Urteilskopf

85 II 177

28. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Mai 1959 i.S. Obrecht gegen Säuberli.
Regeste (de):
Grunddienstbarkeit (Gewerbeverbot), begründet unter dem alten kantonalen Recht, wurde im Zuge des Übergangs vom Fertigungsprotokoll über das Interimsregister und das Bereinigungsverfahren zum eidg. Grundbuch textlich neu und inhaltlich (bezügl. räumlicher Ausdehnung) abweichend formuliert. Massgebend ist der neue Wortlaut (Art. 17 Abs. 2, Art. 43 SchlT/ZGB, 738 ZGB).

Umfang des Gewerbeverbotes (Kolonial- und Tabakwarenhandel); nicht darunter fällt der Verkauf von Rauchwaren in der Wirtschaft und von Schokolade u.dgl. im Kino an die Besucher.

Regeste (fr):
Servitude foncière (interdiction d'exploiter un commerce) établie sous l'empire de l'ancien droit cantonal. Si lors de la transcription des documents cantonaux sur le registre intérimaire et au cours de la procédure d'épuration précédant l'introduction du registre foncier fédéral, la servitude est formulée dans un texte nouveau dont le contenu s'écarte de l'ancien (en ce qui concerne l'étendue du droit dans l'espace), c'est ce texte qui est déterminant (art. 17 al. 2 et 43 du titre final du CC; art. 738 CC).

Contenu de l'interdiction d'exploiter un commerce de tabac et denrées coloniales. Ne constituent pas un tel commerce la vente de tabac dans un restaurant ni celle de chocolat et autres marchandises semblables aux spectateurs, dans un cinéma.

Regesto (it):
Servitù prediale (divieto di esercitare un commercio) fondata sul vecchio diritto cantonale. Se, all'atto della trascrizione dei documenti cantonali nel registro interinale e nel corso della procedura di accertamento dei diritti reali che precede l'introduzione del registro fondiario federale, la servitù è formulata in un testo nuovo il cui contenuto si scosta dal precedente (per quanto concerne l'estensione del diritto nello spazio), determinante è questo testo (art. 17 cp. 2 e 43 del titolo finale del CC; art. 738 CC).

Contenuto del divieto di esercitare un commercio di tabacchi e di generi coloniali. La vendita di tabacco in un ristorante e quella di cioccolato e simili agli spettatori in una sala cinematografica non costituiscono siffatto commercio.

Sachverhalt ab Seite 178

A.- An der zur Rheinbrücke führenden Strasse in Stein (AG) liegen nebeneinander die Parzelle 771 mit dem Hause Nr. 99, in dem K. Obrecht das Restaurant zur Rheinbrücke und einen Kino betreibt, und die Parzelle 772 mit dem (an Nr. 99 angebauten) Hause Nr. 100, das den Kolonialwarenladen des A. Säuberli enthält. Bei der Teilung der ursprünglichen Gesamtliegenschaft aus der Erbschaft des J. Tröndle im Jahre 1911 hatten die Käufer der beiden Liegenschaften gegenseitige beschränkte Gewerbeverbote als Dienstbarkeiten vereinbart; das die Wirtschaftsliegenschaft belastende wurde bei der Fertigung wie folgt formuliert: "Solange im Hause

Nr. 100 eine Spezerei-, Colonialwaren-, Cigarren- und Tabakhandlung betrieben wird, darf im Hause

BGE 85 II 177 S. 179

Nr. 99 kein gleichartiges oder ähnliches Geschäft betrieben werden." Entsprechend lautete das zu Gunsten der Wirtschaft auf "dem Hause Nr. 100" lastende Konkurrenzverbot. Mit diesem Wortlaut wurden die Dienstbarkeiten in das als Übergang zum Grundbuch dienende Interimsregister aufgenommen, dann jedoch anlässlich der materiellen Bereinigung im Jahre 1948 vom Grundbuchverwalter neu formuliert und in einem Auszug den Grundeigentümern zur Stellungnahme unterbreitet, die Servitut zu Gunsten des Spezereiladens wie folgt gefasst: Auf Parz. 771: "Last: Gewerbeverbot, beschränkt auf Spezerei-, Colonial- und Tabakwaren, zu Gunsten Parz. 772", und
auf Parz. 772: "Recht: Gewerbeverbot, beschränkt auf Spezerei-, Colonial- und Tabakwaren, zu Lasten Parz. 771." Sowohl der Eigentümer der Wirtschafts- (J. Tröndle) als derjenige der Ladenliegenschaft (Säuberli) anerkannten die Dienstbarkeit in dieser Formulierung unterschriftlich als richtig.

