



---

5A\_838/2019

**Urteil vom 15. Oktober 2020**  
**II. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichter von Werdt, Bovey,  
Gerichtsschreiberin Gutzwiller.

---

Verfahrensbeteiligte

**Stadt A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Finanzdepartement,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Reetz,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

**B.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Elisabeth Brüngger,  
Beschwerdegegner.

---

Gegenstand

Baurechtszins,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des  
Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 16. September 2019  
(LB180034-O/U).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

**A.a** Die Stadt A.\_\_\_\_\_ ist Eigentümerin des an der U.\_\_\_\_\_strasse in V.\_\_\_\_\_ liegenden, insgesamt 148'638 m<sup>2</sup> umfassenden Grundstücks Kat. Nr. xxx (vormals Nr. yyy). Bis zur Ausgliederung der Gasversorgung der Stadt A.\_\_\_\_\_ in eine selbständige Aktiengesellschaft war die Gasverwaltung die zuständige Abteilung der Stadtverwaltung für die Bewirtschaftung der fraglichen Liegenschaft. Am 28. April 1983 errichtete die Stadt A.\_\_\_\_\_, handelnd durch die Gasverwaltung, zulasten dieser Liegenschaft und zugunsten von B.\_\_\_\_\_ ein selbständiges und dauerndes Baurecht (Grundstück Kat. Nr. zzz) mit einer Fläche von 8'201 m<sup>2</sup>, davon 6'701 m<sup>2</sup> "vollwertig nutzbare" Fläche und 1'500 m<sup>2</sup> "bedingt nutzbare" Fläche.

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 m<sup>2</sup> der Baurechtsparzelle Fr. 400.-- je m<sup>2</sup> und für die restlichen 1'500 m<sup>2</sup> Fr. 200.-- je m<sup>2</sup>. 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."

**A.b** Mit zwei Nachträgen vom 26. Februar 1986 und 27. Mai 1988 wurde die Baurechtsfläche auf insgesamt 13'207 m<sup>2</sup> erweitert. Diese ist nunmehr aufgeteilt in eine vollwertig nutzbare Fläche von 9'855 m<sup>2</sup> und eine bedingt nutzbare Fläche von 3'352 m<sup>2</sup>.

**A.c** Im Jahr 1986 überbaute B.\_\_\_\_\_ das ihm zur Verfügung gestellte Land mit zwei Gewerbebauten und einem Parkhaus, welche

als Logistik- und Bürogebäude genutzt werden. Er hat die Gebäude verschiedentlich erweitert; sie sind heute vollständig miteinander verbunden. Nach eigenen Angaben erwirtschaftet B.\_\_\_\_\_ jährliche Erträge zwischen 1.6 und 1.8 Mio. Franken.

**A.d** Die Parteien passten den Baurechtszins seit dem Vertragsschluss zweimal einvernehmlich an, und zwar am 24. Februar 1994 sowie am 19. November 2004. Im Jahr 1994 gingen sie von einem Wert von Fr. 500.-- je m<sup>2</sup> für die vollwertig nutzbare Fläche und Fr. 250.-- je m<sup>2</sup> für die bedingt nutzbare Fläche aus. Im Jahr 2004 erhöhten sie den anrechenbaren Wert auf Fr. 522.-- je m<sup>2</sup> bzw. Fr. 261.-- je m<sup>2</sup>. Die Methode für die Ermittlung dieser Werte ist nicht bekannt.

**A.e** Im Hinblick auf die Anpassung des Baurechtszinses per 1. Januar 2014 konnten sich die Parteien nicht auf einen gemeinsamen Schätzungsauftrag einigen. In der Folge beauftragte B.\_\_\_\_\_ die D.\_\_\_\_\_ AG mit einer Schätzung und die Stadt A.\_\_\_\_\_ die Bank C.\_\_\_\_\_. Diese schätzte einen Landwert von Fr. 8'497'000.-- (entsprechend Fr. 643.-- je m<sup>2</sup>) unter der "Annahme, dass das Grundstück noch unbebaut im Baurecht abgegeben werden soll". Die D.\_\_\_\_\_ AG schätzte den Landwert auf Fr. 6'050'000.--. Darin wird die Liegenschaft "ohne Beachtung der Belastung des Grundstückes durch das Baurecht, aber mit Berücksichtigung der darauf befindlichen Bauten" bewertet. Aufgeteilt auf die beiden Kategorien ergaben sich nach der Schätzung der D.\_\_\_\_\_ AG Fr. 524.70 je m<sup>2</sup> für die 9'855 m<sup>2</sup> vollwertig nutzbare Fläche und Fr. 262.35 je m<sup>2</sup> für die 3'352 m<sup>2</sup> bedingt nutzbare Fläche.

In der Folge verlangte die Stadt A.\_\_\_\_\_ gestützt auf den im Gutachten der Bank C.\_\_\_\_\_ ermittelten Basislandwert multipliziert mit einem Zins von 2.5 % einen neuen Baurechtszins von Fr. 212'430.-- pro Jahr. 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.

#### **A.f**

**A.f.a** 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 Fr. 212'430.-- pro Kalenderjahr betrage. Ausserdem sei B.\_\_\_\_\_ zu verpflichten, die bis zum Urteilszeitpunkt ausstehende Differenz zzgl. Zins von 5 % seit jeweiliger Fälligkeit zu bezahlen.

**A.f.b** 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.

**A.f.c** In seinem 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. Hingegen qualifizierte es die im Baurechtsvertrag vorgesehene Regelung über die Festlegung des Baurechtszinses 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. Ausserdem stellte das Bezirksgericht fest, dass die Verzinsung des Basislandwertes gemäss dem vom Bundesamt für Wohnungswesen errechneten hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen vorzunehmen sei.

**B.**

Die Stadt A.\_\_\_\_\_ erhob am 20. August 2018 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Sie beantragte, den Entscheid des Bezirksgerichts vom 13. Juni 2018 aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an das Bezirksgericht zurückzuweisen; eventualiter sei die Klage vom 11. Februar 2016 gutzuheissen und die Widerklage vom 20. Juni 2016 abzuweisen, soweit auf diese überhaupt einzutreten sei. Am 16. September 2019 wies das Obergericht die Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen ab und bestätigte das Urteil des Bezirksgerichts.

**C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 18. Oktober 2019 gelangt die Stadt A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) an das Bundesgericht und beantragt, den Entscheid des Obergerichts vom 16. September 2019 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht, eventuell an das Bezirksgericht, zurückzuweisen. Eventualiter sei der Entscheid aufzuheben und die Klage vom 11. Februar 2016 (mitsamt der in der Replik vom 17. Januar 2017 erweiterten Rechtsbegehren)

vollumfänglich gutzuheissen und die Widerklage vom 20. Juni 2016 abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

In seiner Vernehmlassung vom 28. Juli 2020 beantragt B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegner) die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Obergericht hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Beschwerdeführerin hat innert der ihr gesetzten Frist am 31. August 2020 repliziert. Dazu hat sich der Beschwerdegegner nicht mehr vernehmen lassen.

Ausserdem hat das Bundesgericht die kantonalen Akten eingeholt.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Angefochten ist der Entscheid einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht (Art. 75 BGG) über die Festlegung eines Baurechtszinses, mithin eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG), entschieden hat. Der Streitwert erreicht Fr. 611'720.--, womit das Streitwertfordernis nach Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG erfüllt ist. Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde berechtigt (Art. 76 Abs. 1 BGG), die sie auch form- und fristgerecht (Art. 42 und Art. 100 Abs. 1 BGG) erhoben hat. Auf sie ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen einzutreten.

**1.2** Das Bezirksgericht hat seinen Entscheid in Dispositiv-Ziffer 2 als *Teilurteil* bezeichnet und das Obergericht hat diesen bestätigt (vgl. Ziff. 1 des Dispositivs: "Die Berufung wird abgewiesen und der Beschluss und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 13. Juni 2018 werden bestätigt."). Die Schweizerische Zivilprozessordnung definiert den Begriff des Teilurteils nicht (vgl. JEANDIN, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 8 zu Art. 308 ZPO). Demgegenüber umschreibt das Bundesgerichtsgesetz den Teilentscheid als Entscheid, der nur einen Teil der gestellten Begehren behandelt oder der das Verfahren nur für einen Teil der Streitgenossen abschliesst (Art. 91 BGG). Mit Bezug auf die noch nicht beurteilten Rechtsbegehren bzw. die nicht ausgeschiedenen Streitgenossen wird das Verfahren fortgesetzt. Aus der Lektüre des erstinstanzlichen Entscheids ergibt sich indes nicht, dass das Verfahren nach der Einholung eines Schätzungsgutachtens seinen Fortgang nehmen würde. Damit liegt kein Teil-, sondern ein Endentscheid vor (Art. 90 BGG).

**1.3** Die Beschwerde an das Bundesgericht ist ein reformatorisches Rechtsmittel (Art. 107 Abs. 2 Satz 1 BGG). Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben werden kann (vgl. BGE 137 III 617 E. 4.3 mit Hinweisen). Die rechtsuchende Partei darf sich grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu verlangen. Sie muss einen Antrag in der Sache stellen, also angeben, welche Punkte des kantonalen Entscheids sie anfechtet und inwiefern das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid abändern soll. Ein Aufhebungs- und Rückweisungsantrag genügt nur, wenn das Bundesgericht im Falle einer Gutheissung in der Sache naturgemäss nicht selbst entscheiden könnte (vgl. Urteile 5A\_346/2016 vom 29. Juni 2017 E. 2.1, nicht publ. in: BGE 143 III 361; 4A\_222/2016 vom 15. Dezember 2016 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 143 III 28; je mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin stellt in der Hauptsache ein Aufhebungs- und Rückweisungsbegehren. Nachdem keine der kantonalen Instanzen Feststellungen über die für einen allfälligen Zuspruch des Feststellungs- und des Leistungsbegehrens erforderlichen Tatsachen getroffen hat, könnte das Bundesgericht im Falle der Begründetheit der Beschwerde nicht in der Sache selbst entscheiden, so dass das Hauptbegehren zulässig ist.

## **2.**

**2.1** Die Beschwerde hat die Begehren und deren Begründung zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG).

Die Beschwerdeführerin verliert kein Wort darüber, weshalb der vom Obergericht bestätigte Entscheid des Bezirksgerichts, nicht auf das klägerische Feststellungsbegehren einzutreten, bundesrechtswidrig sein soll. Damit hat die Beschwerdeführerin diese Frage nicht zum Streitgegenstand der vorliegenden Beschwerde gemacht. Der Nichteintretensentscheid ist rechtskräftig; darauf könnten die kantonalen Instanzen selbst im Falle der Begründetheit der Beschwerde nicht mehr zurückkommen.

**2.2** Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht in diesem Bereich von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Es ist folglich weder an die in der Beschwerde

geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen, und es kann sie mit einer Begründung abweisen, die von der Argumentation der Vorinstanz abweicht (BGE 141 III 426 E. 2.4 mit Hinweisen). Das Bundesgericht befasst sich aber grundsätzlich nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 143 II 283 E. 1.2.2).

**2.3** Sodann ist es an den festgestellten Sachverhalt grundsätzlich gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Zum vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt gehören nicht nur die Feststellungen über den Lebenssachverhalt, sondern auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Hierfür gilt das strenge Rügeprinzip (dazu im Einzelnen: BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und wenn möglich belegte Rügen, während es auf ungenügend substantiierte Vorbringen nicht eintritt (BGE 144 V 50 E. 4.2; 140 III 264 E. 2.3; je mit Hinweisen).

Eine Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung ist willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2; 136 III 552 E. 4.2; je mit Hinweisen). Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 142 II 433 E. 4.4 mit Hinweisen).

Schliesslich ist in der Beschwerde darzutun, inwiefern die Behebung der erwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 135 I 19 E. 2.2.2 *in fine*).

### **3.**

Die Beschwerdeführerin rügt an 18 Stellen in ihrer Beschwerde eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 53 Abs. 1 ZPO).

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst die Pflicht, einen Entscheid so abzufassen, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Daher müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf welche sich sein Entscheid stützt. Dabei ist nicht erforderlich, dass es sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Um den Vorgaben von Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu genügen, muss die Begründung so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des angefochtenen Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheides, das im Urteilsspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Die Begründung ist also nicht an sich selbst, sondern am Rechtsspruch zu messen (zum Ganzen: BGE 145 III 324 E. 6.1; 143 III 65 E. 5.2; je mit Hinweisen).

Im konkreten Fall ergibt sich aus den vorinstanzlichen Erwägungen sehr wohl, welche Überlegungen das Obergericht angestellt hat, um zu seinem im Dispositiv ausgewiesenen Ergebnis zu gelangen. Wie die nachfolgenden Erwägungen aufzeigen, konnte die Beschwerdeführerin den Entscheid auch sachgerecht anfechten. Der Vorwurf der Verletzung der Begründungspflicht ist unbegründet. Soweit die Beschwerdeführerin dem Obergericht vorwirft, seinen Entscheid nicht auf nachvollziehbare Weise zu begründen, läuft die Rüge auf die Geltendmachung einer Rechtsverletzung hinaus, die als solche zu beanstanden ist.

#### **4.**

Die Parteien sind sich nicht einig, 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 ist. Im kantonalen Verfahren vertrat die Beschwerdeführerin die Auffassung, der Verkehrswert des Grundstücks sei zu berechnen, wie wenn es unüberbaut wäre. Die kantonalen Instanzen schlossen sich demgegenüber der Meinung des Beschwerdegegners an, wonach der Verkehrswert der mit dem Baurecht belasteten Liegenschaft im aktuellen Zustand zu ermitteln sei.

**4.1** Das Obergericht verweist integral auf die Erwägungen des Bezirksgerichts und befasst sich in der Folge mit den von der Beschwer-

deführerin dagegen erhobenen Rügen, die es verwirft. Weil sich das Obergericht die Erwägungen des Bezirksgerichts zu eigen gemacht hat, was die Beschwerdeführerin zu Recht nicht beanstandet, sind die Erwägungen des Bezirksgericht darzulegen:

**4.1.1** Dieses erwog, aus dem Wortlaut von Ziff. 5 Abs. 2 Satz 2 des Baurechtsvertrages gehe hervor, 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. Der Begriff "Verkehrswert" finde sich im ZGB in den Art. 211 und Art. 617. Er werde in der juristischen Literatur als der Marktwert eines Grundstücks bezeichnet, also als derjenige Wert, der bei einer Veräußerung an einen unabhängigen Dritten als Erlös dafür erzielt würde. In der Praxis werde der Verkehrswert von Liegenschaften vielfach als Mischwert aus Real- und Ertragswert berechnet. Der Realwert setze sich zusammen aus dem Landwert sowie aus dem Bauwert, wenn die Liegenschaft überbaut ist. Der Ertragswert entspreche den kapitalisierten jährlichen Erträgen. Diese Ausführungen zeigten, dass der Landwert ein Teil des Realwerts und dieser wiederum ein Teil des Verkehrswerts sei. Damit lasse sich die gewählte Formulierung erklären, wonach der Basislandwert mit dem Verkehrswert "in Einklang" zu bringen sei. Weiter lege die beschriebene Berechnungsmethode den Schluss nahe, dass die Ermittlung des Verkehrswerts des mit dem Baurecht belasteten Grundstücks eine Baute voraussetze. Ohne Bauten liessen sich nämlich weder Bauwert noch Ertragswert konkret berechnen und der Verkehrswert würde im Ergebnis mit dem Landwert zusammenfallen. Die Bestimmung differenziere aber zwischen dem "Basislandwert" und dem "Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks". Zwar sei das Grundstück im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbebaut gewesen, die Bebauung habe aber kurz bevor gestanden und es sei bereits damals klar gewesen, dass das Grundstück im ersten Anpassungszeitpunkt überbaut sein würde. Es sei jedoch in diesem Zusammenhang nicht zu verkennen, dass auch das von der Beschwerdeführerin in Auftrag gegebene Schätzungsgutachten der Bank C.\_\_\_\_\_ einen Ertragswert berechne, obwohl die Schätzung vom unbebauten Grundstück ausgehe. Die Ermittlung des Landwerts erfolge in diesem Fall durch die Berechnung der möglichen Erträge eines hypothetisch neu zu erstellenden Mietobjekts, wobei vom Ertragswert die Baukosten dieses Objekts abgezogen würden. Insofern scheine es durchaus praktikabel, eine Verkehrswertermittlung gestützt auf ein unbebautes Grundstück vorzunehmen und dabei von einer hypothetischen Bebauung auszugehen. Aus der Formulierung des Anpassungsmechanismus

allein lasse sich damit nicht eindeutig schliessen, ob das Grundstück im bebauten oder im unbebauten Zustand zu schätzen sei.

