



Kommentar zu: Urteil: [5A_838/2019](#) vom 15. Oktober 2020
Sachgebiet: Sachenrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Sachenrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Berechnungsparameter des Baurechtszinses

Multiplikation des Verkehrswertes des unbebauten Landes mit dem Zinsfuss der Kantonalbank bzw. dem hypothekarischen Referenzzinssatz gemäss VMWG beim Typus des traditionellen Baurechtsvertrags

Autor / Autorin

Philipp Eberhard



Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler



Christina Schmid-Tschirren



Im Bundesgerichtsurteil 5A_838/2019 vom 15. Oktober 2020 war umstritten, wie die streitgegenständlichen Klauseln des Baurechtsvertrags auszulegen sind. Insbesondere fraglich erscheint, welchem Baurechtsvertragstypus der vorliegende Vertrag zuzuordnen ist, ob als Basiswert für die Zinsberechnung der Wert des bebauten oder unbebauten Grundstücks einschlägig ist und mit welchem Zinssatz der Basislandwert zu multiplizieren ist, um den Baurechtszins zu ermitteln. Die Beschwerde wurde teilweise gutgeheissen.

I. Sachverhalt

[1] Die Beschwerdeführerin, die Stadt A., ist Eigentümerin des an der U.strasse in V. liegenden, insgesamt 148'638 m² umfassenden Grundstücks Kat. Nr. xxx.

[2] Am 28. April 1983 errichtete die Stadt A., handelnd durch die zuständige Abteilung der Stadtverwaltung, zulasten dieser Liegenschaft und zugunsten des Beschwerdegegners B. ein selbständiges und dauerndes Baurecht (Grundstück Kat. Nr. zzz) mit einer Fläche von 8'201 m², davon 6'701 m² «vollwertig nutzbare» Fläche und 1'500 m² «bedingt nutzbare» Fläche.

[3] Zum Baurechtszins haben die Parteien in Ziff. 5 des Baurechtsvertrags vom 28. April 1983 das Folgende festgehalten: «Der jeweilige Bauberechtigte hat der Grundeigentümerin einen Baurechtszins zu entrichten. Dieser entspricht der Verzinsung des jeweiligen Basislandwertes zum jeweiligen Zinssatz der Bank C. für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten. Der Basislandwert beträgt bei Abschluss des Vertrages für 6'701 m² der Baurechtsparzelle Fr. 400.-- je m² und für die restlichen 1'500 m² Fr. 200.-- je m². Der Basislandwert bleibt für

zehn Jahre fest. Der Basislandwert wird alle 10 Jahre mit dem jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks in Einklang gebracht, erstmals auf den 1. Januar 1994. Können sich die Parteien über die Neufestsetzung des Basislandwertes nicht einigen, so sind zwei unabhängige, fachkundige Schätzer einzusetzen. Als neuer Basislandwert gilt dann der Durchschnitt der beiden Schätzungsergebnisse. Der Baurechtszins ist vierteljährlich im voraus, jeweils auf Beginn eines Kalenderquartals zur Zahlung fällig. Die Zinspflicht beginnt mit Baubeginn (Aushubbeginn), spätestens ein Jahr nach Vorliegen der Baubewilligung für das Bauvorhaben der Bauberechtigten (Verwaltungsgebäude, Lagergebäude, Garagenbetrieb) oder zwei Jahre nach Eintragung des Baurechts im Grundbuch.»

[4] Mit zwei Nachträgen in den Jahren 1986 und 1988 wurde die Baurechtsfläche auf insgesamt 13'207 m² erweitert und ist nun in eine vollwertig nutzbare Fläche von 9'855 m² und eine bedingt nutzbare Fläche von 3'352 m² aufgeteilt.

[5] Im Jahr 1986 überbaute B. das ihm zur Verfügung gestellte Land mit zwei Gewerbebauten und einem Parkhaus, welche als Logistik- und Bürogebäude genutzt werden und heute vollständig miteinander verbunden sind. Damit erwirtschaftet B. jährliche Erträge zwischen CHF 1.6 und 1.8 Mio.

[6] Die Parteien passten den Baurechtszins seit dem Vertragsschluss 1994 sowie 2004 einvernehmlich an: 1994 gingen sie von einem Wert von CHF 500 je m² für die vollwertig nutzbare Fläche und CHF 250 je m² für die bedingt nutzbare Fläche aus, wobei sie im Jahr 2004 den anrechenbaren Wert auf CHF 522 je m² bzw. CHF 261 je m² erhöhten.

