

# Rechtsprechung

## Urteilsanmerkung Zivilrecht

Professor *Peter Gauch*, Freiburg

### **BGE 107 II 343: Grundlagenirrtum und Clausula rebus sic stantibus**

#### **I. Der Fall** (BGE 107 II 344 f.)

1. Durch Vertrag vom 30. September 1971 räumt Rudolf Rohr dem Fritz Baumann auf seinen im «Korbackergebiet» in Hunzenschwil gelegenen Parzellen Nrn. 597 und 599 ein *Bau-recht für 50 Jahre* ein. Vereinbart wird ein jährlicher Bauzins von Fr. 21 618.– (mit Teuerungsklausel). Die Überbauung der Parzelle 597 bietet keine Schwierigkeit. Anders verhält es sich mit der Parzelle 599:

2. Ein erstes Baugesuch, das Baumann für ein «Gebäude mit Ausstellungs-, Büro- und Lagerräumen» auf der *Parzelle 599* einreicht, wird vom Gemeinderat im September 1973 abgeschrieben, weil der Zugang zur Parzelle (der Korbackerweg) ungenügend ausgebaut sei. Später, im Januar 1975, empfiehlt die Gemeinde dem Fritz Baumann, auf der Parzelle 599 eher einen Bau für gewerbliche Zwecke vorzusehen. Aber erst im Mai 1978 stellt Baumann ein weiteres Baugesuch, das jetzt ein Gebäude mit Werkstätten betrifft. Diesem Gesuch halten Gemeinde und angerufene Beschwerdeinstanz entgegen, dass vor Verbesserung der Strassenverhältnisse keine Baubewilligung mehr erteilt werde; der Gemeinderat habe seine bisherige Bewilligungspraxis geändert, weil sich die Aussichten auf eine baldige Sanierung der Strassenverhältnisse im Korbackergebiet seit 1975 verschlechtert hätten. Im Jahr 1979 wird der Zonenplan revidiert und das Korbackergebiet samt Parzelle 599 der Gewerbezone zugewiesen.

3. Fritz Baumann, der glücklose Gesuchsteller, weigert sich seit 1975, die vereinbarten Baurechtszinse für die Parzelle 599 zu bezahlen. Frau Rohr, Rechtsnachfolgerin des inzwischen verstorbenen Rudolf Rohr, setzt sich zur Wehr. Im November 1979 reicht sie eine Forderungsklage auf Bezahlung der ausstehenden

Beträge nebst Verzugszins ein. Der beklagte Baumann bestreitet die eingeklagte Forderung und verlangt mit Widerklage, dass der Bau-rechtsvertrag mit Bezug auf die Parzelle 599 wegen Grundlagenirrtums ungültig erklärt und die Klägerin zur Zahlung von Fr. 16 793.80 nebst Zins verurteilt werde<sup>1</sup>. Das Bezirksgericht (erste Instanz) und das Obergericht (Appellationsinstanz) schützen die Klage und weisen die Widerklage ab. Gegen das Urteil des Obergerichts legt der Beklagte Berufung beim Bundesgericht (Art. 43 OG) ein.

#### **II. Der Entscheid** (BGE 107 II 345 ff.)

4. Mit Entscheid vom 18. September 1981 weist das Bundesgericht die Berufung des Fritz Baumann ab und bestätigt das Urteil des kantonalen Obergerichts. In *tatsächlicher Hinsicht* geht es aus von folgenden (für die vorliegende Besprechung massgeblichen) Feststellungen (S. 346): «Die Überbauung der Parzellen» war nicht nur «von beiden Vertragspartnern» bei Vertragsabschluss «bejaht worden, sondern während einiger Jahre auch möglich»; nämlich bis zum Zeitpunkt, da die Behörden den vorgesehenen Ausbau des Korbackerweges nach 1975 wegen einer allgemeinen Verkehrsplanung zurückstellen und deshalb ihre (Bau-) Bewilligungspraxis ändern mussten. Mit dieser Praxisänderung wurde die Überbauung nur vorübergehend, bis zur Sanierung der örtlichen Verkehrsverhältnisse, gestoppt. «Der angebliche Irrtum des Beklagten» (Fritz Baumann) «betrifft somit einen Zustand, der erst nachträglich eingetreten ist» und «wieder beseitigt werden soll».

