

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB140081-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie die
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Beschluss und Urteil vom 1. April 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

sowie

B. _____ AG,

Nebenintervenientin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

gegen

C. _____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Vertragsabschluss**

**Berufung gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Dielsdorf
vom 17. Juli 2014; Proz. CG080028**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei dem Beklagten unter Androhung von Ungehorsamstrafe gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall zu befehlen, mit der Klägerin einen Dienstbarkeitsvertrag rechtsgültig abzuschliessen und im Grundbuch eintragen zu lassen, in welchem er dieser die Abbau- und Auffüllrechte an seinem Grundstück Kat.-Nr. ... (Gemeinde D._____) im Abbaugebiet "E._____" überträgt und in welchem Vertrag die Entschädigung für den Kiesabbau und die Wiederauffüllung wie folgt geregelt sind:
- a) Die Entschädigung pro Festkubikmeter abgebauten, verwertbaren Materials (ohne Abdeckung) beträgt Fr. 3.--/m³ fest. Teuerung gemäss Index Produktcode 14.21 Sand und Kies der Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB).
- Die Entschädigung pro Festkubikmeter aufgefüllten Materials beträgt Fr. 1.20/m³ fest. Teuerung gemäss Index Produktcode 14.21 Sand und Kies der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB).
- b) Die Entschädigungen richten sich nach der effektiv abgebauten bzw. aufgefüllten Jahreskubatur. Sie werden jährlich ausgemessen und ausbezahlt.
- c) Die Abbau- und Auffüllentschädigungen stehen den Gesellschaftern des Gesellschaftsvertrags zwischen den Grundeigentümern im Abbaugebiet "E._____" betreffend gemeinschaftliche Einforderungen und Verteilung von Abbau-/Auffüllentschädigungen gemeinsam zu und sind direkt an die Gesellschaft zu leisten. Diese ist selbständig berechtigt und verpflichtet, vom Kieswerkunternehmen Erfüllung dieser Zahlungsverpflichtungen zu fordern (Art. 112 Abs. 2 OR). Zu diesem Zweck hat die Gesellschaft alle Rechtsbefugnisse, die zur gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfolgung dieser Ansprüche erforderlich sind. Sie darf die Entschädigungsforderungen jedoch nicht an Dritte zedieren oder sonst zum Nachteil der Grundeigentümer über sie verfügen. Die Verteilung erfolgt nach Massgabe der Artikel 19 und 20 des vorerwähnten Gesellschaftsvertrags.
2. Die Klageergänzung und das Nachklagerecht bleiben ausdrücklich vorbehalten.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 17. Juli 2014:

(act. 81 S. 62/63)

1. In vollständiger Gutheissung der Klage wird dem Beklagten unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall befohlen, mit der Klägerin einen Dienstbarkeitsvertrag rechtsgültig abzuschliessen und im Grundbuch eintragen zu lassen, in welchem er dieser die Abbau- und Auffüllrechte an seinem Grundstück Kat.-Nr. ... (Gemeinde D._____) im Abbaugbiet "E._____" überträgt und in welchem Vertrag die Entschädigung für den Kiesabbau und die Wiederauffüllung wie folgt geregelt sind:

"a) Die Entschädigung pro Festkubikmeter abgebauten, verwertbaren Materials (ohne Abdeckung) beträgt Fr. 3.--/m3 fest. Teuerung gemäss Index Produktcode 14.21 Sand und Kies der Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB).

Die Entschädigung pro Festkubikmeter aufgefüllten Materials beträgt Fr. 1.20/m3 fest. Teuerung gemäss Index Produktcode 14.21 Sand und Kies der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB).

b) Die Entschädigungen richten sich nach der effektiv abgebauten bzw. aufgefüllten Jahreskubatur. Sie werden jährlich ausgemessen und ausbezahlt.

c) Die Abbau- und Auffüllentschädigungen stehen den Gesellschaftern des Gesellschaftsvertrags zwischen den Grundeigentümern im Abbaugbiet "E._____" betreffend gemeinschaftliche Einforderungen und Verteilung von Abbau-/ Auffüllentschädigungen gemeinsam zu und sind direkt an die Gesellschaft zu leisten. Diese ist selbständig berechtigt und verpflichtet, vom Kieswerkunternehmen Erfüllung dieser Zahlungsverpflichtungen zu fordern (Art. 112 Abs. 2 OR). Zu diesem Zweck hat die Gesellschaft alle Rechtsbefugnisse, die zur gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfolgung dieser Ansprüche erforderlich sind. Sie darf die Entschädigungsforderungen jedoch nicht an Dritte zedieren oder sonst zum Nachteil der Grundeigentümer über sie verfügen. Die Verteilung erfolgt nach Massgabe der Artikel 19 und 20 des vorerwähnten Gesellschaftsvertrags."

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 31'125.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden im Umfang von 1/3 dem Beklagten und im Umfang von 2/3 der Nebenintervenientin auferlegt, wobei die Nebenintervenientin für den vollen Betrag solidarisch haftet.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 46'800.– zu bezahlen. Zudem hat er der Klägerin die Kosten des Friedensrichteramtes D._____ im Umfang von Fr. 680.– zu ersetzen.

5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers sowie der Nebenintervenientin und Berufungsklägerin (act. 79 S. 2):

- "1. Es sei der angefochtene vorinstanzliche Entscheid des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 17. Juli 2014 vollumfänglich aufzuheben und die Klage abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Klage zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Es sei die aufschiebende Wirkung aufrecht zu erhalten und ein allfälliger Antrag der Klägerin und Berufungsbeklagten auf vorläufige Vollstreckung abzuweisen.
4. Es sei dem Beklagten und Berufungskläger sowie der Nebenintervenientin bei Antrag der Klägerin und Berufungsbeklagten auf aufschiebende Wirkung und vorläufige Vollstreckung Frist zur Stellungnahme anzusetzen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 87 S. 3):

- "1. Es seien die Anträge des Berufungsklägers und Beklagten sowie der Berufungsklägerin und Nebenintervenientin vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letzteres zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsklägers und Beklagten sowie der Berufungsklägerin und Nebenintervenientin."

Erwägungen:

I. Gegenstand des Verfahrens und Verfahrensgang

1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) bezweckt unter anderem die Gewinnung von Kies, Sand und anderen Baustoffen. Sie unterhält in D._____ einen Kiesabbaubetrieb. Für das Gebiet "E._____" (Gemeinden D._____ und F._____) hat sie u.a. mit der Einreichung eines Begehrens vom 18. August 2003 zur Revision der Kantonalen Richtpläne begonnen, die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für die Schaffung eines Materialgewinnungsgebietes "E._____" in die Wege zu leiten. Der Beklagte und Berufungskläger ist einer der Grundeigentümer im vorgesehenen Abbauperimeter "E._____". Unter der Federführung der Klägerin entstand der "Gesellschaftsvertrag zwischen den Grundeigentümern im Abbaugebiet "E._____" betreffend gemeinschaftliche Einforderungen und Verteilung von Abbau- und Auffüllentschädigungen" (nachfolgend Vertrag, act. 5/7), welchen am 3. November 2004 die Klägerin sowie elf der insgesamt siebzehn Grundeigentümer unterzeichneten. Nach Auffassung der Klägerin ist der Beklagte, welcher den Vertrag mitunterzeichnet hat, gemäss Art. 5 verpflichtet, mit der Klägerin einen Dienstbarkeitsvertrag abzuschliessen, in welchem er ihr die Abbau- und Auffüllrechte an seinem Grundstück überträgt. Der Beklagte verneint eine solche Verpflichtung und macht geltend, er habe bereits mit der B._____ AG, Nebenintervenientin und Berufungsklägerin, einen Dienstbarkeitsvertrag abgeschlossen.

2. Am 21. Juli 2008 erhob die Klägerin bei der Vorinstanz Klage und verlangte, es sei dem Beklagten zu befehlen, mit der Klägerin den Dienstbarkeitsvertrag abzuschliessen. Gleichzeitig beantragte sie den Erlass einer Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, welcher mit Verfügung vom 21. Juli 2008 stattgegeben wurde. Der Beklagte verzichtete auf eine Einsprache dagegen. Im Januar 2009 stellten die Parteien ein Sistierungsgesuch zufolge aussergerichtlicher Vergleichsverhandlungen, welche im März 2010 ergebnislos abgebrochen wurden. Nach Eingang der Klageantwort erfolgte am 25. November 2010 der Prozessbeitritt der Nebenintervenientin und es fand eine gerichtliche Vergleichsverhandlung statt, nach welcher die Parteien erneut um Sistierung ersuchten, um erneut aussergerichtliche Vergleichsgespräche zu führen. Nach verschiedenen Wecheln bei der Rechtsvertretung wurde das Verfahren am 3. April 2012 wieder aufgenommen. Es folgte eine neuerliche Sistierung und schliesslich die Wieder-

aufnahme des Verfahrens mit Beschluss vom 7. Januar 2013. Nach Eingang der weiteren schriftlichen Parteivorträge und der Stellungnahme zu den Dupliknoten erging am 17. Juli 2014 der vorinstanzliche Entscheid (act. 81). Anzumerken ist, dass die Parteien sich im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens in einer Musterprozessvereinbarung darauf geeinigt haben, das rechtskräftige Urteil im vorliegenden Verfahren für drei weitere von der Klägerin erhobene Klagen gegen drei weitere Grundeigentümer als präjudiziell anzuerkennen.

3. Am 13. bzw. 15. Oktober 2014 wurde den Berufungsklägern das erstinstanzliche Urteil zugestellt (act. 77/2 und 77/3), am 11. November 2014 erhoben sie Berufung mit den eingangs erwähnten Begehren (act. 79). Nach fristgemäßem Eingang des eingeforderten Prozesskostenvorschusses (act. 82 und 84) erstattete die Klägerin am 23. Januar 2015 die Berufungsantwort (act. 87). Das Verfahren ist spruchreif.

II. Formelles

1. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich begründet und mit Anträgen versehen einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufungskläger sind durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert (vgl. nachstehend Ziff. 3). Auf die rechtzeitig ergangene, mit Anträgen und Begründung versehene Berufung ist einzutreten.

2. Die Klage wurde bei der Vorinstanz vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO anhängig gemacht. Das vorinstanzliche Verfahren unterstand demgemäss dem kantonalzürcherischen Prozessrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber ist für das Rechtsmittelverfahren das schweizerische Prozessrecht massgebend (Art. 405 ZPO). Es ist zu prüfen, ob das vorinstanzliche Verfahren nach Massgabe des bisherigen Rechts korrekt ergangen ist.

3. Mit Verfügung vom 25. November 2013 wurde der Eintritt der Nebenintervenientin in den Prozess vorgemerkt, ebenso wie, dass der Beklagte aus dem Ver-

fahren austrete und die Nebenintervenientin das Verfahren auf eigene Kosten fortführe (act. 35). Für das Berufungsverfahren liegt eine Vereinbarung zwischen dem Beklagten und der Nebenintervenientin vor, wonach der Beklagte erklärt, gegen das Urteil der Vorinstanz Berufung erklären zu wollen und der Beklagte die Nebenintervenientin auffordert, dieses auch in seinem Namen weiterzuführen. Die Nebenintervenientin erklärt, den Prozess auf eigene Kosten weiterzuführen, den Beklagten über die weiteren Prozesshandlungen zu informieren und ihn bei einer allfälligen Entschädigungspflicht schadlos zu halten (act. 80/1). Das Vorgehen erweist sich im Lichte von Art. 76 ZPO als zulässig und wird von der Klägerin auch nicht beanstandet. Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass die Nebenintervenientin zur Unterstützung der Hauptpartei auch Rechtsmittel ergreifen kann (STAEHELIN/SCHWEIZER, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 76 N 10 ff.).

4. Die Berufungskläger beantragen, es sei die aufschiebende Wirkung aufrecht zu erhalten und ein allfälliger Antrag der Klägerin auf vorläufige Vollstreckung abzuweisen; in diesem Fall sei ihnen Frist zur Stellungnahme anzusetzen (act. 79 S. 3 Ziff. 3 und 4). Der Berufung kommt von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Ein Antrag auf vorläufige Vollstreckung hat die Klägerin nicht gestellt, weshalb die Berufungsbegehren Ziff. 3 und 4 der Berufungskläger gegenstandslos sind.

III. Materielles

1. Allgemeines

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 10; REETZ, ZK ZPO, 2. Aufl., Vorbem. zu Art. 308 - 319, N 3 und 15 sowie REETZ/THEILER, ZK ZPO, a.a.O.,

Art. 310 N 5 f.). Die Berufung führende Partei hat sich mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides sachbezogen auseinanderzusetzen. In der Begründung ist konkret aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Solchen Anforderungen genügt eine Berufungsschrift nicht, wenn darin lediglich auf die vorinstanzlichen Vorbringen verwiesen wird oder wenn sie sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufrieden gibt oder den Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, was bedeutet, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, und die Aktenstücke benennt, auf denen seine Kritik beruht (REETZ/THEILER, a.a.O., Art. 311 N 36). Soweit Rügen konkret vorgebracht worden sind, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer, II.ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80; OGer, II. ZK, Entscheid vom 27. August 2014, LY140018).

Die Berufungskläger rügen in der Berufung neben einer Gehörsverletzung, die Vorinstanz habe in unzulässiger Weise den von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt erweitert und damit die Verhandlungsmaxime missachtet (act. 79 Rz 9); sie setze überdies die Sachdarstellung der Klägerin ohne Prüfung und ohne auf die Argumente und Beweisofferten des Beklagten einzugehen, als richtig voraus und drehe so den zivilrechtlichen Grundsatz von Art. 8 ZGB um. Für die rechtliche Subsumtion des streitgegenständlichen Verfahrens komme dem Parteiwillen wesentliche Bedeutung zu. Die Vorinstanz stütze sich hingegen einzig auf das Vertragspapier. Insgesamt sei der Entscheid somit nicht aufgrund einer angemessenen und ausgewogenen Würdigung der komplexen Sach- und Rechtslage zustande gekommen (act. 79 Rz 10 und 11). Die von der Klägerin teilweise zu Recht als appellatorische Kritik bezeichneten Rügen (act. 87 Rz 20) werden von den Berufungsklägern in den weiteren Vorbringen zu den einzelnen Erwägungen des angefochtenen Entscheides nur teilweise hinreichend konkretisiert. Es wird nur insoweit darauf einzugehen sein.

2. Streitfragen

Gegenstand des Verfahrens bilden letztlich zwei Fragen: Einerseits die Frage, ob der Vertrag (act. 5/7) zustande gekommen ist und Bestand hat, andererseits die Berechtigung der Klägerin aus diesem Vertrag, mithin die Auslegung von Ziff. 5 dieses Vertrages (act. 5/7). Sowohl Bestand und Berechtigung der Klägerin hat die Vorinstanz bejaht. Die Berufungskläger bestreiten beides auch im Berufungsverfahren.

3. Gehörsverletzung

3.1 Die Berufungskläger machen vorab geltend, die Vorinstanz habe sich in ihrer Entscheidung nach dem Grundsatz "iura novit curia" auf eine rechtliche Würdigung des Sachverhaltes gestützt, die von keiner der Parteien so angestellt worden sei. Da den Parteien vorgängig keine Gelegenheit eingeräumt worden sei, sich dazu zu äussern, habe die Vorinstanz den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt (act. 79 S. 7 Rz 9). Die Klägerin hält dem entgegen, die von der Vorinstanz bejahte Aussenwirkung des Vertrags mit eigenem Forderungsrecht sei von ihr sehr wohl ausführlich thematisiert worden, auch wenn die Parteien Art. 112 OR nicht explizit angerufen hätten. Es liege kein Fall von überraschender Rechtsanwendung und auch keine unzulässige Sachverhaltserweiterung vor (act. 87 S. 8/9).

3.2 Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Es umfasst auch das Recht vorgängig angehört zu werden, wenn das Gericht einen Entscheid mit einer völlig neuen Begründung versehen will, mit welcher die Parteien nicht rechnen müssen (BGE 114 Ia 97). Die Verletzung des Gehörsanspruchs führt grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Kann sich die betroffene Person vor der Rechtsmittelinstanz äussern und hat letztere umfassende Kognition, kann die Verletzung ausnahmsweise als geheilt gelten; dies selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten)

Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 ff. mit Hinweisen auf BGE 135 I 279 E. 2.6.1 sowie BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 und BGE 133 I 201 E. 2.2).

3.3 Ob die rechtliche Würdigung der Vorinstanz derart überraschend war, dass die vorgängige Nichtanhörung der Parteien als Gehörsverletzung gewertet werden muss, kann letztlich offen bleiben, weil – wie zu zeigen sein wird – eine Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides jedenfalls aus andern Gründen erfolgen muss. Die Vorinstanz wird in ihrem neuen Entscheid indes zu prüfen haben, ob die tatsächlichen Vorbringen der Parteien im vorinstanzlichen Verfahren für die rechtliche Subsumption, wie sie die Vorinstanz vornahm, genügen (vgl. unten Ziff. 5.7). Die Berufungskläger bestreiten dies.

4. Bestand des Vertrages

4.1 Für das Zustandekommen eines Vertrages bedarf es der übereinstimmenden Willensäusserungen hinsichtlich der wesentlichen Vertragsmerkmale (BUCHER, BSK OR I, 5. Aufl., Art. 1 N 3 ff.). Erforderlich ist sodann der Verpflichtungswille der Parteien, der ausdrücklich oder konkludent erklärt werden und beweisbar sein muss. Im Bestreitungsfall ist abzuwägen, ob das gesamte Verhalten der Partei den Schluss zulässt, sie wolle eine rechtliche Bindung eingehen (BUCHER, a.a.O., BGE 116 II 695 E. 2b). Die einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR ist die Verbindung mehrerer Personen zur gemeinsamen Verfolgung eines gemeinsamen Ziels. Die vertraglichen Pflichten sind auf ein gemeinsames Ziel ausgerichtet. Die einfache Gesellschaft kann formfrei, auch durch konkludentes Verhalten der Beteiligten eingegangen werden. Spezielle Formvorschriften fehlen, es gelten die Regeln über das Zustandekommen von Verträgen gemäss Art. 1 ff. OR analog (HANDSCHIN, BSK OR II, 4. Aufl., Art. 530 N 2 - 5 mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

4.2 Es ist nicht bestritten, dass der Beklagte zusammen mit 10 weiteren Grundeigentümern und der Klägerin den Vertrag (act. 5/7), der als Gesellschaftsvertrag bezeichnet ist, unterzeichnete. Für den Fall, dass er als gültig zustande gekommen zu betrachten ist, gehen die Berufungskläger denn auch von einem Gesell-

schaftsvertrag unter den Grundeigentümern aus. In der Berufungsbegründung halten die Berufungskläger sodann ausdrücklich fest, dass der Beklagte mit der Unterzeichnung des Vertrages am 3. November 2004 seinen Willen zum Vertragsschluss und den damit verbundenen Verpflichtungswillen bezeugt hat (act. 79 S. 24 Rz 55). Unter Verweis auf die Vorbringen vor Vorinstanz wenden sie gegen den Bestand des Vertrages aber ein, dass der Vertrag nicht uno actu, sondern innerhalb von über zwei Jahren zwischen dem 3. November 2004 und dem 23. November 2006 unterzeichnet worden sei und dass angesichts dieser grossen Zeitspanne nicht mehr von einer gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärung der Vertragsparteien ausgegangen werden könne (act. 27 Rz 6 und Rz 51 ff. sowie act. 69 Rz 2 - 7; act. 79 S. 9 Rz 12 und S. 23 ff. Rz 54 ff.). Der Beklagte habe das Vertragspapier am 3. November 2004 unterzeichnet, womit er zu diesem Zeitpunkt seinen Willen zum Vertragsschluss bezeugt habe; nachher hätten sie von der Klägerin nichts mehr gehört. Über zwei Jahre später, als der letzte Grundeigentümer unterschrieben habe, sei er nicht mehr an die im Jahre 2004 bezeugte Willenserklärung gebunden gewesen (act. 79 Rz 54 - 59). Im Zeitpunkt, in dem der Beklagte den Vertrag unterzeichnet habe, hätten nicht alle Grundeigentümer Mitglieder der Gesellschaft werden wollen, was aber die Voraussetzung für das Zustandekommen der einfachen Gesellschaft gewesen wäre (act. 79 Rz 77). Selbst wenn man aber davon ausgehen würde, dass durch die erst zwei Jahre später erfolgte Vertragsunterzeichnung die einfache Gesellschaft zustande gekommen wäre, hätte diese zumindest ab jenem Zeitpunkt nicht mehr bestanden, als sich einzelne Grundeigentümer entschieden hatten, mit der Klägerin keinen Dienstbarkeitsvertrag abzuschliessen und damit die Verfolgung des Gesellschaftszwecks aufzugeben. Es sei offensichtlich, dass keiner der Grundeigentümer am damals unterzeichneten Vertrag, zumindest an Art. 5, festhalten wollte (act. 79 Rz 60 ff.). Die Vorinstanz verkenne das Wesen der einfachen Gesellschaft, wenn sie festhalte, dass der Beklagte der einfachen Gesellschaft "beigetreten" sei; solches sei nur möglich, wenn es im Gesellschaftsvertrag so vorgesehen sei, was nicht der Fall sei.

4.3 Die Klägerin weist mit Bezug auf das Zustandekommen des Vertrages darauf hin, dass sich der Beklagte nach der Unterzeichnung des Vertrages in den

Vorstand der Gesellschaft habe wählen lassen, weiter auf den Umstand, dass nach und nach die anderen Grundeigentümer den Vertrag mitunterzeichnet hätten; dies zeige, dass Informationen geflossen sein müssen. Zudem habe der Beklagte mit der Unterzeichnung der Teilrevision des Vertrages am 13. Juli 2006 bekräftigt, am Vertrag festhalten zu wollen (act. 87 S. 19/20). Unzutreffend sei die Auffassung der Berufungskläger, wenn diese davon ausgingen, der Vertrag sei erst mit der Unterzeichnung sämtlicher Grundeigentümer zustande gekommen. Dass die Gesellschafter die Gesellschaft nicht erst mit der letzten Unterschrift entstehen lassen wollten, sei zum einen aus dem Umstand ersichtlich, dass sie bereits zum Zeitpunkt der ersten Unterzeichnung am 3. November 2004 den Vorstand wählten, ergebe sich aber auch aus dem Vertragstext selbst. Die Unterzeichnung durch sämtliche Grundeigentümer sei lediglich eine Suspensivbedingung für die Umsetzung des Vertrages gewesen, welche an der Verbindlichkeit für jene, die bereits unterzeichneten, nichts ändere (act. 87 S. 21/22). Abenteuerlich und neu sei die Argumentation der Berufungskläger, dass eine allfällige Verbindlichkeit damit aufgehört habe, dass sich einige Grundeigentümer dazu entschlossen hätten, den Vertrag nicht einhalten zu wollen; neu und unzulässig sodann die Behauptung, die Gesellschafter hätten konkludent den Entschluss zur Auflösung getroffen (act. 87 S. 22/23).

4.4 Die Vorinstanz ging davon aus, es sei nirgends vorbehalten, dass es für die Entstehung der Gesellschaft der Unterschrift sämtlicher Grundeigentümer bedürfe. Der Beklagte sei mit seiner Unterschrift Gesellschafter geworden. Bezüglich der Bindungswirkung finde sich in Art. 24 die Bestimmung, dass das Gesellschaftsverhältnis nicht gekündigt werden könne; sodann sei weder behauptet worden noch aktenkundig, dass die Gesellschaft aufgelöst oder ein solcher Antrag gestellt worden wäre, weshalb vom Fortbestand auszugehen sei (act. 81 S. 55/6).

4.5 Dass die Parteien für den Vertragsschluss eine bestimmte Form vorgeschrieben hätten, wurde nicht behauptet, so dass es bei der Formfreiheit bleibt. Die Berufungskläger machen sodann im Berufungsverfahren nicht mehr geltend, mindestens ein Grundeigentümer, G._____, sei nicht berechtigt gewesen, für die

Erbengemeinschaft den Gesellschaftsvertrag zu unterzeichnen. Die Vorinstanz erwog, es liege ungeachtet dieser umstrittenen Frage eine nachträgliche Genehmigung vor (act. 81 S. 58); dies wurde im Berufungsverfahren nicht gerügt, weshalb jedenfalls von einer Genehmigung auszugehen wäre, wenn die Zeichnungsberechtigung noch als umstritten zu betrachten wäre. Fest steht damit, dass der Gesellschaftsvertrag von allen Grundeigentümern unterzeichnet wurde, ebenso die Teilrevision des Gesellschaftsvertrages (act. 5/8). Die vom Beklagten postulierte Voraussetzung für das Zustandekommen des Gesellschaftsvertrages war damit grundsätzlich erfüllt.

4.6 Der Beklagte bestreitet das Zustandekommen des Gesellschaftsvertrages vor Vorinstanz und auch im Berufungsverfahren denn auch einzig damit, dass seine Unterzeichnung des Vertrages am 3. November 2004 (act. 5/7 S. 10) für ihn solange nicht bindend war, bis der letzte der Grundeigentümer den Vertrag schliesslich am 23. November 2006 auch noch unterzeichnete. Dabei geht er davon aus, dass es sich bei seiner Unterschrift um einen Antrag im Sinne von Art. 3 ff. OR handle. Er hatte vor Vorinstanz überdies geltend gemacht, die Klägerin habe die Originale auch nach der Letztunterzeichnung bei sich behalten und nicht über die Unterzeichnung orientiert. Selbst bei einer grosszügigen Auslegung der Bindungswirkung sei der Beklagte jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Nebenintervenientin im August 2007 nicht mehr vertraglich gebunden gewesen (act. 69 Rz 2 - 6; act. 79 S. 25/26 Rz 57 ff.). Hiezu hat sich die Vorinstanz nicht geäussert. Sie hat sich damit begnügt festzustellen, dass mit der Unterzeichnung durch den Beklagten der Gesellschaftsvertrag für ihn verbindlich geworden sei.

4.7 Es ist unbestritten, dass die Klägerin Initiantin des Projektes und bei der Vertragsausarbeitung federführend war, es (auch) im Interesse der Klägerin lag, möglichst alle Grundeigentümer des von ihr vorgesehenen Abbaugebietes einzubeziehen, die Klägerin zu diesem Zweck zahlreiche Einzelgespräche und auch Verhandlungen führte und sie sich auch um den Erhalt der Unterschriften der Grundeigentümer bemühte (vgl. u.a. act. 1 Rz 9 ff.; act. 79 Rz 58). Der Beklagte räumt sodann auch im Berufungsverfahren ein, dass er mit seiner Unterschrift

seinen Willen zum Vertragsschluss im Sinne eben dieses ausgearbeiteten Vertrages (act. 5/7) bezeugte. Er qualifizierte diese Willensbezeugung als Antrag im Sinne von Art. 3 ff. OR, an die er sich auch gebunden fühlte, indes nicht bis zum Zeitpunkt, in welchem der letzte Grundeigentümer des Abbaugebietes den Vertrag unterzeichnete. Er verwies vor Vorinstanz zur Dokumentation der langen Dauer insbesondere auf den Gesellschaftsvertrag, dessen Teilrevision und das Protokoll der Orientierungsversammlung vom 3. November 2004 (act. 5/7, 5/8 und 5/6b). Bestand und Inhalt dieser Dokumente sind unbestritten. Dokumentiert und ebenfalls unbestritten ist, dass an der 2. Orientierungsversammlung der Grundeigentümer vom 28. April 2004 über den Projektstand orientiert und der Gesellschaftsvertrag mit Vorgehen zur Organisation und Gründung der Gesellschaft erläutert werden sollte. Es wurde ein Ausschuss, darunter der Beklagte, gewählt, welchem der Auftrag erteilt wurde, die Vertragsverhandlungen mit der Klägerin zu führen und das Ergebnis den Landeigentümern zur Abstimmung vorzutragen. Ebenso wurde der Dienstbarkeitsvertrag vorgestellt und erläutert (act. 5/6a S. 3). An der Orientierungsversammlung vom 3. November 2004 wurde der Vorstand der Gesellschaft, darunter wiederum der Beklagte, gewählt. In der Diskussion an jener Versammlung, wurde auf die Frage, was passiere, wenn ein Landeigentümer den Vertrag nicht unterschreibe, ausgeführt, dass dann das Abbauprojekt E._____ nicht realisiert werden könne (act. 5/6b S. 2 Ziff. 4 a.E.). Als Zielsetzung wurde vorgesehen, dass die Gesellschaft "noch diesen Winter" gegründet werde, der Gestaltungsplan ausgearbeitet und mit den Landeigentümern besprochen und im Anschluss die Dienstbarkeitsverträge auf dem Notariat unterschrieben und beglaubigt werden sollen (act. 5/6b S. 3 Ziff. 5). Ebenfalls am 3. November 2004 unterzeichneten 11 Grundeigentümer, darunter der Beklagte, sowie die Klägerin den Vertrag. Fünf weitere Unterschriften folgten am 30. November 2004, weitere im Dezember 2004 und Februar 2005, sodann eine zweitletzte am 20. Oktober 2005 und schliesslich die letzte am 23. November 2006 (act. 5/7 S. 10 - 12). Im Juli 2006 unterzeichneten die meisten Grundeigentümer, darunter auch der Beklagte und die Klägerin, eine "Teilrevision des Gesellschaftsvertrages", in welcher in der Präambel festgehalten ist, dass sich die Grundeigentümer des neuen Kieserweiterungsgebietes E._____ zu einer Gesellschaft mit dem Zweck zusammenge-

schlossen hätten, die Entschädigungsansprüche gegenüber dem Kiesunternehmen aus Kiesabbau und Wiederauffüllung gemeinschaftlich zu wahren und zu verwerten (act. 5/8).

