

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 18 278

Bern, 14. August 2018

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Hurni und Oberrichter Schlup
Gerichtsschreiber Klaus

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____
Gesuchsteller

gegen

**Schweizerische Eidgenossenschaft, handelnd durch das
Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten, C.** _____
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____
Gesuchsgegnerin

Gegenstand

Sachenrecht

Gesuch vom 6. Juni 2018 um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Superprovisorium) mit Schutzschrift vom 6. Juni 2018



Regeste:

Anwendbares Recht in einem Botschaftsgebäude:

- Privatrechtliche, geschäftliche Handlungen eines Staates werden im Gegensatz zu hoheitlichen Handlungen nicht von dessen Immunität erfasst. Die behauptete Ersitzung eines Gemäldes in einem Botschaftsgebäude fällt somit unter das Recht desjenigen Staates, in welchem sich das Gebäude befindet (E. 9.1.2).

Art. 70 Abs. 1 ZPO, notwendige aktive Streitgenossenschaft:

- Eine Erbengemeinschaft hat grundsätzlich gemeinsam zu handeln. In dringlichen Fällen kann davon eine Ausnahme gemacht werden, vorausgesetzt, dass Erben im Namen aller handeln. Die Befugnisse des allein handelnden Miterben bleiben nur so lange bestehen, als die Dringlichkeit der Angelegenheit gegeben ist (E. 13).

Erwägungen:

I.

1. Am 6. Juni 2018 reichte A. _____ (nachfolgend Gesuchsteller) beim Obergericht des Kantons Bern ein Gesuch um Erlass superprovisorischer und provisorischer Massnahmen gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft (nachfolgend Gesuchsgegnerin) ein mit folgenden Rechtsbegehren (ZK 18 278, pag. 1 ff.):

1. Es sei der Schweizerischen Eidgenossenschaft mittels superprovisorischer Massnahme und danach mittels provisorischer Massnahme unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Amtsträger gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Falle der Widerhandlung zu untersagen, über das Gemälde E. _____ (1923) von F. _____ zu verfügen, insbesondere dieses Gemälde der Liebermann-Villa am Wannsee zu schenken.
2. Über die im vorliegenden Verfahren anfallenden Prozesskosten sei im Endentscheid in der Hauptsache zu entscheiden.

2. Am selben Tag reichte die Gesuchsgegnerin ihrerseits beim Obergericht eine Schutzschrift mit folgenden Rechtsbegehren ein (ZK 18 277):

Principalement

1. Rejeter toute requête de mesures superprovisionnelles que pourrait soumettre à votre Tribunal Monsieur A. _____ et qui viserait à l'interdiction de procéder à la donation du Tableau.
2. Débouter Monsieur A. _____ de l'entier de ses conclusions ;
3. Avec suite de frais judiciaires et dépens.

Subsidiairement

4. Conditionner l'exécution de l'éventuel prononcé sur mesures préprovisionnelles au dépôt préalable de sûretés.

3. Nach Eingang eines Kostenvorschusses von CHF 6'000.00 (pag. 33) hiess die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 7. Juni 2018 das Gesuch um superprovisori-

sche Anordnung vorsorglicher Massnahmen gut und untersagte der Gesuchsgegnerin unter Strafandrohung über das Gemälde zu verfügen (pag. 35 f. Ziff. 3). Gleichzeitig forderte sie die Gesuchsgegnerin auf, innert 14 Tagen ab Zustellung der Verfügung eine Stellungnahme einzureichen (Ziff. 5).

4. Die Gesuchsgegnerin schloss in ihrer Stellungnahme vom 22. Juni 2018 auf kostenfällige Abweisung des Gesuchs. Eventualiter sei die Anordnung der vorsorglichen Massnahme von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen (pag. 43 ff.).
5. Der Gesuchsteller replizierte unaufgefordert mit Schreiben vom 2. Juli 2018 (pag. 59 f.). Die Gesuchsgegnerin duplizierte ihrerseits unaufgefordert mit Schreiben vom 5. Juli 2018 (pag. 69 f.).

II.

6.