[7] Da sich die Parteien im Hinblick auf die Anpassung des Baurechtszinses per 1. Januar 2014 nicht auf einen gemeinsamen Schätzungsauftrag einigen konnten, beauftragte B. die D. AG und die Stadt A. die Bank C. mit einer Schätzung: Die Bank C. schätzte einen Landwert von CHF 8'497'000 (entsprechend CHF 643 je m²) unter der «Annahme, dass das Grundstück noch unbebaut im Baurecht abgegeben werden soll», die D. AG schätzte den Landwert auf CHF 6'050'000, wobei darin die Liegenschaft «ohne Beachtung der Belastung des Grundstückes durch das Baurecht, aber mit Berücksichtigung der darauf befindlichen Bauten» bewertet wird. Nach der Schätzung der D. AG ergaben sich CHF 524.70 je m² für die 9'855 m² vollwertig nutzbare Fläche und CHF 262.35 je m² für die 3'352 m² bedingt nutzbare Fläche.

[8] Gestützt auf den im Gutachten der Bank C. ermittelten Basislandwert, multipliziert mit einem Zins von 2.5 %, verlangte die Stadt A. einen neuen Baurechtszins von CHF 212'430 pro Jahr.

[9] Mit Schreiben vom 2. Juni 2015 lehnte B. diese Erhöhung ab und wies darauf hin, dass er mit einem Baurechtszins gestützt auf die Bewertung der Liegenschaft gemäss dem Gutachten der D. AG einverstanden wäre.

[10] Mit Klage vom 11. Februar 2016 gelangte die Stadt A. an das Bezirksgericht Meilen und beantragte die Feststellung, dass der Baurechtszins ab 1. Januar 2014 CHF 212'430 pro Kalenderjahr zu betragen habe und dass B. zu verpflichten sei, die bis zum Urteilszeitpunkt ausstehende Differenz zzgl. Zins von 5 % seit jeweiliger Fälligkeit zu bezahlen. B. beantragte die Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise, die Stadt A. sei zu verpflichten, innert Frist ein Schätzungsgutachten über den Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks Kat. Nr. xxx durch einen unabhängigen, fachkundigen Schätzer erstellen zu lassen. Ausserdem sei festzustellen, dass die Verzinsung des Basislandwertes gemäss dem vom Bundesamt für Wohnungswesen errechneten hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen vorzunehmen sei.

[11] Mit dem als Teilurteil bezeichneten Entscheid vom 13. Juni 2018 trat das Bezirksgericht auf das Feststellungsbegehren der Stadt A. nicht ein und wies die Klage im Übrigen ab. Die im Baurechtsvertrag vorgesehene Regelung über die Festlegung des Baurechtszinses qualifizierte es als Schiedsgutachtensvereinbarung und verpflichtete die Stadt A. in Gutheissung der Widerklage, innert 60 Tagen nach Rechtskraft des Entscheids ein Schätzungsgutachten über den Verkehrswert des vom Baurecht zugunsten des B. erfassten Grundstückanteils durch einen unabhängigen, fachkundigen Schätzer erstellen zu lassen. Zudem stellte es fest, dass die Verzinsung des Basislandwertes gemäss dem vom Bundesamt für Wohnungswesen

errechneten hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen vorzunehmen sei.

[12] Gegen diesen Entscheid erhob die Stadt A. am 20. August 2018 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Sie beantragte zusammengefasst im Hauptpunkt, der Entscheid des Bezirksgerichts vom 13. Juni 2018 sei aufzuheben und die Sache sei zu neuer Beurteilung an das Bezirksgericht zurückzuweisen. Am 16. September 2019 wies das Obergericht die Berufung ab und bestätigte das Urteil des Bezirksgerichts.

[13] Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 18. Oktober 2019 beantragte die Stadt A. vor Bundesgericht zusammengefasst, der Entscheid des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache sei zur Neubeurteilung an das Obergericht, eventuell an das Bezirksgericht, zurückzuweisen.

[14] Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und hob das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2019 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

[15] Zwischen den Parteien war vor Bundesgericht umstritten, was mit der Formulierung in Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrags «Der Basislandwert wird alle 10 Jahre mit dem jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks in Einklang gebracht [...]» genau gemeint sei (vgl. E. 4). Kantonal erstinstanzlich wurde erwogen – und das Obergericht hätte sich darauf gestützt – dass aus dem Wortlaut von Ziff. 5 Abs. 2 Satz 2 des Baurechtsvertrages hervorgehe, dass die Parteien zwischen dem «Basislandwert» und dem «jeweiligen Verkehrswert» differenziert hätten und dass der Basislandwert jeweils alle 10 Jahre mit dem jeweiligen Verkehrswert «in Einklang» zu bringen sei, wobei aus der Formulierung des Anpassungsmechanismus allein sich nicht eindeutig schliessen lasse, ob das Grundstück im bebauten oder im unbebauten Zustand zu schätzen sei (vgl. E. 4.1.1). Die Systematik von Ziff. 5 des Baurechtsvertrags im Lichte des Akzessionsprinzips lasse jedoch eher darauf schliessen, dass das Grundstück im unbelasteten, aber bebauten Zustand zu bewerten sei (vgl. E. 4.1.2). Neben der Systematik des Baurechtsvertrags sprechen der Vertragszweck und die Interessenlage der Parteien dafür, dass das Grundstück im überbauten Zustand zu schätzen sei (vgl. E. 4.1.4). In casu habe gemäss Obergericht die strittige Vertragsklausel im Übrigen das Wort «unüberbaut» nicht enthalten (vgl. E. 4.1.6).

[16] Bei der Auslegung eines Baurechtsvertrags würden die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln der Vertragsauslegung zur Anwendung kommen, wobei i.S.v. Art. 18 Abs. 1 [OR](#) in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Parteiwille festzustellen sei. In casu konnte jedoch kein tatsächlicher übereinstimmender Parteiwille festgelegt werden (vgl. E. 5.1.1). Die Feststellung des wirklichen Willens erfolge demzufolge anhand des Vertrauensprinzips (vgl. E. 5.1.2).

[17] Mit dem Baurecht räumt der Grundeigentümer gemäss Art. 779 Abs. 1 [ZGB](#) einem Dritten für eine bestimmte Dauer das Recht ein, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten, wobei am Ende der Vertragsdauer die bestehenden Bauwerke dem Grundeigentümer nach Art. 779c ZGB heimfallen, weshalb dieser dem Baurechtsnehmer i.S.v. Art. 779d Abs. 1 ZGB hierfür eine angemessene Entschädigung zu leisten hat (vgl. E. 5.2). Gestützt auf Art. 779a Abs. 2 ZGB stellt die Entgeltlichkeit kein «essentiale» des Baurechtsvertrags dar, was diese aber nicht ausschliesse. Zivilrechtlich betrachtet bildet der Baurechtszins die Vergütung dafür, dass dem Baurechtsberechtigten eine Dienstbarkeit eingeräumt wird, kraft derer er auf einem Grundstück ein Bauwerk errichten oder beibehalten darf (vgl. Art. 779 ZGB), wobei wirtschaftlich gesehen der Baurechtszins ein Nutzungsentgelt für die langfristige Nutzung eines Stücks Boden sei (vgl. E. 5.2.1).

[18] Da sich die Grundlagen, anhand derer sich die Vertragsparteien auf einen Baurechtszins geeinigt haben, mit der Zeit verändern können, sehen Baurechtsverträge in der Regel einen Mechanismus vor, um den zum Vertragszeitpunkt festgelegten Baurechtszins den während der Vertragsdauer geänderten Verhältnissen anzupassen (vgl. E. 5.2.2). Die Auswahl der Anpassungsfaktoren hänge von den Erwartungen der Parteien an die zukünftige makroökonomische Entwicklung ab, und die Einschätzung der langfristigen finanziellen Auswirkungen des zu vereinbarenden Mechanismus zur Festlegung des Baurechtszinses sei grossen Unsicherheiten unterworfen (vgl. E. 5.2.5).

[19] Vorliegend hätten die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf einen vertraglich vereinbarten

Quadratmeterpreis abgestellt und den derart ermittelten Wert – den Basislandwert – zum «jeweiligen Zinssatz der Bank C. für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten» verzinst, womit sie das Modell des «traditionellen Baurechtsvertrags» gewählt hätten (vgl. E. 5.4). Der Vertragstypus «traditioneller Baurechtsvertrag» bilde nach dem Vertrauensprinzip den Ausgangspunkt für die Auslegung des Baurechtsvertrags vom 28. April 1983: Der Baurechtszins werde bei diesem Vertragstypus hauptsächlich an die Wertschwankung des Landes angepasst, wobei der Ertrag der Liegenschaft selbst nicht direkt berücksichtigt werde (vgl. E. 5.5). Dem Beschwerdegegner zufolge entspreche in der vorliegend strittigen Klausel der Basislandwert im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dem Wert des (noch) unbebauten Landes, worauf er entsprechend zu behaften sei (vgl. E. 5.5.1). Nach Treu und Glauben sei davon auszugehen, dass Parteien, die im Rahmen des Anpassungsmechanismus auf den Landwert abstellten, diesen nach derselben Methode ermitteln wollten, die sie für die Festlegung des Anfangszinses verwendet hätten: In der Logik des gewählten Vertragstypus falle der Verkehrswert der Liegenschaft nämlich auch mit dem Landwert zusammen (vgl. E. 5.5.2).

[20] Für die Bestimmung des Landwertes für die Zwecke der Anpassung des Baurechtszinses im Sinn von Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrags vom 28. April 1983 sei auf den Wert des unüberbauten Grundstücks abzustellen, womit sich auch die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, ein Schätzungsgutachten in Auftrag zu geben, das den Verkehrswert des Grundstücks ohne Baurecht, aber im bebauten Zustand ermittle, als bundesrechtswidrig erweise (vgl. E. 5.5.3).

[21] Zwischen den Parteien sei ferner strittig gewesen, mit welchem Zinssatz der Basislandwert zu multiplizieren sei, um den Baurechtszins zu ermitteln (vgl. E. 6). Nach dem Vertrauensprinzip sei davon auszugehen, dass die Parteien mit der Formulierung «Verzinsung des jeweiligen Basislandwertes zum jeweiligen Zinssatz der Bank C. für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten» nicht genau diesen und nur diesen Zinssatz gemeint hätten, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet habe (vgl. E. 6.2), sondern gestützt auf den damals üblichen Referenzzinssatz der Baurechtsgeberin einen Ertrag ermöglichen wollten, der mit dem üblicherweise aus einer (langfristigen) Immobilieninvestition fließenden Ertrag vergleichbar sei; dieser werde aktuell durch den in Art. 12a Abs. 1 [VMWG](#) definierten Referenzzinssatz zum Ausdruck gebracht. Infolgedessen habe das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, indem es in Auslegung von Ziff. 5 des Baurechtsvertrags vom 28. April 1983, anstelle des Zinssatzes der Bank C. für erstrangige (variable) Hypotheken für Wohnbauten, den Referenzzinssatz gemäss VMWG für massgebend erklärt hätte (vgl. E. 6.6).

[22] Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Beschwerde teilweise begründet war, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen war (vgl. E. 7).

III. Kommentar

(a) Auslegung des Baurechtsvertrags nach dem Vertrauensprinzip

[23] Wie der vorliegende Bundesgerichtsentscheid zeigt, ist es nicht immer klar, nach welchen Auslegungsregeln ein Baurechtsvertrag auszulegen ist. So war denn auch vorliegend umstritten, nach welchen allgemeinen obligationenrechtlichen Auslegungsregeln die streitgegenständlichen Vertragsklauseln auszulegen sind. Dabei stand die Frage im Vordergrund, ob das *Willens-* oder das *Vertrauensprinzip* zur Anwendung gelangt.

[24] Das Bundesgericht äusserte sich in einem Entscheid aus dem Jahr 2013 zur Frage, wie ein Grunddienstbarkeitsvertrag – und somit auch ein Baurechtsvertrag – auszulegen ist, wenn kein übereinstimmender Wille der am Vertrag beteiligten Parteien ausgemacht werden kann: «Die Auslegung des Grunddienstbarkeitsvertrags erfolgt in gleicher Weise wie die sonstiger Willenserklärungen. Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist der Vertrag nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Diese allgemeinen Auslegungsgrundsätze gelten vorbehaltlos unter den ursprünglichen Vertragsparteien, im Verhältnis zu Dritten dagegen nur mit einer Einschränkung, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) ergibt, zu dem auch der Dienstbarkeitsvertrag gehört. Bei dessen Auslegung können gegenüber Dritten, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch das dingliche Recht erworben haben, individuelle persönliche Umstände und

Motive nicht berücksichtigt werden, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber aber nicht hervorgehen und für einen unbeteiligten Dritten normalerweise auch nicht erkennbar sind. Im gezeigten Umfang wird der Vorrang der subjektiven vor der objektivierten Vertragsauslegung eingeschränkt (BGE [130 III 554](#) E. 3.1 S. 557). Die Eigentümer der berechtigten und belasteten Grundstücke sind im vorliegenden Fall nicht die Begründungsparteien, deren wirklicher Wille auch nicht festgestellt werden können.» (BGE [139 III 404](#) E. 7.1 S. 406 f.). Im Rahmen der *Vertragsauslegung nach Treu und Glauben* kommen die *Regeln der objektivierten Vertragsauslegung* sowie das *Vertrauensprinzip* zur Anwendung, wenn die Auslegung auf ein sachgerechtes Ergebnis abzielen soll bzw. sich der wirkliche Willen der Parteien nicht mehr eruieren lässt, sowie in Sachlagen, in denen einzelne Vertragserklärungen strittig sind (dazu PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020, N 1224 ff.).

[25] Bleibt infolgedessen eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen, kommt bei der Auslegung eines Baurechtsvertrags – und damit bei der Bestimmung von dessen Inhalt – das Vertrauensprinzip zum Tragen. Eine Vertragserklärung ist in Anwendung dieses Prinzips so auszulegen, wie die entsprechende Erklärung ihrem Sinn und Zusammenhang nach nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste: «[...] celui qui procède à l'interprétation devra rechercher, en appliquant le principe de la confiance, le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques en fonction de l'ensemble des circonstances [...]. Cette interprétation dite objective, qui relève du droit, s'effectuera non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais également sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées [...], à l'exclusion des circonstances postérieures [...]» (BGE [142 III 239](#) E. 5.2.1 S. 253).

[26] Betreffend den *zeitlichen Bezug* der Auslegung sowie die Vorgehensweise bei der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip hat das Bundesgericht in einem Entscheid, in welchem es zwar um eine Frage der Auslegung eines Ehevertrages ging – und nicht um einen Baurechtsvertrag, obschon hinsichtlich der Auslegungsgrundsätze in beiden Fällen die gleichen Grundsätze zur Anwendung gelangen –, folgendermassen Stellung genommen: «Hat das kantonale Gericht – wie hier – einen wirklichen Willen nicht feststellen können, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip, welchen Inhalt der Ehevertrag vom 5. September 1997 hat. Die Erklärung ist danach so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste [...]. Die Auslegung hat grundsätzlich *ex tunc* zu erfolgen, also bezogen auf den Zeitpunkt oder Zeitraum des Vertragsschlusses [...]. Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Erklärungen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind [...]. Ausserdem hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben [...]. Auch wenn der gewählte Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt [...]. Wenn aus objektiven Umständen das objektive Vertragsverständnis hergeleitet werden soll, muss die Auslegung zu einem zweifelsfreien Ergebnis führen [...]. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei überprüft, wobei es an die vorinstanzlichen Feststellungen zu den tatsächlichen Umständen des Vertragsschlusses gebunden ist [...]» (Urteil [5A 550/2019](#) vom 1. September 2020, E. 6.1; vgl. ferner BGE [144 III 327](#) E. 5.2.2.1 S. 333 m.H.; BGE [142 III 671](#) E. 3.3 S. 675 m.H.; BGE [142 III 239](#) E. 5.2.1 S. 253 m.H.; BGE [140 III 134](#) E. 3.2 S. 139 m.H.; BGE [132 III 268](#) E. 2.3.2 S. 275 m.H.; Urteil [5A 109/2018](#) vom 20. April 2018, E. 7.1 m.H.; Urteil [5A 927/2017](#) vom 8. März 2018, E. 6.1 m.H.; vgl. zur Frage der Auslegung *ex tunc* ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1223).

[27] In casu konnte kein *tatsächlich übereinstimmender Wille* der Vertragsparteien weder in Bezug auf die Bestimmung des Basislandwerts noch hinsichtlich der Frage, mit welchem Zinssatz der Basislandwert zu multiplizieren ist, um den Baurechtszins zu ermitteln, ausgemacht werden, weshalb das Bundesgericht korrekt schlussfolgerte, dass der streitgegenständliche Baurechtsvertrag nach dem *Vertrauensprinzip* auszulegen ist. Dies ist bei den nachfolgenden Ausführungen stets zu berücksichtigen.

(b) Klassifizierung von Baurechtsverträgen

[28] Für die Beantwortung der Frage, wie der Basislandwert im vorliegenden Sachverhalt zu bestimmen ist, ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, wie der vorliegende Baurechtsvertrag zu qualifizieren bzw. welchem der gängigen Baurechtstypen er zu unterstellen ist. In der sachenrechtlichen Praxis werden die Baurechtsverträge nämlich anhand verschiedener Kriterien klassifiziert. Vor diesem Hintergrund haben sich die folgenden Baurechtsvertragstypen herausgebildet: Das «Basler Modell», das «Zürcher Modell», das «Stadtzürcher Modell» sowie der «Traditionelle Baurechtsvertrag» (dazu der von der Wüest Partner AG erstellte Schlussbericht «Baurecht unter der Lupe» [zit. BWO-Baurecht], 2017, Ziff. 3.7 ff., abrufbar unter [«Baurecht unter der Lupe, Schlussbericht»](#), besucht am 6. Februar 2021).

[29] Qualifizierendes Merkmal des «Basler Modells» ist die grundsätzliche Gleichberechtigung von Baurechtsnehmer und -geber: Bei diesem Modell werden die Risiken und die Rendite partnerschaftlich aufgeteilt im Verhältnis zu den entsprechenden Beiträgen der am Baurechtsvertrag beteiligten Partner, d.h. im Verhältnis des Landwerts auf Seiten des Baurechtsgebers zu den in das Gebäude getätigten Investitionen auf Seiten des Baurechtsnehmers (BWO-Baurecht, Ziff. 3.9). Der Baurechtszins des Baurechtsgebers berechnet sich demnach nach folgender Formel: $\text{Nettoertrag} * \text{Landwert} / [\text{Landwert} + \text{Gebäudewert}]$ (BWO-Baurecht, Ziff. 3.9). Bei Veränderungen des Landwerts infolge Bodenpreisänderungen, bei Änderungen des Kapitaleinsatzes des Baurechtsnehmers wegen Teuerung der Baukosten oder bei Änderungen des Nettomietetrags infolge Mietpreisschwankungen ist eine Anpassung des Baurechtszinses vorzunehmen, damit dem Grundsatz der partnerschaftlichen Aufteilung Rechnung getragen werden kann (BWO-Baurecht, Ziff. 3.9). Die gleichmässige Partizipation an der Entwicklung der Liegenschaft sowie die Tatsache, dass der Aufwand für den Baurechtszins für den Baurechtsnehmer nie in einem Missverhältnis zu den entsprechenden Erträgen steht, sind klare Vorteile dieses Modells (BWO-Baurecht, Ziff. 3.9). Der grosse Nachteil dieses Modells liegt darin, dass das Gebäude mit dem Zeitverlauf an Wert verliert, während dem die Landpreise grundsätzlich mit der Zeit ansteigen: Damit wird der implizite Kapitaleinsatz – und infolgedessen die Baurechtszinse – bis zum nächsten Sanierungszeitpunkt zu Ungunsten des Baurechtsnehmers verschoben (BWO-Baurecht, Ziff. 3.9). Ein weiterer Nachteil liegt sodann darin, dass Baurechtsanpassungen relativ aufwändig sind, jedoch häufig vorkommen, der Marktwert der gesamten Liegenschaft noch der Gebäudewert bzw. Landwert jedoch einfach zu beobachten sind (BWO-Baurecht, Ziff. 3.9). Die Verknüpfung mit dem Nettoertrag setzt zudem voraus, dass der Baurechtsnehmer stets die entsprechenden Informationen offen zu legen hat (BWO-Baurecht, Ziff. 3.9). Die Heimfallentschädigung bei diesem Modell berechnet sich wie folgt: $\text{Marktwert der Liegenschaft} * \text{Landwert} / [\text{Landwert} + \text{Gebäudewert}]$ (BWO-Baurecht, Ziff. 3.9).

[30] Das «Zürcher Modell» ist für diejenigen Parteien interessant, die die Unsicherheiten und Herausforderungen von zukünftigen Baurechtsanpassungen und Heimfallentschädigungen – soweit möglich – aus dem Weg gehen möchten (BWO-Baurecht, Ziff. 3.10). Die Vorgehensweise bei dieser Variante ist wie folgt: Die Parteien einigen sich im gegenwärtigen Zeitpunkt über die Parameter und deren mögliche zukünftige Entwicklung und berechnen gestützt darauf den heutigen Gegenwartswert – d.h. den Barwert – dieser künftigen Zahlungen, wobei dieser Barwert im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Rahmen einer Einmalzahlung zu leisten ist (BWO-Baurecht, Ziff. 3.10). Die Vorteile dieses Modells sind die Folgenden: keine späteren Anpassungen und folglich keine Anpassungsrisiken, geringer Aufwand für die Baurechtsverwaltung und keine potentiellen späteren Zahlungsverzüge. Demgegenüber ist ein Nachteil dieses Modells, dass der Baurechtsnehmer im gegenwärtigen Zeitpunkt über genügend Eigenkapital verfügen muss für die Leistung der Einmalzahlung (BWO-Baurecht, Ziff. 3.10). Sodann besteht auch kein Anreiz für den Baurechtsnehmer, die Liegenschaft auch kurz vor dem Heimfall noch entsprechend zu unterhalten (BWO-Baurecht, Ziff. 3.10). Das «Zürcher Modell» dürfte demnach für kürzere Laufzeiten interessant sein, da der gegenwärtige Barwert umso kleiner ist, je weiter in der Zukunft die potentiellen (Baurechts-)Erträge liegen: Die Einmalzahlung wird durch ein zusätzliches Laufzeitjahr bei kurzer Vertragsdauer noch stark erhöht, wohingegen die Einmalzahlung bei Verträgen mit langen Vertragsdauern nahezu unverändert bleibt (BWO-Baurecht, Ziff. 3.10).

[31] Beim «Stadtzürcher Modell» vergibt in der Regel die Stadt Zürich das Baurecht, welches sich am traditionellen Baurechtsvertrag mit der jährlichen Zinszahlung orientiert (BWO-Baurecht, Ziff. 3.8). Bei diesem Modell ist der Heimfall detailliert und eher baurechtsgeberfreundlich definiert: Die Heimfallentschädigung stützt sich auf die nicht amortisierten Nettoanlagekosten – d.h. Erstellungskosten zzgl. wertvermehrende Investitionen, abzgl. Subventionen –, wobei ab dem 11. Jahr 0.5 % der Nettoanlagekosten zu amortisieren und 1 % des

Gebäudeversicherungswertes in einen Erneuerungsfonds zu investieren sind (BWO-Baurecht, Ziff. 3.8). Beim Heimfall fallen nicht verwendete Gelder aus dem Erneuerungsfonds dem Baurechtsgeber zu (BWO-Baurecht, Ziff. 3.8). Ein Vorteil besteht bei diesem Modell im starken Anreiz, die Liegenschaft stets gut zu unterhalten, zudem sind die Baurechtszinse mehrheitlich baurechtsnehmerfreundlich (BWO-Baurecht, Ziff. 3.8).

[32] Beim Modell «Traditioneller Baurechtsvertrag» berechnet sich der Baurechtszins gemäss folgender Formel: Verkehrswert des Landes * Zinsfuss der Kantonalbank bzw. hypothekarischer Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen. Als alternative Berechnungsvariante ist Folgendes möglich: Der Baurechtsvertrag wird so konzipiert, dass der Zins als Anteil am Wert der Gesamtanlage – Grundstück und Gebäude – berechnet wird (BWO-Baurecht, Ziff. 3.7). Der Baurechtszins ist an den Wert des Landes, auf welchem das Grundstück steht, sowie an den Hypothekarzinssatz indexiert (BWO-Baurecht, Ziff. 3.7). Bei dieser Kategorie von Baurechtsverträgen wird also nicht direkt der Ertrag der Liegenschaft selbst in die Berechnung einbezogen, sondern die Wertsteigerung des Landes (BWO-Baurecht, Ziff. 3.7). Die Heimfallentschädigung bei diesem Modell beträgt in der Regel 100 % des Verkehrs- bzw. Zustandswertes und wird durch eine Schätzung festgelegt (BWO-Baurecht, Ziff. 3.7). Anzumerken hierbei ist, dass sich damit die Heimfallentschädigung mit den effektiven Erstellungskosten sowie den wertvermehrenden Investitionen deckt, wobei die Deckung jedoch nicht 100 % beträgt (BWO-Baurecht, Ziff. 3.7). Zusammengefasst wird der Baurechtszins hauptsächlich an die Wertschwankung des Landes angepasst, wobei der Ertrag der Liegenschaft selbst nicht direkt berücksichtigt wird (dazu E. 5.5).

[33] Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt stellte sich die Frage, in welche dieser Kategorien sich der streitgegenständliche Baurechtsvertrag einordnen lässt. Wie das Bundesgericht in E. 5.4 zutreffend betont, hatten sich die Parteien, als sie den Vertrag abschlossen, am vertraglich vereinbarten Quadratmeterpreis orientiert und den so ermittelten Wert [Basislandwert] zum «jeweiligen Zinssatz der Bank C. für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten verzinst». Diese Vorgehensweise lässt sich somit unter den Typus des o.g. «Traditionellen Baurechtsvertrags» subsumieren. Der streitgegenständliche Baurechtsvertrag ist demnach in Anwendung des Vertrauensprinzips und unter Berücksichtigung der Kategorisierung als *traditioneller Baurechtsvertrag* auszulegen (vgl. E. 5.5).

[34] Dies führt zur Frage, mit welchem «Wert» des Landes der Baurechtszins in Anwendung der Berechnungsformel des traditionellen Baurechtsvertrages zu ermitteln ist. Der Beschwerdeführer hielt in casu selbst dafür, dass in der streitgegenständlichen Klausel der Basislandwert im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem Wert des *unbebauten Landes* entspreche (vgl. E. 5.5.1). Im Schrifttum ist ebenfalls anerkannt, dass der Baurechtszins nur dann als Grundrente qualifiziert werden kann, wenn er als Preis für die Bodennutzung eines *unüberbauten Grundstückes* eingestuft wird, weshalb bei der Zinsberechnung auf den Verkehrswert des Grundstücks abgestellt wird und vor diesem Hintergrund vom Verkehrswert einer unüberbauten Liegenschaft ausgegangen wird (vgl. PETER ISLER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss. Zürich, Bern 1973, S. 133). Das Bundesgericht folgerte daher nachvollziehbar, dass in casu – unter Berücksichtigung des von den Parteien gewählten Vertragstypus und der diesem innewohnenden Logik – der Verkehrswert der Liegenschaft sich mit dem Landwert deckt: Deshalb ist für die Bestimmung des Landwertes im Zusammenhang mit der Anpassung des Baurechtszinses i.S.v. Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983 auf den *Wert des unüberbauten Grundstückes* abzustellen (vgl. E. 5.5.2, 5.5.3).

(c) Ermittlung des Baurechtszinses

[35] Vorliegend war ferner umstritten, welcher Zinssatz bei der Berechnung des Baurechtszinses zur Anwendung gelangt. Die Parteien hatten bei Vertragsschluss den von der Bank C. angewendeten Zinssatz für erstrangige Hypotheken auf Wohnbauten als Referenzzinssatz vereinbart (vgl. E. 6.5). In einem Entscheid aus dem Jahr 1986 hielt das Bundesgericht in diesem Zusammenhang fest, dass damals der Zinssatz für erstrangige Hypotheken von Kantonalbanken mit den üblicherweise aus Immobilieninvestitionen resultierenden Erträgen gleichzusetzen ist: «On peut retenir, avec la cour cantonale, que le rendement des fonds propres est admissible, en règle générale, lorsqu'il n'excède pas de plus de 1/2% le taux de l'intérêt hypothécaire de premier rang pratiqué par les grandes banques. Ce taux correspond en effet au revenu de placements de capitaux comparables à l'investissement immobilier, et une faible majoration peut être admise au regard du caractère de la législation, qui se limite à

sanctionner les abus [...]» (BGE [112 II 149](#) E. 2b S. 152). Hierauf Bezug nehmend betonte das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid einleuchtend: «Mit anderen Worten wollten der Gesetzgeber und die Rechtsprechung dem Liegenschaftseigentümer einen Ertrag zugestehen, der mit dem üblicherweise aus einer (langfristigen) Immobilieninvestition fließenden Ertrag vergleichbar ist. Massgeblich war, wie gesagt, der Zinssatz einer Gross- oder einer Kantonalbank für erstrangige Hypotheken.» (E. 6.5.1).

[36] Im Zusammenhang mit dem Mietrecht gilt es ferner zu beachten, dass seit 1. Januar 2008 für Mietzinsanpassungen aufgrund von Änderungen des Hypothekarzinssatzes ein gesamtschweizerischer *Referenzzinssatz* zur Anwendung gelangt (vgl. E. 6.5.2). Dabei sind die Art. 12, 12a und 13 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990 (VMWG) von Relevanz. Der Referenzzinssatz nach VMWG ist dann einschlägig, wenn der Zinssatz der im örtlichen Hypothekargeschäft führenden Bank massgebend war (vgl. E. 6.5.2). Art. 12 a VMWG legt in Bezug auf den Referenzzinssatz für Hypotheken fest: «Für Mietzinsanpassungen aufgrund von Änderungen des Hypothekarzinssatzes gilt ein Referenzzinssatz. Dieser stützt sich auf den vierteljährlich erhobenen, volumengewichteten Durchschnittzinssatz für inländische Hypothekarforderungen und wird durch kaufmännische Rundung in Viertelprozenten festgesetzt.»

[37] Bei seiner Auslegung nach dem Vertrauensprinzip gelangte das Bundesgericht vorliegend zum Schluss, dass die am Baurechtsvertrag beteiligten Parteien mit der Formulierung «Verzinsung des jeweiligen Basislandwertes zum jeweiligen Zinssatz der Bank C. für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten» nicht ausschliesslich diesen Zinssatz gemeint haben, sondern mit der Formulierung der Baurechtsgeberin einen Ertrag haben ermöglichen wollen, der sich mit dem *üblicherweise aus einer Immobilieninvestition fließenden Ertrag* – der zurzeit durch den in Art. 12a Abs. 1 VMWG normierten *Referenzzinssatz* zum Ausdruck gebracht wird – vergleichen lässt (vgl. E. 6.6). Infolgedessen war im vorliegenden Sachverhalt – anstelle des Zinssatzes der Bank C. für erstrangige (variable) Hypotheken für Wohnbauten – richtigerweise der Referenzzinssatz gemäss VMWG massgebend (vgl. E. 6.6). Vor diesem Hintergrund war bei der Berechnung des Baurechtszinses der Basislandwert mit dem Referenzzinssatz i.S. der VMWG zu multiplizieren.

(d) Praxisrelevante Schlussfolgerungen

[38] Bei der Auslegung eines Baurechtsvertrages kommen die üblichen obligationenrechtlichen Regeln der Vertragsauslegung zum Zug. Wenn – wie vorliegend – kein wirklicher Wille der Vertragsparteien festgestellt werden kann, ist der Inhalt des Vertrages nach dem *Vertrauensprinzip* zu ermitteln und die streitgegenständliche Erklärung so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben – im Zeitraum des Vertragsschlusses – verstanden werden durfte und musste.

[39] Im Zusammenhang mit der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip ist zudem der Frage Beachtung zu schenken, welchem *Baurechtsvertragstypus* sich der betroffene Baurechtsvertrag zuordnen lässt. In der Praxis werden die Baurechtsverträge gemeinhin in vier Kategorien eingeteilt: «Basler Modell», «Zürcher Modell», «Stadtzürcher Modell» und «Traditioneller Baurechtsvertrag». Je nachdem, welchem Typus ein Baurechtsvertrag zugeordnet werden kann, ist die dem entsprechenden Typus *inhärente Logik* bei der Auslegung der betroffenen Klausel zu berücksichtigen.

[40] Soll einem Baurechtsgeber aus dem Baurechtszins ein Ertrag ermöglicht werden, der mit dem üblicherweise aus einer (langfristigen) Immobilieninvestition fließenden Ertrag vergleichbar ist, wird dieser zurzeit durch den in Art. 12a Abs. 1 VMWG definierten *Referenzzinssatz* zum Ausdruck gebracht.

PHILIPP EBERHARD, MLaw, Rechtsanwalt, Universität Luzern.

Zitiervorschlag: Philipp Eberhard, Berechnungsparameter des Baurechtszinses, in: dRSK, publiziert am 25. Februar 2021

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch