

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB140023-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

## Urteil vom 12. März 2015

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_, Dr.,**

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung, Bauhandwerkerpfandrecht (Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Zivilgericht, vom 21. Mai 2014 (CG990058-I)**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Beschwerdeführerin und Klägerin (fortan Klägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_. Der Beschwerdegegner und Beklagte (fortan Beklagte) ist eine Privatperson. Die Parteien haben am 9. Juli 1998 zwecks Erbauung eines Mehrfamilienhauses an der D.\_\_\_\_\_-Strasse ... in Uster einen Werkvertrag für Baumeisterarbeiten abgeschlossen. Mit Klage vom 2. Dezember 1999 forderte die Klägerin eine Restzahlung für von ihr erbrachte Leistungen in der Höhe von Fr. 323'768.60 nebst Zins. Weiter verlangte sie die definitive Eintragung des mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 14. Mai 1999 auf dem Grundstück des Beklagten vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechts. Im Laufe des Verfahrens reduzierte die Klägerin die eingeklagte Forderung auf Fr. 322'896.85 zuzüglich Zins. Der Beklagte bestritt die klägerische Forderung. Er brachte Minderungs- und Schadenersatzforderungen von Fr. 1'005'338.– zur Verrechnung (Urk. 13 S. 50f., 96ff., S. 129 und 134; Urk. 50 S. 142, 175ff. und 183ff.; Urk. 87 S. 17; Urk. 431 S. 231ff.). Die Vorinstanz bejahte im Urteil vom 21. Mai 2014 einen Forderungsanspruch der Klägerin von Fr. 166'099.15 (Globalpreis von Fr. 237'297.35 zuzüglich erbrachte Leistungen von Fr. 228'563.80 abzüglich Akontozahlungen von Fr. 190'000.– und bereits bezahlte zusätzliche Leistungen von Fr. 109'762.–). Ausgehend davon, dass der Beklagte Verrechnungsansprüche in der Höhe von Fr. 8'516.75 nachweisen konnte, welche in Abzug zu bringen waren, sprach die Vorinstanz der Klägerin Fr. 157'582.40 nebst Zins zu (Urk. 431 S. 276f. und S. 283, Dispositivziffer 1). Sodann wurde das Grundbuchamt Uster angewiesen, das vorläufig zugunsten der Klägerin und zulasten des im Eigentum des Beklagten stehenden Grundstücks eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsomme von Fr. 120'262.85 nebst Zins definitiv einzutragen und im diese Pfandsomme übersteigenden Betrag das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen (Urk. 431 S. 283, Dispositivziffer 2). Die Vorinstanz setzte die

Entscheidgebüher auf Fr. 45'900.– fest. Die Barauslagen betragen gesamthaft Fr. 152'036.75 (Fr. 146'907.25 Gutachten, Fr. 2'127.– Zeugen, Fr. 2'942.50 Übersetzungen und Fr. 60.– diverse Kosten [...]). Die Kosten für Gutachten wurden im Betrage von Fr. 35'266.45 auf die Gerichtskasse genommen, da sich das eingeholte Gutachten für die Beurteilung der beklaglichen Gegenforderung *Bodensenkung/Tonplatten* als unnötig erwies (Urk. 431 S. 282, Erw. 13.1.2, und S. 284, Dispositivziffer 5). Die verbleibenden Kosten von total Fr. 162'670.30 wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt (Urk. 431 S. 284, Dispositivziffer 6). Die Höhe einer vollen Prozessentschädigung (Terminologie ZPO/ZH) legte die Vorinstanz auf Fr. 53'000.– fest (Urk. 431 S. 281, Erw. 13.1.1). Sie sprach keine Prozessentschädigungen zu (Urk. 431 S. 284, Dispositivziffer 8).

2. Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 21. Mai 2014 hat die Klägerin fristgerecht eine Beschwerde mit den folgenden Anträgen erhoben (Urk. 427; Urk. 430 S. 2):

"1.a. Hauptantrag

Es sei die Dispositiv-Ziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Uster CG990058 vom 21. Mai 2014 aufzuheben und es seien die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 162'670.30 im Umfang von CHF 139'896.45 (86%) dem Beklagten / Beschwerdegegner und im Umfang von CHF 22'773.84 (14%) der Klägerin / Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Die der Klägerin / Beschwerdeführerin aufzuerlegenden Kosten seien mit den geleisteten Kostenvorschüssen von total CHF 48'440.– zu verrechnen, wobei der Klägerin / Beschwerdeführerin der Restbetrag von CHF 25'666.16 (CHF 48'440.– abzüglich CHF 22'773.84) herauszugeben sei.

1.b. Eventualantrag

Es sei die Dispositiv-Ziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Uster CG990058 vom 21. Mai 2014 aufzuheben und es seien die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 162'670.30 im Umfang von CHF 118'749.31 (73%) dem Beklagten / Beschwerdegegner und im Umfang von CHF 43'920.98 (27%) der Klägerin / Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Die der Klägerin / Beschwerdeführerin aufzuerlegenden Kosten seien mit den geleisteten Kostenvorschüssen von total CHF 48'440.– zu verrechnen, wobei der Klägerin / Beschwerdeführerin der Restbetrag von CHF 25'666.16 (CHF 48'440.– abzüglich CHF 22'773.84) herauszugeben sei.

führerin der Restbetrag von CHF 4'519.02 (CHF 48'440.– abzüglich CHF 43'920.98) herauszugeben sei.

2.a. Hauptantrag

Es sei die Dispositiv-Ziffer 8 des Urteils des Bezirksgerichts Uster CG990058 vom 21. Mai 2014 aufzuheben und es sei der Beklagte / Beschwerdegegner zu verpflichten, der Klägerin / Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von CHF 38'160.– (72%) zu bezahlen.

2.b. Eventualantrag

Es sei die Dispositiv-Ziffer 8 des Urteils des Bezirksgerichts Uster CG990058 vom 21. Mai 2014 aufzuheben und es sei der Beklagte / Beschwerdegegner zu verpflichten, der Klägerin / Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von CHF 24'380.– (46%) zu bezahlen.

3. Subeventualantrag

Es seien die Dispositiv-Ziffern 6 und 8 des Urteils des Bezirksgerichts Uster CG990058 vom 21. Mai 2014 aufzuheben und es sei das Urteil im Kostenpunkt zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten / Beschwerdegegners."

Nach Eingang des von der Klägerin zu leistenden Kostenvorschusses von Fr. 8'620.– (Urk. 433; Urk. 434) beantragte der Beklagte mit Beschwerdeantwort vom 11. September 2014 was folgt (Urk. 436 S. 2):

"1. Die Beschwerde sei abzuweisen;

2. eventuell:

Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich der Beschwerdegegner nicht widersetzt, wenn das Urteil wegen der nachfolgend dargelegten Gründe an die Vorinstanz zurückgewiesen wird;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin / Beschwerdeführerin."

Die weiteren Eingaben der Parteien wurden der Gegenpartei je zur Kenntnis gebracht (Prot. S. 5 und 7f.; Urk. 441; Urk. 443).

3. Für das Beschwerdeverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Gemäss deren Übergangsbestimmung war das vorinstanzliche Verfahren nach den bisherigen zürcherischen Zivilprozessgesetzen (ZPO/ZH und GVG/ZH) zu Ende zu führen (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Es wird somit im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die Bestimmungen dieser Gesetze (insbesondere der §§ 64ff. ZPO/ZH) korrekt angewendet hat.

4. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

## II.

1. Unangefochten bleiben die von der Vorinstanz festgesetzte Höhe der Kosten von total Fr. 162'670.30 (Urk. 431 S. 283f., Dispositivziffern 4 und 5) sowie die Festsetzung einer "vollen Prozessentschädigung" für das ordentliche Verfahren auf Fr. 53'000.– (Urk. 431 S. 281). Die Klägerin ficht nur die von der Vorinstanz vorgenommene Verteilung der Kosten sowie das Wettschlagen der Prozessentschädigungen an (Urk. 430 S. 6). Unangefochten bleibt sodann die von der Vorinstanz getroffene Kosten- und Entschädigungsregelung des summarischen Verfahrens im Zusammenhang mit der provisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (Urk. 431 S. 282, Erw. 13.2, und S. 284, Dispositivziffern 7 und 8).

2. Die Klägerin macht geltend, die Vorinstanz habe bei der von ihr vorgenommenen je hälftigen Auferlegung der Gerichtskosten auf die Parteien und der dadurch resultierenden Wettschlagung der Parteientschädigungen die "horrenden" Gegenforderungen des Beklagten von Fr. 1'005'338.–, welche im Beweisverfahren zu "enormen Weiterungen und exorbitanten Gutachterkosten" geführt hät-

ten, letztlich aber bis auf Fr. 8'516.75 unbegründet gewesen seien, unberücksichtigt gelassen. Dies stelle eine Rechtsverletzung (einschliesslich Ermessensunterschreitung) dar und sei absolut stossend. Die Vorinstanz hätte, so die Klägerin, die Kosten von Fr. 162'670.30 unter Berücksichtigung der Gegenforderungen und der damit verbundenen unnötigen Weiterungen zu 86 % zulasten des Beklagten und zu 14 % zu ihren Lasten auferlegen müssen, wobei sie den Beklagten zur Bezahlung einer Prozessentschädigung von 72 % (86 % abzüglich 14 %) hätte verpflichten müssen (Hauptstandpunkt). Die Vorinstanz hätte die Kosten aber zumindest zu 73 % zulasten des Beklagten und zu 27 % zu ihren Lasten auferlegen müssen, wobei sie den Beklagten zur Bezahlung einer Prozessentschädigung von 46 % (73 % abzüglich 27 %) hätte verpflichten müssen (Eventualstandpunkt; Urk. 430 S. 7). Gemäss Klägerin hätte die Vorinstanz gestützt auf § 64 Abs. 3 und/oder § 66 ZPO/ZH zwingend von der Grundregel nach § 64 Abs. 2 ZPO/ZH und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH abweichen müssen, um nicht einen völlig stossenden und schlichtweg unhaltbaren Kostenentscheid zu treffen (Urk. 430 S. 8f.; Urk. 441 S. 29). Die Vorinstanz habe mit ihrem Entscheid die genannten Gesetzesbestimmungen verletzt und im Übrigen eine offensichtlich unvollständige Sachverhaltsfeststellung vorgenommen, indem sie die Gegenforderungen des Beklagten bei der Verteilung der Kosten und der Entschädigung ausgeblendet (Urk. 430 S. 8f.) und ihren Entscheid nicht begründet habe (Urk. 430 S. 13; Urk. 441 S. 9).

3. Die Kosten des Verfahrens werden den Parteien in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Im gleichen Verhältnis werden die Parteien in der Regel entschädigungspflichtig (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Von der Regel der Auferlegung der Kosten nach Obsiegen und Unterliegen kann, insbesondere in den in § 64 Abs. 3 ZPO/ZH erwähnten Fällen, abgewichen werden. Das Gesetz sagt im Weiteren jedoch nicht, nach welchen anderen Kriterien die Kosten- und Entschädigungsfolgen entschieden werden können. Es ist damit grundsätzlich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, unter welchen Voraussetzungen von der gesetzlichen Regel abgewichen wird; doch darf dies nicht willkürlich geschehen und nicht dem klaren Willen des Gesetzes widersprechen. Als

Kriterium kann mitunter auch das in § 66 ZPO/ZH festgehaltene Verursacher- oder Verschuldensprinzip herangezogen werden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 26 zu § 64). Entgegen der Ansicht des Beklagten (Urk. 436 S. 9f., mit Hinweis auf § 66 Abs. 1 ZPO/ZH und ZR 74 [1975] Nr. 32) ist hingegen ein Abweichen von der Grundregel von § 64 Abs. 2 ZPO/ZH nicht nur dann zulässig, wenn der Beklagte die zur Verrechnung gebrachten Gegenforderungen treuwidrig erhoben und deren Beurteilung erhebliche Kosten, insbesondere für ein Beweisverfahren, verursacht hat. Dies lässt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck von § 64 Abs. 2 und 3 ZPO/ZH herleiten. Freilich kann das Gericht in Ausübung seines Ermessens, wenn Gegenforderungen zur Verrechnung gebracht werden, welche letztendlich grossmehrheitlich abgewiesen werden, bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen und damit der Entscheidung, ob im konkreten Fall von der Grundregel gemäss § 64 Abs. 2 ZPO/ZH abgewichen werden soll, durchaus mitberücksichtigen, ob die Gegenforderungen in guten Treuen eingebracht wurden oder von Beginn weg als haltlos zu betrachten waren. Sodann darf berücksichtigt werden, was für ein Mehraufwand und welche zusätzlichen Kosten mit der Abklärung der Forderungen verbunden waren.

4. Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 323'768.60 (insbesondere ohne Hinzurechnung der nur verrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderungen des Beklagten) aus (Urk. 431 S. 281). Sie sprach dem Kläger Fr. 157'582.40 nebst Zins zu (Urk. 430 S. 283, Dispositivziffer 1). Das Unterliegen der Klägerin bezifferte die Vorinstanz mit rund 51 %. Sie auferlegte die Kosten des Verfahrens den Parteien je zur Hälfte und sah von der Zusprechung von Prozessentschädigungen ab (Urk. 431 S. 282). Damit regelte die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss dem Regelfall von §§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH und 68 Abs. 1 ZPO/ZH. Da die Vorinstanz die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht weiter begründete, wozu sie diesfalls auch nicht angehalten war (vgl. § 157 Ziff. 9 GVG/ZH), ist davon auszugehen, dass sie bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ausser Betracht liess, dass sich die

vom Beklagten eingebrachten Gegenforderungen von total Fr. 1'005'338.– bis auf Fr. 8'516.75 als unbegründet erwiesen.

5. In Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz gemäss Art. 320 lit. a ZPO volle Kognition. Entsprechend dem Grundsatz "iura novit curia" wendet die Beschwerdeinstanz das dem Prozessstoff zugrunde liegende Recht – ebenso wie die Vorinstanz – von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Uneinheitlich präsentiert sich der Meinungsstand zur Kognition der Beschwerdeinstanz in jenen Fällen, in denen die als verletzt gerügte Rechtsnorm dem Gericht ein Ermessen einräumt, wie dies insbesondere auch für die Vorschriften betreffend Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zutrifft. Ein Teil der Doktrin geht davon aus, die Rechtsmittelinstanz habe gestützt auf Art. 320 lit. a ZPO (auch) eine uneingeschränkte Angemessenheitskontrolle vorzunehmen und nötigenfalls ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Erstinstanz zu setzen. Demgegenüber vertreten andere Autoren die Auffassung, dass diesfalls nur gerügt werden könne, es liege eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung, d.h. Ermessensmissbrauch, Ermessensüber- oder -unterschreitung vor, und dass blosser Unangemessenheit den Beschwerdegrund der unrichtigen Rechtsanwendung nicht erfülle. Die vom Bundesgericht implizit gebilligte (vgl. BGer 5A\_265/2012 vom 30.5.2012 E. 4.3.2) zürcherische Praxis geht im Sinne einer vermittelnden Betrachtungsweise zwar von einer umfassenden Kognition auch bezüglich Angemessenheit aus; dennoch greift die Beschwerdeinstanz nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl überlegten und vertretbaren Ermessensentscheid der ersten Instanz ein (vgl. zum Ganzen mit den entsprechenden Hinweisen, PC140048 Entscheid des Obergerichts Zürich vom 15. Januar 2015, Erw. 2.b).

6.1. Der Beklagte hat fünfzehn Gegenforderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 1'005'338.– zur Verrechnung gebracht. Die Erhebung dieser Gegenforderungen hat zu einer erheblichen Ausweitung des Verfahrens, insbesondere auch des Beweisverfahrens, geführt. Es ist ein Mehraufwand für das Gericht und die Parteien entstanden. So hatte die Klägerin zu sämtlichen von der Gegenpartei in der Klageantwort (Urk. 13 S. 96ff. und 129ff.), der Duplik (Urk. 50 S. 173ff.) und der Noveneingabe vom 22. Dezember 2003 (Urk. 87 S. 2ff.) erhobenen Forde-

rungen Stellung zu nehmen (Urk. 42 S. 71ff.; Urk. 65 S. 37ff.; Urk. 145). Am 21. Dezember 2005 erging bezüglich der Gegenforderungen, für welche dem Beklagten der Hauptbeweis oblag, ein (weiterer) Beweisaufgabebeschluss (Urk. 128), welcher die entsprechenden Schriften der Parteien (Beweisanretung) nach sich zog (Urk. 137; Urk. 139). Das Gericht hatte einen Beweisabnahmebeschluss zu erlassen (Urk. 147). Es war mit Bezug auf die Gegenforderungen ein sehr umfangreiches und aufwendiges Gutachten zu erstellen (Urk. 128; Urk. 156). Am 6. November 2009 fand eine mündliche Ergänzung des Gutachtens statt (Prot. Vi S. 73ff.). Am 19. Januar 2010 erging eine Substanziierungsverfügung, welche teilweise, wenn auch in untergeordnetem Mass, die Gegenforderungen betraf (Urk. 285). Es folgten die entsprechenden Eingaben der Parteien (Urk. 294; Urk. 296). Hernach nahm die Gegenseite jeweils dazu Stellung (Urk. 305; Urk. 307). Am 12. Januar 2011 erliess das Gericht einen weiteren Beweisaufgabebeschluss, welcher jedoch nur in wenigen Punkten (Beweissätze 1 bis 4, 68 und 74) die Gegenforderungen des Beklagten betraf (Urk. 310). Nach Erstattung der Beweisanretungsschriften (Urk. 313; Urk. 315) erfolgte ein neuerlicher Beweisabnahmebeschluss (Urk. 319). Es wurde ein weiteres Gutachten eingeholt. Dieses betraf hingegen die Hauptforderungen. Das Gutachten wurde am 6. Februar 2012 erstattet (Urk. 382). Zwischenzeitlich waren die weiteren Beweise, insbesondere auch die Einvernahme zahlreicher Zeugen sowie die persönliche Befragung des Beklagten, abgenommen worden (Prot. Vi S. 168ff.; Urk. 359 bis 374; Urk. 377 bis 379). Die Parteien hatten zum gesamten Beweisergebnis, damit auch zu den zahlreichen im Zusammenhang mit den Gegenforderungen abgenommenen Beweisen, Stellung zu nehmen (Urk. 418; Urk. 420). In ihrem Urteil musste die Vorinstanz sämtliche Gegenforderungen abhandeln (Urk. 431 S. 39ff. und S. 227ff.).

6.2. Der zufolge der vom Beklagten zur Verrechnung gebrachten Forderungen angefallene Mehraufwand führte zu Mehrkosten. So waren beispielsweise von den Parteien zusätzliche und umfangreichere Schriften zu verfassen. Entsprechend fielen höhere Anwaltskosten an. Das Gericht hatte sich mit zahlreichen und umfangreicheren Schriften auseinanderzusetzen. Es war ein weitreichenderes Beweisverfahren durchzuführen. Die Vorinstanz hat denn auch die Ge-

richtsgebühr aufgrund des angefallenen Aufwandes auf das Doppelte erhöht (Urk. 431 S. 281, Erw. 13.1.1). Die Einbringung der Forderungen durch den Beklagten zwecks Verrechnung hatte somit zweifelsohne kostenmässige Auswirkungen.

6.3. Erweisen sich die verrechnungsweise eingebrachten Forderungen nach - wie vorliegend - umfangreichem Schriftenwechsel und Beweisverfahren als (gross-)mehrheitlich nicht ausgewiesen, soll dies bei der Verteilung der Kosten sowie der Regelung der Entschädigungsfolgen nicht ausser Acht gelassen werden (so im Ergebnis auch ZR 74 [1975] Nr. 32 sowie die Kommentierung zu Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO; vgl. hierzu Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N. 19). Die Tatsache allein, dass die Forderungen nicht widerklageweise eingebracht wurden, so dass vom Gericht nicht zwingend sämtliche Forderungen zu behandeln waren, rechtfertigt nicht, dass die effektiv vorgenommene Prüfung sämtlicher Forderungen bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen unberücksichtigt bleibt. Die nicht widerklageweise Einbringung der Forderungen hat für den Beklagten bereits den Vorteil, dass für die Festsetzung der Höhe der Gerichtsgebühr sowie einer allfälligen Parteientschädigung auf einen tieferen Streitwert abzustellen ist. Etwas anderes lässt sich auch aus § 18 ZPO/ZH nicht herleiten (Urk. 436 S. 47), welcher sich auf die sachliche Zuständigkeit bezieht. Vorliegend würde die Nichtberücksichtigung des fast vollständigen Unterliegens des Beklagten mit Bezug auf die eingebrachten Gegenforderungen insbesondere betreffend der Tragung der angefallenen Gutachterkosten zu einem Ergebnis führen, welches nicht mehr angemessen erscheint.

So beliefen sich die Gutachterkosten gesamthaft auf Fr. 146'907.25 (Urk. 431 S. 283). Ein erstes Gutachten wurde für Fr. 125'951.60 erstellt (Prot. Vi S. 71). Es behandelte sechs Fragen: längere Benutzung öffentlicher Grund (Urk. 219), Isolation Garagen- und Schwimmbaddach (Urk. 220), Armierung Luftschutzraum (Urk. 221), mangelhafte Grundwasserabdichtung (Urk. 222), Senkung Tonplatten (Urk. 223) und Überschwemmung Untergeschoss (Urk. 224). Der Hauptbeweis für die den Fragen zugrunde liegenden Tatsachen oblag dem Beklagten (Urk. 128 S. 3ff.; Urk. 147). Die für die Erstellung des Gutachtens zur Frage der Senkung der Tonplatten angefallenen Kosten von Fr. 35'266.45 (entspricht 28 %; vgl. Urk.

202c und Urk. 211 S. 2) wurden mit Urteil der Vorinstanz auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 431 S. 284, Dispositivziffer 5, und S. 282, Erw. 13.1.2). Damit resultieren noch Kosten für das Gutachten von total Fr. 90'685.15. Das Gutachten wurde durch die vom Beklagten angehobenen Gegenforderungen verursacht. Zwar hat die Klägerin bezüglich der Fragen betreffend längere Benutzung des öffentlichen Grunds (7 % der Gutachterkosten; Urk. 202c und Urk. 211 S. 2), Isolation Garagen- und Schwimmbaddach (14 %) sowie Überschwemmung Untergeschoss (8 %) ebenfalls ein Gutachten als Gegenbeweismittel angerufen (Urk. 137 S. 4ff., S. 10f. und S. 23). Sodann berief sich die Klägerin, nachdem der Beweisaufgabebeschluss vom 12. Januar 2011 ergangen war (Urk. 310), in ihrer diesbezüglichen Beweisantretungsschrift auf das bereits erstellte Gutachten als Beweismittel für ihr auferlegte Hauptbeweise (Urk. 315 S. 6 und S. 39f.). Dennoch fällt der Hauptanteil der Kosten des ersten Gutachtens auf die Beweisführung des Beklagten. Es sei an dieser Stelle noch darauf hingewiesen, dass für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen vom vorinstanzlichen Urteil und den darin angeführten Erwägungen auszugehen ist. Insoweit der Beklagte mit Bezug auf einzelne Gegenforderungen Kritik an den vorinstanzlichen Erwägungen, insbesondere auch der Beweiswürdigung, übt, ist dies für die Festsetzung der Kosten und Entschädigungsfolgen nicht von Relevanz (Urk. 436 S. 16, S. 20, S. 30 und 32). Das Urteil ist in Rechtskraft erwachsen. Gleiches gilt für den Einwand des Beklagten, die Kosten für das Gutachten bezüglich der Frage der Benutzung des öffentlichen Grundes hätten ebenfalls auf die Staatskasse genommen werden müssen, da der Beweisaufgabebeschluss vom 21. Dezember 2005 in Wiedererwägung gezogen worden sei (Urk. 436 S. 14).

Nach Wiederaufnahme des Beweisverfahrens im Januar 2010 wurde mit Beweisabnahmebeschluss vom 11. Juli 2011 (Urk. 319A) ein weiteres Gutachten abgenommen; dies zu Hauptbeweissätzen der Klägerin (S. 11ff.; vgl. S. 8f., Erw. 6.1). Die Klägerin obsiegte mit ihren Forderungen rund zur Hälfte, während die vom Beklagten erhobenen Gegenforderungen fast vollumfänglich abgewiesen wurden. Es erscheint gestützt auf die vorangehenden Erwägungen nicht als angemessen, wenn die Klägerin von den den Parteien letztendlich auferlegten Gut-

achterkosten von total Fr. 111'640.80 (Fr. 146'907.25 minus Fr. 35'266.45; betrifft erstes Gutachten Senkung Tonplatten) die Hälfte zu tragen hat. Gleich verhält es sich mit der Gerichtsgebühr, welche unter anderem wegen dem zusätzlichen Aufwand für die Gegenforderungen verdoppelt wurde.

6.4. Damit erhellt, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Verteilung der Kosten und Regelung der Entschädigungsfolgen allein gestützt auf das Ob- und Unterliegen der Parteien mit Bezug auf die von der Klägerin angeheben Hauptforderung nicht angemessen ist. Die zur Verrechnung gebrachten Gegenforderungen und deren Ausgang sind bei der Verteilung der Kosten und Regelung der Entschädigungsfolgen mitzubersichtigen. Alsdann hätte die Vorinstanz ihren Entscheid auch begründen müssen (§ 157 GVG/ZH). Die Beschwerde der Klägerin ist gutzuheissen. Die Dispositivziffern 6 und 8 des Urteils der Vorinstanz vom 21. Mai 2014 sind aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Es ist ein neuer Entscheid zu fällen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

7.1. Die Klägerin macht im Hauptstandpunkt geltend, die Gegenforderungen des Beklagten müssten zu ihren Forderungen hinzugerechnet werden, was im erstinstanzlichen Verfahren beurteilte Gesamtforderungen von Fr. 1'329'106.60 ergebe. Unter Berücksichtigung aller dieser beurteilten Forderungen obsiege sie im Umfang von (gerundet) Fr. 1'154'403.70 (Fr. 157'582.40 plus Fr. 996'821.25 [Fr. 1'005'338.– abzüglich Fr. 8'516.75]), also zu 86 %. Der Beklagte obsiege zu 14 %. Die Kosten von Fr. 162'670.30 seien damit im Umfang von Fr. 139'896.45 (86 %) dem Beklagten und im Umfang von Fr. 22'773.84 (14 %) ihr aufzuerlegen (Urk. 430 S. 13). Entsprechend sei der Beklagte im Weiteren ausgehend von der von der Vorinstanz festgesetzten Entschädigung von Fr. 53'000.– unter Verrechnung der gegenseitigen Prozessentschädigen zu verpflichten, ihr eine Prozessentschädigung von Fr. 38'160.– (72 % = 86 % abzüglich 14 %) zu bezahlen. Eventualiter stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, die Gegenforderungen des Beklagten müssten zumindest im Betrag, in welchen sie zur Verrechnung hätten gebracht werden können, d.h. in der Höhe der eingeklagten Forderungen von Fr. 323'768.60, zu ihren Forderungen hinzugerechnet werden, was im erstinstanzlichen Verfahren zu beurteilende Gesamtforderungen von Fr. 647'537.20 ergebe.

Unter Berücksichtigung aller dieser beurteilten Forderungen obsiege sie im Umfang von Fr. 472'834.25 (Fr. 157'582.40 plus Fr. 315'251.85 [Fr. 323'768.60 abzüglich Fr. 8'516.75]), also zu 73 %. Der Beklagte obsiege zu 27 %. Angesichts dessen seien die Kosten von Fr. 162'670.30 im Umfang von Fr. 118'749.31 (73 %) dem Beklagten und im Umfang von Fr. 43'920.98 (27 %) ihr aufzuerlegen. Entsprechend sei der Beklagte zu verpflichten, ihr eine Prozessentschädigung von Fr. 24'380.– (46 % = 73 % abzüglich 27 %) zu bezahlen (Urk. 430 S. 14).

7.2. Wie bereits dargelegt, sind gemäss § 64 Abs. 2 ZPO/ZH die Kosten des Verfahrens in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Obsiegt keine Partei vollumfänglich, sind die Kosten verhältnismässig aufzuerlegen. In Prozessen vermögensrechtlicher Natur bestimmen sich das Mass des Obsiegens oder Unterliegens einer Partei grundsätzlich danach, in welchem streitwertmässigen Umfange diese verglichen zum Gesamtstreitwert mit ihren Anträgen durchgedrungen oder unterlegen ist. Vorliegend beziffert sich der Gesamtstreitwert allein nach den Begehren der Klägerin, da der Beklagte seine Gegenforderungen nur verrechnungsweise, nicht widerklageweise eingebracht hat. Die Rechtsprechung geht nun aber davon aus, dass um das Mass des Obsiegens und Unterliegens einer Partei in einem Prozess mit Widerklage bestimmen zu können, die Summe der Streitwerte der Begehren, hinsichtlich deren die Partei obsiegt hat oder unterlegen ist, in Relation zur Summe der Streitwerte von Haupt- und Widerklage zu setzen ist. Dies gilt auch für den Fall, dass sich Haupt- und Widerklage gegenseitig ausschliessen (ZR 84 [1985] Nr. 62). Dies führt dazu, dass, wenn bei erhobener Widerklage die Kosten nach der Grundregel von § 64 Abs. 2 ZPO/ZH aufzuerlegen sind, die Streitwerte von Haupt- und Widerklage zusammenzuzählen sind. Hernach ist das Obsiegen und Unterliegen jeder Partei in Relation zu diesem Gesamtstreitwert zu setzen. Die Klägerin überträgt nun mit ihrem Hauptantrag diese Rechtsprechung (auch) auf den Fall, dass die Gegenforderungen nicht widerklageweise, sondern nur verrechnungsweise eingebracht werden. Dieses Vorgehen kann nicht als Grundregel angewendet werden, da bei der bloss verrechnungsweisen Einbringung nicht zwingend sämtliche Gegenforderungen zu prüfen sind. Die Gegenforderungen müssen nur bis zur Höhe der zugesprochenen Hauptfor-

derung geprüft werden. Dies bedeutet hingegen nicht, dass, wenn wie vorliegend ein Entscheid nach Recht und Billigkeit zu Fällen ist, als ein Kriterium nicht auch berücksichtigt werden darf, wie hoch der Streitwert der effektiv zu prüfenden Gegenforderungen war und in welchem Umfang die Forderungen gutgeheissen wurden (vgl. S. 6f. Erw. 3). Hierzu kann die im Rahmen der Verteilung der Kosten bei erhobener Widerklage entwickelte Methode herangezogen werden. Mit der Klägerin ist davon auszugehen, dass diesfalls der Beklagte zu 86 % unterliegt. Hingegen sind für den zu fällenden Ermessensentscheid weitere Kriterien zu berücksichtigen. So beinhaltet die Verfügung vom 19. Januar 2010 überwiegend Substanziierungshinweise an die Klägerin (Urk. 285 S. 3ff.). Der weitere Verfahrensverlauf führte zu erheblichen Weiterungen (Urk. 294; Urk. 307). Bezeichnenderweise beinhaltet der Beweisaufgabebeschluss vom 12. Januar 2011 grossmehrheitlich Beweissätze, bei welchen der Klägerin der Hauptbeweis oblag. Die sich aus zahlreichen Teilforderungen zusammensetzende Hauptforderung der Klägerin musste im Urteil im Verhältnis zu den Gegenforderungen denn auch sehr umfangreich abgehandelt werden (Urk. 431 S. 13ff. bis rund S. 200). Sodann unterliegt die Klägerin mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 1 (definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts) zu rund der Hälfte (Urk. 431 S. 2 und S. 279ff.). Weiter ist zu beachten, dass der Anspruch des Beklagten betreffend *Falschmontieren des Gerüstes - unterlassene Umstellung* grundsätzlich gutgeheissen wurde. Hingegen kam das Gutachten zum Schluss, die in diesem Zusammenhang geltend gemachten Mehrkosten von Fr. 10'276.70 seien die Folge von ungeeigneten und teuren provisorischen Wasserabdichtungen. Die provisorische Abdichtung hätte mit einer provisorischen Fugenabdichtung vorgenommen werden können, was Kosten von Fr. 1'000.– verursacht hätte. In diesem Umfang hiess die Vorinstanz die Forderung des Beklagten gut (Urk. 431 S. 242f., Erw. 9.8.4.3.ff.). Gleich verhält es sich mit der geltend gemachten Forderung betreffend *Luftschutzraum*. Diesbezüglich sprach die Vorinstanz dem Beklagten gestützt auf das Gutachten jedoch lediglich einen Anspruch aus Minderung von Fr. 7'000.– (anstatt der geltend gemachten Fr. 20'000.–) zu, weil der Gutachter die Sanierungskosten mit diesem Betrag bezifferte (Urk. 431 S. 259, Erw. 9.11.15.6). Betreffend *Wasserinfiltration mangelhafte Schwimmbadabdichtung* bejahte die Vorinstanz sodann ge-

