

ZH_OBERGERICHT LB120116 vom 18. Februar 2014

ZH Obergericht, 2014-02-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB120116

FR: ZH_OBERGERICHT LB120116 du 18 février 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LB120116 del 18 febbraio 2014

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind Nachbarn. Die Klägerin ist eine Privatperson, die Be- klagte eine juristische Person, die teilweise in der Industriezone der Gemeinde C._____ und teilweise in der Gewerbezone der Gemeinde E._____ ein G._____center betreibt. Im Zusammenhang mit den baurechtlichen Ausschrei- bungs- und Einspracheverfahren waren seinerzeit Differenzen zwischen 17 An- wohner/innen und der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit der ausführlichen Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 geregelt worden. Der Klägerin geht es da- rum, dieser Vereinbarung, die sie für verletzt hält, Nachachtung zu verschaffen.

E. 2

Mit Urteil vom 24. Oktober 2012 verpflichtete die Vorinstanz die Klägerin, gewisse, genau bezeichnete Betriebszeiten einzuhalten. Die Beklagte wurde ih- rerseits verpflichtet, zwei Domain-Namen, für die sie als Halterin eingetragen ist, löschen zu lassen. Im Übrigen wurden sowohl die Klage als auch die Widerklage abgewiesen.

E. 3

Dagegen reichte die Klägerin rechtzeitig Berufung ein mit den eingangs genannten Begehren (Urk. 50). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss leistete sie rechtzeitig (Urk. 54 und 55). Die Beklagte erhob ihrerseits rechtzeitig Anschluss- berufung und erstattete ausserdem die Berufungsantwort (Urk. 57). Auch der ihr auferlegte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 58 und 59). In der Folge er- stattete die Klägerin eine Anschlussberufungsantwort, ergänzt durch sehr um- fangreiche weitere Ausführungen (Urk. 60), so dass der Beklagten nochmals Ge- legenheit gegeben wurde, Stellung zu nehmen (Urk. 62). Das Doppel dieser Stel- lungnahme wurde der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 63). Ausser- dem wurden den Parteien die beiden Referentenwechsel angezeigt (Urk. 64, 65).

E. 4

Nicht angefochten hat die Klägerin das vorinstanzliche Urteil, soweit sie in Gutheissung der Widerklage verpflichtet wurde, die Domain-Namen "B._____ - C._____ .ch" und "C._____ -B._____ .ch", für welche sie als Halterin eingetragen

- 7 - war, innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils löschen zu lassen (Dispositiv- Ziff. 2). Diesbezüglich bleibt es deshalb beim vorinstanzlichen Entscheid, der in Rechtskraft erwachsen ist. Davon ist Vormerk zu nehmen.

E. 5

Bezüglich der gesetzlichen Vorgaben des Berufungsverfahrens drängen sich einige Vorbemerkungen auf: a) Das Rechtsbegehren bestimmt die Klage und legt das Prozessthema fest (Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz 1370).

kaschieren, die freie Fläche zu be- ren, die freie Fläche zu begrünen/zu bepflan- grünen/bepflanzen, die Westseite der Halle zen, die Westseite der Halle mit Pflanzungen mit Pflanzungen zu kaschieren sowie auf dem zu kaschieren sowie auf dem Platz jegliche Platz jede gewerbliche Tätigkeit inklusive gewerbliche Tätigkeit, inklusive Lagerung, das Lagerung, das Befahren, Manipulieren und Befahren, Manipulieren und Parkieren, zu un- Parkieren zu unterlassen, unter Androhung terlassen, unter Anordnung von Bestrafung von Bestrafung wegen Ungehorsams. wegen Ungehorsams; a) Es sei festzulegen, dass es sich beim Kataster 1 der Gemeinde D._____ um eine Teilfläche von 2 handelt und es sei festzulegen, dass es sich beim Kataster

- 9 - 3 der Gemeinde E._____ um eine Teil- fläche von 6 handelt 3. Es sei der Beklagten unter Androhung von Bestrafung wegen Ungehorsams zu verbieten, die Sträucher, Bäume und Findlinge gemäss Begrünungskonzept (Anhang 3) Akte 4/5 zu entfernen. a) Der Beklagten sei aufzuerlegen, Baugesuch Nr. 2012/031. Eingang am 9. April 2012 E._____ zurückzuziehen b) Die Beklagte sei zu verpflichten, neue Baugesuche nur zusammen mit der Ver- einbarung vom 07. Dezember 1998 (Ak- te 4/4) zur baurechtlichen Bewilligung einzureichen und im Falle einer Geneh- migung nur dementsprechend auszufüh- ren. Wie eingangs dargelegt, wird das, was vor erster Instanz verlangt wird, rechtshängig und definiert und begrenzt damit den Streitgegenstand. Dabei bleibt es grundsätzlich für das ganze Verfahren. Unter besonderen Voraussetzungen kann die Klage im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens geändert werden. Im Rechtsmittelverfahren ist die Abänderbarkeit nochmals erschwert. Die Klägerin macht für ihre erweiterten und neuen Rechtsbegehren (im obenstehenden Ver- gleich kursiv hervorgehoben) keinerlei Gründe geltend, was in Art. 317 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 227 Abs. 1 ZPO vorausgesetzt wird, damit die Ände- rung beachtlich sein könnte. Dass das, was sie neu verlangt, nicht schon vor Vorinstanz hätte verlangt werden können, ist ausserdem nicht ersichtlich. Dass die Beklagte der Klageänderung nicht zustimmt, ergibt sich ohne weiteres aus den zur Berufungsantwort gestellten Anträgen (Urk. 57 S. 2; vgl. auch Urk. 57 Rz 29), indem sie Nichteintreten auf die Klageänderung unter Ziff. 1 der Beru- fungsanträge, unter Ziff. 2 a) der Berufungsanträge und unter Ziff. 3 Ingress, Ziff. 3a) und 3b) der Berufungsanträge verlangt (Urk. 57 S. 2). Die Klägerin weist darauf hin (Urk. 50 S. 3; Urk. 60 S. 7 f.), dass es sich le- diglich um Präzisierungen handle. Das trifft offensichtlich nicht zu.

- 10 - b) Das Feststellungsbegehren betreffend die Katasternummern (Urk. 50 S. 2 2.a) ist neu und ohnehin unzulässig, weil sowohl früher als auch heute lediglich die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechten bzw. Rechts- verhältnissen verlangt werden konnte und kann (§ 59 ZPO/ZH; Art. 88 ZPO). Zu- sätzlich gab es im Kanton Zürich die Möglichkeit, die Echtheit oder Unechtheit von Urkunden gerichtlich feststellen zu lassen, worum es hier offensichtlich nicht geht. Die Katasternummern hätten, auch wenn das Begehren bereits vor Vorinstanz gestellt worden wäre, ohnehin nicht gerichtlich festgestellt werden können. Dass die Illiquidität ihres Begehrens auf die Katasternummern zurückzuführen ist, ist nicht ersichtlich (Urk. 60 S. 8 [zu Ziffer 8]); Illiquidität ist eine Besonderheit des Rechtsschutzes in klaren Fällen, wenn das Recht nicht klar oder der Sachverhalt nicht unbestritten oder sofort beweisbar ist (§ 226 ZPO/ZH, Art. 257 Abs. 3 ZPO). Im Rahmen des ordentlichen Verfahrens spielt sie als Prozessvoraussetzung ausserdem keine Rolle. c) Was die "präzisierten" Anträge zu Ziff. 1 des Rechtsbegehrens (Urk. 50 S. 2 lit. a bis d) angeht, geht es der Klägerin darum, dass die Betriebszeiten explizit auf die ...stelle für ..., den Betrieb der ...anlage, die Tätigkeit auf dem

...lager-/Manövrier-/Wende- und dem ...platz in und ausserhalb der Halle, Tätigkeiten mit Pneucladern, Baggern und ...anlagen, Be- und Entladung von Fahrzeugen, den Werkverkehr und den gewerblichen Güterverkehr (Gewerbeverkehr) sowie auch auf Tätigkeiten durch Dritte, insbesondere z.B. das Parkieren durch Besucher des ...-Centers angewendet werden. In der Vereinbarung von 1998 (Urk. 4/4 Ziff. II./2.2) wurden die Betriebszeiten festgelegt, ohne im Detail zu umschreiben, was zum "Betrieb" der Beklagten gehört; namentlich genannt ist nur die "...anlage", für die eine etwas verkürzte Betriebszeit vorgesehen wurde. Zweifellos hätten die Parteien den Betrieb der Beklagten und die ausserhalb der "Betriebszeiten" verbotenen Tätigkeiten so detailliert auflisten können, wie es die Klägerin in ihren "präzisierten" Berufungsanträgen tut. Das ist aber seinerzeit nicht geschehen und konnte teilweise auch nicht geschehen, weil es um Dinge geht, die damals noch gar nicht aktuell waren (darauf wird in E. III./3./d) zurückzukommen sein). Das Gericht hat die Vereinbarungen der Parteien, so wie sie getroffen wurden, zu prüfen und die beklagte Partei allenfalls entsprechend zu ver-

- 11 - pflichten. Dabei ist es nicht Sache des Gerichts die von den Parteien vereinbarte Regelung im Nachhinein zu detaillieren und entsprechend zu ergänzen. Aber auch wenn dies nicht so wäre, wären die Ergänzungen unzulässig, weil sie nicht auf neuen Tatsachen und Beweismitteln basieren (Art. 317 ZPO). d) Zu erwähnen ist schliesslich, dass neben den "präzisierenden" Anträgen in Ziff. 3 weitere, völlig neue und damit unzulässige Anträge (Art. 317 ZPO) gestellt werden. Ausserdem handelt es sich dabei um Leistungsansprüche, die – wie in E. II./2. d) aa) betreffend die notwendige Streitgenossenschaft zu zeigen sein wird, nur von der Gemeinschaft der Nachbarn geltend gemacht werden könnten. Da die Klägerin allein und ohne die anderen Gesellschafter die Verpflichtung der Beklagten gemäss den neuen Ziffer 3 der Berufungsanträge ohnehin nicht verlangen kann, muss der Frage, ob die Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 auf Baubewilligungsverfahren aus dem Jahr 2012 anwendbar ist (Urk. 60 S. 15 f.), nicht weiter nachgegangen werden; dass dies so sein könnte, ist allerdings auch nicht ersichtlich. Soweit die Änderung der Rechtsbegehren nicht zulässig ist, sind die geänderten Begehren materiell nicht zu behandeln und es ist diesbezüglich ein Nicht-eintretensentscheid zu fällen. Der Berufung sind demnach nur die ursprünglich gestellten Begehren (Urk. 2 S. 2) unverändert zu Grunde zu legen.

E. 6

Anzumerken ist, dass das Berufungsverfahren keine Weiterführung des erstinstanzlichen Verfahrens vor zweiter Instanz darstellt, sondern die Fortsetzung des Verfahrens aufgrund des bereits vor erster Instanz vorgetragenen Sachverhaltes. Die Zulässigkeit von neuen Vorbringen im Berufungsverfahren und die dabei zu beachtenden Modalitäten werden daher durch das Gesetz besonders geregelt. Neue Sachdarstellungen und Beweismittel sind nur noch in den Schranken des Art. 317 ZPO zulässig, d.h. sie werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht wird, was bezogen auf die klagende Partei nur die Berufungsschrift und bezogen auf die beklagte Partei nur die Berufungsantwort sein kann. Ausserdem ist jeweils darzulegen, warum die neuen Tatsachen und Beweismittel "trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten" (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO).

- 12 - Ferner gibt es die Begründungslast, die in Art. 310 ZPO i.V.m. Art. 312 Abs. 1 ZPO verankert ist. Die Parteien haben sich daher im Berufungsverfahren mit dem vorinstanzlichen Urteil auseinander zu setzen und ebenfalls mit den allfälligen Vorbringen

der jeweiligen Gegenpartei. Insbesondere die Berufung führende Partei hat im Einzelnen zu zeigen, welche Tatsachen inwieweit falsch festgestellt und welches Recht unrichtig angewandt worden sein soll. Bestreitungen, allgemeine bzw. nicht näher begründete Kritik sowie Wiederholung des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen dem nicht. Ohne Belang bleiben demzufolge Hinweise in den Rechtsschriften des Berufungsverfahrens, mit denen Wiederholungen von schon Vorgetragenem bezweckt werden. In der Berufungsantwort hat die Beklagte dann Anschlussberufung erhoben, so dass der Klägerin mit Verfügung vom 13. März 2013 (Urk. 58) Gelegenheit gegeben wurde, die Anschlussberufung zu beantworten (Urk. 58). Die Klägerin hat daraufhin mit Urk. 60 eine 82-seitige Eingabe verfasst, die sich nicht nur mit der Anschlussberufung befasst, sondern ein weiteres Mal und extensiv den bereits im erstinstanzlichen Verfahren und in der Berufungsschrift vorgetragenen Sachverhalt wiederholt. Anzumerken ist, dass das Berufungsverfahren in der Regel aus je einer Eingabe besteht (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Art. 312 ZPO). Dieses System des grundsätzlichen einmaligen Rechtsmittelvortrages wird durch die in der Gerichtspraxis (z.B. BGE 132 I 46 f.) geschaffene Möglichkeit, zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ausserhalb des eigentlichen Schriftenwechsels Stellung nehmen zu können, erweitert, was allerdings nicht die Meinung hat, dass der ganze bereits vorgetragene Prozessstoff ein weiteres Mal vorgetragen wird. Als Sanktion für weitschweifige Eingaben kann gemäss Art. 132 Abs. 2 ZPO die Kürzung angeordnet werden. Angesichts der Tatsache, dass die Klägerin das Berufungsverfahren ohne anwaltliche Unterstützung führt und ihr das Zivilprozessrecht nicht bekannt sein wird, wurde darauf verzichtet. Anzumerken ist, dass die Bearbeitung von Fällen mit langen (zusätzlichen) Eingaben und vielen Wiederholungen zeitintensiv ist. Das kann sich bei den Gebühren beim Kriterium "Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts" auswirken (§ 4 Abs. 2 GebV OG § 4 Abs. 2 Anw-GebV).

- 13 -

E. 7

Die Klägerin hält die Anschlussberufung der Beklagten für unzulässig (Urk. 60 S. 7): Die Beklagte beabsichtige, von der Vorinstanz bereits geschaffene Tatsachen zu bestreiten und es sei nicht nachvollziehbar, warum die Beklagte massgebliche Grundlagen erst in der Anschlussberufung bestreite. Die Berufungsbeklagte habe keine eigene Berufung eingereicht, so dass der Schluss nahe liege, dass es sich bei der Anschlussberufung lediglich um ein taktisches Geplänkel handle (Urk. 60 S. 7). Das Argument der Klägerin, die Beklagte habe das vorinstanzliche Urteil durch Nichterheben einer eigenen Berufung akzeptiert, ist unrichtig. Die Anschlussberufung ist eine ausdrücklich gesetzlich vorgesehene Möglichkeit (Art. 313 Abs. 1 ZPO), die unabhängig von den Motiven wahrgenommen werden kann.

E. 8

Die Vorinstanz hat – weil die Klage vor dem Inkrafttreten der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung eingereicht wurde – zu Recht auf Art. 404 Abs. 1 ZPO hingewiesen. Im Rechtsmittelverfahren gilt gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO das neue Prozessrecht, wobei bei der Überprüfung des erstinstanzlichen Verfahrens und des erstinstanzlichen Entscheides die zürcherische Zivilprozessordnung angewendet wird.

E. 9

Die Sache ist spruchreif. II. 1. a) Die Beklagte machte vor Vorinstanz und macht im Berufungsverfahren geltend, die Klägerin sei zur alleinigen Klageerhebung nicht aktivlegitimiert, sondern sie müsse in notwendiger Streitgenossenschaft prozessieren (Urk. 12 Rz 7 ff.; Urk. 57 Rz 10 ff.). Sie führte dazu aus, dass die 17 Einzelparteien, die als Nachbarn mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten die Vereinbarung vom 25. September 1998 geschlossen hatten, identisch mit den Mitgliedern des Vereins "H._____" bzw. "H._____" seien (Urk. 12 Rz 9). Die Verhandlungen seien seinerzeit zwischen der Beklagten und dem Verein H._____ geführt worden. Die

- 14 - Vereinbarung sei dann allerdings zwischen der Beklagten und der Gemeinschaft der Nachbarn geschlossen worden. Diese seien namentlich als Vertragsparteien aufgeführt worden, weil eine einfache Gesellschaft als solche nicht rechts- und parteifähig sei. Bei den vertragsschliessenden Nachbarn handle es sich um eine Mehrheit von Personen, die sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und/oder Mitteln zusammengeschlossen hätten (Urk. 12 Rz 9). Die Nachbarn seien, vertreten durch einen Rechtsanwalt, als Gemeinschaft aufgetreten "mit dem Ziel, «weitere Rechtsmittelverfahren zu vermeiden, das Bauvorhaben zu optimieren und baldmöglichst ausführen zu lassen»" (Urk. 12 Rz 10). Dass die Nachbarn als Gemeinschaft unter Wahrung des Einstimmigkeitsprinzips aufgetreten seien, ergebe sich auch aus der im Zusammenhang mit dem Abschluss der Vereinbarung geführten Korrespondenz (Urk. 12 Rz 11). Nachdem die Nachbarn die Vereinbarung nicht als Körperschaft, sondern als Gemeinschaft geschlossen hätten, seien sie spätestens nach Abschluss der Vereinbarung von Gesetzes wegen eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 Abs. 2 OR gewesen, so dass ihnen die Ansprüche der Gesellschaft zu gesamter Hand zustünden (Urk. 12 Rz 12). Die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft, deren gemeinsame Ansprüche ausschliesslich auf vertraglichen Vereinbarungen beruhten, könnten darüber nicht allein prozessieren, sondern sie müssten diese in notwendiger Streitgenossenschaft verfolgen (Urk. 12 Rz 13). Es gehe daher nicht an, dass die Klägerin Ansprüche aus einer Vereinbarung von 17 Nachbarn geltend mache, ohne dass sich die übrigen 16 zur Gemeinschaft der vertragsschliessenden Einzelparteien gehörenden Nachbarn an einem solchen Verfahren beteiligten (Urk. 12 Rz 14). Die Mehrheit der vertragsschliessenden Nachbarn wolle mit der Beklagten zusammenarbeiten (Urk. 12 Rz 14). Die Klägerin sei demnach für eine Einzelklage nicht aktivlegitimiert (Urk. 12 Rz 16). Die Vorinstanz hätte die Frage, ob eine einfache Gesellschaft gebildet worden sei, nicht offen lassen dürfen, sondern hätte aus den übereinstimmend vorgetragenen Tatsachen die richtige Folgerung ziehen müssen (Urk. 57 Rz 12 - 14). Unabhängig von der Weitergeltung der einfachen Gesellschaft müssten Rechte aus Dauerschuldverträgen gemeinsam durchgesetzt werden (Urk. 57 Rz 18). Die Beklagte habe auch aufgezeigt, dass die Mehrheit der Nachbarn – anders als die Klägerin – der Meinung

- 15 - sei, dass die Vereinbarung durch die Beklagte eingehalten werde (Urk. 57 Rz 18). Unzutreffend sei die Ansicht der Vorinstanz, dass es sich nicht um eine privatrechtliche Angelegenheit handle (Urk. 57 Rz 19). Für den Fall, dass das Gericht nicht von einer notwendigen Streitgenossenschaft ausgehen sollte, sei Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend gemacht worden, soweit die Vereinbarung nicht ohnehin schon durch Kündigung aufgehoben sei. Das müsse ebenfalls zu einer Klageabweisung führen (Urk. 12 Rz 18). Die Vorinstanz habe den geltend gemachten Irrtum gänzlich ungeprüft gelassen (Urk. 57 Rz 21). b) Die Klägerin bestritt im vorinstanzlichen Verfahren die

Voraussetzungen für eine notwendige Streitgenossenschaft (Urk. 21 S. 3). Es verstehe sich von selbst, dass der Kreis potentieller Einsprecher/Rekurrenten im Zusammenhang mit Bauvorhaben nicht vorab definiert sei. Die Vereinbarung sei mit den bis zu jedem Zeitpunkt aktiv gewordenen Einsprechenden/Rekurrenten abgeschlossen worden, so dass die Zahl der Parteien schon deshalb zahlenmässig unbestimmt gewesen sein müsse (Urk. 21 S. 3). Es sei darum gegangen, gewisse, von der Baubewilligungsbehörde nicht umfasste Punkte zu regeln, womit die Beklagte einverstanden gewesen sei, so dass insofern ein Vertrag vorliege, der zivilrechtlich unzweifelhaft zulässig sei. Aus der Natur der Vereinbarung ergebe sich, dass jede einzelne Vertragspartei von den Forderungen hätte zurücktreten können, so dass auch jeder Einzelne berechtigt sei, die Forderung rechtlich durchzusetzen, soweit dies in der Vereinbarung selber nicht anders geregelt sei (Urk. 21 S. 3). Die Doktrin (Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N. 2 zu § 39 ZPO) gehe in Anwendung von § 39 ZPO/ZH davon aus, dass ein Gestaltungsrecht mehreren Personen gemeinsam zustehen könne oder gegen mehrere Beklagte gegeben sei. Eine notwendige Streitgenossenschaft liege mit Bezug auf die Verpflichtung zu Gestaltungsrechten in der Regel nicht vor. Gemäss § 40 Abs. 2 ZPO/ZH könne der Prozess bei einfacher Streitgenossenschaft unabhängig von den Anderen geführt werden. Mit der Vereinbarung habe sich die Beklagte zu einer bestimmten Ausgestaltung ihres Bauprojekts in

- 16 - scher Hinsicht verpflichtet. Auch wenn sich nur eine Vertragspartei – hier die Klägerin – für die Durchsetzung der Vertragsinhalte einsetze, sei dies nicht zum Nachteil der anderen Unterzeichnenden (Urk. 21 S. 3 f.). Die Aktivlegitimation beurteile sich nach den Regeln der Streitgenossenschaft und nicht nach den Regeln des Gesellschaftsrechts. Ob Mitglieder einer einfachen Gesellschaft allein oder separat vorgehen könnten, beurteile sich nach der Streitsache. Vorliegend sei es von der Sache her durchaus möglich und nicht zum Nachteil der übrigen Unterzeichner, wenn eine Unterzeichnerin alleine einen oder mehrere Inhalte der Vereinbarung gerichtlich einklage. Den Gesellschaftern stünden die Ansprüche aus der Vereinbarung nicht zu gesamter Hand zu, sondern jedem einzelnen. Es hätte ja auch jeder Einzelne Einsprache oder Rekurs machen können (Urk. 21 S. 4). Widersprechende Entscheide könne es nicht geben, indem die Klägerin nur Inhalte einklage, die nicht erfüllt worden seien. Ein allfälliges Gerichtsurteil wirke nur faktisch für alle Unterzeichner, was allerdings gewollt sei (Urk. 21 S. 5). In der Berufung äusserte sich die nun ohne Rechtsvertretung prozessierende Klägerin zunächst nicht zur Rechtsfrage der notwendigen Streitgenossenschaft, griff das Thema dann allerdings im Zusammenhang mit der Anschlussberufungsantwort (Urk. 60 S. 9, S. 47) auf. Dass die Beklagte erstmals in der Anschlussberufung die Aktivlegitimation bestritten habe, wie die Klägerin geltend macht, ist aktenwidrig, hat die Beklagte doch bereits im vorinstanzlichen Verfahren umfangreiche Ausführungen dazu gemacht (Urk. 12 Rz 5 ff. "Bestreitung der Aktivlegitimation der Klägerin"). Es bestehe – so die Klägerin – keine notwendige Streitgenossenschaft, weil keine einfache Gesellschaft mehr bestehe, ja eine solche sei gar nie entstanden. (Urk. 60 S. 47). Der Beizug des gleichen Anwalts (Y. _____), mit dem jeder Nachbar eine eigene Klientenvereinbarung unterzeichnet habe, genüge nicht. Dieser habe aufgrund der Vollmacht der Klägerin die Vertragsverhandlungen mit der Beklagten geführt, ohne (mündlichen oder schriftlichen) Gesellschaftsvertrag (Urk. 60 S. 47). Auf der Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 sei die Klägerin mit eigenem Namen als Vertragspartei aufgeführt. Die Klientenvereinbarung mit Rechtsanwalt Y. _____ sei zeitlich mehrere Monate vor der

Verhand-

- 17 - lung/Unterzeichnung der Vereinbarung unterzeichnet und sei im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Baurekursverfahrens abgeschlossen worden. Im öffentlich-rechtlichen Verfahren seien die Nachbarn nicht als einfache Gesellschaft aufgetreten. Es könne nicht abgeleitet werden, dass durch die gemeinsame Idee (im Sinne von "wir engagieren den Anwalt Y. _____") und die darauf folgende Handlung von Y. _____ tatsächlich eine einfache formlose Gesellschaft hätte gebildet werden sollen. Spätestens nach Inkraftsetzung der individuellen Klientenvereinbarungen wäre dieses Ziel erreicht gewesen und die einfache formlose Gesellschaft hätte sich dann wieder aufgelöst (Urk. 60 S. 48, S. 54). Es entstehe keine Streitgenossenschaft zwischen Anwalt und Klient und schon gar nicht wegen des Engagements eines gemeinsamen Anwalts (Urk. 60 S. 49). Hätte es die einfache Gesellschaft gegeben, so hätte dies auf der Vereinbarung vermerkt werden müssen (Urk. 60 S. 49). Die Vorinstanz lege ausführlich und verständlich dar, dass die einfache Gesellschaft mit der Erreichung des gemeinsamen Ziels aufgelöst werde, so dass es für die Klage auf Einhaltung der Vereinbarung keine Streitgenossenschaft gebe (Urk. 60 S. 53). Die Beklagte nehme sich heraus, Behauptungen zur Liquidation der einfachen Gesellschaft aufzustellen, was sie ja gar nicht wissen könne (Urk. 60 S. 55). Wo keine Gesellschaft entstanden sei, gebe es auch nichts zu liquideren (Urk. 60 S. 56). § 40 ZPO/ZH sehe die individuelle Prozessführung vor und nicht einmal im öffentlich-rechtlichen Verfahren sei eine Streitgenossenschaft notwendig gewesen (Urk. 60 S. 57). c) Die Vorinstanz hält die Aktivlegitimation der Klägerin für gegeben. Sie verweist auf § 39 Abs. 1 ZPO/ZH, wonach ein gemeinsamer Auftritt als Kläger dann erforderlich sei, wenn diese an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, die für alle Beteiligten nur im gleichen Sinn entschieden werden kann. Es sei vorliegend nicht ersichtlich, weshalb Ansprüche gestützt auf die Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 nur von sämtlichen Nachbarn gemeinsam geltend gemacht werden können sollten. Es könne ferner offen bleiben, ob die Nachbarn sich tatsächlich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und/oder Mitteln zusammengeschlossen hätten bzw. ob sie einen solchen gemeinsamen Willen gebildet hätten. Spätestens mit der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 sei der Zweck ohnehin erreicht gewesen und die einfache Ge-

- 18 - sellschaft daher aufgelöst worden. Hinzu komme, dass sich die Vereinbarung auf ein öffentlich-rechtliches Verfahren bezogen habe, während es sich hier um ein privatrechtliches handle. Es bestehe kein Hinweis, dass sich ein allfälliger Wille auf die Durchsetzung der Ansprüche in einem späteren privatrechtlichen Verfahren bezogen hätte (Urk. 51 E. 4.1 bis 4.3). 2. a) Zum Prozessieren in notwendiger Streitgenossenschaft ist vorab klarzustellen, dass sie sich aus dem materiellen Recht ergibt und dass das Prozessrecht lediglich die Modalitäten regelt. Das war unter den alten kantonalen Prozessrechten so, und so ist es auch mit Einführung der schweizerischen Zivilprozessordnung geblieben (für das alte Recht vgl. etwa Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 296: "Das materielle Recht kennt subjektive Rechte, die nicht anders als von mehreren Personen gemeinsam oder nur mehreren Personen gegenüber gemeinsam ausgeübt werden können ... Inwiefern eine gemeinsame Prozessführung in notwendiger Streitgenossenschaft erforderlich ist, beurteilt sich nach materiellem Recht". Für das neue Prozessrecht vgl. z.B. KuKo ZPO-Domej (2. Aufl.), N. 1 zu Art. 70: "... folgt ihre Notwendigkeit aus dem materiellen Recht"; Cristina von Holzen, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basler Studien zur

Rechtswissenschaft, Reihe A, Privatrecht, Band 85, Basel/Genf/München 2006, S. 87: "Die Notwendigkeit einer Streitgenossenschaft ergibt sich aus konkreten materiell-rechtlichen Bestimmungen oder ausnahmsweise aus der Natur der Sache"). Unbestritten ist, dass sich eine Anzahl Nachbarn des projektierten G. _____ - Centers F. _____ im Bestreben zusammenschlossen, ihre gemeinsamen Interessen im Hinblick auf das voraussehbar mit Immissionen verbundene Bauvorhaben wahrzunehmen. Ebenfalls unbestritten ermässigen beauftragten sie Rechtsanwalt Y. _____, um ihre Interessen gegenüber der Beklagten zu vertreten und zu verhandeln. Gemäss Art. 530 Abs. 1 OR ist die einfache Gesellschaft die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Die einfache Gesellschaft entsteht mit der vertraglichen Vereinbarung, den gemeinsamen Zweck zu verfolgen und mit Festlegung der Beiträge dazu; besondere Gründervorschriften

- 19 - gibt es nicht (BSK OR II-Handschin (4. Aufl.), N. 14 zu Art. 530). Als Beispiele werden a.a.O. genannt: Arbeitsgemeinschaft zur gemeinsamen Durchführung eines Projekts, Konsortien zur Wahrung der Interessen, z.B. von Bankgläubigern, Initiativkomitees, Gelegenheitsgesellschaften etc. Eine einfache Gesellschaft kann auch entstehen, ohne dass sich die Beteiligten bewusst und willentlich zusammenschliessen, ja in vielen Fällen wird die Bildung der einfachen Gesellschaft gar nicht wahrgenommen (BSK OR II-Handschin (4. Aufl.), N. 2 zu Art. 530). Das ist auch im Falle der Klägerin so (Urk. 60 S. 48: Kein [mündlicher oder schriftlicher] Gesellschaftsvertrag, keine rechtliche Bindung). Dass die Gesellschafter einzeln zu nennen sind, folgt aus der Tatsache, dass die einfache Gesellschaft nicht unter einer einheitlichen Firma geführt wird (vgl. BSK OR II-Handschin (4. Aufl.), N. 6 zu Art. 530). Die damals noch vertretene Klägerin hat in Urk. 21 S. 4 ausgeführt, dass es richtig sei, "dass sich die unterzeichnenden Nachbarn unter Beizug eines Anwalts mit gemeinsamen Kräften und/oder Mitteln zusammengeschlossen haben". Und richtig sei auch, "dass die Nachbarn nicht als Körperschaft, sondern als Gemeinschaft mehrerer natürlicher Personen aufgetreten sind und derart die Vereinbarung geschlossen haben" (Urk. 21 S. 4). Ob es sich dabei um eine einfache Gesellschaft handelt, wurde als irrelevant bezeichnet (Urk. 21 S. 4). Immerhin ist damit das Vorliegen der massgeblichen Elemente von Art. 530 OR bestätigt und es wird nichts angeführt, was gegen die rechtliche Subsumption unter Art. 530 ff. OR sprechen würde. In Urk. 60 S. 47 ff. stellt die Klägerin, nunmehr selber prozessierend, den Bestand der einfachen Gesellschaft in Frage. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass die gemeinsame Mandatierung eines Anwalts durch mehrere Personen keine einfache Gesellschaft sein könne (Urk. 60 S. 48). Darum geht es allerdings auch nicht primär, sondern um das gemeinsame Vorgehen im Zusammenhang mit dem Bau und Betrieb des G. _____-Centers. Anzumerken ist schliesslich, dass der Zweck des Zusammenschlusses der Nachbarn nicht zu verwechseln ist mit dem Zweck der Vereinbarung zwischen den Nachbarn einerseits und der Beklagten andererseits. Wenn die Klägerin verschiedentlich auf den nach ihrer Ansicht durch die Vorinstanz falsch interpretier-

- 20 - ten Zweck hinweist (z.B. Urk. 50 S. 11; Urk. 60 S. 17), meint sie offenbar jenen in der Vereinbarung mit der Beklagten von 1998 und nicht jenen des Zusammenschlusses zu einer Nachbargemeinschaft. Darauf wird zurückzukommen sein (vgl. E. III./3.). b) Nach altem kantonalem Recht bestand notwendige Streitgenossenschaft für Klagen, die aus einem Recht hergeleitet wurden, welches mehreren Personen zu gesamter Hand zusteht (Guldener, a.a.O. S. 296). Art. 70 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass mehrere an einem

Rechtsverhältnis beteiligte Personen gemeinsam klagen müssen, wenn es um ein Rechtsverhältnis geht, "über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann". Dass sich altes und neues Recht nicht unterscheiden, geht – wie erwähnt – darauf zurück, dass es sich um eine materiell- rechtliche Frage handelt. Gemeinschaften und Gesellschaften zu gesamter Hand – dazu gehört die einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 OR (BSK OR II-Pestalozzi/Hettich (4. Aufl.), N. 3 zu Art. 544) – haben keine Rechtspersönlichkeit (Holzen, a.a.O., S. 88). Das bedeutet, dass Vermögenswerte, Forderungen und Rechte von den Gesamthän- dern nur gemeinsam wahrgenommen bzw. gefordert werden können; das Recht jedes einzelnen geht auf die ganze Sache bzw. Forderung (Holzen, a.a.O., S. 88; BSK OR II-Pestalozzi/Hettich (4. Aufl.), N. 3 zu Art. 544). Für die einfache Gesell- schaft ergibt sich dies aus Art. 544 Abs. 1 OR: "Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben sind, ge- hören den Gesellschaftern gemeinschaftlich ...". Gesamthänder auf Klägerseite haben gemeinsam in notwendiger Streitgenossenschaft vorzugehen (statt aller: BSK OR II-Pestalozzi/Hettich (4. Aufl.), N. 4 zu Art. 544; Isaak Meier, Schweizeri- sches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 166; Hans Ulrich Walder/Béatrice Grob- Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich 2009, Rz 24 zu § 11), damit "ein übereinstimmendes, vollstreckbares Urteil ergeht. Dadurch wird verhindert, dass ein einzelner Gesamthänder ein Urteil über den Streitgegenstand erwirken kann ..., das entweder für die übrigen Gesamthänder nachteilig ist, oder das der klagende Streitgenosse zumindest zum Nachteil der anderen Streitgenossen ausüben könnte" (Holzen, a.a.O., S. 89; vgl. auch Adrian Staehelin/Daniel

- 21 - Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, Rz 41 zu § 13). Dass ein Alleingang für die Gemeinschaft nicht nachteilig sein kann (Urk. 21 S. 4 unten), trifft wegen des Grundsatzes der Einmaligkeit des Rechtsschutzes nicht zu. Dürfte ein einfacher Gesellschafter z.B. eine Geldforderung, die allen Gesellschaftern gesamthaft zusteht, allein einklagen und würde die Klage – z.B. wegen unsorgfältiger Prozessführung – abgewiesen, so liesse sich die gleiche Forderung (durch andere Gesellschafter) wegen der Wirkung der materiellen Rechtskraft nicht nochmals einklagen und sie geht damit der ganzen Gemein- schaft verloren. Nur das gemeinsame Prozessieren in notwendiger Streitgenos- senschaft kann das verhindern. Dass umgekehrt eine Forderungsklage für Ver- pflichtungen der einfachen Gesellschaft nach Belieben gegen einen einzelnen Gesellschafter gerichtet werden kann, beruht auf den Regeln der gesetzlich vor- gesehenen Solidarität gemäss Art. 544 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 144 OR. Bei Gesamthandschaften kann demnach auf Grund des materiellen Rechts alleiniges Vorgehen zulässig sein. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang etwa Art. 648 Abs. 1 ZGB, wonach "jeder Miteigentümer ...befugt (ist), die Sache insoweit zu vertreten, zu gebrauchen und zu nutzen, als es mit den Rechten der anderen verträglich ist". Daraus wird zwar nicht grundsätzlich ein eigenes Klage- recht abgeleitet, hingegen wird dem Einzelnen ein selbständiges Klagerecht für die Beseitigung von Störungen tatsächlicher Art zugestanden (genannt wird die Beseitigung von Immissionen auf dem Nachbargrundstück). Es wäre zu formalis- tisch auf der Prozessführung durch sämtliche Gesamthänder zu bestehen, wenn der Einzelne das Prozessrisiko alleine trägt und ein negativer Prozessausgang den anderen Gesamthändern nicht schadet (Holzer, a.a.O., S. 91; Frank/Sträu- li/Messmer, a.a.O., N. 3 zu § 39 ZPO/ZH; BK-Meier-Hayoz, N. 10 zu Art. 648 ZGB; BJM 1994 S. 196 ff.; ZR 53/1954 Nr. 143 E. 5; vgl. auch ZR 85/1986 Nr. 99 = ZBGR 71/1990 S. 65 ff.). Dass der Alleingang nicht schadet, hängt massgeblich von der Rechtskraftfrage ab; nur dort, wo sich die Rechtskraft auf die prozessie- renden Gemeinschaftler beschränkt, werden die anderen

Gemeinschafter im Falle eines ungünstigen Ausgangs nicht an der eigenen Rechtsdurchsetzung gehindert (BK-Meier-Hayoz, N. 8 zu Art. 648 ZGB). Wenn die Klägerin darlegt, dass sich ein allfälliges Gerichtsurteil faktisch für alle Unterzeichner der Vereinbarung

- 22 - auswirke, dass dies aber gewollt sei, weil alle unterzeichnenden Nachbarn dies gewollt hätten und insoweit eine stillschweigende Akzeptanz des gerichtlichen Vorgehens eines Nachbarn allein umfasse, kann sie sich dafür nicht auf die Vereinbarung von 1998 stützen. Dass die anderen Beteiligten von einem Obsiegen der Klägerin profitieren könnten, trifft zu, hingegen würde ihnen im Falle des Untertliegens – je nach Wirkungen der Rechtskraft – nicht nur faktisch, sondern rechtlich der Weg für ein eigenes (allenfalls erfolgreiches) Vorgehen verwehrt. c) Weil Einschränkungen nur dort sinnvoll sind, wo sie erforderlich sind, wird die analoge Anwendung von Art. 648 Abs. 1 ZGB auf andere Fällen befürwortet (Holzer, a.a.O., S. 94). Im erwähnten Entscheid in BJM 1994 S. 196 ff. (S. 197) wird bezüglich der Aktivlegitimation des Klägers trotz bestehendem Gesamthandverhältnis ausgeführt: "Tatsächlich findet sich in der Lehre und in der Rechtsprechung die verbreitete Ansicht, dass der Besitzschutz gegen Dritte jedem einzelnen Besitzer allein zusteht (vgl. etwa ZBGR 63 [1982] S. 21 m.w.H.; E. Stark, Berner Kommentar ... N. 17 zu Vorb. zu Art. 926-929 ZGB). ... Als Grundsatz ist festzuhalten, dass der einzelne Gesamthänder, soweit er dazu nicht nach dem Rechtsverhältnis der Gemeinschaft oder von Gesetzes wegen ermächtigt ist, über die gemeinschaftliche Sache weder tatsächlich noch rechtlich oder durch irgendein Rechtsgeschäft oder andere Belastung, Entgegennahme von Willenserklärungen, Zahlungen, noch durch gerichtliche Geltendmachung verfügen darf (A. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, ... N. 6 zu Art. 653 ZGB; s. auch Peter Liver, Das Eigentum, in: SPR V/1, S. 116 f.). Ähnlich wie dem Miteigentümer steht aber auch dem Gesamteigentümer in bestimmten Fällen kraft besonderer Bestimmung ein Individualklagerecht zu (näher dazu: Meier-Hayoz, a.a.O., N. 11 zu Art. 653 ZGB). Soweit darüber hinaus auch für weitere Fälle – in analoger Anwendung von Art. 648 Abs. 1 ZGB – das Klagerecht bejaht wird, findet dieses jedenfalls in den Rechten der anderen Gesamteigentümer seine Schranke (Meier-Hayoz, a.a.O.). Diesen Überlegungen liegt der Gedanke zugrunde, dass das Erfordernis gemeinsamen Handelns den Schutz der Gemeinschaft gegen schädigende Sonderaktionen einzelner Gemeinschaftsmitglieder bezweckt ...".

- 23 - Selbständiges Vorgehen eines Gesamthänders ist grundsätzlich zulässig, wenn damit "eine belastende oder pflichtbegründende Anordnung abgewendet werden soll". Erwähnt wird u.a. der gesamthänderische Flurweggenosse als Mitbesitzer, der allein gegen Dritte vorgehen kann (ZBGR 1990, S. 65 ff.; vgl. auch BK-Stark, N. 65 vor Art. 926-929 ZGB). Zum Schutz der gemeinsamen Sache ist der einzelne Gesamteigentümer individuell zum Verwaltungsrekurs in Bausachen legitimiert (BJM 1989 S. 266), auch zu Einsprachen oder Beschwerden in Bau- und Planungssachen. Entschieden worden ist auch, dass ein einzelner Gesamteigentümer Rechtsmittel zur Abwehr von belastenden Anordnungen ergreifen kann, nicht hingegen zur Herbeiführung von weitergehenden (Denkmal-)Schutzmassnahmen (ZBl 1998 S. 386 ff.; vgl. für weitere Beispiele BSK ZGB II-Wichtermann (4. Aufl.), N. 25 zu Art. 653). d) Auf Grund der vorstehenden Erwägung ist ersichtlich, dass bei Vorliegen einer einfachen Gesellschaft eine notwendige Streitgenossenschaft nicht zur Geltendmachung eines jeden Anspruchs besteht. Deshalb kann der Klägerin (und mit ihr die Vorinstanz), die ihr alleiniges Vorgehen für zulässig hält,

ebenso wenig zu- gestimmt werden wie der Beklagten, die stets von einer notwendigen Streitgenos- senschaft ausgeht, sondern es ist danach, was verlangt wird, zu unterscheiden. Die Klägerin verlangt im hier massgeblichen Rechtsbegehren (Urk. 2 S. 2) die Begrünung/Bepflanzung gewisser Flächen, die Unterlassung jeglicher gewerbli- chen Tätigkeit inkl. Lagerung, Befahrung, Manipulation und Parkieren sowie die Einhaltung der Betriebszeiten für den ganzen Betrieb. Bei der Unterlassung der gewerblichen Tätigkeit auf einer bestimmten Fläche und bei der Einhaltung der Betriebszeiten handelt es sich letztlich um die Abwehr von Immissionen, während die Forderung nach Begrünung/Bepflanzung eine Leistungspflicht der Beklagten betrifft. Die Frage, ob in notwendiger Streitgenossenschaft prozessiert werden muss, ist deshalb je nach Inhalt der Begehren unterschiedlich zu beantworten. aa) Mit der Verpflichtung zur Vornahme der Begrünung/Bepflanzung wird ei- ne Leistung der Beklagten verlangt; die Klägerin stellt denn auch mit Rechtsbe- gehren Ziff. 1 diesbezüglich ein Leistungsbegehren. Dafür stützt sie sich auf die Vereinbarung vom 7. Dezember 1998, die von den Nachbarn gemeinsam mit der

- 24 - Beklagten abgeschlossen wurde. Dieser Anspruch steht damit der Gesamtheit der vertragsschliessenden Nachbarn zu (vgl. dazu Gauch/Schluop/Schmid/Emmen- egger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 9. Auflage 2008, Rz 3672) und der Klägerin ist daher im Sinne der obigen Erwägungen der Alleingang verwehrt. Die unbestrittene Rechtsfolge einer Einzelklage, wenn zwin- gend in notwendiger Streitgenossenschaft geklagt werden müsste, ist die fehlen- de Aktivlegitimation, was zur Abweisung der Klage gemäss Ziff. 1 des ursprüngli- chen Rechtsbegehrens, soweit es die Bepflanzung/Begrünung betrifft, führen muss. bb) Die Klägerin macht geltend, infolge der Auflösung der einfachen Gesell- schaft sei die Klägerin ohne weiteres zur selbständigen Rechtsdurchsetzung be- rechtigt, wovon auch die Vorinstanz ausgeht (act. 51 S. 12 E. 4.3). Dieser Schluss ist unrichtig, wie sich aus verschiedenen Vereinbarungspunkten ergibt. Klar ist, dass es bei einer Vereinbarung, in der die Modalitäten der nachbarlichen Koexis- tenz festgelegt werden, auch um die zukünftige Einhaltung dieser Modalitäten ge- hen muss. Das trifft allen voran auf die Betriebszeiten zu, ist aber auch für andere Vertragspunkte von Bedeutung. Dass die Anliegen der Unterzeichner langfristig sind, ergibt sich besonders deutlich aus Ziff. II./2.6 der Vereinbarung vom 7. De- zember 1998, worin detailliert ein Procedere vereinbart wurde, wie vorzugehen sei, wenn "Lärmspitzen für die Nachbarn zu einer erheblichen Beeinträchtigung ihres subjektiven Wohlbefindens führen sollten". Gemäss Art. 545 Ziff. 1 OR bildet die Zweckerreichung – wenn diese Phase denn erreicht wäre – zwar einen Auflösungsgrund, was zur Liquidation der Ge- sellschaft führt (Art. 548 f. OR). Hingegen wird dadurch nicht automatisch geklärt, worauf auch die Beklagte hinweisen lässt, an welche Gesellschafter ein gemein- schaftlicher Anspruch übergeht. Wenn die Vorinstanz offenbar davon ausgeht (Urk. 51 S. 12 E. 4.3), dass die Rechte der Gesellschaft automatisch zu Rechten der einzelnen einfachen Gesellschafter geworden sind, ist dies nicht zutreffend, worauf die Beklagte zu Recht hinweist (Urk. 57 Rz 16 f.). Wäre es tatsächlich so, dass die gemeinschaftlichen Rechte ohne weiteres auf jeden einzelnen Gesell- schafter übergingen, würde dies im Falle von Guthaben der einfachen Gesell-

- 25 - schaft dazu führen, dass automatisch jeder Gesellschafter die Forderung beim Schuldner für sich einkassieren könnte. Dass dies nicht der Fall sein kann, liegt auf der Hand. cc) Was die Einhaltung der Betriebszeiten (auf den Umfang des Betriebes wird noch zurückzukommen sein, vgl. E. III./3.) anbelangt, entspricht das betref- fende Begehren

einem Abwehranspruch, weil die Vereinbarung von Betriebszeiten offensichtlich die Beschränkung der Immissionen, die vom Betrieb des G.____-Centers der Beklagten ausgehen, bezweckt. Art. 684 ZGB verbietet (privatrechtlich) übermässige Einwirkungen: "Jedermann ist verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich beim Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage der Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht". Gegenüber übermässigen Einwirkungen steht den Betroffenen die Klage aus Art. 679 ZGB ("Beseitigung der Schädigung") zu, wozu die Klage auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes gehört (BSK ZGB II-Rey/Strebel (4. Aufl.) N. 40 zu Art. 684). Stehen gleichzeitig öffentlich-rechtliche Immissionsschutzbestimmungen zur Verfügung, so können sowohl der zulässige Verwaltungsweg als auch die gemäss Art. 679 bzw. 928 ZGB mögliche Zivilklage ergriffen werden (BSK ZGB II-Rey/Strebel, N. 42 zu Art. 684). Im Fall der Beseitigungsklage handelt es sich um die Geltendmachung sog. Abwehrrechte, d.h. die klagbaren Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche (vgl. BSK ZGB II-Rey/Strebel (4. Aufl.), N. 3 zu Art. 679), wobei die Beseitigungsklage bei noch bestehenden (fortgesetzten) Immissionen anwendbar ist (BSK ZGB II-Rey/Strebel (4. Aufl.), N. 15 zu Art. 679). Nach den vorstehenden Erwägungen kann die Immissionsabwehr auch von einzelnen Gesamthandsberechtigten gerichtlich durchgesetzt werden (vgl. auch BK-Meier-Hayoz, N. 48 zu Art. 679 ZGB). Die Klägerin beruft sich zwar nicht auf Art. 679 ZGB, sondern auf die vertragliche Vereinbarung vom 7. Dezember 1998, hingegen ändert dies nichts da-

- 26 - ran, dass es gleichermaßen um Abwehr von Immissionen geht, so dass das Konzept von Art. 679 ZGB analog anwendbar ist. Hätte sich die Klägerin auf Art. 679 ZGB berufen, hätte sie auch allein vorgehen können (wobei diesfalls – um erfolgreich zu sein – übermässige Einwirkungen im Sinne dieser Vorschrift behauptet und allenfalls nachgewiesen werden müssen). Weil das nachbarliche Verhältnis mit der Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 vertraglich geregelt wurde, ist – statt dem gesetzlich verbotenen Übermass der Einwirkung gemäss Art. 679 ZGB – zu beurteilen, ob es zu einer Vertragsverletzung gekommen ist. Die Frage, ob die Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 diesbezüglich verletzt ist, muss die Klägerin daher unabhängig von der Teilnahme der Mitunterzeichner/innen geltend machen können. dd) Die Klägerin verlangt unter Anderem die Unterlassung der (im Rechtsbegehren) näher umschriebenen gewerblichen Tätigkeit auf der zu bepflanzen/begrünenden Fläche (Rechtsbegehren Ziff. 1 zweite Hälfte). Auch diesbezüglich muss es sich im Sinne der in cc) vorstehend genannten Gründe um einen selbständig durchsetzbaren Abwehranspruch handeln, der nicht in notwendiger Streitgenossenschaft verfolgt werden muss. 3. Die Beklagte weist darauf hin, dass sie im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht habe (Urk. 12 Rz 18), dass sie für den Fall, dass die Nachbarn nicht als notwendige Streitgenossen erachtet würden und die Aktivlegitimation der Klägerin als eine von 17 Nachbarn als gegeben erachtet werde, Grundlagenirrtum im Sinn von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR erkläre. Die Vorinstanz habe dies gänzlich unberücksichtigt gelassen und sei ohne Weiteres von der Weitergeltung der Vereinbarung (Urk. 4/4) ausgegangen. Nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist der Irrtum ein wesentlicher, wenn er "einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrtenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde". Neben

Eigenschaften von Sachen oder Personen können auch andere Umstände zu einer Irrtumsanfechtung berechtigen. Ausschlaggebend ist, dass es sich um eine für beide Vertragsparteien gleich wichtige Vorstellung über die notwendigen Voraussetzungen des Vertrages handeln muss. "Von beiden Parteien muss man

- 27 - sagen können, dass sie den Vertrag nicht gewollt hätten (bzw. als anständige Menschen nicht hätten wollen dürfen), wenn sie die Unrichtigkeit ihrer Voraussetzung gekannt hätten" (Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 314). Das, was die Beklagte mit einem einzigen Satz vorbringt, blendet aus, dass es nicht nur auf ihre Vorstellungen, sondern dass es auch auf jene der Gegenpartei ankommt. Dazu äussert sie sich nicht, so dass es an der erforderlichen Substantiierung mangelt. Weiter muss die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts für den Vertragspartner des Irrenden erkennbar gewesen sein (BSK OR I-Schwenzer [5. Aufl.], N. 23 zu Art. 24 m.w.H.). Wie es sich damit verhält, ist ebenfalls nicht dargetan. Und schliesslich ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass die Beklagte nicht behauptet, sie hätte den Vertragsschluss mit allen involvierten Nachbarn nicht gewollt, sondern nur, dass sie ihn nicht abgeschlossen hätte, wenn sie gewusst hätte, dass die Nachbarn in einer allfälligen Auseinandersetzung nicht notwendige Streitgenossen sein würden (was nur [aber immerhin] für die Geltendmachung von Abwehransprüchen zutrifft [vgl. E. II./2./d)/cc) und dd]). Damit ist ein Rechtsirrtum angesprochen, der allerdings grundsätzlich unbeachtlich ist (vgl. BSK OR I-Schwenzer [5. Aufl.], N. 29 zu Art. 24; BGE 103 II 131 m.w.H.). Dass Rechtsunkenntnis nicht entschuldigt, beruht auf der unwiderlegbaren Vermutung, dass jedermann Recht und Gesetz kennt, was nur im Falle von Spezialkenntnissen relativiert wird, d.h. wenn es sich um Spezialwissen handelt, über das nur der Fachmann verfügt. Diese Einschränkung gilt allerdings nur dann, wenn der Irrende sich in einer Lage befindet, in der ihm die Beschaffung von Informationen nicht möglich und nicht zumutbar war (BK-Schmidlin, N. 338 zu Art. 23/24 OR). Davon kann bei anwaltlich vertretenen Parteien bezüglich allgemeiner Grundsätze des (Prozess-)Rechts nicht ausgegangen werden. Daraus ergibt sich, dass die Beklagte die Anfechtung wegen Irrtums nicht substantiiert geltend gemacht hat und sie auch nicht erfolgreich geltend machen konnte. Deshalb kann letztlich auch offen bleiben, ob es eine Anfechtung "für den Fall, dass das angerufene Gericht zum Schluss kommen sollte, die Nachbarn bildeten keine notwendige Streitgenossenschaft ..." überhaupt geben kann. Bei der Anfechtung wegen Willensmängeln handelt es sich um ein rechtsaufhebendes

- 28 - Gestaltungsrecht (vgl. z.B. KuKo OR-Blumer, N. 22 zu Art. 23) und Gestaltungsrechte sind nach ganz herrschender Ansicht bedingungsfeindlich (vgl. z.B. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Zürich 2008, Rz 905; KuKo OR-Blumer, N. 4 zu Art. 31; BGE 128 III 70 E. 2). In der Lehre wird vertreten, dass eine Anfechtung zulässig ist für den Fall, dass das Gericht den Vertrag nicht aus anderen Gründen für unverbindlich erklärt oder ihm nicht den vom Anfechtenden verstandenen Sinn beimisst (KuKo OR-Blumer, N. 4 zu Art. 31; BSK OR I-Schwenzer, N. 7 zu Art. 31). Sowohl Blumer als auch Schwenzer berufen sich für diese Ansicht ohne Weiteres auf Eugen Bucher (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 S. 212 Anm. 59). Bucher nimmt a.a.O. auf die grundsätzliche Bedingungsfeindlichkeit der Gestaltungsrechte Bezug und führt in Anm. 59 dazu aus: "Zulässig ist die sog. Eventualanfechtung, d.h. eine Anfechtung für den Fall, dass der Vertrag in einem der Auffassung

des Anfechtenden nicht entsprechenden Sinn ausgelegt wird (vgl. G./M./K., p.123), der Partner nicht auf eine verlangte Neufassung von Vertragsbestimmungen eingeht oder dgl. – Unwirksamkeit bedingter Anfechtung angenommen in BGE 79 II 145".

Guhl/Merz/Kummer, in der 9. Auflage aus dem Jahr 2000 von Guhl/Koller/Schnyder (Das Schweizerische Obligationenrecht, § 16 Rz 22) schreiben: "Dagegen besteht das Bedürfnis, eine Eventualanfechtung zuzulassen, die nur gelten soll, falls das Rechtsgeschäft in einem der Auffassung des Anfechtenden widersprechenden Sinn ausgelegt wird. Die Anfechtung ist insoweit nicht bedingt erfolgt, als der zutreffende Rechtszustand objektiv bereits besteht, den Parteien aber bis zur Entscheidung des Gerichts nicht bekannt ist (vgl. Rep 1967 16/21, BGE 41 II 373/4)". Nach dem von Bucher zitierten Bundesgerichtsentscheid 79 II 145 f. ("für den Fall, dass ... die Gerichte ihren rechtlichen Standpunkt nicht schützen sollten, erklärte die X. AG, den Kaufvertrag wegen Irrtums als unverbindlich zu betrachten") war das auf Willensmangel gestützte Klagebegehren abzuweisen, weil es die Klägerin an einer rechtzeitigen, eindeutigen, unbedingten Geltendmachung der Unverbindlichkeit fehlen liess. Die Ansicht, dass die Erklärung der Unverbindlichkeit wegen Willensmangels an eine aufschiebende Bedingung geknüpft werden könne, sei – so das Bundesgericht – unzutreffend, andernfalls dies für die Gegenpartei eine unzumutbare Ungewissheit

- 29 - über das Schicksal des Vertrages bewirken würde. Anders wäre es gemäss Bundesgericht nur dann gewesen, "wenn die Klägerin in erster Linie auf Unverbindlichkeit des Vertrages und Rückerstattung der gegenseitigen Leistungen geklagt und nur eventuell, falls der Richter den Vertrag als verbindlich betrachten sollte, die Übernahme der Steuern durch den Beklagten verlangt hätte. Dann hätte der Beklagte Klarheit darüber gehabt, dass die Klägerin den Vertrag endgültig und unwiderruflich als unverbindlich ansehe. So hat die Klägerin aber bewusst nicht geklagt. Sie will in erster Linie die erworbenen Liegenschaften ... behalten und verlangt vom Verkäufer, dass er ihr die Steuern ... vergüte, was doch gerade die Verbindlichkeit des Vertrages voraussetzt". Mit dieser hier letztlich nur angesprochenen Problematik muss es mangels Entscheiderheblichkeit sein Bewenden haben. 4. a) Die Beklagte macht geltend, sie habe die Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 gekündigt bzw. aus wichtigem Grund aufgelöst, so dass sich die Klägerin für die Regelung der nachbarschaftlichen Verhältnisse nicht mehr darauf berufen könne (Urk. 57 Rz 23 ff; Urk. 12 Rz 22-24, Urk. 13/7). Anzumerken ist, dass die Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 entsprechend ihrem Sinn und Zweck auf Dauer angelegt ist, worauf bereits die Vorinstanz zu Recht hingewiesen hat (Urk. 51 S. 15), was sich insbesondere aus der vorgesehenen Übertragung von Rechten und Pflichten auf die Rechtsnachfolger (Urk. 4/4 Ziff. II/6.) sowie aus der Schaffung eines "Konflikt-Lösungs-Modus" ergibt (Urk. 4/4 Ziff. II./2.6). Weiter ergibt sich dies indirekt z.B. auch deutlich aus der Festlegung von Betriebszeiten. Eine solche Regelung wäre – könnte sie dann nicht durchgesetzt werden – sinnlos. Die Vereinbarung zwischen den Parteien ist auch nicht auf Zeit geschlossen und enthält keine Kündigungsmöglichkeit, was eine Kündigung ausschliesst, sofern diese gesetzlich nicht vorgesehen ist. Soweit aus der fehlenden Kündigungsmöglichkeit eine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 ZGB entsteht und soweit kein Rechtsmissbrauch vorliegt, bleiben die Parteien deshalb gebunden. Darauf hat die Vorinstanz zu Recht hingewiesen (Urk. 51 S. 14 f. E. 5.4). Die Beklagte hat in der Klageantwort ausgeführt, dass der Grund für die Kündigung gewesen

- 30 - sei, dass ein Teil der Nachbarn, insbesondere die Klägerin, sich nicht an den vereinbarten "Konflikt-Lösungs-Modus" gehalten habe (Urk. 12 Rz 22). Für den Fall, dass die Klägerin allein aktivlegitimiert sei, werde wegen Nichteinhaltung des Konfliktlösungsmodells die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) erhoben (Urk. 12 S. 24). Bei Bestreitung der Gültigkeit der Kündigung sei diese Voraussetzung für die Entscheidung, so dass in diesem Punkt die Gefahr abweichender Entscheidungen bestehe, wenn nicht alle vertragsschliessenden Nachbarn beteiligt seien (Urk. 12 Rz 23). In der Berufung ergänzt die Beklagte ihre diesbezüglichen Ausführungen aus dem erstinstanzlichen Verfahren. Im Kündigungsschreiben (Urk. 13/7) habe die Beklagte darauf hingewiesen, dass die Weiterführung des Vertrages wegen des Verhaltens der Klägerin nicht mehr zumutbar sei. Die Klägerin überhäufe die Beklagte mit Anzeigen, Beleidigungen, ehrverletzenden Beschuldigungen, prangere sie auf der Homepage an und lasse keine Gelegenheit aus, die Beklagte mit Rekursen, Zivilklagen und verschiedensten Rechtsverfahren einzudecken. Bereits in Urk. 30 Rz 34 habe die Beklagte geltend gemacht, dass sie treuwidrig mit Mailings, Publikationen, Anzeigen und Beschwerden belästigt werde und dass die Klägerin behaupte, die Beklagte verletze die Vereinbarung vom 7. Dezember 1998. Die Beklagte habe im Kündigungsschreiben auf diese Klagen und die öffentlichen Angriffe verwiesen (Urk. 57 Rz 24). Das erstinstanzliche Verfahren wurde noch nach der alten ZPO/ZH geführt. Beweismittel waren deshalb – entgegen der neuen Regelung (Art. 229 ZPO) – noch nicht (abschliessend) zu nennen und es wäre gegebenenfalls gemäss §§ 136 ff. ZPO/ZH vorzugehen gewesen. Auch unter altem Recht gab es ebenfalls eine Substantiierungslast (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 6 zu § 54 ZPO/ZH) und die erhobenen Vorwürfe wären, um beweismässig erhärtet werden zu müssen, im Einzelnen darzulegen gewesen. Urk. 30 Rz 34 genügt diesen Anforderungen nicht. Wenn die Beklagte im Berufungsverfahren die Behauptungen von Urk. 30 Rz 34 verdeutlicht, ist dies in Anbetracht der Novenrechtsbeschränkung im Berufungsverfahren nicht ohne weiteres zulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ausserdem sind die der Klägerin vorgeworfenen Handlungen nach wie vor höchst pauschal geblieben. Wenn die Beklagte im Berufungsverfahren und damit im

- 31 - Nachhinein auf die Ausführungen im Kündigungsschreiben verweist, ändert nichts daran. Zwar lag dieses als Urk. 13/7 bereits in den vorinstanzlichen Akten, hingegen ersetzt die Einreichung von Beilagen substantiierte Behauptungen nicht. Schliesslich ist am Rande zu ergänzen, dass bei der Auflösungsfrage zu berücksichtigen wäre, dass Vertragspartei nicht die Klägerin sondern die einfache Gesellschaft der Nachbarn ist. b) Schliesslich erwähnte die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren die Einrede des nicht erfüllten Vertrages i.S.v. Art. 82 OR. Aus dogmatischer Sicht ist fraglich, ob es sich vorliegend um einen synallagmatischen Vertrag handelt und ob der vereinbarte "Konfliktbewältigungsmodus" eine Hauptleistungspflicht bzw. eine Nebenleistungspflicht mit Austauschcharakter sein könnte (vgl. KuKo OR-Gross/Sprecher, N. 4 und 12 zu Art. 82). Die Vorinstanz hat sich damit nicht auseinandergesetzt und die Beklagte greift die Frage im Berufungsverfahren nicht auf, so dass es dabei sein Bewenden haben muss. 5. Als Zwischenfazit ist davon auszugehen, dass die Nachbarn, die gemeinsam am 7. Dezember 1998 die Vereinbarung mit der Beklagten schlossen, diesbezüglich eine einfache Gesellschaft bildeten. Einfachen Gesellschaftern stehen nach Art. 544 Abs. 1 OR Rechte und Forderungen, die gemeinschaftlich erworben werden, gemeinsam zu; diesbezüglich ist von einer Prozessführung in notwendiger Streitgenossenschaft auszugehen. Was die Begründung/Bepflanzung des Areals gemäss Ziff. 1 des massgeblichen Rechtsbegehrens

(Urk. 2 S. 2) anbelangt, sind die Nachbarn als einfache Gesellschaft daraus (gesamthaft) berechtigt. Nach den oben dargelegten Grundsätzen kann dieser Anspruch daher lediglich gesamthaft und in notwendiger Streitgenossenschaft eingeklagt werden. Diesbezüglich ist die Einzelklage der Klägerin daher mangels Aktivlegitimation abzuweisen, was eine spätere gemeinsame Klage allerdings nicht ausschliessen würde. Anders verhält es sich mit Abwehrklagen. Wie vorne ausgeführt, gehen Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass Einwirkungen auf das gemeinsame Recht auch von einem einzelnen Berechtigten abgewehrt werden können. Die Klage betreffend die Betriebszeiten ist als Abwehr von Immissionen zu verstehen, weil die Immissionen massgeblich von der Einhaltung der Betriebszeiten abhängen, so

- 32 - dass die Klägerin auf Grund analoger Überlegungen wie sie im gesetzlich normierten Besitzes-/Nachbarrecht in dieser Hinsicht gemacht werden, zum Alleingang berechtigt anzusehen ist. Die Kritik der Beklagten, dass die Klägerin das Procedere von Ziff. II./2.6 der Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 nicht eingehalten habe (Urk. 12 S. 8), geht fehl, weil die Betriebszeiten zwar wohl im Hinblick auf die Beschränkung der Immissionen vereinbart worden sein werden, deren Einhaltung jedoch nicht von tatsächlichen Immissionen abhängig sind, worauf die Klägerin auch hinweist (Urk. 21 S. 6) und was die Vorinstanz bereits zutreffend behandelt hat (Urk. 51 S. 13 f. E. 5.3). III. 1. Es bleibt damit nur noch zu prüfen, was die Klägerin mit den erstinstanzlich gestellten Rechtsbegehren verlangt hat und was die Klägerin selbständig und ohne Mitwirkung der anderen Nachbarn gerichtlich überprüfen lassen kann, nämlich was die Parteien in der Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 bezüglich des Ausschlusses jeglicher gewerblichen Tätigkeit auf der Fläche von Kataster-Nr. 3 (Teil von Ziff. 1 des massgeblichen Rechtsbegehrens; Urk. 2 S. 2) sowie bezüglich der Betriebszeiten (Ziff. 2 des massgeblichen Rechtsbegehrens; Urk. 2 S. 2) geregelt haben. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe diesbezüglich die Vereinbarung verletzt (Urk. 50 S. 9 und 10). Sie weist auf die Klageschrift (Urk. 2 S. 4) hin, wo sie erklärt habe, was mit der Vereinbarung bezweckt worden sei, nämlich "die Immissionen der Anlage für die Anwohner in legalen und erträglichen Grenzen zu halten und den unkontrollierten Ausbau und die ständige Vergrösserung und Intensivierung der ...aktivitäten auf dem Gelände F._____ in zumutbaren Grenzen zu halten ... Das Bezirksgericht lege, obschon (von der Klägerin) ... genauestens dargelegt, den Zweck des Vertrages falsch aus...". Anzumerken ist, dass diese Formulierung des Vereinbarungszweckes nicht aus der Vereinbarung stammt und dass sich darin insbesondere keinerlei Hinweise finden, die eine Grenzsetzung bezüglich dem "unkontrollierten Ausbau und die

- 33 - ständige Vergrösserung und Intensivierung der ...aktivitäten" betreffen. Soweit nötig wird auf diesen Punkt zurückzukommen sein. 2. a) Die Vorinstanz hat bezüglich der Nutzung auf dem Grundstück Kat. Nr. 3 (früher Kat. Nr. 6) ausgeführt, dass unbestritten sei, dass diese Fläche als ...- und Umschlagplatz sowie als Parkplatz genutzt werde (Urk. 51 E. 6.4.4 S. 21). Gemäss der Vereinbarung sei die Westseite der Halle mit Pflanzungen zu kaschieren und seien Freiflächen zu begrünen und zu bepflanzen; dafür werde in der Vereinbarung auf den Plan (Anhang 3) verwiesen, der als Urk. 4/5 bei den Akten liege. Aus diesem Plan könne allerdings nicht geschlossen werden, dass der ganze Vorplatz auf der Westseite der Halle von jeder gewerblichen Nutzung freizuhalten sei. Ziff. II./1.10 der Vereinbarung äussere sich objektiv gesehen einzig zur Bepflanzung/Begrünung, woraus sich bestenfalls indirekt eine Aussage zur gewerblichen Nutzung ableiten lasse, indem

bepflanzte Teile der Anlage durch die gewerbliche Nutzung zerstört werden könnten (Urk. 51 E. 6.4.4 S. 21 f.). b) Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass sich für die nach Ansicht der Klägerin von der Gewerbetätigkeit frei zu haltende Fläche auf Kataster Nummern 3/6 keine Vereinbarungsbestimmung findet, die dies vorsehen würde. Aus dem Vertragstext (Ziff. II./1.10) ergibt sich, dass "die Westseite der Halle ... mit Pflanzungen kaschiert und die Freiflächen begrünt und bepflanzt werden (gemäss Anhang 3)". Und Ziff. II./2.4 lautet: "Es wird ein Umgebungsplan mit einem gartenbaulichen Bepflanzungskonzept ausgearbeitet, der dieser Vereinbarung angeheftet wird und Vertragsbestandteil bildet (Anhang 3) ... Entsprechende Freiflächen dürfen nicht zur Ablagerung von offenem Bauschutt verwendet werden". c) Die Klägerin beansprucht die Freihaltung der Fläche auf Kat. Nr. 3/6, weil das ...lager ohne rechtskräftige Baubewilligung betrieben werde. Deshalb sei eine privatrechtliche Vereinbarung diesbezüglich nicht nötig gewesen. Die Nutzung als ...lagerplatz, Manövriertfläche und Wendepunkt sei nur auf der Ostseite bewilligt (Urk. 50 S. 18 f.). Dem widerspricht die Beklagte (Urk. 57 Rz 53): Bereits in der Duplik (Urk. 30 Rz 42) habe sie darauf hingewiesen, dass auf der strittigen Kat. Nr. 3 gemäss Bewilligungen der Volkswirtschaftsdirektion (Urk. 31/2) und der

- 34 - Gemeinde E._____ sowie dem massgebenden Plan (Urk. 31/4) seit 1999 auf der ganzen Fläche ein Abstellplatz rechtskräftig bewilligt ist. Im zivilrechtlichen Verfahren ist nicht zu prüfen, was durch das öffentliche Recht geregelt wird und was in öffentlich-rechtlichen Verfahren durchzusetzen ist. Zwar ist es dem Zivilrichter nicht verwehrt, Vorfragen aus dem Bereich des öffentlichen Rechts zu prüfen (Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Rz 562). Allerdings handelt es sich nur dann um eine Vorfrage, wenn dem zivilrechtlichen Entscheid zwingend die Klärung der öffentlich-rechtlichen Frage vorausgehen muss, was sich aus dem Begriff der Vorfrage ergibt. Das trifft auf den vorliegenden Fall nicht zu, wo es nur um Bestand und Tragweite vertraglicher Abmachungen geht (vgl. dazu im Zusammenhang mit aus privatrechtlicher Sicht unzulässiger Immissionen Pascal Eckenstein, Spannungsfelder bei nachbarrechtlichen Klagen nach Art. 679 ZGB, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 225, Zürich 2010, S. 81). Eine Baubewilligung dokumentiert lediglich den Einklang mit anwendbaren öffentlichen Normen; privatrechtliche Normen werden dabei nicht berücksichtigt und behalten daher ihre eigenständige Bedeutung (Eckenstein, a.a.O., S. 82). Ob eine öffentlich-rechtliche Bewilligung erforderlich ist (zu Fahrzeugabstellplätzen/Werk- und Lagerplätzen vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1, Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, Zürich 2011, Rz 6.4.3.2, S. 263), wie die Klägerin geltend macht und ob gegebenenfalls eine solche Bewilligung erteilt werden müsste oder nicht, ist im öffentlich-rechtlichen Verfahren zu klären. So oder so sagt die Bewilligungsfrage nichts darüber aus, ob die beanstandeten Immissionen privatrechtlich unzulässig bzw. die praktizierte Nutzung vertraglich ausgeschlossen worden ist (vgl. auch Fritzsche/Bösch/Wipf, a.a.O., Rz 6.2, S. 254). Darauf, dass zwischen öffentlichem Baurecht und zivilem (Nachbarschafts-)Recht unterschieden werden muss, weist im Übrigen auch die Klägerin selber hin (Urk. 50 S. 25). Der Klarstellung halber sei hier zu erwähnen, dass die Ansicht der Vorinstanz, dass sich das Zustandekommen der Vereinbarung einzig auf das öffentlich-rechtliche Verfahren bezogen hat, wogegen es vorliegend um ein privatrecht-

- 35 - liches gehe (Urk 51 S. 12 E. 4.3), mit Blick auf den Regelungsinhalt offensichtlich nicht zutrifft. d) Nach Ansicht der Klägerin (Urk. 50 S. 17) sind Bepflanzung/Begrünung und das Verbot jeglicher gewerblichen Tätigkeit miteinander verknüpft. Obwohl diese Begrünung/Bepflanzung im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen sind (vgl. E. II./2. d) aa), spielt sie im Rahmen dieser Verknüpfung dennoch eine Rolle, so dass insoweit darauf einzugehen ist. Die Klägerin hat das, was nach ihrer Ansicht zu bepflanzen/begrünen ist, in einem in die Berufungsschrift hineinkopierten Plan durch Schraffur mit grüner Farbe gekennzeichnet (Urk. 50 S. 17). Anzumerken ist allerdings, dass es im Originalplan (Urk. 4/5) keine solche schraffierte Fläche gibt, sondern dass am Rand Bäume, bezeichnet als "Fichtengruppe", sowie "Findlinge" eingezeichnet sind. Die Beklagte beruft sich in diesem Zusammenhang auf eine Begehung/Besprechung vom 23. August 2000 mit dem Vertreter der beteiligten Nachbarn im Hinblick auf die Begrünung/Bepflanzung, worüber ein Protokoll bestehe und zu den Akten gegeben sei (Urk. 13/13). Das sei vollumfänglich umgesetzt worden. Dass der Vertreter der Nachbarn, Herr I. _____, bezüglich der Begrünung/Bepflanzung nicht berechtigt gewesen sein solle, wie die Klägerin behaupte, sei neu (Urk. 57 S. 20) und angesichts der Stellung, die ihm in der Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 (Urk. 4/4 Ziff. II/1.12) eingeräumt worden sei, für die Beklagte nicht ersichtlich gewesen (Urk. 57 S. 16 f., Rz 63 f.). Für das, was die Parteien in der Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 geltend haben, ist primär auf den Vertragstext abzustellen (Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 1205). Denn der Wortlaut ist das primäre Willensindiz (Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 1221). Behaupten die Parteien, der Vertrag habe entgegen dem Wortlaut einen anderen Sinn, so hat das Gericht den Inhalt des Vertrages durch Auslegung zu ermitteln (vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 1995 und 1196). Ziel der Vertragsauslegung ist die Ermittlung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (Art. 18 Abs. 1 OR). Lässt sich der wirkliche Wille der Parteien nicht mit Sicherheit feststellen, so hat das Gericht mit

- 36 - der objektivierten (normativen) Auslegung zu ermitteln, was die Parteien mutmasslich gewollt haben, d.h. das, was vernünftige und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt haben (Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 1200 f.). Dass die Parteien bezüglich Kat. Nr. 3/6 die gewerbliche Nutzung nicht ausgeschlossen haben, ist evident und die Klägerin behauptet auch nichts anderes. Sie macht auch nicht geltend, dass die Vereinbarung den damals geäusserten Willen der Parteien unrichtig wiedergebe und sie behauptet nicht einmal, dass sie selber einen anderen Willen geäussert hat. Darauf käme es im vorliegenden Fall allerdings auch nicht an, weil es auf Seiten der beteiligten Nachbarn eine erhebliche Anzahl Vertragsbeteiligter gab und damit der kollektive Wille massgeblich ist.

e) Die Klägerin hält es "aufgrund des Wortlauts der Vereinbarung, der örtlichen Bestimmtheit (auf der Westseite der Halle) und der Unterlagen (u.a. Skizzen der Architekten) [für] vollständig klar, wo eine Freihaltung von allen betrieblichen Aktivitäten gefordert wurde". Wie dabei konkret die "Grüngestaltung" aussehe, sei für sie sekundär. Diese diene nur der äusseren Sichtbarkeit der Zweckbestimmung als freizuhaltende Parzelle. Sofern die Umgebungsgestaltung eingehalten worden wäre, gäbe es nach ihrer Ansicht keinen Anlass, über die umstrittene gewerbliche Nutzung zu diskutieren (Urk. 60 S. 71, Urk. 21 S. 15). Der Sinn der Begrünung der Freiflächen liege darin, dass dadurch eine missbräuchliche Nutzung verhindert werden solle (Urk. 50 S. 21). Die Vorinstanz lege

Ziff. II./2.4 (Verbot der Lagerung von offenem Bauschutt) falsch aus (Urk. 50 S. 22). Bei Kat. Nr. 3/6 handle es sich nicht um eine Freifläche im baurechtlichen Sinn, sondern um eine freizuhaltende, auf der die Ablagerung von Bauschutt an sich gesetzlich erlaubt wäre. Die vernünftige Auslegung führe dazu, dass dort, wo eine Begrünung und Bepflanzung mit Bäumen vorgesehen sei, eine andere Nutzung selbstredend verboten sei (Urk. 50 S. 22). f) Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass es die behauptete Pflicht zur Freihaltung in der Vereinbarung vom 7. Dezember 1998 nicht gibt und sie hat das auch zutreffend begründet. Die Klägerin wendet sich zwar gegen die vorinstanzli-

- 37 - che Folgerung, legt aber nicht dar, was daran unzutreffend sein soll. Dass eine flächendeckende Begrünung/Bepflanzung faktisch eine gewerblichen Nutzung verhindern würde, ist keine Rechtsfolge sondern eine tatsächliche Auswirkung: Wo Bäume und Sträucher stehen, verdrängt dies andere Nutzungsarten. Handelt es sich beim Ausschluss der gewerblichen Nutzung somit lediglich um eine tatsächliche Auswirkung der hier nicht zu beurteilenden Bepflanzung/Begrünung, so ist vorliegend nichts anzuordnen und der vorinstanzliche Entscheid ist in dieser Hinsicht zu bestätigen. 3. a) Die Klägerin hält den Entscheid der Vorinstanz für falsch (Urk. 60 S. 65), weil diese die Betriebszeiten nur für Verrichtungen mit potentiellen Lärmquellen für massgeblich halte und weil sie entschieden habe, dass nur die vom seinerzeitigen Planbewilligungsverfahren umfassten Bauvorhaben unter die Betriebszeitenregelung fallen würden. Die Vereinbarung (Urk. 4/4) sei falsch ausgelegt: Ziff. I./7. werde losgelöst von den Ziffern I./1-6. beurteilt. Ziff. I. enthalte nur eine Feststellung und erst Ziff. II. dann das, was vereinbart werde. Damit werde der Zweck des Vertrages falsch ausgelegt und Ziff. I.7. werde in ungebührlicher Weise bzw. in ungebührlichem Rahmen und in willkürlicher Weise gewichtet (Urk. 50 S. 5, S. 10, S. 11). Die Vereinbarung habe den Zweck, bauliche Massnahmen durchzusetzen, welche in die Baubewilligung eingeflossen sowie Massnahmen, welche auf Dauer ausgelegt seien, so z.B. Betriebszeiten mit dem Zweck, eine Vergrösserung der Anlage für uns Nachbarn in zumutbaren Grenzen zu halten (Urk. 50 S. 10). Schon in der Klagebegründung (Urk. 2 S. 4) habe die Klägerin den Sinn und Zweck der Vereinbarung klar dargelegt, nämlich dass "... die Immissionen der Anlage für die Anwohner in legalen und erträglichen Grenzen zu halten und den unkontrollierbaren Ausbau und die ständige Vergrösserung und Intensivierung der ...aktivitäten auf dem Gelände F._____ in zumutbaren Grenzen zu halten ..." seien (Urk. 50 S. 11). Die Klägerin habe zu keinem Zeitpunkt ausgesagt, dass der Zweck durch Urk. 4/4 S. 3 Ziff. 7 bestimmt sei. Welche Bauvorhaben im damaligen Planverfahren Gegenstand gewesen seien, sei unschwer aus Urk. 31/2 (Arbeitsgesetzliche Plangenehmigung, Umweltverträglichkeit) ersichtlich. Die Betriebszeiten seien für

- 38 - den ganzen Betrieb und für alle durch den Betrieb erfolgenden Tätigkeiten auf den Katastern 2, 5 und 6 festgeschrieben und auf Dauer angelegt und sie seien auch auf Tätigkeiten durch Dritte anwendbar wie z.B. das Parkieren durch Besucher des ...-Centers (Urk. 50 S. 24; Urk. 60 S. 70), und zwar unabhängig vom Bewilligungserfordernis. Alle Betriebsteile, die direkt das G._____ -Center betreffen, seien Betriebsteile, auch wenn sie nicht Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Verfahrens gewesen seien (Urk. 60 S. 70, S. 73). Anzuwenden sei sie auch auf die (noch nicht rechtskräftig bewilligte [Urk. 60 S. 71]) ...stelle für ... (Urk. 50 S. 24). Diese sei ein integraler Bestandteil des G._____ centers, nutze dessen Infrastruktur, werde von der identischen Firma betrieben und nehme die gleichen Materialien entgegen; der Unterschied bestehe einzig darin, dass der Zutritt der Kunden durch eine andere Türe erfolge. Die Vereinbarung schliesse den Betrieb der ...stelle für ...

nicht aus, jedoch mit den Einschränkungen, welche in der Vereinbarung festgehalten seien, insbesondere hinsichtlich Betriebszeiten und Umgebungsplan. Unzutreffend sei die Ansicht des Bezirksgerichts, dass die Betriebszeiten für die ...stelle nicht gelten sollen (Urk. 50 S. 24). Es sei kein Widerspruch, wenn in der Vereinbarung vom 1998 das Projekt des damaligen Planungsverfahrens geregelt worden sei, sich die Betriebszeiten aber auch auf neue Bauvorhaben, welche in das G._____Center integriert würden, beziehen würden (Urk. 60 S. 76). Die Beklagte nehme keine Stellung dazu, dass es nicht von Bedeutung sei, ob das Vorhaben öffentlich-rechtlich einem Bewilligungsverfahren unterliege; auch Bewilligungspflichtiges unterstehe der Vereinbarung (Urk. 50 S. 25; Urk. 60 S. 76 f.). Hinsichtlich der Auslegung der Vereinbarung (Urk. 51 E. 6.2) führt die Klägerin an, dass der nahe liegende Sinn, im Einklang mit dem gesunden Menschenverstand, beachtet werden müsse, was die Vorinstanz schmerzlich vermissen lasse. Finde eine Einigung statt, so könne es nicht der Sinn einer solchen Vereinbarung sein, dass die Verpflichtete ein Jahrzehnt später einfach ein neues Projekt oder neue Projekte realisiere, welche die frühere Vereinbarung faktisch zunichte machten (Urk. 50 S. 14). Die Nachbarn wären sicher nicht bereit gewesen, die Vereinbarung zu schliessen, wenn sie gewusst hätten, dass spätestens innerhalb von 10 Jahren ein neues Projekt die Abmachungen zunichte mache. Das bedeute mutmasslicher Parteiwille (Urk. 50 S. 14).

- 39 - b) Die Beklagte machte dagegen insbesondere geltend, dass allein das G._____Center gemäss den damals vorliegenden Plänen, welche Bestandteil der Vereinbarung seien, Gegenstand der Baubewilligung gewesen sei. Insbesondere enthalte die Vereinbarung keinen Hinweis darauf, dass das Projekt künftig nicht mehr abgeändert, ergänzt oder erweitert werden dürfe bzw. dass sich die vereinbarten Beschränkungen auf spätere Vorhaben beziehen sollten. Zu so gravierenden Einschränkungen hätte sich der Beklagte denn auch nicht verpflichtet (Urk. 57 Rz 36, Rz 44). Die Klägerin habe in der Replik (Urk. 21 S. 8) selber darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung selbstredend nur eine Regelung für damals bekannte Projekte beinhalten könnte (Urk. 57 S. 36). Die Vereinbarung von 1998 gelte daher nur für jenes Vorhaben. Die Nachbarn seien ihrerseits auch nicht daran gehindert, gegen neue Vorhaben Rekurse einzulegen, was die Klägerin ja auch ausgiebig getan habe (Urk. 57 S. Rz 37). Die im Rahmen der Vereinbarung von 1998 genannten Bewilligungen bzw. die damals bewilligten Bauvorhaben würden auf Grund des Wortlautes der Vereinbarung den Rahmen für die Geltung der vereinbarten Betriebszeiten abstecken (Urk. 57 Rz 39). Mehr sei von den Vertragsschliessenden nicht beabsichtigt worden und etwas anderes könne aus dem Vertrauensprinzip auch nicht hergeleitet werden (Urk. 57 Rz 39). Ausserdem sei die Vereinbarung nicht über die Grundstücke definiert worden, auf welchen die Bauvorhaben gelegen seien (Urk. 57 Rz 41 ff.). Das Motiv der Klägerin zum Abschluss sei irrelevant (Urk. 57 Rz 44). c) Die Vorinstanz hat festgehalten, dass unter Betriebszeiten diejenigen Zeiten zu verstehen seien, in denen gearbeitet werde (Urk. 51 S. 24). Der Umfang des Betriebes ergebe sich – entgegen der Ansicht der Klägerin – daraus nicht. Auch mit einem allfälligen Zusatz "für den ganzen Betrieb", wäre nichts gewonnen, weil sich daraus nicht ergebe, welcher (gesamte) Betrieb gemeint sei (Urk. 51 S. 24 f.). Die Frage lasse sich daher nur unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und der übrigen Vertragsinhalte beantworten (Urk. 51 S. 25). Der Vereinbarungszweck ergebe sich aus Urk. 4/4 Ziff. I i.V.m. Ziff. 2 Ingress. Anlass zum Abschluss der Vereinbarung sei ein bestimmtes Bauprojekt gewesen, gegen das sich die Nachbarn gewehrt hätten. Der von den Parteien zum Vertragsinhalt gemachte Zweck bestehe in einer auf Dauer angelegten Regelung, allerdings nur

- 40 - bezogen auf das konkrete Bauprojekt. Allfällige über den vertraglich vereinbarten Zweck der Vereinbarung hinausgehende persönliche (einseitige) Gründe, Befürchtungen oder Vorstellungen der Nachbarn bzw. der Klägerin zum Abschluss der Vereinbarung seien für die Bestimmung des materiellen Vertragsinhaltes unbeachtlich. Lege man nun Ziff. II./2.2 der Vereinbarung im Lichte der vertraglich vereinbarten Zweckbestimmung aus, so beziehe sich die Regelung der Betriebszeiten einzig auf den Betrieb, der Gegenstand des damaligen Planungsverfahrens bzw. der Vereinbarung bildete. Anhaltspunkte dafür, dass mit der Vereinbarung auch die künftige Entwicklung des Areals bzw. des beklagten Betriebes gesteuert werden sollte, würden sich aus der Vereinbarung nicht ergeben, so dass sich die vereinbarten Betriebszeiten nicht auf neue Betriebsteile beziehen würden (Urk. 51 S. 25). Der im Zusammenhang mit dem Betrieb der Anlage gemäss Bewilligung vom 22. Februar 1999 verbundene Gewerbeverkehr müsse daher ausserhalb der vereinbarten Betriebszeiten nicht geduldet werden und die Beklagte habe den Betrieb der Anlage entsprechend zu organisieren und insbesondere den damit im Zusammenhang stehenden motorisierten Verkehr zu unterbinden. Hingegen regle die Vereinbarung den Betrieb der seit Frühjahr 2009 betriebenen ...stelle nicht (Urk. 51 S. 26). Auf diese zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz, die die Frage der Betriebszeiten umfassend behandeln, kann verwiesen werden. Die Beklagte stellt diese im Wesentlichen deshalb in Frage, weil sie die Klägerin – was bereits behandelt wurde (E. II./2) – nicht für aktivlegitimiert hält. d) Die Klägerin macht allerdings geltend, dass die Nachbarn sicher nicht bereit gewesen wären, die Vereinbarung zu schliessen, wenn sie gewusst hätten, dass spätestens innerhalb von 10 Jahren ein neues Projekt die Abmachungen zunichte mache. Das bedeute mutmasslicher Parteiwille (Urk. 50 S. 14). Sie gesteht damit ein, dass über die zukünftige Entwicklung des G. _____ centers nicht verhandelt wurde und dass allfällige künftige Entwicklungen nicht geregelt wurden, ob mit Absicht oder weil daran nicht gedacht wurde, kann dahingestellt bleiben. Dass dies aus der Sicht der Klägerin angesichts der von ihr beschriebenen Auswirkungen unbefriedigend ist, ist verständlich, was auch die Vorinstanz er-

- 41 - wähnt hat (Urk. 51 S. 26), kann aber aus rechtlicher Sicht mangels der Regelung zukünftiger Entwicklungen nicht berücksichtigt werden. Dass sie den Vertrag nicht unterzeichnet hätte, wenn sie (und als Mitunterzeichnende die weiteren Nachbarn, auf die es bei der Auslegung des von der einfachen Gesellschaft geschlossenen Vereinbarung gleichermassen ankommt) mit einer Veränderung des Status quo gerechnet hätte, ist möglich, jedoch nicht relevant. Im gleichen Sinne – allerdings aus dem Blickwinkel von möglichen Veränderungen – argumentiert auch die Beklagte, wenn sie geltend macht, sie hätte einen Vertrag, der zukünftige Veränderungen betroffen und ausgeschlossen hätte, nicht unterzeichnet (Urk. 57 Rz 36, Rz 44). So oder so ergibt sich aus diesen Ausführungen, dass die Betriebszeitenregelung einzig die damals bekannten Betriebsteile betroffen haben kann. Das ist denn auch durchaus sachgerecht, wie sich mit Blick auf das Dienstbarkeitsrecht zeigt. Dort geht es ebenfalls um auf Dauer angelegte Rechtsbeziehungen, mit denen das Verhältnis zwischen zwei Grundstückseigentümern in der Weise geregelt wird, dass sich der eine Eigentümer bestimmte Eingriffe gefallen lassen muss oder dass er sein Eigentumsrecht nach gewissen Richtungen nicht ausüben darf (Art. 730 Abs. 1 ZGB). Auch hier stellt sich in einem späteren Zeitpunkt, wenn sich die Verhältnisse ändern, die Frage, ob zukünftige Änderungen von der seinerzeitigen Vereinbarung umfasst sind. Im Dienstbarkeitsrecht wird davon ausgegangen, dass die ursprüngliche Vereinbarung das Mass der Belastung festlegt und dass Mehrbelastungen

nicht geduldet werden müssen (Art. 739 ZGB), und zwar auch dann, wenn Änderungen der Bedürfnisse und damit Mehrbelastungen vorausgesehen werden bzw. erwartet werden müssen, aber nicht ausdrücklich geregelt werden (BSK ZGB II-Petitpierre (4. Aufl.), N. 14 zu Art. 739). 4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen ist. Bezüglich der Betriebszeiten und des Unterlassens von gewerblicher Tätigkeit auf Kataster-Nr. 3 decken sich die Entscheidungsgründe der Vorinstanz und der Kammer. Bei der Klage betreffend Begrünung/Bepflanzung bleibt es ebenfalls bei der Abweisung durch die ersten Instanz, allerdings aus anderen Gründen: Die Vorinstanz hat sie in der Sache abgewiesen, während die Kammer

- 42 - davon ausgeht, dass der Klägerin zur Durchsetzung dieses Anliegens die erforderliche Aktivlegitimation fehlt. 5. Die Beklagte hat Anschlussberufung erhoben und die Aufhebung von Dispositiv-Ziffern 1, 5 und 6 des vorinstanzlichen Urteils verlangt. Wird das vorinstanzliche Urteil bezüglich Dispositiv-Ziff. 1 bestätigt, führt dies ohne weiteres zur Abweisung der Anschlussberufung. Auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 5 und 6) ist im Zusammenhang mit der Kostenregelung zurückzukommen. Anzumerken ist, dass sich die Kammer den Überlegungen der Beklagten zur Frage der Aktivlegitimation der Klägerin bzw. der notwendigen Streitgenossenschaft der unterzeichnenden Nachbarn als einfache Gesellschaft zwar grundsätzlich angeschlossen hat, dass sie aber das gemeinsame Prozessieren bei Abwehransprüchen nicht für erforderlich hält. IV. 1. a) Die Klägerin verlangt im Sinne eines Eventualbegehrens die Halbierung der Gerichtskosten und die Wettschlagung der Prozessentschädigung des erstinstanzlichen Verfahrens (act. 50 S. 3). Sie begründet dies in act. 50 S. 29 f.: Ihr seien die Verfahrenskosten zu 2/3 auferlegt worden, was nicht gerechtfertigt sei, weil die Aktivlegitimation der Klägerin bejaht worden sei, die Kündigung der Vereinbarung als nicht ausschlaggebend betrachtet worden sei, das Gericht anerkannt habe, dass die Betriebszeiten auch für den Gewerbeverkehr gelten würden und die Widerklage nur in höchst reduziertem Umfang gutgeheissen worden sei. Zu Ungunsten der Klägerin sei das Begrünungskonzept bzw. die Freihaltspflicht, die Betriebszeiten der ...stelle und das Namensrecht entschieden worden. b) Die Beklagte widersetzt sich der Umverteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Urk. 57 S. 24). c) Üblicherweise wird das Obsiegen und Unterliegen bei Klagehäufungen entsprechend den gestellten Begehren gewichtet. Die Klägerin hat im vorinstanzlichen Verfahren zwei Begehren gestellt, (1) die Begrünung/Bepflanzung und die

- 43 - Unterlassung jeglicher gewerblichen Tätigkeit, (2) die Verpflichtung zur Einhaltung der Betriebszeiten; die Klägerin hat mit der Widerklage die Einstellung und kostenlose Abtretung sämtlicher Adressen verlangt. Die Klägerin hat beim Begehren 2 teilweise ("ganzer Betrieb") und bei Widerklagebegehren 4 (teilweise), die Beklagte hat bei Begehren 2 teilweise ("Betrieb auf Basis 1998"), bei Begehren 1 vollständig und beim Widerklagebegehren 4 teilweise obsiegt. Wird das teilweise Obsiegen je als halber Teil gewichtet, so entfallen auf die Klägerin zwei halbe Teile und auf die Beklagten zwei Teile (zwei halbe und ein ganzer). Die Kostenauflegung im Verhältnis 2/3 zu 1/3 ist daher nicht zu beanstanden. 2. Die Vorinstanz ist für den vermögensrechtlichen Teil der Streitigkeit von einem Streitwert von Fr. 44'100.-- ausgegangen. Nachdem der nicht vermögensrechtliche Teil in der Berufung entfallen ist, hat es dabei sein Bewenden. Die zusätzlich gestellten Begehren haben den Streitwert, der sich auf den Wert der klägerischen Liegenschaft bezieht, nicht verändert. Beide Parteien haben als Berufungsklägerin und als

Anschlussberufungsklägerin je einen Vorschuss von Fr. 5'100.-- geleistet (Urk. 55 und Urk. 59), basierend auf dem genannten Streitwert von Fr. 44'100.--. Für Klage und Widerklage wird in Art. 94 Abs. 1 ZPO vorgesehen, dass sich der Streitwert nach dem höheren Rechtsbegehren bemisst. Für die Bestimmung der Prozesskosten sollen die Streitwerte zusammengerechnet werden, wenn sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art 94 Abs. 2 ZPO). Bei der Anschlussberufung liegt es nahe, diese Regel bei vergleichbaren Voraussetzungen, wie dies hier der Fall ist, analog anzuwenden. In Anbetracht des Aufwandes des Falles (mit mehr als je einer Rechtsschrift im Berufungsverfahren) rechtfertigt es sich, die einfache Gerichtsgebühr um rund einen Drittel auf Fr. 7'000.-- zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GerGebV) und sie auf die Parteien nach Obsiegen und Unterliegen zu verlegen.

- 44 - Gemäss dem Ausgang des Berufungsverfahrens wird der vorinstanzliche Entscheid bestätigt, so dass auch unter diesem Aspekt die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen unverändert zu belassen sind. Im Berufungsverfahren wollte die Klägerin – entsprechend ihrem ursprünglichen Begehren vor Vorinstanz – die Betriebszeiten nach wie vor auf den ganzen Betrieb ausgedehnt haben (vgl. Berufungsantrag Ziff. 1 [Urk. 50 S. 2]) und diesbezüglich ist die Berufung abzuweisen. Es ist ausserdem bei der Abweisung des Berufungsantrages Ziff. 2 betreffend Begrünung/Bepflanzung und Unterlassens jeglicher gewerblicher Tätigkeit geblieben (Urk. 50 S. 2), so dass die Klägerin auch insoweit unterliegt. Schliesslich ist auf die von der Klägerin im Berufungsverfahren neu bzw. ergänzend gestellten Begehren Ziff. 1 a) bis d), Ziff. 2 a) und Ziff. 3 a) und b) nicht einzutreten. Die Beklagte hat Abweisung der Berufung und vollumfängliche Abweisung der Klage verlangt. Der vorinstanzliche Entscheid wird allerdings bestätigt, so dass die Beklagte in diesem Umfang unterliegt. Angesichts des völligen Unterliegens mit den Berufungsbegehren Ziff. 2 und 3 und dem teilweisen Unterliegen mit Begehren 1 durch die Klägerin und dem völligen Unterliegen der Beklagten bei Begehren 1 rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten im Verhältnis 5 zu 2 zu verlegen, so dass auf die Klägerin Fr. 5'000.-- und die Beklagte Fr. 2'000.-- entfallen. Was die Parteientschädigung betrifft, beträgt diese bei einer Erhöhung um ca. einen Drittel gemäss § 4 Abs. 2 AnwGebV Fr. 8'200.--. Dieser Betrag wäre im zweitinstanzlichen Verfahren im Regelfall gemäss § 13 Abs. 2 auf einen bis zwei Drittel herabzusetzen (§ 13 Abs. 2 AnwGebV), wobei von einer solchen Reduktion in besonderen Fällen abgesehen werden kann (§ 13 Abs. 3 AnwGebV). Die umfangreichen Äusserungen der Beklagten in Urk. 60 lassen es gerechtfertigt erscheinen, auf die Kürzung zu verzichten, so dass der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von 3/7, d.h. Fr. 3'500.-- zusteht. Der Ersatz der Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt (act. 57 S. 2).

- 45 - Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.