

GR_GERICHTE ZK1 2019 144 vom 9. Juli 2021

GR Gerichte, 2021-07-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2019_144

FR: GR_GERICHTE ZK1 2019 144 du 9 juillet 2021

IT: GR_GERICHTE ZK1 2019 144 del 9 luglio 2021

Regeste

Aufhebung von Miteigentum | Berufung ZGB Sachenrecht

Erwägungen

E. 1

Eintretensvoraussetzungen

E. 1.1

Der angefochtene Entscheid ist ein erstinstanzlicher Endentscheid, der grundsätzlich mit Berufung anfechtbar ist (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend konnten die Parteien keine Einigung über den Streitwert erzielen, weshalb das Gericht den Streitwert zu bestimmen hat (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Sind – wie vorliegend – eine Aufhebungsklage nach Art. 650 ZGB wie auch eine Teilungsklage nach Art. 651 Abs. 2 ZGB erhoben worden, so entspricht der Streitwert dem Gesamtwert der Sache (Christoph Brunner/Jürg Wichtermann, in: Geiser/Wolf [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, N 17 zu Art. 651 ZGB). Wie die Vorinstanz ausführte, gingen die Parteien ursprünglich von einem Gesamtwert des Gemäldes von CHF 750'000.00 aus (act. B.1 E. 1). Die Berufungsklägerin zieht diesen Streitwert nicht in Zweifel (vgl. act. A.1 Ziff. 4), während die Berufungsklagen 1 und 3 ihn – zumindest mit Bezug auf die Höhe der Parteientschädigung – auf CHF 1.4 Mio. beziffern (act. A.2 Ziff. 9.2). Ob der Streitwert mehr als CHF 750'000.00 beträgt, kann an dieser Stelle offenbleiben, weil er die für die Berufung vorausgesetzte Höhe in jedem Fall übersteigt.

E. 1.2

Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich, begründet und unter Beilage des angefochtenen Entscheides (Art. 311 ZPO) beim Kantonsgericht von Graubünden (Art. 7 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]) einzureichen. Der erstinstanzliche Entscheid ging der Berufungsklägerin in begründeter Form am 1. Juli 2019 zu (act. B.4). Die dagegen mit Eingabe vom 29. August 2019 erhobene Berufung erfolgte demnach – unter Berücksichtigung des Friststillstands während der Gerichtsferien – fristgerecht (act. A.1). Sie entspricht zudem den in Art. 311 ZPO statuierten Formerfordernissen. Auf die Berufung ist folglich – unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung (dazu allgemein E. 2) – einzutreten.

E. 1.3

Die Gegenpartei kann in der Berufungsantwort Anschlussberufung erheben (Art. 313 Abs. 1 ZPO), wobei die Frist für die Berufungsantwort 30 Tage beträgt (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Zulässig ist dabei insbesondere auch eine Anschlussberufung, die sich lediglich gegen den Kostenentscheid richtet (Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schwei-

8 / 26 zerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 43 zu Art. 313 ZPO m.w.H.). Die Berufung wurde den Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 2. September 2019 zugestellt. Die mit Eingabe vom 2. Oktober 2019 eingereichte Berufungsantwort samt Anschlussberufung der Berufungsbeklagten 1 und 3 erfolgte frist- und formgerecht, weshalb auch darauf – unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung – einzutreten ist.

E. 2

Grundsätze des Berufungsverfahrens

E. 2.1

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden beziehungsweise aus welchen konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (statt vieler BGE 138 III 374 E. 4.3.1 m.w.H.). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsgericht nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels ent-

9 / 26 sprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4; 142 III 413 E. 2.2.4; je m.w.H.).

E. 2.2

Die Berufung ist grundsätzlich reformatorischer Natur (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei die ZPO – insbesondere zufolge der vollen Kognition der Berufungsinstanz in Sachverhaltsfragen (Art. 310 lit. b ZPO; vgl. dazu BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2) – zu Recht nicht die gleichen Anforderungen an die ausnahmsweise Fällung eines Rückweisungsentscheids stellt wie das BGG. Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO kann die Berufungsinstanz die Sache an die erste Instanz nur zurückweisen, wenn entweder ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Ziff. 1) oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Ziff. 2). Da Art. 318 ZPO als "Kann-Vorschrift" ausgestaltet ist, entscheidet die Berufungsinstanz nach ihrem pflichtgemässen Ermessen, ob sie ein reformatorisches oder kassatorisches Urteil fällt (BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2).

E. 3

Abstandserklärung des Berufungsbeklagten 2 Der Berufungsbeklagte 2 liess in seiner Berufungsantwort erklären, er unterziehe sich dem in der Sache zu fällenden Urteil und anerkenne dieses vorbehaltlos. Er ersuche um Entlassung aus dem Verfahren (act. A.3). Dabei handelt es sich um eine Abstandserklärung, die nach herrschender Auffassung zulässig ist. Bei der Klage auf Aufhebung von Miteigentum gemäss Art. 650 ZGB müssen zwar alle Miteigentümer entweder auf der Aktiv- oder auf der Passivseite in den Prozess involviert sein; die Miteigentümer bilden eine notwendige Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO). Gemeinsames Handeln im Prozess ist aber dann nicht notwendig, wenn einer der notwendigen Streitgenossen dem Gericht erklärt, das Urteil in jedem Falle vorbehaltlos anzuerkennen (vgl. BGE 136 III 123 E. 4.4.1 m.w.H.; Cristina von Holzen, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Basel 2006, S. 153). Die Abstandserklärung kann infolge fehlender Anerkennungsbefugnis nicht als Klageanerkennung i.S.v. Art. 241 ZPO qualifiziert werden. Der betreffende Streitgenosse bleibt als Partei am Verfahren beteiligt, er verzichtet aber auf das Recht, eigene Anträge zu stellen, auf das Bestreitungs- und Behauptungsrecht sowie auf das Recht, ein Rechtsmittel zu erheben (vgl. Yannick Minnig, Prozessrechtliche Überlegungen zur antizipierten Abstandserklärung in Erbteilungsprozessen, in: ZZZ 2019, S. 121 ff.). Zeitlich kann die Abstandserklärung auch erst im Rechtsmittelverfahren abgegeben werden (Minnig, a.a.O., S. 125). Der Berufungsbeklagte 2 ist trotz seiner Abstandserklärung im Rubrum des vorliegenden Urteils aufzuführen. Seiner passiven Rolle im Berufungsverfahren ist bei der Verteilung der Prozesskosten Rechnung zu tragen.

