Urteilskopf

88 II 252

37. Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. Mai 1962 i.S. Devo Bern "A" Immobilien AG und Zähringer AG gegen A. von Werdt und Mitbeteiligte sowie H. Schlawin.
Regeste (de):
1. Sinn und Tragweite der Artikel 686, 695, 696 und 702 ZGB (Erw. 1 und 2).

2. Der Eigentümer, und ebenso der Inhaber eines Baurechts, ist grundsätzlich im Rahmen der geltenden Bauvorschriften in der baulichen Gestaltung des Grundstücks frei. Das blosse Vorhandensein einer Baute oder baulichen Anlage erzeugt keine Einwirkungen auf andere Grundstücke im Sinne des Art. 684 ZGB. Voraussetzungen der Anwendung des Art. 679 ZGB gegenüber einem Eigentümer oder Bauberechtigten. (Erw. 3).

3. Grund und Gegenstand eines Anspruchs auf Beseitigung nach Art. 641 Abs. 2 ZGB (Erw. 4).

4. Pflicht zur Einfriedigung, kantonales Recht, Art. 697 Abs. 2 ZGB (Erw. 5).

5. Altrechtliche Dienstbarkeit. Inwieweit fällt neben dem Grundbucheintrag der Dienstbarkeitsvertrag in Betracht? Inwieweit ist eidgenössisches, inwieweit kantonales Recht anwendbar? Ausfüllung von Vertragslücken bei einer "ungemessenen" Dienstbarkeit. (Erw. 6, a bis d).

Mehrbelastung im Sinne des Art. 739 ZGB, Kriterien (Erw. 6, e).

Regeste (fr):
1. Sens et portée des articles 686, 695, 696 et 702 CC (consid. 1 et 2).

2. Comme le propriétaire, le titulaire d'un droit de superficie est en principe libre de bâtir sur le fonds, dans les limites des prescriptions en vigueur concernant les constructions. La seule présence d'un bâtiment ou la disposition des constructions n'exerce aucun effet sur d'autres fonds qui pourrait constituer un excès au sens de l'art. 684 CC. A quelles conditions l'art. 679 CC est-il applicable à l'égard d'un propriétaire ou du titulaire d'un droit de superficie? (consid. 3).

3. Fondement et objet d'une action tendant à faire cesser une atteinte au droit de propriété, dérivée de l'art. 641 al. 2 CC (consid. 4).

4. Obligation de clore un fonds, droit cantonal, art. 697 al. 2 CC (consid. 5).

5. Servitude constituée sous l'ancien droit. Dans quelle mesure le contrat constitutif de la servitude entre-t-il en considération, à côté de l'inscription au registre foncier? Dans quelle mesure doit-on appliquer le droit fédéral et le droit cantonal? Manière de combler les lacunes du contrat constitutif d'une servitude "indéterminée" (consid. 6, litt. a à d).

Aggravation de la servitude au sens de l'art. 739 CC, critères (consid. 6, litt. e).

Regesto (it):
1. Senso e portata degli articoli 686, 695, 696 e 702 CC (consid. 1 e 2).

2. Il proprietario, come anche il titolare di un diritto di superficie, è, di massima, libero di determinare la struttura costruttiva sul fondo, nei limiti delle vigenti prescrizioni edilizie. La sola presenza di un edificio o la disposizione delle costruzioni non ha nessun effetto su altri fondi nel senso dell'art. 684 CC. Presupposti per

l'applicazione dell'art. 679 CC nei confronti di un proprietario o del titolare di un diritto di superficie (consid. 3).

3. Fondamento e oggetto di una pretesa tendente a far cessare un'indebita ingerenza giusta l'art. 641 cpv. 2 CC (consid. 4).

4. Obbligo di cintare un fondo, diritto cantonale, art. 697 cpv. 2 CC (consid. 5).

5. Servitù costituita secondo il vecchio diritto. In quale misura il contratto costitutivo della servitù entra in conto a lato dell'iscrizione nel registro fondiario? In quale misura devesi applicare il diritto federale e in quale misura il diritto cantonale? Modo di colmare le lacune del contratto costitutivo di una servitù "indeterminata". (Consid. 6, a a d).

Aggravamento della servitù nel senso dell'art. 739 CC, criteri (consid. 6, e).

Sachverhalt ab Seite 253

BGE 88 II 252 S. 253

A.- Die Kläger Armand von Werdt und acht Mitbeteiligte sind Eigentümer der Liegenschaft Nr. 1001 (Kreis I) des Grundbuches von Bern. Auf dieser Liegenschaft stehen die Häuser Nr. 36 und 36a der Spitalgasse, einer vom Vorgelände des Hauptbahnhofs ausgehenden grossen Geschäftsstrasse. Dem Mitkläger Dr. Hermann Schlawin gehört die nördlich angrenzende, an die parallel zur Spitalgasse verlaufende Neuengasse stossende Liegenschaft Nr. 1041 mit dem Gebäude Neuengasse 41. Nach Westen schliesst sich an diese und teilweise auch an die erstgenannte Liegenschaft die im Eigentum der Genossenschaft Hotel zur Post stehende Liegenschaft Nr. 996 mit dem Hause Neuengasse 43 an. Dieses Gebäude war bis vor

BGE 88 II 252 S. 254

wenigen Jahren eine Hotelbesitzung ("Hôtel Poste et France"). Doch liess die Zähringer AG, die am 16. Oktober 1956 an dieser Liegenschaft ein selbständiges und dauerndes, als Grundstück Nr. 1237 in das Grundbuch aufgenommenes Baurecht erwarb, in den Jahren 1957 und 1958 das Hotelgebäude niederreissen und an dessen Stelle ein modernes Geschäftshaus errichten. Hierauf verkaufte sie im Januar 1959 ihr Baurechtsgrundstück Nr. 1237 der Devo Bern "A" Immobilien AG.

B.- Über die erwähnten Liegenschaften der Kläger hatten ihre Rechtsvorgänger im Jahre 1904 einen dem Fussgängerverkehr dienenden Durchgang von der Spitalgasse zur Neuengasse errichtet, die "Von Werdt-Passage". Im Hinblick auf ihr Vorhaben hatten sie mit Paul Arni, dem damaligen Eigentümer der Hotelliegenschaft Nr. 996, Dienstbarkeitsverträge abgeschlossen. Darin liessen sie sich einerseits ein - nicht umstrittenes - Überbaurecht einräumen. Anderseits errichteten sie zu Lasten ihrer Grundstücke Nr. 1001 und 1041 folgende Dienstbarkeiten zu Gunsten der Liegenschaft Nr. 996;

1.- a) laut Grundbucheintrag: "Recht zum Anbringen einer Zugangstüre zum Saalbau auf die v. Werdt-Passage zu Lasten Nr. 1001 und 1041". b) laut Beleg (Tausch- und Dienstbarkeitsvertrag, unterzeichnet am 13. Juni

1903, gefertigt am 23. und eingeschrieben am 29. März 1904): "8. Für den Fall die Herren Armand von Werdt und Mithafte über die eingetauschte Parzelle einen öffentlichen Durchgang erstellen, so wird dem Paul Arni, für sich und seine Nachbesitzer, gestattet, im neuen Saalbau zu seiner Besitzung Hôtel de la Poste eine Zugangstüre auf diesen Durchgang anzubringen."

2.- a) laut Grundbucheintrag: "Mitbenutzungsrecht der v. Werdt-Passage, -Recht zur Anbringung von Fenstern oder Schaufenstern und Affichen und Recht zur Anbringung von Fenstern gegen den Lichthof, zu Lasten Nr. 1001 und 1041." b) laut Beleg (Dienstbarkeits- und Dienstbarkeitsaufhebungsvertrag,

unterzeichnet am 9. Mai 1904, gefertigt am 7. und eingeschrieben am 14. Juli 1904): "Art. 1. Armand von Werdt und Mithafte räumen dem Paul Arni für sich, seine Nachbesitzer, seine Hausbewohner und die das Hôtel de la Poste frequentierenden Gäste ein unentgeltliches Durchgangsrecht ein durch die von ihnen projektierte Gallerie (Passage) von der Spitalgasse nach der Neuengasse. Dieses Durchgangsrecht schliesst auch den Handtransport (mit Ausschluss von Karren) von Brennmaterialien zum eigenen Gebrauch für Mieter und allfällig an der Passage später zu eröffnende Magazine in sich. ... Paul Arni übernimmt auch das ordentliche tägliche Reinigen des Durchgangs längs seinem zur Hotelbesitzung gehörenden Restaurationssaal in einer Länge von ca. 13 1/2 Meter. Art.2.
Armand von Werdt und Mithafte gestatten dem Paul Arni die Anbringung von Fenstern oder Schaufenstern an seiner Scheidemauer längs dieser Passage (...), wogegen Paul Arni den Armand von Werdt und Mithafte gestattet, an die nämliche Scheidemauer das projektierte Glasdach über der Passage unentgeltlich anzulehnen und zu stützen. Soweit ein Anbau an die übrigen Teile der Scheidemauer stattfindet, hat der Einkauf in die Scheidemauer nach den Bestimmungen des Baureglementes zu erfolgen. Arni bleibt Eigentümer auch derjenigen Hälfte der Scheidemauer, welche auf dem Grund und Boden der Armand von Werdt und Mithafte steht. Art. 3.
Armand von Werdt und Mithafte gestatten dem Paul Arni unentgeltlich die Anbringung einer Affiche im Laubenbogen ... sowie ... einer zweiten Affiche an geeigneter Stelle des Hauses Spitalgasse Nr. 36 selbst;. .. Art. 4.
Armand von Werdt und Mithafte behalten sich das Recht vor, an den Ausmündungen der Gallerie an der Spitalgasse und Neuengasse eiserne Gittertore anzubringen und solche jeweilen mit dem Eintritt der in der Stadt Bern gültigen Polizeistunde zu schliessen. Dem Paul Arni ist zu jedem Gittertor auf Kosten der Armand von Werdt und Mithafte ein Schlüssel zu verabfolgen.

C.- An der Von Werdt-Passage sind eine Reihe gewerblicher Betriebe entstanden: ein Kinogebäude, ein Migros-Verkaufsladen, eine Metzgerei, ein Tea-Room, eine Käsehandlung mit Milchbar und anderes mehr. Im übrigen wird diese Passage von zahlreichen Fussgängern als

Verbindungsweg zwischen der Spitalgasse und der Neuengasse in beiden Richtungen benutzt. Im Neubau der Liegenschaft Nr. 996 (Baurechtsgrundstück Nr. 1237 der Zähringer A.-G. und seit Januar 1959 der Devo Bern "A" Immobilien A.-G.) ist nun ein neuer, ebenfalls dem allgemeinen Fussgängerverkehr geöffneter Durchgang erstellt und "Inter-Passage" benannt worden. Auch diese Passage ist von Ladengeschäften umsäumt. Sie führt von der Neuengasse in das Innere des Gebäudes, biegt dann nach links (Osten) ab und mündet dort, wo der Saalbau des frühern Hotels stand, offen in die Von Werdt-Passage ein. Auf der rechten (südlichen) Seite die-

ses Endstücks der neuen Passage umschliesst der Neubau die Räume der Buchhandlung A. Francke AG mit dem modern gestalteten, nach der Von Werdt-Passage gerichteten Ladeneingang. Der diesen Eingang enthaltende Teil der Ostwand stösst jedoch nicht unmittelbar an die Grundstücksgrenze und damit an die Von Werdt-Passage, sondern liegt etwa 3,5 m zurück. Davor befindet sich ein in diese Passage offen übergehender Vorplatz auf gleicher Ebene wie die Einmündung der Inter-Passage, von dieser derzeit bloss durch einen Schaukasten der erwähnten Buchhandlung getrennt.

D.- Mit Klage vom 15. Oktober 1959, eingereicht beim Appellationshof des Kantons Bern, stellten die Kläger gegen die Devo Bern "A" Immobilien A.-G. die folgenden Rechtsbegehren: 1. Die Beklagte sei gerichtlich zu verurteilen, an ihrer Besitzung Grundbuchblatt Nr. 1237, Kreis I (selbständiges und dauerndes Baurecht auf Nr. 996, Kreis I), soweit diese an die Von Werdt-Passage grenzt, eine Scheidemauer oder eine andere Abtrennung anzubringen, die neben Fenstern oder Schaufenstern höchstens eine Türe enthalten darf. Eventualbegehren:
Die Beklagte sei gerichtlich zu verurteilen, ihr Gebäude Neuengasse 43, Grundbuchblatt Nr. 1237, Kreis I (selbständiges und dauerndes Baurecht auf Nr. 996, Kreis I) so umzugestalten, dass dieses von der Von Werdt-Passage her nur durch eine Türe betreten werden kann. 2. Die in Ziffer 1 erwähnte Türe ist so zu gestalten, dass diese nur von den Haus- und Grundeigentümern, den Hausbewohnern

und den die Besitzung Neuengasse 43 frequentierenden Personen benützt wird und somit nicht dem allgemeinen Fussgängerverkehr dienen kann. Zur Begründung machten die Kläger geltend, durch die Einführung der Inter-Passage in die Von Werdt-Passage und durch die Schaffung eines offenen Zuganges zum Ladengeschäft der A. Francke A.-G. von der Von Werdt-Passage her seien ihre Eigentumsrechte verletzt. In diesen beiden Punkten gehe die bauliche Gestaltung des Neubaues Neuengasse 43 weit über die zu Gunsten der Liegenschaft Nr. 996 bestehenden Dienstbarkeitsrechte hinaus. Die Beklagte verkündete der Zähringer A.-G. den Streit, worauf diese an ihrer Seite als Nebenintervenientin am Prozesse teilnahm. Beide beantragten die Abweisung der Klage. Sie bestritten die von den Klägern behauptete Eigentumsverletzung wie auch eine Überschreitung der zu Gunsten des Grundstücks Nr. 996 bestehenden Dienstbarkeitsrechte. Abgesehen von den Dienstbarkeitsrechten beriefen sie sich auf Rechte der Allgemeinheit, nämlich auf das Bestehen eines öffentlichen Weges, weshalb die Von Werdt-Passage von vornherein auch von der Inter-Passage her und nach ihr hin in unbeschränktem Masse benutzt werden dürfe.

