

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF130032-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 30. Juli 2013

in Sachen

Stadt A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend

vorsorgliche Beweisabnahme / Kostenfolge

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 28. Februar 2013 (ET110006)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Stadt A. _____ (Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin: nachfolgend Gesuchstellerin) schloss als Bauherrin mit der B. _____ (Beschwerdegegnerin und Gesuchsgegnerin: nachfolgend Gesuchsgegnerin) im Juni 2009 einen Werkvertrag für Innenausbauten und Schreinerarbeiten im Hallenbad A. _____ (act. 1 S. 3; act. 3/2). Nach Abschluss der Arbeiten kam es zwischen den Parteien zum Streit. Die Gesuchstellerin war mit den Leistungen der Gesuchsgegnerin nicht einverstanden. Deshalb stehen sich die Parteien seit September 2010 vor dem Bezirksgericht Horgen in einem Forderungsprozess gegenüber (act. 88/1 S. 1 ff.). Nachdem von der Gesuchstellerin im Hallenbad weitere (neue) Mängel festgestellt worden waren, machte sie mit Eingabe vom 24. Mai 2011 am Bezirksgericht Horgen ein Gesuch betreffend vorsorgliche Beweisabnahme mit folgenden Anträgen anhängig (act. 1 S. 2):

- "1. Es sei eine Expertise zu ewigem Gedächtnis anzuordnen und durchzuführen und zwar über die nachfolgenden Expertenfragen:
 - a) Entsprechen die von der Beklagten gelieferten und zum Teil montierten Vollkernwände, Platten und Türen, welche im Durchgang (Fluss) des Hallenbades A. _____ installiert sind, den Regeln der Baukunde?
 - b) Weisen diese Garderobentrennwände, Türen, etc. Mängel auf?
 - c) Sind insbesondere die Türen verzogen - sogenannt geschlüsselt?
 - d) Welches ist die Ursache derartiger Mängel?
 - e) Weisen die durch die Beklagte gelieferten und zum Teil montierten Beschläge Mängel auf? Lassen sich teilweise die Türschlösser nicht mehr betätigen?
 - f) Weisen insbesondere die gelieferten Scharniere und Bänder der Garderoben und Zwischentüren im Hallenbad A. _____ Mängel auf? Welches ist die Ursache, dass diese sich lösen und zum Teil Türen zu Boden fallen?

2. Als Experte wird vorgeschlagen C._____ AG (ehemals ...), ... [Adresse], insbesondere der dort tätige Herr D._____ oder Herr E._____.
3. Die Expertin sei zu ermächtigen, für die Beantwortung der gestellten Fragen allenfalls auch Spezialisten beizuziehen. Sie sei zu ermächtigen, Augenscheine durchzuführen und die Parteien zu befragen.
4. Unter Kostenfolge zulasten der Klägerin soweit nicht Ergänzungsfragen gestellt werden."

Mit Verfügung vom 28. Februar 2013 erklärte das Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme für abgeschlossen. Die angefallenen Gerichtskosten (Entscheidgebühr Fr. 2'000.–; Gutachterkosten Fr. 20'069.60) auferlegte es der Gesuchstellerin und verpflichtete diese zur Leistung einer Prozessentschädigung von Fr. 4'000.– an die Gesuchsgegnerin (act. 76 =act. 78). Dagegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 29. April 2013 Berufung und stellte folgende Anträge (act. 77 S. 2):

- "1. Es sei in Abänderung von Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung die Gerichts- und Gutachterkosten entsprechend dem Aufwand auf die Parteien zu verteilen.
2. Es sei Ziff. 4 der Verfügung aufzuheben und es sei keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Rekursgegners."

