



Kass.-Nr. AA070131/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident und Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 24. Juli 2008

in Sachen

A. AG,

...,

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. B.

gegen

1. M. K., geboren..., whft....,
2. R. K., geboren ..., whft.,
3. U. M.-E., geboren ..., whft....,
4. C. M., geboren ..., whft....,
5. D. G., geboren ..., whft.,
6. D. G., geboren ..., whft.,
7. E. S. S., geboren ..., whft....,
8. G. S., geboren ..., whft....,
9. C. C. Z., geboren ..., whft.,
10. E. Z., geboren ..., whft.,
11. S.-M. B., geboren ..., whft.,
12. H.-R. A., geboren ..., whft.,
13. R. Bu.-K., geboren..., whft. ...
14. I. B.-K., geboren ..., whft....
15. M.K.-T., geboren ..., whft.,
16. R. K., geboren ..., whft....
17. M. T.-M., geboren ..., whft.,
18. T. T., geboren ..., whft....,
19. R. F., geboren ..., whft.,
20. R. F.,
whft.,

21. K. M.-A., geboren ..., whft. ...,
22. P. M., geboren ..., whft.,
23. C. A., geboren ..., whft. ...,
24. G. A., geboren ..., whft. ...,
25. S. W.-E., geboren ..., whft. ...,
26. R. W., geboren ..., whft. ...,
27. R. S.-S., geboren ..., whft. ...,
28. H. S., geboren ..., whft. ...,
29. T. R., ..., whft. ...,

Kläger und Beschwerdegegner

1-29 vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. et Prof.dipl.math.ETH C.

betreffend

Feststellung / Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Juni 2007 (HG040366)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beklagte plante und realisierte in den Jahren 1997 bis 1999 als Architektur- und Baumanagementfirma die Arealüberbauung "D." in E.. Die Überbauung besteht aus 19 Einfamilienhäusern, einer gemeinsamen Tiefgarage und weiteren gemeinsamen Anlagen. Die Kläger vertreten (einzeln oder zu zweit) total 15 von 19 Miteigentumsanteilen und machen mit ihrer Klage insbesondere Ansprüche aus Mängeln an der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Tiefgarage geltend. Sie verlangen damit insbesondere die Feststellung von Baumängeln, deren Behebung und eventualiter die Schätzung der Sanierungskosten und deren Vergütung durch die Beklagte, sowie die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung vorprozessual angefallener Kosten (HG act. 3). Die Klage wurde am 5. Oktober 2004 beim Handelsgericht des Kantons Zürich anhängig gemacht (HG

act. 1, 3 und 7). Die Beklagte beantragte mit Klageantwort vom 16. Februar 2005, es sei auf die Klage der Kläger 27 und 28 nicht einzutreten, im übrigen sei die Klage abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne; zudem erhob sie die Eventual-Widerklage, es sei die Mängelbehebung durch die Beklagte davon abhängig zu machen, dass die allein oder gemeinsam einen Miteigentumsanteil an den Gemeinschaftsanlagen besitzenden Kläger [...] der Beklagten Zug um Zug gegen die Mängelbehebung je einen Quotenanteil von 18/19 der mutmasslichen, nach durchgeführtem Beweisverfahren zu beziffernden Mängelbehebungskosten bezahlen, eventuell hierfür eine Sicherheitsleistung in dieser Höhe leisten (HG act. 12, S. 4 f.). Der von den Parteien anlässlich der Referentenaudienz vom 13. September 2005 getroffene Vergleich wurde von der Beklagten innert Widerrufsfrist widerrufen (HG act. 24). Mit Beschluss vom 26. Oktober 2005 trat das Handelsgericht auf die Klage der "Eigentümergeinschaft D." nicht ein und das Rubrum wurde dahingehend berichtigt, dass lediglich die Kläger 1-29 als Kläger aufgeführt werden. Sodann wurde auf die Feststellungsbegehren der Kläger gemäss Klageschrift vom 1. Oktober 2004 und der ergänzenden Klageschrift vom 27. Oktober 2004 (je Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2) nicht eingetreten. Weiter wurde auf die Klage der Kläger 27 und 28 und die sie betreffende Eventual-Widerklage nicht eingetreten, und die vom Verfahren des Handelsgerichts HG040244 abgetrennte Klage der Kläger 27 und 28 mit dem vorliegenden Verfahren vereinigt (HG Prot. S. 22). Nach Abschluss des Schriftenwechsels (HG Prot. S. 26) schrieb das Handelsgericht mit Beschluss vom 18. Juni 2007 das Rechtsbegehren Ziff. 3 der Kläger 1-26 und 29 und Rechtsbegehren Ziff. 2 Abs. 1 der Kläger 27 und 28 gemäss Klageschrift als durch Klagerückzug erledigt ab. Sodann wurde die Eventual-Widerklage als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Mit Urteil ebenfalls vom 18. Juni 2007 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage ab (Disp.-Ziff. 1) und auferlegte die Kosten den Klägern 1-28 zu je 1/90 und dem Kläger 29 zu 1/45, je unter solidarischer Haftung für einen Drittel, und der Beklagten zu 2/3 (Disp.-Ziff. 3). Weiter wurde die Beklagte verpflichtet, jedem Kläger 1-28 je eine Prozessentschädigung von Fr. 900.-- sowie dem Kläger 29 eine solche von Fr. 1'800.-- zu bezahlen (Disp.-Ziff. 4; HG act. 54, S. 35 f.).

2. Mit Eingabe vom 3. September 2007 erhob die Beklagte und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es seien die Disp.-Ziff. 2 bis 4 des angefochtenen Urteils aufzuheben und zur Neuurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurück zu weisen, eventualiter seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens auf der Grundlage eines Gesamtstreitwertes von Fr. 740'000.-- festzulegen und vollständig den Beschwerdegegnern aufzuerlegen (KG act. 1, S. 4). Die der Beschwerdeführerin auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 6'500.-- ging innert Frist ein (KG act. 10). Das Handelsgericht hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 11). Die Kläger und Beschwerdegegner (künftig: Beschwerdegegner) 1-29 liessen mit Beschwerdeantwort vom 17. Dezember 2007 die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde beantragen (KG act. 20).

II.

1. Die Beschwerdeführerin beanstandet zunächst die Bezifferung des Gesamtstreitwertes durch die Vorinstanz. Diese sei davon ausgegangen, der Gesamtstreitwert von Fr. 9'140'000.-- setze sich aus einem Betrag von Fr. 614'000.-- für die Hauptklage und Fr. 8'526'000.-- für die Eventual-Widerklage zusammen. Während der Betrag für die Hauptklage akzeptiert werde, sei jener für die Eventual-Widerklage zu beanstanden. Diese Streitwertbezifferung habe die Vorinstanz nämlich von sich aus, ohne vorgängige Anhörung der Beschwerdeführerin, festgelegt. Diese habe die Eventual-Widerklage bis zum Zeitpunkt der Entscheidung nämlich nicht beziffert, sondern sich eine solche Bezifferung ausdrücklich für den Zeitpunkt nach Durchführung eines Beweisverfahrens vorbehalten. Damit habe die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO und somit den Anspruch auf rechtliches Gehör, also einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt (KG act. 1, S. 5 ff.). Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin auch geltend, die Streitwertbezifferung sei in Verletzung von klarem materiellem Recht (§ 281 Ziff. 3 ZPO) viel zu hoch ausgefallen. So habe die Vorinstanz zu Unrecht für den Zeitpunkt der Bezifferung auf die Rechtshängigkeit abgestellt, obwohl sich

die Beschwerdeführerin die Bezifferung ihres Rechtsbegehrens zulässigerweise auf den Zeitpunkt nach Durchführung des Beweisverfahrens vorbehalten habe. Weiter habe die Vorinstanz dem Rechtsbegehren auch einen völlig falschen Sinn und Inhalt beigemessen, habe sie doch in ihrer Rechtsschrift verdeutlicht, dass es ihr einzig um den Ersatz der Quotenanteile der nicht klagenden Miteigentümer gegangen sei (KG act. 1, S. 7 ff.).

2. Vorauszuschicken ist, dass die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) materielles Recht darstellen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Dies muss namentlich auch dann gelten, wenn die Bemessung der Prozessentschädigung u.a. im Zusammenhang mit der Berechnung der streitigen vermögensrechtlichen Ansprüche angefochten wird. Mithin kommt im Zusammenhang mit der Regelung der Nebenfolgen der Kassationsinstanz auch hinsichtlich der Berechnung des Streitwertes nur eine (auf die Verletzung klaren Rechts) beschränkte Kognition zu (RB 1988 Nr. 40). Frei zu überprüfen ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings die Rüge betreffend Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör und der richterlichen Fragepflicht, weil damit die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO geltend gemacht wird.

3. Die Kläger und Beschwerdegegner machten mit Klageeinreichung vom 1. Oktober 2004 (HG act. 1) und mit verbesserter Klageschrift vom 27. Oktober 2004 (HG act. 7) unter Ziff. 1 und 2 vorerst verschiedene Feststellungsbegehren anhängig, auf welche die Vorinstanz bereits mit Beschluss vom 26. Oktober 2005 nicht eintrat (HG act. 26, Disp.-Ziff. 2, S. 13). Unter Ziff. 3 verlangten die Kläger und Beschwerdegegner die Behebung der vom Gericht festzustellenden Mängel

des Garagenflachdaches und des Flachdaches über dem Durchgang innert einer Frist von drei Monaten. Unter Ziff. 4 wurde eventualiter verlangt, es sei durch einen Gerichtsgutachter eine Schätzung der Sanierungskosten vorzunehmen und die Beklagte und Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, den Klägern und Beschwerdegegnern diese Sanierungskosten zu vergüten (HG act. 1, S. 14 und HG act. 7, S. 4). Die Beklagte und Beschwerdegegnerin hatte anlässlich der Klageantwort vom 16. Februar 2005 eine Eventual-Widerklage erhoben und damit beantragt, die Mängelbehebung durch die Beschwerdeführerin sei davon abhängig zu machen, dass die allein oder gemeinsam einen Miteigentumsanteil an der Gemeinschaftsanlage besitzenden Kläger und Beschwerdegegner der Beklagten und Beschwerdeführerin Zug um Zug gegen die Mängelbehebung je einen Quotenanteil von 18/19 der mutmasslichen, nach durchgeführten Beweisverfahren zu beziffernden Mängelbehebungskosten bezahlen, eventuell dafür eine Sicherheitsleistung in dieser Höhe erbringen (HG act. 12, S. 4 f.). Anlässlich der Erstattung der Replik vom 1. März 2006 haben die Kläger und Beschwerdegegner auf ihr Begehren um Nachbesserung der behaupteten Mängel durch die Beklagte und Beschwerdeführerin offenbar verzichtet (HG act. 37) und stattdessen eine Minderung in der Höhe von pauschal Fr. 230'000.-- für 46 Garagenplätze verlangt, eventualiter eine solche von pauschal Fr. 185'000.-- für 37 Garagenplätze (HG act. 37, S. 3). In der Duplik ging die Beklagte und Beschwerdeführerin demgemäss davon aus, die Kläger und Beschwerdegegner würden nunmehr auf die Nachbesserung verzichten, womit automatisch ihre Eventual- Widerklage gegenstandslos werde. Da die Gegenstandslosigkeit durch die in der Replik vorgenommene Klageänderung der Kläger (und Beschwerdegegner) verursacht worden sei, sei dies bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen (HG act. 42, S. 5 f.). In ihrer Stellungnahme zu den Duplik-Novellen führten die Kläger und Beschwerdegegner aus, sie hätten entgegen der Darstellung der Beklagten und Beschwerdeführerin nicht auf eine Nachbesserung verzichtet, sondern die Beschwerdeführerin habe durch verschiedene erfolglose Versuche ihr Recht, eine Nachbesserung zu machen, verwirkt, was zur Folge habe, dass deren Eventual-Widerklage gegenstandslos werde. Da dies allein durch die Beschwerdeführerin verursacht worden sei, sei dies bei der Bemessung der Kosten- und Entschädi-

gungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen (HG act. 46, S. 6 f.). Die beiden danach noch bei der Vorinstanz eingegangenen Schreiben der Parteivertreter (HG act. 49 und 51) vom 30. August und 20. September 2006 befassen sich sodann einzig mit der Frage, ob der klägerische Parteivertreter in seinen Eingaben unzulässigerweise auf den Inhalt der vor Vorinstanz geführten Vergleichsgespräche Bezug genommen habe. Daraufhin verhängte der Präsident des Handelsgerichts mit Verfügung vom 16. Oktober 2006 gegen den Parteivertreter der Kläger und Beschwerdegegner eine Ordnungsbusse (HG act. 52). Schliesslich ging die Vorinstanz mit Beschluss vom 18. Juni 2007 vom Rückzug des Klagebegehrens betreffend Nachbesserung (Rechtsbegehren Ziffer 3 der Kläger 1-26 und 29 und Rechtsbegehren Ziffer 2 Abs. 1 der Kläger 27+28 gemäss Klageschrift) aus und schrieb diese ab. Im Weiteren wurde die Eventual-Widerklage der Beklagten und Beschwerdeführerin als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Mit Urteil ebenfalls vom 18. Juni 2007 wurden nach der Klageabweisung die Kosten- und Entschädigungsfolgen geregelt, indem die Kosten den Klägern 1-28 zu je 1/90 und dem Kläger 29 zu 1/45, je unter solidarischer Haftung für einen Drittel, und der Beklagten zu 2/3 auferlegt wurden. Zudem wurde die Beklagte und Beschwerdeführerin verpflichtet, jedem der Kläger 1-28 eine Prozessentschädigung von Fr. 900.--, sowie dem Kläger 29 eine solche von Fr. 1'800.-- zu bezahlen (HG act. 54 = KG act. 2).

4.1 Wie bereits ausgeführt wurde, sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem materiellen Recht zuzurechnen. Das Gericht hat darüber grundsätzlich von Amtes wegen zu entscheiden und die von den Parteien gestellten Anträge dazu sind in diesem Sinne als blosse Anregungen zu verstehen (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1997, N 2 zu § 64 ZPO). Demgemäss entscheidet das Gericht in der Regel grundsätzlich ohne weitere Anhörung der Parteien auf Grund der Akten über die Kosten- und Entschädigungsfolgen; ein Beweisverfahren zu den Kostenfolgen wird nicht durchgeführt (ZR 83 Nr. 82; Viktor Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 177). Hingegen erscheint es im Falle der Gegenstandslosigkeit – wo die Regelung der Nebenfolgen durch verschiedene Kriterien

bestimmt wird (unter Hinweis auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 65 ZPO: wer die Gegenstandslosigkeit verursacht hat; welche Partei vermutlich obsiegt hätte; welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren verursacht hat) – geboten, den Parteien zunächst Gelegenheit zur allfälligen Ergänzung ihrer tatsächlichen Vorbringen einzuräumen (ZR 82 Nr. 93 Erw. 3c; Lieber, a.a.O., S. 177).

4.2 Aus den vorstehenden Erwägungen unter Ziff. II.3 geht hervor, dass sowohl die Beschwerdegegner wie auch die Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Handelsgericht anlässlich der Duplik (HG act. 42) resp. der Stellungnahme zu den Noven in der Duplik (HG act. 46) Gelegenheit hatten und diese grundsätzlich auch ergriffen, zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen zufolge der allfälligen Gegenstandslosigkeit der Eventual-Widerklage Stellung zu nehmen. Diesbezüglich wurde von der Vorinstanz kein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt, indem sie vor ihrem Entscheid vom 18. Juni 2007 nicht (nochmals) eine Stellungnahme der Parteien zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Gegenstandslosigkeit der Eventual-Widerklage einholte.

4.3 Zur Bezifferung des Streitwertes der Eventual-Widerklage hat sich hingegen im Verlaufe des Verfahrens vor Handelsgericht keine der Parteien *explizit* geäußert. Die Beschwerdeführerin führte anlässlich der Erhebung der Eventual-Widerklage mit ihrer Klageantwort einzig aus, sie verlange für den Fall der Gutheissung der Hauptklage betreffend Mängelbehebung, dass diese davon abhängig zu machen sei, dass jeder Beschwerdegegner (allein oder zusammen mit seinem Partner, mit dem er den Miteigentumsanteil besitze) der Beschwerdeführerin Zug um Zug gegen die Mängelbehebung einen Quotenanteil von 18/19 der mutmasslichen, nach durchgeführtem Beweisverfahren zu beziffernden Mängelbehebungskosten bezahle, eventuell dafür eine Sicherheitsleistung in dieser Höhe leiste (HG act. 12, S. 30 f.), eventuell, dass die Kläger zu verpflichten seien, einen entsprechenden Quotenanteil Zug um Zug gegen die Mängelbehebung zu bezahlen (HG act. 12, S. 31). Weder anlässlich der Referentenaudienz vom 13. September 2005 (HG Prot. S. 9 - 20), bei welcher die Kläger und Beschwerdegegner zum Streitwert ihrer Klage befragt wurden (HG Prot. S. 13), noch in der

Verfügung des Präsidenten des Handelsgerichts vom 26. Oktober 2005 (HG act. 26) war explizit die Höhe des Streitwertes der Eventual-Widerklage der Beschwerdeführerin ein Thema. Während in der letztgenannten Verfügung hinsichtlich dem Klagebegehren 4 der Beschwerdegegner (eventualiter sei durch den Gerichtsgutachter eine Schätzung der Sanierungskosten vorzunehmen und die Beschwerdeführerin zu verpflichten, den Beschwerdegegnern die vom Gerichtsexperten geschätzten Sanierungskosten zu vergüten; HG act. 26, S. 7) ausgeführt wurde, bei dieser unbezifferten (Eventual-) Forderungsklage seien die Voraussetzungen von § 61 Abs. 2 ZPO nicht gegeben und die Kläger und Beschwerdegegner hätten mit ihrer Klage (in der Replik) eine konkrete Summe zu fordern (HG act. 26, Disp.-Ziff. 6, S. 13), wurden bezüglich der Eventual-Widerklage keine entsprechenden Erwägungen getroffen und diese wurde im Dispositiv nicht erwähnt.

Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, als die Vorinstanz grundsätzlich den Streitwert der Eventual-Widerklage nicht einfach von sich aus im Sinne von § 22 ZPO schätzen durfte, ohne dazu den Parteien Gelegenheit zur Äusserung zu geben (vgl. dazu Lieber, a.a.O., S. 170). Nicht beigeplichtet werden kann der Beschwerdeführerin aber dahingehend, als sie meint, der Streitwert der Hauptklage habe vorliegend mit jenem der Eventual-Widerklage nichts zu tun und daher sei mit der Bezifferung der Hauptklage nicht auch automatisch der Streitwert der Eventual-Widerklage geklärt (vgl. die Rüge in KG act. 1, S. 6). Wie die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 18. Juni 2007 zu Recht ausführte, verlangte die Beschwerdeführerin mit ihrer Eventual-Widerklage von den Beschwerdegegnern bzw. pro Miteigentumsanteil die Bezahlung von je 18/19 der mutmasslichen Mängelbehebungskosten. Diese Mängelbehebungskosten hat die Vorinstanz geschätzt, und zwar auf Grund der Angaben der Parteien zur Bezifferung der Hauptklage (in welcher es [vorerst] um die Nachbesserung der behaupteten Mängel ging) in der Referentenaudienz (KG act. 2, Erw. 8.1.1, S. 31). Die Beschwerdeführerin behauptet, sie sei durch dieses Vorgehen massiv benachteiligt worden, da die Beschwerdegegner ihrer Klage einen viel zu hohen Streitwert beigelegt hätten, was sich auch in der Anspruchsreduktion im Verlauf des Verfahrens gezeigt habe (KG act. 1, S. 7). Dies ist nicht nachvollziehbar, nachdem die Beschwerdeführerin selbst in der Referentenaudienz vom 13. September 2005 –

nachdem die Beschwerdegegner den Anspruch anstelle von zuvor Fr. 1'000'000.- auf höchstens Fr. 600'000.-- beziffert hatten (HG Prot. S. 13) – weiterhin von einem Streitwert (der Hauptklage) in der Höhe von Fr. 1'000'000.-- ausgehen wollte und darauf verwies, dass im Zweifelsfall der höhere Streitwert gelte (HG Prot. S. 14). Zudem ist die Vorinstanz bei der Streitwertschätzung der Hauptklage (und basierend darauf auch der Eventual-Widerklage) vom bereits reduzierten Anspruch der Beschwerdegegner (Fr. 600'000.--) ausgegangen. Sodann liegt der Zusammenhang zwischen der von den Beschwerdegegnern verlangten Nachbesserung und den von der Beschwerdeführerin angeführten "Mängelbehebungskosten" auf der Hand. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass vorliegend der Streitwert der Klage und der Eventual-Widerklage zusammen gezählt werden, da sich die beiden Begehren eben nicht gegenseitig ausschliessen, sondern im Gegenteil die Eventual-Widerklage nur für den Fall der (teilweisen) Gutheissung der Hauptklage auf Nachbesserung erhoben worden ist. Damit konnte die Vorinstanz aber auch beim Streitwert der Eventual-Widerklage ohne weiteres von der Schätzung des Streitwertes der Hauptklage ausgehen. Der Vorinstanz kann somit auch keine Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör vorgeworfen werden, soweit sie den Parteien nicht gesondert Gelegenheit gab, um explizit zum Streitwert der Eventual-Widerklage Stellung zu nehmen. Im Übrigen hätte es den Parteien freigestanden, im Rahmen der Duplik und der Stellungnahme zu den Noven der Duplik sich neben der Frage der Verteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zufolge der Gegenstandslosigkeit der Eventual-Widerklage auch zum Quantitativ der Kosten bzw. der Entschädigung zu äussern.

5.1 Die Beschwerdeführerin hat weiter geltend gemacht, die Bemessung des Streitwertes der Eventual-Widerklage verstosse auch gegen klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO. Einerseits macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe die Bezifferung auf den Zeitpunkt der Eingabe des Rechtsbegehrens bezogen und somit auf einen falschen Zeitpunkt abgestellt, nachdem sich die Beschwerdeführerin die Bezifferung des Begehrens zulässigerweise für den Zeitpunkt nach Abschluss des Beweisverfahrens vorbehalten habe. Solange sei das Rechtsbegehren aber unbestimmt und unklar gewesen, weshalb nicht allein auf dessen Wortlaut hätte abgestellt werden können, sondern

der Sinn wäre nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln gewesen. Die Vorinstanz habe dem Begehren jedoch einen völlig falschen Sinn und Inhalt beimessen. Selbstverständlich habe sich die Beschwerdeführerin nicht bereichern wollen, sondern sie habe lediglich (aber immerhin) die Quotenanteile der nicht klagenden Miteigentümer vergütet haben wollen. So habe sie in ihrer Widerklagebegründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Beschwerdegegner nur im Umfang ihrer Miteigentumsquote Anspruch auf eine unentgeltliche Nachbesserung von Baumängeln hätten. Spätestens bei der Bezifferung der Eventual-Widerklage nach Durchführung des Beweisverfahrens hätte sich der Sinn des Begehrens auch betragsmässig geklärt. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich weiter geltend, statt von einem Streitwert von Fr. 8,5 Mio. hätte somit die Vorinstanz für die Eventual-Widerklage von höchstens Fr. 126'000.-- (bei einem Quotenanteil von Fr. 31'500.-- pro Miteigentümer) ausgehen dürfen und der Gesamtstreitwert hätte somit insgesamt Fr. 740'000.-- betragen.

5.2 Die Vorinstanz ging in ihrem Erwägungen davon aus, die Beschwerdeführerin habe mit ihrer Eventual-Widerklage von den Beschwerdegegnern resp. pro Miteigentumsanteil die Bezahlung von je 18/19 der mutmasslichen Mängelbehebungskosten verlangt, welche auf Fr. 600'000.-- zu schätzen seien. 18/19 von Fr. 600'000.-- seien gerundet Fr. 568'420.--, multipliziert mit 15 Miteigentumsanteilen ergebe dies rund Fr. 8'526'000.--. Der Gesamtstreitwert betrage zusammen mit der Hauptklage (Fr. 600'000.-- + Fr. 14'128.85) leicht abgerundet Fr. 9'140'000.-- (KG act. 2, S. 31 f.).

5.3 Das Rechtsbegehren der Eventual-Widerklage lautete wie folgt:

" 1. Es sei die Mängelbehebung durch die Beklagte davon abhängig zu machen, dass die allein oder gemeinsam einen Miteigentumsanteil an den Gemeinschaftsanlagen besitzenden Kläger 1+2, 3+4, 5+6, 7+8, 9+10, 11+12, 13+14, 15+16, 17+18, 19+20, 21+22, 23+24, 25+26, 27+28 und 29 der Beklagten Zug um Zug gegen die Mängelbehebung je einen Quotenanteil von 18/19 der mutmasslichen, nach durchgeführtem Beweisverfahren zu beziffernden Mängelbehebungskosten bezahlen, eventuell hierfür eine Sicherheitsleistung in dieser Höhe leisten.

2. Eventualiter seien die allein oder gemeinsam einen Miteigentumsanteil an den Gemeinschaftsanlagen besitzenden Kläger 1+2, 3+4, 5+6, 7+8, 9+10, 11+12, 13+14, 15+16, 17+18, 19+20, 21+22, 23+24, 25+26, 27+28 und 29 zu verpflichten, der Beklagten Zug um Zug gegen die Mängelbehebung je einen Quotenanteil von 18/19 der mutmasslichen, nach durchgeführtem Beweisverfahren zu beziffernden Mängelbehebungskosten zu bezahlen, eventuell eine Sicherheitsleistung in dieser Höhe zu leisten.

3. [...]."

Dieses Rechtsbegehren erscheint – ausser dass es (noch) nicht beziffert wurde – weder unbestimmt noch unklar. Auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin anlässlich der Begründung der Eventual-Widerklage in ihrer Klageantwort (HG act. 12) lassen das Rechtsbegehren nicht als auslegungsbedürftig erscheinen. So begründete die Beschwerdeführerin ihr Begehren zwar damit, dass bei Sachgewährleistungsansprüchen wegen Mängeln an gemeinschaftlichen Bauteilen der Grundsatz der Quotenbezogenheit Anwendung finde und nahm auf BGE 114 II 247 Bezug, folgerte aber nachfolgend daraus, dass deshalb jeder der Kläger (= Beschwerdegegner) höchstens im Umfang seiner Miteigentumsquote Anspruch auf eine unentgeltliche Nachbesserung von Baumängeln an gemeinschaftlichen Bauteilen besitze und darum jeder Kläger (allein oder zusammen mit dem Partner, mit dem er den Miteigentumsanteil besitze) sich daher an den Sanierungskosten in dem Umfang beteiligen müsse, der auf die übrigen Miteigentümer entfalle, also im Umfang von 18/19 (HG act. 12, S. 30). Diese letzteren Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Klageantwort entsprechen zwar nicht den Erwägungen in BGE 114 II 247 und somit auch nicht der Rechtslage (wonach sich die klagenden Miteigentümer – quotenmässig – nur im Umfang der nicht klagenden Miteigentümer an den Nachbesserungskosten zu beteiligen haben), sind jedoch für sich genommen klar und nachvollziehbar; die Beschwerdeführerin hätte damit durchaus auch eine abweichende (allenfalls irrtümliche) Rechtsauffassung vertreten können. Die Vorinstanz hatte weder Anlass, die Beschwerdeführerin gesondert zu diesem Rechtsbegehren im Sinne von § 55 ZPO zu befragen, noch dazu, dieses Rechtsbegehren entgegen seinem Wortlaut – so wie es die Beschwerdeführerin gemäss ihrer Beschwerdeschrift nun verstanden haben will (KG act. 1, S. 9) – auszulegen. Hinzuzufügen ist, dass selbst wenn die Beschwerde-

führerin bei einer späteren Gelegenheit (z.B. anlässlich der Duplik oder bei einer förmlichen Aufforderung der Vorinstanz zur Bezifferung des Streitwertes der Eventual-Widerklage) ihr Rechtsbegehren dahingehend korrigiert hätte, als die Beschwerdegegner jeweils nur einen (quotenmässigen) Anteil an den auf die nicht klagenden Miteigentümer entfallenden Nachbesserungskosten (4/19) zu bezahlen oder sicherzustellen hätten, wäre dies wohl wegen der Abweichung vom ursprünglichen Rechtsbegehren als teilweiser Klagerückzug zu werten gewesen.

Damit ist aber auch bereits gesagt, dass die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend dem Zeitpunkt, auf welchen die Bezifferung des Rechtsbegehrens bezogen wurde, fehl geht. Einerseits richtet sich gemäss § 18 Abs. 1 ZPO der Streitwert grundsätzlich nach dem Rechtsbegehren des Klägers (hier: der Eventual-Widerklägerin) zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit. Daran ändert auch die Bestimmung von § 61 Abs. 2 ZPO nichts, wonach eine Bezifferung der Klage allenfalls erst nach Durchführung eines Beweisverfahrens möglich ist. Andererseits hätte – wie gesagt – die spätere Bezifferung der Eventual-Widerklage auf 4/19 der Mängelbehebungskosten im Vergleich zum ursprünglichen Rechtsbegehren eine Klageänderung bzw. einen Teil-Rückzug dargestellt, was nichts am ursprünglichen Streitwert (und der Tatsache, dass sich die Beschwerdeführerin – allenfalls aus Versehen – überklagt hatte) geändert hätte. Eine Verletzung von klarem materiellen Recht durch die Vorinstanz liegt jedenfalls nicht vor.

6. Die Beschwerdeführerin konnte damit zusammenfassend keine Nichtigkeitsgründe in Bezug auf die Festlegung des Streitwertes durch die Vorinstanz nachweisen. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss sind damit die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Sie ist zudem zu verpflichten, den Beschwerdegegnern eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO). Für den Streitwert des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist nur von den der Be-

schwerdeführerin auferlegten Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens auszugehen, nachdem die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren nur diese Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten hat.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 5'900.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, den Beschwerdegegnern für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 4'500.-- (inkl. MWST), d.h. für die Beschwerdegegner 1 - 28 je Fr. 150.-- und für den Beschwerdegegner 29 Fr. 300.--, zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 54'467.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichtes vom 18. Juni 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: