

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB140079-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Beschluss und Urteil vom 5. Juni 2015

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **B. _____,**

2. **C. _____,**

Kläger, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 1. Oktober
2014; Proz. CG080005**

Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 1'385'400.10 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 1. Mai 2006, den Betrag von CHF 38'721.45 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 31. August 2007, den Betrag von CHF 22'998.60 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 31. Januar 2007, den Betrag von CHF 16'173.80 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 31. August 2007, den Betrag von CHF 3'316.50 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 1. Mai 2006 und den Betrag von CHF 30.– zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 1. Oktober 2000 zu zahlen sowie den Betrag von CHF 59'786.90 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 31. August 2007 zu zahlen; alles unter Nachklagevorbehalt;
2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Sicherheit in Form einer Bankbürgschaft über den Betrag von CHF 1'385'400.10 zu leisten. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten den Betrag von CHF 38'721.45 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 31. August 2007, den Betrag von CHF 22'998.60 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 31. Januar 2007, den Betrag von CHF 16'173.80 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 31. August 2007, den Betrag von CHF 3'316.50 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 1. Mai 2006 und den Betrag von CHF 30.– zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 1. Oktober 2000 zu zahlen sowie den Betrag von CHF 59'786.90 zuzüglich Verzugszins von 5% p.a. seit dem 31. August 2007 zu zahlen; alles unter Nachklagevorbehalt.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 1. Oktober 2014 (act. 192 S. 65 f.):

1. Die Beklagte wird verpflichtet, zu Gunsten des Klägers 1) und der Klägerin 2) eine Sicherheit in Form einer Bankbürgschaft für den Betrag von Fr. 1'385'400.10 nebst Zins zu 5% seit 1. Mai 2006 zu errichten.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1) und der Klägerin 2)
 - Fr. 38'721.45 nebst Zins zu 5% p.a. seit 31. August 2007,
 - Fr. 3'316.50 nebst Zins zu 5% p.a. seit 4. Dezember 2007,
 - Fr. 22'998.60 nebst Zins zu 5% p.a. seit 4. Dezember 2007,
 - Fr. 16'173.80 nebst Zins zu 5% p.a. seit 4. Dezember 2007,
 - Fr. 59'786.– nebst Zins zu 5% p.a. seit 4. Dezember 2007 sowie
 - Fr. 30.– nebst Zins zu 5% p.a. seit 1. Oktober 2000zu bezahlen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 48'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 24.30 Auslagen für den Augenschein,
Fr. 747.40 Zeugenentschädigungen,
Fr. 31'072.15 Kosten des Gutachters; (weitere Kosten vorbehalten)
4. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.
5. Der vom Kläger 1 geleistete Barvorschuss von Fr. 300.– wird diesem zurückerstattet, resp. auf ein vom ihm noch zu bezeichnendes Konto überwiesen.
6. Der von der Beklagten geleistete Barvorschuss von Fr. 700.– wird mit den ihr auferlegten Kosten verrechnet.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 und der Klägerin 2 eine Prozessentschädigung von Fr. 56'400.– (inklusive Mehrwertsteuer von 7.6% bis 31. Dezember 2010 und von 8% ab 1. Januar 2011 sowie inklusive die Kosten des Friedensrichteramtes von Fr. 1'050.–) zu bezahlen.

Berufungsanträge:

der Beklagten, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (act. 190 S. 2):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 01. Oktober 2014 (CG080005/U/rb) sei aufzuheben, und die Klage vom 10. April 2008 sei vollumfänglich abzuweisen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger und Berufungsbeklagten.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 01. Oktober 2014 (CG080005/U/rb) zur Ergänzung des Sachverhaltes bzw. zur Durchführung des Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei das Gutachten von Dr. D. _____ vom 15. Mai 2012 aus dem Recht zu weisen und bei einer anderen sachverständigen Person ein neues Gutachten zu den Beweissätzen 1.1.1 und 1.1.2 einzuholen sei.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger und Berufungsbeklagten.

der Kläger, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungskläger (act. 198 S. S. 2):

1. Die Berufung vom 10. November 2014 sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Es sei in Gutheissung der *Anschlussberufung* die Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts March vom Bezirksgericht Affoltern vom 1. Oktober 2014 aufzuheben und die Klage wie folgt gutzuheissen:

Die Hauptberufungsklägerin/Anschlussberufungsbeklagte sei zu verpflichten, den Hauptberufungsbeklagten/Anschlussberufungsklägern den Betrag von CHF 1'385'400.10 zuzüglich Verzugszins vom 5% p.a. seit dem 1. Mai 2006 zu bezahlen;

unter Nachklagevorbehalt;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Hauptberufungsklägerin/Anschlussberufungsbeklagten.

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte/anwendbares Verfahrensrecht)

1. - 1.1 Die Eheleute BC. _____ (fortan: die Kläger) sind Eigentümer des Grundstücks Katasternummer ... im Gebiet "E. _____" der Gemeinde F. _____/ZH. Mit Ehevertrag vom 13. März 2008 begründeten sie eine allgemeine Gütergemeinschaft i.S. der Art. 221 ff. ZGB und insbesondere von Art. 222 ZGB, welche auch das früher im Eigentum von B. _____ stehende Grundstück erfasst (vgl. act. 19/1).

Die A. _____ AG (fortan: die Beklagte), die bis gegen Ende 1999 unter dem Namen ... A. _____ AG firmierte, ist ein Unternehmen mit Sitz in G. _____, das sich u.a. dem Tiefbau und der ..., ... und dem ... von Sand, Kies und anderen Baumaterialien widmet sowie der ... und ... von Baumaterialien.

1.2 Am 16. März 1993 schloss B. _____ für sich und seine Rechtsnachfolger im Grundeigentum an der Parzelle Katasternummer ... in F. _____ mit der Beklagten einen Dienstbarkeitsvertrag (vgl. act. 4/2). Darin räumte er der Beklagten im Wesentlichen das alleinige Recht zum Abbau von Kies auf dem Grundstück ein sowie das Recht zur Auffüllung der Kiesgrube. Die Beklagte verpflichtete sich demgegenüber die Grube mit geeignetem (vom Amt für Gewässerschutz zugelassenem) Material wieder aufzufüllen und zu rekultivieren. Ferner versprach sie dem Grundeigentümer für abgeführtes Kiesmaterial eine Entschädigung von 10% des Verkaufspreises von Mischkies beim Werk in H. _____ pro Kubikmeter sowie eine Entschädigung von 10% der Deponiegebühren für normales Ablagerungsmaterial in den Gruben F. _____ und H. _____ pro Kubikmeter (vgl. act. 4/2

Ziff. 3.1). Die Kubikmeter waren aufgrund von Kontrolllisten zu ermitteln, die die Beklagte zu erstellen hatte. Abzurechnen war monatlich und die Zahlungen hatten je auf den 30. des Folgemonates zu erfolgen (a.a.O., Ziff. 3.2). Das Ende des Abbaus und der Rekultivierung wurde von den Vertragsparteien grundsätzlich auf den 31. Dezember 2010 vorgesehen.

Der Dienstbarkeitsvertrag wurde öffentlich beurkundet. Das darin Geregelte wurde unbestrittenermassen als Personaldienstbarkeit im Grundbuch eingetragen. Die Anmeldung des Eintrages erfolgte am 16. März 1993 (vgl. act. 4/4 sowie act. 2 S. 7 und act. 14 S. 4). Unbestrittenermassen eingetragen sind (vgl. act. 4/4 und dazu act. 2 S. 5/6 [dort Ziff. 8] sowie act. 14 S. 3 [dort "Zu 8"]) einerseits das Kiesabbaurecht und damit zusammenhängende Fahr- und Wegrechte sowie Baurechte (vgl. act. 4/4 S. 1) sowie andererseits eine Beschränkung der Übertragbarkeit dieser Rechte: Die Übertragung bedarf der Zustimmung des Grundeigentümers (vgl. a.a.O., S. 2). Nicht Gegenstand der im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit sind demgegenüber obligatorische Vereinbarungen des Dienstbarkeitsvertrages, wie sich aus folgendem Hinweis des Grundbucheintrags ergibt (a.a.O., S. 2, Hervorhebung durch das Gericht): "Rechtsgrund: Dienstbarkeitsvertrag vom 16. März 1993, *welcher im übrigen auch* obligatorische Vereinbarungen enthält".

Die mit dem Dienstbarkeitsvertrag vom 16. März 1993 errichtete Personaldienstbarkeit löste eine entsprechende, zeitlich begrenzte Dienstbarkeit vom 24. August 1989 ab (vgl. act. 2 S. 5 [Ziff. 8] und dazu act. 14 S. 8).

1.3 Unstrittig ist, dass der Abbau von Kies in Etappen erfolgen sollte und auch so erfolgte. In der Zeit zwischen 1995 bis 2007 kam es zu drei Etappen (vgl. act. 2 S. 7, Ziff. 12, und dazu act. 14 S. 4).

Für die zweite Etappe des Kiesabbaus, beginnend mit dem Jahr 2003, schlossen die Parteien am 6. April 2004 zusätzlich eine "Interne Abmachung betreffend Abbau- und Auszahlungsmodalitäten in Bezug zum Dienstbarkeitsvertrag" (act. 4/9; fortan "Interne Abmachung" genannt). Diese Vereinbarung sah eine Entschädigung der Beklagten für Kies und Auffüllmaterial von jährlich Fr. 200'000.- bis zum 31. Dezember 2009 vor und eine Entschädigung ab dem 1. Januar 2010 von Fr. 150'000.- pro Jahr (a.a.O., Ziff. 2). Die Beklagte verpflichtete sich dabei, nie mehr Kies abzubauen als eine Menge, die dem Gegenwert

der jährlich zu vergütenden Tranche entspricht. Für den Fall, dass das abgebaute Kies diesen Wert übersteigt, wurde eine Sicherheitsleistung der Beklagten in Form einer Bankbürgschaft vorgesehen (a.a.O., Ziff. 4).

Die Beklagte verpflichtete sich dabei, monatlich für die Kläger aufgrund der Lieferscheine eine Kontrollliste zum abgebauten Kies und zum Auffüllmaterial (abgelagerte Deponiemengen) zu erstellen. Die (definitive) Berechnung der abgebauten Kieskubatur der 2. Etappe, und damit ebenso der insgesamt geschuldeten Vergütung, wurde der Berechnung durch ein von den Parteien gemeinsam beauftragtes Ingenieurbüro für den Zeitpunkt nach Beendigung des Abbaus und einer entsprechenden Zwischenabrechnung vorbehalten, die (definitive) Bestimmung der Auffüllkubatur der Berechnung durch das Ingenieurbüro nach vollendeter Wiederauffüllung und einer entsprechenden Schlussrechnung (vgl. a.a.O., Ziff. 3).

Die Parteien beschränkten die Geltung der "Internen Abmachung" vom 6. April 2004 auf die Dauer von fünf Jahren. Zu einer Verlängerung der Geltungsdauer kam es nicht.

