daher keinen Anspruch gegen R auf Abgabe einer Freigabeerklärung aus § 816 Abs. 2 BGB

*Hinweis:* Die Gegenauffassung ist unter der Annahme vertretbar, dass S durch die Hinterlegung an alle Prätendenten geleistet hat. Diese Leistung hätte dann wegen § 378 BGB auch gegenüber M gewirkt.<sup>38</sup>

### C. Anspruch gegen R aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

M könnte aber einen Anspruch gegen R auf Abgabe einer Freigabeerklärung aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB haben.

Dann müsste R etwas erlangt haben. In Betracht kommt jede vorteilhafte Rechtsposition, ungeachtet ihres Vermögenswertes. Durch Benennung des R hat S diesem die Stellung eines Beteiligten im Hinterlegungsverfahren verschafft. Damit geht die Möglichkeit einher, durch Verweigerung einer Bewilligung i.S.d. § 22 Abs. 2 Nr. 1 HessHintG die Herausgabeordnung bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung zu verhindern (sog. Blockierstellung). Daher ist die Beteiligtenstellung im Hinterlegungsverfahren eine vorteilhafte Rechtsposition, die R erlangt hat.

Schon mit der bloßen Möglichkeit, diese Bewilligung zu verweigern, greift R in den Zuweisungsgehalt des Eigentums des M ein. Seinen Vorteil hat er daher auf dessen Kosten erlangt.

Ob die Blockierstellung ohne rechtlichen Grund erlangt ist, richtet sich danach, ob der Bereicherungsschuldner Inhaber des Anspruchs war, in Ansehung dessen die Hinterlegung erfolgt ist. Anspruchsinhaber war jedoch M (siehe oben). Folglich hat R seine Stellung ohne rechtlichen Grund erlangt.

M kann also aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB von R die Erteilung einer Freigabeerklärung verlangen.

### Zusatzfrage: Gutgläubiger Auktionserwerb abhandlungskommener Kulturgüter

*Hinweis:* Diese im Schrifttum umstrittene Frage ist höchstrichterlich nicht entschieden und gehört als solche auch nicht zum Pflichtfachstoff. Daher kann nur die Anwendung juristischer Methodenkenntnis im Umgang mit unbekanntenen Normen gefordert sein. Entscheidend ist die schlüssige Begründung der vertretenen Auffassung. Die wichtigsten Argumente sind bisher:

Der Gesetzgeber habe § 40 Abs. 2 KGSG ausweislich BT-Drs. 18/7456, S. 96 als klarstellende Regelung konzipiert. Deshalb sei § 935 Abs. 2 BGB – wie bisher schon im Verhältnis zu dessen Abs. 1 – spezieller und gehe als *lex specialis* § 40 Abs. 2 KGSG vor.<sup>39</sup>

Die Klarstellungsfunktion beziehe sich nach BT-Drs. 18/7456, S. 96 auf die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB. Aus

<sup>34</sup> Fetzer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 372 Rn. 3.

<sup>35</sup> Fetzer (Fn. 34), § 372 Rn. 5.

<sup>36</sup> Fetzer (Fn. 34), § 372 Rn. 10.

<sup>37</sup> Nach Lieb, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 816 Rn. 351 im Wege der Analogie.

<sup>38</sup> So wohl Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 816 Rn. 85.

<sup>39</sup> v. Cube, NJW 2017, 787 (791).

diesem systematischen Zusammenhang folge, dass § 40 Abs. 2 KGSG anknüpfend an das gesetzliche Verbot in Abs. 1 das Abstraktionsprinzip durchbreche und für jede dingliche Einigung über einen Eigentumsübergang an abhandengekommenen Kulturgütern Nichtigkeit anordne.<sup>40</sup> Dagegen betreffe § 935 BGB schon die völlig andere Rechtsfrage fehlender Verfügungsbefugnis.<sup>41</sup>

Seinem Wortlaut nach erfasse § 40 Abs. 2 KGSG zwar auch Auktionen. Der Gesetzgeber habe den Kunsthandelsstandort Deutschland aber nicht leichtfertig gefährden wollen. Außerdem sei der Eigentümer durch die Publizität einer Auktion hinreichend geschützt. Deshalb müsse § 40 Abs. 2 KGSG insoweit teleologisch reduziert werden.<sup>42</sup>

Sinn und Zweck des § 40 KGSG sei, den illegalen Kunsthandel auszutrocknen. Dahingehende Debatten um die Nichtigkeitsfolge habe der Gesetzgeber gerade vermeiden wollen, sodass für eine teleologische Reduktion kein Raum sei.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> *Jayme*, IPrax 2018, 455 (456).

<sup>41</sup> *Kling*, in: Nomos Kommentar zum KGSG, 2021, § 40 Rn. 38.

<sup>42</sup> *Schack*, in: Weller u.a. (Hrsg.), Handel – Provenienz – Restitution, 2020, S. 73 (76).

<sup>43</sup> *Kling* (Fn. 41), § 40 Rn. 38.