

II. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

25. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. Mai 1915

i. S. Aargauische Kantonalbank, Beklagte und Widerklägerin,

- gegen
1. Johannes Schär, in Gondiswil,
 2. Johann Blaser, in Gondiswil,
 3. Rosina Blaser, in Gondiswil,
 4. Anna Maria Nyfeler, in Turgi,
 5. Marie Elise Weber, in Zofingen,
 6. Jacob Schär, in Brittnau,
 7. Andreas Schär, in Gondiswil,
 8. Jakob Flückiger, in Brittnau,
 9. Zehn minderjährige Kinder des Gottfried Flückiger in Rheinfelden,
 10. Katharina Baumberger, in Koppigen,
- 11-37. « Testamentserben » der Rosina Schär geb. Nyfeler,
sämtlich Kläger und Widerbeklagte.

Art. 560 ZGB (« Der Tote erbt den Lebendigen »); gilt auch für die testamentarischen Erben. — Art. 519 Abs. 2 und 520 Abs. 3 ZGB (Legitimation zur Anfechtung einer testamentarischen Verfügung); Voraussetzung: erbrechtliches Interesse. — Art. 602 und 653 ZGB (Erbengemeinschaft); Unwirksamkeit einer nur an einzelne Erben geleisteten Zahlung.

A. — Am 22. März 1912 starb in Brittnau (Aargau) der Witwer Joh. Jakob Schär unter Hinterlassung eines Vermögens von 11,350 Fr., dessen grösster Teil (11,100 Fr.) in einer Kaufbriefschuld an den Kläger N° 8 (Jakob Flückiger, Landwirt in Brittnau) bestand. Seine gesetzlichen Erben sind die Kläger N° 1-8 und 10, sowie Gottfried Flückiger in Rheinfelden (der Vater der Kläger N° 9). In einem Testament vom 8. April 1904 und einem Kodizill vom 29. Oktober 1906, die am 29. und am

27. April 1912 eröffnet wurden, hatte er verfügt, dass, nach Ausrichtung eines Legats von 500 Fr., die eine Hälfte seiner Erbschaft den Klägern N° 1-10 (in diesem Prozess als « die gesetzlichen Erben » bezeichnet), die andere Hälfte den von seiner Ehefrau in einem Testament vom 4. September 1907 als « ihre Erben » eingesetzten Klägern N° 11-37 (in diesem Prozess als « die Testamentserben » bezeichnet) zufallen solle. Seine Ehefrau ist Anfangs 1912, vor dem Erblasser verstorben; ihr Testament wurde jedoch erst am 11. Mai 1912 eröffnet. Sämtliche drei letztwilligen Verfügungen wurden von allen als Erben in Betracht kommenden Personen als rechtsgültig anerkannt.

Um die von ihm der Erbschaft geschuldete, offenbar gekündete Kaufbriefschuld von 11,100 Fr. ablösen zu können (wodurch die Teilung der Erbschaft ermöglicht werden sollte), errichtete der Kläger N° 8 am 20. August 1912 auf derselben Liegenschaft, auf welcher jene Kaufbriefschuld haftete, eine Grundpfandverschreibung von 11,000 Fr. zu Gunsten der Beklagten, wobei über die Auszahlung der Valuta durch die Beklagte folgendes bestimmt wurde:

« Die Gläubigerin, Aargauische Bank in Aarau wird » beauftragt, den sub 6 aufgeführten Vorgangsposten » gegen die Erben des Johann Jakob Schär im Betrage von » 11,100 Fr. nebst Zinsausstand aus dem neuen Darlehen, » mit Zuschuss durch den Schuldner, zu tilgen und das » dafür eingetragene Pfandrecht löschen zu lassen, wo » gegen das durch diese Urkunde begründete Pfandrecht » nachrückt und zwar auf Interimregister N° 33-38 » Ziffer 1-6 in den dritten und auf Interimregister N° 39 » Ziffer 7 in den II. Rang. »

Tatsächlich bezahlte die Beklagte die 11,000 Fr. wie folgt:

a) 3600 Fr. am 24. August 1912 an den damaligen Gemeindeschreiber Wüst in Brittnau auf Grund

aa) einer von diesem vorgewiesenen Vollmacht vom

24. August 1912, welche einzig die von Wüst gefälschten, wiewohl notariell beglaubigten Unterschriften des Klägers N° 8, sowie des Gottfried Flückiger (Vaters der Kläger N° 9) trug, und deren Text folgendermassen lautete :