1.4 Für das im Zeitraum 1995 bis 2007 abgebaute Kies erstellte unbestrittenermassen jeweils die Beklagte im Namen des Klägers Rechnungen an ihre Adresse, die stets die Angaben zur abgebauten Menge und zum Kubikmeterpreis enthielten und den Rechnungsbetrag auswiesen (vgl. act. 2 S. 7, Ziff. 12, und dazu act. 14 S. 4). Unstrittig ist zudem, dass die Beklagte bis Ende 2005 in den Rechnungen den Kubikmeterpreis anders bestimmte als ab dem Jahre 2006. Die im Vergleich zu vorher tiefere Preisbestimmung ab dem Jahre 2006 halten die Kläger für inkorrekt und berufen sich dabei auf den entsprechenden Passus des Dienstbarkeitsvertrag. Ebenso sind sie der Auffassung, die Beklagte habe in den Rechnungen für alle drei Etappen eine zu geringe Abbaumenge ausgewiesen. Zur Bestimmung der tatsächlichen Abbaumenge beauftragten sie gegen Ende Januar 2007 ein spezialisiertes Ingenieurbüro. Dessen Erhebungen zeigen eine erhebliche Differenz zur Abbaukubatur auf, welche die Beklagte in ihren Rechnungen jeweils auswies.

1.5 Die Kläger verlangten mit ihrer Klage bei der Vorinstanz im Wesentlichen zum einen die Zahlung der Abbaudifferenz, gerechnet nach den bis 2005 anerkannten

und danach von ihnen als korrekt erachteten Preisen für die gesamte erste und zweite Etappe (vgl. act. 2 S. 12-15) sowie für "die im Monat Juli 2007 erfolgte 3. Etappe" (a.a.O., S. 15). Zum anderen verlangen sie ebenfalls die Erstattung der Preisdifferenz zwischen dem in Rechnung gebrachten und von ihnen für korrekt erachteten Preis für die ab dem Jahre 2006 von der Beklagten ausgewiesene und damit anerkannte Abbaumenge in den Jahren 2006 und 2007 (vgl. act. 2 S. 11 f.).

Die Beklagte hielt auf Abweisung der Klage, im Wesentlichen mit dem Standpunkt, sie habe die Abbaumenge korrekt abgerechnet, zu gemäss Dienstbarkeit vereinbarten, korrekten Preisen, ja teilweise zu irrtümlich höheren als vereinbarten Preisen, woraus zu ihren Gunsten eine Verrechnungsforderung resultiere. Thematisiert wurde von der Beklagten zudem die Frage der Verjährung (vgl. act. 14 S. 2 ff, S. 9 ff.).

2. - 2.1 Die Klage wurde mit Schriftsatz vom 10. April 2008 bei der Vorinstanz anhängig gemacht. Nachdem die Beklagte ihre schriftliche Klageantwort eingereicht hatte, wurde das Hauptverfahren mündlich fortgesetzt und abgeschlossen (vgl. Vi-Prot. S. 4 ff.). Mit Beschluss vom 25. März 2009 wurde die Beweisaufgabe erlassen und das Beweisverfahren eröffnet. Der Beweisabnahmebeschluss erging am 9. Dezember 2009. Im Rahmen des Beweisverfahrens wurde ein Gutachten zur Frage der Abbaumenge eingeholt und fanden Befragungen von Zeugen sowie des Klägers in Form einer Beweisaussage statt. Es wurde zudem ein Augenschein in der Kiesgrube "E._____" durchgeführt, an dem auch der Gutachter teilnahm. Die Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis wurden mit Beschluss vom 12. Dezember 2012 eingeholt. Die schriftlichen Stellungnahmen gingen im März und Mai 2013 beim Bezirksgericht ein. Am 1. Oktober 2014 erging das angefochtene Urteil (act. 192 [= act. 183 = act. 191]).

Für weitere Einzelheiten zum vorinstanzlichen Verfahren kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (vgl. act. 192 S. 3-6).

2.2 Mit Schriftsatz vom 10. November 2014 erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 1. Oktober 2014 (vgl. act. 190 f.). Die vorinstanzlichen

Akten wurden von Amtes wegen beigezogen. Nach deren Eingang wurde von der Beklagten ein Kostenvorschuss einverlangt, der fristgerecht im Dezember 2014 geleistet wurde (vgl. act. 193, act. 195). Im Februar 2015 wurde Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Mit der Berufungsantwort (act. 198) erklärten die Kläger die Anschlussberufung, weshalb der Beklagten am 20. März 2015 Frist angesetzt wurde, die Anschlussberufung zu beantworten (vgl. act. 200). Die Antwort auf die Anschlussberufung samt Beilagen (act. 202; 203/1-3) ging am 11. Mai 2015 ein. Sie wurde den Klägern unter Hinweis darauf, die gesetzlich vorgesehenen Schriftenwechsel seien nun abgeschlossen, in der Folge noch zugestellt (vgl. act. 204).

Die Sache erweist sich heute als spruchreif.

3. - 3.1 Die Berufung wurde im Jahre 2014 erhoben, also nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) am 1. Januar 2011. Das Berufungsverfahren folgt daher gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO den Regeln der ZPO sowie der diese ergänzenden Erlasse kantonalen Rechts (GOG, GebV OG usw.).

Das Berufungsverfahren nach den Art. 308 ff. ZPO stellt im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes dar (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung ist daher die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375).

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind jedoch neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können (vgl. dazu auch BGE 138 III 625). Das heisst im Wesentlichen, dass eine Partei, die neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will bzw. einführt, jeweils darzulegen hat, dass dies

ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. etwa OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2).

3.2 Die Klage ist bereits im April 2008 anhängig gemacht worden, also vor dem Inkrafttreten der ZPO. Das vorinstanzliche Verfahren war daher gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO bis zu seinem Abschluss nach den Regeln der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) sowie der die ZPO/ZH ergänzenden übrigen Erlasse des kantonalen Rechts (GVG und Gebührenverordnungen) durchzuführen. Soweit es im Berufungsverfahren das vorinstanzliche Verfahren zu überprüfen gilt, hat das daher noch im Lichte dieses kantonalen Rechts zu erfolgen.

II.

(Zur Berufung und Anschlussberufung im Einzelnen)

1. - 1.1 Kurz zusammengefasst hat sich das Bezirksgericht im angefochtenen Urteil vorab mit prozessualen Fragen befasst und dabei u.a. auf die Abnahme von Beweismitteln der Beklagten verzichtet, deren Abnahme einst noch einem späteren Zeitpunkt vorbehalten worden war. Grund dieser Anordnung: Die Beklagte liess sich innert ihr dazu angesetzter Frist nicht vernehmen, weshalb androhungsgemäss Verzicht angenommen wurde (vgl. act. 192 S. 6).

1.1.1 Das Bezirksgericht hat danach ausgeführt, aus welchen Positionen sich die eingeklagte Forderung zusammensetzt. Es kam dabei zu den nachstehenden sieben Positionen (vgl. act. 192 S. 11 f.), die hier der Übersichtlichkeit halber wiedergegeben werden, versehen mit einer Nummerierung:

(1) Fr. 1'385'400.10 nebst Zins zu 5% p.a. seit 1. Mai 2006

für insgesamt 242'627 m³ *zu wenig* (574'921 m³ anstatt 817'548 m³) *abgerechnete lose Kiesabbaumenge in der 1. und 2. Etappe*
(242627 X Fr. 5.71 = Fr. 1'385'400.10);

(2) Fr. 38'721.45 nebst Zins zu 5% p.a. seit 31. August 2007

für 11'868 m³ abgerechnete lose Kiesabbaumenge in der

3. *Etappe* abzüglich der Zahlung von Fr. 32'961.25
(11868 X Fr. 6.04 = Fr. 71'682.70 – Fr. 32'961.25 =
Fr. 38'721.45);

- (3) Fr. 22'998.60 nebst Zins zu 5% p.a. seit 31. Januar 2007

falsche Preisberechnung (Fr. 1.53 statt Fr. 1.75 = Fr. 0.22)
zu Lasten der Kläger für die *Deponiegebühr* 2006 für die
Menge von 104'539 m³
(104539 X Fr. 0.22 = Fr. 22'998.60);
- (4) Fr. 16'173.80 nebst Zins zu 5% p.a. seit 31. August 2007

falsche Preisberechnung (Fr. 1.53 statt Fr. 1.90 = Fr. 0.37)
zu Lasten der Kläger für die *Deponiegebühr* 2007 für die
Menge von 43'713 m³
(43713 X Fr. 0.37 = Fr. 16'173.80);
- (5) Fr. 3'316.50 nebst Zins zu 5% p.a. seit 1. Mai 2006

Mehrpreis von Fr. 0.20 (Fr. 5.84 anstatt Fr. 6.04 pro m³) für
die von *Januar bis März 2006 abgerechnete Menge* von
16'582.5 m³
(16582.5 X Fr. 0.2 = Fr. 3'316.50);
- (6) Fr. 30.00 nebst Zins zu 5% p.a. seit 1. Oktober 2000

anerkannter Rechnungsfehler zu Lasten der Kläger in der
Abrechnung für August 2000
- (7) Fr. 59'786.90 nebst Zins zu 5% p.a. seit 31. August 2007

*anerkannte unbezahlte Forderungen für die Jahre 2006
und 2007*
(Fr. 259'786.90 anerkannter Betrag – Fr. 200'000 bezahlt =
Fr. 59'786.90);

Fr. 1'526'427.30 Gesamtbetrag ohne Zins.

1.1.2 Hernach hat sich das Bezirksgericht in seinem Urteil mit der Frage der Rechtsnatur des Dienstbarkeitsvertrages sowie den Fragen der Gültigkeit dieses Vertrages sowie der "Internen Abmachung" vom 6. April 2004 befasst (vgl. a.a.O., S. 18 ff.). Es erachtete beide Verträge als gültig. Weiter gelangte es – unter Hinweis auf Grundsätze der Auslegung von Dienstbarkeitsverträgen – zum Ergebnis, der den Klägern für den Abbau von Kies geschuldete Verkaufspreis berechne sich nach dem Listenpreis der Beklagten für das jeweilige Jahr, zumal sich die Beklagte über 10 Jahre hinweg selbst daran orientiert habe. Analog verhalte es sich mit

dem Deponiepreis (vgl. a.a.O., S. 22 f.). Die Verrechnungsforderung der Beklagten, die darauf basiert, dass die Beklagte während 10 Jahren den Klägern eine zu hohe, sich am Listenpreis orientierende Entschädigung bezahlt hat, verwarf es zudem, indem es den Standpunkt der Beklagten als rechtsmissbräuchlich erachtete (vgl. a.a.O., S. 25 ff.).

Weiter verwarf das Bezirksgericht den Standpunkt der Beklagten, sie schulde den Klägern für die Jahre 2006 und 2007 über Anerkanntes hinaus nichts, denn dieser Standpunkt basiere auf der unzutreffenden Auffassung der Beklagten, sie schulde den Klägern keine sich an den Listenpreisen, sondern an "Marktpreisen" orientierende Entschädigung (vgl. a.a.O., S. 29 f.).

1.1.3 Eingehend befasste sich das Bezirksgericht mit der Frage des Umfangs der Ausbeutung der Kiesgrube (vgl. act. 192 S. 31 ff.). Es hielt dabei zunächst die Klage für hinreichend substantiiert und verwarf die Verjährungseinrede der Beklagten (a.a.O., S. 32-35). Anschliessend befasste es sich mit den Beweismittelanträgen und den abgenommenen Beweismitteln, die es vor dem Hintergrund der Parteibehauptungen (vgl. a.a.O., S.39 ff.) wertete (vgl. a.a.O., S. 37 ff.). Es hielt im Ergebnis fest, den Klägern seien alle ihnen obliegenden Beweise gelungen (vgl. a.a.O., S. 51 f., S. 56, S. 58 f.). Gestützt auf die "Interne Abmachung", welche eine Sicherstellung vorsehe, verpflichtete es indessen die Beklagte nicht zur Zahlung der bisher noch nicht abgerechneten Ausbeute, sondern lediglich zur Sicherstellung. Im Übrigen verpflichtete es hingegen – wie dem eingangs aufgeführten Dispositiv entnommen werden kann – die Beklagte zur Zahlung.

1.2. - 1.2.1 Die Beklagte kritisiert in ihrer *Berufungsschrift* (act. 190) das Urteil des Bezirksgerichtes breit, z.T. in dem sie es aus ihrer Sicht referiert (vgl. beispielhaft act. 190, dort Ziff. 7.1, 9, 11, 23.4-6, 27.1-3, 33.1, 37.1, 38.19); die Berufungsschrift erreicht denn auch gut den doppelten Umfang aller Vorbringen der Beklagten im erstinstanzlichen Hauptverfahren (vgl. act. 14, act. 20 und Vi-Prot. 4-10). Wiederholt und bekräftigt werden dabei einerseits im Wesentlichen die bereits dem Bezirksgericht vorgetragenen Standpunkte und Rechtsauffassungen etwa zum Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages, zur Bezahlung, zur fehlenden Substantiierung der klägerischen Forderungen, zur Verjährung und zur bezirksgerichtlich

festgehaltenen Verpflichtung der Beklagten, eine Sicherheit für den Erlös aus Kiesgewinnung zu leisten (vgl. etwa act. 190 S. 3 [Ziff. 6], S. 6 ff., S. 12 ff., S. 40 f., S. 42 ff.). Andererseits kritisiert die Beklagte die vorinstanzlichen Beweiserhebungen insbesondere zur von den Klägern behaupteten tatsächlichen Kiesausbeute (vgl. a.a.O., S. 16-40), und da vor allem das Gutachten, sowie die bezirksgerichtliche Beweismwürdigung (vgl. auch a.a.O. S. 39 f.).

Zusätzlich rügt die Beklagte, sie habe dem Bezirksgericht am 15. und 24. Mai 2013 diverse Unterlagen eingereicht, welche das Bezirksgericht zu Unrecht als verspätet eingereicht erachtet und nicht berücksichtigt habe (vgl. act. 190 S. 3 ff.). Sie stellte daher den *prozessualen Antrag*, es seien diese Unterlagen (act. 175/1-20 und act. 177) "zu den Akten zu nehmen, die damit zusammenhängenden neuen Vorbringen zuzulassen und zu diesen neuen Vorbringen die beantragten Beweise abzunehmen" (act. 190 S. 2). Darauf wird im gegebenen Sachzusammenhang einzugehen sein.

Auch in ihrer *Antwort zur Anschlussberufung* (act. 202) liess sich die Beklagte breit vernehmen, teilweise ohne Bezug auf das in der Anschlussberufung Vorbrachte (vgl. etwa act. 202 S. 3, "Zu 6 und 7" [und dazu act. 198 S. 4], S. 3 "Zu 8 und 9" [und dazu act. 198 S. 5 Ziff. 9]), aber in Wiederholung ihrer Auffassung (vgl. etwa act. 202 S. 5 und dazu act. 190 S. 5) und ebenso unter Wiederholungen dessen, was sie vorinstanzlich schon dargelegt hatte (vgl. etwa act. 190 S. 5, dort Ziff. 8, zweiter Absatz). Zudem reichte sie Rechnungen der Kläger an sie für Deponie-Einfüllungen im Spätsommer 2013 und im März 2014 ein, die belegen sollen (vgl. act. 202 S. 8), dass entgegen klägerischen Vorbringen am 6. April 2009 noch keine vollständige Wiederauffüllung der Grube bestanden hat (act. 203/1-3).

1.2.2 Wie die Beklagte stellen auch die Kläger in der Berufungsantwort und der Begründung ihrer Anschlussberufung (vgl. act. 198) *prozessuale Anträge*. Dabei verlangen sie, es seien neu von ihnen eingereichte Urkunden, nämlich Belastungsanzeigen vom 24. Dezember 2010 (act. 199/1) und vom 25. Juli 2011 (act. 199/2) "zu den Akten zu nehmen, die damit zusammenhängenden neuen Vorbringen zuzulassen und die beantragten Beweise abzunehmen" (act. 198 S. 3). Im Weiteren beantragen sie, den prozessualen Antrag der Beklagten abzu-

weisen (a.a.O., S. 3). Ebenfalls auf diese Anträge wird im gegebenen Sachzusammenhang einzugehen sein.

Die *Berufungsantwort* der Kläger orientiert sich an der Berufung der Beklagten, ist ebenfalls breit ausgefallen (sie erstreckt sich über einiges mehr als 40 Seiten; vgl. act. 198 S. 14-60) und hält im Wesentlichen jeweils fest, dass und warum einerseits das angefochtene Urteil aus der Sicht der Kläger zutreffend ist und das hingegen für die Einwände der Beklagten gegen das Urteil andererseits gerade nicht gilt. Dabei schliessen sich die Kläger der bezirksgerichtlichen Auffassung zur Gültigkeit und zum Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages grundsätzlich ebenso an wie zur Gültigkeit der "Internen Abmachung". Zu letzterer halten sie indessen fest, sie sei zeitlich begrenzt gewesen. Und die Kläger begründen damit ihre *Anschlussberufung* (vgl. act. 198 S. 5-13) im Wesentlichen mit dem Argument, aufgrund des Dahinfallens der "Internen Abmachung" sei auch die darin enthaltene, vom Dienstbarkeitsvertrag abweichende Zahlungsmodalität der Sicherstellung in Form einer Bankbürgschaft (Ziffer 5 der "Internen Abmachung") nicht mehr anwendbar und bestehe die Pflicht der Beklagten zur Zahlung (vgl. a.a.O., S. 8 f.). Das gelte zudem ebenfalls, weil es um Schadenersatzansprüche der Kläger aus Vertragsverletzungen der Beklagten gehe, welche von der "Internen Abmachung" nicht erfasst seien (vgl. a.a.O., S. 9 -11).

1.2.3 Die Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren sind hier sachgemäss – es geht darum, eine Übersicht zu geben – äusserst verknüpft dargestellt. Im Folgenden werden indessen alle gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässigen Vorbringen berücksichtigt, und zwar auch dann, wenn das nicht ausdrücklich vermerkt ist.

2. - 2.1 Die Kläger anerkennen im Zusammenhang mit dem prozessualen Antrag der Beklagten, es seien u.a. auch die act. 175/8-20 zu den Akten zu nehmen usw., dass die Beklagte ihnen mit zwei Teilzahlungen vom 4. Februar 2008 und vom 9. Februar 2009 den Betrag von Fr. 59'786.90 für die Jahre 2006 und 2007 bezahlt hat (vgl. act. 198 S. 14/15, dort insbes. Ziff. 46). Die erste Teilzahlung erfolgte gemäss insoweit anerkannter Darstellung der Beklagten (vgl. act. 190 S. 13 f. und dazu act. 198 S. 14/15, dort insbes. Ziff. 46, ferner S. 30) im Teilbetrag von Fr. 28'825.55 bereits am 4. Februar 2008 und im Übrigen am 9. Februar

2009. Im Umfang dieser anerkannten Zahlungen ist das Verfahren gegenstandslos und entsprechend abzuschreiben.

Der Klarheit halber anzumerken ist noch, dass sich die Anerkennung der Zahlung auf Pos. (7) der Aufstellung zu den einzelnen Posten der Klage bezieht, die vorstehend in Ziff. II/1.1.1 aufgeführt ist. Auf Pos. (7) wiederum bezieht sich Dispositivziffer 2 des angefochtenen Urteils. Die dort angeordnete Verpflichtung der Beklagten, den Klägern Verzugszinsen auf dem Betrag von Fr. 59'786.90 zu leisten, ist weiterhin strittig (vgl. act. 190 S. 14 f. und act. 198 S. 30).

2.2 Kein Prozessthema mehr ist überdies die Verrechnungsforderung der Beklagten (vgl. dazu vorn Ziff. II/1.2) für zu viel bezahlte Entschädigung in den Jahren 1996 bis 2005, welche die Beklagte im bezirksgerichtlichen Verfahren mit der Klageantwort (act. 14 S. 9 f.) im Umfang von insgesamt Fr. 737'465.50 geltend gemacht hatte (entsprechend Fr. 783'477.80 für 1996 bis 2006 minus Fr. 46'012.30 für 2006; vgl. a.a.O., S. 10). Denn in der Berufung erklärt die Beklagte ausdrücklich, sie halte nicht mehr an dieser Forderung fest (vgl. act. 190 S. 7, unten). Das ist der Klarheit halber vorzumerken.

3. Ein Hauptpunkt des Streites sind der Dienstbarkeitsvertrag vom 16. März 1993 (act. 4/2) und die diesen ergänzende "Interne Abmachung" der Parteien vom 6. April 2004. Die Gültigkeit und damit der Bestand beider Verträge ist im Berufungsverfahren grundsätzlich kein Thema mehr: Beide Parteien schliessen sich den Erwägungen des Bezirksgerichtes im angefochtenen Urteil insbesondere auch zur Gültigkeit der "Internen Abmachung" (vgl. act. 192 S. 19-21) an. Das ist richtig, weil sich die entsprechenden bezirksgerichtlichen Erwägungen insgesamt als zutreffend erweisen und insoweit keiner Ergänzung bedürfen.

Strittig sind hingegen im Wesentlichen weiterhin drei Punkte. So gehen die Auffassungen der Parteien darüber auseinander, was sie mit den in Ziff. 3.1 des Dienstbarkeitsvertrages vereinbarten Verkaufspreis und Deponiegebühr übereinstimmend meinten, an denen sich die von der Beklagten zu entrichtenden Entschädigungen orientieren. Weitere Streitpunkte sind zum einen die Frage, ob die Parteien im Dienstbarkeitsvertrag bzw. der ergänzenden "Internen Abmachung" periodische Leistungen i.S. des Art. 128 Ziff. 1 OR vereinbarten, sowie zum an-

dem – aufgrund der Anschlussberufung – die Folgen der bis zum 6. April 2009 beschränkten Vertragsdauer der "Internen Abmachung" (vgl. act. 198 S. 8-11).

3.1 - 3.1.1 Die Parteien des Dienstbarkeitsvertrages bestimmten in den ersten zwei Absätzen von Ziff. 3.1 des Vertrages (vgl. act. 4/2 S. 4), die Beklagte habe dem Grundeigentümer eine Entschädigung zu bezahlen, die für abgeführtes Kiesmaterial immer 10% des Verkaufspreises beim Kies- und Betonwerk der Beklagten in H._____ entspreche. Und es wurde weiter darauf hingewiesen, 1992 betrage die Entschädigung Fr. 5.09 per m³ abgeführtes Kiesmaterial. Analog wurde in den Absätzen 3 und 4 der Ziff. 3.1 des Dienstbarkeitsvertrages die Entschädigung für zugeführtes Ablagerungsmaterial bestimmt, nämlich auf immer 10% der Deponiegebühr für normales Ablagerungsmaterial in den Gruben F._____ und H._____, unter Hinweis auf den Stand 1992 (Entschädigung von Fr. 1.30 per m³ zugeführtes Material).

Die Kläger machen geltend, mit Verkaufspreis und Deponiegebühr seien von den Vertragsparteien die entsprechenden Listenpreise der Beklagten für das jeweilige Jahr gemeint gewesen (act. 2 S. 7 und S. 11 f.; siehe ferner act. 198 S. 20). Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, mit Verkaufspreis und Deponiegebühr hätten die Vertragsparteien den jeweiligen von der Beklagten erzielten tatsächlichen Erlös bzw. "Marktpreis" für das Kies und die tatsächlich von der Beklagten erlösten Deponiegebühren für normales Ablagerungsmaterial gemeint (vgl. act. 14 S. 3 f., S. 6 und Vi-Prot. S. 5). Das gilt für die Beklagte sodann unbeschadet dessen, dass sie – wie erwähnt – die Verrechnungsforderung bis 2005 nicht mehr geltend macht, also insbesondere ab 2006. Und sie hält fest, einer Änderung des einst Vereinbarten, wie es ihr die Kläger unterstellten, nämlich der Berechnung der Entschädigung nach Listen- bzw. Katalogpreisen, habe sie nie schriftlich zugestimmt, was aber zwingend nötig gewesen wäre (vgl. act. 190 S. 6, S. 7 f.).

Letzteres ist in der Sache offensichtlich unzutreffend: Die Kläger behaupten keine Änderung von einst Vereinbartem, sondern einen anderen Inhalt des einst Vereinbarten als die Beklagte (und leiten daraus die klageweise geltend gemachten Ansprüche ab). Nur darum ging es im bezirksgerichtlichen Verfahren und geht es auch heute.

3.1.2 Das Bezirksgericht hat die divergierenden Auffassungen der Parteien zu dem, was im Dienstbarkeitsvertrag mit den Begriffen Verkaufspreis und Deponiegebühren vereinbart worden sein soll, als Problem der Vertragsauslegung betrachtet, ausgehend von einem unklaren Wortlaut (vgl. act. 192 S. 22). Richtig hat es dabei erkannt, dass für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit der Art. 738 ZGB anwendbar ist, gemäss dem bei unklarem Wortlaut des Grundbucheintrages auf den Erwerbsgrund bzw. Begründungsakt (also den Dienstbarkeitsvertrag) zurückzugreifen ist und dann auf die Art, wie die Dienstbarkeit während langer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (vgl. a.a.O., S. 23). Das alles bezieht sich auf die Dienstbarkeit, wie sie im Grundbuch eingetragen ist. Die Parteien streiten allerdings nicht um den Inhalt dessen, was aufgrund des Dienstbarkeitsvertrages im Grundbuch als Dienstbarkeit unbestrittenermassen eingetragen worden ist (vgl. vorn Ziff. I/1.2 sowie act. 4/4 und dazu act. 2 S. 5/6 [dort Ziff. 8] sowie act. 14 S. 3 [dort "Zu 8"]). Sie streiten vielmehr um den Inhalt einer obligatorischen Bestimmung des Dienstbarkeitsvertrages, die nicht unmittelbarer Gegenstand der Dienstbarkeit ist (vgl. vorn Ziff. I/1.2). Das hat zur Folge, dass der Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages gemäss den allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln, insbesondere der Art. 1 f. OR und Art. 18 OR, festzustellen ist. Zu ermitteln ist daher zunächst (weil die Parteien ja am Vertrag und dessen Wortlaut als gemeinsam gewollt festhalten), was der wirkliche übereinstimmende Wille der Parteien war bzw. ist, der mit dem vertraglichen Wortlaut zum Ausdruck gebracht wird. Und erst dann, wenn sich das nicht feststellen lässt, kommt es zur Auslegung des Vertrages nach dem Vertrauensprinzip, zur insoweit objektivierten Inhaltsermittlung (vgl. dazu allgemein etwa ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 308 ff. oder GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. A., Zürich 2008, Rz. 1200 f., je mit Verweisen auf die gefestigte, konstante bundesgerichtliche Praxis).

Nicht anders liegen die Dinge im Übrigen dann, wenn man den strittigen Inhalt der obligatorischen Bestimmungen des Dienstbarkeitsvertrag im Lichte des Art. 738 ZGB betrachten will. Denn im Verhältnis zwischen den Parteien, die einander zur Zeit der Begründung der Dienstbarkeit gegenüber standen, hat nicht der Eintrag, sondern der Erwerbsgrund, also der vertragliche Begründungsakt,

die Wirkung inhaltlicher Gestaltung (vgl. BGE 123 III 461 E. 2c, unter Verweis auf ZK-LIVER, Art. 738 ZGB N 23; vgl. ferner etwa BGE 137 III 145 E. 3.2). Und die Ermittlung des Inhalts folgt auch in diesem Fall den üblichen vertragsrechtlichen Regeln (vgl. a.a.O., sowie z.B. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. A., Zürich 2012, Rz. 1275a). Nur wenn sich nicht mehr die ursprünglichen Vertragsparteien gegenüber stehen, sondern höchstens noch eine dieser Parteien einem Dritterwerber gegenüber, werden die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs i.S.v. Art. 973 Abs. 1 ZGB beschränkt (vgl. etwa BGE 137 III 145 E. 3.2).

Diese Konstellation ist hier indessen nicht gegeben. Es stehen sich weiterhin als sog. ursprüngliche Vertragsparteien die Beklagte und der Kläger B._____ gegenüber. Dass auf der Klägerseite C._____ Kraft ehevertraglicher Regelung im März 2008 (vgl. act. 19/1) zwischenzeitlich als (Gesamt-)Eigentümerin am Grundstück hinzugekommen ist (vgl. auch vorn Ziff. I/1.19), ändert daran nichts. Es liegt im ehevertraglich begründeten Beitritt von C._____ ins Gesamteigentum sodann kein Erwerb durch einen Dritten i.S. des Art. 973 Abs. 1 ZGB vor, und zwar nur schon deshalb, weil C._____ sich damals über den gesamten Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages hat informieren können und im Übrigen darüber auch offenkundig informiert war. Denn bereits im April 2004 trat sie bei der "Internen Abmachung" neben ihrem Gatten bzw. mit diesem zusammen als Vertragspartei gegenüber der Beklagten auf (vgl. act. 4/9; vgl. auch vorn Ziff. I/1.3). Die "Interne Abmachung" wiederum hatte Änderungen der im Dienstbarkeitsvertrag getroffenen Entschädigungsregelung zum Gegenstand, was entsprechende Inhaltskenntnis i.S. des Art. 974 ZGB voraussetzt (vgl. auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., Rz. 598: "Dem Kennen ist das Kennenmüssen gleichgestellt"). Beide Parteien behaupteten daher zu Recht nicht, C._____ habe im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages, mit dem sie neben dem Kläger zur Gesamteigentümerin des mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks wurde, keine Kenntnis vom Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages gehabt.

3.1.3 Sind also die allgemeinen vertraglichen Grundsätze der Vertragsinhaltsermittlung anzuwenden und ist – wie hier – strittig, was die Parteien übereinstimmend als Vertragsinhalt gewollt haben, so ist der übereinstimmende tatsächliche

Wille bzw. Vertragsinhalt festzustellen, und zwar im Rahmen eines Beweisverfahrens (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO und § 133 ZPO ZH). Davon kann nur dann abgesehen werden, wenn von vornherein klar ist, dass sich dieser tatsächliche Wille in prozessual gehöriger Weise nicht mehr feststellen lässt. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Parteien keine Beweismittel genannt haben oder nur offenkundig untaugliche oder wenn die vorhandenen, von den Parteien zum Thema bezeichneten Beweismittel sowie der unstrittige Sachverhalt eine sog. antizipierte Beweiswürdigung zulassen.

Nach der ZPO/ZH haben die Parteien ihre Beweismittel abschliessend erst dann zu bezeichnen, wenn sie mit dem Beweisaufgabebeschluss i.S. des § 136 ZPO/ZH zur Beweismittelbenennung aufgefordert werden. Zur Frage dessen, was die Parteien mit dem Verkaufspreis und den Deponiegebühren übereinstimmend gewollt haben, hat das Bezirksgericht kein Beweisverfahren durchgeführt und dementsprechend auch keinen Beweisaufgabebeschluss mit entsprechenden Beweissätzen erlassen. Die Parteien bezeichneten daher auch keine Beweismittel dazu. Deshalb kann heute nicht gesagt werden, der tatsächliche übereinstimmende Wille sei in prozessual gehöriger Weise nicht mehr feststellbar. Ebenso scheidet, weil es an den Beweismittellofferten der Parteien zum Thema fehlt, eine antizipierte Beweiswürdigung aus. Eine solche ist auch nicht mit einem Rückgriff darauf möglich, dass die Beklagte erstelltermassen über Jahre hinweg einen höheren Preis leistete als den, der sich an dem von ihr als vereinbart behaupteten tatsächlichen Erlös orientierte. Wie das Bezirksgericht zutreffend erkannte (vgl. act. 192 S. 23 f.), würde dieses jahrelange Leistungsverhalten der Beklagten dieser zwar das erfolgreiche geltend Machen eines Anspruchs auf Rückforderung bzw. Verrechnung abschneiden. An diesem Anspruch auf Verrechnung hält die Beklagte heute allerdings nicht mehr fest (vgl. vorn Ziff. II/2.2).

Das jahrelange Verhalten der Beklagten bleibt damit allerdings weder ungeschehen noch ist es prozessual unbeachtlich geworden. Beachtlich bleibt daher ebenso die Sachdarstellung der Beklagten, sie habe irrtümlich bzw. aus Gründen der Vereinfachung höhere Zahlungen geleistet, als sie hätte leisten müssen. Sofern sich diese höheren Zahlungen der Beklagten tatsächlich am Listenpreis bzw. Katalogpreis orientierten (10% davon), stellten sie auf jeden Fall ein gewichtiges,

nicht zu übergehendes Indiz für das dar, was im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien entsprochen haben kann (und es gilt das ebenso im Lichte des Vertrauensprinzips bei objektivierter Auslegung als eines von mehreren Elementen). Und es wird dann dieses Indiz in Kenntnis der von den Parteien erst noch zu bezeichnenden Beweismittel zu würdigen sein. Ohne Kenntnis dieser übrigen möglichen Beweismittel kann aus diesem Indiz hingegen noch nichts derart Schlüssiges, Überzeugendes hergeleitet werden, das Beweiserhebungen als überflüssig erscheinen liesse.

Wie die Beklagte der Sache nach zutreffend rügt (vgl. act. 190 S. 6 ff.), hat sie zudem gar nicht behauptet, die von ihr jeweils geleisteten höheren Entschädigungen hätten sich durchgehend an den Listen- und Katalogpreisen orientiert (entsprechend 10% davon). Sie hat nur behauptet, anfänglich hätten Listen- und Katalogpreis dem tatsächlichen Erlös entsprochen (vgl. act. 14 S. 3), und sie habe danach jeweils eine höhere Entschädigung bezahlt, als sie effektiv hätte zahlen müssen, ohne aber einen Bezug auf den Listen- bzw. Katalogpreis bzw. eine zehnpromtente Wertentsprechung zu nehmen. Tatsächliche Feststellungen des Bezirksgerichtes dazu, dass die effektiv von der Beklagten an die Kläger geleisteten Zahlungen stets in etwa 10% des Listen- bzw. Katalogpreises entsprochen hatten, fehlen im angefochtenen Urteil. Beweiserhebungen unterblieben vielmehr, was die Beklagte insoweit zu Recht rügt (vgl. act. 190 S. 9, oben).

Um auch das noch zu erwähnen. Im Dienstbarkeitsvertrag wird der "Verkaufspreis von Mischkies beim Kies und Betonwerk der Unternehmerin in H._____" als massgeblich bezeichnet (vgl. act. 4/2 S. 4 Ziff. 3.1). Die Deponiegebühr wird definiert als eine "für normales Ablagerungsmaterial in den Gruben F.____ und H._____" (a.a.O.). Behaupten die Kläger einen Listen- und Katalogpreis als vereinbart, machen sie sachgemäss zugleich geltend, es habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im März 1993 entsprechende Listen- bzw. Katalogpreise der Beklagten für das Werk H.____ bzw. die Gruben F.____ und H.____ gegeben. Und es können daher nur diese Listen- bzw. Katalogpreise für das Vereinbarte massgebend sein. Ob es tatsächlich solche Listen- bzw. Katalogpreise gab, kann dem angefochtenen Urteil so allerdings nicht entnommen werden.

3.1.4 Im Übrigen mag es sein, dass das Zahlungsverhalten der Beklagten über Jahre hinweg bei den Klägern Vertrauen zu erwecken vermochte, wie das Bezirksgericht auch noch erwog (vgl. a.a.O., S. 25). Damit ist für einen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Konsens über den Inhalt dessen, was für beide Parteien als Verkaufspreis usw. gilt, allerdings per se noch nichts gewonnen: War vereinbart, was die Kläger behaupten, bedarf es ohnehin gar keines erst im Nachhinein begründeten Vertrauens, sondern galt von Anfang an, was übereinstimmend abgemacht war. Und die unbestrittenermassen höheren Zahlungen der Beklagten über Jahre hinweg stützten dann den klägerischen Standpunkt (im Sinne vorbehaltloser Erfüllung), soweit sie stets wenigstens 10% des Listen- bzw. Katalogpreises entsprachen.

Umgekehrt, nämlich dann, wenn die Sachdarstellung der Beklagten zutrifft, vermag das jahrelange Verhalten der Beklagten allein noch nicht zwingend einen das einst Vereinbarte ersetzenden neuen Konsens zu begründen, jedenfalls dann nicht, wenn die Zahlungen nicht stets wenigstens dem vereinbarten Prozentsatz der Listen- bzw. Katalogpreise entsprachen, zumal von der Beklagten geltend gemacht wird, der Listenpreis und der tatsächliche Erlös seien zeitweise identisch gewesen (vgl. act. 14 S. 3). Zudem stellte sich die weitere Frage, ob für die Änderung der bloss obligatorischen Bestimmungen des Dienstbarkeitsvertrages auch eine Form zu beachten war, wie die Beklagte das der Sache nach moniert. Bei der "Internen Abmachung" gingen die Parteien jedenfalls übereinstimmend davon aus (vgl. dazu auch Art. 16 OR). Wie gesehen (vorn Ziff. II/3.1.1, a.E.), kann es darauf aber nicht mehr ankommen, weil die Kläger sich gar nicht auf eine konkludente bzw. stillschweigende Änderung des im Dienstbarkeitsvertrages einst Vereinbarten berufen, sondern ihre Forderungen aus dem in diesem Vertrag übereinstimmend zur Entschädigungsbestimmung Gewollten abstützen.

3.1.5 Sachverhaltsmässig zu klären sind demnach noch zwei Punkte. Zum einen ist zu prüfen, was die Parteien im Dienstbarkeitsvertrag übereinstimmend mit den Begriffen "Verkaufspreis" und "Gebühren" meinten (bezogen auf das Werk H._____ und die Gruben F._____ und H._____), also ob sie darunter insbesondere die entsprechenden Listen- und Katalogpreise der Beklagten verstanden und als massgeblichen Wert für die Festsetzung der Entschädigung bestimmten. Zum

anderen ist festzustellen, ob die bis Ende 2005 von der Beklagten geleisteten höheren Entschädigungen jeweils in etwa 10% des Listen- bzw. Katalogpreises der Beklagten für das jeweilige Jahr entsprachen, wie die Kläger das der Sache nach behaupten (vgl. etwa act. 2 S. 8, oben, act. 18 S. 2, 4).

Die Kläger fordern eine Vergütung aus Vertrag und haben entsprechende Sachbehauptungen zum Vertragsinhalt aufgestellt. Im Sinne einer Hilfstatsache dazu haben sie ferner eine Erfüllung durch die Beklagte über Jahre im Umfang der behaupteten Vergütung geltend gemacht. Es trifft sie daher als sog. Vertragskläger die Last des Hauptbeweise für den zur Vergütung behaupteten Vertragsinhalt (vgl. etwa BGE 128 III 271 E. 2a/bb oder BGE 134 III 234 E. 7) und die dazugehörige Hilfstatsache der entsprechenden Erfüllung.

Die Frage, welchen Inhalt der Dienstbarkeitsvertrag hinsichtlich der Höhe der von der Beklagten geschuldeten Entschädigung hat, ist ein wesentlicher Aspekt für die Beurteilung der Klage. Er ist massgeblich insbesondere für die Positionen (3), (4) und (5) der Aufstellung in Ziff. II/1.1.1, aber ebenso für ab dem Jahr 2006 in zweiter und dritter Etappe abgebauten Kies (vgl. dazu act. 2 S. 11, 12 und 15) gemäss Positionen (1) und (2). Der entsprechende Sachverhalt dazu steht noch nicht fest und ist insoweit zu ergänzen. Das hat grundsätzlich im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens zu erfolgen (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

Zu prüfen ist, nicht zuletzt mit Blick auf die weiteren Rügen und Anträge der Beklagten, ob es dabei bleibt.

3.2 - 3.2.1 Die Beklagte ruft die Verjährung an, im Wesentlichen mit dem Argument, die von ihr aufgrund des Dienstbarkeitsvertrages (act. 4/2, dort Ziff. 3.3) geschuldeten Entschädigungen stellten periodische Leistungen i.S. des Art. 128 Ziff. 1 OR dar. Die Verjährung sei daher mit dem Ablauf von fünf Jahren seit der Fälligkeit der Forderungen eingetreten. Der von ihr gegenüber den Klägern erklärte Verzicht auf die Einrede der Verjährung beschränke nur Forderungen, die im Zeitpunkt der Erklärung noch nicht verjährt gewesen seien (vgl. act. 14 S. 9 und act. 190 42 ff.).

Die Kläger halten dem im Wesentlichen entgegen, die Frage der Verjährung stelle sich nicht, weil sich ihre Forderungen auf Kiesmengen beziehe, den die Beklagte zwar abgebaut, aber nicht vergütet habe, wie es ihr der Dienstbarkeitsver-

trag auferlegt habe (vgl. act. 18 S. 14). Deshalb liege eine Forderung aus Vertragsverletzung vor (vgl. act. 198 S. 52, 54). Zudem wird Rechtsmissbrauch erwähnt. Weiter werten die Kläger die Zahlungen der Beklagten als Abschlagszahlungen, weil Gegenstand des Dienstbarkeitsvertrages die Ausbeutung des Kieses in der Grube "E. _____" als solche sei sowie die entsprechende Zuführung von Auffüllmaterial. Die Parteien hätten denn auch bestimmt, dass die Abrechnungen der Beklagten über den gesamten abgebauten Kies (also insbesondere den in erster und zweiter Etappe) unter dem Vorbehalt einer Überprüfung der effektiv abgebauten Kies- und zugeführten Ablagerungsmaterialmenge gestanden habe (vgl. act. 18 S. 14 und act. 198 S. 52).

3.2.2 Anders als bei der von der Beklagten zu leistenden Entschädigung streiten sich die Parteien hier nicht darum, was von ihnen beim Vertragsschluss übereinstimmend gewollt war, sondern um die rechtlichen Folgen dessen, was sie vereinbart haben. Streitpunkt ist m.a.W. keine Tatsachen-, sondern eine Rechtsfrage.

Das Bezirksgericht verwarf, vorab unter Verweis auf Literatur (vgl. act. 192 S. 33/34), den Standpunkt der Beklagten, das von den Parteien zur Zahlung Vereinbarte habe periodische Leistungen i.S. des Art. 128 Ziff. 1 lit. a OR begründet (vgl. a.a.O., S. 33 f.). Das Bezirksgericht erwog dabei, in Anlehnung an die für die Parteien zwingenden Vorschriften des Gestaltungsplans (vgl. act. 19/4 S. 3) sei der Abbau und die Wiederauffüllung der Kiesgrube etappiert worden; jede der drei Etappen bilde eine abgeschlossene Einheit. Mit der "Internen Abmachung" sei zudem vereinbart worden (und zwar in deren Ziff. 3 Abs. 2), nach Beendigung der zweiten Etappe solle die abgebaute Kiesabrechnung berechnet und gestützt darauf eine Zwischenabrechnung erstellt werden. Erst zu diesem Zeitpunkt sei bekannt, wieviel Material überhaupt abgebaut worden sei. Von periodisch wiederkehrenden Leistungen könne daher keine Rede sein. Es lägen somit drei gesamtzeitliche Leistungen vor, für die die Beklagte monatlich Abschlags- bzw. Teilzahlungen habe erbringen müssen; die zehnjährige Verjährungsfrist beginne jeweils mit der Beendigung der einzelnen Etappen. Überdies seien gemäss Ziff. 3 der "Internen Abmachung" die erste und zweite Etappe in Bezug auf die Nachkontrolle der Abbaukubatur als Einheit angesehen worden; von daher könne die fünfjährige

Verjährungsfrist bei Fälligkeit der einzelnen Entschädigungen (Raten) nicht zur Anwendung gelangen. Die zweite Etappe sei schliesslich im Jahre 2006 beendet worden, weshalb mit Sicherheit gesagt werden könne, die Forderungen seien zum Zeitpunkt der Klageeinleitung nicht verjährt gewesen. Die Frage, wann die Verjährungsfrist genau zu laufen begonnen habe, könne daher in jedem Fall offen gelassen werden.

3.2.3 Die Auffassung des Bezirksgerichtes erweist sich übers Ganze gesehen als zutreffend, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen vorab auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil zu verweisen ist. Ergänzend bzw. vertiefend ist aber noch Folgendes anzumerken.

Charakteristisch für periodische Leistungen ist nicht, dass sie auf einem einheitlichen Rechtsgrund beruhen; das ist z.B. auch bei Ratenleistungen bzw. Abschlagszahlungen der Fall. Wesentlich ist ebenfalls nicht, dass die Leistungen aufgrund des einheitlichen Rechtsgrunds regelmässig anfallen (auch das ist z.B. bei Raten der Fall). Entscheidend ist endlich ebenfalls nicht, dass der einheitliche Rechtsgrund in einem Dauerschuldverhältnis liegt (so wird z.B. mit dem Mietvertrag ein Dauerschuldverhältnis begründet, nicht jedoch per se eine periodische Zinsleistung des Mieters; vgl. ZK-HIGI, Art. 257 OR N 34, mit Verweisen). Entscheidend ist die Periodizität als solche, die von den Vertragsparteien zu verabreden ist (oder gerichtlich bzw. gesetzlich bestimmt wird, wie z.B. bei Unterhaltsleistungen, worum es hier aber nicht geht). Periodizität bedeutet dabei zunächst, dass eine Leistung jeweils *für einen bestimmten Zeitabschnitt (Periode) geschuldet* ist, der nach der Abrede der Vertragsparteien in gleichem oder anderem Umfang jeweils wiederkehrt (bei Verträgen auf bestimmte Dauer) oder nach dem Willen der Vertragsparteien jeweils wiederkehren soll (bei Verträgen auf unbestimmte Dauer). Periodizität bedeutet weiter, dass *mit jedem der wiederkehrenden Zeitabschnitte eine neue*, nur auf den jeweiligen Zeitabschnitt bezogene *Leistung* gleicher Art entsteht (nicht aber zwingend gleicher Höhe; vgl. auch BGE 124 III 374, 78 II 150 E. 3a; BGer Urteil 4C.207/2006 vom 27. September 2006, E. 2.2), *die nur diesen jeweiligen einzelnen Zeitabschnitt abgilt* (vgl. auch EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A. Zürich 1988, S. 456). Insofern wird die Schuldpflicht mit dem Ablauf eines Zeitabschnittes und dem Be-

ginn eines neuen jeweils "erweitert" (vgl. dazu ZK-Berti, Art 128 OR N 7 mit Verweis auf BECKER), anders als bei Abschlags- oder Ratenzahlungen. Es findet zudem mit dem Ablauf eines Zeitabschnitts namentlich keine Neuierung verfallener Schulden aus früheren Zeitabschnitten statt, wie z.B. bei der anerkannten Saldoziehung (vgl. Art. 117 OR). Die Schlussabrechnung ist dem Ende des Kiesabbaus und der Zuführung von Auffüllmaterial in der Grube "E._____" vorbehalten (so ausdrücklich Ziff. 3 Abs. 3 der "Internen Abmachung").

Gegenstand des Dienstbarkeitsvertrages ist der Abbau des im Zeitpunkt des Vertragsschlusses umfangmässig noch nicht genau bekannten Kiesvorkommens in einem von den Parteien genau bestimmten Gebiet ("E._____") durch die Beklagte sowie die Zuführung von Auffüllmaterial in dieses Gebiet ("E._____"), dessen genauer gesamthafter Umfang erst mit Beendigung der Auffüllung bekannt sein wird (vgl. Ziff. 3.4). Das Mass, an dem sich die für den Abbau und die Zuführung geschuldete Vergütung orientiert, liegt somit in der gesamten Abbau- bzw. Zuführmenge im Gebiet "E._____" , berechnet nach Kubikmetern des Abgebauten bzw. Zugeführten und gebunden an einen variablen Kubikmeterpreis der Beklagten aus ihrem Geschäftsverkehr mit Dritten. Der vereinbarte gesamthaft mögliche Abbau und die vertragsgemäss gesamthaft mögliche Zuführung wurden aufgrund eines Gestaltungsplanes umfangmässig zwar in Etappen aufgeteilt, was in Ziff. 3 des Dienstbarkeitsvertrages aber keinen Niederschlag findet. Beim Abbau in zweiter Etappe steht die Abrechnung gemäss "Interner Abmachung" zudem unter dem Vorbehalt der späteren näheren Bestimmung des tatsächlich Abgebauten. Die von der Beklagten zu erbringenden Zahlungen gelten somit stets einen (insofern provisorisch ermittelten) Teil der gesamten, den Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht genau bekannten Abbaumenge usw. in Kubikmetern ab (vgl. auch Ziff. 3.4). Die in Ziff. 3 des Dienstbarkeitsvertrages vereinbarten Zeitabschnitte (monatlich; Ziff. 3.3) bezwecken einzig die fortlaufende (einstweilige) Berechnung der vergütungsbestimmenden Kubikmeter und der Vergütung nach dannzumal massgeblichen Verkaufspreisen. Sie beziehen sich somit auf einen Teilabbau und entsprechende Teil- bzw. Abschlagszahlungen und stellen daher Abrechnungs- und Erfüllungsmodalitäten i.S. der Art. 75 ff. OR dar, die keine Periodizität zu begründen vermögen.

Eine Bindung der Vergütung an Zeitabschnitte für Nutzungsrechte, wie z.B. bei periodischen Pachtzinsen, ist in der Ziff. 3 des Dienstbarkeitsvertrages nicht zu erkennen. Auch sonst findet sich keine Abrede der Parteien im Dienstbarkeitsvertrag und in der "Internen Abmachung", mit der das Abbau- und Zuführungsrecht der Beklagten nur für einen jeweiligen einzelnen, sich wiederholenden Zeitabschnitt abgegolten werden soll, namentlich auch nicht in Ziff. 3 der "Internen Abmachung". Unstrittig bezweckte die "Interne Abmachung" (vgl. act. 198 S. 9; act. 202 S. 10) die jährliche Begrenzung der von der Beklagten geschuldeten Entschädigung (durch mengenmässige Beschränkung des Abbaus) und regelte eine jährliche Zahlung unter Sicherstellung des Gegenwertes von zu viel Abgebaurem. Den Etappen kommt somit – anders als das Bezirksgericht es deutete – lediglich die Bedeutung eines für die Abrechnung gemäss den Fortschritten von Abbau und Zuführung massgeblichen Zeitraumes zu (vgl. Ziff. 3 Abs. 2 der "Internen Abmachung": Zwischenabrechnung nach Abschluss der zweiten Etappe).

3.2.4 Nach dem Gesagten gilt für die Entschädigungen, die die Beklagte den Klägern zu leisten hat, die Regelverjährungsfrist von 10 Jahren. Im Zeitpunkt der Klageeinleitung ist diese für im Jahre 2000 entstandene Forderungen wie die der Kläger gemäss Position (6) der Aufstellung in Ziff. II/1.1.1 noch nicht eingetreten. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Bezirksgericht diese von der Beklagten ansonsten vollumfänglich anerkannte (vgl. act. 192 S. 29 f. und ferner act. 14 S. 9) Forderung unter Dispositivziffer 2 zugesprochen hat.

3.3 - 3.3.1 Die Kläger machen mit der Forderung unter Position (1) der Aufstellung in vorstehender Ziff. II/1.1.1 eine Entschädigung für undeklarierten Mehrabbau von Kies bis zum Abschluss der zweiten Etappe geltend. Diese Etappe endete unbestrittenermassen im Jahre 2006. In Ziff. 4 der "Internen Abmachung" vom 6. April 2004 sahen die Parteien – wie schon einleitend unter Ziff. I/1 erwähnt – für den Fall eines den Gegenwert von jährlich Fr. 200'000.- übersteigenden Mehrabbaus von Kies die Stellung einer Sicherheit der Entschädigung in Form einer Bankbürgschaft vor, bei einer Geltungsdauer dieser Abmachung von fünf Jahren (vgl. act. 4/9 S. 2), also bis zum 6. April 2009. Gestützt darauf hat das Bezirksge-

richt die Beklagte in Dispositivziffer 1 des angefochtenen Urteils zu entsprechender Sicherheitsleistung verpflichtet.

3.3.2 Die Kläger greifen in der Anschlussberufung diese Vertragsdauerbeschränkung auf und ziehen daraus neu (vgl. act. 198 S. 8-11 und dazu act. 2 [dort insbes. Ziff. 43] sowie act. 18 [dort insbes. Ziff. 40]) den Schluss, mit dem Ablauf der Vertragsdauer habe die "Interne Vereinbarung" keine Geltung mehr und sei daher "weder zeitlich noch sachlich auf die massgebliche Forderung anwendbar" (vgl. act. 198 S. 8). Letztere stützen sie zudem (ebenfalls neu) auf Vertragsverletzung der Beklagten ab: Abgebautes wurde von der Beklagten gar nicht deklariert und daher auch nicht abgerechnet (vgl. a.a.O., S. 11).

Aufgegriffen wird von den Klägern damit an sich eine Rechtsfrage. Zugleich leiten die Kläger aber ihren Standpunkt ebenfalls aus einem (insoweit) übereinstimmenden Parteiwillen her (vgl. etwa act. 198 S. 10) und stellen damit entsprechende Sachverhaltsbehauptungen auf. Diese Sachverhaltsbehauptungen sind neu, worauf auch die Beklagte hinweist (vgl. act. 202 S. 10 f.). Die Kläger hätten sie ohne Weiteres bereits der Vorinstanz vortragen können, denn schliesslich wissen sie seit dem Vertragsschluss im April 2004, was damals der übereinstimmende Wille der Parteien war. Gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO sind die Kläger daher mit ihren neuen Behauptungen nicht zu hören. Zu beurteilen bleiben damit die von den Klägern aufgegriffenen (Rechts-)Fragen grundsätzlich aufgrund dessen, was im Sachverhalt zur "Internen Abmachung" der Vorinstanz vorgetragen wurde (das sind im Wesentlichen Inhalt und Wortlaut von act. 4/9), sowie des im Berufungsverfahren zum Thema Unstrittigen Ausgeführten.

3.3.3 Mit der "Internen Vereinbarung" haben die Parteien die Abrechnungsmodalitäten gemäss Dienstbarkeitsvertrag für die zweite (Abbau-)Etappe – und dabei zugleich beschränkt auf die Dauer von fünf Jahren – im Wesentlichen folgendermassen abgeändert: An die Stelle monatlicher Rechnungsstellung tritt eine jährliche Abgeltung für Kiesabbau und Zuführung von Auffüllmaterial im Umfang von Fr. 200'000.- bis Ende 2009 (vgl. act. 4/9 Ziff. 2). Dabei hat die Beklagte weiterhin monatlich Lieferscheine sowie eine Kontrollliste über den Umfang des Abbaues sowie über die abgelagerte Deponiemenge zu erstellen (vgl. a.a.O., Ziff. 3, 1. Ab-

satz). Die Beklagte verpflichtet sich zudem, während der Dauer der Vereinbarung nicht mehr Kies als im Gegenwert einer jährlichen Tranche (also Fr. 200'000.-) abzubauen. Bei einem den Gegenwert einer jährlichen Tranche übersteigenden Kiesabbau hat die Beklagte für den entsprechenden Mehrbetrag Sicherheit in Form einer Bankbürgschaft zu leisten (vgl. a.a.O., Ziff. 4). Die definitive Abrechnung für die zweite Etappe wird endlich einem Zeitpunkt nach erfolgtem Kiesabbau vorbehalten und erfolgt aufgrund der berechneten Kieskubatur (vgl. a.a.O. Ziff. 3, 2. Absatz).

Der Wortlaut der "Internen Abmachung" ist unbestritten, wie auch unbestritten ist, dass ihn die Parteien so übereinstimmend wollten (vgl. act. 2 S. 9-10, act. 14 S. 4 f.). Die Beklagte hat vor Bezirksgericht dargelegt, diese Regelung sei auf Veranlassung der Kläger hin getroffen worden, zwecks Vermeidung höherer Steuerzahlungen der Kläger (vgl. act. 14 S. 4/5 [Zu 16:], act. 20 S. 5 und S. 6). Richtig hat sie auch bereits in der Klageantwort darauf hingewiesen, die "Interne Abmachung" habe es ihr nicht verboten mehr Kies abzubauen als im Gegenwert der jährlichen Tranche. Es sei lediglich die Zahlung des Mehrbetrages aufgeschoben (vgl. act. 14 S. 12). Das haben die Kläger danach nicht in Abrede gestellt. Die Kläger werfen der Beklagten allerdings neu nicht einen Mehrabbau als solchen vor, der zwischen April 2004 und April 2009 über Bürgschaften hätte abgegolten bzw. sichergestellt werden sollen, sondern die unterlassene Deklaration des effektiv mehr Abgebauten und damit verbunden eine unrichtige Abrechnung der ihnen zustehenden Entschädigung. Soweit sie damit allenfalls der Beklagten eine entsprechende Absicht unterstellen wollten, unkorrekt abzurechnen, behaupteten sie wiederum einen neuen Sachverhalt (vgl. act. 2 und act. 18) und wären damit gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO wiederum nicht zu hören.

Die für den Kiesabbau in zweiter Etappe insgesamt geschuldete Entschädigung war gemäss "Interner Abmachung" der definitiven Berechnung der Kieskubatur der zweiten Etappe (vgl. act. 4/9 Ziff. 3 Abs. 2) und damit der entsprechenden gesamthaften Abrechnung nach Beendigung der zweiten Etappe vorbehalten. Demnach gingen beide Parteien damals offenkundig davon aus, es lasse sich die exakte Abbaumenge im Verlauf des Abbaues nicht ermitteln. Und in der ungenauen Abrechnung der Beklagten, wie sie die Kläger behaupten, kann insoweit

keine Vertragsverletzung liegen, die zu Schadenersatz berechtigte. Die Frage ist daher letztlich nur die, ob die Parteien beim Abschluss der "Internen Abmachung" ebenso ein während der Geltungsdauer von fünf Jahren den Klägern aus einem Mehrabbau resultierendes Guthaben als Differenz betrachteten, für die eine Sicherheit in Form einer Bankbürgschaft zu leisten ist. Mit Blick auf den vorhin dargelegten Zweck der "Internen Abmachung" und die Interessenlage der Kläger, während wenigstens fünf Jahren jeweils nicht mehr als rund Fr. 200'000.- pro Jahr an Einkommen aus dem Kiesabbau zu erzielen, erscheint das schlüssig. Die Kläger haben diesen Standpunkt vor der Vorinstanz in der Begründung ihres Eventualbegehrens denn auch selbst vertreten (vgl. act. 18 S. 16 [Ziff. 40]: Sollte sich die "Interne Abmachung" als formgültig erweisen, ist Sicherheit zu leisten; vgl. ferner act. 2 S. 19 f. [Ziff. 43]) und insofern als sachlich zutreffend anerkannt. Darauf ist heute nicht mehr zurück zu kommen, zumal die Kläger zum einen nichts von Belang darlegen, was heute eine andere Sicht gebieten könnte. Soweit die Kläger zum andern heute nicht mehr gelten lassen wollen, was sie einst selbst als sachlich zutreffend anerkannten, läge darin ein (auch prozessual; vgl. Art. 52 ZPO) unbeachtliches venire contra factum vel dictum proprium vor.

3.3.4 Nach dem eben Gesagten erübrigt es sich, auf die von den Klägern im Berufungsverfahren neu eingereichten Urkunden (act. 199/1-2) sowie die damit zusammenhängenden Tatsachenbehauptungen näher einzugehen. Sie erweisen sich ohnehin als unzulässige Noven i.S. des Art. 317 Abs. 1 ZPO, die hier nicht zu hören sind. Es bleibt nämlich unerfindlich, weshalb die vom Jahr 2010/2011 datierenden Urkunden und die dazugehörigen Sachverhaltsbehauptungen (vgl. act. 198 S. 5 ff. [insbes. Ziff. 11-13]) der Vorinstanz nicht hätten unterbreitet werden können. Gestützt auf § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH i.V.m. § 138 ZPO/ZH wäre das jedenfalls möglich und zulässig gewesen. Die Kläger, die für den Fall, dass die Vorinstanz ihrem Standpunkt zur Gültigkeit der "Internen Abmachung" nicht folgen sollte, eben dieser Vorinstanz – wie gesehen – einen Eventualstandpunkt vorgebracht hatten, vermögen denn auch nichts Stichhaltiges vorzutragen, was eine andere Sicht gebieten könnte (vgl. act. 198 S. 5 ff., dort insbes. auch Ziff. 11).

Ohne Belang bleiben im Übrigen auch die von der Beklagten mit der Antwort auf die Anschlussberufung neu eingereichten Urkunden und damit verbundenen

Sachdarstellungen (vgl. act. 203/1-3 sowie act. 202 S. 7 f. [Ziff. 20/21]). Denn es geht hier nicht um Deponiefüllungen im Jahre 2014, sondern um Leistungen aus der spätestens 2007 abgeschlossenen zweiten Etappe. Unstrittig ist zudem, dass auch nach 2009 weitere Leistungen der Beklagten an die Kläger erfolgten (vgl. act. 198 S. 8 f.).

3.3.5 Im Ergebnis der Erwägungen Ziff. II/3.3 ist somit festzuhalten, dass die vom Bezirksgericht in Dispositivziffer 1 angeordnete Verpflichtung der Beklagten, den Klägern für die noch nicht abgerechnete lose Kiesabbaumenge der zweiten Etappe eine Bankbürgschaft zu bestellen, grundsätzlich ebenfalls nicht zu beanstanden ist. Und es bleibt dabei, sofern bzw. soweit eine entsprechende Verpflichtung der Beklagten besteht, was erst noch festzustellen sein wird.

Ergibt sich eine Verpflichtung der Beklagten zur Bestellung einer Bankbürgschaft, so ist sie dieser nicht zeitgerecht nachgekommen. Ob sie deswegen i.S. des Art. 102 Abs. 1 OR hätte gemahnt werden müssen und gemahnt wurde oder ob sie aufgrund von Art. 102 Abs. 2 OR gerade nicht gemahnt werden musste, kann hier offen bleiben. Denn selbst wenn die Beklagte mit der Bestellung einer Bürgschaft in Verzug geriet, liegt darin – wie die Beklagte zu Recht moniert (vgl. etwa act. 202 S. 10) – kein Verzug in der Zahlung einer Geldschuld, welche die Kläger gemäss Art. 104 OR berechtigen würde, Verzugszinsen zu fordern. Ein anderweitiger Verspätungsschaden ist sodann nicht eingeklagt. Das hat das Bezirksgericht, welches Zins zu 5% zusprach, im Ergebnis seiner Überlegungen (die die Sachdarstellung der Kläger zudem in unzulässiger Art interpretierten) verkannt.

4. Ergänzend anzufügen bleibt dem unter Ziff. 3.3 Dargelegten weiter, dass die Kläger mit ihrer Forderung gemäss Position (1) der Aufstellung in Ziff. II/1.1.1 auch eine Entschädigung für den tatsächlichen Abbau in erster Etappe verlangen, bzw. im Eventualstandpunkt die Leistung einer Bürgschaft in der Höhe der Forderung gemäss Position (1) der Aufstellung.

Welche Entschädigung aus dem tatsächlichen Abbau erster Etappe geschuldet wäre bzw. ist, namentlich was von dem in erster Etappe tatsächlich Abgebauten nicht abgerechnet wurde, legten die Kläger indessen nie näher dar (vgl.

act. 2 und act. 18). Die Kläger haben aber ebenso nie behauptet, die Feststellung der genaueren Kubatur und des entsprechenden tatsächlich in erster Etappe Abgebauten sei nicht möglich gewesen (vgl. act. 2 und act. 18). War das aber möglich, hätte Entsprechendes von ihnen behauptet werden können. In der Darstellung ihres Eventualstandpunktes und ihres entsprechenden zahlenmässigen Antrages beziehen sich die Kläger schliesslich ausdrücklich auf die "Interne Abmachung" und damit in den Konsequenzen nur auf den Abbau in der zweiten Etappe (vgl. act. 18 S. S. 16 [Ziff. 40] und ebenso act. 2 S. 19 f. [Ziff. 43]). Denn nur darauf bezieht sich auch, wie wiederholt vermerkt, die Ziff. 3 Abs. 2 der "Internen Abmachung" mit der Regelung über die nach Abschluss der zweiten Etappe zu treffende Überprüfung der in zweiter Etappe abgebauten Kubatur mit Zwischenabrechnung. Insofern folgerichtig beziehen sich dann aber ebenso die zahlenmässigen Behauptungen der Kläger zum Mehrabbau letztlich ebenso nur auf die zweite Etappe. Ihre Klage erweist sich daher, soweit sie sich gleichwohl auf die erste Etappe bezieht, aus allen diesen Gründen als gänzlich unsubstanziert, worauf die Beklagte der Sache nach richtig verweist (vgl. etwa act. 190 S. 41 f., act. 202 S. 10, ferner act. 14 S. 10, act. 20 S.6).

Festzustellen bleibt bei diesem Ergebnis in Bezug auf die Position (1) der Klage sachgemäss nur, was in zweiter Etappe tatsächlich abgebaut wurde und inwieweit dann ein noch nicht abgerechneter Mehrabbau aus der zweiten Etappe gegeben ist. Das hat das Bezirksgericht übersehen bzw. verkannt (in dem es u.a. einfach unterstellte, die Parteien hätten in der "Internen Abmachung" [vgl. dort Ziff. 3 Abs. 2] eine Überprüfung der Kubatur vereinbart, welche die erste und zweite Etappe als Einheit erfasse).

5. - 5.1 Das Bezirksgericht hat sich bei der – die Beweislastverteilung grundsätzlich zutreffend berücksichtigenden – Prüfung der klägerischen Behauptung, es liege ein nicht verrechneter Mehrabbau von Kies vor, auf das Gutachten von Dr. D._____ (act. 113) abgestützt. Dieses Gutachten differenziert aufgrund der Fragestellung gemäss Beweissatz 1.1.a allerdings nicht zwischen den Kiesmengen, die in erster Etappe abgebaut wurden, und den hier interessierenden Kiesmengen, die in zweiter Etappe abgebaut wurden (vgl. act. 113 S. 12-14). Es lassen sich daher aus diesem Gutachten keine Schlüsse zum hier interessierenden,

strittigen Sachverhalt ziehen. Dieser muss vielmehr erst noch festgestellt werden, wobei die Feststellung einen wesentlichen Sachverhaltspunkt i.S. des Art. 318 Abs. 2 lit b. ZPO betrifft, der an sich schon Gegenstand des Beweissatzes 1.1.a war, nur nicht allein. Zu diesem Gegenstand bzw. Beweisthema haben die Parteien, namentlich die mit dem Hauptbeweis belasteten Kläger, dem Bezirksgericht gegenüber ihre Beweismittel bereits bezeichnet und erfolgten entsprechende Abnahmeanordnungen. Insoweit bedarf das Verfahren keiner Ergänzungen. Vielmehr genügt es insoweit an sich, zum noch nicht festgestellten Sachverhaltspunkt ein Gutachten einzuholen.

5.2 Das Einholen eines Gutachtens setzt eine entsprechende Instruktion des Gutachters gemäss § 175 ZPO/ZH durch das Gericht voraus. Es sind dem Gutachter dabei die zur Erfüllung seines Auftrages notwendigen Akten zur Verfügung zu stellen, soweit das prozessual zulässig ist. Was prozessual zulässig ist und was nicht, muss anhand der unterschiedlichen Aufgaben des Gerichtes und des Gutachters im Einzelfall genauer ermittelt werden: Aufgabe des Gutachters ist es, aufgrund seiner Fachkenntnisse Fragen zu beantworten bzw. notfalls Sachverhalte abzuklären, die das Gericht selbst mangels Fachkenntnis nicht zu beantworten bzw. abzuklären vermag (vgl. auch § 171 ZPO/ZH). Das Gutachten als solches ist danach vom Gericht als Teil der Beweiserhebungen zu würdigen. Aufgabe des Gerichtes ist es zudem, den gesamten übrigen massgeblichen Sachverhalt selbst gemäss den dazu geltenden Verfahrensmaximen (wie z.B. der Verhandlungsmaxime) und weiteren Regeln des Prozessrechtes abzuklären und festzustellen, also den unbestrittenen Sachverhalt einerseits sowie den strittigen gemäss den Regeln des Beweisverfahrens (namentlich anhand der von den Parteien rechtzeitig angerufenen Beweismittel). Diese Aufgabe kann es ebenso wenig dem Gutachter übertragen wie die Wertung bzw. Würdigung von Sachdarstellungen der Parteien und von Beweismitteln, für die es keine besonderen Fachkenntnisse braucht.

Eine solche Instruktion ist bislang nicht erfolgt (vgl. act. 55 f. und Vi-Prot. S. 70). Dem Gutachter wurde m.a.W. vom Gericht weder mitgeteilt, welche Beweismittel er zu berücksichtigen hat, welcher Sachverhalt unbestritten blieb und daher als erstellt zu gelten hatte, noch wurde ihm bekannt gegeben, welche Sachverhaltselemente er aufgrund der bereits abgenommenen Beweismittel als

gegeben betrachten kann, noch wurde der Gutachter über die Ergebnisse der Zeugenbefragungen zum Thema instruiert. Es fehlen auch Erklärungen zum prozessualen Stellenwert von Parteibehauptungen (darunter z.B. Parteigutachten) usf. Dem Gutachter wurden letztlich die gesamten Akten zur ihm gutscheinenden Verwendung überlassen (vgl. act. 56 und act. 87). Das hat u.a. zum von der Beklagten mit recht gerügten Ergebnis geführt, dass sich das Gutachten auch auf Unterlagen abstützt, die weder Parteidarstellung sind noch als Beweismittel abgenommen wurden (vgl. act. 19/2 und dazu Vi-Prot. S. 14-17 [Beweisabnahme zu Beweissatz 1.1.a] sowie act. 113 S. 12, dort Fussnote 7).

Das alles schlägt auf die Zuverlässigkeit bzw. Aussagekraft des gesamten Gutachtens in prozessualer Hinsicht durch. Das ist allerdings nicht dem Gutachter als Fehler anzulasten, sondern dem Bezirksgericht. Demnach ist es erforderlich, ein gesamthafte neues Gutachten einholen zu lassen, auf dessen Grundlage erst wird entschieden werden können. Das macht eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zusätzlich zum bereits unter Ziff. II/3.1 Erwogenen (dort insbes. Ziff. 3.1.5) erforderlich.

Um Missverständnissen vorzubeugen, ist dem noch anzufügen, dass ein Gutachter sehr wohl auf Parteidarstellungen abzustellen hat, nämlich soweit sie das Beweisthema bilden bzw. begrenzen. Das würde die Beklagte übersehen, wenn sie mit ihren Rügen auch noch geltend machen wollte, ein Gutachter dürfe das Privatgutachten der Kläger als Parteidarstellung nicht in seine Überlegungen einbeziehen. Welche Parteidarstellungen das im Einzelnen sind, ist dem Gutachter allerdings durch das Gericht im Rahmen der Instruktion anzugeben. Ein Anlass, das bereits vorliegende Gutachten "aus dem Recht zu weisen", wie das die Beklagte ebenfalls beantragt, besteht weder von daher noch aus anderen Gründen. Wen das Bezirksgericht mit dem noch zu erstellenden neuen Gutachten beauftragen will, ob den bisherigen Gutachter oder einen neuen, ist ihm frei gestellt.

5.3 Die Beklagte rügt im Zusammenhang mit dem Gutachten und dessen Würdigung durch das Bezirksgericht weiter, Rückschlüsse aus angenommener (nicht tatsächlicher) Deponiemenge auf die Menge abgebauten Kieses sei unzulässig (vgl. act. 190 S. 16 f.). Ebenso sei es unzulässig, die abgebaute Kubatur der insgesamt abgebauten Kiesmenge gleich zu setzen. Nur für Kies sei gemäss

Dienstbarkeitsvertrag eine Entschädigung geschuldet, nicht jedoch für nicht verwertbares weiteres Material, das beim Abbau angefallen sei. Das habe das Bezirksgericht verkannt (vgl. etwa a.a.O., S. 17 f.). Auch diese Rüge erweist sich grundsätzlich richtig, jedenfalls soweit sie anspricht, was gemäss Dienstbarkeitsvertrag zu entschädigen ist und was die Kläger mit der Klage verlangen: Eine Entschädigung für abgebautes Kies. Mit dem Rechtsbegehren wird daher richtigerweise nur eine Entschädigung für nicht deklariertes, aber abgebautes Kies verlangt und nicht für ebenfalls abgebautes Weiteres wie z.B. Hinterfüllungsmaterial. Bloss auf abgebautes Kies gehen zudem die Behauptungen der Kläger, die Beweisthema sind. Soweit der Gutachter auf Geheiss des Gerichtes auch Fragen nach Preisen für Hinterfüllungsmaterial nachzugehen hatte usf., geht das über das Beweisthema hinaus und verletzt insofern die Dispositionsmaxime.

Die Beweislast für die behauptete Menge an abgebautem, aber nicht abgerechnetem Kies (ohne weitere, nicht verwertbare, weil nicht Kies darstellende Materialien) obliegt ausschliesslich den Klägern. Das wird das Gutachten zu berücksichtigen haben, indem es einzig ermittelt, in welchem Umfang Kies abgebaut wurde. Hinzu kommt, dass der Beklagten neben dem allgemeinen Gegenbeweis, der der Erschütterung des Hauptbeweises dient, ebenso (und vorab) der direkte Gegenbeweis offen steht, sie habe der Grube eine bestimmte Menge an Material entnommen und abgeführt, das nicht Kies sei und für das keine Entschädigung gemäss Dienstbarkeitsvertrag geschuldet ist. Das setzte allerdings entsprechende genaue Behauptungen im bezirksgerichtlichen Hauptverfahren voraus. Ob das der Fall ist, wird vom Bezirksgericht noch zu prüfen sein und es wird in deren Ergebnis die Beklagte entweder zum direkten Gegenbeweis und ergänzend zum allgemeinen Gegenbeweis zulassen müssen (da ihr dieser auch zusteht, wenn der direkte gescheitert ist) oder aber bloss zum allgemeinen Gegenbeweis.

Nicht zu beanstanden ist hingegen, dass das Bezirksgericht einen mittleren Preis berücksichtigt hat. Denn hat die Beklagte mehr Kies abgebaut, als sie den Klägern abrechnete, so hat sie allein es zu vertreten, dass heute nicht mehr eruiert werden kann, in welchem Jahr zweiter Etappe sie welche Menge ohne Abrechnung der Grube entnommen hat und deswegen der an sich massgebliche Verkaufspreis für den jeweiligen Zeitraum nicht mehr zu bestimmen ist. Aus dem

gleichen Grund hat sie in Kauf zu nehmen, dass das Gutachten allenfalls mit Schätzungen und Unschärfen behaftet ist. Wollte bzw. will sie das dann nicht gelten lassen, wenn sich zeigt, dass sie mehr Kies der Grube entnommen und abgeführt hat als von ihr abgerechnet, läge bzw. liegt darin ein Anwendungsfall des *venire contra factum proprium*.

Um auch das noch zu erwähnen. Die Parteien streiten sich ebenso in aller Regel um den Beginn des Verzuges. Da beide z.T. von unterschiedlichen Sachverhaltsvoraussetzungen ausgehen, wird das Bezirksgericht ebenso diese Frage gestützt auf seine Ergebnisse noch zu prüfen haben.

6. - 6.1 Im Sinne einer Zusammenfassung bleibt festzuhalten, dass die Sache, soweit sie nicht gegenstandslos ist, gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an das Bezirksgericht zurückzuweisen ist zur Ergänzung des Verfahrens und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen. Die Berufung der Beklagten erweist sich insoweit im Eventualstandpunkt als begründet. Die Anschlussberufung der Kläger ist demgegenüber erfolglos geblieben.

6.2 Mit der Rückweisung wird das Verfahren in Stand zurückversetzt, in dem es sich vor der Urteilsfällung befand. Das Bezirksgericht wird daher sein Verfahren mit den noch nötigen Beweiserhebungen nach den Regeln des kantonalen Prozessrechtes (ZPO/ZH, GVG/ZH und diese ergänzenden weiteren Erlasse) durchzuführen haben. Im Rahmen seines Verfahrens wird es anhand der Sachvorbringen in act. 174 und act. 176 auch noch zu prüfen haben, ob und inwieweit die von der Beklagten erst mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis eingereichten Urkunden act. 175/1-20 und act. 177 im Lichte von § 115 Ziff. 2 i.V.m. § 138 ZPO/ZH zu berücksichtigen sind, soweit diese Urkunden Rechtserhebliches betreffen (was z.B. bei den act. 175/1-7 doch fraglich erscheint).

III.

(Kosten- und Entschädigungsfolge)

1. Die Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren ist dem Entscheid des Bezirksgerichtes zu überlassen und von diesem gemäss dem Ausgang seines Verfahrens zu treffen (vgl. Art. 104 Abs. 1 und 4 ZPO), unter Berücksichtigung des Ausgangs dieses Berufungsverfahrens. Dabei wird in Anwendung von § 65 Abs. 1 ZPO/ZH (Verteilung nach Ermessen bei Gegenstandslosigkeit) zu berücksichtigen sein, dass das Verfahren – wie in Ziff. II/3.1 dargelegt – im Umfang von Fr. 59'786.90 gegenstandslos ist, und es wird dafür die Sachdarstellung der Kläger im Berufungsverfahren zu beachten sein, gemäss der die eingeklagte Forderung durch Zahlung im Umfang von Fr. 28'825.55 schon vor der Klageeinleitung, nämlich am 4. Februar 2008 getilgt worden ist und im restlichen Umfang am 9. Februar 2009.

2. Festzusetzen ist heute hingegen die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG i.V.m. § 4 Abs. 1-2 GebV OG, ausgehend von einem Streitwert von noch rund Fr. 1'466'000.- (vgl. act. 190 S. 3 und vorstehend Ziff. III/1).

Vorzumerken ist sodann, dass die Beklagte und Berufungsklägerin zur Deckung der Kosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 36'000.- geleistet hat.

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird im Umfang von Fr. 59'786.90 abgeschrieben.
2. Es wird vorgemerkt, dass die Beklagte nicht mehr an ihrer Forderung von insgesamt Fr. 737'465.50 gegenüber den Klägern festhält, mit der sie zu viel bezahlte Entschädigungen für Kiesabbau in den Jahren 1996 bis 2005 zur Verrechnung stellte.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 1. Oktober 2014 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 30'000.- festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens unter Inanspruchnahme des von der Beklagten und Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 36'000.- wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Affoltern und an die Obergerichtskasse.

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

5. 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 im Umfang von Fr. 59'786.90 ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, im Übrigen ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt noch rund Fr. 1'466'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. S. Kröger

versandt am: