

campagne, mais il en est resté éloigné pendant au moins vingt-cinq ans, c'est-à-dire de 1914/1915, au plus tard, jusqu'à 1939, alors qu'il était dans la force de l'âge, et ses occupations n'avaient aucun rapport avec l'état d'agriculteur. C'est à 54 ans seulement qu'il a repris contact avec la terre et cela moins par attachement ou par goût, semble-t-il, que dans l'idée de se procurer un gagne-pain plus sûr. On ne peut donc pas dire que son passé l'ait réellement préparé à la vie d'un campagnard.

Mais il y a plus encore. Le recourant est seul, il n'a pas d'enfant et comme il est en mauvais termes avec les siens il devrait forcément, si on lui donnait gain de cause, recourir à la main-d'œuvre étrangère c'est-à-dire payer ses aides. Cela ne serait pas non plus en soi une raison suffisante pour refuser l'attribution d'un domaine, mais cette considération doit cependant entrer en ligne de compte lorsque la capacité du requérant étant déjà douteuse, il existe — comme en l'espèce — d'autres enfants non moins disposés à se charger de l'exploitation, au moins aussi qualifiés que lui et, qui plus est, en situation de le faire dans des conditions plus favorables. En effet le but de l'art. 620 n'est pas seulement de prévenir un morcellement des terres; c'est aussi d'assurer le maintien d'une classe paysanne de condition moyenne à l'abri du besoin, et l'expérience démontre que la forme d'exploitation la meilleure pour cela est celle dans laquelle le chef de l'entreprise trouve dans sa famille même les concours nécessaires. C'est du reste précisément à cause de la nécessité où se trouverait le recourant d'engager du personnel étranger que l'expert a relevé que l'exploitation du domaine par lui serait « anormalement fragile ». Il est de fait qu'on ignore quelle est exactement la situation financière du recourant et comment, en cas de besoin, il se procurerait les fonds qui lui seront nécessaires, au début tout au moins, pour assurer la marche de l'affaire. Il est donc parfaitement compréhensible, dans ces conditions, que le Tribunal de la Glâne ait jugé plus indiqué d'attribuer le

domaine aux deux sœurs du recourant. Cette décision ne viole aucune disposition de la loi fédérale et le recours doit donc être rejeté.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est rejeté et le jugement attaqué est confirmé.

**4. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. März 1944  
i. S. Beutter gegen Beutter und Konsorten.**

*Ausgleichung.*

Art. 626 Abs. 2 ZGB : Ausgleichungspflicht des Nachkommen für ein *verjährtes Darlehen* des Erblassers (Erw. 1).  
Art. 633 ZGB (Lidlohn) : Das Kind kann als Ausgleich höchstens das verlangen, was ihm die *gleiche Arbeit* für einen fremden Dienstherrn eingetragen hätte (Erw. 2 a).  
« *Billige Ausgleichung* » : Das Kind muss sich von den Eltern empfangene Zuwendungen anrechnen lassen (Erw. 2 b).

*Rapport.*

Art. 626 al. 2 CC : Obligation du descendant de rapporter un *prêt prescrit* du de cuius (consid. 1).  
Art. 633 : L'enfant majeur peut réclamer au maximum une indemnité correspondant au gain que lui aurait procuré le *même travail* fait pour un employeur étranger (consid. 2 a).  
« *Indemnité équitable* » : L'enfant doit laisser imputer sur sa créance les avantages faits en sa faveur par ses parents (consid. 2 b).

*Collazione.*

Art. 626 cp. 2 CC : Obbligo del discendente di conferire un *prestito prescritto* fattogli dal de cuius (consid. 1).  
Art. 633 CC : Il figlio maggiorenne può esigere al massimo un compenso eguale al guadagno che gli avrebbe procurato lo *stesso lavoro* fatto per un padrone estraneo (consid. 2 a).  
« *Equo compenso* » : Il figlio deve lasciare imputare sul suo credito le liberalità ricevute dai suoi genitori (consid. 2 b).

A. — Die am 5. September 1938 verstorbene Frau Marie Beutter-Knuchel in Münsingen, die ihren im Jahre 1935 vorverstorbenen Ehemann beerbt hatte, hinterliess als gesetzliche Erben 10 Kinder bzw. deren Nachkommen. Die Teilung des vom Erbschaftsliquidator Notar Wyler auf Fr. 31,600.— bezifferten Aktivnachlasses gab Anlass zu Differenzen unter den Erben. Der Sohn Gustav Arnold Beutter reichte im September 1941 gegen seine Miterben

mit Ausnahme zweier Brüder, die seinen Standpunkt teilten, Klage ein mit dem Begehren auf Teilung unter Zugrundelegung eines in zahlreichen Punkten modifizierten Nachlassbestandes, wovon heute nur noch zwei Posten streitig sind :

1) Der Kläger verlangt, dass seine Schwester Frau Frieda Vianin-Beutter einen laut Schuldanererkennung vom 10. März 1928 vom Vater erhaltenen Betrag von Fr. 500.— sich anrechnen lassen müsse.

2) Der Kläger macht gegen den Nachlass eine Forderung von Fr. 11,500.— geltend.

Mit Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern vom 16. September 1943 ist der Kläger in beiden Punkten abgewiesen, das Reinvermögen der Erbschaft auf Fr. 33,660.— und der Erbteil des Klägers sowie der übrigen Erbenstämme auf je Fr. 3366.— festgesetzt, und mit der Durchführung der Teilung Notar Riette in Münsingen beauftragt worden ; die Gerichtskosten wurden zu 2/3 dem Kläger und zu 1/3 den Beklagten solidarisch auferlegt und die Parteikosten wettgeschlagen.

B. — Mit der vorliegenden Berufung hält der Kläger an den genannten zwei Klagebegehren fest ; eventuell verlangt er Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung. Die Berufungsbeklagten tragen auf Bestätigung des Urteils an.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Laut Schuldanererkennung vom 10. März 1928 hatte Frau Vianin-Beutter vom Vater Fr. 500.— als Darlehen erhalten gegen einen Zins von 5 %. Nach der Klage konnte fraglich erscheinen, ob der Kläger die Ausgleichung einer Zuwendung oder die Bezahlung einer Schuld an die Erbschaft verlangen wollte. Der Anspruch figuriert zwar in der Klage unter dem Obertitel « Vorempfänge » ; im Text wird jedoch verlangt, « dass folgende Vorempfänge und Darlehen in Berücksichtigung gezogen werden », und

unter lit. a) wird nicht präzisiert, unter welchem Titel Frau Vianin nach Auffassung des Klägers die Fr. 500.— erhalten hat und ihre Rückgabe schulde. Im Verlaufe des Prozesses (Verhandlung vom 6. März 1942) führte der Kläger aus : « Frau Vianin erhielt die Fr. 500.— nicht als Aussteuer, sondern als Erbschaftsvorschuss », woraus hervorgeht, dass er jedenfalls seine Schwester nicht zur Rückzahlung eines ihr vom Vater gewährten Darlehens an die Erbschaft anhalten will. Vor dem Appellationshof erklärte er dann ausdrücklich, dass er sich, trotzdem der Charakter der Zuwendung als Darlehen aus der Quittung und aus der Korrespondenz der Frau Vianin mit den Eltern klar hervorgeht, deshalb nicht auf den Boden einer Darlehensforderung der Erbschaft stelle, weil er mit der Erhebung der Einrede der Verjährung rechnete, welche nach der Vorinstanz im April 1938 eingetreten war. Ob dies der Fall war und ob nicht die Verjährung durch die Schuldanererkennung des Ehemannes Vianin vom Jahre 1931 unterbrochen worden wäre, kann indessen dahingestellt bleiben, weil der Anspruch des Klägers, wenn nicht aus Darlehen, so auf Grund der Ausgleichungspflicht geschützt werden muss.

Art. 626 Abs. 1 ZGB unterstellt der Ausgleichungspflicht des gesetzlichen Erben alle Zuwendungen, bezüglich deren der Erblasser die Anrechnung auf den Erbanteil positiv angeordnet hat. Eine solche Anordnung wäre bei der Hingabe eines Darlehens des Erblassers an einen gesetzlichen Erben möglich im Sinne einer Vereinbarung dahin, dass, wenn der Vater vor Rückzahlung des Darlehens stirbt, das Geld auf den Erbteil anzurechnen ist. Eine derartige Abmachung ist jedoch vorliegend nicht behauptet. Art. 626 Abs. 2 sodann regelt den Hauptanwendungsfall des Vorbezuges, gewisse Zuwendungen des Erblassers an seine Nachkommen, bezüglich deren die Absicht der Gleichbehandlung vermutet wird und daher die Ausgleichungspflicht von Gesetzes wegen besteht. Bei den in Abs. 2 genannten wichtigsten Zuwendungsgeschäften

— Heiratsgut, Ausstattung, Vermögensabtretung, Schuld-erlass — handelt es sich um unentgeltliche Zuwendungen, also um Rechtsgeschäfte des Erblassers, durch die dessen Vermögen vermindert und dasjenige des Nachkommen vermehrt wird. Unter diesen Begriff lässt sich allerdings eine Vermehrung des Vermögens des Nachkommen dadurch, dass der Erblasser ein diesem gewährtes Darlehen verjähren lässt, nicht subsumieren. Die Hingabe des Darlehens ist wohl eine Zuwendung, aber keine unentgeltliche, da der Geber eine entsprechende Forderung auf Rückgabe erwirbt. Andererseits hat der Eintritt der Verjährung dieser Forderung zwar zur Folge, dass die Vermögensverschiebung zugunsten des Nachkommen und auf Kosten des Erblassers definitiv ohne Äquivalent bleibt, also im Effekt « unentgeltlich » wird ; aber es fehlt nicht nur an einer positiven Rechtshandlung des Erblassers, sondern das Verjährenlassen kann ohne einen dahingehenden Willen auf blossem Versehen desselben beruhen. Insbesondere ein Schulderlass kann im blossen Verjährenlassen einer Forderung nicht erblickt werden, weil der Erlass ein Vertrag ist, also eine Willenseinigung zwischen Erblasser und Nachkommen voraussetzt (BGE 69 II 377). Es fragt sich, ob in einem solchen Falle der Umstand, dass das Element der rechtsgeschäftlichen Zuwendung einerseits und des Eintritts einer Begünstigung des Nachkommen andererseits nach Zeitpunkt und Rechtsgrund auseinanderfallen, die Unterstellung unter die Ausgleichungspflicht verunmöglicht. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Art. 626 Abs. 1 und 2 nur von « Zuwendung » schlechthin, nicht von *unentgeltlicher* Zuwendung spricht. Wohl schliessen die in Abs. 2 beispielsweise genannten Zweckbestimmungen bzw. Mittel der Zuwendungen die Unentgeltlichkeit derselben in sich ; die Zuwendung an sich jedoch ist begrifflich keineswegs unentgeltlich, und die Erweiterung der namentlich genannten Fälle von Zuwendungen durch die Beifügung « und dergleichen » erleichtert die Subsumption von Zuwendungen, die nicht als

solche, von Anfang an unentgeltlich waren. Entscheidend ist nicht die rechtliche Form des Vermögensübergangs, sondern das wirtschaftliche Moment, dass das Vermögen des Nachkommen aus demjenigen des Erblassers eine Vermehrung erfahren hat, ohne dass damit eine Begünstigung des Empfängers über den Erbfall hinaus gegenüber seinen Mitnachkommen vom Erblasser ausdrücklich gewollt wäre. Eine solche Begünstigung wird durch Verjährenlassen einer Forderung gegenüber dem Erben tatsächlich bewirkt, ungeachtet des Fortbestehens einer Naturalobligation. Art. 626 Abs. 2 fusst auf der Vermutung, dass des Erblassers Wille ohne gegenteilige Anordnung dahin gehe, sein Vermögen allen Nachkommen gleichmässig zugute kommen zu lassen. Wenn der Erblasser einem Nachkommen ein Darlehen gibt, steht dieses Geschäft zweifellos der Absicht einer endgültigen Begünstigung des Empfängers weniger nah als eine der in Abs. 2 genannten unentgeltlichen Zuwendungen. Er wählt trotz der nahen Verwandtschaft mit dem Empfänger und dessen daherigem gesetzlichen Erbrecht die Form des Darlehens in der Regel deshalb, um sich die Möglichkeit vorzubehalten, zu seinen Lebzeiten die Zuwendung, falls er deren Wert selber nötig haben sollte, wieder zurückzuverlangen. Würde nach Eintritt der Verjährung die Ausgleichungspflicht verneint, so würde gerade der gegenteilige Endeffekt erzielt : der Nachkomme könnte die Summe unangerechnet behalten, die er, falls er sie als *unentgeltliche* Zuwendung erhalten hätte, ausgleichen müsste ; er wäre endgültig begünstigt, gerade weil ihm der Erblasser nichts schenken wollte.

Im vorliegenden Falle geht aus den Akten hervor, dass die Beziehungen zwischen den Eltern Beutter und der Tochter Frau Vianin sehr gespannt waren ; offenbar deshalb liess sich der Vater zur finanziellen Aushilfe nur in der Form eines Darlehens und nicht einer Schenkung auf Anrechnung herbei. Eben diesem Umstand hätte nun die Tochter eine endgültige Bevorzugung vor den übrigen Geschwistern zu verdanken, denen gegenüber der Vater

möglicherweise freigebiger gewesen wäre. Es lässt sich nicht einwenden, dass eine solche Vermögensverschiebung durch Verjährenlassen einer Forderung auch zugunsten eines dritten Schuldners des Erblassers eintreten kann, dem gegenüber als Nichterben eine Ausgleichung bei der Erbteilung nicht in Frage kommt. Denn es macht doch einen wesentlichen Unterschied aus, ob es sich beim Schuldner des Erblassers um einen Dritten oder um einen Nachkommen mit gesetzlichem Erbrecht handelt. Einem Dritten gegenüber wird das Verjährenlassen einer Forderung, was den Willen des Gläubigers anbelangt, mit seltenen Ausnahmen auf Nachlässigkeit beruhen; und vom Standpunkt der Erben aus betrachtet, ist es einfach ein Verlust für die Hinterlassenschaft, der aber den Grundsatz der präsumptiven Gleichstellung der Nachkommen nicht berührt, weil er alle gleichmässig trifft. Einem Nachkommen gegenüber lässt sich das Unterbleiben einer Betreibung zwecks Unterbrechung der Verjährung aus andern Motiven erklären, deren Vorliegen die Regel bilden wird und vermutet werden darf. Ein Vater, der einem Sohne zur Gründung oder zur Rettung seiner Existenz ein Darlehen zu gewähren sich bewogen fühlt, wird dieser Forderung nicht die gleiche Wachsamkeit widmen wie der Forderung gegen einen Dritten und insbesondere nicht daran denken, den Sohn, auch wenn ihm die Rückzahlung nicht möglich ist, zu betreiben, um die Verjährung zu verhindern. Dem Übersehen dieser Notwendigkeit seitens des Gläubigers wird in vielen Fällen gerade dadurch Vorschub geleistet werden, dass er der Meinung lebt, der Ausgleich werde bei der Erbteilung stattfinden, er brauche der Forderung daher nicht die sonst übliche Vigilanz zu widmen.

Die Unbilligkeit der von der Vorinstanz in Übereinstimmung mit ihrer bisherigen Rechtsprechung (vgl. ZbJV 78, S. 524) angenommenen Lösung der Verneinung der Ausgleichungspflicht ist im vorliegenden Falle weniger auffällig, weil das verjährte Darlehen nur einen kleinen Bruchteil des ausserdem vorhandenen Aktivnachlasses

ausmacht. Wenn aber ein Vater einem Sohne z. B. zwecks Eröffnung eines Geschäftes, Einrichtung einer Praxis o.dgl. einen wesentlichen Teil seines Vermögens als Darlehen gibt und im Hinblick auf die Sohnes- und Erben-eigenschaft des Schuldners den Eintritt der Verjährung zu seinen Lebzeiten nicht verhindert, so müssten die übrigen Kinder beim Erbfall nicht nur sich mit dem beim Vater verbliebenen Vermögensrest begnügen, sondern überdies den Borger noch für seinen Anteil daran partizipieren lassen, und zwar auch auf Kosten ihres (unter Einrechnung des Vorbezugs ermittelten) Pflichtteils, was das elementare Rechtsgefühl als stossend empfindet. Eine befriedigende Lösung kann zwar nicht auf Grund von Art. 614 ZGB dadurch gefunden werden, dass bei der Teilung dem Darlehensempfänger die durch die Verjährung dubios gewordene Darlehensforderung zugewiesen wird; denn die verjährte Forderung kann eben nicht mehr *als Forderung* unter die Erbschaftsaktiven gerechnet werden. Wohl aber rechtfertigt sich die Unterstellung der Darlehenssumme als einer praktisch zum Vorbezug *gewordenen* Vermögensübertragung unter die Ausgleichungspflicht auf Grund einer sinngemässen Erweiterung des Begriffs der Zuwendung in Art. 626 Abs. 2. Dabei ist nicht zu verkennen, dass die Grenzziehung in gewissen Fällen zu Schwierigkeiten führen kann, weil eine faktische Begünstigung eines Nachkommen nicht nur durch Verjährenlassen von Darlehens-, sondern auch z. B. von Mängelhaftungs-, Schadenersatz- oder Bereicherungsansprüchen oder durch Versäumung einer Präklusivfrist zustandekommen kann. Wieweit aber solche Tatbestände noch eine Subsumtion unter den im dargelegten Sinne weiter gefassten Begriff der Zuwendung ertragen, kann hier dahingestellt bleiben.

Die Ausgleichung des Darlehensbetrags zufolge der vorliegenden Klage hat nur zugunsten des Klägers zu erfolgen, dessen Erbteil sich dadurch um Fr. 50.— erhöht, während derjenige der Beklagten Frau Vianin sich um denselben Betrag reduziert.

2. — Der Kläger macht sodann gegenüber der Erbmasse eine Forderung von Fr. 11,500.— geltend, die sich wie folgt zusammensetzt :

|   |              |
|---|--------------|
| a) Für Arbeiten in Haus und Garten der Mutter in den Jahren 1935-1938 . . .   | Fr. 3,000.—  |
| b) Für Verdienstausfall während der Krankheit der Mutter von 3 Monaten in den Jahren 1936 und 1938 . . . . .                  | » 2,700.—    |
| c) Für Arbeit seiner Angestellten Frl. Küffer in Haushalt, Garten und Krankenpflege 1937-1938 . . . . .                       | » 800.—      |
| d) Entwertung des Geschäfts des Klägers zufolge Verhinderung an der Reisetätigkeit während der Krankheit der Mutter . . . . . | » 5,000.—    |
|   | <hr/>        |
|   | Fr. 11,500.— |

Es steht fest, dass der Kläger während der letzten Lebensjahre der Mutter in deren Hause in einigen von ihr um den Preis von Fr. 800.— pro Jahr gemieteten Zimmern lebte und mit Hilfe einer Angestellten, Frl. Küffer, einen Teehandel betrieb. Während dieser Zeit leistete er der Mutter erhebliche Dienste, indem er, hauptsächlich abends und an Samstagen, den (im übrigen von zwei Gärtnern im Taglohn besorgten) Garten betreute, Ausbesserungsarbeiten am Hause ausführte, vor allem während ihrer Krankheiten die Mutter mit grosser Hingabe pflegte und auch seine Angestellte etwa mit der Hälfte ihrer Arbeitszeit sich dieser Haushalts- und Pflorgetätigkeit widmen liess. Diese häusliche Inanspruchnahme nötigte den Kläger zu einer Einschränkung seiner geschäftlichen, insbesondere der Reisetätigkeit, woraus ein von der Vorinstanz auf Grund einer Expertise zwar nicht bezifferter, aber als erheblich bezeichneter Rückgang des Umsatzes resultierte.

Die Vorinstanz hat anerkannt, dass der Kläger die ihm

seiner Mutter gegenüber obliegenden, nicht bloss moralischen, sondern gesetzlichen (Art. 271 ZGB) Sohnespflichten getreulich erfüllt hat, eine daherige Forderung an die Erbschaft jedoch verneint. Es ist ihr darin beizupflichten.

Auf einen ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Dienstvertrag mit der Mutter kann sich der Kläger nicht berufen und tut es auch nicht. Ein Vertragsverhältnis kann auch nicht gemäss Art. 320 Abs. 2 OR als bestehend angenommen werden, da es sich bei den von ihm geleisteten Diensten keineswegs um solche handelt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (BGE 67 II 203). Die Tätigkeit des Klägers findet vielmehr ihre ganz natürliche Erklärung und Rechtfertigung in dem Verhältnis der Verbundenheit und Anhänglichkeit, das zwischen ihm und seiner Mutter bestand. Ebenso wenig kommt eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung in Frage, weil die erbrachte Leistung nicht ohne Rechtsgrund, sondern in Erfüllung eben der sittlichen und rechtlichen Beistandspflicht zwischen Kindern und Eltern gemäss Art. 271 ZGB erfolgte.

a) Unter dem allein ernstlich in Frage kommenden Titel der Ausgleichsforderung nach Art. 633 ZGB fallen zum vornherein einzelne der geltend gemachten Forderungsposten ausser Betracht. Das mündige Kind, das seine Arbeit oder sein Einkommen in gemeinsamem Haushalte den Eltern zugewendet hat, kann als Ausgleich gemäss Art. 633 höchstens das verlangen, was ihm die gleiche Arbeit eingetragen hätte, wenn es sie einem fremden Dienstherrn geleistet hätte (BGE 52 II 111). Es kann seinen Miterben nicht in Rechnung stellen, was ihm eine ganz andersartige Tätigkeit eingebracht hätte, die auszuüben es die Arbeit für die Eltern verhindert hat. Ein Sohn, der im elterlichen Bauerngewerbe gearbeitet hat, kann von seinen Miterben nicht einen Ausgleich dafür verlangen, was er z. B. in einer Beamten- oder kaufmännischen Stellung, die er sonst hätte einnehmen können, erspart hätte.

Demnach hätte der Kläger für die in Haushalt und Garten seiner Mutter geleisteten Dienste höchstens auf einen dem Lohn eines Hausangestellten, Krankenpflegers oder Gärtners entsprechenden Ausgleich Anspruch. Damit fallen ohne weiteres die mit dem Handelsgeschäft des Klägers zusammenhängenden Forderungsposten b) und d) dahin.

b) Aber auch die verbleibenden Posten erweisen sich als unbegründet, wenn berücksichtigt wird, dass Art. 633 nur eine « billige Ausgleichung » für die geleisteten Dienste vorsieht. Mit Recht findet die Vorinstanz, der Kläger habe diesen Ausgleich bereits in anderer Form erhalten. Sie stellt fest, dass sowohl der Kläger selbst als seine Angestellte Frl. Küffer im Haushalt der Mutter Beutter ohne Bezahlung die Kost bezogen, Frl. Küffer zudem auch das Logis, also offenbar nicht in den vom Kläger gemieteten Räumen. Überdies hat dieser von der Mutter verschiedene Zuwendungen erhalten (ein Zimmermobilier, Schreibmaschine, goldene Uhr, Erlass eines Jahresmietzinses von Fr. 800.—). Alle diese Vorteile zusammengenommen stellen einen angemessenen Gegenwert für die effektiv geleisteten Dienste dar, sodass eine weitere Ausgleichung nicht mehr gerechtfertigt erscheint. Es ist möglich, ja wahrscheinlich, dass diese Dienste den Kläger weitergehende Opfer gekostet haben; aber Art. 633 trägt diesem Umstand nicht Rechnung.

Ist mithin der Anspruch wegen der Natur der Forderungsposten bzw. wegen bereits erfolgten Ausgleichs nicht begründet, kann dahingestellt bleiben, ob Art. 633 überhaupt anwendbar ist, trotzdem der Kläger in von ihm gemieteten, von denen der Mutter getrennten Zimmern wohnte, also in dieser Hinsicht der Haushalt kein « gemeinsamer » war.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen in dem Sinne, dass die Beklagte Frau Vianin-Beutter das Darlehen von Fr. 500.— dem Kläger gegenüber zur Ausgleichung bringen

muss, das Teilungsbetreffnis des Klägers daher auf Fr. 3416.— und dasjenige der Beklagten Frau Vianin auf Fr. 3316.— festgesetzt wird. Im übrigen wird die Berufung abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt, auch im Kostenpunkt.

### III. SACHENRECHT

#### DROITS RÉELS

##### 5. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. Januar 1944 i. S. Bezirksgemeinde Ennetbürgen gegen Bürgenstockbahn A.-G. und Konsorten.

1. Strasse über private Grundstücke auf Grund (altrechtlicher) *Wegrechts-Personalservituten* mit der Befugnis des Servitutsberechtigten, das Recht auch auf Dritte zu übertragen. Der Berechtigte kann gestützt darauf durch Vertrag mit der Gemeinde die Strasse dem öffentlichen Verkehr freigeben; nicht aber dem *öffentlichen Automobilverkehr*, wenn nach Inhalt der um 1875 errichteten Dienstbarkeiten (stillschweigend) die Übertragbarkeit in dem Sinne begrenzt ist, dass den Grundeigentümern keine *übermässige Belastung* erwachse (Art. 1, 17, 18 SchlT/ZGB; Art. 83 OG).
  2. Vorinstanzliche Feststellung über wirklichen *Vertragswillen* ist für das BG unverbindlich, wenn dabei von unrichtigem Begriff des Willens ausgegangen wurde (Erw. 2 a).
1. *Servitude personnelle de passage* sur le domaine privé, constituée sous l'empire de l'ancien droit et comportant la faculté pour le propriétaire du fonds dominant d'en céder le bénéfice à un tiers. Le bénéficiaire de la servitude peut en pareil cas s'obliger par un contrat avec la Commune à permettre l'utilisation de la route par le public, mais non pas l'ouvrir à la *libre circulation des automobiles*, lorsque d'après l'acte constitutif de la servitude, passé environ 1875, il était tacitement entendu que la cession ne devrait pas entraîner une *charge excessive* (art. 1, 17, 18 Tit. fin. CC; 83 OJ).
  2. Les constatations de la juridiction cantonale touchant la *volonté des contractants* ne lient pas le Tribunal fédéral lorsqu'elles impliquent une fausse notion de la volonté (consid. 2 a).
1. *Servitù personale di passo* su fondi privati costituita in base al vecchio diritto, con la facoltà pel proprietario del fondo dominante di cessione ad un terzo. Il beneficiario della servitù può obbligarsi mediante contratto con il comune a permettere