stützt auf das Gutachten zwar einen Mangel, welcher der Klägerin anzurechnen sei (Ur. 341 S. 265f., Erw. 9.16.2), kam im Weiteren jedoch zum Schluss, der Beklagte habe sich nicht substantiiert zum Minderwert geäußert. Sodann habe der Beklagte nicht dargelegt, wann er die Mängel im Zusammenhang mit der Schwimmbadabdichtung gerügt und diesbezüglich Nachbesserung verlangt habe, weshalb die Vorinstanz einen Anspruch im Ergebnis verneinte (Urk. 431 S. 267f., Erw. 9.16.4.1f.). Auch wenn diese Forderungen abgewiesen respektive in weit geringerem Umfang als geltend gemacht gutgeheissen wurden, waren die diesbezüglich für die Erstellung des Gutachtens aufgewendeten Kosten nicht unnötig, offenbarte doch gerade dieses die durch die Klägerin verursachten Mängel.

7.3. Zusammenfassend erscheint es aufgrund der vorangehenden Erwägungen angemessen, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gestützt auf die §§ 64 Abs. 2 und 3 ZPO/ZH zu drei Viertel (damit 75 %) dem Beklagten und zu einem Viertel (25 %) der Klägerin aufzuerlegen. Entsprechend hat der Beklagte der Klägerin eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten "vollen Prozessentschädigung" von Fr. 53'000.– (Urk. 431 S. 281) blieb - wie bereits ausgeführt - unangefochten. Damit hat der Beklagte der Klägerin eine auf Fr. 26'500.– reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

8. Die Klägerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe es versäumt, im Urteilsdispositiv festzuhalten, dass die ihr auferlegten Kosten mit den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen von total Fr. 48'440.– abzurechnen seien (Urk. 430 S. 7 und 13f.). Mit dem Beklagten ist festzuhalten (Urk. 436 S. 8), dass unter der Ägide der ZPO/ZH die Verrechnung der einer Partei auferlegten Kosten mit den von dieser Partei geleisteten Kostenvorschüssen nicht explizit im Urteil festzuhalten war, denn dies ist eine Frage der Justizverwaltung. Die Kasse des Obergerichts wird daher bezüglich beider Parteien die Verrechnung der von ihnen geleisteten Vorschüsse mit den ihnen auferlegten Kosten von Amtes wegen vornehmen.

9. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien sowie Begehren der Klägerin braucht nicht mehr eingegangen zu werden.

### III.

1. Die Klägerin verlangt mit ihren Begehren, es seien die ihr von der Vorinstanz auferlegten Kosten von total Fr. 81'335.15 (Urk. 431 S. 283f., Dispositivziffern 4 bis 6) um Fr. 58'561.31 auf Fr. 22'773.84 zu reduzieren (Urk. 430 S. 2, Hauptantrag 1.a.). Weiter sei ihr eine Prozessentschädigung von Fr. 38'160.– zuzusprechen (Urk. 430 S. 3, Hauptantrag 2.a.). Der Streitwert beträgt somit Fr. 96'721.31.

2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 12 Abs. 1 und 2 der GebV OG auf (gerundet) Fr. 5'800.– festzusetzen. Die Klägerin obsiegt mit rund 70 % (Fr. 67'167.57 [Fr. 40'667.57 Reduktion Kosten plus Fr. 26'500.– Prozessentschädigung]). Damit sind die Kosten zu sieben Zehntel dem Beklagten und zu drei Zehntel der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Kosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'620.– verrechnet. Der Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin den geleisteten Vorschuss im Betrag von Fr. 4'060.– zu ersetzen.

3. Sodann hat der Beklagte der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine auf zwei Fünftel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf die §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'600.– festzusetzen. Für die von der Klägerin eingereichte Replik (Urk. 441) ist kein Zuschlag geschuldet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV, notwendige Eingaben). Damit hat der Beklagte der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'440.– zu bezahlen.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositivziffern 6 und 8 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 21. Mai 2014 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
  - "6. Die übrigen Kosten werden der Klägerin zu einem Viertel und dem Beklagten zu drei Viertel auferlegt.
  8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 26'500.– zu bezahlen."

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'800.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin zu drei Zehntel und dem Beklagten zu sieben Zehntel auferlegt. Die Kosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss (Fr. 8'620.–) verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 4'060.– zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'440.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Fr. 96'721.31. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 12. März 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:  
mc