5. In *rechtlicher Hinsicht* verneint das Bundesgericht das Vorliegen eines Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) und führt zur Begründung aus (S. 346 f.): Der Beklagte macht geltend, «zusammen mit dem Grundeigentümer habe er die (in naher Zukunft) realisierbare Überbauung der Parzelle 599 als Vertragsgrundlage betrachtet». Diese Vorstellung aber entsprach der Wirklichkeit, da der Beklagte während einiger Jahre die Möglichkeit hatte, die Parzelle (für ein Gewerbe) zu überbauen.

<sup>1</sup> Ein zusätzliches Feststellungsbegehren wurde später fallengelassen.

Deshalb befand sich der Beklagte in keinem Grundlagenirrtum, obwohl die Behörden ihre Bewilligungspraxis später geändert haben. Dass der Beklagte bei Vertragsabschluss der Meinung war, er dürfe mit der Ausführung seiner Bauvorhaben noch mehrere Jahre zuwarten, bringt er selber nicht vor.

Aber nicht nur ein Grundlagenirrtum fällt ausser Betracht. Vielmehr fehlt es (wie das Bundesgericht festhält) auch an den Voraussetzungen, die einen richterlichen *Eingriff in den Vertrag wegen «veränderter Verhältnisse»* rechtfertigen würden (S.347f.). Ein solcher Eingriff «ist ... nur zulässig, wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung infolge ausserordentlicher Umstände so gestört ist, dass das 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». «Dass diese Voraussetzungen hier zu trafen, lässt sich schon angesichts des (nur) vorübergehenden Baustopps nicht sagen.»

### III. Der Kommentar

6. Am Anfang des Streitfalls steht der Abschluss eines Baurechtsvertrages zwischen Rudolf Rohr und Fritz Baumann. *Der Baurechtsvertrag* ist ein Schuldvertrag. Darin verpflichtet sich ein Grundeigentümer, sein Grundstück für eine gewisse Zeit mit einer Dienstbarkeit zu belasten, die dem Vertragspartner die Befugnis (das «Baurecht»<sup>2</sup>) verleiht, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten (Art. 779 Abs. 1 ZGB) und daran (in Durchbrechung des Akzessionsprinzips) Eigentum zu haben (Art. 675 Abs. 1 ZGB)<sup>3</sup>. Dieses Recht entsteht erst mit seiner Eintragung im Grundbuch (Art. 675 Abs. 1 ZGB), weshalb es – genau genommen – nicht schon im Baurechtsvertrag «eingeräumt» wird. Handelt es sich um ein «selbständiges und dauerndes» Recht<sup>4</sup>, so bedarf der Baurechtsvertrag öffentlicher Beurkundung (Art. 779a ZGB); und das Baurecht kann alsdann «als Grundstück» (Art. 655 ZGB) in das Grundbuch aufgenommen werden

<sup>2</sup> Dazu *Liver*, SPR V/1, S. 184ff.; *Piotet*, SPR V/1, S. 594ff.; *Tuor/Schnyder*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Nachdruck 1979, S. 659ff.

<sup>3</sup> *Peter Isler*, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 423 (Zürcher Dissertation), Bern 1973, S. 17.

<sup>4</sup> Zum Begriff der «selbständigen und dauernden» Rechte: *Tuor/Schnyder*, a. a. O., S. 540.

(Art. 779 Abs. 3 ZGB). Entgeltlichkeit gehört nicht zu den Wesensmerkmalen des Baurechtsvertrages, war vorliegend aber in Form eines jährlichen Bauzinses vereinbart.

