

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP200008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiber
MLaw H. Schinz

Urteil vom 27. April 2021

in Sachen

A._____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG**,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Uster vom 12. November 2019 (FV180017-I)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 1)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 15'143.85 nebst Zins zu 5% seit dem 17. Oktober 2017 zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 10. August 2017) vollumfänglich zu beseitigen und es sei die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 12. November 2019:

(Urk. 53 S. 30 f. = Urk. 59 S. 30 f.)

- "1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 15'143.85 zuzüglich Zins zu 5% seit 17. Oktober 2017 zu bezahlen.
2. Der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts C._____ gegen den Zahlungsbefehl vom 10. August 2018 erhobene Rechtsvorschlag wird im Umfang von Fr. 3'365.30 zuzüglich Zins zu 5% seit 17. Oktober 2017 aufgehoben. Im Übrigen wird das Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts C._____ abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'470.– festgesetzt. Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Entscheids, reduziert sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.
4. Die Entscheidgebühr wird der Beklagten auferlegt. Sie wird von der Klägerin unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sie ist ihr aber von der Beklagten zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens vor dem Friedensrichteramt C._____ (GV.2017.00147 /SB.2017.00154) von Fr. 350.– zu ersetzen.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'416.20 (Fr. 3'172.– + Fr. 244.20 MWST [7.7%]) zu bezahlen.
7. [Schriftliche Mitteilung]
8. [Rechtmittel: Berufung; Frist: 30 Tage]"

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 58 S. 2):

- "1. Es sei die Klage auf Bezahlung von Fr. 15'143.85, zuzüglich Zins zu 5% seit 17. Oktober 2017, vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Sache an das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, zur Neuurteilung zurückzuweisen.
3. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. _____ gegen den Zahlungsbefehl vom 10. August 2018 erhobene Rechtsvorschlag (Fr. 3'365.30 zuzüglich Zins zu 5%) zu bestätigen.
4. Es sei die Berufung gutzuheissen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% MWST) [zulasten] der Klägerin und Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 67 S. 2):

- "1. Es sei auf die Berufung nicht einzutreten; eventualiter sei die Berufung abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Uster sei vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Am 12. März 2018 (Datum Poststempel: 9. März 2018) gingen bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt C. _____ vom 27. Dezember 2017 sowie die vom 9. März 2018 datierende Klageschrift der Klägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Klägerin) mit vorgenanntem Rechtsbegehren ein (Urk. 1 und 2). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 53 S. 2 ff. = Urk. 59 S. 2 ff.). Das

das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Urteil der Vorinstanz datiert vom 12. November 2019 (Urk. 59).

2. Mit Eingabe vom 19. Februar 2020 (gleichentags der Post übergeben, eingegangen am 20. Februar 2020) erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) fristgerecht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 58). Mit Verfügung vom 21. Februar 2020 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 2'470.– zu leisten (Urk. 60). Dieser Vorschuss ging innert Frist bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 61). Sodann wurde der Beklagten mit Verfügung vom 3. März 2020 Frist angesetzt, um dem Gericht eine Originalvollmacht für Rechtsanwalt Dr. X. _____ einzureichen (Urk. 62). Dieser Aufforderung kam die Beklagte mit am 12. März 2020 der Post übergebener Eingabe fristgerecht nach (Urk. 63 und Urk. 64). Mit Verfügung vom 6. April 2020 wurde der Klägerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 66). Die am 3. Mai 2020 fristgerecht der Post übergebene Berufungsantwort datiert vom 1. Mai 2020 (Urk. 67). Sie wurde der Beklagten mit Verfügung vom 28. Januar 2021 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 69). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

3. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung der Beklagten richtet sich gegen den gesamten vorinstanzlichen Endentscheid (Urk. 58 S. 2). Dieser ist daher in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen.

2.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung;

BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Dies setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt, sondern der Entscheid des Erstgerichts aufgrund von erhobenen Beanstandungen überprüft. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz – zumindest, solange ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist – nicht zu überprüfen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Dessen ungeachtet ist die Berufungsinstanz bei der Rechtsanwendung weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (sog. Motivsubstitution; BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.w.H.; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 1507). Die dargelegten Anforderungen an die Berufungsbegründung gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2, nicht publiziert in BGE 142 III 271).

2.2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und

neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Gericht grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, trägt sie zudem die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, die neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismittel aber dennoch nicht bereits früher vorbringen konnte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.). Eine Ausnahme von den dargelegten Grundsätzen besteht insoweit, als erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass dazu gibt, Noven vorzubringen (BGE 139 III 466 E. 3.4). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisangebote im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

3. Angesicht des Streitwerts ist die Vorinstanz zutreffend davon ausgegangen, dass für das vorliegende Verfahren die Bestimmungen über das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangen (Urk. 59 S. 8).

4. Die Klägerin macht im Hauptstandpunkt geltend, auf die Berufung sei mangels rechtsgenügender Begründung im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht einzutreten (Urk. 67 S. 2 f.). Der von der Klägerin erhobene Vorwurf ist indes, wie nachfolgend im Rahmen der Erwägungen unter III. aufgezeigt wird, bloss in Teilaspekten berechtigt. Da die übrigen Berufungsvoraussetzungen erfüllt sind, ist daher auf die Berufung einzutreten.

5. Die Beklagte verweist in ihrer Berufungsschrift auf BGE 127 III 300 E. 6c, indem sie ausführt, dass das Bundesgericht und zuvor das Handelsgericht des Kantons Zürich im von ihnen zu behandelnden Fall zum Schluss gekommen seien, es komme – in Anwendung der "clausula rebus sic stantibus" – nur die Vertragsauflösung in Frage (Urk. 58 S. 12). Was die Beklagte daraus ableiten möchte, bleibt unklar, kann indessen offenbleiben, denn jedenfalls macht sie nicht geltend, dass im Berufungsverfahren der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildende Baurechtsvertrag aufzulösen sei. Der vorliegende Sachverhalt, in dem es um ein überbautes baurechtsbelastetes Grundstück geht, liegt denn auch ganz anders als der dem genannten Bundesgerichtsentscheid zugrundeliegende Sachverhalt, in dem es um ein *un*bebautes baurechtsbelastetes Grundstück ging, das unerwartet in die Reservezone umgezont worden war.

