

In dem zwischen Sessler und Fritz Frischknecht anhängigen Rechtsstreit hatte der Kläger Sessler der Firma L. & F. Frischknecht, sowie den Teilhaberinnen Lilly und Fanny Frischknecht persönlich den Streit verkündet. Die Litisdennunziatinnen lehnten jedoch die Streitverkündung des Klägers ab und erklärten, sich auf Seiten des Beklagten als Nebenintervenientinnen am Prozess zu beteiligen. Das Handelsgericht Zürich fällte ein Urteil, das im Wesentlichen zu Ungunsten des Beklagten lautete. Hiegegen ergriffen sowohl der Beklagte, wie die Nebenintervenientinnen die Berufung an das Bundesgericht. In der Folge stellten die Nebenintervenientinnen das Begehren um Zulassung zum Prozess als Hauptintervenientinnen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

In Art. 85 OG, der diejenigen Bestimmungen des BZP aufzählt, welche auf das Berufungsverfahren Anwendung finden, ist der von der Hauptintervention handelnde Art. 17 BZP nicht erwähnt. Hieraus ist zu folgern, dass das Institut der Hauptintervention dem Berufungsverfahren nicht bekannt ist. Dies ist ohne weiteres verständlich, wenn man das Wesen der Hauptintervention in Betracht zieht: Der Hauptintervenient behauptet, ein besseres, die beiden Parteien des ursprünglichen Prozesses ausschliessendes Recht am Streitgegenstand zu besitzen. Er muss also im Hauptinterventionsverfahren, das im Grunde einen völlig neuen Prozess zwischen ihm als Kläger und den Parteien des ursprünglichen Prozesses als Beklagten darstellt, notwendigerweise neue tatsächliche Behauptungen, neue Begehren und Einreden vorbringen; dies ist aber nach Art. 80 OG unzulässig.

Demnach beschliesst das Bundesgericht :

Das Begehren der Nebenintervenientinnen um Zulassung zum Prozess als Hauptintervenientinnen wird abgewiesen.

Vgl. auch Nr. 27. — Voir aussi n° 27.

I. EINLEITUNG ZUM ZGB.

TITRE PRÉLIMINAIRE DU CC.

32. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Oktober 1940 i. S. A. Schwab u. Kons. gegen Bürgli.

Beweislastverteilung, Art. 8 ZGB. Die Vorschrift ist nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB zu handhaben. Obliegt einer Partei der regelmässig schwierige Beweis für das Nichtvorhandensein einer Tatsache, so hat daher die andere Partei durch Gegenbeweis zur Abklärung des Sachverhaltes beizutragen.

Répartition du fardeau de la preuve, art. 8 CC. Cette disposition s'applique selon les règles de la bonne foi, conformément à l'art. 2 CC. Lorsque l'une des parties doit prouver l'inexistence d'un fait, ce qui est souvent difficile, l'autre doit prendre une part active à la procédure probatoire en rapportant elle-même la preuve de ce fait.

Ripartizione dell'onere della prova, art. 8 CC. Questo disposto si applica secondo la buona fede, conformemente all'art. 2 CC. Allorchè ad una delle parti incombe la prova talora assai difficile dell'inesistenza di un fatto, la controparte deve contribuire a chiarire il fattispecie fornendo la prova del contrario.

A. — Im Jahre 1938 schickten sich die drei Kläger Schwab an, das landwirtschaftliche Heimwesen « Furtmühle » in Stammheim um Fr. 144,000.— käuflich zu erwerben. Sie übergaben zu diesem Zwecke dem Beklagten, der ihnen seine Dienste als Vermittler zur Verfügung gestellt hatte u. a. drei Depositenhefte. Der Beklagte hob daraus insgesamt Fr. 9000.— ab.

Am 7. Oktober 1938 fand die Verschreibung des Liegenschaftskaufes im Bureau des Notars statt. Die Kläger hatten eine Kaufpreisrestanz von Fr. 3708.70 bar zu bezahlen. Der Beklagte behauptet, zu diesem Zwecke habe er von den abgehobenen Fr. 9000.— einen Betrag von Fr. 4000.— auf den Tisch gelegt.

Die Kläger bestreiten das und behaupten die Anzahlung von rund Fr. 4000 sei von Cäsar Schwab aus eigenen Mitteln geleistet worden.

B. — Die erste kantonale Instanz, das Bezirksgericht Zürich, hat die Klage am 28. Juni 1939 gutgeheissen und den Beklagten demgemäss zur Rückerstattung des umstrittenen Betrages nebst Zins verurteilt. Die Begründung ging dahin, der Beklagte habe nicht beweisen können, dass er die Fr. 4000.— für die Kläger verwendet habe.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat auf Appellation des Beklagten am 11. Mai 1940 die Klage abgewiesen, weil nach seinem Dafürhalten dem Beklagten wenigstens ein indirekter Beweis für die von ihm behauptete Darstellung gelungen sei. Als Indiz wird dabei u. a. der Umstand verwendet, dass die klägerische Behauptung, es hätten dem Cäsar Schwab am 5. Oktober 1938 die Mittel für die Anzahlung der Fr. 4000 zur Verfügung gestanden, nicht habe belegt werden können.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Die Berufung stützt sich auf eine angebliche Verletzung des Art. 8 ZGB.

Der Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Unzweifelhaft hat dem Grundsatz nach der Beklagte zu beweisen, dass die Fr. 4000 für die Kläger verwendet worden sind. Diesen Grundsatz hat die Vorinstanz aber nicht verletzt.

Nachdem die Vorinstanz nämlich in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht das Fehlen eines direkten Beweises festgestellt hat, geht sie dazu über zu prüfen, ob der Beklagte seiner Beweispflicht allenfalls vermittels eines Indizienbeweises Genüge zu leisten vermöge. In dieser Beziehung führt sie zunächst drei zu seinen Gunsten sprechende Indizien an und stellt fest, dass damit schon der Anfang eines Beweises geleistet sei. Dann fährt sie wörtlich fort :

« Angesichts dieser gegen die Sachdarstellung der
» Kläger sprechenden Indizien erscheint es angezeigt,
» eine *Beweiserhebung* darüber anzuordnen, ob Cäsar

» Schwab am 5. Oktober 1938 in der Lage gewesen
» sei, die für die Anzahlung nötigen Fr. 3708.— der
» Kasse zu entnehmen. Die Kläger wurden deshalb
» angehalten, das von Fr. Frieda Schwab... geführte
» 'Kassenbuch', und als sich dasselbe nur als ein
» Verzeichnis der Ausgaben herausstellte, eine Auf-
» stellung ihrer Einnahmen während der letzten zirka
» 5 Monate vor dem Kauf der 'Furtmühle' einzu-
» reichen. »

Und das Ergebnis der bezüglichen Beweiserhebungen fasst die Vorinstanz dann in den Satz zusammen :

« Nach dem Gesagten ist der dem Beklagten obliegen-
» de Beweis dafür, dass Cäsar Schwab der Kasse den
» für die Anzahlung der 'Furtmühle' nötigen Betrag
» nicht entnehmen konnte, als geleistet zu betrachten,
» da den Klägern der Gegenbeweis dafür, dass die in
» dem entscheidenden Zeitraum erzielten Einnahmen
» gegenüber den festgestellten Ausgaben für das Vor-
» handensein einer Barschaft in der Höhe der Kaufrest-
» zahlung hinreichten, nicht gelang. »

Darin erblicken die Kläger eine mit Art. 8 ZGB unvereinbare Umkehrung der Beweislast; allein zu Unrecht.

Auch die Norm des Art. 8 ZGB, wonach derjenige, der eine Tatsache behauptet, sie zu beweisen hat, muss gemäss Art. 2 ZGB nach Treu und Glauben im Verkehr gehandhabt werden. Theorie und Praxis haben deshalb längst angenommen, dass dort, wo einer Partei nach Art. 8 ZGB der — regelmässig äusserst schwierige, wenn nicht unmögliche — Beweis des Nichtvorhandensein einer Tatsache obliegt, die Gegenpartei nach Treu und Glauben gehalten ist, ihrerseits durch Gegenbeweis zur Abklärung der Verhältnisse beizutragen (vgl. BGE 40 II 630; 65 III 137; EGGER, Komm., Nr. 14 zu Art. 8; GAUTSCHI, Beweislast und Beweiswürdigung, S. 102; KUHN, Die Beweislast, S. 56). Damit steht es dann selbstverständlich auch im Einklang, wenn das gänzliche Misslingen dieses

Gegenbeweises als Indiz für die Richtigkeit der Darstellung der grundsätzlich beweispflichtigen Partei gewertet wird, die eine negative Tatsache hätte beweisen sollen. Auch im vorliegenden Falle war es daher durchaus angemessen, wenn den Klägern zugemutet wurde, Anhaltspunkte inbezug auf die Herkunft des Geldes zu beschaffen, mit dem Cäsar Schwab die Anzahlung von rund Fr. 4000 gemacht haben will.

Von einer Verletzung des Art. 8 ZGB kann daher nicht die Rede sein.

(2. u. 3. ...)

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 11. Mai 1940 bestätigt.

II. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

Vgl. Nr. 40. — Voir n° 40.

III. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

33. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. November 1940

i. S. Jenny gegen Rosenthal, Erben.

Der *Willensvollstrecker* untersteht der Aufsicht der zuständigen Behörde und kann von dieser wegen Unfähigkeit oder Pflichtverletzung abgesetzt werden.
Art. 518 und 595 Abs. 3 ZGB.

L'exécuteur testamentaire est soumis à la surveillance de l'autorité compétente et peut être destitué par celle-ci pour incapacité ou violation des devoirs de sa charge.
Art. 518 et 595 al. 3 CC.

L'esecutore testamentario è sottoposto alla vigilanza dell'autorità competente che può destituirlo per incapacità o violazione dei suoi doveri.

Art. 518 e 595 cp. 3 CC.

Der am 1. März 1937 gestorbene Robert Rosenthal-Spiegel in Basel hatte mit letztwilliger Verfügung vom 24. Februar 1935 Otto Jenny mit der Vollstreckung seines Willens beauftragt. Jenny nahm den Auftrag an, wurde aber auf Beschwerde der eingesetzten Erben — der Witwe und der beiden Brüder des Erblassers — von der Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt Basel-Stadt am 7. Dezember 1939 « seines Amtes als Willensvollstrecker entsetzt », weil er sich pflichtwidrig verhalten habe. Der Rekurs des Beschwerdebeklagten an den Appellationsgerichts-ausschuss wurde am 31. Mai 1940 abgewiesen. Gegen den Rekursentscheid hat Jenny staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht erhoben mit der Begründung, ein Willensvollstrecker könne nicht im Verwaltungsverfahren, wie es geschehen ist, sondern nur auf dem ordentlichen Zivilprozessweg abberufen werden ; ausserdem fehle es an einem Grund zur Absetzung.

Soweit sie die Zuständigkeitsfrage betrifft, ist die Beschwerde am 17. September 1940 als zivilrechtliche der II. Zivilabteilung überwiesen worden. Die Erben haben Nichteintreten auf die Beschwerde, eventuell deren Abweisung beantragt. Einer der Erben, Richard Rosenthal, hat mit Schreiben vom 12. November 1940 für seine Person die gegen Jenny als Willensvollstrecker erhobenen Vorwürfe widerrufen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Als Gerichtsstandsbestimmungen im Sinne von Art. 87 Ziff. 3 OG gelten nicht nur Normen betreffend die örtliche, sondern auch solche betreffend die sachliche Zuständigkeit (BGE 56 II 3, 64 III 123). Im übrigen beruft sich der Beschwerdeführer auf Bundesrecht ; auch liegt unzweifelhaft eine Zivilsache vor und sind Frist und