- 6.1 Das Gericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Eintretensvoraussetzungen des Gesuchs gegeben sind (Art. 60 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Örtliche und sachliche Zuständigkeit sind Prozessvoraussetzungen (Art. 59 Abs. 2 Bst. b ZPO).
- 6.2 Das Obergericht ist zur Beurteilung des Gesuchs vom 6. Juni 2018 um Anordnung vorsorglicher Massnahmen sowohl örtlich als auch sachlich zuständig, was von beiden Parteien unbestritten ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 Lugano-Übereinkommen [LugÜ; SR 0.275.12] sowie Art. 10 Abs. 1 Bst. c ZPO und Art. 5 Abs. 1 Bst. f ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]). Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.
- 6.3 Auf das Gesuch ist einzutreten.
- 6.4 Vor dem Obergericht ist sowohl Französisch als auch Deutsch Amtssprache (Art. 2 Abs. 2 des Dekrets über die Gerichtssprachen [GSD; BSG 161.13]). Die Instruktionssprache richtet sich gemäss Art. 4 Abs. 4 lit. b GSD nach Art. 40 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz, OrG; BSG 152.01). Demgemäss richtet sich die Sprache nach der Mehrheit der Personen, wenn mehrere an einem Verfahren beteiligt sind (Art. 40 Abs. 2 OrG). In Zivilsachen ist die Sprache der Beklagtschaft bzw. der Gesuchsgegnerschaft massgeblich (Art. 40 Abs. 3 lit. b OrG). Der Entscheid ist in der Sprache der Instruktion zu eröffnen (Art. 5 Abs. 1 GSD).

Vorliegend wurde das Gesuch in deutscher Sprache eingereicht. Die Gesuchsgegnerin ist mehrsprachig (vgl. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften [Sprachengesetz, SpG; SR 441.1] und Art. 2 Abs. 1 und 2 des Regie-

rungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [RVOG; SR 172.010]). Sie ist somit ebenfalls deutschsprachig und das Verfahren ist in deutscher Sprache zu führen.

Den Parteien steht für ihre Schriftsätze die freie Wahl zwischen den beiden Amtssprachen zu (Art. 6 Abs. 5 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Art. 3 Abs. 2 GSD). Der Gesuchsteller hat sich mittels Gesuch vom 6. Juni 2018 an ein kantonales Gericht gewandt und nicht an die Gesuchsgegnerin als Bundesbehörde. Diese war deshalb nicht durch Art. 6 Abs. 2 SpG verpflichtet, ihre Eingaben in deutscher Sprache zu verfassen.

7. Aufgrund der Parteivorbringen präsentiert sich der unbestrittene, rechtsrelevante Sachverhalt zusammengefasst wie folgt:
 - 7.1 G._____ erwarb am 15. Dezember 1948 in Berlin das Gemälde E._____ von F._____ aus dem Jahr 1923. Dieses Gemälde hing er, Chef der «Heim-schaffungsdelegation» in Berlin, in der Schweizerischen Botschaft in Berlin auf. Er kam am 23. Juli 1949 bei einem Unfall ums Leben.
 - 7.2 Mit Schreiben an die Gesuchsgegnerin vom 1. Juni 1999 machte der Gesuchsteller Eigentum an diesem Bild geltend, worauf diese mit Schreiben vom 14. Juni 1999 festhielt, dass sie nicht Eigentümerin des Gemäldes zu sein scheine und kein Eintrag in der Bundeskunstsammlung existiere. Weiter widersetze sie sich – unter dem Vorbehalt einer allfälligen Verjährungseinrede – nicht der Herausgabe des Gemäldes an die Anspruchsberechtigten. Nach weiterer Korrespondenz teilte die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 24. Januar 2003 mit, dass sie keinen Entscheid bezüglich der Herausgabe des Gemäldes treffen könne, da eine grosse Ungewissheit über die Eigentumsrechte am Gemälde herrsche.
 - 7.3 Am 20. Februar 2018 teilte die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller mit, dass sie beabsichtige, das Gemälde dem Museum H._____ zu schenken und forderte ihn auf, der Schenkung bis zum 15. März 2018 zuzustimmen. Nach einer nachfolgenden Besprechung mit dem Gesuchsteller hielt die Gesuchsgegnerin an ihrem Entscheid, das Gemälde am 10. Juni 2018 der H._____ zu schenken, fest. Auf einen Vergleichsvorschlag des Gesuchstellers ging sie nicht ein.
8. Umstritten ist, ob der Gesuchsteller einen unverjährten sachenrechtlichen Herausgabeanspruch besitzt oder ob die Gesuchsgegnerin mittels Ersitzung Eigentümerin des Gemäldes geworden ist.

III.

9. Da ein internationaler Sachverhalt vorliegt, stellt sich die Frage nach dem anzuwendenden materiellen Recht.
 - 9.1 Gemäss Art. 100 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) unterstehen Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen dem Recht des Staates, in dem die Sache im Zeitpunkt des Vorgangs, aus dem der Erwerb oder der Verlust hergeleitet wird,

liegt. Inhalt und Ausübung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen unterstehen dem Recht am Ort der gelegenen Sache (Art. 100 Abs. 2 IPRG).

- 9.1.1 Der Gesuchsteller stützt seinen Eigentumsanspruch auf zahlreiche Erbgänge im In- und Ausland. So ist namentlich G. _____ nicht in der Schweiz verstorben.

Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland untersteht gemäss Art. 91 Abs. 1 IPRG dem Recht, auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist. Gemäss Art. 25 des deutschen Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 17. August 2015 geltenden Fassung unterliegt die Rechtsfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte.

G. _____ war Schweizer Staatsangehöriger in Deutschland, weshalb Schweizer Recht in Bezug auf die Rechtsfolgen von Todes wegen zur Anwendung kommt.

- 9.1.2 Die Gesuchsgegnerin leitet ihr Eigentum am Gemälde aus Ersitzung im Zeitraum vor 1999 ab. Das Gemälde hing, seit G. _____ es dort aufgehängt hatte, in der Schweizerischen Botschaft in Berlin.

Bei der behaupteten Ersitzung handelt es sich nicht um eine hoheitliche Handlung (*acta iure imperii*), sondern um eine privatrechtliche, geschäftliche Tätigkeit (*acta iure gestionis*). Solche privatrechtlichen Handlungen eines Staates sind nicht von der Immunität erfasst (vgl. BGE 136 III 575 E. 4.2 S. 577 f.; 134 III 122 E. 5.2.1 S. 128; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2018, S. 6, N. 17 und S. 9 N. 35; ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht 2014, S. 32 N. 121). Die behauptete Ersitzung ist folglich der deutschen Gerichtsbarkeit nicht entzogen, auch wenn das Gemälde zum Zeitpunkt des behaupteten Eigentumserwerbs in der Residenz der Schweizerischen Botschaft hing. Es ist deutsches Recht anwendbar.

- 9.1.3 Der behauptete Herausgabeanspruch des Gesuchstellers stellt einen Anwendungsfall von Art. 100 Abs. 2 IPRG dar, da ein dingliches Recht ausgeübt werden soll (vgl. TARKAN GÖKSU, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht Art. 1-200 IPRG, 3. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 100 IPRG). Es ist somit – aus dem selben Grunde wie bei der behaupteten Ersitzung – deutsches Recht anwendbar, da das Gemälde sich in Deutschland befindet.

10. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a; sog. Verfügungsanspruch) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (lit. b; sog. Verfügungsgrund).

11. Betreffend den Verfügungsanspruch führt der Gesuchsteller zusammengefasst aus, dass er und die restlichen Erben einen unverjährbaren Eigentumsherausgabeanspruch hätten. G. _____ habe als gesetzliche Erben seine Mutter I. _____ und seine Ehefrau J. _____ hinterlassen. Erstere habe $\frac{3}{4}$ seines Eigentums zu nacktem Eigentum geerbt, zweitere $\frac{1}{4}$ zu vollem Eigentum und $\frac{3}{4}$ zur Nutzniessung. Aufgrund mehrerer weiterer Erbgänge seien nun schlussendlich der

Gesuchsteller und seine Schwester, K._____, die Erben von I._____ und damit auch von mindestens $\frac{3}{4}$ des Nachlasses des G._____ und damit des Gemäldes. Allfällige Erben von J._____ hätten hingegen (noch) nicht gefunden werden können.

12. Die Gesuchsgegnerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, dass sie das Gemälde während 50 Jahren bis 1999 gutgläubig besessen und dadurch ersessen habe.
13. Vorab ist die Aktivlegitimation des Gesuchstellers zu prüfen.
- 13.1 Sind mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt, über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann, so müssen sie gemeinsam klagen oder beklagt werden (Art. 70 Abs. 1 ZPO). Ob alle und die richtigen Streitgenossen als Parteien am Verfahren beteiligt sind, ist eine Frage der Aktiv- oder Passiv-, d.h. der Sachlegitimation. Gehen im Falle einer notwendigen Streitgenossenschaft nicht alle Berechtigten gemeinsam vor, fehlt es an der notwendigen Aktivlegitimation und die Klage ist abzuweisen (BGE 142 III 782 E. 3.1.2 S. 783 f.; 137 III 455 E. 3.5 S. 459 m.H.). Nicht von Anfang an als Partei am Verfahren beteiligte notwendige Streitgenossen können weder später beitreten noch beigelegt werden (BGE 142 III 782 E. 3.1.2 S. 783 f.; 138 III 512 E. 4.3 S. 519 f.).
- 13.2 Nach Art. 602 Abs. 1 ZGB verfügen mehrere, eine Erbengemeinschaft bildende Erben als Gesamteigentümer des Nachlasses unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft gemeinsam. Sie werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft gemeinsam (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Deshalb können einzelne Erben für den Nachlass grundsätzlich nicht handeln. Dies ist in der Regel nur allen gemeinsam oder an deren Stelle einem Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB), Willensvollstrecker (Art. 518 ZGB) oder Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB) möglich. Nach der Rechtsprechung kann davon bloss in dringlichen Fällen eine Ausnahme gemacht werden. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass Erben, die sich nicht auf die Zustimmung ihrer Miterben stützen können, im Namen aller bzw. der Erbengemeinschaft handeln (BGE 125 III 219 E. 1a S. 220; 93 II 11 E. 2b S. 14 f.; 58 II 200 E. 2; vgl. auch BGE 142 III 782 E. 3.1.2 S. 783 f.). Das Erfordernis gemeinsamen Handelns bezweckt den Schutz der Gemeinschaft gegen schädliche Sonderaktionen einzelner Gemeinschaftler (BGE 121 III 118 E. 3 S. 121).
- 13.3 Im Falle von Dringlichkeit oder wenn für die Interessen der Erbengemeinschaft Gefahr in Verzug ist, kann somit jeder Miterbe allein zur Wahrung der Interessen des Nachlasses oder zur Erhaltung von Erbschaftsobjekten alleine für die Gesamtheit der Erben handeln.

Dringlich ist etwa der Fall, wo kurze Fristen – namentlich Verwirkungsfristen – zu wahren, sonstwie drohender Schaden durch rasches Handeln von der Erbengemeinschaft abzuwenden sind oder die Zeit nicht ausreicht, innert gebotener Frist einen Erbenvertreter zu bestellen (BGE 58 II 195 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A_643/2017 vom 3. Mai 2018 E. 3.3). Entscheidend ist dabei, ob die Dringlichkeit

grundsätzlich bestanden hat; ob im Nachhinein betrachtet gemeinsames Handeln aller Miterben möglich gewesen wäre und bloss aus Versehen unterblieben ist, spielt keine Rolle (STEPHAN WOLF, Berner Kommentar, 2014, N. 91 zu Art. 602 ZGB). Die Befugnisse des allein handelnden Miterben bleiben nur so lange bestehen, als die Dringlichkeit der Angelegenheit gegeben ist; wird es möglich, unter allen Erben einen Beschluss zu fassen oder durch die Behörde einen Erbenvertreter ernennen zu lassen, fällt die entsprechende Vertretungsbefugnis des einzelnen Erben dahin (BGE 74 II 215 E. 2; 58 II 195 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 5A_643/2017 vom 3. Mai 2018 E. 3.3 mit zahlreichen Hinweisen; STEPHAN WOLF, a.a.O., N. 91 zu Art. 602 ZGB).

