

---

STEPHAN WOLF  
Dr. iur., Fürsprecher und Notar, ordentlicher Professor für Privatrecht  
sowie Notariatsrecht an der Universität Bern

GIAN SANDRO GENNA  
Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent am Zivilistischen Seminar  
der Universität Bern

## **Einschränkung gewerblicher Tätigkeiten durch Dienstbarkeiten**

Sonderdruck aus  
**Tradition mit Weitsicht**  
**Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag**

Herausgegeben von:  
Wolfgang Wiegand  
Thomas Koller  
Hans Peter Walter

Nicht im Handel



**Stämpfli Verlag AG Bern · 2009**

# Einschränkung gewerblicher Tätigkeiten durch Dienstbarkeiten

STEFIAN WOLF / GIAN SANDRO GENNA

## Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	840
I. Sachenrechtlich zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit .....	840
1. Allgemeines .....	840
a) Inhalte von Dienstbarkeiten .....	840
b) Dienstbarkeitserrichtung .....	841
2. Einschränkung gewerblicher Tätigkeiten im Besonderen .....	841
a) Allgemeines .....	841
b) Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	842
c) Kernaussagen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ..	845
d) Auffassungen und Kritik in der Lehre .....	846
e) Insbesondere die Kritik von GERMANN .....	847
f) Würdigung .....	848
II. Anforderungen aus Art. 27 ZGB .....	848
1. Allgemeines .....	848
2. Anwendbarkeit von Art. 27 ZGB auf Dienstbarkeiten .....	849
a) Bundesgerichtliche Rechtsprechung .....	849
b) Auffassungen in der Lehre .....	850
c) Würdigung und eigene Auffassung .....	851
III. Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts .....	852
1. Allgemeines .....	852
2. Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf Dienstbarkeiten? ..	853
3. Gewerbebeschränkungs dienstbarkeiten als Wettbewerbsabreden? .....	853
4. Ausübung von Marktmacht durch Gewerbebeschränkungen? ..	854
5. Kartellrechtliche Sanktionen .....	855
IV. Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsfreiheit ..	856
1. Allgemeines .....	856
2. Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit im Dienstbarkeitsrecht? .....	856
V. Ergebnis .....	857
Literaturverzeichnis .....	858

## Einleitung

Die Zulässigkeit von Einschränkungen oder gar Verboten gewerblicher Tätigkeiten durch Dienstbarkeiten stellt eine in Wissenschaft und Praxis seit längerer Zeit intensiv diskutierte Thematik dar. So hatte das Bundesgericht<sup>1</sup> mehrfach Gelegenheit, sich zu Gewerbe- und Konkurrenzverboten in der Gestalt einer Dienstbarkeit – regelmässig einer Grunddienstbarkeit – zu äussern. Ausgangspunkt für die Prüfung der Zulässigkeit eines dienstbarkeitsrechtlichen Gewerbeverbots bildet dabei die sachenrechtliche Frage nach den möglichen Inhalten einer Dienstbarkeit. Darüber hinaus eine Rolle spielen können aber nach der hier vertretenen Auffassung auch die Anforderungen aus der Generalklausel des Art. 27 ZGB, welche die Persönlichkeit vor übermässiger Bindung schützen will, sowie – freilich eher am Rande – das Wettbewerbsrecht und im Sinne einer indirekten Drittwirkung die verfassungsmässigen Rechte, insbesondere die in Art. 27 BV verankerte Wirtschaftsfreiheit. Im Rahmen des vorliegenden, dem Jubilar gewidmeten Beitrages wird im Zusammenhang mit dem Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung ebenfalls auf dessen wissenschaftliche Arbeiten gegriffen werden können, denn mit seinem „Berner Kommentar“ zu Art. 27 ZGB aus dem Jahre 1993 hat EUGEN BUCHER – auch in diesem Themengebiet – heute und weiterhin gültige Massstäbe gesetzt.

## I. Sachenrechtlich zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit

### 1. Allgemeines

#### a) Inhalte von Dienstbarkeiten

In Art. 730 Abs. 1 ZGB wird die *Grunddienstbarkeit* (Realservitut) umschrieben. Danach kann mit einer Grunddienstbarkeit ein Grundstück zum Vorteil eines anderen Grundstückes „in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe des Eigentümers dieses andern Grundstückes gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf“. Mit einer Realservitut kann somit vom Eigentümer des belasteten Grundstückes entweder die *Duldung* bestimmter Eingriffe (sog. positive Grunddienstbarkeit) oder die *Unterlassung* bestimmter, sich aus dem Eigentumsrecht ergebender Berechtigungen (sog. negative Grunddienstbarkeit) mit dinglicher Wirkung – d.h. mit Wirkung ge-

<sup>1</sup> Vgl. etwa BGE 128 III 169 ff., BGE 123 III 337 ff., BGE 114 II 314 ff., BGE 91 II 339 ff., BGE 86 II 243 ff., und BGE 85 II 177 ff.

genüber jedermann („erga omnes“) – abgesichert werden<sup>2</sup>, hingegen nicht eine positive Leistungsverpflichtung<sup>3</sup>. Deshalb lassen sich Bezugspflichten – etwa für Getränke (z.B. sog. „Bierlieferungsservitute“<sup>4</sup>) oder Mineralölprodukte (sog. „Tankstellenservitute“<sup>5</sup>) – nicht in die Gestalt einer (Grund-) Dienstbarkeit kleiden<sup>6</sup>. Aufgrund des in Art. 781 Abs. 3 ZGB enthaltenen Verweises gelten die soeben dargestellten Grundsätze auch für die – in der Praxis wesentlich selteneren – Einschränkungen bzw. Verbote gewerblicher Tätigkeiten aufgrund einer (irregulären) *Personaldienstbarkeit*. Eine Personaldienstbarkeit – d.h. eine Dienstbarkeit, welche zugunsten einer individuell bestimmten Person und zulasten eines Grundstücks lautet – kann ebenfalls bloss Duldungs- oder Unterlassungspflichten, nicht aber Leistungspflichten zum Gegenstand haben.

#### b) Dienstbarkeitserrichtung

Das Rechtsgrundgeschäft zur Begründung von Gewerbebeschränkungen bzw. -verboten bedarf sowohl bei Grunddienstbarkeiten als auch bei Personaldienstbarkeiten der Form der *einfachen Schriftlichkeit* (Art. 732 ZGB und Art. 781 Abs. 3 ZGB). Gestützt darauf erfolgt die *Eintragung im Grundbuch*, welche die Dienstbarkeit zur Entstehung bringt (Art. 731 Abs. 1 ZGB und Art. 781 Abs. 3 ZGB).

## 2. Einschränkung gewerblicher Tätigkeiten im Besonderen

### a) Allgemeines

Dienstbarkeitsrechtliche Gewerbebeschränkungen zählen im Allgemeinen zu den *negativen Grunddienstbarkeiten*, denn der Dienstbarkeitsbelastete wird dadurch verpflichtet, bestimmte, aus seinem Grundstück fliessende Eigentumsrechte nicht auszuüben<sup>7</sup>. Die dingliche Unterlassungspflicht kann sich dabei nach der einprägsamen Formel von LIVER nur auf eine Tätigkeit beziehen, welche „den körperlichen Zustand, die äussere Erscheinung, den wirtschaftlichen oder sozialen Charakter des Grundstückes bestimmt und sich dadurch nach aussen unmittelbar oder mittelbar schädigend, belästigend oder störend auswirkt“<sup>8</sup> (sog. „Prägungsformel“<sup>9</sup>). Ausgeschlossen sind mithin

<sup>2</sup> BSK-PETITPIERRE, N. 17 f. zu Art. 730 ZGB.

<sup>3</sup> BK-REY, N. 11 f. zu Art. 730 ZGB, und RIEMER, § 12 N. 18.

<sup>4</sup> Vgl. dazu auch RIEMER, § 12 N. 21, und ZOBL, S. 126 f.

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch ZOBL, S. 127 ff.

<sup>6</sup> SPR-PIOTET, S. 551 f.

<sup>7</sup> HandKomm-KÄHR, N. 17 zu Art. 730 ZGB.

<sup>8</sup> ZK-LIVER, N. 110 zu Art. 730 ZGB.

sämtliche Dienstbarkeitsinhalte, welche nicht mit den realen Nutzungsmöglichkeiten des belasteten Grundstücks in unmittelbarem Zusammenhang stehen, so etwa der Verzicht auf Rechtsmittel gegen ein Baugesuch oder gegen Zonenpläne<sup>10</sup>. Die Grunddienstbarkeit muss demzufolge eine *Beschränkung der Ausübung der Eigentumsrechte* durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks zum Inhalt haben, weshalb jedenfalls die ausschliessliche Beschränkung der persönlichen Freiheit des Dienstbarkeitsbelasteten nicht zulässig ist<sup>11</sup>. Sodann sind insbesondere „verdinglichte“ reine Konkurrenzverbote unzulässig<sup>12</sup>.

#### b) Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich in etlichen Entscheiden zur Frage nach der Zulässigkeit und der Tragweite von Gewerbebeschränkungen durch Grunddienstbarkeiten äussern können und dabei eine durchaus konstante Praxis entwickelt. Diese ist kurz darzustellen wie folgt:

- In *BGE 85 II 177* befand das Bundesgericht, dass ein dienstbarkeitsrechtliches Gewerbeverbot für Kolonial- und Tabakwarenhandel durch den Verkauf von Raucherwaren in einem Restaurant und von Schokolade in einem Kino nicht verletzt werde. Darüber hinaus hielt das Bundesgericht in allgemein gültiger Weise fest, dass ein Gewerbeverbot nicht mit einem Verkaufsverbot gleichgesetzt werden dürfe, weil Ersteres nur den Betrieb eines existenzsichernden Geschäfts, d.h. eine „wirtschaftlich erhebliche Konkurrenzierung“<sup>13</sup> verhindern wolle. Es entspreche nämlich Treu und Glauben, das entsprechende dienstbarkeitsrechtliche Gewerbeverbot nicht „allzu extensiv auf jede Art des Verkaufes der fraglichen Waren, sondern nur auf die gewerbsmässige, den Hauptgegenstand des Gewerbes bildende Art“<sup>14</sup> anzuwenden.

<sup>9</sup> GERMANN, N. 265.

<sup>10</sup> BGE 131 III 414 ff.

<sup>11</sup> HandKomm-KÄHR, N. 24 zu Art. 730 ZGB.

<sup>12</sup> Vgl. PETER LIVER, Bemerkungen zum Urteil des Bernischen Appellationshofes vom 9. Februar 1961, ZBJV 1962, S. 502 f. In diesem Urteil schützte der Appellationshof ein als Grunddienstbarkeit ausgestaltetes Konkurrenzverbot mit dem Inhalt, „in der Gemeinde Guggisberg künftig keine Bäckerei, Drogerie, Mehl- oder Futterhandlung (...) und (...) keine Tuch-, Spezerei- oder Kolonialwarenhandlung“ zu betreiben. Wie LIVER in seinen Bemerkungen zu Recht festhält, ist ein derartiges „verdinglichtes“ reines Konkurrenzverbot unter keinen Umständen als Dienstbarkeit eintragungsfähig. Mit Blick auf Art. 27 ZGB stellt sich sogar die Frage, ob eine derartige (obligatorische) Abmachung privatrechtlich überhaupt zulässig ist.

<sup>13</sup> BGE 85 II 177, 185.

<sup>14</sup> BGE 85 II 177, 186.

- In *BGE 86 II 243* führte das Bundesgericht in grundsätzlicher Hinsicht aus, unter gewissen Voraussetzungen könne auch eine im Sinne eines Konkurrenzverbotes vereinbarte Gewerbebeschränkung Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, wobei eine solche Dienstbarkeit eng ausgelegt werden müsse<sup>15</sup>. Im konkreten Fall wurde erkannt, dass der Betrieb eines Kioskes nicht gegen das dienstbarkeitsrechtliche Verbot, ein Kolonialwarengeschäft und ein Warenhaus zu führen, verstosse.
- In *BGE 91 II 339* befand das Bundesgericht, dass sich eine Gewerbebeschränkungsdienstbarkeit nicht gegen eine Baute als solche, sondern nur gegen den damit allenfalls verbundenen bzw. bezweckten Gewerbebetrieb richten könne, denn eine Baute könne für sich allein genommen eine Gewerbebeschränkung in keinem Fall verletzen<sup>16</sup>.
- In *BGE 106 II 315* erkannte das Bundesgericht, dass „Unterlassungspflichten, die dem Grundeigentümer schon durch gesetzliche Vorschriften auferlegt sind, nicht zum Gegenstand einer Dienstbarkeit gemacht werden“ können, „weil der Berechtigte kein Interesse daran haben kann, ein Recht, das ihm schon von Gesetzes wegen eindeutig zusteht, noch als Dienstbarkeit zu erwerben oder zu sichern.“<sup>17</sup> Daraus ergibt sich insbesondere die allgemeine und praktisch wichtige Konsequenz, dass Unterlassungspflichten, welche unzweifelhaft bereits aufgrund des öffentlichen Rechts oder des (zwingenden) Privatrechts bestehen, nicht (zusätzlich) durch eine Dienstbarkeit abgesichert werden können<sup>18</sup>. Immerhin sind aber – dies erkennt auch das Bundesgericht – Fälle denkbar, in welchen nicht von vornherein feststeht, „dass die Anwendung der Gesetzesvorschriften zu dem Ergebnis führt, das mit der Dienstbarkeit erreicht werden will.“<sup>19</sup> In solchen Situationen kann deshalb für den Berechtigten ein rechtliches und faktisches Interesse daran bestehen, gesetzliche Unterlassungspflichten des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts (zusätzlich) dienstbarkeitsrechtlich abzusichern.
- In *BGE 114 II 314* bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach es grundsätzlich zulässig sei, das Verbot, auf einem Grundstück ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben, als Grunddienstbarkeit auszugestalten: „Die Nutzung eines Grundstücks zu gewerblichen Zwecken und demzufolge auch das Unterlassen einer gewerblichen Tätigkeit prägen die äus-

<sup>15</sup> BGE 86 II 243, 253.

<sup>16</sup> BGE 91 II 339, 341.

<sup>17</sup> BGE 106 II 315, 318.

