

Urteilkopf

145 III 153

20. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. B. gegen A. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_479/2018 vom 26. Februar 2019

Regeste (de):

Art. 104 ff. und 313 ZPO; Anschlussberufung, Kostenverteilung.

Fällt eine Anschlussberufung infolge des Rückzuges der Berufung dahin, hat grundsätzlich der Hauptberufungskläger dem Anschlussberufungskläger die diesem in Zusammenhang mit der Anschlussberufung entstandenen Kosten zu ersetzen. Wenn mit der Anschlussberufung eigenständige Anträge gestellt wurden, kann sich eine Abweichung von diesem Grundsatz rechtfertigen, worüber das Gericht nach Ermessen entscheidet (E. 3).

Regeste (fr):

Art. 104 ss et 313 CPC; appel joint, répartition des frais.

Lorsqu'un appel joint devient caduc à la suite du retrait de l'appel principal, l'appelant principal doit en principe verser à la partie adverse une indemnité appropriée pour les frais que lui a occasionnés l'appel joint. Lorsque l'auteur de l'appel joint prend des conclusions indépendantes, il peut se justifier de s'écarter de ce principe, ce dont le tribunal décide selon sa libre appréciation (consid. 3).

Regesto (it):

Art. 104 segg. e 313 CPC; appello incidentale, ripartizione delle spese.

Se un appello incidentale decade in seguito al ritiro dell'appello principale, l'appellante principale deve in linea di principio rifondere all'appellante incidentale le spese sorte con l'appello incidentale. Se con quest'ultimo sono state formulate delle conclusioni indipendenti, può giustificarsi una deroga al predetto principio che il tribunale decide secondo equità (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 154

BGE 145 III 153 S. 154

A. Die A. AG (Unternehmerin, Klägerin, Beschwerdegegnerin) ist die Rechtsnachfolgerin der C. AG, die sich mit "Totalunternehmer-Vertrag" vom 31. Oktober 2005 gegenüber der B. (Bestellerin, Beklagte, Beschwerdeführerin) verpflichtete, den Neubau des Sportstadions D. zum Pauschalpreis von rund 98 Mio. Franken (inkl. MwSt) zu erstellen. Aus Nachträgen 1 bis 15 zum Werkvertrag ergab sich ein zusätzlicher Werklohn von rund 6 Mio. Franken.

B. Die Parteien erzielten über die Schlussabrechnung keine Einigung, weshalb die Unternehmerin am 3. Juni 2010 beim Bezirksgericht Zürich Klage gegen die Bestellerin einreichte, mit der sie rund 23 Mio. Franken zusätzlichen Werklohn forderte. Mit Urteil vom 25. September 2015 hiess das Bezirksgericht Zürich die Klage teilweise gut. Die dagegen von der Klägerin erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 12. September 2016 ab, soweit es darauf eintrat, und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Dabei holte es keine Berufungsantwort ein. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Beklagten gegen dieses Urteil gut und hob das angefochtene Urteil des Obergerichts auf mit der Begründung, der Beklagten hätte Frist für die Berufungsantwort angesetzt und Gelegenheit gegeben werden müssen, Anschlussberufung zu erheben (Urteil 4A_595/2016 vom 14. März 2017, auszugsweise publ. in: BGE 143 III 153).

C. Nach Wiederaufnahme des Verfahrens reichte die Beklagte eine Berufungsantwort ein und erhob Anschlussberufung, die sie begründete. Mit Schreiben vom 25. Juni 2018 an das Obergericht des

Kantons Zürich zog die Klägerin ihre Berufung zurück. Mit Beschluss vom 9. Juli 2018 schrieb das Obergericht des Kantons Zürich das Verfahren ab. In dieser Entscheidung wurde die Klägerin verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 35'000.- zzgl. MwSt zu bezahlen. Dabei sprach das Gericht der Beklagten eine reduzierte Entschädigung für ihre Berufungsantwort zu, entschädigte jedoch den Aufwand für ihre Anschlussberufung nicht zusätzlich. Es hielt dafür, nach dem Mechanismus der Anschlussberufung trage der Anschlussberufungskläger das Risiko des Dahinfallens bei Rückzug der Berufung.

D. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte, es sei ihr in teilweiser Aufhebung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich für das Verfahren vor Obergericht eine Parteientschädigung von Fr. 157'914.15 zzgl. MwSt zuzusprechen, eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
BGE 145 III 153 S. 155

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut. Es hebt Ziffer 4 des angefochtenen Beschlusses auf und weist die Sache zu neuer Entscheidung über die Parteientschädigung an die Vorinstanz zurück. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin rügt, es verletze die Grundsätze der Kostenverlegung gemäss Art. 106 ff. ZPO, ihr die Parteientschädigung für die Anschlussberufung zu verweigern.

3.1 Die Anschlussberufung ist für den Fall gedacht, dass sich eine Partei grundsätzlich mit dem erstinstanzlichen Entscheid abfindet, auch wenn sie mit ihren Begehren nicht durchgedrungen ist; die verzichtende Partei soll jedoch auf ihren Entschluss, diesen Entscheid nicht anzufechten, nicht nur zurückkommen können, um die Gegenpartei zum Rückzug des Rechtsmittels zu bewegen, sondern auch, wenn sich wegen der Berufung der Gegenpartei die Gründe für ihren Verzicht nicht verwirklichen, weil namentlich die erwartete Zeitersparnis oder die erwartete Befriedung nicht eintreten (vgl. BGE 143 III 153 E. 4.3; BGE 138 III 788 E. 4.4). Die Anschlussberufung hat keine selbstständige Wirkung, sondern ist vom Schicksal der Berufung abhängig. Nach Art. 313 Abs. 2 ZPO fällt die Anschlussberufung dahin, wenn auf die Berufung nicht eingetreten wird oder wenn sie zurückgezogen wird (vgl. dazu BGE 138 III 788 E. 4). Wer daher auf die Einreichung einer selbständigen Berufung verzichtet, nimmt - wie die Vorinstanz zutreffend festhält - das Risiko in Kauf, dass die Anschlussberufung unter Umständen nicht beurteilt wird.

3.2 Das Risiko des Dahinfallens der Anschlussberufung bei Rückzug der Beschwerde führt jedoch entgegen der Vorinstanz nicht ohne Weiteres dazu, dass damit die Anschlussberufungsklägerin auch das Kostenrisiko des Dahinfallens trägt.

3.2.1 Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten (d.h. Gerichtskosten und Parteientschädigung; Art. 95 Abs. 1 ZPO) der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend, bei Klageanerkennung die beklagte Partei. Art. 107 ZPO sieht für verschiedene typisierte Fälle vor, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann. Unnötige Prozesskosten hat gemäss Art. 108 ZPO zu bezahlen, wer sie verursacht hat.

BGE 145 III 153 S. 156

3.2.2 Die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten beurteilt sich auch im Rechtsmittelverfahren nach den Art. 104 ff. ZPO. Da dies insbesondere auch für die Verteilungsgrundsätze von Art. 106 ZPO gilt, werden die Prozesskosten des Berufungsverfahrens grundsätzlich nach dem Unterliegerprinzip verteilt (TAPPY, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2018, N. 23 zu Art. 106 ZPO; JENNY, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 106 ZPO; SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz. 1562). Grundsätzlich werden die Prozesskosten des Berufungsverfahrens der zweitinstanzlich unterliegenden Partei auferlegt, selbst wenn diese im erstinstanzlichen Verfahren obsiegt hat, was sich insbesondere auch angesichts der Eigenständigkeit des Berufungsverfahrens rechtfertigt (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.2; BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Welche Partei unterlegen ist und damit die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, beurteilt sich nach Massgabe der Rechtsmittelanträge (vgl. Urteil 4A_146/2011 vom 12. Mai 2011 E. 7.3). Auch wenn Art. 106 Abs. 1 ZPO nur vom "Klagerückzug" spricht, gilt im Rechtsmittelverfahren die rechtsmittelführende Partei als unterliegend, wenn sie die Berufung zurückzieht (SEILER, a.a.O., Rz.

1562).

3.2.3 Das Bundesgericht hat - wie die Beschwerdeführerin zutreffend darlegt - unter dem früheren Organisationsgesetz vom 16. Dezember 1943 (OG [BS 3531]) für das Verfahren vor Bundesgericht entschieden, dass der Berufungskläger die Kosten tragen müsse, die sich aus dem Dahinfallen der Anschlussberufung ergeben, wenn auf die Berufung nicht eingetreten oder diese zurückgezogen werde (BGE 122 III 495 E. 4, vgl. aber Urteil 5P.58/2004 vom 26. Februar 2004 E. 2.1 für ein kantonales Verfahren vor dem Inkrafttreten der ZPO). In der Lehre zur ZPO wird entsprechend fast einhellig die Ansicht vertreten, beim Dahinfallen der Anschlussberufung im Sinne von Art. 313 Abs. 2 ZPO seien die Kosten dem Berufungskläger aufzuerlegen (TAPPY, a.a.O., N. 23 zu Art. 106 ZPO; CHIOCCETTI, in: *Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC]*, Trezzini und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2017, N. 49 zu Art. 313 ZPO; RÜEGG/RÜEGG, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl. 2017, N. 7 zu Art. 106 ZPO; SPÜHLER, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl. 2017, N. 3 zu Art. 313 ZPO, HUNGERBÜHLER/BUCHER, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 16 zu Art. 313 [ZPO]; REETZ/HILBER, in: BGE 145 III 153 S. 157

Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 59 zu Art. 313 ZPO; a.M. FISCHER, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 14 zu Art. 106 ZPO, wonach die Anschlussberufung für die Streitwertberechnung nicht zu berücksichtigen sei). Bemerkenswerterweise wird diese Ansicht im Übrigen auch von dem einzigen Autor vertreten, der von der Vorinstanz zur Stützung ihres Standpunktes zitiert wird (SEILER, a.a.O., Rz. 1573).

3.3

3.3.1 Wenn der Berufungskläger seine Berufung zurückzieht, gilt er im Berufungsverfahren als unterliegende Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Nach dem Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Ausgang des Verfahrens hat er diesfalls grundsätzlich alle zweitinstanzlichen Prozesskosten zu tragen. Dazu gehören auch die Kosten, die dem Berufungsbeklagten in Zusammenhang mit einer allfälligen Anschlussberufung entstanden sind, besteht doch keine gesetzliche Grundlage für eine abweichende Behandlung des für die Anschlussberufung geleisteten Aufwandes. Diese Kosten wurden auch grundsätzlich vom Hauptberufungskläger provoziert, wäre doch die Anschlussberufung ohne Einreichung der Berufung gar nicht erhoben worden. Ob es sich dabei um unnötige Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO handelt, die dem Hauptberufungskläger als deren Verursacher auferlegt werden sollen, wie dies in der Lehre teilweise vertreten wird (vgl. CHIOCCETTI, a.a.O., N. 49 zu Art. 313 ZPO; REETZ/ HILBER, a.a.O., N. 59 zu Art. 313 ZPO; SEILER, a.a.O., Rz. 1573), kann offenbleiben. Der im Zivilprozess geltende Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip beruht ebenfalls auf dem Gedanken, dass die Prozesskosten von deren Verursacher zu tragen sind. Dabei wird vermutet, dass die unterliegende Partei die Kosten verursacht hat (BGE 119 Ia 1 E. 6 mit Hinweisen). Folglich ist beim Rückzug der Berufung der Aufwand für eine allfällige Anschlussberufung gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Hauptberufungskläger aufzuerlegen.

3.3.2 Wenn ein Rechtsmittel zurückgezogen wird, ist das entsprechende Rechtsmittelverfahren in sinngemässer Anwendung von Art. 242 ZPO abzuschreiben (KILLIAS, in: *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bd. II, 2012, N. 2 zu Art. 242 ZPO). Wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben und sieht das Gesetz nichts anderes vor, kann das Gericht gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO die Prozesskosten - in Abweichung der Verteilungsgrundsätze von Art. 106 ZPO - nach Ermessen verteilen.