E. 4

Obiter dictum der Vorinstanz (Rechtsbegehren)

E. 4.1

Die Vorinstanz wies die Aufhebungs- und Teilungsklage mangels Sachlegitimation ab (act. B.1 E. 3.4 und 3.5 sowie Dispositiv-Ziff. 1). Am Ende ihres Entscheids ging sie allerdings – im Sinne eines obiter dictum – noch auf einen formalen Aspekt der Klage ein. So hielt sie fest, die Berufungsklägerin beantrage in ihrem Rechtsbegehren die öffentliche Versteigerung des Gemäldes. Sie beantrage jedoch insbesondere nicht, wo, wie und unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen die Versteigerung zu erfolgen habe. Dies genüge dem Erfordernis, dass Rechtsbegehren bestimmt und klar formuliert sein müssten, nicht (act. B.1 E. 4). Die Berufungsklägerin rügt diese Erwägung als rechtsfehlerhaft (act. A.1 Ziff. 41 ff.). Die Berufungsbeklagten 1 und 3 stellen sich

demgegenüber hinter den vorinstanzlichen Entscheid. Ihrer Ansicht nach hat die Berufungsklägerin übersehen, dass eine Teilung auch vollziehbar sein müsse. Die Rechtsbegehren der Berufungsklägerin seien in tatsächlicher Hinsicht nicht umsetzbar und dies allein schon deshalb, weil die Berufungsklägerin es unterlassen habe, diejenigen Anträge zu stellen, welche für eine öffentliche Versteigerung von Fahrniseigentum zwingend wären. Es würden Anträge zur Einlieferungspflicht und diesbezüglich Verpflichteten fehlen. Es würden überdies jegliche Sicherungsbegehren fehlen und es bleibe völlig unklar, wie die Versteigerungsmodalitäten und insbesondere die Versteigerungsbedingungen aussehen sollen. Es sei auch nicht anzunehmen, dass ein Gericht für die Echtheit und Herkunft des Gemäldes im Rahmen der Ausschreibung garantieren möchte (act. A.2 Ziff. 5).

E. 4.2

Vorab ist auf Grundsätzliches hinzuweisen: Die Klage enthält unter anderem das Rechtsbegehren (Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO). Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ist das Rechtsbegehren so bestimmt zu formulieren, dass es bei Gutheissung der Klage zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.3). Genügt das Rechtsbegehren den Bestimmtheitsanforderungen der ZPO nicht, ist darauf nicht einzutreten (BGE 142 III 683 E. 5.4). Das Bestimmtheitserfordernis gehört mit anderen Worten zu den Prozessvoraussetzungen i.S.v. Art. 59 ZPO. Steht endgültig fest, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, darf nicht zur Sache verhandelt werden und ergeht ein Nichteintretensentscheid (BGE 140 III 159 E. 4.2.4 m.w.H.). Aus prozessökonomischen Gründen sollte deshalb die Prüfung hinsichtlich jeder Prozessvoraussetzung sobald als möglich und vor der materiellen Behandlung der Klage erfolgen (BGE 140 III 159 E. 4.2.4). Wenn die Vorinstanz zum Schluss kommt, das Rechtsbegehren sei zu unbe-

11 / 26 stimmt, darf sie auf die Klage nicht eintreten und entsprechend kein Urteil in der Sache fällen. Möglich wäre nur, im Sinne eines Obiter dictum festzuhalten, dass selbst im Fall, da auf die Klage eingetreten würde, diese in der Sache abzuweisen wäre. Hier aber wählte die Vorinstanz das umgekehrte Vorgehen, was sich mit der Funktion der Prozessvoraussetzungen nicht vereinbaren lässt.

E. 4.3

Auch inhaltlich lässt sich die Argumentation der Vorinstanz nicht halten. Die Berufungsklägerin stellte im erstinstanzlichen Verfahren folgenden Antrag (RG act. I.1 Klageantrag Ziff. 1): Es sei das Miteigentum am Gemälde D. _____ von F. _____, Oel auf Leinwand, 65 cm x 56 cm, gerahmt, aufzuheben, im Sinne von Art. 651 Abs. 2 ZGB öffentlich zu versteigern und der Steigerungserlös wie folgt zu verteilen: 10.00/75 zu Gunsten der Klägerin 28.125/75 zu Gunsten des Beklagten 1; 18.750/75 zu Gunsten des Beklagten 2; und 18.125/75 zu Gunsten der Beklagten 3. Nach Rechtsprechung und Lehre muss der Antrag auf Auflösung des Miteigentums keinen bestimmten Inhalt aufweisen; es genügt das allgemeine Begehren um Aufhebung des Miteigentums (BGE 51 II 294, 295; Brunner/Wichtermann, a.a.O., N 17 zu Art. 651 ZGB). Dass die Berufungsklägerin im Rechtsbegehren die Modalitäten der öffentlichen Versteigerung unbestimmt liess, ist demnach zulässig. Wie eine öffentliche Versteigerung i.S.v. Art. 650 Abs. 2 ZGB abläuft, ergibt sich in erster Linie aus Art. 229 ff. OR (vgl. Reto Thomas Ruoss/Pascale Gola, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, N 6 vor Art. 229–236 OR). Ergänzend sind sodann Art. 6 ff. des Ein-

führungsgesetzes zum Schweizerischen Obligationenrecht (EGzOR; BR 210.200) zu beachten (Art. 236 OR). Nachdem sich das Rechtsbegehren der Berufungsklägerin als genügend bestimmt erweist und die übrigen Prozessvoraussetzungen unstreitig erfüllt sind, durfte die Vorinstanz auf die Klage eintreten.

E. 5

Hauptbegründung der Vorinstanz Die Vorinstanz wies die Klage auf Aufhebung des Miteigentums – wie bereits erwähnt (oben E. 4.1) – mangels Sachlegitimation ab. Zum einen verneinte die Vorinstanz die Aktivlegitimation der Berufungsklägerin. Zwar ergebe sich, so die Vorinstanz, aus den Handelsregisterauszügen, dass zwischen der I. _____ AG und der Berufungsklägerin eine Fusion stattgefunden habe und die Berufungsklägerin namentlich die Aktiven und Passiven der

