



Kass.-Nr. AA050150/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler,
Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Markus Nietlisbach

Zirkulationsbeschluss vom 21. Dezember 2006

in Sachen

X. GmbH,

Klägerin, Erstrekursgegnerin, Zweitrekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

1. a) A.,
b) B.,
2. C.,
3. a) D.,
b) E.,
4. F.,
5. a) G.,
b) H.,
6. a) I.,
b) J.,
7. a) K.,
b) L.,
8. a) M.,
b) N.,

Beklagte, Erstrekurrenten, Zweitkursgegner und Beschwerdegegner
1-8 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

betreffend **Erledigung des Verfahrens, Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts
des Kantons Zürich vom 24. August 2005 (LN050039/U, damit vereinigt LN050040)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Auf Begehren der Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) ordnete der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Q. mit Verfügung vom 18. Februar 2004 (KG act. 3/1) die provisorische Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten auf den Grundstücken der Beklagten und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) für den Forderungsbetrag von insgesamt Fr. 169'878.70 nebst Zins an. Der Beschwerdeführerin wurde dabei Frist angesetzt, um gegen die Beschwerdegegner Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts einzureichen. Gleichzeitig erfolgte dabei der Hinweis an die Beschwerdegegner, dass für die angemeldete Forderung innert Frist hinreichende Sicherheit geleistet werden könne, was zu einer Löschung der Pfandrechte führen würde. Die Kosten des Verfahrens wurden der Beschwerdeführerin auferlegt, wobei es im Falle der Klageerhebung dem ordentlichen Richter vorbehalten wurde, die Kosten anders zu verlegen und für das einzelrichterliche Verfahren eine angemessene Umtriebsentschädigung festzusetzen. Mit Verfügung vom 22. Juli 2004 (KG act. 3/2) stellte der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Q. sodann fest, dass die inzwischen von den Beschwerdegegnern durch die Sparkasse Z. geleistete Sicherheit hinreichend sei, und er wies das zuständige Grundbuchamt an, die im Grundbuch vorläufig eingetragenen Pfandrechte zu löschen. Der Beschwerdeführerin wurde dabei Frist angesetzt, um gegen die Beschwerdegegner Klage auf Feststellung von definitivem Bestand und Umfang der Sicherheitsleistung einzureichen. Die Kosten wurden wiederum der Beschwerdeführerin auferlegt unter Vorbehalt eines abweichenden Entscheids im ordentlichen Verfahren, wobei der Einzelrichter festhielt, die Beschwerdeführerin erwerbe diesfalls einen entsprechenden Rückforderungsanspruch gegen die Beschwerdegegner.

Die Beschwerdeführerin erhob hierauf innert Frist eine entsprechende Feststellungsklage gegen die Beschwerdegegner beim Bezirksgericht Q. (BG act. 2). Das Gericht schrieb den Prozess mit Beschluss vom 17. Mai 2005 (KG act. 3/4) als durch Anerkennung der Klage erledigt ab, auferlegte die Gerichtskosten den Beschwerdegegnern (unter solidarischer Haftung) und verpflichtete diese (ebenfalls unter solidarischer Haftung) zur Zahlung einer (reduzierten) Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- (zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer). Gegen diesen Entscheid erhoben sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegner Rekurs beim Obergericht des Kantons Zürich (OG act. 12/2 und 2). Mit ihrem Rekurs beantragte die Beschwerdeführerin, es sei ihr für das Verfahren vor der Erstinstanz eine Prozessentschädigung von Fr. 12'096.35 zuzüglich Mehrwertsteuer sowie Fr. 3'972.-- Kosten und Umtriebe zuzusprechen. Mit Beschluss vom 24. August 2005 (KG act. 2) vereinigte das Obergericht die beiden Verfahren, und es sprach der Beschwerdeführerin in teilweiser Gutheissung ihres Rekurses für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer zu und wies im Übrigen den Rekurs ab, soweit darauf einzutreten war. Den Rekurs der Beschwerdegegner wies das Obergericht in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids ab, soweit darauf eingetreten wurde.

