

# ZH\_OBERGERICHT LB150072 vom 23. September 2016

ZH Obergericht, 2016-09-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB150072](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB150072)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB150072 du 23 septembre 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LB150072 del 23 settembre 2016

## Erwägungen

### E. 9

März 2016 (Urk. 337). Mit Eingabe vom 25. April 2016 haben die Beklagten von ihrem Replikrecht Gebrauch gemacht (Urk. 343). Ein Doppel dieser Eingabe wurde der Klägerin zur Kenntnis gebracht. Mit Eingabe vom 9. August 2016 reichte die Klägerin ein Urteil des Einzelrichters Audienz vom 5. Juli 2016 betreffend Ar-

- 5 - rest einsprache zu den Akten, welches zwischen der Klägerin und dem Beklagten ergangen war (Urk. 346 f.). Kopien von dieser Eingabe wurden den Beklagten zugestellt. III. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 8. Oktober 2015 und wurde den Parteien am 30. Oktober 2015 zugestellt (Urk. 323-325). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden. Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln stellen, wird zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidfällung geltenden Normen richtig angewendet hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Suter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift

- 6 - weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der

Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11; BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2).

IV. 1. Die Klägerin stützte den eingeklagten Anspruch auf zwei angebliche Schuldanerkenntnisse D.\_\_\_\_s, eine vom 24. Mai 1994 und eine zweite vom 1. November 1999. Diesen Schuldanerkenntnissen lag nach Darstellung der Klägerin ein Darlehen zugrunde, indem sie „über Jahre hinweg ... dem Beklagten

- 7 - [D.\_\_\_\_] regelmässig substantielle Geldbeträge zur Verfügung gestellt“ habe (Urk. 1 S. 3; Urk. 61 S. 13). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Klägerin eine echte Schuldanerkennung D.\_\_\_\_s vorgelegt habe, weshalb die Beklagten der Klägerin den eingeklagten Betrag schuldeten, zumal sie nicht behauptet und bewiesen hätten, ihr trotz Schuldbekanntnis nichts zu schulden (Urk. 329 S. 47 f.). 2. Es ist zunächst zu prüfen, ob den im Recht liegenden Erklärungen D.\_\_\_\_s die Bedeutung einer Schuldanerkennung zukommt. a) Die beiden Erklärungen haben folgenden Wortlaut (Urk. 90/A bzw. 90/H): „Zürich 24 mai 1994 Par la présente je, soussigné D.\_\_\_\_ (31-12-15), certifie avoir reçu de Madame C.\_\_\_\_ (8-7-41) la somme de 34,500,000 FB soit trentequatre million cinq cent mille francs belges pour les investir et les gérer en son nom. Lu approuvé et signé en toute connaissance de choses [Unterschrift D.\_\_\_\_]“ sowie „Tel Aviv, 1. November 1999 Liebe Kinder, Wenn ich sterbe bitte ich Euch ohno irgendwelche Swierigkeiten Frau C.\_\_\_\_ die Summe von BEF 34.500.000 (vierunddreissig million funfhunderttausend belgische Franken) auszuhandigen. Diese Summe ist in Bargeld und/oder Obligationen zu übergeben. Ich habe eine Empfangsbescheinigung unterschrieben die in ihrem Besitze ist.

- 8 - Ich verlasse mich darauf dass alles korrekt geregelt wird. [Unterschrift D.\_\_\_\_]“ b) Die Vorinstanz erwog, die Klägerin stütze ihren Anspruch insbesondere auf die Erklärung vom 24. Mai 1994. Zu diesem Zeitpunkt habe D.\_\_\_\_ seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Belgien gehabt. Nach Art. 117 IPRG sei daher belgisches Recht anwendbar. Die Ausstellung der Urkunde sei in Zürich erfolgt. Die Formgültigkeit sei damit zu bejahen, wenn sie sich aus dem belgischen oder aus dem schweizerischen Recht ergebe (Art. 124 Abs. 1 IPRG; Urk. 329 S. 26 f.). Diesen zutreffenden Ausführungen zum anwendbaren Recht ist nichts beizufügen; sie werden denn auch im Berufungsverfahren, soweit ersichtlich, nicht beanstandet. In der Folge kam die Vorinstanz zum Schluss, dass mit der Erklärung vom 24. Mai 1994 ein Schuldbekanntnis vorliege. Dieses könne nach belgischem

wie nach schweizerischem Recht kausal – wenn der Verpflichtungsgrund genannt werde oder aus den Umständen ersichtlich sei – oder abstrakt – ohne Nennung des Verpflichtungsgrundes – sein. Ob ein Schuldbekenntnis vorliege, sei durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln. In der Erklärung werde festgehalten, eine Summe von FB 34'500'000 erhalten zu haben. Eine solche Erklärung dürfe und müsse nach Treu und Glauben so verstanden werden, dass (auch) eine Rückzahlungspflicht anerkannt werde. Eine Schenkung liege offensichtlich nicht vor, und sowohl bei einem Darlehen wie auch bei einem Auftrag oder auftragsähnlichen Vertrag (insbesondere einem Auftrag, das überlassene Vermögen für die Auftraggeberin zu investieren und zu verwalten) wäre – unter dem Vorbehalt einer korrekten Abrechnung über Aufwendungen, Verluste etc. – der dem Beauftragten übergebene Betrag diesem [recte: der Auftraggeberin] zurückzuerstatten (Urk. 329 S. 27 ff.). c) Die Beklagten sind der Auffassung, dass die Erklärung vom 24. Mai 1994 weder nach belgischem noch nach schweizerischem Recht eine Schuldanerkenntnis darstelle. Ein tatsächlicher übereinstimmender Wille der Parteien könne nicht festgestellt werden, hätten doch die Beklagten die klägerische Auffassung,

