

S. 21 / Nr. 5 Sachenrecht (d)

BGE 78 II 21

5. Auszug aus dem Urteil der staatsrechtlichen Kammer vom 2. April 1952 i. S. Egli gegen Kanton Zürich.

Seite: 21

Regeste:

Inhalt der Dienstbarkeit.

Verbot des Betriebes einer Gastwirtschaft als Gegenstand einer persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Kantons. Klage des Belasteten auf Beschränkung der Dienstbarkeit auf Wirtschaftsaarten, welche nach kantonalem Recht der Bedürfnisklausel unterliegen.

a) Zuständigkeit des Bundesgerichts als einziger Instanz.

b) Verbindlichkeit des angefochtenen Verbotes.

Contenu d'une servitude.

Interdiction de l'exploitation d'une auberge faisant l'objet d'une servitude personnelle créée au profit d'un canton. Action intentée par le propriétaire de l'immeuble grevé et tendant à faire limiter l'interdiction aux catégories d'auberges que le droit cantonal soumet à la clause de besoin.

a) Compétence du Tribunal fédéral en instance unique.

b) Caractère obligatoire de l'interdiction litigieuse.

Contenuto d'una servitù.

Divieto di esercitare un albergo come oggetto di una servitù personale creata a favore d'un cantone. Azione intentata dal gravato per far limitare il divieto alle categorie d'alberghi che il diritto cantonale assoggetta alla clausola del bisogno.

a) Competenza del Tribunale federale come istanza unica.

b) Carattere obbligatorio del divieto litigioso.

A. - 1) Dem zürcherischen Gesetz über das Gastwirtschaftsgewerbe und den Klein- und Mittelverkauf von alkoholhaltigen Getränken vom 21. Mai 1939 (WG) sind folgende Bestimmungen zu entnehmen:

§ 1. «Das Gastwirtschaftsgewerbe, sowie der Klein- und Mittelverkauf von alkoholhaltigen Getränken unterliegen der Aufsicht des Staates.

Sie sind den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen unterworfen.

§ 4. «Es werden Patente für den Gastwirtschaftsbetrieb, sowie solche für den Klein- und für den Mittelverkauf alkoholhaltiger Getränke ausgegeben.

Die Erteilung der Patente erfolgt durch die Finanzdirektion.

§ 12. «Für das Wirtschaftsgewerbe werden folgende Arten von Patenten erteilt

a) für Gasthöfe,

b) für Hôtels garnis,

c) für Fremdenpensionen,

d) für alkoholfreie Gasthöfe.

e) für Speisewirtschaften,

f) für alkoholfreie Wirtschaften,

Seite: 22

g) für Konditoreiwirtschaften,

b) für kostgebereien und Privatpensionen.

§ 36 Abs. 1. Gasthofs-, Speisewirtschafts- und Konditoreiwirtschaftspatente welche zum Alkoholausschank berechtigen (§§ 13, 17, 19) - werden nur erteilt, wenn der Betrieb einem Bedürfnis entspricht und dem öffentlichen Wohl nicht zuwiderläuft.

§ 40. Übersteigt in einer Gemeinde die Zahl der bestehenden Gasthöfe, Speisewirtschaften oder Konditoreiwirtschaften das Bedürfnis, so ist sie im Laufe der Jahre herabzusetzen.

Der Regierungsrat bestimmt nach Anhören der Gemeinde- und Bezirksbehörden die Lokale, auf welche keine Patente mehr erteilt werden.».

§ 41. Als Lokale, für welche im Falle mangelnden Bedürfnisses keine Wirtschaftspatente mehr erteilt werden, sind in erster Linie solche zu bezeichnen, welche den bau-, gesundheits- oder feuerpolizeilichen Vorschriften nicht entsprechen oder häufigen Wirtwechsel aufweisen oder in Verruf gekommen sind.

Ebenso ist auf eine angemessene Verteilung der Lokale innerhalb der gleichen politischen Gemeinde zu achten.

Die Verordnung bestimmt, welche Arten von Wirtschaften in erster Linie geschlossen werden sollen.

§ 42 Abs. 3. Der Regierungsrat kann ihm (dem Hauseigentümer) «für die Aufhebung der Wirtschaft eine nach freiem Ermessen festzusetzende billige Entschädigung zusprechen.

§ 70. Aus dem Fonds für Verbesserungen im Wirtschaftswesen werden die Auslagen des Staates zur Verminderung der Zahl der bestehenden wirtschaften, sowie für Beiträge an die berufliche Ausbildung der Wirte und des Hotel- und Wirtschaftspersonals gedeckt.

Es können daraus nach Bestrebungen auf Reform des Wirtschaftsgewerbes und zur Bekämpfung des Alkoholismus in seinen Ursachen und Wirkungen unterstützt werden..

§ 115. Der Regierungsrat erlässt die zur Ausführung dieses Gesetzes erforderliche Vollziehungsverordnung. Diese bedarf der Genehmigung des Kantonsrates.

2) Die vom Regierungsrat erlassene und vom Kantonsrat genehmigte Vollziehungsverordnung vom 6. März/21. Mai 1939 zum WG (VV) enthält in den §§ 22-24 nähere Bestimmungen über die Verminderung der Zahl der Wirtschaften. § 22 Abs. 1 lautet:

«Die Herabsetzung der Zahl der der Bedürfnisklausel unterstellten Wirtschaften auf das gesetzlich zulässige Mass ist möglichst auf freiwilligem Wege durchzuführen.

Nach § 23 nimmt die kantonale Finanzdirektion die erforderlichen Untersuchungen vor und versucht mit den Patentinhabern eine Verständigung herbeizuführen; gestützt

Seite: 23

auf das Ergebnis der Vorarbeiten stellt sie dem Regierungsrat Antrag. § 24 bestimmt:

«Die Auszahlung von Entschädigungen an geschädigte Hauseigentümer oder Patentinhaber aus Billigkeitsgründen soll vor allem die Umänderung der bisher für den Wirtschaftsbetrieb benützten Räumlichkeiten zur Verwendung für andere Zwecke ermöglichen oder erleichtern.

Die Entschädigung wird erst nach der dauernden Schliessung des Lokales ausgerichtet.

B. - Auf der Liegenschaft Birmensdorferstrasse 13 in Zürich war bis 1947 die Speisewirtschaft zur Quelle betrieben worden. In diesem Jahre vereinbarte der Eigentümer mit der kantonalen Finanzdirektion, dass er gegen eine Entschädigung von Fr. 8000.- die Wirtschaft schliesse und die Liegenschaft mit einer Dienstbarkeit belaste, wonach es dem jeweiligen Eigentümer verboten sein solle, daselbst eine Wirtschaft «gemäss § 12 lit. a-g des zürcherischen Wirtschaftsgesetzes» zu betreiben oder betreiben zu lassen. Nach Genehmigung der Vereinbarung durch den Regierungsrat wurde das Wirtschaftsverbot am 23. Oktober 1947 als Dienstbarkeit zugunsten des Kantons Zürich im Grundbuch eingetragen, worauf die Entschädigung ausbezahlt wurde. Der Regierungsrat betrachtet einen Drittel der Summe von Fr. 8000.- als Abfindung für das Verbot der Eröffnung einer alkoholfreien Wirtschaft.

Im Juli 1949 kaufte Dr. Egli die erwähnte Liegenschaft. In der Folge ersuchte er die kantonalen Behörden, einer Beschränkung der Dienstbarkeit auf die der Bedürfnisklausel unterliegenden Wirtschaftsbetriebe mit Alkoholausschank zuzustimmen. Das Begehren wurde abgelehnt.

C. - Dr. Egli klagt daher beim Bundesgericht gegen den Kanton Zürich auf Abänderung des Eintrags der Dienstbarkeit, mit dem Begehren, dass im Hinweis auf § 12 WG die Stelle «lit. a-g» durch «lit. a, e und g zu ersetzen sei. Für den Fall der grundsätzlichen Gutheissung der Klage erklärt er sich bereit, einen Drittel der seinem Rechtsvorgänger bezahlten Abfindungssumme von Fr. 8000.- an den Beklagten zurückzuerstatten.

Seite: 24

Zur Begründung wird unter andern ausgeführt, die der Eintragung der Dienstbarkeit zugunsten des Kantons zugrunde liegende Vereinbarung sei, soweit sie den Betrieb einer alkoholfreien Wirtschaft verbiete, gemäss Art. 20 OR nichtig, weil verfassungs- und gesetzwidrig. Nach Lehre und Rechtsprechung dürfe der Staat nicht durch zivilrechtlichen Vertrag mit Privatpersonen eine Regelung treffen, die den Bestimmungen des öffentlichen Rechts nicht entspreche. Dieser Grundsatz sei hier missachtet worden: Die zürcherische Wirtschaftsgesetzgebung sehe die Bedürfnisklausel nur für die Gasthöfe, Speisewirtschaften und Konditoreiwirtschaften vor; nur für diese Gruppen lasse sie eine Verminderung der Zahl der bestehenden Betriebe auf dem Wege der Vereinbarung zu. Die VV habe der Verwaltung die Befugnis zum Abschluss von Verträgen zwecks Beschränkung der Zahl der nicht unter die Bedürfnisklausel fallenden Betriebe weder erteilen wollen noch erteilen können. Die beanstandete Regelung verletze auch die in der Bundes- und der Kantonsverfassung gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit. -

Das Bundesgericht weist die Klage ab.

Aus den Erwägungen:

1.- Die Klage geht nach der ihr gegebenen Begründung auf Berichtigung (Abänderung) des Eintrags eines dinglichen Rechts im Grundbuch, im Sinne des Art. 975 ZGB sie stützt sich auf die Behauptung, der Eintrag beruhe teilweise auf einem unverbindlichen Rechtsgeschäft und sei daher insoweit ungerechtfertigt. Als unverbindlich erachtet der Kläger einen Teil der Vereinbarung, welche zwischen dem früheren Eigentümer seiner Liegenschaft und der kantonalen Finanzdirektion

geschlossen und vom Regierungsrat genehmigt worden ist. Durch diese Vereinbarung hat sich der frühere Eigentümer verpflichtet, gegen eine Entschädigung von Fr. 8000.- die früher auf der Liegenschaft betriebene Speisewirtschaft endgültig zu schliessen und die Liegenschaft mit einer Dienstbarkeit

Seite: 25

zu belasten, wonach es dem jeweiligen Eigentümer verboten ist, daselbst eine Wirtschaft «gemäss § 12 lit. a-g des zürcherischen Wirtschaftsgesetzes zu betreiben oder betreiben zu lassen.

Die Schliessung einer Wirtschaft zwecks Verminderung der Zahl der im Kanton Zürich bestehenden Wirtschaften ist eine Massnahme, welche im Interesse der durch den Staat vertretenen Öffentlichkeit getroffen wird. Sie ist durch das kantonale öffentliche Recht geordnet (§ § 40 ff. WG und §§ 22-24 VV), welches vorsieht, dass sie auch «auf freiwilligem Wege», d. h. durch Vereinbarung, durchgeführt werden kann. Eine dahingehende Vereinbarung wird vom Staat im öffentlichen Interesse, welches er zu wahren hat, geschlossen; sie regelt öffentlich-rechtliche Beziehungen. Dem würde es entsprechen, sie als öffentlich-rechtliche Vereinbarung zu betrachten (vgl. BGE 53 I 87; 65 I 31366 I 304 ff. 67 I 294; 73 I 173 f.; nicht veröffentlichte Urteile vom 10. Juni 1948 i. S. Graubünden c. Chur und Arosa und vom 9. März 1951 i. S. Valota; FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., S. 209 ff). Indem hier die kantonale Finanzdirektion den früheren Eigentümer in der Vereinbarung versprechen liess, keine Wirtschaft «gemäss § 12 lit. a-g des zürcherischen Wirtschaftsgesetzes mehr zu betreiben oder betreiben zu lassen, hatte Sie ausschliesslich das öffentliche Interesse im Auge, so dass das Abkommen auch insoweit im Rahmen des öffentlichen Rechtes blieb.

Um die eben genannte Klausel auch gegenüber künftigen Eigentümern wirksam werden zu lassen, kamen die Parteien indes überein, eine entsprechende Dienstbarkeit zugunsten des Kantons zu errichten. Durch deren Eintragung im Grundbuch wurden zwischen dem Eigentümer der belasteten Liegenschaft und dem Kanton zivilrechtliche Beziehungen begründet. Es ist anerkannt, dass der Staat sich auch bei seiner amtlichen Tätigkeit dem Privatrecht unterstellen kann, insbesondere dann, wenn er die

Seite: 26

Beziehungen zwischen ihm und den Privaten mit zivilrechtlichen Mitteln verstärken will (vgl. BGE 43 I 64 f.; zit. Urteil i. S. Graubünden c. Chur und Arosa FLEINER, a.a.O. S. 46 und 59 Nr. 35; OSER-SCHÖNENREGER, Vorbemerkungen zu Art. 492-512 OR, N. 29). Die zwischen dem Vorgänger des Klägers und den kantonalen Behörden geschlossene Vereinbarung auf Begründung einer Dienstbarkeit zugunsten des Kantons erscheint daher als privatrechtlicher Vertrag. Da die Verbindlichkeit eines Teils dieser Vereinbarung in Frage steht, hat man es demnach mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit zu tun.

Selbst wenn übrigens die Abmachung, um die es sich handelt, öffentlich-rechtlichen Charakter hätte, läge doch eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne des Art. 42 OG vor. Unter diese Bestimmung fallen nicht nur Zivilsachen im eigentlichen Sinne, sondern auch gewisse Anstände, die nach heutiger Rechtsauffassung zu den öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gerechnet würden, aber nach älterer Anschauung als Zivilrechtsstreitigkeiten galten (BGE 71 II 173 f.; 72 I 287 Erw. 2; vgl. 58 II 472; 62 II 295; Botschaft zum Entwurf des neuen OG, BBl 1943 I 115). In Betracht kommen namentlich Anstände über Ansprüche aus Rechtsverhältnissen, die zwar durch das öffentliche Recht geordnet sind, aber durch freie Zustimmung des Privaten zustande gekommen sind und insofern vertraglichen oder doch vertragsähnlichen Charakter haben (BGE 49 II 414 ff. 58 II 473; 62 II 29663 II 5066 I 304 f.). Auf solcher Zustimmung beruht aber auch das Rechtsverhältnis, welches Gegenstand der vorliegenden Streitigkeit ist.

2.- (Feststellung, dass der Streitwert mindestens Fr. 4000.- beträgt.) Das Bundesgericht ist daher nach Art. 42 OG zuständig, die Sache im direkten zivilrechtlichen Prozess zu beurteilen.

4.- Gegenstand einer Grunddienstbarkeit kann ausser der Duldung gewisser Eingriffe die Unterlassung von Handlungen sein, welche der belastete Grundeigentümer

Seite: 27

sonst auf Grund seines Eigentumsrechtes vornehmen könnte (Art. 730 Abs. 1 ZGB). So kann zum Inhalt einer Grunddienstbarkeit gemacht werden das Verbot, auf dem belasteten Grundstück ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben (LEEMANN, N. 21 zu Art. 730 ZGB). Wie jede Belastung, die als Grunddienstbarkeit möglich ist, so kann auch ein solches Verbot als Dienstbarkeit zugunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft (Personalservitut, Art. 781 ZGB) begründet werden (LEEMANN, N. 1, 29, 40 zu diesem Artikel). Nach dem Zivilrecht ist es auch zulässig, dass ein Gewerbeverbot durch Vertrag zwischen einem Grundeigentümer und einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (dein Staat oder einer Gemeinde) als persönliche Dienstbarkeit zu deren Gunsten errichtet wird

(LEEMANN, N. 17 f. zu Art. 781 ZGB).

5.- Die Befugnis des Staates, seine Beziehungen zu Privaten durch Vereinbarung zu ordnen, geht weiter, als der Kläger meint. Zunächst ist klar, dass der Staat -sofern das Gesetz dem nicht entgegensteht - auf diesem Wege überall dort vorgehen kann, wo er eine Leistung des Bürgers ohne Vereinbarung nicht fordern könnte. In der Tat erfüllt er seine amtlichen Aufgaben nicht bloss durch einseitige, zwingende Anordnungen er kann das öffentliche Interesse z. B. auch in der Weise wahren, dass er Beiträge oder Zuwendungen (Subventionen) ausrichtet unter Bedingungen, die nur verbindlich sind für denjenigen, welcher sich damit einverstanden erklärt. Sodann hat er - wenn das Gesetz dies, ausdrücklich oder auch nur stillschweigend, zulässt - selbst im Bereiche seiner Zwangsgewalt die Befugnis, mit Rücksicht auf die gegebenen Verhältnisse von einer einseitigen Regelung abzusehen und statt dessen den Weg des Vertrages zu beschreiten (vgl. BGE 41 II 310; 66 I 299 ff.; 73 I 174; FLEINER, a.a.O. S. 212 f.).

Richtig ist nur, dass dort, wo die Beziehungen zwischen Staat und Bürger abschliessend durch das Gesetz geregelt sind, nicht durch Vereinbarung, im Interesse des Staates

Seite: 28

oder auch des Bürgers, eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Regelung getroffen werden darf, ohne dass das Gesetz dies zulässt. Eine trotzdem geschlossene Vereinbarung wäre widerrechtlich. Einzig auf Fälle dieser Art beziehen sich die vom Kläger erwähnten Ausführungen FLEINERS (a.a.O. S. 146 ff., betreffend unzulässige Zusagen des Bürgers an die öffentliche Verwaltung) und E. BLUMENSTEINS (System des Steuerrechts, 2. Aufl., S. 9, 222, betreffend Steuerabmachungen, welche in der Regel Abweichungen von der gesetzlichen Ordnung zugunsten des Steuerpflichtigen vorsehen); ebenso die Beispiele, die er der Rechtsprechung des Bundesgerichts entnimmt (BGE 41 II 299 ff.; 57 I 351 ff. vgl. auch 67 I 295 Erw. 4).

6.- Nach § 40 Abs. 1 WG hat der Regierungsrat, wenn die Zahl der in einer Gemeinde bestehenden Gasthöfe, Speisewirtschaften oder Konditoreiwirtschaften das Bedürfnis übersteigt, sie im Laufe der Jahre herabzusetzen. Er bestimmt die Lokale, für welche keine Patente mehr erteilt werden (Abs. 2 daselbst, § 41). Er «kann» dem Hauseigentümer «für die Aufhebung der Wirtschaft eine nach freiem Ermessen festzusetzende billige Entschädigung zusprechen» (§ 42 Abs. 3). Danach ist er befugt, die Schliessung eines Gasthofes, einer Speise- oder einer Konditoreiwirtschaft durch einseitigen Hoheitsakt herbeizuführen, wobei er unter Umständen von der Zusprechung einer Entschädigung Umgang nehmen kann. Aber neben dem zwangsweisen Vorgehen - welches mitunter, wegen der zu treffenden Auswahl oder aus andern Gründen, auf Schwierigkeiten stossen wird - ist auch der Weg der Verständigung vorgesehen - bestimmt doch die VV - auf Grund einer Delegation der Gesetzgebungsbefugnis (§ 41 Abs. 3, § 115 WG) - dass die Herabsetzung der Zahl der der Bedürfnisklausel unterstellten Wirtschaften «möglichst auf freiwilligem Wege» durchzuführen ist. Die Verwaltung hat also das unbestreitbare Recht, Vereinbarungen mit den beteiligten Privaten zu treffen, worin bestimmt wird, welche Gasthöfe, Speise- oder Konditoreiwirtschaften

Seite: 29

zu schliessen sind und welche Entschädigung für die Schliessung zu leisten ist.

Es ist klar - und wird in § 24 VV ausdrücklich ausgesprochen - dass die Entschädigung vor allem die Umänderung der Räumlichkeiten, in denen die geschlossene Wirtschaft betrieben wurde, zur Verwendung für andere Zwecke ermöglichen oder erleichtern soll. Bei der Bemessung der Entschädigung wird zu berücksichtigen sein, ob die Räumlichkeiten nun für den Betrieb einer alkoholfreien Wirtschaft oder aber z. B. für Wohnzwecke oder zur Verwendung als Ladenlokal umgeändert werden sollen. Wenn das allgemeine Interesse fordert, dass die Zahl der alkoholfreien Wirtschaften nicht überhandnehme - weil eine übermässige Konkurrenz die Existenz der Inhaber erschweren oder verunmöglichen würde oder diese zu einer anstössigen Betriebsführung verleiten könnte -so kann die Verwaltung eine höhere Entschädigung zubilligen, um die Umwandlung der bisherigen Alkoholkirtschaft in eine alkoholfreie Gaststätte zu vermeiden. Andererseits muss sie in diesem Falle dafür sorgen können, dass nach Auszahlung der Entschädigung dann nicht doch durch einen allfälligen Erwerber der Liegenschaft ein solcher Betrieb eröffnet wird. Das kann aber in wirksamer Weise nur durch Eintragung einer entsprechenden Dienstbarkeit im Grundbuch geschehen. Eine dahingehende Vereinbarung hält sich durchaus im Rahmen des nach dem zürcherischen Verwaltungsrecht Zulässigen. Insbesondere steht sie im Einklang mit § 1 WG, wonach «das Gastwirtschaftsgewerbe (mit Einschluss der alkoholfreien Wirtschaften) der Aufsicht des Staates untersteht, und mit der VV, welche der Verwaltung gestattet, die Schliessung von Alkoholkirtschaften auf freiwilligem Wege durchzuführen und die Entschädigung für die «Umänderung» der bisher für den Wirtschaftsbetrieb benützten Räumlichkeiten so zu bemessen, dass der Vertragspartner bewogen werden kann, einem allgemeinen Wirtschaftsverbot zuzustimmen. Sie entspricht den Zwecken des Fonds «für Verbesserungen

Seite: 30

im Wirtschaftswesen», aus welchem die Entschädigung bestritten wird (§ 70 WG). Sie dient der Wahrung des vom zürcherischen Gesetzgeber anerkannten öffentlichen Interesses an der Schaffung und Aufrechterhaltung gesunder Verhältnisse im Gastwirtschaftsgewerbe.

Selbst wenn die Verwaltung den Partner auf dem Vertragswege gegen Entschädigung Verpflichtungen eingehen lässt, welche ihm durch einseitigen Hoheitsakt nicht auferlegt werden könnten, so liegt doch keine Rechtsverletzung vor, da das zürcherische Recht ausdrücklich beide Wege vorsieht und die VV bestimmt, dass die freiwillige Regelung vorzuziehen ist. Von Rechtsverletzung könnte nur dann gesprochen werden, wenn das Gesetz für den Fall des Verzichts auf ein Wirtschaftspatent eine Entschädigung in bestimmter Höhe vorschriebe und die Verwaltung sich nicht daran hielte, sondern mit dem Privaten eine höhere Summe vereinbarte, ihre Ausrichtung aber von zusätzlichen Verpflichtungen abhängig machte (vgl. FLEINER, a.a.O. S. 147). Da aber das zürcherische Recht die Regelung der Entschädigungsfrage dem Ermessen der Behörde anheimstellt und den Weg der Verständigung vorsieht, ja dem Zwangsverfahren vorzieht, kann der zürcherischen Verwaltung das Recht nicht abgesprochen werden, eine Vereinbarung zu schliessen, wonach der Partner gegen entsprechende Entschädigung einem Verbot der Umwandlung des bisherigen Alkoholbetriebes in eine alkoholfreie Wirtschaft zustimmt.

Somit kann keine Rede davon sein, dass der zwischen dem Rechtsvorgänger des Klägers und der Zürcher Regierung geschlossene Vertrag auf Errichtung einer persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Kantons insoweit der zürcherischen Wirtschaftsgesetzgebung zuwiderlaufe und daher gemäss Art. 20 OR nichtig sei, als damit ein Verbot, auf dem belasteten Grundstück gewisse nicht der Bedürfnisklausel unterliegende Wirtschaftsarten zu betreiben, vereinbart wurde.

8.- Auch die Rüge der Verletzung der in der Bundes-

Seite: 31

und der Kantonsverfassung gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit geht offensichtlich fehl. Dieser Verfassungsgrundsatz verbietet dem Staate, durch einseitige, zwingende Anordnungen die Handels- und Gewerbefreiheit einzuschränken, soweit sie garantiert ist. Aber er ist nicht anwendbar, wo der Staat Subventionen gewährt oder Geschäfte, z. B. über öffentliche Arbeiten, abschliesst und dabei seine Leistungen von gewissen Bedingungen abhängig macht, welche die Entschlussfreiheit des Privaten einengen. «In Frage steht dabei nicht eine staatliche Regelung der Gewerbeausübung als solcher, sondern lediglich eine Bestimmung, die an die Verwendung staatlicher Gelder zu einem bestimmten Zweck geknüpft wird (nicht veröffentlichtes Urteil vom 26. Juni 1936 i. S. Venetz). Das verfassungsmässige Recht der Handels- und Gewerbefreiheit betrifft nur das Verhältnis des Bürgers zur Staatsgewalt, nicht die Beziehungen der Privatpersonen unter sich (BGE 62 II 100) und daher auch nicht die Beziehungen, welche der Staat als Subjekt des Privatrechtes durch Vertrag mit Privatpersonen begründet (vgl. BGE 60 I 369). Da das vom Kläger beanstandete Gewerbeverbot auf einem Vertrag beruht, den der Staat mit dem früheren Eigentümer der belasteten Liegenschaft in gleichberechtigter Stellung geschlossen hat, so kann nicht eingewendet werden, es laufe dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit zuwider; dieser könnte nur angerufen werden, wenn das Verbot durch einseitigen staatlichen Hoheitsakt begründet worden wäre.

10.- Der Einwand des Klägers, die streitige Vereinbarung habe einen widerrechtlichen Inhalt und sei deshalb gemäss Art. 20 OR nichtig, trifft daher nicht zu. Dass sie die wirtschaftliche Freiheit des belasteten Grundeigentümers übermässig beschränkt habe oder sonstwie gegen die guten Sitten verstosse und aus diesem Grunde unter Art. 20 OR falle, ist ebenfalls nicht anzunehmen; es wird auch nicht behauptet.

11.- Es ist nicht notwendig, dass die Dienstbarkeit

Seite: 32

dem Berechtigten einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft. Es genügt, dass er ein Interesse daran hat, welches aus irgend einem Grunde schutzwürdig ist (LEEMANN, N. 27 zu Art. 730, N. 30 f. zu Art. 781 ZGB; PFISTER, Der Inhalt der Dienstbarkeit, ZSR n. F. Bd. 52, S. 332 ff.). Der Beklagte will mit der Begründung von Dienstbarkeiten des vom Kläger bekämpften Inhalts der übermässigen Ausdehnung eines Wirtschaftszweiges und unerwünschten Spekulationen entgegentreten. Das ist ein Interesse, dem der rechtliche Schutz nicht versagt werden kann