BGE 145 III 153 S. 158

Eine derartige abweichende Verteilung lässt sich bezüglich des für die Anschlussberufung entstandenen Aufwandes gegebenenfalls rechtfertigen. Wie dargelegt ist die Auferlegung dieser Kosten an den Hauptberufungskläger als Verursacher grundsätzlich sachgerecht. Andererseits ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass die Anschlussberufung nicht auf den Gegenstand der Berufung beschränkt ist (BGE 141 III 302 E. 2.2; BGE 138 III 788 E. 4.4). Mit ihr können folglich eigenständige Anträge gestellt werden, die regelmässig zu einer Erweiterung des Streitgegenstandes führen. Es kann unter Umständen - namentlich bei teilweise offensichtlich unbegründeten Begehren - unbillig erscheinen, die gesamten Kosten des gegenstandslos gewordenen Anschlussberufungsverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Fällt die Anschlussberufung infolge des Rückzuges der Berufung dahin, kann das Gericht folglich die Prozesskosten gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO ermessensweise verteilen. Ob eine Abweichung vom Grundsatz der

Kostenverteilung nach dem Verfahrensausgang hinsichtlich der in Zusammenhang mit der Anschlussberufung stehenden Kosten sich rechtfertigt, beurteilt sich in erster Linie nach den Anträgen des Anschlussberufungsklägers. Dabei ist zu beachten, dass das Gericht im Anwendungsbereich von Art. 107 ZPO nicht nur über Ermessen darüber verfügt, wie es die Kosten verteilen will, sondern zunächst und insbesondere bei der Frage, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will (BGE 139 III 358 E. 3). Ob eine vom Unterliegerprinzip abweichende Verteilung der Kosten der Anschlussberufung im konkreten Fall angebracht ist, beurteilt die Berufungsinstanz daher nach ihrem Ermessen.

3.3.3 Vorliegend hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Entschädigung für ihre Anschlussberufung mit dem Argument verweigert, der Anschlussberufungskläger habe das Risiko des Dahinfallens der Anschlussberufung zu tragen. Falle diese infolge des Rückzuges der Berufung dahin, werde der dafür geleistete Aufwand obsolet, so dass auch keine Entschädigung zuzusprechen sei. Die Vorinstanz hat im Rahmen der Verteilung der Prozesskosten somit keinen Ermessensentscheid getroffen, der eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach Recht und Billigkeit erfordert (Art. 4 ZGB; BGE 136 III 278 E. 2.2 mit Hinweisen), sondern den Ersatz des für die Anschlussberufung geleisteten Aufwandes gestützt auf allgemeine Erwägungen zu diesem Institut generell ausgeschlossen. Damit hat sie Art. 106 Abs. 1 ZPO verletzt, ist doch der Aufwand für die BGE 145 III 153 S. 159

Anschlussberufung grundsätzlich der im Berufungsverfahren unterliegenden Partei aufzuerlegen.

3.4 Nach dem Gesagten hat, wenn die Anschlussberufung infolge des Rückzuges der Berufung dahinfällt, grundsätzlich der Hauptberufungskläger dem Anschlussberufungskläger die diesem in Zusammenhang mit der Anschlussberufung entstandenen Kosten angemessen zu ersetzen. Von diesem Grundsatz kann nur abgewichen werden, wenn die Umstände des Einzelfalls eine davon abweichende Kostenverteilung rechtfertigen, was sich in erster Linie nach den Anträgen der Anschlussberufung beurteilt. Dabei handelt es sich um einen Ermessensentscheid, der vom Gericht nach Recht und Billigkeit im Sinne von Art. 4 ZGB zu treffen ist. Indem die Vorinstanz gestützt auf allgemeine Überlegungen der Beschwerdeführerin keine Entschädigung für die von ihr im kantonalen Verfahren erhobene Anschlussberufung zusprach, verletzte sie Bundesrecht. Folglich ist der angefochtene Kostenentscheid in Bezug auf das gegenstandslos gewordene Anschlussberufungsverfahren aufzuheben.