B.- In der Folge nahm K. Obrecht, der 1954 die Liegenschaft 771 mit der Wirtschaft und dem inzwischen angebauten Kino erworben hatte und ausserdem auf derselben einen Kiosk zu erstellen beabsichtigte, den Standpunkt ein, das Gewerbeverbot laste nur auf dem Hause Nr. 99, nicht aber auf der übrigen Liegenschaft 771, und es berühre zudem nicht den Verkauf von Rauchwaren, Schokolade u. dgl. in seinem Restaurant und im Kino. Dem opponierte der Spezereihändler Säuberli mit der Behauptung, das Gewerbeverbot belaste nicht nur das Haus Nr. 99, sondern die ganze Parzelle 771, und schliesse im Hause Nr. 99 (Wirtschaft und Kino) auch den Verkauf von Tabakwaren, Schokolade u. dgl. aus.

C.- Obrecht erhob Klage mit dem Begehren auf Feststellung,
1. dass die Dienstbarkeit betr. Gewerbeverbot nicht

BGE 85 II 177 S. 180

auf der ganzen Parzelle 771 laste, sondern örtlich auf das Gebäude Nr. 99 beschränkt sei, 2. dass ihm die Dienstbarkeit nicht verbiete, in seinem Restaurationsbetrieb und Kino Rauchwaren, Schokolade u. dgl. im üblichen Rahmen an seine Gäste zu verkaufen. Der Beklagte Säuberli beantragte Abweisung der Klage und widerklageweise, es sei dem Kläger zu verbieten, auf der Liegenschaft Nr. 771, sei es im Wohnhaus, Restaurant, Kino oder sonstwo, Spezerei-, Kolonial- und Tabakwaren zu verkaufen oder durch Dritte verkaufen zu lassen, insbesondere sei ihm der Verkauf von Tabakwaren, Schokolade u. dgl. an Gäste des Restaurants und an Kinobesucher zu untersagen.

D.- Das Bezirksgericht Rheinfelden wies die Klage ab und schützte die Widerklage. In teilweiser Gutheissung der Appellation des Klägers hat das Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 22. August 1958 diesen Entscheid aufgehoben und wie folgt erkannt: 1. Es ist dem Kläger nicht verboten, in seinem Restaurationsbetrieb Rauchwaren und in seinem Kino Schokolade u.dgl. im üblichen Rahmen an seine Gäste zur Konsumation (resp. zum Beginn der Konsumation) an Ort und Stelle zu verkaufen. 2. Im übrigen ist es dem Kläger verboten, auf seiner Liegenschaft (771) Spezerei-, Kolonial- und Tabakwaren zu verkaufen oder durch Dritte verkaufen zu lassen. 3. Soweit Klage und Widerklage mehr oder etwas anderes fordern, sind sie abgewiesen. (Die Kosten beider Instanzen wurden zu 3/4 dem Kläger und zu 1/4 dem Beklagten auferlegt).

E.- Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung an das Bundesgericht eingelegt; beide halten an ihren Klage- und Widerklagebegehren fest.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die streitige Grunddienstbarkeit wurde im Jahre 1911 begründet, also unter dem alten aargauischen Recht. Die Bestimmung in Art. 17 Abs. 2 SchlT/ZGB, wonach die unter dem alten Rechte begründeten beschränkten

BGE 85 II 177 S. 181

dinglichen Rechte in Bezug auf ihren Inhalt unter dem neuen Rechte stehen, bezieht sich, entsprechend Art. 3 SchlT, nur auf den gesetzlichen, nicht auch auf einen rechtsgeschäftlichen Rechtsinhalt; letzterer beurteilt sich nach wie vor nach altem Recht (BGE 79 II 403). Indessen handelt es sich vorliegend nicht, wie im zitierten Falle, nur um die Auslegung des unter altem Recht vereinbarten Wortlauts der Servitut, sondern in erster Linie um die Frage, welcher Wortlaut des Gewerbeverbotes massgebend ist, der 1911 vereinbarte oder der in der Zwischenzeit abgeänderte, heute im Grundbuch eingetragene. Dies ist eine Frage des intertemporalen Rechts, eventuell eine solche der Auslegung des Art. 738 ZGB, dessen Verletzung denn auch dem vorinstanzlichen Urteil vorgeworfen wird. In beiderlei Hinsicht ist das Bundesgericht gemäss Art. 43 OG zur Überprüfung befugt und daher auf die Berufung einzutreten.

2. Nach der Umschreibung von 1911 belastete das Verbot eines der Spezerei- und Tabakhandlung "gleichartigen oder ähnlichen Geschäftes" nur das Haus Nr. 99, während die heutige Fassung die ganze Parzelle 771 erfasst. Die Vorinstanz stellt fest, wie es im Zuge des Übergangs von den Fertigungsprotokollen über das Interimsregister und das Bereinigungsverfahren zur neuen Formulierung der Servitut gekommen ist. Danach hatte das aargauische Bereinigungsverfahren zum Zwecke, nicht nur alle Rechte, nämlich auch die im Fertigungsprotokoll bezw. nachher im Interimsregister nicht eingetragenen, zu Handen des Grundbuches festzustellen bezw. zu bestätigen, sondern auch alle Widersprüche und Unklarheiten zu beheben, damit hernach, was in das Grundbuch eingetragen wird, nicht streitig sei. Demnach komme den schriftlichen Erklärungen der Beteiligten im Bereinigungsverfahren, in denen eine bisherige Dienstbarkeit anders umschrieben werde, bei Übereinstimmung der Erklärungen rechtsbegründende, d.h. konstitutive Wirrkung zu, was bedeute, dass von der Abgabe der Anerkennungserklärung

BGE 85 II 177 S. 182

an der neue Wortlaut der Grunddienstbarkeit und nicht mehr die alte, im Fertigungsprotokoll oder im Interimsregister enthaltene Formulierung gelte. Bei dieser Darstellung des Funktionierens und der Wirkung des im Kanton Aargau mit der Übertragung der bestehenden dinglichen Rechte in das eidgenössische Grundbuch (gemäss Art. 43 SchlT ZGB) verbundenen Bereinigungsverfahrens handelt es sich um kantonales Recht; die bezüglichen Feststellungen der Vorinstanz sind daher für das Bundesgericht verbindlich. Dasselbe trifft auf die weiteren tatsächlichen Feststellungen zu, dass sowohl der Rechtsvorgänger des Klägers als der Beklagte 1948 ein Zirkular des Grundbuchamtes erhalten haben unter Beilage je eines Auszuges aus dem betreffenden Blatte

des Interimsregisters mit der neuen Formulierung der Last bezw. des Rechts, und dass beide den Auszug an das Grundbuchamt unterzeichnet zurückgesandt haben, wobei auf demjenigen Säuberlis die Unterschrift noch die gestempelte Erklärung deckte: "Weitere Rechte werden nicht beansprucht... Vorstehender Text ersetzt bei Abweichung Stichwort und Umschreibung in den Belegen". Damit hätten sie ihre Zustimmung zu der vom Grundbuchverwalter vorgenommenen Formulierung der Grunddienstbarkeit erklärt. Diese Folgerung aus der - mit der Überführung bisheriger Rechte in das Grundbuch nach kantonalem Recht verbundenen - Bereinigung verstösst nicht gegen Bundesrecht. Freilich erscheint wenig verständlich, wieso der Grundbuchverwalter dazu kam, von sich aus die Servituten textlich neu zu formulieren, ohne den inhaltlichen Unterschied gegenüber der bisherigen Fassung zu merken. Die Eigentümer hätten damals darauf beharren können, dass der genaue Wortlaut der Vereinbarung von 1911 in das Grundbuch aufgenommen werde oder dass wenigstens eine stichwortweise Eintragung entweder alle Elemente jener Vereinbarung enthalten oder dann auf einen entsprechenden

Beleg bei den Grundbuchakten verweisen müsse. Indem sie dies nicht getan, vielmehr vorbehaltlos die neue Fassung als richtig anerkannt haben, haben sie auf eine allenfalls aus der früheren Formulierung abzuleitende örtliche Einschränkung der Last verzichtet. Die Grundbuchbereinigung hatte ja gerade den Zweck, Unklarheiten zu beseitigen, einen für beide Beteiligte verbindlichen Text zu formulieren und ihn von beiden unterschriftlich bestätigen zu lassen. Somit ist für beide Parteien der Wortlaut des jetzigen Grundbucheintrages massgebend, auf Grund dessen übrigens der Kläger 1954 die Liegenschaft 771 erworben hat, und dieser Eintrag ist aus sich heraus auszulegen, ohne dass auf die Formulierung von 1911 zurückzugreifen wäre. Der neue Eintrag stellt auch nicht eine bloss stichwortartige und daher weiterer Auslegungselemente bedürftige Inhaltsangabe dar, sondern ist in sich vollständig und klar, weshalb er allein für den Umfang des Rechts massgebend ist (Art. 738 Abs. 1 ZGB); für den Rückgriff auf den früheren Wortlaut ist daher "im Rahmen" des geltenden Eintrags kein Raum (Abs. 2). Angesichts der Eindeutigkeit der Funktion und des Hergangs der Bereinigung ist daher die Unterlassung der Einvernahme des damaligen Grundbuchverwalters und des Rechtsvorgängers des Klägers, Josef Tröndle, nicht zu beanstanden. Ob der Kläger die von seinem Rechtsvorgänger 1948 erklärte Anerkennung der neuen Formulierung wegen Irrtums heute noch anfechten und Berichtigung des Grundbuchs verlangen könne, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen, das nur die Frage der Massgeblichkeit und der Auslegung des jetzigen Eintrags zum Gegenstande hat. Auch eine Sistierung des vorliegenden Prozesses bis zum Entscheid über die angeblich vom Kläger beim Bezirksgericht bereits eingeleitete, aber dort ihrerseits sistierte Berichtigungsklage ist abzulehnen. Es bleibt dem

Kläger anheimgestellt, jene weiter zu betreiben, nachdem der vorliegende Prozess über die Auslegung des heutigen Eintrags erledigt ist. Ohne Belang für die Auslegung ist auch der Umstand, dass der Beklagte keinen Einspruch erhoben habe, als im Jahre 1929 auf einem von der früheren Parzelle 771 abgetrennten Teil ein Kolonialwarengeschäft eröffnet worden sei. Es ist nicht streitig, dass der frühere Wortlaut nur das Haus Nr. 99 belastete. Die Bereinigung mit der Neuformulierung des Umfangs der Servitut fand aber lange nach jener Abtrennung und Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes statt. Übrigens liesse sich daraus, dass der Beklagte 1929 gegen das Konkurrenzgeschäft nicht Einspruch erhob, nicht ableiten, die Servitut habe den abgetrennten Teil der Parzelle 771 nicht, also nur das Haus belastet; denn es steht einem Servitutsberechtigten zu, auf die Geltendmachung der Servitut bezüglich eines Teils des belasteten Grundstücks oder in einem Einzelfalle zu verzichten, ohne dass dadurch der Bestand und Umfang des Rechtes an sich berührt würde (Urteile des

Bundesgerichts vom 15. Februar 1957 und vom 25. September 1958 i.S. Spieler c. Gambaro betr. "Villenstil"-Servitut). Bezieht sich mithin der heutige, allein massgebliche Grundbucheintrag auf die ganze Parzelle 771 und nicht nur auf das Haus Nr. 99, so ist der auf gegenteilige Feststellung abzielende Berufungsantrag 1 der Klägers abzuweisen.

3. Die Vorinstanz hat eine Durchbrechung der Servitut insoweit zugelassen, als der Kläger in seinem Restaurationsbetrieb Rauchwaren und in seinem Kino Schokolade u. dgl. im üblichen Rahmen an seine Gäste zur Konsumation an Ort und Stelle verkaufen darf. Mit der Berufung verlangt Säuberli Beseitigung dieser Ausnahme vom Verbot, Obrecht dagegen Erweiterung derselben dahin, dass er im Restaurationsbetrieb ausser Rauchwaren auch Schokolade u. dgl. verkaufen dürfe. Auszugehen ist von der Formulierung der Servitut als

"Gewerbeverbot, beschränkt auf Spezerei-, Colonial- und Tabakwaren". Nun ist "Gewerbe"-Verbot nicht gleichbedeutend mit Verkaufsverbot schlechthin, d.h. es ist nicht jeder Verkauf solcher Waren verboten, nur der Betrieb eines Gewerbes, d.h. eines existenzbietenden Geschäftes. Unzulässig wäre somit die Eröffnung eines Ladens oder eines Kioskes mit solchen Waren. Mit Recht nimmt die Vorinstanz an, der Sinn eines Gewerbeverbotes sei, die Konkurrenz auszuschliessen, wobei jedoch das Verbot nicht absolute Geltung beanspruchen könne, sondern nur wirtschaftlich erhebliche Konkurrenzierung verhindern wolle. Es solle im vorliegenden Fall auf der Parzelle 771 kein Gewerbe wie dasjenige auf Parzelle 772 betrieben werden, also keine Spezerei- und Rauchwarenhandlung, die das Geschäft Säuberlis konkurrenzieren würde. Es entspreche aber allgemeiner Übung, dass in Wirtschaften Rauchwaren an Gäste abgegeben werden. Dieser Auffassung von Sinn und Umfang des Gewerbeverbotes ist beizupflichten. Der Betrieb einer Wirtschaft auf Parzelle 771 ist durch das beschränkte Gewerbeverbot nicht untersagt oder eingeschränkt. Wenn zum Betrieb einer Wirtschaft aber von alters her, jedenfalls im Aargau - und dabei handelt es sich um eine der Überprüfung des Bundesgerichts entzogene tatsächliche bezw. kantonalrechtliche Frage - die Abgabe von Rauchwaren an Gäste gehört, so kann dieser nebensächliche Verkauf eines zur Wirtschaftskonsumation übungsgemäss gehörenden Genussmittels nicht gegen das Gewerbeverbot verstossen. Wohl aber träfe dies zu auf die Abgabe von Schokolade und ähnlichen Süssigkeiten, deren Verkauf in einer Wirtschaft nicht üblich ist. Anderseits dürften von diesem Verbot ausgenommen sein Süssigkeiten wie Glace, Eiscreme, etc., deren Abgabe in einem Restaurant - sei es als Dessert nach dem Essen, sei es als Einzelkonsumation - heute üblich ist und zum Wirtschaftsbetrieb gehört. Umgekehrt werden im Kino Rauchwaren nicht benötigt, da dort das Rauchen überhaupt verboten ist, dagegen

nach allgemeiner Übung Schokolade, Eiscreme u. dgl. konsumiert, übrigens zu einer Zeit, wo der Spezereiladen des Beklagten meist geschlossen sein wird, sodass eine wirtschaftlich ins Gewicht fallende Konkurrenzierung desselben nicht anzunehmen ist. Wenn so die Vorinstanz der Natur und dem legitimen Bedürfnis eines Wirtschafts- und Kinobetriebes Rechnung trägt, verletzt sie kein Bundesrecht; direkt nicht, weil "Gewerbeverbot" kein bundesrechtlicher Begriff ist wie Wohnrecht, Baurecht, Quellenrecht; indirekt nicht, weil die im Grundbucheintrag zum Ausdruck kommende übereinstimmende Willensäusserung gemäss Art. 18 OR und der dazu ergangenen Rechtsprechung so auszulegen ist, wie sie nach Treu und Glauben im Verkehr verstanden werden durfte oder musste. Treu und Glauben bei der Auslegung entspricht es aber, wenn weder der Ausdruck "Gewerbeverbot" allzu extensiv auf jede Art des Verkaufes der fraglichen Waren, sondern nur auf die

gewerbsmässige, den Hauptgegenstand des Gewerbes bildende Art angewendet, noch die Zulässigkeit gewisser Geschäfte mit solchen Waren in einer das legitime Schutzinteresse des Berechtigten schädigenden Weise ausgeweitet wird. An der rechtlichen und wirtschaftlichen Richtigkeit dieser Interpretation ändert es nichts, dass nach seiner Behauptung in der Berufungsschrift dem Beklagten Säuberli beim Kauf der Ladenliegenschaft gesagt worden sein soll, wenn die benachbarte Wirtschaft Rauchwaren verkaufen wolle, müsse sie diese von ihm beziehen. Daraus ergibt sich im Gegenteil, dass das "Gewerbeverbot" sich auf einen solchen Verkauf in der Wirtschaft schon damals nicht bezog. Die Verpflichtung zum Tabakbezug im Geschäft Säuberli aber ist nirgends verbrieft worden und könnte, wenn überhaupt einmal von einem früheren Eigentümer der Wirtschaftsliegenschaft mündlich eingegangen, dessen Rechtsnachfolger nicht, erst recht nicht auf Jahrzehnte hinaus binden. Richtig ist schliesslich (Berufung Säuberli S. 5), dass

- nach erfolgter Bereinigung des Eintrags - nicht auf den Erwerbsgrund oder auf die langjährige Ausübung (Art. 738 Abs. 2 ZGB) zurückgegriffen werden muss; aber auch das ändert am vorstehenden Ergebnis nichts, das, wie dargetan, aus dem massgeblichen Eintrage selbst folgt.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Beide Berufungen werden abgewiesen, und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 22. August 1958 wird bestätigt.