- 9 - es handle sich um eine Schuldanerkennung, stets bestritten. Der Text selber sei weder mehrdeutig noch lückenhaft. In seiner Kürze stelle er eine Bestätigung dar, einen Betrag von der Klägerin empfangen zu haben, um ihn in deren Namen zu investieren und zu verwalten. Mehr sage der Text nicht aus, und es bestünden keine Anzeichen dafür, dass er mehr sagen wolle, also Lücken enthalte. Im Zweifelsfall sei die Auslegung zulasten der Verfassers, also der Klägerin, vorzunehmen (Art. 1162 des belgischen Code Civil [CC]). Nach Art. 1326 CC seien Schuldanerkennungen von Privaten nur formgültig, wenn sie das von Hand geschriebene Wort „bon“ oder „approuvé“, gefolgt von der anerkannten Summe, enthielten, was vorliegend nicht der Fall sei. Weiter sei erforderlich, dass ein Verpflichtungsgrund (causa) tatsächlich bestehe, wenn er auch nicht aufgeführt werden müsse (Art. 1131 f. CC). Die causa bestehe darin, dass D.\_\_\_\_\_ den übergebenen Betrag im Namen der Klägerin hätte investieren sollen. Dies habe aber die Klägerin vor Vorinstanz nie behauptet, sondern vielmehr geltend gemacht, Grund der Schuldanerkennung sei ein Darlehen gewesen und D.\_\_\_\_\_ habe das Geld mit seinem eigenen vermischt und in seinem eigenen Namen investiert. Die in der Erklärung angegebene causa sei daher inkorrekt und die angebliche Schuldanerkennung nach belgischem Recht ungültig und wirkungslos (unter Hinweis auf ein Urteil des Appellationsgerichts Mons vom 25. März 2003, Urk. 332/4). Eine Zahlungsverpflichtung lasse sich aus der Erklärung auch dann nicht herleiten, wenn man sie als blosser Empfangsbestätigung im Sinne einer Quittung interpretieren würde. Dabei handle es sich um eine reine Beweisurkunde, deren Beurteilung sich nach dem anwendbaren Prozessrecht, also Schweizer Recht richte. Eine Quittung sei eine blosser Bestätigung, dass eine bestimmte Summe bezahlt worden sei, nicht aber die Anerkennung, diesen Betrag zu schulden. Damit die Quittung Beweisfunktion für eine Leistung habe, müsse sie durch mindestens mitteilbare Angabe des Rechtsgrundes die Individualisierung der vom Schuldner erbrachten Leistung ermöglichen (unter Hinweis auf BGer 4A\_426/2013 vom 27. Januar 2014, E. 3.5.2). Wer einer solchen Urkunde in einem Prozess Beweisfunktion zusprechen wolle, müsse sich im Verfahren auf diesen Rechtsgrund berufen. Indessen weise die Erklärung auf einen Investitionsvertrag hin, während die Klägerin wiederholt ein Darlehen geltend gemacht habe. Daher taue die Erklärung

- 10 - weder als Beweis für den Erhalt der Summe noch als Nachweis für Bestand, Höhe und Fälligkeit einer Schuldverpflichtung der Beklagten (Urk. 328 S. 39 ff.). Nach

klägerischer Darstellung sind Verträge und Erklärungen im belgischen Recht nach ähnlichen Grundsätzen wie im schweizerischen Recht auszulegen. In erster Linie sei auf den übereinstimmenden Willen der Parteien abzustellen. Sekundär erfolge die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, d.h. es sei im Rahmen einer ganzheitlichen Auslegung zu ermitteln, wie eine Erklärung in guten Treuen zu verstehen sei. Art. 1156 CC bestimme, dass in den Vereinbarungen eher der gemeinsamen Absicht der vertragsschliessenden Parteien als dem Buchstaben nachgegangen werden müsse. Schaut man sich die Erklärung vom 24. Mai 1994 an, so stehe ausser Frage, dass die Klägerin D.\_\_\_\_\_ BEF 34'500'000 zur Verfügung gestellt habe, damit dieser das Geld investiere und verwalte. Nach Auffassung der Klägerin habe er das Geld mit seinem vermischen und so seine üblichen Investments erhöhen können. Die Klägerin verstehe dies als Darlehen. So habe es auch D.\_\_\_\_\_ verstanden, der sich schliesslich jahrelang genau danach gerichtet habe. Nicht umsonst habe er am 1. November 1999 geschrieben, diese Summe sei in Bargeld und/oder Obligationen zu übergeben. Offensichtlich habe er das Geld mit seinem eigenen vermischen. Zwischen ihm und der Klägerin habe eine gemeinsame Absicht bestanden, nämlich dass D.\_\_\_\_\_ das von der Klägerin erhaltene Geld in seinem Namen verwalten würde, und entsprechend hätten sie sich auch jahrelang verhalten. Das Gericht sei nach belgischem Recht ermächtigt und gehalten, die Urkunde unter Berücksichtigung aller zur Verfügung stehenden Informationen im Einzelfall zu interpretieren. Spätestens die Erklärung vom 1. November 1999 beseitige die letzten Zweifel, dass eine Rückzahlungsverpflichtung betreffend die empfangene Summe bestehe. Diese Erklärung sei nach Art. 1356 CC für das Gericht verbindlich. Nach belgischem Recht sei das Schuldbekenntnis nicht empfangsbedürftig und daher auch gültig, wenn es an die Kinder gerichtet sei, jedoch an die Klägerin zugestellt worden sei. Weiter verweist die Klägerin auf Art. 1157 CC, wonach eine doppelsinnige Klausel eher in dem Sinne zu verstehen sei, in dem sie eine Wirkung haben könne, als in dem Sinne, in dem sie keine Wirkung hätte. Die Interpretation der Erklärung vom 24. Mai 1994 durch die Beklagten laufe darauf hinaus, dass sie keine Wirkung habe, was demnach nicht zu-

- 11 - lässig sei. Die Formvoraussetzungen (nach belgischem Recht) spielten keine Rolle, da nach dem schweizerischen Recht – dem Recht des Abschlussortes – das Schuldbekenntnis formlos gültig sei (Urk. 337 S. 27 ff.). d) Art. 1326 CC lautet wie folgt: „Ein privatschriftlicher Schuldschein oder ein privatschriftliches Versprechen, mit denen eine Partei allein sich der anderen gegenüber verpflichtet, ihr eine Geldsumme oder eine bewertbare Sache zu zahlen, muss vom Unterzeichner vollständig handgeschrieben sein; oder zumindest muss der Unterzeichner, außer seiner Unterschrift, mit eigener Hand ein ‚gut‘ oder ‚genommenigt‘ geschrieben haben, wobei die Summe oder die Menge der Sache vollständig ausgeschrieben sein muss; ausgenommen in dem Fall, wo die Urkunde von Kaufleuten, Handwerkern, Ackersleuten, Weinbauern, Tagelöhnern und Dienstpersonal ausgestellt wird.“ (Belgisches Staatsblatt vom 3. November 2010 – inoffizielle Koordinierung in deutscher Sprache). Es handelt sich dabei um eine Beweisregel des belgischen Rechts für die Schuldanerkennung. Wird die Formvorschrift nicht eingehalten, kann der Beweis für die Schuldanerkennung mit weiteren Beweismitteln geführt werden, wenn das Geschriebene ein „commencement de preuve par écrit“ darstellt, indem es das Behauptete für wahrscheinlich macht (Wéry/Gobert/ Kerzmann, La preuve, in: Guide juridique de l'entreprise, 2ème édition, Bruxelles 2003, S. 56 Rz 940, m.w.H.; Urteil des Cour d'appel Bruxelles vom 21. November 2014, F-20141121-10, E. 4.2; Art. 1347 Abs. 2 CC). Ausländische Beweisformvorschriften sind von der lex fori nicht zu beachten (BSK

IPRG- Gabriel, Art. 124 N 6). Da das Schuldbekenntnis nach schweizerischem Recht formlos gültig ist (Art. 17 OR; BSK OR I-Schwenzer, Art. 17 N 3), kommt es auf Formvorschriften des belgischen Rechts nicht an. Die Schuldanerkennung ist nach belgischem Recht eine einseitige Willens- erklärung, worin der Schuldner anerkennt, einer andern Person eine Summe Geld zu schulden (Actualités du Droit Belge {<http://www.actualitesdroitbelge.be>}, „La reconnaissance de dette“, 22. Juni 2016). Entsprechend Art. 1156 CC hat das Gericht zunächst nach dem wirklichen Willen des Erklärenden zu forschen (Jean- François Germain, in: L’acte juridique unilateral et l’engagement par volonté unila- terale, in: Les Obligations – Commentaire Pratique, Bruxelles, Kluwer, 2004, p.