**4.1.2** Ferner seien sich die Parteien insofern einig, als der in Ziff. 5 des Baurechtsvertrags im Zusammenhang mit der Schätzung des Grundstücks verwendete Begriff "unbelastet" bedeute, das Grundstück müsse "frei von Lasten", gemeint "frei von Dienstbarkeiten und Pfandrechten", vorliegend also ohne Berücksichtigung der Baurechtsdienstbarkeit, geschätzt werden. Die Beschwerdeführerin gelange gestützt auf das Akzessionsprinzip zum Schluss, dass, wenn das Baurecht unbeachtlich bleibe, zwingend von einem unbebauten Grundstück ausgegangen werden müsse. Das Akzessionsprinzip besage, dass das Eigentum an Grund und Boden unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen umfasse. Ein bebautes Grundstück könne aufgrund des Akzessionsprinzips nicht ohne seine Bauten übereignet werden. Baute und Land gehörten untrennbar zusammen. Richtig argumentiere die Beschwerdeführerin im Grundsatz daher, dass sie Eigentümerin der auf dem Grundstück errichteten Baute wäre, wenn das Grundstück zwar unbelastet, jedoch überbaut wäre. Denn das Baurecht bewirke die Durchbrechung des Akzessionsprinzips, also die Trennung des Eigentums an Land und Baute. Werde es weggedacht, habe das Herrschaftsrecht Baute und Land zum Gegenstand. Daraus lasse sich jedoch nicht schliessen, dass das Grundstück in unbebautem Zustand zu schätzen sei. So wie das Grundstück unter der hypothetischen Annahme, dass es unbelastet sei, geschätzt werden könne, könne man den Verkehrswert auch unter der hypothetischen Annahme, dass sich die darauf befindlichen Bauten trotz Baurecht im Eigentum des Grundeigentümers befänden, eruieren. Eine Auslegung des Wortlauts von Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrags im Sinne des Akzessionsprinzips deute entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin eher darauf hin, dass die Schätzung im bebauten Zustand zu erfolgen habe. Gehe man nämlich davon aus, dass das Grundeigentum grundsätzlich auch alle Bauten umfasse, müsse dies auch für das gemäss Vertrag zu schätzende Grundstück gelten, sofern nicht explizit etwas anderes vereinbart werde. Dem Beschwerdegegner sei daher zuzustimmen, dass im Vertrag die Worte "unbelastet und unbebaut" hätten verwendet werden können bzw. sollen, wenn dies dem Willen der Vertragsparteien entsprochen hätte. Ein Grundstück könne nämlich belastet und bebaut, belastet und unbebaut, unbelastet und bebaut und schliesslich unbelastet und unbebaut sein. Das eine führe mit anderen Worten nicht zwingend zum anderen und es sei ohne Weiteres möglich, das Grundstück ohne das Baurecht, aber mit der Baute zu schätzen. Wie auch die Beschwerdeführerin bemerke,

vermindere die Belastung des Grundstücks durch eine Baurechtsdienstbarkeit nämlich den Wert des Grundstücks. Dies tue sie unabhängig davon, ob das Grundstück bebaut ist oder nicht. Die Systematik von Ziff. 5 des Baurechtsvertrags im Lichte des Akzessionsprinzips lasse somit eher darauf schliessen, dass das Grundstück im unbelasteten, aber bebauten Zustand zu bewerten sei.

**4.1.3** In der einschlägigen Literatur, so das Bezirksgericht weiter, werde darauf hingewiesen, dass der Baurechtszins wirtschaftlich gesehen für den Grundeigentümer eine Verzinsung des im Grundstück investierten und gebundenen Kapitals sei, welches der Grundeigentümer wegen der Belastung des Grundstücks mit dem Baurecht nicht auf andere Weise realisieren könne. Bei der Auslegung der Vertragsbestimmungen über den Baurechtszins sei deshalb die Funktion des Baurechtszinses als Grundrente im Hinblick auf die dem Bauberechtigten zugestandenen Nutzungsmöglichkeiten zu beachten. Namhafte Autoren gäben ferner zu bedenken, dass, wenn der Baurechtszins dem geänderten Verkehrswert des baurechtsbelasteten Grundstücks angepasst werden solle, nicht allein auf den absoluten Landwert, d.h. den bei einer Veräusserung eines unüberbauten Grundstücks erzielbaren Preis pro m<sup>2</sup>, abgestellt werden dürfe, denn der Bauberechtigte müsse den Baurechtszins aus dem Ertrag der zu Vertragsbeginn erstellten Baute erwirtschaften. Auch bei gut erhaltenen Bauten werde im Lauf der Zeit der Ertrag im Verhältnis zu Neubauten an gleicher Lage kleiner. Deshalb müsse bei einer Anpassung des Baurechtszinses an den geänderten Wert des baurechtsbelasteten Grundstücks der relative Landwert berücksichtigt werden. Demnach erscheine es sachgerecht, dass sich die Anpassung des Baurechtszinses an der tatsächlich erzielbaren Rendite des Baurechtsnehmers orientiere. Es sei nicht einsehbar, weshalb die Parteien als verständige und loyale Vertragspartner davon hätten abweichen wollen.

**4.1.4** Die Literatur erfasse in erster Linie baurechtsbelastete Grundstücke. Der dahinter liegende Gedanke sei aber analog auch ohne Weiteres anwendbar, wenn das Baurecht für die Bewertung weggedacht werden müsse. Denn das Ertragspotential einer mit einer älteren Baute überbauten Liegenschaft nehme unabhängig davon ab, ob es mit einem Baurecht belastet sei oder nicht. Ohnehin könne dem von der Beschwerdeführerin konstruierten, angeblichen Widerspruch zwischen Nicht-Belastung und Überbauung nicht gefolgt werden. Dass das Grundstück vorliegend überbaut sei und der Beschwerdegegner aus dem überbauten Grundstück den Baurechtszins erwirtschaften müsse, sei unbestritten. Die Ansicht der Beschwerdeführerin würde

dazu führen, dass im Fall einer Aufzoning bzw. einer Erhöhung der Ausnützungsziffer der dem Baurechtszins zugrunde liegende Basislandwert auf einer Ausnützungsziffer beruhen würde, die der Beschwerdegegner seinerzeit gar nicht habe realisieren können. Bei einer Abzoning müsste sich die Beschwerdeführerin demgegenüber mit einem Basislandwert zufrieden geben, der nicht der aktuellen Nutzung durch den Beschwerdegegner entspreche. Um derart unbefriedigende Ergebnisse zu vermeiden, müsse die Anpassung des Baurechtszinses gestützt auf den Verkehrswert des Grundstücks im tatsächlich bebauten Zustand erfolgen. Somit sprechen neben der Systematik des Baurechtsvertrags der Vertragszweck und die Interessenlage der Parteien dafür, dass das Grundstück im überbauten Zustand zu schätzen sei.

**4.1.5** Daran vermöge der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach sie als Baurechtsnehmerin [*recte*: Baurechtsgeberin] das Risiko für eine Unternutzung des Grundstücks nicht tragen könne, nichts zu ändern. Denn die Beschwerdeführerin habe die Baupläne für die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom Beschwerdegegner geplante Überbauung unbestritten mitunterzeichnet. Unabhängig davon, ob die Beschwerdeführerin dazu rechtlich verpflichtet gewesen sei oder ob es sich dabei um ein freiwilliges Zeichen des Einverständnisses gehandelt habe, sei die Beschwerdeführerin über das Bauvorhaben des Beschwerdegegners im Bild gewesen. Davon abgesehen dürfte eine erhebliche Unternutzung insbesondere bei Gewerbeliegenschaften tatsächlich selten und das Risiko für den Baurechtsgeber entsprechend gering sein.

**4.1.6** Ergänzend hielt das Obergericht fest, die strittige Vertragsklausel enthalte das Wort "unüberbaut" nicht, und die Erwägung des Bezirksgerichts, wonach sich aus der Formulierung des Anpassungsmechanismus allein nicht eindeutig schliessen lasse, ob das Grundstück im bebauten oder im unbebauten Zustand zu schätzen sei, sei unbestritten geblieben. Sodann erwog das Obergericht, die Beschwerdeführerin könne aus dem von ihr zitierten Urteil des Bundesgerichts 5C.275/2002 vom 3. Juli 2003 E. 4.4 nichts zur Stützung ihres Standpunktes ableiten, zumal sich das dortige Tatsachenfundament mit dem vorliegenden nicht vergleichen lasse. Sei eine Liegenschaft mit einem Baurecht belastet, bedeute dies mit Bezug auf den Wert der Liegenschaft, dass dieser grundsätzlich zwei Elemente enthalte: einerseits den Wert des Landes und andererseits den Wert der Baute bzw. was sich daraus erwirtschaften lasse. Folge man der Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach vom Verkehrswert des unbelasteten und unbebauten Grundstücks auszugehen sei, würde der Verkehrswert der

Liegenschaft mit dem Landwert zusammenfallen, was aber nicht der Sinn der Formulierung der strittigen Klausel sein könne. Es frage sich denn auch, weshalb die Parteien nicht vereinbarten, dass einzig vom Landwert im Anpassungszeitpunkt ausgegangen werde.

**4.2** Die Beschwerdeführerin ist in mehrfacher Hinsicht mit den vom Obergericht übernommenen Erwägungen des Bezirksgerichts nicht einverstanden.

**4.2.1** So sei es falsch, dass sich aus der Formulierung des Anpassungsmechanismus nicht eindeutig erschliessen lasse, ob das Grundstück im bebauten oder im unbebauten Zustand zu schätzen sei. Aus dem Wortlaut von Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrags ergebe sich nämlich klar, dass das Grundstück im unbelasteten und unbebauten Zustand zu schätzen sei. Das Grundstück sei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbestritten unbebaut und frei von Dienstbarkeiten, mithin frei von tatsächlichen als auch von rechtlichen Lasten gewesen. Mit der Formulierung von Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrags, dass der Basislandwert des in diesem Zeitpunkt unbelasteten Grundstücks mit dem jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks in Einklang gebracht werden müsse, hätten die Parteien somit klar zum Ausdruck gebracht, dass das Grundstück jeweils in seinem ursprünglichen Zustand – unbebaut und frei von Dienstbarkeiten – geschätzt werden müsse. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass das Wort "unbebaut" im Vertragstext nicht vorkomme.

**4.2.2** Entgegen der vom Obergericht übernommenen Ausführungen des Bezirksgerichts, so die Beschwerdeführerin weiter, lasse sich aus dem Begriff des Verkehrswerts und der in der Praxis bei der Schätzung von Grundstücken vielfach vorgenommenen Berechnung des Verkehrswerts als Mischwert aus dem Realwert und dem Ertragswert in keiner Weise schliessen, dass die Ermittlung des Verkehrswerts des mit einem Baurecht belasteten Grundstücks eine Baute voraussetze. Diese Schlussfolgerung könne nur dann gezogen werden, wenn sich der Verkehrswert eines Grundstücks nur in bebautem Zustand schätzen liesse. Da sich aber unbestrittenermassen auch der Verkehrswert eines unbebauten Grundstücks schätzen lasse, sei die Schlussfolgerung eindeutig nicht zutreffend. Falsch sei auch die Schlussfolgerung, dass sich ohne eine Baute weder der Ertragswert noch der Substanzwert berechnen liessen. Diese unzutreffenden Aussagen habe das Bezirksgericht gleich selber widerlegt, indem es ausgeführt habe, es sei nicht zu verkennen, dass auch das Gutachten der Bank C. \_\_\_\_\_

einen Ertragswert berechne, obwohl die Schätzung vom unbebauten Grundstück ausgehe.

**4.3** Der Beschwerdegegner wendet ein, wenn die Beschwerdeführerin eine Baurechtszinsanpassung in ihrem Sinn hätte stipulieren wollen, wäre es einfacher gewesen, den ursprünglichen Basislandwert von Fr. 400.-- je m<sup>2</sup> alle 10 Jahre entweder zu indexieren oder an die Preise anzupassen, mit denen in V.\_\_\_\_\_ Bauland gehandelt werde. Die Parteien hätten jedoch eine Anpassung an den jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks vereinbart. Damit sollte das überbaute Grundstück ohne Ansehen, ob der Grundeigentümer selbst oder ein Dritter Eigentümer der Überbauung ist, geschätzt und der Basislandwert entsprechend angepasst werden. Der von der Beschwerdeführerin zitierte Entscheid des Bundesgerichts 5C.275/2002 vermöge ihren Standpunkt nicht zu stützen. Der ursprüngliche Basislandwert des unbestrittenermassen bei Vertragschluss unbebauten Grundstücks von Fr. 400.-- je m<sup>2</sup> sei unterdessen zweimal mit dem Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks in Einklang gebracht worden. Der Basislandwert der bebauten Liegenschaft betrage heute Fr. 522.50 je m<sup>2</sup> für den voll nutzbaren Teil und Fr. 261.25 je m<sup>2</sup> für den beschränkt nutzbaren Teil. Mit der Klage wolle die Beschwerdeführerin im Zuge der dritten Anpassungsrunde 2013 eine satte Erhöhung des Basislandwertes um rund 40 % auf Fr. 736.90 bzw. Fr. 368.45 je m<sup>2</sup> durchsetzen, was dem Verkehrswert von unbebautem Land in jenem Zeitpunkt etwa entsprechen dürfte. Hingegen sei der Basislandwert an den Verkehrswert des mit dem heutigen Gebäude bebauten Grundstücks angepasst worden. Letzterer sei aufgrund der bestehenden Gebäude geringer als derjenige von unbebautem Bauland. Sodann greife die von der Beschwerdeführerin an der Auslegung der Dissertation von ISLER durch das Bezirksgericht angebrachte Kritik zu kurz; namentlich zitiere die Beschwerdeführerin den entscheidenden Passus verkürzt. ISLER beschreibe den Baurechtszins als Grundrente für den einen Teil des Liegenschaftswerts, der sich aus dem Landanteil und dem Gebäudeanteil zusammensetze. Der Grundeigentümer solle das in den Boden investierte Kapital verzinst erhalten, selbstverständlich aber nicht am Nutzen der von einem anderen erstellten Baute teilhaben können. Weiter beziehe sich die Beschwerdeführerin wiederum in fragwürdiger Weise auf das Werk von ISLER, indem behauptet werde, es handle sich bei der vorliegenden strittigen Vertragsbestimmung gerade nicht um den dort beschriebenen Normalfall, sondern um einen speziellen Einzelfall. An der zitierten Stelle (S. 133) würden einige Grundsätze für den Normalfall aufgestellt, in welchem die Gegenleis-

tung als angemessenes und periodisch zu entrichtendes Entgelt für die Benutzung des Bodens angesehen werde. Nicht mehr eingegangen werde auf die Spezialfälle der einmaligen Abfindung und des erlassenen oder nur symbolischen Baurechtszinses. Weshalb es sich beim vorliegend strittigen Baurechtsvertrag nicht um einen Normalfall im Sinn dieser Literaturstelle handeln solle, bleibe unerfindlich. Schliesslich wendet der Beschwerdegegner ein, die Auslegung der Anpassungsklausel, wie sie die Beschwerdeführerin anstrebe, würde bedeuten, dass die Schätzung auf einer doppelten Fiktion beruhen müsste: Erstens müsste die Baurechtsdienstbarkeit ("unbelastet"), zweitens auch die seit 26 Jahren bestehende und ziemlich sicher weitere 34 Jahre bestehen bleibende Baute ("unbebaut") weggedacht werden. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass der Verkehrswert von Bauland in der Regel von der maximal möglichen Bebauung, also von der gedachten Überbauung bestimmt werde. Laut Bericht des Statistischen Amtes des Kantons Zürich aus dem Jahr 2017 haben die Bodenpreise in der fünfgeschossigen Industriezone von V. \_\_\_\_\_ mindestens Fr. 1'000.-- je m<sup>2</sup> betragen. Der Schätzer der Beschwerdeführerin habe 2014 einen "Landrichtwert" von Fr. 643.-- je m<sup>2</sup> errechnet. Diese erstmals vorgebrachten und vom Bundesgericht nicht zu überprüfenden Ausführungen sollten lediglich nochmals illustrieren, dass die Bodenpreise in der Region W. \_\_\_\_\_ innert weniger Jahre massiv angestiegen seien. Hätte die Beschwerdeführerin das Land im Jahr 1983 für Fr. 400.-- je m<sup>2</sup> verkauft, statt es im Baurecht abzugeben, würde die Verzinsung des Verkaufserlöses längst nicht dem von ihr 30 Jahre später gestützt auf den Basislandwert erhobenen Baurechtszins entsprechen.

## **5.**

### **5.1**

**5.1.1** Soweit die Auslegung des Baurechtsvertrags in Frage steht, gelten grundsätzlich die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln der Vertragsauslegung (BGE 139 III 404 E. 7.1). Ziel der Auslegung ist es in erster Linie, den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzulegen (Art. 18 Abs. 1 OR). Bereits im Berufungsverfahren blieb indes unangefochten, dass kein tatsächlicher übereinstimmender Parteiwille festgestellt werden konnte.

**5.1.2** Kann ein wirklicher Wille nicht festgestellt werden, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip, welchen Inhalt der Vertrag 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 (BGE 142 III 239

E. 5.2.1 mit Hinweisen). Die Auslegung hat grundsätzlich *ex tunc* zu erfolgen, also bezogen auf den Zeitpunkt oder Zeitraum des Vertragschlusses (Urteil 5A\_550/2019 vom 1. September 2020 E. 6.1 mit Hinweisen).

Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Erklärungen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 142 III 671 E. 3.3 mit Hinweisen). Ausserdem hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 144 III 327 E. 5.2.2.1 *in fine* mit Hinweisen). 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 (BGE 140 III 134 E. 3.2 mit Hinweisen). Wenn aus objektiven Umständen das objektive Vertragsverständnis hergeleitet werden soll, muss die Auslegung zu einem zweifelsfreien Ergebnis führen (Urteil 5A\_927/2017 vom 8. März 2018 E. 6.1 mit Hinweis).

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 (vgl. BGE 142 III 239 E. 5.2.1; 132 III 268 E. 2.3.2; je mit Hinweisen).

**5.2** Mit dem Baurecht räumt der Grundeigentümer einem Dritten für eine bestimmte Dauer das Recht ein, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten (Art. 779 Abs. 1 ZGB). Am Ende der Vertragsdauer fallen die bestehenden Bauwerke dem Grundeigentümer heim (Art. 779c ZGB); dieser hat dem Baurechtsnehmer hiefür eine angemessene Entschädigung zu leisten (Art. 779d Abs. 1 ZGB).

**5.2.1** Die Entgeltlichkeit ist kein *essentiale* des Baurechtsvertrags, was diese aber nicht ausschliesst (vgl. Art. 779a Abs. 2 ZGB). In aller Regel vereinbaren die Vertragsparteien denn auch eine Gegenleistung in Geld, die einmalig oder wiederkehrend geschuldet sein kann. Letzterenfalls spricht man vom Baurechtzins ("*rente du droit de superficie*"; "*canone del diritto di superficie*"). Zivilrechtlich betrachtet bildet der Baurechtzins die Vergütung dafür, dass dem Baurechtsberechtigten eine Dienstbarkeit eingeräumt wird, kraft derer er auf einem Grund-

stück ein Bauwerk errichten oder beibehalten darf (Art. 779 ZGB). Wirtschaftlich gesehen ist der Baurechtszins ein Nutzungsentgelt für die langfristige Nutzung eines Stücks Boden (BGE 101 Ib 329 E. 1). Die Höhe des Nutzungsentgelts entspricht – immer noch wirtschaftlich betrachtet – in aller Regel dem Ertrag, welchen der Grundeigentümer wegen der Belastung des Grundstücks mit dem Baurecht nicht auf andere Weise realisieren kann; insofern kann auch von einer Verzinsung des im Grundstück investierten oder gebundenen Kapitals gesprochen werden (ISLER/GROSS, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 6. Aufl. 2019, N. 28 zu Art. 779a ZGB).

**5.2.2** Baurechtsgeber und Baurechtsnehmer gehen eine jahrzehntelange Bindung ein. Mit der Zeit können sich die Grundlagen, anhand derer sich die Vertragsparteien auf einen Baurechtszins geeinigt haben, verändern. Daher sehen die Baurechtsverträge in der Regel einen Mechanismus vor, um den zum Vertragszeitpunkt festgelegten Baurechtszins während der Vertragsdauer geänderten Verhältnissen anzupassen. Dabei wird der Baurechtszins an einen oder mehrere Faktoren gekoppelt, die ganz oder nur teilweise berücksichtigt werden. Als solche kommen in der Praxis namentlich vor: Veränderung des Hypothekarzinsatzes (je nach Referenzbank), des hypothekarischen Referenzzinssatzes bei Mietverhältnissen, des Landesindex der Konsumentenpreise, der Landpreise und/oder der Mietzinsen, allenfalls der Baukosten (vgl. BGE 85 I 276 Sachverhalt S. 277 [Anpassung des Baurechtszinses an den Hypothekarzinsatz sowie an Veränderungen des Bodenwerts]; 82 II 378 Sachverhalt S. 380 [Anpassung des Baurechtszinses an den Landesindex]; 52 II 27 Sachverhalt S. 28 [Anpassung des Baurechtszinses an den Hypothekarzins und die "jeweilige Grundsteuerschätzung"]; MÜLLER, Der Baurechtszins und seine grundpfandrechtliche Sicherung, 1968, S. 10 f.). Diese Faktoren bzw. deren Entwicklung sind im Allgemeinen öffentlich und leicht zugänglich (<[www.bwo.admin.ch](http://www.bwo.admin.ch)> unter Mietrecht/Referenzzinssatz; <[www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch)> unter Statistiken finden/05-Preise/Konsumentenpreise; <[www.zh.ch](http://www.zh.ch)> unter Planen & Bauen/Raumplanung/Immobilienmarkt/Bodenpreise [für den Kanton Zürich]; <[www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch)> unter Statistiken finden/05-Preise/Mieten/Mietpreisindex; <[www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch)> unter Statistiken finden/05-Preise/Baupreise/Baupreisindex [jeweils besucht am 15. Oktober 2020]).

**5.2.3** Die Zweiteilung der Liegenschaft in Land und Bauten führt zu einer besonderen Risiko-Allokation: Der Baurechtsnehmer trägt die mit der in Aussicht genommenen Nutzung der Bauten verbundenen Risiken wie auch die Kostenrisiken sowohl für die Erstellung als auch den

späteren Betrieb und Unterhalt der Bauten. Der Baurechtsgeber trägt demgegenüber das Risiko der Landwertentwicklung. Schliesslich tragen beide Parteien, wenn auch mit unterschiedlichen Vorzeichen, das Risiko der Baurechtszinsentwicklung und der Heimfallentschädigung (vgl. dazu den im Auftrag des Bundesamts für Wohnungswesen [BWO] von der Wüest Partner AG erstellten Schlussbericht "Baurecht unter der Lupe", 2017, Ziff. 2.2 S. 11, <[www.bwo.admin.ch](http://www.bwo.admin.ch)> unter Wohnungsmarkt/Studien und Publikationen "Wohnungsmarkt"/Baurecht unter der Lupe [besucht am 15. Oktober 2020]).

**5.2.4** Die jeweiligen Parameter und Anpassungsmechanismen reagieren indes je nach Zeitpunkt des Vertragsschlusses und wirtschaftlicher Entwicklung unterschiedlich; je nach Parameter und Entwicklung wirkt sich eine Veränderung zuweilen zugunsten des Baurechtsgebers, zuweilen zugunsten des Baurechtsnehmers aus. So ist beispielsweise der Landesindex für Konsumentenpreise von 1966 bis 1973, d.h. in nert sieben Jahren, von 100 auf 134 Punkte gestiegen, weshalb in der Doktrin teilweise von der Verwendung dieses Parameters abgeraten wurde (ISLER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, 1973, S. 135 Fn. 13). Demgegenüber haben sich Baurechtszinsen, die allein an den Landesindex für Konsumentenpreise gekoppelt sind, in der Zeit ab 1979 stark zugunsten der Baurechtsnehmer entwickelt, da die Inflation deutlich unter dem Mietpreiswachstum blieb (vgl. "Baurecht unter der Lupe", a.a.O., Ziff. 3.6 *in fine* S. 21). Im selben Zeitraum entwickelten sich die (allein) an den Landpreis gekoppelten Baurechtszinsen zugunsten des Baurechtsgebers ("Baurecht unter der Lupe", a.a.O., Ziff. 3.5 S. 20). Diese Feststellung gilt indes nicht über den ganzen Zeitraum betrachtet. So sanken die Baulandpreise im Kanton Zürich ab dem Jahr 1992, um sich erst ab 2005 zu erholen und 2008 wieder das Niveau von 1992 zu erreichen (KISSLING, Das Baurecht nach Zivilgesetzbuch ZGB, Raum & Umwelt 6/2011 S. 8). Im weitesten Sinn neutral bzw. parallel zu den Mieterträgen entwickelten sich die an den Mietindex gekoppelten Baurechtszinsen.

**5.2.5** Die Auswahl der Anpassungsfaktoren hängt mithin massgeblich 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 ist grossen Unsicherheiten unterworfen. Den "idealen" Baurechtsvertrag, der die Interessen der Vertragsparteien über die ganze Vertragsdauer hinweg gleichsam unabhängig von den makroökonomischen Entwicklungen im Gleichgewicht behält, gibt es nicht (vgl. dazu auch E. 5.3 sogleich).

**5.3** In der Praxis haben sich folgende Vertragstypen durchgesetzt: das "Zürcher Modell", das "Basler Modell", der "traditionelle Baurechtsvertrag" und das "Stadtzürcher Modell".

**5.3.1** Beim "Zürcher Modell" einigen sich die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die Parameter und deren mögliche zukünftige Entwicklung und berechnen daraus den heutigen Gegenwart (Barwert) dieser zukünftigen Zahlungen. Dieser Barwert ist sodann bei Vertragsabschluss mit einer Einmalzahlung zu leisten ("Baurecht unter der Lupe", a.a.O., Ziff. 3.10 S. 23).

**5.3.2** Das "Basler Modell" basiert auf der Idee, dass Baurechtsnehmer und -geber gleichberechtigte Partner sind. Sie teilen sowohl die Risiken als auch die Rendite, und zwar proportional zum jeweiligen Beitrag beider Parteien. Der Beitrag berechnet sich aus den Werten, welche die jeweilige Partei einbringt. Beim Baurechtsgeber ist dies der Landwert und beim Baurechtsnehmer sind es die Investitionen ins Gebäude. Der Baurechtsgeber erhält demzufolge einen Baurechtszins, der dem Nettoertrag multipliziert mit dem relativen Landanteil entspricht. Damit die Aufteilung des Baurechtszinses stets partnerschaftlich erfolgt, wird der Baurechtszins angepasst, wenn sich die dem Konzept zugrunde liegenden Parameter verändern, wie zum Beispiel der Landwert und somit der Kapitaleinsatz des Baurechtsgebers infolge von Bodenpreisänderungen, der Kapitaleinsatz des Baurechtsnehmers infolge der Teuerung der Baukosten oder von wertvermehrenden Investitionen oder der Nettomiettertrag zufolge Mietpreisschwankungen oder veränderten Betriebskosten. Der Vorteil dieser Ausgestaltungsvariante liegt darin, dass der Aufwand für den Baurechtszins für den Baurechtsnehmer über einen ganzen Sanierungszyklus betrachtet nie in einem Missverhältnis zu seinen Erträgen stehen wird. Hingegen verliert das Gebäude mit der Zeit an Wert, während die Landpreise in der Regel mit der Zeit ansteigen. Dies verschiebt den Kapitaleinsatz und damit die Baurechtszinse bis zum nächsten Sanierungszeitpunkt kontinuierlich zu Ungunsten des Baurechtsnehmers ("Baurecht unter der Lupe", a.a.O., Ziff. 3.9 S. 22 f.).

**5.3.3** Im "traditionellen Baurechtsvertrag" wird der Baurechtszins berechnet aus der Multiplikation des Verkehrswertes des Landes mit dem Zinsfuß der Kantonalbank oder dem hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen und er ist an den Wert des Landes, auf welchem die Baute steht, sowie an den Hypothekar- oder Referenzzinssatz indexiert. In diesem Modell wird also die Wertsteigerung des

Landes berücksichtigt, nicht aber direkt der Ertrag der Liegenschaft selbst ("Baurecht unter der Lupe", a.a.O., Ziff. 3.7 S. 21).

**5.3.4** Das "Stadtzürcher Modell" unterscheidet sich vom "traditionellen Baurechtsvertrag" hauptsächlich in der Regelung des Heimfalls, die eher baurechtsgeberfreundlich ausgestaltet ist ("Baurecht unter der Lupe", a.a.O., Ziff. 3.8 S. 21 f.).

**5.4** Im vorliegenden Fall haben 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. Damit lässt sich der Vertrag ohne Weiteres in die Kategorie des "traditionellen Baurechtsvertrags" einreihen.

**5.5** Ausgangspunkt für die Auslegung des Baurechtsvertrags vom 28. April 1983 nach dem Vertrauensprinzip (vgl. E. 5.1.2) bildet mithin der Vertragstypus "traditioneller Baurechtsvertrag". Wie bereits dargelegt, wird der Baurechtszins bei diesem Vertragstypus hauptsächlich an die Wertschwankung des Landes angepasst; der Ertrag der Liegenschaft selbst wird nicht direkt berücksichtigt.

**5.5.1** Dem Beschwerdegegner zufolge entspricht in der vorliegend strittigen Klausel der Basislandwert im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dem Wert des (noch) un bebauten Landes (Rz. 2b S. 5 der Vernehmlassung). Darauf ist er zu behaften. Im Übrigen deckt sich dies mit der Lehrmeinung von ISLER, auf welchen sowohl die Parteien als auch die kantonalen Instanzen verwiesen haben. Dieser führt aus, "[d]er Baurechtszins kann nur dann sachlich richtig als Grundrente angesehen werden, wenn er als Preis für die Bodennutzung eines *unüberbauten Grundstückes* erscheint. [...] Als *Basiswert* für die Zinsberechnung wird regelmässig auf den Verkehrswert des Grundstücks abgestellt. [...] Auszugehen ist daher von einem *mittleren Verkehrswert*, der nur den gegenwärtig erzielbaren Ertrag berücksichtigt" (a.a.O., S. 133 f., Hervorhebungen im Original). Im Kontext gelesen geht mithin auch ISLER vom Verkehrswert einer unüberbauten Liegenschaft aus.

**5.5.2** Nach Treu und Glauben ist davon auszugehen, dass Parteien, die im Rahmen des Anpassungsmechanismus auf den Landwert abstellen, diesen nach derselben Methode ermitteln wollen, die sie für die Festlegung des Anfangszinses verwendet haben. Es erscheint in der Tat wenig vernünftig, wenn Vertragsparteien den ersten Bau-

rechtszins anhand einer bestimmten Methode festlegen, um während der Vertragsdauer im Rahmen des Anpassungsmechanismus zwar nach wie vor auf den Landwert abzustellen, diesen aber anhand einer vollständig anderen Methode zu ermitteln, welche zudem der dem Baurechtsvertrag inhärenten Risiko-Allokation (vgl. dazu E. 5.2.3) keine Rechnung trägt.

Entgegen der Auffassung des Obergerichts (vgl. E. 4.1.6) lässt sich aus dem Wortlaut des streitgegenständlichen Vertragspassus nichts Gegenteiliges schliessen. In der Logik des gewählten Vertragstypus fällt der Verkehrswert der Liegenschaft in der Tat mit dem Landwert zusammen. Das hätten die Parteien wohl klarer ausdrücken können. Wenn man aber davon ausgeht, dass der Basislandwert im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem Verkehrswert der Liegenschaft und damit dem Landwert entsprach, erscheint die gewählte Formulierung "Der Basislandwert wird alle 10 Jahre mit dem jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks in Einklang gebracht" weder unklar noch widersprüchlich.

**5.5.3** Damit hat das Obergericht, das auf den aktuellen Stand der Bebauung des Baurechtsgrundstücks abstellen will, die Regeln der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip bundesrechtswidrig angewendet. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet. 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 ist auf den Wert des unüberbauten Grundstücks abzustellen. Damit erweist 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.

Lediglich der guten Ordnung halber sei darauf hingewiesen, dass bei diesem Ergebnis selbst dann keine Leistungsstörung zulasten des Beschwerdegegners eintreten würde, wenn der Basislandwert mit 2.5 % zu verzinsen wäre (vgl. dazu aber E. 6), denn bezogen auf den erwirtschafteten Ertrag (Sachverhalt A.c) läge die Belastung durch den Baurechtszins unter 14 % und damit immer noch im Mittelfeld der bei Gewerbeliegenschaften üblichen Verhältnisse ("Baurecht unter der Lupe", a.a.O., Ziff. 3.6 S. 20).

## **6.**

Schliesslich ist streitig, mit welchem Zinssatz der Basislandwert zu multiplizieren ist, um den Baurechtszins zu ermitteln.

**6.1** Das Obergericht erwog, der Baurechtszins sei die Gegenleistung des Bauberechtigten an den Grundeigentümer für die Einräumung des Dienstbarkeitsrechts, kraft dessen er auf dem Grundstück ein Bauwerk errichten oder beibehalten dürfe. Wirtschaftlich gesehen sei der Baurechtszins für den Grundeigentümer eine Verzinsung des im Grundstück investierten oder gebundenen Kapitals, welches der Grundeigentümer wegen der Belastung des Grundstücks mit dem Baurecht nicht auf andere Weise realisieren kann. Die Funktion des Baurechtszinses als Grundrente im Hinblick auf die dem Bauberechtigten zugestandene Nutzung sei bei der Festsetzung des Baurechtszinses und der Auslegung der entsprechenden vertraglichen Bestimmungen zu beachten. Bei vielen Baurechtsverträgen bestimme sich der jährliche Baurechtszins als Multiplikation eines betragsmässig bezifferten Werts des baurechtsbelasteten Grundstücks mit einem bestimmten Zinssatz. Dieser Basisbaurechtszins werde je nach Veränderung des Zinsniveaus periodisch angepasst. Teilweise werde auf den Referenzzinssatz abgestellt. Bis 2008 sei dies der Zins für erste Hypotheken der jeweiligen Kantonalbank gewesen. Dabei seien häufig Zuschläge oder Abschläge zu finden. Verbreitet sei auch die Verknüpfung des Anfangsbaurechtszinses, welcher beispielsweise auf der Grundlage des Hypothekarzinssatzes festgelegt wurde, mit dem vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Landesindex für Konsumentenpreise. Aus der Verwandtschaft des Baurechtszinses mit dem Hypothekarzins liege es nahe, dass der Prozentsatz des Basiswerts sich dem jeweiligen Zinssatz für erste Hypotheken auf gleichartigen Bauten automatisch anpassen solle. So bleibe der Belastungsumfang im Vergleich zu einem Landkauf gewahrt, weil sich in jener Renditenberechnung die Verzinsung des Erwerbspreises – teils als Schuldzins für das grundpfandrechtlich gesicherte Fremdkapital, teils als Aktivzins für den investierten Eigenkapitalanteil – stets nach diesem schwankenden Zinssatz richte. Die ständige Anpassung dieses Prozentsatzes an die Geldmarktverhältnisse garantiere auch eine genügende Berücksichtigung der inflatorischen Entwicklung. Die Parteien hätten bei Vertragschluss am 28. April 1983 als Zinssatz den jeweiligen Zinssatz der Bank C.\_\_\_\_\_ für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten gewählt, was eine damals übliche Wahl gewesen sei und den Veränderungen des Zinsniveaus Rechnung getragen habe. Dieser Referenzzinssatz sei Ende 2008 von einem anderen Referenzzinssatz abgelöst worden, was von den Parteien nicht habe vorausgesehen werden können. Nachdem der ursprünglich gewählte Referenzzinssatz nicht mehr nachgeführt und nicht mehr angepasst werde, müsse ein analoger Referenzzinssatz zur Anwendung gelangen. Dies sei unbe-

strittenermassen der hypothekarische Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen, weshalb dieser zur Anwendung gelange.

**6.2** Die Beschwerdeführerin führt aus, das Obergericht erkenne zu Recht, dass der jeweilige Zinssatz der Bank C. \_\_\_\_\_ für neue erstrangige Hypotheken auf Wohnbauten als massgeblicher Zinssatz für die Bestimmung des Baurechtszinses vereinbart worden sei. Nicht gefolgt werden könne dem Obergericht, soweit es davon ausgehe, dass der ursprünglich gewählte Zinssatz nicht mehr zur Anwendung gelange. Entgegen der Auffassung der kantonalen Instanzen könne von einer Vertragslücke keine Rede sein. Eine Vertragslücke liege einzig dann vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben. Erst wenn die Vertragsauslegung zum Ergebnis führe, dass die Parteien sich über bestimmte Punkte, welche regelungsbedürftig gewesen wären, nicht oder nicht vollumfänglich geeinigt haben, liege eine Vertragslücke vor. Die Annahme des Obergerichts, dass der Baurechtsvertrag lückenhaft sei, sei offensichtlich verfehlt. Ziff. 5 des Baurechtsvertrags halte die Bemessungsgrundlage des Baurechtszinses unmissverständlich fest, indem im diesbezüglich klaren Wortlaut des Baurechtsvertrags festgehalten werde, dass sich die Verzinsung nach dem jeweiligen Zinssatz der Bank C. \_\_\_\_\_ für neue erstrangige Hypotheken auf Wohnbauten bestimme. Dieser entspreche unbestrittenermassen dem heutigen Zinssatz der Bank C. \_\_\_\_\_ für variable Hypotheken auf Wohnbauten. Die Parteien hätten demnach einen ganz bestimmten Zinssatz benannt, ohne dass die Wahl dieses Zinssatzes an irgendwelche Voraussetzungen gebunden gewesen wäre. Mithin ergebe sich aus dem klaren vertraglichen Wortlaut, dass der gewählte Zinssatz auch unter erheblich veränderten Umständen – wie etwa, wenn der gewählte Referenzzinssatz nicht mehr weitergeführt bzw. durch einen anderen Referenzzinssatz abgelöst wird – weiterhin zur Anwendung gelangen soll. Diese klare vertragliche Regelung könne nicht dadurch beseitigt werden, dass das Obergericht ohne jede Begründung die durch nichts belegte und bestrittene Behauptung in den Raum stelle, dass die Ablösung des vereinbarten Referenzzinssatzes von den Parteien nicht voraussehbar gewesen sei. Diese Feststellung sei willkürlich, weil sie durch überhaupt nichts bewiesen sei. Ebenso fehl gehe die Argumentation, wonach der vereinbarte Referenzzinssatz deswegen nicht mehr gelten könne, weil er nicht mehr nachgeführt und nicht mehr angepasst worden sei. Den geschäftserfahrenen Parteien sei die Ungewissheit der künftigen Entwicklung des vereinbarten variablen Zinssatzes bekannt gewesen. Dass sich der vereinbarte variable

Zinssatz nach Vertragsschluss entweder verändern oder eben gerade nicht mehr verändern, d.h. stagnieren würde, sei für die Parteien voraussehbar gewesen. Das entsprechende Zinsrisiko sei von beiden Parteien bewusst in Kauf genommen worden, indem sie den Zinssatz der Bank C. \_\_\_\_\_ für neue Hypotheken auf Wohnbauten bzw. den heutigen Zinssatz der Bank C. \_\_\_\_\_ für variable Hypotheken auf Wohnbauten als massgeblichen Zinssatz gewählt hätten. Indem das Obergericht dem vereinbarten Zinssatz jede Bedeutung abspreche, weil dieser Zinssatz seit Ende 2008 nicht mehr nachgeführt und nicht mehr angepasst worden sei, gehe es implizit davon aus, dass einzig ein Zinsbemessungsansatz angemessen oder gar richtig sein könne, der sich permanent verändere. Entsprechendes lasse sich der massgeblichen vertraglichen Bestimmung nicht entnehmen. Die Parteien hätten keine Abrede getroffen, wonach sich der vereinbarte Zinssatz fortlaufend, d.h. während des gesamten Vertragsverhältnisses, verändern müsse. Sie hätten lediglich einen Zinssatz vereinbart, welcher sich potentiell verändern könne, aber keineswegs zwingend verändern müsse. Die permanente Veränderbarkeit des vereinbarten Zinssatzes sei von den Parteien gerade nicht als Anwendungskriterium dieses Zinssatzes bestimmt worden, sodass dieser Zinssatz selbst dann noch zur Anwendung komme, wenn er nicht mehr weitergeführt werde. Dies gelte umso mehr, als der relevante Zinssatz von der Bank C. \_\_\_\_\_ nach wie vor verwendet und publiziert werde. Infolgedessen erweise sich der Baurechtsvertrag nicht als lückenhaft. Damit gebe es keinen Raum für eine lückenfüllende richterliche Vertragsergänzung. Letztlich verkenne das Obergericht, dass die Modifikation des Baurechtsvertrags als nachträgliche richterliche Vertragsanpassung zu qualifizieren sei. Gültig zustande gekommene Verträge seien so zu erfüllen, wie sie vereinbart wurden, es sei denn, die Parteien trafen einvernehmlich eine neue Vertragsregelung. Dies gelte selbstverständlich auch dann, wenn nachträglich Äquivalenzstörungen aufträten. Komme es zu einer Leistungserschwerung für den Schuldner oder zu einer Leistungsentwertung durch die Gläubigerin, blieben die Parteien dennoch an den Vertrag gebunden. Der richterliche Eingriff in einen Vertrag setze nach den von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen der *clausula rebus sic stantibus* voraus, dass die Verhältnisänderung weder voraussehbar noch vermeidbar war, dass die Verhältnisänderung eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hat und dass der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wurde. Das Obergericht habe nicht ausgeführt, dass die genannten Voraussetzungen vorliegend erfüllt sein sollten; sie seien auch nicht erfüllt. Die eingetretene Verhältnisänderung sei objektiv und subjektiv vorausseh-

bar gewesen. Die Parteien hätten erkennen können und müssen, dass der gewählte Referenzzinssatz künftig stagnieren könnte. Sie hätten ohne Weiteres vertragliche Abreden treffen können, um künftige ungewollte Zinsrisiken zu regulieren, was die Parteien bewusst unterlassen hätten. Die eingetretene Verhältnisänderung sei für die Parteien demnach sowohl voraussehbar wie auch vermeidbar gewesen. Eine richterliche Vertragsanpassung sei allein deswegen nicht zulässig. Hinzu komme, dass die ausgebliebene Weiterführung des vereinbarten Zinssatzes ab Ende 2008 gerade nicht zu einer gravierenden Äquivalenzstörung im vertraglichen Verhältnis geführt habe. Etwas anderes sei vom Beschwerdegegner nicht behauptet worden. Die entsprechende prozessuale Unterlassung des Beschwerdegegners habe zur Konsequenz, dass das Vorliegen einer gravierenden Äquivalenzstörung nicht erstellt worden sei und auch nicht habe erstellt werden können. Auch aus diesem Grund müsse eine richterliche Vertragsanpassung entsprechend den Grundsätzen der *clausula rebus sic stantibus* unterbleiben. Daher seien die Parteien hinsichtlich des gewählten Referenzzinssatzes an die getroffene Vereinbarung gebunden. Weiter könne dem Obergericht nicht gefolgt werden, soweit es den hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen als zum von den Parteien gewählten Zinssatz analogen Zinssatz betrachte. Die beiden Zinssätze seien nicht vergleichbar. Sie beruhten auf unterschiedlichen Berechnungssystemen und dienten gänzlich unterschiedlichen Zwecken. Mit dem Hinweis, dass der hypothekarische Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen "unbestrittenermassen" dem gewählten Zinssatz entspreche, könne das Obergericht die Unterschiede nicht beseitigen. Gemäss Art. 2 der Verordnung des Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung vom 22. Januar 2008 über die Erhebung des für die Mietzinse massgebenden hypothekarischen Durchschnittszinssatzes (Zinssatzverordnung; SR 221.213.111) handle es sich beim hypothekarischen Referenzzinssatz um einen volumengewichteten durchschnittlichen Zinssatz der auf Schweizer Franken lautenden inländischen Hypothekarforderungen der Banken in der Schweiz. Gemäss Art. 3 Abs. 2 der Zinssatzverordnung würden die Daten zur Berechnung des Referenzzinssatzes von sämtlichen Banken in der Schweiz geliefert, deren auf Schweizer Franken lautende inländische Hypothekarforderungen den Gesamtbetrag von 300 Mio. Franken übersteigen. Schliesslich werde der Referenzzinssatz vierteljährlich und durch Rundung in Viertelprozenten nach einer in Art. 12a Abs. 1 und 2 der Verordnung vom 9. Mai 1990 über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG; SR 221.213.11) genannten Formel festgesetzt. Demgegenüber handle es sich bei dem von den Parteien gewählten Referenzzinssatz um einen einheitlichen Zinssatz

einer bestimmten Bank, der Bank C.\_\_\_\_\_, auf einer bestimmten Hypothek, namentlich der neuen 1. Hypothek auf Wohnbauten. Mithin hätten die Parteien demnach einen einheitlichen, einfach zu bestimmenden Zinssatz gewählt, während der hypothekarische Referenzzinssatz einem komplexen Berechnungsmechanismus folge. Indem das Obergericht den hypothekarischen Referenzzinssatz für die Bemessung des Baurechtszinses für massgeblich erkläre, zwingt es den Parteien einen Systemwechsel auf, ohne dass es überhaupt darlege, dass dieser Systemwechsel dem hypothetischen Parteiwillen entspreche. Damit sei das Obergericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass der jeweilige Baurechtszins nach dem hypothekarischen Referenzzinssatz bestimmt werden müsse, und es habe Art. 18 i.V.m. Art. 1 OR und Art. 2 ZGB verletzt.

**6.3** Der Beschwerdegegner entgegnet, das Bezirksgericht habe überzeugend dargelegt, weshalb eine richterliche Vertragsergänzung erforderlich sei und weshalb der hypothekarische Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen dem vertraglich vereinbarten, seinen Zweck aber nicht mehr erfüllenden Zinssatz am nächsten komme. Den überzeugenden Begründungen der kantonalen Instanzen sei nichts beizufügen.

**6.4** Wie bereits im Kontext der Bestimmung des Basislandwerts (E. 4.1.1) ist das Obergericht davon ausgegangen, ein tatsächlicher übereinstimmender Wille der Vertragsparteien hinsichtlich der Frage, was diese mit dem Satz "[Der Baurechtszins] entspricht der Verzinsung des jeweiligen Basislandwertes zum jeweiligen Zinssatz der Bank C.\_\_\_\_\_ für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten" genau gemeint haben, lasse sich nicht feststellen. Soweit die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht ausführt, was die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewusst oder gewollt haben, stellt sie auf Tatsachen ab, die sich nicht aus dem angefochtenen Entscheid ergeben. Diese sind neu und daher unbeachtlich (Art. 99 Abs. 1 BGG). Mangels Feststellung eines wirklichen Willens der Parteien beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip, welchen Inhalt der Vertrag hat (E. 5.1.2). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin geht es dabei weder um eine lückenfüllende richterliche Vertragsergänzung noch um eine Abkehr vom Grundsatz der *clausula rebus sic stantibus*.

**6.5** Die Parteien haben den von der Bank C.\_\_\_\_\_ angewendeten Zinssatz für erstrangige Hypotheken auf Wohnbauten als Referenzzinssatz gewählt.

**6.5.1** Nach der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gängigen Auffassung galt der Zinssatz für erstrangige Hypotheken von Kantonalbanken gleichsam als vergleichbar mit den üblicherweise aus Immobilieninvestitionen fließenden Erträgen. Dies stellte das Bundesgericht in BGE 112 II 149 E. 2b so fest: "[L]e taux de l'intérêt hypothécaire de premier rang pratiqué par les grandes banques [...] correspond en effet au revenu de placements de capitaux comparables à l'investissement immobilier." In diesem Sinne äusserte sich auch ISLER. Für die Festlegung des Baurechtszinses dränge sich ein Zinssatz "für langfristige Kapitalanlagen" auf. Hierfür liefere "der Zinsfuss einer Kantonalbank für erstrangige Hypotheken auf gleichartigen Bauten" eine besonders geeignete Vergleichszahl, denn dieser Zinsfuss richte sich einerseits nach der Lage auf dem Kapitalmarkt aus und andererseits sei er auch von den Verhältnissen auf dem Liegenschaftsmarkt abhängig (a.a.O., S. 134).

Die aus dem vorerwähnten BGE 112 II 149 zitierte Aussage stand im Zusammenhang mit der Frage, ob ein Vermieter mit dem Mietzins "den angemessenen Satz für Verzinsung, Amortisation und Unterhalt der Investition" überschreite (Art. 14 Abs. 2 aVMWG [in der bis am 31. Dezember 2007 gültigen Fassung]). 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.

**6.5.2** Der Zinsfuss einer Kantonalbank für erstrangige Hypotheken war auch in einem verwandten mietrechtlichen Kontext von besonderer Bedeutung, denn die Mietzinsen waren (bis 2007) den jeweiligen Entwicklungen dieses Zinssatzes anzupassen (Art. 269c OR i.V.m. Art. 13 VMWG).

Der Ordnungsgeber hat das VMWG per 1. Januar 2008 geändert. Danach gilt für Mietzinsanpassungen aufgrund von Änderungen des Hypothekarzinsatzes ein (gesamtschweizerischer) Referenzzinssatz. Für dessen Anwendung sind die Art. 12, Art. 12a und Art. 13 VMWG sowie die Übergangsbestimmungen zur erwähnten Verordnungsänderung massgebend. Der Referenzzinssatz gelangt überall dort zur Anwendung, wo bisher der Zinssatz der im örtlichen Hypothekargeschäft führenden Bank (in der Regel die Kantonalbank) massgebend war. Neben den Kostenveränderungen in Form von Erhöhungen oder Senkungen des Hypothekarzinsatzes (Art. 269a Bst. a OR

und Art. 12 Abs. 1 VMWG) betrifft dies insbesondere die Überprüfung des Mietzinses von Wohn- und Geschäftsräumen anhand des Ertrags (Art. 269 OR), die Berechnung der Überwälzung von wertvermehrenden Investitionen und energetischen Verbesserungen (Art. 269a Bst. b OR und Art. 14 Abs. 4 VMWG) sowie die Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite bei neueren Bauten (Art. 269a Bst. c OR). Der Referenzzinssatz stützt sich auf den volumengewichteten durchschnittlichen Zinssatz der auf Schweizer Franken lautenden inländischen Hypothekarforderungen der Banken in der Schweiz (Art. 2 der Zinssatzverordnung). Dies betrifft alle Forderungen, die von den Banken gemäss den für sie geltenden Rechnungslegungsvorschriften als Hypothekarforderungen ausgewiesen werden.

**6.5.3** Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der Bundesrat mit der hiervor dargelegten Änderung dem Grundeigentümer (und Vermieter) keinen Ertrag (mehr) zugestehen wollte, der mit dem üblicherweise aus einer (langfristigen) Immobilieninvestition fließenden Ertrag vergleichbar ist. Im Gegensatz zur früheren Lösung, als die Zinssätze der Gross- und Kantonalbanken die Verhältnisse des lokalen Liegenschaftsmarkts widerspiegeln, bestimmt aktuell der gesamtschweizerische Liegenschaftsmarkt die übliche und angemessene Verzinsung langfristiger Immobilieninvestitionen.

**6.6** Nach dem Vertrauensprinzip ist 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 haben, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet (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 ist. Dieser wird aktuell durch den in Art. 12a Abs. 1 VMWG definierten Referenzzinssatz zum Ausdruck gebracht. Folglich hat 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 hat.

## **7.**

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde teilweise begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen; ob dieses die Sache an das

Bezirksgericht zurückweist, ist seinem Ermessen überlassen. Obwohl die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptbegehren durchdringt, kann nur von einem teilweisen Obsiegen ausgegangen werden. Bei diesem Ausgang sind die Gerichtskosten je hälftig den Parteien aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Kostenbefreiung der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 66 Abs. 4 BGG kommt nicht in Frage, zumal diese zur Wahrung ihrer eigenen Vermögensinteressen gehandelt hat. Hinsichtlich der Parteientschädigung drängt sich eine Wettschlagung auf (Art. 68 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz wird über die in beiden kantonalen Instanzen entstandenen Prozesskosten neu zu befinden haben (vgl. Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2019 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 9'000.-- werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

**3.**

Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. Oktober 2020

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Herrmann

Gutzwiller