« Die Unterzeichneten, als Erben am Nachlasse ihres » in Brittnau verstorbenen Onkels, Joh. Jak. Schär, gew. » Landwirt von Gondiswil, bevollmächtigen hiemit den » Hrn. Gemeindegemeinschreiber Jk. Wüst in Brittnau zur Ent- » gegennahme und rechtsgültigen Quittierung ihrer Erb- » guthaben an Jakob Flückiger, Landwirt in der Stampfi » zu Brittnau. Kaufforderungstitel vom 17. Dez. 1898. »

bb) einer ebenfalls von Wüst vorgewiesenen Vollmacht vom 17. August 1912, welche einzig die echte Unterschrift der Klägerin N° 10 trug, und deren Text folgendermassen lautete :

« Die Unterzeichnete, als Erbin im Nachlasse ihres in » Brittnau verstorbenen Bruders Joh. Jak. Schär, bevoll- » mächtigt hiemit den Hrn. Gemeindegemeinschreiber Jk. Wüst » in Brittnau zur Entgegennahme und rechtsgültigen » Quittierung des ihr und ihren Miterben laut Kauf- » forderungstitel vom 17. Dezember 1898 zustehenden » Guthabens von 11,100 Fr. auf Jakob Flückiger, Land- » wirt in der Stampfi zu Brittnau. »

b) 7400 Fr. am 27. Juni 1913 ebenfalls an Wüst, auf Grund einer vom August 1912 datierten Vollmacht mit den echten Unterschriften der Kläger N° 1, 2, 3, 5, 6, 7 und 8, sowie mit der von Wüst gefälschten, wiederum notariell beglaubigten Unterschrift des Friedrich Nyfeler, Ehemanns der Klägerin N° 4.

Ausserdem hatte Wüst der Beklagten, um sie in den Glauben zu versetzen, dass keine weitem Erben als die Kläger N° 1-10 vorhanden seien, ein vom Gemeinderat Brittnau am 4. April 1912 unter Mitwirkung Wüsts errichtetes « Inventar » vorgewiesen, welches unter dem Titel « Vorbericht » die Bemerkung enthielt : « Gesetzliche Erben sind : (folgte deren Aufzählung). »

Die Beklagte hatte sich nicht weiter danach erkundigt, ob auch Testamentserben vorhanden seien.

Wüst hat das Geld nicht abgeliefert, sondern — bis auf 600 Fr., die ihm bei seiner Verhaftung abgenommen und der Beklagten zur Verwahrung übergeben wurden — in seinem eigenen Interesse verwendet.

B. — Mit der vorliegenden Klage beantragten die Kläger :

« Die Beklagte sei zu verurteilen, die Kaufrestanz- » forderung von 11,100 Fr. nebst Zinsausstand gemäss » Kaufforderungstitel gegenüber Jk. Flückiger (Beleg 44 » der Kriminalprozedur Wüst) an die klägerischen Erb- » schaften des Joh. Jak. und der Rosina Schär auszu- » bezahlen.

Eventuell :

« Die Beklagte sei zu verurteilen, einen Bruchteil dieser » Kaufrestanzforderung von 11,100 Fr. nebst Zinsaus- » stand gemäss obgenanntem Forderungstitel nach » richterlichem Ermessen an die klägerischen Erbschaften » des Joh. Jak. und der Rosina Schär auszubezahlen, » wogegen die Beklagte zunächst, als Antwortschluss, » folgende Begehren stellte :

« 1. Die gegen die Beklagte erhobene Klage sei, so weit » sie von den Erben der Ehefrau Rosina Schär ausgeht, » von vorneherein abzuweisen und nur auf die der gesetz- » lichen Erben des Jak. Schär, bzw. auch des Schuldners » Jakob Flückiger einzutreten.

« 2. Auch die Klage der gesetzlichen Erben des Ehe- » mannes Schär, bzw. des Jakob Flückiger sei abzu- » weisen, soweit etwas anderes damit verlangt wird, als » dass die Beklagte die Zahlung für die zwei Titelbetreff- » nisse der Anna Maria Nyfeler geb. Blaser und des Gott- » fried Flückiger nach gesetzlichem Erbrecht bemessen » mit 1528 Fr. noch einmal leisten soll, um unter weiterem » Beischuss von 100 Fr. durch den Schuldner Flückiger

» dann die Löschung des ganzen Titels fördern zu können, »

und ausserdem folgende Widerklage erhob :

« I. Die Widerbeklagten unter I und II haben einzuwilligen, dass die Hypothek des Jak. Schär sel. von 11,100 Fr. noch haftend auf dem Heimwesen des Jak. Flückiger in Brittnau, zu Gunsten der Aargauischen Kantonalbank im Grundbuch gelöscht werde, wenn die Bank noch 1528 Fr. (mit Zuschuss von 100 Fr. seitens des Schuldners und Zinsbetreffnis) der Erbschaft des Jak. Schär sel. entsprechend den Intestaterbteilen der Anna Maria Nyfeler und des Gottfried Flückiger nach richterlicher Weisung bezahlt haben wird.

« II. Für den Fall, dass die Gerichte erkennen sollten, die Bank habe auch eine ganze Hälfte des Kapitals von 11,100 Fr. für die sogenannten Testamentserben Schär unter II noch einmal zu bezahlen, seien die nachfolgenden Erben unter I zu den nachstehenden Rückzahlungen zu verhalten :

- « 1. Jakob Flückiger zu 394 Fr. 50 Cts.
- « 2. Johannes Schär zu 689 Fr.
- « 3. Johann Blaser und Rosina Blaser zusammen 525 Fr.
- « 4. Elise Weber-Schär zu 394 Fr. 50 Cts.
- « 5. Jakob Schär zu 394 Fr. 50 Cts.
- « 6. Andreas Schär zu 689 Fr.

» nebst Zins seit dem 27. Juni 1913 zu 4 ½ %.

C. — Durch Urteil vom 12. Februar 1915 hat das Obergericht des Kantons Aargau folgendes Urteil des Bezirksgerichts Aarau vom 21. November 1914 bestätigt:

« 1. Die Beklagte ist gegenüber dem Kläger Jakob Flückiger verurteilt, den Erben des Johann Jakob und der Rosina Schär 11,000 Fr. zur Tilgung des sub 6 der Grundpfandverschreibung aufgeführten Vorgangsposten von 11,100 Fr. zu bezahlen, wogegen die Widerbeklagten einzuwilligen haben, dass die Hypothek des Jakob Schär sel. von 11,100 Fr. auf dem Heimwesen des Jakob Flückiger in Brittnau bis zur Höhe der

» Zahlung zu Gunsten der Aargauischen Kantonalbank im Grundbuch gelöscht wird.

« 2. Im übrigen ist die Widerklage abgewiesen.

« 3. Die Klage der Erben des Johann Jakob und der Rosina Schär ist abgewiesen. »

D. — Gegen das obergerichtliche Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag :

« Es sei der Beklagten ihr Antwortbegehren und ihr Widerklagebegehren I (in der vorgesehenen Eventualität auch II) zuzusprechen. »

E. — Die Beklagten und Widerkläger haben Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung :

1. — Da weder der Kläger Jakob Flückiger noch dessen Mitkläger und Miterben gegen das vorliegende kantonale Urteil die Berufung ergriffen haben, bedarf es keiner Ueberprüfung des Dispositivs N° 3, wonach « die Klage der Erben des Joh. Jakob und der Rosina Schär abgewiesen ist », sondern es fragt sich bloss noch, einmal ob die von Jakob Flückiger in seiner Eigenschaft als Grundpfandschuldner (im Gegensatz zu seiner Eigenschaft als Erbe) eingeleitete Klage mit Recht gutgeheissen, und sodann, ob die von der Beklagten gegenüber sämtlichen Klägern erhobene Widerklage mit Recht abgewiesen wurde.

2. — Wie auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger Jakob Flückiger und der Beklagten konstruiert werden mag — die Auffassungen der Parteien gehen hierüber auseinander; die Vorinstanz nimmt zu Unrecht an, es handle sich um eine « interne Schuldübernahme », mit welcher « Jakob Flückiger von allen Verpflichtungen gegen die Erben befreit war », — auf alle Fälle war die Beklagte verpflichtet, dem genannten Kläger in irgend einer Form den Gegenwert der von ihm zu ihren Gunsten

errichteten Grundpfandverschreibung im Betrage von 11,000 Fr. zukommen zu lassen — es sei denn, dass die Parteien übereingekommen wären, statt dessen die Grundpfandverschreibung rückgängig zu machen, wovon indessen weder vor noch in dem gegenwärtigen Prozesse je die Rede war. Jenen Betrag von 11,000 Fr. konnte nun die Beklagte dem Kläger entweder direkt auszahlen, oder aber dadurch zukommen lassen, dass sie ihn gemäss erhaltener Weisung an einen Gläubiger des Klägers entrichtete. Eine solche Weisung hat sie sich am Schlusse der Grundpfandverschreibungs-Urkunde vom Kläger erteilen lassen, da einerseits dieser die Grundpfandverschreibung gerade zu dem Zwecke errichtete, um aus deren Valuta (unter Zuschuss von 100 Fr.) eine frühere Schuld im Betrage von 11,100 Fr. zu tilgen, andererseits die Beklagte an der Tilgung dieser frühern Schuld durch den Kläger insofern ein eigenes Interesse hatte, als erst mit deren Tilgung die neu errichtete Grundpfandverschreibung denjenigen Rang erhielt, den ihr der Kläger zu verschaffen verpflichtet war.

3. — Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres, dass die Beklagte sich von ihrer Verpflichtung, dem Kläger den Gegenwert der Grundpfandverschreibung (11,000 Fr.) zukommen zu lassen, nur entweder durch direkte Zahlung an ihn — welcher Zahlungsmodus aber ihren eigenen Interessen widersprochen hätte, — oder aber durch genaue Befolgung der im Grundpfandtitel erteilten Weisung befreien konnte. Die Weisung lautete nun dahin, dass die Beklagte die 11,000 Fr. den « Erben des Johann Jakob Schär » auszuzahlen habe. Es fragt sich daher vor allem, wer « die Erben des Johann Jakob Schär » waren, bzw. wen die Kontrahenten unter dieser Bezeichnung verstanden oder verstehen mussten.

Mit Unrecht vertritt die Beklagte den Standpunkt, dass unter « den Erben » nur die gesetzlichen, d. h. die Intestaterben verstanden gewesen seien, oder dass sie doch — auf Grund des gemeinderätlichen Inventars,

das nur die gesetzlichen Erben anführte, — diese als zur Einziehung des betreffenden Erbschaftsguthabens legitimiert erachten durfte, weil nach Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB der Grundsatz « Der Tote erbt den Lebendigen » nur für die gesetzlichen Erben gelte. Nicht nur durfte nämlich die Beklagte hinsichtlich der Frage, wer Erbe sei, nicht ohne weiteres auf das gemeinderätliche Inventar abstellen, weil ja schon begrifflich ein Erbschaftsinventar nur über die Aktiven und die Passiven der Erbschaftsmasse, nicht auch über die Erbberechtigung Auskunft zu geben hat, und weil übrigens die Inventarisierung zu Steuerzwecken, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, schon vor der Testamentseröffnung stattfinden kann, — sondern es ist namentlich auch nicht richtig, dass nach Art. 560 ZGB der Grundsatz « Der Tote erbt den Lebendigen » nur für die gesetzlichen Erben Geltung habe. Wäre das Verhältnis zwischen den beiden ersten Absätzen und dem dritten Alinea dieses Artikels wirklich das von der Beklagten angenommene, d. h. bezögen sich die beiden ersten Absätze im Gegensatz zum dritten nur auf die gesetzlichen Erben, so wäre dieser Gegensatz gewiss dadurch zum Ausdruck gebracht worden, dass in Absatz 1 gesagt worden wäre: « Die gesetzlichen Erben erwerben. . . . », gerade wie in Absatz 3 von dem « Erwerb der eingesetzten Erben » die Rede ist. Da aber tatsächlich nur Absatz 3 eine Spezifizierung der in Betracht kommenden Erben enthält, während Absatz 1 einfach von « den » Erben spricht und Absatz 2 diese allgemeine Bezeichnung wiederholt, so führt sowohl die wörtliche als die logische Interpretation zu dem Schlusse, dass Absatz 1 und 2 sich nicht nur auf die gesetzlichen, sondern auch auf die eingesetzten Erben beziehen, und dass Absatz 3 bloss den in Absatz 1 und 2 aufgestellten Grundsatz hinsichtlich seiner Anwendung auf die eine jener beiden Kategorien von Erben erläutert, bzw. entwickelt. Diese Annahme wird denn auch durch die Entstehungsgeschichte des Art. 560, insbesondere durch

folgende Erklärung des ständerätlichen Kommissionsberichterstatters (Sten. Bull. 1906 S. 446 und 451) in unzweideutiger Weise bestätigt: « Die Bestimmung, dass der Erbe von Gesetzeswegen mit dem Tode des Erblassers die Erbschaft als Ganzes erwerbe, gilt sowohl für die instituierten, als für die gesetzlichen Erben. »

4. — Durfte demnach die Beklagte nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass unter « den Erben des Joh. Jakob Schär » nur dessen gesetzliche Erben zu verstehen seien, so ist sie anderseits auch nicht legitimiert, die Erbenqualität der im vorliegenden Fall von den gesetzlichen Erben als ebenfalls erbberechtigt anerkannten testamentarischen Erben anzufechten. Zur Anfechtung einer testamentarischen Verfügung genügt nach Art. 519 Abs. 2 und 520 Abs. 3 ZGB nicht irgend ein Interesse, sondern es bedarf eines erbrechtlichen Interesses, d. h. der Anfechtende muss für sich selber die Eigenschaft eines Erben oder Vermächtnisnehmers in Anspruch nehmen können, — und zwar, entgegen der Auffassung der Beklagten, auch dann, wenn er die Ungültigkeit gemäss Art. 521 Abs. 3 « einredeweise » geltend macht (vergl. das Beispiel bei ESCHER, Anm. 4 zu Art. 521). Wer dagegen lediglich als Erbschaftsgläubiger oder Erbschaftsschuldner oder gar, wie die Beklagte, nur als Gegenkontrahent eines Erbschaftsschuldners auftreten kann, hat sich hinsichtlich der Frage, wer Erbe sei, an dasjenige zu halten, was, infolge gütlicher oder gerichtlicher Auseinandersetzung zwischen den erbrechtlichen Interessenten, für diese Rechtens ist. Im vorliegenden Falle genügt daher die Feststellung, dass die drei in Betracht kommenden letztwilligen Verfügungen weder von den gesetzlichen noch von allfälligen andern testamentarischen Erben oder Erbprätendenten, bezw. Vermächtnisnehmern oder Vermächtnisprätendenten, angefochten worden sind, sodass auch die Beklagte sie als rechtsgültig anzuerkennen hat.

5. — Aus dem Gesagten folgt zunächst, dass sich die

Beklagte von ihrer, dem Kläger Jakob Flückiger gegenüber eingegangenen Verpflichtung zur Zahlung der 11,000 Fr. an « die Erben des Joh. Jakob Schär » jedenfalls in soweit nicht befreit hat, als die Erbteile der « Testamentserben » (Kläger N° 11-37) in Betracht kommen; denn sie behauptet selber nicht, diesen Erben direkt oder indirekt irgend eine Zahlung geleistet zu haben. Weiterhin hat sie sich aber von jener Verpflichtung auch hinsichtlich der Erbteile der Anna Maria Nyfeler geb. Blaser, sowie der Kinder des Gottfried Flückiger nicht befreit, da von Seite dieser « gesetzlichen Erben », bezw. ihrer Vertreter Friedrich Nyfeler und Gottfried Flückiger, nur gefälschte Vollmachten vorlagen. Die Beklagte anerkennt denn auch ohne weiteres ihre Verpflichtung zur nochmaligen Zahlung der auf Grund jener gefälschten Vollmachten ausgezahlten Teilbetreffnisse. Ob diese Teilbetreffnisse mit 611 Fr. und mit 916 Fr. 65 Cts. richtig berechnet seien, ferner ob vom Betreffnis des Klägers Jakob Flückiger selbst, von welchem eine gefälschte, aber auch eine echte Vollmacht vorlag, ebenfalls ein Teil, eventuell wie viel, nochmals zu zahlen wäre, kann hier dahingestellt bleiben. Aus Art. 602 und 653 ZGB ergibt sich nämlich, dass die von einzelnen Erben ausgestellten Vollmachten zur Einkassierung eines Erbschaftsguthabens, solange die Erbschaft nicht verteilt ist, für die übrigen Erben, bezw. die Erbengemeinschaft, die nach Art. 602 unter ihnen besteht, überhaupt nicht verbindlich sind. Das ZGB hat in bewusster und gewollter Abweichung vom Gemeinen Recht — zum Zwecke des Schutzes der Gesamtheit der Erben gegen schädigende oder chikanöse Sonderverfügungen einzelner Erben — den deutschrechtlichen Grundsatz der Gesamthand eingeführt, wonach die Erben, so lange die Erbschaft nicht verteilt ist, über deren Bestandteile nur gemeinsam, bezw. durch einen gemeinsamen Vertreter verfügen können; zu den Verfügungen über Erbschaftsgut gehört aber u. a. gerade

die Einkassierung eines Erbschaftsguthabens. Bei dieser Art von Verfügung ist denn auch die Gefahr einer Schädigung der Erbengemeinschaft durch einzelne Erben besonders gross. Selbst wenn daher im vorliegenden Falle die vom damaligen Gemeindegemeindeführer Wüst der Beklagten vorgewiesenen Vollmachten alle echt gewesen wären, könnte die Beklagte dem Kläger Jakob Flückiger doch weder die ganze Zahlung von 11,000 Fr. noch auch nur einen Teil davon anrechnen; denn auch dann würde der genannte Kläger keine Gewähr dafür besitzen, dass die Erbengemeinschaft jene an den Vertreter bloss einzelner Erben geleistete Zahlung als an sie geleistet anerkennen werde, m. a. W.: auch dann müsste er gewärtigen, von der Erbengemeinschaft trotz jener Zahlung für das Ganze in Anspruch genommen zu werden.

6. — Wäre demnach die Klage des Jakob Flückiger auch dann gutzuheissen gewesen, wenn Wüst bei der Erhebung der 11,000 Fr. im Besitze von echten Vollmachten sämtlicher Intestaterben gewesen wäre, und würde die Beklagte von ihrer Verpflichtung zur Entrichtung jenes Betrages an die Erbengemeinschaft auch dann nicht befreit sein, wenn jener das Geld den gesetzlichen Erben abgeliefert hätte, diese es aber entgegen Art. 602 und 653 ZGB für sich behalten hätten, so erweist es sich als unerheblich, ob die Beklagte wegen der Art und Weise, wie Wüst in der ganzen Angelegenheit vorging, begründeten Anlass gehabt hätte, Verdacht zu schöpfen. Dem Kläger Jakob Flückiger gegenüber ist sie nicht deshalb zur nochmaligen Zahlung verpflichtet, weil sie die Unterschriften auf den ihr von Wüst vorgewiesenen Vollmachten nicht auf ihre Echtheit prüfte, oder weil sie sich nicht darüber vergewisserte, dass der Genannte das Geld auch wirklich an die einzelnen Vollmachtgeber abliefern werde, sondern deshalb, weil sie ihre Verpflichtung, nur an einen Vertreter sämtlicher Erben Zahlung zu leisten, nicht erfüllt hat, und weil das

von ihr dem Vertreter einzelner Erben bezahlte Geld auch nicht etwa auf einem Umwege dennoch in den Besitz der Erbengemeinschaft gelangt ist. Auf eine Prüfung der Frage, ob die Beklagte in dem von ihr dem Gemeindegemeindeführer Wüst geschenkten Vertrauen zu weit gegangen sei, ist daher nicht einzutreten, und aus demselben Grunde ist auch nicht zu untersuchen, ob die Kläger und Widerbeklagten ihrerseits Anlass gehabt hätten, die Beklagte vor Wüst zu warnen. Ausschlaggebend ist, dass die Beklagte ihrer Verpflichtung, die 11,000 Fr. an « die Erben des Joh. Jakob Schär » zu zahlen, tatsächlich nicht nachgekommen ist, ferner dass es ihre Sache war, die Erben zu ermitteln — es sei denn, dass sie sich eine amtliche Erbenbescheinigung, wie sie auch abgesehen von Art. 559 erhältlich sein muss (« Erläuterungen » 2. Aufl. I S. 435), oder aber ein vom Kläger Jakob Flückiger selbst aufgestelltes oder als richtig anerkanntes Erbenverzeichnis übergeben liess, was indessen nicht der Fall ist, — endlich, dass weder der Kläger und Widerbeklagte Jakob Flückiger, noch irgend einer der übrigen Kläger und Widerbeklagten sie über die Frage, wer die Erben seien, getäuscht hat. Eine solche Täuschung kann insbesondere darin nicht gefunden werden, dass die Kläger und Widerbeklagten N° 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 und 10 je eine der von Wüst verwendeten Vollmachten unterzeichneten, ohne sich darüber zu vergewissern, dass Wüst die Einholung der Unterschriften sämtlicher Intestat- und Testamentserben beabsichtige. Ist auch, entgegen der Auffassung der Klagpartei, nicht anzunehmen, dass die einzelnen Erben die betreffenden Vollmachten unter der « stillschweigenden Bedingung » der Erteilung entsprechender Vollmachten seitens aller übrigen Erben unterzeichneten, so haben sie sich darin doch nicht als « die Erben », d. h. als die einzigen Erben des Joh. Jakob Flückiger « geriert », wie die Beklagte behauptet, sondern sie haben sich nur als « Erben »

(*verbis* : « Die unterzeichneten Erben », « Die Unterzeichneten, als Erben.... », « Die Unterzeichnete, als Erbin.... ») bezeichnet und es im Uebrigen der Beklagten überlassen, zu prüfen, ob sie auf Grund der ausgestellten, bzw. noch auszustellenden Vollmachten zur Zahlung an Wüst berechtigt sei, bzw. berechtigt sein werde. Die Beklagte aber kann sich, wenn sie diese Frage unrichtig beantwortet hat, auf ihren Rechtsirrtum ebensowenig berufen, wie jeder andere Schuldner oder Drittschuldner, der am unrichtigen Orte gezahlt hat.

7. — Aus dem Gesagten ergibt sich einerseits die Gutheissung der Klage des Jakob Flückiger, anderseits die Abweisung der Widerklage, soweit diese nicht von der Vorinstanz — im Sinne einer der Beklagten für die rechtsgültige Zahlung der 11,000 Fr. geschuldeten, übrigens selbstverständlichen Gegenleistung (Einwilligung in die Löschung oder Reduktion der Kaufbriefschuld von 11,000 Fr.) — teilweise gutgeheissen worden ist.

Von einem Handeln wider Treu und Glauben, im Sinne des von der Beklagten in ihrer Berufungserklärung für sich in Anspruch genommenen Art. 2 Abs. 1 ZGB, sowie ihrer Ausführungen in der Klagbeantwortungsschrift, kann im vorliegenden Falle nicht gesprochen werden; ebensowenig von einem Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 Abs. 2. Der Kläger Jakob Flückiger ist durch den Fortbestand seiner Haftung gegenüber der Erbengemeinschaft, neben seiner Haftung gegenüber der Beklagten auf Grund der neuen Grundpfandverschreibung, tatsächlich um 11,000 Fr. geschädigt; die Erbengemeinschaft aber würde ihrerseits denselben Schaden erleiden, wenn sie, ohne in den Besitz jener Summe gelangt zu sein, den Beklagten aus seiner Schuldpflicht entlassen würde. Die einzige mit den Grundsätzen über Treu und Glauben vereinbare Lösung besteht somit darin, dass die Beklagte den von ihr zu Unrecht an Wüst bezahlten Betrag zu Händen der Berechtigten nochmals bezahle.

**Demnach hat das Bundesgericht
erkannt :**

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 12. Februar 1915 bestätigt.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

26. Arrêt de la II^e section civile du 5 mai 1915 dans la cause
Wenker, défendeur, contre Rothacher, demandeur.

Art. 674, 685 et 686 CCS. Construction élevée en dehors des distances légales; demande du propriétaire tendant à la constitution d'une servitude obligeant le propriétaire du fonds voisin à tolérer le maintien de la construction. Droit fédéral applicable malgré que la construction soit antérieure à l'entrée en vigueur du CCS. Application par analogie des règles sur l'empiètement sur fonds d'autrui. Nature réelle des droits dérivant de l'empiètement. Conditions de l'exercice de ces droits : notion de la bonne foi du constructeur.

Le mur de la maison du défendeur Wenker est construit à la limite du fonds du demandeur Rothacher. Dans cette façade trois fenêtres ont été pratiquées en 1902-1903, alors que l'immeuble appartenait à César Minini; ce travail a été fait avec l'assentiment de Michel Minini, frère de César, qui alors était propriétaire du fonds appartenant aujourd'hui à Rothacher. Aucune servitude n'a été constituée, quoique l'ouverture des fenêtres fût contraire à l'art. 528 du CC neuchâtelois qui disposait que « nul ne peut avoir des vues droites... sur le fonds de son voisin s'il n'y a trois pieds (90 cm.) de distance entre le mur où on les pratique et le dit fonds ». La loi neuchâteloise d'introduc-