

# **BGer 5A\_96/2023 vom 14. Juli 2023**

Bundesgericht, 2023-07-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_96\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_96_2023)

FR: TF 5A\_96/2023 du 14 juillet 2023

IT: TF 5A\_96/2023 del 14 luglio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist der Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht ( Art. 75 BGG ) über die Feststellung betreffend den Bestand einer Forderung aus einer Baurechtsdienstbarkeit, mithin in einer Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) entschieden hat. Nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen des Obergerichts beträgt der Streitwert Fr. 97'500.--, womit das Streitwerterfordernis nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG erfüllt ist. Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde berechtigt ( Art. 76 Abs. 1 BGG ), die er auch form- ( Art. 42 Abs. 1 BGG ) und fristgerecht ( Art. 46 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG ) erhoben hat. Auf sie ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen einzutreten.

### **E. 1.2**

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht in diesem Bereich von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Es befasst sich aber grundsätzlich nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden. In der Beschwerde ist deshalb in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ), was eine Auseinandersetzung mit dessen Begründung erfordert ( BGE 143 II 283 E. 1.2.2; 140 III 86 E. 2). Erhöhte Anforderungen gelten, wenn verfassungsmässige Rechte als verletzt gerügt werden. Das Bundesgericht prüft deren Verletzung nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; Rügeprinzip). Es prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen ( BGE 142 III 364 E. 2.4).

### **E. 1.3**

Was den Sachverhalt angeht, legt das Bundesgericht seinem Urteil die vorinstanzlichen Feststellungen zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Diesbezüglich kann die rechtsuchende Partei nur vorbringen, die vorinstanzlichen Feststellungen seien offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich ( Art. 9 BV ; BGE 147 I 73 E. 2.2 mit Hinweis), oder würden auf einer anderen Bundesrechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB ) beruhen. In der Beschwerde ist überdies darzutun, inwiefern die Behebung der gerügten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 142 I 135 E. 1.6; 137 III 226 E. 4.2; je mit Hinweis). Für die Rüge der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung gilt ebenfalls das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 144 V 50 E. 4.1).

### **E. 2**

Gemäss Art. 130 Abs. 1 lit. b Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV; LS 101) und § 1 Kirchengesetz vom 9. Juli 2007 (KiG; LS 180.1) sind die römisch-katholische Körperschaft und ihre Kirchgemeinden vom Kanton anerkannte (selbständige) "Körperschaften des öffentlichen Rechts". Weder die Kantonsverfassung noch die betreffende Ausführungsgesetzgebung enthalten einen Hinweis auf die kirchlichen Stiftungen. Nach dem Konzept der katholischen Kirche werden die körperschaftlich organisierten katholischen Kirchgemeinden als Einrichtungen des Staates angesehen. Im Gegensatz zur sog. Kirchgemeindeftheorie der protestantischen Kirchen kommt den katholischen Kirchgemeinden grundsätzlich kein Eigentum an dem für die kirchlichen Ämter und Gebäulichkeiten bestimmten Vermögen oder an diesen selbst zu (vgl. ZBGR 21 [1940] 25 Nr. 4); dessen Träger sind allein die kirchlichen Stiftungen (dazu: RIEMER, Berner Kommentar, Die Stiftungen, 2. Aufl. 2020, N. 286 des systematischen Teils). In diesem Sinn erfüllt die Beschwerdegegnerin als römisch-katholische Pfarrkirchenstiftung Aufgaben, die der römisch-katholischen Kirche obliegen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 13. September 1963, in: ZR 63/1964 Nr. 73). Durch die öffentlich-rechtliche Anerkennung der katholischen Kirche im Kanton Zürich wurde der

privat rechtliche Charakter ihrer kirchlichen Stiftungen, namentlich der Pfarrkirchenstiftungen nicht geändert (RIEMER, a.a.O., N. 354 des systematischen Teils). Hingegen bezweckt die Beschwerdegegnerin, obwohl privatrechtlich organisiert, die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.

### **E. 3**

Die Ursache für die Auseinandersetzung zwischen den Parteien liegt in der vertraglichen Klausel, wonach ein jährlicher Baurechtszins von Fr. 97'500.-- geschuldet ist, selbst wenn der Landesindex der Konsumentenpreise unter den Stand "November 2009" oder der mietrechtliche Referenzzinssatz unter 3¼ % sinken sollte, verbunden mit der Tatsache, dass der Referenzzinssatz im Zeitraum, für welchen die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer auf Bezahlung des Baurechtszinses betrieben hat, auf 1½ % gesunken war. Streitig ist, (1) ob die Beschwerdegegnerin in ihren sämtlichen Tätigkeiten, also auch beim Abschluss und der Durchsetzung des Baurechtsvertrags, die öffentlich-rechtlichen Grundsätze der Verhältnismässigkeit, des Willkürverbots und der Äquivalenz zu beachten hat, und (2) ob sie die erwähnten Grundsätze und das Willkürverbot im Kontext des Baurechtsvertrags vom 19. November 2009 tatsächlich verletzt hat.