- 12 - II.2.3 Rz 4.12). Zwar macht die Klägerin geltend, beide Parteien hätten die Über- gabe der BEF 34’500’000 als Darlehen verstanden, doch betrifft dies die causa einer allfälligen Schuldanerkennung; deren Rechtsgrund ist umstritten, und die Klägerin rügt nicht, die Vorinstanz hätte darüber ein Beweisverfahren führen müs- sen, was mangels gehöriger Substantiierung auch nicht geboten war. Die Erklä- rung vom 24. Mai 1994 ist daher auszulegen, wobei die Bestim- mungen zur Aus- legung von Vereinbarungen (Art. 1156 ff. CC) heranzuziehen sind (Germain, a.a.O., Rz 4.9). Diese Auslegungsregeln sind aber nur anzuwenden, wenn der Wortlaut unklar ist (Urteil des Cours d’appel Liège vom 17. Januar 2012, F- 20120117-6). Bezüglich eines Rechtsverzichts als einseitiges Rechtsgeschäft hat der belgische Kassationshof gar entschieden, dass ein solcher Verzicht nur anzu- nehmen sei, wenn der Sachverhalt keine andere Auslegung zulasse (Urteil vom 24. Dezember 2009, F-20091224-3). Aus der Erklärung vom 24. Mai 1994 geht hervor, dass D.\_\_\_\_\_ bestätigt, von der Klägerin BEF 34’500’000 erhalten zu haben, um diese Summe zu inves- tieren und zu verwalten „en son nom“. Hinsichtlich des Empfangs des Geldes ist die Erklärung nach übereinstimmender Auffassung der Parteien klar und nicht auslegungsbedürftig (Urk. 328 S. 40; Urk. 337 S. 27). Die Parteien sind sich nicht einig, wie „en son nom“ zu verstehen sei, nämlich als Investition im Namen der Klägerin (so die Beklagten) oder von D.\_\_\_\_\_ (so die Klägerin). Rein grammatika- lisch bezieht sich „son nom“ auf die zuvor erwähnte Klägerin. Geht man von deren Darstellung in der Klagebegründung aus, so hatte sie das Geld zuvor über eine längere Zeitspanne in etlichen Tranchen und verschiedenen Währungen an D.\_\_\_\_\_ übergeben, welcher es mit seinem eigenen Geld vermischte und in sei- nem eigenen Namen investierte (Urk. 1 S. 3). Dann bezöge sich „son nom“ auf D.\_\_\_\_\_. Die Erklärung sagt nichts über eine Rückerstattungspflicht. Aus der blossen Tatsache, dass Geld übergeben wurde, ergibt sich eine solche nicht (Ur- teil des Cour d’appel Bruxelles vom 21. November 2014, F-20141121-10, E. 4.1). Sollte D.\_\_\_\_\_ das Geld für die Klägerin anlegen, so kann sich die Rückerstat- tungspflicht auf den übergebenen Betrag oder auf das Ergebnis der Investition beziehen; möglich wäre auch eine Herausgabepflicht hinsichtlich des Erworbe-

- 13 - nen. Isoliert betrachtet ergibt sich daher aus der Erklärung vom 24. Mai 1994 kein Anspruch der Klägerin gegen D.\_\_\_\_\_ auf Bezahlung von BEF 34’500’000. Bei der Auslegung sind auch ausserhalb der Erklärung liegende Umstände zu berücksichtigen (Urteil der Cour de cassation vom 6. Oktober 1997, F- 19971006-4). Aus der Erklärung vom 1. November 1999 ergibt sich ohne weiteres, dass D.\_\_\_\_\_ der Auffassung ist, der Klägerin BEF 334’500’000 zu schulden. Er weist darauf hin, eine Empfangsbescheinigung unterschrieben zu haben, die sich vernünftigerweise nur auf den auszubehaltenden Betrag beziehen kann. Den Empfang dieses Betrages hat er in der Erklärung vom 24. Mai 1994

bestätigt. Diese ist daher so auszulegen, dass D.\_\_\_\_\_ verpflichtet ist, der Klägerin den von ihr erhaltenen Betrag von BEF 34'500'000 zurückzugeben. Entsprechend bestätigte der Zeuge E.\_\_\_\_\_, dass er von der Klägerin gefragt worden sei, ob die Erklärung vom 24. Mai 1994 ausreiche, um ihre Forderung zu begründen, worauf er ihr riet, das Dokument mit einer Unterschrift beglaubigen zu lassen (Urk. 223 S. 4). Die Frage, ob es sich bei der Erklärung vom 1. November 1999 um eine – gemäss den Beklagten formungültige – letztwillige Verfügung handle (Urk. 328 S. 47 ff.), stellt sich nicht, da die Anspruchsgrundlage für die klägerische Forderung die Erklärung vom 24. Mai 1994 ist. Die Behauptung der Beklagten im Berufungsverfahren, durch die Erklärung vom 1. November 1999 würde eine allfällige Zahlungspflicht gestützt auf die Erklärung vom 24. Mai 1994 bis zum Tod D.\_\_\_\_\_'s gestundet (Urk. 328 S. 51 f.), ist neu – jedenfalls zeigen die Beklagten nicht auf, wo sie dies bereits vor Vorinstanz geltend gemacht haben – und damit unzulässig. Aus dem Urteil des Appellationsgerichts Mons vom 25. März 2003 (Urk. 332/4) ist für die vorliegende Streitsache entgegen der Auffassung der Beklagten nichts gewonnen (Urk. 328 S. 42). Das Appellationsgericht erachtete eine Schuldanererkennung für ungültig, weil sie als Verpflichtungsgrund die Ausführung verschiedener Arbeiten in einer Liegenschaft aufführte, während der Gläubiger vor Gericht einräumen musste, dass er keine Arbeiten ausgeführt habe, und neu vielmehr geltend machte, es habe sich um ein Darlehen gehandelt. Vorliegend hatte die Klägerin in der Klagebegründung ausgeführt, sie habe D.\_\_\_\_\_ regel-