- 13.4 Der Gesuchsteller behauptet, dass zumindest er und seine Schwester K._____ die Erben von G._____ und damit die Eigentümer des Gemäldes seien. Allenfalls könnte es noch weitere Erben von J._____ geben. Es liegt somit zwischen diesen mutmasslichen Erben eine Erbengemeinschaft und damit eine notwendige aktive Streitgenossenschaft gemäss Art. 70 Abs. 1 ZPO vor. Der Gesuchsteller hätte sein Gesuch nicht nur in seinem Namen stellen sollen, sondern als gesetzlicher Vertreter aller ihm bekannten anderen mutmasslichen Miterben, also jedenfalls auch seiner Schwester. Diese kann nun nicht mehr als Partei dem Verfahren beitreten.

Hinzu kommt, dass zwar die Dringlichkeit bei der Einreichung des Gesuchs um superprovisorische Massnahme das Handeln für die Erbengemeinschaft durch ihn als Einzelperson erforderte, da das Gemälde innert weniger Tage verschenkt werden sollte. In der Zwischenzeit wäre nun allerdings genügend Zeit gewesen, damit der Gesuchsteller auch die Zustimmung von K._____ hätte einholen können. Gründe, weshalb dies nicht möglich gewesen sein könnte, wurden vom Gesuchsteller auch in seiner unaufgeforderten Eingabe vom 2. Juli 2018 nicht geltend gemacht.

- 13.5 Das Gesuch ist damit mangels Aktivlegitimation des Gesuchstellers abzuweisen. Es erscheint jedoch angebracht, noch einige Bemerkungen zur Ersitzung zu machen.
14. Ohne die Erbberechtigung des Gesuchsstellers eingehend zu prüfen, die immerhin aufgrund der eingereichten Erbenbescheinigungen nicht völlig unplausibel erscheint, würde diese wohl selbst bei Miteinbezug der anderen Miterben nicht zu einer glaubhaften Eigentümerstellung der Erbengemeinschaft führen, da die Gesuchsgegnerin überzeugend darzulegen vermag, dass sie das Gemälde ersessen hat.
- 14.1 Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung; § 937 Abs. 1 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs [deutsches BGB]). Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zusteht (§ 937 Abs. 2 deutsches BGB). Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräusserer gehört (§ 932 Abs. 2 deutsches BGB).

Hat jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitz gehabt, so wird vermutet, dass sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe (§ 938 deutsches BGB).

- 14.1.1 Der Erwerber muss die tatsächlichen Voraussetzungen einer Ersitzung darlegen und beweisen, d.h. den zehnjährigen Eigenbesitz – insbesondere auch die Erlangung des Besitzes an der Sache mit Eigenbesitzerwillen – wobei ihm namentlich die Vermutung des § 1006 deutsches BGB zugute kommt. Die Beweislast für den Einwendungstatbestand des guten Glaubens trifft hingegen denjenigen, der die Ersitzung bestreitet (CAROLINE MELLER-HENNICH, in: Ring et. al [Hrsg.], Nomos Kommentar BGB – Sachenrecht, §§ 854-1296, N. 13 zu § 937 deutsches BGB).
- 14.1.2 Ersitzbar ist eine bewegliche Sache, die in zehnjährigem Eigenbesitz steht. Der Besitzer muss seit Besitzerlangung den Willen haben, die Sache als ihm gehörend zu besitzen. Dabei genügen sowohl unmittelbarer als auch mittelbarer Eigenbesitz (CAROLINE MELLER-HENNICH, a.a.O., N. 4 f. zu § 937 deutsches BGB; CHRISTIAN BALDUS, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 6, 6. Aufl. 2013, N. 26 zu § 937 deutsches BGB).
- 14.1.3 Der gute Glaube muss sich auf das eigene Eigentum an der Sache beziehen, dabei schaden Kenntnis und grobe Fahrlässigkeit bei Besitzerlangung. Es besteht keine Nachforschungspflicht und es genügt zur Zerstörung des guten Glaubens auch nicht die blosser Kenntnis der tatsächlichen Umstände, sondern erst das Bewusstsein der mangelnden Berechtigung. Es kann wie im Rahmen des § 932 deutsches BGB eine nachträgliche Gutgläubigkeit entstehen, die aber nicht schon bei blosser Vergessen der fehlenden Berechtigung anzunehmen ist (CAROLINE MELLER-HENNICH, a.a.O., N. 8 zu § 937 deutsches BGB; CHRISTIAN BALDUS, a.a.O., N. 27 ff., insb. N. 38 zu § 937 deutsches BGB; vgl. insbesondere zur groben Fahrlässigkeit auch OLG Nürnberg, Urteil vom 6. September 2017 – 12 U 2086/15, Ziff. 115 mit zahlreichen Hinweisen).
- 14.1.4 Unmittelbare Rechtsfolge der Ersitzung ist der originäre Eigentumserwerb des Ersitzenden. Das alte Eigentum geht unter (CHRISTIAN BALDUS, a.a.O., N. 41 zu § 937 deutsches BGB).
- 14.2 Das Gemälde hing unbestrittenermassen in der Schweizerischen Botschaft bzw. Residenz in Berlin, seitdem G. _____ dieses dort aufgehängt hatte. Das Bild ist wohl aufgrund des plötzlichen Todes von G. _____ in Berlin vergessen worden (Gesuchsantwortbeilage [GAB] 4, S. 1). Die Witwe J. _____ schickte nach dem Tode ihres Gatten aus der Schweiz einen Brief an die Berliner Aussenstelle, wo sie alle Objekte aus ihrem Eigentum auflistete, die man ihr in die Schweiz nachsenden sollte. Darunter waren sieben Bilder, das Gemälde von F. _____ befand sich nicht darunter (GAB, S. 2).

Gemäss Schreiben vom 10. Juni 1997 wurde das Gemälde erstmals am 12. August 1965 in das Inventar der Residenz in Berlin aufgenommen. Im selben Schreiben sah der damalige Leiter der Aussenstelle, L. _____, keinen Anlass, an der Rechtmässigkeit des Erwerbs zu zweifeln, regte jedoch aufgrund von Provenienzforschungen des Bundesamts für Kultur zu anderen Bildern, die die Gesuchsgegnerin erworben hatte, eine Überprüfung der Erwerbsumstände an (GAB 1). Eine

solche Untersuchung wurde in der Folge durchgeführt und festgestellt, dass «von einer Schenkung des Bildes an den Bund nichts bekannt sei und es auch nicht im Inventar der Bundeskunstsammlung figuriere.» (GAB 4, S. 1). Auf dem Rahmen des Gemäldes seien eine runde Aluminium-Marke mit Kreuz und der Zahl «M._____» sowie eine gelbe Marke mit der Aufschrift «No de l'inventaire N._____» angebracht. Bei diesen Markierungen handle es sich um Inventar-nummern der Gesuchsgegnerin. Die Konsultation sei heute allerdings nicht mehr möglich, da sämtliche zentralen Inventare in den 1970er Jahren entsorgt worden seien (GAB 4, S. 2). Wie die Markierungen auf den Bilderrahmen gelangt seien, bleibe nach der Untersuchung unbeantwortet und sei aufgrund der Quellenlage kaum mehr zu beantworten (GAB 4, S. 3).

- 14.3 Vorliegend hat die Gesuchsgegnerin wahrscheinlich spätestens bei Anbringen der Markierungen bzw. der Aufnahme ins Inventar am 12. August 1965 ihren Besitzeswillen manifestiert und Eigenbesitz am Gemälde erworben. Das Gemälde hing offenbar so ungünstig, dass man nicht unbedingt darauf aufmerksam wurde. Zudem sei die betreffende Wohnung nach dem Tod von G._____ über Jahre hinweg leer gestanden und sei nur noch als Abstellraum oder für Gäste genutzt worden (vgl. GAB 4, S. 2). Vermutlich entdeckte ein Botschaftsangestellter dieses Gemälde irgendwann wieder und ging – da es in einem Gebäude der Schweizerischen Botschaft in Berlin hing – davon aus, dass es sich hierbei um ein Bild der Gesuchsgegnerin handelte. Dadurch wurde die Gesuchsgegnerin mittelbare Besitzerin des Gemäldes. Nachvollziehbar erscheint ein Zeitpunkt spätestens bei der Inventarisierung gemäss L._____ am 12. August 1965 oder jedenfalls vor Ende der 1970er Jahre, als die Register, auf welchen die Markierungen auf dem Bilderrahmen beruhen sollen, vernichtet worden seien. Das Gemälde wurde somit während mehr als zehn Jahren von der Gesuchsgegnerin im Eigenbesitz gehalten, bevor sie aufgrund des Briefes von L._____ vom 10. Juni 1997 daran zu zweifeln begann. Die Voraussetzung von zehn Jahren (mittelbarem) Eigenbesitz erscheint damit erfüllt.

Wohl trifft es zu, dass das Bild nicht in der Bundeskunstsammlung enthalten war. Der Gesuchsteller legt jedoch nicht hinreichend dar, inwiefern die Nichtaufnahme des Gemäldes in diese Sammlung einen fehlenden Besitzeswillen dokumentieren soll, scheint das Bild doch in mehrere andere Inventare aufgenommen worden zu sein.

Unbeachtlich erscheinen hierbei die Äusserungen der Gesuchsgegnerin, die sie in den Jahren nach 1997 machte. Beispielsweise, wenn sie im Nachgang an die Provenienzforschung des Gemäldes dem Gesuchsteller am 14. Juni 1999 schrieb, dass sie nicht «Eigentümer[in] zu sein scheint», führt sie doch im selben Schreiben aus, dass sie dies aufgrund eines fehlenden belegbaren Rechtstitels, wie beispielsweise eines käuflichen, schenkungsweisen oder erbrechtlichen Eigentums-erwerbs annahm (Gesuchsbeilage [GB] 10, S. 3). Sie ging somit wohl davon aus, dass sie das Gemälde nicht derivativ erworben hatte. Damit schliesst sie einerseits eine Ersitzung nicht aus, andererseits wäre diese gemäss § 937 Abs. 1 des deutschen BGB nur dann ausgeschlossen, wenn der vermeintliche Eigentümer später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zusteht. Diese spätere Kenntnis muss einem Ersitzenden allerdings während einer laufenden Ersitzungsfrist zugehen, andern-

falls dieser bereits aufgrund der Ersitzung originärer Eigentümer des Gegenstands wurde. Im Übrigen behielt sich die Gesuchsgegnerin im Schreiben vom 17. April 2001 ausdrücklich vor, eine mögliche Ersitzung zu prüfen (GB 8, S. 2). Dass sie in Aussicht stellte, das Gemälde an ursprünglich anspruchsberechtigte Personen herauszugeben (vgl. GB 11), schliesst eine Ersitzung ebenfalls nicht aus. Ein widersprüchliches Verhalten der Gesuchsgegnerin oder ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ist folglich nicht auszumachen.

- 14.4 Beim Auffinden eines Bildes in einem eigenen Gebäude sind keine hohen Anforderungen an die Sorgfalt und die Überprüfung der Eigentumsverhältnisse zu stellen, wird doch keine konkrete Verdachtssituation dargetan, aus der sich eine Bösgläubigkeit ergeben könnte. Es scheint keine objektiven Hinweise auf den früheren Eigentümer gegeben zu haben, etwa dass beispielsweise der Bilderrahmen mit G._____s Name gekennzeichnet gewesen wäre, wie der Barockrahmen, den man 1962 im Keller der Berliner Aussenstelle gefunden hatte und über den O._____, G._____s Schwester, in der Folge informiert wurde (vgl. GAB 4, S. 2). So ist nachvollziehbar, dass die Gesuchsgegnerin nach dem Auffinden des Bildes in ihren eigenen Räumlichkeiten mangels Verdachtsmomenten keine Nachforschungen anstellte. Die Gesuchsgegnerin scheint nach dem Gesagten jedenfalls die erforderliche Vorsicht nicht nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich grossem Mass verletzt und damit grob fahrlässig gehandelt zu haben. Der Nachweis der Bösgläubigkeit hat der Gesuchsteller demnach vorliegend nicht hinreichend geführt.
- 14.5 Die Gesuchsgegnerin hat somit glaubhaft dargetan, dass sie das Gemälde mindestens zehn Jahre lang gutgläubig in ihrem Eigenbesitz gehalten hat. Damit hätte sie es i.S.v. § 937 deutsches BGB ersessen und ist wohl dessen originäre Eigentümerin geworden. Durch die Ersitzung hätten die ehemaligen Eigentümer, also mutmasslich die Erbengemeinschaft des G._____, ihre Eigentümerstellung verloren.
15. Gemäss § 985 deutsches BGB kann der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen. Dieser Herausgabeanspruch verjährt gemäss § 197 Abs. 1 Nr. 1 deutsches BGB (in der vor dem 30. Juni 2013 geltenden Fassung) in dreissig Jahren (vgl. CHRISTIAN BALDUS, a.a.O., N. 58 zu § 937 deutsches BGB). Das bedeutet, dass die Gesuchsgegnerin selbst bei Bösgläubigkeit keine Verpflichtung hätte das Gemälde an den Gesuchsteller und allfällige andere Erben herauszugeben, da dieser mutmassliche Anspruch der Erbengemeinschaft bereits Ende der 1970er Jahre erloschen wäre.
16. Der Gesuchsteller vermag somit weder seine Eigentümerstellung noch den darauf stützenden Vindikationsanspruch glaubhaft zu machen. Es fehlt an einem glaubhaft gemachten Verfügungsanspruch im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO. Es erübrigt sich die weiteren Voraussetzungen zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zu prüfen.
17. Nach dem Gesagten ist die superprovisorisch angeordnete Massnahme aufzuheben und das Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen abzuweisen.

IV.

18. Bei einem abgewiesenen Gesuch um vorsorgliche Massnahmen handelt es sich um einen Endentscheid. Es liegen keine Gründe vor, weshalb das Gericht nicht im vorliegenden Entscheid über die Prozesskosten entscheiden sollte (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO).
19. Die Gerichtskosten werden von Amtes wegen festgesetzt und verteilt (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Es gelten die kantonalen Tarife (Art. 96 ZPO). Im Kanton Bern ist das Verfahrenskostendekret (VKD; BSG 161.12) anzuwenden.

In Anwendung von Art. 43 Abs. 2 und Art. 5 VKD werden die Gerichtskosten auf CHF 6'000.00 festgesetzt und dem Gesuchsteller zur Bezahlung auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie werden mit dem von ihm geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).
20. Auch die Parteientschädigung ist nach kantonalem Tarif zuzusprechen (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Anzuwenden sind das Kantonale Anwaltsgesetz (KAG; BSG 168.11) und die Parteikostenverordnung (PKV; BSG 168.811).
- 20.1 Das Rechtsbegehren lautet nicht auf eine bestimmte Geldsumme. Der Streitwert ist unter den Parteien allerdings unbestritten und beläuft sich auf CHF 200'000.00, was dem geschätzten Wert des Gemäldes E. _____ von F. _____ entspreche. Da diese Angabe nicht offensichtlich unrichtig erscheint, ist dieser Betrag in Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO als Grundlage zu nehmen.
- 20.2 Aufgrund des Streitwerts ergibt sich grundsätzlich ein Honorarraum von CHF 7'900.00 bis CHF 35'400.00 (Art. 5 Abs. 1 PKV). Da es sich um ein summarisches Verfahren handelt, beträgt das Honorar 30 bis 60 Prozent dieses Rahmentarifs (Art. 5 Abs. 3 PKV).
- 20.3 Der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin macht eine Parteientschädigung von pauschal CHF 4'500.00 geltend. Das Gericht erachtet in Anwendung von Art. 41 Abs. 3 KAG die beantragte Entschädigung als angemessen. Der unterliegende Gesuchsteller hat der Gesuchsgegnerin somit für das Gerichtsverfahren eine Parteientschädigung, bestimmt auf pauschal CHF 4'500.00, auszurichten.
21. Im Verfahren ZK 18 277 wurden von der Gesuchsgegnerin Gerichtskosten von CHF 500.00 erhoben. Da trotz Schutzschrift superprovisorische Massnahmen verfügt wurden, sind diese Gerichtskosten im vorliegenden Verfahren nicht neu zu verlegen, umso mehr als kein entsprechender Antrag gestellt wurde.

Die Kammer entscheidet:

1. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 6'000.00, werden dem Gesuchsteller zur Bezahlung auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Gerichtskostenvorschuss verrechnet.
3. Der Gesuchsteller hat der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung, bestimmt auf CHF 4'500.00, auszurichten.
4. Zu eröffnen:
 - den Parteien

Bern, 14. August 2018

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Der Gerichtsschreiber:

Klaus

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Dabei kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden, wobei die Rüge zu begründen ist (Art. 98 BGG, Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Art. 95, 97 und 105 Abs. 2 BGG gelangen nicht zur Anwendung. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 30'000.00.

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.