

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

4A 479/2018

Urteil vom 26. Februar 2019

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Klett, Hohl, Niquille, May Canellas,  
Gerichtsschreiber Curchod.

Verfahrensbeteiligte

B.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Reetz und Rechtsanwältin Nadine Zanetti,  
Beschwerdeführerin,

gegen

A.\_\_\_\_\_, AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Walter Fellmann,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Parteientschädigung,

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 9. Juli 2018 (LB170016-O/U).

Sachverhalt:

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.

B.a. 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. Die Beklagte stellte ihrerseits Forderungen zur Verrechnung.

B.b. Mit Urteil vom 25. September 2015 verpflichtete das Bezirksgericht Zürich die Beklagte, der Klägerin Fr. 339'921.65 zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 45'192.– ab 17. Januar 2009 und auf Fr. 294'729.65 ab 13. August 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Der von der Beklagten eventuell zur Verrechnung gestellte Betrag in Höhe von Fr. 2'127'331.30 wurde nur teilweise berücksichtigt.

B.c. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die Berufung der Klägerin 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 publiziert in BGE 143 III 153).

C.

C.a. 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.

C.b. Mit Beschluss vom 9. Juli 2018 schrieb das Obergericht des Kantons Zürich das Verfahren ab (Dispositiv-Ziffer 1). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr legte das Gericht auf Fr. 160'000.– fest und auferlegte die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren der Klägerin (Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Die Klägerin wurde verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 35'000.– zuzüglich 7 % MWSt zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 4).

Bei der Festsetzung der Parteientschädigung berücksichtigte das Gericht, dass bereits ein Urteil zugunsten der Beklagten vorlag, weshalb sich der Zeitaufwand in Grenzen halten musste, was gemäss § 4 Abs. 2 der Verordnung [des Kantons Zürich] vom 8. September 2010 über die Anwaltsgebühren (AnwGebV ZH; LS 215.3) zu einer Reduktion der streitwertabhängigen Entschädigung um einen Drittel führte. Ausserdem reduzierte das Gericht die Entschädigung weiter nach § 13 Abs. 2 AnwGebV ZH auf einen Drittel. Den Aufwand der Beklagten für die Anschlussberufung entschädigte das Gericht 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, Ziffer 4 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2018 sei aufzuheben und es sei ihr zu Lasten der Beschwerdegegnerin für das Verfahren vor Obergericht eine Parteientschädigung von Fr. 157'914.15 zzgl. MwSt von 7.7 % zuzusprechen, eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie rügt, die Vorinstanz habe Art. 106 ff. ZPO in Verbindung mit Art. 313 Abs. 2 lit. c ZPO verletzt, indem sie ihr für die Anschlussberufung keine Parteientschädigung zugesprochen habe und sie habe § 4 Abs. 2 und § 13 Abs. 2 AnwGebV willkürlich angewendet. Schliesslich rügt sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil die Begründungspflicht missachtet worden sei.

Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Antwort, die Beschwerde sei abzuweisen, eventuell sei die Sache zu neuem Entscheid nach summarischer Prüfung des mutmasslichen Prozessausgangs hinsichtlich der Anschlussberufung zurückzuweisen.

Die Parteien haben repliziert und dupliziert.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde in der vorliegenden Zivilsache (Art. 72 BGG) richtet sich gegen den Entscheid über die Parteientschädigung in einem Rechtsmittelentscheid eines oberen kantonalen Gerichts (Art. 75 BGG), das ein Berufungsverfahren wegen Rückzugs der Berufung abgeschlossen (Art. 242 ZPO in Verbindung mit Art. 219 ZPO) und damit das Verfahren beendet (Art. 90 BGG) hat. Vor Obergericht war zunächst nicht nur die Parteientschädigung streitig (vgl. dazu BGE 144 III 164 E. 1), sondern bei Einreichung der Berufung noch eine Forderung der Beschwerdegegnerin über mehr als 20 Mio. Franken. Es kann hier offen bleiben, ob mit dem Rückzug des kantonalen Rechtsmittels der Streit um diesen Betrag entfiel, so dass diese nicht mehr "streitig geblieben waren" (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG) und die Parteientschädigung nicht mehr als Nebenrecht geltend

gemacht wird (Art. 51 Abs. 2 BGG). Der erforderliche Streitwert (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) ist jedenfalls erreicht, nachdem die Beschwerdeführerin einen Anspruch von Fr. 157'914.15.– (nebst MWSt) geltend macht, während Fr. 35'000.– (nebst MWSt) zugesprochen wurden. Die Beschwerdeführerin hat den Betrag der Parteientschädigung nicht erhalten, der ihr ihrer Ansicht nach zusteht (Art. 76 BGG) und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 in Verbindung mit Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG). Die Beschwerde ist zulässig.

2.

Die Vorinstanz hat die der Beschwerdeführerin nach dem Streitwert zustehende Parteientschädigung für die Berufungsantwort gestützt auf § 4 Abs. 2 und § 13 Abs. 2 AnwGebV ZH gekürzt. Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe dabei diese Normen willkürlich angewandt und ihr mangels hinreichender Begründung das rechtliche Gehör verweigert.

2.1. § 4 Abs. 2 und § 13 Abs. 2 AnwGebV ZH lauten wie folgt:

”Ist die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders hoch oder tief, kann die Gebühr um bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden.”

”Bei endgültiger Streiterledigung wird die Gebühr auf einen Drittel bis zwei Drittel herabgesetzt.”

2.1.1. Die Vorinstanz hat dargelegt, dass einerseits der Aufwand der Beschwerdeführerin für die Berufungsantwort begrenzt war, nachdem ausnahmsweise schon ein - wenn auch wegen Verletzung von Verfahrensrechten aufgehobenes - ausführlich begründetes Urteil des Obergerichts vorlag und dieses überdies im Rechtsmittelurteil beiläufig als materiell kaum zu beanstanden bezeichnet wurde.

2.1.2. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie auf dieses begründete Urteil angesichts dessen Aufhebung für eine sorgfältige Beantwortung nicht habe abstellen dürfen. Sie hält dafür, ihr Aufwand sei im Gegenteil ausserordentlich hoch gewesen, was sie mit den im Verfahren produzierten Seitenzahlen begründet.

2.1.3. Willkürlich ist nach konstanter Rechtsprechung ein Entscheid, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (vgl. nur BGE 141 I 49 E. 3.4 S. 53, 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen).

2.1.4. Die Vorinstanz hat den Zeitaufwand mit sachlich vertretbarer Begründung und daher ohne Verstoß gegen das Willkürverbot als besonders tief im Sinne von § 4 Abs. 2 AnwGebV ZH betrachten dürfen, nachdem sie sich - wenn auch ohne Einholung der Antwort - mit den Vorbringen in der Berufung einlässlich auseinandergesetzt hatte und die Beschwerdeführerin davon ausgehen durfte, dass das Obergericht ohne gewichtigen Grund von seiner, der Beschwerdeführerin günstigen, Auffassung nicht abweichen werde. Das Gericht hat die Anwendbarkeit von § 4 Abs. 2 AnwGebV ZH willkürfrei bejaht.

2.1.5. Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie gestützt auf die Seitenzahlen der Rechtschriften im kantonalen Verfahren die Ansicht vertritt, der Aufwand sei im Gegenteil hoch gewesen. Auch bei komplexen Fragen können sich die Prozessbeteiligten kurz fassen. Gerade wenn die wirklich entscheidenden Fragen angesprochen und behandelt werden, ist der Aufwand für eine kurze und konzise Rechtschrift grösser, als bei weitschweifiger und redundanter Begründung. Aus dem Umfang der Seitenzahlen ergibt sich für den wirklich erforderlichen Aufwand nichts.

2.1.6. Dass die Vorinstanz die Voraussetzungen der Herabsetzung nach § 13 Abs. 2 AnwGebV ZH willkürlich bejaht hätte, behauptet sodann die Beschwerdeführerin nicht. Wenn sie die Meinung vertritt, es hätte sich wegen definitiver Streiterledigung nur eine geringere Ermässigung auf zwei Drittel statt auf einen Drittel gerechtfertigt, vermag sie damit eine willkürliche Anwendung dieser Bestimmung nicht zu begründen (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

2.1.7. Die Willkürüge ist unbegründet.

2.2. Die Beschwerdeführerin rügt, der angefochtene Entscheid sei nicht hinreichend begründet.

2.2.1. Die aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) fliessende Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen bedeutet, dass kurz die wesentlichen Überlegungen genannt werden müssen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt (BGE 142 III 433 E. 4.3.2 mit Verweisen).

2.2.2. Die Vorinstanz hat dargelegt, dass sie den objektiv erforderlichen Aufwand für die Beantwortung der Berufung als so gering wie nur möglich erachtete, nachdem ausnahmsweise ein vollständig und eingehend begründetes Urteil von ihr selbst vorlag, in dem sie sich mit sämtlichen Rügen der Berufung auseinandersetzte. Sie hat damit nicht nur begründet, weshalb sie die Voraussetzungen für die Anwendung der massgebenden Normen als gegeben erachtete, sondern auch dargelegt, weshalb sie nur das mögliche Minimum zusprach. Die Begründung ermöglichte der Beschwerdeführerin eine sachgerechte Anfechtung des Beschlusses ohne Weiteres.

2.3. Die Vorinstanz hat weder das Willkürverbot missachtet noch der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör verweigert, indem sie die Parteientschädigung für die Berufungsantwort auf das gesetzliche Minimum von Fr. 35'000.– festsetzte.

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, 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.

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, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 106; 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; 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) 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, in: *Commentaire romand, Code de procédure civile*, 2. Aufl. 2018, N. 23 zu Art. 106 ZPO; CHIOCCHETTI, in: *Commentario al Codice di diritto processuale svizzero*, Trezzini et al. [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: *DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl. 2016,

N. 16 zu Art. 313; REETZ/HILBER, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/L [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 59 zu Art. 313; a.M. FISCHER, in: *Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 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. CHIOCCHETTI, 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 offen bleiben. 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 I 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*, 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. Eine derartige abweichende Verteilung lässt sich bezüglich des für die Anschlussberufung entstandenen Auf-

wandes 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; 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. Fülle 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 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.

4.

Die Sache ist zur Neubeurteilung der Kosten des Anschlussberufungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Denn das Bundesgericht prüft zwar Ermessensentscheide als Rechtsfrage frei; es greift aber in derartige Ermessensentscheide der Sachgerichte nur mit der gebotenen Zurückhaltung ein (vgl. BGE 142 III 617 E. 3.2.5; 141 III 97 E. 11.2 mit Hinweisen). Die Vorinstanz wird daher als primär zuständige Instanz darüber entscheiden, in welcher Höhe die Parteientschädigung für die Anschlussberufung festzusetzen ist, nachdem das Anschlussberufungsverfahren durch den Rückzug der Berufung seitens der Beschwerdegegnerin gegenstandslos geworden ist.

5.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit sie die Höhe der Parteientschädigung für die Berufungsantwort zum Gegenstand hat. Sie ist dagegen gutzuheissen, soweit für das Anschlussberufungsverfahren aus generellen Überlegungen jegliche Parteientschädigung verweigert worden ist. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei ihr eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 157'914.15 zuzusprechen. Für ihre Berufungsantwort verlangt die Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 139'960.- statt der ihr im angefochtenen Beschluss

zugesprochenen Entschädigung von Fr. 35'000.–, was einer Differenz von Fr. 104'960.– entspricht. Für die Anschlussberufung beantragt sie eine Entschädigung von Fr. 17'914.15.–. Da die Höhe der ihr für die Anschlussberufung zuzusprechenden Entschädigung von der Vorinstanz festzulegen sein wird (vgl. E. 4), kann das genaue Ausmass des Obsiegens der Beschwerdeführerin naturgemäss noch nicht ermittelt werden. Festzuhalten ist jedoch, dass die Beschwerdeführerin von den insgesamt beantragten Fr. 157'914.15 höchstens im Umfang von Fr. 17'914.15 als obsiegend zu betrachten ist. Die Prozesskosten für das bundesgerichtliche Verfahren sind folglich ermessensweise zu 90 % der Beschwerdeführerin und zu 10 % der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.– sind somit im Betrag von Fr. 4'500.– von der Beschwerdeführerin bzw. Fr. 500.– von der Beschwerdegegnerin zu tragen. Die Parteikosten beider Parteien sind auf der Grundlage einer vollen Entschädigung von Fr. 6'000.– zu kompensieren, so dass die Beschwerdeführerin zu verpflichten ist, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'800.– zu bezahlen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, Ziffer 4 des angefochtenen Beschlusses wird aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung über die Parteientschädigung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.– werden im Umfang von Fr. 4'500.– der Beschwerdeführerin und im Umfang von Fr. 500.– der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das Verfahren vor Bundesgericht mit Fr. 4'800.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. Februar 2019

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Curchod