

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB220039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A.
Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 20. Dezember 2022

in Sachen

A._____,

Aberkennungskläger, Aberkennungswiderbeklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____

gegen

B._____,

Aberkennungsbeklagte, Aberkennungswiderklägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____

betreffend **Aberkennung**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
18. August 2022; Proz. CG200004**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 und act. 27 S. 2)

1. Es sei festzustellen, dass die Forderung im Betrag Fr. 97'500.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2018, die Betreuungskosten von Fr. 110.30 sowie das Pfandrecht, für welche der Beklagten mit Entscheid des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. EB190355-L/U) im summarischen Verfahren vom 7. Oktober 2019 provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 2, Zahlungsbefehl vom 6. Februar 2019, erteilt wurde, nicht bestehen.
2. Die provisorische Rechtsöffnung vom 7. Oktober 2019 in der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes Nr. 1 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. EB190355-L/U) sei aufzuheben.
3. Die von der Beklagten widerklageweise gegenüber dem Kläger erhobene Forderung in Höhe von Fr. 97'500.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2018 zzgl. Betreuungskosten in Höhe von Fr. 3'841.30 sei abzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Rechtsbegehren Widerklage:

(act. 17 S. 2)

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Der Kläger sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten den Betrag von Fr. 97'500.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2018 zuzüglich Betreuungskosten in Höhe von Fr. 3'841.30 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Klägers.

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Die Aberkennungsklage wird abgewiesen.
Die provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 2, Zahlungsbefehl vom 6. Februar 2019, wird damit definitiv.

2. Die Widerklage wird im Umfang von Fr. 97'500.– zzgl. 5 % Zins seit dem 1. Oktober 2018 gutgeheissen und der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten Fr. 97'500.– zzgl. 5 % Zins seit dem 1. Oktober 2018 zu bezahlen. Im Übrigen wird auf die Widerklage nicht eingetreten.
3. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 8'650.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss des Klägers verrechnet.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 13'900.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. (Schriftliche Mitteilung)
7. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Aberkennungsklägers, Aberkennungswiderbeklagten und Berufungsklägers (act. 72 S. 2):

1. Es sei der Entscheid der Vorinstanz vom 18. August 2018 (Geschäfts-Nr. CG200004) aufzuheben und es sei
 - (a) festzustellen, dass die Forderung im Betrag CHF 97'500.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2018, die Betreuungskosten von CHF 110.30 sowie das Pfandrecht, für welche der Beklagten mit Entscheid des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. EB190355-L/U) im summarischen Verfahren vom 7. Oktober 2019 provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 2, Zahlungsbefehl vom 6. Februar 2019, erteilt wurde, nicht bestehen.
 - (b) die provisorische Rechtsöffnung vom 7. Oktober 2019 in der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes Nr. 1 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. EB190355-L/U) aufzuheben.
2. Eventualiter zu Rechtsbegehren 1 sei der Entscheid der Vorinstanz vom 18. August 2018 (Geschäfts-Nr. CG200004) aufzuheben und die

Sache zur rechtskonformen Sachverhaltsfeststellung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

I.

1. Die Aberkennungsbeklagte, Aberkennungswiderklägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) räumte mit Baurechtsvertrag vom 19. November 2009 dem Aberkennungskläger, Aberkennungswiderbeklagten und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) an der "Villa C. _____-Strasse ..." in ...-Zürich für eine Dauer von 60 Jahren ein selbständiges, dauerndes und übertragbares Baurecht im Sinne von Art. 675 und 779 ff. ZGB ein. Das Baurecht wurde als Dienstbarkeit im Grundbruch eingetragen (act. 3/1 = act. 74/4). Die Parteien vereinbarten, dass der jährliche Baurechtszins der Verzinsung des Landwertes zum jeweiligen mietrechtlichen Referenzzinssatz entspreche, und legten den mietrechtlichen Referenzzinssatz auf 3¼ %, den Landwert auf CHF 3 Mio. und den daraus resultierenden jährlichen Baurechtszins auf CHF 97'500.– fest (act. 74/4 Ziff. VII/1.A). Zudem vereinbarten sie, dass eine Reduktion des Baurechtszinses unter die Basis von Fr. 97'500.– ausgeschlossen sei, wenn der Landesindex der Konsumentenpreise unter den Stand November 2009 oder der Referenzzinssatz unter 3¼ % sinken sollte. Nach einigen Jahren kam es unter den Parteien zu Differenzen über die Höhe des vereinbarten Baurechtszinses, weil der Referenzzinssatz unter die vertragliche Mindestlimite gesunken war (act. 74/4 Ziff. VII/1.C.c).

2. Am 5. Februar 2019 leitete die Beklagte gegen den Kläger eine Betreibung in der Höhe von Fr. 97'500.– für unbezahlten Baurechtszins während der Zeit vom 2. Quartal 2018 bis 1. Quartal 2019 zuzüglich 5 % Zins seit 1. Oktober 2018 ein (act. 3/11). Mit Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 7. Oktober 2019 wurde der Beklagten für den in Betreibung gesetzten Betrag provisorische Rechtsöffnung erteilt (act. 3A). Am 7. Januar 2020 (Datum Poststempel) reichte der Kläger beim Bezirksgericht Zürich Aberkennungsklage mit den

vorstehend genannten Rechtsbegehren ein (act. 1 und 3/1-14). Mit der Klageantwort erhob die Beklagte Widerklage und verlangte die Bezahlung des Baurechtszinses. Nach einem doppelten Schriftenwechsel für Haupt- und Widerklage (act. 1, 17, 27, 34, 45) und der Durchführung der Hauptverhandlung (Prot.Vi S. 12 ff.) wies das Bezirksgericht die Aberkennungsklage mit Urteil vom 18. August 2022 ab und erklärte die provisorische Rechtsöffnung für definitiv (act. 67 = act. 74/2 = act. 75 [Aktenexemplar]).

3. Am 17. Oktober 2022 erhob der Kläger gegen das Urteil des Bezirksgerichts Berufung (act. 72). Er verlangt im Wesentlichen, es sei festzustellen, dass die Forderung auf Bezahlung des Baurechtszinses im Betrag von CHF 97'500.– zuzüglich Zins nicht bestehe und die provisorische Rechtsöffnung aufzuheben sei. Die Akten der Vorinstanz (act. 1-70) wurden von Amtes wegen beigezogen. Weiterungen erübrigen sich; die Sache ist spruchreif.

II.

1. Der Kläger reichte die mit Anträgen sowie einer Begründung versehene Berufungsschrift rechtzeitig innert 30-tägiger Frist beim zuständigen Obergericht ein (act. 68 und 72, Art. 311 ZPO und § 48 GOG). Der Streitwert erreicht die für eine Berufung notwendige Streitwertgrenze (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Vorschuss wurde rechtzeitig geleistet, so dass die Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind.

2.

2.1. Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu Letzterer zählt die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss (BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweise auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den

erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Auflage, Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Auflage, Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff. E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

2.2. Die Berufungsinstanz prüft sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt (BGE 138 III 374 ff. E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Sie ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass diese alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr hat sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO berücksichtigt.

3. Strittig ist die Höhe des vom Kläger zu bezahlenden Baurechtszinses.

3.1. Der Kläger wendet zusammengefasst ein, Ziff. VII.1.C.c des Baurechtsvertrags betreffend das Verbot, den Baurechtszins unter den Anfangsbetrag zu reduzieren, sei ungültig. Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte habe als Teil der Organisation der römisch-katholischen Kirche die öffentlich-rechtlichen Grundsätze der Verhältnismässigkeit, des Willkürverbots und der Äquivalenz zu achten, gegen welche die Klausel verstosse. Der Anpassungsmechanismus wirke sich einseitig nur zu Gunsten der Beklagten aus und widerspreche dem Fairnessgedanken sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben. Der Referenzzinssatz sei in der fraglichen Zeit bis auf 1½ % gesunken, was bei einer paritätischen Indexierung zu einer Reduktion des jährlichen Baurechtszinses auf Fr. 45'000.– geführt hätte (act. 72 Rz 28 ff.). Aus der Verletzung dieser öffentlich-rechtlichen Grundsätze folge, dass auch die Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* erfüllt seien (act. 72 Rz 40). Die eingetretene drastische Senkung des mietrechtlichen

Referenzzinssatzes sei für den ausländischen Kläger bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar gewesen, zumal sich der Zinssatz vor Vertragsabschluss nur unwesentlich verändert habe (act. 72 Rz 42 ff.). Die Reduktion des Referenzzinssatzes führe zu einer gravierenden Äquivalenzstörung der Leistungen (act. 72 Rz 44 ff.). Die Vorinstanz hätte den Baurechtszins für die Zeit vom 2. Quartal 2018 bis 1. Quartal 2019 nach den damals aktuellen Referenzzinssätzen berechnen müssen, zumal die Parteien vereinbart hätten, den Baurechtszins jeweils automatisch dem aktuellen mietrechtlichen Referenzzinssatz anzupassen (act. 2 Rz 47).