<sup>18</sup> Offenbar bildet in der grundbuchlichen Praxis die Wiederholung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen sogar der häufigste Grund für die Abweisung der Eintragung einer Dienstbarkeit; vgl. BSK-PETITPIERRE, N. 22 zu Art. 730 ZGB.

<sup>19</sup> BGE 106 II 315, 318.

sere Erscheinungsform und den wirtschaftlichen sowie sozialen Charakter des betroffenen Grundstücks in jedem Fall. Ob und in welcher Art eine Liegenschaft gewerblich genutzt werden darf, ist somit nicht nur eine Frage der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, sondern regelmässig auch eine solche des Rechts des Eigentümers zur Nutzung seines Grundstücks. Es geht deshalb nicht an, die Ausgestaltung eines Gewerbeverbots – sei es umfassend, sei es beschränkt – als Dienstbarkeit von vornherein auszuschliessen mit der Begründung, ein solches habe mit der Grundstücksnutzung nichts zu tun.<sup>20</sup> Im konkreten Fall urteilte das Bundesgericht, dass eine Dienstbarkeit, welche den Betrieb einer Bäckerei und Konditorei auf dem belasteten Grundstück untersagte, durch den blossen Verkauf von Brot und Backwaren in einem Discountladen nicht verletzt werde.

- In *BGE 123 III 337* erklärte das Bundesgericht – ganz im Sinn der „Prägungsformel“ von LIVER – eine negative Dienstbarkeit nur dann für zulässig, wenn die Tätigkeit, welche damit verboten wird, den körperlichen Zustand, die äussere Erscheinungsform, den wirtschaftlichen oder den sozialen Charakter des dienenden Grundstücks von aussen bemerkbar bestimmt. Im konkreten Fall wurde deshalb eine Dienstbarkeit, welche auf dem belasteten Grundstück nur den Betrieb einer Zimmerei erlaubte und jede andere industrielle Nutzung ausschloss, für zulässig befunden. Ein Verstoss gegen Art. 27 ZGB könne im Inhalt einer derartigen Dienstbarkeit nur dann erblickt werden, wenn sie den Verpflichteten der Willkür seines Vertragspartners ausliefere, der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit beraube oder diese in existenzgefährdender Weise einschränke<sup>21</sup>.
- In *BGE 128 III 169* kam das Bundesgericht zum – u.E. keineswegs zwingenden – Schluss, dass das Verbot, auf einer aufgrund einer Grenzbau-dienstbarkeit errichteten Dachterrasse zu wirteln, im konkreten Fall nicht als selbständige Gewerbeverbotsdienstbarkeit ausgestaltet worden sei, sondern dass das sich aus dem Grundbuch ergebende Verbot vielmehr bloss – im Sinne einer funktionellen Beschränkung – den sachlichen Umfang des Grenzbaurechts festlege<sup>22</sup>.
- In *BGE 134 III 341*, dem bisher letzten Entscheid zur Thematik, ging es um das in der Praxis zunehmend wichtiger werdende Verhältnis zwischen einer privatrechtlichen Gewerbeverbotsdienstbarkeit und den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bau-, Raumplanungs- und Umweltrechts. Konkret war eine seit dem Jahr 1909 als „Quartierservitut“ zugunsten der Stadt Zürich eingetragene Dienstbarkeit mit folgendem Wortlaut zu beur-

<sup>20</sup> BGE 114 II 314, 317.

<sup>21</sup> BGE 123 III 337, 345 f.

<sup>22</sup> BGE 128 III 169, 173.

teilen: „Es dürfen keine Fabriken angelegt und keine geräuschvollen, die Luft verunreinigenden, unsittlichen oder feuersgefährlichen Gewerbe betrieben werden. Ebenso ist die Anlage von Werkplätzen für Steinhauer, Zimmerleute etc. und die Ausübung von Droschken- und Fuhrhaltereigenschäften nicht gestattet.“<sup>23</sup> Gestützt auf diesen Dienstbarkeitswortlaut reichte die Stadt Zürich gegen die Grundstückseigentümerin, welche einen Teil der Räumlichkeiten an eine Sexsalon-Betreiberin vermietet hatte, Klage ein mit dem Antrag, es sei jener zu verbieten, in der fraglichen Liegenschaft sexgewerbliche Dienstleistungen anzubieten oder zu dulden. Die Beklagte wendete dagegen im Wesentlichen ein, dass das öffentliche Bau-, Raumplanungs- und Umweltrecht – nach dessen Vorschriften der Sexsalon zumindest teilweise zulässig war – für die Anrufung der privatrechtlichen Dienstbarkeit keinen Raum mehr lasse. Das Bundesgericht hielt dieser Auffassung zu Recht entgegen, dass die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit des Sexetablissemments nicht zugleich bedeute, „dass damit auch privatrechtliche Nutzungsbeschränkungen ausser Kraft gesetzt worden wären.“<sup>24</sup> Dies ist ohne weiteres zutreffend, weil privatrechtliche Ansprüche im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Planungs- und Bewilligungsverfahren typischerweise nicht geprüft werden, sondern separat auf dem ordentlichen Zivilweg geltend gemacht werden müssen.

#### c) Kernaussagen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Die soeben chronologisch dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Gewerbeverbotsdienstbarkeiten lässt sich stichwortartig mit den folgenden Kernaussagen zusammenfassen:

- Dem Grundsatz nach sind *Gewerbeverbotsdienstbarkeiten* zulässig, jedenfalls sofern die untersagte Wirtschaftstätigkeit den körperlichen Zustand, die äussere Erscheinungsform, den wirtschaftlichen oder den sozialen Charakter des dienenden Grundstücks von aussen bemerkbar bestimmt („Prägungsformel“).
- Die Dienstbarkeitsinhalte sind *eng auszulegen*.
- Das aus Art. 27 Abs. 2 ZGB fliessende *Verbot der übermässigen vertraglichen Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit* ist als zusätzliche inhaltliche Schranke für Gewerbeverbotsdienstbarkeiten zu beachten.

<sup>23</sup> BGE 134 III 341, 342.

<sup>24</sup> BGE 134 III 341, 346.

- Die *öffentlich-rechtliche Zulässigkeit* bestimmter gewerblicher Tätigkeiten führt nicht automatisch dazu, dass diese auch dienstbarkeitsrechtlich zulässig werden. Öffentliches Recht und Privatrecht sind mithin auseinander zu halten und folgen ihren je eigenen Grundsätzen und Regeln.
- *Gesetzlich vorgesehene Unterlassungspflichten* – namentlich solche des öffentlichen Rechts – können grundsätzlich nicht (zusätzlich) durch eine Dienstbarkeit abgesichert werden.

#### d) Auffassungen und Kritik in der Lehre

Die dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichts basiert im Wesentlichen auf den entsprechenden Äusserungen in der Lehre. Namentlich LIVER<sup>25</sup>, REY<sup>26</sup> und PIOTET<sup>27</sup> haben die Zulässigkeit von Gewerbeverboten in der Gestalt einer Grunddienstbarkeit unter bestimmten Voraussetzungen bejaht und damit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Boden geebnet. Allerdings kann nicht übersehen werden, dass die *bundesgerichtliche Praxis* teilweise *weiter gegangen ist, als es die Lehre* postuliert hatte<sup>28</sup>, und deshalb auf mitunter heftige Kritik gestossen ist:

- So wurde bereits *BGE 86 II 243* von LIVER<sup>29</sup> hinsichtlich seiner Begründung kritisiert, weil der Entscheid – ohne dass dafür eine sachliche Notwendigkeit bestanden habe – zu einer „Aufweichung und Deformierung des Begriffs der Dienstbarkeit“ führe.
- Der Entscheid *BGE 114 II 314* wurde von REY<sup>30</sup> kritisch gewürdigt, ebenfalls nicht wegen seines Ergebnisses, sondern weil die bundesgerichtliche Begründung als Kriterium für die Zulässigkeit des konkreten dienstbarkeitsrechtlichen Gewerbeverbotes nicht in erster Linie die mit dem Gewerbebetrieb verbundenen Immissionen, sondern die optischen und akustischen Besonderheiten der betroffenen Bäckerei in den Vordergrund stelle, was nicht statthaft sei.
- Sodann wurde *BGE 123 III 337* von MATHYS<sup>31</sup> kritisch besprochen, welcher insbesondere bemängelte, dass die in casu umstrittene, ein partielles Gewerbeverbot enthaltende Grunddienstbarkeit nicht von vornherein für unzulässig erklärt worden sei.

<sup>25</sup> ZK-LIVER, N. 110 und N. 131 zu Art. 730 ZGB.

<sup>26</sup> BK-REY, N. 85 ff. zu Art. 730 ZGB.

<sup>27</sup> SPR-PIOTET, S. 551 ff.

<sup>28</sup> So auch HandKomm-KÄHR, N. 26 zu Art. 730 ZGB.

<sup>29</sup> Urteilsbesprechung von PETER LIVER, in: ZBJV 97 (1961), S. 380 ff.

<sup>30</sup> Urteilsbesprechung von HEINZ REY, in: ZBJV 126 (1990), S. 202 ff.

<sup>31</sup> Urteilsbesprechung von BEAT MATHYS, in: AJP 1998, S. 352 f.

- Schliesslich kommt gemäss COTTI<sup>32</sup> dem von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in ständiger Praxis angerufenen „Prägungsmerkmal“ „keine hohe Überzeugungskraft zu“. Dieser Autor hält dafür, das Verbot spezifischer Gewerbebetriebe könne nur dann als Dienstbarkeit ausgestaltet werden, „wenn der vom Verbot erfasste spezifische Gewerbebetrieb besonders immissionsträchtig ist“<sup>33</sup>. Nach dieser Auffassung wäre deshalb etwa das Verbot, ein Restaurant mit Alkoholausschank zu betreiben, wegen der damit verbundenen Immissionen zulässig, nicht hingegen das Verbot, ein Tea-Room oder ein Geschäft mit Artikeln zum Bürobedarf – beides Gewerbe mit nur geringfügigen Immissionen – zu führen.

#### e) Insbesondere die Kritik von GERMANN

In jüngster Zeit wurden die „Prägungsformel“ von LIVER sowie die im Wesentlichen darauf beruhende bundesgerichtliche Rechtsprechung auch – allerdings in anderer Richtung als durch COTTI – von GERMANN<sup>34</sup> kritisiert: „Durch das Aufrechterhalten der Erfordernisse der schädigenden, belästigenden oder störenden Auswirkungen werden in Bezug auf Immissionen **subjektive Beurteilungen** gefordert, was erfahrungsgemäss zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt.“<sup>35</sup> Gewerbe, mit denen keine Immissionen verbunden seien, würden nach der „Prägungsformel“ vom Anwendungsbereich der negativen Dienstbarkeiten ausgeschlossen, was der liberalen Grundhaltung des Dienstbarkeitsrechts widerspreche<sup>36</sup>. Die „Prägungsformel“ müsse daher in dem Sinne erweitert werden, dass auch geruchliche, akustische oder visuelle Eindrücke einzuschliessen seien<sup>37</sup>. GERMANN kommt deshalb – im Rahmen des Vorschlags einer Neuformulierung der „Prägungsformel“ – zum Schluss, dass durch eine negative Dienstbarkeit sämtliche Handlungen untersagt werden können, „die das belastete Grundstücke entweder in seinem **körperlichen Zustand** oder seiner **Erscheinungsform bestimmen** oder aber seinen **wirtschaftlichen oder sozialen Charakter durch Immissionen** oder andere **Auswirkungen prägen**.“<sup>38</sup> Sofern die seitens des Belasteten zu unterlassende Handlung keine dieser Voraussetzungen erfülle, bewirke die entsprechende Verpflichtung eine – dienstbarkeitsrechtlich unzulässige – Beschränkung der persönlichen Freiheit des Belasteten.

<sup>32</sup> COTTI, N. 943.

<sup>33</sup> COTTI, N. 944.

<sup>34</sup> Vgl. GERMANN, N. 278 ff.

<sup>35</sup> GERMANN, N. 280 (Fettschrift im Original).

<sup>36</sup> GERMANN, N. 281.

<sup>37</sup> GERMANN, N. 283.

<sup>38</sup> GERMANN, N. 287 (Fettschrift im Original).

## f) Würdigung

Das Bundesgericht erwies sich bisher in seiner Rechtsprechung gegenüber Gewerbebeschränkungen in Gestalt von Dienstbarkeiten als grosszügig, dies im Unterschied zur überwiegenden Lehre, welche eine restriktivere Haltung bevorzugen würde. Auch nach hier vertretener Auffassung *sind dienstbarkeitsrechtliche Gewerbebeschränkungen grundsätzlich skeptisch zu beurteilen*. Solche lassen sich bereits an sich nur schwer mit der in der Schweiz herrschenden liberalen Wirtschaftsordnung vereinbaren. Insbesondere erscheinen Gewerbebeschränkungsdienstbarkeiten aus Sicht einer wirtschaftsfreundlichen Ordnung als wenig zeitgemäss. Hinzu kommt die Tatsache, dass heute vorwiegend das öffentliche Recht in seiner zunehmenden Regulierungsdichte die Allgemeinheit und die Individuen vor schädlichen Auswirkungen von Gewerbe- und Industriebetrieben zu schützen hat. Mithin haben privatrechtliche Gewerbebeschränkungsdienstbarkeiten im inzwischen stark vom öffentlichen Recht – namentlich vom Raumplanungs-, Bau-, Umwelt- und Gewässerschutzrecht – geprägten Immissionsschutz dem Grundsatz nach auch funktionell weitgehend ihre Bedeutung verloren, dies jedenfalls dann, wenn sie nicht Vorschriften enthalten, welche materiell über die Regelungen des öffentlichen Rechts hinausgehen. Ob gestützt auf diese Überlegungen bereits der privatrechtliche Begriff der negativen Dienstbarkeit i.S.v. Art. 730 ZGB entsprechend eingeschränkt werden muss, bleibt allerdings fraglich, lässt doch die entsprechende Norm Raum für sehr weit gefasste Dienstbarkeitsinhalte. Immerhin sind aber u.E. sämtliche Gewerbebeschränkungsdienstbarkeiten im Rahmen der Anwendung von Art. 27 ZGB, des Wettbewerbsrechts und der Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsfreiheit im Sinne einer indirekten Drittwirkung zumindest einer weitergehenden – inhaltlichen – Überprüfung zu unterziehen. Auf diese drei ausserhalb des Sachenrechts stehenden Schranken für Dienstbarkeitsinhalte ist nunmehr einzugehen.

## II. Anforderungen aus Art. 27 ZGB

### 1. Allgemeines

Zum Zweck des Schutzes der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung bestimmt Art. 27 Abs. 2 ZGB, dass sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Art. 27 ZGB statuiert damit ein *Verbot sowohl bestimmter Arten der Bindung* (sog. Gegenstand der Bindung), insbesondere im

Kernbereich der Persönlichkeit, als auch *des Übermasses von in ihrer Art an sich zulässigen Bindungen*<sup>39</sup>. Bei der Beurteilung, ob privatautonom getroffene – in der Regel also vertragliche – Beschränkungen der wirtschaftlichen Tätigkeit einen Verstoß gegen Art. 27 ZGB darstellen, auferlegt sich das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung allerdings eine gewisse Zurückhaltung, dies mit Blick auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit; eine vertragliche Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit wird nur dann als übermässig qualifiziert, „wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind“<sup>40</sup>. Dementsprechend sind beispielsweise zeitlich unbegrenzte Verpflichtungen (sog. „ewige Verträge“) vom Bundesgericht wegen Übermasses der Bindung für unzulässig erklärt worden<sup>41</sup>. Rechtsfolge einer von ihrer Art her grundsätzlich zulässigen, aber übermässigen Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB bildet dabei nicht etwa die Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäfts i.S.v. Art. 20 OR, sondern bloss das einseitige Recht der übermässig gebundenen Vertragspartei, die Erfüllung des Vertragsinhalts zu verweigern<sup>42</sup>, mithin also eine einseitige Anfechtbarkeit. Diese Erkenntnis – unter Betonung „der Gegensätzlichkeit des Art. 27 ZGB gegenüber der Norm von Art. 20 OR“<sup>43</sup> – theoretisch fundiert zu haben, stellt eines der grossen wissenschaftlichen Verdienste des Jubilars dar<sup>44</sup>.

### 2. Anwendbarkeit von Art. 27 ZGB auf Dienstbarkeiten

#### a) Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Dass Art. 27 ZGB im Zusammenhang mit der Begründung dinglicher Rechte – insbesondere somit auch von Grund- und Personaldienstbarkeiten – anwendbar ist, wird vom Bundesgericht seit längerem anerkannt<sup>45</sup>. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung hat auch erkannt, dass Art. 27 Abs. 2 ZGB grundsätzlich ebenfalls eine *relevante Schranke für den Inhalt einer Grunddienstbarkeit*, namentlich eines Gewerbeverbots in der Gestalt einer negativen

<sup>39</sup> BGE 129 III 209 ff. Vgl. auch BSK-HUGUENIN, N. 9 zu Art. 27 ZGB.

<sup>40</sup> BGE 111 II 330, 337. Vgl. auch BGE 104 II 6, 8.

<sup>41</sup> BGE 114 II 159 ff., für einen ewigen Bierlieferungsvertrag. Vgl. auch BGE 127 II 69, 77, für eine ewige Wassernutzungskonzession, sowie BGE 128 III 428 ff., für einen Darlehensvertrag mit langer Laufzeit (Dauerschuldverhältnis).

<sup>42</sup> BGE 129 III 209 ff.

<sup>43</sup> BK-BUCHER, Vorwort, S. V.

<sup>44</sup> Vgl. ausführlich BK-BUCHER, N. 523 ff. zu Art. 27 ZGB.

<sup>45</sup> BGE 108 II 47, 48 f. In diesem Entscheid erklärte das Bundesgericht die Begründung eines Pfandrechts für einen unbegrenzten Kreis künftiger Forderungen wegen Verstoßes gegen das Recht der Persönlichkeit durch übermässige Bindung für unzulässig.

Grunddienstbarkeit (sog. „verdinglichte Konkurrenzverbote“<sup>46</sup>), bilden kann<sup>47</sup>. Die gemäss bundesgerichtlicher Praxis zu stellenden *Anforderungen* an die Anwendbarkeit von Art. 27 Abs. 2 ZGB im Rahmen von dienstbarkeitsrechtlichen Gewerbeverboten sind allerdings – wie ausgeführt<sup>48</sup> – *hoch*. Es muss durch die Dienstbarkeitsbegründung eine eigentliche Aufgabe der wirtschaftlichen Freiheit des Belasteten, welche diesen zudem in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet, vorliegen<sup>49</sup>. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass bereits das Dienstbarkeitsrecht als solches jegliche Verpflichtungen als Inhalt einer Dienstbarkeit ausschliesst, welche persönliche Eigenschaften oder Fähigkeiten des Dienstbarkeitsbelasteten wie Geschlecht, Alter, Religion, Staatsangehörigkeit, Zivilstand, Rasse etc. zum Gegenstand haben<sup>50</sup>. Aufgrund dessen wird sich in solchen Fällen eine – zusätzliche oder alternative – Anrufung von Art. 27 ZGB als Schranke einer Gewerbeverbotsdienstbarkeit häufig erübrigen, denn die Dienstbarkeit ist bereits gestützt auf Art. 730 ZGB für nichtig und damit anfänglich und absolut unwirksam zu erklären. Einer Dienstbarkeit entsprechenden Inhalts hat mithin schon der *Grundbuchverwalter* im Rahmen seiner Kognition die Eintragung im Grundbuch zu verweigern. Demgegenüber wird ein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB vom *Zivilrichter* nur auf Antrag des übermässig Gebundenen und nicht von Amtes wegen berücksichtigt. In dieser Hinsicht ist somit die Unterscheidung zwischen den im Grundbucheintragungsverfahren zu prüfenden sachenrechtlichen Vorschriften des Dienstbarkeitsrechts und den sich aus Art. 27 ZGB ergebenden Anforderungen sowohl von theoretischer als auch von praktischer Relevanz.

#### b) Auffassungen in der Lehre

Soweit sich die Lehre überhaupt mit dem Spannungsfeld zwischen dem Dienstbarkeitsrecht und der Norm von Art. 27 ZGB auseinandersetzt, wird die *Zulässigkeit von Gewerbeverbotsdienstbarkeiten auch im Lichte dieser inhaltlichen Schranke mehrheitlich bejaht*. Gemäss dem Jubilar besteht „für eine Übertragung der Schutzgedanken von ZGB 27 auf sachenrechtliche Eigentumsbeschränkungen wenig Anlass (...), da diese sich in jedem Fall weniger beschwerend und einschränkend auswirken als die – schrankenlos zugelassene – Veräusserung des belasteten Grundstückes.“<sup>51</sup> Mit dieser Haltung stellt sich BUCHER insbesondere gegen die von LIVER an BGE 86 II 243 ge-

<sup>46</sup> BK-BUCHER, N. 444 zu Art. 27 ZGB.

<sup>47</sup> BGE 123 II 337, 345 f.

<sup>48</sup> II.1. hievov.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 95 II 55, 57 f., und BGE 104 II 6, 8 f.

<sup>50</sup> RIEMER, § 12 N. 27.

<sup>51</sup> BK-BUCHER, N. 444 zu Art. 27 ZGB.

äusserte Kritik<sup>52</sup>. SCHUMACHER<sup>53</sup> seinerseits hält fest, dass eine Gewerbebeschränkung in der Gestalt einer Grunddienstbarkeit – selbst wenn diese auf unbeschränkte Zeit begründet worden sein sollte – Art. 27 Abs. 2 ZGB regelmässig nicht verletze, „weil die Belastung räumlich eng begrenzt, nämlich auf ein bestimmtes Grundstück eingeschränkt ist und durch die Veräusserung des Grundstücks oder durch eine Betriebsverlegung ‚umgangen‘ werden kann“. Dadurch sei es faktisch auch möglich, mittels eines dienstbarkeitsrechtlichen Gewerbeverbotes ein umfassendes und zeitlich unbeschränktes Konkurrenzverbot zu sichern, ohne dass eine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB vorliegen würde. COTTI<sup>54</sup> ist ebenfalls der Auffassung, dass „Dienstbarkeitsverträge im Hinblick auf Art. 27 Abs. 2 ZGB regelmässig unbedenklich“ seien. Wie SCHUMACHER weist auch dieser Autor auf die Tatsache hin, dass die Belastung nur eine räumlich eng begrenzte Wirkung aufweise, und dass sich der Belastete relativ einfach, nämlich durch Veräusserung des Grundstückes, davon befreien könne. HUGUENIN<sup>55</sup> hält fest, dass mit einer als Grunddienstbarkeit ausgestalteten Gewerbebeschränkung nicht bestimmt werden könne, was im entsprechenden Geschäft angeboten werden darf, weil für eine Einschränkung des Warensortiments zwingend ein schuldrechtlicher Vertrag nötig sei.

#### c) Würdigung und eigene Auffassung

Durch eine dienstbarkeitsrechtliche Gewerbebeschränkung dürfte kaum je einmal der absolut unantastbare höchstpersönliche Kernbereich des Menschen betroffen sein. Im Vordergrund steht deshalb die einseitige Unverbindlichkeit bzw. die auf Antrag vorzunehmende gerichtliche Reduktion der Dienstbarkeitsverpflichtung des belasteten Grundeigentümers wegen eines Übermasses der Bindung. Die bisherige bundesgerichtliche Praxis sowie die Lehre sind diesbezüglich – wie aufgezeigt<sup>56</sup> – *zurückhaltend* und lassen für eine Anwendung von Art. 27 ZGB im Dienstbarkeitsrecht nur wenig Spielraum. Diese Haltung ist aber durchaus nicht zwingend. Sinn und Zweck von Art. 27 ZGB muss es gerade auch sein, die *wirtschaftliche Persönlichkeit* des Individuums – mithin das wirtschaftliche Entfaltungsrecht und damit die privatrechtliche Wirtschaftsfreiheit – zu sichern, was sich mit den Zielen einer liberalen und mit einem freiheitlichen Wirtschaftsrecht ausgestatteten Ordnung deckt. Deshalb darf einem dinglich Belasteten die Anrufung von Art. 27 ZGB dann nicht verweigert werden, wenn er durch die Gewerbeverbotsdienstbarkeit in

<sup>52</sup> Dazu I.2.d. hievov.

<sup>53</sup> SCHUMACHER, S. 425 f.

<sup>54</sup> COTTI, N. 909.

<sup>55</sup> BSK-HUGUENIN, N. 17 zu Art. 27 ZGB.

<sup>56</sup> II.2.a) und b).



seinen wirtschaftlichen Interessen derart beschränkt wird, dass sich dies existenzgefährdend auf seinen Betrieb auswirkt. U.E. wenig überzeugend ist es, den Belasteten auf die Veräusserung des Grundstücks zu verweisen, damit er sich auf diesem Weg von der Belastung „befreien“ kann<sup>57</sup>. Dagegen sprechen nicht nur Gründe der Schwierigkeit der Beschaffung von adäquatem Realersatz. Vielmehr erweist sich die Verweisung des Dienstbarkeitsbelasteten auf die Möglichkeit der Veräusserung seines Grundstückes als eine Scheinlösung, würde doch damit die Belastung bloss – gewissermassen im Sinne eines „Schwarzpeterspiels“ – auf den Rechtsnachfolger verschoben. Weiter ist zu beachten, dass sich eine Veräusserung des Grundstücks – angesichts dessen Belastung mit einer entsprechenden Gewerbebeschränkungsdienstbarkeit – als schwierig erweisen könnte, denn ein derartiger „Pferdefuss“ dürfte die Verkaufschancen auf dem freien Markt in der Regel erheblich einschränken. Insgesamt erscheint es u.E. deshalb durchaus als angezeigt, Art. 27 ZGB bei Vorliegen allzu weitgehender Gewerbebeschränkungen *mit weniger Zurückhaltung anzuwenden*<sup>58</sup>.

### III. Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts

#### 1. Allgemeines

Das Wettbewerbsrecht der Schweiz ist geprägt vom Grundsatz einer möglichst liberalen Wirtschaftsordnung. So umschreibt Art. 1 KG den Zweck des Kartellgesetzes damit, „volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.“ Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die bisher in der Literatur kaum<sup>59</sup> behandelte *Frage, inwiefern sich das Wettbewerbsrecht auf dienstbarkeitsrechtliche Gewerbebeschränkungen auswirken kann*. Unter diesem Aspekt erscheint bereits als fraglich, ob sich solche Beschränkungen überhaupt als zulässig erweisen. In jedem Fall aber sind aus der Sicht eines liberalen Wettbewerbsrechts dienstbarkeitsrechtliche Gewerbebeschränkungen von vornherein kritisch zu betrachten.

<sup>57</sup> In diesem Sinne SCHUMACHER und COTTI; vgl. II.2.b).

<sup>58</sup> In diese Richtung weisend auch schon PETER LIVER, ZBJV 97 (1961), S. 380 ff., und ZK-LIVER, N. 135 f. zu Art. 730 ZGB.

<sup>59</sup> Vgl. freilich auch diesbezüglich schon PETER LIVER, ZBJV 97 (1961), S. 381, wonach Beschränkungen der persönlichen Handlungs- und Bewegungsfreiheit mittels Konkurrenzverbotsdienstbarkeiten „durchaus den Kartellbindungen und den aus ihnen sich ergebenden Zwangsmassnahmen“ entsprechen.

#### 2. Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf Dienstbarkeiten?

Art. 2 Abs. 1 KG bestimmt, dass das Kartellrecht auf sämtliche Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts anwendbar ist, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionen) beteiligen. Als „Unternehmen“ im Sinne des Kartellrechts gelten dabei sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unbeachtet ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Gewerbebeschränkungen in der Gestalt von Grund- oder Personaldienstbarkeiten könnten dabei unter zwei Aspekten kartellrechtlich von Relevanz sein, nämlich einerseits als *unzulässige Wettbewerbsabreden* und andererseits als *Ausübung von Marktmacht* durch ein marktbeherrschendes Unternehmen. Präzedenzfälle in der Rechtsprechung unter Geltung des revidierten Kartellgesetzes fehlen freilich. Immerhin ist aber im historischen Rückblick an die sog. „Bierservitute“ zu erinnern, mit welchen früher – d.h. unter der Herrschaft des sog. „Bierkartells“ in der Schweiz – die marktmächtigen Bierkonzerne durch dienstbarkeitsrechtlich gesicherte Bierbezugsverpflichtungen gegenüber den Gastrobetrieben ihre Marktherrschaft zu sichern versuchten. Solche „Bierservitute“ waren freilich mangels Sachzusammenhangs mit der Eigentumsausübung bereits dienstbarkeitsrechtlich gar nicht zulässig, selbst wenn darin nicht etwa – von vornherein unzulässige – positive Bezugsverpflichtungen statuiert wurden, sondern bloss entsprechende Unterlassungspflichten hinsichtlich sämtlicher übriger Bierproduzenten. Die Begründung einer Gewerbeverbotsdienstbarkeit vor Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes per 1. Juli 1996 hindert die Anwendbarkeit des geltenden Wettbewerbsrechts nicht, ist doch dafür einzig vorausgesetzt, dass altrechtlich begründete Wettbewerbsbeschränkungen nach wie vor Auswirkungen auf den Wettbewerb zeitigen<sup>60</sup>. In diesem Sinne entfaltet also das neue Kartellgesetz eine „Rückwirkung“.

#### 3. Gewerbebeschränkungsdienstbarkeiten als Wettbewerbsabreden?

Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmern gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Nach Art. 5 Abs. 1 KG ist eine Wettbewerbsabrede aber nur dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effi-

<sup>60</sup> BGE 124 III 495, 497.

zienz rechtfertigen lässt, oder wenn sie den wirksamen Wettbewerb beschränkt. Das Bundesgericht hat sich im grundlegenden Entscheid *BGE 124 III 495* dahingehend geäußert, dass vertragliche Konkurrenzverbote nicht den Schranken des Wettbewerbsrechts, sondern ausschliesslich den sich aus Art. 27 Abs. 2 ZGB ergebenden Grenzen unterliegen sollen. Ein kartellmässiges Zusammenwirken von zwei oder mehr Unternehmen „fehlt bei einem einseitigen Konkurrenzverbot, das als Nebenverpflichtung im Rahmen eines Austauschvertrages zur Sicherung des Werts der vertraglichen Hauptleistung vereinbart wird. Ein solches Konkurrenzverbot beruht nicht auf gleichgerichteten Interessen an einer bestimmten Ausübung von Marktmacht, sondern ist Ausfluss einer vertraglichen Regelung, welche die Parteien zur Auflösung eines Interessengegensatzes treffen und in den Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB grundsätzlich auch beliebig treffen können.“<sup>61</sup> Mit Hilfe des Kartellrechts könne, so schliesst das Bundesgericht, der Grundsatz „pacta sunt servanda“ nicht aus den Angeln gehoben werden<sup>62</sup>. Dieser Entscheid ist in der Lehre<sup>63</sup> zu Recht auf Kritik gestossen. In der Tat ist – auch aus zivilrechtlicher Perspektive – nicht einzusehen, weshalb gerade vertragliche Konkurrenzverbote nicht dem Wettbewerbsrecht unterliegen sollen, legt doch allein schon der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG und Art. 4 Abs. 1 KG eine gegenteilige Auslegung nahe. Dies gilt u.E. namentlich auch für die – im Bundesgerichtsentscheid allerdings nicht explizit erwähnten – dienstbarkeitsrechtlichen Gewerbebeschränkungen, welchen in ihren Auswirkungen letztlich oftmals nichts anderes als die Funktion von Konkurrenzverboten zukommt. Entgegen der geschilderten bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben sich somit u.E. auch Gewerbeverbotsdienstbarkeiten an den *Schranken des Wettbewerbsrechts* messen zu lassen.

#### 4. Ausübung von Marktmacht durch Gewerbebeschränkungen?

Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen dann unzulässig, wenn sie durch Missbrauch ihrer Stellung andere Unternehmen in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Gelingt es einem marktmächtigen Unternehmen, einen oder mehrere Mitkonkurrenten durch Gewerbebeschränkungs-dienstbarkeiten von der Ausübung bestimmter Tätigkeiten fernzuhalten, so kann darin nach der hier vertretenen Auffassung ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 1 KG erblickt werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Dienstbarkei-

<sup>61</sup> BGE 124 III 495, 499 f.

<sup>62</sup> BGE 124 III 495, 500.

<sup>63</sup> So bei BORIS ETTER, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, sic! 2001, S. 481 ff., und bei MICHAEL LEUPOLD, Sind „Konkurrenzverbote“ Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW 1999, 150 ff.

ten direkt zulasten von Konkurrenzunternehmen begründet werden, oder aber indirekt zulasten von Lieferanten, Kunden etc. Massgebend ist einzig, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen in missbräuchlicher Weise seine marktmächtige Stellung ausnutzt und zwecks Behinderung des Wettbewerbs die Begründung von Gewerbebeschränkungs-dienstbarkeiten durchsetzen kann.

#### 5. Kartellrechtliche Sanktionen

Für den Fall, dass sich – im Sinne der hier vertretenen Ansicht – eine Gewerbebeschränkungs-dienstbarkeit aus kartellrechtlicher Sicht – entweder als unzulässige Wettbewerbsabrede oder als Ausübung von Marktmacht durch ein beherrschendes Unternehmen – als unzulässig erweisen sollte, stellt das Wettbewerbsrecht zur Verhinderung bzw. Sanktionierung solchen Verhaltens verschiedene *zivil-, verwaltungs- und strafrechtliche Instrumente* zur Verfügung. Im Einzelnen bestehen folgende Möglichkeiten:

- Gemäss Art. 12 KG kann derjenige, der durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, im *Zivilverfahren* die Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung verlangen, dies nebst Schadenersatz, Genugtuung und Herausgabe der unrechtmässig erzielten Gewinne. Der Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch kann insbesondere durch gerichtliche Ungültigerklärung der entsprechenden Verträge durchgesetzt werden (Art. 13 lit. a KG).
- Im *verwaltungsrechtlichen Verfahren* gemäss den Bestimmungen von Art. 18 ff. KG spielt die Wettbewerbskommission (Weko) die zentrale Rolle. Im hier interessierenden Zusammenhang der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung kann die Weko eine informelle Vorabklärung (Art. 26 KG) oder aber eine formelle Untersuchung (Art. 27 KG) durchführen. Kommt es im Rahmen der Untersuchung nicht zu einer einvernehmlichen Regelung i.S.v. Art. 29 KG über die Beseitigung einer festgestellten Wettbewerbsbeschränkung, so trifft die Weko eine Beseitigungsverfügung.
- Die Weko kann unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie nach Art. 7 KG mit einer *Verwaltungssanktion* gemäss Art. 49a Abs. 1 KG belegen. Bei Widerhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen oder behördliche Anordnungen stehen *verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen* gemäss Art. 54 ff. KG zur Verfügung.

## IV. Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsfreiheit

### 1. Allgemeines

Art. 27 BV verankert den *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* als verfassungsmässiges Recht. Die Wirtschaftsfreiheit umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). *Einschränkungen* der Wirtschaftsfreiheit sind nur dann zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse stehen, die Verhältnismässigkeit wahren und den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit nicht verletzen (Art. 36 BV)<sup>64</sup>. Zudem dürfen sich Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit nicht gegen den Grundsatz des Wettbewerbs richten, es sei denn, sie wären in einem kantonalen Regalrecht begründet oder durch die Bundesverfassung vorgesehen (Art. 94 Abs. 4 BV). Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind somit relativ streng.

### 2. Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit im Dienstbarkeitsrecht?

Eine bundesgerichtliche Praxis zur Anwendbarkeit der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsfreiheit im Dienstbarkeitsrecht besteht nicht. Nach der hier vertretenen Auffassung kann die in Art. 27 BV und Art. 94 BV verankerte Wirtschaftsfreiheit im Rahmen des privatrechtlichen Dienstbarkeitsrechts *nicht unmittelbare Geltung* erlangen; es gibt keine direkte Drittwirkung von Grundrechten auf privatrechtliche Verhältnisse. Dies folgt aus Art. 35 Abs. 2 BV, wonach nur an die Grundrechte gebunden ist, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt<sup>65</sup>. Im Entscheid *BGE 129 III 35* („Schweizerische Post“ gegen „Verein gegen Tierfabriken“) hat das Bundesgericht allerdings offen gelassen, ob die Grundrechte auch im Rechtsverkehr unter Privaten unmittelbar gelten müssen<sup>66 67</sup>. Es stellt sich aber in jedem Fall die Frage, ob die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftsfreiheit im Rahmen einer sog. *indirekten Drittwirkung*<sup>68</sup> zumindest bei der Auslegung von dienstbarkeitsrechtlichen Gewerbebeschränkungen zu beachten sind. Dies ist u.E. zu bejahen. In die

gleiche Richtung zielt jedenfalls im Resultat auch die – freilich auf dem Zivilrecht basierende – bundesgerichtliche Rechtsprechung<sup>69</sup>, wonach eine „enge“ Auslegung des Inhaltes einer Gewerbeverbotsdienstbarkeit vorzunehmen ist. Eine solche „enge“ Auslegung wird sich im Ergebnis regelmässig mit einer verfassungskonformen Auslegung des Dienstbarkeitsinhaltes decken. Aufgrund der Einheit der Rechtsordnung, in welcher Privatrecht und öffentliches Recht bezüglich Anwendungsbereich und Verfahrensrecht zwar auseinanderzuhalten sind, aber im Endeffekt doch einem einheitlichen Ziel zu dienen haben, lässt sich durch eine privatrechtliche Dienstbarkeit jedenfalls dem Grundsatz nach nicht mehr oder weniger verbieten, als auch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsfreiheit durch Vorschriften des öffentlichen Rechts verboten werden dürfte. Die *Wirtschaftsfreiheit* gemäss Art. 27 BV und Art. 94 BV *bildet* mithin im Sinne einer indirekten Drittwirkung *ein relevantes, bei der Auslegung von Gewerbebeschränkungsdienstbarkeiten mitzubehandelndes Kriterium*<sup>70</sup>. Inhaltlich decken sich dabei die sich aus der Wirtschaftsfreiheit für Dienstbarkeiten ergebenden Schranken weitgehend mit denjenigen aus Art. 27 ZGB<sup>71</sup>: Eine Gewerbeverbotsdienstbarkeit darf unter beiden Gesichtspunkten nicht dazu führen, dass der Belastete in seiner wirtschaftlichen Freiheit im Übermass eingeschränkt wird.

## V. Ergebnis

Als Ergebnis ist nach den vorstehenden Ausführungen festzuhalten, dass Einschränkungen gewerblicher Tätigkeiten durch (Grund-)Dienstbarkeiten nicht nur den sachenrechtlichen Voraussetzungen zu genügen haben, sondern auch im Lichte des Persönlichkeitsrechts, des Wettbewerbsrechts und des Wirtschaftsverfassungsrechts zu würdigen und gegebenenfalls zu relativieren sind. Der Entscheid über die Zulassung von Gewerbebeschränkungsdienstbarkeiten wird einerseits – allerdings mit beschränkter Kognition – im Grundbucheintragungsverfahren durch den Grundbuchverwalter und andererseits im Streitfall durch das mit der Sache befasste Zivilgericht getroffen. Dabei sind die Inhalte von Gewerbebeschränkungsdienstbarkeiten eng und tendenziell wettbewerbs- und konkurrenzfreundlich auszulegen. Jedes Gewerbeverbot führt nämlich per se zu einer – volkswirtschaftlich letztlich unerwünschten – Be-

<sup>64</sup> Siehe dazu etwa BGE 132 I 97, 100, und BGE 128 I 3, 9.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 129 III 35, 40. Einer Drittwirkung der Grundrechte ablehnend gegenüber steht auch EUGEN BUCHER, *Drittwirkung der Grundrechte?*, SJZ 1987, S. 37 ff. Siehe dazu ebenfalls schon BGE 80 II 26 ff. (Fall „Seelig“).

<sup>66</sup> BGE 129 III 35, 42.

<sup>67</sup> Dieser Entscheid wurde vom Jubilar kritisch besprochen; vgl. EUGEN BUCHER, *Nicht „Kontrahierungspflicht“ – schon eher Schutz vor Boykott*, recht 2003, S. 101 ff.

<sup>68</sup> Vgl. dazu BGE 132 III 122 ff. bezüglich der Koalitionsfreiheit gemäss Art. 28 BV.

<sup>69</sup> BGE 86 II 243, 253.

<sup>70</sup> In eine ähnliche Richtung weist nicht zuletzt der bereits erwähnte Entscheid BGE 129 III 35, 45, in welchem das Bundesgericht ausführte, dass sich eine privatrechtliche Kontrahierungspflicht im Einzelfall auch aus dem allgemeinen Verbot sittenwidrigen Verhaltens ergeben könne.

<sup>71</sup> Dazu III. hievor.

schränkung des Wettbewerbs und verstösst damit gegen die Grundsätze unserer liberalen Marktordnung.

## Literaturverzeichnis

BUCHER EUGEN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 2. Teilband: Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern 1993 (zit. BK-BUCHER).

COTTI LUKAS, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Freiburg 2001.

GERMANN MARTIN, Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit, Diss. Luzern 2007, Bern 2008.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2006 (zit. BSK-AUTOR).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK-AUTOR).

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Handkommentar, Zürich 2006 (zit. HandKomm-AUTOR).

LIVER PETER, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 bis 792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten, 2. Auflage, Zürich 1980 (zit. ZK-LIVER).

PIOTET PAUL, Dienstbarkeiten und Grundlasten, in: ARTHUR MEIER-HAYOZ (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Basel und Stuttgart 1977, S. 519 ff. (zit. SPR-PIOTET).

REY HEINZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Teilband: Die Grunddienstbarkeiten, Lieferung 1: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 730 und 731 ZGB, Bern 1981 (zit. BK-REY).

RIEMER HANS MICHAEL, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, 2. Auflage, Bern 2000.

SCHMID JÜRIG, Dienstbarkeitsrecht im Wandel, ZBGR 84 (2003), S. 269 ff.

SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung, Zürich 2004.

ZOBL MANFRED, Der zulässige Inhalt von Dienstbarkeiten, Diss. Zürich 1976.