

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB180034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Urteil vom 16. September 2019

in Sachen

Stadt A. _____,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X1. _____ und / oder

Rechtsanwältin MLaw X2. _____

gegen

B. _____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss und ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen
vom 13. Juni 2018 (CG160005-G)**

Rechtsbegehren und Anträge:

Ursprüngliches Rechtsbegehren der Klage (Urk. 2):

- " 1. Es sei der Baurechtszins betreffend das zwischen der Klägerin als Baurechtsgeberin und dem Beklagten als Baurechtsnehmer mit Baurechtsvertrag vom 28. April 1983 und der darauf folgenden Eintragung im Grundbuch begründete sowie mit (grundbuchlich vollzogenem) Nachtrag vom 26. Februar 1986 und (grundbuchlich vollzogenem) Nachtrag vom 27. Mai 1988 (inkl. Ergänzung vom 8. Juli 1988) erweiterte Baurecht (Grundbuchblatt 1, SP 2), welches zu Gunsten des Beklagten und zu Lasten des (im Eigentum der Klägerin stehenden) Grundstücks Kat.-Nr. 3 an der C._____ - Strasse .../... in D._____ besteht, mit Wirkung ab 1. Januar 2014 anzupassen und es sei entsprechend festzustellen, dass der Baurechtszins ab 1. Januar 2014 CHF 212'430.00 pro Jahr (Kalenderjahr) beträgt; unter Vorbehalt der Anpassung des Rechtsbegehrens nach der Durchführung des Beweisverfahrens.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den ausstehenden Betrag von CHF 138'271.00 für die Baurechtszinsperiode vom 1. Januar 2014 bis 31. März 2016 zu bezahlen; unter Vorbehalt der Erhöhung dieses Betrages aufgrund (mit fortschreitender Zeitdauer) zunehmender Ausstände des Beklagten mit der Bezahlung des Baurechtszinses bis zum Urteilszeitpunkt, zzgl. Zins von 5 % seit dem
 - 1. Januar 2014 auf dem Betrag von CHF 15'451.50;
 - 1. April 2014 auf dem Betrag von CHF 15'451.50;
 - 1. Juli 2014 auf dem Betrag von CHF 15'451.50;
 - 1. Oktober 2014 auf dem Betrag von CHF 15'451.50;
 - 1. Januar 2015 auf dem Betrag von CHF 15'293.00
 - 1. April 2015 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. Juli 2015 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. Oktober 2015 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. Januar 2016 auf dem Betrag von CHF 15'293.00.
3. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die von ihr verausgabten Gebühren für das Schlichtungsverfahren in Höhe von CHF 950.00 zu bezahlen.
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren in der Höhe von CHF 8'248.80 zu bezahlen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8% MwSt. auf der Prozessentschädigung, zu Lasten des Beklagten."

Teilweise erweitertes Rechtsbegehren Ziff. 2 gemäss Replik (Urk. 38):

- " 2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den ausstehenden Betrag von CHF 199'443.00 für die Baurechtszinsperiode vom 1. Januar 2014 bis 31. März 2017 zu bezahlen; unter Vorbehalt der Erhöhung dieses Betrages aufgrund (mit fortschreitender Zeitdauer) zunehmender Ausstände des Beklagten mit der Bezahlung des Baurechtszinses bis zum Urteilszeitpunkt, zzgl. Zins von 5 % seit dem
 - 1. Januar 2014 auf dem Betrag von CHF 15'451.50;
 - 1. April 2014 auf dem Betrag von CHF 15'451.50;
 - 1. Juli 2014 auf dem Betrag von CHF 15'451.50;
 - 1. Oktober 2014 auf dem Betrag von CHF 15'451.50;
 - 1. Januar 2015 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. April 2015 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. Juli 2015 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. Oktober 2015 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. Januar 2016 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. April 2016 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. Juli 2016 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. Oktober 2016 auf dem Betrag von CHF 15'293.00;
 - 1. Januar 2017 auf dem Betrag von CHF 15'293.00."

Anträge des Beklagten (Urk. 12):

- " 1. Das Rechtsbegehren 1 der Klägerin sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist;
 2. das Rechtsbegehren 2 der Klägerin sei abzuweisen;
 3. die Rechtsbegehren 3 und 4 der Klägerin seien abzuweisen;
- unter gerichtlicher Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Art. 95 ZPO, zuzüglich 8 % MwSt. auf der Prozessentschädigung, alles zulasten der Klägerin."

Rechtsbegehren der Widerklage (Urk. 12):

- " 1. Die Widerbeklagte sei zu verpflichten, innert 60 Tagen nach Rechtskraft des Urteils ein Schätzungsgutachten über den Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks Kat.-Nr. 3, GBBI 4 in D. _____ durch einen unabhängigen fachkundigen Schätzer erstellen zu lassen;
 2. es sei festzustellen, dass die Verzinsung des Basislandwertes gemäss dem vom Bundesamt für Wohnungswesen errechneten hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen vorzunehmen ist;
 3. eventuell sei der auf die Verzinsung des Basislandwertes anzuwendende Zinssatz gerichtlich festzustellen;
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Widerbeklagten, zuzüglich 8% MwSt auf der Parteientschädigung."

Beschluss des Bezirksgerichtes Meilen vom 13. Juni 2018

(Urk. 94 S. 49 f.)

1. Auf das Rechtsbegehren der Klägerin, es sei festzustellen, dass der Baurechtszins ab 1. Januar 2014 CHF 212'430.– pro Jahr (Kalenderjahr) beträgt (Rechtsbegehren Ziff. 1), wird nicht eingetreten.
2. [Mitteilungen].
3. [Rechtsmittelbelehrung].

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 13. Juni 2018:

(Urk. 94 S. 50 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. In Gutheissung des Widerklagebegehrens Ziff. 1 wird die Klägerin verpflichtet, innert 60 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Teilurteils ein Schätzungsgutachten über den Verkehrswert des vom Baurecht zugunsten des Beklagten (GBBI 1, SP 2) erfassten Grundstückanteils (ca. 13'207 m²) am Grundstück Kat.-Nr. 3, GBBI 4 in D. _____ durch einen unabhängigen, fachkundigen Schätzer erstellen zu lassen.
3. In Gutheissung des Widerklagebegehrens Ziff. 2 wird festgestellt, dass die Verzinsung des Basislandwertes gemäss Ziff. 5 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Baurechtsvertrages vom 28. April 1983 seit dem 1. Januar 2009 gemäss dem vom Bundesamt für Wohnungswesen errechneten hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen vorzunehmen ist.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

CHF	30'000.–	die weiteren Kosten betragen:
CHF	350.–	Zeugenentschädigungen
CHF	30'350.–	Kosten total
5. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt. Sie werden, soweit ausreichend, mit den von den Parteien geleisteten Kosten- und Barvorschüssen verrechnet.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten den von ihm geleisteten Kostenvorschuss im Umfang von CHF 5'963.– zu ersetzen.
7. Die Klägerin wird zudem verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 36'700.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
8. [Mitteilungen].

9. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge:

der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsklägerin (Urk. 93 S. 2):

- "1. Es seien der Beschluss und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 13. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. der Vorinstanz: CG160005-G) aufzuheben und es sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei die Klage der Berufungsklägerin vom 11. Februar 2016 gutzuheissen und die Widerklage des Berufungsbeklagten vom 20. Juni 2016 abzuweisen, soweit überhaupt auf diese einzutreten ist.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer von 7,7% auf der Prozessentschädigung, zu Lasten des Berufungsbeklagten."

des Beklagten, Widerklägers und Berufungsbeklagten (Urk. 101 S. 2):

"Es sei die Berufung abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessverlauf

1. Sachverhalt

1.1. Die Stadt A. _____ (Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsklägerin, nachfolgend: Klägerin) schloss als Grundstückeigentümerin mit B. _____ (Beklagter, Widerklägerin und Berufungsbeklagter, nachfolgend: Beklagter) am 28. April 1983 einen Baurechtsvertrag betreffend ein Baurecht mit einer Fläche von 8'201m² auf dem Grundstück Kat. Nr. 5 (neu Kat. Nr. 3) in D. _____ ab (Urk. 5/4). Mit Nachtrag vom 26. Februar 1986 wurde die mit dem Baurecht zu Gunsten des Beklagten be-

lastete Fläche um 4'259m² und mit Nachtrag vom 27. Mai 1988 um weitere 747m² auf total 13'207m² erweitert. Die Fläche von 13'207m² ist aufgeteilt in eine vollwertig nutzbare Fläche von 9'855m² und eine bedingt nutzbare Fläche von 3'352m² (Urk. 5/4).

1.2. Bei Abschluss des Baurechtsvertrages betrug der Basislandwert für 6'701m² (vollwertig nutzbare Fläche) CHF 400.-/m² und für 1'500m² (bedingt nutzbare Fläche) Fr. 200.-/m² (Urk. 5/4 S. 4 Ziff. 5). Eine entsprechende Aufteilung wurde sodann auch für die Erweiterungen gemäss Nachtrag vom 26. Februar 1986 sowie Nachtrag vom 27. Mai 1988 festgehalten.

1.3. In Ziffer 5 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983 ist das Folgende festgehalten (Urk. 5/4 S. 4 f.):

" Der jeweilige Bauberechtigte hat der Grundeigentümerin einen Baurechtszins zu entrichten. Dieser entspricht der Verzinsung des jeweiligen Basislandwertes zum jeweiligen Zinssatz der F. _____ für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten.

Der Basislandwert beträgt bei Abschluss des Vertrages für 6'701m² 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 der Eintragung des Baurechts im Grundbuch."

1.4. Die Parteien passten den Baurechtszins seit dem Vertragsschluss zwei Mal einvernehmlich an, das erste Mal am 24. Februar 1994 (rückwirkend auf den 1. Januar 1994; vgl. Urk. 5/7) und das zweite Mal am 19. November 2004 (mit Wirkung ab 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2013; vgl. Urk. 5/8).

1.5. Bei der Anpassung des Baurechtszinses per 1. Januar 2014 konnten sich die Parteien nicht auf einen gemeinsamen Schätzungsauftrag einigen (vgl. Urk. 5/12-15). In der Folge beauftragte der Beklagte die E1._____ AG (E._____) mit einer Schätzung und die Klägerin die F._____ (G._____). Die F._____ schätzte den "Landrichtwert Grundstück Kat. Nr. 3" auf CHF 8'497'000.- (Urk. 5/16), dies unter der "Annahme, dass das Grundstück noch unbebaut im Baurecht abgegeben werden soll" (Urk. 5/16 S. 1). Die E1._____ AG schätzte mit Gutachten vom 1. Oktober 2014 (Urk. 5/17) den Landwert auf CHF 6'050'000.- (Urk. 5/17 S. 20). Darin wird die Liegenschaft "ohne Beachtung der Belastung des Grundstückes durch das Baurecht, aber mit Berücksichtigung der darauf befindlichen Bauten" bewertet (Urk. 5/17 S. 12). Aufgeteilt auf die beiden Kategorien ergaben sich CHF 524.70/m² für 9'855 m² der Kategorie I (vollwertig nutzbare Fläche) und CHF 262.35/ m² für 3'352 m² der Kategorie II (bedingt nutzbare Fläche) (vgl. Urk. 5/17 S. 20).

1.6. In der Folge verlangte die Klägerin die Baurechtszinsanpassung gestützt auf das Gutachten der F._____ mit einem neuen Baurechtszins von CHF 212'430.- pro Jahr. Sie hatte den Beklagten mit Schreiben vom 28. Mai 2015 aufgefordert, die Anpassung anzuerkennen und die entsprechende Differenz zum bisherigen Baurechtszins zu leisten (Urk. 5/18). Mit Schreiben vom 2. Juni 2015 lehnte der Beklagte dies ab und wies darauf hin, dass er mit einem Baurechtszins gestützt auf die Bewertung der Baurechtsliegenschaft gemäss dem Gutachten der E1._____ AG vom 1. Oktober 2014 einverstanden wäre (Urk. 5/19).

1.7. Klageweise verlangt die Klägerin die Feststellung des künftig geschuldeten Baurechtszinses und die Leistung des nach ihrer Ansicht bis dato ausstehenden Baurechtszinses. Der Beklagte verlangt widerklageweise die Verpflichtung der Klägerin zur Beibringung eines Schätzungsgutachtens sowie die Feststellung des für die Bestimmung des Baurechtszinses massgebenden Zinssatzes.

2. Prozessverlauf

2.1. Bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrensverlaufs sei zunächst auf den angefochtenen Entscheid verwiesen (Urk. 94 S. 6-8).

Ergänzend sei Folgendes vermerkt: Mit Eingabe vom 5. März 2018 erstattete der Beklagte den schriftlichen Schlussvortrag und nahm Stellung zur Frage des Gerichts, ob es sich bei Ziffer 5 Abs. 3 des streitbetroffenen Baurechtsvertrags allenfalls um eine Schiedsgutachtenvereinbarung handle (Urk. 85). Ebenfalls mit Eingabe vom 5. März 2018 nahm die Klägerin Stellung zum Beweisergebnis, erstattete den Schlussvortrag und äusserte sich zur allfälligen Würdigung der Regelung über die Festsetzung des Baurechtszinses bei Uneinigkeit der Parteien (Ziff. 5 Abs. 3 des Baurechtsvertrages) als Schiedsgutachtenvereinbarung (Urk. 86). In der Folge fällte die Vorinstanz ihren Entscheid vom 13. Juni 2018 (Urk. 94), welcher den Parteien je am 18. Juni 2018 zugestellt werden konnte (Urk. 88/1-2). Nach entsprechendem Hinweis der Vertreterin des Beklagten stellte die Vorinstanz fest, dass die Schlussvorträge der Parteien vom 5. März 2018 der jeweiligen Gegenpartei nicht zugestellt worden waren. Dieses Versäumnis wurde mit Schreiben vom 19. Juni 2018 nachgeholt (Urk. 89, Urk. 91) und die entsprechenden Eingaben vom 5. März 2018 (Urk. 85 und Urk. 86) wurden je der Gegenpartei zugestellt (Urk. 90, Urk. 92).

2.2. In der Folge erhob die Klägerin mit Schriftsatz vom 20. August 2018 rechtzeitig Berufung (Urk. 93). Nachdem sie die Gerichtskosten im Sinne der Verfügung vom 4. September 2018 mit einem Vorschuss von CHF 23'000.- sichergestellt hatte (Urk. 97, Urk. 99), beantwortete der Beklagte die Berufung am 13. November 2018 (Urk. 101). Mit Verfügung vom 10. Januar 2019 wurde die Berufungsantwortschrift der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 102). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

2.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-92). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind.

II. Prozessuales

1. Die Klägerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) geltend, nachdem die Vorinstanz die jeweiligen Stellungnahme der Parteien vom 5. März 2018 erst nach Erlass des angefochtenen Entscheides je der Gegenseite zugestellt hatte (Urk. 93 S. 5). Die Vorinstanz habe damit in klarer Weise das rechtliche Gehör der Parteien verletzt, indem sie den Parteien respektive vorliegend der Berufungsklägerin die Möglichkeit genommen habe, sich vor dem Erlass des angefochtenen Entscheids zur besagten Stellungnahme der Gegenseite zu äussern. Gerade in der vorliegenden Konstellation stelle dies eine gravierende Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, sollten sich die Parteien im Rahmen ihrer Stellungnahmen doch nicht einzig zum Beweisergebnis und zur Sache im Sinne von Art. 232 ZPO, sondern darüber hinaus auch zur Frage der Qualifikation von Ziff. 5 Abs. 3 des Baurechtsvertrages als Schiedsgutachtervereinbarung äussern. Mithin sei vom Gericht in einem sehr späten Verfahrenszeitpunkt eine Frage aufgegriffen worden, die bislang im Prozess nicht und insbesondere auch nicht von den Parteien thematisiert worden sei. Entsprechend habe denn auch der Berufungsbeklagte in seiner Stellungnahme vom 5. März 2018 zum ersten Mal im vorliegenden Verfahren von einer "Schiedsklausel" (recte: Schiedsgutachtervereinbarung) gesprochen, obwohl keine der Parteien bis zu diesem Zeitpunkt je diese Auffassung vertreten hätten (Urk. 93 S. 5 f. Rz 12).

2. Aus dem Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV, Art. 53 ZPO und Art. 6 Abs. 1 EMRK) ergibt sich das Recht der Parteien, von allen dem Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Dieses Äusserungsrecht steht einer Partei unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue und erhebliche Elemente enthält und ob sie im konkreten Fall massgebend sein kann. Die Partei allein entscheidet, ob eine neue Eingabe Bemerkungen ihrerseits erfordert. Das Recht auf Kenntnisnahme und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten dient dem fairen Verfahren in dem Sinne, dass die Verfahrensparteien die Möglichkeit haben, sich substantiell zu Vorbringen der Gegenpartei zu äussern. Das blosses Beharren darauf, das letzte Wort zu haben, ohne dass damit eine effektive Rechtswahrnehmung ver-

bunden wäre, ist demgegenüber nicht schutzwürdig. Das Wahrnehmen des Replikrechts setzt ferner voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass des Entscheides zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will. In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zur Replik einzuräumen. Hierzu genügt es grundsätzlich, den Parteien die Eingaben zur Information zuzustellen (Urteils des Bundesgerichts 5A_615/2018 vom 28. Januar 2019, E. 2.3 m.w.H.).

3. In seinem Entscheid BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017 hat sich das Bundesgericht mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör befasst:

"**4.2.1.** Mit Blick auf die formelle Natur des Anspruchs wird zum Teil die Auffassung vertreten, wenn eine Gehörsverletzung festgestellt wird, habe zwingend eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides zu erfolgen, soweit keine Heilung der Gehörsverletzung vorgenommen werden kann, unabhängig davon, ob das Urteil anders ausgefallen wäre (SUTTER-SOMM/CHEVALIER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, Sutter-Somm und andere [Hrsg.], N. 26 f. zu Art. 53 ZPO mit Hinweisen). Ein anderer Teil der Lehre schliesst aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts, erforderlich sei zusätzlich, dass sich der Mangel für die in ihrem Gehörsanspruch verletzte Partei nachteilig ausgewirkt habe (OBERHAMMER, in: Kurzkommentar ZPO, Oberhammer und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 13 zu Art. 53 ZPO; kritisch: HALDY, in: CPC Code de procédure civile, Bohnet und andere [Hrsg.], 2011, N. 20 zu Art. 53 ZPO) und diskutiert gar einen Abschied von der absolut verstandenen formellen Natur des Gehörsanspruchs (HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. 1, 2012, N. 84 zu Art. 53 ZPO).

4.2.2. Das Bundesgericht umschreibt die formelle Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör in konstanter Rechtsprechung dahingehend, dass eine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führe (vgl. E. 2.4 hier vor; **BGE 135 I 187** E. 2.2. S. 190 mit Hinweisen). Daraus leitet es ab, mit anderen Worten komme es nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlassen wird oder nicht (**BGE 127 V 431** E. 3d/aa S. 437; **126 V 130** Erw. 2b S. 132 mit Hinweisen).

4.2.3. Das Bundesgericht hat allerdings mit der Begründung, eine Rückweisung würde einen Leerlauf bedeuten, in einigen Entscheiden auch ohne Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung abgesehen (Urteil des Bundesgerichts 4A_67/2011 vom 7. Juni 2011 E. 2.1.2), teilweise sogar ohne Prüfung der Schwere der Verletzung (Urteil des Bundesgerichts 4A_283/2013 vom 20. August 2013 E. 3.3). Nach dieser Rechtsprechung stellt die Wahrung des rechtlichen Gehörs trotz dessen formellen Charakters keinen Selbstzweck dar. Der Gehörsanspruch soll insbesondere im Bereich der Beweiserhebung und Beweiswürdigung im Zivilprozess sicherstellen, dass keine Partei durch ein Urteil belastet wird, das zufolge missachte-

ter Mitwirkungsrechte zu einem unrichtigen Ergebnis geführt hat. Ist dagegen nicht ersichtlich, inwiefern das Verfahren, wäre es verfassungskonform durchgeführt worden, eine andere Wende genommen hätte, kann nach dieser Rechtsprechung von einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids abgesehen werden. Für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs wird deshalb vorausgesetzt, dass die beschwerdeführende Partei in der Begründung des Rechtsmittels angibt, welche Vorbringen sie in das kantonale Verfahren eingeführt hätte und inwiefern diese erheblich gewesen wären. Das Bundesgericht kam zum Schluss, auch mit Rücksicht auf die den verfassungsmässigen Verfahrensrechten immanente Garantie, als Subjekt in den Entscheidungsprozess eingebunden zu werden, erschienen diese Anforderungen an die Substanziierung einer Rüge der Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV sachgerecht. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein wegen der festgestellten Gehörsverletzung zu einem Leerlauf und zu einer unnötigen Verzögerung führe, die mit dem Interesse der Parteien an einer möglichst beförderlichen Beurteilung der Streitsache nicht zu vereinbaren wäre (Urteile des Bundesgerichts 4P.189/2002 vom 9. Dezember 2002 E. 3.2.3, publ. in: Pra 92/2003 Nr. 130 S. 689 ff.; 2P.20/2005 vom 13. April 2005 E. 3.2; 4A_153/2009 vom 1. Mai 2009 E. 4.1; 6B_339/2011 vom 5. September 2011 E. 3.4; 6B_76/2011 vom 31. Mai 2011 E. 2.1 mit Hinweisen).

4.2.4. Diese Rechtsprechung bedeutet keinen Abschied von der formellen Natur des Gehörsanspruchs. Sie ist vielmehr Ausdruck des allgemeinen Gebots des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), nämlich des Verbots einer unnützen, schikanösen oder auch zweckwidrigen Rechtsausübung (**BGE 138 III 401** E. 2.2 S. 403). Dieses Prinzip findet im Prozessrecht allgemein seinen Ausdruck beispielsweise darin, dass ein schutzwürdiges Interesse der klagenden oder gesuchstellenden Partei verlangt wird (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Es schränkt aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits den Anspruch auf rechtliches Gehör als solchen ein, indem die Mitwirkungsrechte auf *erhebliche* Beweise eingeschränkt werden beziehungsweise auf Beweisergebnisse, die geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen (**BGE 142 I 86** E. 2.2 S. 89; **135 I 187** E. 2.2 S. 190; **127 I 54** E. 2b mit Hinweis). Dadurch werden Fälle ausgeschlossen, in denen es der Partei, deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde, nicht um die Möglichkeit geht, ihr Anliegen in einem korrekten Verfahren zu vertreten - diese soll ihr mit der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör gewahrt bleiben - sondern darum, das Verfahren in die Länge zu ziehen, die Gegenpartei zu schikanieren oder Ziele zu verfolgen, die auch im Rahmen der Rückweisung gar nicht erreicht werden können. So soll einer Partei, die keine Gelegenheit erhalten hat, zu einer Eingabe Stellung zu nehmen, die Möglichkeit eröffnet werden, ihre Argumente vorzutragen. Ist aber nicht ersichtlich, inwiefern der Eingabe Bedeutung zukommen könnte, hat die Partei wenigstens darzulegen, dass für sie überhaupt Anlass zu einer Stellungnahme besteht (zit. Urteile 4A_67/2011 E. 2.1.2; 4A_283/2013 E. 3.3; 4P.189/2002 E. 3.2.3; 2P.20/2005 E. 3.2; 4A_153/2009 E. 4.1; 6B_339/2011 E. 3.4; 6B_76/2011 E. 2.1). Hat die Partei zu der Eingabe nämlich nichts zu sagen, läuft die Anfechtung auf eine sinnlose Rechtsausübung hinaus, die keinen Rechtsschutz verdient."

4. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt die Wahrung des rechtlichen Gehörs keinen Selbstzweck dar. Ungeachtet der formellen Natur des Ge-

höranspruchs besteht dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, wenn nicht bestritten ist, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang gehabt hätte. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein wegen der festgestellten Gehörsverletzung zu einem Leerlauf und einer unnötigen Verzögerung führt. Für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs wird grundsätzlich vorausgesetzt, dass die beschwerdeführende Partei in der Begründung des Rechtsmittels angibt, welche Vorbringen sie bei Gewährung des rechtlichen Gehörs in das kantonale Verfahren eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (vgl. BGer 5A_561/2018 vom 14.12.2018, E. 2.3 m. Hinweisen).

5. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die Standpunkte beider Parteien, insbesondere auch zur Frage der Qualifikation der im Baurechtsvertrag für den Fall der Uneinigkeit zwischen den Parteien vorgesehenen Regelung über die Festlegung des Baurechtszinses als Schiedsgutachtenvereinbarung aufgeführt (Urk. 94 S. 32 f. Ziff. 4). In der Folge hat sie sich ausführlich mit den Darlegungen der Parteien auseinandergesetzt und ist zum Schluss gekommen, dass die Parteien im Ergebnis eine gültige Schiedsgutachtenvereinbarung im Sinne von Art. 189 ZPO geschlossen hätten (Urk. 94 S. 33 ff. Ziff. 5). Die Schlussvorträge der Parteien hat die Vorinstanz ebenfalls zur Kenntnis genommen (Urk. 94 S. 8).

6. Die Klägerin legt in der Berufung mit keinem Wort dar, welche Vorbringen sie in einer Stellungnahme - einerseits zum Schlussvortrag des Beklagten und andererseits zur Frage der Schiedsgutachtenvereinbarung - hätte einbringen wollen. So dann fehlen Ausführungen dazu, inwiefern die Vorbringen in der Stellungnahme für das Verfahren hätten erheblich sein können. Damit verfängt die (diesbezügliche) Rüge von vornherein nicht.

III.

1. Ausgangslage

Strittig zwischen den Parteien ist die Auslegung von Ziffer 5 Absatz 2 des Baurechtsvertrages der Parteien vom 28. April 1983, sodann die Frage, ob es sich bei Ziffer 5 Absatz 3 des Baurechtsvertrages um eine Schiedsgutachtenvereinbarung handelt und ob diese vom Gericht von Amtes wegen beachtet werden darf sowie welcher Referenzzinssatz auf die Verzinsung anwendbar ist.

2. Baurechtszinsanpassung gemäss Ziffer 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrages

2.1. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der in Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrages im Zusammenhang mit der Schätzung des Grundstücks verwendete Terminus "unbelastet" bedeutet, das Grundstück müsse "frei von Lasten", gemeint "frei von Dienstbarkeiten und Pfandrechten", vorliegend also ohne Berücksichtigung der Baurechtsdienstbarkeit, geschätzt werden (Urk. 2 N 31 und Urk. 38 N 38 f.). Strittig ist allerdings, ob die sich auf dem Grundstück befindenden Bauten berücksichtigt werden müssen (bebaut) oder ob die Schätzung unter der "Annahme, dass das Grundstück noch unbebaut im Baurecht abgegeben werden soll", (unbebaut) erfolgen soll.

2.1.1. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, sind die erheblich voneinander abweichenden Schätzwerte der von den Parteien eingeholten Gutachten vorrangig darauf zurückzuführen, dass der Schätzer der Klägerin die Liegenschaft im (gedacht) unbebauten Zustand und der Schätzer des Beklagten im (tatsächlich) bebauten Zustand schätzten (Urk. 94 S. 10 Ziff. IV. 1.).

2.1.2. Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass bei der Schätzung des Grundstücks auf den Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks und damit auf den Potenzialwert des Grundstücks, welcher unabhängig vom Baurecht des Beklagten, unabhängig von der bestehenden Baute und unabhängig von der konkreten Nutzung durch den Beklagten zu bestimmen sei, abzustellen sei.

2.1.3. Nach Ansicht des Beklagten bedeutet "unbelastet" frei von Lasten und demnach ohne Baurecht. Die Liegenschaft müsse deshalb ohne Berücksichtigung der Baurechtsdienstbarkeit bewertet werden. Unbelastet sei aber nicht dasselbe wie unbebaut. Zu bewerten sei periodisch das überbaute Grundstück im Anpassungszeitpunkt. Die Eigentumsverhältnisse bezüglich der sich auf dem Grundstück befindenden Bauwerke seien irrelevant für die Eruiierung des Immobilienwertes, der sich aus dem Gebäude- und dem Landwert zusammensetze. Ziel der Anpassung des Baurechtszinses sei die Ermittlung der nachhaltig erzielbaren Landrente. Genau dies sehe die Anpassungsklausel vor, indem der Basislandwert (die Landrente) mittels einer Bewertung des Nutzungspotentials des bebauten Grundstücks festgestellt werde. So sei die Formulierung "mit dem Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks in Einklang zu bringen" zu verstehen. Der Wortlaut enthalte den Begriff des unbebauten Grundstücks nicht und laute eben gerade nicht "unbelastet und unüberbaut" (Urk. 12 N 46 f.). Die Klägerin habe den Baurechtsvertrag, wie auch alle anderen Baurechtsverträge im C.____-Areal, von ihren eigenen Juristen aufsetzen lassen. Wenn sie "unbelastet und unüberbaut" hätte vereinbaren wollen, hätte sie dies auch so schreiben müssen (Urk. 12 N 49).

2.1.4. Die Vorinstanz kommt nach durchgeführtem Beweisverfahren zum Schluss, dass der tatsächliche übereinstimmende Wille der Vertragsparteien und eine Einigung über das Verständnis der Anpassungsklausel unbewiesen sei, weshalb die Auslegung des Baurechtsvertrages nach dem Vertrauensprinzip massgeblich sei. Demnach gelte, dass das Grundstück ohne Baurecht, aber im bebauten Zustand zu schätzen sei (Urk. 94 S. 31 Rz 19).

2.1.5. Im Berufungsverfahren blieb unangefochten, dass kein tatsächlicher übereinstimmender Parteiwille festgestellt werden konnte. Ebenfalls unangefochten blieben die grundsätzlichen Erwägungen der Vorinstanz zur Vertragsauslegung (Urk. 94 S. 10 ff. Ziff. 10-13).

2.2. Vorab ist festzuhalten, dass die strittige Vertragsklausel das Wort "unüberbaut" nicht enthält.

2.3. Die Vorinstanz hält fest, aus dem Wortlaut von Ziff. 5 Abs. 2 Satz 2 gehe hervor, dass die Parteien zwischen dem "Basislandwert" einerseits und dem "jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks" andererseits differenziert hätten und dass ersterer jeweils alle 10 Jahre mit letzterem "in Einklang" zu bringen sei. Der Begriff Verkehrswert finde sich im ZGB in den Art. 211 f. und 617. Er werde in der juristischen Literatur als Marktwert eines Grundstückes 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 (sog. Praktikermethode). Der Realwert setze sich zusammen aus dem Landwert sowie aus dem Bauwert, wenn die Liegenschaft überbaut sei. Der Ertragswert entspreche den kapitalisierten jährlichen Erträgen (z.B. Mieterträge). Diese Ausführungen zeigten, dass der Landwert ein Teil des Realwertes und dieser wiederum ein Teil des Verkehrswertes 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 Verkehrswertes des mit dem Baurecht belasteten Grundstücks eine Baute voraussetze. Ohne Baute liesse 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 sei aber kurz bevorstehend, 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 Klägerin in Auftrag gegebene Schätzungsgutachten der F._____ einen Ertragswert berechne, obwohl die Schätzung vom unbebauten Grundstück ausgehe. Die Ermittlung des Landwerts erfolge in diesem Fall durch die Berechnung der möglichen (Miet-)Erträge eines hypothetisch neu zu erstellenden Mietobjekts, wobei vom Ertragswert die Baukosten dieses Objekts abgezogen würden. Insofern sei es durchaus praktikabel, eine Verkehrswertermittlung gestützt auf ein unbebautes Grundstück vorzunehmen und dabei von einer hypothetischen Bebauung auszu-

gehen. Aus der Formulierung des Anpassungsmechanismus allein lasse sich somit nicht eindeutig schliessen, ob das Grundstück im bebauten oder im unbebauten Zustand zu schätzen sei (Urk. 94 S. 15 Ziff. 13.1.).

2.3.1. Diese Erwägungen der Vorinstanz blieben unbestritten (Urk. 93 S. 7 Rz 19). Die Klägerin macht jedoch geltend, die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die beschriebene Berechnungsmethode den Schluss nahe lege, dass die Ermittlung des Verkehrswertes des mit dem Baurecht belasteten Grundstücks eine Baute voraussetze, weil sich ohne Baute weder Bauwert noch Ertragswert konkret berechnen liesse und der Verkehrswert im Ergebnis mit dem Landwert zusammenfalle, seien für den vorliegenden Fall rechtlich nicht relevant (Urk. 93 S. 8 Rz 20).

2.4. Die Klägerin führt aus, dass Ziffer 5 Absatz 2 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983 durch die Vorinstanz unrichtig ausgelegt worden sei, indem diese davon ausgehe, dass das fragliche Grundstück im unbelasteten, aber überbauten Zustand zu schätzen sei (Urk. 93 S. 6 Rz 1). Die Vorinstanz habe sich im Rahmen der grammatikalischen Auslegung einzig mit der Bedeutung des Wortes "Verkehrswert" auseinandergesetzt, jedoch ohne Mehrwert für die sich vorliegend stellende Frage. Mit der vorliegend absolut zentralen Begrifflichkeit 'unbelastet' habe sich die Vorinstanz jedoch in nicht nachvollziehbarer Weise nicht weiter befasst (Urk. 93 S. 9 Rz 21).

Die Parteien seien sich zunächst einig, dass ein unbelastetes Grundstück "frei von Lasten", mithin frei von Dienstbarkeiten oder Grundpfandrechten, bedeute. Werde folglich das vorliegend bestehende Baurecht weggedacht, entfalle konsequenterweise auch die gestützt darauf errichtete (und ansonsten widerrechtliche [!]) Baute: Denn die Baute des Baurechtsnehmers hätte ohne das Baurecht gar nicht errichtet werden können resp. dürfen. Das Baurecht sei folglich eine *conditio sine qua non* für die entsprechende Baute, weshalb das Baurecht nicht weggedacht werden könne, ohne dass auch die Baute entfalle. "Unbelastet" bedeute im vorliegenden konkreten Fall somit automatisch auch "unbebaut"; mithin sei dieser Umstand (unbebautes Grundstück) dem Begriff "unbelastet" inhärent. Folglich ergebe sich die berufungsklägerische Auffassung, wonach das Baurechtsgrundstück im unbelasteten und unbebauten Zustand zu schätzen sei, bereits klar aus

dem in der interessierenden Bestimmung des Baurechtsvertrages verwendeten Wort "unbelastet", was die Vorinstanz allerdings gänzlich ausser Acht gelassen habe (Urk. 93 S. 9 Rz 22).

Insbesondere aber auch die Betrachtung des von den Parteien verwendeten Begriffs "Basislandwert", mit welchem sich die Vorinstanz ebenfalls nicht auseinandergesetzt habe und welcher von den Parteien explizit als Basis für die Zinsberechnung vereinbart worden sei, lasse keinen anderen Schluss zu und widerlege die Auffassung der Vorinstanz: Zwar möge sich der Basiswert für die Zinsberechnung in der Regel am Verkehrswert der baurechtsbelasteten Liegenschaft zum Zeitpunkt der Baurechtserrichtung orientieren, wobei aufgrund dessen, dass der Grundeigentümer den Sachwert des Bodens behalte und dessen Wertsteigerung ihm weiterhin zukomme, von einem mittleren Verkehrswert auszugehen sei, der nur den gegenwärtig erzielten Ertrag berücksichtige. In Abweichung davon hätten die Parteien jedoch vorliegend im Rahmen ihrer vertraglichen Freiheiten gerade nicht den Verkehrswert als Basis für die Zinsberechnung gewählt, sondern vielmehr eben den Basislandwert. Die Klägerin weist in diesem Zusammenhang auf BGer 5C.275/2002, E.4.4 hin und hält dazu fest, dass sich das Bundesgericht in diesem Fall mit dem Begriff des "Landwertes" auseinandergesetzt habe, und zitiert die entsprechenden Erwägungen (Urk. 93 S. 9 f. Rz 23). Vor diesem Hintergrund und der mit Bezug auf die vorliegend relevante Frage (=was ist unter dem Landwert zu verstehen?) eindeutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei schlicht nicht ersichtlich, weshalb das Grundstück im bebauten Zustand geschätzt werden solle, wie dies die Vorinstanz festgehalten habe: Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrags, welcher einerseits vom "Basislandwert" spreche und andererseits einen Quadratmeterpreis vorgebe, könne somit im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Verwendung dieser Begrifflichkeiten eindeutig zum Ergebnis führe, dass damit unbebautes Land gemeint sei, nicht anders ausgelegt werden als so, dass der Basislandwert, mithin der Wert des unbebaut gedachten Landes, mit dem jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten (und damit konsequenterweise ebenfalls unbebauten resp. unbebaut gedachten) Grundstücks in Einklang zu bringen sei. Nur auf diese Weise könne im Übrigen auch ein vergleichbarer Wert erzielt werden, der es erlaube, auf derselben Basis den aktuali-

sierten Baurechtszins zu berechnen (kurz: Gleiches solle mit Gleichem verglichen werden). Die von der Vorinstanz vertretene Auffassung hätte denn auch zur Folge, dass Gleiches mit Ungleichem verglichen werde, indem plötzlich das überbaute Grundstück zur Bestimmung des Basislandwertes entscheidend wäre. Das könne schlicht nicht sein (Urk. 93 S. 10 f. Rz 24). Aus dem Gesagten ergebe sich, so die Klägerin weiter, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz bereits aus dem Wortlaut von Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrages hervorgehe, dass das Grundstück vorliegend in unbelastetem und unbebautem Zustand zu schätzen sei (Urk. 93 S. 11 Rz 25).

2.4.1. Der Beklagte lässt im Rahmen der Berufungsantwort (Urk. 101) ausführen, Sinn und Zweck eines Vertrages, mit welchem eine Baurechtsdienstbarkeit eingeräumt werde, sei der Ausgleich der Interessen beim Auseinanderfallen von Grundeigentum und Gebäudeeigentum. Die Durchbrechung des Akzessionsprinzips führe demgemäss auch zu einer Aufteilung des Immobilienwerts. Letzterer könne nicht grösser sein, als was sich aus der vertragsgemässen Bewirtschaftung der überbauten Fläche herausholen lasse. Die Klägerin wolle jedoch mehr, nämlich die Verzinsung des Verkehrswertes von unüberbautem Bauland. Dieser sei in den letzten Jahrzehnten mutmasslich immer höher als der Landanteil der Immobilienrente gewesen, weil darin die jeweils aktuellen baurechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt würden (Potenzialwert). Einem Baurechtsvertrag als Dauerschuldverhältnis widerspreche jedoch eine Betrachtungsweise, die den eigentlichen Kern der Abmachung ausser Acht lasse, dass nämlich der Bauberechtigte eine Baute erstellen und diese über Jahrzehnte bestehen lassen dürfe. Trotzdem wäre wegen der dispositiven Natur des Vertragsrechts eine derartige Regelung möglich. Sie stehe aber so nicht im Vertrag (Urk. 101 S. 6 Rz 13).

Die Klägerin stelle erneut die falsche Behauptung in den Raum, es sei beim Vertragsabschluss völlig unklar gewesen, was für eine Baute geplant und wann eine solche errichtet werden sollte. Es sei unbestritten, dass die Klägerin, damals vertreten durch den Vizedirektor der Gasversorgung, die Baueingabepläne für das Bauvorhaben des Beklagten eingesehen und unterschrieben habe. Im Vertrag sei ein auf zwei Jahre befristetes Rücktrittsrecht stipuliert worden, falls sich der Bau-

grund als untauglich erweisen oder der Beklagte keine Baubewilligung erhalten sollte. Die Realisierung des Bauprojekts sei also unmittelbar bevorgestanden und die Vertragspartner seien davon ausgegangen, dass das Grundstück beim ersten Anpassungstermin im Jahr 1993 überbaut sein würde. Werde ein Grundstück erstmals im Baurecht abgegeben, sei es naturgemäss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbebaut, der Zweck des Baurechts sei ja gerade dessen Bebauung. Dementsprechend sei das Land für die vorliegend nächsten 60 Jahre bebaut. Weshalb die Klägerin immer und immer wieder insistiere, die Parteien hätten die jeweilige Baurechtszinsanpassung an den Verkehrswert des unbebauten Landes anbinden wollen, sei unverständlich (Urk. 101 S. 7 Rz 14).

Mit der Eintragung einer Dienstbarkeit bzw. mit der Belastung eines Grundstücks mit einer Dienstbarkeit zugunsten eines Dritten verringere sich der Verkehrswert. Im Falle einer Baurechtsdienstbarkeit, welche die gesamte Grundstücksfläche beschlague, dürfte er gegen Null gehen. Denn wer würde Land kaufen, das von einem anderen überbaut und für Jahrzehnte "aus dem Verkehr gezogen werde". Deshalb habe die Klägerin, vertreten durch den Vizedirektor der ...-Versorgung, Dr. rer. pol. H._____, welcher den strittigen Vertrag verfasst und die Verhandlungen mit dem Beklagten geführt habe, das ominöse Wörtchen "unbelastet" in die Anpassungsklausel aufgenommen. Die Klägerin sollte ungeachtet der Baurechtsdienstbarkeit am Immobilienwert der Liegenschaft teilhaben können (Urk. 101 S. 7 Rz 15).

Wenn die Klägerin geltend mache, dem Begriff "unbelastet" sei der Begriff "unüberbaut" inhärent, so sei ihr entgegenzuhalten, dass sowohl im gewöhnlichen als auch im juristischen Sprachgebrauch keine solche Übereinstimmung bestehe. Sei der Wortlaut einer Vertragsbedingung mehrdeutig oder unklar, so könne nicht allein auf das Wortverständnis des Erklärenden abgestellt werden. Das Bundesgericht habe gerade mit Blick auf Konstellationen, in welchen zwischen den Vertragsparteien hinsichtlich ihres juristischen Fachwissens ein starkes Gefälle bestehe, die sogenannten Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitsregeln entwickelt. Würden standardisierte Verträge oder Vertragsbestandteile verwendet, so habe sich deren Verfasser im Falle von unklaren Formulierungen die für ihn nachteilige-

re Auslegungsvariante entgegenhalten zu lassen. Die Klägerin habe im C._____ - Areal in D._____ rund 30 Baurechtsverträge abgeschlossen, welche alle die gleichen standardisierten Anpassungsbestimmungen enthalten hätten. Der Beklagte habe sich nicht daran erinnern können, dass der Anpassungsmechanismus des Baurechtszinses in den Verhandlungen speziell diskutiert worden wäre. Daher sei die zu den AGB entwickelte bundesgerichtliche Rechtsprechung auch im vorliegenden Fall heranzuziehen (Urk. 101 S. 8 f. Rz 20).

2.4.2. Im von der Klägerin zitierten Entscheid war strittig, was die Parteien seinerzeit unter dem Begriff "Landwert" verstanden hatten. Da kein übereinstimmender Parteiwille festgestellt werden konnte, musste durch richterliche Vertragsauslegung der mutmassliche Parteiwille ermittelt werden. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Festsetzung eines Quadratmeterpreises darauf hindeute, dass die Parteien vom Wert des Bodens an sich ausgegangen seien; in der Regel werde nämlich unbebautes Land nach Flächenpreisen verkauft, während bei bebauten Grundstücken nicht nach Boden- und Gebäudewert aufgeschlüsselt, sondern ein sich daraus und aus dem Ertragswert ergebender Gesamtpreis vereinbart werde (BGer 5C.275/2002 E. 4.4).

Die Klägerin verkennt, dass die Parteien des in diesem Entscheid strittigen Baurechtes nicht von einem "Basislandwert" ausgingen, sondern eine andere Formulierung gewählt hatten: "Die Parteien messen dem baurechtsbelasteten Land einen Wert von Fr. [...] pro Quadratmeter bei. Der Landwert kann ... angepasst werden ...".

Im vorliegenden Fall haben die Parteien zwischen dem "Basislandwert" einerseits und dem "jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks" andererseits differenziert und festgehalten, dass ersterer jeweils alle 10 Jahre mit letzterem "in Einklang gebracht" werde (vgl. Wortlaut von Ziff. 5 Abs. 2 Satz 3 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983). Die Ausgangslage ist somit eine andere als im von der Klägerin zitierten Entscheid und stützt daher den Standpunkt der Klägerin nicht.

2.5. Die Vorinstanz erwog weiter, die Auslegung von Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrags im Sinne des Akzessionsprinzips deute eher darauf hin, dass die Schätzung im bebauten Zustand zu erfolgen habe. Gehe man nämlich davon aus, dass das Grundeigentum grundsätzlich alle Bauten umfasse (Art. 667 Abs. 2 ZGB), müsste dies auch für das gemäss Vertrag zu schätzende Grundstück gelten, sofern nicht explizit etwas anderes vereinbart werde. Dem Beklagten sei somit 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 - wie der Beklagte ebenfalls zu Recht vorbringe - 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 (wie das vom Beklagten beigebracht Gutachten zeige), das Grundstück ohne das Baurecht, aber mit der Baute zu schätzen. Wie auch die Klägerin bemerke, vermindere die Belastung des Grundstücks durch eine Baurechtsdienstbarkeit nämlich den Wert des Grundstücks. Dies tue es unabhängig davon, ob das Grundstück bebaut sei oder nicht. Die Systematik von Ziffer 5 des Baurechtsvertrages im Lichte des Akzessionsprinzips lasse somit eher darauf schliessen, dass das Grundstück im unbelasteten, aber bebauten Zustand zu bewerten sei (Urk. 94 S. 17).

2.5.1. Die Klägerin kritisiert im Rahmen ihrer Berufung diese Erwägungen und macht geltend, dass die Vorinstanz verkenne, dass, werde das vorliegende Grundstück - entsprechend der vertraglichen Regelung - ohne Berücksichtigung von Lasten, mithin ohne das Baurecht zugunsten des Berufungsbeklagten, geschätzt, auch die gestützt auf dieses Baurecht errichtete Baute nicht zu berücksichtigen sei, da diese ohne die besagte (weggedachte) Dienstbarkeit gar nicht (rechtmässig) bestehen könnte. Im Lichte des Akzessionsprinzips wiederum bedeute dies, dass das Grundstück der Berufungsklägerin zwingend in unbebautem Zustand zu schätzen sei, da aufgrund des weggedachten Baurechts auch gar keine Baute vorhanden sei, die aufgrund des Akzessionsprinzips in das Eigentum der Berufungsklägerin fallen könnte (Urk. 93 S. 11 f. Rz 27).

2.5.2. Gemäss Art. 675 Abs. 1 ZGB können Bauwerke und andere Vorrichtungen, die auf fremdem Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd auf oder unter der Bodenfläche mit dem Grundstück verbunden sind, einen besonderen Eigentümer haben, wenn sie als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen sind. Obwohl aufgrund des Akzessionsprinzips (Art. 667 Abs. 2 ZGB) das Eigentum am Boden die darauf erstellten Bauten ebenfalls erfasst und zwei Eigentumsrechte an ein und demselben Grundstück nicht möglich sind, bestand seit jeher das Bedürfnis, die durch das Akzessionsprinzip bedingte Verknüpfung von Baute und Boden zu lösen und die Baute zu einem möglichst selbständigen Verkehrsgut zu machen. Art. 675 Abs. 1 ZGB liefert für das als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragene Baurecht eine Grundlage für die Durchbrechung des Akzessionsprinzips und erlaubt das Auseinanderfallen des Eigentums am Grundstück vom Eigentum an der Baute (Flurina Hitz, Das Baurecht als selbständiges und dauerndes Recht: Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen Rechtspositionen, Diss. Zürich 2017, S. 45 f. Rz 79). Der Baurechtsberechtigte erlangt mit der Errichtung des Baurechts eine Doppelstellung: Er erhält nicht nur das Nutzungsrecht für den Boden (Dienstbarkeitsrecht, Art. 779 ZGB), sondern damit verknüpft auch das Eigentumsrecht an der Baute (Art. 675 ZGB). Mit dem Eigentum an der Baute hält der Baurechtsberechtigte auch das Eigentum an all ihren Bestandteilen (Art. 642 ZGB). Das Eigentum an der Baute ist untrennbar mit der Dienstbarkeit verbunden, es teilt demzufolge das rechtliche Schicksal des beschränkten dinglichen Rechts am Boden. Der Baurechtsberechtigte erhält folglich das Recht zur Nutzung der Liegenschaft durch Erstellung einer Baute (Hitz, a.a.O., S. 46 Rz 80).

2.5.3. Gemäss den obigen Ausführungen liefert das Baurecht eine Grundlage für die Durchbrechung des Akzessionsprinzips und erlaubt das Auseinanderfallen des Eigentums am Grundstück vom Eigentum an der Baute. In Bezug auf den Wert der Liegenschaft heisst dies, dass dieser grundsätzlich zwei Elemente enthält: Einerseits der Wert der Liegenschaft und andererseits der Wert der Baute bzw. was sich daraus erwirtschaften lässt.

2.5.4. Folgte man der Behauptung der Klägerin, wonach vom Verkehrswert des unbelasteten und unbebauten Grundstücks auszugehen sei, so würde der Ver-

kehrswert der Liegenschaft mit dem Landwert zusammenfallen, was nicht Sinn der Formulierung der strittigen Klausel sein kann. Es fragt sich dann auch, weshalb die Parteien nicht vereinbarten, dass einzig vom Landwert im Anpassungszeitpunkt ausgegangen wird. Die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin führen ins Leere.

2.6. Die Klägerin macht weiter geltend, dass die vorinstanzlichen Erwägungen zur Funktion des Baurechtzinses an sich zutreffend seien, aber in Bezug auf die Frage, ob das Grundstück vorliegend im bebauten oder im unbebauten Zustand zu schätzen sei, belanglos seien (Urk. 93 S. 13 Rz 30). In diesem Zusammenhang rügt sie, dass die Vorinstanz die erwähnte Literaturstelle nicht wortgetreu wiedergegeben habe (Urk. 93 S. 14 Rz 31).

2.6.1. Die entsprechende Literaturstelle lautet wie folgt: "Wenn der Baurechtszins dem geänderten Verkehrswert des baurechtsbelasteten Grundstückes angepasst werden soll, darf nicht allein auf den absoluten Landwert - d.h. den bei einer Veräußerung eines unüberbauten Grundstückes erzielten Preis pro Quadratmeter - abgestellt werden. Der Bauberechtigte muss den Baurechtszins aus dem Ertrag der zu Vertragsbeginn erstellten Baute (allenfalls unter Berücksichtigung der vom Grundeigentümer gemachten Auflagen) erwirtschaften. Auch bei gut unterhaltenen Bauten wird im Laufe der Zeit der Ertrag im Verhältnis zu Neubauten an gleicher Lage kleiner. Der relative Landwert, welcher sich am Ertragswert der Baurechtsliegenschaft orientiert, sollte bei einer Anpassung des Baurechtszinses an den geänderten Wert des baurechtsbelasteten Grundstückes nicht unberücksichtigt bleiben" (BSK ZGB II-Isler/Gross, Art. 779a N 38 lit. d).

2.6.2. Im letzten Satz des Zitates steht, wie die Klägerin richtig ausführt, nicht "müsse bei einer Anpassung", sondern "sollte bei einer Anpassung". Für den klägerischen Standpunkt ist mit diesem Hinweis aber nichts gewonnen. Auch liefert er keine Begründung dafür, warum die Parteien vorliegend festhielten, dass der Basislandwert mit dem jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten Grundstückes in Einklang gebracht wird, und nicht klar vereinbarten, dass der Basislandwert mit dem jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten und unbebauten Grundstückes in Einklang gebracht wird, wie dies von der Klägerin geltend gemacht wird. Die ent-

sprechenden Ausführungen der Klägerin bieten somit ebenfalls keine Hilfe zur Vertragsauslegung

2.7. Die Klägerin macht geltend, dass Peter R. Isler in seiner Dissertation ausführe, dass der Baurechtszins nur dann sachlich richtig als Grundrente angesehen werden könne, wenn er als Preis für die Bodennutzung eines unüberbauten Grundstücks erscheine. Genau dies hätten die Parteien in Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrages auch explizit so vorgesehen, indem sie vereinbart hätten, dass der Basislandwert mit dem jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten und damit unbebauten Grundstücks in Einklang zu bringen sei (Urk. 93 S. 14 Rz 31). Da die Parteien den Begriff "Grundrente" in ihrer Vereinbarung nicht verwendet haben, ist das Zitat aus der Dissertation von Isler keine Auslegungshilfe.

2.8. Die Klägerin wendet sich auch gegen die Argumentation der Vorinstanz, die Bestimmung des Baurechtszinses für baurechtsbelastete Grundstücke, wie sie in der Literatur vertreten werde, könne analog für den vorliegenden Fall angewendet werden, wo das Baurecht für die Bewertung weggedacht werden müsse (Urk. 93 S. 16 Rz 35). Sie führt dazu aus, dass die Vorinstanz diesbezüglich einzig mit dem Ertragspotenzial einer Baute, welches im Laufe der Zeit abnehme, argumentiere. Das Ertragspotenzial sei jedoch nicht alleine ausschlaggebend für die Höhe des Baurechtszinses; zu berücksichtigen sei vielmehr auch der Landwert eines Grundstückes und dieser falle klarerweise anders aus, je nachdem, ob das Grundstück nun im unbelasteten oder im belasteten Zustand zu schätzen sei. Nur schon deshalb seien die beiden Situationen nicht miteinander vergleichbar. Eine analoge Anwendung des Anpassungsmechanismus, wie er für belastete Grundstücke beschrieben werde, widerspreche folglich klar dem Willen der Parteien und dürfe vorliegend keine Berücksichtigung finden. Hinzu komme, dass die Parteien auf den Basislandwert abgestellt hätten und nicht auf das Ertragspotenzial (Urk. 93 S. 16 Rz 35).

2.8.1. Die Klägerin blendet bei ihren Ausführungen die weiteren diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz aus. Diese führt nämlich aus, dass Isler den nach wirtschaftlichen Kriterien berechneten, angemessenen Baurechtszins in seiner Funktion als Bodenrente wie folgt beschreibe: "Ein mittlerer Verkehrswert des

Grundstücks wird zum jeweiligen Zinsfuss einer Kantonalbank für erstrangige Hypotheken auf gleichartigen Bauten verzinst. Der Bodenwert kann alle zehn Jahre an die veränderten Verhältnisse angepasst werden, wobei der nicht teuerungsbedingte Mehrwert in einem Umfang berücksichtigt werden darf, dass der Baurechtszins zum objektiv erzielbaren Nutzen des Baurechts in einem gleichbleibenden Verhältnis steht." 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 sollen (Urk. 94 S. 18).

2.8.2. Mit diesen Ausführungen der Vorinstanz hat sich die Klägerin nicht auseinandergesetzt, weshalb auf ihre diesbezüglichen Vorbringen nicht weiter einzugehen ist.

2.9. Die Klägerin kritisiert die Ausführungen der Vorinstanz bezüglich Aufzoning und macht geltend, dass gemäss Ziff. 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrages der Basislandwert während 10 Jahren fest bleibe. Werde nun das fragliche Grundstück aufgezont bzw. komme dieses in den Genuss einer höheren Ausnützungsziffer, so sei dieser Umstand bei der nächsten Baurechtszinsanpassung zu berücksichtigen und führe - da das Land nunmehr einen höheren Wert aufweise - zu einem höheren Baurechtszins (Urk. 93 S. 17 Rz 37).

2.9.1. Die Vorinstanz hält fest, dass das Ertragspotential einer mit einer älteren Baute überbauten Liegenschaft unabhängig davon abnehme, ob es mit einem Baurecht belastet sei oder nicht. Ohnehin könne dem von der Klägerin konstruierten, angeblichen Widerspruch zwischen Nicht-Belastung und Überbauung nach dem vorstehend Gesagten nicht gefolgt werden. Dass das Grundstück vorliegend überbaut sei und der Beklage aus dem überbauten Grundstück den Baurechtszins erwirtschaften müsse, sei unbestritten. Wie der Beklagte in diesem Zusammenhang zu Recht bemerke, würde die Ansicht der Klägerin dazu führen, dass im Falle einer Aufzoning bzw. einer Erhöhung der Ausnützungsziffer der dem Baurechtszins zugrundeliegende Basislandwert auf einer Ausnützungsziffer beruhe, die der Beklagte seinerzeit gar nicht habe realisieren können (Urk. 94 S. 19).

2.9.2. Die Klägerin macht geltend, dass die Vorinstanz mit ihren Ausführungen verkenne, dass es dem Baurechtsnehmer frei stehe, seine Baute entsprechend den neu zugestandenen Möglichkeiten (Aufzonung, höhere Ausnützungsziffer) zu erweitern und entsprechen auch einen höheren Ertrag zu erwirtschaften (Urk. 93 S. 17 Rz 37).

2.9.3. Diese Behauptung der Klägerin ist an sich nachvollziehbar, zielt aber an der Realität vorbei, wonach Erweiterungsbauten nicht ohne weiteres und innert kurzer Zeit realisiert werden können.

2.10. Die Klägerin kritisiert weiter die Erwägungen der Vorinstanz, wonach das klägerische Argument, dass sie als Baurechtsgeberin das Risiko für eine Unternutzung des Grundstückes nicht tragen könne, nichts daran ändere, dass das Grundstück im überbauten Zustand zu schätzen sei (Urk. 93 S. 45). Sie behauptet in diesem Zusammenhang, damit folglich das Risiko der möglichen Unternutzung nicht die Berufungsklägerin treffe, hätten die Parteien vereinbart, dass der Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks, mithin dessen Potenzialwert, massgeblich sei, womit es eben nicht auf die konkrete Nutzung durch den Berufungsbeklagten bzw. die durch ihn errichtete Baute ankomme.

2.10.1. Der Beklagte hält dazu fest, dass das heute bestehende Gebäude die maximale Gebäudehöhe und die maximal mögliche Baumasse annähernd erreiche. Das Grundstück sei somit nicht unternutzt. Hingegen müsste, um dem absoluten Verkehrswert und den Annahmen des F.____-Gutachtens gerecht zu werden, das Gebäude rückgebaut und ein fünfgeschossiges Bürohaus erstellt werden (Urk. 101 S. 11 f. Rz 24).

2.10.2. Eine mögliche Unternutzung trifft grundsätzlich und primär den Baurechtsnehmer, der dadurch mit seiner aktuellen Baute nicht den höchst möglichen Ertrag erwirtschaften kann. Eine zeitgleiche Anpassung der Baute an geänderte Verhältnisse, wie die Klägerin das mit ihrer Behauptung verlangt, kann nicht Sinn der Abmachung zwischen den Parteien sein.

2.11. Die Vorinstanz stellt in Bezug auf die von den Parteien eingereichten Gutachten fest, dass diesen als Parteigutachten nur eine beschränkte Beweiskraft zukomme. Weiter hält die Vorinstanz fest, dass - wie die Klägerin richtig bemerkt habe - das Gutachten der E1. _____ AG eine rechtliche Wertung enthalte, die vorliegend dem Gericht vorenthalten sei. Auffallend sei nichtsdestotrotz, dass sich die auf die Theorie der Immobilienbewertung stützende Argumentation im Gutachten der E1. _____ AG in weiten Teilen mit den hiervor aufgeführten Literaturmeinungen zur Bemessung des Baurechtzinses deckten. Demgegenüber sei die Meinungsumfrage im Kurzgutachten der I. _____ so allgemein gehalten, dass sie kaum Schlüsse auf den vorliegenden Fall zulasse. Es sei auch nicht ausgeführt, was die 25 gemäss dem Kurzgutachten befragten Experten im Einzelnen auf die gestellten Fragen geantwortet hätten. Soweit die genannten Gutachten zu berücksichtigen seien, stützten sie damit das Auslegungsergebnis bzw. vermöchten dieses zumindest nicht umzukehren (Urk. 94 S. 20 Ziff. 13.7.).

2.11.1. Die Klägerin macht geltend, dass die Literaturstellen, auf welche die Vorinstanz verweise, vorliegend allesamt nicht einschlägig seien. Sodann könne der Vorinstanz auch nicht gefolgt werden, soweit diese vorbringe, dass das Gutachten der E1. _____ AG ihre Auffassung stütze. Die E1. _____ AG nähme in ihrem Gutachten vom 1. Oktober 2014 - obwohl dies nicht zum Aufgabenbereich eines Gutachters gehöre - zwar eine Auslegung von Ziff. 5 des Baurechtsvertrages vor, beschränke sich dabei jedoch auf eine grammatikalische Auslegung des Begriffs "unbelastetes Grundstück" und lasse damit sowohl den Wortlaut der übrigen Begriffe als auch die weiteren Auslegungsmittel völlig ausser Acht (Urk. 93 S. 21 Rz 48).

2.11.2. Das Gutachten der E1. _____ AG (Urk. 5/17) hält fest, dass es in der Praxis zwei Sichtweisen gäbe, wie ein Landwert periodisch in ökonomisch richtige Verhältnisse gerückt werden solle: Die Sichtweise 1: "Der Landwert entspreche dem Preis, den das unbebaut gedachte Grundstück im Anpassungszeitpunkt erzielen würde." Sichtweise 2: "Der Landwert entspreche dem Anteil der Baurechtsparzelle am Verkehrswert der überbauten Liegenschaft."

Deute die Anpassungsklausel auf Sichtweise 1 hin, würden alle Wertansätze ausser Betracht fallen und zur Landwertfestsetzung seien in mühsamer Kleinarbeit Baulandpreise vergleichbarer Grundstücke zu ermitteln. Allerdings berge diese Art der Festlegung eines Landwerts eine gewisse Willkür mit sich, nämlich bei Grundstücken, wo ein vergleichbarer Markt fehle, weil es keine vergleichbaren Grundstücke gebe, oder weil in einer Konjunkturflaute keine solchen Grundstücke gehandelt würden.

Die theoretisch korrekte Sichtweise 2 verbinde, was ökonomisch zusammengehöre, und gehe vom Wert der Liegenschaft als Ausdruck des damit erzielbaren Nettonutzens (Immobilienrente) aus. Der Baurechtsnehmer erwirtschafte die Immobilienrente. Die kapitalisierte Landrente, der Landwert, als Anteil am Gesamtwert der Liegenschaft, falle auf den Grundeigentümer und bilde die Basis für den Baurechtszins (Urk. 5/17 S. 9).

Unter dem Titel "Auslegungsmethoden" hält das Gutachten der E1. _____ AG fest, dass für Baurechtsverträge eine Auslegung im Hinblick auf eine sachgerechte Lösung wichtig sei. Der Wille der Parteien sei beim Abschluss eines Baurechtsvertrages in der Regel auf eine Vereinbarung von sehr langer Dauer ausgerichtet. Diese Vereinbarung bleibe nur tragfähig, wenn auch bei wesentlich geänderten Umständen die langfristigen Interessen beider Parteien an der Aufrechterhaltung des Vertrages gewahrt würden (Urk. 5/17 S. 9 f.).

2.11.3. Entgegen der Behauptung der Klägerin äussert sich das Gutachten der E1. _____ AG nicht nur zur grammatikalischen Auslegung, sondern prüft bei der Auslegung der Anpassungsklausel auch den Aspekt einer sachgerechten Lösung. Dazu hält es fest: "Das Auslegungsergebnis führt eindeutig zur Anwendung von Sichtweise 2. Diese entspricht nicht nur dem korrekten Vorgehen gemäss moderner Bewertungslehre, sondern zielt auch auf eine sachgerechte Lösung ab, wie sie die gehörige Auslegung der Anpassungsklausel erfordert. (...). Die Immobilienrente, welche die Liegenschaft nachhaltig erwirtschaften kann, wird kapitalisiert und auf einen Bau- und einen Landwert aufgeteilt" (Urk. 5/17 S. 12 Ziff. 5.5.4.).

2.12. Die Klägerin rügt weiter, die Vorinstanz habe übersehen, dass die Parteien gemäss Ziffer 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983 als Basis der Zinsberechnung den Basislandwert - und nicht den Verkehrswert - gewählt hätten (Urk. 101 S. 21 Rz 48).

Diese Behauptung der Klägerin trifft nur insoweit zu, als dass die Parteien bei den erstmals festgelegten Quadratmeterpreisen vom Basislandwert gesprochen und auch festgehalten haben, dass dieser für zehn Jahre fest bleibe (vgl. Ziff. 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983). Für die Anpassung alle zehn Jahre haben sie vereinbart, dass der Basislandwert mit dem jeweiligen Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks in Einklang gebracht werde (vgl. Ziff. 5 Abs. 2 Satz 3 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983).

2.13. Für die Auslegung der Vorinstanz, wonach von einem bebauten Grundstück auszugehen sei, spricht zudem Ziffer 5 Abs. 4 Satz 2 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983, wo die Parteien das Folgende festgehalten haben (Urk. 5/4 S. 5): "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 der Eintragung des Baurechts im Grundbuch". Die Parteien gingen davon aus, dass das Grundstück überbaut wird.

2.14. Die von der Klägerin behauptete Vertragsinterpretation führt insgesamt, wie der Beklagte schon vor Vorinstanz geltend gemacht hat, zu einem unfairen Ergebnis, was nicht der Wille der Parteien sein konnte.

2.15. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die berufsungsweise vorgebrachten Rügen der Klägerin nicht verfangen. Mit der Vorinstanz (Urk. 94 S. 20 Ziff. 14 und S. 31 Ziff. 19) ist somit Ziffer 5 Abs. 2 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983 so auszulegen, dass das Grundstück ohne Baurecht, aber im bebauten Zustand zu schätzen ist.

3. Schätzung des Basislandwerts gemäss Ziffer 5 Abs. 3 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983 / Schiedsgutachten

3.1. Die Klägerin rügt einerseits eine unrichtige Anwendung von Art. 189 ZPO, indem die Vorinstanz das angebliche Vorliegen einer Schiedsgutachtervereinbarung von Amtes wegen berücksichtigt habe, und andererseits eine unrichtige Auslegung von Ziff. 5 Abs. 3 des Baurechtsvertrages vom 28. April 1983 durch die Vorinstanz, indem diese zu Unrecht von einer Schiedsgutachtervereinbarung ausgehe (Urk. 93 S. 22 Ziff. 2).

3.1.1. Zur unrichtigen Anwendung von Art. 189 ZPO führt die Klägerin aus, damit ein Schiedsgutachten im Prozess Verwendung finden könne, sei es im Behauptungsverfahren in tatsächlicher Hinsicht vorzubringen und, sofern es bereits vorliege, dem Gericht einzureichen. Das Schiedsgutachten werde nicht von Amtes wegen berücksichtigt. Diejenige Partei, die es berücksichtigt haben wolle, habe sich rechtzeitig darauf zu berufen (Urk. 93 S. 22 Rz 52).

Die Klägerin rügt, dass die Frage nach der Qualifikation von Ziff. 5 Abs. 3 des Baurechtsvertrages als Schiedsgutachtervereinbarung vom Gericht von Amtes wegen aufgegriffen worden sei und darüber hinaus erst im Nachgang zum Beweisverfahren resp. nach Abschluss des Behauptungsstadiums (Urk. 93 S. 23 f. Rz 56). Weder die Berufungsklägerin noch der Berufungsbeklagte hätten jedoch im Rahmen des Behauptungsverfahrens je geltend gemacht, dass Ziffer 5 Abs. 3 des Baurechtsvertrages als Schiedsgutachtervereinbarung zu qualifizieren sei.

3.1.2. Der Beklagte führt in seiner Berufungsantwort aus, dass er in der Schlusseingabe vom 5. März 2108 vor Vorinstanz betont habe, dass es für den laufenden Prozess bedeutungslos sei, ob es sich bei Ziff. 5 Abs. 3 des Baurechtsvertrags um eine Schiedsgutachtenvereinbarung handeln könnte, weil das Gericht zuerst und einzig die Rechtsfrage über die strittige Auslegung der Anpassungsklausel des Basislandwertes zu beurteilen habe. Wenn geklärt sei, wie die strittige Anpassungsklausel zu verstehen sei und welcher Zinssatz gelte, komme die "Schiedsklausel" zum Tragen, das heisse, dass das Mittel der beiden Gutachten der Parteien als künftiger Basislandwert gelte (Urk. 101 Rz 5 S. 3 f. mit Verweis auf Urk. 86 N 3 f.). Sollte sich die Klägerin allerdings dem Mechanismus von Art. 5

Abs. 3 des Baurechtsvertrages (Mittelwert der beiden Schätzungsgutachten) erneut widersetzen, werde die Qualifizierung der Klausel in einem Folgeverfahren zu thematisieren sein (Urk. 101 S. 4 Ziff. 7).

3.1.3. Der Einwand der Klägerin, dass keine der Parteien vor Vorinstanz behauptet hatte, es liege eine Schiedsgutachtenabrede vor, ist richtig. Wie der Beklagte schon vor Vorinstanz zutreffend ausführte, ist diese Frage für den laufenden Prozess bedeutungslos und es kann an dieser Stelle offen bleiben, ob es sich bei Ziff. 5 Abs. 3 um eine Schiedsgutachtenabrede handelt.

3.2. Beim Mechanismus zur Bestimmung des Baurechtszinses bei Uneinigkeit handelt es sich um eine vertragliche Bestimmung. Mit der Ziffer 1 des Widerklagebegehrens verlangt der Beklagte nichts anderes als die Verpflichtung der Klägerin zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung, die als solche nicht bestritten ist.

3.3. Die Klägerin ist somit zu verpflichten, ein Schätzungsgutachten in Auftrag zu geben, das den Verkehrswert des Grundstücks ohne Baurecht, aber im bebauten Zustand, ermittelt.

4. Verzinsung des Basislandwerts gemäss Ziff. 5 Abs. 1 des Baurechtsvertrages

4.1. Ziffer 5 Abs. 1 des Baurechtsvertrages sieht vor, dass der Baurechtszins der "Verzinsung des jeweiligen Basislandwertes zum jeweiligen Zinssatz der F. _____ für 1. Hypotheken auf Wohnbauten" entspricht.

4.2. Zwischen den Parteien ist strittig, welcher Zinssatz aktuell zur Festlegung des Baurechtszinses massgebend sei. Einig sind sich die Parteien darin, dass der im Baurechtsvertrag genannte Zinssatz für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten seit Ende 2008 nicht mehr nachgeführt wurde.

4.2.1. Der Beklagte verlangt mit seinem zweiten Widerklagebegehren die Feststellung, dass die Verzinsung des Basislandwertes gemäss dem vom Bundesamt für Wohnungswesen errechneten hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen vorzunehmen sei. Eventualiter habe das Gericht den für die Verzin-

sung des Basislandwerts massgebenden Zinssatz festzulegen (Ziff. 3 der Widerklage). Der Beklagte argumentiert, dass es im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der weitverbreiteten Usanz entsprochen habe, für die Indexierung eines Baurechtszinses auf den Hypothekarsatz der F. _____ für neue 1. Hypotheken abzustellen. Dieser Zinssatz zeichne sich durch seine Beständigkeit aus und sei quartalsweise angepasst worden. Nach Ansicht des Beklagten hätten die Parteien einen Zinssatz mit denselben Attributen gewählt, wenn sie um die befristete Existenz des vereinbarten Zinssatzes Bescheid gewusst hätten (Urk. 12 N 88). Unter den heute verfügbaren Zinssätzen entspreche der hypothekarische Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen am ehesten den beschriebenen Attributen. Es erscheine wahrscheinlich, dass sich die Parteien auf diesen Zinssatz geeinigt hätten (Urk. 12 N 90).

4.2.2. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der im Baurecht definierte variable Zinssatz für Wohnbauten, welcher seit November 2008 2.5% betrage, anzuwenden sei. Die Parteien seien sich stets einig gewesen, dass der variable Zinssatz der F. _____ für Wohnbauten anzuwenden sei, was dem klaren Wortlaut von Ziff. 5 des Baurechtsvertrags entspreche. Dass die F. _____ diesen Zinssatz nach wie vor kenne und anwende, ergebe sich aus der stets aktualisierten Webseite der F. _____ sowie aus sämtlichen Zeitungen, welche die aktuell geltenden Zinssätze jeweils veröffentlichen würden. Zwar sei der variable Zinssatz für Wohnbauten der F. _____ seit 2008 nicht geändert worden, dies sei jedoch irrelevant. Die Parteien hätten vertraglich nicht festgehalten, dass ein anderer Zinssatz anzuwenden wäre, falls der vereinbarte Zinssatz stagnieren sollte. Der vertraglich vereinbarte Zinssatz gelange somit nach wie vor zur Anwendung (Urk. 38 N 82).

4.3. Die Vorinstanz kommt nach entsprechenden Erwägungen (Urk. 94 Ziff. 7-11 S. 41-44) zum Schluss, dass zu eruieren sei, ob der vorliegende Vertrag grundsätzlich in seiner ursprünglichen Form weitergelten könne oder ob er zwingend einer Ergänzung bedürfe. Dazu führt sie aus, dass vom "jeweiligen" Zinssatz die Rede sei, was impliziere, dass der Zinssatz sich verändere bzw. laufend aktualisiert werde. Das sei denn auch bis November 2008 der Fall gewesen. Die Parteien hätten einen Zinssatz gewählt, der sich den jeweiligen Umständen ange-

passt habe. Sie seien sich darin einig, dass sie keinen festen, sondern einen veränderlichen Zinssatz vereinbaren wollten. Die Klägerin lege nachvollziehbar dar, dass die F. _____ im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie noch lange danach bei der variablen Hypothek zwischen 1. und 2. Hypotheken auf Wohnbauten unterschieden habe. Die Parteien stimmten so im Ergebnis darin überein, dass der von der F. _____ für variable Hypotheken auf Wohnbauten publizierte Zinssatz den Zinssatz für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten abgelöst habe. Unbestritten habe die F. _____ jedoch den Zinssatz für variable Hypotheken auf Wohnbauten seit dem 25. November 2008 nicht mehr angepasst, obwohl sich das Zinsumfeld auf dem schweizerischen Hypothekenmarkt geändert habe. Während die Klägerin nun davon ausgehe, der Vertrag könne ohne Weiteres wie vereinbart weiter gelten, sei der geltende Zinssatz nach Ansicht des Beklagten zwingend neu festzulegen (Urk. 94 Ziff. 12 S. 44 f.).

Der Zinssatz für variable Hypotheken auf Wohnbauten, so die Vorinstanz weiter, widerspiegle die vertragliche Abmachung der Parteien, einen jeweils aktuellen, sich an die Umstände anpassenden Zinssatz anzuwenden, seit längerem nicht mehr. Da der vereinbarte Zinssatz der F. _____ trotz veränderter Verhältnisse seit beinahe 9 Jahren nicht aktualisiert worden sei, existiere er zumindest in der vertraglich vorgesehen Form nicht mehr. Er könne mit anderen Worten seine Funktion als Index nicht weiter erfüllen. Die Verwendung eines 10 Jahre alten Zinssatzes lasse sich mit dem Willen der Parteien bei Vertragsschluss nicht vereinbaren. Die Parteien hätten schlicht nicht damit gerechnet, dass der gewählte Zinssatz seine Tauglichkeit als Referenzzinssatz verlieren könnte. Für diesen Fall hätten die Parteien im Vertrag daher auch nichts vorgesehen. Anders als im von der Klägerin zitierten Bundesgerichtsentscheid (BGE 127 III 300, E. 5b aa) hätten die Parteien den Einfluss der Änderung der Verhältnisse auf die gegenseitige Leistung gar nicht berücksichtigen, geschweige denn ausschliessen können. Der Bauvertragsvertrag enthalte eine Lücke. Mangels einer Regelung im dispositiven Recht habe die Lückenfüllung durch das Gericht zu erfolgen (Urk. 94 S. 45 Ziff. 13).

Die Vorinstanz führt aus, dass der hypothekarische Referenzzinssatz gemäss Art. 12a Abs. 1 VMWG auf dem vierteljährlich erhobenen, volumengewichteten

Durchschnittszinssatz für inländische Hypothekarforderungen beruhe. Mit dem vertraglich vereinbarten Zinssatz der F. _____ für Hypotheken auf Wohnbauten sei der Referenzzinssatz daher durchaus vergleichbar. Die Klägerin bezeichne denn auch keinen Zinssatz, welcher sich für den vorgesehen Zweck ihrer Meinung nach besser eignen könnte. Tatsächlich sei davon auszugehen, dass die Parteien diesen Zinssatz gewählt hätten, wenn sie darüber Bescheid gewusst hätten, dass der gewählte Zinssatz eines Tages nicht mehr aktualisiert und in seiner Funktion als Mittel zur Indexierung vom landesweit geltenden hypothekarischen Referenzzinssatz abgelöst werden würde (Urk. 94 S. 46 f. Ziff. 16).

Nach dem Gesagten sei der Baurechtsvertrag insofern zu ergänzen, als die Verzinsung des Basislandwerts mit einem vergleichbaren variablen Zinssatz zu erfolgen habe, sofern der von den Parteien gewählte Zinssatz der F. _____ nicht mehr periodisch aktualisiert werde und damit seine Funktion als tauglicher Index verliere. Werde der gewählte Zinssatz in seiner Funktion von einem anderen Zinssatz abgelöst, so sei der neue Zinssatz zu verwenden. Vorliegend sei der variable Zinssatz der F. _____ für Hypotheken auf Wohnbauten vom hypothekarischen Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen abgelöst worden und es sei entsprechend dieser Zinssatz anzuwenden (Urk. 94 S. 47 Ziff. 18).

4.4. Die Klägerin anerkennt, dass der vertraglich vereinbarte Zinssatz der F. _____ für 1. Hypotheken auf Wohnbauten dem heutigen Zinssatz der F. _____ für variable Hypotheken auf Wohnbauten entspricht (Urk. 93 S. 28 Rz 67). Sie rügt in diesem Zusammenhang aber, dass die Vorinstanz offenbar fälschlicherweise davon ausgehe, dass die Parteien einen Zinssatz angewandt haben wollten, der sich "stets verändern" müsse (Urk. 93 S. 28 Rz 68). Dies ergebe sich jedoch nicht aus Ziff. 5 Abs. 1 des Baurechtsvertrages. Vielmehr gehe aus dem Wortlaut von Ziff. 5 Abs. 1 des Baurechtsvertrages hervor, dass die Verzinsung des Basislandwertes zum "jeweiligen" Zinssatz der F. _____ für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten bzw. nunmehr für variable Hypotheken auf Wohnbauten erfolge. Das Wort "jeweilig" bedeute "zu einer bestimmten Zeit gerade bestehend, herrschend, vorhanden". Daraus, dass die Verzinsung folglich zu dem im entsprechenden Zeitpunkt bestehenden Zinssatz vorzunehmen sei, ergebe sich, dass

sich der von den Parteien gewählte Zinssatz verändern könne. Dies bedeute aber noch lange nicht, dass sich der gewählte Zinssatz tatsächlich auch stets verändere resp. verändern müsse, sondern einzig, dass eine allfällige Veränderung des Zinssatzes zu berücksichtigen sei (Urk. 93 S. 28 f. Rz 68).

Die Vorinstanz messe dem Wort "jeweilig" klarerweise eine falsche Bedeutung zu, wenn sie daraus ableiten wolle, dass die Parteien einen Zinssatz zur Anwendung bringen wollten, der sich laufend verändere bzw. der sich laufenden den Umständen anpasse. Welche Umstände dies sein sollten, führe die Vorinstanz im Übrigen auch nicht näher aus.

Unbestrittenermassen existiere der vertraglich vereinbarte Zinssatz nach wie vor und es seien keine Gründe ersichtlich, weshalb diesem vorliegend die Anwendung abzusprechen und damit von einer Lücke im Baurechtsvertrag auszugehen wäre. Vielmehr sei der in Ziff. 5 Abs. 1 des Baurechtsvertrages vereinbarte Zinssatz der F. _____ für variable Hypotheken für die Verzinsung des Basislandwertes weiterhin massgebend (Urk. 93 S. 39 Rz 70).

4.5. Der Baurechtszins ist die Gegenleistung des Bauberechtigten an den Grundeigentümer für die Einräumung des Dienstbarkeitsrechts, kraft dessen er auf dem Grundstück ein Bauwerk errichten oder beibehalten darf. Wirtschaftlich gesehen ist der Baurechtszins für den Grundeigentümer eine Verzinsung des im Grundstück investierten oder gebundenen Kapitals, welches der Grundeigentümer wegen der Belastung des Grundstückes mit dem Baurecht nicht auf andere Weise realisieren kann. Die Funktion des Baurechtszinses als Grundrente im Hinblick auf die dem Bauberechtigten zugestandene Nutzungsmöglichkeit ist bei der Festsetzung des Baurechtszinses - und der Auslegung der entsprechenden vertraglichen Bestimmungen - zu beachten (BSK ZGB II-Isler/Gross, Art. 779a N 28).

4.5.1. Bei vielen Baurechtsverträgen bestimmt sich der jährliche Baurechtszins als Multiplikation eines betragsmässig bezifferten Wertes des baurechtsbelasteten Grundstückes mit einem bestimmten Zinssatz. Dieser Basisbaurechtszins wird dann je nach Veränderung des Zinsniveaus periodisch angepasst. Teilweise wird auf den Referenzzinssatz abgestellt (bis 2008 war dies der Zins für erste Hypo-

theiken der jeweiligen Kantonalbank), wobei sich häufig "Zuschläge" bzw. "Abschläge" finden (BSK ZGB II-Isler/Gross, Art. 779a N 29). Verbreitet ist auch die Verknüpfung des Betrages des Anfangsbaurechtszinses, welcher z.B. auf der Grundlage des Hypothekarzinsatzes festgelegt wurde, mit dem vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Landesindex für Konsumentenpreise (BSK ZGB II-Isler/Gross, Art. 779a N 32).

4.5.2. Aus der Verwandtschaft des Baurechtszinses mit dem Hypothekarzins liegt es nahe, dass der Prozentsatz des Basiswertes sich dem jeweiligen Zinssatz für erste Hypotheken auf gleichartigen Bauten automatisch anpassen sollte. So bleibt der Belastungsumfang im Vergleich zu einem Landkauf gewahrt, weil in jener Renditenberechnung die Verzinsung des Erwerbspreises - teils als Schuldzins für das grundpfandrechtlich gesicherte Fremdkapital, teils als Aktivzins für den investierten Eigenkapitalanteil - sich stets nach diesem schwankenden Zinssatz richtet. Die ständige Anpassung dieses Prozentsatzes an die Geldmarktverhältnisse garantiert auch eine genügende Berücksichtigung der inflatorischen Entwicklung (Peter Isler, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss. Zürich 1973, S. 137).

4.6. Die Parteien wählten bei Vertragsschluss am 28. April 1983 als Zinssatz den jeweiligen Zinssatz der F. _____ für neue 1. Hypotheken auf Wohnbauten, was eine damals übliche Wahl war und den Veränderungen des Zinsniveaus Rechnung trug. Dieser Referenzzinssatz wurde Ende 2008 von einem anderen Referenzzinssatz abgelöst, was von den Parteien nicht vorausgesehen werden konnte. Wie die Vorinstanz richtig ausführt, muss - nachdem der ursprünglich gewählte Referenzzinssatz nicht mehr nachgeführt und vor allem nicht mehr angepasst wird - ein analoger Referenzzinssatz zur Anwendung gelangen (Urk. 94 S. 47 Ziff. 18). Dies ist unbestrittenermassen der hypothekarische Referenzzinssatz bei Mietverhältnissen, weshalb dieser zur Anwendung gelangt.

5. Zusammenfassung

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Berufung der Klägerin vollumfänglich abzuweisen ist.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist bei einem Streitwert von Fr. 611'720.- auf Fr. 23'000.- festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 GebV OG), der Klägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Prozesskostenvorschuss zu verrechnen. Die von der Klägerin dem Beklagten zu leistende Parteientschädigung ist an Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 25'580.- (inkl. 7.7% MWSt.) zu beziffern.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Beschluss und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 13. Juni 2018 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 23'000.- festgesetzt
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 25'580.- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 611'720.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. September 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
am