

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160031-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: RB160014-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

Urteil vom 25. Januar 2017

in Sachen

A. _____,

Klägerin, Berufungsklägerin 1 und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

sowie

B. _____ AG,

Nebenintervenientin, Berufungsklägerin 2 und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Gemeindeverband C. _____ **D.** _____ [Ort],

Beklagter, Berufungsbeklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Dienstbarkeit**

Berufung und Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 29. April 2016 (CG130024-F)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 und Urk. 2 S. 2)

"Es sei festzustellen, dass die auf Grundbuchblatt 1, GB D._____, Selbständiges und dauerndes Baurecht zulasten Grundstück Grundbuch Blatt 2, Kat.-Nr. 3, gemäss SP 4, GB D._____, vorgemerkte Vereinbarung betreffend Heimfall, dat. 28.03.1994, Beleg 5, nur die im Vertragsplan Nr. 1 zur Vereinbarung vom 28. März 1994 zwischen dem Beklagten und E._____ (Klagebeilage 1) gelb bezeichnete Grundstücksfläche betrifft und für die übrigen Flächen des selbständigen und dauernden Baurechtes die gesetzlichen Bestimmungen zum Heimfall gemäss Art. 779c und 779d ZGB gelten; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."

Rechtsbegehren des Beklagten:

(Urk. 12 S. 2)

"Es sei die Klage abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers."

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, II. Abteilung, vom 29. April 2016:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 40'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden zu vier Fünfteln der Klägerin (Fr. 32'400.–) und zu einem Fünftel (Fr. 8'100.–) dem Beklagten auferlegt.

Die gesamten Kosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss von Fr. 41'000.– verrechnet. Der Klägerin wird gegenüber dem Beklagten ein Rückgriffsrecht in der Höhe von Fr. 8'100.– eingeräumt. Der zu viel bezahlte Kostenvorschuss ist der Klägerin zurückzuerstatten.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 30'700.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je als Gerichtsurkunde.

6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerinnen (Urk. 87 S. 2):

"Es sei in Gutheissung der Berufung Dispositivziffer 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei festzustellen, dass die auf Grundbuchblatt 1, GB D._____, Selbständiges und dauerndes Baurecht zulasten Grundstück Grundbuch Blatt 2, Kat.-Nr. 3, gemäss SP 4, GB D._____, vorgemerkte Vereinbarung betreffend Heimfall, dat. 28.03.1994, Beleg 5, nur die im Vertragsplan Nr. 1 zur Vereinbarung vom 28. März 1994 zwischen dem Beklagten und E._____ (Klagebeilage 1) gelb bezeichnete Grundstücksfläche betrifft und für die übrigen Flächen des selbständigen und dauernden Baurechtes die gesetzlichen Bestimmungen zum Heimfall gemäss Art. 779c und 779d ZGB gelten;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."

des Beklagten (Urk. 95 S. 2):

"Es sei die Berufung abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Der Beklagte erwarb am tt. Juli 1979 das Grundstück Grundbuchblatt 2 von der Gemeinde D._____ und schloss daraufhin mit der F._____ AG einen Vertrag betreffend das Baurecht SP 6 (Urk. 73, blaue Fläche). Am 10. September

1985 wurde das Baurecht SP 6 erweitert (Urk. 73, blaue und gelbe Fläche). Am 28. März 1994 übernahm E. _____ das bestehende Baurecht samt Rechten und Pflichten gemäss Grundbuchbeleg 1985 N. 7 (Urk. 13/6). Im Jahr 1994 wurde das bestehende Baurecht SP 6 verkleinert (Urk. 73, blaue Fläche). Die Heimfallregelung von 1979 wurde beibehalten. Gleichzeitig wurde ein neues, selbständiges und dauerndes Baurecht SP 4 mit der Heimfallregelung von 1994 begründet (Urk. 73, gelbe Fläche). Am 17. Oktober 2003 wurde das Baurecht SP 4 (Urk. 73, gelbe Fläche) von E. _____ an den vormaligen Kläger zum Preis von Fr. 1 Million übertragen, wobei die Heimfallbestimmungen 1994 gemäss lit. e/bb im Grundbuch vorgemerkt wurden (Urk. 13/9). Am 14. April 2005 schlossen der Beklagte und E. _____ schliesslich einen Vertrag betreffend Löschung des Baurechts SP 6 (Urk. 73, blaue Fläche) mit dem Vermerk, die Übertragung der Personaldienstbarkeit SP 6 auf den vormaligen Kläger sei bei der Anmeldung des Vertrags zwischen E. _____ und dem vormaligen Kläger im Jahr 2003 vergessen gegangen (Urk. 4/7). Am 14. April 2005 wurde ein Teil von altKat. Nr.8 und altKat. Nr. 9 zum Grundstück Kat. Nr. 3 vereint. Gleichzeitig wurde das selbständige und dauernde Baurecht SP 4 (Urk. 73, gelbe Fläche) auf das gesamte Grundstück Grundbuchblatt 3 (Urk. 73, rote Fläche) erweitert. Heute belastet das selbständige und dauernde Baurecht SP 4 als Grundbuchblatt 1 das ganze Grundstück Grundbuchblatt 3.

2. Mit Eingabe vom 18. November 2013 (Urk. 2) hatte der Kläger die vorliegende Klage anhängig gemacht. Der Kläger verstarb am tt. Januar 2015 (Urk. 38). Seine Alleinerbin, A. _____, trat daraufhin in den Prozess ein (Urk. 40). Mit Eingabe vom 11. Januar 2016 (Urk. 65) erklärte der klägerische Rechtsvertreter, Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, dass das Eigentum von A. _____ auf die B. _____ AG übertragen worden sei. Unter Beilage einer Vollmacht erklärte er zudem den Prozesseintritt der neuen Eigentümerin. Anlässlich der Hauptverhandlung präzisierte Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, Rechtsvertreter sowohl von A. _____ als auch von der B. _____ AG, dass weiterhin A. _____ Klägerin sei und die B. _____ AG als Nebenintervenientin in den Prozess eintrete (Prot. I S. 18).

Vorliegend wurde das Baurecht im Rahmen einer Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz auf die B._____ AG übertragen (Urk. 76/7). Bei einer Vermögensübertragung kann der Übernehmer dem Prozess als Nebenintervenient im Sinne von Art. 83 Abs. 1 ZPO beitreten (Berner Kommentar ZPO-Gross/Zuber, Band I, Bern 2012 [BK ZPO], N 29 zu Art. 83). Die B._____ AG wurde daher als Nebenintervenientin im Prozess zugelassen.

II.

1. Mit Urteil vom 29. April 2016 des Bezirksgerichts Horgen, II. Abteilung, wurde die Klage abgewiesen, unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsergebnisse (Urk. 88). Gegen dieses Urteil erhoben die Klägerin, Berufungsklägerin 1 und Beschwerdegegnerin sowie die Nebenintervenientin, Berufungsklägerin 2 und Beschwerdegegnerin (fortan Berufungsklägerinnen) mit Eingabe vom 8. Juni 2016, hier eingegangen am 9. Juni 2016, rechtzeitig Berufung und stellten den eingangs wiedergegebenen Antrag (Urk. 87). Ebenfalls mit rechtzeitiger Eingabe vom 8. Juni 2016, hier eingetroffen am 9. Juni 2016, erhob der Beklagte, Berufungsbeklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) gegen die Streitwertberechnung, die Höhe der Parteientschädigung und die Kostenverteilung Beschwerde. Es wurde beantragt, dass die Gerichtskosten vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen seien (Urk. 92/87). Nachdem die je mit Verfügung vom 16. Juni 2016 verlangten Kostenvorschüsse von Fr. 60'750.-- der Berufungsklägerinnen für das Berufungsverfahren (Urk. 89) bzw. Fr. 7'000.-- des Beklagten für das Beschwerdeverfahren (Urk. 92/91) rechtzeitig eingegangen waren (Urk. 91; Urk. 92/92), wurde den Parteien Frist für die Beantwortung der Berufungs- bzw. Beschwerdeschrift (Art. 312 Abs. 1, Art. 322 Abs.1 ZPO) angesetzt. Zudem wurde das Beschwerdeverfahren mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt (Urk. 93) und das Beschwerdeverfahren als dadurch erledigt abgeschrieben (Urk. 92/93). Die Berufungsantwort des Beklagten ging am 19. September 2016 rechtzeitig hierorts ein (Urk. 95). Die Beschwerdeantwort der Berufungsklägerinnen erfolgte ebenfalls rechtzeitig am 20. September 2016 (Urk. 96). Mit Verfügung vom 23. September 2016 wurde den Berufungsklägerinnen die Berufungsantwortschrift und dem Beklagten die Beschwerdeantwortschrift je zur Kenntnisnahme

zugestellt (Urk. 99). Mit Datum 6. Oktober 2016 erfolgte ohne Aufforderung durch das Gericht eine Stellungnahme des Beklagten zur Beschwerdeantwort der Berufungsklägerinnen, welche der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 100). Die Berufungsklägerinnen ersuchten in der Folge um Ansetzung einer Frist zwecks Stellungnahme zur Berufungsantwort des Beklagten (Urk. 104) wie auch zur Stellungnahme des Beklagten vom 6. Oktober 2016 (Urk. 105). Am 25. Oktober 2016 wurde den Berufungsklägerinnen Frist anberaumt, um sich zu diesen beiden Eingaben des Beklagten zu äussern (Urk. 106). Die entsprechende Stellungnahme ging am 16. November 2016 rechtzeitig hierorts ein (Urk. 108 und 109). Mit Verfügung vom 17. November 2016 wurde dem Beklagten eine Frist bis 15. Dezember 2016 anberaumt, um eine allfällige Vernehmlassung zu dieser Eingabe der Berufungsklägerinnen inkl. Beilage (Urk. 108 und 109) einzureichen (Urk. 110). Die entsprechende Stellungnahme des Beklagten datiert vom 12. Dezember 2016 (Urk. 111). Am 13. Dezember 2016 wurde den Parteien der Aktenabschluss mitgeteilt sowie der Übergang des Berufungsverfahrens in die Phase der Urteilsberatung (Urk. 112).

2. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Zürich 2016, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn

sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_211/2008 vom 3. Juli 2008, E. 2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11). Auf die Ausführungen der Parteien im Berufungsverfahren ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

III.

1.a) Am 28. März 1994 wurde zwischen dem Beklagten und E. _____ eine Änderung der Personaldienstbarkeit (Dienstbarkeitsberechtigter: E. _____) Servitutenprotokoll D. _____ Nr. 6 unter Begründung eines neuen, selbständigen und dauernden Baurechts vereinbart. Das bestehende (heute gelöschte) Baurecht SP 6 wurde verkleinert (Urk. 4/4, Urk. 73, = blaue Fläche). Die Heimfallregelung von 1979 wurde beibehalten (Urk. 4/4 S. 2). Gleichzeitig wurde ein neues, selbständiges und dauerndes Baurecht SP 4 mit der Heimfallregelung von 1994 begründet

(Urk. 4/9; Urk. 4/4 S. 4 ff.; Urk. 73, = gelbe Fläche). Die Heimfallregelung 1979 (Urk. 13/4 S. 4) besagte, dass bei Ablauf des Baurechtsvertrages die bestehenden Bauten entschädigungslos dem Grundeigentümer anheimfallen würden, sofern nicht deren ganzer oder teilweiser Abbruch zu Lasten der Baurechtnnehmerin verlangt würde. Die Vereinbarung wurde im Grundbuch vorgemerkt. Die Heimfallregelung 1994 (Urk. 4/4 S. 9) hält fest, dass bei Ablauf des Baurechtsvertrages ohne Verlängerung der Baurechtsdauer die bestehenden Bauten, sofern nicht deren ganzer oder teilweiser Abbruch zu Lasten des Bauberechtigten verlangt wird, entschädigungslos dem Baurechtsbelasteten heimfallen. Sowohl die Personaldienstbarkeit zugunsten von E._____ (SP 6) wie auch das selbständige und dauernde Baurecht SP 4 wiesen somit die inhaltlich identische Regelungen für den Heimfall auf, auch wenn der Wortlaut leicht differiert (vgl. auch Urk. 22 S. 13).

b) Am 17. Oktober 2003 erwarb der vormalige Kläger von E._____ die Garage. Dabei wurde das selbständige und dauernde Baurecht SP 4 (Urk. 73, gelbe Fläche) von E._____ an den vormaligen Kläger zum Preis von Fr. 1 Million übertragen, wobei die Heimfallbestimmungen 1994 (ehemals 1979) im Grundbuch vorgemerkt wurden (Urk. 13/9, S. 3 f.). Die Heimfallregelung lautete somit weiterhin dahingehend, dass bei Ablauf des Baurechtsvertrages ohne Verlängerung der Baurechtsdauer die bestehenden Bauten entschädigungslos dem Baurechtsbelasteten anheimfallen würden, sofern nicht deren ganzer oder teilweiser Abbruch zu Lasten des Bauberechtigten verlangt würde. Demnach wurden für das selbständige und dauernde Baurecht - wie bereits erwähnt - inhaltlich dieselben Heimfallbestimmungen vereinbart wie zuvor für die Personaldienstbarkeit SP 6 zugunsten von E._____.

c) Am 14. April 2005 schlossen der Beklagte und E._____ schliesslich einen Vertrag betreffend Löschung des Baurechts SP 6 (Urk. 13/14, Urk. 73, blaue Fläche) mit dem Vermerk, die Übertragung der Personaldienstbarkeit SP 6 (zugunsten von E._____) auf den vormaligen Kläger sei bei der Anmeldung des Vertrags zwischen E._____ und dem vormaligen Kläger im Jahr 2003 vergessen gegangen (Urk. 4/7 S. 1). Dieser Umstand wurde in diesem Sinne korrigiert und spielt somit vorliegend keine Rolle mehr (Urk. 2 S. 7). Ebenfalls am 14. April 2005 wurde ein

Teil von altKat. Nr. 10 und altKat. Nr. 11 zum Grundstück Kat. Nr. 3 vereint (Urk. 2 S. 7; Urk. 13/3; Urk. 73). Gleichzeitig wurde das selbständige und dauernde Baurecht SP 4 (Urk. 13/15, Urk. 73, gelbe Fläche) auf das gesamte Grundstück Grundbuchblatt 3 (Urk. 73, rote Fläche) erweitert (Urk. 4/5 = Urk. 13/15; Urk. 22 S. 36). Es beinhaltete damit auch das gelöschte Baurecht SP 6, welches als Personaldienstbarkeit zugunsten von E._____ bestanden hatte. Heute belastet das selbständige und dauernde Baurecht SP 4 als Grundbuchblatt 1 das ganze Grundstück Grundbuchblatt 3. Insoweit deckt sich die Sachverhaltsdarstellung der Parteien (Urk. 2 S. 4 ff.; Urk. 12 S. 9 ff.). Aus der Grundbuchanmeldung vom 14. April 2005 geht hervor, dass die Bestimmungen über den Heimfall anstelle von alt Kat.Nr. 11 neu bei Kat.Nr. 3 anzuführen seien. Es handelt sich dabei offensichtlich um dieselbe, vom Gesetz abweichende, Heimfallregelung wie bei den oben erwähnten Tatbeständen, und zwar die Heimfallregelungen 1979, 1985 und 1994, welche - wie erwähnt - inhaltlich identisch sind (Urk. 13/12 S. 3; vgl. auch Urk. 13/15 S. 4).

2.a) Der am 14. April 2005 abgeschlossene Vertrag zwischen dem vormaligen Kläger, dem Beklagten, vertreten durch G._____, sowie E._____ bzw. dessen Inhalt ist der zentrale Punkt im vorliegenden Rechtsstreit. Umstritten ist, ob die im Grundbuch vorgemerkten Heimfallbestimmungen der Vereinbarung vom 28. März 1994 für das damals neu begründete selbständige und dauernde Baurecht SP4, GB D._____, für die gesamte Fläche des heute baurechtsbelasteten Grundstücks Kat.Nr. 3, GB D._____, gelten oder nur für die im Vertragsplan Nr. 1 zur Vereinbarung vom 28. März 1994 gelb bezeichnete Grundstücksfläche (Urk. 2 S. 3). Der vormalige Kläger beabsichtigte, seine Garage zu erweitern und wollte zu diesem Zweck die Ausdehnung des Baurechts bis an die Grundstücksgrenzen und damit auf das gesamte Grundstück Kat.Nr. 3. Umstritten ist, ob die im Grundbuch vorgemerkten Heimfallbestimmungen gemäss Vereinbarung vom 28. März 1994 für das erweiterte Baurecht und somit für die gesamte Fläche von Kat.Nr. 3 gelten oder nur für die in Urk. 73 gelb markierte ursprüngliche Fläche des dauernden und selbständigen Baurechts SP 4. Für die erweiterte Fläche würde in diesem Fall die gesetzliche Heimfallbestimmung nach Art. 779d Abs. 1 ZGB zur Anwendung kommen.

Der vormalige Kläger vertrat die Ansicht, dass die Heimfallbestimmungen der Vereinbarung vom 28. März 1994 mit der Vereinbarung vom 14. April 2005 nicht geändert wurden und demzufolge weiterhin nur für die ursprüngliche Fläche gelten würden. Eine (automatische) Ausdehnung auf die erweiterte Baurechtsfläche sei nicht erfolgt. Es sei weder von einer Ausdehnung der für die gelbe Fläche gemäss Vereinbarung vom 28. März 1994 festgelegten Heimfallbestimmungen auf die ganze Fläche des Grundstückes Kat.Nr. 3 die Rede, noch würden die Heimfallbestimmungen gemäss Vereinbarung vom 28. März 1994 überhaupt erwähnt. In den Bestimmungen über die Vertragsverlängerung werde mithin lediglich in allgemeiner Weise festgehalten, dass bei Beendigung des Baurechtsvertrages die Heimfallbestimmungen zur Anwendung kämen. Welche Heimfallbestimmungen konkret zur Anwendung gelangten, werde nicht ausgeführt, geschweige denn neu festgelegt. Bei einer Vergrösserung der Baurechtsfläche dehnten sich vereinbarte Heimfallbestimmungen keineswegs automatisch auf die grössere Baurechtsfläche aus; vielmehr müsse eine allfällige Änderung der Heimfallbestimmungen, insbesondere eine Veränderung ihres Geltungsbereiches, ausdrücklich vereinbart werden, was aber vorliegend nicht geschehen sei (Urk. 73, gelbe Fläche; Urk. 2 S. 6, 8, 10 f., Urk. 22 S. 7 ff.). Eine Ausdehnung der gesondert vereinbarten Heimfallbestimmungen für die Dienstbarkeit SP 4 auf die nicht gelb bezeichneten Flächen sei nicht Gegenstand der Parteivereinbarung vom 14. April 2005 gewesen. Andernfalls wäre eine Änderung und Erweiterung zusätzlich vorgemerkt worden (Urk. 2 S. 9; Urk. 22 S. 22 f., S. 34 ff.). Heimfallbestimmungen seien nicht Inhalt der Baurechtsdienstbarkeit, sondern Gegenstand persönlicher, aufgrund von Art. 779 Abs. 2 ZGB vormerkbarer Rechte und Pflichten (Art. 959 ZGB). Letztendlich habe der Beklagte auf die Aufnahme von Heimfallbestimmungen im Vertrag vom 14. April 2005 (Urk. 4/5 = 13/15) verzichtet, weil der vormalige Kläger keine Heimfallbestimmungen für die erweiterte Fläche des selbständigen und dauernden Baurechts gewollt habe und weil die Beteiligten davon ausgegangen seien, dass im Jahre 2016 ohnehin ein Verkauf des baurechtsbelasteten Grundstückes erfolgen werde. Die klägerische Partei macht somit einen gegenseitigen übereinstimmenden Parteiwillen geltend, welcher die Ausdehnung der Heimfallbestimmungen für die Dienstbarkeit SP 4 auf die rot bezeichne-

te Fläche nicht beinhaltet habe (Urk. 22 S. 17 ff., S. 27, 41). Es seien die gesetzlichen Heimfallbestimmungen vereinbart worden (Urk. 22 S. 24 f., 40). Die Vereinbarung vom 14. April 2005 enthalte keine (abweichende) Heimfallregelung (Urk. 22 S. 34).

Der Beklagte hingegen vertritt den Standpunkt, dass die Ausdehnung der Heimfallbestimmungen mit der Ausdehnung des Baurechtsvertrages im Jahr 2005 vereinbart worden sei und nur die Fläche, der Zins und die Dauer des Baurechts geändert worden seien (Urk. 12 S. 12 ff.). Der Beklagte machte geltend, dass seit 1979 für die Baurechte, welche er im Zusammenhang mit diesen Grundstücken vereinbart habe, stets die praktisch identischen Heimfallregelungen zur Anwendung gelangt seien, nämlich der ganze oder teilweise Abbruch der bestehenden Gebäude zulasten der Baurechtsnehmerin oder der entschädigungslose Heimfall an den Grundeigentümer (Urk. 12 S. 8). Der Beklagte habe dem vormaligen Kläger immer gesagt, dass der Zweckverband einen Heimfall nicht entschädigen werde, was der vormalige Kläger schliesslich akzeptiert habe (Urk. 12 S. 13). An der entsprechenden Heimfallregelung sei auch im Zusammenhang mit den Verträgen 2005 nichts geändert worden (Urk. 12 S. 15). Es seien nur die Grösse der Baufläche, der Baurechtszins sowie die Baurechtsdauer geändert worden (Urk. 12 S. 16). Die Parteien seien im Jahre 2005 anlässlich der Erweiterung des ursprünglichen Baurechts übereinstimmend davon ausgegangen, dass die Bestimmungen des Baurechtsvertrages aus dem Jahre 1994 (Urk. 4/6; Urk. 13/15) selbstverständlich auch im erweiterten Bereich vollumfänglich Anwendung finden sollten (Urk. 12 S. 16/17). Es gebe kein einheitliches Baurecht, für welches in verschiedenen Grundstücksbereichen verschiedene Regeln gelten würden. Es sei schlicht undenkbar, dass in einem Teilbereich dieses einheitlichen Baurechts unterschiedliche Regelungen bezüglich Heimfall gelten sollten. Die Bestimmungen über den Heimfall seien auf die gesamte Grundstücksfläche ausgedehnt worden (Urk. 32 S. 6, 36). Mit der Vereinbarung vom 14. April 2005 hätten die Parteien das bestehende und selbständige Baurecht SP 4 mit allen Rechten und Pflichten unverändert auf die gesamte Fläche des Grundstückes Kat.Nr. 3 ausgedehnt. Damit sollten insbesondere auch die Vereinbarungen über den Heimfall für sämtliche 2005 geplanten Erweiterungsbauten Gültigkeit haben. Das gesamte einheit-

liche Baurecht sei von gesamten einheitlichen Bestimmungen geprägt (Urk. 32 S. 7). 2005 seien einzig und allein die Baurechtsfläche, der Baurechtszins sowie die Baurechtsdauer geändert worden (Urk. 32 S. 8). Es sei bestritten, dass auf der im Vertragsplan ursprünglich gelb bezeichneten Fläche kein Neubau erstellt worden sei. Am 26. Februar 2004 sei eine zweite Erweiterungsetappe bewilligt worden und am 14. Juli 2005 eine dritte. Diese Neubauetappen seien ohne jede Rücksicht auf die alten Baurechte und die dort definierten Grenzen erstellt worden. Die dritte Etappe rage um 5 bis 8 m in die ursprüngliche Baurechtsfläche hinein (Urk. 32 S. 8). Das selbständige und dauernde Baurecht sei nicht auf "wundersame" Weise, sondern durch Vereinbarung zwischen den Parteien auf die gesamte neue Parzellenfläche Kat.Nr. 3 ausgedehnt worden. Der vormalige Kläger sei Partei dieser Vereinbarung gewesen (Urk. 32 S. 35). Die Bestimmungen gemäss selbständigem und dauerndem Baurecht von 1994 seien anwendbar, heute sei einzig noch die Vormerkung betreffend Heimfall vom 28. März 1994 im Grundbuch eingetragen (Urk. 32 S. 42 f.).

b) Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass sich aus der subjektivierten Vertragsauslegung klar der übereinstimmende Parteiwille zur Erweiterung des Baurechts mit Übernahme der vertraglichen Heimfallregelung ergebe. Sowohl die Auslegung nach dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte inkl. Vertragsverhandlungen, dem Nachvertragsverhalten und dem Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zeige den Willen zur Übernahme der vertraglichen Heimfallregelung. Die Auslegung nach Sinn und Zweck der Vereinbarung ergebe keinen übereinstimmenden Parteiwillen. Da die Auslegung anhand der Vielzahl der übrigen Indizien jedoch zu einem eindeutigen Ergebnis führe, sei festzustellen, dass die Parteien die Übernahme der vertraglichen Heimfallregelung für das gesamte neue Baurechtsgrundstück vereinbart hätten (Urk. 88 S. 24).

3.a) Die Berufungsklägerinnen rügten, dass die Vorinstanz den Sachverhalt einerseits unzutreffend festgehalten habe und er andererseits zu ergänzen sei. Die Berufungsklägerinnen beschränkten sich vorab darauf, auf den ersten Seiten ihrer Berufungsbegründung eine neuerliche Darstellung des Sachverhalts vorzubringen (Urk. 87 S. 4 - 9), ohne im Wesentlichen Bezug auf die vorinstanzlichen

Ausführungen zu nehmen und darzulegen, inwiefern die Vorinstanz den Sachverhalt unzutreffend festgehalten habe, was insoweit als ungenügende Auseinandersetzung mit der Begründung im vorinstanzlichen Entscheid zu erachten ist. Nicht entscheidrelevant ist der Einwand, in der Vereinbarung des Beklagten mit der F._____ AG vom 10. September 1985 sei die Dienstbarkeitsfläche um 15 m² erweitert worden, was die Vorinstanz übersehen habe (Urk. 87 S. 4). Ebenso wenig legen die Berufungsklägerinnen dar, was sie aus ihrem Einwand ableiten, die Heimfallbestimmungen zum Baurechtsgrundstück SP 4 (Grundbuchblatt 1) gemäss Vertrag vom 15. Oktober 2003 seien bereits im Jahre 1994 im Grundbuch vorgemerkt worden (Urk. 87 S. 6; vgl. Urk. 13/9 S. 4). Unbestritten ist schliesslich, dass die Heimfallbestimmungen der Vereinbarung vom 28. März 1994 mit der Parteivereinbarung vom 14. April 2005 nicht abgeändert wurden (Urk. 87 S. 7). Ausserdem kritisierten die Berufungsklägerinnen die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung als unzutreffend und teilweise willkürlich (Urk. 87 S. 11 ff.). Wie im nachfolgenden zu zeigen sein wird, ist diese Kritik unbegründet.

b) Bezüglich der anwendbaren Grundsätze für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz unter Zitierung von Art. 738 ZGB und BGE 130 III 554 verwiesen werden (Urk. 88 S. 11). Was Inhalt und Wortlaut des Grundbucheintrages anbelangt, ist dort folgendes vorgemerkt: "Vereinbarung betr. Heimfall. Dat. 23.03.1994, Bel. 5" (Urk. 4/3; Urk. 13/16). In dieser Vereinbarung vom 28. März 1994 ist der entschädigungslose Heimfall bezüglich des selbständigen und dauernden Baurechts SP 4 (Urk. 73, gelbe Fläche) geregelt (Urk. 4/6 S. 9). Für die Personaldienstbarkeit SP 6 (Urk. 73, blaue Fläche) wurde die (inhaltlich, aber nicht wörtlich mit der Heimfallregelung 1994 identische) Heimfallregelung von 1979 beibehalten (Urk. 4/6 S. 2). Dieser Beleg 5 wurde im Jahre 2005 nicht geändert, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt (Urk. 88 S. 12). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, deutet der Grundbucheintrag auf die vertragliche Anwendbarkeit der Heimfallbestimmungen für die gesamte Baurechtsfläche hin, da er unverändert übernommen wurde. Der Geltungsbereich ist aber nicht eindeutig (Urk. 88 S. 12). Die Berufungsklägerinnen hielten im Berufungsverfahren weiterhin daran fest, dass sie nur für die in

Urk. 73 gelb markierte Fläche weiterhin Geltung hätten. Der Inhalt der Vereinbarung werde durch die Vormerkung im Grundbuch nicht verändert (Urk. 87 S. 9).

Im Weiteren ist daher zu prüfen, ob sich aus dem Baurechtsvertrag ein übereinstimmender Parteiwille ergibt. Vorab ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzuhalten, dass es sich vorliegend nicht um die Neuauflage eines Baurechtsvertrages zwischen den Parteien bzw. zwischen dem Beklagten und dem Rechtsnachfolger von E._____, dem vormaligen Kläger, handelt, sondern um die (teilweise) Änderung eines bereits bestehenden Vertrages, indem der Baurechtsvertrag vom 28. März 1994 (Urk. 4/4; Urk. 4/6; Urk. 13/7) betreffend das Baurecht SP 4 in einigen Punkten abgeändert wurde. Das bestehende Baurecht wurde nur flächenmässig ausgedehnt. Es wurde kein neues Baurecht begründet. Dies ergibt sich bereits aus der Überschrift des Vertrages, welcher lautet: "Vertrag über die Änderung des Baurechts SP 4 (Vergrösserung der Baurechtsfläche, Verlängerung der Dauer des Baurechts sowie Änderung des Baurechtszinses)" (Urk. 4/5). Unter Ziffer II. des Vertrages wird noch ausdrücklich festgestellt, dass die Vertragsparteien vereinbaren wollten, das Baurecht SP 4 auf der Liegenschaft Grundbuchblatt 2, Kat.Nr. 3 (nur) in Bezug auf Dauer, Fläche und Baurechtszins zu ändern (Urk. 4/5). Aufgrund dieses Wortlautes muss e contrario geschlossen werden, dass alle übrigen Punkte gemäss dem Willen der Parteien unverändert weiterhin Geltung haben sollten, also auch in Bezug auf die vergrösserte Fläche. Offensichtlich war der Grund für die Vertragsänderung die Erweiterung des Baurechts auf die gesamte Fläche des Grundstücks Kat.Nr. 3, was nur teilweise Neuerungen nach sich zog, so v.a. in Bezug auf die Neuberechnung des Baurechtszinses. Insofern ist der übrige Inhalt des Baurechtsvertrages 1994 als integrierender Bestandteil des neuen Baurechtsvertrages zu qualifizieren. Mithin war auch die Heimfallregelung klarerweise davon betroffen. Bestimmungen, die nicht weiterhin gelten sollten, hätten logischerweise ausdrücklich erwähnt bzw. aufgehoben oder abgeändert werden müssen. In diesem Sinne kann - entgegen der Auffassung der Berufungsklägerinnen (Urk. 87 S. 10 und 14) - nicht von einer Änderung der Heimfallregelung gesprochen werden, sondern einer Beibehaltung, welche generell für das zwischen den Parteien vereinbarte Baurecht, egal welcher Grösse, galt. Die entsprechenden Ausführungen der Berufungsklägerinnen sind nicht

stichhaltig. Es kann keine Rede davon sein, dass die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz willkürlich wären. Die Vorinstanz hat auch nicht behauptet, dass die Heimfallregelung von 1994 inhaltlich eine Änderung erfahren hätte (vgl. Urk. 88 S. 15). Im gesamten Kontext erscheint es die logische Folge, dass die Vereinbarung der Parteien, wonach die Heimfallbestimmungen zur Anwendung gelangten, sofern das Optionsrecht nicht ausgeübt werde, diejenigen von 1994 (für das Baurecht SP 4) meinte und nicht die gesetzlichen Heimfallbestimmungen. Diese kamen für die betreffenden Grundstücke noch nie zur Anwendung. Schon bei der inzwischen gelöschten Personaldienstbarkeit SP 6 war nicht die gesetzliche Regelung für den Heimfall vorgesehen worden, sondern - wie oben erwähnt - eine inhaltlich identische wie im Vertrag von 1994. Für die beiden vormaligen Baurechte (blaue und gelbe Fläche, Urk. 73) auf dem neu als Grundstück Kat.Nr. 3 bezeichneten Grundstück, welches erweitert worden war, bestanden bis anhin demnach offensichtlich immer abweichende Abmachungen von der gesetzlichen Regelung gemäss Art. 779 Abs. 1 ZGB (vgl. auch Urk. 88 S. 15 f.). Aufgrund des Wortlauts des Vertrages ist davon auszugehen, dass die Parteien übereinstimmend die Heimfallregelung von 1994 betreffend das Baurecht SP 4 vereinbart hatten. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerinnen (Urk.87 S. 19) handelt es sich bei dieser Auslegung des Vertrages keineswegs um eine Spekulation. Wie dargestellt, ist dieser Vertrag in engem Zusammenhang mit demjenigen von 1994 zu sehen. Es wurde kein neues Baurecht begründet, sondern ein bestehendes geändert, weshalb nicht von einer grundlegenden Neukonzeption des Vertrages ausgegangen werden kann.

c) Um den tatsächlichen übereinstimmenden Willen der Parteien bezüglich dieser Frage zu ermitteln, wurden von der Vorinstanz weiter auch drei Personen als Zeugen einvernommen, welche bei den entsprechenden Vertragsverhandlungen dabei waren bzw. direkt von einer Partei darüber informiert worden waren. Der Zeuge G._____ ist pensionierter Bauingenieur und ehemaliger Betriebsleiter der Beklagten. Der Zeuge gab zu Protokoll, dass anlässlich der Verhandlungen mit dem vormaligen Kläger stets die Laufzeit des Baurechts ein Hauptproblem gewesen sei. Bezüglich der Heimfallregelung sei beschlossen worden, dass der vormalige Kläger entweder die Abbruchkosten übernehmen müsse oder die Bau-

ten entschädigungslos heimfallen würden. Diese Bestimmung habe für das ganze Grundstück gegolten. Die Heimfallklausel sei vom alten Vertrag übernommen worden. Es sei dem vormaligen Kläger in Aussicht gestellt worden, dass man dann (gemeint offenbar bei Beendigung des Vertrages) schauen würde, ob sie eine Lösung finden könnten. Der Vertrag sei partnerschaftlich entwickelt worden. Die Frage, ob die alte Regelung betreffend Heimfall für das ganze Grundstück gelten sollte, bejahte der Zeuge ausdrücklich; es habe für das ganze Grundstück nur einen Vertrag gegeben. Die Bestimmungen des alten Baurechts seien auf das ganze Grundstück übertragen worden. Es sei eine Ergänzung des ursprünglichen Baurechtsvertrages gewesen. Man habe nicht noch einmal die Vertragsklausel wiederholen müssen. Auch dem vormaligen Kläger, H._____, sei dies klar gewesen. Die Heimfallregelung sei für ihn die härteste Klausel gewesen. Er habe das Risiko für sich abschätzen müssen (Urk. 77 S. 1 ff.).

Entgegen den Vorbringen der Berufungsklägerinnen (Urk. 87 S. 17) besteht kein Anlass, diese Aussagen nicht als Zeugenaussagen zu qualifizieren, steht doch der Zeuge schon lange nicht mehr in den Diensten des Beklagten. Ein eigenes Interesse des Zeugen ist nicht evident. Es besteht kein Anlass, an der Glaubwürdigkeit des Zeugen und an der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen zu zweifeln. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte für ein wahrheitswidriges oder parteiorientiertes Aussageverhalten. Die Aussagen erscheinen klar, widerspruchsfrei und logisch, weshalb ohne Weiteres auf sie abgestellt werden kann. Ebenso verhält es sich mit den Aussagen des Zeugen I._____, eines ehemaligen Gemeinderats und ehemaligen Präsidenten der Beklagten. Der Zeuge erklärte, dass gemäss seiner Erinnerung die Heimfallregelung für das ganze Grundstück gegolten habe, ansonsten es keinen Sinn gemacht hätte. Der vormalige Kläger habe sich gegen das Heimfallrecht gewehrt. Sie hätten sich diesbezüglich aber die Wahlfreiheit offen halten müssen (Urk. 78 S. 1 ff.). Der Zeuge J._____, Bruder des vormaligen Klägers, gab zu Protokoll, dass damals klar gewesen sei, dass sein Bruder nach Ablauf der Baurechtssituation das Gebäude hätte abreißen oder andernfalls eine Regelung mit der Stadt hätte finden müssen. Der Beklagte habe verlangt, dass die Bauten nach Ablauf des Baurechts abgebrochen werden müssten. Die Endfassung des Vertrages habe er allerdings nicht gesehen (Urk. 79 S. 1

ff.). Auch diese Zeugenaussage weist in dieselbe Richtung wie die beiden anderen und bestätigt die Kernaussage betreffend der Heimfallregelung. Es ist somit anzunehmen, dass die Parteien tatsächlich übereinstimmend davon ausgingen, dass der vormalige Kläger nach Ablauf der vereinbarten Frist die Gebäude hätte auf seine Kosten abbrechen müssen oder diese entschädigungslos an den Beklagten heimgefallen wären. Auch wenn der vormalige Kläger diese Bedingung nur widerwillig akzeptierte, ist aufgrund der Zeugenaussagen von einem Akzept und damit entsprechenden übereinstimmenden Willensäußerungen auch bezüglich dieses Vertragspunktes auszugehen. Aufgrund der Zeugenaussagen ist anzunehmen, dass ansonsten kein Vertrag zustande gekommen wäre. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, sind durch diese eindeutigen Zeugenaussagen die Behauptungen der Berufungsklägerinnen, wonach die Heimfallregelung nur an den Betriebskommissionssitzungen thematisiert und nicht mit dem vormaligen Kläger besprochen wurden, widerlegt (Urk. 88 S. 20).

Die von den Berufungsklägerinnen erhobenen Vorbehalte gegen die Würdigung dieser Zeugenaussagen durch die Vorinstanz sind nicht stichhaltig (Urk. 87 S. 17 ff.; Urk. 108 S. 6 ff.). Sie beruhen weitgehend auf einer einseitigen Interpretation dieser Aussagen. Die Behauptung, dass G._____ einem Irrtum unterlegen sei (Urk. 87 S. 17), ist reine Spekulation und entbehrt jeglicher Grundlage. Ein solcher wurde vom Beklagten denn auch bestritten (Urk. 95 S. 19). Diese Vorbringen vermögen das klare Beweisergebnis nicht in Frage zu stellen. Der Beweis für das Vorliegen einer entsprechenden wirklichen Willensübereinstimmung ist klar erbracht. Steht - wie vorliegend - eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für die Auslegung nach Vertrauensprinzip grundsätzlich kein Raum mehr (BGE 128 III 70; BGE 130 III 554).

d) Auch eine objektivierte Vertragsauslegung führt im Übrigen jedoch zu keinem anderen Ergebnis. Was das Auslegungsmittel der Entstehungsgeschichte und der Vertragsverhandlungen anbelangt, kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 88 S. 18 ff.). Aufgrund der Protokolle der Betriebskommission K._____ ist - entgegen den Vorbehalten der Berufungsklägerinnen (Urk. 108 S. 5) - klar belegt, dass der Beklagte letztlich eindeutig wollte, dass

der Heimfall so zu regeln sei, dass ein Abbruch entschädigungslos verlangt werden könne. Nur unter dieser Bedingung stimmte er einer Erweiterung des Baurechts zu (Urk. 33/6 S. 476; Urk. 33/7 S. 483; Urk. 33/8 S. 3). Wie oben erwähnt, bestätigten dies auch die beiden Zeugen G._____ und I._____. Auch die weiteren Umstände weisen nicht darauf hin, dass die Parteien damals die gesetzliche Heimfallregelung für die Erweiterung des Baurechts vereinbarten. Der vom vormaligen Kläger erstellte Neubau, welcher unbestrittenermassen auf die Grundstücksfläche, welche das ursprüngliche Baurecht mit der Heimfallregelung 1994 umfasste, hineinragt, deutet nämlich - wie die Vorinstanz zu Recht erwog (Urk. 88 S. 21 f.) - daraufhin, dass der vormalige Kläger keinen Unterschied bezüglich Heimfallregelung für die beiden Grundstücksflächen machte. Ansonsten hätte er beim Heimfall einen Teil des Gebäudes abbrechen müssen. Es kann hiezu auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 88 S. 22). Die dagegen erhobenen Vorbringen der Berufungsklägerinnen sind unzutreffend (Urk. 87 S. 21). Es erscheint grundsätzlich wenig einleuchtend, dass ein Berechtigter ein Baurecht für eine Grundstücksfläche mit verschiedenen Heimfallregelungen anstrebt, da er diesfalls in der Ausgestaltung seiner Bautätigkeit stark eingeschränkt ist, wenn er das ganze Grundstück nutzen und keinen (Teil)Abbruch riskieren will. Auch dieser Umstand spricht dafür, dass die Parteien für das gesamte Grundstück eine einheitliche Regelung vereinbarten.

Auch der Einwand, dass der vormalige Kläger nicht Fr. 12 Mio. in einen Neubau investiert hätte, wenn er hätte davon ausgehen müssen, die Bauten nach 30 Jahren entschädigungslos abbrechen zu müssen (Urk. 22 S. 29), ist nicht zwingend. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 88 S. 23), spricht die hohe Investitionssumme aufgrund der Amortisationsdauer gemäss Option von maximal 50 Jahren (Urk. 33/8) nicht per se gegen die vertragliche Heimfallregelung. Der vormalige Kläger konnte mindestens darauf hoffen, dass auch bei einer Dauer von nur 30 Jahren sich im Lauf der Zeit allenfalls Änderungen zu seinen Gunsten ergeben würden, möglicherweise auch ein Kauf doch noch zum Thema würde. In diesem Sinne äusserte sich sein Bruder J._____ denn auch als Zeuge (Urk. 79 S. 3). Ebenso spricht das Verhältnis Leistung - Gegenleistung für eine vertraglich vereinbarte und gegen die gesetzliche Heimfallregelung. Der vertrag-

lich festgelegte Baurechtszins von Fr. 38'988.-- pro Jahr wäre als viel zu tief zu erachten, wenn der Beklagte bei einem gesetzlichen Heimfall ein Vielfaches der Zinseinnahmen als Entschädigung bezahlen müsste. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 88 S. 23). Auch wenn die Auslegung nach Sinn und Zweck der Vereinbarung nicht eindeutig für die eine oder andere Variante sprechen sollte (Urk. 88 S. 17 f.), ergibt sich insgesamt auch aus einer objektivierten Vertragsauslegung eindeutig ein übereinstimmender Parteiwille zugunsten der vertraglich vereinbarten Heimfallregelung 1994. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Beklagte je beabsichtigte, eine Garage zu kaufen bzw. zu übernehmen. Der Beklagte ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, welcher als Verbandszweck eine ...-Anlage betreibt.

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist die Klage daher abzuweisen.

IV.

1.a) Gegen die Festsetzung des Streitwertes, die Höhe der Parteientschädigung sowie die Verteilung der vorinstanzlichen Prozesskosten hatte der Beklagte Beschwerde erhoben, welche - wie erwähnt - mit dem vorliegenden Prozess vereinigt worden war. Der vormalige Kläger hatte den Streitwert mit Fr. 600'000.-- beziffert, entsprechend den von ihm geschätzten Abbruchkosten der bestehenden Bauten und Anlagen (Urk. 2 S. 3). Nach Darstellung des Beklagten beläuft sich der Streitwert gemäss dem Restwert der Bauten im Jahre 2035 und beträgt deshalb zwischen Fr. 6 bis 8 Mio. (Urk. 12 S. 3). Die Vorinstanz ging davon aus, dass sich die Entschädigung nach dem Verkehrswert der heimfallenden Bauten richte. Entgegen der Meinung der Berufungsklägerinnen seien deshalb nicht die Abbruchkosten von Fr. 600'000.--, sondern der Restwert der Bauten und Anlagen im Zeitpunkt des Heimfalls relevant. Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 4 Mio. aus. Sie erwog, dass der vormalige Kläger Investitionen von Fr. 12 Mio. getätigt habe. Gemäss Baurechtsvertrag vom 14. April 2005 habe die Berufungsklägerin, A._____, die Option, das Baurecht maximal viermal um je fünf Jahre zu verlängern. Einer Optionsausübung könne der Beklagte nur entgegenhalten, dass

die baurechtsbelastete Fläche für eigene Erweiterungsbauten benötigt werde. Aufgrund der Interessenlage der Klägerin sei davon auszugehen, dass sie die Optionen nutzen werde, weshalb ein Heimfall voraussichtlich erst im Jahre 2055 stattfinden werde. Naturgemäss sei es schwierig abzuschätzen, welchen Wert die Bauten zu diesem Zeitpunkt haben würden. Ausgehend von Investitionen in der Höhe von Fr. 12 Mio. und Abschreibungen in der Höhe von jährlich 1.33% ab 2005 ergebe dies einen Restwert in der Höhe von Fr. 4 Mio. (Urk. 88 S. 25).

Der Beklagte machte geltend, dass die Vorinstanz den Streitwert in ihrer Verfügung vom 30. September 2015 (Urk. 30) mit Fr. 6 Mio. beziffert und den Kostenvorschuss entsprechend erhöht habe. In der Folge seien keine weiteren Ausführungen mehr zur Streitwertberechnung gemacht worden. Die Berufungsklägerin 1 habe einzig die Höhe der ursprünglich getätigten Investitionen im Umfang von Fr. 12 Mio. bestätigt (Urk. 92/87 S. 6). Im Urteil habe die Vorinstanz nun völlig überraschend und ohne entsprechende Anträge oder Behauptungen der Parteien den Streitwert von sich aus auf Fr. 4 Mio. festgesetzt. Das Gericht sei in freier Erfindung irgendwelcher Konstellationen und möglicher Entwicklungen davon ausgegangen, das Baurecht werde mit Sicherheit über das Datum 2035 hinaus bis 2055 verlängert, was dazu führe, dass der Restwert der Garage dann nur noch Fr. 4 Mio. betrage. Dies sei jedoch von keiner Partei jemals behauptet worden (Urk. 92/87 S. 7).

Die Berufungsklägerinnen stellten sich auf den Standpunkt, dass der Streitwert vom Gericht festzusetzen und diese Festsetzung korrekt erfolgt sei. Sie erklärten, dass der vormalige Kläger dem Beklagten mit Schreiben vom 22. Juni 2013 mitgeteilt habe, dass er von den Optionsrechten gemäss Baurechtsvertrag vom 14. April 2005 Gebrauch mache und das Baurecht um viermal fünf Jahre verlängere, d.h. insgesamt um 20 Jahre bis zum 1. April 2055 (Urk. 96 S. 7 f.).

b) In der Verfügung vom 30. September 2015 (Urk. 56) führte die Vorinstanz aus, dass - nachdem der Sachverhalt von den Parteien umfassend dargelegt worden sei - eine Überprüfung der Streitwertberechnung vorzunehmen sei. Sie kam darin zum Schluss, dass gemäss Art. 779d Abs. 1 ZGB die Entschädigung dem objektiven Mehrwert, den das Grundstück dadurch erhalte, dass es nun auch

das Eigentum am Bauwerk umfasse, entspreche. Die Entschädigung richte sich somit nach dem Verkehrswert der heimfallenden Bauten. Der Streitwert belaufe sich demnach auf den Restwert der Bauten und Anlagen im Jahre 2035. Der vormalige Kläger sei bereits mit Verfügung vom 4. Juni 2014 aufgefordert worden, zur Streitwertberechnung des Beklagten Stellung zu nehmen und die Investitionen in den Bau der Garage und des Parkhauses darzulegen. Der vormalige Kläger sei dieser Aufforderung in der Replik nur insofern nachgekommen, als er an seiner Streitwertberechnung festgehalten habe (vgl. Urk. 22 S. 2). Zu den vom Beklagten behaupteten Investitionen und dem behaupteten Restwert im Jahr 2035 habe sich der vormalige Kläger nicht geäußert, insbesondere habe er diese nicht bestritten. Damit sei von einem Restwert (und damit Streitwert) von Fr. 6 Mio. im Jahr 2035 auszugehen. In der Folge wurden zur Streitwertberechnung oder zur Dauer des Baurechts bzw. der Geltendmachung der möglichen Optionen keinerlei weitere bzw. andere Vorbringen gemacht (Urk. 75 S. 3). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 20. Januar 2016 bestätigte der Rechtsvertreter der Berufungsklägerinnen die Investitionen in der Höhe von Fr. 12 Mio. (vgl. Urk. 88 S. 25).

Die Vorinstanz unterliess jegliche Begründung, weshalb sie von ihrer damaligen Auffassung, wonach der Streitwert Fr. 6 Mio. betrage, nun im Urteil abwich, obwohl sich keine neuen Erkenntnisse ergaben, und sie nun plötzlich davon ausgeht, dass die Berufungsklägerin A._____ ihr Optionsrecht ausüben werde. Es wurde vom vormaligen Kläger wie auch den Berufungsklägerinnen im erstinstanzlichen Verfahren nie geltend gemacht, dass dies der Fall sei. Im Beschwerdeverfahren machten die Berufungsklägerinnen dann allerdings geltend, dass der Beklagte zu Unrecht behaupte, dass das Baurecht über das Datum 2035 hinaus nicht bis zum Jahre 2055 verlängert werde. Mit Schreiben vom 22. Juni 2013 habe der damalige Baurechtsnehmer und vormalige Kläger dem Beklagten mitgeteilt, dass er von den Optionsrechten gemäss Baurechtsvertrag vom 14. April 2005 Gebrauch mache und das Baurecht um viermal fünf Jahre bis zum 1. April 2055 verlängere (Urk. 96 S. 7; Urk. 98/2). Diese Behauptung sowie das eingereichte Schreiben wurden erstmals im Beschwerdeverfahren vor- bzw. eingebracht. Es handelt sich damit um Noven. Da im Beschwerdeverfahren ein Novenverbot besteht (Art. 326 ZPO), kann diese Behauptung keine Berücksichtigung

mehr finden. In früheren Rechtsschriften wurde das Optionsrecht zwar thematisiert (Urk. 2 S. 10; Urk. 22 S. 24), aber nie geltend gemacht, dass es ausgeübt worden sei. Im Übrigen wurde vom Beklagten geltend gemacht, dass der vormalige Kläger in absolut vorzeitiger und missbräuchlicher Art und Weise mit Schreiben vom 22. Juni 2013 alle vier Optionen gleichzeitig ausgeübt habe. Der Rechtsvertreter des Beklagten führte aus, dass er mit Schreiben vom 8. Juli 2013 reagiert und das Vorgehen gerügt habe. Der vormalige Kläger sei darauf hingewiesen worden, dass das Vorgehen den Beklagten dazu zwingt, die Eigenbedarfserklärung abzugeben, um zu verhindern, dass der Kläger aus diesen voreiligen Optionsausübungen Rechte ableiten könne. Der Beklagte habe mit Schreiben vom 19. Juli 2013 Eigenbedarf per 1. April 2035 geltend gemacht und damit das Optionsrecht des vormaligen Klägers zerstört (Urk. 100 S. 6 f.). Auf diese Umstände ist nicht weiter einzugehen, da sie, wie erwähnt, verspätet geltend gemacht wurden.

Da die Ausübung des Optionsrechts von der Berufungsklägerin 1 nicht nur von ihrer Intention, sondern auch vom Willen des Beklagten abhängt, ist derzeit offen, ob dieses je ausgeübt werden kann. Es handelt sich dabei um eine ungewisse zukünftige Tatsache, auf welche nicht abgestellt werden kann. Es rechtfertigt sich daher, wie dies die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 30. September 2015 (Urk. 56) tat, den Streitwert gemäss richterlichem Ermessen (Art. 91 Abs. 2 ZPO) aufgrund des im Jahre 2035 voraussichtlich bestehenden Restwertes von Fr. 6 Mio. zu bemessen. Der Beklagte dringt somit in diesem Punkt mit seiner Beschwerde durch.

2.a) Gemäss § 4 Abs.1 AnwGebVO beträgt die ordentliche Grundgebühr bei einem Streitwert von Fr. 6 Mio. Fr. 76'400.--. Die Vorinstanz ging - damals unter Annahme eines Streitwertes von Fr. 4 Mio. - von einer ordentlichen Grundgebühr von Fr. 61'400.-- aus und reduzierte diese zufolge des nach ihrer Ansicht offenbar geringen Zeitaufwandes und der nicht besonders hohen Schwierigkeit des Falles um einen Drittel und gewährte darauf einen Zuschlag von einem Drittel, so dass eine Gesamtgebühr von Fr. 51'170.-- resultierte (Urk. 88 S. 26). Dies wurde vom Beklagten moniert. Er machte geltend, dass es sich vorliegend nicht um einen

einfachen Fall handle, sondern der Sachverhalt einigermaßen komplex und nicht auf den ersten Blick einfach erfassbar sei. Man werde den Verdacht nicht los, dass das Gericht irgendeine Argumentation gesucht habe, um die Entschädigung reduzieren zu können (Urk. 92/87 S. 9 f.). Die Berufungsklägerinnen widersprachen dieser Sichtweise. Sie hielten dafür, dass der massgebliche Sachverhalt einfach zu überblicken sei. Die Vorinstanz habe zudem festgehalten, dass die Reduktion aufgrund des Zeitaufwandes erfolge (Urk. 96).

b) Grundsätzlich richtet sich in einem vermögensrechtlichen Verfahren die Anwaltsentschädigung nach den im Streite liegenden finanziellen Interessen (vgl. § 4 Abs. 1 AnwGebVO). Diesen Entscheid hat der Gesetzgeber so getroffen, wohl auch in der Annahme, dass die Verantwortung eines Anwaltes bei grösseren Streitwerten entsprechend erhöht ist, weil die Parteien ein höheres finanzielles Risiko in Kauf nehmen müssen und daher besondere Sorgfalt für die Rechtsvertretung erforderlich ist. Nach § 4 Abs. 1 AnwGebVO beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr bei einem Streitwert von - nunmehr - Fr. 6 Mio. Fr. 76'400.--. Ist die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falles besonders hoch oder tief, kann die Gebühr bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden (§ 4 Abs. 2 AnwGebVO). Diese Bestimmung stellt jedoch eine Ausnahme vom Grundsatz der Berechnung nach dem Streitwert dar. Sie dient lediglich dazu, bei wirklich stossenden Ergebnissen eine Korrektur zu bewirken. Sie kann jedoch nicht dazu dienen, eine (subjektiv) als zu hoch empfundene Parteientschädigung zu reduzieren. Der grundsätzliche Entscheid des Gesetzgebers, wonach sich die Entschädigung anhand des Streitwerts bemisst, ist zu respektieren. Vorliegend handelt es sich weder um einen besonders einfachen noch um einen besonders schwierigen, sondern um einen in jeder Beziehung durchschnittlichen Fall mit entsprechender Verantwortung aufgrund des hohen Streitwertes. Auch der anhand der Akten ersichtliche Zeitaufwand ist nicht als besonders tief zu werten. Es erscheint daher nicht angemessen, die von der Anwaltsgebührenverordnung ordentlicherweise vorgesehene Entschädigung nach unten zu korrigieren. Demgemäss beträgt die Parteientschädigung beim massgeblichen Streitwert Fr. 76'400.--, inkl. eines Zuschlags von 25% (Fr. 19'100.--) für weitere Prozesshandlungen des Rechtsvertreters des Beklagten, wie beantragt (Urk. 87 S. 2) ins-

gesamt Fr. 95'500.-- für das erstinstanzliche Verfahren. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt.

3.a) Bezüglich der Verteilung der Prozesskosten ging die Vorinstanz davon aus, dass keine der Parteien vollumfänglich obsiegt habe, da der Beklagte mit seinem Antrag, wonach auf die Klage mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten sei, unterlegen sei. Dieser Antrag sei allerdings ohne weitere Abklärungen und mit bescheidenem Aufwand abgewiesen worden. Die Kosten seien daher zu vier Fünfteln der Klägerin und zu einem Fünftel dem Beklagten aufzuerlegen (Urk. 88 S. 26). Der Beklagte führte dazu aus, dass die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen seien und deshalb der Einwand seinerseits zu diesem Punkt gar nicht nötig gewesen wäre. Da die Klage vollumfänglich abgewiesen worden sei, habe er vollständig obsiegt, weshalb die gesamten Prozesskosten der Klägerin aufzuerlegen seien (Urk. 92/87 S. 10 f.). Die Berufungsklägerinnen stellten sich dagegen sinngemäss auf den Standpunkt, dass die diesbezüglichen Kosten zu Recht dem Beklagten auferlegt wurden (Urk. 96 S. 9 f.).

b) Das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses ist Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Das Gericht hätte somit auch von Amtes wegen prüfen müssen, ob der vormalige Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Klage aufweise; einer förmlichen Einwendung des Beklagten bedurfte es nicht (BSK ZPO-Gehri, Art. 60 N 3). Da das Rechtsschutzinteresse vorliegend einen Sachverhalt betraf, welcher sich erst in der Zukunft verwirklichen konnte (Urk. 88 S. 10), lag die Prüfung dieser Prozessvoraussetzung auf der Hand und war in diesem Sinne nicht vom Beklagten provoziert worden. Dass das Rechtsschutzinteresse bejaht wurde, kann somit nicht als Unterliegen bewertet werden. Es entstand auch kein besonderer Aufwand, da die Vorinstanz darüber im Urteil befand und keinen separaten Entscheid verfasste. Die Prüfung dieser Frage ist somit für die Frage des Obsiegens bzw. Unterliegens nicht relevant. Da die Klage von der Vorinstanz vollumfänglich abgewiesen wurde, ist die Klägerin als unterliegende Partei zu erachten und sind ihr die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens vollständig aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Zusammenfassend ist die Beschwerde des Beklagten damit vollumfänglich gutzuheissen.

V.

1. Ausgangsgemäss sind die Berufungsklägerinnen im Berufungsverfahren (und im Beschwerdeverfahren) als unterliegende Partei zu bezeichnen, weshalb ihnen die Kosten des Berufungsverfahrens inkl. Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind. Ausserdem haben sie dem Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO). Da sich die Nebenintervenientin in gleicher Weise und mit denselben Anträgen am Berufungsverfahren beteiligte wie die vorinstanzliche Klägerin und sich auch als Klägerin bezeichnete (Urk. 87), rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Berufungsklägerinnen je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag, aufzuerlegen. Die Entscheidgebühr (inkl. Beschwerdeverfahren) bemisst sich auf Fr. 80'750.-- (§§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebVO). Reduktionsgründe bestehen keine.

Die Parteientschädigung ist gemäss § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und §13 Abs. 1 AnwGebVO für das Berufungsverfahren auf Fr. 25'500.-- festzusetzen. Im Beschwerdeverfahren ist von einem Streitwert von Fr. 64'800.-- auszugehen (Fr. 95'500.-- minus Fr. 30'700.--), was eine zusätzliche Parteientschädigung von Fr. 2'760.-- ergibt. Für die weiteren, trotz formeller Fristansetzung unaufgefordert eingereichten und unnötigen Eingaben ist kein Zuschlag zu gewähren. Demgemäss ist dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von total Fr. 28'260.-- zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 40'500.-- festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 80'750.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Berufungsklägerinnen je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag, und mit den geleisteten Kostenvorschüssen beider Parteien verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse den Berufungsklägerinnen Rechnung.

Die Berufungsklägerinnen werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Beklagten den Kostenvorschuss von Fr. 7'000.-- zurückzuerstatten.

6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 95'500.-- zu bezahlen. Die Berufungsklägerinnen werden verpflichtet, dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 28'260.-- zu bezahlen, unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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. 6 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 25. Januar 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
mc