2. Die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1) richtet sich gegen den Beschluss des Obergerichts, soweit er die Abweisung bzw. das Nichteintreten auf den Rekurs der Beschwerdeführerin betrifft. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei Ziffer 1 Absatz 3 des obergerichtlichen Beschlusses aufzuheben, und es seien die Beschwerdegegner zu verpflichten, der Beschwerdeführerin neben der bereits zugesprochenen Prozessentschädigung (von Fr. 10'000.--) Fr. 3'972.-- Kosten und Umtriebe zu entschädigen (KG act. 1, S. 3). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Die Beschwerdegegner beantragen in ihrer Beschwerdeantwort vollumfängliche Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11). Mit Eingabe vom 7. November 2006 nahm die Beschwerdeführerin dazu Stellung (KG act. 14), und mit Schriftsatz vom 20. November 2006, in welchem im Wesentlichen die Ausführungen in der Beschwerdeantwort wiederholt werden, liessen sich die Beschwerdegegner ihrerseits zu dieser Eingabe vernehmen (KG act. 17).

II.

1. Die Beschwerdeführerin hatte mit ihrem Rekurs beantragt, es seien ihr für das Verfahren vor Erstinstanz zusätzlich zur eigentlichen Prozessentschädigung Fr. 3'972.-- Kosten und Umtriebe zuzusprechen (OG act. 12/2, S. 3). Bei diesen Kosten und Umtrieben ging es um die Gerichtskosten der beiden Verfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren in Höhe von Fr. 2'695.-- und Fr. 509.-- sowie um die Weisungskosten von Fr. 768.--. Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gegen die Abweisung bzw. gegen das Nichteintreten auf den Rekurs durch das Obergericht in diesem Punkt.

2. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid damit begründet, dass die Weisungskosten gemäss Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin vor der Erstinstanz nicht Prozessgegenstand gebildet hätten, weshalb darüber im Rahmen des Rekursverfahrens nicht befunden werden könne (§ 115 ZPO). Je nach Ausgang des Prozesses betreffend definitive Feststellung des Bauhandwerkerpfandrechts könne der Richter auch die Kosten des summarischen Verfahrens (betreffend vorläufige Eintragung), welche in der Regel dem gesuchstellenden Gläubiger aufzuerlegen seien, anders verlegen. Weil die der Beschwerdeführerin gemäss den beiden Verfügungen des Einzelrichters im summarischen Verfahren auferlegten Kosten vor der Erstinstanz indessen nicht Prozessgegenstand gebildet hätten, handle es sich beim entsprechenden Rekursantrag, wonach den Beschwerdegegnern diese von der Beschwerdeführerin bevorschussten Kosten aufzuerlegen seien, um ein im Rekursverfahren unzulässiges neues Begehren, worauf entsprechend nicht eingetreten werden könne, zumal es sich nicht auf das Dispositiv des angefochtenen Entscheids beziehe (KG act. 2, S. 14 f.).

3. Die Beschwerdeführerin wendet ein, die Vorinstanz übersehe, dass die Beschwerdeführerin im Rechtsbegehren an das Bezirksgericht Q. u.a. beantragt habe, "unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten" zu entscheiden. Dieser Antrag habe auch die Weisungskosten und die Kosten umfasst, die ihr im summarischen Verfahren (betreffend vorläufige Eintragung) auferlegt worden seien. Die Weisung sei der Klageschrift beigelegt und es sei beantragt

worden, die Prozessakten des summarischen Verfahrens beizuziehen. Es sei somit offensichtlich gewesen, dass auch darüber zu entscheiden gewesen wäre. Soweit die Vorinstanz ausführe, dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kosten nicht Prozessgegenstand gebildet hätten, beruhe ihr Entscheid auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme. Überdies habe der Richter die Gerichtskosten von Amtes wegen festzusetzen; die von den Parteien in diesem Zusammenhang gestellten Anträge seien als blosser Anregungen zu betrachten. Zu den Gerichtskosten zählten hier auch die Kosten des Einzelrichters im summarischen Verfahren. Dieser habe in seinen beiden Verfügungen deutlich festgehalten, dass es dem ordentlichen Richter vorbehalten bleibe, die Kosten des Summarverfahrens anders zu verlegen. Das Bezirksgericht Q. habe es aber unterlassen, auch über die Kosten des Summarverfahrens zu befinden. Da diese Kosten bereits durch die Beschwerdeführerin bezahlt bzw. vorgeschossen worden seien, hätte das Bezirksgericht Q. daher von Amtes wegen im Rahmen der Prozessentschädigung und zusätzlich zur eigentlichen Prozessentschädigung der Beschwerdeführerin einen entsprechenden Rückforderungsanspruch gegen die Beschwerdegegner zusprechen müssen. Gleich verhalte es sich auch mit den Weisungskosten. Gemäss § 68 ZPO habe jede Partei in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt würden. Das Gericht entscheide hier als Nebenpunkt über einen materiellrechtlichen Anspruch. Es bedürfe hierfür keines Antrags der Partei. § 72 ZPO regle weiter, dass die Kosten für das Sühneverfahren bei Klageanerkennung dem Beklagten aufzuerlegen seien. Falsch sei auch der Hinweis der Vorinstanz auf § 115 ZPO. Die Vorinstanz habe damit bei ihrem Entscheid auch klares materielles Recht verletzt (KG act. 1, S. 6 ff.).

4. Nach § 281 Ziff. 3 ZPO kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde gerügt werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts. Nach ständiger Praxis gehören die Vorschriften über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zum materiellen Recht im Sinne dieser Bestimmung (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 47a zu § 281; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbe-

schwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Die Rüge der Beschwerdeführerin ist somit unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen. Soweit sich die Beschwerdeführerin vorliegend auch auf Aktenwidrigkeit oder Willkür beruft, geht es bei der Frage, ob die von ihr geltend gemachten Kosten vor Erstinstanz Prozessgegenstand gebildet haben, ebenfalls um die Frage einer Verletzung der Vorschriften über die Kosten- und Entschädigungsfolgen, sodass auch über diese Rüge im Rahmen von § 281 Ziff. 3 ZPO zu befinden ist. Es ist in jedem Falle Sache der Kassationsinstanz, zu untersuchen, unter welchen Nichtigkeitsgrund ein geltend gemachter Tatbestand fällt. Wenn sich die Beschwerdeführerin auf einen anderen Kassationsgrund berufen hat, schadet ihr dies nicht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

5. Nach § 68 Abs. 1 ZPO hat jede Partei in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf, dass der obsiegenden Partei von Amtes wegen eine Prozessentschädigung zuzusprechen ist. Eines Antrags bedarf es dazu nicht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 68). Zu den aussergerichtlichen Kosten, die zu entschädigen sind, gehören nach der ausdrücklichen Regelung in § 68 Abs. 1 ZPO insbesondere die Weisungskosten. Damit erweist sich die obergerichtliche Erwägung als nicht haltbar, dass die Beschwerdeführerin vor der Erstinstanz einen entsprechenden Antrag auf Ersatz der Weisungskosten hätte stellen müssen, damit diese Kosten überhaupt Gegenstand des Verfahrens hätten bilden können. Die Erstinstanz war auf Grund von § 68 Abs. 1 ZPO in jedem Falle verpflichtet, bei der Festsetzung der Prozessentschädigung auch die der Beschwerdeführerin erwachsenen Weisungskosten einzubeziehen. Zwar ist es in der Praxis die Regel, dass Prozessentschädigungen festgelegt werden, ohne dass die Weisungskosten speziell erwähnt würden. Dies ist insbesondere bei anwaltlicher Vertretung von Parteien der Fall. Diesfalls ist zur Berechnung von Prozessentschädigungen die Verordnung über die Anwaltsgebühren als Grundlage heranzuziehen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69). Dem Gericht steht es dabei auf Grund des Ermessens, das ihm bei der Festsetzung einer Prozessentschädigung nach § 69 ZPO zukommt,

frei, die Weisungskosten als im Gesamtbetrag inbegriffen zu betrachten und diese dementsprechend bei der Entschädigungsregelung im Urteilsdispositiv nicht mehr ausdrücklich zu erwähnen. Aus den vorinstanzlichen Erwägungen geht indessen klar hervor, dass dies (Einschluss der Weisungskosten im Gesamtbetrag der zugesprochenen Prozessentschädigung) vorliegend gerade nicht geschehen ist, sondern kein Ersatz für die Weisungskosten zugesprochen wurde.

Vorliegend stellt es klares Recht dar, dass die Beschwerdeführerin nach § 68 Abs. 1 ZPO Anspruch auf Ersatz der Weisungskosten gehabt hätte, ohne dass es dazu eines entsprechenden Antrags vor der Erstinstanz bedurft hätte. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist begründet, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids in diesem Punkt führt.

6. In den Verfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Q. sind die Kosten der Beschwerdeführerin auferlegt worden, wobei der Einzelrichter beide Male im Rahmen der Kostenaufgabe festhielt, dass die definitive Kostenaufgabe durch den Richter im ordentlichen Prozess vorbehalten bleibe (KG act. 3/1 und 3/2). In der Verfügung vom 22. Juli 2004 erfolgte zusätzlich der Hinweis, dass die Beschwerdeführerin bei abweichender Kostenverlegung durch den ordentlichen Richter einen entsprechenden Rückforderungsanspruch erwerbe (KG act. 3/2, S. 6). Dieses Vorgehen, das auch von der Beschwerdeführerin als korrekt anerkannt wird, entsprach der gängigen Praxis. Bei Verfahren nach § 215 Ziff. 36 ZPO betreffend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und die Beurteilung hinreichender Sicherheit bleibt wie bei vorprozessualen vorsorglichen Massnahmen die definitive Kostenregelung dem Richter im ordentlichen Prozess vorbehalten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 67 sowie N 83 und 92 zu § 215).

Die Kosten der entsprechenden summarischen Verfahren gehören zu den Prozesskosten im eigentlichen Sinne und nicht zu den ausserprozessualen Kosten und Umtrieben im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO, für die die obsiegende Partei auf dem Wege der Prozessentschädigung zu entschädigen wäre. Es wäre dementsprechend vorliegend Sache des Bezirksgerichts Q. gewesen, innerhalb des ordentlichen Prozesses im Rahmen der Kostenaufgabe von Amtes wegen definitiv

über die Auferlegung der Kosten der beiden vorangegangenen summarischen Verfahren zu befinden und gegebenenfalls einen Rückerstattungsanspruch der Beschwerdeführerin gegen die Beschwerdegegner anzuordnen. Dies ist von der Erstinstanz unterlassen worden. Sie hat sich stattdessen bei der Kostenverlegung in Dispositiv Ziffer 3 des Beschlusses vom 17. Mai 2005 darauf beschränkt, die Kosten des ordentlichen Prozesses den Beschwerdegegnern aufzuerlegen (KG act. 3/4, S. 5). Diese Kostenregelung ist von der Beschwerdeführerin nicht mit Rekurs an das Obergericht angefochten worden (vgl. OG act. 12/2, S. 3). Nach § 275 Abs. 1 ZPO hemmt der Rekurs die Rechtskraft im Umfang der Rekursanträge. Mit dem Ablauf der Rekursfrist trat somit die erstinstanzliche Kostenregelung bzw. Kostenaufgabe in Rechtskraft. Sie kann daher im Nachhinein nicht mehr zu Gunsten der Beschwerdeführerin und zu Ungunsten der Beschwerdegegner abgeändert werden. Die Vorinstanz hat bei ihrer Argumentation zwar übersehen, dass die erstinstanzliche Kostenaufgabe durch die Beschwerdeführerin hätte angefochten werden müssen, damit die Kosten der summarischen Verfahren nachträglich den Beschwerdegegnern hätten auferlegt werden können. Die Argumentation der Vorinstanz, mit der sie den Rekurs der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Kosten der beiden summarischen Verfahren abgewiesen hat bzw. nicht darauf eingetreten ist, geht insoweit an der Sache vorbei. Im Ergebnis ist die Abweisung bzw. das Nichteintreten auf den Rekurs indessen nicht zu beanstanden. Damit erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

7. Zusammenfassend ist die Nichtigkeitsbeschwerde begründet, soweit sie sich auf den Ersatz der Weisungskosten bezieht, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids in diesem Punkt führt. An Stelle einer Rückweisung an die Vorinstanz kann die Kassationsinstanz nach § 291 ZPO einen neuen Entscheid in der Sache selbst fällen, wenn diese spruchreif ist. Dies trifft vorliegend zu. Der Beschwerdeführerin ist zusätzlich zur von der Vorinstanz zuerkannten Prozessentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren Ersatz für die Weisungskosten von Fr. 768.-- zuzusprechen.

III.

Bei der Bemessung der Kosten des Beschwerdeverfahrens ist von einem Streitwert von Fr. 3'972.-- auszugehen. Die Beschwerdeführerin obsiegt mit der Anfechtung des vorinstanzlichen Beschlusses im Punkt der Weisungskosten, unterliegt hingegen mit der Anfechtung hinsichtlich Ersatz der Kosten für die summarischen Verfahren. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin zu 4/5 und den Beschwerdegegnern zu 1/5 aufzuerlegen. Den Beschwerdegegnern ist eine auf 3/5 reduzierte Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. August 2005 betreffend den Zweitrekurs der Beschwerdeführerin in Dispositiv-Ziffer 2 Absatz 1 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"4. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- (zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer) sowie Fr. 768.-- (Weisungskosten) zu bezahlen."

Im übrigen Umfang wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:

Fr. 300.-- ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 282.-- Schreibgebühren,

Fr. 247.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin zu 4/5 und den Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftung zu 1/5 auferlegt.

4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, den Beschwerdegegnern für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 450.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Obergericht des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Q., I. Abteilung (CG040061), je gegen Empfangs-schein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: