

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 Zimmermobiliar, 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

l'utilizzazione della strada da parte del pubblico, ma non ad aprirla alla *libera circolazione delle automobili*, se, giusta l'atto di costituzione della servitù stipulato verso il 1875, era tacitamente inteso che la cessione non avrebbe dovuto portare seco *un onere eccessivo* (art. 1, 17, 18 del Titolo finale del CC ; 83 OGF).

2. Gli accertamenti della giurisdizione cantonale circa la *volontà dei contraenti* non vincolano il Tribunale federale se implicano un'errata nozione della volontà (consid. 2 a).

A. — In den Jahren nach 1875 erstellten die Hoteliers Bucher & Durrer, Eigentümer der Bürgenstockhotels, zur Fortsetzung der Strasse Stansstad-Obbürgen-Bürgenstockhotels das Teilstück Bürgenstock-Honegg-Breitholz (Ennetbürgen). Bis in die Gegend des heutigen Hotels Waldheim verlief die Strasse auf dem eigenen Land der Ersteller, während für die Strecke Waldheim-Breitholz fremder Grund und Boden in Anspruch genommen wurde. Die Berechtigung zum Strassenbau auf diesem Gebiet verschafften sich Bucher & Durrer durch sog. Konzessionsverträge mit den Grundeigentümern, und zwar auf der Strecke Waldheim-Honegg mit Joseph Odermatt (Vertrag vom 19. Dezember 1873), Remigi Mathis (Vertrag vom 24. Dezember 1873) und Clemenz Barmettler (Vertrag vom 22. April 1875). In diesen Verträgen wird Bucher & Durrer das Recht zur Erstellung und Benützung einer 12 Fuss breiten Strasse eingeräumt, wobei sich die Landeigentümer vorbehalten, diese für die Bedürfnisse ihrer Liegenschaften ebenfalls zu benützen. Im Vertrage mit Remigi Mathis ist ferner bestimmt, dass Bucher & Durrer das Recht haben, die Strasse nach Belieben durch Dritte brauchen zu lassen.

Am 1. September 1920 kam zwischen der Bezirksgemeinde Ennetbürgen, vertreten durch den Präsidenten Alois Risi und den Sekretär Gottfried Odermatt, einerseits und der ersten Rechtsnachfolgerin von Bucher & Durrer, der Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer andererseits, ein Vertrag zustande, durch welchen die Gemeinde das Strassenteilstück Honegg-Breitholz übernahm. Bei dieser Gelegenheit wurde vereinbart (Art. 2), dass die ganze Strecke vom Breitholz über Bürgenstock bis nach Obbürgen,

also einschliesslich des auf den genannten drei Grundstücken verlaufenden Teilstückes Honegg-Waldheim, mit gewissen Einschränkungen dem öffentlichen Verkehr offenzuhalten sei. Das gleiche wurde bestimmt bezüglich der Strecke Obbürgen-Stansstad, soweit der Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer an diesem Strassenstück ein Verfügungsrecht zustand. Für die bestehenden Konkurrenzhotels (Waldheim, Honegg, Mattgrat, Trogen) wird dieses Verkehrsrecht auf den « heutigen Umfang » beschränkt ; bei Erweiterung dieser Hotels oder für neugegründete wird die Benützung der Strecke Breitholz-Honegg-Bürgenstock-Obbürgen an die Bewilligung der Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer geknüpft. In Art. 3 werden auf der dieser Gesellschaft gehörenden Strecke (also Honegg-Bürgenstock) der Omnibusverkehr, ebenso während der Saison sehr schwere sowie für den Fremdenverkehr lästige Fahren, unter Vorbehalt bestehender Rechte, verboten ; « dagegen ist die Strasse innert der oben angeführten Beschränkungen und mit Erlaubnis der zuständigen Behörden für den Automobilverkehr freigegeben » (Art. 3 Abs. 3).

Am 22. Mai 1937 bewilligte die Obergerichtskommission Nidwalden den nunmehrigen Eigentümern der drei belasteten Grundstücke, nämlich der Bürgenstockbahn A.-G. (Rechtsnachfolgerin des C. Barmettler), dem Dr. Karl Zbinden (Rechtsnachfolger des Remigi Mathis) und dem Otto Blättler (Rechtsnachfolger des J. Odermatt) Klageprovokationen, durch welche jedermann, der an ihren Liegenschaften ein Fahrwegrecht beanspruchen wollte, unter Androhung des Rechtsverlustes aufgefordert wurde, bis zum 15. Juni 1937 seine Ansprüche klageweise geltend zu machen. Das veranlasste u. a. die Bezirksgemeinde Ennetbürgen zur Einreichung der vorliegenden Klagen gegen jeden der drei Provokanten mit dem Begehren : « Es sei entgegen der Provokation im Nidwaldner Amtsblatt vom 28. Mai 1937 gerichtlich zu erkennen, dass der Klägerschaft das unentgeltliche Recht zustehe, die durch das Grundstück des Beklagten führende Strasse frei und

ungehindert und jederzeit mit Fahrzeugen aller Art und als Fussweg zu benützen ». Alle drei Beklagten trugen auf Abweisung der Klage an.

*B.* — Während der Hängigkeit des Prozesses vor Kantonsgericht verfügte der Landrat des Kantons Nidwalden mit Beschluss vom 8. Oktober 1938, dass die Strasse von der Bahnstation Bürgenstock bis Honegg für den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr geöffnet sei; verkehrspolizeiliche und verkehrsbeschränkende Bestimmungen für diese Strasse erlasse der Regierungsrat. Diesen Landratsbeschluss fochten die Bürgenstock-Hotels A.-G. (Rechtsnachfolgerin der Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer) und die drei Beklagten Bürgenstockbahn A.-G., Zbinden und Blättler mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht an. Mit Urteil vom 16. Juni 1939 hat dessen staatsrechtliche Abteilung die Beschwerde im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und den Landratsbeschluss aufgehoben. In der Begründung wird ausgeführt, der Rekurs richte sich vor allem gegen die Verfügung, wonach die in Privateigentum stehende Strasse Bürgenstock-Honegg dem öffentlichen Verkehr gewidmet sein solle. Um ein Privatgrundstück zur Duldung eines öffentlichen Weges verpflichtet zu können, müsse sich der Staat auf einen allgemein verbindlichen Rechtssatz oder eine besondere Berechtigung stützen können. Eine für die Allgemeinheit, d. h. den öffentlichen Verkehr bestimmte Wegservitut könne auf einem öffentlichrechtlichen Erwerbgrund (z. B. Expropriation) oder einem privatrechtlichen (Vertrag oder Ersitzung) beruhen. Wenn Streit über den Bestand einer solchen Servitut herrsche, richte sich die Zuständigkeit nach dem Charakter der Rechtstitels, auf welchen sie gestützt werde. Werde die Servitut auf Grund eines privatrechtlichen Titels, z. B. eines Vertrags oder einer Ersitzung beansprucht, so habe der Zivilrichter zu entscheiden. Im vorliegenden Falle könne als Rechtstitel für ein öffentliches Wegrecht über die in Frage stehende Strasse nur ein Vertrag oder Ersitzung in Betracht kommen. Der Zivil-

richter habe daher zu entscheiden, ob der Strasseneigentümer den öffentlichen Verkehr unbeschränkt oder innerhalb gewisser Schranken und eventuell welcher zu dulden habe; insbesondere habe er auch darüber zu befinden, ob der « Gemeindevertrag » vom 1. September 1920 für die Strasseneigentümer verbindlich sei, sowie ob und eventuell unter welchen Beschränkungen dieser Vertrag die Behörden berechtige, die Strecke Bürgenstock-Honegg dem öffentlichen Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr zur Verfügung zu stellen. Ob in diesem Prozess der Kanton oder die Gemeinde das Interesse der Allgemeinheit zu vertreten habe, sei eine Frage des nidwaldnischen Verwaltungsrechts.

*C.* — Über die Klage der Bezirksgemeinde Ennetbürgen gegen die drei Provokanten erkannte das Kantonsgericht Nidwalden:

« 1. Die Klage wird, soweit sie ein Wegrecht auf der Strassenstrecke Bürgenstock-Honegg für die Allgemeinheit beansprucht, welches die bisherige, von den Beklagten stillschweigend und im Prozessverfahren ausdrücklich zugestandene Benutzungsweise übersteigt, abgewiesen.

Im Umfange aber, wie die fragliche Strassenstrecke Bürgenstock-Honegg bisher als Fuss- und Fahrweg, unbeanstandet von den Beklagten, benutzt wurde, wird der Anspruch der Klägerin zur Erlangung eines förmlichen Grunddienstbarkeitsrechtes auf den Grundstücken der Beklagten geschützt. »

*D.* — Gegen dieses Urteil appellierten die Klägerin unter Aufrechterhaltung ihres Klagebegehrens und die Beklagten mit dem Antrag auf Abweisung der Klage schlechthin.

Mit Urteil vom 13. Juli 1943 hat das Obergericht des Kantons Nidwalden die Rechtsbegehren beider Parteien in dem Umfange, wie sie gestellt worden, abgewiesen, das angefochtene Urteil aufgehoben und erkannt:

« 2. Der Vertrag zwischen der Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer-Bürgenstock und der Bezirksgemeinde Ennetbürgen vom 1./25. September 1920 wird für die drei Beklagten als Eigentümer ihrer Grundstücke sowie für ihre Rechtsnachfolger als verbindlich erklärt und demnach der Klägerschaft das Recht des öffentlichen Verkehrs auf der Strassenstrecke Honegg-Bürgenstock und zwar im Rahmen des genannten Vertrages zuerkannt.

3. Dagegen wird das Begehren der Klägerschaft, soweit es die Benutzung der Strassenstrecke Honegg-Bürgenstock auch mit Autos verlangt, abgewiesen, indem ihr dieses angeehrte Recht weder durch den Vertrag zwischen der Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer-Bürgenstock und der Bezirksgemeinde Ennetbürgen vom 1./25. September 1920 noch durch einen andern Rechts-erwerbstitel zugekommen ist. »

Unter Bezugnahme auf den Entscheid der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts wird in der Begründung ausgeführt, es könne sich lediglich fragen, ob durch Ersitzung oder Vertrag ein öffentliches Wegrecht über die im Eigentum der Beklagten stehende Strasse begründet worden sei. Durch die sog. Konzessionsverträge sei seinerzeit eine Dienstbarkeit begründet worden, kraft welcher Bucher & Durrer das Recht zur Strassenbenützung zugestanden habe. Diese unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts entstandene Dienstbarkeit sei gemäss Art. 17 SchlT/ZGB auch unter dem neuen Recht bestehen geblieben. Nach dem alten Recht habe die Möglichkeit bestanden, übertragbare Personalservituten beschränkten Umfangs formlos zu begründen; auch deren Übertragung sei an keine Form gebunden gewesen. Auch heute seien für die Übertragung solcher Rechte nicht die für die neuen Dienstbarkeiten geltenden Vorschriften massgebend. Übrigens vollziehe sich auch bei den unter dem neuen Recht begründeten Personalservituten die Übertragung unabhängig vom Grundbuch (LEEMANN, Komm. zu Art. 779 N. 48). Eine Übertragung könne allgemein nicht nur in der Ersetzung des Übertragenden durch den Erwerber unter Verlust jeglicher Berechtigung des erstern bestehen, sondern auch in der Begründung einer Mitberechtigung neben dem Erstberechtigten. Soweit vorliegend der Strassenerbauer in einzelnen Konzessionsverträgen (Mathis) ausdrücklich als berechtigt erklärt werde, die Strasse auch durch Andere benützen zu lassen, habe man es ohne Zweifel mit einer solchen übertragbaren Dienstbarkeit zu tun, bei welcher der Kreis der Berechtigten erweitert werden könne. Aber auch bei den Konzessionsverträgen, in denen die Übertragbarkeit nicht ausdrücklich vorgesehen worden

sei (Odermatt, Barmettler), lasse sie sich trotzdem aus dem Parteiwillen, in etwas weiterem Sinne verstanden, durch Auslegung und Ergänzung ableiten, indem man zu erforschen suche, was die Parteien gewollt haben würden, wenn sie die Dinge klar durchdacht hätten. Neben dem Hauptgegenstand des Vertrags, dem Verzicht auf den Ertrag des für die Strasse beanspruchten Bodens, sei die Intensität ihrer spätern Benutzung, also die Frage der Übertragbarkeit oder Nichtübertragbarkeit der Servitut, nur von sekundärer Bedeutung; es sei daher erklärlich, dass ein Hinweis darauf in einzelnen Verträgen fehle. Es gebe ja auch im ZGB Personalservituten, bei denen die Übertragbarkeit vermutet werde (Art. 779, 780). Eine solche ausdrückliche Regelung habe das Nidwaldner Recht nicht gekannt. Es müsse daher jeder einzelne Fall nach seiner Eigenart daraufhin geprüft werden, ob die Parteien die Servitut übertragbar oder unübertragbar wollten. Im vorliegenden Falle seien der Umstand, dass bei der Mehrzahl der Konzessionsverträge die Übertragbarkeit ausdrücklich festgelegt sei, sowie die ganze verkehrstechnische Lage, die Eignung der Strasse als Durchgangsstrasse und das Bedürfnis nach einer solchen, deutliche Anzeichen dafür, dass nicht nur mit dem Gebrauch durch die Erstberechtigten gerechnet worden sei. Eine solche Einschränkung wäre wirtschaftlich unvernünftig gewesen. Überdies hätte die bezüglich einzelner Strassenstücke bestehende Unübertragbarkeit die in andern Verträgen (z. B. mit Mathis) ausdrücklich vereinbarte Übertragbarkeit völlig entwertet. Tatsächlich hätten denn auch die Rechtsvorgänger der Beklagten nie versucht, den von den Konzessionären vorgenommenen und ihnen bekannten Übertragungen entgegenzutreten.

Es gebe aber verschiedene Grade der Übertragbarkeit, und es frage sich daher, welches Mass der Übertragbarkeit im vorliegenden Falle anzunehmen sei. Hiebei habe der Richter, in Ermangelung eines formellen Kriteriums, nach seinem Ermessen in Würdigung aller Umstände zu ent-

scheiden. Er könne also nicht nur die Klage schlechthin gutheissen oder abweisen, sondern auch das nach seinem Gutfinden den Klägern zustehende Strassenbenützungrecht positiv näher umschreiben. Nach Ansicht des Obergerichts seien die Eigentümer der belasteten Grundstücke nur bereit gewesen, eine künftige Übertragung der Strassenbenützung auf Dritte zuzulassen, durch welche ihnen keine übermässige und daher unzumutbare Belastung aufgebürdet wurde. Diese Einschränkung sei auch bei den Verträgen mit Übertragungsklausel stillschweigend gewollt gewesen. Es sei daher in Abwägung der beidseitigen Interessen zu prüfen, was noch zumutbar sei und was nicht mehr.

Was die Klägerin verlangen könne, sei höchstensfalls die Ausführung des Gemeindevertrags vom 1. September 1920, denn ein anderer Rechtstitel komme für die Gemeinde nicht in Frage. Es sei daher zunächst der Inhalt dieses Gemeindevertrags hinsichtlich des streitigen Strassenstückes zu ermitteln.

Unbestritten sei, dass dieser Vertrag in Art. 2 die Offenhaltung der Strasse (Breitholz-Bürgenstock-Obbürgen) für den öffentlichen Verkehr anordne. Art. 3, dessen Abs. 1 und 2 ausschliesslich von dem streitigen Strassenstück Honegg-Bürgenstock handle, bestimme dann in Abs. 3, dass « die Strasse » innerhalb gewisser Beschränkungen auch für den Automobilverkehr freigegeben sei. Nun erkläre aber der damalige Generaldirektor der Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer, L. Bazzell, der den Vertrag für diese unterzeichnete, als Zeuge, dass man bei Abschluss des Gemeindevertrags nur die Strecke Breitholz-Honegg, nicht auch das Stück Honegg-Bürgenstock dem Autoverkehr habe öffnen wollen ; nur auf die erstere Strecke habe sich daher die Vertragsbestimmung Art. 3 Abs. 3 bezogen. Dass dies der Sinn des Abkommens gewesen sei, ergebe sich auch daraus, dass die Aufnahme dieser Bestimmung auf Antrag der Hotelgesellschaft erfolgt sei, welche kein Interesse an einem öffentlichen Autoverkehr auf dem meist

im Walde verlaufenden Spazierweg Honegg-Bürgenstock gehabt habe ; das würde sich auch mit der weitern Klausel des Art. 3 Abs. 1 schlecht reimen, wonach der Omnibus- sowie der Verkehr mit schweren und lästigen Fuhren von diesem Strassenstück fern gehalten werden sollte.

Was die andere Vertragspartei, die Gemeinde, anbetreffe, erkläre der damalige Gemeindepräsident Alois Risi, der die Verhandlungen seitens der Gemeinde geführt und den Vertrag namens derselben mitunterzeichnet habe, in einem Schreiben vom 16. September 1927 sowie neuerdings als Zeuge ebenfalls, dass man mit der Bestimmung Art. 3 Abs. 3 nur die Strecke Breitholz-Honegg dem Autoverkehr habe freigeben wollen. Entsprechend diesem Willen beider Vertragskontrahenten habe denn auch die Bezirksgemeinde Ennetbürgen am 22. Mai 1927 nur diese Strecke für den Autoverkehr geöffnet, während eine Freigabe der Strecke Honegg-Bürgenstock nicht erfolgt sei.

Liege somit Konsens beider Kontrahenten über diesen Inhalt der Vereinbarung vor, so gelte der Vertrag trotz dem irreführenden Texte im Sinne dieses Parteiwillens (Art. 18 OR).

Mithin sei also durch den Gemeindevertrag der Klägerin nur das Recht des öffentlichen Verkehrs, nicht aber auch das Recht der Benützung der Strassenstrecke Honegg-Bürgenstock für den Autoverkehr zugestanden worden. In diesem Umfange bedeute die Dienstbarkeit nach Auffassung des Obergerichts keine übermässig schwer zu tragende und deshalb unzumutbare Belastung für die beklagten Grundeigentümer. Sie seien daher gehalten, die Ausübung der Dienstbarkeit durch die Klägerin in dem angegebenen Rahmen zu gestatten.

*E.* — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung der Klägerin mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage, insbesondere im Sinne der Feststellung, dass durch den Gemeindevertrag die Strassenstrecke Honegg-Bürgenstock dem Autoverkehr geöffnet worden sei. Die Berufungsklägerin erhebt eine Reihe von Aktenwidrig-

keitsrügen bezüglich der Auslegung des Gemeindevertrags durch die Vorinstanz.

F. — Die Beklagten erklärten Anschlussberufung mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Mit ihrer Klage nimmt die Bezirksgemeinde Ennetbürgen das Recht in Anspruch, die durch die Grundstücke der Beklagten führende Strasse ungehindert und jederzeit mit Fahrzeugen aller Art und auch als Fussweg benutzen zu dürfen. Sie stützt sich dabei auf die sog. Konzessionsverträge von 1873/75 zwischen den Rechtsvorgängern der heutigen Beklagten und den Hoteliers Bucher & Durrer, sowie auf ihren eigenen, den « Gemeindevertrag » vom 1. September 1920 mit der Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer.

Die Frage nach Bestand und Art der durch die Konzessionsverträge begründeten Rechte beurteilt sich gemäss Art. 1 und 17 Abs. 1 SchlT/ZGB nach dem alten nidwaldnischen Recht; die Ansicht der Vorinstanz in dieser Beziehung ist mithin für das Bundesgericht verbindlich. Nach den Ausführungen des Obergerichts sind seinerzeit durch die Konzessionsverträge Personaldienstbarkeiten begründet worden, durch welche Bucher & Durrer das Recht zur Benützung der auf den Grundstücken ihrer Kontrahenten verlaufenden Strasse erhielten. Indem im Konzessionsvertrag mit Remigi Mathis (wie übrigens noch in einer Reihe von Konzessionsverträgen der Hoteliers mit den Eigentümern anderer, an der 1920 von der Gemeinde übernommenen Strassenstrecke liegender Grundstücke aus den Siebziger- und Achtzigerjahren) die Übertragbarkeit der Servitut vorgesehen war, wollte man den Berechtigten nach Ansicht der Vorinstanz auch das Recht einräumen, ihr dingliches Recht auf Benutzung der Strasse auf andere Personen zu übertragen, und zwar sowohl in der Weise, dass sie ihr Recht ganz aufgeben und auf andere Personen als neue Berechtigte übergehen lassen, als auch dadurch,

dass sie andere Personen neben sich an der Benützung der Strasse teilnehmen lassen konnten. Dabei sollte der Kreis der Personen, denen sie die Benützung der Strasse gestatten konnten, in keiner Weise beschränkt sein. Sie waren also nicht etwa gehalten, die Benützung der Strasse auf den mit ihrem Hotelbetrieb zusammenhängenden Verkehr zu beschränken und nur den Hotelgästen, dem Hotelpersonal und den Lieferanten den Zutritt zur Strasse zu gestatten, sondern sie konnten diese auch dem öffentlichen Verkehr zur Verfügung stellen. Im gleichen Sinn sind nach der verbindlichen Ansicht der Vorinstanz auch die beiden andern Konzessionsverträge mit Barmettler und Odermatt aufzufassen, trotzdem darin von der Übertragbarkeit nicht ausdrücklich die Rede ist.

Diese mit keiner zwingenden Vorschrift des neuen Rechts in Widerspruch stehende altrechtliche übertragbare Personalservitut ist nach dem Inkrafttreten des ZGB im gleichen Umfang bestehen geblieben. Von der danach gegebenen Möglichkeit der Übertragung des Rechts haben die Erstberechtigten Bucher & Durrer Gebrauch gemacht, indem sie ihre Rechtsnachfolgerin, die Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer, in ihr Recht eintreten liessen. Von dieser ist es weitergegangen an deren Rechtsnachfolgerin, die Bürgerstockhotels A.-G., welche heute unbestrittenermassen als Inhaberin des Servitutsrechts zu betrachten ist. Durch den Vertrag vom 1. September 1920 mit der Bezirksgemeinde Ennetbürgen hat sich sodann die Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer als damalige Inhaberin der Servitut verpflichtet, die Strasse dem öffentlichen Verkehr freizugeben, wozu sie nach der oben umschriebenen Übertragbarkeitsklausel berechtigt war. Dass die Klägerin durch diesen Vertrag einen Anspruch auf Offenhaltung der Strasse für den öffentlichen Verkehr erhalten hat, wird denn auch von den beklagten Grundeigentümern heute nicht mehr bestritten; sie finden sich vielmehr damit ab, dass sie den öffentlichen Verkehr auf der Strasse dulden müssen, nehmen jedoch den Standpunkt ein, dass sich

diese Duldungspflicht nur auf den öffentlichen Fussgänger- und Fuhrwerkverkehr beziehe, nicht aber auch auf das Befahren der Strasse mit Automobilen. Streitig ist mithin nicht der Umfang des berechtigten Personenkreises, sondern der Inhalt der Berechtigung der Klägerin. Die Vorinstanz hat den Standpunkt der Beklagten im Ergebnis geschützt, und zwar mit der Begründung, mit dem Gemeindevertrag vom 1. September 1920 sei die Freigabe der fraglichen Strassenstrecke für den öffentlichen Automobilverkehr nicht vereinbart worden.

2. — Es ist — mit der Vorinstanz — davon auszugehen, dass das der Klägerin zustehende Recht des Verkehrs inhaltlich durch zwei Titel begrenzt wird: Einerseits durch den bezüglichen Inhalt des Gemeindevertrags von 1920; denn die Klägerin, die ihr Recht nur von diesem Vertrag herleitet, kann kein weitergehendes Recht beanspruchen, als ihr durch den Servitutsberechtigten mit diesem Verträge versprochen wurde. Andererseits aber findet das Recht der Klägerin inhaltlich seine Grenze am Umfang der Servitut der Bürgenstock-Hotels A.-G. an den beklagten Grundstücken; denn die servitutsberechtigte Partnerin am Gemeindevertrag, die damalige Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer, konnte der Klägerin nicht mehr bzw. weitergehende Rechte einräumen, als sie selber besass bzw. ihre Rechtsnachfolgerin heute besitzt, sodass die Beklagten eine über den Inhalt der Servitut hinausgehende Benützung ihrer Grundstücke durch die drittberechtigte Klägerin auch dann abwehren können, wenn dieser durch die servitutsberechtigten Hotels ein weitergehendes Recht versprochen wurde.

a) Die Vorinstanz hat die Frage des Inhalts der Servitut offen gelassen und den Ausschluss des Automobilverkehrs lediglich aus dem Gemeindevertrag abgeleitet, jedoch mit einer Begründung, welche starke Bedenken erweckt. Ihre Annahme, es habe beim Abschluss des Gemeindevertrags Konsens über einen vom Text abweichenden wirklichen Vertragswillen beider Parteien stattgefunden, leitet sie

nicht durch Auslegung aus dem Vertragstexte ab, sondern sie gewinnt sie ausserhalb desselben aus Zeugenaussagen und Würdigung äusserer Begleitumstände des Vertragschlusses. Es handelt sich mithin um die Feststellung eines « inneren Tatbestandes », der, nach der von der Praxis gezogenen Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage bei der Ermittlung des Inhalts von Willenserklärungen (BGE 69 II 319 ff.) für das Bundesgericht verbindlich ist, es wäre denn, dass diese Feststellung aktenwidrig oder die Vorinstanz von einem unrichtigen Begriff des Willens ausgegangen sei. Letzteres behauptet die Berufungsklägerin, indem sie dem Obergericht vorwirft, es habe als Willen der Bezirksgemeinde Ennetbürgen das angenommen, was der damalige Präsident Alois Risi bei der Unterzeichnung des Vertrages im Konsens mit dem Vertreter der Gegenpartei gewollt habe. In der Tat ist der Vertrag seitens der Gemeinde nicht von Risi allein, sondern zusammen mit dem Sekretär G. Odermatt unterzeichnet worden. Nur bezüglich Risis stellt die Vorinstanz fest, er habe den dem Vertragstext widersprechenden, aber mit der Meinung der Gegenpartei übereinstimmenden Willen gehabt; bezüglich des Willens des Mitunterzeichners Odermatt fehlt es im Urteil an einer Feststellung. Dieser wurde vor Kantonsgericht, weil gegenwärtig Präsident der Bezirksgemeinde, als Zeuge nicht zugelassen. Im Parallelprozess der Familie Durrer-Honegg gegen die Beklagten erklärte jedoch G. Odermatt als Zeuge, er sei mit den übrigen Mitgliedern der Strassenkommission immer der Meinung gewesen, auch das Strassenstück Honegg-Bürgenstock werde dem Automobilverkehr freigegeben. Eine gegenteilige Feststellung bezüglich der Auffassung G. Odermatts liegt im gegenwärtigen Prozess nicht vor. Als Vertragswille der Gemeinde ist aber nicht der Wille des einen, sondern nur der übereinstimmende Wille der *beiden* unterzeichnenden Gemeindevertreter massgebend. Die Feststellung der Vorinstanz, die den Willen des Präsidenten allein mit dem Willen der Gemeinde identifiziert, geht mithin von einer unrichtigen

Auffassung von der Bildung und Erklärung des Vertragswillens dieser juristischen Person durch die sie beim Vertragsschluss vertretenden Organe aus. Ob das Bundesgericht trotzdem an die Feststellung gebunden wäre, wenn die Vorinstanz diese ihre Auffassung damit rechtfertigen würde, dass nach kantonalem öffentlichen Recht, nach welchem sich die Vertretungsmacht der Gemeindeorgane richtet, die Willensmeinung des Präsidenten bei Divergenz den Ausschlag gebe, kann dahingestellt bleiben; denn tatsächlich sagt sie das nicht, sondern ignoriert einfach die Mitwirkung des zweiten Gemeindevertreters.

b) Von einer Rückweisung zwecks Ergänzung dieser Lücke und neuer Beurteilung kann indessen abgesehen werden, weil sich die Klage auf Grund des andern, die Verkehrsberechtigung der Klägerin begrenzenden Rechtstitels als unbegründet erweist.

Die Gesellschaft der Hotels Bucher-Durrer konnte der Klägerin ein Recht auf öffentlichen Autoverkehr nur dann verschaffen, wenn die in den Konzessionsverträgen enthaltene Befugnis des Servitutberechtigten, beliebigen Dritten die Mitbenützung der Strasse einzuräumen, sich auch auf den Autoverkehr bezieht. Die Frage betrifft mithin den *Inhalt* der Servitut. Sie ist von der Vorinstanz ausdrücklich offen gelassen worden. Hinsichtlich der Beurteilung des Inhalts altrechtlicher Servituten ist nach der geltenden Rechtsprechung von Art. 17 SchlT/ZGB auszugehen, auch soweit dessen Bestimmungen mit den allgemeinen Grundsätzen des Art. 3 SchlT nicht im Einklang stehen sollten. Nun unterstellt Art. 17 wie das Eigentum so auch die beschränkten dinglichen Rechte in Bezug auf den Inhalt vom Inkrafttreten des ZGB an dem neuen Rechte, und zwar ohne diese Rechtsanwendung auf zwingende Normen zu beschränken. Die Ausnahme des Art. 17 Abs. 3 für dingliche Verhältnisse, die nach dem neuen Recht nicht mehr begründet werden können und deren Inhalt demgemäss auch nicht vom neuen Recht bestimmt wird, trifft für eine Wegrechts-Personalservitut nicht zu, deren Be-

gründung nach Art. 781 ZGB zulässig ist. Wohl aber ist für eine solche Dienstbarkeit auch noch Art. 18 Abs. 3 SchlT massgebend, wonach der unter der alten Ordnung durch Rechtsgeschäft festgesetzte Inhalt dinglicher Verhältnisse anerkannt bleibt, soweit er nicht mit dem neuen Recht unverträglich ist. Durch Rechtsgeschäft festgesetzt ist indessen nur der Inhalt, der sich wirklich auf solche Weise geordnet findet, nicht auch, was bloss hätte so geordnet werden können (BGE 64 II 413). Ob aber ein in Frage stehender Servitutsinhalt durch ein unter dem alten Rechte erfolgtes Rechtsgeschäft geordnet worden sei oder nicht, beurteilt sich jedenfalls zum vornherein nach dem alten Recht. Eine Interpretation des kantonalen Richters hierüber ist daher für das Bundesgericht verbindlich.

In dieser Beziehung führt die Vorinstanz aus, nach ihrer Meinung seien die Eigentümer der belasteten Grundstücke, auch wenn sie das nicht ausdrücklich vermerkt hätten, bereit gewesen, eine künftige Übertragung der Strassenbenützung durch Bucher & Durrer und ihre Rechtsnachfolger auf Andere zuzulassen, soweit ihnen dadurch nicht eine übermässig schwer zu tragende und darum unzumutbare Belastung aufgebürdet würde. Es sei aus den Umständen anzunehmen, dass auch bei denjenigen Konzessionsverträgen, welche die Übertragungsklausel ausdrücklich enthielten, eine solche allgemeine Einschränkung stillschweigend gewollt gewesen sei (S. 30). Davon ausgehend stellt sodann die Vorinstanz die Frage, ob das, was die Klägerin im Prozesse verlange, den Beklagten zugemutet werden könne (S. 31); sie lässt die Frage unbeantwortet, weil sie die Beschränkung des klägerischen Rechts aus dem Gemeindevertrag ableitet, stellt jedoch abschliessend wieder fest: in dem Umfange, in dem der Gemeindevertrag die Benützung der Strasse Honegg-Bürgenstock der Klägerin gestatte, bedeute die Servitut nach Auffassung des Obergerichts keine übermässig schwer zu tragende und deshalb unzumutbare Belastung für die Beklagten, die



deshalb die Ausübung derselben durch die Klägerin in dem umschriebenen Rahmen zu dulden hätten (S. 39).

Nach dieser verbindlichen Auslegung der Konzessionsverträge durch die Vorinstanz enthalten also diese eine stillschweigend vereinbarte, die Dienstbarkeit bezüglich ihres Umfangs begrenzende Klausel; der Inhalt des dinglichen Rechts ist also in dieser Beziehung rechtsgeschäftlich geordnet und beurteilt sich daher gemäss Art. 18 Abs. 3 SchlT/ZGB auch heute nach altem Recht.

Zur Anwendung der Klausel auf den vorliegenden Fall, das heisst zur Prüfung, ob das verlangte öffentliche Autoverkehrsrecht für die Beklagten eine übermässige Belastung und daher unzumutbar sei oder nicht, bedarf es indessen keiner Rückweisung an die Vorinstanz; das Bundesgericht kann diese Anwendung kantonalen Rechts nach Art. 83 OG selbst vornehmen.

Hiebei ist davon auszugehen, dass das zur Zeit des Abschlusses der Konzessionsverträge als angemessen und tragbar erachtete Mass der Benutzung durch die damaligen Verkehrsbegriffe bestimmt war. Der auf dem Bürgenstock vorkommende öffentliche Verkehr umfasste Fussgänger, Vieh und Fuhrwerke mit Tierbespannung. Wenn die Eigentümer die Servitutberechtigten ermächtigten, das Recht zur Strassenbenutzung auf beliebige und beliebig viele Dritte auszudehnen und damit den Verkehr vom privaten zum öffentlichen zu erweitern, konnten im Jahre 1875 die Parteien höchstens an eine Verallgemeinerung des Fahrverkehrs mit den damals in Frage kommenden Strassenfahrzeugen denken. Damit war, obgleich jedermann verkehren durfte, die Zahl der zu erwartenden Fahrzeuge praktisch auf die in den Dörfern des Bürgenstocks und seiner nahen Umgebung stationierten Pferdefuhrwerke beschränkt. Niemand konnte sich damals vorstellen, dass einmal tausende von Personen von allen Enden der Schweiz, ja aus dem Ausland mit ihren eigenen Fahrzeugen ein Kurgebiet wie den Bürgenstock in rascher Durchfahrt würden heimsuchen können. Allerdings kann die Rechts-

ordnung die Entwicklung der Verkehrszustände nicht übersehen, sondern muss in der Beurteilung solcher Rechtsverhältnisse dieser Entwicklung Rechnung tragen. Das nötigt den Richter dazu, bei der Frage, was unter den gegebenen Verhältnissen noch zumutbar ist, die beidseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen. Angesichts der berechtigten Ansprüche auf ruhiges Wohnen privater Grundbesitzer an einem Ferienorte einerseits, des Umfangs des modernen Autotourismus andererseits sowie des Umstandes, dass den Einwohnern von Ennetbürgen der Autoverkehr bis bezw. von Honegg via Breitholz zur Verfügung steht, kann unmöglich aus einer vor 70 Jahren eingeräumten Ermächtigung zur freien Benützung einer Strasse über ein Privatgrundstück abgeleitet werden, diese stehe auch dem gesamten Autoverkehr offen. Dessen Duldung würde auf eine übermässige, ungebührlich schwer zu tragende Belastung der Beklagten hinauslaufen und kann ihnen daher nicht zugemutet werden. Die Hauptberufung ist mithin abzuweisen.

3. — Die Anschlussberufung richtet sich gegen die Verbindlicherklärung des Gemeindevertrags für die Beklagten und die Zuerkennung des Rechts des öffentlichen Verkehrs mit Ausnahme des Autoverkehrs auf der streitigen Strassenstrecke an die Klägerin. Wenn die Vorinstanz den öffentlichen Verkehr mit dieser, aus ihrer Interpretation des Gemeindevertrags gewonnenen Einschränkung als einerseits dem Begriff der Öffentlichkeit entsprechend, andererseits als den Belasteten nach Massgabe der Konzessionsverträge zumutbar erachtet, liegt darin eine positive Anwendung des kantonalen Rechts, die das Bundesgericht nicht zu überprüfen hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Sowohl die Haupt- als die Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Nidwalden vom 13. Juli 1943 bestätigt.