12 / 26 I. _____ AG gemäss Fusionsvertrag vom 14. Juni 2017 und Bilanz per 31. Dezember 2016 übernommen habe. In der besagten Bilanz per 31. Dezember 2016 habe das Gemälde folglich noch nicht enthalten sein können, weil es erst am 23. März 2017 erworben worden sei. Die Klägerin habe es unterlassen, den Fusionsvertrag, eine Fusionsbilanz, eine Zwischenbilanz oder ähnliches einzureichen. Folglich hätte die Berufungsklägerin ihre bestrittene Tatsachenbehauptung, sie sei Miteigentümerin des Gemäldes, und somit ihre Aktivlegitimation nicht beweisen können (act. B.1 E. 3.4). Zum anderen kam die Vorinstanz zum Schluss, die Passivlegitimation der Berufungsbeklagten 1 sei nicht bewiesen. Die Beklagten hätten die von der Klägerin aufgeführten Miteigentumsanteile bzw. Beteiligungsverhältnisse am Gemälde bereits in der Klageantwort bestritten. Die Klägerin hätte die diesbezügliche Bestreitung der Beklagten in ihrer Replik wiederum bestritten und lediglich ausgeführt, sie halte an ihren Ausführungen fest. Sodann habe der Berufungsbeklagte 1 mit der Einlage des Beteiligungsvertrags zwar nicht den direkten Beweis dafür erbracht, dass er die darin erwähnte Option tatsächlich ausgeübt und das Miteigentum an den unbekanntem Dritten übertragen habe. Das Gericht könne aber nicht ohne Zweifel feststellen, dass der Berufungsbeklagte 1 noch Miteigentümer am Gemälde sei. Diesbezüglich sei darauf hinzuweisen, dass in der Lehre die Meinung vertreten werde, die Klägerin hätte dieses sogenannte Dupliknovum im Rahmen ihres Replikrechts bestreiten müssen, ansonsten die nicht bestrittenen Tatsachen als erstellt gelten würden. Auf diese Problematik brauche jedoch nicht weiter eingegangen zu werden, zumal die Klägerin auch anlässlich der Hauptverhandlung unterlasse habe, entsprechende Beweise zu ihrer Behauptung zu offerieren, die Berufungsbeklagte 1 bis 3 seien – neben ihr – die einzigen am Gemälde beteiligten Miteigentümer. Im Ergebnis stehe somit nicht fest, ob sämtliche Miteigentümer/innen als notwendige Streitgenossen am Prozess beteiligt seien, weshalb die Klage abzuweisen sei (act. B.1 E. 3.5).

E. 6

Aktivlegitimation

E. 6.1

In Bezug auf die Aktivlegitimation rügt die Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass infolge Fusion sämtliche Aktiven und Passiven und damit auch das fragliche Gemälde übergegangen seien. Es sei aktenkundig und unbestritten, dass die I. _____ AG auf den _____ 2017 infolge Fusion aufgelöst und im Handelsregister gelöscht worden sei. Nach dem Prinzip der Universal sukzession würden sämtliche

Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen mit Eintragung der Fusion im Handelsregister auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Als Folge der Universalsukzession würde

13 / 26 die übertragende Gesellschaft auf einen Schlag vermögenslos. Die von der Vorinstanz erwähnte Zwischenbilanz diene lediglich als Grundlage für die Bewertung der beteiligten Gesellschaft und für die Festlegung des Umtauschverhältnisses. Die Annahme der Vorinstanz, wonach lediglich die Aktiven und Passiven, welche in der Fusion zu Grunde legenden Zwischenbilanz aufgeführt seien, auf die übernehmende Gesellschaft übergehen würden, gehe fehl. Selbstverständlich würden die an der Fusion beteiligten Gesellschaften im Zeitraum zwischen der Zwischenbilanz und der Eintragung der Fusion im Handelsregister weiter ihren Geschäften nachgehen. Dies entspreche der Praxis. Auch die in diesem Zeitraum erworbenen Rechte und eingetragenen Pflichten würden mit Eintragung der Fusion im Handelsregister auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Dies sei im Übrigen auch im Fusionsvertrag festgehalten worden. Es sei daher erwiesen, dass sie – die Berufungsklägerin – Eigentümerin von 10.000 Anteilen am Gemälde sei und damit als Miteigentümerin zur Klageerhebung legitimiert sei. Die Vorinstanz sei aufgrund unrichtiger Rechtsanwendung von einem falschen Sachverhalt ausgegangen, was zu korrigieren sei (act. A.1 Ziff. 23 ff.; act. A.5 Ziff. 16). Die Berufungsbeklagten 1 und 3 halten die Schlussfolgerungen der Vorinstanz demgegenüber für richtig. Da die I. _____ AG die Anteile erst mit Vertrag vom 23. März 2017 von H. _____ erworben habe, könnten diese unmöglich bereits in der Bilanz der I. _____ AG per 31. Dezember 2016 enthalten gewesen sein. Die Berufungsklägerin habe offensichtlich nur die Aktiven und Passiven der I. _____ AG per diesen Stichtag übernommen, weshalb ihr Eigentum an den zehn Anteilen nicht gegeben und jedenfalls nicht nachgewiesen sei. Die Anteile müssten zumindest in der Fusionsbilanz, eventualiter in einer Zwischenbilanz gemäss Art. 11 FusG ausgewiesen sein, was offensichtlich nicht der Fall sei, ansonsten die Berufungsklägerin diese Bilanzen sicherlich ins Recht gelegt hätte. Die Folgen der Beweislosigkeit habe die Berufungsklägerin zu tragen, indem eben davon ausgegangen werden müsse, dass sie nicht Eigentümerin der zehn Anteile sei. Wenn die Berufungsklägerin zu diesem Thema – im Übrigen erstmals und damit verspätet – vorbringt, dem Handelsregisterauszug der I. _____ AG könne entnommen werden, dass sämtliche Aktiven und Passiven infolge Fusion auf sie übergegangen seien, folglich die Anteile am Gemälde infolge Universalsukzession auf die Berufungsklägerin übergegangen seien, so übersehe sie, dass dies an der Beweislosigkeit ihres Standpunktes nichts ändere. Die Berufungsklägerin habe nicht nachgewiesen, dass die Anteile am Gemälde im Zeitpunkt der Fusion ein Aktivum der I. _____ AG gewesen seien. Sie hätte diesen Nachweis ohne Weiteres mittels Vorlage der Fusionsbilanz oder einer Zwischenbilanz gemäss Art. 11 FusG erbringen können, was sie nicht getan habe. Zu Recht sei demnach die Vor-

14 / 26 instanz zur Erkenntnis gelangt, der Berufungsklägerin sei es nicht gelungen, ihre bestrittene Aktivlegitimation zu beweisen (act. A.2 Ziff. 3.2).

E. 6.2

Die Fusion wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über (Art. 22 Abs. 1 FusG). Die Universalsukzession erfasst die Gesamtheit der Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft, und zwar

unabhängig davon, ob die einzelnen Aktiven und Passiven auch bekannt sind (Rudolf Tschäni/Tino Gabert- hüel/Stephan Erni, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker [Hrsg.], Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, N 7 zu Art. 22 FusG m.w.H.). Im vorliegenden Fall verkaufte H. _____ ihre 10.000 Anteile am Gemälde mit Vereinbarung vom 23. März 2017 an die I. _____ AG (RG act. II/9 und II/10). Die Fusion zwischen der I. _____ AG und der Berufungsklägerin wurde am _____ 2017 im Handelsregister eingetragen (RG act. II/11). Die Übertragung der Anteile am Gemälde erfolgte zeitlich mithin vor der Eintragung der Fusion im Handelsregister. Von der Universalsukzession im Zuge der Fusion zwischen der I. _____ AG und der Berufungsklägerin waren folglich auch die Anteile am Gemälde erfasst. Dass die Anteile nicht in der Zwischenbilanz vom 31. Dezember 2016 aufgeführt waren, spielt keine Rolle. Die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz gemäss Art. 11 FusG dient allein Informationszwecken und zeitigt keine unmittelbaren Rechtswir- kungen darauf, welche einzelnen Aktiven und Passiven Gegenstand der Fusion sind. Im Fusionsvertrag gemäss Art. 12 f. FusG können die beteiligten Gesell- schaften sodann zwar den Stichtag, an dem die Fusion rechtswirksam werden soll, abweichend vom Datum des Handelsregistereintrags festlegen. Dass die I. _____ AG und die Berufungsklägerin von dieser Möglichkeit Gebrauch ge- macht hätten, ist jedoch weder behauptet noch sonstwie ersichtlich. Indem die Vorinstanz aufgrund der Tatsache, dass die Anteile erst nach der Zwischenbilanz auf die I. _____ AG übertragen wurden, den Schluss zog, diese seien nicht von der Fusionswirkung erfasst worden, verletzte sie somit Art. 22 FusG. Die Rüge der Berufungsklägerin ist entsprechend berechtigt.

E. 7

Passivlegitimation

E. 7.1

Punkto Passivlegitimation macht die Berufungsklägerin in ihrer Berufung geltend, sie habe sowohl in der Klage als auch in der Replik wiederholt dargelegt, dass der Berufungsbeklagte 1 Miteigentümer im Umfang von 28.125 Anteilen sei. Sie habe dies mit verschiedenen Urkunden belegt. Die Behauptungen der Beru- fungsbeklagten in ihrer Duplik betreffend die angebliche Veräusserung der 28.125 Anteile des Berufungsbeklagten 1 an einen ominösen Dritten seien von ihr bereits

15 / 26 mit ihren Sachverhaltsausführungen in der Klage und in der Replik implizit bestritten worden. Sie – die Berufungsklägerin – habe wiederholt festgehalten, dass ak- tuell die Berufungsbeklagten sowie sie selbst Miteigentümer am Gemälde seien. Indem die Vorinstanz ausführe, sie habe die angebliche Veräusserung der Anteile vom Berufungsbeklagten 1 auf den unbekanntem Dritten nicht bestritten, weil nur eine ausdrückliche Bestreitung gelte, agiere sie überspitzt formalistisch. Ausser- dem hätten die Berufungsbeklagten verschiedentlich anerkannt, dass der Beru- fungsbeklagte 1 noch Miteigentümer sei. Im Übrigen hätten die Berufungsbeklag- ten die angebliche Veräusserung des Bildes nicht belegen können. Aus dem von den Berufungsbeklagten eingereichten Dokument gehe einzig und allein hervor, dass der Unbekannte dem Berufungsbeklagten 1 ein Darlehen gewährt habe und ihm zur Rückzahlung die Option eingeräumt worden sei, dass der Berufungsbe- klagte 1 durch schriftliche Erklärung die Umwandlung des Darlehens in die Beteili- gung an seinem Anteil am Gemälde verlangen könne. Dass dies tatsächlich ver- langt worden sei, sei nicht erwiesen und werde nicht

einmal behauptet. Eine schriftliche Erklärung des Berufungsbeklagten 1 liege nicht im Recht. Ebenso wenig sei erwiesen, dass die Rückzahlung des Darlehens überhaupt fällig sein solle (act. A.1 Ziff. 30 ff.; act. A.5 Ziff. 17 ff.). Dem halten die Berufungsbeklagten 1 und 3 entgegen, die Berufungsklägerin habe zur Behauptung, dass sie – die Berufungsbeklagten – Miteigentümer seien, keinerlei Beweismittel bezeichnet. Alle Behauptungen seien überdies erstmals in der Berufung erfolgt, was ohnehin verspätet sei. Die Beweismittel, auf die die Berufungsklägerin verweise, seien nicht zu den Beteiligungsverhältnissen angerufen worden. Es fehle eine Beweisverbindung, weshalb die Dokumente nicht berücksichtigt werden könnten. Ohnehin sei offensichtlich, dass alle Dokumente noch nicht mal im Ansatz belegen würden, dass der Berufungsbeklagte 1 weiterhin Miteigentümer am Gemälde sei. Sodann habe die Berufungsklägerin die Behauptung, wonach der Berufungsbeklagte 1 das fragliche Bild veräussert habe, nicht rechtzeitig und ordnungsgemäss bestritten. Sie – die Berufungsbeklagten – hätten in keiner Art und Weise anerkannt, dass der Berufungsbeklagte 1 Miteigentümer am Gemälde sei. Das Gemälde sei deshalb im Gewahrsam des Berufungsbeklagten 1, weil die wahren Eigentümer ihn mit dem Verkauf desselben beauftragt hätten. Es sei zutreffend, dass sich der Berufungsbeklagte 1 gegenüber den anderen Berufungsbeklagten bereit erklärt habe, die eigenen Parteikosten zu übernehmen, sofern und solange ein gemeinsamer Rechtsvertreter die Berufungsbeklagten vertrete. Da dem Berufungsbeklagten 1 nach wie vor ein Gewinnbeteiligungsrecht zustehe, sei es ihm natürlich nicht gleichgültig, wenn das Gemälde für einen Bruchteil des wahren Wertes im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung ver-

16 / 26 scherbelt werde. Entgegen der Behauptung der Berufungsklägerin lasse sich also das Interesse und die Bereitschaft zur alleinigen Kostenübernahme in Bezug auf die eigenen Parteikosten sehr wohl anders erklären, als dass er Miteigentümer am Gemälde sei. Schliesslich habe die Berufungsklägerin die Behauptung, wonach der Berufungsbeklagte 1 seine Anteile veräussert habe, nicht ordnungsgemäss bestritten. Neue Tatsachen, welche in der Duplik vorgebracht würden, müssten innert einer Frist von zehn Tagen bestritten werden. Dies sei vorliegend nicht geschehen. Eine Bestreitung sei sodann an der Instruktionsverhandlung ausgeblieben wie auch anlässlich des ersten Parteivortrages an der Hauptverhandlung. Wenn die Berufungsklägerin diesem prozessualen Versäumnis entgegenhalte, eine Tatsachenbehauptung müsse nicht ausdrücklich bestritten werden, wenn diese durch die eigene Sachdarstellung widerlegt sei, so verkenne sie, dass ihre Sachdarstellung die Tatsachenbehauptung der Berufungsbeklagten, wonach der Berufungsbeklagte 1 nicht mehr Miteigentümer am Gemälde sei, nicht widerlege. Der Beteiligungsvertrag vom 24. Februar 1998, welcher diese Veräusserung belegen würde, sei mit der Duplik zu den Akten gegeben worden. Die Umwandlung des im Beteiligungsvertrag aufgeführten Darlehens in die Beteiligung am Anteil des Berufungsbeklagten 1 am Gemälde sei bereits vor vielen Jahren erfolgt, weshalb die Passivlegitimation des Berufungsbeklagten 1 nicht gegeben sei (act. A.2 Ziff. 4).

E. 7.2

Im erstinstanzlichen Verfahren führten die Parteien in Bezug auf den Miteigentumsanteil des Berufungsbeklagten 1 Folgendes aus:

E. 7.2.1

In der Klageschrift behauptete die Berufungsklägerin zunächst, dass der Berufungsbeklagte 1 der ursprüngliche Eigentümer des Gemäldes gewesen sei. Mit Vereinbarung vom 29. Januar 1996 sodann hätten er, der Berufungsbeklagte 2 und B._____ Miteigentum begründet (RG act. I.1 Ziff. 6 f.). Diese beiden Behauptungen blieben in der Klageantwort unbestritten (RG act. I.3 Ziff. 2.1 ff.). Im Weiteren führte die Berufungsklägerin in der Klageschrift aus, das Gemälde sei bis dato nicht verkauft worden. Nur die Anteile von B._____ seien an die Berufungsbeklagte 1 übertragen worden, die einen Teil davon an H._____ übertragen habe, die ihrerseits wiederum die Anteile an die I._____ AG bzw. sie – die Berufungsklägerin – übertragen habe. Die Parteien seien demnach die Miteigentümer (RG act. I.1 Ziff. 9 ff.). Diesbezüglich stellten die Berufungsbeklagten in der Klageantwort in Abrede, dass die Anteile von H._____ an die I._____ AG bzw. die Berufungsklägerin übertragen worden wären (act. I.3 Ziff. 2.6 f.). Pauschal hielten sie schliesslich fest, dass die in der Klageschrift behaupteten Beteiligungsverhältnisse nicht zutreffen würden (act. I.3 Ziff. 2.8). Ob sie damit na-

17 / 26 mentlich auch die Miteigentümerstellung des Berufungsbeklagten 1 in Abrede stellten, blieb dabei offen. Angesichts der detaillierten Behauptungen zum Personenkreis der Miteigentümer und zum Umfang der einzelnen Beteiligungen, wie sie die Berufungsklägerin in der Klage aufgestellt hatte, genügte eine derart pauschale Bestreitung nicht. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (BGer 4A_281/2017 v. 22.1.2018 E. 4.3 m.w.H.). Nach dem ersten Schriftenwechsel des erstinstanzlichen Verfahrens war demnach noch unbestritten, dass der Berufungsbeklagte Miteigentümer des Gemäldes ist.

E. 7.2.2

In der Replik beschränkte sich die Berufungsklägerin darauf, die Ausführungen der Berufungsbeklagten zu bestreiten und ihre eigenen Ausführungen zu bestätigen (RG act. I.4 Ziff. 17 ff.). Die Berufungsbeklagten ihrerseits bekräftigten in der Duplik, dass die von der Berufungsklägerin behaupteten Beteiligungsverhältnisse nicht zutreffen würden. Dabei führten sie nun aus, dass der Berufungsbeklagte 1 seine Anteile vor einigen Jahren veräussert habe. Hintergrund sei ein Darlehen, das bereits vor einigen Jahren in die Beteiligung am Miteigentumsanteil des Berufungsbeklagten 1 umgewandelt worden sei. Gewisse Stellen des betreffenden Beteiligungsvertrages seien durch Schwärzung unzugänglich gemacht worden, was ohne Weiteres zulässig sei. Für den Ausgang des vorliegenden Prozesses sei nämlich nicht von geringster Relevanz, wer aktuell Eigentümer der vormals dem Berufungsbeklagten 1 gehörenden 28.125 Anteile sei und zu welchem Preis der neue Eigentümer die Anteile erstanden habe. Entscheidend sei einzig, dass der Berufungsbeklagte 1 nicht passivlegitimiert sei (RG act. I.5 Ziff. 3.10). Mit diesen ergänzenden Ausführungen liessen die Berufungsbeklagten erkennen, dass sie die Miteigentümerstellung des Berufungsbeklagten 1 als solche bestreiten würden. Indem aber die Berufungsklägerin bereits vorgängig ausführte, der Berufungsbeklagte 1 sei immer noch Miteigentümer im Umfang von 28.125 Anteilen, war damit klar, dass sie den von den Berufungsbeklagten nunmehr geltend gemachten Verkauf ebenfalls in Abrede stellte. Nach dem zweiten Schriftenwechsel war somit die Miteigentümerstellung des Berufungsbeklagten 1 als solche streitig und entsprechend beweisbedürftig (Art. 150 Abs. 1 ZPO); einer weiteren, expliziten Bestreitung der Sachdarstellung, welche die

Berufungsbeklag- ten mit der Duplik in den Prozess einführten, seitens der Berufungsklägerin war entgegen der Vorinstanz nicht mehr nötig.

18 / 26

E. 7.2.3

An der Hauptverhandlung wiederholte die Berufungsklägerin, dass sie zu- sammen mit den drei Berufungsbeklagten Miteigentümerin am Gemälde sei. Zur neuen Behauptung der Berufungsbeklagten in der Duplik, wonach der Berufungs- beklagte 1 seine Miteigentumsanteile veräussert habe, führte die Berufungskläge- rin aus, die behauptete Beteiligung eines ominösen Unbekannten sei unglaubwür- dig und aktenwidrig. Aus dem von den Berufungsbeklagten eingereichten Beteili- gungsvertrag gehe einzig und allein hervor, dass der Unbekannte dem Berufungs- beklagten 2 ein Darlehen gewährt habe und ihm zur Rückzahlung die Option ein- geräumt worden sei, dass der Berufungsbeklagte 1 durch schriftliche Erklärung die Umwandlung des Darlehens in die Beteiligung an seinem Anteil am Gemälde ver- langen könne. Dass dies tatsächlich verlangt worden sei, sei nicht erwiesen und werde nicht einmal behauptet. Eine schriftliche Erklärung des Berufungsbeklag- ten 2, wonach er die Umwandlung des Darlehens in die Beteiligung an seinem Anteil am Gemälde fordere liege jedenfalls nicht im Recht. Ebenso wenig sei er- wiesen, dass die Rückzahlung des darin erwähnten Darlehens überhaupt fällig sein solle. Dies werde von den Berufungsbeklagten auch nicht behauptet. Dass es sich bezüglich der angeblichen Beteiligung eines Unbekannten um eine faule Aus- rede der Berufungsbeklagten handle, verdeutliche auch der Umstand, dass sie keinen Namen nannten. Ihr und zuvor der I. _____ AG wie auch H. _____ gegenüber seien stets die eingeklagten Parteien als Miteigentümer des besagten Gemäldes aufgetreten (RG act. VII.3 Ziff. 2 und 10 ff.; RG act. VII.1 S. 4). Die Be- rufungsbeklagten liessen ausführen, sie hätten in der Duplik behauptet, dass der Berufungsbeklagte 1 seine Anteile vor einigen Jahren veräussert habe. Zudem hätten sie mit der Duplik den entsprechenden Beteiligungsvertrag vom 24. Februar 1998 eingereicht. Sie hätten diese Sachdarstellung also bewiesen und zusätzlich zum Beweis die richterliche Befragung des Berufungsbeklagten 2 beantragt. Die- sen Beweis könnten sie nicht führen, weil ihrem Antrag um Verschiebung der Hauptverhandlung nicht stattgegeben worden sei. Bereits aufgrund dieser Be- weisvereitelung wäre eine gerichtliche Erkenntnis, wonach der Berufungsbeklag- te 1 weiterhin Miteigentümer des Gemäldes sei, nicht möglich. Allerdings müssten sie diese Tatsache gar nicht beweisen, weil die Berufungsklägerin die Behaup- tung, dass der Berufungsbeklagte 1 seit vielen Jahren nicht mehr Miteigentümer sei, nicht bestritten habe. Neue Tatsachen, welche in der Duplik vorgebracht wür- den, müssten innert einer Frist von zehn Tagen bestritten werden (RG act. VII.4 S. 2 f.; RG act. VII.1 S. 5).

E. 7.3

Die Beweislast für die Tatsache, dass der Berufungsbeklagte 1 immer noch Miteigentümer ist, liegt im Ausgangspunkt bei der Berufungsklägerin, die mit ihrer Klage die Aufhebung des Miteigentums verlangt (Art. 8 ZGB). Die gesetzliche

19 / 26 Vermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB ist vorliegend nicht anwendbar. Nach dieser Bestimmung wird vom Besitzer einer beweglichen Sache vermutet, dass er ihr Eigentümer sei. Zwar kann die Bestimmung nicht nur vom Besitzer der Sache, sondern auch von einem Prozessgegner angerufen werden (Emil W. Stark/Barbara Lindenmann, Berner Kommentar,

Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016, N 37 zu Art. 930 ZGB). Die Vermutung des Eigentumsrechts setzt jedoch den Besitz der betreffenden Sache voraus (Stark/Lindenmann, a.a.O., N 1 zu Art. 930 ZGB). Vor erster Instanz behauptete die Berufungsklägerin nicht, dass das Gemälde aktuell im Besitz bzw. Mitbesitz des Berufungsbeklagten 1 wäre. Erst in der Berufungsschrift brachte sie unter Verweis auf Ausführungen des Berufungsbeklagten 1 anlässlich der Instruktions- verhandlung sowie auf eine Anzeige des Betreibungsamtes Plessur vom 17. März 2016 vor, das Gemälde befinde sich im Besitz des Berufungsbeklagten 1 (act. A.1 Ziff. 37), was jedoch zu spät war. Im Berufungsverfahren werden Noven nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Weshalb es ihr nicht möglich und zumutbar war, den Besitz des Berufungsbeklagten 1 bereits vor erster Instanz zu behaupten, zeigt die Berufungsklägerin nicht auf. Die erst im Berufungsverfahren aufgestellte Behauptung, das Gemälde sei im Besitz des Berufungsbeklagten 1, kann daher nicht mehr berücksichtigt werden, womit die Vermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB ausser Betracht fällt.

E. 7.4

Einschlägig ist allerdings eine andere Vermutung: Die Parteien sind sich darin einig, dass der Berufungsbeklagte 1 ursprünglich Miteigentümer war. Nach Art. 920 ZGB gilt der Eigentümer als selbständiger Besitzer; Miteigentümer gelten entsprechend als Mitbesitzer. Zwischen den Parteien steht mit anderen Worten fest, dass der Berufungsbeklagte 1 zumindest früher einmal Mitbesitzer des Gemäldes war. Gemäss Art. 930 Abs. 2 ZGB besteht für jeden früheren Besitzer die Vermutung, dass er in der Zeit seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen ist. Das derart nachgewiesene Recht gilt, da entstandene Rechte als fortbestehend vermutet werden, als weiterdauernd, bis der Gegner den Verlust nachweist. Der Besitzer hat somit nicht ununterbrochenen Besitz nachzuweisen für die Zeitdauer, während der er Eigentum für sich in Anspruch nahm. Mit dem Hinweis, es bestehe die Vermutung für die "Zeit seines Besitzes" will das Gesetz nur zum Ausdruck bringen, dass die Vermutung aus früherem Besitz vor derjenigen aus gegenwärtigem Besitz zurückzutreten hat. Die Vermutung aus gegenwärtigem Besitz entkräftet die Vermutung aus früherem Besitz und die daran geknüpfte Vermutung des Fortbestandes einmal nachgewiesenen Eigentums, und analog

20 / 26 muss jede Vermutung aus früherem Besitz vor derjenigen aus späterem, wenn auch nicht mehr gegenwärtigem Besitz, zurücktreten (Arthur Homberger, Zürcher Kommentar, Das Sachenrecht, Dritte Abteilung, Besitz und Grundbuch, Art. 919– 977, 2. Aufl., Zürich 1938, N 19 zu Art. 930 ZGB; Wolfgang Ernst, in: Hon- sell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2019, N 31 zu Art. 930 ZGB; Stark/Lindenmann, a.a.O., N 45 zu Art. 930 ZGB). Wer den Wechsel der Eigentümerschaft behauptet, trägt dafür folglich die Beweislast, sofern er sich selber nicht auf die Vermutung des Art. 930 Abs. 1 ZGB berufen kann. Im vorliegenden Fall sind es daher die Berufungsbeklagten, die dafür beweibelastet sind, dass der Berufungsbeklagte 1 sein Miteigentumsanteil auf einen Dritten übertragen hat. Diese Beweislastverteilung rechtfertigt sich auch deshalb, weil die Gegenpartei kaum den Hauptbeweis dafür erbringen kann, dass die Eigentümerschaft nicht gewechselt hat. Dieser Beweis ist eher derjenigen Partei zumutbar, die nach ihren eigenen Behauptungen an der Veräusserung selber beteiligt war. Diese Grundsätze liess die Vorinstanz unbeachtet, als sie die Beweislast für

die Miteigentümerstellung der Berufungsklägerin überwältzte.

E. 7.5

Im Rahmen der Beweiswürdigung führte die Vorinstanz aus, der Berufungsklagte 1 habe mit der Einlage des Beteiligungsvertrags zwar nicht den direkten Beweis dafür erbracht, dass er die darin erwähnte einseitige Option tatsächlich ausgeübt und das Miteigentum an den unbekanntem Dritten übertragen habe. Das Gericht könne aber nicht ohne ernsthafte Zweifel feststellen, dass der Beklagte noch Miteigentümer am Gemälde sei. Die Berufungsklägerin habe die bestrittene Passivlegitimation des Berufungsklagten 1 nicht beweisen können (act. B.1 E. 3.5). Was den eingelegten Beteiligungsvertrag betrifft, ist die Würdigung der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Aus der Vertragsurkunde vom 24. Februar 1998 geht hervor, dass dem Berufungsklagten 1 ein Darlehen gewährt wurde; wer Darlehensgeber war und welche Höhe das Darlehen hatte, ist nicht erkennbar, weil die betreffenden Stellen in der eingereichten Vertragsurkunde geschwärzt wurden (RG act. III.1 Ziff. II.). Bezüglich Rückzahlung wurde dem Berufungsklagten 1 das Recht gewährt, durch einseitige schriftliche Erklärung die Umwandlung des Darlehens in die Beteiligung an seinem Anteil am Gemälde zu verlangen, wobei in der eingereichten Urkunde der Betrag, zu welchem das Darlehen umgewandelt wird, wiederum geschwärzt ist. Weiter erklärte der Darlehensgeber, auf die Rückzahlung des Darlehens zu verzichten und die Umwandlung in eine stille Beteiligung vorbehaltlos anzuerkennen und im Zeitpunkt der Umwandlung am Anteil des Berufungsklagten 1 am Gemälde voll beteiligt zu sein (RG act. III.1 Ziff. III.). Der Beteiligungsvertrag belegt demnach, dass der Berufungsklagte 1 mit einer Person, deren Identität nicht aktenkundig ist, im Jahr 1998 die 21 / 26 Übertragung seiner Anteile am Gemälde auf Rechnung des Darlehens vereinbarte, und zwar im Sinne einer einseitig durch den Berufungsklagten 1 ausübbarer Option. Dass diese Option tatsächlich ausgeübt wurde, geht aus der Vertragsurkunde nicht hervor.

E. 7.6

Für die Tatsache, dass der Berufungsklagte 1 seine Anteile einem unbekanntem Dritten übertrug, offerierten die Berufungsklagten nebst dem Beteiligungsvertrag eine Parteibefragung bzw. eine Beweisaussage des Berufungsklagten 1 (RG act. I.5 Ziff. 3.10). In der Beweisverfügung vom 31. Januar 2019 hielt die Vorinstanz fest, sie entscheide anlässlich der Hauptverhandlung, ob die Parteien befragt bzw. zur Beweisaussage zugelassen würden. Zugleich wurden die Parteien zum persönlichen Erscheinen zur Hauptverhandlung vom 28. Mai 2019 vorgeladen (RG act. IV.26). Mit Eingabe vom 20. Mai 2019 teilte der Rechtsvertreter der Berufungsklagten mit, der Berufungsklagte 1 sei aufgrund einer erheblichen Erkrankung aktuell und für die Dauer von mindestens drei Wochen nicht verhandlungsfähig, weshalb um Verschiebung der Hauptverhandlung auf einen späteren Zeitpunkt ersucht werde. Dieses Verschiebungsgesuch liess die Vorinstanz unbeantwortet. Anlässlich der Hauptverhandlung, die wie angekündigt am 28. Mai 2019 stattfand, erneuerte der Rechtsvertreter der Berufungsklagten sein Gesuch um Verschiebung der Verhandlung sowie seinen Antrag um Abnahme der beantragten Parteibefragung/Beweisaussage des Berufungsklagten 1 (RG act. VII.2 Ziff. 1f und 3). Nachdem die Rechtsvertreterin der Berufungsklägerin dazu Stellung genommen hatte, zog sich das Gericht zur Beratung zurück. Im Anschluss teilte der Vorsitzende den Parteien mit, dass die Anträge auf Parteibefragung/Beweisaussage abgelehnt würden, wobei sich der Begründung des Vorsitzenden nicht entnehmen lässt, weshalb insbesondere auf die

Befragung des Berufungsbeklagten 1 zur Frage der Veräusserung seiner Anteile verzichtet wurde (vgl. RG act. VII.2 Ziff. 3).

E. 7.7

Aus der Begründung des Endentscheids ergibt sich schliesslich, dass die Vorinstanz den Hauptbeweis der Berufungsklägerin für die Eigentümerstellung des Berufungsbeklagten 1 bereits aufgrund des Beteiligungsvertrags aus dem Jahre 1998 als gescheitert erachtete. Unter der Voraussetzung, dass diese Einschätzung zutrifft, erübrigte sich die von den Berufungsbeklagten beantragte Parteibefragung oder Beweisaussage des Berufungsbeklagten 1. Da die Vorinstanz den Haupt- und Gegenbeweis jedoch falsch verteilte (vgl. oben E. 7.4), ändert sich die Ausgangslage:

E. 7.7.1

Grundsätzlich haben die Berufungsbeklagten als beweisbelastete Parteien Anspruch darauf, dass das Gericht die Parteibefragung bzw. Beweisaussage des

22 / 26 Berufungsbeklagten 1 abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Zu beachten ist jedoch, dass im Beteiligungsvertrag die Rede von einer "schriftlichen Erklärung" die Rede ist, mittels derer der Berufungsbeklagte 1 das Optionsrecht ausüben kann (RG act. III.1 Ziff. 3). Aus den Ausführungen der Berufungsbeklagten geht nicht hervor, weshalb diese schriftliche Erklärung trotz des Umstands, dass die Option ihrer Ansicht nach wirksam ausgeübt worden ist, nicht als Beweis angeboten wird. Überhaupt schweigen sich die Berufungsbeklagten über die Existenz und den Verbleib der schriftlichen Ausübungserklärung gänzlich aus. Sodann fragt sich, weshalb die Berufungsbeklagten auch nicht die Person des Erwerbers nennen und, falls die schriftliche Ausübungserklärung nicht mehr vorhanden sein sollte, deren Einvernahme als Zeugin anbieten. Es ist zwar grundsätzlich der jeweiligen Prozesspartei überlassen, welche Informationen sie im Prozess preisgibt und welche Beweismittel sie dabei in welchem Umfang anbietet. Wenn aber eine Partei hinsichtlich eines von ihr behaupteten Veräusserungsgeschäfts nicht bekannt geben will, wer der Erwerber ist, muss sie sich dieses Verhalten im Rahmen der Beweiswürdigung zu ihren Ungunsten anrechnen lassen (vgl. Art. 164 ZPO; Franz Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, Zürich 2015, Rz. 5.59). Die Berufungsbeklagten brachten zwar vor, der Berufungsbeklagte 1 habe sich vertraglich gegenüber dem Dritten zu strengstem Stillschweigen verpflichtet (RG act. I/5 Ziff. 3.10). Dass ein Verweigerungsrecht i.S.v. Art. 163 ZPO anwendbar wäre, machten sie dabei jedoch nicht geltend. Ebenso stellten sie keinen Antrag auf Anordnung von Schutzmassnahmen, die bei der Beweisabnahme zur Wahrung schutzwürdiger Interessen möglich wären (vgl. Art. 156 ZPO). Das Verhalten der Berufungsbeklagten erscheint daher insgesamt als unberechtigtes Vorenthalten von Informationen und Beweismitteln, was entsprechend zu ihren Ungunsten zu würdigen ist.