In seiner Rechtsprechung stellt das Bundesgericht für die Beantwortung der Frage nach der Grundrechtsgebundenheit teils auf das funktionale (sachliche) Kriterium der Erfüllung von staatlichen Aufgaben (vgl. BGE 145 II 252 E. 5.4), teils allgemeiner bloss auf die Zurechenbarkeit von Handlungen zum Staat ab (vgl. Urteil 2C\_1106/2012 vom 1. Oktober 2013 E. 2.3; WALDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 25 f. zu Art. 35 BV ). Bei der Anwendung des ersten Ansatzes wird sodann unterschieden, ob die Verwaltung des Vermögens des Staates oder der eine öffentliche Aufgabe wahrnehmenden privatrechtlichen Organisation (vgl. BGE 129 III 35 E. 5.2) der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe

unmittelbar (Verwaltungsvermögen) oder nur

mittelbar (Finanzvermögen) dient ( BGE 144 I 50 E.6.2.1 ; 143 I 37 E. 6.1 ; 138 I 274 E. 2.3.2; je mit Hinweisen), wobei die Verwaltung des Finanzvermögens grundsätzlich

privatrechtlich erfolgt ( BGE 112 II 35 E. 2; 97 II 371 E. 3c; Urteile 1C\_602/2018 vom 3. Juli 2019 E. 3.1; 2C\_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.1 mit Hinweisen, in: ZBl 2015 S. 147). Eine klare Antwort auf die sich hier stellende Frage lässt sich demnach der Rechtsprechung nicht entnehmen. Auch in der Lehre werden unterschiedliche Ansätze vertreten (HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, S. 510 Rz. 2242; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, S. 30 Rz. 80; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif, Vol. III, 2. Aufl. 2018, S. 767 f.; TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2. Aufl. 2018, S. 64 Rz. 185 ff.;

ders. , in: Bellanger/ Tanquerel [Hrsg.], La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux, 2020, S. 92 ff.; BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, 2. Aufl. 2021, S. 113 Rz. 6). Im Licht der Antwort auf die zweite Frage (E. 4 sogleich) braucht die abstrakte Frage nach der Grundrechtsgebundenheit der Beschwerdegegnerin nicht beantwortet zu werden.

#### **E. 4**

Für die Zwecke der nachfolgenden Erwägungen wird unterstellt, die Beschwerdegegnerin habe beim Abschluss und der Durchsetzung des Baurechtsvertrags die öffentlich-rechtlichen Grundsätze der Verhältnismässigkeit, des Willkürverbots und der Äquivalenz zu beachten gehabt - diese Frage wird vorliegend jedoch ausdrücklich offengelassen.

#### **E. 4.1**

Zunächst macht der Beschwerdeführer geltend, eine Vereinbarung, wonach sich eine Veränderung des Referenzzinssatzes ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände einseitig nur zu Gunsten der Beschwerdegegnerin auswirken könne, widerspreche fundamental dem Fairnessgedanken und damit Treu und Glauben, das heisst in der vorliegenden Konstellation dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Willkürverbot.

Das in Art. 5 Abs. 2 BV als allgemeiner Verfassungsgrundsatz verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip kann in der vorliegenden Sache ausserhalb des Schutzbereichs spezieller Grundrechte nur unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots angerufen werden (vgl. BGE 134 I 153 E. 4.3). Dem Einwand des Beschwerdeführers, der Vertrag verletze das Verhältnismässigkeitsprinzip, kommt demzufolge gegenüber der gerügten Verletzung des Willkürverbots keine selbständige Bedeutung zu (vgl. dazu E. 4.2 unten).

Abgesehen davon trifft der Vorhalt, eine Veränderung des Referenzzinssatzes könne sich "nur" zu Gunsten der Beschwerdegegnerin auswirken, nicht zu. Wie sich aus der Formulierung der Vereinbarung ergibt, kann bloss der jährliche Baurechtszins nicht unter Fr. 97'500.-- sinken, und zwar unabhängig davon, ob der Landesindex der Konsumentenpreise unter den Stand "November 2009" (wobei der Landwert nicht unter 3 Mio. Fr. sinken kann) und/oder der Referenzzinssatz unter 3¼ % sinkt. Sollte der Landesindex steigen und der Referenzzinssatz sinken, beeinflussen die beiden Faktoren die Höhe des Baurechtszinses und können sie sich gegenseitig aufheben, sodass sich die Senkung des Referenzzinssatzes je nach Konstellation eben auch zu Gunsten des Beschwerdeführers auswirken kann.

