



Mitwirkend: der Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und die Oberrichterin Ruth Bantli Keller, die Handelsrichterin Eliane E. Ganz, der Handelsrichter Dr. Stefan Gerster und der Handelsrichter Peter Leutenegger sowie der Gerichtsschreiber Dario König

Urteil vom 2. April 2020

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____

gegen

B1._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 122'608.37 (CHF 113'842.50 zuzüglich MwSt von 7,7%) nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 30. Mai 2018, zu bezahlen.
2. *Eventualiter* sei festzustellen, dass der Mietzinsbestandteil Baurechtszins für die Liegenschaft C._____ Gebäude samt Umgebung auf dem Flughafenareal D._____ gemäss Ziffer 5.2 des Mietvertrages vom 16. Dezember 2002 für das Jahr 2018 CHF 113'842.50 (exkl. MwSt) p.a. betrage.
3. *Subeventualiter* sei der Mietzinsbestandteil Baurechtszins für die Liegenschaft C._____ Gebäude samt Umgebung auf dem Flughafenareal D._____ gemäss Ziffer 5.2 des Mietvertrages vom 16. Dezember 2002 für das Jahr 2018 auf CHF 113'842.50 (exkl. MwSt) p.a. herabzusetzen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Übersicht:

1. Prozessverlauf	3
2. Zuständigkeit.....	4
3. Sachverhaltsübersicht.....	4
3.1. Parteien	4
3.2. Unbestrittener Sachverhalt	5
4. Parteistandpunkte	6
4.1. Hauptstandpunkt der Klägerin	6
4.2. Eventualstandpunkt der Klägerin.....	10
4.3. Standpunkt der Beklagten	11
5. Rechtliches.....	13
5.1. Grundsätze der Vertragsauslegung.....	13
5.2. Allgemeines zur Beweisführung	15
6. Würdigung.....	16
6.1. Ausgangslage.....	16
6.2. Anwendungsbereich von Ziffer 4 des Mietvertrags.....	16
6.3. Herabsetzungsanspruch der Klägerin.....	28
6.4. Rückerstattungsanspruch der Klägerin.....	30
7. Zusammenfassung.....	32
8. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	32
8.1. Gerichtskosten.....	32
8.2. Parteientschädigungen	33

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 24. Januar 2018 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage rechtshängig (act. 1; act. 2A-B; act. 3/1-22). Mit Verfügung vom 25. Januar 2018 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 9'700.– zu leisten (act. 4). Die Klägerin leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (vgl. act. 6), weshalb der Beklagten mit Verfügung vom 31. Januar 2018 Frist zur Erstattung ihrer schriftlichen Klageantwort angesetzt wurde (act. 7). Mit Eingabe vom 17. April 2019 erging die Klageantwort innert Frist (act. 9; act. 10/2-5). Die Beklagte beantragte die Klageabweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und in prozessualer Hinsicht die Sistierung des Verfahrens, bis ein rechtskräftiger Entscheid im Verfahren HG170248-O vorliegt. Mit Verfügung vom 18. April 2018 wurde der Klägerin deshalb Frist angesetzt, um zum Sistierungsantrag eine freigestellte Stellungnahme einzureichen (act. 11). Mit Stellungnahme vom 26. April 2018 beantragte die Klägerin, es sei der Sistierungsantrag der Beklagten abzuweisen (act. 13; act. 14/23-26). Das Doppel der klägerischen Eingabe vom 26. April 2018 wurde der Beklagten am 11. Mai 2018 zugestellt (act. 15). Mit Verfügung vom 23. Mai 2018 wurde das Sistierungsgesuch der Beklagten abgewiesen (act. 17). Am 1. Juni 2018 wurde die Prozessleitung sodann an Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner als Instruktionsrichter delegiert (act. 19). Die Parteien wurden in der Folge auf den 12. Dezember 2018 – ebenso wie in den Verfahren HG170248-O und HG180153-O – zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen (act. 24). Anlässlich dieser Verhandlung konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden (vgl. Prot. S. 12), sodass der Klägerin mit Verfügung vom 4. Januar 2019 Frist zur Leistung eines weiteren Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 4'850.– und zur Erstattung der schriftlichen Replik angesetzt wurde (act. 27). Nach rechtzeitiger Leistung des zusätzlichen Gerichtskostenvorschusses (vgl. act. 29) erging auch die Replik innert Frist (act. 30; act. 31/27-32). Mit Verfügung vom 11. März 2019 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung ihrer schriftlichen Duplik angesetzt (act. 32), welche anschliessend innert Frist erging (act. 34; act. 35/6-9) und der Klägerin mit Verfü-

gung vom 11. Juni 2019 unter Hinweis auf den Aktenschluss zugestellt wurde (act. 36). Mit Verfügung vom 5. Juli 2019 wurde den Parteien sodann mitgeteilt, dass das Verfahren neu Oberrichterin lic. iur. Ruth Bantli Keller als Instruktionsrichterin zugeteilt ist (act. 38).

In der Folge verzichteten beide Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (Prot. S. 18). Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

2. Zuständigkeit

Die unbestritten gebliebene örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist unabhängig davon, ob der geltend gemachte Anspruch vertraglicher (diesfalls gestützt auf Ziffer 21.4 des Mietvertrags [act. 3/1], worin Bülach als Gerichtsstand bezeichnet wird; Art. 17 ZPO) oder bereicherungsrechtlicher (diesfalls gestützt auf Art. 33 ZPO) Natur ist (vgl. Erwägung 6.4.2 nachstehend), gegeben. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist zudem gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH für die vorliegende Streitsache ausschliesslich sachlich zuständig.

3. Sachverhaltsübersicht

3.1. Parteien

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in E._____, welche das Kerngeschäft des F._____-Konzerns, einem Verpflegungsunternehmen für Passagierflüge, betreibt (act. 1 N 20; act. 3/2).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in G._____ SZ. Die ursprünglich beklagte B2._____ AG (früher H._____ AG) fusionierte während des Verfahrens mit der B3._____ AG, welche wiederum mit der B4._____ AG fusionierte, die heute als B1._____ AG firmiert. Sie bezweckt u.a. den Erwerb sowie die Verwaltung und Veräusserung von Liegenschaften.

3.2. Unbestrittener Sachverhalt

Die Beklagte ist Baurechtsnehmerin eines Grundstücks auf dem Gelände des Flughafens D._____. Das darauf im Baurecht erstellte Gebäude ("C'._____", "C"._____-gebäude") samt Umgebung vermietet die Beklagte an die Klägerin, welche darin ihr Geschäft ausübt. Der streitbetroffene Mietvertrag vom 16. Februar 2002 (act. 3/1) wurde ursprünglich zwischen der I.____ AG als Vermieterin und der Klägerin als Mieterin abgeschlossen. Der Baurechtsvertrag zwischen der J.____ AG und der I.____ AG datiert vom 26. Oktober 2001 (act. 3/6) und ist Bestandteil des Mietvertrags. Unbestritten ist sodann, dass die Rechtsvorgängerinnen der Beklagten für die I.____ AG sowohl in die Mietverträge zwischen der Klägerin und der I.____ AG als auch in den genannten Baurechtsvertrag eingetreten sind. Gemäss Ziffer 5 des Mietvertrags setzt sich der für das Mietobjekt geschuldete Mietzins (ohne Nebenkostenkonto) aus dem Baurechtszins, welchen die Beklagte der Baurechtsgeberin gemäss Baurechtsvertrag schuldet und vollumfänglich auf die Klägerin überwälzt, und einem Umsatzmietzins von minimal CHF 4'700'000.– und maximal CHF 7'100'000.– pro Jahr zusammen. Gemäss Ziffer D.1.2 des Baurechtsvertrags i.V.m. Ziffer 5.2 des Mietvertrags bemisst sich der Baurechtszins nach dem jeweils am 1. Januar jeden Jahres geltenden Zinsfuss der Zürcher Kantonalbank für erste Althypotheken auf gewerblichen Liegenschaften (im Folgenden: ZKB-Zinsfuss). Als Landwert gilt für die Baurechtsfläche der gemäss Landwertzonenplan massgebliche Betrag von CHF 250.– pro m² (act. 1 N 22-29; act. 9 N 9). Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hat der ZKB-Zinsfuss 4.5% betragen. In den folgenden Jahren ist der Mietzinsbestandteil "Baurechtszins" durch die Rechtsvorgängerinnen der Beklagten jeweils an den veränderten ZKB-Zinsfuss angepasst worden: Per 1. Januar 2004: Senkung auf 3.5%, per 1. Januar 2006: Senkung auf 3.25%, per 1. Januar 2008: Erhöhung auf 3.5%, per 1. Januar 2009: Erhöhung auf 3.75% und per 1. Januar 2010: wiederum Senkung auf 3%. Ab 2011 hat die Beklagte keine jährlichen Anpassungen des Mietzinselements Baurechtszins mehr vorgenommen. Der von der Klägerin bisher als Mietzinselement bezahlte Baurechtszins verblieb unverändert bei CHF 227'685.– pro Jahr, ausgehend vom genannten Zinsfuss von 3%. Der Referenzzinssatz gemäss Art. 12a der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Ge-

schäftsräumen (VMWG) hingegen hat sich seither auf 1.5% gesenkt und blieb während des ganzen Jahres 2018 auf diesem Niveau. Die Klägerin verlangte am 27. November 2017 von der Beklagten eine entsprechende Halbierung des Mietzinselements Baurechtszins per 1. Januar 2018, was die Beklagte aber am 15. Dezember 2017 ablehnte. Sie stellte der Klägerin deshalb weiterhin den bisherigen Mietzins in Rechnung. Die Klägerin teilte der Beklagten in der Folge mit, dass sie an ihrem Herabsetzungsbegehren festhalte und die Mietzinszahlungen für das Jahr 2018 im ihrer Ansicht nach nicht geschuldeten Mehrbetrag von CHF 113'842.– zzgl. MwSt. unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht sowie unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Rückforderung erfolgen würden. Die Klägerin hat ferner das im Mietvertrag vorgesehene Optionsrecht, mit welchem sie durch einseitige Erklärung den frühesten Kündigungstermin für die Beklagte zweimal um jeweils fünf Jahre hinauszuschieben vermag, beide Male ausgeübt, womit der früheste Kündigungstermin für die Beklagte auf den 31. Dezember 2022 hinausgeschoben wurde (act. 1 N 25, 35-53; act. 9 N 9).

Die Klägerin klagt im Hauptstandpunkt auf Rückzahlung von zu viel bezahlten bzw. nicht mehr geschuldeten Mietzinsen für das Jahr 2018. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Klage.

Auf die einzelnen Parteivorbringen sowie auf die Akten ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit sich dies zur Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

4. Parteistandpunkte

4.1. Hauptstandpunkt der Klägerin

Die Klägerin behauptet, gegenüber der Beklagten gestützt auf Ziffer 5.2 des Mietvertrags i.V.m. Ziffer D.I.2 des Baurechtsvertrags einen Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinselements "Baurechtszins" zu haben, sofern der für die Höhe des Baurechtszinses massgebende Zinsfuss gesenkt werde. Massgebend sei heute der Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG, welcher den ZKB-Zinsfuss ersetzt habe, was gerichtsnotorisch sei (act. 1 N 40). Der Herabsetzungsanspruch

bestehe jeweils per Anfang des nächsten Kalenderjahres (act. 1 N 58). Aufgrund des jahrelangen Verhaltens der Parteien mit entsprechenden Senkungen und Erhöhungen dieses Mietzinselements sei auch erstellt, dass diese Funktionsweise im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages das gegenseitige, übereinstimmende Verständnis der Parteien gewesen sei (act. 1 N 59). Der Herabsetzungsanspruch der Klägerin bestehe unabhängig davon, welchen Baurechtszins die Beklagte unter dem Baurechtsvertrag der Baurechtsgeberin bezahle. Der Mietvertrag enthalte in Ziffer 5.2 keinen Vorbehalt dahingehend, dass es alleine im Ermessen der Beklagten liege, ob eine Anpassung des Baurechtszinselements an die Klägerin gewährt werde. Eine solche Auslegung widerspreche auch Sinn und Zweck von Ziffer 5.2 des Mietvertrags (act. 1 N 61 f.). Das Herabsetzungsbegehren der Klägerin für das Jahr 2018 sei zudem rechtzeitig gewesen. Der Rückforderungsbetrag der Klägerin belaufe sich für das Jahr 2018 auf gesamthaft CHF 122'608.37 (CHF 113'842.50 zuzüglich MwSt. von 7,7%) bzw. auf monatlich CHF 10'197.98 (CHF 9'468.875 zuzüglich MwSt. von 7,7%). Der Rückforderungsanspruch sei mit der Zahlung der jeweiligen monatlichen Mietzinse fällig geworden. Für den Verzugszinsanspruch der Klägerin sei dabei auf den mittleren Verfall abzustellen, vorliegend also auf den 30. Mai 2018, da die erste Mietzinsezahlung für das Jahr 2018 per Ende Dezember 2017 und die letzte per Ende November 2018 erfolgt sei (act. 1 N 71 f.).

Es treffe sodann nicht zu, dass Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags, worin das Recht der Beklagten auf Anpassung des Mietzinses an die marktüblichen Verhältnisse geregelt ist, der Ziffer 5 vorgehe, vielmehr seien diese beiden Bestimmungen voneinander unabhängig (act. 30 N 6). Der Brutto-Mietzins setze sich gemäss Ziffer 5.4 des Mietvertrags aus drei Elementen zusammen: dem "Baurechtszins" (Ziffer 5.2), dem "Umsatzmietzins" (Ziffer 5.3) und den "Medien- und Nebenkosten" (Ziffer 6). Diese Bestandteile würden im Mietvertrag in unterschiedlichen Bestimmungen geregelt (act. 30 N 7). Ziffer 5.3 Absatz 1 unterscheide beim Element "Umsatzmietzins" zwischen einem umsatzunabhängigen Mindestmietzins und einem umsatzabhängigen Betrag. Für den umsatzunabhängigen Mindestmietzins sehe Ziffer 5.3 Absatz 2 vor, dass die Klägerin als Mieterin "zunächst unabhängig vom erzielten Umsatz als Netto-Mindestmietzins einen Betrag von

CHF 4.7 Mio p.a" schulde, welcher mit dem Nachtrag 2 vom 30. November 2006 (act. 3/4) auf CHF 4'851'340.– erhöht worden sei. In Ziffer 5.3 Absatz 3 würden schliesslich die Parameter für den umsatzabhängigen Betrag des Elements "Umsatzmietzins" festgelegt, wobei der geschuldete Netto-Maximalmietzins bei CHF 7.1 Mio. gedeckelt sei (act. 30 N 9). Seit Beginn des Mietverhältnisses habe die Klägerin nie einen umsatzabhängigen Betrag an die Beklagte bezahlt. Im Zusammenhang mit dem Mietzinselement "Umsatzmietzins" sei demnach einzig der Netto-Mindestmietzins von CHF 4.7 Mio. (bzw. CHF 4'851'340.–) gemäss Ziffer 5.3 Absatz 2 Mietvertrag von Bedeutung (act. 30 N 10). Das Mietzinselement Baurechtszins gemäss Ziffer 5.2 stelle rechtlich und wirtschaftlich betrachtet eine blosser Weiterverrechnung des von der Vermieterin unter dem Baurechtsvertrag geschuldeten Baurechtszinses dar (act. 30 N 11). Daraus erhelle, dass der Mietvertrag eine klare Unterscheidung zwischen den Mietzinselementen "Baurechtszins" einerseits und "Umsatzmietzins bzw. Netto-Mindestmietzins" andererseits treffe. Diese Unterscheidung werde in Ziffer 5.4 wiederholt, was sich bereits aus der getrennten Aufzählung im Titel dieser Ziffer ergebe (act. 30 N 13). Daraus folge, dass die Mietzinsanpassungsklausel von Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags einzig das Element des Nettomietzinses gemäss Ziffer 5.3 Absatz 2 beschlage, nicht jedoch das Mietzinselement "Baurechtszins" (act. 13 N 14). Dieses Verständnis der Schiedsgutachtensklausel in Ziffer 4 Abs. 2 sei offensichtlich; es wäre geradezu widersinnig, wenn der Schiedsgutachter den gesamten Mietzins, also den Brutto-Mietzins im Sinne von Ziffer 5.4 einschliesslich des Baurechtszinses und der Akontozahlungen für die Medien- und Nebenkosten gemäss Ziffer 6, für das Mietobjekt festlegen könnte bzw. müsste. Bezüglich des Baurechtszinses sowie der Medien- und Nebenkosten bestehe weder ein Bedürfnis noch ein (Ermessens-) Spielraum für eine gutachterliche Festlegung, da deren Höhe vertraglich klar definiert sei (act. 30 N 15 f.). Dem stehe auch nicht entgegen, dass Ziffer 4 Absatz 3 des Mietvertrags festhalte, dass der im Zeitpunkt der Optionsausübung massgebende Mietzins nicht unterschritten werden könne; diese Bestimmung beziehe sich wie die gesamte Ziffer 4 einzig auf den Netto-Mindestmietzins (act. 30 N 17). In diesem Sinne hätten beide Parteien den Mietvertrag stets verstanden und umgesetzt (act. 30 N 18). Dies belege insbesondere auch das Schreiben der

Beklagten vom 22. Dezember 2016 (act. 14/24), in welchem sie unter Berufung auf Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags die Erhöhung des Netto-Mindestmietzins von CHF 4'851'340.– auf CHF 5.8 Mio. verlangt habe (act. 30 N 19 f.). Auch die Klägerin habe in ihrem ablehnenden Antwortschreiben (act. 31/27) das Anpassungsbegehren lediglich auf den Netto-Mindestmietzins bezogen (act. 30 N 21 f.). In der Folge habe die Beklagte von der Klägerin verlangt, dem Schiedsgutachtersauftrag an die K._____ AG zuzustimmen, welche die Klägerin aber aufgrund von deren Befangenheit abgelehnt habe, was zum Verfahren HG1700248-O vor dem hiesigen Gericht geführt habe. Auch die von der Beklagten bei der K._____ AG bestellte Offerte vom 15. August 2017 (act. 14/26) umschreibe als Gegenstand der durchzuführenden Schätzung die standort- und marktgerechte Marktmiete, "wobei der Mietzinsbestandteil «Baurechtszins» und der Mietzinsbestandteil «Umsatzmietzins», so wie sie aus dem aktuellen Mietvertrag hervorgehen, nicht Bestandteil der Einschätzung" seien. Auch diese Beschreibung des Schätzungsauftrags belege unmissverständlich, dass das Schiedsgutachten einzig das Element des Netto-Mindestmietzinses gemäss Ziffer 5.3 Absatz 2 des Mietvertrags festlegen solle (act. 30 N 23 ff.).

Sodann treffe nicht zu, dass der Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG nur auf Mietzinserhöhungen, die mit dem Anstieg des Hypothekarzinsrates begründet würden, und damit im vorliegenden Fall keine Anwendung fände. Die Höhe des Mietzinsbestandteils "Baurechtszins" bestimme sich gemäss Ziffer 5.2 des Mietvertrags nach dem Baurechtsvertrag zwischen der Beklagten und der J._____ AG. Der Baurechtsvertrag bilde integrierender Bestandteil des Mietvertrags, wodurch die Bestimmungen des Baurechtsvertrags für die Klägerin bindend und die Klägerin im Verhältnis zur Beklagten indirekt Partei des Baurechtsvertrags geworden sei (act. 30 N 31 f.). Die für den geschuldeten Baurechtszins massgebenden Parameter – der ZKB-Zinsfuss und der Landwert – seien denn in Ziffer 5.2 des Mietvertrags auch in der damaligen Höhe aus dem Baurechtsvertrag übernommen bzw. wiedergegeben worden. Der ZKB-Zinsfuss basiere auf den von der Zürcher Kantonalbank seit 1938 festgelegten Richtsätzen für den Zins von erstrangigen variablen Hypotheken für Wohnbauten und für Gewerbeliegenschaften; er sei im Kanton Zürich bis zur Einführung des Referenzzinssatzes ge-

mäss Art. 12a VMWG der mietrechtlich relevante Zinssatz gewesen. Dies sei gerichtsnotorisch und belegt (act. 30 N 33 ff.). Damit sei erstellt, dass es die Absicht und der Wille der Parteien gewesen sei, die Höhe des Baurechtszinses an die mietrechtlich relevanten Zinssätze für Hypotheken zu koppeln (act. 30 N 38 f.). Nach der Einführung des Referenzzinssatzes gemäss Art. 12a VMWG habe die Zürcher Kantonalbank den ZKB-Zinsfuss letztmals am 1. März 2009 festgelegt und anschliessend nicht mehr weitergeführt bzw. angepasst, weil er aufgrund des neuen Referenzzinssatzes obsolet geworden sei (act. 30 N 41). Indem die Richtsätze der Zürcher Kantonalbank ab März 2009 nicht mehr nachgeführt bzw. dem allgemeinen Zinstrend angepasst worden seien, sei bezüglich des Baurechtsvertrags und damit des Mietvertrags die fortlaufende Anpassung des für die Bestimmung der Höhe des Baurechtszinses massgebenden ZKB-Zinsfusses weggefallen, was im Ergebnis dazu geführt habe, dass der Baurechtszins entgegen dem ursprünglichen Willen der Parteien vom mietrechtlichen relevanten Referenzzinssatz vollständig entkoppelt worden und künstlich bei 3% stehen geblieben sei (act. 30 N 42). In diesem Sinne sei die Verweisung auf den ZKB-Zinsfuss in Ziffer 5.2 des Mietvertrags ab März 2009 sowohl subjektiv als auch objektiv als Verweisung auf den Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG auszulegen (act. 30 N 43). Letzterer sei der mietrechtliche Zinssatz für Wohn- und Geschäftsräume. Entsprechend hätten sich die Parteien im Zusammenhang mit der Höhe des Baurechtszinses auf diesen Referenzzinssatz abgestützt, wäre der Mietvertrag nach dessen Einführung abgeschlossen worden (act. 30 N 45).

4.2. Eventualstandpunkt der Klägerin

Als Eventualbegründung lässt die Klägerin vorbringen, dass nach der Entkopplung der Höhe des Baurechtszinses vom mietrechtlich relevanten Referenzzinssatz ab März 2009 von einer Anpassungslücke im Miet- und im Baurechtsvertrag auszugehen wäre. Entsprechend wäre der Umstand, dass der ZKB-Zinsfuss ab März 2009 nicht mehr angepasst worden sei, als veränderte Verhältnisse im Sinne der "clausula rebus sic stantibus" zu qualifizieren (act. 30 N 46 f.). Diese Veränderung sei für die Parteien, insbesondere die Klägerin, unvermeidbar gewesen, habe doch auf die Einführung des Referenzzinssatzes gemäss Art. 12a VMWG

und der damit verbundenen Einstellung der Anpassung des ZKB-Zinsfusses kein Einfluss genommen werden können (act. 30 N 48). Ebenso sei diese Veränderung für die Parteien nicht voraussehbar gewesen, seien der Miet- und auch der Baurechtsvertrag doch lange vor Einführung des Referenzzinssatzes gemäss Art. 12a VMWG abgeschlossen worden (act. 30 N 49). Seit dem Jahr 2010 sei das Zinsniveau in der Schweiz stetig gesunken, seit dem 2. Juni 2017 betrage der in mietrechtlichen Fragen massgebende Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG nur noch 1.5% und damit die Hälfte des nicht mehr aktualisierten ZKB-Zinsfusses von 3%. Diese Differenz schlage sich mit CHF 113'842.50 pro Jahr nieder, was ein erheblicher Betrag sei. Derzeit könne zudem nicht von einem baldigen Anstieg des Zinsniveaus ausgegangen werden. Angesichts der Laufzeit des Mietvertrags bis zum 31. Dezember 2022 sei von einer erheblichen Äquivalenzstörung auszugehen, weshalb eine Anpassung des Baurechts- bzw. Mietvertrags an die veränderten Verhältnisse zwingend angezeigt sei (act. 30 N 50 ff.). Da der Klägerin der von der Beklagten gemäss Baurechtsvertrag geschuldete Baurechtszins überbunden werde, sei die Anpassung für die Beklagte sodann mit keinen Nachteilen verbunden. Es sei nur schon aus diesem Grund rechtsmissbräuchlich, dass die Beklagte auf einer vereinbarungstreuen Einhaltung der fraglichen Vertragsklauseln beharre (act. 30 N 53). Dies gelte umso mehr, als sich mit dem Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG eine perfekt passende Lückenfüllung anbiete, welche dem ursprünglichen Parteiwillen entspreche (act. 30 N 55). Die Behauptung der Beklagten, der Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG sei für einen anderen Sachverhalt geschaffen worden als der ZKB-Zinsfuss, sei falsch (act. 30 N 61).

4.3. Standpunkt der Beklagten

Nach Ansicht der Beklagten haben die Parteien in Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags eine Sonderregelung zu Ziffer 5 getroffen (act. 9 N 11). Für den Fall der Optionsausübung durch die Klägerin werde die Beklagte berechtigt, den Mietzins an die dannzumal herrschenden marktüblichen Verhältnisse anzupassen, wobei für den Fall, dass die Parteien diesbezüglich keine Einigung erzielen, ein Schiedsgutachten eingeholt werde. Der Mietzins werde mit anderen Worten ab

1. Januar 2018 neu festgelegt, wenn die Beklagte dies verlange (act. 9 N 13-15; act. 34 N 9). Nachdem die Beklagte nach der Optionsausübung durch die Klägerin die entsprechende Anpassung des Mietzinses verlangt habe und keine Einigung erzielt worden sei, habe die Beklagte vor dem hiesigen Gericht auf Abgabe einer Willenserklärung bzw. die Zustimmung zur Auftragserteilung an die Schiedsgutachterin geklagt (HG170248-O) (act. 9 N 16). Es sei offensichtlich, dass unter diesen Umständen Ziffer 5.2, auf welche sich die Klägerin vorliegend berufe, nicht mehr anwendbar sei, da diese Ziffer nur die Festlegung des bisherigen Mietzinses betreffe. Die Parteien hätten mithin für die letzten fünf Jahre der Vertragsdauer einen Paradigmenwechsel vollzogen: Für die Neu-Berechnung des Mietzinses bzw. die Anpassung an die "marktüblichen Verhältnisse" gemäss Ziffer 4 Absatz 2 sollten nicht mehr Umstände aus dem Umfeld der Parteien, wie Baurechtzins oder Umsatzzahlen, massgebend sein, sondern allein Überlegungen, die sich im freien Spiel der Marktkräfte ergeben (act. 34 N 10). Diese Regelung mache Sinn, da sich im Immobilienmarkt keine Prognose zur Preisentwicklung über den Zeitraum von mehr als zehn Jahren stellen lasse; auch komplizierte Formeln könnten die Veränderungen des Marktumfelds nicht einfangen. Die Beklagte habe deshalb Gewissheit haben wollen, dass sie spätestens nach 15 Jahren den Netto-Mindestmietzins an die Marktverhältnisse anpassen könne – sei es durch Verhandlungen mit der Klägerin oder mit dem vereinbarten Schiedsgutachten (act. 34 N 11). Die Bezugnahme auf "marktübliche Verhältnisse" schliesse per se die Weitergeltung der bisherigen vertraglichen Mietzinsberechnung aus (act. 34 N 12, 16). Die Festlegung des Mietzinses richte sich ab 1. Januar 2018 somit allein nach Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags. Dies sei auch in den in genannter Klausel erwähnten "Richtlinien" festgehalten, gemäss welchen für die Ermittlung des marktüblichen Mietzinses "besondere subjektive Umstände, spezielle Interessen, besondere Beziehungen unter den Vertragspartnern etc." ausser Betracht fallen würden (act. 34 N 13 f.). Im Übrigen sei auch Ziffer 4 Absatz 3 des Mietvertrags zu beachten, gemäss welchem bei der Neufestlegung des Mietzinses der im Zeitpunkt der Optionsausübung geltende Mietzins nicht unterschritten werden könne. Dadurch werde klaggestellt, dass für die Periode ab dem 1. Januar 2018 nach dem Willen der Parteien keine Mietzinsanpassung gemäss Ziffer 5.2

des Mietvertrags mehr geben könne. Dies habe die Klägerin im Verfahren HG170248-O auch anerkannt (act. 9 N 17). Schliesslich übersehe die Klägerin, dass der Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG nur auf Mietzinserhöhungen Anwendung finde, welche mit dem Anstieg des Hypothekarzinsrates begründet werden. Ein solcher Fall liege hier nicht vor. Würde man entgegen den Ausführungen der Beklagten also Ziffer 5.2 des Mietvertrags für die Festsetzung des Mietzinses ab 1. Januar 2018 zur Anwendung bringen, wäre auf den ZKB-Zinsfuss abzustellen, welcher in den letzten Jahren keine Änderung erfahren habe (act. 9 N 18).

5. Rechtliches

5.1. Grundsätze der Vertragsauslegung

5.1.1. In materieller Hinsicht ist bei der Auslegung eines Vertrags "der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen" (Art. 18 Abs. 1 OR). Dieser für die Sonderfälle der falschen Ausdrucksweise (*falsa demonstratio*) und der Simulation kodifizierte Grundsatz gilt nach herrschender Auffassung als allgemeine Auslegungsmaxime für Verträge (anstatt vieler: WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 18 N 1). Das Gericht hat nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen zunächst den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (sog. subjektive oder empirische Auslegung; BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2; BGE 142 III 239 ff. E. 5.2.1; BGE 140 III 86 ff. E. 4.1; BGE 132 III 268 ff. E. 2.3.2). Lässt sich ein solcher nicht feststellen bzw. beweisen, so sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (sog. objektivierende oder normative Auslegung). Bei der Prüfung nach dem Vertrauensgrundsatz hat das Gericht durch eine objektivierende Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben, wobei es als Vertragswillen anzusehen hat, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich ge-

wollt haben würden, und wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2 m.w.H.; BGE 142 III 239 ff. E. 5.2.1; BGE 138 III 659 ff. E. 4.2.1). Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert. Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 142 V 466 ff. E. 6.1 m.w.H.; BGE 142 V 129 ff. E. 5.2.2; BGE 140 V 50 ff. E.2.2). Die subjektive hat gegenüber der objektivierenden Vertragsauslegung somit grundsätzlich Vorrang. Steht der tatsächliche übereinstimmende Wille fest, so verbleibt demnach für die objektivierende Auslegung kein Raum.

5.1.2. Der Wortlaut des Vertragstexts ist bei der subjektiven Auslegung Ausgangspunkt der Auslegung. Er ist ein Auslegungsmittel, mit welchem der tatsächliche, subjektive Wille der Parteien ermittelt werden soll. Bei der Auslegung von Worten und Texten ist zunächst auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen (WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 19 m.H.). Allerdings ist der Wortlaut nicht das einzig entscheidende Auslegungsmittel. Heranzuziehen ist vielmehr alles, was geeignet ist, zur Feststellung des wirklichen Parteiwillens bei Vertragsschluss beizutragen (WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 25). So kann sich auch bei einem zunächst klar und eindeutig erscheinenden Wortlaut bei Berücksichtigung der weiteren Umstände ergeben, dass er den tatsächlichen Parteiwillen nicht genau wiedergibt (BGE 131 III 280 ff. E. 3.1; BGE 129 III 118 ff. E. 2.5; BGE 128 III 212 ff. E. 2b/bb; BGE 127 III 444 ff. E. 1b). Dies gilt selbst bei Verwendung juristischer Begriffe, wo das Bundesgericht nur zurückhaltend auf eine Bindung an den objektiven juristischen Sinn schliesst (BGE 129 III 702 ff. E. 2.4.1). Weiter zu berücksichtigen ist das auch im vorliegenden Fall zentrale nachvertragliche Parteiverhalten (vgl. Erwägung 6.2 nachstehend). Das Bundesgericht berücksichtigt dieses im Rahmen der subjektiven Auslegung, sofern es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zulässt (BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2 m.w.H.), und erachtet es bei der objektivierenden Auslegung demnach als bedeutungslos (BGer-Urteil 4A_134/2017 vom 24. Juli 2017 E. 2.1; BGE 133 III 61 ff. E. 2.2.2.2; BGE 132 III 626 ff. E. 3.1; vgl. auch BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2).

5.2. Allgemeines zur Beweisführung

5.2.1. Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Da im Normalfall der rechtssuchenden Partei die Beweislast obliegt (vgl. Art. 8 ZGB), ist es diesfalls an ihr, die Tatsachen hinreichend darzutun und zu beweisen, aus deren Vorliegen sie ihren Anspruch herleitet (vgl. BGer-Urteil 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 5.5 m.H.). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 ff. E. 2b; BGer-Urteile 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2 und 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.3). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 136 III 322 ff. E. 3.4.2; BGer-Urteile 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 m.H., 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1 und 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SUTTER-SOMM THOMAS / SCHRANK CLAUDE, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 55 N 21 m.H.). Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen im Prozess unberücksichtigt. Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. dagegen der Gegenbeweis angetreten und darüber Beweis abgenommen werden könnte (BGer-Urteil 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; BGE 136 III 322 ff. E. 3.4.2; BGE 127 III 365 ff. E. 2b m.H.). Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgekommen, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme. Ein Beweisverfahren darf nicht der Vervollständigung ungenügender Parteivorbringen dienen.

5.2.2. Als Gegenstück zur Behauptungslast trifft die nicht beweisbelastete Partei die Bestreitungslast. Sie hat im Einzelnen darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen. Pauschales Bestreiten genügt also nicht, um eine Tatsache als strittig im Sinne von Art. 150 ZPO qualifizieren zu können. Erforderlich ist vielmehr eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 ff. E. 2.6 m.H.). Erst eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantiieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat (BGer-Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3).

6. Würdigung

6.1. Ausgangslage

Keine der Parteien bringt vor, dass der Mietvertrag, insbesondere hinsichtlich der vorliegend relevanten Ziffern, nicht gültig zustande gekommen sei. Es liegt somit ein reiner Auslegungstreit hinsichtlich der Anpassungsklauseln in Ziffer 4 Absätze 2 und 3 des Mietvertrags (act. 3/1) und in Ziffer 5.2 des Mietvertrags bzw. Ziffer D.I.2 des Baurechtsvertrags (act. 3/6) vor.

6.2. Anwendungsbereich von Ziffer 4 des Mietvertrags

6.2.1. Die Parteien sind sich namentlich hinsichtlich der Frage uneins, ob die Anpassungsklausel von Ziffer 4 Absätze 2 und 3 des Mietvertrags (act. 3/1) auch das Mietzinselement "Baurechtszins" umfasst. Wäre dies der Fall, würde im Falle der Optionsausübung durch die Klägerin die zwischen mehreren Mietzinsbestandteilen unterscheidende vertragliche Regelung einschliesslich der Anpassungsklausel betreffend den Baurechtszins obsolet und – notfalls mittels des genannten Schiedsgutachtens – durch *den einen* marktüblichen Mietzins ersetzt. Sollte dieser unter dem Mietzinsniveau im Zeitpunkt der Optionsausübung liegen, bliebe letzteres verbindlich, da eine Senkung in Ziffer 4 Absatz 3 ausgeschlossen wurde.

Der angebliche Senkungsanspruch, mit welchem die Klägerin ihre Klage begründet, wäre mit anderen Worten von Anfang an ausgeschlossen.

6.2.2. In tatsächlicher Hinsicht ist der Wortlaut der Vertrags- bzw. Schiedsgutachtersklausel unstrittig und durch die betreffende Urkunde belegt. Die streitbetreffende Vertragsklausel lautet wie folgt (act. 3/1 S. 3):

"4. Optionen

Der Mieterin steht das Recht zu, den frühesten Kündigungstermin für die Vermieterin durch einseitige Erklärung zwei Mal um jeweils fünf Jahre, erstmals also bis 31. Dezember 2017 und sodann bis 3. Dezember 2022, hinauszuschieben und damit die Mindestvertragsdauer zu verlängern.

Macht die Mieterin von dem ihr eingeräumten Optionsrecht Gebrauch, so ist die Vermieterin berechtigt, aber nicht verpflichtet, den Mietzins auf den Beginn der Optionsdauer den dannzumal herrschenden marktüblichen Verhältnissen anzupassen. Können sich die Parteien über die dannzumal herrschenden marktüblichen Verhältnisse nicht bis zum 31. Dezember 2016 einigen, so beauftragen sie gemeinsam die Firma K._____ AG, Zürich, für sie diesen Mietzins als Schiedsgutachterin verbindlich festzulegen.

Die Mieterin hat davon Kenntnis, dass K._____ das Marktmietmodell für die Vermieterin ausgearbeitet hat. Die Parteien anerkennen dabei das Resultat der schiedsgutachtlichen Beurteilung der erwähnten Firma als für sie verbindlich. Bei der Festlegung des den dannzumal herrschenden marktüblichen Verhältnissen entsprechenden Mietzinses hat die Schiedsgutachterin die Vertragsbestandteil bildenden "Richtlinien zur Ermittlung des marktüblichen Mietzinses" zu berücksichtigen.

Es wird vereinbart, dass unabhängig vom Ergebnis der schiedsgutachterlichen Beurteilung, der im Zeitpunkt der Optionsausübung massgebende Mietzins nicht unterschritten werden kann.

(...)"

6.2.3. Gegenstand der Anpassung an die "marktüblichen Verhältnisse" ist gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung der "Mietzins". Dieser Begriff ist damit Hauptobjekt des vorliegenden Auslegungstreits. Ohne Weiteres ersichtlich ist, dass aus dem Wort "Mietzins" allein nicht abgeleitet werden kann, ob sich die Klausel nur auf den Netto- bzw. Umsatzmietzins, oder zusätzlich auch auf den Mietzinsbe-

standteil "Baurechtszins" bezieht. So wird der Begriff im gewöhnlichen Sprachgebrauch auch keineswegs einheitlich und sowohl für das Total der vom Mieter geschuldeten Leistungen ("Bruttomietzins", also Nettomietzins und weitere Leistungen wie etwa ein Nebenkostenkonto) als auch im Sinne des Nettomietzins verwendet. Zu beachten ist aber, dass es sich beim "Mietzins" um einen gesetzlich definierten Begriff handelt. So ist gemäss Art. 257 OR (vgl. auch Art. 253 OR) der Mietzins das Entgelt, das der Mieter dem Vermieter für die Überlassung der Sache schuldet. Mit dem Mietzins werden mit anderen Worten sämtliche Kosten abgegolten, welche der Vermieterin aus dem Unterhalt der Mietsache entstehen. Nebenkosten sind vom Mieter nur zusätzlich geschuldet, wenn sie explizit vereinbart wurden (BIBER IRENE in: Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018, Art. 257-257b N 2; GIGER HANS, in: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bern 2015, Art. 257 N 30; HIGI PETER/BÜHLMANN ANTON, in: Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 253 - 265 OR, 5. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2019, Art. 257 N 10; PERMANN RICHARD, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 257 N 1; WEBER ROGER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 257 N 1). Die Lehre scheint sich allerdings hinsichtlich der Frage nicht einig zu sein, ob (ausgeschiedene) Nebenkosten im Sinne von Art. 257a OR unter den Begriff des "Mietzinses" nach Art. 257 OR fallen, oder ob Art. 257a OR gerade der Abgrenzung dieser Nebenkosten vom diesfalls lediglich den Nettomietzins regelnden Art. 257 OR dient (vgl. WEBER, a.a.O., Art. 257 N 1 m.H.). Unstrittig ist aber, dass zumindest alle übrigen Leistungen des Mieters als Entgelt für die Überlassung der Sache unter den Begriff des Mietzinses im Sinne von Art. 257 OR fallen. Entsprechend würde dies dafür sprechen, dass "Mietzins" im Sinne der streitbetroffenen Vertragsklausel auch den Baurechtszins umfasst. Selbst wenn den Parteien aber der objektive juristische Sinn dieses Fachausdrucks entgegengehalten werden könnte, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zurückhaltend anzunehmen ist und vorliegend zweifelhaft erscheint, ist der unklare Wortlaut der fraglichen Vertragsklausel zwingend im konkreten Vertragskontext auszulegen.

6.2.4. Mit dem Mietzins beschäftigen sich nämlich auch die Ziffern 5 und 6 des Mietvertrags, welche wie folgt lauten (act. 3/1 S. 3; die handschriftlichen, teilweise nicht lesbaren Notizen auf S. 4 oben, S. 4 Ziff. 5.2 und S. 6 Ziffer 5.4 wurden nicht übernommen, da nicht paraphiert, im von der Beklagten eingereichten Exemplar [act. 10/2] nicht vorhanden und soweit ersichtlich auch nicht von Relevanz):

"5. Mietzins und Nebenkosten

5.1 Grundsatz

Der massgebende Mietzins besteht einerseits aus dem von der Vermieterin gegenüber der Baurechtsgeberin zu entrichtenden Baurechtszins (Ziff. 5.2 nachfolgend), sodann aus einem umsatzabhängigen Mietzins mit spezieller Regelung betreffend Minimal- und Maximalmietzins (Ziff. 5.3 nachfolgend).

5.2 Mietzinsbestandteil Baurechtszins

Erster Bestandteil des Mietzinses bildet derjenige Betrag, den die Vermieterin gestützt auf den massgebenden Baurechtsvertrag als Baurechtszins gegenüber der Baurechtsgeberin für das Baurechtsgrundstück zu entrichten hat. Massgebend ist der jeweils nach dem erwähnten Vertrag geschuldete, entsprechend den vertraglichen Abmachungen gegebenenfalls angepasste Baurechtszins. Im heutigen Zeitpunkt errechnet sich der Baurechtszins nach dem Landwert von CHF 250.00/m² für 30'342 m² und dem Zinsfuss der Zürcher Kantonalbank für erste Althypothesen auf gewerblichen Liegenschaften, bezogen auf den Stichtag 1. Januar, z.Zt. somit 4,5 %. Der Baurechtszins beträgt somit im heutigen Zeitpunkt CHF 341'347.50 p.a.

Der Baurechtsvertrag, datiert 26. Oktober 2001, liegt diesem Mietvertrag bei und bildet Bestandteil desselben.

5.3 Mietzinsbestandteil Umsatzmietzins

Weiterer Bestandteil des Mietzinses bildet ein umsatzabhängiger Betrag bzw. ein umsatzunabhängiger Mindestmietzins.

Die Mieterin schuldet zunächst unabhängig vom erzielten Umsatz als Netto-Mindestmietzins einen Betrag von CHF 4'700'000.00 p.a.

Geschuldet ist indessen grundsätzlich ein umsatzabhängiger Mietzins von 3,5 % der von der Mieterin erzielten Umsätze in den Bereichen "... " abzüglich Transport p.a. Die Grundlagen für die Berechnung des relevanten Umsatzes in den Bereichen "... " abzüglich Transport (und in diesem Zusammenhang von den Partei-

en in Betracht gezogene künftige Entwicklungen und deren Einfluss auf das Verhältnis von im Mietobjekt, oder aufgrund von "outsourcing" erwirtschafteten Umsätzen) liegen diesem Vertrag bei und bilden integrierenden Bestandteil desselben. Die Mieterin schuldet indessen – auch wenn sich auf der Grundlage des erzielten Umsatzes ein höherer Mietzins errechnet – einen Netto-Maximalmietzins von CHF 7'100'000.00 p.a.

Übersteigt der auf der Basis eines Anteils von 3.5 % des Umsatzes in den Bereichen "... " abzüglich Transport ermittelte Mietzins den Netto-Mindestmietzins (im Laufe des Vertrages erhöht um die Entwicklung des Landesindexes der Konsumentenpreise BfS gemäss Ziff. 8.2), so ist der auf der Grundlage des erwähnten Umsatzes berechnete Mietzins geschuldet, höchstens jedoch der vorstehend definierte Maximalmietzins, andernfalls der erwähnte Netto-Mindestmietzins (allenfalls erhöht um die Entwicklung des Landesindexes der Konsumentenpreise BfS gemäss Ziff. 8.2).

Die Mieterin liefert jeweils bis spätestens Ende März eines jeden Jahres die definitiven und von der Revisionsstelle bestätigten Umsatzzahlen für die Bereiche "... " abzüglich Transport, wobei das Geschäftsjahr der Mieterin vom 1. Januar bis 31. Dezember eines jeden Jahres dauert. Sofern gegen diese Abrechnung nicht innert 30 Tagen nach Erhalt schriftlich Einsprache erhoben wird, so gilt diese als für richtig befunden und von der Vermieterin genehmigt. Schuldet die Mieterin aufgrund dieser Abrechnung im Vergleich zum Netto-Mindestmietzins weitere Mietzinse, sind diese bis 30. April eines jeden Jahres fällig und zahlbar.

5.4 Netto-Mindestmietzins / Brutto-Mietzins / Akontozahlungen

Auf der Grundlage des heute aktuellen Baurechtszinses sowie des Netto-Mindestmietzinses gemäss Ziff. 5.3 vorstehend beträgt der jährlich geschuldete Mietzins bei Mietbeginn was folgt:

Netto-Mindestmietzins für die gesamte Objektmiete des C'._____	CHF	4'700'000.00
--	-----	--------------

Baurechtszins	CHF	341'347.50
---------------	-----	------------

Medien- und Nebenkosten gemäss Ziff. 5 akonto	CHF	3'000'000.00
---	-----	--------------

Mietzins brutto p.a.	CHF	8'041'347.50
----------------------	-----	--------------

In Worten: acht Millionen einundvierzigtausenddreihundertsebenundvierzig/50.

Der Brutto-Mietzins ist zahlbar und fällig in 12 monatlichen Raten, fällig jeweils im Voraus auf den Monatsersten.

Bei der Berechnung des Netto-Mindestmietzinses sind ausschliesslich die Investitionen der Vermieterin, nicht aber die vom Mieter abgegoltenen "Betriebseinrichtung" mitberücksichtigt worden. Die von den Parteien vorgenommene Aufteilung bezüglich der erwähnten Investitionen ergibt sich aus der sogenannten Investitionsliste vom 19. Juni 2001, die diesem Mietvertrag beiliegt und zum Bestandteil desselben erklärt wird. Weiter gelten die Eigentumsabgrenzung und die Anlageliste.

6. Medien- und Nebenkosten

6.1 Nicht im Mietzins inbegriffene Medien- und Nebenkosten

Im Nettomietzins nicht inbegriffen und von der Mieterin zusätzlich zu bezahlen, sind die im Vertragsbestandteil bildenden Dokument "NEBENKOSTEN-RELEVANZ" festgehaltenen Nebenkosten.

Kosten, die ausschliesslich durch den Geschäftsbetrieb der Mieterin verursacht, sind von dieser zu bezahlen, auch wenn sie bei der Vermieterin erhoben werden.

6.2 Medien- und Nebenkostenabrechnung

(...)"

6.2.5. Unter den Begriff "massgebender Mietzins" werden somit sowohl der Baurechtszins als auch der Umsatzmietzins subsumiert (Ziffer 5.1). Bei letzterem wird wiederum unterschieden zwischen einem "Netto-Mindestmietzins" von CHF 4.7 Mio. (bzw. später CHF 4'851'340.– gemäss Nachtrag 2 [act. 3/5]), welcher als Minimum geschuldet ist, und einem umsatzabhängigen Mietzins, welcher nur geschuldet ist, wenn er den "Netto-Mindestmietzins" übersteigt. Der umsatzabhängige Mietzins ist zudem bei einem Maximum von CHF 7.1 Mio. gedeckelt (Ziffer 5.3). Als Akontozahlung für die Nebenkosten ist sodann ein Betrag von CHF 3'000'000.– (später durch Nachtrag Nr. 1 [act. 3/4] auf CHF 780'000.– und durch Nachtrag Nr. 2 [act. 3/5] auf CHF 600'000.– gesenkt) vereinbart (vgl. Ziffer 5.4 und Ziffer 6). Gemäss Ziffer 6.1 des Mietvertrags sind schliesslich die vereinbarten Nebenkosten nicht im "Nettomietzins" – bzw. gemäss der Überschrift im "Mietzins" – inbegriffen und von der Klägerin zusätzlich zu bezahlen, wobei eine Akontozahlung vereinbart wurde.

6.2.6. Die Ziffer 5.1 des Mietvertrags folgt der streitbetroffenen Ziffer 4 direkt nach und enthält eine Umschreibung des "massgebenden Mietzinses". Diese System-

tik legt nahe, dass es sich in Ziffer 5.1 um eine nähere Definition des auch in der vorangehenden Ziffer 4 verwendeten Begriffs "Mietzins" handelt. Somit würden die ausgeschiedenen Medien- und Nebenkosten klarerweise nicht unter den Begriff des Mietzinses im Sinne der Ziffer 4 Absätze 2 und 3 fallen. Dies wird auch durch den Titel von Ziffer 5, "Mietzins *und* Nebenkosten", untermauert. Das Gegenteil behauptet denn auch die Beklagte zu Recht nicht (vgl. act. 34 N 17), entziehen sich diese Kosten doch auch grundsätzlich einer "Marktüblichkeit" (vgl. nachfolgende Erwägung 6.2.7), da sie das Entgelt für aus dem Nettomietzins ausgeschiedene, bestimmte Leistungen darstellen, welche sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben (Art. 257a Abs. 1 OR). Der vorliegend interessierende Baurechtszins hingegen wäre – nebst dem Netto-Mindestmietzins, da der Umsatzmietzins bisher unbestrittenermassen nie zur Anwendung kam – aufgrund des Wortlauts und der Systematik von Ziffer 4 Absätze 2 und 3 mitumfasst.

6.2.7. Nach Ansicht der Klägerin umfasst der Mietzins im Sinne von Ziffer 4 des Mietvertrags den Baurechtszins jedoch nicht, da es widersinnig wäre, wenn die Schiedsgutachterin den gesamten Mietzins im Sinne von Ziffer 5.4 unter Einschluss der Akontozahlungen für die Medien- und Nebenkosten marktüblich festlegen müsste. Bezüglich der Elemente des Baurechtszinses sowie der Medien- und Nebenkosten bestehe weder ein Bedürfnis noch ein (Ermessens-)Spielraum für eine gutachterliche Festlegung, da die Höhe dieser Elemente vertraglich klar definiert worden sei (act. 30 N 15). Diese Ausführungen sind insofern unbestritten, als die Beklagte nicht geltend macht, Ziffer 4 des Mietvertrags umfasse auch die Akontozahlung für die Medien- und Nebenkosten (vgl. Erwägung 6.2.6 vorstehend). Die Beklagte behauptet mit anderen Worten nicht, Ziffer 4 beziehe sich auf den Brutto-Mietzins im Sinne von Ziffer 5.4 des Mietvertrags. Sie stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, dass die vertragliche Regelung hinsichtlich des Umsatz- bzw. faktisch des Netto-Mindestmietzinses und des Baurechtszinses im Anwendungsfall von Ziffer 4 Absatz 2 vollständig aufgehoben und durch einen neuen, marktüblichen "Einheitsmietzins" ersetzt werde.

6.2.8. Dies wirft die Frage auf, was überhaupt Gegenstand einer Anpassung an die "marktüblichen Verhältnisse" sein kann. Dabei erweist sich der Begriff der

"Marktüblichkeit" seinerseits wieder als auslegungsbedürftig. Der Mietvertrag enthält diesbezüglich keine genaueren Umschreibungen oder Definitionen. Die Beklagte vertritt den Standpunkt, für die Neufestlegung des "marktüblichen" Mietzinses sollten alleine Überlegungen massgebend sein, welche "sich im freien Spiel der Marktkräfte ergeben" (act. 34 N 10), der ab 1. Januar 2018 geltende Mietzins solle mithin allein "aufgrund von Angebot und Nachfrage auf dem Markt ermittelt werden" (act. 34 N 15). Sie führt in diesem Zusammenhang auch die angeblich in Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags referenzierten "Richtlinien" für die Schiedsgutachterin an, welche als marktüblichen Mietzins denjenigen Mietzins definieren, "der bei einer allfälligen Neuvermietung des zu beurteilenden Objekts mit hoher Wahrscheinlichkeit auf dem freien Markt als Anfangsmietzins mit einem Dritten vereinbart werden kann" (act. 35/8 Ziffer 2). Damit ist der Begriff der "Marktmiete" angesprochen (HIGI PETER, Zürcher Kommentar, Die Miete, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 1998, Art. 269a N 25; DERSELBE, a.a.O., Art. 269 N 429; ROHRER BEAT, in: Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018, Art. 269a N 4; WEBER, a.a.O., Art. 269a N 1a). Die diesbezügliche Terminologie ist allerdings nicht einheitlich. So setzt insbesondere das Bundesgericht diesen im Mietrecht nicht existierenden Begriff regelmässig mit demjenigen des orts- oder quartierüblichen Mietzinses gemäss Art. 269a lit. a OR bzw. Art. 11 VMWG (Vergleichsmiete) gleich (BGE 139 III 13 ff. E. 3.1.2; BGE 122 III 257 ff. E. 4a/aa; BGE 121 III 6 ff. E. 3c; BGE 120 II 240 ff. E. 2; BGer-Urteile 4A_191/2018 vom 26. März 2019 E. 3.1, 4A_400/2017 vom 13. September 2018 E. 2.1 und 4A_295/2016 vom 29. November 2016 E. 5.1.1; ebenso PERMANN RICHARD, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 269a N 1; HULLIGER URBAN/HEINRICH PETER, in: Müller-Chen Markus/Huguenin Claire (Hrsg.), Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184 - 318 OR, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 269-269a N 3; einschränkend allerdings BGE 141 III 569 ff. E. 2.2.1; BGE 136 III 74 ff. E. 3.1.). Unbesehen davon ist im Folgenden vom Begriffsverständnis der Beklagten auszugehen, da die Klägerin

nichts Abweichendes behauptet und dargetan hat. Unter dem den marktüblichen Verhältnissen entsprechenden Mietzins im Sinne von Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags ist demnach nach übereinstimmendem Parteiwillen derjenige Mietzins zu verstehen, welcher sich auf dem Markt als Ergebnis von Angebot und Nachfrage erzielen liesse.

6.2.9. Daraus ergibt sich, dass der Begriff der "marktüblichen Verhältnisse" dem Vertragsverständnis der Beklagten klarerweise nicht im Wege steht. Eine Vereinbarung, wonach die vertragliche Regelung mit Unterscheidung verschiedener Mietzinselemente durch einen "Einheitsmietzins" ersetzt würde, welcher anhand von Angebot und Nachfrage auf dem Mietmarkt ermittelt wird, wäre ohne Weiteres zulässig. Die Parteien sind in ihrer Vertragsgestaltung diesbezüglich nicht eingeschränkt und nicht zu einer separaten Überwälzung des Baurechtszinses verpflichtet. Der Baurechtszins wäre damit künftig – gewissermassen wie nicht ausgeschiedene Nebenkosten – nicht mehr auf die Klägerin überwält, sondern allein von der Beklagten zu tragen (vgl. Art. 256b OR) und von der Klägerin durch die neue festgelegte Marktmiete abgegolten (Art. 257 OR). Entsprechend geht die Behauptung der Klägerin, wonach einem allfälligen Gutachter hinsichtlich des Baurechtszinses kein Ermessenspielraum zustehe, diesbezüglich an der Sache vorbei. Der Baurechtszins wäre bei der Ermittlung einer Marktmiete nach Ansicht der Beklagten nicht mehr separat zu berücksichtigen, weshalb sich die Frage, ob dem Gutachter diesbezüglich ein Ermessenspielraum zukommt oder nicht, gar nicht stellen würde. Es ist aber gleichzeitig auch nicht ersichtlich, weshalb eine Anpassung an die "marktüblichen Verhältnisse" im vorgenannten Sinn begriffsnötig das klägerische Vertragsverständnis ausschliessen sollte und die Aufhebung der Baurechtszinsüberwälzung nach sich ziehen müsste, wie dies die Beklagte behauptet. Es bleibt mit anderen Worten unklar, weshalb sich nicht auch bloss der Netto-Mindestmietzins anhand der aktuellen Verhältnisse auf dem Mietmarkt neu eruieren und festlegen lassen können sollte.

6.2.10. Mit ihrer Argumentation wirft die Klägerin denn auch die Frage auf, welchen Sinn und Zweck die Parteien mit Ziffer 4 des Mietvertrags verfolgen wollten. In diesem Zusammenhang führt die Beklagte aus, Ziffer 4 Absätze 2 und 3 hätten

bezweckt, der ungewissen längerfristigen Entwicklung des Immobilienmarkts Rechnung tragen zu können, da auch komplizierte Formeln die Veränderungen des Marktumfelds nicht einfangen könnten (act. 34 N 11). Die Beklagte scheint demnach der Ansicht zu sein, es sei vereinbart worden, dass sie durch eine vollständige Aufhebung der mietvertraglichen Regelung betreffend Baurechtszins und Umsatz- bzw. Nettomindestmietzins und Ersetzung dieser Elemente durch einen neuen, marktüblichen Mietzins eine marktübliche Rendite auf dem Mietobjekt erzielen kann.

Diese Argumentation verfängt insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Baurechtsvertrag eine Indexierung enthält, indessen nicht. Der Baurechtszins wurde gerade nicht in einer bestimmten, unveränderlichen Höhe vereinbart, sondern an den Zinsfuss der Zürcher Kantonalbank für erste Althypotheken auf gewerblichen Liegenschaften angebunden (Ziffer D.1.2 des Baurechtsvertrags). Daraus lässt sich schliessen, dass die Parteien sicherstellen wollten, dass sich der Baurechtszins im Zeitverlauf an den aktuellen Marktverhältnissen orientiert. Durch die vollständige Überwälzung des Baurechtszinses mittels Integration des Baurechtsvertrags in den Mietvertrag (vgl. Ziffer 5.2) wurde sodann vereinbart, dass die Beklagte eine allfällige Erhöhung des Baurechtszinses durch die Baurechtsgeberin an die Klägerin weitergeben könnte und sie dadurch keine Schmälerung ihrer Rendite erleiden würde. Die Beklagte führt nicht aus, inwiefern die vertragliche "Formel" vor diesem Hintergrund die Veränderungen des Marktumfelds nicht einfangen würde. Von der Beklagten nicht dargetan und nicht ersichtlich ist damit, weshalb der von ihr behauptete Vertragszweck nicht auch bereits erreicht würde, wenn allein der Netto-Mindestmietzins an die marktüblichen Verhältnisse angepasst wird.

6.2.11. Im Gegenteil führt die Beklagte in der Duplik selbst aus, sie habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Gewissheit haben wollen, dass sie nach spätestens 15 Jahren den *Netto-Mindestmietzins* durch Parteivereinbarung oder Beizug eines Schiedsgutachters an die Marktpreise anpassen könne (act. 34 N 11). Nach Ansicht der Klägerin habe die Beklagte dieses mit ihrem übereinstimmende Vertragsverständnis vor Einleitung des vorliegenden Verfahrens ebenfalls gehabt. Es

habe mithin nie dem Parteiwillen entsprochen, dass der Schiedsgutachter gestützt auf Ziffer 4 Absatz 2 auch in den Baurechtsvertrag eingreifen solle (act. 30 N 16 ff.). Die Klägerin beruft sich zum Beweis ihrer Behauptung in der Replik insbesondere auf das Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit der Ausübung ihres Anpassungsrechts gemäss Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags: So teilte die Beklagte der Klägerin nach deren Ausübung des Optionsrechts mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 (act. 14/24) mit, dass sie im Gegenzug von ihrem Recht gemäss Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags zur Anpassung des Mietzinses Gebrauch mache. Die Beklagte führte nach entsprechender Einleitung aus, dass der *"Nettomietzins für die oben genannte Liegenschaft"* aktuell CHF 4'851'339.96 betrage. Unter Bezugnahme auf "Artikel 4" des Mietvertrags betrachte sie *"ab dem 01.01.2018 einen Nettomietzins in Höhe von CHF 5'800'000.– als marktüblich im Sinne der vorgenannten Vertragsziffer"*. Aus dieser Formulierung ergibt sich in der Tat, dass die Beklagte ihr Anpassungsrecht gemäss Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags gleich wie die Klägerin lediglich auf den Netto-Mindestmietzins von rund CHF 4'851'340.– bezog, in welchem der Baurechtszins unbestrittenermassen nicht enthalten ist. Damit scheint – wie auch durch die Verwendung des Begriffs Netto-Mindestmietzins in der Duplik – klar, dass die Beklagte nicht einen Netto-Mietzins gemeint hat, welcher den Netto-Mindestmietzins und Baurechtszins umfasste und damit lediglich das Medien- und Nebenkostenkonto ausschloss. Auch das Antwortschreiben der Klägerin (act. 31/27), mit welchem sie der Beklagten ihre Ablehnung des Erhöhungsbegehrens anzeigte, bezog sich in der Folge lediglich auf den Netto-Mindestmietzins. Es blieb unbestritten, dass die Beklagte diesem Vertragsverständnis in der Folge – bis im vorliegenden Verfahren – nie widersprach (act. 30 N 23). Auch die anschliessend in Anwendung von Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags allein von der Beklagten eingeholte Offerte der K. _____ AG (act. 14/26) hält in Ziffer 1.2 Absatz 1 folgendes fest: *"K. _____ wurde angefragt, standort- und marktgerechte Marktmieten für die relevanten Nutzungen des C" _____-gebäudes zu schätzen, wobei der Mietzinsbestandteil «Baurechtszins» und der Mietzinsbestandteil «Umsatzmietzins», so wie sie aus dem aktuellen Mietvertrag hervorgehen, nicht Bestandteil der Einschätzung sind."* Diese Offerte sandte die Beklagte mit Schreiben vom 16. August 2017 zur Unterzeichnung an

die Klägerin weiter. Die Klägerin leitet aus der Formulierung der Offerte ab, dass die von der Beklagten angestrebte Mietzinsschätzung lediglich den Netto-Mindestmietzins zum Gegenstand haben sollte.

Die Beklagte äusserte sich in der Duplik überhaupt nicht zu diesem von der Klägerin in der Replik neu substantiiert dargelegten Widerspruch zwischen diesem vorprozessualen Verhalten der Beklagten und ihrem im vorliegenden Verfahren – mit Ausnahme von act. 34 N 11 – geltend gemachten Vertragsverständnis. Insbesondere bestritt die Beklagte hinsichtlich der genannten Offerte auch nicht, dass sie bei der K. _____ AG eine Schätzung des Netto-Mindestmietzinses habe in Auftrag geben wollen. Vielmehr beschränkte sie sich darauf, ihren bereits in der Klageantwort vertretenen Standpunkt zu wiederholen, ein abweichendes Vertragsverständnis zu behaupten und auszuführen, eine Marktmiete schliesse die Berücksichtigung des von der Beklagten gegenüber der Baurechtsgeberin geschuldeten Baurechtszinses aus (act. 34 N 13 ff.). Dies genügt den Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung bzw. einen eigenen substantiierten Vortrag nicht. Die Beklagte vermag das durch die genannten Dokumente gestützte Vorbringen der Klägerin, die Beklagte habe den Vertrag bis zur Anhängigmachung des vorliegenden Prozesses stets gleich verstanden und gehandhabt wie die Klägerin, entsprechend nicht zu entkräften. Somit ist erstellt, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Ausübung des Anpassungsrechts gemäss Ziffer 4 Absatz 2 des Mietvertrags wie die Klägerin allein den Netto-Mindestmietzins von dieser Vertragsklausel umfasst sah. Gründe, weshalb dieses von der Beklagten im Zeitpunkt der Ausübung ihres Anspruchs bekundete Vertragsverständnis nicht wie von der Klägerin behauptet auch dem tatsächlichen Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entsprochen haben sollte, sind sodann weder dargetan noch ersichtlich. Damit steht fest, dass sich das Anpassungsrecht der Beklagten gemäss Ziffer 4 Absätze 2 und 3 des Mietvertrags nach übereinstimmendem, subjektivem Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses lediglich auf den Netto-Mindestmietzins bezieht und den Baurechtszins nicht umfasst.

6.2.12. Der Vollständigkeit halber ist Folgendes zu ergänzen: Das Vorbringen der Beklagten (act. 9 N 17), die Klägerin habe in ihrer Klageantwort im Verfahren

HG170248-O (act. 10/4 N 16 und 56) den Standpunkt der Beklagten anerkannt, ist unzutreffend. Einerseits hat das Verfahren HG170248-O andere Prozessthemmen und insbesondere nicht den Anwendungsbereich von Ziffer 4 Absätze 2 und 3 des Mietvertrags zum Gegenstand, weshalb entsprechende Ausführungen in anderem Zusammenhang erfolgen. Andererseits beschlagen die zitierten Passagen das grundsätzliche Verständnis der Ziffer 4 Absatz 3 des Mietvertrags. Es lässt sich ihnen nicht entnehmen, dass nach Ansicht der Klägerin die Ziffer 5.2 des Mietvertrags ab dem 1. Januar 2018 keine Gültigkeit mehr hätte.

6.2.13. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Ziffer 4 Absätze 2 und 3 des Mietvertrags das Mietzinselement "Baurechtszins" nicht umfasst und einem allfälligen Senkungsanspruch der Klägerin hinsichtlich des genannten Mietzinsbestandteils nicht entgegengehalten werden kann.

6.3. Herabsetzungsanspruch der Klägerin

6.3.1. Die Klägerin behauptete in ihrer Klage, beim für die Festlegung des Mietzinselements "Baurechtszins" massgeblichen Referenzzinssatz handle es sich heute um den Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG (act. 1 N 58); dieser sei seit dem Jahr 2010 auf 1.5% gesunken (act. 1 N 45). Die Beklagte bestritt dies in der Klageantwort mit der Begründung, gemäss klarem Wortlaut der fraglichen Vertragsklausel werde für die Festlegung des Baurechtszinses auf den ZKB-Zinsfuss abgestellt, nicht auf den Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG. Dieser sei lediglich auf Mietzinserhöhungen, die mit dem Anstieg des Hypothekarzinssatzes begründet würden, anwendbar; eine solche liege nicht vor (act. 9 N 18). In der Replik stellte die Klägerin klar, dass der Referenzzinssatz "qua Auslegung bzw. Lückenfüllung" anwendbar sei, nicht weil es sich um eine Mietzinsanpassung infolge einer Veränderung des Referenzzinssatzes im Sinne von Art. 12a VMWG handle. Sie machte in der Folge geltend, der Vertragswille beider Parteien habe darin bestanden, die Höhe des Baurechtszinses an den jeweiligen mietrechtlich relevanten Hypothekar-Zinssatz im Kanton Zürich anzubinden. Seit 1938 sei dies der ZKB-Zinsfuss gewesen, welcher im September 2008 durch den neu eingeführten Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG abgelöst worden sei (act. 30 N 29 ff.). Da der ZKB-Zinsfuss in der Folge nicht mehr aktualisiert worden

sei, würde der Baurechtszins bei einer wortgetreuen Auslegung der Vertragsklausel heute entgegen dem Vertragswillen der Parteien künstlich auf 3% stehen bleiben und damit vom mietrechtlich relevanten Hypothekarzinsniveau entkoppelt. Wäre der Miet- bzw. Baurechtsvertrag erst nach Einführung des Referenzzinssatzes gemäss Art. 12a VMWG abgeschlossen worden, hätten sich die Parteien mit anderen Worten auf diesen abgestützt (act. 30 N 42 ff.). Diese Sachdarstellung bestritt die Beklagte in ihrer Duplik abgesehen von einer einleitenden, pauschalen Bestreitung (act. 34 N 4) nicht. Sie äusserte sich überhaupt nicht mehr zu diesem Thema. Mit einer pauschalen Bestreitung in den einleitenden Bemerkungen einer Rechtsschrift wird der Bestreitungslast nicht genüge getan (vgl. Erwägung 5.2.2 vorstehend), weshalb die klägerischen Ausführungen als unbestritten und damit anerkannt zu gelten haben.

6.3.2. Es ist somit erstellt, dass es der übereinstimmende subjektive Vertragswille der Vertragsparteien war, die Höhe des Baurechtszinses an das jeweilige mietrechtlich relevante Hypothekarzinsniveau anzubinden. Dies deckt sich im Übrigen auch mit dem Wortlaut von Ziffer 5.2 des Mietvertrags, gemäss welcher sich der Baurechtszins "*im heutigen Zeitpunkt (...)* nach dem Landwert von CHF 250.00/m² für 30'342 m² und dem Zinsfuss der Zürcher Kantonalbank für erste Althypotheiken auf gewerblichen Liegenschaften" errechne.

6.3.3. Unbeachtlich ist demnach auch das Argument der Beklagten, der Anwendungsbereich des Referenzzinssatzes gemäss Art. 12a VMWG beschränke sich auf Mietzinsanpassungen aufgrund von Änderungen des Hypothekarzinseszinses. Zutreffend ist, dass ein Baurechtszins selbstredend kein Mietzins ist und deshalb grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der VMWG fällt. Dies bedeutet aber nicht, dass in einer Anpassungsklausel auf den Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG ausserhalb des Anwendungsbereichs nicht durch vertragliche Abrede abgestellt werden könnte.

6.3.4. Wie die Klägerin zutreffend ausführt und von der Beklagten auch nicht bestritten wurde, stellt der Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG seit seiner Einführung den mietrechtlich relevanten Referenzzins für Hypotheken dar, welcher die Zinssätze für erste Hypotheken der jeweiligen Kantonalbanken ersetzt hat.

Ferner ist unbestritten und ausgewiesen (act. 31/30), dass der ZKB-Zinsfuss seit der Einführung des Referenzzinssatzes gemäss Art. 12a VMWG entsprechend nicht mehr aktualisiert wurde und trotz Veränderung der massgebenden Faktoren auf 3% stehen geblieben ist. Als statischer Wert taugt er deshalb offensichtlich nicht mehr als Referenzzins für eine Indexierungs- bzw. Anpassungsklausel, würde diese doch andernfalls ihres Zweckes beraubt. Die Anpassung des Baurechtszinses gemäss Ziffer 5.2 des Mietvertrags hat sich demnach heute nach dem Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG zu richten.

6.3.5. Dieser betrug im Jahr 2018 1.5%. Der Baurechtszins berechnet sich somit gemäss der vertraglichen Formel wie folgt: CHF 250.– x 30'358 m² x 1.5%. Dies ergibt einen geschuldeten Baurechtszins für das Jahr 2018 in der von der Klägerin geltend gemachten Höhe von CHF 113'842.50 exklusiv Mehrwertsteuer.

6.4. Rückerstattungsanspruch der Klägerin

6.4.1. Unbestritten blieb seitens der Beklagten, dass die Klägerin für das Jahr 2018 den doppelten Betrag zuzüglich Mehrwertsteuer und damit die geforderten CHF 122'608.37 zu viel bezahlt hat.

6.4.2. Fraglich ist einzig, ob sich der klägerische Rückerstattungsanspruch auf eine vertragliche Grundlage oder auf das Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR) stützt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung schliesst ein vertraglicher Anspruch einen Bereicherungsanspruch aus. Wird eine vertraglich geschuldete Leistung erbracht, so stellt der gültige Vertrag den Rechtsgrund dar, weshalb der Leistungsempfänger nicht ungerechtfertigt, d.h. rechtsgrundlos bereichert sein kann (BGE 137 III 243 ff. E. 4.4.1; BGE 133 III 356 ff. E. 3.2.1 m.H.). Es ist entsprechend stets zu prüfen, ob die zurückverlangte Leistung eine vertragliche Grundlage hatte und, falls dies zutrifft, ob sie auch aus Vertrag zurückgefordert werden kann (BGE 127 III 421 ff. E. 3). Wer ohne jeglichen Vorbehalt in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrages mehr leistet als das vertraglich Geschuldete, kann die Differenz nur auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zurückfordern (BGE 133 III 356 ff. E. 3.2.1).

Es ist fraglich, ob die von der Klägerin angeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche Rückforderungen aufgrund zu viel geleisteter Akontozahlungen vertraglichen Regeln unterstellt (grundlegend: BGE 126 III 119 ff. E. 3d), im vorliegenden Fall herangezogen werden kann. Als Akontozahlung wird nämlich gemeinhin eine vorläufige Zahlung bezeichnet, wobei der Umfang der definitiv geschuldeten Leistung noch zu ermitteln ist. Akontozahlungen werden insbesondere vereinbart, wenn Einigkeit über den Grundsatz der Zahlungspflicht und Ungewissheit über die Höhe des tatsächlich geschuldeten Betrags besteht, wobei eine allfällige Differenz nachzuzahlen beziehungsweise zurückzuerstatten ist (BGE 134 III 591 ff. E. 5.2.3). Vorliegend wurde jedoch keine eigentliche Abrechnungspflicht vereinbart, die Klägerin beglich vielmehr unter Vorbehalt der Rückforderung eine aus ihrer Sicht nicht (mehr) bestehende Forderung aus dem Mietvertrag allein zur Vermeidung einer Zahlungsverzugskündigung. In BGE 130 III 504 ff. E. 6 qualifizierte das Bundesgericht den Rückforderungsanspruch des Mieters infolge einer Mietzinsherabsetzung wegen Mängeln der Mietsache (Art. 259d OR) indessen als vertraglichen Anspruch. Der vorliegende Rückerstattungsanspruch der Klägerin ist eine direkte Folge des vertraglich geregelten Herabsetzungsanspruchs. Dies legt nahe, auf ihn ebenfalls die vertraglichen Regeln zur Anwendung zu bringen. Nachdem die Klägerin den Mietzins für das Jahr 2018 im nicht geschuldeten Umfang unter explizitem Vorbehalt geleistet hat und sich vorliegend die Frage der Verjährung nicht stellt, würde der Rückforderungsanspruch aber auch gestützt auf Bereicherungsrecht (Art. 62 i.V.m. Art. 63 Abs. 1 OR) bestehen (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Juli 1969, in ZR 69/1970 S. 248 ff., Nr. 97; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./REY HEINZ/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Band I und Band II: Allgemeiner Teil - ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2014, S. 387). Es kann deshalb letztlich offen bleiben, ob der Rückerstattungsanspruch der Klägerin vertraglicher oder bereicherungsrechtlicher Natur ist; er ist in beiden Fällen zu schützen.

6.4.3. Die Klägerin macht schliesslich Zins von 5% seit dem 30. Mai 2018 geltend. Die diesbezüglichen Ausführungen in der Klage (act. 1 N 72) sind unbestritten

geblieben. Die klägerische Zinsforderung ist demnach anerkannt und die Klage demnach vollumfänglich gutzuheissen.

7. Zusammenfassung

Gemäss tatsächlichem und übereinstimmendem Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist das Mietzinselement "Baurechtszins" von Ziffer 4 des Mietvertrags nicht erfasst. Das Recht der Beklagten, den Mietzins nach Ausübung des Optionsrechts durch die Klägerin an das marktübliche Niveau anzupassen, beschlägt mit anderen Worten lediglich den Netto-Mindestmietzins. Ziffer 4 des Mietvertrags, insbesondere dessen Absatz 3, kann einem Senkungsanspruch der Klägerin hinsichtlich des Mietzinselements "Baurechtszins" deshalb nicht entgegen gehalten werden. Die Auslegung von Ziffer 5.2 des Mietvertrags i.V.m. Ziffer D.I.2 des Baurechtsvertrags ergibt sodann, dass gemäss dem tatsächlichen Willen der Parteien nicht mehr der Zinsfuss der Zürcher Kantonalbank für erste Althypotheken auf gewerblichen Liegenschaften, sondern der Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMWG massgebend ist. Dieser betrug im Jahr 2018 1.5% und nicht mehr 3%. Die Klägerin hat deshalb einen entsprechenden Senkungs- und Rückforderungsanspruch im Umfang des geforderten Betrags von CHF 122'608.37 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 30. Mai 2018.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 122'608.37 (vgl. act. 1 N 14) und bestand der Aufwand des Gerichts in erster Linie in der Prozessleitung mit einem zweiten Schriftenwechsel, einer erfolglosen rund dreistündigen Vergleichsverhandlung, an welcher allerdings auch eine Einigung in zwei anderen, zwischen den Parteien hängigen Fällen gesucht wurde, und der Urteilsredaktion. Es stellten sich zudem weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht beson-

dere Schwierigkeiten. Unter Berücksichtigung des Verzichts der Parteien auf eine mündliche Hauptverhandlung und der Tatsache, dass keine Beweisabnahmen erfolgen mussten, ist es im Ergebnis angemessen, die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf die Grundgebühr, somit auf rund CHF 9'650.–, festzusetzen.

Nachdem die Beklagte vollständig unterliegt, sind ihr in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO die Gerichtskosten aufzuerlegen.

8.2. Parteientschädigungen

Auch die Parteientschädigung wird grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO), weshalb die Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Gebühr bemisst sich im Zivilprozess nach dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse, der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des Anwalts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Die ordentliche Parteientschädigung beträgt vorliegend CHF 12'257.– (§ 4 AnwGebV). Anstatt der durch die Grundgebühr abgedeckten (§ 11 Abs. 1 AnwGebV) Hauptverhandlung, auf welche die Parteien vorliegend verzichteten, fand eine zuschlagsberechtigte (§ 11 Abs. 2 AnwGebV) Vergleichsverhandlung statt, an welcher allerdings auch eine Einigung in zwei anderen, zwischen den Parteien hängigen Fällen gesucht wurde. Nach deren Scheitern war eine zweite Rechtsschrift zu verfassen, welche gleichfalls zu einem Zuschlag berechtigt (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Der vorliegende Fall bereitete aber weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten. Im Ergebnis erweist sich deshalb ein Zuschlag von insgesamt rund 30% auf die ordentliche Parteientschädigung, somit total eine Anwaltsgebühr von CHF 15'900.–, als angemessen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 122'608.37, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 30. Mai 2018, zu bezahlen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 9'650.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 15'900.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 122'608.37.

Zürich, 2. April 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dario König