3.2.

3.2.1. Der Kläger wiederholt damit weitgehend die vor Vorinstanz vorgetragenen Behauptungen (act. 1 und 27). Die Vorinstanz erwog, die Beklagte sei als Teil der Organisation der römisch-katholischen Kirche, welche öffentliche Aufgaben wahrnehme, an die Grundrechte gebunden, auch wenn sie als Stiftung bzw. juristische Person des Privatrechts konzipiert sei. Die römisch-katholische Körperschaft des Kantons Zürich könne ihre Bindung an die Grundrechte nicht dadurch umgehen, dass sie die Verwaltung ihres Vermögens auf ein Privatrechtssubjekt auslagere. Der Baurechtsvertrag sei im Rahmen der Finanzverwaltung geschlossen worden, was zu den öffentlichen Aufgaben zähle (act. 75 S. 11 f.). Die Vorinstanz vertrat damit bezüglich der Grundrechtsbindung der Beklagten im Wesentlichen die gleiche Auffassung wie der Kläger. Soweit er sich in der Berufung erneut zur Organisation der römischen-katholischen Kirche, zur Grundrechtsbindung bzw. zur Anwendung der öffentlich-rechtlichen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Äquivalenz äussert (act. 72 Rz 20 ff.), übt er keine Kritik am angefochtenen Urteil und wäre darauf nicht näher einzugehen. Allerdings sind die vorinstanzlichen Ausführungen insoweit zu konkretisieren, als von der Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV grundsätzlich nur das Handeln, das in unmittelbarer Erfüllung staatlicher Aufgaben erfolgt, erfasst wird. Tätigkeiten, die der Erfüllung solcher Aufgaben lediglich indirekt dienen, fallen nicht darunter. Die unmittelbare Grundrechtsbindung entfällt in der Regel für Tätigkeitsfelder, in denen staatliche Organe wie Private als Anbieter oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen auftreten, wie bei der Verwaltung ihres Finanzvermögens (BSK BV-WALDMANN, Art. 35

N 25; vgl. BGE 129 III 35 E. 5.2 f.). Private bleiben dagegen grundsätzlich von der Grundrechtsverpflichtung i.S.v. Art. 35 Abs. 2 BV ausgenommen. Dies gilt auch für Private, denen das Gemeinwesen die Erfüllung staatlicher Aufgaben delegiert hat, soweit sie ausserhalb der unmittelbaren Erfüllung übertragener Staatsaufgaben tätig werden, wie z.B. im Zusammenhang mit Bedarfsdeckungsgeschäften, der Anstellung von Personal oder im Rahmen von anderen (wirtschaftlichen) Tätigkeiten (BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 28). Entscheidend für die Grundrechtsbindung ist folglich, ob die in Frage stehende Handlung des Privaten in Wahrnehmung der ihm (übertragenen) öffentlichen Aufgabe erfolgt (vgl. BGE 141 V 557 E. 5.2, BGE 138 I 274 E. 1.4 und 2.2.1, BGE 133 I 49 E. 3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz 1854). Nicht entscheidend ist dagegen, ob sich die private Person bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben privatrechtlicher Verträge bedient. Diese Grundsätze sind mutatis mutandis auf die im Kanton Zürich gemäss Art. 130 Abs. 1 lit. b KV anerkannte selbstständige römisch-katholische öffentlich-rechtliche Körperschaft und ihre Kirchgemeinden anzuwenden.

3.2.2. Bei der Beklagten handelt es sich um eine selbstständige privatrechtliche Stiftung (Pfarrkirchenstiftung) im Sinne von Art. 87 ZGB. Sie ist Trägerin kirchlichen Vermögens und verwaltet dieses für die römisch-katholische Körperschaft (act. 1 Rz 10; act. 3/3 Art. 12 und 20 ff., act. 3/8, act. 19/2). Der in Frage stehende Baurechtsvertrag beschlägt unbestritten die Finanzverwaltung der römisch-katholischen Körperschaft (act. 1 Rz 30 und act. 17 Rz 8). Er wurde mit dem Kläger als Privatperson abgeschlossen. Der Baurechtsvertrag dient damit soweit ersichtlich der wirtschaftlichen Anlage körperschaftlichen Grundeigentums und nicht unmittelbar der im öffentlichen Interesse zu erfüllenden kirchlichen Seel- und Fürsorge sowie der Vermittlung der Grundsätze der römisch-katholischen Religion (vgl. Präambel der Kirchenordnung der römisch-katholischen Körperschaft des Kantons Zürich, LS 182.10). Eine Grundrechtsbindung der Beklagten bei Abschluss des Baurechtsvertrags mit dem Kläger ist daher grundsätzlich zu verneinen. Wie es sich verhielte, wenn die Beklagte eine Liegenschaft einem Gläubigen zum Zwecke der Seelsorge, beispielsweise zur Nutzung als kirchliche Räume, im Baurecht vergibt, ist nicht zu prüfen, denn solches wird von keiner Partei vorge-

bracht. Die Frage braucht jedoch nicht abschliessend geklärt zu werden. Denn mit der Vorinstanz verletzt die Beklagte das Gebot der Verhältnismässigkeit öffentlichen Handelns sowie das Willkürverbot nicht, wenn sie mit dem Kläger im Rahmen des konkreten Baurechtsvertrags einen Baurechtszins im Umfang von mindestens $3\frac{1}{4}$ % des Landwertes für die Dauer von 60 Jahren aushandelt. Die Parteien haben sich bei Vertragsabschluss zwar insoweit geirrt, als sie den mietrechtlichen Anfangsreferenzzinssatz auf $3\frac{1}{4}$ % festlegten, obwohl dieser 3 % betrug (act. 75 S. 18). Die geringe Überschreitung des vereinbarten Mindestzinssatzes zum tatsächlichen um einen Viertel Prozent liesse den Baurechtszins aber nicht als derart unverhältnismässig hoch erscheinen, dass der Vertrag im Falle einer (reduzierten) Grundrechtsbindung abzuändern und der Baurechtszins entgegen der klaren Abmachung an den jeweiligen Referenzzinssatz anzugleichen wäre (zur Anfechtung wegen Irrtums vgl. nachfolgend E.II/3.4). Selbst die maximale Differenz zwischen tatsächlichem und vereinbartem Referenzzinssatz von $1\frac{3}{4}$ % im interessierenden Zeitraum würde keine übermässige Benachteiligung des Klägers darstellen. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt (act. 75 S. 12), haben die Parteien die Berechnungsgrundlagen und den Mindestzins einvernehmlich ausgehandelt und wurde dieser nicht einseitig von der Beklagten festgelegt. Der Kläger übersieht ferner, dass die Parteien im Gegenzug vereinbart haben, dass der Landwert von CHF 3 Mio., welcher Basis für die Berechnung des Baurechtszinses darstellt, für die Dauer von rund sechs Jahren unabänderbar war. Der Landwert konnte erstmals im Januar 2016 und kann seither nur alle fünf Jahre angepasst werden, wobei sich der berechnungsrelevante Landwert jeweils nur um die Hälfte der Steigerung des schweizerischen Landesindexes der Konsumentenpreise erhöht (act. 74/4 Ziff. VII.C.a). Angesichts des gestiegenen Landpreises in der Stadt Zürich (vgl. Kantonales Steueramt Zürich, Analyse der Entwicklung der Liegenschaftswerte 2009 – 2020, Schlussbericht WüestPartner vom 3. September 2021, publiziert auf <http://www.zh.ch>) enthält der Vertrag demnach ein für den Kläger günstiges Äquivalent zum minimalen Referenzzinssatz von $3\frac{1}{4}$ %. Die "Villa C. _____-Strasse ..." in ... umfasst 1'928 m² (act. 74/4 S. 2). Der Kläger hat vor Vorinstanz weder behauptet noch belegt, dass der Mindestbaurechtszins von monatlich CHF 8'125.– im Vergleich zu ähnlichen Grundstücken im Baurecht in der

Stadt Zürich übersetzt ist. Der Vorwurf, die Klausel sei unverhältnismässig, unfair und verstosse gegen Treu und Glauben, ist deshalb unbegründet. Selbst eine all-fällige (abgeschwächte) Grundrechtsbindung der Beklagten würde zu keiner rückwirkenden Reduktion des Baurechtszinses führen. Wie die Vorinstanz richtig erkannte (act. 75 S. 12), ist es der Beklagten nicht verwehrt, das Vermögen der römisch-katholischen Körperschaft kaufmännisch geschickt und gewinnbringend anzulegen, um sicherzustellen, dass die im öffentlichen Interesse liegenden kirchlichen Ziele verfolgt werden können.

3.2.3. Die vorstehenden Erwägungen zur fehlenden Grundrechtsbindung gelten auch für den Vorwurf, der Baurechtszins verletze das Äquivalenzprinzip. Darüber hinaus hielt die Vorinstanz dem Einwand zu Recht entgegen, der Grundsatz besage, dass die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert, den die staatliche Leistung für die Abgabepflichtigen habe, stehen müsse. Auf einen einvernehmlich vereinbarten Baurechtszins sei dieses Prinzip nicht anwendbar (act. 75 S. 13). Indem der Kläger daran festhält, der geschuldete Baurechtszins übersteige um 116% den wertadäquaten Baurechtszins (act. 72 Rz 35), legt er nicht dar, weshalb die Argumentation der Vorinstanz falsch sein soll und die Einräumung des Baurechts eine gebührenpflichtige öffentlich-rechtliche Leistung darstellt. Die Abgabe der Liegenschaft im Baurecht stellt keine Handlung in Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der römisch-katholischen Kirche dar, für welche vom Mitglied der Kirche eine werthaltige Gebühr zu bezahlen ist. Der Baurechtszins ist vielmehr die vom Kläger im Rahmen eines zivilrechtlichen synallagmatischen Vertrags zu erbringende Gegenleistung für die Einräumung des Baurechts. Der Kläger fokussiert schliesslich wie gesehen einseitig auf die für ihn im Nachhinein ungünstige Klausel in Ziff. VII/1.C.c und übersieht die für ihn aufgrund der Entwicklung auf dem Immobilienmarkt positiv wirkende Regelung zum Landwert gemäss Ziff. VII/1.C.a-b. Der Vorwurf der Verletzung des Äquivalenzprinzips verfängt folglich ebenfalls nicht.

3.2.4. Wie gesehen begründet der Kläger die Verletzung des Äquivalenzprinzips einzig mit der zwischenzeitlich eingetretenen Entwicklung des Referenzzinssatzes. Darauf nehmen die vorinstanzlichen Erwägungen wie auch die Rügen des Klägers im Berufungsverfahren Bezug. Allerdings erscheint es höchst fraglich, ob die Einhaltung

des Äquivalenzprinzips beurteilt werden kann, ohne die übrigen Parameter des Baurechtsvertrages zu berücksichtigen.

3.3.

3.3.1. Hinsichtlich der vom Kläger angerufenen *clausula rebus sic stantibus* erwog die Vorinstanz, diese ziele auf eine richterliche Vertragsanpassung, welche mittels einer Gestaltungsklage geltend zu machen gewesen wäre. Der Kläger habe jedoch eine Aberkennungsklage und damit eine negative Feststellungsklage erhoben. Zudem sei eine rückwirkende Vertragsanpassung, wie es der Kläger wolle, bei dieser Klausel nicht möglich (act. 75 S. 15). Auch seien die kumulativen Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* nicht erfüllt, mangle es doch an der fehlenden Voraussehbarkeit der Zinsreduktion und liege die Reduktion nicht ausserhalb der Vorstellungen über künftige Zinsentwicklungen innerhalb der vereinbarten Vertragsdauer von 60 Jahren. Die Parteien seien sich stets im Klaren gewesen, dass der Baurechtszins während der gesamten Vertragsdauer nicht unter den Betrag von CHF 97'500.– fallen könne, unabhängig von allfälligen Entwicklungen des Referenzzinssatzes. Es handle sich auf Seiten der Beklagten höchstens um Vertragsreue, welche unter den Voraussetzungen des Grundlagenirrtums rechtserheblich wäre (act. 75 S. 16 f.).

3.3.2. Was der Kläger zur Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* insgesamt vorbringt, überzeugt nicht. Zunächst zielt sein Einwand, ein Begehren um Vertragsanpassung könne mit einer Aberkennungsklage kombiniert werden, insoweit ins Leere, als er vor Vorinstanz bloss eine negative Feststellungsklage erhob und keinen Antrag auf Anpassung des Baurechtsvertrags stellte, welcher mit dem Aberkennungsbegehren verbunden werden könnte (act. 1 S. 2 und 27 S. 2, Prot. Vi S. 14). Das Gericht kann allerdings je nach Art der Anpassung des Vertrags und den zu beurteilenden Rechtsbegehren aufgrund der *clausula rebus sic stantibus* ein Leistungs-, Feststellungs- oder Gestaltungsurteil fällen. Aufgrund der geltenden Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) ist das Gericht an die Rechtsbegehren gebunden (BK OR-MÜLLER, Bern 2018, Art. 1-18 N 717 ff.). Der Kläger erhob eine negative Feststellungsklage, wobei er die Forderung der Beklagten mit seinem Rückforderungsanspruch wegen zu viel geleisteten Baurechtszinsen ver-

rechnet (act. 72 Rz 57). Dies ist grundsätzlich ein prozessual und materiellrechtlich zulässiges Szenario. Dabei wäre die Frage, ob gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* ein reduzierter Baurechtszins zu berücksichtigen ist, vom Gericht im Rahmen der Verrechnungsforderung vorfrageweise zu prüfen. Der Kläger scheitert daher nicht schon deshalb, weil er keine Gestaltungsklage erhob. Soweit die Auffassung der Vorinstanz davon abweicht, ist ihr nicht zu folgen.

3.3.3. Zu prüfen bleibt, ob die Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* erfüllt sind. Als Abweichung vom Grundsatz der Vertragstreue ist die richterliche Abänderung von Verträgen nur einschränkend zuzulassen. Sie setzt voraus, dass sich die Umstände nach Vertragsabschluss in unvorhersehbarer und unvermeidbarer Weise so grundlegend ändern, dass eine gravierende Äquivalenzstörung eintritt (vgl. BGE 135 III 1 E 2.4; 127 III 300 E. 5b). Beide Vertragsparteien müssen die Veränderung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als ausserhalb des objektiv Möglichen und ihrer subjektiven Vorstellungen betrachtet haben (BGer 4A_375/2010 vom 22. November 2010 E. 3.1). Bei langfristigen Verträgen, namentlich bei Baurechtsverträgen, haben die Parteien damit zu rechnen, dass sich die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Verhältnisse später ändern (BGE 127 III 300 E. 5.b.aa).

3.3.4. Es liegt 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 kann, weil er sich nach den variablen Hypothekarzinsätzen richtet. Dies war den Parteien offenkundig bewusst, ansonsten die Klausel, den Mindestbaurechtszins auf CHF 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, liess sich bei Vertragsschluss zwar tatsächlich nicht vorhersagen. Gerade diese Ungewissheit musste den Parteien als vernünftigen Vertragspartnern indes bewusst gewesen sein. Der Kläger hat vor Vorinstanz im Weiteren 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 bedeutet, welche sich ausserhalb des für die Parteien damals Vorstellbaren bewegte. Dass die Zinsentwicklung im Nachhinein betrachtet nicht den Erwartungen des Klägers entspricht und die Parteien möglicherweise nicht mit diesem Zinsverlauf rechneten, genügt für die Annahme der Unvorhersehbarkeit wie gesehen nicht. Die Behauptung, es sei im November 2009 nicht mit sinkenden, sondern mit steigenden Zinsen zu rechnen gewesen, erhebt der Kläger erstmals in der Berufung (act. 72 Rz 42; vgl. act. 1 S. 16 und act. 27 Rz 42). Sie ist verspätet und nicht zu hören, zumal der Kläger keine Begründung dafür liefert, weshalb er dies nicht schon vor Vorinstanz vorbringen konnte. Die Vorinstanz stellte überdies fest, dass sich der mietrechtliche Referenzzinssatz während den Vertragsverhandlungen erstmals gesenkt habe und unbestritten geblieben sei, dass sich bereits in den Jahren vor Vertragsabschluss eine Abwärtstendenz im Zinsverlauf abgezeichnet habe (act. 75 S. 16 mit Verweis auf act. 17 Rz 52, act. 27 Rz 42). Der Kläger will letztere Tatsache zwar in der Replik bestritten haben (act. 72 Rz 42 mit Hinweis auf act. 27 Rz 42). An besagter Stelle trug er jedoch einzig vor, er habe mit einer Senkung des Referenzzinssatzes um 50 % nicht gerechnet, was in dieser Form von der Vorinstanz nicht festgestellt wurde. Eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz ist deshalb nicht auszumachen. Ihrer Schlussfolgerung, die Zinsreduktion zwischen dem 2. Quartal 2018 und dem 1. Quartal 2019 sei für die Vertragsparteien nicht unvorhersehbar gewesen, ist zu folgen.

3.3.5. Damit gebricht es für die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* an der mangelnden Vorhersehbarkeit der Zinsreduktion, weshalb einzig der Vollständigkeit halber anzuführen bleibt, dass auch keine Äquivalenzstörung vorliegt, die eine Vertragsabänderung im Sinne der Anpassung des Baurechtzinses an den jeweiligen Referenzzinssatz während der hier interessierenden Phase rechtfertigte. Die Störung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung muss so gravierend sein, dass ein Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt, der nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz findet (BGer 2C_825/2013 vom 24. März 2014 E. 6.1, 9C_88/2012 vom 31. Juli 2012 E. 5.1; BGE 138 V 366 E. 5.1, BGE 135 III 1 E. 2.4, BGE 127 III 300

E. 5b). Solche Verhältnisse hat der Kläger vor Vorinstanz weder substantiiert noch belegt (act. 1 und 27). Dass ein krasses Missverhältnis vorliegt, hätte er anhand des Vergleichs des geschuldeten Baurechtszinses mit der von der Beklagten zu erbringenden Leistung darlegen müssen. Der Kläger lässt offen, weshalb ein Baurechtszins von jährlich CHF 97'500.– im Verhältnis zur Gegenleistung der Beklagten (Einräumung des Baurechts am Grundstück "Villa C. _____-Strasse ..." in Zürich) in den Jahren 2018/2019 in einem untolerierbaren Missverhältnis stand. Die Leistung der Beklagten blieb während dieser Zeit stets die gleiche ungeachtet, ob sich der mietrechtliche Referenzzinssatz reduzierte. Der Einwand, es handle sich um ein auffälliges Wohnhaus, hat der Kläger soweit ersichtlich vor Vorinstanz nicht näher ausgeführt und keine Beweise dafür offeriert (act. 1 und 27). Auch ist nicht erkennbar, was er daraus konkret herleiten möchte, zumal eine Auffälligkeit wohl bereits bei Vertragsabschluss erkennbar gewesen wäre. Soweit bekannt blieb der Baurechtszins überdies trotz höherem Landwert bis 2018 unverändert. Ein krasses Missverhältnis zwischen Baurechtszins und eingeräumtem Baurecht ist somit nicht dargetan.

3.4.

3.4.1. Eventualiter macht der Kläger geltend, beim vertraglich festgelegten minimalen Referenzzinssatz handle es sich um einen offensichtlichen Verschrieb der Parteien. Der Referenzzinssatz habe im November 2009 nicht wie angenommen $3\frac{1}{4}$ %, sondern 3 % betragen, so dass ein Baurechtszins von CHF 90'000.– geschuldet sei. Dieser Verschrieb sei gestützt auf Art. 24 Abs. 3 OR zu berichtigen. Die Vorinstanz habe verkannt, dass sich der Wille der Parteien, den Baurechtszins an den jeweiligen Referenzzinssatz zu knüpfen, aus dem klarem Wortlaut des Baurechtsvertrages ergebe (act. 72 Rz 48 ff.).

3.4.2. Die Vorinstanz führte dazu aus, der Irrtum der Parteien über die Höhe des damals geltenden Zinssatzes sei kein arithmetischer Rechnungsfehler, der nach Art. 24 Abs. 3 OR berichtigt werden könne, sei doch der Baurechtszins anhand der definierten Grundlagen rechnerisch korrekt ermittelt worden. Ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR habe der Kläger nicht geltend gemacht und der Anfechtungsanspruch sei mittlerweile verwirkt (act. 75 S. 18 f.).

Schliesslich sei es als konkludente Genehmigung des Vertrags zu werten, wenn der Kläger den Vertrag bis März 2018 erfülle, obwohl er den Fehler bereits nach Vertragsschluss festgestellt habe (act. 75 S. 19).

3.4.3. Diesen Überlegungen ist zuzustimmen. Ein Kalkulationsfehler im Sinne von Art. 24 Abs. 3 OR, der zu berichtigen wäre, ist nicht erkennbar. Ein solcher läge vor, wenn die Parteien bestimmte Berechnungselemente zum Gegenstand ihrer Vereinbarung gemacht hätten und das rechnungsmässige Resultat auf einem Fehler beruhte (BGer 4A_417/2007 vom 14. Februar 2008 E. 2.3). Die Parteien haben sich, wie die Vorinstanz richtig erkannte, nicht verrechnet, sondern sie haben sich über eine Grundlage der Berechnung geirrt. Eine solche falsche Annahme fiel bei Wesentlichkeit unter den Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR (vgl. V. ENZ, Clausula rebus sic stantibus - insbesondere im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich 2018, N 164 ff.). Die Ausführungen der Vorinstanz, der Kläger habe sich im Verfahren nicht auf Irrtum berufen und der Anfechtungsanspruch sei mittlerweile verwirkt, blieben unbeanstandet. Schliesslich stellt der Kläger 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 verdiente.

3.4.4. Die pauschal erhobenen Einwände zum Inhalt und Verständnis der Vertragsklauseln überzeugen ebenfalls nicht. Es bleibt unklar, was der Kläger aus seiner ausländischen Staatsangehörigkeit konkret ableiten möchte. Aufgrund der Treuepflichten im Geschäftsverkehr war er unabhängig seiner Herkunft gehalten, allfällige sprachliche Verständnisschwierigkeiten vorgängig auszuräumen. Auch begründet er nicht nachvollziehbar, weshalb er die in arabischen Zahlen bezifferten Beträge für den Mindestbaurechtszins sowie den Referenzzinssatz missverstanden haben könnte. Die Klausel zum Reduktionsverbot des Anfangsreferenzzinssatzes (Ziff. VII/1.C.c) ist gut verständlich abgefasst, so dass für beide Parteien leicht erkennbar war, dass eine Senkung des Baurechtszinses unter den Betrag von CHF 97'500.– nicht möglich sein würde. Die pauschale Behauptung, die Parteien hätten entgegen der detaillierten vertraglichen Abmachung zur Anpas-

sung des Baurechtszinses in Ziff. VII/1.C.a-c einen davon abweichenden Willen gehabt, den Baurechtszins an den jeweils aktuellen Referenzzinssatz zu knüpfen, bleibt unsubstantiiert und ist nicht schlüssig.

4. Die Rügen des Klägers erweisen sich als unberechtigt. Eine unrichtige Tatsachenfeststellung oder falsche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz sind nicht erkennbar. Der Kläger vermag insbesondere keine Gegenforderung, die mit der Hauptforderung verrechnet werden könnte, darzutun, weshalb der Berufung kein Erfolg beschieden ist.

5.

5.1. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit; der Streitwert beträgt CHF 97'500.– (act. 75 S. 20). Gestützt auf §§ 4 und 12 GebV OG sowie in Anbetracht des knapp durchschnittlichen Zeitaufwands und der mittleren Schwierigkeit der Sache ist die Gerichtsgebühr auf CHF 7'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist mit dem von ihm geleisteten Vorschuss von CHF 8'000.– zu verrechnen, der Überschuss ist ihm unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs zurückzuerstatten.

5.2. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen; dem Kläger nicht, weil er unterliegt, und der Beklagten nicht, weil ihr keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind.

5.3. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens hat es bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung (act. 75 Dispositiv-Ziff. 3-5) sein Bewenden.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 18. August 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf CHF 7'000.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt. Die Kosten werden mit dem von ihm geleis-

teten Vorschuss von CHF 8'000.– verrechnet; der Überschuss wird dem Berufungskläger zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

3. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 72 und 74/2-9), sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 97'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: