

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 ep. 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 Appellationsgerichtsausschuss 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

Form des Art. 90 OG eingehalten. Die Beschwerde kann daher als zivilrechtliche an die Hand genommen werden, obwohl sie nicht als solche bezeichnet ist.

2. — Ob und in welchem Verfahren ein Willensvollstrecker in seiner Tätigkeit eingestellt werden könne, ist im ZGB nicht bestimmt. Indessen unterstellt Art. 518 in Verbindung mit Art. 595 Abs. 3 ZGB den Willensvollstrecker ebenso wie den Erbschaftsverwalter der Aufsicht der « zuständigen Behörde », welche jeder Kanton samt dem vor ihr zu beobachtenden Verfahren zu bestimmen hat (Art. 54 des Schlusstitels des ZGB). Bei der betreffenden Behörde können sich die Erben — jeder einzelne Erbe — wegen bereits getroffener oder auch erst beabsichtigter Massregeln beschweren, worauf die Behörde — übrigens unter Umständen auch von Amtes wegen — die gebotenen Anordnungen zu treffen hat. Zu der Aufsichtsgewalt gehört nach zutreffender herrschender Lehre die Befugnis, einen unfähigen oder pflichtvergessenen Erbschaftsverwalter oder Willensvollstrecker abzusetzen, d. h. in seiner Tätigkeit einzustellen. Für den Erbschaftsverwalter ergibt sich dies schon als Gegenstück zur behördlichen Ernennung. Der Willensvollstrecker ist allerdings vom Erblasser beauftragt; allein auch er kann nach dem Gesetz nur unter Vorbehalt der behördlichen Aufsicht amten, und den am Nachlass materiell Berechtigten kann nicht zugemutet werden, einen der Aufgabe nicht gewachsenen oder sich ihr nicht gehörig widmenden Willensvollstrecker in seinem Amte zu belassen. Der Willensvollstrecker hat den Erblasser nicht etwa in dem Sinne zu vertreten, dass er über das nachgelassene Vermögen so verfügen könnte, wie es dem Erblasser selbst zu seinen Lebzeiten zugestanden hatte. Er hat vielmehr nur die letztwilligen Verfügungen zu vollziehen und mit der Erbschaft so zu verfahren, wie es den Rechten der materiell Beteiligten entspricht (BGE 48 II 308). Er selbst hat nur ein sogenanntes Verwaltungsrecht, d. h. ein sekundäres Recht (v. TUHR OR S. 22), während

die Vermögensrechte, die den Nachlass ausmachen, wie Eigentum, beschränkte dingliche Rechte an Sachen Anderer, Forderungsrechte usw. auf die Erben übergegangen sind. Somit bedeutet die Absetzung eines Willensvollstreckers nicht die Aberkennung eines ihm zustehenden Vermögensrechtes, sondern bloss die Aufhebung einer ihm aufgetragenen Verwaltungsbefugnis. Hiefür das Verfahren eines Zivilprozesses vorzusehen, besteht keine Veranlassung. Die Einstellung eines Willensvollstreckers in seiner Tätigkeit ist vielmehr eine Ordnungsmassnahme kraft Aufsichtsrechts der Behörde, anders als die Anfechtung der Einsetzung des Willensvollstreckers wegen Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung oder wegen Überschreitung der Verfügungsbefugnis des Erblassers (BGE 44 II 107, 51 II 55 Erw. 4 und 5).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Soweit die Beschwerde als zivilrechtliche zu betrachten ist, wird sie abgewiesen.

IV. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. September 1940
i. S. Spar- und Leihkasse Huttwil A.-G. gegen Schürch-Müller,
Eheleute.

Ein *Schuldbrief* oder eine *Gült* kann im Grundbuch gelöscht und neu eingetragen werden :

- zwecks Aufhebung des bisherigen und Begründung eines neuen Schuldverhältnisses (Novation)
- oder einfach zwecks neuer Darstellung des im bisherigen Pfandtitel verkörperten Schuldverhältnisses : insbesondere berichtigungshalber (Art. 977 Abs. 2 ZGB) oder zur Erzielung besserer Übersicht, etwa wegen inhaltlicher Änderungen gemäss Art. 874 ZGB.

Ob das eine oder das andere zutreffe, bestimmt sich nach Sinn und Tragweite der rechtsgeschäftlichen Verfügung oder