

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF160022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

## Urteil vom 29. April 2016

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

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

gegen

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

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend  
**vorsorgliche Beweisführung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 18. Februar 2016 (ET150001)

## **Erwägungen:**

### **I.**

Die Parteien sind Eigentümer von Wohnungen (bzw. Terrassen-Einfamilienhäusern) in einer Terrassenüberbauung in C.\_\_\_\_\_. Ihre Wohnungen befinden sich auf verselbständigten Grundstücken. Jene des Gesuchstellers liegt (teilweise) direkt unter der Wohnung des Gesuchsgegners (act. 1 S. 5 Rz. 7 ff., act. 2/2–3, 2/6, 2/8). Der Gesuchsteller beanstandet die von der über ihm gelegenen Wohnung ausgehenden Innenlärm- und Trittschallimmissionen (act. 1 S. 8 Rz. 21 f.). Im Hinblick auf eine allfällige Klage gegen den Gesuchsgegner – namentlich gestützt auf den nachbarrechtlichen Anspruch gemäss Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB (act. 1 S. 13 Rz. 45 ff.) – machte er mit Eingabe an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen vom 7. Januar 2015 ein Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung anhängig. Nachdem ein Gutachten vom 14. August 2015 (act. 37) und zwei Ergänzungen vom 12. November 2015 (act. 50) und 20. Dezember 2015 (act. 63) vorlagen, schrieb das Einzelgericht das Verfahren mit Verfügung vom 18. Februar 2016 ab (act. 77). Gegen diesen Entscheid, primär gegen die Regelung der Nebenfolgen, richtet sich die vom Gesuchsgegner mit Eingabe vom 2. März 2016 rechtzeitig erhobene Berufung ("eventuell Beschwerde") (act. 78; vgl. act. 75/1).

### **II.**

#### **1.**

Mit seinem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung vom 7. Januar 2015 hatte der Gesuchsteller verlangt, es seien folgende Fragen durch einen gerichtlich bestellten Gutachter zu beantworten (act. 1 S. 2 f.):

#### **Frage 1**

- 1a Erfüllt der gesamte bestehende Fussboden in der Wohnung des Gesuchsgegners (...) die massgebenden Regeln der Baukunde (namentlich die Mindestanforderungen an den Schallschutz – insbesondere Innenlärm- und Trittschallschutz –
- (i) gemäss der SIA-Norm 181:1988 sowie
  - (ii) gemäss der SIA-Norm 181:2006)?

- 1b Wenn nein: Inwiefern genau weicht der betreffende Fussboden von den massgebenden Regeln der Baukunde ab? [...]

**Frage 2**

- 2 Falls die Frage 1a mit nein beantwortet werden muss:  
Welches sind die Ursachen für die ungenügende Lärmschutzdämmung des betreffenden Fussbodens oder der betreffenden Fussbodenteile in der Wohnung des Gesuchsgegners (...)?

**Frage 3**

- 3a Falls die Frage 1a mit nein beantwortet werden muss:  
Wurden im Rahmen der an der Wohnung des Gesuchsgegners (...) durch die Eheleute D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ im Jahre 2003/2004 vorgenommenen Sanierungsarbeiten die Fussböden oder bestimmte Fussbodenteile derart verändert, dass sie die Anforderungen gemäss Frage 1a nicht mehr erfüllen?
- 3b Falls die Frage 1a mit nein beantwortet werden muss:  
Wurden im Rahmen der an der Wohnung des Gesuchsgegners (...) durch den Gesuchsgegner vorgenommenen Sanierungsarbeiten die Fussböden oder bestimmte Fussbodenteile derart verändert, dass sie die Anforderungen gemäss Frage 1a nicht mehr erfüllen?

**Frage 4**

- 4a Falls die Frage 1a mit nein beantwortet werden muss:  
Welche konkreten baulichen Massnahmen sind zu ergreifen, damit der als von den Regeln der Baukunde abweichend befundene betreffende Fussboden resp. die entsprechenden Fussbodenteile in der Wohnung des Gesuchsgegners (...) in einen Zustand versetzt werden kann resp. können, der den Mindestanforderungen an den Schallschutz (insbesondere Innenlärm- und Trittschallschutz) (i) nach der SIA-Norm 181:1988 sowie (ii) nach der SIA-Norm 181:2006 entspricht?
- 4b Wie hoch schätzt der Gutachter (+/-25%) die Kosten für die Umsetzung dieser baulichen Massnahmen gemäss Frage 4a?

**2.**

**2.1. Der Gesuchsgegner nahm mit Gesuchsantwort vom 16. Februar 2015 zum Gesuch Stellung. Er beantragte insbesondere (act. 13 S. 1 f.):**

Die Expertise sei vorerst auf die Frage zu beschränken, ob die in der Wohnung des Gesuchstellers gemessenen Trittschallimmissionen wesentlich höher sind als die in einer Referenzwohnung (Ursprungszustand gemäss Baujahr 1968) gemessenen.

Dementsprechend seien in einem ersten Schritt vorerst lediglich Frage 4b des Gesuchs (Kosten der gewünschten Sanierung, inklusive Nebenkosten – im Hinblick auf die Bestimmung des Streitwertes) sowie die folgenden Fragen an den Experten zu stellen:

- a. Wie hoch ist der Trittschall in der Wohnung des Gesuchstellers?
- b. Wie hoch ist der Trittschall in einer Wohnung, die sich unterhalb einer noch im Ursprungszustand (Baujahr 1968) befindlichen Wohnung (z.B. Wohnung F. \_\_\_\_\_, [...]) befindet ("Referenzwohnung")?
- c. Entsprachen die 1968 gebauten Wohnungen den damals geltenden technischen Anforderungen an den Trittschall?
- d. Ist die Lärmbelastung in der Wohnung des Gesuchstellers wesentlich höher als jene in der Referenzwohnung?

Er machte geltend, ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO bestehe nur in Bezug auf potentiell rechtsrelevante Tatsachen. Die Frage des Gesuchstellers, ob die heutigen technischen Anforderungen an die Schalldämmung erfüllt seien, sei von vornherein irrelevant. Das Gutachten sei zunächst auf die in seinem Antrag formulierten Fragen zu beschränken. Ergebe sich, dass die Immissionswerte in der Wohnung des Gesuchstellers die Referenzwerte nicht überstiegen, erübrigten sich Untersuchungen zu möglichen Verbesserungsmassnahmen und deren Kosten (act. 13 S. 3–5).

**2.2.** Der Gesuchsteller liess sich dazu am 19. März 2015 vernehmen. Sein Antrag lautete (act. 19):

1. Die Anträge des Gesuchsgegners seien als eigenständiges Gesuch (Widergesuch) zu betrachten (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 % auf der Prozessentschädigung zu Lasten des Gesuchsgegners) und es sei das Gesuch des Gesuchsgegners wegen Unzulässigkeit (bzw. Nichterfüllen der Voraussetzungen gemäss Art. 158 ZPO) vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
2. Eventualiter: Sollten die Anträge des Gesuchsgegners nicht als eigenständiges Gesuch angesehen werden, seien sie vollumfänglich abzuweisen.
3. Subeventualiter: Es sei i.S. des Antrags 1 lit. b des Gesuchsgegners nicht die Wohnung von Herrn F. \_\_\_\_\_ als ursprüngliche Wohnung zu bezeichnen, sondern die Wohnung des Gesuchstellers, in welcher noch alle Originalbodenbeläge intakt vorhanden sind.

(...)

Er machte im Wesentlichen geltend, der Gesuchsgegner wolle die Trittschallimmissionen in der Wohnung des Gesuchstellers mit jenen in einer Referenzwohnung verglichen haben, die unter einer im Ursprungszustand befindlichen Wohnung liege. Er hingegen beantrage die Prüfung der aktuellen Immissionen in seiner Wohnung und einen Vergleich derselben mit den Anforderungen der einschlägigen (geltenden) SIA-Normen. Der Antrag des Gesuchsgegners – inkl. Fragen gemäss lit. b–d – stelle ein neues, eigenständiges Gesuch um vorsorgliche Beweisführung, d.h. ein sog. Widergesuch, dar. Es handle sich nicht um blosser Ergänzungsfragen zum Gesuch des Gesuchstellers um vorsorgliche Beweisfüh-

zung. Die Frage lit. a des Gesuchsgegners sei unwesentlich und trage nichts Neues zum Gesuch des Gesuchstellers bei (act. 19 S. 4 Rz. 4, S. 9 Rz. 19).

**2.3.** Das Einzelgericht erwog, dem Gesuchsgegner stehe das Recht zu, zum Umfang der beantragten Beweisführung angehört zu werden und Zusatz- und Ergänzungsfragen zu stellen. Die von ihm aufgeworfenen Fragen gingen weiter als blosser Ergänzungsfragen und würden den vom Gesuchsteller vorgegebenen Prozessgegenstand sprengen. Sie seien deshalb als eigenständiges Widergesuch zu behandeln. Das Gericht auferlegte dem Gesuchsgegner deshalb mit Verfügung vom 25. März 2015 – wie zuvor dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 14. Januar 2015 (act. 3) – gestützt auf Art. 98 ZPO einen Kostenvorschuss von Fr. 1'575.– (act. 20).

**2.4.** Der Gesuchsgegner leistete den Kostenvorschuss nicht, zog seinen Antrag auf Beantwortung der Fragen gemäss Gesuchsantwort vom 16. Februar 2015 mit Eingabe vom 7. April 2015 zurück und beantragte gleichzeitig explizit die Abweisung des gegnerischen Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung (act. 22 S. 3 und 7). Er widersprach der vorinstanzlichen Qualifikation seiner Fragen als Widergesuch und vertrat den Standpunkt, dass mit dem Wegfall der von ihm eingebrachten Thematik die Voraussetzungen für eine Beweisabnahme entfielen. Ein unter Ausklammerung dieser Thematik erstelltes Gutachten sei rechtlich unnützlich.

### **3.**

Mit Verfügung vom 11. Juni 2015 bestellte das Einzelgericht einen Gutachter (act. 32; vgl. act. 33A). Das Gutachten wurde unter dem 14. August 2015 erstattet (act. 37). Mit Verfügung vom 29. September 2015 liess die Vorinstanz die Erläuterungs- und Ergänzungsfragen der Parteien (jene des Gesuchsgegners teilweise) zu (act. 40, 42 und 43). Die Ergänzung des Gutachtens erfolgte unter dem 12. November 2015 (act. 50). Eine weitere Ergänzung – auf Antrag des Gesuchsgegners (vgl. act. 55 f.) – erfolgte unter dem 20. Dezember 2015 (act. 63).

### **4.**

Mit Verfügung vom 18. Februar 2016 schrieb das Einzelgericht das Verfahren ab (act. 77):

1. Das Verfahren wird als erledigt abgeschrieben.
2. Die Entscheidungsgebühr wird festgesetzt auf:  
CHF 6'680.—; die weiteren Kosten betragen:  
CHF 9'974.90 Kosten der vorsorglichen Beweisführung  
**CHF 16'654.90 Total.**
3. Die Entscheidungsgebühr wird dem Gesuchsteller zu drei Vierteln und dem Gesuchsgegner zu einem Viertel auferlegt.  
  
Die Kosten der vorsorglichen Beweisführung im Betrag von CHF 9'974.90 werden dem Gesuchsgegner auferlegt.  
  
Die vom Gesuchsteller zu tragenden Kosten werden – soweit ausreichend – mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'575.– verrechnet.  
  
Vorbehalten bleibt eine Neuverteilung der Kosten dieses Verfahrens durch das Gericht in einem allfälligen Hauptverfahren.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 4'000.– (8 % MWSt. in diesem Betrag eingeschlossen) zu bezahlen.  
  
Eine Rückerstattung derselben bei Unterliegen in einem allfälligen Hauptverfahren bleibt vorbehalten.

Das Einzelgericht erwog, dass die Gerichtskosten bei der vorsorglichen Beweisführung, wenn sie vor Einleitung eines Hauptprozesses erfolge, nicht im Sinne von Art. 106 ZPO nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt werden könnten, weil das Gericht nicht über materiellrechtliche Ansprüche entscheide und nicht von obsiegender und unterliegender Partei gesprochen werden könne. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung habe gestützt auf die Ausnahmenvorschrift von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO die gesuchstellende Partei die Gerichts- und Beweiskosten zu tragen, zumal die vorsorgliche Beweisführung in ihrem Interesse liege. Entsprechend habe die gesuchsgegnerische Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung (act. 77 Erw. III/1).

Im konkreten Fall kam das Einzelgericht in den Erwägungen zum Schluss, dass die Gutachterkosten ausschliesslich vom *Gesuchsteller* zu tragen seien, weil der Gesuchsgegner keine solchen Kosten verursacht habe (act. 77 Erw. III/2.1). Bezüglich des zurückgezogenen Widergesuchs werde der Gesuchsgegner in sinnvoller Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO (als unterliegende Partei) kosten- und entschädigungspflichtig (act. 77 Erw. III/2.3). Im Übrigen rechtfertige es sich, für Haupt- und Widergesuch je von einem Streitwert von mindestens Fr. 52'000.– auszugehen. Der Auffassung des Gesuchstellers, dass die Parteientschädigung

gen für beide Parteien gleich hoch ausfallen würden (act. 62 Rz. 8 ff.), könne nicht uneingeschränkt beigepflichtet werden. Neben dem Streitwert seien bei der Bestimmung der Gerichtskosten resp. der Parteientschädigung weitere Kriterien zu berücksichtigen wie der Zeitaufwand des Gerichts bzw. Anwalts und die Komplexität des Falles. Gesamthaft betrachtet rechtfertigt es sich, die verbleibenden Prozesskosten zu drei Vierteln dem Hauptgesuch und zu einem Viertel dem Widergesuch zuzuordnen. Die dem Gesuchsgegner zustehende Parteientschädigung sei (vor Reduktion) mit Fr. 8'000.– (inkl. MWST) zu veranschlagen (act. 77 Erw. III/2.3.3–2.3.4).

## 5.

Mit seiner Berufung beantragt der Gesuchsgegner (act. 78):

1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben,
  - soweit der Gesuchsgegner und Rechtsmittelkläger darin als "Widergesuchsteller" behandelt und seine am 16. Februar 2015 gestellten und am 7. April 2015 wieder zurückgezogenen Ergänzungsfragen als "Widergesuch" qualifiziert wurden.
  - soweit der Gesuchsgegner und Rechtsmittelkläger darin mit Gutachterkosten und Gerichtsgebühren belastet wurde (Dispositiv-Ziffer 3).
  - soweit darin die grundsätzlich auf CHF 8'000.00 festgesetzte vom Gesuchsteller an den Gesuchsgegner und Rechtsmittelkläger zu bezahlende Prozessentschädigung reduziert wurde (Dispositiv-Ziffer 4).
2. Eventuell sei auf das Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme in Aufhebung der angefochtenen Verfügung nicht einzutreten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers.
3. Die Gerichtskosten seien dem Gesuchsteller und Rechtsmittelbeklagten aufzuerlegen. Der Gesuchsteller und Rechtsmittelbeklagte sei ausserdem zu verpflichten, den Gesuchsgegner und Rechtsmittelkläger für das vorliegende Rechtsmittelverfahren angemessen zu entschädigen.

## 6.

Der Gesuchsteller beantragt, die Berufung insoweit gutzuheissen, als dem Gesuchsgegner Gutachterkosten auferlegt worden seien. Im Übrigen sei die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (act. 82 S. 2).

**7.**

Die erstinstanzlichen Akten wurden nach dem Eingang des Rechtsmittels beigezogen (act. 1–75).

**III.**

Der Gesuchsgegner beantragt mit seinem Rechtsmittel zunächst, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, soweit er als Widergesuchsteller behandelt werde (act. 78 S. 2, 3/4). Soweit er damit auf anderes abzielt als auf die in der Folge beantragte Änderung der vorinstanzlichen Kostenregelung (act. 78 S. 3/4), ist nicht darauf einzutreten. Dem Gesuchsgegner fehlt das erforderliche Rechtsschutzinteresse (vgl. BK ZPO-Sterchi, vor Art. 308 N 25 ff.).

**IV.**

Dem Rechtsmittelantrag, die Gutachterkosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen, schliesst sich dieser an (act. 82 S. 2 und S. 4 Rz. 9). Dem Antrag ist zu folgen. Die beantragte Kostenaufgabe steht in Einklang mit den klaren Erwägungen der Vorinstanz (act. 77 Erw. III/2.1). Das abweichende Dispositiv der Vorinstanz beruht auf einem offensichtlichen Versehen.

**V.**

Zu prüfen bleibt die Auflage der übrigen Prozesskosten (Entscheidgebühren, Parteientschädigung).

**1.**

Die vorinstanzliche Regelung der Nebenfolgen beruht auf der Erwägung, dass die Fragen des Gesuchsgegners in seiner Gesuchsantwort den vom Gesuchsteller vorgegebenen Prozessgegenstand sprengten und weiter gingen als blosser Ergänzungsfragen. Sie seien deshalb als eigenständiges Widergesuch zu behandeln, wofür der Gesuchsgegner kostenpflichtig werde (act. 77 Erw. III/2.2–2.3 i.V.m. act. 20 S. 3 oben; Wortbildung in Analogie zum Begriff der Widerklage).

**2.**

Der Gesuchsgegner wendet ein, dass das Gericht Fragen, die den durch den Gesuchsteller abgesteckten Rahmen sprengten, aus dem Recht zu weisen habe. Eine das Beweisthema erweiternde Ergänzungsfrage, die zur Kostenpflicht des Gesuchsgegners führen könnte, könne von vornherein nur bei Fragen angenommen werden, die der Gesuchsgegner im eigenen Interesse stelle. Eine Kostenpflicht des Gesuchsgegners falle nur in Betracht, wenn er an im eigenen Interesse gestellten selbständigen Beweisanträgen, die vom Gericht als den Rahmen zulässiger Ergänzungsfragen sprengend qualifiziert worden seien, festhalte (act. 78 S. 8/9). Auch eine *Widerklage* dürfe nur angenommen werden, wenn ein Beklagter einen eigenen Anspruch nicht nur geltend mache, sondern explizit erkläre, dass er ihn selbständig erhebe, mit dem Antrag auf gerichtliche Beurteilung unabhängig vom Schicksal des Hauptanspruchs (act. 78 S. 10). Kein unvoreingenommener Leser seiner Anträge komme auf die Idee, darin ein Widergesuch zu sehen. Die vorinstanzliche, ohne vorgängige Anhörung erfolgte Interpretation seiner Gesuchsantwort sei haltlos (act. 78 S. 10/11). Seine Ergänzungsfragen hätten sich zudem innerhalb des vom Gesuchsteller aufgeworfenen Streitgegenstandes und Beweisthemas bewegt. Für die Beurteilung des vom Gesuchsteller geltend gemachten Anspruchs aus Art. 679 ZGB seien nicht die SIA-Norm 181, sondern die Werte des Erstellungsjahres massgebend. Er habe seine Fragen nicht im eigenen Interesse, sondern im Sinne der Kooperation gestellt (act. 78 S. 5/6, 13 ff.).

**3.**

Der Gesuchsteller hält dem Gesuchsgegner zusammengefasst entgegen, dass er mit seinen "Ergänzungsfragen" den Prozessgegenstand unzulässig erweitert habe, weshalb seine Fragen völlig zu Recht als Widergesuch qualifiziert worden seien. Da dadurch sowohl dem Gericht als auch dem Gesuchsteller ein erheblicher Aufwand entstanden sei, müsse dies bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen beachtet werden. Die vorinstanzliche Kostenverteilung erscheine als angemessen (act. 82 S. 12 Rz. 36).

**4.**

Auf das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung sind grundsätzlich die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen anzuwenden (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Der Gesuchsgegner ist gemäss Art. 253 in Verbindung mit Art. 248 lit. d ZPO anzuhören. Er kann die Voraussetzungen einer vorsorglichen Beweisführung bestreiten und allenfalls Beweiseinreden erheben (ZK ZPO-Fellmann, 3. A., Art. 158 N 26, m.H.). Er kann sodann durch eigene Fragen oder durch Zusatz- und Ergänzungsfragen den eigenen Standpunkt in das Verfahren einbringen, wobei das Gericht dafür zu sorgen hat, dass der durch das Gesuch definierte Prozessgegenstand gewahrt bleibt und nicht durch Ergänzungsfragen erweitert wird (BGE 140 III 16 Erw. 2.2.3, 140 III 24 Erw. 3.3.4).

Die Kosten des Verfahrens und eines allfälligen Gutachtens hat der Gesuchsteller zu tragen. Blosser Zusatz- oder Erläuterungsfragen, die Bestandteil der vom Gesuchsteller verlangten Beweisführung bilden, lösen keine Kostenpflicht des Gesuchsgegners aus (BGE 140 III 24 Erw. 3.3.4 mit Hinweis auf BGE 139 III 33 Erw. 4).

Nur wenn die vorsorgliche Beweisführung auf Antrag des Gesuchsgegners auf weitere Tatsachen und/oder Beweismittel ausgedehnt wird, hat er für die daraus entstehenden Prozesskosten aufzukommen (BGE 139 III 33 Erw. 4). Eine Ausdehnung der Beweisführung auf weitere Tatsachen und die Abnahme von Gegenbeweismitteln kann der Gesuchsgegner insoweit beantragen, als auch diesbezüglich die Voraussetzungen von Art. 158 ZPO erfüllt sind (BGE 140 III 16 Erw. 2.2.3).

Das Bundesgericht geht schliesslich davon aus, dass der Gesuchsgegner Anspruch auf eine Parteientschädigung hat, unter Vorbehalt einer Rückerstattung entsprechend dem Ausgang eines allfälligen Hauptprozesses. Ob der Gesuchsgegner die Gutheissung oder die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung beantragt hat, ist unerheblich (vgl. BGE 140 III 30).

## 5.

**5.1.** Der Gesuchsgegner äusserte in seiner Gesuchsantwort (act. 13) die Auffassung, dass zur Beantwortung der Frage der Übermässigkeit der Trittschallimmissionen in der Wohnung des Gesuchstellers vorab der bauliche *Ursprungszustand* relevant sei; die Frage, ob die *heute* geltenden technischen Anforderungen an die Schalldämmung (SIA-Normen) erfüllt seien, sei irrelevant. Darin ist eine Stellungnahme zum Gesuch des Gesuchstellers zu sehen, wofür der Gesuchsgegner nicht kostenpflichtig wird.

**5.2.** Der Gesuchsgegner hat es nicht bei einer blossen Stellungnahme bewenden lassen. Er hat eigene Gutachterfragen formuliert und beantragt, die Expertise vorerst auf die von ihm als wesentlich erachteten Fragen zu "beschränken" (act. 13 S. 1 f.). Der Gesuchsteller macht geltend, die Vorinstanz und er hätten die Fragen des Gesuchsgegners als Widergesuch verstehen dürfen (act. 82 S. 6 Rz. 15).

Die Auffassung der Vorinstanz und des Gesuchstellers, dass die Fragen des Gesuchsgegners den Rahmen der vom Gesuchsteller verlangten Beweisabnahme sprengten (vgl. Erw. II/2.2–2.3 oben), dürfte zutreffen. Die Beweisthemen unterscheiden sich grundlegend (Vergleich der Schalldämmung mit den heutigen Standards – Vergleich mit dem Zustand bei Erstellung der Baute). Eine abschliessende Beurteilung erübrigt sich indessen. Der Antrag des Gesuchsgegners in dessen Gesuchsantwort ist im Zusammenhang zu verstehen. Der Gesuchsgegner hatte zum Gesuch des Gesuchstellers Stellung zu nehmen. Er vertrat die Auffassung, die vom Gesuchsteller formulierten Gutachterfragen seien unerheblich, und formulierte die seines Erachtens erheblichen Fragen. Dies ist im Rahmen einer Stellungnahme zulässig. Dass er kein eigenständiges Gesuch bzw. Widergesuch stellen wollte, erhellt aus seinen Ausführungen am Schluss der Gesuchsantwort unter dem Titel "Kosten- und Entschädigungsfolgen". Er hielt dort fest, dass sein Verzicht auf einen Antrag auf Abweisung des Gesuchs nicht bedeute, dass er das Verfahren begrüesse, geschweige denn, dass es in seinem Interesse erfolge (act. 13 S. 12). Damit tat er kund, dass er selber kein Interesse am Beweisverfahren habe. Hätten noch Zweifel bestanden, hätte er gefragt werden müssen. Ergänzend sei erwähnt, dass der Gesuchsteller am 19. März 2015 in seiner Ver-

nehmlassung zur Gesuchsantwort festhielt, dass die Gesuchsantwort inhaltlich den Anforderungen eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme nicht genüge: Der Gesuchsgegner mache weder glaubhaft noch geltend, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 158 ZPO für sein Widergesuch erfüllt seien. Insbesondere sei nicht ersichtlich, welchen materiellen Anspruch der Gesuchsgegner mit seinem Widergesuch zu beweisen versuche; er lege an keiner einzigen Stelle dar, worin sein schützenswertes Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung bestehe oder auch nur bestehen könnte (act. 19 S. 8 Rz. 16 f.).

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Antrag des Gesuchsgegners in der Gesuchsantwort nach Treu und Glauben nicht als Widergesuch verstanden werden durfte.

**5.3.** Der Gesuchsteller macht geltend, die Verfügung des Einzelgerichtes vom 25. März 2015, worin dieses die Fragen des Gesuchsgegners als Widergesuch qualifizierte und dem Gesuchsgegner für die Gerichtskosten einen Kostenvorschuss auferlegte (act. 20), sei rechtskräftig geworden (act. 82 S. 7 Rz. 18). Diesem Argument steht allein schon der Umstand entgegen, dass die streitige Qualifikation nur Bestandteil der *Erwägungen* der fraglichen prozessleitenden Verfügung bildete.

**5.4.** Im Sinne einer Eventualbegründung – für den Fall, dass kein Widergesuch vorliege – macht der Gesuchsteller geltend, der Gesuchsgegner habe dem Gericht und ihm durch seine "vielen ausufernden" Ergänzungsfragen, welche er danach allesamt wieder zurückgezogen habe, erheblichen unnötigen Aufwand verursacht. Unnötige Prozesskosten seien gemäss Art. 108 ZPO vom Verursacher zu bezahlen (act. 82 S. 6 Rz. 16).

Der Gesuchsgegner hat sich mit dem umfangreichen Gesuch des Gesuchstellers (act. 1) in einer 12 Seiten umfassenden Gesuchsantwort auseinandergesetzt und dargelegt, weshalb seines Erachtens nicht die Fragen des Gesuchstellers, sondern seine eigenen Fragen rechtlich erheblich und dem Gutachter zu unterbreiten seien (act. 13). Von einer Vielzahl ausufernder Fragen kann nicht die Rede sein. Der Vorwurf des Gesuchstellers, der Gesuchsgegner habe mit seiner Gesuchs-

antwort vom 16. Februar 2015 (act. 13) im Sinne von Art. 108 ZPO unnötige Prozesskosten verursacht, ist unbegründet.

## **6.**

**6.1.** Es besteht somit kein Anlass, dem Gesuchsgegner als Folge seiner Gesuchsantwort Prozesskosten aufzuerlegen. Der Gesuchsteller ist für das von ihm veranlasste erstinstanzliche Verfahren allein kostenpflichtig zu erklären (vgl. Erw. V/4 oben). Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 6'680.– ist dem Gesuchsteller allein aufzuerlegen und dem Gesuchsgegner ist die von der Vorinstanz auf Fr. 8'000.– (MWST eingeschlossen) festgesetzte unverkürzte Parteientschädigung zuzusprechen.

**6.2.** Der Eventualberufungsantrag des Gesuchsgegners (act. 78 S. 3, 16 f.) wird mit dieser Entscheidung hinfällig. Auch wenn auf den Hauptberufungsantrag des Gesuchsgegners, die vorinstanzliche Verfügung aufzuheben, soweit er als Widergesuchsteller und seine Ergänzungsfragen als Widergesuch qualifiziert würden, nicht einzutreten ist, obsiegt der Gesuchsgegner im Grundsatz. Für diesen Fall sah er den Eventualberufungsantrag offensichtlich nicht vor.

## **VI.**

Bei der Regelung der Nebenfolgen des Rechtsmittelverfahrens ist der Berufungsantrag, die *Gutachterkosten* dem Gesuchsteller aufzuerlegen (vgl. Erw. IV oben), zu vernachlässigen. Der Mangel des vorinstanzlichen Dispositivs ist von der Vorinstanz zu vertreten und hätte von dieser auf Gesuch einer Partei ohne Weiteres berichtigt werden können (Art. 334 ZPO). Insoweit gibt es letztlich keine unterliegende Partei. Der Antrag verursachte auch keinen namhaften Aufwand.

Da der Gesuchsgegner mit seiner Berufung im Wesentlichen obsiegt – das Unterliegen bezüglich des durch Nichteintreten zu erledigenden Antrages (vgl. Erw. III oben) ist zu vernachlässigen –, sind die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 ZPO).

Der der Regelung der Nebenfolgen zugrunde zu legende Streitwert ist auf Fr. 5'670.– zu veranschlagen (= Fr. 1'670.– Entscheidgebühr + Fr. 4'000.– Parteientschädigung). Die Entscheidgebühr ist nach Massgabe von §§ 12 i.V.m. 4 und 8 GebV OG auf Fr. 600.– festzusetzen, die Parteientschädigung nach Massgabe von §§ 13 i.V.m. 4 und 9 AnwGebV auf Fr. 700.– zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die angefochtene Verfügung wie folgt geändert:

3. *Die Gerichtskosten gemäss Dispositiv Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung werden dem Gesuchsteller auferlegt und – soweit ausreichend – mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'575.– verrechnet.*

*Vorbehalten bleibt eine Neuverteilung der Kosten des Verfahrens durch das Gericht in einem allfälligen Hauptverfahren.*

4. *Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– (8 % MWST in diesem Betrag eingeschlossen) zu bezahlen.*

*Eine Rückerstattung derselben bei Unterliegen in einem allfälligen Hauptverfahren bleibt vorbehalten.*

Soweit der Gesuchsgegner mit seiner Berufung mehr beantragt, wird darauf nicht eingetreten.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt und dem Gesuchsteller auferlegt.

3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 756.– (MWST eingeschlossen) zu zahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von act. 82, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 im Rahmen eines Verfahrens über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'670.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am:  
29. April 2016