1.2 Die Gesuchstellerin führt mit ihren Anträgen eine Kostenbeschwerde im Sinne von Art. 110 ZPO. Die unter dem Titel "Berufung" eingereichte Eingabe vom 29. April 2013 ist daher als Beschwerde entgegenzunehmen und das Rubrum ist entsprechend anzupassen. Der mit Verfügung vom 8. Mai 2013 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– ging fristgerecht bei der Obergerichtskasse ein (act. 81 u. 84). Die Beschwerdeantwort wurde innert angesetzter Frist eingereicht (act. 85; act. 87; act. 89). Die Gesuchsgegnerin beantragt, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (act. 87 S. 2). Die Gesuchstellerin reichte ihrerseits mit Eingabe vom 17. Juni 2013 eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort

ein, welche der Gesuchsgegnerin zugestellt worden ist (act. 90 u. 91). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-74). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Noven und Rechtsbegehren

2.1 Beide Parteien legten beschwerdeweise Beilagen zu den Akten (act. 79/2-24; act. 88/1-4). Ferner offerierte die Gesuchstellerin als Beweismittel die Einholung eines Berichts der C._____ AG über die Erstellung eines Verteilschlüssels für die Gerichtskosten (act. 77 S. 12). Nach Art. 326 Abs. 1 ZPO ist im Beschwerdeverfahren die Einreichung von neuen Beweismitteln ausgeschlossen. Die Einholung eines Berichts der C._____ AG ist daher nicht zulässig. Bis auf die Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 7. und 18. August 2009 (act. 88/ 2 u. 3) befinden sich bereits alle Beilagen in den vorinstanzlichen Akten und sind daher keine Noven. Die genannten Schreiben stellen indes Noven im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO dar und sind im Beschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen.

2.2 Die Beschwerdeschrift ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dass mit der Begründung auch Beschwerdeanträge gestellt werden müssen, geht nicht ohne Weiteres aus dem Gesetz hervor, ergibt sich jedoch aus der Begründungspflicht. Da die Beschwerde auch reformatorische Wirkung haben kann, sollte ein Aufhebungsantrag mit einem Antrag in der Sache verbunden werden (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl., Art. 311 N 34). Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Beschwerde ins Urteil erhoben werden kann. Bei Geldforderungen ist demnach eine Bezifferung des Rechtsbegehrens erforderlich. Fehlen Antrag und/oder Begründung, so ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten. Diese Rechtsfolge steht jedoch unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus. Daraus folgt, dass auf ein Rechtsmittel mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (vgl. BGE 137 III 617 m.H.; OGer ZH PF110013 vom 21. Juni 2011, bestätigt mit BGer

4D_61/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.3, sowie OGer ZH PC110041 vom 7. November 2011).

2.3 Die Gesuchstellerin beantragt die Verteilung der Gerichts- und Gutachterkosten auf die Parteien entsprechend dem Aufwand (vgl. act. 77 S. 2; Antrag 1). In der Begründung konkretisierte sie diesen Antrag folgendermassen (act. 77 S. 12): "Nachdem die Hauptfragen wohl als gemeinsame zu betrachten sind, rechtfertigt es sich vorliegend, die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Hälfte der vorgeschossenen Gutachterkosten zu erstatten". Im Lichte dieser Begründung ist Antrag 1 wie folgt zu verstehen:

"1. Es seien in Abänderung von Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung die Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– und die Kosten für das Gutachten von Fr. 20'069.60, den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen."

2.4 Weiter beantragt die Gesuchstellerin, es sei keine Prozessentschädigung zuzusprechen (act. 77 S. 2; Antrag 2). In der Begründung zu Antrag 2 hält sie dazu einleitend fest, die zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 4'000.– sei völlig unangemessen und diese sei mit Sicherheit auf einen Fünftel bis einen Drittel zu reduzieren. Unter Berücksichtigung der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 137 III 617 m.H) ist die Bezifferung der Gesuchstellerin in der Begründung als Eventualantrag zu Antrag 2 entgegenzunehmen. Allerdings ist die Bezifferung mit einer Bandbreite – hier konkret Fr. 800.– bis Fr. 1'300.– – nicht genügend bestimmt, so dass von einem Eventualantrag in der Höhe vom maximal genannten Betrag, also von Fr. 1'300.– auszugehen ist.

3. Entscheidgebühren und Gutachterkosten

3.1 Die Vorinstanz auferlegte sowohl die Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– als auch die Gutachterkosten von Fr. 20'069.60 – ohne nähere Begründung – der Gesuchstellerin (act. 78 S. 2).

3.2 Die Gesuchstellerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, von den sechs durch die Gesuchstellerin gestellten Fragen seien vier abgeändert und zwei zusätzlich mit Ergänzungen versehen worden. Ausserdem habe die Gesuchsgegner-

rin am 13. Februar 2011 (recte: 2012) recht komplex formulierte und zu beantwortende Fragen gestellt und Erläuterungen des Gutachtens verlangt. Des weiteren habe sie dem Experten in grösserem Ausmasse Unterlagen zur Beurteilung zugestellt. Sie habe sich folglich aktiv am Verfahren beteiligt und Aufwendungen verursacht. Damit sei, zumindest was die Ergänzungsfragen betreffe, eindeutig, dass die Gesuchsgegnerin Widerklage erhoben habe (Verweis auf ZR 112/2013 S. 17). Weiter gibt die Gesuchstellerin an, es sei völlig klar, dass die Abweichungen der formulierten Fragen der Gesuchsgegnerin von den eigenen nicht bedeutend gewesen seien. Letztendlich führe die Abänderung der Fragen jedoch dazu, dass diese wohl als gemeinsame zu betrachten seien und im Gegensatz zur geltenden Lehre und Rechtsprechung im vorliegenden Fall nicht mehr davon ausgegangen werden könne, dass es einseitig die Gesuchstellerin sei, welche das Feld der Expertise durch ihre Fragen abgesteckt habe. Die Vorinstanz hätte – so die Gesuchstellerin weiter – auf diese Situation Rücksicht nehmen müssen und der Gesuchsgegnerin einen angemessenen Teil der Gerichts- und Gutachterkosten gemäss dem zitierten Entscheid auferlegen müssen. Letztendlich sei der Aufwand, den die Ergänzungsfragen verursacht hätten, abzuschätzen (Verweis auf die Einholung eines Berichts des Experten als Beweisofferte). Da die Hauptfragen wohl als gemeinsame zu betrachten seien, rechtfertige es sich, die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (act. 77 S. 6 ff.).

3.3 Die Gesuchsgegnerin moniert zusammengefasst, sie habe keine Widerklage erhoben und keine eigenen Fragen gestellt. Sie habe nur im Rahmen ihres rechtlichen Gehörs einzelne Ergänzungs- und Erläuterungsfragen angebracht. Selbst wenn diese Fragen teilweise als selbständige Fragen zu betrachten gewesen wären, was bestritten werde, seien diese im Rahmen der Kostenaufgabe vernachlässigbar und würden eine Auflage eines Teils der Kosten des Gutachtens und der Gerichtskosten nicht rechtfertigen. Bei der Kostenaufgabe durch die Vorinstanz handle es sich um einen Ermessensentscheid, in welchen nicht ohne Not eingegriffen werden könne. Selbst die Gesuchstellerin räume ein, dass die Abweichungen in den Formulierungen der Fragen unbedeutend gewesen seien. Sie – die Gesuchsgegnerin – habe zu verhindern versucht, dass suggestive Fragen an die Gutachter gestellt und dieser ungebührlich beeinflusst würde. Die Ergänzungsfra-

gen, welche von der Vorinstanz aber nur teilweise zugelassen worden seien, seien im Zusammenhang mit den nachträglich von der Gesuchstellerin installierten Selbstschliessern gestellt worden. Ferner macht die Gesuchsgegnerin unter Hinweis auf BGE 139 III 33 geltend, die Kostenaufgabe der Vorinstanz sei nicht zu beanstanden. Falls die Rechtsmittelinstanz zum Schluss komme, der durch die Gesuchstellerin bestimmte Themenkreis des vorsorglichen Beweisverfahrens sei durch ihre Ergänzungs- und Erläuterungsbegehren überschritten worden, liege dies im Verantwortungsbereich der Vorinstanz und dürfe sich, wenn überhaupt, nur auf eine oder allenfalls zwei zugelassene Ergänzungsfragen beziehen. Eine daraus folgende Kostenfolge hätte aber nur zu geringfügigen und vernachlässigbaren Kosten geführt (act. 87 S. 6 ff.).

3.4 Einleitend ist festzuhalten, dass es im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme immer nur um die Festhaltung oder -stellung von Tatsachen gehen kann. Die Würdigung der (festgehaltenen bzw. festgestellten) Beweise und auch die rechtliche Würdigung der Streitsache hat zu unterbleiben (vgl. dazu ZR 112/2013 S. 17). Auf die diesbezüglichen Vorbringen der Parteien (vgl. act. 77 S. 2 ff.; act. 87 S. 4 ff.) ist daher nicht einzugehen.

Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung trägt bei Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme grundsätzlich die gesuchstellende Partei die Gerichtskosten (vgl. BGE 139 III 33 E. 4; DIKE Komm ZPO-Zürcher, Art. 158 N 24; Online-Stand 21. November 2012; ZK ZPO-Fellmann, 2. Aufl., Art. 158 N 37). Abweichung von dieser Regelung können sich hingegen bei besonderen Umständen ergeben. Beispielsweise, wenn die gegnerische Partei ein Nichteintreten auf das Gesuch oder dessen Abweisung verlangt. Schliesslich auch, falls die vorsorgliche Beweisführung auf Antrag des Gesuchsgegners auf weitere Tatsachen und/oder Beweismittel ausgedehnt wird. Demgegenüber lösen blosse Zusatz- oder Erläuterungsfragen, die Bestandteil der vom Gesuchsteller verlangten Beweisführung bilden, keine Kostenpflicht des Gesuchsgegners aus (vgl. BGE 139 III 33 E. 4 m.H.).

3.5 Die Gesuchsgegnerin opponierte nicht gegen das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Beweisabnahme (vgl. act. 15 S. 2 f.). In ihrer Stellungnahme

vom 21. Juni 2011 beantragte sie jedoch zusätzliche Fragen bzw. die Abänderung der gestellten Fragen (act. 15 S. 2 f., Änderungen kursiv hervorgehoben). Mit Verfügung vom 14. Juli 2011 ordnete die Vorinstanz das Gutachten mit den von der Gesuchsgegnerin ergänzten Fragen an (act. 22). Dieses wurde unter dem Datum des 1. Dezember 2011 erstellt (act. 29). Beide Parteien stellten mit ihren Eingaben vom 14. Februar 2012 (Datum Eingang) weitere Ergänzungs- bzw. Erläuterungsfragen (act. 41 u. 43). Mit Verfügung vom 8. Mai 2012 liess die Vorinstanz die Fragen teilweise zu und ordnete eine Ergänzung des Gutachtens an (act. 45). Mit Verfügung vom 11. Juli 2012 liess die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch hin der Gesuchstellerin auch die abgelehnten Ergänzungsfragen zu (act. 49; act. 51; act. 52). Unter dem Datum des 6. November 2012 wurde das Gutachten zu den Ergänzungs- und Erläuterungsfragen erbracht (act. 57). Die Gesuchstellerin verzichtete auf weitere Ergänzungsfragen (act. 70). Die Gesuchsgegnerin stellte mit Eingabe vom 21. Januar 2013 weitere Ergänzungs- und Erläuterungsbegehren (act. 71), welche mit der angefochtenen Verfügung vom 28. Februar 2013 nicht zugelassen worden sind (act. 78).

Die Gesuchstellerin räumt selber ein, dass sich die von der Gesuchsgegnerin umformulierten Fragen nicht sehr von den eigenen unterschieden hätten (act. 77 S. 7) und auch klar sei, dass die Abweichungen nicht bedeutend gewesen seien (act. 77 S. 11). Weshalb die Gesuchstellerin dennoch zum Schluss kommt, die Gesuchsgegnerin habe mit ihren Fragen Widerklage erhoben, ist nicht nachvollziehbar. Aus dem zitierten ZR-Entscheid 112/2013 S. 17 kann sie jedenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im dortigen Verfahren legte die Gesuchsgegnerin einen eigenen Fragekatalog ins Recht, welcher offensichtlich nicht nur Erläuterungs- oder Zusatzfragen beinhaltete (vgl. ZR 112/2013 S. 17 u. 18). Demgegenüber bezogen sich die umformulierten bzw. ergänzenden Fragen der Gesuchsgegnerin auf dieselben Themenkreise bez. Tatsachen, nämlich die Installationen im Hallenbad (Beschaffenheit der Trennwände und Beschläge, vgl. act. 15 S. 2 f.; act. 43 S. 2 f.). Indem die Ergänzungs- bzw. Zusatzfragen der Gesuchsgegnerin nicht als Stellung eines eigenen Begehrens qualifiziert werden können, entfällt eine Kostentragungspflicht der Gesuchsgegnerin. Der Umstand alleine, dass die Prüfung von Erläuterungs- und Zusatzfragen für das Einzelgericht einen Mehr-

aufwand bedeutet hat, rechtfertigt noch keine Kostentragungspflicht durch die Gesuchsgegnerin (vgl. dazu BGE 139 III 33 E. 4.3).

Im Sinne dieser Erwägungen ist Antrag 1 der Gesuchstellerin abzuweisen.

4. Prozessentschädigung

4.1 Die Vorinstanz verpflichtete die Gesuchstellerin zur Zahlung einer Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin von Fr. 4'000.– (act. 78 S. 3).

4.2 Die Gesuchstellerin beantragt, es sei keine Prozessentschädigung zuzusprechen (act. 77 S. 2). Ohnehin sei aber der zugesprochene Betrag völlig unangemessen und verletze eindeutig § 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010. Bei einem Streitwert von Fr. 20'000.– bis Fr. 30'000.– entspreche Fr. 4'000.– einer vollen Prozessentschädigung. Vorliegend sei jedoch keine einzige vollendete Rechtsschrift verfasst worden, sodass die Gebühr mit Sicherheit auf einen Fünftel bis einen Drittel reduziert werden müsse (act. 77 S. 13).

Die Gesuchsgegnerin bringt dagegen vor, nach Rechtsprechung und herrschender Lehre sei ihr im vorsorglichen Beweisverfahren eine Parteientschädigung zuzusprechen (Verweis auf BGE 139 III 33 E. 4; BK ZPO-Brönnimann, Art. 158 N 26 m.w.H.; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 5). Die Höhe der zugesprochenen Prozessentschädigung liege im Rahmen des Ermessens der Vorinstanz (act. 87 S. 10 f.).

4.3 Ob in Verfahren der (vorprozessualen) vorsorglichen Beweisführung der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung zugesprochen werden muss, ist in der Lehre umstritten (vgl. ZK ZPO-Fellmann, 2. Aufl., Art. 158 N 40; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 5, BK ZPO-Brönnimann, Art. 158 N 26 m.w.H; a.M. DIKE Komm. ZPO-Zürcher, Art. 158 N 24, Online-Stand 21. November 2012).

Nach Meinung von Fellmann hat der Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Hauptprozesses Anspruch auf eine Prozessentschädigung, da er sich unter Umständen gegen seinen Willen auf ein Verfahren einlassen müsse, dessen finanzielle Konsequenzen er – anders als im

Hauptverfahren z.B. durch Anerkennung der Klage – durch keinerlei Massnahmen abwenden könne (a.a.O., Art. 158 N 40 m.w.H.). Dagegen bringt die Gesuchstellerin vor, die Gesuchsgegnerin sei vor Einleitung des vorliegenden Verfahrens aufgefordert worden, die gerügten Mängel zu beheben und es sei auch eine Expertise angedroht worden. Die Gesuchsgegnerin hätte daher ohne weiteres die Möglichkeit gehabt, das vorliegende Verfahren zu verhindern. Hinzukomme, dass sie noch zu Beginn des vorliegenden Verfahrens jegliche Mängelhaftung von sich gewiesen habe und letztendlich massive Mängel festgestellt worden seien (act. 77 S. 13 f.). Die Argumentation der Gesuchstellerin geht fehl. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Beweisführung sind gesetzlich geregelt (vgl. Art. 158 ZPO). Sind diese erfüllt, hat die Gesuchstellerin einen rechtlichen Anspruch auf deren Anordnung, und das Gesuch ist gutzuheissen. Wie bereits erwähnt, hat dabei die rechtliche Würdigung der festgestellten Tatsachen zu unterbleiben. Hingegen ist von Belang, dass die Gesuchsgegnerin auch bei der Anerkennung des Gesuchs das Verfahren nicht abwenden kann und ihr so oder anders Aufwendungen entstehen. Richtigerweise ist ihr deshalb unter dem Vorbehalt der Rückerstattung im Hauptprozess eine Prozessentschädigung zuzusprechen. Die Lösung ist auch sachgerecht, wenn man bedenkt, dass die Gesuchstellerin nicht verpflichtet ist, einen Hauptsachenprozess anzustrengen. Entscheidet sich die Gesuchstellerin gegen einen Forderungsprozess im ordentlichen Verfahren und wurde der Gesuchsgegnerin keine Prozessentschädigung zugesprochen, müsste Letztere diesbezüglich einen Prozess anstreben, was nicht angehen kann. Im Lichte dieser Erwägungen sprach die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin richtigerweise – unter dem Vorbehalt der definitiven Verlegung – eine Prozessentschädigung zu.

4.4 Wie bereits erwähnt, verlangt die Gesuchstellerin in ihrer Begründung eine Herabsetzung der Parteientschädigung (act. 77 S. 12 f.).

Nach deren § 1 regelt die Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) die von den Justizbehörden festzusetzenden Vergütungen für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte insbesondere vor den Zivil- und Strafgerichten. Die Vergütung setzt sich nach § 1 Abs. 2 AnwGebV aus der

Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen. Grundlage für die Festsetzung der Gebühr bilden im Zivilprozess der Streit- bzw. Interessenwert, die Verantwortung der Anwältin oder des Anwalts sowie die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). In vermögensrechtlichen Streitigkeiten berechnet sich die Grundgebühr nach § 4 Abs. 1 GebV OG. Ist die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung besonders hoch oder tief, kann die Gebühr bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Im summarischen Verfahren wird die ermittelte Grundgebühr in der Regel auf zwei Drittel bis einen Fünftel ermässigt (§ 9 AnwGebV). Die derart ermittelte Grundgebühr ist mit der Erarbeitung der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient. Für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr nach § 11 Abs. 1 AnwGebV oder ein Pauschalzuschlag berechnet, wobei die Summe der Einzelzuschläge bzw. der Pauschalzuschläge in der Regel höchstens die Gebühr nach Abs. 1 betragen darf (§ 11 Abs. 1 bis 3 AnwGebV).

4.5 Die Gesuchstellerin schätzte vor Vorinstanz den Streitwert auf Fr. 20'000.– bis Fr. 30'000.– (act. 14). Die Gesuchsgegnerin liess sich dazu nicht vernehmen. In der Beschwerdeantwort gab sie an, der von der Gesuchstellerin angegebene Streitwert sei offensichtlich unrichtig, was für die Vorinstanz gerichtsnotorisch sei. Bereits aus der Widerklage der Gesuchstellerin vom 1. Dezember 2010 am Bezirksgericht Horgen sei zu entnehmen, dass sie nicht nur die Klageforderung in der Höhe von Fr. 118'560.– zurückweise, sondern auch noch Widerklage im Betrag von Fr. 47'506.– erhebe. Der Werklohn gemäss Werkvertrag belaufe sich auf Fr. 132'560.–. Anlässlich der Referentenaudienz bei der Vorinstanz habe die Gesuchstellerin zudem nicht nur zum Erstaunen der Gesuchsgegnerin vorgebracht, dass sich die Kosten der gesamten Mängelbehebung durchaus auf Fr. 300'000.– bis Fr. 400'000.– belaufen könnten (act. 87 S. 8).

Die Gesuchstellerin bezifferte die voraussichtlich entstehenden Reparaturkosten für die Behebung der Mängel (act. 14 S. 2). Gemäss Gesuchsbegründung der Gesuchstellerin vom 24. Mai 2011 (act. 1 S. 4) sind die festzustellenden Mängel nicht Gegenstand des bereits am Bezirksgericht Horgen rechtshängigen Forderungsprozesses (Prozess-Nr. CG100047). Offenbar wurden aber im bereits

rechtshängigen Verfahren die festzustellenden Mängel auch thematisiert (vgl. act. 77 S. 4). Auch wenn der Streit zwischen den Parteien gesamthaft betrachtet sowohl die Mängelbehebungskosten als auch die Erfüllung bzw. Nichterfüllung des Werkvertrags beinhaltet, betrifft die vorsorgliche Beweiserhebung nicht den gesamten Streit und es rechtfertigt sich daher, von einem Streitwert von Fr. 30'000.– auszugehen. Zwar geht aus der angefochtenen Verfügung vom 28. Februar 2013 nicht hervor, welchen Streitwert die Vorinstanz angenommen hat (vgl. act. 78), mit Blick auf die festgesetzte Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– ist sie mutmasslich auch von Fr. 30'000.– ausgegangen.

Bei einem Streitwert von Fr. 30'000.– beträgt die volle Grundgebühr Fr. 5'000.– bzw. die gekürzte Fr. 1'000.– bis Fr. 3'333.– (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 AnwGebV OG). Die Gesuchsgegnerin verfasste die Gesuchsantwort, welche 10 Seiten lang ist (act. 15). Damit ist die Grundgebühr verdient. Ferner liegen die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zum Gutachten und zum Ergänzungsgutachten im Recht (act. 43 u. 71). Folglich wären grundsätzlich zwei Einzelzuschläge zu gewähren. Weshalb die Gesuchstellerin behauptet, es sei keine vollendete Rechtsschrift verfasst worden, sodass die Gebühr mit Sicherheit auf einen Fünftel bis einen Drittel reduziert werden müsse (vgl. act. 77 S.13), ist nicht nachvollziehbar. Wird mit einer reduzierten Grundgebühr von Fr. 2'000.– und mit zwei Einzelzuschlägen von je Fr. 1'000.– gerechnet, ergibt dies die von der Vorinstanz zugesprochenen Fr. 4'000.–. Mit Blick auf die Verantwortung und den notwendigen Zeitaufwand des Rechtsvertreters sowie die Schwierigkeit des Falls, erscheint dieser Betrag angemessen.

Antrag 2 der Gesuchstellerin ist abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist beim Streitwert der Beschwerde von rund Fr. 13'700.– auf Fr. 1'800.– festzusetzen (vgl. act. 81). Die Parteientschädigung beträgt Fr. 1'800.– (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 1'800.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Obergerichtskasse sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.
5. 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. 13'700.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: