

31. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juni 1949  
i. S. Iff gegen Hermann-Bösiger.

*Bäuerliches Erbrecht*, Art. 620 ff. ZGB.

Stirbt vor der Teilung ein Miterbe, so sind dessen Erben (Erbes-  
erben) gleich wie direkte Erben und neben diesen berechtigt,  
das bäuerliche Erbrecht anzurufen (Erw. 2).

Art und Grad der Verwandtschaft mit dem Erblasser sowie  
quotaler Anteil der Bewerber an der Erbschaft können eventuel  
unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse (Art. 621  
Abs. 1) berücksichtigt werden (Erw. 3).

*Droit successoral paysan*, art. 620 sv. CC.

Si un cohéritier meurt avant le partage, ses héritiers (héritiers  
de l'héritier) sont en droit, comme les héritiers directs et à côté  
d'eux, d'invoquer les règles du droit successoral paysan (con-  
sid. 2).

Le genre et le degré de la parenté avec le défunt, ainsi que la part  
de succession qui revient au candidat peuvent éventuellement  
être prises en considération du point de vue de la situation  
personnelle des héritiers (art. 621 al. 1). Consid. 3.

*Diritto successorio rurale* (art. 620 e seg. CC).

Se un coerede muore prima della divisione, i di lui eredi gli suben-  
trano nel diritto d'invocare le norme del diritto successorio  
rurale (consid. 2).

Il genere e il grado di parentela col defunto come pure la quota  
ereditaria spettante al singolo candidato possono eventual-  
mente essere presi in considerazione per quanto concerne la  
situazione personale degli eredi (art. 621 cp. 1). Consid. 3.

A. — Am 8. Dezember 1932 starb Gottlieb Bösiger-Iff,  
Landwirt in Ufhusen. Als Erben hinterliess er einerseits  
seine Ehefrau, anderseits Geschwister und Geschwister-  
kinder. Die Erbmasse umfasste u. a. das landwirtschaft-  
liche Heimwesen « Neuhof » in Ufhusen. In der Erbenver-  
handlung vor der Teilungsbehörde wurde eine Zuschreibung  
des Heimwesens zu  $\frac{1}{4}$  an die Witwe und zu  $\frac{3}{4}$  an die  
übrigen Erben vorgesehen, im Schlussprotokoll vom  
12. August 1938 dann aber bestimmt :

« ...

3. Die im Nachlass sich befindende Liegenschaft « Neuhof »  
in Ufhusen wurde den Erben als Gesamteigentum amtlich zuge-  
schrieben.

4. Das reine Nachlassguthaben fällt zu  $\frac{1}{4}$  an Erbin Frau Anna  
Bösiger-Iff und zu  $\frac{3}{4}$  an die übrigen Erben. Letztere  $\frac{3}{4}$  sind mit  
lebenslänglicher Nutzniessung zu Gunsten der erstgenannten  
Erbin belastet.

5. Gemäss Erbsverhandlung vom 2. März 1933 bleibt das  
Nachlassguthaben unverteilt... »

Am 7. Dezember 1947 starb auch die Wwe. Bösiger-Iff,  
die von den Kindern ihrer beiden vorverstorbenen Brüder  
beerbt wurde. An einer Erbenverhandlung vom 2. Februar  
1948, an welcher auch die Erben des Gottlieb Bösiger teil-  
nahmen, verlangten dessen Bruder Adolf Bösiger sowie  
dessen Nichte, Frau Rosette Hermann-Bösiger, anderseits  
Fritz Iff, ein Neffe der verstorbenen Witwe Bösiger-Iff,  
je für sich die ungeteilte Zuweisung der Liegenschaft zum  
Ertragswert nach bäuerlichem Erbrecht. Die gemäss § 84  
Ziff. 2 EG/ZGB zur Entscheidung angerufene Schatzungs-  
kommission des Amtes Willisau setzte mit Entscheid vom  
16. März 1948 den Anrechnungswert des Heimwesens auf  
Fr. 47,300.— fest und wies die Liegenschaft mit einem von  
Frau Rosette Hermann-Bösiger angebotenen Zuschlag von  
Fr. 4000.—, also um Fr. 51,300.— dieser zu.

Diese Zuweisung focht Fritz Iff mit Klage beim Amts-  
gericht Willisau an mit dem Begehren, das Heimwesen sei  
zu dem festgesetzten Werte ihm zuzuweisen. Das den Ent-  
scheid der Schatzungskommission bestätigende Urteil des  
Amtsgerichts zog Iff an das Obergericht weiter. Dieses hat  
mit Urteil vom 23. Februar 1949 die Appellation des Klä-  
gers teilweise begründet erklärt, den Prozess gegenüber  
den 12 mitbeklagten Miterben vom Stamme Bösiger, die  
sich dem Zuweisungsurteil zum voraus unterzogen hatten,  
als gegenstandslos abgeschrieben, den Entscheid der  
Schatzungskommission aufgehoben und im übrigen die  
Klage abgewiesen. Zur Begründung wird ausgeführt : Im  
vorliegenden Falle sei für die Anwendung des bäuerlichen  
Erbrechts kein Raum. Gemäss der Rechtsprechung des  
Bundesgerichts sei Art. 620 ZGB nur auf Heimwesen an-  
wendbar, die im Alleineigentum des Erblassers standen.  
Nun habe aber die vom Kläger Iff beerbte Witwe Bösiger-Iff  
am « Neuhof » nicht das Alleineigentum, sondern nur einen  
Gesamteigentumsanteil besessen. Nachlassaktivum der  
Erbmasse der Witwe Bösiger-Iff sei daher nicht die Liegen-

schaft Neuhof, sondern lediglich das Anteilsrecht der Erblasserin an diesem Heimwesen. Die Auflösung des Gesamteigentumsverhältnisses zwischen den Erben der Witwe Bösiger-Iff und denjenigen des Gottlieb Bösiger-Iff an der Liegenschaft habe nach den Bestimmungen über das Miteigentum zu erfolgen (Art. 654 Abs. 2 ZGB). In Betracht komme somit gemäss Art. 651 ZGB körperliche Teilung, Verkauf aus freier Hand oder durch Versteigerung, keineswegs aber Zuweisung an einen Erben nach bürgerlichem Erbrecht. Daraus, dass die Witwe Bösiger-Iff als überlebende Ehefrau des Gottlieb Bösiger sich auf das bürgerliche Erbrecht hätte berufen können, lasse sich nichts zu Gunsten des Klägers ableiten. Ihr Anspruch als Erbin ihres Mannes auf Übernahme des Heimwesens gemäss Art. 620 ZGB habe sich nämlich, wie das Bundesgericht entschieden habe (BGE 72 II 346), nicht vererbt; der Kläger sei daher nach dieser Richtung nicht in die Rechtsstellung der Erblasserin eingetreten.

B. — Gegen dieses Urteil legte der Kläger die vorliegende Berufung ans Bundesgericht ein mit dem Antrag auf Aufhebung desselben und Zuweisung des Heimwesens an ihn nach bürgerlichem Erbrecht, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung. Mit ihrer Anschlussberufung beantragt die Beklagte Frau Rosette Hermann-Bösiger ebenfalls Aufhebung des Urteils und Bestätigung des Zuweisungsentscheides der Schatzungskommission und des Amtsgerichts Willisau zu ihren Gunsten, eventuell Rückweisung an die Vorinstanz.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Der Kläger hatte seine Klage gegen sämtliche Erben des Gottlieb Bösiger-Iff gerichtet; alle ausser Frau Rosette Hermann-Bösiger haben im Prozess erklärt, das Heimwesen nicht für sich zu verlangen und sich zum voraus dem Zuweisungsentscheid zu unterziehen. Die — vom Kläger nicht eingeklagten — Miterben am Nachlass der Witwe

Bösiger-Iff haben sich mit der Zuweisung an den Kläger einverstanden erklärt, und indem sie den das Heimwesen der Beklagten zuweisenden Entscheid der Schatzungskommission nicht anfochten, haben sie diese Zuweisung ebenfalls anerkannt. Damit ist dem für den Zuweisungsstreit nach Art. 620 ff. ZGB von Bundesrechts wegen geltenden Erfordernis, dass sämtliche Erben in demselben zu Worte kommen müssen, Genüge getan (BGE 72 II 345, 74 II 219).

2. — a) Die Vorinstanz hat die Anwendbarkeit des Erbrechts der Art. 620 ff. ZGB in erster Linie unter Berufung auf den vom Bundesgericht aufgestellten Grundsatz verneint, wonach die ungeteilte Zuweisung eines Heimwesens dann nicht verlangt werden kann, wenn schon vor dem Erbfall die Rechte des Erblassers an demselben nicht genügten, die Fortdauer der Bewirtschaftungseinheit zu sichern, weil schon der Erblasser selber nur Mit- oder Gesamteigentümer war oder an einem unausgeschiedenen Teil des Heimwesens ein Kaufs- oder Rückkaufsrecht bestand (BGE 45 II 633, 53 II 398 Erw. 5). Richtig ist nun allerdings, dass die Erblasserin Witwe Bösiger-Iff nicht Alleineigentümerin des Heimwesens, sondern nur zusammen mit den übrigen Erben ihres vorverstorbenen Ehemannes Gesamteigentümerin (zu einem Anteil von  $\frac{1}{4}$ ) gewesen war. Dieses Gesamthandverhältnis rührte aber gerade daher, dass die Erbschaft des Ehemannes Bösiger noch nicht geteilt worden war. Dessen Erben bildeten weiterhin eine Erbengemeinschaft, in deren Gesamteigentum das Heimwesen stand. Mit dem Tode der Miterbin Witwe Bösiger-Iff traten ihre Erben an ihrer Stelle in jene Erbengemeinschaft des Gottlieb Bösiger ein. Der Teilung der Erbschaft der Witwe hat also, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, die Auflösung dieses vom ersten Erbfall herrührenden Gesamthandverhältnisses vorauszugehen. Aber diese Auflösung ist eben nichts anderes als eine Erbteilung, nämlich die Teilung der Erbschaft des Gottlieb Bösiger. Da dieser Erblasser Alleineigentümer des Heimwesens und dessen Einheit auch durch keinerlei Kaufs-

oder Rückkaufsrecht entkräftet war, kann die Anwendbarkeit des bäuerlichen Erbrechts nicht unter Berufung auf den in den zitierten Entscheiden aufgestellten Grundsatz verneint werden, jedenfalls nicht die Anwendbarkeit zu Gunsten der Beklagten Rosette Hermann-Bösiger, die eine direkte Erbin des Gottlieb Bösiger ist und der die Schatzungskommission und das Amtsgericht das Heimwesen zugewiesen hatten. Der gänzliche Ausschluss der Anwendung des Art. 620 ZGB auch mit Bezug auf die Beklagte liefe in Wirklichkeit darauf hinaus, dass der durch diese Bestimmung den Erben gegebene Anspruch dahinfällt, sobald zufolge Todes eines Mitgliedes der Erbengemeinschaft der zur Teilnahme an der Erbteilung berufene Personenkreis nicht mehr mit demjenigen identisch ist, unter welchem die Teilung vor diesem zweiten Todesfall stattgefunden hätte. Diese Konsequenz aber ist zweifellos unannehmbar und übrigens vom Bundesgericht bereits *implicit*e abgelehnt worden. Im Falle Rychen c. Bolinger (BGE 69 II 385 ff.) war nach Eröffnung des Erbgangs eine Tochter des Erblassers gestorben, worauf sich um die Zuteilung des Heimwesens neben einem Sohn des Erblassers ein Sohn dieser vor der Teilung verstorbenen Tochter bewarb. Das Bundesgericht hat die grundsätzliche Frage, ob dieser als blosser Erbeserbe sich überhaupt auf Art. 620 ZGB berufen könne, offen gelassen, weil das Vorzugsrecht der Söhne gemäss Art. 621 Abs. 3 den Enkel ohnehin ausschloss (S. 388 f.). Es hat aber die Zuweisung an den Sohn des Erblassers nach bäuerlichem Erbrecht ausgesprochen und damit anerkannt, dass eine zwischen dem Tode des Erblassers und der Teilung eingetretene Veränderung im personellen Bestand der Erbengemeinschaft das Recht der ursprünglichen Miterben zur Anrufung von Art. 620 ZGB nicht hinfällig macht, selbst wenn die neu hinzugekommenen Gesamthänder von der Bewerbung ausgeschlossen sind. Die gegenteilige Lösung würde gegen den klaren Wortlaut des Art. 620 verstossen, der den Anspruch auf ungeteilte Zuweisung allen Erben schlechthin zugesteht, sobald sie

die gestellten Anforderungen betreffend Eignung erfüllen. Sie würde zudem die Anwendung des bäuerlichen Erbrechts aus einem rein zufälligen Grunde in vielen Fällen einschränken, wo vom Gesichtspunkt der *ratio legis* dessen Platzgreifen durchaus gegeben ist. Somit kann sich jedenfalls die direkte Erbin Frau Hermann-Bösiger, welcher Schatzungskommission und Amtsgericht das Heimwesen zugewiesen haben, auf das bäuerliche Erbrecht berufen.

b) Zu prüfen bleibt die im zitierten Entscheid (BGE 69 II 388 ff.) offen gelassene Frage, ob dies auch für den Erbeserben zutrifft.

Es möchte zunächst eingewendet werden, der Erbeserbe könne das bäuerliche Erbrecht deshalb nicht anrufen, weil Art. 620 ZGB dieses Recht *den Erben* gibt, jener aber nicht direkter Erbe ist. Es erweist sich jedoch als irrtümlich, die Anwendung der Bestimmung auf diese zu beschränken. « Stirbt ein Erbe, nachdem er den Erbfall erlebt hat, so vererbt sich sein Recht an der Erbschaft auf seine Erben » (Art. 542 Abs. 2 ZGB). Dieses « sein Recht an der Erbschaft » umfasst namentlich die Rechte des Erben als Mitglied der Erbengemeinschaft. Der Erbeserbe wird gemäss der zitierten Bestimmung *ipso iure* seinerseits Mitglied der Erbengemeinschaft mit genau denselben Rechten, wie sie sein Rechtsvorgänger besass. Mehrere Erbeserben werden mithin jeder einzeln Gesamteigentümer der Erbschaft mit der einzigen Einschränkung ihres quotalen Anteils (vgl. TUOR, Art. 602 N. 4; ESCHER, Art. 602 N. 9; FELBER, Aufgeschobene und partielle Erbteilung, S. 25 f. und 36 f.). Der Erbeserbe, und im Falle mehrerer solcher jeder derselben, ist als Mitglied der Erbengemeinschaft berechtigt, die Teilung zu verlangen und hat grundsätzlich in derselben — gegebenenfalls natürlich unter Vorbehalt des quotalen Anteils — die gleichen Rechte wie die direkten Erben. In diesem Zusammenhang ist nun von Bedeutung, dass die Institution des bäuerlichen Erbrechts im Gesetze einen Bestandteil der Vorschriften über die *Teilung der Erbschaft* bildet und im Abschnitt über die Teilungsart

geregelt ist. Es ist nicht einzusehen, wieso der Erbeserbe, der durch einen neuen Erbfall von Gesetzes wegen Mitglied der Erbgemeinschaft und Gesamteigentümer des Erbschaftsvermögens geworden und als solcher wie jeder andere Erbe berechtigt ist, die Teilung zu verlangen, von der Anrufung dieser besonderen Teilungsvorschrift sollte ausgeschlossen sein, wenn er die Erfordernisse bezüglich Eignung erfüllt und ihm nicht ein Vorzugsrecht eines andern Bewerbers gemäss Art. 621 Abs. 3 im Wege steht (ebenso BOREL, *Le droit successoral paysan*, S. 63 f.). Angesichts des Systems des Art. 620, der ausschliesslich auf die Teilnahme an der Erbschaft abstellt, ohne irgendwelche Bedingungen bezüglich Art und Grad der Verwandtschaft zu stellen, und auch einen bloss eingesetzten Erben nicht ausschliesst (BGE 40 II 188; nicht publizierte Erwägung 1 des Urteils i. S. Ineichen 65 II 218; TUOR, Art. 620 N. 14; ESCHER, Art. 620 N. 13; BOREL, a.a.O. S. 37), ist auch nicht ersichtlich, warum ein Unterschied zu machen wäre, je nachdem der Erbeserbe mit dem Erblasser blutsverwandt ist oder nicht. Gegen die Zulassung des Erbeserben zum Anspruch gemäss bäuerlichem Erbrecht vermag — ausser den in BGE 69 II 388 angedeuteten Bedenken — auch der Umstand nicht den Ausschlag zu geben, dass allerdings nach dieser Auslegung ein direkter Erbe, der z. B. aus Pietät oder Rücksicht auf die Miterben mit der Geltendmachung seines Anspruches aus Art. 620 zuwartet und während Jahren die Teilung nicht verlangt, Gefahr läuft, von einem inzwischen neu hinzugekommenen Erbeserben in Ansehung seines derweilen vorgerückten Alters und daheriger geringerer Eignung als Bewerber aus dem Felde geschlagen zu werden. Diese Möglichkeit muss in Kauf genommen werden im Interesse einer Rechtsanwendung, die dem Sinn und Zweck des bäuerlichen Erbrechts, in möglichst vielen Fällen die Zerstückelung eines landwirtschaftlichen Heimwesens zu vermeiden, am besten gerecht wird.

c) Zu Unrecht beruft sich die Vorinstanz für den Aus-

schluss des Erbeserben vom Anspruch gemäss Art. 620 auf den Entscheid des Bundesgerichts i. S. Felder c. Schnider (BGE 72 II 345). In jenem Falle war während des zwischen einem Bruder und einer Schwester der Erblasserin laufenden Zuweisungsprozesses der Beklagte, dem die kantonalen Instanzen das Heimwesen zugewiesen hatten, gestorben, worauf die Klägerin Berufung an das Bundesgericht einlegte und die Erben des Beklagten in den Prozess eintreten wollten. Das Bundesgericht hat dies als unzulässig und den Prozess als gegenstandslos erklärt, weil der Zuweisungsanspruch von der persönlichen Eignung und den persönlichen Verhältnissen des Ansprechers abhängt und daher beim Tode desselben nicht auf seine Erben übergehe, weshalb diese den Prozess nicht fortsetzen könnten. Dabei handelte es sich natürlich um den — allein im Streite liegenden und bereits vorinstanzlich geschützten — Anspruch des verstorbenen Beklagten. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Erben der verstorbenen Prozesspartei nicht — in einem neuen Verfahren — eigene Ansprüche gestützt auf ihre eigene Eignung geltend machen können. Mit diesem Entscheid ist mithin der in BGE 69 II 388 offen gelassenen Frage der Legitimation des Erbeserben in keiner Weise negativ präjudiziert worden.

3. — Sind mithin vorliegend beide Prozessparteien berechtigt, den Art. 620 ZGB anzurufen, so ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die beiden Bewerbungen im Hinblick auf die von Art. 620 und 621 ZGB aufgestellten Erfordernisse prüfe und über die Zuweisung befinde (Art. 64 Abs. 1 OG). Eine Vervollständigung des Tatbestandes und die Fällung eines Sachentscheides durch das Bundesgericht selbst gemäss Art. 64 Abs. 2 OG kommt nicht in Frage, da es sich nicht um bloss nebensächliche Punkte des Tatbestandes handelt und die Ergänzung auf Grund der vorliegenden Akten nicht möglich ist. Falls dann die Vorinstanz bei genügender Eignung beider Parteien zur Übernahme (vgl. BGE 74 II 219 Erw. 2, bes. lit. a) und

mangels eines Ortsgebrauchs in die Lage kommt, auf Grund der persönlichen Verhältnisse der Bewerber entscheiden zu müssen (Art. 621 Abs. 1), so wird sie unter diesem Gesichtspunkte neben andern Umständen auch berücksichtigen können, dass einerseits der Kläger mit einer grössern Quote an der Erbschaft beteiligt ist als die Beklagte, andererseits diese eine direkte Erbin und Blutsverwandte des Erblassers Bösiger ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Sowohl die Haupt- als die Anschlussberufung werden in dem Sinne gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur Vervollständigung des Tatbestandes und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

Vgl. auch Nr. 38. — Voir aussi n° 38.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 32. Arrêt de la 1<sup>e</sup> Cour civile du 25 octobre 1949 dans la cause Autobus Lausannois S. A. contre Société des Tramways Lausannois S. A.

*Action en dommages-intérêts d'une entreprise de transports au bénéfice d'une concession postale pour le transport régulier de voyageurs contre une entreprise concurrente ayant organisé un service régulier sur le parcours concessionné.*

1. Transport sur la voie publique de personnes et de choses au moyen de véhicules automobiles (AF du 30 septembre 1938) et régale des postes (LF sur le service des postes du 2 octobre 1924). Notion des courses régulières (art. 1<sup>er</sup> ch. 1 de l'ordonnance d'exécution I sur le service des postes, du 8 juin 1925). Consid. 2.
2. Acte illicite et atteinte à un droit subjectif. Droits du concessionnaire d'un service public envers les tiers (consid. 3).
3. Faute (consid. 4).
4. Dommage et réparation (consid. 5).

*Schadenersatzklage eines von der Post zum regelmässigen Personentransport konzessionierten Unternehmens gegen ein Konkurrenzunternehmen, das auf der Konzessionsstrecke regelmässige Fahrten ausführt.*

1. Transport von Personen und Sachen mit Motorfahrzeugen auf öffentlichen Strassen (BB vom 30. September 1938) und Postregal (BG betr. den Postverkehr vom 2. Oktober 1924). Begriff der regelmässigen Fahrten (Art. 1 Ziffer 1 der Vollziehungsverordnung I zum Postverkehrsgesetz). Erw. 2.
  2. Unerlaubte Handlung und Verletzung eines subjektiven Rechts. Rechtsstellung des Konzessionsinhabers eines öffentlichen Dienstes gegenüber Dritten. Erw. 3.
  3. Verschulden. Erw. 4.
  4. Schaden und Schadenersatz. Erw. 5.
- Azione di risarcimento dei danni promossa da un'impresa di trasporti al beneficio d'una concessione pel trasporto regolare di viaggiatori contro un'impresa concorrente che ha organizzato un servizio regolare sul percorso concessionato.*
1. Trasporto di persone e di cose sulle strade pubbliche mediante autoveicoli (DF 30 settembre 1938) e privativa postale (LF 2 ottobre 1924 sul servizio delle poste). Concetto delle corse regolari (art. 1, cifra 1, dell'ordinanza d'esecuzione I sul servizio delle poste, dell'otto giugno 1925). Consid. 2.
  2. Atto illecito e violazione d'un diritto soggettivo. Diritti del concessionario d'un servizio pubblico verso i terzi (consid. 3).
  3. Colpa (consid. 4).
  4. Danno e risarcimento (consid. 5).

A. — La demanderesse, Société des Tramways Lausannois, est au bénéfice d'une concession fédérale d'autobus à trolley pour le transport régulier de voyageurs et de leurs bagages à Lausanne et environs. Cette concession comprend notamment les parcours Bois de Vaux - Montoie - Epinettes - chemin Vinet - Bergières, et St-François - Bel-Air - Chauderon - avenue Ruchonnet - gare CFF, ainsi que, selon un avenant, l'avenue de Beaulieu, de la place Chauderon au chemin Vinet. La demanderesse a en outre une concession fédérale d'automobiles, l'autorisant à exécuter un service régulier et périodique de voyageurs et de leurs bagages au moyen d'automobiles entre Lausanne et sa banlieue.

La défenderesse, Autobus Lausannois S. A., est au bénéfice, depuis 1928, d'une concession fédérale d'automobiles, qui l'autorise, d'après l'acte de renouvellement de 1938, à exécuter un service régulier et périodique de voyageurs et de leurs bagages au moyen d'automobiles