E. 7.7.2

Hinzu kommt, dass das prozessuale Verhalten der Berufungsbeklagten in dieser Frage auch sonst nicht schlüssig ist. In der Klageantwort bestritten die Berufungsbeklagten die behaupteten Beteiligungsverhältnisse pauschal (vgl. oben E. 7.2.1), liessen aber noch gänzlich unerwähnt, dass der Berufungsbeklagte 1 seine Anteile angeblich bereits veräussert hatte. Insbesondere zur Behauptung der Berufungsklägerin, dass das Gemälde seit der Begründung des Miteigentums im Jahr 1996 mit Ausnahme der Anteile von B. _____ nicht verkauft worden sei (RG act. I/1 Ziff. 9), hatten sie "keine Bemerkungen"

(RG act. I/3 Ziff. 2.3). Weiter hinten in der Klageantwort führten sie sodann explizit aus, "die Beklagten" würden darüber entscheiden, ob sie von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machten, sobald sie vom Inhalt des Kaufvertrags vom 23. März 2017 Kenntnis erhalten hätten (RG act. I/3 Ziff. 2.10). Bezüglich des Zeitpunkts der Aufhebung äusserten sie sich da-

23 / 26 hin, dass die Versteigerung des Gemäldes im aktuellen Zeitpunkt "bei den Beklagten" aller Voraussicht nach praktisch zu einem Totalverlust führen würde (RG act. I.3 Ziff. 3.2 S. 9). Dass zu den "Beklagten" bzw. den Miteigentümern nur die Berufungsbeklagten 2 und 3 gehören würden, nicht aber der Berufungsbeklagte 1, ist an diesen Stellen jeweils nicht erkennbar. In ihrer Klageantwort zählten die Berufungsbeklagten den Berufungsbeklagten 1 mithin noch vorbehaltlos zum Kreis der Miteigentümer. Erst in der Duplik stellten sie sich plötzlich auf den Standpunkt, der Berufungsbeklagte 1 habe seine Anteile "vor einigen Jahren" bzw. "vor vielen Jahren" veräussert (RG act. I.5 Ziff. 3.10). Weshalb sie erst bei zweiter Gelegenheit diese entscheidende Tatsache vorbrachten, lässt sich der Duplik wiederum nicht entnehmen. Auch dieser Umstand ist bei der Beweiswürdigung zu Ungunsten der Berufungsbeklagten zu berücksichtigen.

E. 7.8

Würdigt man den Beteiligungsvertrag vom 24. Februar 1998 zusammen mit dem Prozessverhalten der Berufungsbeklagten, so bleiben erhebliche Zweifel an der Sachdarstellung bestehen, wonach der Berufungsbeklagte 1 seine Anteile bereits vor Jahren auf einen Dritten übertragen hätte. Diese Zweifel wiegen zu schwer, als dass sie durch eine Parteibefragung oder eine Beweisaussage des Berufungsbeklagten 1 ausgeräumt werden könnten, zumal den Aussagen des Berufungsbeklagten 1 aufgrund der Eigeninteressen, welche er am Ausgang des vorliegenden Prozesses hat, ohnehin nur geringe Beweiskraft zukäme. Auf eine Parteibefragung oder Beweisaussage des Berufungsbeklagten 1 ist daher in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten. Der Hauptbeweis für die Veräusserung der Anteile vom Berufungsbeklagten 1 auf einen unbekanntem Dritten gelingt den Berufungsbeklagten selbst dann, wenn der Berufungsbeklagte 1 diese Veräusserung vor Gericht bestätigen würde, nicht. Damit bleibt es bei der Vermutung, dass der Berufungsbeklagte 1 nach wie vor Miteigentümer des Gemäldes ist. Seine Passivlegitimation ist entgegen der Vorinstanz zu bejahen. An diesem Ergebnis ändert die Vollmacht vom 19. Juni 2002 im Übrigen nichts. Die Berufungsbeklagten 1 und 3 machen in der Berufungsantwort geltend, die Vollmacht vom 19. Juni 2002 würde die erfolgte Veräusserung belegen (act. A.2 Ziff. 4.2b). Dabei handelt es sich um ein unzulässiges Novum (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsbeklagten reichten die Vollmacht vom 19. Juni 2002 zwar bereits vor erster Instanz ein, dort allerdings erst mit Eingabe vom 11. Februar 2011 und damit nach Aktenschluss, ohne aufzuzeigen, weshalb es ihnen nicht möglich und zumutbar war, dies in einem früheren Prozessstadium zu tun (vgl. RG act. VIII/1/1.5). Bereits im erstinstanzlichen Verfahren erfolgte der Beweisantrag demnach zu spät (vgl. Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Auch die Vollmacht vom 19. Juni 2002 vermag somit die Passivlegitimation des Berufungsbeklagten 1 nicht umzustossen.

24 / 26

E. 8

Fazit Zusammengefasst sind die Rügen der Berufungsklägerin begründet, womit das vorinstanzliche Urteil aufzuheben ist. Im Falle einer Gutheissung des Rechtsmittels kann

gemäss Art. 318 Abs. 1 ZPO die Rechtsmittelinstanz neu entscheiden (lit. b) oder die Sache an die erste Instanz zurückweisen (lit. c), wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Ziff. 1), oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Ziff. 2). Im erstinstanzlichen Verfahren war eine Reihe weiterer Fragen umstritten, so namentlich die Wirksamkeit des Kaufvertrages zwischen der I. _____ AG und H. _____ vom 23. März 2017, das Bestehen eines gesetzlichen Vorkaufsrechts und die Aufhebung des Miteigentums zur Unzeit. Auf diese weiteren Fragen ging die Vorinstanz in ihrem Entscheid nicht näher ein, womit sie einen wesentlichen Teil der Klage offenliess. Es rechtfertigt sich daher, die Sache an die erste Instanz zur Prüfung und Entscheidung der weiteren Fragen zurückzuweisen.

E. 9

Anschlussberufung Die Anschlussberufung der Berufungsbeklagten 1 und 3 bezieht sich auf die Höhe der ihnen von der Vorinstanz zugesprochenen Parteientschädigung (act. A.2 Ziff. 9). Nachdem der erstinstanzliche Entscheid vollumfänglich aufgehoben und die Sache an die erste Instanz zu neuer Entscheidung zurückgewiesen wird, der Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens mithin wieder offen ist, erübrigt sich eine Beurteilung der von der Vorinstanz den Berufungsbeklagten zugesprochenen Parteientschädigung. Die Anschlussberufung ist zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Die Vorinstanz wird die Prozesskosten neu regeln müssen (Art. 104 Abs. 1 ZPO).

E. 10

Kosten des Berufungsverfahrens Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Von dieser Möglichkeit wird vorliegend Gebrauch gemacht. Die Entscheidungsbüchlein des Berufungsverfahrens ist angesichts des verursachten Aufwands, der Komplexität der Sache und des Streitinteresses auf CHF 10'000.00 festzusetzen (vgl. Art. 15 Abs. 2 EGzZPO i.V.m. Art. 9 VGZ). Es wird Vormerk davon genommen, dass die Berufungsklägerin einen Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 10'000.00 geleistet hat (act. D.1). Im Zusammenhang mit der Anschlussberufung

25 / 26 fung werden umständehalber keine Gerichtskosten erhoben. Der von den Berufungsbeklagten 1 und 3 für die Anschlussberufung geleistete Kostenvorschuss von CHF 2'000.00 wird ihnen durch das Kantonsgericht erstattet.

26 / 26

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.