6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-57). Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

III. Materielles

1.1. Gemäss insoweit von den Parteien nicht bestrittener Sachverhaltserstellung der Vorinstanz (Urk. 59 S. 3 ff.) ist die Klägerin Eigentümerin des mit einem Baurecht belasteten Grundstücks Grundbuch Blatt 1, Kataster Nr. 2, in D._____. Die Beklagte ist seit 15. September 1983 Inhaberin des selbständigen und dauernden Baurechts, Grundbuchblatt 3, für das Wohn-Atelier und die Umgebungsanlage an der E._____-strasse ... in ... D._____: Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 22. Dezember 1978 hatte der erste Inhaber, F._____, dieses an G._____

verkauft, dieser wiederum hatte es mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 15. September 1983 an die Beklagte veräussert.

1.2. Die Klägerin stützt ihre Forderung auf den am 11. Juli 1973 öffentlich beurkundeten Baurechtsvertrag (Urk. 4/1). Gemäss dessen Wortlaut unterliegt der Baurechtszins einerseits dem Zürcher Index der Konsumentenpreise und war er andererseits während der bisherigen Laufzeit nach Ablauf von 20 Jahren erstmals und nach Ablauf von 40 Jahren zum zweiten Mal nach einer vertraglich festgehaltenen Baurechtszinsanpassungsklausel (nachfolgend: Anpassungsklausel) neu festzusetzen. Eine Neuberechnung war demnach erstmals per 1. Januar 1993 und zum zweiten Mal per 1. Januar 2013 vorgesehen. Der Baurechtszins wurde indes seit der Begründung des Baurechts im Jahr 1973 unbestrittenermassen nicht gemäss der Anpassungsklausel neu festgesetzt.

1.3. Die Klägerin machte im vorinstanzlichen Verfahren geltend, der Baurechtszins sei neu auf Fr. 2'880.– monatlich festzusetzen, und verlangte für die neun Monate von Mai 2017 bis und mit Januar 2018 je die Differenz zwischen diesem Betrag und dem von der Beklagten für diese Monate jeweils bezahlten Baurechtszins von Fr. 1'197.35, was den eingeklagten Betrag von Fr. 15'143.85 ergibt (9 x Fr. 1'682.65). Die Beklagte brachte erstinstanzlich vor, dass die Voraussetzungen für eine Neufestsetzung des Baurechtszinses weder nach der ersten noch nach der zweiten 20-jährigen Periode vorgelegen seien und folgerte daraus, dass der Baurechtszins so zu belassen sei, wie er gegenwärtig sei, nämlich bei monatlich Fr. 1'197.35.

1.4. Die Bindung der Parteien an den Baurechtsvertrag, die grundsätzliche Möglichkeit der Anpassung des Baurechtszinses sowie das Vorhandensein einer Regelung im Baurechtsvertrag zur Anpassung des Baurechtszinses waren vor Vorinstanz nicht strittig. Nicht umstritten war ferner, dass der das Baurecht der Beklagten betreffende überbaute Teil des Grundstücks 195 m² und die Fläche des baurechtsbelasteten Grundstücks 3'415 m² beträgt. Sodann anerkannte die Beklagte vor Vorinstanz mit Eingabe vom 2. Oktober 2019 einen Verkehrswert des Landes von Fr. 886.15 pro Quadratmeter. Einig waren sich die Parteien weiter darüber, dass die wesentlichen Parameter zur Berechnung des Baurechtszinses

– sollte die Baurechtszinsanpassungsklausel im Baurechtsvertrag vom 11. Juli 1973 Geltung haben resp. Anwendung finden – der *Zinssatz*, die *massgebliche Landfläche* sowie der *Verkehrswert* sind. Hingegen waren sich die Parteien vor Vorinstanz über die Neuberechnung des Baurechtszinses, konkret über die Anwendbarkeit und das Verständnis der Klausel zur Neufestsetzung des Baurechtszinses im Baurechtsvertrag vom 11. Juli 1973, uneinig.

1.5.1. Mit Bezug auf den Baurechtszins vereinbarten die damaligen Vertragsparteien im Baurechtsvertrag vom 11. Juli 1973 Folgendes:

Der Bauberechtigte hat dem Grundeigentümer während der Dauer des Baurechtes einen jährlichen Baurechtszins von Fr. 6'045.– (Franken sechstausendfünfundvierzig) zu bezahlen, und zwar vierteljährlich zum Voraus je zu Beginn eines Kalenderquartals, erstmals pro rata für das angebrochene Kalenderquartal bei Bezug des Ateliers.

Die Festsetzung des Baurechtszinses gemäss dem vorstehenden Absatz 1 beruht auf dem Zürcher Index der Konsumentenpreise des statistischen Amtes der Stadt Zürich, welcher im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. per Datum Juni 1973 137,9 Indexpunkte betrug (Basis: September 1966 = 100 Punkte).

Der Baurechtszins wird je nach Ablauf einer zweijährigen Periode neu festgelegt, d.h. erhöht oder gesenkt proportional dem bis zur neuen Periode allenfalls veränderten Index. Die erstmalige Anpassung erfolgt auf den 1. Januar 1975, unbekümmert um den Zeitpunkt des Beginns der Zinspflicht. Der Baurechtszins fällt jedoch nie unter den fest vereinbarten Betrag gemäss Abs. 1 oben, welcher als Minimalzinsfuss stets geschuldet ist.

Sollte während der Dauer des Baurechtes die Berechnungsgrundlage des Indexes eine Änderung erfahren, so wäre dies bei der Anwendung der Indexklausel entsprechend zu berücksichtigen.

Nach Ablauf der ersten 20-jährigen bzw. zweitemals nach der 40-jährigen Dauer des Baurechtes wird je für die folgende 20-jährige Periode der Baurechtszins neu festgesetzt (erstmalig per 1. Januar 1993, zweitemals per 1. Januar 2013) und zwar unter Berücksichtigung einer allfälligen Landpreissteigerung. Der neue Baurechtszins beträgt 6% (sechs Prozent) des dannzumaligen Verkehrswertes des Landes, wobei für die Zinsberechnung von derjenigen Landfläche auszugehen ist, welche ausnützungsmässig dem überbauten Teil des Grundstückes entspricht. Dabei gilt für Wohnräume eine Ausnützungsziffer von 0,25, für gewerbliche Räume eine solche von 0,5.

Sollten sich die Parteien über den neuen Verkehrswert des Landes bzw. die Neufestsetzung des Baurechtszinses nicht verständigen können, so entscheidet hierüber für die Parteien verbindlich ein

Schiedsgutachter, dessen Person mangels Einigung der Parteien vom Präsidenten des Zürcher Obergerichtes zu bezeichnen wäre.

