

## **BGE 98 IA 659 vom 29. November 1972**

Bundesgericht (BGE), 1972-11-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_98 IA 659](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_98_IA_659)

FR: BGE 98 IA 659 du 29 novembre 1972

IT: BGE 98 IA 659 del 29 novembre 1972

### **Regeste**

Regeste Eigentumsгарantie, Art. 22ter BV. Ehehaftes Tavernenrecht im Kanton Luzern. 1. Das auf einem Haus ruhende Tavernenrecht ist notwendig mit dem Grundstück verbunden und kann nicht losgelöst von diesem allein mit dem Haus verknüpft sein (Erw. 4). 2. Das ehehafte Tavernenrecht ist nach der luzernischen Gesetzgebung ein wohl erworbenes Privatrecht und steht unter dem Schutz der Eigentumsгарantie. Voraussetzungen für dessen Aufhebung (Erw. 5).

### **Erwägungen**

#### **E. 4**

Der Regierungsrat bestreitet nicht, dass sich die Häuser Löwengraben 33 und Mühlenplatz 15/Rössligasse 18/20 auf dem selben Grundstück Nr. 254 befinden. Nach seiner Ansicht liegt jedoch auch dann eine Übertragung des Realwirtsrechts im Sinne von § 8 WG vor und bedarf es somit einer Translokationsbewilligung, wenn die Wirtschaft in ein anderes Gebäude verlegt wird, das sich auf dem gleichen Grundstück befindet. Dies aufgrund der Annahme, dass das Tavernenrecht nicht mit dem Grundstück, sondern allein mit dem Gebäude verhaftet sei. Der Regierungsrat setzt sich damit in Widerspruch zu BGE 98 Ia 659 S. 663 seiner früheren Praxis, welche auch der Verfügung vom 29. November 1947 betreffend die Umwandlung des alten Hotels Rössli in ein Warenhausrestaurant zugrunde lag. Die Überlegungen, welche ihn im Jahre 1970 zu dieser Praxisänderung veranlassten (Amtliche Übersicht 1970 Nr. 16) und die im angefochtenen Entscheid wiedergegeben sind, haben wohl den Wortlaut von § 8 Abs. 1 WG für sich. Sie gehen jedoch an zwingenden sachenrechtlichen Grundsätzen vorbei und sind deshalb unhaltbar. Nach dem Akzessionsprinzip, welches auch im alten luzernischen Sachenrecht galt (vgl. die Art. 241, 280 des Luzerner B.G.B. und Erläuterungen dazu von Kasimir PFYFFER, insbes. N 1 zu Art. 280), umfasst das Eigentum an Grund und Boden auch die Bauten. Ein auf einem Grundstück errichtetes Gebäude wird kraft zwingenden Rechts dessen Bestandteil und hat kein eigenes rechtliches Schicksal (MEIER-HAYOZ, Komm. zum Sachenrecht, Art. 667 B. S. 246, N 5 S. 250). Das auf einem Haus ruhende Tavernenrecht ist deshalb notwendig mit dem Grundstück verbunden und kann nicht losgelöst von diesem allein mit dem Haus verknüpft sein. Freilich ist die Ausübung des Realwirtsrechts mit dem Haus verbunden, setzt sie doch ein Wirtschaftsgebäude voraus. Das Recht selbst kann aber nur an das Grundstück, zu welchem das Wirtschaftsgebäude zwingend gehört, geknüpft sein (LIVER, a.a.O., Einleitung N 128; Oskar KORNER, Die luzernischen Realwirtsrechte, Luzern 1915, S. 126; Gustav BILLETTER, Die ehehaften Tavernenrechte im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1928, S. 98 ff.). Eine Übertragung des Rechts liegt demnach einzig dann vor, wenn es auf ein anderes Grundstück verlegt wird. Spricht § 8 Abs. 1 WG von der Übertragung auf ein anderes Gebäude, so kann damit nur ein Gebäude auf einem anderen Grundstück gemeint

sein. Die Autoren, welche sich mit den ehehaften Tavernenrechten befassen, verwenden denn auch in diesem Zusammenhang die Begriffe Gebäude und Grundstück bzw. Liegenschaft als gleichbedeutend, was der Regierungsrat verkennt (BILLETTER, a.a.O., z.B. S. 104 f.; KORNER, a.a.O., z.B. S. 122 f.). Werden die Wirtschaftsräumlichkeiten vom Löwengraben 33 auf das auf dem gleichen Grundstück Nr. 254 stehende Gebäude Mühlenplatz 15/Rössligasse 18/20 verlegt, so liegt darin keine Übertragung des Realtavernenrechts zum Rössli. Die Verlegung untersteht somit nicht einer Translokationsbewilligung nach § 8 WG. Das von der Beschwerdeführerin BGE 98 Ia 659 S. 664 unterbreitete Projekt ist nur daraufhin zu prüfen, ob eine Erweiterung der Wirtschaftsräumlichkeiten im Sinne von § 7 WG vorliegt. Im übrigen ist das Verlegungsgesuch allein unter wirtschaftspolizeilichen Gesichtspunkten (§ 27 ff. WG) zu beurteilen. Disp. Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids ist daher aufzuheben.

## **E. 5**

Der Regierungsrat hat in Disp. Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids überdies verbindlich festgestellt, dass das Realtavernenrecht zum Rössli durch einseitigen Verzicht der Rechtsinhaberin erloschen sei, und dessen Löschung im Grundbuch angeordnet. Damit wurde über den Bestand des Rechts endgültig entschieden. Auf die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Verletzung der Eigentumsgarantie ist daher einzutreten (BGE 80 I 244, BGE 68 I 157 mit Verweisungen, nicht publ. Entscheid i.S. Brügger vom 20. Oktober 1971). a) Nach der für öffentliche Eigentumsbeschränkungen geltenden Regel sind Eingriffe in wohlerworbene Privatrechte nur zulässig, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen und im öffentlichen Interesse liegen; bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, ist zudem volle Entschädigung zu leisten (BGE 97 I 795; BGE 96 I 727 mit Verweisungen). Eingriffe in die von der kantonalen Rechtsordnung als Privatrechte anerkannten Realwirtsrechte sind deshalb nur unter diesen Voraussetzungen mit Art. 22ter BV vereinbar. Indem der Regierungsrat das Realwirtsrecht zum Rössli für erloschen erklärte und dessen Löschung im Grundbuch anordnete, hat er es aufgehoben. Das stellt einen besonders schweren Eingriff ins Eigentum dar. Das Bundesgericht prüft daher frei, ob er auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht (BGE 98 Ia 38 mit Verweisungen). b) "Gesetzlich" ist die Grundlage einer Eigentumsbeschränkung dann, wenn sie in einem Gesetz im materiellen Sinne, d.h. in einer allgemeinen, generell-abstrakten Norm enthalten ist, die sich ihrerseits als verfassungsmässig erweist (BGE 97 I 796, BGE 90 I 323 mit Verweisungen). Der Regierungsrat erklärt das Realwirtsrecht zum Rössli als erloschen, weil es nicht mehr im gleichen Umfang wie früher ausgeübt wird. Im alten Hotel zum Rössli wurde die zum Tavernenrecht gehörende Befugnis zur Beherbergung ausgeübt, während im neuen Warenhaus nurmehr eine Speisewirtschaft geführt wird. Eine Gesetzesvorschrift, welche vorsieht, dass BGE 98 Ia 659 S. 665 der Inhaber eines Realwirtsrechts dieses Rechts verlustig geht, wenn er es nicht oder bloss teilweise ausübt, wird jedoch nicht genannt und ist auch nicht zu finden. Nach § 5 Abs. 2 WG werden die alten Realwirtsrechte in ihrem bisherigen Rechtsbestande anerkannt. Als Möglichkeit ihrer Aufhebung ist einzig vorgesehen, dass der Regierungsrat ihre allmähliche Ablösung auf dem Wege der freiwilligen Übereinkunft mit den Inhabern herbeiführen kann. Dass die Rechte wegen gänzlicher oder sogar nur teilweiser Nichtausübung untergehen können, bestimmt das Gesetz weder ausdrücklich noch dem Sinne nach. Wenn der Regierungsrat sich auf die zürcherische Rechtsprechung beruft, wonach in Anbetracht einer mit dem Tavernenrecht verbundenen Pflicht zu Wirten die Nichtausübung des Rechts dessen Verwirkung nach sich zieht, so verkennt er, dass im

Kanton Zürich diese Folge des Rechtsverlustes ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist ( § 113 WG ZH; vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 29. September 1939, in Zbl 40/1939 S. 559 f.). Der Regierungsrat sieht, offenbar im Bewusstsein, dass im luzernischen Recht kein Rechtssatz die Verwirkung des Tavernenrechts wegen Nichtausübung zulässt, in der nunmehr teilweisen Ausübung des Tavernenrechts zum Rössli durch die Beschwerdeführerin einen einseitigen Verzicht auf das Recht. Er nimmt wohl an, dass damit eine freiwillige Übereinkunft im Sinne von § 5 Abs. 3 WG vorliege, wobei allerdings übersehen würde, dass dazu die Genehmigung des Grossen Rates nötig wäre. Wie man jedoch dazu kommen kann, in einem teilweisen Verzicht auf die Ausübung eines Privatrechts eine unzulässige Veränderung von dessen Rechtscharakter zu erblicken und dies überdies als einen Verzicht auf das Recht selbst, und zwar auf das ganze, zu betrachten, lässt sich mit keinen rechtlichen Überlegungen erklären. Der in Disp. Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids ausgesprochenen Aufhebung des Tavernenrechts, das durch einseitigen Verzicht der Rechtsinhaberin für erloschen erklärt wird, fehlt die gesetzliche Grundlage. Der Entscheid verstösst somit gegen Art. 22ter BV und ist aufzuheben. Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob der Entscheid nicht schon mit Rücksicht auf die Verfügung vom 29. November 1947, welche den Bestand des Tavernenrechts zugesichert hatte, unzulässig gewesen wäre. BGE 98 Ia 659 S. 666 Dispositiv

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.