- 14 - mässig substantielle Geldbeträge zur Verfügung gestellt, welche dieser für Geschäftstätigkeiten und Investitionen verwendet habe. D.\_\_\_\_\_ habe das Geld mit seinem eigenen vermischt und in seinem eigenen Namen investiert (Urk. 1 S. 3). Unter „Rechtliches“ berief sich die Klägerin dann auf die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts zum Darlehen (Urk. 1 S. 7). In der Replik hielt sie daran fest, dass sie das Geld im Sinne eines Darlehens und nicht im Rahmen eines Vermögensverwaltungsauftrags übergeben habe. Sie räumte aber ein, dass die Schuldanererkennung vom 24. Mai 1994 von juristischen Laien missverständlich formuliert worden sei (Urk. 61 S. 13). Entgegen dem vom Appellationsgericht Mons beurteilten Fall hat die Klägerin nicht zwei mit sich unvereinbare Lebenssachverhalte als Grund für die Schuldanererkennung geschildert bzw. eine causa behauptet, die eingestandenermassen der Schuldanererkennung nicht zugrunde lag. Es besteht daher kein Grund, auf die Ungültigkeit derselben zu schliessen. 3. a) Weil die Beklagten die Echtheit der Urkunden vom 24. Mai 1994 und vom 1. November 1999 bestritten haben, hat die Vorinstanz der Klägerin den Hauptbeweis auferlegt, dass diese beiden Erklärungen echt seien, d.h. von D.\_\_\_\_\_ stammten (Urk. 71 S. 2). Mit Beschluss vom 10. Juni 2011 sah sie dazu die Abnahme folgender Beweise (Haupt- und Gegenbeweismittel) vor (Urk. 85): Betreffend die Erklärung vom 24. Mai 1994: Die Parteibefragung der Klägerin und D.\_\_\_\_\_'s; die Einvernahme der Zeugen E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ und der nachmaligen Beklagten; die Urkunden act. 52/1, 52/2, 69/1, 69/2, 78/A-G sowie von D.\_\_\_\_\_ und den nachmaligen Beklagten zu edierende Urkunden aus den Jahren 1990- 2000, welche die Handschrift und/oder Signatur von D.\_\_\_\_\_ tragen; ein Gutachten. Betreffend die Erklärung vom 1. November 1999: Die Parteibefragung der Klägerin und D.\_\_\_\_\_'s; die Einvernahme der Zeugen F.\_\_\_\_\_ und der nachmaligen Beklagten; die Urkunden act. 52/1, 61/A/3, 69/1, 69/2, 78/A, 78/B, 78/G, 78/H sowie von D.\_\_\_\_\_ und den nachmaligen Beklagten zu edierende Urkunden aus den Jahren 1990-2000, welche die Handschrift und/oder Signatur von D.\_\_\_\_\_ tragen; ein Gutachten.

- 15 - Die Vorinstanz gab zwar ein Gutachten in Auftrag, doch konnte dieses mangels genügenden Vergleichsmaterials nicht durchgeführt werden (Urk. 99 und 142). In diesem Zusammenhang warf die Vorinstanz D.\_\_\_\_\_ vor, bloss fünf Urkunden aus der massgeblichen Zeitperiode und teilweise nur in Kopie eingereicht zu haben. Es sei nicht plausibel, dass das Einreichen der gewünschten Anzahl von 10 mit seiner Handschrift) bzw. 15 Urkunden (mit seiner Unterschrift) trotz „grösstmöglicher Anstrengungen“ – welche allerdings nicht genügend substantiiert worden seien – nicht möglich gewesen sei. Es sei deshalb in Anwendung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung davon auszugehen, dass seine Bemühungen, die geforderten Urkunden einzureichen, bewusst unterblieben seien. D.\_\_\_\_\_ habe sich entgehalten zu lassen, dass er die Erstellung eines Schriftgutachtens, welchem bei vorliegender Ausgangslage prozessentscheidende Bedeutung zugekommen sei, durch sein Handeln verhindert habe. Dies lasse keinen anderen Schluss zu, als dass er mit einem gegen seine Sachdarstellung und für diejenige der Klägerin sprechenden Ergebnis einer Schriftexpertise gerechnet habe. Deshalb sei es als erwiesen zu betrachten, dass er die Erklärungen vom 24. Mai 1994 und 1. November 1999 verfasst bzw. zumindest unterschrieben habe und jene somit echt seien (Urk. 329 S. 32 ff.). Auf das gleiche Beweisergebnis schloss die Vorinstanz aus den übrigen Beweisen, insbesondere der Beweisaussage der Klägerin (Urk. 329 S. 36 ff.). Die Vorinstanz erwog ferner, die Beklagten hätten den ihnen auferlegten Hauptbeweis, dass – im Falle einer von D.\_\_\_\_\_ gesetzten Blankettunterschrift bezüglich der beiden Erklärungen – die aus diesen Schriftstücken hervorgehenden Erklärungen nicht seinem Willen entsprochen haben, nicht erbringen können (Urk. 329 S. 43 ff.). b) Die Beklagten bestreiten, dass die Voraussetzungen einer Beweisvereitelung vorliegen. Sie und D.\_\_\_\_\_ hätten alle Urkunden, welche sie hätten verfügbar machen können, der Vorinstanz eingereicht. Es genüge nicht, wenn diese es als nicht plausibel erachte, dass nicht mehr Urkunden als die eingereichten vorhanden gewesen seien. Die Klägerin hätte behaupten und beweisen müssen, dass dem so gewesen sei. Es sei auch nicht plausibel, dass Originalurkunden aus

- 16 - einem zehn bis zwanzig Jahre zurückliegenden Zeitraum im erforderlichen Umfang im Besitz der Beklagten bzw. von D.\_\_\_\_\_ hätten vorhanden sein sollen (Urk. 328 S. 13 ff.). Ob der Tatbestand einer Beweisvereitelung gegeben ist, kann indessen offenbleiben, wie nachfolgend aufzuzeigen ist. c) Die Klägerin hatte schon in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vor Vorinstanz geltend gemacht, D.\_\_\_\_\_ habe in seiner eidesstattlichen Erklärung vom 1. November 2010 (Urk. 69/1-2) bestätigt, dass die Unterschriften auf den Erklärungen vom 24. Mai 1994 und vom 1. November 1999 von ihm stammten (Urk. 265 S. 30 und 32 f.). In der Berufungsantwort hält die Klägerin an diesem Standpunkt fest. D.\_\_\_\_\_ habe zwar seiner Bestätigung angefügt, dass er die Unterschriften blanko geleistet habe. Dies sei aber im Beweisverfahren zur Genüge widerlegt worden (Urk. 337 S. 5 und 8). Die Beklagten halten dafür, die Klägerin interpretiere die eidesstattliche Erklärung unrichtig und aus dem Zusammenhang gerissen. D.\_\_\_\_\_ habe die eidesstattliche Erklärung unterstützend zu den in der Duplik gemachten Ausführungen eingereicht, und die Erklärung müsse daher auch zusammen mit diesen Ausführungen in der Duplik gelesen werden. In der Duplik wie auch überhaupt durch das gesamte erstinstanzliche Verfahren habe D.\_\_\_\_\_ stets bestritten, die Erklärung vom 24. Mai 1994 unterzeichnet zu haben. Er habe stets lediglich für den Fall, dass sich die Unterschrift als die seine herausstellen sollte, vorgebracht, es müsse sich um eine Blankounterschrift handeln. In Ziffer 5 der eidesstattlichen Erklärung stehe ausdrücklich, er habe die Erklärung nicht unterzeichnet. Selbst wenn man auf die eidesstattliche Erklärung isoliert abstellte, müsste

man die Erklärung in ihrer Gesamtheit betrachten. D.\_\_\_\_\_ habe insbesondere ausgeführt, den von der Klägerin geforderten Betrag nie erhalten zu haben und ihr diesen nicht zu schulden. Bezüglich des Briefes vom 1. November 1999 habe er festgehalten, dass er ihn nicht geschrieben habe (Urk. 343 S. 3 f.). Bei der im Recht liegenden eidesstattlichen Erklärung von D.\_\_\_\_\_ handelt es sich um eine Erklärung, deren Authentizität vom israelischen Notar G.\_\_\_\_\_ bestätigt worden ist (Urk. 69/2 S. 1). Es handelt sich um eine Urkunde im Sinne der §§ 183 ff. ZPO/ZH, wobei ihre Beweiskraft beschränkt ist und sich nur auf die

- 17 - Identität der erklärenden Person und auf die Tatsache, dass sie vor der Urkundsperson die verkündete Wissensklärung abgegeben hat, erstreckt. Den Wahrheitsgehalt der Erklärung bescheinigt sie nicht, weil die Urkundsperson nicht in der Lage ist, diesen zu überprüfen. Daher beschränkt sich vorliegend der Beweiswert auf eine einfache schriftliche Erklärung (vgl. Fink, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 179, Zürich 2015, Rz 558 ff.; KUKO ZPO-Schmid, Art. 179 N 19). Die eidesstattliche Erklärung hat lediglich, aber immerhin die Bedeutung einer Parteiaussage im Sinne von § 149 ZPO/ZH (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 31. März 2009, abgedruckt in BLSchK 2010 S. 82 ff., E. II 5 c; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A, Zürich 1997, § 140 N 3a). Ob dies auch unter der schweizerischen Zivilprozessordnung Gültigkeit hat, kann dahingestellt bleiben. Eine Parteiaussage ist nicht einer Parteibehauptung gleichzusetzen. Parteibehauptungen dienen dazu, das Streitverhältnis im Hauptverfahren darzustellen (§ 113 ZPO/ZH). Die Parteiaussage ist demgegenüber ein Beweismittel, wobei Aussagen, welche zugunsten der befragten Partei lauten, keinen Beweis bilden (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH). In einer Parteiaussage kann eine Partei eine Tatsache anerkennen, die sie im Hauptverfahren bestritten hat. In seiner eidesstattlichen Erklärung deponierte D.\_\_\_\_\_ zunächst, von der Klägerin nie BEF 34'500'000 erhalten zu haben und ihr kein Geld zu schulden, insbesondere nicht EUR 855'232.66. Sodann erklärte er (Urk. 69/2 S. 3 f.): „5) Ich habe die Erklärung vom 24. Mai 1994 (Beilage 1) nicht unterzeichnet. Es handelt sich dabei um ein von mir blanko unterzeichnetes Dokument, auf welches die Erklärung nachträglich hinzugefügt wurde. Ferner würde ich eine solche Erklärung nie in Französisch schreiben. 6) Ich habe den Brief vom 1. November 1999 (Beilage 2) nicht geschrieben. Im Weiteren, ist es mir nicht möglich, korrekt Deutsch zu schreiben und gewöhnlich spreche [ ] ich mit meinen Kindern Hebräisch. ... 7) Mit Bezug auf die Erklärung vom 24. Mai 1994 (Beilage 1) und dem Brief vom 1. November 1999 (Beilage 2) erkläre ich, dass ich Frau C.\_\_\_\_\_ blanko unterzeichnete Dokumente sowie auch meine Identitätskarte überliess, damit sie in der

- 18 - Lage war, für mich geschäftliche Angelegenheiten zu erledigen. Ich halte ausdrücklich fest, dass ich die Erklärung vom 24. Mai 1994 (Beilage 1) nicht unterzeichnet habe, und dass ich den Brief vom 1. November 1999 (Beilage 2) nicht geschrieben habe.“ Diesen Erklärungen zufolge handelt es sich bei den Unterschriften auf den beiden Urkunden zwar um diejenige von D.\_\_\_\_\_, doch setzte er sie nicht unter bereits vorhandene Texte, sondern unterzeichnete vielmehr blanko. Dies muss auch für den Brief vom 1. November 1999 gelten, ansonsten es nicht einsehbar wäre, weshalb D.\_\_\_\_\_ (auch) in Bezug auf diesen Brief schreiben sollte, er habe der Klägerin blanko unterzeichnete Dokumente überlassen. d) Die Klägerin beruft sich für die Echtheit der Erklärung vom 24. Mai 1994 überdies auf die Aussagen des Zeugen E.\_\_\_\_\_, ehemaliger Notar von ... [BEL] (Urk. 223; Urk. 77 S. 4;

Urk. 265 S. 11 f.; Urk. 337 S. 24 f.). Dieser Zeuge kannte nach seinen Angaben D. \_\_\_\_\_ geschäftlich und hatte über ihn die Klägerin kennengelernt; der letzte Kontakt zu ihnen sei 1994, möglicherweise auch 1995 gewesen. Der Zeuge sagte, die Klägerin habe ihm die bereits unterschriebene Erklärung vom 24. Mai 1994 auf Empfehlung von D. \_\_\_\_\_ vorgelegt und um das Schreiben zu kontrollieren. Und weiter: Frage: „Haben Sie in 1994 über dieses Schreiben mit einer der Parteien oder mit beiden Parteien gesprochen? Wenn ja, mit wem und was?“ – Antwort: „Mein Rat an Frau C. \_\_\_\_\_ war, dieses Dokument mit einer Unterschrift beglaubigen zu lassen. Nach dessen Beglaubigung habe ich eine Kopie genommen und Herrn D. \_\_\_\_\_ diese bei einem späteren Besuch anlässlich einer Quittung für das letzt(e) verkaufte Eigentum in ... [BEL] überreicht.“ Frage: „Wurden Sie von der Klägerin mit der Frage konsultiert, ob für Sie, um ihre Forderung zu begründen, die unterschriebene Aussage der Beklagten (aber noch nicht beglaubigt) vom 24. Mai 1994 ausreicht? Wenn ja, was war ihre Antwort?“ – Antwort: „Ja, siehe meine Antwort auf vorherige Frage.“ Aus diesen Aussagen ergibt sich, dass D. \_\_\_\_\_ von E. \_\_\_\_\_ 1994 oder 1995 eine Kopie der beglaubigten Erklärung vom 24. Mai 1994 ausgehändigt erhielt. Die Glaubwürdigkeit des Zeugen wird von keiner Partei in Zweifel gezogen (vgl. Urk.

- 19 - 262 S. 12; Urk. 337 S. 24; Urk. 342 S. 10). Dazu besteht auch kein Grund. Ein irgendwie geartetes Interesse des Zeugen am Ausgang des vorliegenden Verfahrens oder eine besondere Beziehung zu den involvierten Personen ist nicht ersichtlich. Als ehemaliger Notar dürfte er sich der Wahrheit besonders verpflichtet fühlen. Der Sachverhalt, zu dem der Zeuge befragt wurde, ist einfach, und es bestehen keine Anhaltspunkte, dass er irgendetwas erfunden haben sollte. Er behauptete auch nicht einfach, es habe sich bei der Unterschrift auf dem Dokument um diejenige D. \_\_\_\_\_ gehandelt, sondern sagte auf entsprechende Frage: „Ich bin schon der Meinung.“ (Urk. 223). E. \_\_\_\_\_ wurde nicht gefragt, ob es möglich wäre, dass der Text über der Unterschrift nachträglich eingefügt wurde. Zur Frage der Echtheit der Erklärung machte er keine weiteren Angaben. Der Klägerin ist aber beizupflichten, dass sie eine gefälschte Urkunde – sei es eine Total- oder eine Blankettfälschung – sicher nicht demjenigen Notar vorgelegt hätte, der D. \_\_\_\_\_ kannte und den sie durch D. \_\_\_\_\_ kennengelernt hatte (Urk. 265 S. 11 f.; Urk. 337 S. 25). Denn dadurch hätte die Gefahr bestanden, dass die Fälschung frühzeitig aufgedeckt worden wäre. E. \_\_\_\_\_ hat aber nichts darüber berichtet, dass D. \_\_\_\_\_ bei der Übergabe der Kopie die Echtheit der Urkunde in Frage gestellt hätte. Aus den Aussagen des Zeugen E. \_\_\_\_\_ ergibt sich daher ein Indiz für die Echtheit der Erklärung vom 24. Mai 1994. e) Die Vorinstanz hatte D. \_\_\_\_\_ den Hauptbeweis auferlegt, dass – im Falle einer von ihm gesetzten Blankettunterschrift bezüglich der Erklärungen vom 24. Mai 1994 und/oder vom 1. November 1999 – die aus diesen Schriftstücken hervorgehenden Erklärungen nicht seinem Willen entsprochen hätten (Urk. 71 S. 2). Die Feststellung der Vorinstanz, dieser Beweis sei nicht erbracht worden (Urk. 329 S. 47), wurde von den Beklagten nicht gerügt. Sie haben aber immerhin die vorinstanzlichen Erwägungen zu den angeblich mangelhaften Französischkenntnissen D. \_\_\_\_\_s beanstandet und daran festgehalten, dieser wäre nicht in Lage gewesen, den Text der Erklärung vom 24. Mai 1994 zu verstehen (Urk. 328 S. 26 f.). Im vorinstanzlichen Hauptverfahren hatte er allerdings nur geltend gemacht, er wäre nicht in der Lage gewesen, den Text zu verfassen, wobei er aber einräumte, dass es möglich sei, dass er das Dokument blanko mit dem Zusatz „Lu approuvé et signé en toute connaissance de choses“ unterzeichnet habe (Urk. 51 S. 8; Urk.

- 20 - 68 S. 14 und 16). Insofern hatte er also genügend Französischkenntnisse. Erst der Beklagte sagte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme, sein Vater hätte den Text nicht unterschrieben, wenn er ihn verstanden hätte (Prot. I S. 56). Es handelt sich bei dieser von D. \_\_\_\_\_ bzw. den Beklagten übernommenen Behauptung um ein unzulässiges Novum (§ 114 f. ZPO/ZH), denn D. \_\_\_\_\_ wusste selbstverständlich vor dieser Zeugeneinvernahme, ob er den Text hätte verstehen können oder nicht. Bezüglich der Erklärung vom 1. November 1999 hatten die Beklagten in der Klageantwort geltend gemacht, D. \_\_\_\_\_ könne nicht in Deutsch schreiben und hätte den Brief daher nicht selber verfassen können (Urk. 51 S. 10). Die Vorinstanz pflichtete den Beklagten grundsätzlich bei, dass D. \_\_\_\_\_s Deutschkenntnisse dürftig seien. Dies spreche indes nicht gegen ein sorgfältigeres Verfassen der Erklärung vom 1. November 1999 bzw. ein (Sich-)Rückversichern bei einer Drittperson, dass das in der Erklärung verwendete Deutsch korrekt sei (Urk. 329 S. 39 f.). Im Berufungsverfahren rügen die Beklagten, dies sei eine reine Vermutung der Vorinstanz. Klar sei, dass D. \_\_\_\_\_ nicht imstande gewesen sei, die orthographisch und grammatikalisch einwandfreie Erklärung zu verfassen (Urk. 328 S. 27). Die Klägerin hat demgegenüber zu Recht auf etliche Rechtschreibfehler in der Erklärung vom 1. November 1999 hingewiesen (Urk. 337 S. 21). Es ist zwar richtig, dass die Vorinstanz nur Mutmassungen bezüglich deren Zustandekommen äusserte, doch oblag den Beklagten der Beweis, dass der Text nachträglich über der Unterschrift von D. \_\_\_\_\_ ohne dessen Willen eingefügt worden sei. Dieser Beweis gelingt ihnen mit der Behauptung der mangelhaften Deutschkenntnisse von D. \_\_\_\_\_ nicht. Dasselbe gilt für die angeblich etwas ungewöhnliche Anrede (Urk. 329 S. 40 f.; Urk. 328 S. 28). Die Begründung der Vorinstanz, dass das Schreiben zunächst für die Klägerin bestimmt gewesen sei, weshalb es etwas unpersönlicher formuliert worden sei, als wenn es nur den Beklagten gewidmet worden wäre, vermögen diese nicht mit dem Argument zu entkräften, es wäre naheliegend gewesen, wenn D. \_\_\_\_\_ die gewöhnliche Anrede verwendet hätte, welche keine Fragen aufwerfe. Denn mit einem Fälschungsvorwurf rechnete er damals kaum, wenn er der Urheber des Schreibens war.

- 21 - Als unhaltbar und willkürlich rügen die Beklagten die vorinstanzlichen Darlegungen, wonach die Erklärung vom 24. Mai 1994 nicht deshalb unecht sei, weil kein Wort über ausstehende Zinszahlungen verloren werde, und sich vielmehr eine Fälschung anbieten würde, einen noch grösseren Betrag zuzüglich Zinsen aufzuführen (Urk. 329 S. 41). Nach Aussage der Klägerin – so die Beklagten – hätten die Erklärungen von 1994 und 1999 sicherstellen sollen, dass ihr der angeblich geschuldete Betrag gezahlt werde. Neben den BEF 34.5 Mio. sollte D. \_\_\_\_\_ auch noch Zinsen schulden. Es sei nicht zu erklären, weshalb diese in den beiden Schreiben nicht erwähnt würden (Urk. 328 S. 30). Indessen kann aus dem Umstand, dass keine Zinsen erwähnt werden, weder etwas für noch gegen die Echtheit der Schreiben gewonnen werden. Nach Darstellung der Klägerin leistete D. \_\_\_\_\_ regelmässig Zinszahlungen (Urk. 1 S. 4), was erklären könnte, dass diese im Schreiben vom 24. Mai 1994 unerwähnt blieben. Waren Zinsen von 8 % vereinbart, wie die Klägerin behauptet (Urk. 61 S. 17), hätte man aber ebenso gut erwarten können, dass sie dies erwähnt hätte. Da die Bestätigung von 1999 Bezug auf das frühere Schreiben nimmt, ist naheliegend, dass Zinsen wiederum unerwähnt blieben. Die Beklagten werfen der Vorinstanz vor, die offensichtlichen Veränderungen im Schriftbild der Unterschrift von D. \_\_\_\_\_ überhaupt nicht berücksichtigt zu haben (Urk. 328 S. 31 f.). Da den Erklärungen vom 24. Mai 1994 und vom 1. November 1999 gemäss der eidesstattlichen Erklärung D. \_\_\_\_\_s von ihm blanko unterschriebene Dokumente zugrunde lagen, braucht auf diesen

Einwand an sich nicht weiter eingegangen zu werden. Konnte der Gutachter aufgrund des vorhandenen Vergleichsmaterials keine Aussage zur Echtheit der Unterschriften auf den besagten Urkunden machen, kann sich dies aber auch das Gericht nicht anmassen, wie das bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat (Urk. 329 S. 32). f) aa) Die Beklagten machen geltend, die Voraussetzungen, die Klägerin zur Beweisaussage zuzulassen, seien nicht gegeben. Es fehle ein besonderer Grund für die Beweisaussage. Eine unbillige Beweislastverteilung sei deshalb zu verneinen, weil es der Klägerin ohne weiteres möglich gewesen wäre, zu einem frühe-

- 22 - ren Zeitpunkt beweissichernde Massnahmen zu ergreifen. Auch hätte es ihr offen gestanden, den Beweis anzutreten, dass sie die angeblichen Beträge tatsächlich an D. \_\_\_\_\_ übergeben bzw. überwiesen habe, was sie allerdings nicht näher substantiiert habe. Auch ein prozessuales Ungleichgewicht liege nicht vor. Die als Zeugen befragten Beklagten hätten lediglich Zweifel an der Echtheit der Unterschriften ausgedrückt. Indizien für die Echtheit der Urkunden lägen keine vor, ebenso wenig ein Beweisnotstand, der ausnahmsweise eine Beweisaussage auch in Abwesenheit anderer Indizien rechtfertigen würde. Zudem habe keine vorgängige formlose Befragung beider Parteien stattgefunden, wie dies von der Lehre gefordert werde. Auf Seiten von D. \_\_\_\_\_ habe ein klar nicht selbstverschuldeter Beweisnotstand vorgelegen, da er aufgrund seines hohen Alters und schlechten Gesundheitszustands nicht mehr befragt werden können. Mit der Zulassung der Klägerin zur Beweisaussage sei ein prozessuales Gleichgewicht gerade nicht geschaffen worden (Urk. 328 S. 34 ff.). Gemäss § 150 ZPO/ZH kann das Gericht eine der Parteien zur Beweisaussage über bestimmte Beweissätze anhalten, wenn es nach dem Ergebnis der persönlichen Befragung und des übrigen Beweisverfahrens geboten erscheint. Die Beweisaussage ist ein vollwertiges Beweismittel, das nach richterlichem Ermessen abgenommen wird. Da es sich um ein Beweismittel in eigener Sache handelt, ist es aber nur mit Zurückhaltung zuzulassen. Aufgrund der persönlichen Befragung und der andern Beweisabnahmen muss die Beweisaussage – als ultima ratio – als nötig und angebracht erscheinen. Das kann zutreffen, wenn mit ihr ein noch nicht voll erbrachter Beweis zu ergänzen oder ein noch nicht voll gescheiterter Beweis zu widerlegen ist. Mit der Anordnung der Beweisaussage kann eine unbillige Beweislastverteilung korrigiert, ein Beweisnotstand abgewendet oder ein prozessuales Gleichgewicht hergestellt werden, letzteres etwa, wenn einer Partei Zeugen gegenüberstehen, die am Prozessausgang nicht weniger interessiert sind als sie selbst (Frank/Sträuli/Messmer; a.a.O., § 150 N 1 ff., mit Verweisen; ZR 104 Nr. 26, E. 3a und b). Nur wenn besondere Gründe vorliegen, ist eine Bevorzugung einer der Parteien durch Zulassung zur Beweisaussage zulässig. Der Umstand, dass eine Partei die Beweislast nach Art. 8 ZGB für eine Behauptung trifft, aus der sie Rechte ableitet, stellt ein aus dem materiellen Recht

- 23 - resultierendes prozessuales Ungleichgewicht dar, welches nach dem genannten Entscheid nicht durch die Zulassung zur Beweisaussage korrigiert oder gar ins Gegenteil verkehrt werden darf. Der Umstand, dass sich eine Partei im Beweisnotstand befindet, genügt daher für die Zulassung der Beweisaussage noch nicht. Diese drängt sich erst auf, wenn diese Ausgangslage als unbillig erscheint, indem namentlich Beweismittel der Natur der Sache nach nicht gegeben bzw. schwer zugänglich sind (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, § 150 ZPO, N 4). Weiter setzt die Anordnung der Beweisaussage – zumal nur eine Partei zugelassen werden kann – voraus, dass beide Parteien zuvor persönlich befragt wurden, da nur danach in Verbindung mit weiteren Umständen entschieden werden kann, welche der

Parteien als glaubwürdiger erscheint (BGE 112 Ia 369, E. 2a zu Art. 201 ZPO/GR mit Hinweis auf die entsprechende Regelung nach § 150 Abs. 1 ZPO/ZH und die Voraufgabe von Frank/Sträuli/Messmer; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 192 N 25 f.). Aufgrund der eidesstattlichen Erklärung von D. \_\_\_\_\_ vom 1. November 2010 ist, wie oben dargelegt, davon auszugehen, dass die Unterschriften auf den beiden Erklärungen vom 24. Mai 1994 bzw. vom 1. November 1999 von D. \_\_\_\_\_ stammen. Ein Schriftgutachten konnte aus den angeführten Gründen nicht erstellt werden. Die Voraussetzungen, die Klägerin zur Beweisaussage zuzulassen, sind insofern erfüllt, als diese geeignet erscheint, letzte Zweifel am Beweisergebnis auszuräumen. Im Beweisabnahmebeschluss vom 10. Juni 2011 war die Parteibefragung der Klägerin und von D. \_\_\_\_\_ vorgesehen (Urk. 85). Am 13. September 2012 wurden sie zur persönlichen Befragung auf den 25. Oktober 2012 vorgeladen (Urk. 151). Am 17. Oktober 2012 teilte D. \_\_\_\_\_ mit, aus gesundheitlichen Gründen sei eine persönliche Befragung in der Schweiz nicht möglich (Urk. 164). Am 25. Oktober 2012 wurde die Klägerin persönlich befragt (Prot. I S. 38 ff.). Die Vorinstanz ersuchte in der Folge die amerikanischen Behörden um rechtshilfweise Befragung von D. \_\_\_\_\_ (Urk. 204 f., 208A, 215, 218). Diese konnte indes weder in den USA noch – nach dessen Einreise – in der Schweiz durchgeführt werden (Prot. I S. 73 f.). Eine Beweisaussage von D. \_\_\_\_\_ kam daher von vornherein nicht in Frage. Sie wäre aber auch deshalb nicht in Frage gekommen, weil er in seiner eidesstattlichen Erklärung unterschlagen hat, dass er eine Kopie

- 24 - der Erklärung vom 24. Mai 1994 von E. \_\_\_\_\_ ausgehändigt erhalten hatte. Angesichts der Wichtigkeit des Dokuments – es bestätigt den Erhalt einer beträchtlichen Geldsumme – musste sich D. \_\_\_\_\_ entgegen seiner Behauptung (Urk. 21 S. 2) zweifellos daran erinnern, zumal er spätestens im Jahre 2003 zur Rückzahlung aufgefordert worden war (Urk. 51 S. 12; Urk. 69/2, Ziff. 4 der eidesstattlichen Erklärung). Wäre das Dokument nicht echt, wäre zu erwarten gewesen, dass er bei der Klägerin vorstellig geworden wäre und auch dies in der eidesstattlichen Erklärung erwähnt hätte. Es bestehen daher erhebliche Zweifel an der Glaubwürdigkeit von D. \_\_\_\_\_. Demgegenüber sagte die Klägerin in der persönlichen Befragung kohärent und widerspruchsfrei aus (Prot. I S. 38 ff.). Etwas anderes wurde auch von der Beklagtenseite nicht behauptet, als gegen die Zulassung der Klägerin zur Beweisaussage opponiert wurde (Urk. 276). Die Vorinstanz hat daher zu Recht die Klägerin als glaubwürdigere Partei zur Beweisaussage zugelassen, dies obwohl D. \_\_\_\_\_ nicht persönlich befragt werden konnte. bb) Die Vorinstanz würdigte die Aussagen der Klägerin in der Beweisaussage dahingehend, dass die Klägerin in kohärenter und widerspruchsfreier Weise geschildert habe, wie es zu den in Frage stehenden Erklärungen vom 24. Mai 1994 und vom 1. November 1999 gekommen sei. Bezüglich der ersten Erklärung habe die Klägerin ausgeführt, den ersten Teil habe sie geschrieben, den zweiten Teil ab „Lu approuvé“ bis „de choses“ D. \_\_\_\_\_, der dann unterschrieben habe. Sie hätten die Erklärung am gleichen Tag in der Lobby des Hotel „...“ in Zürich verfasst. Die Erklärung vom 1. November 1999 habe sie per Post aus Tel Aviv erhalten, nachdem die Zinsen nicht mehr gekommen seien und sie D. \_\_\_\_\_ mitgeteilt habe, dass sie beunruhigt sei. Die gemachten Aussagen würden, so die Vorinstanz, in Einklang mit den anlässlich der persönlichen Befragung gemachten Aussagen stehen (Urk. 36 ff.). Die Beklagten sehen einen relevanten Widerspruch in den Aussagen der Klägerin, welche die Erklärung von 1994 damit erklärt habe, dass sie „jederzeit das Geld zurückbekommen kann, im Betrag der hier steht, zuzüglich der vorgesehenen Zinsen.“ Auf die Frage, weshalb denn die Zinsen in diesem Dokument,

- 25 - welches ja gemäss klägerischer Darstellung auch die Zinszahlung habe sicherstellen sollen, nicht erwähnt seien, habe die Klägerin geantwortet, es sei nicht für nötig befunden worden und die mündliche Vereinbarung habe genügt. Spätestens für die Erklärung von 1999 hätte sich die Erwähnung der Zinsen aufgedrängt, da sich die Klägerin gegenüber den Kindern nicht auf die mündliche Vereinbarung mit D.\_\_\_\_\_ habe verlassen können und zumal die Klägerin eine frühere Erklärung aus dem August 1999 angeblich als ungenügend zurückgewiesen habe (Urk. 328 S. 36 f.). Wie bereits oben ausgeführt (IV/3/e), hätte man durchaus erwarten können, dass in den Erklärungen die Zinsen ebenfalls erwähnt worden wären. Ein Indiz für eine Fälschung der Erklärungen stellt dies aber nach dem dort Gesagten nicht dar. Entgegen der Darlegung der Beklagten kann aus den Aussagen der Klägerin in der Beweisaussage nicht geschlossen werden, dass die Erklärung von 1994 auch die Bezahlung der Zinsen hätte sicherstellen sollen. Erstens gibt es dafür keinerlei Anhaltspunkte aus der Erklärung selbst, was für jedermann offensichtlich ist. Zweitens und damit in Einklang kann und muss die zitierte Aussage der Klägerin so verstanden werden, dass die Erklärung die Rückzahlung des aufgeführten Betrags gewährleisten sollte, wobei die Zinsen dazukämen. Dass sich die Klägerin diesbezüglich auf die mündliche Vereinbarung verliess, erscheint nicht als aussergewöhnlich, hatte doch der Zeuge E.\_\_\_\_\_ gesagt, die Beziehung zwischen der Klägerin und D.\_\_\_\_\_ habe 1995 rein auf Vertrauen beruht, so wie es damals in der jüdischen Diamantengemeinschaft üblich gewesen sei; wie das Prinzip „mazal“, ein Wort ist ein Wort (Urk. 223 S. 4). Auf die Beweisaussage der Klägerin kann daher mit der Vorinstanz abgestellt werden. g) Bei diesem Beweisergebnis ist von der Echtheit der Erklärungen vom 24. Mai 1994 und vom 1. November 1999 auszugehen. Gestützt auf die Erklärung vom 24. Mai 1994 (vgl. oben Ziff. IV/2/d) sind die Beklagten zu verpflichten, der Klägerin solidarisch EUR 855'232.66 zu bezahlen. Die Verzinsung zu 5 % seit 28. September 2007 wurde im Berufungsverfahren von der Klägerin lediglich mit der unzulässigen Stundungseinrede gerügt (oben Ziff. IV/2/d), weshalb auch die

- 26 - von der Vorinstanz zugesprochene Verzinsung zu bestätigen ist.. Im Mehrumfang (Zins) ist die Klage abzuweisen. Im gutzuheissenden Umfang ist der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2, Zahlungsbefehl vom 4. Oktober 2007, aufzuheben. Dass die Vorinstanz den Umfang der Aufhebung nicht in Schweizer Franken beziffert hat, wurde im Berufungsverfahren nicht gerügt, weshalb es dabei sein Bewenden hat. V. Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen und werden die Beklagten für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG; § 13 Abs. 2 AnwGebV). Es wird erkannt: 1. Die Beklagten werden solidarisch verpflichtet, der Klägerin EUR 855'232.66 nebst Zins zu 5% seit 28. September 2007 zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 2, Zahlungsbefehl vom 4. Oktober 2007, aufgehoben. Im Mehrumfang (Zins) wird die Klage abgewiesen. 2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 63'000.- ; die Barauslagen betragen: Fr. 5'957.50 Übersetzungskosten Fr. 1'140.- Gutachterkosten Fr. 96.- Schreib- und Zustellgebühren Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 29'400.- festgesetzt.

- 27 - 4. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten werden den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt, unter Verrechnung der von den Beklagten geleisteten Barvorschüsse. 5. Die Beklagten werden verpflichtet, der Klägerin für das erst- und zweitinstanzliche

Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 83'400.– zu bezahlen. 6. Die von der Klägerin für die Parteientschädigung bei der Gerichtskasse hinterlegte Sicherheit von Fr. 44'720.– und die von der Klägerin geleisteten Barvorschüsse werden ihr zurückerstattet. 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 932'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 28 - Zürich, 23. September 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. N.A. Gerber versandt am: mc

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