Innerhalb der zweiten und dritten 20-jährigen Periode findet die Indexklausel gemäss Seite 6 Abs. 2, 3 und 4 vorn entsprechend Anwendung, wobei als Ausgangspunkt der Indexstand zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Baurechtszinses massgebend ist.

Auch bei Anwendung der vorliegenden Vertragsbestimmung ist ein Absinken des Baurechtszinses unter den Betrag gemäss Seite 6 Abs. 1 vorn ausgeschlossen. (Urk. 4/1 Blätter 24 f.)

1.5.2. Mit öffentlich beurkundetem Vertrag betreffend Abänderung der Baurechtsdauer vom 22. Dezember 1978 zwischen dem damaligen Inhaber des Baurechts, F._____, und dem damaligen Eigentümer des baurechtsbelasteten Grundstücks, B._____, wurde die Baurechtsdauer bis 22. Dezember 2058 verlängert. Ferner wurde vereinbart, dass der Baurechtszins drittmais nach 60-jähriger Dauer des Baurechts (1. Januar 2033) und viertmais nach 80-jähriger Dauer des Baurechts (1. Januar 2053) neu festzulegen sei, und dass die Indexklausel innerhalb der vierten 20-jährigen Periode und der fünften 5-jährigen Periode entsprechend Anwendung finde (Urk. 4/1 Blätter 9-11).

2.1. Die Vorinstanz hiess Rechtsbegehren Ziffer 1 der Klägerin vollumfänglich gut. Bei Rechtsbegehren Ziffer 2 nahm sie hinsichtlich des Zinsenlaufs eine kleine Korrektur vor; im Übrigen wurde auch dieses Rechtsbegehren gutgeheissen (Urk. 59 S. 29 ff.). Dabei ging die Vorinstanz davon aus, dass die Anpassungsklausel grundsätzlich anwendbar und dass die Berechnung des Baurechtszinses mit einem Zinssatz von 6%, einer massgebenden Landfläche von 650 m² sowie einem Verkehrswert des Landes von Fr. 886.15 pro Quadratmeter vorzunehmen sei (Urk. 59 S. 11, S. 16 ff. und S. 23 ff.).

2.2.1. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Anpassungsklausel wird von der Beklagten im Berufungsverfahren einerseits damit bestritten, dass sie nichtig sei (Urk. 58 S. 17). Dies ist, wie nachfolgend unter Erw. III./2.4.6. aufgezeigt wird, unzutreffend.

2.2.2. Andererseits macht die Beklagte im Berufungsverfahren geltend, wenn F._____ 1973 realisiert hätte, dass die Anpassungsklausel bei einer Jahre später

erfolgenden Auslegung 780 m² massgebliche Landfläche ergeben würde, hätte er die Klausel abgelehnt, was auch für seine Rechtsnachfolger gelte. In diesem Fall wäre – so die Beklagte – ein Dissens gegeben. Auch dieser Argumentation kann indes, wie nachfolgend unter Erw. III./2.4.2. ff. dargelegt wird, nicht gefolgt werden.

2.2.3. Mit den Erwägungen der Vorinstanz zur grundsätzlichen Anwendbarkeit der Anpassungsklausel und dazu, dass der Baurechtszins nicht lediglich gestützt auf den Zürcher Index der Konsumentenpreise anzupassen ist (Urk. 59 S. 16 ff.), setzt sich die Beklagte in der Berufungsschrift nicht auseinander.

2.2.4. Vor dem aufgezeigten Hintergrund hat es dabei zu bleiben, dass die Anpassungsklausel grundsätzlich anwendbar ist.

2.3. Beim *Verkehrswert des Landes* stützte sich die Vorinstanz darauf, dass die Beklagte in ihrer Eingabe vom 2. Oktober 2019 den Betrag von Fr. 886.15 pro Quadratmeter anerkannt hatte (Urk. 45 S. 3; Urk. 59 S. 25). Dieses Vorgehen wurde nicht beanstandet, weshalb es beim genannten Betrag zu bleiben hat. Demzufolge kann offenbleiben, welcher Stichtag für die zu berücksichtigende Höhe des Verkehrswertes massgebend wäre, eine Frage, mit der sich die Vorinstanz nicht beschäftigt hat (vgl. Urk. 33 und Urk. 59 S. 3).

2.4.1. Bei der für die Berechnung des Baurechtszinses massgeblichen *Landfläche* ging die Vorinstanz von 650 m² aus (Urk. 59 S. 23 ff.). Sie erwog, dass ein tatsächlicher Konsens der ursprünglichen Vertragsparteien hinsichtlich des Vertragspassus, wonach für die Zinsberechnung von derjenigen Landfläche auszugehen sei, welche ausnützungsmässig dem überbauten Teil des Grundstückes entspreche, nicht mehr feststellbar sei, ermittelte in der Folge aber einen normativen Konsens (Urk. 59 S. 20 ff.). Die normative Auslegung führe, so die Vorinstanz, dazu, dass die von den Parteien übereinstimmend angegebene Bodenfläche des Wohn-Ateliers von 195 m² in Relation zur vertraglich festgehaltenen Ausnutzungsziffer von 0,25 zu setzen sei. Sie ermittelte daher, welche Grundstückgrösse bei einer Ausnutzungsziffer von 0,25 notwendig wäre, um ein Haus mit einer Bodenfläche von 195 m² zu realisieren. Dabei kam sie folgerichtig auf

eine Landfläche von 780 m². Da die Klägerin im Sinne eines Zugeständnisses an die Beklagte nicht die vertraglich vorgesehene Ausnutzungsziffer von 0,25, sondern die heute für das fragliche Grundstück geltende Ausnutzungsziffer von 0,3 verwendet hatte, rechnete die Vorinstanz in der Folge in Anwendung von Art. 58 ZPO nicht mit einer massgeblichen Landfläche von 780 m², sondern mit einer solchen von 650 m² (Urk. 59 S. 22 f.).

2.4.2. Dass die Vorinstanz davon ausging, ein tatsächlicher übereinstimmender Wille zur Frage, mit welcher Landfläche zu rechnen sei, sei nicht mehr ermittelbar (Urk. 59 S. 18 ff.), wird zwar von der Beklagten in Frage gestellt (Urk. 58 S. 14). Dass die Vorinstanz einen tatsächlichen übereinstimmenden Willen hätte ermitteln müssen, macht die Beklagte aber nicht geltend. Ebenso wenig wird ausgeführt, dass und wo die Beklagte dies bereits erstinstanzlich verlangt resp. dazu Beweismittel bezeichnet hätte. Nach dem unter Erw. II./2.1.-2. Ausgeführten hat es daher dabei zu bleiben, dass nach einem normativen Konsens zu fragen ist. Ist auf einen normativen Konsens abzustellen, verfängt zudem das in der Berufungsschrift vorgebrachte Argument der Beklagten, wenn F. _____ 1973 realisiert hätte, dass die Anpassungsklausel bei einer Jahre später erfolgenden Auslegung 780 m² massgebliche Landfläche ergeben würde, hätte er die Klausel abgelehnt, was auch für seine Rechtsnachfolger gelte, weshalb ein Dissens gegeben wäre (Urk. 58 S. 18), nicht. Wird, nachdem nicht auf übereinstimmende Willenserklärungen der (damaligen) Vertragsparteien abgestellt werden kann, in der Folge ein normativer Konsens ermittelt, sind der Wille resp. die Vorstellungen der konkreten (damaligen) Vertragsparteien insoweit gerade nicht relevant. Vielmehr ist in diesem Fall der objektive Sinn ihrer Erklärungen massgebend. Die Beklagte zeigt aber ohnehin nicht auf, dass und wo sie diese Argumentation bereits vor Vorinstanz in den Prozess eingebracht hätte, weshalb nach dem unter Erw. II./2.2. Ausgeführten davon auszugehen ist, dass sie damit verspätet ist (vgl. aber Erw. III./2.4.8. nachfolgend, wo im Sinne einer Nagelprobe auch Überlegungen zum mutmasslichen tatsächlichen Willen der ursprünglichen Vertragsparteien an gestellt werden).

2.4.3. Bei der Frage, ob ein normativer Konsens vorliegt, handelt es sich um eine Rechtsfrage (BGer 5A_336/2019 vom 9. Juni 2020, E. 6.1; BGer 4A_659/2017 vom 18. Mai 2018, E. 4.1; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 133 III 61 E. 2.2.1). Nach dem normativen Konsens hat eine Partei resp. ihr Rechtsnachfolger ihre Erklärung so gelten zu lassen, wie sie vom Adressaten im Zeitpunkt ihrer Abgabe nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 144 III 93 E. 5.2.3; BGE 144 III 43 E. 3.3; BGE 143 III 157 E. 1.2.2; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 je m.w.H.). Dazu hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, dass die Verwendung des Ausdrucks "ausnützungsmässig" im vorliegenden Kontext nur dahingehend verstanden werden kann resp. konnte, dass die im Vertrag genannte Ausnützungsziffer bei der Berechnung der massgeblichen Landfläche einzubeziehen ist (vgl. Urk. 59 S. 21). Die gegenteilige Meinung der Beklagten geht fehl. Entgegen ihrer Ansicht kann bereits aufgrund des Wortlauts und der Satzstellung nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Ausdruck als Faktor für die Ermittlung des zu berücksichtigenden Verkehrswerts zu verstehen sei. Der letzte Satzteil des entscheidenden Satzes, "*... welche ausnützungsmässig dem überbauten Teil des Grundstückes entspricht*", bezieht sich eindeutig auf den zweitletzten Satzteil, "*...wobei für die Zinsberechnung von derjenigen Landfläche auszugehen ist, ...*". Wäre das gewollt gewesen, was die Beklagte vorbringt, hätten die ursprünglichen Vertragsparteien bloss festhalten müssen, "*... wobei für die Zinsberechnung von der überbauten Landfläche auszugehen ist.*" Die grammatikalische und die systematische Auslegung des fraglichen Passus führen daher zum von der Vorinstanz ermittelten Resultat. Wie diese zutreffend erwog (Urk. 59 S. 21 f.), gelangt man bei teleologischer Auslegung zu keinem anderen Ergebnis. Würde man der These der Beklagten folgen, wäre für den nicht überbauten Teil des Grundstücks nichts zu bezahlen. Das Wohn-Atelier der Beklagten in der heutigen Grösse konnte aber – und zwar auch nach den in der Berufungsschrift enthaltenen (neuen) Berechnungen der Beklagten, die zweitinstanzlich von einer massgeblichen Landfläche von 390 m² ausgeht (vgl. Urk. 58 S. 13 ff., insb. S. 20) – nur realisiert werden, weil über den (das Baurecht der Beklagten betreffenden) überbauten Teil des Grundstücks hinaus weiteres, unbebautes Land vorhanden war. Es

kann nicht davon ausgegangen werden, dass der ursprüngliche Eigentümer des baurechtsbelasteten Grundstücks dafür keinerlei Entschädigung erhalten wollte, und der ursprüngliche Bauberechtigte konnte und durfte auch nicht davon ausgehen, dass es sich so verhalte. Dass für die Ermittlung des Verkehrswerts eines Grundstücks die Ausnützungsziffer eine Rolle spielt, versteht sich abgesehen davon ohnehin von selbst, weshalb die Argumentation der Beklagten auch unter diesem Gesichtspunkt nicht überzeugt.

2.4.4. Sodann hat die Vorinstanz zutreffend berücksichtigt, dass aufgrund des Zugeständnisses der Klägerin gemäss Art. 58 ZPO nicht auf eine Ausnützungsziffer von 0,25, sondern auf eine solche von 0,3 abzustellen ist (Urk. 59 S. 22 f.).

2.4.5. Ausführungen der Beklagten zur tatsächlichen Ausnützung des baurechtsbelasteten Grundstücks (Urk. 58 S. 16 ff.) wurden von ihr erstmals in ihrer Eingabe vom 2. Oktober 2019 vorgebracht (Urk. 45 S. 2 f.). Die Vorinstanz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass sie in einem Zeitpunkt erfolgten, in dem der Aktenschluss bereits eingetreten war und es sich nicht um Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO handelte; auf diese Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 59 S. 23 f.). Worauf die entsprechenden Vorbringen basierten, ist entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 58 S. 16) unerheblich. Entscheidend ist, was wann behauptet wurde. Die fraglichen Vorbringen wurden daher von der Vorinstanz zu Recht nicht berücksichtigt. Es versteht sich von selbst, dass es sich dabei auch nicht um Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handelt, weshalb die sich darauf stützenden Ausführungen in der Berufungsschrift ebenfalls unberücksichtigt zu bleiben haben. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang in der Berufungsschrift darüber hinaus neue Ausführungen und Berechnungen vorbringt (vgl. Urk. 58 S. 13 ff.), ist sie damit ebenfalls nicht zu hören, denn es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass es sich dabei um zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handelt (dazu vorne unter Erw. II./2.2.). Hinzu kommt, dass ihre diesbezüglichen Ausführungen, wie die Klägerin in der Berufungsantwort zutreffend darlegt (Urk. 67 S. 7 f.), darauf hinauslaufen, dass die Beklagte die vertraglich festgehaltene Ausnützungsziffer von 0,25 nicht angewendet haben will. An dieser kommt man indes aufgrund des diesbezüglich klaren Inhalts des Ver-

trages und da die Anpassungsklausel entgegen der Ansicht der Beklagten nicht nichtig ist (dazu nachfolgend unter Erw. III./2.4.6.), nicht vorbei, und sie ist im vorliegenden Verfahren denn auch nur aufgrund des Zugeständnisses der Klägerin auf 0,3 zu erhöhen. Aus dieser Argumentation lässt sich daher nichts zu Gunsten der Beklagten ableiten. Ferner ist vorliegend irrelevant, ob der Rechtsvorgänger der Klägerin die Anpassungsklausel später nicht mehr als durchsetzbar betrachtete, ob er sie mit Bezug auf die Beklagte anwendete oder nicht oder ob er sie in später abgeschlossenen Baurechtsverträgen mit anderen Bauberechtigten nicht mehr aufnahm (so die Beklagte in der Berufungsschrift: Urk. 58 S. 15). Abgesehen davon wird auch bei diesen Ausführungen nicht dargelegt, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz vorgetragen worden wären, weshalb nach dem unter Erw. II./2.2. Dargelegten davon auszugehen ist, dass sie verspätet erfolgten.

2.4.6. Der Einwand der Beklagten, die im Sinne der Vorinstanz ausgelegte Anpassungsklausel wäre nichtig, weil sie aufgrund des real nicht vorhandenen Landes einen unmöglichen Inhalt aufweise (Urk. 58 S. 17), scheidet daran, dass die ursprünglichen Vertragsparteien bei der Festlegung der Höhe des Baurechtszinses und der Ausgestaltung der Anpassungsklausel frei waren. Da die ursprünglichen Vertragsparteien keinerlei Vorgaben dazu hatten, welche Faktoren sie für die Anpassung des Baurechtszinses als massgeblich betrachten wollten, konnten sie ohne Weiteres auf eine anrechenbare Landfläche abstellen, die nach baurechtlichen Bestimmungen auf eine Übernutzung des Grundstücks hinausgelaufen wäre. Es ist somit entgegen der Ansicht der Beklagten kein unmöglicher Inhalt und keine Nichtigkeit ersichtlich. Ob es sich tatsächlich so verhält, dass auf eine anrechenbare Landfläche abzustellen ist, die nach baurechtlichen Bestimmungen auf eine Übernutzung des Grundstücks hinausläuft, kann daher offenbleiben.

2.4.7. Dass die Berücksichtigung der fraglichen Landfläche bei der Berechnung des neuen Baurechtszinses für den Bauberechtigten womöglich nicht vorteilhaft ist, ändert nichts am Gesagten. Vor dem aufgezeigten Hintergrund und da, wie unter Erw. III./2.5.1. ff. aufgezeigt wird, der von der Klägerin verlangte Baurechtszins bei Berücksichtigung einer anrechenbaren Landfläche von 650 m² nicht zu einer rechtlich relevanten Äquivalenzstörung führt, ist darin, dass die Klägerin auf

der Berücksichtigung dieser Landfläche besteht, entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 58 S. 18) auch kein Handeln gegen Treu und Glauben resp. kein Rechtsmissbrauch zu erblicken.

2.4.8. Dass die ursprünglichen Vertragsparteien im Übrigen mutmasslich tatsächlich von einer anrechenbaren Landfläche von (an sich) 780 m² (überbauter Teil des Grundstücks von 195 m² bei vertraglich vereinbarter Ausnützungsziffer von 25%) ausgingen und der normative Konsens somit einem übereinstimmenden wirklichen Willen entspricht, ergibt sich aus Folgendem: Der ursprüngliche Baurechtszins betrug Fr. 6'045.– pro Jahr (Urk. 4/1 Blatt 24, vgl. Erw. III./1.5.1. vorne). Unter Berücksichtigung des in der Anpassungsklausel festgelegten Zinssatzes von 6% und einer anrechenbaren Landfläche von 780 m² wären die ursprünglichen Vertragsparteien daher von einem Verkehrswert des Landes von Fr. 129.10 pro Quadratmeter ausgegangen. Nach dem ursprünglichen Standpunkt der Beklagten hätten sie demgegenüber, ausgehend von einer anrechenbaren Landfläche von 195 m², von einem solchen von Fr. 516.65 pro Quadratmeter ausgehen müssen. Tatsächlich betrug der Landpreis in D. _____ in der Zeitspanne zwischen 1966 und 1970 gemäss im Internet zugänglichen Angaben Fr. 80.– bis Fr. 150.– pro Quadratmeter ([www.D._____.ch/D._____/lage und geschichte](http://www.D._____.ch/D._____/lage%20und%20geschichte), abgerufen am 7. April 2021; Daten zum Jahr 1973 stehen in dieser Quelle nicht zur Verfügung) und derjenige in der Stadt C. _____ im Jahr 1974 durchschnittlich Fr. 173.– pro Quadratmeter resp. gemäss 75%-Quantil Fr. 184.– pro Quadratmeter (www.zh.ch/de/planen-bauen/raumplanung/immobilienmarkt/bodenpreise.html, abgerufen am 7. April 2021; Daten zum Jahr 1973 und spezifisch zum Ortsteil D. _____ stehen in dieser Quelle nicht zur Verfügung). Während also nach der von der Vorinstanz als massgeblich betrachteten Berechnungsweise bei Berücksichtigung einer Ausnützungsziffer von 0,25 der berechnete Grundstückspreis in etwa im statistisch ausgewiesenen Bereich liegt, läge der nach der angesprochenen Methode der Beklagten berechnete Grundstückspreis ein Mehrfaches darüber. Preise von über Fr. 550.– pro Quadratmeter wurden indes in der ersten Hälfte der 1970-iger Jahre nicht einmal für Grundstücke an "normaler" (keinen Seeanstoss aufweisenden) Lage in den preishohen Gemeinden am rechten Zürichsee-Ufer bezahlt (vgl.

bauen/raumplanung/immobilienmarkt/bodenpreise.html, abgerufen am 7. April 2021).

2.4.9. Somit ist mit der Vorinstanz von einem normativen Konsens im dargelegten Sinne auszugehen, was das Vorliegen des von der Beklagten im Berufungsverfahren behaupteten Dissenses ausschliesst, und ist die Berücksichtigung der von der Vorinstanz als massgeblich erachteten Landfläche von 650 m² für die Berechnung des Baurechtszinses nicht zu beanstanden.

2.5.1. Beim anzuwendenden *Zinssatz* argumentierte die Vorinstanz zusammengefasst, vorliegend habe die Beklagte als behauptungs- und beweisbelastete Partei nicht rechtsgenügend dargelegt, aus welchem Grund der im Vertrag festgehaltene Zinssatz von 6% nicht anwendbar sei. Insbesondere fehlten Ausführungen der Beklagten zu den einzelnen Voraussetzungen, die eine Anpassung des Vertrages auf Grundlage der (von ihr angerufenen) "clausula rebus sic stantibus" rechtfertigen würden. Zudem habe die Beklagte sich auch nicht dazu geäussert, mit welchem Zinssatz anstelle der 6% zu rechnen wäre. Dass die Beklagte das Schreiben ihres Ehemannes vom 10. Juni 2015 zum integrierenden Bestandteil ihrer Stellungnahme erklärt habe, reiche nicht, zumal sie nicht erklärt habe, welcher Teil dieses Aktenstücks konkret als Parteibehauptung dienen solle. Zudem sei dieses Aktenstück nicht selbsterklärend und biete es einen erheblichen Interpretationsspielraum. Vor diesem Hintergrund sei bei der Anpassung des Baurechtszinses mit dem im Baurechtsvertrag vereinbarten Zinssatz von 6% zu rechnen (Urk. 59 S. 6-11).

2.5.2. Das Ziel der Beklagten ist die gerichtliche Senkung des gemäss der Anpassungsklausel anwendbaren Zinssatzes von 6% gestützt auf die "clausula rebus sic stantibus", während die Klägerin den vertraglich vorgesehenen Zinssatz unverändert angewendet wissen will (Urk. 59 S. 6 ff.).

2.5.3. Ob die Beklagte vor erster Instanz nicht genügend substantiierte Behauptungen zum ihres Erachtens anwendbaren Zinssatz aufstellte oder ob ihre Behauptungen in rechtsgenügender Form erfolgten, kann offenbleiben, da die Vo-

oraussetzungen für die Anwendbarkeit der "clausula rebus sic stantibus" vorliegend nicht erfüllt sind.

2.5.4. Soweit die Parteien nicht einvernehmlich eine neue Vertragsregelung treffen, sind gültig zustande gekommene Verträge grundsätzlich so zu erfüllen, wie sie vereinbart worden sind ("pacta sunt servanda"). Nach der "clausula rebus sic stantibus" ist eine richterliche Anpassung aber – auch gegen den Willen einer Partei – möglich, wenn sich die Umstände nach Vertragsabschluss so grundlegend ändern, dass eine gravierende Äquivalenzstörung eintritt (vgl. BGE 135 III 1 E. 2.4). Wird das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich infolge ausserordentlicher und unvorhersehbarer Änderung der Umstände erheblich gestört, kann das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch als rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn eine wucherische Ausbeutung dieses Missverhältnisses vorliegt. Die "clausula rebus sic stantibus" unterstellt, dass die Parteien bei Vertragsabschluss stillschweigend vom Fortbestand bestimmter Verhältnisse ausgingen. Bei längerfristigen Verhältnissen müssen die Parteien damit rechnen, dass sich die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Verhältnisse später ändern. Sehen die Parteien davon ab, eine Anpassung an voraussehbare Änderungen vorzusehen, so ist von einem Verzicht auf Vertragsanpassung auszugehen. Eine voraussehbare Änderung der Verhältnisse liegt vor, wenn die betreffende Partei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit der späteren Entwicklung vernünftigerweise rechnen musste. Waren die nachträglich eingetretenen Umstände jedoch nicht vorauszusehen, so kann von einem ausdrücklichen oder sinngemässen Verzicht auf eine Vertragsanpassung nicht die Rede sein. Dabei ist die Voraussehbarkeit auch dann zu verneinen, wenn eine Änderung der Verhältnisse als solche zwar vorhersehbar war, nicht aber deren Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag (BGE 122 III 97 E. 3a m.w.H.; BGer 4A_375/2010 vom 22. November 2010, E. 3.1 m.w.H. und OGer TG, RBOG 2010 Nr. 3 vom 15. Oktober 2010, E. 2; BGer 4C.49/2004 vom 30. März 2004, E. 2.2).

2.5.5. Dass ein Baurechtsvertrag grundsätzlich der "clausula rebus sic stantibus" zugänglich ist, hat das Bundesgericht mehrfach bejaht (BGE 127 III 300 E. 5a;

BGer 4A_ 375/2010 vom 22. November 2010, E. 3.1; vgl. auch BGE 107 II 343 E. 2).

2.5.6. Die Änderung der Hypothekarzinshöhe und die Wertänderung von Grundstücken sind, wie die Wertänderung von Aktien, vorhersehbare Umstände, welche die Anwendung der "clausula rebus sic stantibus" grundsätzlich ausschliessen. Vorliegend rechneten die ursprünglichen Vertragsparteien denn auch durchaus damit, dass sich die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Verhältnisse später ändern könnten resp. würden. Entsprechend sahen sie im Baurechtsvertrag zwei Anpassungsmöglichkeiten vor: Einerseits banden sie den Baurechtzins an den Zürcher Index der Konsumentenpreise, andererseits vereinbarten sie die vorliegend umstrittene Anpassungsklausel, bei der die zu berücksichtigende Landfläche vorgegeben war (dazu oben unter Erw. III./2.4.1. ff.), der Wert des baurechtsbelasteten Grundstücks als variabler Faktor eingesetzt und der anwendbare Zinssatz auf 6% fixiert wurde. Vorliegend sind die Verhältnisse insofern speziell, als nach Ansicht der Beklagten gerade die Anwendung der Anpassungsklausel zu einer gravierenden Äquivalenzstörung führt. Es ist indes nicht ersichtlich, weshalb nicht auch in einem solchen Fall die "clausula rebus sic stantibus" herangezogen werden kann (ebenso H._____, Die Bindung der Vertragsparteien in langfristigen Vertragsverhältnissen [so bei selbständigen und dauernden Baurechten] – die Voraussetzungen der nachträglichen Anpassung des Baurechtzinses, in Jusletter vom 16. Februar 2009, Rz. 28).

2.5.7. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage nach der Unvorhersehbarkeit *des Umfangs* der Veränderung der Verhältnisse. Dass der Hypothekarzinsfuss in den vergangenen Jahren massiv gesunken ist, trifft zwar, wie von der Beklagten behauptet, zu. Entgegen der Ansicht der Beklagten kann aber nicht isoliert darauf abgestellt werden, ob die Parteien im oben aufgezeigten Sinne damit rechnen mussten, dass sich der Hypothekarzinsfuss, den die Beklagte als für den Zinssatz gemäss der Anpassungsklausel massgeblichen Faktor betrachtet, heute in der Grössenordnung um 1% bewegen würde. Der in der Anpassungsklausel auf 6% fixierte Zinssatz stellt, wie dargelegt, nur einen von drei Faktoren für die Bestimmung einer neuen Baurechtzinshöhe dar. Zu fragen ist daher danach, ob die ur-

sprünglichen Vertragsparteien nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vernünftigerweise damit rechnen mussten, dass der Baurechtszins aufgrund der vertraglich vorgesehenen Anpassungsmöglichkeiten für den Zeitraum von Mai 2017 bis und mit Januar 2018 bei Fr. 2'880.– pro Monat zu liegen kommen könnte, denn diesen Baurechtszins würde die Beklagte der Klägerin für die im Streit liegende Zeitspanne von Mai 2017 bis und mit Januar 2018 monatlich schulden, wenn von einem Zinssatz von 6% ausgegangen würde ($650 \times 886.15 \times 0,06 / 12$), und diesen Baurechtszins macht die Klägerin vorliegend geltend.

2.5.8. Dass die ursprünglichen Vertragsparteien von der Möglichkeit einer Wertänderung des baurechtsbelasteten Grundstücks ausgingen, steht, wie bereits in Erw. III./2.5.6. dargelegt wurde, ausser Frage, nachdem sie einerseits den Baurechtszins an den Zürcher Index der Konsumentenpreise anbanden und andererseits die den Wert des baurechtsbelastenden Grundstücks berücksichtigende Anpassungsklausel vereinbarten. Dass sie auch von einer Änderung der Höhe des Hypothekarzinsfusses ausgingen, ergibt sich nicht aus der Abänderungsklausel mit fixiertem Zinssatz. Der Hypothekarzinsfuss unterlag indes im Laufe der Zeit stets Schwankungen, weshalb die ursprünglichen Vertragsparteien bei objektiver Betrachtungsweise jedenfalls davon ausgehen mussten.

2.5.9. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mussten die ursprünglichen Vertragsparteien vernünftigerweise damit rechnen, dass sich der Baurechtszins nach der von ihnen festgelegten Anpassungsklausel im Verlauf von mehreren Jahrzehnten vervielfachen könnte. Ihnen war bekannt, dass D._____ in unmittelbarer Nähe zur Zürcher Stadtgrenze liegt, und sie mussten im Zeitpunkt des Vertragschlusses bei objektiver Betrachtungsweise davon ausgehen, dass sich Grundstücke in D._____ durch die wirtschaftliche Entwicklung der Schweiz und die Ausdehnung der städtischen Agglomerationen bis in die Randregionen rasch zum beliebten Nachfrageobjekt entwickeln könnten (vgl. dazu BGer 4A_375/2010 vom 22. November 2010, E. 3.2). Dass in den 1970-iger Jahren die streitgegenständliche Überbauung mit für das ursprüngliche D._____ neuartigen, untypischen Wohn-Ateliers errichtet wurde, war bereits Ausdruck dieser Entwicklung. Dass unter diesen Umständen bei Fixierung des Zinssatzes auf 6% durch die Wertzu-

nahme des Grundstücks im Verlauf von mehreren Jahrzehnten eine Vervielfachung des Baurechtszinses um den Faktor 5.72 von Fr. 503.75 pro Monat (Fr. 6'045.– jährlich gemäss Urk. 4/1 Blatt 24, vgl. Erw. III./1.5.1. vorne) auf Fr. 2'880.– pro Monat eintreten könnte, war bei objektiver Betrachtungsweise nicht unvorhersehbar; es liegen keine Umstände vor, die völlig ausserhalb der Vorstellungen über künftige Entwicklungen liegen würden. Vielmehr liegt diese Veränderung innerhalb des Risikos, welchem der von den ursprünglichen Vertragsparteien auf eine Dauer von zunächst 60 (vgl. Urk. 4/1 Blatt 20) und durch die Vertragsänderung vom 22. Dezember 1978 seither von 85 Jahren abgeschlossene Vertrag zwangsläufig unterworfen war und ist. Somit ist die fehlende Vorhersehbarkeit, die für die Anwendung der "clausula rebus sic stantibus" vorausgesetzt wäre, zu verneinen.

2.5.10. Doch selbst wenn man die fehlende Vorhersehbarkeit bejahen würde, käme man zu keinem anderen Resultat. Auch wenn der von der Klägerin verlangte Baurechtszins von Fr. 2'880.– pro Monat angesichts der konkreten Umstände zweifelsohne hoch ist, kann nämlich nicht gesagt werden, dass deswegen ein derart grosses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegen würde, dass ein gerichtliches Eingreifen angezeigt wäre. Dies wäre, wie unter Erw. III./2.5.4. dargelegt wurde, nur in einem derart krassen Fall möglich, dass das Beharren der Klägerin auf der vertraglichen Forderung als rechtsmissbräuchlich erschiene.

Eine derart massive Äquivalenzstörung ist schon allein bei einer isolierten Betrachtung der Höhe des verlangten Baurechtszinses nicht gegeben, was sich daran zeigt, dass in D._____ für Einfamilienhäuser offensichtlich Mietzinse in der Grössenordnung von gegen Fr. 5'000.– (exkl. Nebenkosten) verlangt werden. Die Beklagte selbst verwies in ihrer Klageantwortschrift auf ein – allerdings neueres, grösseres und nur einseitig angebautes – Mietobjekt in D._____, das im damaligen Zeitpunkt zu einem Mietzins von Fr. 4'900.– (exkl. Nebenkosten) auf dem Markt war (Urk. 12 S. 8 mit Verweis auf Urk. 13/3). Ein derartiger Mietzins für ein Einfamilienhaus ist aber in unmittelbarer Nähe zur Stadt Zürich ohnehin nicht aussergewöhnlich, was gerichtsnotorisch ist. Selbst wenn das Atelier-Wohnhaus

der Beklagten z.B. vom Ausbau-Standard her nicht mit dem von ihr angeführten Mietobjekt verglichen werden könnte, ergibt sich aus dem Zahlenvergleich jedenfalls, dass von einem krassen Missverhältnis nicht die Rede sein kann.

Hinzu kommt, dass die Frage, ob ein rechtlich relevantes Missverhältnis vorliegt, vorliegend nicht losgelöst vom Umstand beantwortet werden kann, dass der Baurechtsvertrag seit der Vertragsänderung im Jahre 1978 auf 85 Jahre ausgelegt ist und noch bis ins Jahr 2058 läuft. Daher wäre es verfehlt, für diese Frage auf eine "Momentaufnahme" abzustellen, wie die Beklagte dies tut. Zu berücksichtigen ist überdies, dass eine Neuberechnung des Baurechtszinses nach der Anpassungsklausel im Baurechtsvertrag nur alle 20 Jahre vorgesehen ist. Ob eine gravierende Äquivalenzstörung vorliegt, muss daher vorliegend zudem aufgrund einer Gesamtbetrachtung in zeitlicher Hinsicht beurteilt werden.

Angesichts der Schwankungen, denen Bodenpreise und Hypothekarzinsfuss naturgemäss unterliegen, in Kombination damit, dass eine Neuberechnung des Baurechtszinses gemäss der Anpassungsklausel nur alle 20 Jahre erfolgt, beinhaltet diese ein spekulatives Moment, das beide Parteien als Rechtsnachfolger der ursprünglichen Vertragsparteien grundsätzlich hinzunehmen hatten und haben. Beim ersten vertraglich vorgesehenen Anpassungstermin im Jahre 1993 wirkten sich die massgeblichen Faktoren möglicherweise zugunsten der Beklagten aus – jedenfalls erfolgte damals unbestrittenermassen keine Anpassung gemäss der Anpassungsklausel (vgl. Urk. 12 S. 4). Der erste Anpassungstermin fiel denn auch ausgerechnet in die Immobilienkrise der 1990er Jahre, als im Kanton Zürich der Hypothekarzinsfuss teilweise bei 7% lag, während gleichzeitig die Bodenpreise deutlich zurückgingen, was gerichtsnotorisch ist (BGer 5A_838/2019 vom 15. Oktober 2020, E. 5.2.4 m.H.; vgl. auch BGer 9C_735/2015 vom 14. September 2016, E. 8.2.3.4 und OGer TG, RBOG 2010 Nr. 10 vom 15. Oktober 2010, E. 4b). Die Klägerin oder ihr Rechtsvorgänger nahm somit 1993 hin, dass der Baurechtszins auch für die nächsten 20 Jahre, d.h. bis 2013, auf dem Verkehrswert des Landes im Jahre 1973 basierte. Anpassungen konnten mithin in der Zeitspanne bis 2013 einzig aufgrund der Indexierung erfolgen, und dies, obwohl die Bodenpreise nach 1993 deutlich anstiegen, und zwar, was gerichtsnotorisch ist, über-

proportional im Verhältnis zum Zürcher Index der Konsumentenpreise. Dass die massgeblichen Faktoren nunmehr, nach Verstreichen des zweiten Anpassungstermins, zu einem deutlich schlechteren Ergebnis für die Beklagte führen, wird durch die Gegebenheiten im Zeitraum bis zum 1. Januar 2013 relativiert. Zudem darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich der Bodenpreis und der Hypothekarzinsfuss im Hinblick auf die dritte und vierte vertragliche Anpassung des Baurechtszinses auch wieder zugunsten der Beklagten ändern können. Der vorliegende Fall liegt daher anders, als wenn beispielsweise eine Vertragsanpassung verlangt wird, weil das baurechtsbelastete Grundstück unerwartet von der Bau- in die Reservezone umgezont wurde und nunmehr nicht mehr entsprechend der ursprünglichen Absicht überbaut werden kann, ist doch eine solche Umzonung im Allgemeinen langfristig angelegt (vgl. den BGE 127 III 300 zugrundeliegenden Sachverhalt).

Das für die Anwendbarkeit der "clausula rebus sic stantibus" erforderliche krasse Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist demzufolge unter den vorliegend zu berücksichtigenden Umständen ebenfalls zu verneinen.

2.5.11. Die Anwendung der "clausula rebus sic stantibus" kommt somit vorliegend mangels Erfüllung der dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht in Frage. Wie es sich verhalten würde, wenn aufgrund der Anpassungsklausel – insbesondere bei Zugrundelegung eines höheren Verkehrswerts des Landes – ein Fr. 2'880.– pro Monat übersteigender Baurechtszins verlangt würde resp. ob dann die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der "clausula rebus sic stantibus" erfüllt wären, kann offenbleiben.

3. Die von der Vorinstanz zugrunde gelegte Zinshöhe sowie der von ihr berücksichtigte Zinsenlauf (Urk. 59 S. 26 ff. und S. 31 Dispositivziffer 1) blieben unbestritten, weshalb es damit sein Bewenden hat.

4. Somit ist Berufungsantrag Ziffer 1 abzuweisen und Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils zu bestätigen. Dies hat zur Konsequenz, dass Berufungsantrag Ziffer 3, dessen Begründung sich einzig aus der Argumentation der Beklagten zu Berufungsantrag Ziffer 1 ergibt, ebenfalls abzuweisen und auch Dispositiv-

ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils zu bestätigen ist. Da unter den gegebenen Umständen eine Rückweisung an die Vorinstanz nicht in Frage kommt, ist ferner Berufungsantrag Ziffer 2 abzuweisen. Berufungsantrag Ziffer 4 hat keine eigenständige Bedeutung, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Da sich die Berufung hinsichtlich der Dispositivziffern 1 und 2 des vorinstanzlichen Entscheids als unbegründet erweist, ist das von der Beklagten – zu Recht – nicht konkret bemängelte erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 3-6) ebenfalls zu bestätigen.

2.1. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 15'143.85, auf Fr. 2'470.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.2. Ferner ist die Beklagte zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'100.– festzusetzen. Da die Klägerin keinen Mehrwertsteuerzuschlag verlangt hat (Urk. 67, insb. S. 2), ist kein solcher zu gewähren.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 12. November 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'470.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'100.– zu bezahlen.
5. 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.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde 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. 15'143.85.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. April 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

MLaw H. Schinz

versandt am:

la