

der Ware. Diese ist beim « Nähr-mi » durchaus gleich wie bei Schachtelkäse ; es wird zwar als Brotaufstrich bezeichnet, ist aber nicht sehr gut streichbar und wird eher in dünnen Schnitten aufgelegt wie jener. « Mipro » wird verwendet wie Kochkäse ; das geht deutlich aus den Rezepten hervor, wo zwar die Bezeichnung Käse streng vermieden, aber durchweg empfohlen wird, einen Teil « Mipro » und einen Teil Käse in gleicher Weise zu verwenden. Das Publikum hat denn auch nicht auf die Bezeichnungen Brotaufstrich und Käsestreckmittel abgestellt, sondern das Produkt — sachlich zutreffend — als einen fettarmen und deshalb couponfreien Schachtelkäse betrachtet. Nach landläufigem Sprachgebrauch steht es dem Käse jedenfalls wesentlich näher als Zieger und Quark. Damit fällt es aber unter den Begriff « Käse » im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. WUStB, der ausdrücklich auf Zieger und Quark erstreckt wird. Freilich wird es nicht besonders erwähnt wie jene Neben- oder Nebenprodukte ; dazu bestand jedoch so wenig Anlass wie beim gewöhnlichen Schachtelkäse, dessen Einbeziehung als selbstverständlich galt — ganz abgesehen davon, dass die Aufzählung nur Warengattungen, nicht einzelne Fabrikate erwähnt und dasjenige des Rekurrenten bei ihrem Erlass noch gar nicht existierte. Aus der Formulierung « Käse (einschliesslich Zieger und Quark) » und der stillschweigenden Einbeziehung des Schachtelkäses muss geschlossen werden, dass auch ein dem Schachtelkäse ähnliches Produkt wie dasjenige des Rekurrenten inbegriffen ist, ohne besonders genannt zu werden. Die Verhältnisse liegen hier wesentlich anders als in BGE 69 I 114, wo es darum ging, ob der im Gesetz ohne jeden Zusatz verwendete Begriff « Brot » auf ein nach Form, Fabrikation und auch Grundstoff vom Brot im landläufigen Sinne verschiedenes Spezialprodukt (« Knäcke-brot ») ausgedehnt werden könne.

## II. REGISTERSACHEN

### REGISTRES

#### 41. Urteil der II. Zivilabteilung vom 26. September 1946 i. S. Staat Solothurn und Jeltsch gegen Obergericht des Kantons Solothurn.

*Selbständiges und dauerndes Baurecht* (Art. 779 ZGB).

1. Legitimation zum Eintragungsbegehren und zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 963 Abs. 1 ZGB, 103 OG).
2. Inwieweit ist eine dingliche Beschränkung der Übertragbarkeit des Baurechts mit dessen Selbständigkeit vereinbar ? (Art. 655 Ziff. 2, 779, 943 Ziff. 2 ZGB, Art. 7 Abs. 1 GrundbuchVo).

*Droit de superficie distinct et permanent* (art. 779 CC).

1. Qualité pour requérir l'inscription et former un recours de droit administratif (art. 963 al. 1 CC et 103 OJ).
2. Dans quelle mesure une limitation — ayant des effets réels — de la transmissibilité d'un droit de superficie se concilie-t-elle avec le caractère indépendant de ce dernier ? (art. 655 ch. 2, 779, 943 ch. 2 CC et 7 al. 1 ORF).

*Diritto di superficie distinto e permanente* (art. 779 CC).

1. Veste per domandare l'iscrizione e interporre un ricorso di diritto amministrativo (art. 963 cp. 1 CC e 103 OGF).
2. In quale misura una restrizione reale della trasmissibilità d'un diritto di superficie si concilia col carattere indipendente di esso ?

A. — Der Staat Solothurn, vertreten durch sein Finanzdepartement, und Kantonsbaumeister Max Jeltsch reichten dem Grundbuchverwalter von Solothurn einen zwischen ihnen abgeschlossenen Baurechtsvertrag vom 2. Februar 1945 zur Eintragung im Grundbuch ein, durch welchen dem M. Jeltsch auf einer dem Staate gehörenden Parzelle für 80 Jahre ein Baurecht im Sinne des Art. 779 ZGB eingeräumt wird. Das Baurecht sollte gemäss Art. 779 Abs. 3/943 ZGB ein selbständiges und dauerndes sein und als Grundstück eingetragen werden. Art. 2 des Vertrages lautet :

« Das Baurecht ist veräusserlich und vererblich. Es kann vom Bauberechtigten mit Grundpfandrechten und andern Lasten beschwert werden.

Die Veräusserung des Baurechtsgrundstückes bedarf jedoch der vorgängigen Genehmigung des Regierungsrates.

Der vorgängigen Genehmigung des Regierungsrates bedarf ebenfalls die Vermietung des Baurechtsgrundstückes, jedoch hat diese Beschränkung der freien Vermietbarkeit lediglich persönliche und nicht dingliche Wirkung. Sie soll deshalb nicht einen Teil des Grundbuches bilden.»

Unterm 29. Dezember 1945 verfügte der Grundbuchverwalter: «Die ... Grundbucheintragungsbegehren werden zufolge teilweiser materieller Mängel zur Behebung derselben zurückgewiesen. Sollten Sie sich weigern, die in unsrer Begründung hienach festgestellten Mängel in materieller Hinsicht zu beheben, so gilt Ihre Anmeldung als abgewiesen.» In der Begründung wird ausgeführt, in das Grundbuch könne nur ein Objekt als Grundstück aufgenommen werden, das absolut übertragbar sei. Der Begriff des Eigentums enthalte das Merkmal der freien Verfügungsmacht in den Schranken der Rechtsordnung. Diesem Eigentumsbegriff würde es widersprechen, wenn in der Rechtsbeschreibung eines solchen Baurechtsgrundstückes dieses als nicht oder nur beschränkt übertragbar bestellt bezeichnet wäre. Ein anderes als absolut übertragbares Recht sei daher der Aufnahme ins Grundbuch als Grundstück gar nicht fähig. Wollte man den Genehmigungsvorbehalt als suspensive Bedingung der Übertragung des Baurechts auffassen, so würde die Aufnahme dieser Verfügungsbeschränkung durch die Bedingungsfeindlichkeit des Grundbuches verunmöglicht. Der Genehmigungsvorbehalt des Art. 2 des Baurechtsvertrags könne daher in keiner Weise als dingliches Recht in das Grundbuch eingetragen werden, weder in der Rechtsbeschreibung des Baurechts als selbständigen Grundstücks noch als Dienstbarkeit an demselben. Ebensowenig könne die Genehmigungspflicht durch blosser Vormerkung im Grundbuch verdinglicht werden; denn die vormerkbaren persönlichen Rechte seien im Gesetz abschliessend aufgezählt. Dem Genehmigungsvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 des Vertrags könne aus diesen Gründen nur rein obligatorische

Bedeutung zukommen. Dies müsse im Vertrag ausdrücklich gesagt sein, wie es in Abs. 3 bezüglich des Genehmigungsvorbehalts für die Vermietung der Fall sei.

Eine Beschwerde der Antragsteller hiegegen wies das Obergericht des Kantons Solothurn ab.

B. — Mit der vorliegenden Beschwerde halten die Antragsteller an ihrem Begehren fest, der Grundbuchführer sei zu verhalten, den Baurechtsvertrag einzutragen bzw. grundbuchlich zu behandeln. Sie führen aus, die Beschränkung der Veräusserlichkeit stehe der Selbständigkeit des Baurechts nicht entgegen; sie sei mit einer Dienstbarkeit ebensogut vereinbar wie die Beschränkung der Dauer auf 80 Jahre. Eine Dienstbarkeit mit dieser Beschränkung stehe mit dem *numerus clausus* der Sachenrechte nicht im Widerspruch. Art. 779 Abs. 2 ZGB weise deutlich auf die Möglichkeit der Einschränkung der Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung hin.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Für die Frage der Legitimation zum Eintragungsbegehren und damit zur Beschwerde ist nicht Art. 7 Abs. 1 GBVo massgebend, wonach selbständige und dauernde Rechte wie das Baurecht auf schriftliches Begehren des Bauberechtigten als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen werden. Hierbei ist vorausgesetzt, dass das Baurecht als Dienstbarkeit nach Art. 779 Abs. 1 ZGB bereits zu Recht bestehe, also auf dem Blatt des belasteten Grundstücks als solches eingetragen sei, und es sich lediglich um dessen Verselbständigung durch Eröffnung eines eigenen Grundbuchblattes handle (HOMBERGER, Komm. Art. 943 Nr. 12). Vorliegend soll das Baurecht überhaupt erst durch Eintragung auf dem belasteten Grundstück begründet werden, und dies zu beantragen ist einzig der Eigentümer des letztern, also der Staat Solothurn berechtigt (Art. 963 Abs. 1 ZGB), der daher auch allein zur Beschwerde wegen Verweigerung der Eintragung legitimiert ist.

2. — Die in der Doktrin kontroverse Frage der Übertragbarkeit des Baurechts als einfacher, nicht als Grundstück ins Grundbuch aufgenommenen Dienstbarkeit kann vorliegend dahingestellt bleiben; denn der Beschwerdeführer verlangt nicht die Begründung eines solchen einfachen Baurechts durch blosser Eintragung auf dem belasteten Grundstück, sondern zugleich dessen Aufnahme als Grundstück im Sinne von Art. 779 Abs. 3 ZGB. Voraussetzung hierfür ist nach dieser Bestimmung, dass das Baurecht selbständig und dauernd sei. Erstere Bedingung wird in Art. 7 Ziff. 1 GBVo dahin umschrieben, dass das Baurecht weder zugunsten eines herrschenden Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet sein darf. Ein gänzlicher Ausschluss der Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung käme nach dieser Vorschrift zum vornherein nicht in Frage. Aber auch eine Einschränkung der Übertragbarkeit in dem nach dem vorliegenden Baurechtsvertrage vereinbarten Sinne, dass jede Veräusserung des Baurechts der vorgängigen Genehmigung des Regierungsrates bedarf, der sie nach freiem Gutdünken erteilen oder verweigern könnte, lässt sich mit dem Sinn und Zweck des Instituts nicht vereinbaren. Ein Baurecht, dessen Veräusserlichkeit derart vom Belieben des Eigentümers des belasteten Grundstücks abhinge, wäre kein selbständiges Recht mehr (vgl. LEEMANN, Komm. Art. 779, N. 50). Dies folgt namentlich auch daraus, dass das Gesetz die selbständigen und dauernden Rechte als Grundstücke behandelt und als solche zum Gegenstand des Grundeigentums erklärt (Art. 655 ZGB). Zum Begriff des Eigentums gehört grundsätzlich das Merkmal der Übertragbarkeit. Dieser Grundsatz wäre nicht dadurch gerettet, dass gemäss Art. 779 Abs. 2 ZGB und Art. 2 Abs. 1 des Baurechtsvertrags die Vererblichkeit des Baurechts keiner Beschränkung unterliegt.

Es kann andererseits nicht verkannt werden, dass die öffentlichrechtlichen Körperschaften als Grundeigentümer

bei der Verleihung von Baurechten auf ihrem Grund und Boden ein berechtigtes Interesse haben können, den Rechtsverkehr mit denselben einer gewissen Kontrolle zu unterstellen. Eine dingliche Veräusserungsbeschränkung mit der Massgabe, dass die Genehmigung nicht nach Gutfinden, sondern nur aus bestimmt umschriebenen oder wichtigen Gründen verweigert werden darf bzw. unter bestimmten Bedingungen erteilt werden muss, und mit der Möglichkeit der Anrufung einer bestimmten Entscheidungsinstanz im Falle der Verweigerung, müsste als mit der Selbständigkeit des Rechts vereinbar zugelassen werden. Wird z. B. die Übertragbarkeit in dem Sinne beschränkt, dass das Baurecht nur an Stadt-, Kantons- oder Schweizerbürger oder nicht an Ausländer übertragen werden, oder dass die Genehmigungsbehörde ihre Zustimmung nur aus wichtigen, von einer neutralen Instanz überprüfbaren Gründen versagen darf, so kommt praktisch jederzeit ein hinreichend grosser Kreis von zulässigen und unablehnbaren Erwerbem in Frage, dass der Berechtigte die Möglichkeit der Veräusserung hat und die Negoziabilität des Rechts grundsätzlich nicht beeinträchtigt ist.

Die Verfügung des Grundbuchamts auf Zurückweisung bzw. bedingte Abweisung der Eintragungsbegehren ist mithin in dem Sinne zu schützen, dass ausser der von ihm eröffneten Alternative — Verzicht auf den Genehmigungsvorbehalt überhaupt oder auf dessen dingliche Begründung — den Vertragsparteien die Möglichkeit der Vereinbarung einer in der angedeuteten Weise begrenzten dinglichen Veräusserungsbeschränkung verbleibt.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

1. — Auf die Beschwerde des Max Jeltsch wird nicht eingetreten.

2. — Die Beschwerde des Staates Solothurn wird im Sinn der Motive abgewiesen.