7. Der *Grundlagenirrtum*, auf den sich der beklagte Fritz Baumann beruft, ist in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geordnet<sup>5</sup>. Es handelt sich um einen (ausnahmsweise) wesentlichen Irrtum im Motiv, der den Vertrag für den Irrenden unverbindlich macht (Art. 23 OR). Nach richtiger (aber umstrittener) Auffassung kann dieser Irrtum sich nur auf gegenwärtige oder vergangene Sachverhalte beziehen<sup>6</sup>, nicht auf «veränderte Verhältnisse», die erst nach Vertragsabschluss eintreten. Denn «irren» kann man nur über die Gegenwart oder Vergangenheit, nicht auch über die Zukunft<sup>7</sup>. Auch bietet die Rechtsfolge der einseitigen Unverbindlichkeit (Art. 23 OR) keine angemessene Lösung für die Fälle «veränderter Verhältnisse». Nach dieser Auffassung ist dem Bundesgericht, das im vorliegenden Fall einen Grundlagenirrtum abgelehnt hat, ohne weiteres zuzustimmen. Denn die Überbaubarkeit der Parzelle wurde erst durch eine spätere Praxisänderung der Behörden (also nach Vertragsabschluss) ausgeschlossen. Beizufügen bleibt ein Dreifaches:

– Auch das Bundesgericht geht offenbar von der Annahme aus, dass es keinen Grundlagenirrtum über künftige Sachverhalte gibt. Jedenfalls hält es fest, dass «falsche Erwartungen einer Partei ... für einen solchen Irrtum zum vorneherein nicht» genügen (S. 347). Da alles «Zukünftige» nur Gegenstand von Erwartungen sein kann, wird mit diesem Satz ein Grundlagenirrtum für künftige Sachverhalte ausgeschlossen. Das entspricht exakt der Meinung, die das Bundesgericht dem Grundsatz nach auch sonst vertritt<sup>8</sup>. In einzelnen Entscheiden vertritt das Gericht allerdings die Ansicht, dass künftige Sachverhalte ausnahmsweise doch Gegenstand eines Grundlagenirrtums sein können

<sup>5</sup> Vgl. dazu *Kolly*, Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts, Diss. Freiburg 1978.

<sup>6</sup> *Guhl/Merz/Kummer*, S. 122; *Jäggi/Gauch*, N 610ff. zu Art. 18 OR; *Kolly*, a. a. O., S. 97f.; *Merz*, N 194 zu Art. 2 ZGB; *Oftinger*, SJZ 36 (1939/40) 245; *Tercier*, JT 127 (1979) I 199f. Anders (wenn auch differenziert) z. B. *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, S. 177.

<sup>7</sup> *Pra* 22 (1933) 465; *RGZ* 106 (1923) 398; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 122; *Stötter*, AcP 166 (1966) 172; *Wieacker*, in Festschrift Wilburg, Graz 1965, S. 238; demgegenüber z. B. *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, München 1971, S. 10.

<sup>8</sup> BGE 98 II 18; 91 II 280; 66 I 312f.; 53 II 139f.; 47 II 315f.; 45 II 322.

ten; nämlich dann, wenn sie voraussehbar seien<sup>9</sup>.

- Bei oberflächlicher Betrachtung steht der besprochene Entscheid in Widerspruch zu BGE 98 II 15 ff. Darin hat das Gericht einen Grundlagenirrtum für einen Fall bejaht, in dem gekauftes Bauland erst später in die Lawinenzone einbezogen und mit Bauverbot belegt wurde. Dieser Entscheid war aber deshalb richtig, weil der Grund für den Einbezug und das Verbot, nämlich die Lawinengefahr, schon bei Vertragsabschluss bestand, weshalb es in Wirklichkeit nicht um einen reinen «Irrtum» über einen künftigen Sachverhalt ging<sup>10</sup>. Darin liegt denn auch der Unterschied zum hier behandelten Fall, wo die streitige Parzelle noch während Jahren für gewerbliche Zwecke überbaut werden durfte und erst eine spätere Änderung der Bewilligungspraxis einen (zeitlich beschränkten) Baustopp brachte. Das wird vom Bundesgericht (auf S.347) zutreffend erklärt.
- Nach der Schilderung des Sachverhaltes (Ziff. 2) war schon ein erstes Baugesuch, das Fritz Baumann noch vor der späteren Praxisänderung einreichte, erfolglos. Dieses Gesuch betraf jedoch einen nicht-gewerblichen Bau und wurde deswegen abgewiesen. Hätte Baumann das Baurecht für die Parzelle 599 gerade im Hinblick auf einen solchen Bau erworben und wären die Voraussetzungen für die nachfolgende Abweisung des Gesuchs schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorgelegen, so stände der Annahme eines Irrtums nichts entgegen. Zu prüfen wäre dann allerdings, ob der betreffende Irrtum die qualifizierenden Merkmale eines Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) aufweist, ob er rechtzeitig geltend gemacht wurde (Art. 31 OR), und ob die Berufung auf den Irrtum nicht Treu und Glauben widerspricht (Art. 25 OR). Diese Fragen werden im Entscheid nicht behandelt, sondern blieben (wie es scheint) zum vornherein ausser Diskussion.

8. Wegen nachträglicher Verhältnisänderungen kann sich zwar keine Vertragspartei auf Grundlagenirrtum berufen (Ziff. 7). Solche Än-

<sup>9</sup> Z. B. BGE 79 II 275; 41 II 365 f. (gleich oder ähnlich: v. Büren, OR I, S. 231; Deschenaux, ZSR 61, 1942, 535 a f.; v. Tuhr/Peter, S. 313, Anm. 44; kritisch und überzeugend: Kolly, a. a. O., S. 63); vgl. auch BGE 95 II 409; 55 II 188 f.; offengelassen in BGE 98 II 19 und BGE Rep 112, 1979, S. 9.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Jäggi/Gauch, N 614 zu Art. 18 OR.

derungen können aber eine Auflösung<sup>11</sup> oder eine andere Anpassung<sup>12</sup> des laufenden Vertrages unter dem Titel der «*Clausula rebus sic stantibus*» rechtfertigen. Ob eine Anpassung des Vertrages und welche (z. B. Auflösung oder Inhaltsänderung) eintritt, entscheidet sich in erster Linie nach Vertrag und Gesetz. Sind Vertrag und Gesetz lückenhaft, indem sie darüber schweigen, so muss der Richter die Frage selbst, mit einer eigenen Regel, entscheiden. Vor dieser Aufgabe stand im vorliegenden Fall auch das Bundesgericht. Es befasste sich mit der Möglichkeit einer richterlichen Vertragsanpassung, entschied jedoch, dass eine Anpassung in concreto nicht gerechtfertigt sei. Die einschlägigen Erwägungen (S. 347 f.) geben Anlass zu folgenden Bemerkungen:

- Zu Recht hält das Bundesgericht fest, dass jede Partei das Risiko veränderter Verhältnisse grundsätzlich selber zu tragen hat, also keine richterliche Vertragsanpassung verlangen kann (S. 347). Das entspricht der selbstverständlichen Regel, wonach Verträge zu halten sind («*pacta sunt servanda*»). Eine Ausnahme rechtfertigt sich nur (aber immerhin) dort, wo der Grundsatz von Treu und Glauben eine Berücksichtigung der veränderten Verhältnisse gebietet<sup>13</sup>.
- Die Anpassung an veränderte Verhältnisse wird im besprochenen Entscheid unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) behandelt (S. 348), was mit der allgemeinen Gerichtspraxis<sup>14</sup> und einem Teil der Lehre<sup>15</sup> übereinstimmt. In der früheren Rechtsprechung<sup>16</sup> dagegen (und auch kürzlich wieder<sup>17</sup>) hat das Bundesgericht die Anpassung des Vertrages als Fall einer richterlichen Vertragsergänzung aufgefasst. Diese Auffassung, die «keiner Abstützung durch die Rechtsmissbrauchsnorm»<sup>18</sup> bedarf, verdient den Vorzug. Sie befreit die Vertragsanpassung nicht nur

<sup>11</sup> Mit der Auflösung wird der Vertrag nicht als «unverbindlich erklärt» (ungenau: BGE 107 II 347).

<sup>12</sup> Neben der Auflösung des Vertrages kommen auch eine Verlängerung des Vertrages und eine inhaltliche Änderung («Vertragsänderung»: BGE 59 II 375) in Frage. Die Meinung, dass der Richter die Verhältnisänderung nur durch Vertragsauflösung oder dann überhaupt nicht berücksichtigen könne, gilt heute als überholt (Jäggi/Gauch, N 636 zu Art. 18 OR, mit Zitaten und Gegenzitaten; vgl. auch BGE 97 II 398; 68 II 173; 59 II 375 ff.; 47 II 319).

<sup>13</sup> Im einzelnen: Jäggi/Gauch, N 633 zu Art. 18 OR.

<sup>14</sup> Z. B. BGE 101 II 19; 100 II 349; 97 II 398; 68 II 173.

<sup>15</sup> Z. B. Deschenaux, SPR II, S. 200 ff.; Oftinger, SJZ 36 (1939/40) 246 f. Anders aber: Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, S. 355; v. Büren, OR I, S. 401 ff.; Guhl/Merz/Kummer, S. 274; Merz, N 221 ff. (insbesondere N 228) zu Art. 2 ZGB.

<sup>16</sup> Z. B. BGE 59 II 376 f.; 47 II 318.

<sup>17</sup> BGE 107 II 144 (S. 149).

<sup>18</sup> Merz, N 220 zu Art. 2 ZGB.

vom schreckhaften Bild eines «richterlichen Eingriffs». Vielmehr trifft sie die Wirklichkeit, da der Richter durch die Anpassung eine vom Vertrag nicht geregelte Frage entscheidet und damit eine Vertragslücke (eine Anpassungslücke) ausfüllt<sup>19</sup>. Zu beachten ist allerdings, dass es sich hierbei nicht um eine «gewöhnliche», sondern um eine qualifizierte (eine «korrigierende») Vertragsergänzung handelt: Der Vertrag wird ergänzt und zugleich korrigiert<sup>20</sup>. Das erlaubt eine umfassende Lösung der Anpassungsfrage (z. B. auch eine Verlängerung oder inhaltliche Änderung des Vertrages), während der Gedanke des Rechtsmissbrauchs lediglich die Unzulässigkeit der Rechtsausübung begründet<sup>21</sup> und daher nicht ausreicht.

- Nach der Formulierung des Bundesgerichts ist eine Vertragsanpassung nur dann zulässig, «wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung» infolge der Verhältnisänderung so gestört wurde, «dass das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses» darstellt (S. 348). Diese Formulierung ist ungenau. Denn der richterlichen Vertragsanpassung unterliegen auch andere als Austauschverträge<sup>22</sup>; und bei Austauschverträgen kann sich eine Vertragsanpassung auch aus andern Gründen als einer Störung im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung rechtfertigen<sup>23</sup>. Was die Formel von der «wucherischen Ausbeutung» betrifft, so darf sie nicht als Hinweis auf den Wucherbegriff des Art. 21 OR verstanden werden. Auf ein nachträglich eingetretenes Missverhältnis nimmt Art. 21 OR weder unmittelbar Bezug, noch ist sie auf ein solches Missverhältnis analog anzuwenden<sup>24</sup>.

9. Trotz dieser zum Teil kritischen Bemerkungen ist dem Entscheid des Bundesgerichts, das die Vertragsanpassung im konkreten Falle ablehnt, im Ergebnis zuzustimmen. Dies schon

<sup>19</sup> Dass es sich um Vertragsergänzung handelt, wenn eine dispositive Anpassungsregel des Gesetzes eingreift, liegt auf der Hand. Warum es bei der Anpassung durch den Richter anders sein soll, ist nicht einzusehen.

<sup>20</sup> *Jäggi/Gauch*, N 640 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>21</sup> *Merz*, N 251 zu Art. 2 ZGB.

<sup>22</sup> *Jäggi/Gauch*, N 687 zu Art. 18 OR; *Merz*, N 237 f. zu Art. 2 ZGB.

<sup>23</sup> Z. B. deswegen, weil es einem Mieter durch nachträgliche Einführung eines Befähigungsausweises verwehrt wird, seinen Beruf in dem hierfür gemieteten Lokal auszuüben (BGE 57 II 532 ff.).

<sup>24</sup> *Merz*, ZSR 61 (1942) 500 a und N 196 zu Art. 2 ZGB; vgl. auch *Jäggi/Gauch*, N 683 zu Art. 18 OR; *Deschenaux*, ZSR 61 (1942) 540 af.; *Ottinger*, SJZ 36 (1939/40) 236; *Tercier*, JT 127 (1979) I 209 f.

deshalb, weil der beklagte Fritz Baumann es seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben hat, dass sein zweites Baugesuch schliesslich unter die geänderte Bewilligungspraxis der Behörden fiel. Auch musste Fritz Baumann vernünftigerweise schon bei Vertragsabschluss mit der Möglichkeit rechnen, dass die Bewilligungspraxis im Laufe der Jahre geändert würde. Die Praxisänderung war deshalb «vor- aussehbar», was einer Vertragsanpassung nach Treu und Glauben grundsätzlich entgegen steht<sup>25</sup>. Selbst dann, wenn mit der Praxisänderung ein definitiver Baustopp eingetreten wäre, hätte unter diesen Umständen eine Auflösung oder eine andere Anpassung des Vertrages nicht Platz greifen dürfen. Umgekehrt genügt der nur vorläufige Charakter eines Baustopps nicht, um eine Vertragsanpassung zum vornherein auszuschliessen; dies schon gar nicht, wenn die Dauer des Baustopps (wie vorliegend) ungewiss ist.

## Urteilsanmerkung Zivilrecht

PD Dr. *Heinz Rey*, Zürich

### **BGE 107 II 331: Richterliche Ablösung einer Grund- dienstbarkeit \***

Die Klägerin hat im Jahre 1977 eine im Baugebiet (W2) gelegene Parzelle erworben, um diese mit Ferienhäusern zu überbauen. Diese Liegenschaft ist mit einer Grunddienstbarkeit belastet, welche ein Bauverbot beinhaltet. Das berechtigte Grundstück, welches im Eigentum der Beklagten steht, befindet sich im sog. übrigen Gemeindegebiet und wird landwirtschaftlich genutzt. Der Vater der Beklagten hatte dieses Grundstück im Jahre 1932 käuflich erworben. Gleichzeitig wurde zugunsten dieses nunmehr im Eigentum der Beklagten stehenden Grundstückes und zu Lasten des Restgrund-

<sup>25</sup> Vgl. *Jäggi/Gauch*, N 663 ff. zu Art. 18 OR mit zahlreichen Zitaten. Anders verhält es sich nur dann, wenn eine spätere Verhältnisänderung nach den von beiden Parteien bei Vertragsabschluss übereinstimmend «angenommenen Voraussetzungen abgeschlossen» ist (Art. 373 Abs. 2 OR, sinngemäss). In diesem Sonderfall, der hier aber nicht vorliegt, bildet die Voraussehbarkeit der Verhältnisänderung kein Hindernis für die Vertragsanpassung (*Jäggi/Gauch*, N 671 zu Art. 18 OR).

\* BGE 107 II 331 ff.; Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. Juni 1981 i. S. Klossner gegen Haus + Herd Herzogenbuchsee AG (Berufung).