E.- Mit Urteil vom 30. November 1960 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage grundsätzlich gutgeheissen, aus folgenden Gründen: Die Berufung der Beklagten und der Intervenientin auf das öffentliche Recht geht fehl (wie eingehend dargelegt wird); die Von Werdt-Passage ist kein öffentlicher Weg. Somit ist die auf Art. 641 Abs. 2 und Art. 679 ZGB gestützte Klage nach Privatrecht zu beurteilen. Die bauliche Umgestaltung des Grundstücks Nr. 996, wie sie in den Jahren 1957 und 1958 vorgenommen wurde, geht nun über den Rahmen der zu Gunsten dieses Grundstücks bestehenden Dienstbarkeitsrechte hinaus. Diese Rechte werden heute mindestens in zweifacher Hinsicht in unzulässiger Weise ausgeübt: 1. "durch Öffnung einer Passage, die jedermann zur Benutzung

offen steht, wodurch mittelbar die Möglichkeit geschaffen wird, dass nicht nur wie früher die das Hôtel de

la Poste frequentierenden Gäste, sondern überhaupt jedermann, der es begehrt, übertreten kann:" 2. "durch die Erschliessung des an die Von Werdt-Passage anstossenden Ladengeschäftes mittels einer selbständigen Türe, die aber nicht wie früher diejenige zum Hôtel de la Poste gestaltet, sondern als moderner und breiter, mit selbsttätigen Türflügeln versehener Zugang angelegt ist." Aus dieser grundverschieden gewordenen Sachlage ergibt sich eine Mehrbelastung der Grundstücke der Kläger im Sinne des Art. 739 ZGB. Die intensive, sich im grossen Zinsertrag auswirkende Ausbeutung des Neubaues setzt einen ausserordentlich regen Verkehr auf der Inter-Passage voraus. "Er hält sich denn auch gemessen am seinerzeitigen Zustrom zum Hôtel de la Poste von der Von Werdt-Passage aus heute weit über dem Verhältnis 1: 100." Dieser ungerechtfertigten Einwirkung dürfen sich die Kläger nach Art. 641 Abs. 2 ZGB erwehren. Dem Richter steht es zu, unabhängig von den Parteianträgen im Rahmen des Art. 679 ZGB die den Verhältnissen angemessenen, der Billigkeit entsprechenden Anordnungen zu treffen. In diesem Sinn ist der Beklagten die Errichtung zweier Abschrankungen in voller Höhe auf ihrem Grundstück vorzuschreiben: Die eine Abschrankung ist längs der Ostgrenze zu errichten, so dass sowohl die Inter-Passage wie auch der Vorplatz der Buchhandlung Francke gegen die Von Werdt-Passage abgeriegelt werden. In dieser Abschrankung darf lediglich gegenüber dem Ladeneingang der Buchhandlung eine höchstens 1 m breite Türe erstellt werden. Die zweite Abschrankung soll den erwähnten Vorplatz seitlich gegen die Inter-Passage abschliessen. Sie darf ebenfalls nur eine 1 m breite Tür enthalten, und zwar soll diese Türe gewöhnlich abgeschlossen sein; sie darf nur von den im Urteil genannten Personen, die allein Schlüssel erhalten, benutzt werden. Der Urteilsspruch lautet:

"1. Die Beklagte wird verurteilt, an ihrer Besitzung Grundbuchblatt Nr. 1237, Kreis I (selbständiges und dauerndes Baurecht auf Nr. 996, Kreis I), soweit die Grenze gegen die Von Werdt-Passage hin im heutigen Zustand offen ist, eine Abschrankung in voller Höhe anzubringen. Diese Abschrankunnkung erhält eine Türe (A) mit lichter Breite von maximal 1 m als direkten Zugang zum heutigen Eingang des Ladengeschäftes Francke AG. Diese Türe kommt zwischen den Schaukasten der Buchhandlung und deren Schaufenster gegen die Von Werdt-Passage hin zu stehen. 2. Dadurch wird ein Vorraum geschaffen, gebildet aus der zu errichtenden Abschrankung gegen die Von Werdt-Passage, der von diesem Vorraum aus gesehen im Süden anschliessenden Schaufensterfront, dem Eingang zur Buchhandlung im Westen und der Begrenzung durch den Schaukasten im Norden. Dieser Vorraum ist nach Norden vollständig und in voller Höhe abzuschranken, darf aber eine Türe (B) mit lichter Breite von maximal 1 m enthalten, die ständig abzuschliessen ist. Sie darf nur mittels Schlüssel geöffnet werden. Schlüssel dürfen nur die Haus- und Grundeigentümer, die Hausbewohner, die Geschäftsinhaber und deren Angestellte besitzen. 3. Die Kläger haben an die Kosten der baulichen Umgestaltung keinen Beitrag zu leisten. 4. Für die bauliche Umgestaltung wird eine Frist von 60 Tagen eingeräumt, unter Androhung der Straffolgen des Art. 403 ZPO im Falle der böswilligen Nichtvornahme."

F.- Gegen dieses Urteil haben die Beklagte und die Intervenientin folgende Rechtsmittel ergriffen: a) eine Nichtigkeitsklage nach Art. 359 Ziff. 4 der kantonalen ZPO mit der Rüge, der Appellationshof habe den Klägern unrechtmässigerweise mehr und anderes, als was sie verlangten, zugesprochen; das Plenum des Appellationshofes hat diese Nichtigkeitsklage am 12. September 1961 abgewiesen; b) eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Art. 4 BV und des entsprechenden Art. 72 der bernischen Staatsverfassung; das Bundesgericht, II. Zivilabteilung, hat diese Beschwerde, soweit darauf einzutreten war, mit heutigem Urteil abgewiesen; c) die vorliegenden getrennt eingereichten Berufungen mit dem erneuten Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage und (seitens der Intervenientin) eventuell auf Rückweisung der Sache an den Appellationshof zu neuer Beurteilung.

Der Antrag der Kläger geht auf Abweisung der Berufungen und auf Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kläger sehen in den beim Umbau der Nachbarliegenschaft Nr. 996 geschaffenen unüberbauten Flächen mit offenem Zugang zur Von Werdt-Passage einen unzulässigen Eingriff in ihr Grundeigentum. Demgegenüber haben sich die Beklagte und die Intervenientin unter anderem auf das Bestehen eines öffentlichen Weges berufen, der namentlich auch der Liegenschaft Nr. 996 zugute kommen müsse. Diesen Einwand hat der Appellationshof jedoch verworfen, und nach Abweisung der staatsrechtlichen Beschwerde muss es dabei sein Bewenden haben. Die Von Werdt-Passage ist danach ein Privatweg geblieben, der freilich bis auf weiteres dem allgemeinen Fussgängerverkehr offen steht, an dem jedoch keine unentziehbaren Rechte der Allgemeinheit (und damit des Staates oder der Gemeinde) bestehen. Auf Dienstbarkeiten, welche die Kläger oder deren Rechtsvorgänger Dritten eingeräumt haben, kann sich die Beklagte ebenfalls nicht berufen. Solche Dienstbarkeiten können allenfalls durch Vereinbarung der Beteiligten wieder aufgehoben werden, ohne dass die Beklagte dadurch in eigenen Rechten betroffen würde. Sie kann daher insbesondere daraus nichts herleiten, dass sich Armand von Werdt und die mitbeteiligten Grundeigentümer einerseits und die Baugesellschaft Spitalgasse Bern A.-G. anderseits in einem Dienstbarkeitsvertrag vom 6. November 1924 gegenseitig "in dinglicher Weise" verpflichtet haben, einen bestimmten Teil der Von Werdt-Passage "zu allen Zeiten dem durchgehenden Fussgängerverkehr offen zu halten". Bestehen an der Von Werdt-Passage keine Benutzungsansprüche aus öffentlichem Recht, so geht auch die Anrufung des Art. 702 ZGB fehl. Diese Norm besagt keineswegs, es müsse solche Ansprüche bestimmter Art geben; sie spricht nur einen - unechten - Vorbehalt des (ohnehin

neben dem Zivilrecht bestehenden) öffentlichen Rechts aus. Es handelt sich um eine Spezialbestimmung zu Art. 6 ZGB (BGE 57 I 211; LEEMANN, N. 1 zu Art. 702). Enthält das öffentliche Recht keine Grundlage für die behaupteten Ansprüche der Allgemeinheit, so erweist sich die Anrufung des Art. 702 ZGB als gegenstandslos. Gleich verhält es sich mit dem Hinweis der Beklagten auf die Art. 695 und 696 ZGB und damit auf gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Ansprüche aus kantonalem Privatrecht. Diese Rechtsquelle ergibt nach der auch in dieser Hinsicht mit staatsrechtlicher Beschwerde erfolglos angefochtenen Entscheidung des Appellationshofes nichts zu Gunsten der Beklagten.

2. Daraus folgt indessen, entgegen der Annahme der Kläger, der die Vorinstanz beigetreten ist, nicht, mangels allgemeiner den durchgehenden Fussgängerverkehr durch die Von Werdt-Passage gestattender öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Normen des Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtes bedürfe die in den Jahren 1957 und 1958 erfolgte bauliche Umgestaltung des Grundstücks Nr. 996 einer besondern Rechtfertigung durch Dienstbarkeiten. Vielmehr ist von der grundsätzlichen Freiheit des Eigentums auszugehen und zu prüfen, ob diese bauliche Anlage im Rahmen erlaubter Eigentums- (und Baurechts-) ausübung liege. Ist es der Fall, so steht den Klägern kein Beseitigungsanspruch zu, gleichgültig ob die zu Gunsten des Baugrundstücks bestehenden Dienstbarkeiten 1 und 2 noch weitergehende Rechte verleihen oder nicht. Die abweichende Betrachtungsweise der Vorinstanz beruht anscheinend auf der irrtümlichen Annahme, mit den affirmativen Dienstbarkeiten, wie sie zu Gunsten des Baugrundstücks Nr. 996 bestehen (oben B der Tatsachen), seien (abgesehen von dem unbestrittenen Überbaurecht) negative Dienstbarkeiten (Baubeschränkungen) zu Lasten dieses Grundstücks verbunden. Dafür bieten die Grundbucheinträge und die als Belege dienenden Dienstbarkeitsverträge keinen Anhalt.

Vor allem lässt sich gegen die Erstellung eines modernen, breiten, mit selbsttätigen Türflügeln versehenen Ladeneingangs zur Buchhandlung Francke nichts aus der Dienstbarkeit 1 herleiten. Wenn sich in den Jahren 1903/4 der Hotelier Paul Arni veranlasst sah, eine Erlaubnis der Nachbarn zur Erstellung einer Zugangstüre zum Saalbau seines Hotels einzuholen und er sich dafür die Dienstbarkeit 1 einräumen liess, so offenbar deshalb, weil der Saalbau bis an die Grundstücksgrenze reichte, also unmittelbar an die Von Werdt-Passage stiess, eine Durchbrechung der Grenzmauer (Scheidemauer) aber der Zustimmung des Nachbars bedurfte (wie denn nach Art. 265 Abs. 4 der heute geltenden Bauordnung der Stadt Bern von 1955 "Fenster in Brandmauern" nur ausnahmsweise und nur mit Zustimmung des Nachbars gestattet werden dürfen). Zur Anbringung von Fenstern und Türen in einer 3,5 m von der Grenze zurückliegenden Hausfassade, wie sie nun beim Umbau geschaffen wurden, bedarf es dagegen keiner Zustimmung des Nachbars. Etwas Gegenteiliges wurde gar nicht behauptet. Die Dienstbarkeit 1 spielt daher für diesen Ladeneingang keine Rolle. Der Bauende konnte ihn - im Rahmen der geltenden Bauvorschriften, deren Verletzung nicht gerügt ist - ohnehin erstellen und nach seinem Belieben gestalten. Gegen die Schaffung der offenen Flächen des Baugrundstücks im östlichen Grenzbereich lässt sich aus den eben zu Gunsten dieses Grundstücks bestehenden Dienstbarkeiten gleichfalls nichts herleiten. Auch in dieser Hinsicht ist im übrigen weder geltend gemacht noch festgestellt, dass die vom Kanton oder von der Gemeinde erlassenen privatrechtlichen (Art. 686 ZGB) oder öffentlichrechtlichen Vorschriften (Art. 702 ZGB) der baulichen Anlage entgegenstehen. Insbesondere ist nicht die Rede davon, dass der Neubau unmittelbar an die östliche Grenze reichen sollte und die früher längs dieser Grenze verlaufene Scheidemauer (Brandmauer) hätte beibehalten oder wiederhergestellt werden sollen. Beim Fehlen einer gegenteiligen

Vorschrift wäre dem Eigentümer oder Bauberechtigten ebenso frei gestanden, den abgebrochenen Hotelbau überhaupt durch einen offenen Platz ohne Hochbauten oder mit geringer Überbauung zu ersetzen.

3. Lässt sich somit gegen die bauliche Umgestaltung als solche nichts einwenden, so bleibt zu prüfen, ob vom Neubau, namentlich von den unüberbauten Flächen unzulässige Einwirkungen auf das Nachbarland ausgehen und den Klägern daraus ein Beseitigungsanspruch erwachsen sei. Sie berufen sich auf Art. 641 Abs. 2 wie auch (in Verbindung mit Art. 684) auf Art. 679 ZGB. Die letztere Norm - ein Ausfluss der in Art. 641 anerkannten Eigentumsfreiheit (BGE 83 II 198) - ist als die speziellere zuerst ins Auge zu fassen. Im Unterschied zu Art. 641 umschreibt Art. 679 ZGB nicht die Rechte, sondern den Pflichtenkreis des Eigentümers, und zwar des Grundeigentümers, nach bestimmten Richtungen hin. Er hängt somit, obwohl im Unterabschnitt über den Inhalt des Grundeigentums eingereiht, näher mit den diesem Eigentum gesetzten Schranken zusammen. Seine Hauptbedeutung besteht darin, Sanktionen zu den von Art. 684 verpönten übermässigen Einwirkungen (Immissionen) zu bieten (OFTINGER, Haftpflichtrecht II/1 S. 15). Ja, auf Grund neuerer Untersuchungen ist die Ansicht vorherrschend geworden, Art. 679 gelte überhaupt nur im nachbarlichen Verhältnis (so namentlich STARK, Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB, S. 189 ff.; ebenso FROELICHER, Die Abgrenzung der Haftung des Werkeigentümers von der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers, S. 92 ff.; OFTINGER, a.a.O.; LIVER, N. 117 zu Art. 737 ZGB; etwas weiter umschreibt HAAB, N. 10 zu Art. 679, den Kreis der allenfalls Anspruchsberechtigten: vgl. im übrigen BGE 83 II 379 /80, wonach jeder Besitzer eines Grundstücks, sei es auch aus persönlichem Recht, den Art. 679 anrufen kann). Im vorliegenden Fall braucht dazu nicht näher Stellung genommen zu werden. Die Aktivlegitimation der Kläger

steht ausser Zweifel, da sie ja Grundnachbarn der Beklagten sind. Ebenso unzweifelhaft ist die Passivlegitimation der Beklagten gegeben. Denn als Bauberechtigte (mit Eigentum an der Baute, Art. 675 und 779 ZGB) untersteht sie gleich einem Liegenschaftseigentümer dem Nachbarrecht und damit auch der Verantwortlichkeit nach Art. 679 ZGB (BGE 68 II 373Erw. 2; L'HUILLIER, La responsabilité du propriétaire foncier selon l'art. 679 du CCS, ZSR NF 71 S. 74a mit Bem. 198; WALDIS, Das Nachbarrecht, 4. Auflage, S. 25/26; LIVER, Kommentar, N. 70 der Einleitung zu den Art. 730 ff. ZGB). Indessen kann das blosse Vorhandensein einer Baute oder baulichen Anlage - und vollends unüberbauter Flächen - keine Einwirkungen im Sinne des Art. 684 ZGB, nämlich mittelbare Einwirkungen, erzeugen, wie sie vielmehr nur infolge der Art der Bewirtschaftung oder der Benutzung des Grundstücks entstehen können. Das ergibt sich aus der Natur der Sache und ist auch in Randtitel und Text des Art. 684 ZGB ausgedrückt. Lehre und Rechtsprechung sind darüber einig (vgl. namentlichBGE 40 II 344/45; WALDIS, Das Nachbarrecht, S. 23; HAAB, N. 12 zu Art. 684 ZGB). Verstösst eine bauliche Anlage gegen privatrechtliche (Art. 686 ZGB) oder öffentlichrechtliche (Art. 702 ZGB) Vorschriften des kantonalen oder kommunalen Rechtes oder gegen eine als Dienstbarkeitslast errichtete Baubeschränkung oder endlich gegen eine persönliche Verpflichtung, so ist auf dieser Rechtsgrundlage, nicht auf Grund des Art. 684 ZGB, vorzugehen. Besteht aber, wie hier, kein derartiges Bauhindernis, so steht es dem Nachbar nicht zu, der ihm aus irgendwelchen Gründen missliebigen Baute um ihrer blossen Existenz willen "unzulässige Einwirkungen" auf sein Grundstück zuzuschreiben. Eine derartige Betrachtungsweise ist mit Art. 684 nicht vereinbar; es müsste sich danach um wirkliche, aus der Verwendung des Grundstücks entstehende Einwirkungen von der Art der dort in Abs. 2 als Beispiele genannten handeln, die "nach Lage und Beschaffenheit

der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigt" wären. Davon ist hier nicht die Rede. Der Fussgängerverkehr, soweit er sich auf dem Grundstück Nr. 996 abspielt, bewirkt weder einen übermässigen Lärm, noch stört er die Nachbarschaft auf eine andere nach den örtlichen Verhältnissen nicht zu duldende Art. Es geht auf dem Vorplatz der Buchhandlung Francke und in der Inter-Passage nichts anderes vor als in der Von Werdt-Passage. Die Kläger wenden sich denn auch nicht gegen das, was auf dem Nachbargrundstücke selbst geschieht; ihre Rüge richtet sich bloss gegen die häufige Überschreitung der Grundstücksgrenze über die beim nachbarlichen Neubau geschaffenen Zugänge. Nun kann gewiss im Betreten eines Nachbargrundstücks eine ungerechtfertigte unmittelbare Einwirkung liegen, die zwar nicht unter Art. 684 ZGB fällt, jedoch - beim Fehlen jeder gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen oder durch Rechtsgeschäft begründeten, dinglichen oder persönlichen Befugnis - nicht bloss als "übermässig", sondern schlechthin verpönt ist (vgl. HAAB, N. 6 und 11 zu Art. 684 ZGB). Allein, der von den Klägern beanstandete "Querverkehr, insbesondere ein Abbiegen oder Abschwenken in die oder aus der Inter-Passage" verletzt die Eigentumsrechte der Kläger jedenfalls insofern keineswegs, als er sich aus der Von Werdt-Passage in die Inter-Passage ergiesst. Es steht der Beklagten frei, den Zutritt zu ihrem Grundstück von überall her, also auch von der Von Werdt-Passage her, jedermann zu gewähren. Die "Ableitung" des Fussgängerverkehrs von der ältern Passage in die von Westen herangeführte neue Passage stellt keine unerlaubte Einwirkung auf jene erste Passage und damit auf das Grundeigentum der Kläger dar. Diese haben es, solange sie ihre Passage dem allgemeinen Fussgängerverkehr freigeben, selber zu vertreten, dass ein Teil der Passanten, statt geradeaus weiterzugehen, in die Inter-Passage einbiegen, die sie auch von der Neuengasse aus betreten können. Was aber den Verkehr in

umgekehrter Richtung, von der Inter-Passage zur Von Werdt-Passage, betrifft, so kann die Beklagte deswegen jedenfalls nicht auf Grund des Art. 679 ZGB belangt werden. Der Beklagten wird nicht etwa vorgehalten, sie selbst oder ein an ihrem Grundstück kraft dinglichen oder persönlichen Rechtes Besitz ausübender Dritter betrete die Von Werdt-Passage unbefugterweise. Vielmehr missfällt den Klägern der Zutritt fremder Personen, die am Grundstück der Beklagten keine tatsächliche Gewalt ausüben. Damit entfällt jeder Grund zur Anrufung des Art. 679 ZGB (vgl. STARK, a.a.O. S. 200; WALDIS, a.a.O. S. 22; HAAB, N. 6 und LEEMANN, N. 7 zu Art. 679 ZGB; ROEMER, Der Rechtsschutz gegen Störung von Eigentum und Besitz sowie gegen Grundeigentumsüberschreitung S. 17/18; OFTINGER, a.a.O. S. 15;BGE 73 II 156/57: Schädigung oder Bedrohung eines Grundnachbarn "du fait de la propriété de l'autre"). Der Beklagten gegenüber kann in dieser Hinsicht nichts anderes als gegenüber den betreffenden Benützern der Passage gelten. Sie wird eben nicht wegen eigener unbefugter Betretungshandlungen, noch wegen solchen Verhaltens eines an ihrem Grundstück eine tatsächliche Gewalt ausübenden Dritten, für den sie allenfalls einzustehen hätte, belangt, sondern bloss wegen des Verhaltens jener fremden Personen, als Miturheberin oder Begehungsgehilfin.

4. Scheidet somit Art. 679 ZGB als Grundlage des erhobenen Beseitigungsanspruches aus, so ist der allgemeinere Art. 641 Abs. 2 ZGB ins Auge zu fassen. Er ist nicht von vorneherein deshalb unanwendbar, weil die Parteien Grundnachbarn sind und, wie in dem soeben erwähnten UrteilBGE 73 II 156/57 ausgesprochen wurde, unter Grundnachbarn keine weitergehenden als die nach Art. 679 ZGB bestehenden Ansprüche aus Art. 641 Abs. 2 ZGB hergeleitet werden können. Jenes Präjudiz betrifft nur eben die Verantwortlichkeit für die Überschreitung des Grundeigentums- (oder eines davon abgeleiteten) Rechtes. Diese in Art. 679 ZGB speziell geregelte Verantwortlichkeit darf

in der Tat nicht auf Grund des Art. 641 Abs. 2 ZGB erweitert werden. Dagegen schliesst Art. 679 ZGB die Geltendmachung anderer Haftungsgründe, die nicht auf der Überschreitung eines solchen Rechtes beruhen, keineswegs aus. Auch ein Grundeigentümer (oder Bauberechtigter) kann auf solch andere Weise haftbar sein für ein Verhalten, das nicht auf der Ausübung der ihm an seinem Grundstück zustehenden Gewalt beruht. Darum geht es nach dem Ausgeführten auch hier, da die unmittelbaren Einwirkungen auf die Von Werdt-Passage, über die sich die Kläger beschweren, von Personen ausgehen, die keine Gewalt über das Grundstück der Beklagten ausüben, und diese selbst nur wegen Mitwirkung am Verhalten jener andern Personen belangt wird. Art. 641 Abs. 2 ZGB gibt zur Abwehr ungerechtfertigter Einwirkungen den Beseitigungs- und den Unterlassungsanspruch (vgl. HAAB, N. 43 und MEIER-HAYOZ, N. 63 und 70 zu Art. 641 ZGB; ROEMER, a.a.O. S. 8 ff.; STARK, a.a.O. S. 174; FROELICHER, a.a.O. S. 104). Die vorliegende Klage macht nur den Beseitigungsanspruch geltend. Dieser muss sich gegen die Ursachen der ungerechtfertigten Einwirkung richten, nicht gegen diese selbst. Er setzt einen sich fortwährend als Störung auswirkenden Zustand voraus (vgl. HOMBERGER, N. 18 und 20 zu Art. 928 ZGB, dessen Ausführungen zum Besitzesschutz sinngemäss auch für den Eigentumsschutz gelten). Im vorliegenden Fall ist aber eine Quelle andauernder Störungen, die zu beseitigen wäre, nicht vorhanden: weder, wie zu Art. 679 ZGB ausgeführt, auf dem Grundstück der Beklagten noch auch - was die Kläger denn auch nicht behaupten - auf deren eigenen Grundstücken. Die Einwirkungen, um die es sich handelt, sind jeweilen mit dem Wegzug der betreffenden Passanten sogleich wieder behoben. Es besteht kein andauernder Störungszustand auf dem betroffenen Grundstück, wie er sich etwa bei unmittelbaren Einwirkungen anderer Art ergibt (man denke an einen Überbau oder an Schuttablagerungen; vgl.BGE 53 II 221ff.). Vollends

zu Unrecht verlangen die Kläger die Beseitigung eines baulichen Zustandes des Nachbargrundstücks, um dadurch die Wiederherstellung des frühern Zustandes (soweit möglich) zu erreichen. Ansprüche auf Wiederherstellung und Wiedergutmachung (durch Realersatz) gehören dem Schadenersatzrecht an (vgl. BACHMANN, Die nachbarliche Überschreitung des Grundeigentumsrechts, S. 144; ob für den Persönlichkeitsschutz etwas anderes gilt, wie K. FEHR in ZbJV 80 S. 289 ff. annimmt, kann offen bleiben). Es steht nicht entgegen, dass mit der Wegräumung einer Störungsquelle bisweilen einfach wieder der frühere Zustand eintritt, sofern sich eben sonst nichts geändert hat. Nach alldem wäre hier nach Art. 641 Abs. 2 ZGB nur ein Unterlassungsanspruch in Frage gekommen, und zwar zunächst gegenüber den als fehlbar betrachteten Fussgängern selbst (wohl erst nach Erlass eines als Besitzesschutzmassnahme richterlich bewilligten, an Ort und Stelle angeschlagenen Betretungsverbotes an "Unberechtigte" gemäss Art. 118 ff. des bernischen EG zum ZGB) und sodann allenfalls auch gegenüber der Beklagten als mitverantwortlichem Dritten im erwähnten Sinne. Einer Unterlassungsklage hätte die Beklagte indessen mit Erfolg ihre Dienstbarkeitsrechte entgegenhalten können, wie sich noch ergeben wird.

5. Die Klage verlangt (wie dargetan, zu Unrecht) Beseitigung eines als unrechtmässig erachteten Zustandes. Es wird nicht zudem eine aus dem nachbarlichen Verhältnis als solchem, ohne dass eine Rechtsüberschreitung den Grund zu bilden hätte, hervorgehende Pflicht der Beklagten zur Einfriedigung des Baugrundstücks geltend gemacht. Über das Vorliegen eines solchen andersartigen Anspruchs - der in dem auf der Behauptung ungerechtfertigter Einwirkungen beruhenden Beseitigungsanspruch nicht mitenthalten ist - war daher im vorliegenden Rechtsstreit nicht zu entscheiden. Der Appellationshof hat sich mit dieser Frage, die vom kantonalen Recht beherrscht ist (Art. 697 Abs. 2 ZGB), denn auch nicht befasst. Somit bleibt offen,

ob die allenfalls als "Statutarrecht" im Sinne des Art. 82 des bernischen EG zum ZGB in Betracht fallende Bauordnung der Stadt Bern von 1955 überhaupt eine nachbarrechtliche Einfriedigungspflicht kennt (wie sie namentlich in ländlichen Verhältnissen mit Rücksicht auf die vielerorts ausgedehnten Weiderechte vorkommt; vgl. Erläuterungen zum VE des ZGB, 2. Ausgabe II S. 102; DANNEGGER, Einige Rechtsfragen des Skifahrers, ZbJV 73 S. 108), oder ob sie es jedem Grundeigentümer anheimgibt, sein Grundstück im Rahmen der geltenden Bau- und Verkehrsvorschriften selber einzufriedigen (vgl. etwa Art. 17 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes vom 26. Januar 1958 über die Bauvorschriften und die Artikel 229, 231, 252 der städtischen Bauordnung), und ob die Kläger danach befugt wären, eine Einfriedigung bestimmter Art - unter Wahrung der Dienstbarkeitsrechte der Beklagten - anzubringen, sofern sie daran ein schutzwürdiges Interesse haben sollten.

6. Die Klage auf Beseitigung der beanstandeten baulichen Anlagen ist nach dem Gesagten schon deshalb unbegründet, weil die Gestaltung des Baugrundstücks sich im Rahmen des nach den Bauvorschriften Zulässigen hält und vom Neubau keine rechtswidrigen Einwirkungen im Sinne des Art. 679 oder des Art. 641 Abs. 2 ZGB auf die Grundstücke der Kläger ausgehen. Es bedurfte somit, um der Klage entgegenzutreten, gar nicht der Berufung auf die zu Gunsten des Baugrundstücks bestehenden Dienstbarkeiten. Gleichwohl erscheint es als angezeigt, auch noch den Inhalt dieser Dienstbarkeitsrechte 1 und 2 zu überprüfen. Denn er hat einen hauptsächlichen Streitpunkt gebildet, und das angefochtene Urteil beruht im wesentlichen auf der Annahme einer Überschreitung dieser Rechte; es könnte daher, nachdem die vorliegende Klage auf anderer Grundlage abzuweisen ist, Anlass zu neuen Streitigkeiten bieten. a) Die Frage nach dem Inhalt und Umfang des als Dienstbarkeit bestehenden Zu- und Durchgangsrechts

(Mitbenutzungsrechts) ist von der oben bejahten Frage nach der Rechtmässigkeit der baulichen Umgestaltung des berechtigten Grundstücks unabhängig. Grundsätzlich sind die Kläger frei, den Zutritt zu ihren Grundstücken, also auch zu der als Privatstrasse über diesen Boden angelegten Von Werdt-Passage, nach Belieben einzuschränken, gemäss der dem Eigentum in negativer Hinsicht zukommenden Eigenschaft eines sogen. Ausschliessungsrechts (vgl. MEIER-HAYOZ, N. 59 zu Art. 641 ZGB; BACHMANN, Die nachbarliche Überschreitung des Grundeigentumsrechts, S. 13 ff.: "spezifisches Ausschliessungsrecht"). Nun wurde freilich die Von Werdt-Passage gerade als "öffentlicher Durchgang" errichtet und dient auch heute noch nach dem freien Willen der Kläger, abgesehen von Dienstbarkeitsrechten, diesem Zweck. Es mag deshalb zunächst befremden, dass sie sich vermehrtem Zutritt vom Grundstück der Beklagten her, durch die in einem Bogen von der Neuengasse herangeführte Inter-Passage, widersetzen, während die Beklagte die neue Passage nach beiden Seiten hin offen hält. Und zwar machen die Kläger nicht etwa geltend, die Von Werdt-Passage erleide durch den Zustrom von Geschäftskunden und Passanten aus dieser Seitenpassage eine Werteinbusse. Sie heben vielmehr auch noch am Schlusse der Berufungsbeantwortung hervor, es gehe im vorliegenden Prozess nicht um eine derartige Schädigung. Allein, als Grundeigentümer können sie den Zutritt zu ihren Grundstücken eben im Rahmen der Rechtsordnung nach Belieben, somit auch bloss von einer bestimmten Seite her, untersagen. Ob die Von Werdt-Passage vom Grundstück der Beklagten aus so, wie es heute geschieht, benutzt werden dürfe, hängt somit, da die Kläger sich dieser Art der Benutzung widersetzen, vom Inhalt der zu Gunsten jenes Nachbargrundstücks bestehenden Dienstbarkeiten ab.

b) Als Dritterwerberin eines Baurechts steht die Beklagte, wie das angefochtene Urteil richtig ausführt, im vollen Genusse der Grundbuchwirkung des neuen Rechtes. Kraft ihres gutgläubigen Erwerbes kann sie sich (wie schon

ihre Rechtsvorgängerin, die Intervenientin) auf die Dienstbarkeitseinträge des Grundbuches verlassen (Art. 973 ZGB). Diese Einträge sind Bestandteile eines vom Bundesrecht beherrschten öffentlichen Registers; ihre Auslegung ist daher eine Frage des Bundesrechts (BGE 85 II 181 Erw. 2, BGE 86 II 251 Erw. 5). Die Belege über den Erwerbsgrund, also die Dienstbarkeitsverträge von 1903 und 1904, fallen nur in Betracht, soweit die Einträge undeutlich oder unvollständig sind und daher der Erläuterung oder Ergänzung bedürfen (Art. 738 Abs. 2 und Art. 971 Abs. 2 ZGB; BGE 83 II 125). Die das Anbringen einer "Zugangstüre" in der damaligen Scheidemauer gestattende Dienstbarkeit 1 gewährt schon nach dem Wortlaut des Eintrages zwei Rechte: die Scheidemauer durfte zum erwähnten Zweck durchbrochen werden, und ferner handelte es sich um eine Zugangstüre von der Passage zum Saalbau der Hotelbesitzung, woraus auf ein entsprechendes Zu- und Weggangsrecht zu schliessen ist. Aus der Fassung der Dienstbarkeit 2, die neben dem Recht auf Mitbenutzung der Von Werdt-Passage das Recht zur Anbringung von Fenstern oder Schaufenstern und Affichen festhält, ergibt sich sodann, dass die Vertragschliessenden bereits mit einer spätern Umwandlung der Hotelbesitzung in ein Geschäftshaus anderer Art gerechnet haben; denn Schaufenster gehören gewöhnlich zu einem Ladengeschäft. Mit Recht nimmt der Appellationshof denn auch an, diese Dienstbarkeiten seien nicht bloss zu Gunsten eines Hotelbetriebes errichtet worden, sondern bestehen zu Gunsten des heute vorhandenen Geschäftshauses anderer Art fort. Der Streit betrifft nur das Mass der Rechtsausübung. c) Berücksichtigt man, wozu angesichts der knappen Fassung der vorliegenden Einträge Grund besteht, zu deren Erläuterung und Ergänzung die den Erwerbsgrund bildenden Dienstbarkeitsverträge, so untersteht deren Auslegung grundsätzlich dem kantonalen Recht, wie es beim Vertragsabschlusse galt (vgl.BGE 79 II 403mit Hinweisen). Indessen kann diese Auslegung nur im Rahmen der

sich aus dem

BGE 88 II 252 S. 272

Eintrag ergebenden Rechte Platz greifen (oben b)), und ferner lässt sich der Dienstbarkeitsinhalt nur insoweit auf kantonalrechtlicher Grundlage bestimmen, als das betreffende Rechtsgeschäft nach seinem Wortlaut und Sinn den Inhalt der Dienstbarkeit wirklich geregelt hat. Lücken des Vertrages sind nach den allgemeinen Normen des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts auszufüllen, unterstehen somit in erster Linie dem Bundesrecht (BGE 86 II 247 ff. Erw. 3). Daraus ergibt sich nun vor allem, dass die - auf den damaligen Hotelbetrieb zugeschnittene - Umschreibung der zur Ausübung des Mitbenutzungsrechtes befugten Personen im Dienstbarkeitsvertrage 2 nicht in einschränkendem Sinne verstanden werden darf. Die Vertragschliessenden trafen bewusstermassen keine bestimmte Ordnung für den Fall einer spätern Zweckentfremdung der Hotelliegenschaft, obwohl eine solche Zweckänderung von vornherein im Bereich der Zukunftsmöglichkeiten lag und, wie das Dienstbarkeitsrecht auf allfälliges Anbringen von Schaufenstern in der Scheidemauer dartut, in Betracht gezogen wurde. Bei dieser Sachlage gibt die auf Anwendung kantonalen Rechtes beruhende Auslegung der Vertragsklauseln keine erschöpfende Antwort auf die Frage, wie und in welchem Umfange das Mitbenutzungs- (Durchgangs-) recht unter den gegenwärtigen Umständen ausgeübt werden dürfe. Das angefochtene Urteil entnimmt denn auch der Satzung 702 des alten bernischen Zivilgesetzbuches - die übrigens beim Abschluss des vorliegenden Vertrages nicht mehr formell in Geltung stand, da die Satzungen 690 bis 713, betreffend allgemeine Grundsätze des Vertragsrechtes, durch § 12 des kantonalen Einführungsgesetzes vom 31. Dezember 1882 zum schweizerischen Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 aufgehoben worden waren - im wesentlichen bloss die Regel, dass "die Worte eines Vertrages in dem Sinne ausgelegt werden sollen, den sie nach ihrer eigentümlichen Bedeutung haben, wenn es sich nicht aus dem Vertrage selbst ergibt, dass die vertragschliessenden Teile denselben einen andern Sinn beigelegt". Der Wortsinn der Vertragsklauseln

BGE 88 II 252 S. 273

ist aber gar nicht umstritten, ausser der in Art. 1 des Dienstbarkeitsvertrages 2 stehenden Wendung "allfällig an der Passage später zu eröffnende Magazine". Diese Stelle muss, wie im Entscheid über die staatsrechtliche Beschwerde ausgeführt wird, auf künftige Ladengeschäfte (nicht, wie das angefochtene Urteil mit Hinweis auf ein Wörterbuch annimmt, auf blosse Warenniederlagen und Lagerhäuser) bezogen werden. Diese einzelne dem kantonalen Recht unterstehende Auslegungsfrage vermag aber den Ausgang der Sache nicht zu beeinflussen, da ohnehin mit dem spätern Einbau von Ladengeschäften an der Von Werdt-Passage, und zwar auch auf dem berechtigten Grundstück, zu rechnen war und diese Zukunftsaussichten überdies, abgesehen von der soeben besprochenen, in der erwähnten andern Vertragsstelle und im Grundbucheintrage selbst ihren Ausdruck gefunden haben. d) Überprüft man demgemäss die beiden Dienstbarkeiten unabhängig von dem bei ihrer Errichtung auf dem berechtigten Grundstück betriebenen Hotel- und Restaurationsgewerbe, so kann der in Art. 1 des Vertrages 2 enthaltenen Wendung "seine Hausbewohner und die das Hôtel de la Poste frequentierenden Gäste" keine entscheidende Bedeutung zukommen. Das war lediglich eine möglichst weite Umschreibung der bei der damaligen Sachlage in Betracht fallenden Benützer der Passage vom berechtigten Grundstück aus. Für den Fall einer Änderung der gewerblichen Ausgestaltung und Nutzung des berechtigten Grundstücks, wobei die beiden Dienstbarkeiten nach dem Willen der Beteiligten fortbestehen sollten, war der Vertrag lückenhaft und muss gemäss dem Zweck des Zu- und Durchgangsrechtes, den wechselnden geschäftlichen Bedürfnissen des berechtigten Grundstücks zu dienen, ergänzt werden. Man hat es mit zwar auf den Fussgängerverkehr beschränkten, im übrigen aber "ungemessenen" Dienstbarkeiten zu tun (vgl. LEEMANN, N. 17 zu Art. 737 und

N. 11 zu Art. 738 ZGB; LIVER, N. 10 ff., namentlich N. 20 zu Art. 737 ZGB). Wenn die soeben angeführte

Vertragstelle neben dem Eigentümer und den Nachbesitzern dieses Grundstücks lediglich seine Hausbewohner und die das Hotel besuchenden Gäste erwähnt, so bleibt je nach der Änderung des gewerblichen Zweckes des Grundstücks eine diesem Zweck entsprechende Einbeziehung anderer ausübungsberechtigter Personen vorbehalten, und zwar widerspricht es dem eben in dieser Hinsicht nicht ein- für allemal festgelegten Inhalt des Mitbenutzungsrechtes keineswegs, dass sich der Kreis dieser Personen hiebei beträchtlich erweitern mag. Von Anfang an war mit einem zunehmenden Kunden- und Durchgangsverkehr auf der Von Werdt-Passage wie überhaupt mit einem Aufschwung des ganzen Quartiers zu rechnen. Die Errichtung der Inter-Passage ist lediglich eine Stufe dieser Entwicklung. Freilich mag in den Jahren 1903 und 1904 niemand daran gedacht haben, die Liegenschaft Neuengasse 43 werde einmal gerade so, wie es nun geschehen ist, umgebaut und von einer seitlich in die Von Werdt-Passage einmündenden, wie diese dem allgemeinen Kunden- und Passantenverkehr geöffneten Passage durchzogen werden. Die infolgedessen eingetretene Vermehrung des Kunden- und Passantenstroms aus diesem neuen Seitenarm der Von Werdt-Passage verletzt aber grundsätzlich nicht die im Jahre 1904 errichtete Zu- und Durchgangsdienstbarkeit, da diese, wie dargetan, für die wechselnden geschäftlichen Bedürfnisse des berechtigten Grundstücks in Gegenwart und Zukunft eingeräumt wurde, ohne dass der damals auf diesem Grundstück geführte Hotel- und Restaurationsbetrieb der Art oder dem Mass nach als Begrenzung des Rechtes zu gelten hätte. Auf einen ihrer Betrachtungsweise entsprechenden Ortsgebrauch, der nach Art. 740 ZGB beachtlich wäre, jedoch nach der angefochtenen Entscheidung für solche Passagen zwischen den grossen Strassenzügen der Stadt Bern nicht besteht, ist die Beklagte somit nicht angewiesen. e) Nach alledem fragt es sich nur noch, ob die Verkehrszunahme, wie sie jetzt vom berechtigten Grundstück her

stattfindet, sich für die belasteten Grundstücke als eine den Klägern nach Art. 739 ZGB nicht zumutbare Mehrbelastung auswirke. Die Vorinstanz bejaht es auf Grund der Feststellung, der Verkehr auf der Inter-Passage halte sich weit über dem Verhältnis 1: 100 "gemessen am seinerzeitigen Zustrom zum Hotel de la Poste von der Von Werdt-Passage aus". Die Beklagte und die Intervenientin wollen diese Feststellung nicht gelten lassen, da sie sich auf keine Beweise stütze. Indessen dürfte die Vorinstanz die Verkehrszunahme auf Grund ihrer eigenen sichern Kenntnis der örtlichen Verhältnisse geschätzt haben. Auf die von ihr erwähnten Zahlen kommt es jedoch nicht entscheidend an. Einmal fällt nur der Zustrom in umgekehrter Richtung, auf die Von Werdt-Passage zu, in Betracht. Was darüber in Erw. 3 in bezug auf die Eigentumsausübung ausgeführt worden ist, gilt in entsprechender Weise für die Ausübung der Dienstbarkeit. Sodann müsste man, um festzustellen, in welchem Masse sich der verhältnismässige Anteil des vom berechtigten Grundstück herkommenden Fussgängerverkehrs am gesamten Verkehr auf der Von Werdt-Passage vergrössert habe, auch der bereits vor dem Umbau des Hauses Neuengasse 43 eingetretenen Verkehrszunahme auf dieser ältern Passage Rechnung tragen. Aber welches auch das Ergebnis einer solchen Abklärung sein möchte, so könnte doch nicht allein wegen einer noch so starken Erhöhung der auf den seitlichen Zustrom entfallenden Quote von einer unzulässigen Mehrbelastung gesprochen werden. Da eben die Von Werdt-Passage einerseits heute wie ehedem nach dem Willen der Eigentümer eine dem Publikum geöffnete Geschäftsstrasse ist und eine fortschreitende Belebung des auf ihr sich abspielenden Verkehrs grundsätzlich den Interessen der Kläger nicht zuwider läuft, und da anderseits zu Gunsten der gewerblichen Liegenschaft der Beklagten ein uneingeschränktes Mitbenutzungsrecht besteht, könnte von einer

Überschreitung der Dienstbarkeit im Sinne des Art. 739 ZGB nur dann gesprochen werden, wenn durch

den Zustrom aus dem berechtigten Grundstück die zweckentsprechende Benutzung der Von Werdt-Passage verhindert oder in wesentlichem Masse beeinträchtigt würde (vgl. LEEMANN, N. 2, 4 und 5 zu Art. 739 ZGB, der mit Recht bemerkt, es sei zunächst eine Frage der nähern Auslegung des Errichtungsvertrages, ob eine vom Belasteten nicht zu duldende Mehrbelastung vorliege; ferner K. R. NAEGELI, Die Auslegung der Grunddienstbarkeiten, S. 20 ff., namentlich S. 26 betreffend die Bedeutung der Beschaffenheit sowohl des berechtigten wie auch des dienenden Grundstücks). Eine solche Sachlage ist nicht festgestellt. Vielmehr wird bei den heutigen Verkehrsverhältnissen, wie sie aus den Akten hervorgehen und im übrigen den Ortskundigen bekannt sind, die Von Werdt-Passage durch die in Frage stehenden seitlichen Zugänge auf der Westseite nicht überlastet.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufungen werden gutgeheissen, das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern, II. Zivilkammer, vom 30. November 1960 wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.