Schliesslich haben die Parteien nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen des Obergerichts den Baurechtsvertrag

ausgehandelt und den Baurechtszins

einvernehmlich vereinbart. Inwiefern bei dieser Ausgangslage der Grundsatz von Treu und Glauben einer Vereinbarung wie der getroffenen entgegenstehen sollte, erläutert der Beschwerdeführer nicht und ist nicht ersichtlich.

#### **E. 4.2.1**

Alsdann wendet der Beschwerdeführer ein, vom 1. April 2018 bis 31. März 2019 sei der Referenzzinssatz bei 1½ % gelegen. Folglich fordere die Beschwerdegegnerin in ihrer Betreuung mehr als den doppelten Betrag, welcher unter Berücksichtigung des geltenden Referenzzinssatzes geschuldet sei. Mithin stünden Leistung und Gegenleistung nicht in einem angemessenen Verhältnis zueinander und sei das Äquivalenzprinzip verletzt. Als angemessen, und damit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechend, könne eine durch die Beschwerdegegnerin aus dem Baurechtsvertrag erzielte Rendite angesehen werden, welche dem tatsächlich geltenden Referenzzinssatz entspreche. Selbst diese Rendite sei als hoch zu qualifizieren, zumal er, der Beschwerdeführer, zusätzlich zum Baurechtszins auch habe die Gebäude instand stellen müssen und weiterhin instand halten müsse.

#### **E. 4.2.2**

Geht man, wie ausgeführt (E. 4), unpräjudiziell von der Annahme aus, der streitgegenständliche Baurechtszins unterliege dem Äquivalenzgrundsatz, bedarf es einer abgaberechtlichen Vergleichsgrösse. In diesem Sinn kann der Baurechtszins mit einer Sondernutzungsgebühr verglichen werden, denn die Einräumung eines Baurechts durch ein öffentlich-rechtliches Gemeinwesen ist zwar nicht identisch, aber eng verwandt mit der Einräumung eines Sondernutzungsrechts an einer öffentlichen Sache.

Sondernutzungsgebühren fallen in die Kategorie der Kausalabgaben (zur Kategorisierung der öffentlich-rechtlichen Abgaben vgl. Urteil 2C\_434/2019 vom 17. März 2021 E. 4.1). Diese beruhen auf einem unmittelbaren Leistungsaustausch zwischen der öffentlichen Hand und dem Abgabesubjekt (sog. Individualäquivalenz) und bilden die Gegenleistung (das Entgelt) der rechtsunterworfenen Person für die ihr erbrachte staatliche Hauptleistung, welche die

causa bildet (Urteil 2C\_140/2021 vom 17. November 2022 E. 3.2 mit Hinweisen). Wollte man den vom Beschwerdeführer zu bezahlenden Baurechtszins als öffentlich-rechtliche Abgabe qualifizieren, müsste man von einer Sondernutzungsgebühr sprechen, und könnten für die Beurteilung der sich hier stellenden Frage die für jene geltenden Grundsätze herbeigezogen werden. Sondernutzungsgebühren müssen grundsätzlich dem Äquivalenzprinzip, nicht aber dem Kostendeckungsprinzip genügen (vgl. BGE 142 I 177 E. 4.3.3; 138 II 70 E. 7.2; Urteil 2C\_729/2013 vom 3. April 2014 E. 2.3 und E. 4.4).

#### **E. 4.2.3**

Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben im Allgemeinen und der Sondernutzungsgebühren im Besonderen (BGE 145 I 52 E. 5.2.3; Urteil 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018 E. 8.4.1; zit. Urteil 2C\_729/2013 E. 5.1). Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der abzugeltenden Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Sie soll nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und darf nicht Unterscheidungen treffen, für die keine

vernünftigen Gründe ersichtlich sind ( BGE 141 I 105 E. 3.3.2; 139 III 334 E. 3.2.4; je mit Hinweisen). Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem (Gebühren-) Pflichtigen bringt, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen ( BGE 143 I 147 mit Hinweis). Der wirtschaftliche Nutzen ist verhältnismässig einfach zu ermitteln, wenn für die Leistung ein Marktwert besteht ( BGE 122 I 279 E. 6c; vgl. auch BGE 143 II 283 E. 3.7.3). Besteht hingegen kein Marktwert, ist eine Vergleichsrechnung nur eingeschränkt möglich und ist der wirtschaftliche Nutzen auf andere geeignete Weise zu berechnen oder zu schätzen (zit. Urteil 2C\_729/2013 E. 4.4). In der Rechtsprechung werden unterschiedliche Grössen herangezogen: der Preis, den der Konzessionär von seinen Mietern oder Kunden erheben kann, der Aufwand, den der Private betreiben müsste, um selber eine analoge Anlage zu erstellen, die Fläche und der Landwert des beanspruchten Bodens oder der Nutzen, den der Konzessionär zieht. Es gibt mithin nicht nur eine einzige richtige Lösung, sondern verschiedene sachlich haltbare und vertretbare Möglichkeiten für die Bemessung von Sondernutzungsgebühren (zit. Urteil 2C\_399/2017 E. 8.4.2). Dabei steht der das Entgelt festsetzenden Behörde ein Ermessensspielraum offen (zit. Urteil 2C\_729/2013 E. 6; vgl. BGE 141 I 105 E. 3.3.2). Das Bundesgericht hat nicht zu prüfen, ob die Sondernutzungsgebühr - oder eben hier: der Baurechtszins - angemessen ist; es schreitet nur ein, wenn die das Entgelt festsetzende Behörde von ihrem Ermessen falschen Gebrauch gemacht hat, d.h. sie ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat ( BGE 101 Ib 462 E. 3b betreffend eine Regalgebühr).

#### **E. 4.2.4**

Nach dem Ausgeführten ist für die Beurteilung der Wahrung des Äquivalenzprinzips nicht die Rendite massgebend, welche die Beschwerdegegnerin erzielt, sondern der (wirtschaftliche) Nutzen, den die Einräumung des Baurechts dem Beschwerdeführer bringt. Zu Recht behauptet dieser nicht, sein (wirtschaftlicher) Nutzen am Baurecht habe zufolge der Senkung des Referenzzinssatzes abgenommen. Somit erweisen sich die Einwendungen des Beschwerdeführers bereits im Ansatz als untauglich. Sodann warf das Obergericht diesem vor, er habe vor Bezirksgericht weder behauptet noch belegt, dass der Mindestbaurechtszins für das 1'928 m<sup>2</sup> umfassende, in Q. \_\_\_\_\_ gelegene Grundstück von monatlich Fr. 8'125.-- im Vergleich zu ähnlichen Grundstücken im Baurecht in der Stadt U. \_\_\_\_\_ übersetzt sei. Dazu äusserte sich der Beschwerdeführer weder in seiner Berufung noch äussert er sich vor Bundesgericht. Überhaupt benennt er keine relevanten Tatsachen, aus welchen auf eine Verletzung des Äquivalenzprinzips zu schliessen wäre. Seiner Beschwerde ist in diesem Punkt auch aus diesen Gründen kein Erfolg beschieden; auf die übrigen Kritiken an den Erwägungen des Obergerichts braucht folglich nicht eingegangen zu werden.

#### **E. 5**

Für den nun eingetretenen Fall, dass die streitgegenständliche Vertragsklausel nicht bereits zufolge der Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips oder des Willkürverbots ungültig ist, beruft sich der Beschwerdeführer wie bereits im kantonalen Verfahren auf die "

clausula rebus sic stantibus ". Er hält daran fest, dass die Reduktion des Referenzzinssatzes von 3¼ % auf 1½ % unvorhersehbar gewesen und damit eine gravierende Äquivalenzstörung eingetreten sei.

#### **E. 5.1**

Die vertragliche Regelung, wonach der Baurechtszins unbesehen der Entwicklung der für den Anpassungsmechanismus verwendeten Parameter (mietrechtlicher Referenzzinssatz; Landwert) nicht unter Fr. 97'500.-- sinken kann, ist dem Grundsatz nach zulässig. Verträge sind so zu erfüllen, wie sie vereinbart worden sind ("

pacta sunt servanda"), soweit die Parteien nicht einvernehmlich eine neue Vertragsregelung treffen. Vorbehalten bleibt der offenbare Missbrauch eines Rechts ( Art. 2 Abs. 2 ZGB ). Auf dieser Bestimmung beruht die sog. "

clausula rebus sic stantibus ". Dieser Regel zufolge kann das Gericht einen Vertrag auch gegen den Willen einer Partei anpassen, wenn sich die Umstände nach Vertragsabschluss so grundlegend geändert haben, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung infolge ausserordentlicher Änderung der Umstände so gestört ist, dass das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt, d.h. dass eine gravierende Äquivalenzstörung eintritt. Voraussetzung für eine richterliche Vertragsanpassung nach der clausula ist allerdings, dass die Änderung der Verhältnisse beim Abschluss des Vertrags weder voraussehbar noch vermeidbar war ( BGE 138 V 366 E. 5.1; 135 III 1 E. 2.4; 127 III 300 E. 5b; je mit Hinweisen).

## **E. 5.2**

Die

clausula ist auch auf einen Baurechtszins als nicht akzessorische, rein obligatorische Verpflichtung aus dem Dienstbarkeitsvertrag anwendbar. Allerdings kann die Aufhebung oder Änderung der Leistungspflicht im Gegenzug dem Baurechtsgeber einen Anspruch geben, seinerseits aus Art. 736 ZGB vorzugehen und die Aufhebung der Dienstbarkeit zu verlangen (zum Ganzen: BGE 127 III 300 E. 5a/bb).

## **E. 5.3**

Die Rechtsprechung behandelt die Frage, ob eine Veränderung der Verhältnisse bei Abschluss des Vertrags vorhersehbar war oder nicht, als Rechtsfrage ( BGE 127 III 300 E. 5b/aa).

### **E. 5.3.1**

Das Erfordernis der Vorhersehbarkeit ist nicht vom Standpunkt der Vertragsparteien, sondern

objektiviert von jenem einer sachkundigen und sorgfältigen Partei und daher nach eher strengen Massstäben zu beurteilen (vgl. BGE 109 II 333 E. 3; Urteile 4A\_605/2020 vom 24. März 2021 E. 4.2.2; 4C.292/2002 vom 20. November 2003 E. 3.1).

### **E. 5.3.2**

Die Vorhersehbarkeit ist auch dann zu verneinen, wenn eine Verhältnisänderung als solche zwar vorhersehbar war, nicht aber deren Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag ( BGE 127 III 300 E. 5b/aa). In Anwendung dieser Kriterien hat das Bundesgericht im zitierten Entscheid die Voraussetzungen für eine richterliche Anpassung eines Baurechtsvertrags bejaht. Ausgehend vom Umstand, dass das Baurechtsgrundstück im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in der Bauzone lag, erwog das Bundesgericht, die Vertragsparteien hätten zwar mit einer Änderung der bau- und planungsrechtlichen

Grundlagen, nicht aber mit der Auszonung des Baurechtsgrundstücks rechnen müssen, zumal die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses laufenden Planungsmassnahmen in die gegenteilige Richtung gezielt hätten (a.a.O., E. 5b/cc).

### **E. 5.3.3**

Die Partei, die sich auf die Unvorhersehbarkeit der Veränderung der Verhältnisse beruft und daraus Rechte ableitet, hat jene Tatsachen zu behaupten und zu beweisen ( Art. 8 ZGB ), welche die behauptete Schlussfolgerung zu ziehen gestatten.

### **E. 5.4**

Das Obergericht erwog, es liege in der Natur der Sache, dass der von den Parteien als zinsrelevant bestimmte Parameter, der mietrechtliche Referenzzinssatz, sowohl nach oben als auch nach unten schwanken könne, weil er sich nach den variablen Hypothekarzinsätzen richte. Dies sei den Parteien offenkundig bewusst gewesen, ansonsten die Klausel, den Mindestbaurechtszins auf Fr. 97'500.- bzw. den Mindestreferenzzinssatz auf 3¼ % festzusetzen, keinen Sinn gemacht hätte. Wie sich die marktwirtschaftliche Situation der Schweiz, welche die Hypothekarzinsätze beeinflusst, im Einzelnen in den nächsten Jahrzehnten verändern würde, habe sich bei Vertragsschluss zwar tatsächlich nicht vorhersagen lassen. Gerade diese Ungewissheit habe den Parteien als vernünftige Vertragspartner indes bewusst sein müssen. Der Beschwerdeführer habe vor Bezirksgericht nicht schlüssig begründet und belegt, weshalb die Reduktion des Referenzzinssatzes auf 1½ % während des hier interessierenden Zeitraums und damit mehr als neun Jahre nach Vertragsschluss eine aussergewöhnliche Entwicklung des Zinssatzes bedeute, welche sich ausserhalb des für die Parteien damals Vorstellbaren bewegt habe. Dass die Zinsentwicklung im Nachhinein betrachtet nicht den Erwartungen des Beschwerdeführers entspreche und die Parteien möglicherweise nicht mit diesem Zinsverlauf gerechnet hätten, genüge für die Annahme der Unvorhersehbarkeit nicht. Die Behauptung, es sei im November 2009 nicht mit sinkenden, sondern mit steigenden Zinsen zu rechnen gewesen, erhebe der Beschwerdeführer erstmals in der Berufung. Sie sei verspätet und nicht zu hören, zumal der Beschwerdeführer keine Begründung dafür liefere, weshalb er dies nicht schon vor Vorinstanz habe vorbringen können. Das Bezirksgericht habe überdies festgestellt, dass der mietrechtliche Referenzzinssatz während den Vertragsverhandlungen erstmals gesunken und unbestritten geblieben sei, dass sich bereits in den Jahren vor Vertragsschluss eine Abwärtstendenz im Zinsverlauf abgezeichnet habe. Der Beschwerdeführer wolle letztere Tatsache zwar in der Replik bestritten haben. An besagter Stelle habe er jedoch einzig vorgetragen, er habe mit einer Senkung des Referenzzinssatzes um 50 % nicht gerechnet, was in dieser Form vom Bezirksgericht nicht festgestellt worden sei. Eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch das Bezirksgericht sei deshalb nicht auszumachen. Seiner Schlussfolgerung, die Zinsreduktion zwischen dem 2. Quartal 2018 und dem 1. Quartal 2019 sei für die Vertragsparteien nicht unvorhersehbar gewesen, sei zu folgen. Damit gebreche es für die Anwendung der "

clausula rebus sic stantibus " an der mangelnden Vorhersehbarkeit der Zinsreduktion.

### **E. 5.5.1**

Dem Vorhalt, er habe vor Bezirksgericht nicht schlüssig begründet und belegt, weshalb die Reduktion des Referenzzinssatzes auf 1½ % während des hier interessierenden Zeitraums und damit mehr als neun Jahre nach Vertragsschluss eine aussergewöhnliche Entwicklung des Zinssatzes bedeute, welche sich ausserhalb des für die Parteien damals Vorstellbaren

bewegt habe, widerspricht der Beschwerdeführer mit der einfachen Entgegnung, er habe im kantonalen Verfahren stets bestritten, dass die Parteien eine massive Veränderung des Referenzzinssatzes von 3 % auf 1½ % vorhergesehen hätten. Inwiefern seine Bestreitungen schlüssig begründet gewesen sein sollen und er sie auch belegt hätte, führt er indes nicht aus. Die Feststellung des Obergerichts beschlägt den Prozesssachverhalt, gegen welche der Beschwerdeführer keine den Begründungsanforderungen genügende Sachverhaltsrüge erhebt (vgl. E. 1.3 oben). Ohnehin kommt es nicht darauf an, ob "die Parteien" die Senkung des Referenzzinssatzes vorhergesehen haben, sondern ob sie nach objektiven Gesichtspunkten nicht voraussehbar war (E. 5.3.1).

### **E. 5.5.2**

Der Beschwerdeführer führt hingegen an, es sei

notorisch, dass kurz nach der Finanzkrise von 2008 und des damit einhergehenden inflationären Umfelds eher mit steigenden Zinsen zu rechnen gewesen sei, weshalb die diesbezüglichen Ausführungen in der Berufung nicht verspätet erfolgt seien.

#### **E. 5.5.2.1**

Offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen bedürfen keines Beweises ( Art. 151 ZPO ). Sie müssen auch nicht behauptet werden ( BGE 143 IV 380 E. 1.1.1); selbst das Bundesgericht darf diese von Amtes wegen berücksichtigen (vgl. BGE 143 IV 380 E. 1.1.1; 128 III 4 E. 4c/bb; Urteil 5A\_606/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 6.1.2). Insofern entziehen sich die offenkundigen Tatsachen dem Novenverbot (Urteil 5A\_1048/2019 vom 30. Juni 2021 E. 3.5.2; mit Hinweis) und können folglich nie "verspätet" vorgetragen werden.

#### **E. 5.5.2.2**

Offenkundig sind Tatsachen, die allgemein, jedenfalls aber am Ort des Gerichts verbreitet bekannt sind. Nicht erforderlich ist, dass die Allgemeinheit die Tatsache unmittelbar kennt; es genügt, wenn sie sich aus allgemein zugänglichen Quellen erschliessen lässt ( BGE 135 III 88 E. 4.1; Urteil 5A\_7/2021 vom 2. September 2021 E. 5.2; je mit Hinweisen). Dies gilt auch dann, wenn das Gericht sie ermitteln muss ( BGE 128 III 4 E. 4c/bb; zit. Urteil 5A\_1048/2019 E. 3.6.1; je mit Hinweisen).

### **E. 5.5.3**

Während als offenkundig gelten mag, dass die Börsenwelt ab 2007 von einer Finanzkrise geprägt war, die im Konkurs von Lehman Brothers im September 2008 ihren Höhepunkt fand und eine Weltwirtschaftskrise auslöste, trifft dies weder für das behauptete "inflationäre Umfeld" noch für die daraus zu ziehende Konsequenz, nämlich dass mit steigenden Zinsen zu rechnen war, zu. Vielmehr wäre es am Beschwerdeführer gelegen, näher zu erklären und zu dokumentieren, inwiefern im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (bzw. in der Zeit davor) ein inflationäres Umfeld bestand und weshalb gerade deswegen allgemein von steigenden Zinsen auszugehen war. Das hat er nicht getan.

### **E. 5.5.4**

Damit bleibt es bei der Erkenntnis, dass der Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren nicht schlüssig begründet und belegt hat, weshalb die Reduktion des Referenzzinssatzes auf 1½ % während des hier interessierenden Zeitraums und damit mehr als neun Jahre nach Vertragsschluss eine aussergewöhnliche Entwicklung des Zinssatzes bedeutet, welche sich

ausserhalb des für eine sachkundige und sorgfältige Partei damals Vorstellbaren bewegt hat. Die gestützt auf die willkürfrei festgestellte Sachverhaltsbasis gezogene rechtliche Subsumtion beanstandet der Beschwerdeführer nicht.

#### **E. 5.6**

Bei diesem Ergebnis braucht sich das Bundesgericht nicht mit den zusätzlichen Erwägungen des Obergerichts zum Fehlen einer Äquivalenzstörung und den dagegen gerichteten Einwendungen des Beschwerdeführers zu befassen.

#### **E. 6**

Eventualiter hält der Beschwerdeführer daran fest, dass der im Baurechtsvertrag wiedergegebene Baurechtszins einem Schreib- bzw. Kalkulationsfehler unterliege. Massgeblich sei der Referenzzinssatz im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und damals habe dieser 3 % betragen. Daraus ergebe sich ein (anfänglicher) jährlicher Baurechtszins von lediglich Fr. 90'000.--.

#### **E. 6.1**

Nach Art. 24 Abs. 3 OR hindern blosse Rechenfehler die Verbindlichkeit des Vertrages nicht, sind aber zu berichtigen. Ein Rechenfehler im Sinn dieser Bestimmung liegt vor, wenn die Parteien die einzelnen Berechnungselemente zum Gegenstand ihrer Vereinbarung gemacht haben und das rechnungsmässige Resultat auf einem Fehler beruht. Es handelt sich um eine Konsensregel. Sie besagt namentlich, dass im Abrechnungsverhältnis der Behandlung der einzelnen Rechnungspositionen nach dem Vertragswillen der Vorrang vor dem äusserlich erklärten Endresultat zukommt. Daher ist der offene Kalkulationsirrtum durch Auslegung des übereinstimmenden Willens zu berichtigen. Diese Regel ist immer dann anzuwenden, wenn vertragliche Abmachungen in einem formalen Verfahren aus einzelnen Vertragselementen unrichtig hergeleitet sind. Erforderlich ist einzig, dass die Berechnungsgrundlage Vertragsinhalt bildet und ein beidseitiges Versehen der Parteien, nicht bloss ein im Allgemeinen als unbeachtlicher Motivirrtum zu wertender, nach aussen nicht erkennbarer Kalkulationsirrtum einer Partei gegeben ist. Art. 24 Abs. 3 OR gilt daher stets und nur für Rechenfehler, die in den übereinstimmenden Willensäusserungen beider Parteien zutage treten, d.h. für Versehen, die den Parteien bei der Umrechnung vertraglicher Grundlagen gemeinsam unterlaufen ( BGE 119 II 341 E. 2; 116 II 685 E. 2b/bb; vgl. auch Urteil 5A\_99/2014 vom 23. Mai 2014 E. 4.1).

#### **E. 6.2**

Dazu führt das Obergericht aus, ein Kalkulationsfehler im Sinn von Art. 24 Abs. 3 OR, der zu berichtigen wäre, sei nicht erkennbar. Ein solcher würde vorliegen, wenn die Parteien bestimmte Berechnungselemente zum Gegenstand ihrer Vereinbarung gemacht hätten und das rechnungsmässige Resultat auf einem Fehler beruhen würde. Die Parteien hätten sich aber nicht verrechnet, sondern sich über eine Grundlage der Berechnung geirrt. Eine solche falsche Annahme fiele bei Wesentlichkeit unter den Grundlagenirrtum im Sinn von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Die Ausführungen des Bezirksgerichts, der Beschwerdeführer habe sich im Verfahren nicht auf Irrtum berufen und der Anfechtungsanspruch sei mittlerweile verwirkt, blieben unbeanstandet. Schliesslich stelle der Beschwerdeführer nicht in Abrede, den Vertrag trotz erkanntem Fehler bis 2018 erfüllt zu haben. Die nachträgliche Anfechtung eines Vertrags nach jahrelang erbrachter Leistung wäre als widersprüchliches Verhalten auszulegen, das gemäss Art. 25 Abs. 1 OR und Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz verdiene.

### **E. 6.3**

Der Beschwerdeführer widerspricht. Erstens sei zu präzisieren, dass er den Baurechtsvertrag nicht jahrelang im Wissen um die rechnerische Fehlerhaftigkeit vorbehaltlos erfüllt habe. Er habe sich nach der Entdeckung der Ungereimtheiten im Jahr 2017 mit der Beschwerdegegnerin in Verbindung gesetzt und versuche seither, mit dieser eine Lösung zu finden. Dass er, der Beschwerdeführer, den Baurechtsvertrag anfänglich erfüllt habe, könne ihm nicht zum Nachteil ausgelegt werden. Er sei ausländischer Staatsangehöriger, weswegen der Rechenfehler für ihn nicht sofort erkennbar gewesen sei. Weiter sei anzumerken, dass der Rechenfehler in den vorinstanzlichen Verfahren durch die Beschwerdegegnerin auch nicht konkret (und schon gar nicht substantiiert) bestritten worden sei. Vielmehr stütze sich die Beschwerdegegnerin in ihren vorinstanzlichen Vorbringen auf die angeblich durch den Beschwerdeführer verpasste Verwirkungsfrist zur Geltendmachung eines Grundlagenirrtums. Dass die Parteien im Baurechtsvertrag eine falsche Zahl (Referenzzinssatz) eingesetzt hätten und aus diesem Grund einem Rechenfehler unterlegen seien, habe infolgedessen durch das Obergericht als erstellt betrachtet werden müssen. Auch diesen entscheidewesentlichen Umstand habe das Obergericht verkannt.

Zweitens aber treffe die vorinstanzliche Einschätzung in Bezug auf die Rechtsfrage, ob ein Rechenfehler im Baurechtsvertrag in Bezug auf den Baurechtszins vorliegt, auch deshalb nicht zu, weil als Rechenfehler im Sinn von Art. 24 Abs. 5 OR [recte: Art. 24 Abs. 3 OR ] auch sogenannte "Abschreibefehler" verstanden würden. Die Parteien hätten beabsichtigt, den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Referenzzinssatz als Basis für den Baurechtszins festzulegen. Der Referenzzinssatz werde bekanntlich vierteljährlich durch das Bundesamt für Wohnungswesen berechnet und publiziert. Bei der Ausfertigung der Vertragsurkunde sei offenbar ein Fehler in der Abschreibung des damals tatsächlich massgeblichen Referenzzinssatzes passiert. Fliesse nun in eine Gesamtberechnung augenscheinlich eine falsche Zahl ein, sei das Endresultat ebenfalls als offener Rechenfehler zu qualifizieren und über Art. 24 Abs. 5 OR [recte: Art. 24 Abs. 3 OR ] zu korrigieren (mit Verweis auf das Urteil 5A\_99/2014 vom 23. Mai 2014 E. 4.2).

### **E. 6.4**

Ob die Parteien einem Rechenfehler im Sinn von Art. 24 Abs. 3 OR unterlegen sind, ist keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin den Rechenfehler in den vorinstanzlichen Verfahren nicht konkret (und schon gar nicht substantiiert) bestritten hätte, könnte der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten, denn das Fehlen einer Bestreitung wirkt sich nur im Kontext der Sachverhaltsfeststellung aus (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO, wonach nur rechtserhebliche, streitige Tatsachen Gegenstand des Beweises sind). Sodann trifft zwar zu, dass auch reine Abschreibefehler korrigiert werden können. In dem vom Beschwerdeführer erwähnten Urteil 5A\_99/2014 vom 23. Mai 2014 E. 4.2 handelte es sich allerdings um einen falschen Übertrag eines im gleichen Dokument an sich korrekt ermittelten Betrages. Der Baurechtsvertrag verweist demgegenüber auf den mietrechtlichen Referenzzinssatz und hält dazu fest: "Der mietrechtliche Referenzzinssatz beträgt im Zeitpunkt des heutigen Vertragsabschlusses 3¼ %." Das war falsch, weil der Referenzzinssatz im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich 3 % betrug. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann von einem Abschreibefehler jedoch keine Rede sein, zumal der streitgegenständliche Prozentsatz nicht aus dem Baurechtsvertrag selbst, sondern aus einem diesem fremden

Quelle stammt. Vielmehr haben sich die Vertragsparteien über die aktuelle Höhe des Referenzzinssatzes geirrt. Damit kommt, wie das Obergericht zutreffend ausführt, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ins Spiel. Ob vorliegend ein Grundlagenirrtum vorliegt oder ob die Berufung darauf Treu und Glauben widerspricht ( Art. 25 Abs. 1 OR ; vgl. Urteil 4A\_29/2022 vom 19. April 2022 E. 2.6.2), braucht hier nicht beurteilt zu werden, denn er hätte innerhalb der von Art. 31 OR genannten Fristen geltend gemacht werden müssen. Dass er fristwährend gehandelt hätte, behauptet der Beschwerdeführer gar nicht erst, sodass es damit sein Bewenden hat.

#### **E. 7**

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen erweisen sich sämtliche Einwendungen des Beschwerdeführers als unbegründet. Die Beschwerde ist abzuweisen. Der Beschwerdeführer unterliegt und wird kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Für den der Beschwerdegegnerin im Rahmen des Gesuchs um aufschiebende Wirkung entstandenen Aufwand schuldet er dieser ausserdem eine reduzierte Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). In der Sache selbst musste sich die Beschwerdegegnerin hingegen nicht vernehmen lassen, weshalb keine weitergehende Entschädigung geschuldet ist ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

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