

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150073-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichterin
Prof. Dr. I. Jent-Sørensen und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Urteil vom 26. September 2016

in Sachen

Stadt Zürich,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____

gegen

A. _____ Schweiz AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. oec. et lic. iur. Y2. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 8. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
23. Oktober 2014; Proz. CG110053**

Rechtsbegehren:

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 289'260.58 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin auf den vorstehenden Betrag Zins von jährlich fünf Prozent zu bezahlen seit dem 8. Mai 2010.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen einschliesslich der Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.

[Anmerkung: Forderungsbetrag und Beginn des Zinsenlaufes sind gegenüber Weisung und Klageschrift um ein Weniges reduziert]

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 252'543.05 zuzüglich 5 % Zins seit dem 8. Mai 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 25'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin im Umfang von CHF 3'250.– und der Beklagten im Umfang von CHF 21'750.– auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin verrechnet. Der Fehlbetrag von CHF 8'000.– wird von der Beklagten nachgefordert.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteient-schädigung von CHF 22'210.– (inkl. Mehrwertsteuer und Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen. Zudem hat sie der Klägerin den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 13'750.– zu ersetzen.
- 5./6. (Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 83):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Oktober 2014 (Geschäftsnummer der Vorinstanz: CG110053-L/U) aufzuheben, und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8% MWSt auf der Prozessentschädigung, für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten der Klägerin.

Erwägungen:

1.1 Am 18. und 22. Oktober 2007 unterzeichneten die Parteien den auf dem Deckblatt mit 14. September 2007 datierten Vertrag über die "Instandsetzung Parkgarage" und die "Instandsetzung Fussgängerbrücke" der Wohnsiedlung "B._____" in Zürich. Der Werkpreis sollte rund Fr. 9,548 Mio. zuzüglich Mehrwertsteuer betragen (act. 4/4). Am 19. Dezember 2008 unterzeichneten Vertreter beider Seiten ein Dokument "Bauübergabeprotokoll" mit der Präzisierung, dass es sich um eine "Abnahme mit unwesentlichen Mängeln" handle, und dass die Unternehmerin (= die Klägerin) bis zum 29. Januar 2009 vorhandene Mängel behebe und nicht vollendete Arbeiten ausführe (act. 4/11).

In der Folge entstanden Differenzen über den Werklohn, die sich gütlich nicht beilegen liessen. Über den nach ihrer Auffassung ausstehenden Rest von Fr. 289'324.15 nebst Zins leitete die Klägerin am 10. Januar 2011 das Schlichtungs- und am 27. April 2011 das gerichtliche Verfahren ein. Das Bezirksgericht schützte die Klage mit dem angefochtenen Urteil im Umfang von Fr. 252'543.05 zuzüglich 5 % Zins seit dem 8. Mai 2010 und wies sie im Mehrumfang (entsprechend rund Fr. 37'000.-- und einer gewissen Korrektur beim Zinsenlauf) ab.

1.2 Während die Klägerin das Urteil akzeptierte, führte die Beklagte dagegen innert Frist mit Eingabe vom 1. Dezember 2014 Berufung (act. 80 und act. 83).

Die Akten des Bezirksgerichts wurden beigezogen.

Der Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren von Fr. 25'000.-- wurde auf erste Aufforderung hin geleistet (act. 88).

1.3 Die Kammer entschied mit Urteil vom 27. Februar 2015, die Berufung abzuweisen. Sie erachtete die Einwendungen der Beklagten als unberechtigt, so weit diese sich gegen den Saldo von Fr. 252'543.05 zu ihren Lasten aus dem Projekt "Parkhaus B1._____" richteten (act. 99 E. 3.1). Auf eine Verrechnungseinrede der Beklagten mit einem behaupteten Guthaben aus einem anderen gemeinsamen Projekt der Parteien, dem C._____, trat sie nicht ein (act. 99 E. 3.2). Im Ergebnis wies sie die Berufung der Beklagten ab und bestätigte das angefochtene Urteil.

Die Beschwerde der Beklagten gegen dieses Urteil der Kammer an das Bundesgericht hatte teilweise Erfolg. Zwar erkannte das Bundesgericht die Rügen zum Saldo aus dem Projekt "B1._____" als unbegründet (in BGE 141 III 549 nicht publizierte Erwägung 5.1 des Urteils 4A_221/2015 vom 23. November 2015). Hingegen verwarf es die Auffassung der Kammer, dass die Beklagte keine Verrechnung geltend machen könne. Es ging davon aus, die SIA Norm 118 stehe dem nicht entgegen, und es sei daher zu prüfen, ob die Verrechnungseinrede berechtigt sei. Die Koordination der beiden Verfahren sei in geeigneter Weise sicher zu stellen, wobei die Vereinigung der beiden Prozesse im Vordergrund stehen dürfte (act. 100 = BGE 141 III 549). Diese Koordination war nötig und bliebe es, wenn die Verrechnungseinrede noch in beiden Prozessen mindestens eventuell streitig wäre. Mittlerweile hat sich die Situation allerdings geändert. Im parallelen Fall LB150067 ("C._____") hat das Bezirksgericht einen Saldo zugunsten der Klägerin gefunden, welcher sich *nach* Berücksichtigung der als gerechtfertigt erkannten Verrechnungspositionen ergab. Die Beklagte hat das nicht angefochten. Damit ist die Problematik der an zwei Orten (eventuell) geltend gemachten Verrechnung entfallen. Der Erledigung jenes im Übrigen entscheidungsreifen Verfahrens stand nichts mehr entgegen, und es wurde daher dort am 12. September 2016 das Urteil gefällt.

2. Auszugehen ist vom Saldo des Projektes "B1._____" , wie er im Urteil vom 27. Februar 2015 ermittelt wurde, und wogegen die Beschwerde an das Bundesgericht nicht erfolgreich war.

Eventuell beharrt die Beklagte auf der geltend gemachten Verrechnung (act. 83 S. 29 - 44). Sie bezieht sich auf ein Guthaben aus dem Bauvorhaben "C._____", wie sie es bereits in der vorprozessualen Korrespondenz erklärt hatte: aus dem Nachtrag Nr. 16 (zum Werkvertrag "C._____") habe sie einen Betrag von Fr. 996'439.17 geltend gemacht, den die Klägerin im Umfang von Fr. 892'436.35 anerkannt habe – und das stelle sie der Forderung der Klägerin (von damals Fr. 289'324.15, die auch in Weisung und Klageschrift noch erscheinen) eventualiter zur Verrechnung entgegen (act. 4/23, Schreiben vom 25. Juni 2010).

Mit Verfügung vom 29. Juli 2016 wurde der Beklagten Gelegenheit gegeben, um sich zur Situation der Verrechnung zu äussern, nachdem sie das Urteil in der Sache "C._____" nicht anfocht (act. 101). Innert erstreckter Frist erneuert sie ihren Antrag, es sei das hier angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen, und sie verlangt, dass ihr im parallelen Verfahren "C._____" Frist zur Berufungsantwort und Anschlussberufung angesetzt werde (act. 106, Rz. 4 und passim). Sie kritisiert einlässlich die Behandlung der Verrechnungsforderung im parallelen Verfahren durch das Bezirksgericht, welches sie aus politischen Opportunitäts-Gründen nicht eigens angefochten habe und stellt weitere Ausführungen in Aussicht. Zur Frage, ob die Verrechnungslage auch ohne (Anschluss-)Berufung im Parallellfall noch bestehe, äussert sie sich nicht.

Es besteht daher die rechtliche Situation, wie sie in der Verfügung vom 29. Juli 2016 skizziert worden ist: im parallelen Fall "C._____" hat das Bezirksgericht entschieden, dass die Klägerin einen (bescheidenen) Restanspruch gegenüber der Beklagten habe. Diese Rechnung berücksichtigt die Verrechnungseinrede der Beklagten, so weit sie das Bezirksgericht als berechtigt erkennt (Urteil CG100095 vom 25. September 2015 S. 217), und die Beklagte hat das Urteil nicht angefochten. So weit die Verrechnung zugelassen und ein entsprechender Posten in die Rechnung eingesetzt wurde, ist die zur Verrechnung gestellte Forderung im Sinne von Art. 124 Abs. 2 OR untergegangen. So weit die Verrechnungsforderung als unberechtigt beurteilt wurde, steht einer erneuten Berücksichtigung im vorliegenden Verfahren die materielle Rechtskraft entgegen. Damit

bleibt für die Verrechnungseinrede im vorliegenden Verfahren zum Projekt "B1._____" kein Raum mehr. Daran kann nichts ändern, dass die Beklagte die Beurteilung durch das Bezirksgericht als unrichtig ansieht und das auch einlässlich begründet. Das hätte sie im parallelen Verfahren tun können und tun müssen, wenn sie eine Überprüfung durch das Obergericht hätte erwirken wollen. Offenkundig hat sie sich darauf verlassen, dass sie in jenem Fall zu einer Berufungsantwort aufgefordert werde und in deren Rahmen werde Anschlussberufung zum Punkt der Verrechnung führen können (so sind ihre Äusserungen in der Eingabe vom 14. September 2016 Rz. 3 zu verstehen, zusammen mit dem Antrag im vorliegenden Verfahren LB150073, man möge ihr Gelegenheit geben, im Verfahren LB150067 Anschlussberufung zu erheben). Dabei hatte sie offenbar das alte zürcherische Prozessrecht vor Augen, welches nicht nur zwingend eine Berufungsantwort, sondern zudem Replik und Duplik verlangte (§§ 265 f. und 268 ZPO/ZH). Auf das heutige Berufungsverfahren kommt aber das neue Recht zur Anwendung, welches neben der schriftlichen Berufungsbegründung keinen weiteren obligatorischen Verfahrensschritt vorsieht (Art. 405 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 312 ZPO; zu den Neuerungen ZK-ZPO Reetz, 3. Aufl. 2016, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N. 4, sowie eingehend Art. 312 N. 5 ff. und insbesondere N. 14 ff.; BGer 5A_849/2015 vom 27. Juni 2016 E. 3) - so wurde auch schon der erste Entscheid im vorliegenden Berufungsverfahren zur Sache "B1._____", das Urteil vom 27. Februar 2015, ohne Einholen einer Berufungsantwort gefällt.

Damit bleibt aufgrund der neuen Situation für eine Diskussion der Verrechnungsforderung im vorliegenden Verfahren kein Raum mehr. Die Berufung ist abzuweisen, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

4. Die Beklagte wird für die Berufung kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin, welche keine Berufungsantwort zu erstatten hatte, sind vor Obergericht keine Aufwendungen erwachsen, welche zu einer Parteientschädigung berechtigten.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Verfahren der Berufung wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels der Eingabe der Beklagten vom 14. September 2016 (act. 106), sowie an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt
rund Fr. 252'000.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. M. Hinden

versandt am: