

# **FR\_GERICHTE 101 2014 92 vom 13. November 2014**

FR Kantonsgericht, 2014-11-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2014\\_92](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2014_92)

FR: FR\_GERICHTE 101 2014 92 du 13 novembre 2014

IT: FR\_GERICHTE 101 2014 92 del 13 novembre 2014

## **Regeste**

Entscheid des I. Zivilappellationshofes des Kantonsgericht | Grundbuch

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Nach Art. 75a des Gesetzes vom 28. Februar 1986 über das Grundbuch können Entscheide der Aufsichtsbehörde mit Beschwerde an einen Appellationshof des Kantonsgerichts angefochten werden (Abs. 1). Das Verfahren richtet sich nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Abs. 2). Kantonsgericht KG Seite 3 von 6 Der angefochtene Entscheid wurde der Beschwerdeführerin am 31. März 2014 zugestellt, sodass die am 30. April 2014 der Post übergebene Beschwerde innert der gesetzlichen Frist von 30 Tagen (Art. 79 Abs. 1 VRG) eingereicht wurde. Die Beschwerdeschrift enthält eine Begründung. b) Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat an dessen Aufhebung ein schutzwürdiges Interesse, sodass ihre Beschwerdebefugnis ohne weiteres zu bejahen ist (vgl. Art. 76 Bst. a VRG). c) Mit der Beschwerde kann die Verletzung des Rechts einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 77 VRG). Der Appellationshof wendet das Recht von Amtes wegen an; er überprüft von Amtes wegen oder auf Antrag die Gültigkeit der auf den Einzelfall anwendbaren Vorschriften und wendet als obere Behörde Vorschriften, die dem Bundesrecht, der Kantonsverfassung oder einem höherrangigen kantonalen Erlass widersprechen, nicht an (Art. 10 Abs. 1 bis 3 und Abs. 4 e contrario VRG). d) Da kein entsprechender Antrag vorliegt und die Erledigung der Beschwerdesache dies nicht erfordert, wird auf eine mündliche Verhandlung verzichtet (vgl. Art. 91 Abs. 1 VRG).

### **E. 2**

Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid zusammenfassend aus, im vorliegenden Fall gehe es um das Verbot, bestimmte Arten von Waren zu veräussern (Treibstoffe, Schmiermittel und ähnliche Produkte). Selbst wenn sich die besondere Immissionsträchtigkeit dieser Waren im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bejahen liesse, machten die dem Grundbuchamt eingereichten Verträge deutlich, dass es in casu nicht um die Verhinderung von Immissionen gehe, sondern um die dingliche Absicherung einer Exklusivabnahmepflicht. Damit sei eine Gesetzesumgehung zu bejahen und habe der Grundbuchverwalter die Anmeldung zu Recht abgewiesen. Die Beschwerdeführerin ihrerseits macht namentlich geltend, der Entscheid BGer 5A\_171/2008 habe eine identische Konstellation zum Gegenstand gehabt, wie sie vorliegend zur Beurteilung stehe. Sie selbst sei damals Partei gewesen und habe dieses Urteil erwirkt, wonach die Voraussetzungen für die Eintragung einer Dienstbarkeit mit dem vorliegend verwendeten Wortlaut ohne Einschränkungen bejaht worden seien. a) Bei der vorliegenden

Dienstbarkeit handelt es sich um eine „andere Dienstbarkeit“ im Sinne von Art. 781 ZGB. Gemäss dieser Gesetzesbestimmung können Dienstbarkeiten anderen Inhalts zugunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft an Grundstücken bestellt werden, so oft diese in bestimmter Hinsicht jemandem zum Gebrauch dienen können (Abs. 1). Sie sind, soweit es nicht anders vereinbart wird, unübertragbar, und es bestimmt sich ihr Inhalt nach den gewöhnlichen Bedürfnissen des Berechtigten (Abs. 2). Auf diese Dienstbarkeiten sind im Übrigen die Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten (vgl. Art. 730 ff. ZGB) anwendbar (Abs. 3). Nach Art. 730 Abs. 1 ZGB kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe gefallen lassen muss oder nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf. Gemäss veröffentlichter Rechtsprechung des Bundesgerichts kann eine Grunddienstbarkeit nur eine Eigentumsbeschränkung des dienenden Grundstücks, nicht aber allein eine Beschränkung der persönlichen Freiheit des Eigentümers oder anderer Interessierten zum Gegenstand haben. Dieser Grundsatz, der sich aus dem Gesetzestext ergibt, gilt auch für irreguläre Personaldienstbarkeiten im Sinne von Art. 781 ZGB; er ist vor allem für die sogenannten negativen Dienstbarkeiten, die dem Eigentümer des dienenden Grundstücks dessen Gebrauch in irgendeiner Kantonsgericht KG Seite 4 von 6 Weise verbieten, von Bedeutung. Der erwähnte Grundsatz wurde so konkretisiert, dass eine negative Dienstbarkeit nur zulässig ist, wenn die Verhaltensweise, die sie verbietet, den körperlichen Zustand des dienenden Grundstücks, die äussere Erscheinungsform sowie den wirtschaftlichen oder sozialen Charakter bestimmt; die durch die Dienstbarkeit verbotene Verhaltensweise muss den Charakter des Grundstücks so bestimmen, dass er von aussen wahrnehmbar ist (BGE 123 III 337 E. 2c und 114 II 314 E.3b, jeweils mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung und die Dok-trin). In jedem Fall ist erforderlich, dass die verbotene Verhaltensweise mit der Grundstücksnutzung in einem direkten Zusammenhang steht (BK ZGB- REY, N. 87 zu Art. 730). Die Nutzung eines Grundstücks zu gewerblichen Zwecken und demzufolge auch das Unterlassen einer gewerblichen Tätigkeit prägen die äussere Erscheinungsform und den wirtschaftlichen sowie sozialen Charakter des betroffenen Grundstücks. 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. Soweit aber die Nutzung des Grundeigentums in Frage steht, bleibt ohne Belang, dass mit einer Gewerbebeschränkung unter Umständen ein Konkurrenzverbot erreicht werden soll, weil sich auf dem herrschenden Grundstück bereits ein entsprechender Gewerbebetrieb befindet (BGE 114 II 314 E. 3c). Dienstbarkeiten sollten ganz allgemein nicht instrumentalisiert werden und nicht als reine Konkurrenzverbote und zur Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit eingesetzt werden können (CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Gewerbe- und konkurrenzbeschränkende Dienstbarkeiten – kein Abrücken des Bundesgerichts von seiner bisherigen Praxis, in: Jusletter 6. Juli 2009, Rz. 18 und 46, mit Hinweisen). Bewirkt eine Grunddienstbarkeit einzig eine Beschränkung der persönlichen Freiheit, so liegt eine Gesetzesumgehung vor (CYRIL GALLAND, Les servitudes de concurrence – un instrument à manier avec précaution, in: ZBGR, 2014 [nachfolgend: Galland, ZBGR], S. 145 [155]; vgl. derselbe in: Le contenu des servitudes foncières, aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude, Genf/Zürich/Basel 2013 [nachfolgend:

Galland, *Le contenu des servitudes foncières*], Rz. 304 und 327). Die sogenannte Tankstellenservitut, d.h. dem belasteten Grundstück die exklusive Veräusserung der Treib- und Schmierstoffe einer bestimmten Mineralölfirma zu sichern und die Absatzmöglichkeit von Konkurrenzprodukten zu verhindern, ist grundsätzlich zulässig, wenn die dem belasteten Grundeigentümer untersagte Verhaltensweise eine Beschränkung der Grundstücknutzung darstellt. Enthält die Dienstbarkeit das Verbot von Handlungen, die der Eigentümer aufgrund seines Eigentumsrechts vornehmen dürfte, ist die Tankstellenservitut, auch wenn sie zum Zweck eines Konkurrenzverbots begründet wird, zulässig. Unzulässig ist sie jedoch dann, wenn sie eine positive Leistungspflicht beinhaltet, indem der Belastete direkt oder indirekt verpflichtet wird, Treib- und andere Betriebsstoffe für Fahrzeuge mit Verbrennungsmotoren ausschliesslich von einer bestimmten Firma zu beziehen (REY, N. 102 und 107 zu Art. 730). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat etwa der Umstand, ob in einem Ladengeschäft, in dem Brot und andere Backwaren feilgeboten werden, andere Esswaren, Getränke, Papeterieartikel oder Kleider verkauft werden, in aller Regel keinen wesentlichen Einfluss auf den Charakter des betreffenden Grundstücks (BGE 114 II 314 E. 4).

b) Die von der Beschwerdeführerin und dem Eigentümer des Grundstücks Nr. ccc zum Eintrag in das Grundbuch angemeldete Dienstbarkeit hat gemäss dem Dienstbarkeitsvertrag vom Kantonsgericht KG Seite 5 von 6 9. Oktober 2013 folgenden Inhalt: „Der Eigentümer des Grundstücks Nr. ccc unterlässt zu Gunsten der Berechtigten auf dem belasteten Grundstück jeglichen Handel mit Treibstoffen, Schmiermitteln und ähnlichen Produkten“. Aus dem erwähnten Dienstbarkeitsvertrag geht weiter hervor, dass sich der Eigentümer des Grundstücks verpflichtet, keine anderen Treibstoffe und Schmiermittel als die der Beschwerdeführerin zu verkaufen, und dass die Errichtung der strittigen Dienstbarkeit die dingliche Sicherung dieser Verpflichtung bezweckt. Daraus ergibt sich, dass der Handel mit den einschlägigen Produkten auf besagtem Grundstück – wenn auch allein mit den Produkten der Beschwerdeführerin – nach wie vor möglich sein wird. Unter diesen Umständen bestimmt die von den Parteien vereinbarte negative Dienstbarkeit den körperlichen Zustand, die äussere Erscheinungsform, den wirtschaftlichen oder sozialen Charakter des belasteten Grundstücks nicht im Geringsten, sodass die Dienstbarkeit bereits aus diesem Grund nicht eintragungsfähig ist. Im Übrigen erhellt aus dem Dienstbarkeitsvertrag in klarer Art und Weise, dass die vereinbarte Dienstbarkeit einzig der Verdinglichung obligatorischer Bezugspflichten und somit allein der Beschränkung der persönlichen Freiheit des Eigentümers des zu belastenden Grundstücks dient und in sich keinen dinglichen Aspekt aufweist, sodass die Vorinstanz in ihrem sorgfältig begründeten Entscheid zu Recht von einer Gesetzesumgehung ausgegangen ist.

c) Es trifft zu, dass das Bundesgericht im Entscheid 5A\_171/2008 vom 13. Mai 2008 in einem gleichgelagerten und die Beschwerdeführerin betreffenden Fall die Eintragungsfähigkeit der vereinbarten Dienstbarkeit bejaht hat. Dieser nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichte Entscheid enthält jedoch namentlich keine Auseinandersetzung mit der vom Bundesgericht in früheren Fällen und in der Literatur vor und nach dem Jahr 2008 thematisierten Frage, ob und wie weit die als Grunddienstbarkeit ausgestaltete Gewerbebeschränkung die äussere Erscheinungsform sowie allenfalls den wirtschaftlichen und sozialen Charakter des betreffenden Grundstücks überhaupt zu prägen vermag („Prägungsformel“; vgl. BGE 123 III 337 E. 2 c; 114 314 E. 3 b und c; CYRIL GALLAND, *Le contenu des servitudes foncières*, Rz. 283; derselbe in: ZGBR 2014, S. 148 f.; MARIA CONSUELO ARGUL GROSSRIEDER, *Les causes d’extinction des servitudes foncières, en particulier la perte d’utilité et ses conséquences sur l’existence formelle du droit*, Diss. FR 2005, N. 174;

LIVER ZK, N. 110 zu 730 ZGB; derselbe in: ZBJV 1962 S. 502 f.; B. MATHYS, AJP 1998, S. 352 f.; REY, N. 87 zu Art. 730; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. Aufl., N. 1269; CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Rz. 35 ff.). Ebenso wenig äussert sich das Bundesgericht in diesem Entscheid zu der in der Literatur gemachten Forderung, eine Grunddienstbarkeit dürfe nicht allein ein Konkurrenzverbot darstellen, ansonsten von einer Gesetzesumgehung auszugehen sei (vgl. dazu E. 2 a hiervor). Mit der Aufsichtsbehörde ist im Übrigen festzustellen, dass der Fall der Beschwerdeführerin – entgegen deren Ansicht (Beschwerde Rz. 13) – nicht mit dem in BGE 123 III 337 beurteilten Fall gleichgesetzt werden kann. In letzterem Fall ging es gerade nicht darum, durch Errichtung einer Dienstbarkeit eine bestimmte Tätigkeit zunächst zu verbieten und in der Folge mittels Liefervertrag zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks zu gestatten. Vielmehr wurde in letzterem Fall nebst der obligatorischen Verpflichtung (Beziehen des Holzes) auch eine Personaldienstbarkeit (nur Betrieb einer Zimmerei unter Ausschluss anderer industrieller Nutzung) vereinbart. Der Entscheid 5A\_171/2008 vom 13. Mai 2008 ist denn bei Lehre und Doktrin auch auf fundierte und soweit ersichtlich einhellige Ablehnung gestossen (CYRIL GALLAND, Le contenu des servitudes foncières, Rz. 304 und 327; B. HÜRLIMANN-KAUP, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, in: ZBJV 2010, S. 315 f.; A. KOLLER, Sachenrecht, Entwicklungen Kantonsgericht KG Seite 6 von 6 2008, Bern 2009, S. 41 f.; CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Rz. 9 und 35 ff.; J. SCHMID, BR 2008, S. 174). Cyril Galland (Le contenu des servitudes foncières, Rz. 304 und 327) geht denn auch zu Recht davon aus, dass dieser Entscheid eine isolierte Ansicht des Bundesgerichts wiedergibt und die vorherige Rechtsprechung nicht in Frage zu stellen vermag. Unter diesen Umständen ist der Meinung der Lehre der Vorzug zu geben. d) Zusammenfassend ist die Beschwerde somit abzuweisen.

### E. 3

a) Der unterliegenden Beschwerdeführerin sind die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- aufzuerlegen (Art. 131 Abs. 1 VRG). Diese sind mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. b) Mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 137 Abs. 1 VRG e contrario). Der Hof erkennt: I. Die Beschwerde wird abgewiesen. II. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden der A. \_\_\_\_\_ S.A. auferlegt und mit dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. III. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen. IV. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeits- voraussetzungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 13. November 2014/rhe Präsident Gerichtsschreiberin .

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