

Dr. iur. Markus W. Stadlin

Die Bindung der Vertragsparteien in langfristigen Vertragsverhältnissen (so bei selbständigen und dauernden Baurechten) – die Voraussetzungen der nachträglichen Anpassung des Baurechtszinses

Selbständige und dauernde Baurechte werden auf eine Dauer von mindestens 30 (und maximal 100) Jahre abgeschlossen. Wie wirkt sich diese lange Vertragsdauer bei nachträglich eingetretenen Äquivalenzstörungen auf die Baurechtszinsvereinbarung aus? Das Bundesgericht hatte in BGE 127 III 300 ff. Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Offen geblieben ist jedoch, ob die systemimmanent gegebene übermässig lange Vertragsbindung zwischen den Parteien nach weiteren zusätzlichen Regeln der Vertragsauslegung ruft. Gegen ein Abgehen von den ordentlichen Auslegungsmethoden spräche nach Auffassung des Verfassers die Überlegung, dass der Gesetzgeber die aussergewöhnliche Vertragsdauer bewusst gewählt und die entsprechende Vertragsbindung somit akzeptiert hat.

Rechtsgebiet(e): beschränkte dingliche Rechte

Zitiervorschlag: Markus W. Stadlin, Die Bindung der Vertragsparteien in langfristigen Vertragsverhältnissen (so bei selbständigen und dauernden Baurechten) – die Voraussetzungen der nachträglichen Anpassung des Baurechtszinses, in: Jusletter 16. Februar 2009

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung – das Baurecht
- II. Der zu untersuchende Sachverhalt
- III. Anpassung von Verträgen an veränderte Umstände
- IV. Art. 27 Abs. 2 ZGB
- V. Der Dienstbarkeitsvertrag (bspw. das «kleine Baurecht»)
- VI. Das selbständige und dauernde («grosse») Baurecht
- VII. Anpassung des Baurechtszinses (bei «grossen Baurechten»)
- VIII. Position von Lehre und Praxis
- IV. Konklusionen

I. Einleitung – das Baurecht

[Rz 1] Das Baurecht fand erstmals im Jahre 1907 Eingang in das schweizerische Zivilgesetzbuch. Es war in den Artikeln 675 und 779 ZGB in nur sehr allgemeiner und unvollständiger Art und Weise normiert, da man im Baurecht lediglich eine rechtliche Grundlage für kleinere Bauvorhaben auf fremdem Boden erblickte, so etwa für Keller, Schleusenwerke und andere technische Anlagen.

[Rz 2] Die augenscheinlichen Mängel der ursprünglichen gesetzlichen Normierung des Instituts Baurecht wurden durch das Bundesgericht in zwei wegleitenden, durch die Einwohnergemeinde Bern gestützt auf ein Rechtsgutachten Eugen Hubers bewirkten Entscheiden aus den Jahren 1923 und 1926 (BGE 52 II 27 und BGE 49 III 180) aufgezeigt.

[Rz 3] Trotzdem bestand seitens verschiedener Gemeinden das Bedürfnis nach dem Institut des Baurechts. Man versuchte, sich entsprechend den höchstrichterlichen Empfehlungen mit umfassenden vertraglichen Ausgestaltungen zu behelfen. Gleichwohl wurde erkannt, dass das Institut auf gesetzlicher Basis neu geregelt werden musste. Die Zeit hierzu war in den fünfziger und sechziger Jahren gekommen. Der Vorentwurf Liver stammt aus dem Jahre 1961 und die bundesrätliche Botschaft dazu datiert vom 9. April 1964. Die eidgenössischen Räte nahmen die Gesetzesnovelle am 19. März 1965 an, die revidierten Bestimmungen des Baurechts stehen seit dem 1. Juli 1965 in Kraft.

[Rz 4] Die im unmittelbaren Anschluss an die revidierten gesetzlichen Bestimmungen abgeschlossenen selbständigen und dauernden («grossen») Baurechte stehen heute im 44. Altersjahr. Bei ihnen allen kann sich die Frage stellen, ob die vertragliche Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung auch heute noch – wie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – gewährleistet ist.

II. Der zu untersuchende Sachverhalt

[Rz 5] Der Verfasser ist im Rahmen seiner Beratungstätigkeit auf einen Sachverhalt gestossen, der sich wie folgt umschreiben lässt:

[Rz 6] Es liegt ein 40-jähriges selbständiges und dauerndes Baurecht (mit Restlaufzeit von 59 Jahren) vor; sowohl Grundeigentümerin/Baurechtsgeberin wie auch Bauberechtigte

sind gewinnorientierte juristische Personen des Privatrechts. Die Bauberechtigte zeichnet sich durch besondere bauliche und architektonische Fachkenntnis aus. Sie rügt gegenüber der Grundeigentümerin/Baurechtsgeberin eine im heutigen Zeitpunkt bestehende eklatante Unausgewogenheit zwischen Liegenschaftsrendite und Baurechtsertrag (Baurechtszins). In der Vergangenheit habe aus der durch die Bauberechtigte vor rund 44 Jahren erstellten Baute ein ungenügender (Vermietungs-) Ertrag erzielt und die vertraglich vorgesehenen Abschreibungen hätten nicht vorgenommen werden können. Zwischen den auf einen Zeitraum von ursprünglich 99 Jahren vertraglich miteinander verbundenen Parteien entspann sich eine Diskussion über die seitens der Bauberechtigten gewünschte Anpassung des Baurechtszinses. Die Grundeigentümerin/Baurechtsgeberin stellte sich auf den Standpunkt, es bestehe eine langfristig angelegte, inhaltlich klare und entsprechend stabile vertragliche Grundlage. Diese sehe für den vorliegenden Sachverhalt keine Baurechtszinsanpassung vor; im Übrigen seien weder die Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* noch diejenigen der richterlichen Vertragsanpassung gegeben.

[Rz 7] In der Folge soll untersucht werden, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen und in welchem Rahmen die obligatorischen Bestimmungen des selbständigen und dauernden Baurechts, im Speziellen die Höhe des Baurechtszinses, anzupassen sind.

III. Anpassung von Verträgen an veränderte Umstände

[Rz 8] Namentlich bei langfristigen Vertragsverhältnissen kann sich die Situation ergeben, dass sich die (faktischen oder auch rechtlichen) Rahmenbedingungen, unter denen der Vertrag geschlossen wurde, im Laufe der Zeit ändern. Nicht gemeint und von den nachstehenden Überlegungen nicht betroffen sind Missverhältnisse zwischen Leistung und Gegenleistung, die schon bei Vertragsschluss bestanden; hier ist die Lehre von der Vertragsanpassung von vornherein nicht anwendbar. Es stellt sich im Rahmen des hier zu behandelnden (oben umschriebenen) Sachverhalts die Frage, ob der Vertrag (1), und wenn ja durch wen (2), hinsichtlich welcher Vertragsteile (3) und auf welche Art und Weise (4) an die veränderten Verhältnisse angepasst werden muss; oder ob der Vertrag stattdessen durch die Parteien trotz der eingetretenen Äquivalenzstörung so erfüllt werden muss, wie dies seinerzeit vereinbart worden war.

[Rz 9] Hierbei ist festzuhalten, dass die «Vertragsanpassung» in einem weiteren Sinne verstanden werden muss. Es geht nicht nur um die Abänderung des vereinbarten Vertragsinhaltes (Inhaltsänderung), etwa durch Reduktion oder Erhöhung der vereinbarten Gegenleistung. Eine Vertragsanpassung ist beispielsweise auch dann gegeben, wenn die Vertrags-

dauer geändert wird (beispielsweise in Form der vorzeitigen Auflösung des Vertrags).

[Rz 10] Die primäre, zentrale Frage, ob angepasst werden soll oder nicht, ist in erster Linie aufgrund einer Interpretation der vertraglichen Vereinbarungen zu beantworten. Kann dem Vertrag selbst keine Lösung entnommen werden und kann die Vertragslücke auch nicht durch Anwendung gesetzlicher Vorschriften geschlossen werden, so obliegt es subsidiär dem Richter, zu entscheiden, ob der Vertrag unverändert gelten oder (und wenn ja, wie) der Vertrag angepasst werden soll.

IV. Art. 27 Abs. 2 ZGB

[Rz 11] Art. 27 ZGB (mit Titel «Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung») schützt die Parteien vor rechtsgeschäftlichen Bindungen, welche gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen. Das in Art. 19 Abs. 2 OR enthaltene Kontrollkriterium des Rechts der Persönlichkeit wird nach der hier vertretenen Auffassung in Art. 27 Abs. 2 ZGB bezüglich der Aspekte Entäusserung und Beschränkung der persönlichen Freiheit konkretisiert. Die Unzulässigkeit eines persönlichkeitsrechtswidrigen Rechtsgeschäfts beruht auf der Bindung als solcher oder aber auf deren Übermass. Bei der Beurteilung des Übermasses ist in erster Linie auf die Intensität (Knebelung, persönliche Betroffenheit) und die Dauer der Bindung abzustellen. Intensität und Dauer können einander ergänzen und substituieren: die zulässige Dauer der Bindung hängt vom Gegenstand der Beschränkung ab. Als weitere Beurteilungselemente gelten die fehlende Parität und die Fremdbestimmtheit.

[Rz 12] Verstösst ein Vertrag gegen eines oder mehrere der vorstehend erwähnten Kriterien, ist zu prüfen, ob und inwieweit dieser Mangel die Nichtigkeit der Vereinbarung nach sich zieht. Diesbezüglich gilt, dass die traditionelle (pauschale, träge) Nichtigkeitsfolge in der vergangenen Zeit mehr und mehr zu Gunsten eines flexibleren Konzepts aufgegeben wurde. Es können auf diese Weise für einen grösseren Anteil der von Art. 20 OR avisierten Fälle inhaltlich mangelhafter Verträge befriedigendere Rechtsfolgen ausgesprochen werden als bei Zugrundelegung des/eines engen traditionellen Nichtigkeitsbegriffs. Ebenfalls konkretisiert die Teilnichtigkeitsregel von Art. 20 Abs. 2 OR den bereits in Art. 20 Abs. 1 OR enthaltenen Grundsatz, wonach die Nichtigkeit nur so weit reichen soll, als es der Schutzzweck der verletzten Norm verlangt. Ziel der zivilrechtlichen Sanktion ist eben nicht die Vertrags-, sondern lediglich bzw. insbesondere die Mangelbeseitigung.

V. Der Dienstbarkeitsvertrag (bspw. das «kleine Baurecht»)

[Rz 13] Dienstbarkeiten sind beschränkte dingliche Rechte.

Durch sie werden die Herrschaftsbefugnisse des Eigentümers (des belasteten Grundstücks) eingeeengt.

[Rz 14] Gemäss Art. 730 Abs. 1 ZGB müssen sämtliche Dienstbarkeiten in zwei Formen errichtet werden, nämlich entweder als positive oder als negative. Bei Ersteren darf der Dienstbarkeitsberechtigte das Grundstück in einem bestimmten Umfang nutzen, während der Belastete die entsprechenden Nutzungshandlungen zu dulden hat. Letztere bewirken demgegenüber, dass der Belastete gewisse Nutzungshandlungen nicht vornehmen darf bzw. zu unterlassen hat. Aus der Sicht des belasteten Eigentümers bewirken Dienstbarkeiten immer eine Beschränkung der Sachnutzung.

[Rz 15] Die Parteien sind bei der Errichtung von Dienstbarkeiten – im Rahmen der Schranken der Typenfixierung – grundsätzlich frei, den Inhalt der von ihnen gewünschten Rechte und Pflichten zu regeln. Die Parteien geben somit der Dienstbarkeit die konkrete Ausgestaltung, wobei dies im häufigsten Fall mittels Dienstbarkeitsvertrag erfolgt. Die Ermittlung des Sinnes dieser von den Parteien des Errichtungsakts getroffenen vertraglichen Regelung nimmt bei der Auslegung von Dienstbarkeiten einen wichtigen Platz ein. Vor Eintragung der Dienstbarkeit ins Grundbuch besteht zwischen den Parteien des Errichtungsakts ein rein obligatorisches Verhältnis. Mit der Eintragung ins Grundbuch bzw. mit der Entstehung des beschränkten dinglichen Rechts ändert sich jedoch diese Beziehung. Zwischen Dienstbarkeitsberechtigtem und -verpflichtetem bestehe (gemäss *Beat Eschmann*; in: «Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten»); der Verfasser bezweifelt, dass diese pauschale Aussage korrekt ist) kein Vertragsverhältnis mehr, sondern die Parteien stehen einander nun als Inhaber dinglicher Rechte gegenüber (was nach Auffassung des Verfassers zutreffend ist). Die von den Parteien getroffene vertragliche Regelung bildet zwar immer noch die Basis des Inhalts des dinglichen Rechts bzw. dessen Bestandteil. Mit seiner Entstehung koppelt sich das dingliche Recht jedoch in gewisser Weise von den Parteien des Errichtungsakts ab. Dies zeigt sich namentlich darin, dass die Dienstbarkeitsberechtigten bzw. -verpflichteten durch Übertragung der jeweiligen Grundstücke beliebig ändern können, ohne dass das dingliche Recht dadurch berührt würde. Die Fragen der Auslegung, Ergänzung und Anpassung von Dienstbarkeiten beurteilen sich somit ausschliesslich nach sachenrechtlichen Gesichtspunkten, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung, -ergänzung bzw. -anpassung sinngemäss berücksichtigt werden können. Der Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen der dinglichen Rechtsnatur des Dienstbarkeitsverhältnisses einerseits und der diesem zugrunde liegenden konkreten vertraglichen («obligatorischen») Regelung der Parteien des Errichtungsakts andererseits, stellt dabei eine nicht immer einfache Aufgabe dar.

[Rz 16] Für die Auslegung des Grundbucheintrags ist massgeblich, was aufgrund des Wortlauts (einschliesslich der Systematik) und der für einen objektiven Dritten ohne weiteres

erkennbaren Grundstücksverhältnisse als dessen nächstliegende Bedeutung erscheint. Erforderlichenfalls sind hierbei die Grundbuchbelege zu Rate zu ziehen.

[Rz 17] Im Zusammenhang mit der Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags ist grundsätzlich zu unterscheiden, ob das Verhältnis der ursprünglichen Parteien oder dasjenige zu Dritten betroffen ist. Während im ersten Fall der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien massgeblich und nach den allgemein anerkannten Auslegungskriterien zu ermitteln ist, muss im zweiten Fall insbesondere sichergestellt werden, dass der öffentliche Glaube des Grundbuchs, zu welchem auch der Dienstbarkeitsvertrag gehört (!), nicht verletzt ist. Die Auslegung ist hier regelmässig objektiviert und richtet sich nach dem Vertrauensprinzip. Massgeblich ist somit, wie eine aufmerksame, sachlich korrekt denkende Person die Willenserklärungen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der – objektiv erkennbaren – konkreten Umstände verstehen durfte und musste. Subjektive Aspekte können grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, denn es «würde in der Tat der Publizitätsfunktion des Grundbuchs, als dessen Bestandteil auch der Erwerbstitel zu betrachten ist, widersprechen, wenn auf solche individuelle Absichten, die aus dem Titel selber nicht hervorgehen, abgestellt werden wollte...» (BGE 108 II 546, E. 2).

VI. Das selbständige und dauernde («grosse») Baurecht

[Rz 18] Die Vertragsfreiheit gilt grundsätzlich auch für die («grossen») Baurechtsverträge. Sie ist aber durch den im Sachenrecht geltenden numerus clausus dinglicher Rechte stärker eingeschränkt als bei anderen Verträgen. Den Parteien steht nur so viel Gestaltungsmöglichkeit zu, wie dies mit dem Wesen des Baurechts als Dienstbarkeit und mit dem zwingenden Inhalt der Bestimmungen der Art. 675, 682 und 779 ff. ZGB vereinbar ist. (Immerhin besteht die Möglichkeit, dass der sachenrechtlich nicht zulässige Teil einer Vertragsklausel mit obligatorischer Wirkung nur zwischen den Parteien gültig bleibt, sofern nicht aus dem Sinn und Zweck der Gesetzesnorm eine generelle Ungültigkeit gefolgert werden muss.)

[Rz 19] Zufolge ihres Charakters als Dauerverträge stellen sich bei Baurechtsverträgen Auslegungsfragen, welche oft dadurch erschwert werden, dass die ursprünglichen Parteien infolge Tod oder Rechtsübertragung nicht mehr am Vertragsverhältnis beteiligt sind und sich somit der wirkliche Wille der Vertragsschliessenden nicht mehr ermitteln lässt. Wie bei den anderen Verträgen erfolgt die Auslegung des Baurechtsvertrags nach dem Vertrauensprinzip, d.h. die vertragliche Willenserklärung ist so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen von einem korrekten und vernünftig denkenden Menschen nach Treu und Glauben verstanden werden muss.

[Rz 20] Es ist jedoch unbestritten, dass bei der Auslegung von Dienstbarkeiten danach unterschieden werden muss, ob das Verhältnis der ursprünglichen Parteien betroffen oder ein Dritter (z.B. der Rechtsnachfolger des ursprünglichen Bauberechtigten) mitbetroffen ist. Im letzteren Fall gelte die Einschränkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs im Sinne von Art. 973 ZGB, wovon auch der Inhalt des Dienstbarkeitsvertrags betroffen sei (BGE 130 III 557). Wirkt sich die Streitfrage dagegen nur unter den anfänglichen Vertragsparteien aus, darf die Auslegung auch über den Grundbucheintrag hinausgehen. In erster Linie baurechtsbezogene, sachliche Kriterien müssen angewendet werden, wenn es um Fragen des Dienstbarkeitsinhalts geht. Ist beispielsweise die Art der Benutzung des vom Baurecht mitumfassten, aber nicht überbauten Bodens nicht näher bestimmt, sind vom Vertrag «villenartige Bauten» verboten oder ist streitig, ob eine architektonisch neuartige Überbauung den baulichen Vorschriften entspricht, ist der streitige Fall durch Ermittlung des Vertragszwecks zu entscheiden. Allgemeine, auch persönliche Kriterien sind dagegen (mit vorstehender Einschränkung) eher auf die obligatorischen Verpflichtungen der Parteien anwendbar.

[Rz 21] Wichtig für Baurechtsverträge ist namentlich, dass der Richter die Auslegung im Hinblick auf eine sachgerechte Lösung vorzunehmen hat (BGE 116 II 259, 263 f.). Da der Wille der Parteien beim Abschluss eines Baurechtsvertrags in der Regel auf eine Vereinbarung von sehr langer Dauer ausgerichtet ist, welche letztlich nur tragfähig bleibt, wenn auch bei wesentlich geänderten Umständen die langfristigen Interessen beider Parteien unter Aufrechterhaltung des Vertrags gewahrt werden, muss bei der Ermittlung einer sachgerechten Lösung in solchen Fällen dieser Interessenausgleich die Richtschnur bilden.

[Rz 22] Dagegen dürfte es schwierig sein, einen Baurechtsvertrag gestützt auf Grundlagenirrtum nachträglich anzufechten, wenn sich die Umstände nachträglich ändern, zum Beispiel infolge Zonenplanänderung oder erheblichen Verzögerungen im Bewilligungsverfahren. Der Irrtum in Bezug auf einen künftigen Sachverhalt ist nur dann wesentlich im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR, wenn der Irrrende ein künftiges Ereignis, welches Vertragsgrundlage bildet, als sicher annimmt und die Gegenpartei dies nach Treu und Glauben erkennen musste (BGE 118 II 297, 300). Wenn jedoch die blossen Erwartungen oder Spekulationen des Bauberechtigten sich nicht erfüllen, hat er keinen Anspruch darauf, dass der Vertrag für unverbindlich erklärt wird, es sei denn, er hätte dieses Risiko im Vertrag ausdrücklich geregelt (BGE 107 II 343, 347 f.). Wenn dagegen ein Irrtum über die Überbaubarkeit des baurechtsbelasteten Grundstücks bzw. eines wesentlichen Teils der zu nutzenden Fläche im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegt, dann ist eine Berufung auf Grundlagenirrtum möglich (BGE 96 II 191, 104 ff.).

VII. Anpassung des Baurechtszinses (bei «grossen Baurechten»)

[Rz 23] Hat die zufolge nicht vorhergesehener bzw. nicht vorhersehbarer Veränderungen benachteiligte Vertragspartei einen Anspruch auf die richterliche Korrektur des unangemessen gewordenen Baurechtszinses?

[Rz 24] Bei der Vereinbarung eines Baurechtszinses handelt es sich um eine obligatorische Verpflichtung, d.h. ihre Bindungswirkung betrifft lediglich die (ursprünglichen) Parteien des Baurechtsvertrags. Wird das baurechtsbelastete Grundstück oder das Baurecht veräussert, gelten diese obligatorischen Rechte oder Pflichten nur dann zwischen der verbleibenden und der neuen Vertragspartei weiter, wenn durch Vertragsübernahme geregelt wird, welche Rechte und Pflichten zwischen den neuen Parteien des Baurechtsvertrags weiter gelten sollen und wie weit die ausscheidende Vertragspartei von ihren bisherigen Verpflichtungen befreit werden soll.

[Rz 25] Die Verpflichtung zur Bezahlung eines Baurechtszinses wie auch die Frage der massgeblichen Baurechtszinshöhe unterstehen somit den allgemeinen Auslegungsprinzipien. Das Baurechtszins-verhältnis ist, wie gesehen, nicht dinglicher Natur. Deswegen sind die modifizierten, auf die positive Grundbuchwirkung Rücksicht nehmenden Kriterien (vgl. dazu die vorstehenden Ausführungen unter Ziffer V.) nicht anwendbar.

[Rz 26] Immerhin bleibt die Spezialität zu beachten, dass die Zinspflicht wie auch die Zinshöhe auf eine Dauer von mindestens 30 und höchstens 100 Jahre vertraglich vereinbart werden. Die Thematik der in zeitlicher Hinsicht potentiell übermässigen Vertragsbindung ist bei den «grossen Baurechten» mithin systemimmanent verknüpft.

[Rz 27] Im Baurechtsvertrag können sich positive wie auch negative Anpassungsregeln für den Baurechtszins finden. Positive bestimmen, in welchen Fällen der Baurechtszins in welcher Weise anzupassen ist; negative legen fest, in welchen Fällen keine Anpassung vorzunehmen ist. Je klarer und umfassender die Parteien diese Anpassungsregeln aufgestellt haben, desto seltener treten später Diskussionen auf und desto kleiner wird der richterliche Spielraum für eine Vertragsanpassung. Die Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus* führt in diesen Fällen selten zum Erfolg. Sie ermöglicht nach heutiger Praxis (BGE 127 III 304; Näheres dazu unter nachstehender Ziffer VIII.) einen richterlichen Eingriff in den Vertrag nur dann, wenn (a) die massgeblichen Umstände von den Parteien bei Vertragsschluss nicht vorhergesehen wurden und auch nicht mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorhersehbar waren, (b) die geänderten Verhältnisse nicht durch eine Partei verursacht oder verschuldet wurden (zum Beispiel die schlechte Ertragslage der Baurechtsbaute durch mangelhaften Gebäudeunterhalt) und (c) ein grosses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Die

frühere Rechtsprechung (BGE 59 II 378 f.) hatte zusätzlich noch verlangt, dass bei Vorliegen obiger Voraussetzungen das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt.

[Rz 28] Führt im Übrigen eine Neufestsetzung des Baurechtszinses aufgrund einer klaren vertraglichen Regelung zu einem unter den gegebenen Umständen offensichtlich unangemessenen Ergebnis, so sollte unter Berücksichtigung des Prinzips, dass die Parteien bei Abschluss des Baurechtsvertrags eine langfristig ausgewogene, keine Partei übermässig bevorzugende Bindung eingehen wollten, eine richterliche Anpassung des Vertrags ebenfalls möglich sein.

VIII. Position von Lehre und Praxis

[Rz 29] In einem Entscheid vom 24. April 2001 (BGE 127 III 304 ff.) hatte das Schweizerische Bundesgericht Gelegenheit, sich (anhand eines anders gelagerten Sachverhalts) zur hier erörterten Frage zu äussern. Es stellte in Bestätigung seiner Rechtsprechung fest, dass die *clausula rebus sic stantibus* auf die Nebenverpflichtungen im Sinne von Art. 730 Abs. 2 ZGB anwendbar sei. Daraus sei zwingend der Schluss zu ziehen, dass auch nicht akzessorische, rein obligatorische Verpflichtungen aus dem Dienstbarkeitsvertrag von der *clausula* erfasst würden. Seien demnach die Voraussetzungen der *clausula* erfüllt, dürfe der Richter in den Vertrag eingreifen, um die Äquivalenzstörung zu beheben. Bezüglich der Voraussetzungen der Anwendbarkeit der *clausula* sei – unabhängig von der dogmatischen Grundlage – lediglich zu prüfen, ob die Verhältnisänderung weder voraussehbar noch vermeidbar war. Im Rahmen dieser Prüfung hält das Bundesgericht fest, dass Parteien bei langfristigen Verträgen grundsätzlich damit rechnen müssen, dass sich die Verhältnisse später ändern. Treffen die Parteien keine Regelung für eine Verhältnisänderung, so sei im Prinzip davon auszugehen, dass der Vertrag so zu erfüllen sei, wie er abgeschlossen wurde. Entsprechendes gelte für eine sogenannte «Verhältnisänderung» (im engeren Sinne), das heisst für eine an sich als möglich erachtete sachverhaltliche Änderung, bezüglich welcher aber Änderungsart, -umfang und/oder deren Auswirkungen nicht bedacht worden seien beziehungsweise nicht haben bedacht werden können.

[Rz 30] Dieser wegleitende Entscheid wurde von der Lehre verschiedenenorts kommentiert, insbesondere von *Wolfgang Wiegand* in ZBJV 139/2003, Seite 803 ff., und *Stefan Sulzer*, in *AJP* 8/2003, Seite 987 ff. (Interessant sodann die Dissertation von *Beat Eschmann*, *Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten*, Schulthess, Zürich, 2005.) Sulzer beleuchtet den Entscheid aus dogmatischer Optik. Er äussert sich u.a. zum Moment der in langfristigen Vertragsverhältnissen regelmässig aufscheinenden Fragen der Risikoverteilung unter den Stichworten: Tragung des unternehmerischen Risikos, Stufenordnung der Risikoverteilung und Risikoverteilungsregeln.

Im Resultat meint er, das Bundesgericht hätte den zu beurteilenden Sachverhalt statt auf der Ebene der richterlichen Risikoverteilung bereits auf derjenigen der gesetzlichen einer (der nämlichen) Erledigung zuführen können. Wiegand kommentiert den Entscheid klassisch. Er befürwortet die Erweiterung des Kriteriums der Vorhersehbarkeit eines Sachverhalts (absolut: Ja oder Nein) um den quantitativen (relativen) Teilaspekt in Form der Berücksichtigung von Art, Umfang und Auswirkung auf den Vertrag. Zutreffend hält er – das Bundesgericht bestätigend – fest, dass insbesondere bei langfristigen Verträgen niemand vernünftigerweise damit rechnen könne, dass sich die Verhältnisse nicht ändern. Speziell interessant scheint sein Schluss, dass (wie der leasing case verdeutliche) bei langfristigen Vertragsverhältnissen die Frage der Vorhersehbarkeit strenger geprüft werden müsse. Im Übrigen teilt Wiegand die höchstrichterliche Schlussfolgerung, wonach die clausula ohne weiteres auf die vertraglichen Leistungspflichten des Bauberechtigten Anwendung finde.

[Rz 31] Weder das Bundesgericht noch die Kommentatoren haben sich jedoch veranlasst gesehen, die Fragestellung unter der Optik der den «grossen Baurechten» zwingend innewohnenden überlangen Vertragsbindung (auch hinsichtlich der obligatorischen Vertragspflichten) zu beurteilen. Dies ist zwar bedauerlich, aber aufgrund der Ausgangslage des Gerichts wie auch der Kommentatoren nicht erstaunlich.

IV. Konklusionen

[Rz 32] Für die Bestimmung der Baurechtszinspflicht und -höhe sind die allgemeinen Kriterien der Vertragsauslegung massgeblich und nicht die bei den Dienstbarkeiten (bezüglich der dinglichen Vertragsteile) entwickelten modifizierten Auslegungsregeln, welche die positive Grundbuchwirkung (guter Glaube) mitzubersichtigen haben. Es sind somit betreffend Baurechtszinshöhe u.a. die Kriterien der übermässigen Vertragsbindung im Sinne von Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 20 OR anwendbar, wozu eine reichhaltige Rechtsprechung existiert.

[Rz 33] Die «grossen» Baurechte weisen heute teilweise eine Vertragsdauer von 34 Jahren auf. Die Parteien gehen bezüglich der Baurechtszinshöhe regelmässig eine 10 Jahre weit übersteigende Vertragsbindung ein, weswegen bei der Frage der Vorhersehbarkeit ein strengerer Massstab anzulegen ist.

[Rz 34] In diesem Zusammenhang kann man sich fragen, ob der Umstand, dass sich die Parteien betreffend Baurechtszinshöhe auf mindestens 30 und bis zu 100 Jahre binden, nach weiteren zusätzlichen Regeln der Vertragsauslegung ruft. Die vorliegende Fragestellung ist unter dieser spezifischen Optik, soweit ersichtlich, von Lehre und Rechtsprechung (noch) nicht geklärt. Gegen ein Abgehen von den ordentlichen Vertragsauslegungsregeln spräche die Überlegung, dass der Gesetzgeber die aussergewöhnliche

Vertragsdauer bewusst gewählt und die entsprechende Vertragsbindung somit akzeptiert hat.

Dr. Markus W. Stadlin ist als Advokat und Notar bei ThomannFischer tätig.

* * *