Der Beklagte war nach dem geschilderten Ablauf im Zusammenhang mit der Realisierung des Projektes auf Seiten der Grundeigentümer zunächst im Ausschuss und dann im Vorstand beteiligt und er bekräftigte mit der Unterzeichnung der "Teilrevision" des Vertrages den Zusammenschluss der Grundeigentümer zu dem im Gesellschaftsvertrag genannten Zweck noch im Juli 2006. Wenn er im gerichtlichen Verfahren gestützt auf allgemeine, theoretische Annahmen von einer Bindungswirkung seiner Unterschrift bis spätestens März 2005 ausgehen will (act. 27 S. 18 Rz 55), ohne auf den unbestrittenen tatsächlichen Ablauf und die unbestrittenen konkreten Verhältnisse Bezug zu nehmen, dann setzt er sich zu seinem unbestrittenen Verhalten in Widerspruch. Aus letzterem ergibt sich, dass er jedenfalls noch im Juli 2006 von der Realisierung des Projektes auszugehen schien; insoweit ist auch von einer Bindungswirkung auszugehen. Wie gesehen erfolgte dann im November 2006 die Unterzeichnung des Vertrages (und der Teilrevision) durch den letzten der betroffenen Grundeigentümer, womit die vom Beklagten für das Zustandekommen des Gesellschaftsvertrages geforderte Erfordernis aller Unterschriften erfüllt war. Dass eine längerfristige Bindung im Raum stand, ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 4 des Vertrages, welche Bestimmung vorsieht, dass mit dem Kiesabbau im Vertragsgebiet spätestens bis Ende des Jahres 2020 zu beginnen war. Diese Dauer war denn auch Gegenstand von Diskussionen anlässlich der Orientierungsversammlung vom 28. April 2004 (vgl. act. 5/6a). Der vom Beklagten erhobene Einwand gegen das Zustandekommen des Vertrages aufgrund der fehlenden Bindungswirkung seiner Unterschrift erweist sich als unbegründet und es kann letztlich offen bleiben, ob es für das Zustandekommen des Vertrages der Unterschrift sämtlicher Grundeigentümer bedurfte oder ob nur das Inkrafttreten des Vertrages bis zur Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages durch sämtliche Grundeigentümer aufgeschoben war.

4.8 Zu Recht wies die Vorinstanz darauf hin, dass weder behauptet noch ersichtlich sei, dass die Auflösung der Gesellschaft beantragt oder beschlossen

worden sei. Wenn die Berufungskläger in der Berufung geltend machen, die Gesellschafter hätten vorliegend schon lange die Verfolgung des Gesellschaftszwecks aufgegeben und die andern hätten dagegen nicht opponiert, weshalb von einer konkludenten Auflösung des Vertrages auszugehen sei, so er denn zustande gekommen wäre (act. 79 S. 27/28), ist diese Behauptung neu und unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Eine gemeinsame Auflösung der in der Gesellschaft zusammengefassten Grundeigentümer durch *alle* Grundeigentümer ist nicht behauptet und der Umstand, dass einzelne Grundeigentümer sich nicht mehr an den Vertrag halten (wollen), kann nicht zu dessen Auflösung führen.

5. Berechtigung der Klägerin aus dem Vertrag

5.1 Die Klägerin geht davon aus, es stehe ihr gestützt auf Art. 5 des Vertrages gegenüber dem Beklagten ein direktes Forderungsrecht auf Abschluss eines Dienstbarkeitsvertrages zu, bzw. es sei in Art. 5 bereits ein solcher geschlossen worden, wobei sie dieses Recht gestützt auf ihre Stellung als Vertragspartei oder aber, der Vorinstanz folgend, gestützt auf ein direktes Forderungsrecht gemäss Art. 112 Abs. 2 OR für sich in Anspruch nimmt. Der Beklagte bzw. die Berufungskläger stehen demgegenüber auf dem Standpunkt, die Klägerin sei nicht Vertragspartei und auch nicht Begünstigte im Sinne von Art. 112 Abs. 2 OR, sodann erfülle Art. 5 die Voraussetzungen für einen Vorvertrag nicht. Die Vorinstanz bejahte das Forderungsrecht der Klägerin gestützt auf Art. 112 Abs. 2 OR. Die Beantwortung der Streitfrage hängt von der Auslegung des Vertrages und dabei insbesondere von dessen Ziff. 5 ab. Ziff. 5 des Vertrages lautet wie folgt:

"Die Grundeigentümer sind verpflichtet, mit der C. _____ AG einen Dienstbarkeitsvertrag abzuschliessen, in dem sie dieser die Abbau- und Auffüllrechte an den ihnen zugeteilten Grundstücken übertragen und in dem die Entschädigungen für den Kiesabbau und die Wiederauffüllung wie folgt geregelt werden:

- a) Die Entschädigung pro Festkubikmeter abgebauten, verwertbaren Materials (ohne Abdeckung) beträgt Fr. 3.-/m³ fest. Teuerung gemäss Index Produktcode 14.21 Sand und Kies der Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB). Die Entschädigung pro Festkubikmeter aufgefüllten Materials beträgt Fr. 1.20/m³ fest.

Teuerung gemäss Index Produktcode 14.21 Sand und Kies der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB).

- b) Die Entschädigungen richten sich nach der effektiv abgebauten bzw. aufgefüllten Jahreskubatur. Sie werden jährlich ausgemessen und ausbezahlt, siehe auch Art. 20.
- c) Die Abbau- und Auffüllentschädigungen stehen den Gesellschaftern des Gesellschaftsvertrags zwischen den Grundeigentümern im Abbaugebiet "E. _____" betreffend gemeinschaftliche Einforderungen und Verteilung von Abbau-/ Auffüllentschädigungen gemeinsam zu und sind direkt an die Gesellschaft zu leisten. Diese ist selbständig berechtigt und verpflichtet, vom Kieswerkunternehmen Erfüllung dieser Zahlungsverpflichtungen zu fordern (Art. 112 Abs. 2 OR). Zu diesem Zweck hat die Gesellschaft alle Rechtsbefugnisse, die zur gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfolgung dieser Ansprüche erforderlich sind. Sie darf die Entschädigungsforderungen jedoch nicht an Dritte zedieren oder sonst zum Nachteil der Grundeigentümer über sie verfügen. Die Verteilung erfolgt nach Massgabe der Artikel 19 und 20 dieses Vertrags."

Den weiteren Inhalt des Vertrages hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid umschrieben (act. 81 S. 49). Es kann darauf verwiesen werden. Zu Recht hielt sie fest, dass der Vertrag neben den verschiedenen Regelungen im Rahmen der als einfache Gesellschaft zusammengefassten Grundeigentümer auch die Bestandteile "Darlehen" (Art. 6) und "Dienstbarkeit" (Art. 5) enthält. Die Berufungskläger weisen in der Berufungsschrift – allerdings unter Ausklammerung des Bestandteiles "Dienstbarkeit" – selber darauf hin.

5.2 Bei der Beurteilung eines Vertrages ist von dem auszugehen, was die Parteien tatsächlich vereinbarten, ihrem übereinstimmenden wirklichen Willen (Art. 18 Abs. 1 OR; Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, Band I, Rz 1200). Der Vertragsinhalt bestimmt sich nach dem tatsächlichen Willen (Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O.; BGE 133 III 406 E. 2.2; BGE 135 III 410 E. 3.2; BGE 140 III 86 E. 4.1). Lässt sich dieser nicht feststellen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Willens der Parteien deren Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (Rechtsfrage; vgl. BGE 132 III 626 E. 31

S. 632). Sowohl die Klägerin (act. 87 Rz 6) wie auch die Berufungskläger (act. 79) gehen von der Massgeblichkeit des Parteiwillens aus.

5.3 Die Berufungskläger rügen in der Berufungsbegründung, die Vorinstanz bringe verschiedene Begrifflichkeiten durcheinander und sei in ihrer Argumentation teilweise widersprüchlich. Sie vermische die Vertragsurkunde mit dem eigentlichen Vertrag bzw. mit dem Vertragsverhältnis. Für einen Vertragsabschluss sei die übereinstimmende Willensäußerung der Vertragsparteien nötig. Ohne diesen Willen könne kein Vertragsverhältnis mit entsprechender Bindungswirkung entstehen. Die Vertragsurkunde diene nur dem Festhalten des Willens und sei je nach Vertrag zudem Gültigkeitserfordernis (act. 79 S. 10). Die Grundeigentümer hätten ihr internes Verhältnis regeln wollen und ein Gesellschaftsvertrag könne nicht gleichzeitig noch vertragliche Regelungen mit aussenstehenden Dritten enthalten. Die Klägerin habe auf keinen Fall Gesellschafterin sein können. Die Grundeigentümer hätten sich, wenn überhaupt, nur im Innenverhältnis der einfachen Gesellschaft zum Abschluss des entsprechenden Dienstbarkeitsvertrages verpflichten können (act. 79 S. 15/16). Der Beklagte habe sich in Art. 5 des Vertrages nicht über das interne Gesellschaftsverhältnis hinaus zu einem Vertragsabschluss mit der Klägerin verpflichten können. Dies ergebe sich bereits aus der Überschrift über Art. 5 "Rechte und Pflichten der Gesellschafter". Die Vertragsunterzeichnung durch die Klägerin mache diese nicht zur Vertragspartei und Art. 5 spreche nur von einer Verpflichtung der Grundeigentümer, nicht aber einer solchen der Klägerin. Diese habe sich als Initiantin des Projektes und Redakteurin des Vertrages allfällige Unklarheiten anrechnen zu lassen (act. 79 Rz 65 ff.). Unzutreffend gehe die Vorinstanz auch davon aus, dass Ziff. 5 des Vertrages einen Vertrag zugunsten Dritter darstelle, da es den Grundeigentümern an einem Begünstigungswillen gefehlt habe. Einziger Zweck der geplanten, aber nie zustande gekommenen Abbaugesellschaft sei es gewesen, bei der Kiesausbeutung der Grundstücke gemeinsam vorzugehen. Die Durchsetzung der gesellschaftsinternen Regelung bzw. die Sicherstellung der Zweckverfolgung bedürfe keineswegs des Rechts der Klägerin, diese Regelungen mit einem eigenständigen Forderungsrecht durchzusetzen, wie das die Vorinstanz schreibe. Es entspreche nicht dem Vertragswillen der Gesellschafter, der Klägerin ein eigenes Forderungsrecht

in Bezug auf die Durchsetzung der Vereinbarung in Art. 5 des Gesellschaftsvertrages einzuräumen, da dies weder dem beabsichtigten Gesellschaftszweck entsprach noch von den Gesellschaftern so ausdrücklich vereinbart worden sei. Dass die Gesellschafter dies getan haben sollten, sei weder von der Klägerin noch von Seiten des Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren so vorgetragen worden, womit die Vorinstanz dieses Sachverhaltselement aus eigenem Dafürhalten unter Missachtung der Verhandlungsmaxime ergänze. Auch eine Einigung, die Dienstbarkeitsverträge mit der Klägerin abzuschliessen, mache letztere nicht zum begünstigten Dritten im Sinne von Art. 112 Abs. 1 oder gar Abs. 2 OR.

5.4 Die Klägerin hält dem in der Berufungsantwort entgegen, sie habe vor Vorinstanz ausführlich begründet, weshalb ihr ein selbständiges und direktes Forderungsrecht gegenüber dem Beklagten zustehe und der Vertrag Aussenwirkung entfalte. Der Vertrag sei nicht im Hinblick auf einen allfälligen Kiesabbau durch irgend eine Abbauunternehmung abgeschlossen worden, sondern ganz konkret im Hinblick auf den Kiesabbau durch die Klägerin. Diese sei unbestrittenermassen federführend bei der Vertragsausgestaltung gewesen, was dem Beklagten, der sich in den Vorstand der Gesellschaft habe wählen lassen, bekannt gewesen sei. Dass der Vertrag explizit und ausschliesslich den Kiesabbau durch die Klägerin regeln sollte, bringe auch der Umstand zum Ausdruck, dass sich die Klägerin verpflichtete, der Gesellschaft ein Darlehen zu gewähren, und dass sie den Vertrag mitunterzeichnete. Sowohl die Vertragsurkunde wie auch die weiteren Umstände sprächen dafür, dass es dem Willen der Parteien entsprochen habe, die Klägerin zur selbständigen Einforderung zu ermächtigen. Das direkte Forderungsrecht müsse nicht explizit vereinbart werden, massgebend sei der Wille, der aufgrund einer Auslegung der Gesamtumstände zu eruieren sei. Überdies ergebe sich gerade auch aus Art. 5 lit. c des Gesellschaftsvertrages, dass die Parteien mit der gesamten Bestimmung von Art. 5 einen direkten Anspruch zwischen Klägerin und den Grundeigentümern regeln wollten (act. 87 S. 14-17).

5.5 Bereits vor Vorinstanz war strittig, ob es dem Parteiwillen entsprach, dass mit der Vereinbarung von Ziff. 5 (und Ziff. 6) des Vertrages die Klägerin direkt berechtigt (und verpflichtet) werden sollte. In der Klagebegründung ging die Klägerin

davon aus, es seien in Art. 5 des Vertrages die Pflichten des Beklagten ihr gegenüber festgelegt worden (act. 1 Rz 12). Das Dokument habe verbindlich die Rechtsbeziehungen zwischen den Grundeigentümern und der Klägerin geregelt (act. 1 Rz 16). Damit behauptete sie mindestens sinngemäss eine entsprechende Übereinkunft zwischen ihr und den Grundeigentümern, mithin ihre Parteistellung im Vertrag. Der Beklagte bestritt in der Klageantwort, dass die Klägerin Partei des Vertrages geworden sei (vgl. z.B. act. 27 Rz 48, 49). Unter Hinweis auf den Vertragstext, die Protokolle der Orientierungsversammlungen und unter Nennung diverser Zeugen liess er insbesondere in der Duplik ausführen, es sei bestritten, dass die Klägerin Vertragspartei werden sollte, und er machte ausdrücklich geltend, dass die Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages nicht den Willen der Grundeigentümer und der Klägerin beinhaltete, bereits einen Dienstbarkeitsvertrag abzuschliessen. Es habe sowohl auf Seiten der Grundeigentümer als auch seitens der Klägerin ein Verpflichtungswille gefehlt, weshalb es auch nicht zu einer rechtsgeschäftlichen Bindung gekommen sei (act. 69 Rz 8 ff., insbes. Rz 12). Die Klägerin bestritt ihrerseits den fehlenden Vertragswillen der Unterzeichnenden in ihrer Stellungnahme zu den Noven der Duplik ausdrücklich (act. 75 Rz 7).

5.6 War der für die Auslegung massgebliche Parteiwille vor Vorinstanz umstritten, so hätte hierüber Beweis erhoben werden müssen (§ 133 ZPO/ZH) und die Vorinstanz hätte nicht ohne weiteres die Klägerin als (im Sinne von Art. 112 Abs. 2 OR begünstigte) Dritte qualifizieren dürfen. Die Berufungskläger rügen dies zwar nicht explizit, sinngemäss aber immerhin mit der Rüge, dass ungeachtet der Vorbringen des Beklagten in Missachtung von Art. 8 ZGB auf die Darstellung der Klägerin abgestellt worden sei. Auch aus den oberwähnten weiteren Vorbringen in der Berufungsbegründung muss sinngemäss eine entsprechende Rüge entnommen werden. Sie erweist sich als begründet, was zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils führen muss. Da die Frage der direkten Berechtigung der Klägerin eine zentrale Streitfrage des Verfahrens beschlägt, ist die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück zu weisen. Es wird Sache der Klägerin sein, im Rahmen des Hauptbeweises nachzuweisen, dass die von ihr geltend gemachte direkte Berechtigung aus dem Vertrag bzw. gestützt auf Art. 5 des Vertrages dem übereinstimmenden Willen auch

der Grundeigentümer entsprach. Dem Beklagten wird Gelegenheit zum Gegenbeweis zu geben sein.

5.7 Wie unter Ziff. III 3. hievor ausgeführt, wird ebenfalls zu prüfen sein, ob die tatsächlichen Vorbringen der Parteien im vorinstanzlichen Verfahren für die rechtliche Subsumtion, wie sie die Vorinstanz vornahm, genügen und ob hierüber allenfalls ein Beweisverfahren zu führen ist. Im Berufungsverfahren haben sich die Parteien zur vorinstanzlich neu eingeführten rechtlichen Qualifikation des Vertrags zugunsten eines Dritten im Sinne von Art. 112 Abs. 2 OR ausführlich geäußert, was zu berücksichtigen ist, soweit es sich nicht um unzulässige neue tatsächliche Vorbringen handelt.

Die Berufungskläger machen wie gesehen geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unter Verletzung der Verhandlungsmaxime in unzulässiger Weise erweitert. Ein Forderungsrecht, das sich primär nach dem Parteiwillen der Vertragsparteien unter Heranziehung der gesamten Umstände bemesse, bestehe nicht und die Klägerin habe dafür auch keinen Beweis angetreten; einen Begünstigungswillen hätten die Parteien nie vorgebracht. Die Vorinstanz habe es unterlassen irgend welche substantiierten Ausführungen zu den entsprechenden Voraussetzungen anzustellen und ein direktes Forderungsrecht ergebe sich auch nicht aus Art. 5 lit. c des Vertrages, da es bei dieser Bestimmung nur darum gegangen sei, die Gesellschaft selbständig zu berechtigen und zu verpflichten – nach Abschluss der entsprechenden Dienstbarkeitsverträge – vom Kieswerkunternehmen die Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen gegenüber den Grundeigentümern gesamthaft zu fordern (act. 79 Rz 35 - 53). Demgegenüber steht die Klägerin auf dem Standpunkt, dass die Vorinstanz korrekt und ohne Verletzung der Verhandlungsmaxime aufgrund einer Auslegung sämtlicher Umstände auf das Vorliegen eines echten Vertrages zugunsten Dritter erkannt habe. Die Grundeigentümer und die Klägerin hätten ihre Freiheit der vertraglichen Ausgestaltung derart genutzt, dass sie einen Teil des Vertrages mit Aussenwirkung versehen und der Klägerin bezüglich Art. 5 ein direktes Forderungsrecht einräumten (act. 87 S. 13 ff., zusammenfassend: Rz 52). Die Behauptung, mit der Unterzeichnung des Vertrages habe die Klägerin erklärt, im Sinne von Art. 112 Abs. 3

OR von diesem Recht Gebrauch machen zu wollen (act. 87 Rz 55), ist dagegen neu und nicht mehr zu berücksichtigen.

5.8 Zur rechtlichen Qualifikation des Vertrages als Ganzes (act. 5/7) ist folgendes anzumerken: Die Vorinstanz hielt fest, es liege ein gemischter Vertrag und damit ein Innominatkontrakt vor, welcher neben eigentlichen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen auch Regelungen über ein Darlehen (Art. 6 und 27) und über die Errichtung einer Dienstbarkeit (Art. 5) enthalte. Der Vertrag verlasse damit den Bereich, der ihn als Ganzes dem Gesellschaftsrecht unterstellen würde (act. 81 S. 49 ff.). Die Berufungskläger bestreiten das Vorliegen eines Innominatkontraktes mit dem Hinweis, dass ein solcher immer ein einziges Rechtsverhältnis zwischen den gleichen Parteien regle. Verschiedene Verträge zwischen unterschiedlichen Parteien seien keine Innominatverträge, sondern schlicht zwei Verträge; es sei nicht möglich, eine vertragliche Beteiligung der Klägerin am Gesellschaftsvertrag zu konstruieren, wie dies die Vorinstanz tue. (act. 79 S. 14f.). Die Klägerin hält die dogmatische Einordnung des Vertrages für letztlich nicht entscheidend (act. 87 Rz 6). Dem ist unter Hinweis auf die nachstehenden Erwägungen zu folgen.

Als Ausfluss der Vertragsfreiheit anerkennt die schweizerische Rechtsordnung bei den Verträgen die Typenfreiheit. Es können völlig neuartige Verträge geschlossen werden, gewisse typische, gesetzlich nicht geregelte Verträge haben Doktrin und Rechtsprechung als typische Innominatverträge erfasst und in verschiedenen Arten zusammengefasst. So werden etwa bei gemischten Verträgen Tatbestandsmerkmale verschiedener Vertragstypen kombiniert. Von zusammengesetzten, verbundenen oder vernetzten Verträgen bzw. von Vertragsverbindungen oder Netzwerkverträgen spricht man, wenn mindestens zwei Verträge separat geschlossen werden, aber funktionell in der Weise zusammenhängen, dass Ereignisse, welche die Sphäre des einen Vertrages betreffen, die andern ebenfalls tangieren. Entscheidend ist, dass zwischen den einzelnen Verträgen eine innere Bindung, ein innerer Zusammenhang besteht. Diese Verträge können multilaterale Vertragsbindungen bilden, wenn sie drei oder mehr Personen umfassen. Man spricht in diesem Zusammenhang nicht von Innominatverträgen, sondern von In-

nominatfiguren, wo man es mit einem Denken in vertraglichen Bezügen zu tun hat (AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, BSK OR I, 5. Aufl., Einl. vor Art. 184 ff. N 5 ff. insbes. N. 9 und 12). Von einem multilateralen Verbund spricht man, wenn mehrere Rechtsgeschäfte miteinander verknüpft bei einer Partei konvergieren, im Übrigen aber verschiedene Parteikonstellationen aufweisen. Dem Gesetz lässt sich zu solchen Vertragsverbindungen nichts entnehmen, kaum auch der Lehre. Das Bundesgericht hat aber festgehalten, dass auf zusammengesetzte Verträge die für gegenseitige Kontrakte geltenden Grundsätze analoge Anwendung fänden, sofern nach dem Willen der Parteien die verbundenen Verträge eine Einheit bilden (BGE 107 II 144 = Pra 1981, 466f.; 97 II 390; 94 II 361). Sofern die Parteien verschiedene Verträge kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Abrede miteinander verknüpfen, ist die Rechtslage insofern eindeutig, als sie sich vorab nach dem Parteiwillen richtet (AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, a.a.O., Einl. vor Art. 184 ff. N 52 - 54 mit Hinweisen auf die Praxis; Schlupe, Zusammengesetzte Verträge: Vertragsverbindung oder Vertragsverwirrung, in: Festschrift für Heinz Rey, 2003, S. 285 ff., insbes. S. 287/8). Den Berufungsklägern wäre somit darin zuzustimmen, dass der Vertrag (act. 5/7) jedenfalls dann als zusammengesetzter und nicht als Innominatkontrakt zu qualifizieren wäre, wenn davon auszugehen sein wird, dass nicht nur die Grundeigentümer, sondern auch die Klägerin daraus direkt verpflichtet und berechtigt sind. Sowohl für die Frage nach der inneren Verbindung der verschiedenen Elemente wie auch nach der strittigen Wirkung von Art. 5 des Vertrages ist dabei wie gesehen primär der Parteiwille massgeblich, der nach dem Gesagten gestützt auf die Vorbringen der Parteien vor Vorinstanz zu ermitteln sein wird. Bei der Würdigung wird insbesondere auch der Zweck des Zusammenschlusses zu berücksichtigen sein: Nach Art. 2 des Vertrages taten sich die Grundeigentümer zur gemeinschaftlichen Wahrung der Verwertung der Entschädigungsrechte aus Kiesabbau und Wiederauffüllung zusammen und die Klägerin, welche die Idee initiierte, war als Unternehmen für die Gewinnung von Kies, Sand und anderen Baustoffen in dieses Vorhaben – in welcher Form auch immer – ausdrücklich einbezogen.

6. Dienstbarkeitsvertrag / Vorvertrag

Ist nach Durchführung des Beweisverfahrens von einer direkten Berechtigung der Klägerin aus dem Vertrag auszugehen, dann ist weiter zu prüfen, ob Art. 5 des Vertrages hinreichend konkretisiert ist, um den Anforderungen an einen Dienstbarkeitsvertrag bzw. einen Vorvertrag dazu zu genügen. Die Berufungskläger bestreiten dies im Berufungsverfahren wie bereits vor Vorinstanz.

6.1 Vorab ist hiezu festzuhalten, dass die Vorinstanz zutreffend davon ausging, dass für die Beurteilung der Klage insbesondere mit Bezug auf die Formvorschriften für die Errichtung einer Grund- bzw. einer Personaldienstbarkeit die bis Ende 2011 gültige Fassung des ZGB anwendbar ist. Es genüge damit die bloße Schriftform (Art. 732 Abs. 1 aZGB). Dies wird im Berufungsverfahren zu Recht nicht beanstandet. Die Formvorschrift ist durch Art. 5 erfüllt.

6.2 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die Voraussetzungen für die Errichtung eines Dienstbarkeitsvertrages ausgeführt und kam zum Schluss, dass Art. 5 des Vertrages diese erfülle: Er bezeichne einerseits die jeweils zu belastenden (dienenden) Grundstücke, welche am Ende bei den jeweiligen Unterschrift aufgeführt würden und andererseits die Klägerin als berechtigte Person. Art. 5 des Gesellschaftsvertrages umschreibe sodann (zumindest rudimentär) auch den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit und lege auch gleich die daraus fließenden Entschädigungsansprüche verbindlich fest. Dass dabei ein dingliches Recht begründet werden sollte, ergebe sich bereits aus der von den Parteien gewählten Begrifflichkeit. Das Schriftlichkeitserfordernis sei sodann erfüllt. Nachdem die Lehre nicht einmal die Entschädigungspflichten des Abbauberechtigten als notwendigen Inhalt ansehe, könnten sodann auch darüber hinausgehende Pflichten wie eine fachgerechte Auffüllung und Rekultivierung im Dienstbarkeitsvertrag unregelt bleiben, ohne seine Gültigkeit zu tangieren. Der Gesellschaftsvertrag erfülle die Kriterien eines Vorvertrags zum Abschluss eines Dienstbarkeitsvertrages, welcher einzig den Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages genügend bestimmen müsse; es erübrige sich daher Ausführungen zum, vom Beklagten als notwendig erklärten Vertragsinhalt (act. 81 S. 54/55).

6.3 Die Berufungskläger wenden ein, die Vorinstanz habe auch hier in unzulässiger Weise eine Prüfung der Voraussetzungen bezüglich der Realexekution des Vorvertrages unterlassen. Da diverse für den Vertragsschluss notwendige Elemente des Austauschverhältnisses noch nicht bestimmt worden seien, wäre dieser einer realen gerichtlichen Vollstreckung nicht zugänglich. Die Vorinstanz unterlasse eine Prüfung ohne auf das diesbezügliche Vorbringen des Beklagten einzugehen (act. 79 Rz 75 und 76). Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat durchaus dargelegt, aus welchen Gründen sie konkretere inhaltliche Vorgaben als nicht notwendig erachtete. Die Berufungskläger setzen sich mit diesen Erwägungen nicht auseinander und genügen damit ihrer Rüge- und Begründungspflicht nicht. Es muss damit beim Ergebnis der Vorinstanz bleiben, wenn nach Durchführung des Beweisverfahrens eine direkte Berechtigung der Klägerin als ausgewiesen erscheint.

7. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache im Sinne der vorstehenden Erwägungen zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück zu weisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind im Berufungsverfahren einzig die Entscheidgebür sowie die Höhe der Prozessentschädigung festzusetzen. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist dem vorinstanzlichen Endentscheid vorzubehalten. Ausgehend von einem Streitwert von rund CHF 500'000.-- ist die Entscheidgebür auf CHF 20'000.-- festzusetzen, die Prozessentschädigung auf CHF 23'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer.

Es wird beschlossen:

1. Die Berufungsbegehren Ziff. 3 und 4 werden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachstehenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf (I. Abteilung) vom 17. Juli 2014 wird aufgehoben und es wird die Sache im Sinne der Erwägungen zur Durchführung eines Beweisverfahrens und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'000.-- festgesetzt unter Vormerknahme, dass dieser Betrag von den Berufungsklägern als Prozesskostenvorschuss bei der Obergerichtskasse geleistet worden ist.
3. Die Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 23'000.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) festgesetzt.
4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem vorinstanzlichen Endentscheid überlassen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungskläger unter Beilage des Doppels von act. 87 sowie mit den Akten an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt
rund Fr. 500'000.--.
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: