

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF130022-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 6. August 2013

in Sachen

1. **A._____ AG,**
2. **___,**
3. **___,**
4. **___,**
5. **___,**
6. **___,**

Beklagte und Beschwerdeführerin,

Nr. 1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung
(Kostenbeschwerde)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Juni 2013 (ET120019)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Der Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend Kläger) liess als Bauherr resp. Eigentümer die Liegenschaft C. _____-Strasse ... in D. _____ bauen. An den Bauarbeiten waren die Beklagten 1-6 bzw. die Beschwerdeführerin (nachfolgend Beklagte 1) beteiligt (act. 1 S. 4). Gemäss eigenen Angaben des Klägers seien durch ihn im Januar 2012 erste Schäden an der Liegenschaft festgestellt worden (act. 1 S. 6). Diese veranlassten den Kläger, mit Eingabe vom 5. Juli 2012 beim Bezirksgericht Zürich ein Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung anhängig zu machen (act. 1). Mit Verfügung vom 6. November 2012 hiess das Einzelgericht das Gesuch gut und ordnete das Gutachten an (act. 34a). Nach Eingang des Gutachtens vom 11. April 2011 (act. 40) bzw. des Ergänzungsgutachtens vom 27. Mai 2013 (act. 56) schrieb das Einzelgericht das Verfahren mit Verfügung vom 26. Juni 2013 ab (act. 61 = act. 70 = act. 72). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen regelte es wie folgt (act. 72 S. 4):

"2. Die Entscheidungsgebühr von Fr. 4'000.00 wird zur Hälfte dem Kläger und unter solidarischer Haftbarkeit für die andere Hälfte zu je einem Sechstel den Beklagten 1, 2 und 4 auferlegt und aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen; dem Kläger wird im Umfang von Fr. 2'000.00 ein Rückgriffsrecht gegenüber den Beklagten 1, 2 und 4, unter solidarischer Haftbarkeit, eingeräumt. Die Kosten für das Gutachten von Fr. 10'010.50 werden dem Kläger auferlegt. Die geleisteten Vorschüsse werden angerechnet. Vorbehalten bleibt ein Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren, der die beklagten Parteien zum Ersatz verpflichtet."

1.2 Dagegen erhob die Beklagte 1 mit Eingabe vom 3. Juli 2013 (Datum Eingang) fristgerecht Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 71 S. 2):

"1. Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 26. Juni 2013 sei aufzuheben, soweit darin der Beklagten 1 / Beschwerdeführerin Gerichtskosten auferlegt werden.

Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 26. Juni 2013 sei so neu zu fassen, dass die der Beklagten 1 / Beschwerdeführerin auferlegten Gerichtskosten dem Kläger / Beschwerdegegner auferlegt werden.

2. Ziffer 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 26. Juni 2013 sei aufzuheben, soweit der Beklagten 1 / Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zugesprochen wurde.

Ziffer 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 26. Juni 2013 sei in Bezug auf die Beklagte 1 / Beschwerdeführerin wie folgt neu zu fassen:

"Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten 1 für die anwaltliche Vertretung im erstinstanzlichen Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'795.45 gemäss Kostennote vom 17. Juni 2013, allenfalls eine Parteientschädigung in richterlich festgesetzter Höhe, zu bezahlen. Vorbehalten bleibt ein abweichender Entscheid im ordentlichen Verfahren."

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners / Klägers."

Der mit Verfügung der Kammer vom 4. Juli 2013 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– (act. 73) ging innert Frist bei der Obergerichtskasse ein (act. 75). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort wurde verzichtet (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-68). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Entscheidgebühren

2.1 Die Vorinstanz begründete die Regelung der Kostenfolge im Wesentlichen damit, dass es in Verfahren der vorsorglichen Beweisführung im Normalfall keine unterliegende Partei gebe und daher die Kosten gemäss früherer kantonaler Praxis jeweils dem Gesuchsteller aufzuerlegen seien. Dies gelte grundsätzlich auch nach Massgabe des neuen Rechts, jedoch nur, soweit die beklagte Partei sich dem Gesuch nicht widersetze. Da sich die Beklagten 1, 2 und 4 dem Verfahren widersetzt bzw. dessen Abweisung verlangt hätten, so dass darüber vorab ein Verfahren habe durchgeführt werden müssen, sei ihnen ein Teil der Entscheidgebühr aufzuerlegen (act. 72 S. 3 f.).

2.2 Die Beklagte 1 bringt dagegen zunächst vor, nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung seien die Kosten des vorsorglichen Verfahrens nach Art. 158 ZPO dem Gesuchsteller aufzuerlegen mit dem Vorbehalt einer anderen Kostenregelung im Hauptverfahren (mit Hinweis auf ZK ZPO-Fellmann, 2. Aufl., Art. 158 N 37 m.w.H.). Ferner habe das Bundesgericht in BGE 139 III 33 ff. entschieden,

die Kosten seien auch dann dem Gesuchsteller aufzuerlegen, wenn der Gesuchsgegner Ergänzungsfragen gestellt habe. Die Belastung der Beklagten 1 mit Kosten verstosse daher gegen die vorgenannte Regel und gegen Art. 158 ZPO i.V.m. Art. 106 ff. ZPO (act. 71 S. 4).

2.3 Aus BGE 139 III 33 kann die Beklagte 1 nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im dortigen Verfahren widersetzte sich die Gesuchsgegnerin dem Antrag auf Anordnung einer vorsorglichen Beweisführung nicht und die Vorinstanz stellte bei der Kostenverlegung nicht auf Obsiegen oder Unterliegen ab, sondern darauf, dass die Gesuchsgegnerin Zusatzfragen gestellt hatte (vgl. BGE 139 III 33 E. 4.1). Im vorliegenden Verfahren verhält es sich genau umgekehrt. Das Einzelgericht auferlegte den Beklagten 1, 2 und 4 die Entscheidgebühren, weil sie mit ihren Anträgen auf Abweisung des Antrags (vgl. act. 19 S. 2 [Beklagte 1]; act. 10 S. 2 [Beklagte 2]; act. 13 S. 2 [Beklagte 4]) unterlagen, und nicht in Folge gestellter Ergänzungs- bzw. Zusatzfragen.

In der Lehre und Rechtsprechung wird sehr wohl auch die Meinung vertreten, dass in Fällen, in denen sich der Gesuchsgegner dem Gesuch widersetzt, ihm die Prozesskosten aufzuerlegen sind (vgl. OG ZH LF110059 vom 31. August 2011; DIKE Komm ZPO-Zürcher, Art. 158 N 24, Online-Stand 21. November 2012; Mark Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, in: ZZZ 2010 S. 25). Die Kostenverlegung nach Obsiegen und Unterliegen im Sinne von Art. 106 ZPO erscheint in dieser Konstellation denn auch folgerichtig, da erst durch den Antrag auf Abweisung ein strittiges Verfahren vorliegt (vgl. DIKE Komm. ZPO, Art. 158 N 24, Online-Stand 21. November 2012). Es ist zwar richtig, dass die Beklagte 1 gegen ihren Willen in ein Verfahren einbezogen worden ist (vgl. act. 71 S. 4). Das ergibt sich aber aus der Natur des Verfahrens, da sich dieses immer gegen die (mögliche) zukünftige Gegenpartei zu richten hat. Das erstinstanzliche Verfahren ist allerdings kein typischer Zweiparteienstreit. Die Gegenseite verfügt zwar über ein Anhörungsrecht, es liegt aber an der gesuchstellenden Partei, den materiellen Teil der Beweisabnahme zu definieren (vgl. DIKE Komm. ZPO-Zürcher, Art. 158 N 22, Online-Stand 21. November 2012). Die gegnerische Partei kann sich diesem Verfahren

zwar nicht entziehen, aber durch die Anerkennung des Gesuchs und ohne Stellung von Zusatzfragen, welche den Beweisgegenstand erweitern, entstehen ihr keine Kosten. Die Prozesskosten sind in diesem Regelfall nämlich (unter dem Vorbehalt des Entscheids im ordentlichen Verfahren) dem Gesuchsteller aufzuerlegen und dieser ist auch zu verpflichten, eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese Regelung ist auch sachgerecht, wenn man bedenkt, dass der Gesuchsteller nicht verpflichtet ist, einen Hauptsachenprozess anzustrengen. Entscheidet er sich dagegen, wird die Kostenregelung der vorsorglichen Beweisführung definitiv und dem Gesuchsgegner sind keine Kosten entstanden. Entgegen den Ausführungen der Beklagten 1 (vgl. act. 71 S. 4 f.) ist es für die Kostenverlegung im Stadium der vorsorglichen Beweisführung unerheblich, welcher Partei die Verantwortung oder Haftung für allfällige Mängel zukommt. Dort geht es immer nur um die Festhaltung oder -stellung von Tatsachen. Die Würdigung der (festgehaltenen bzw. festgestellten) Beweise und auch die rechtliche Würdigung der Streitsache hat zu unterbleiben (vgl. dazu ZR 112/2013 S. 17).

2.4 Schliesslich bringt die Beklagte 1 vor, das Einzelgericht habe den auf die sechs beklagten Parteien entfallenden Kostenanteil einfach auf diejenigen drei verteilt, welche eine Abweisung des Gesuchs beantragt hätten. Die drei kostenpflichtigen beklagten Parteien würden damit auch die Kosten der anderen Beklagten tragen, was in jedem Fall unzulässig sei. Das Einzelgericht hätte zumindest die Gesamtkosten je zu einem Sechstel auf die Verfahren mit den einzelnen sechs Beklagten verteilen müssen. Sie – die Beklagte 1 – wäre dann mit der Hälfte von einem Sechstel der Kosten und somit mit einem Zwölftel (statt zu einem Sechstel) der Gesamtkosten belastet worden (act. 71 S. 5 f.).

Das Einzelgericht auferlegte die Kosten für das Gutachten dem Kläger. Demgegenüber auferlegte es die Entscheidgebühr im Sinne der obigen Erwägungen zutreffenderweise nach dem Grundsatz von Obsiegen und Unterliegen. Hierbei setzte das Einzelgericht den auf die unterliegenden Parteien fallenden Anteil in Ausübung ihres Ermessens auf die Hälfte der Entscheidgebühr fest (vgl. act. 72 S. 4). Die Beklagten 3, 5 und 6 waren für die Kostenverteilung richtigerweise nicht zu berücksichtigen. Somit verblieben auf beklagtischer Seite die Beklagten 1, 2

und 4. Indem das Einzelgericht das Obsiegen bzw. Unterliegen je zur Hälfte festsetzte, haben die Beklagten 1, 2 und 4 Entscheidungsgebühren von je einem Sechstel zu tragen. Müssten die Beklagten 1, 2 und 4 nur je einen Zwölftel bzw. zusammen ein Viertel der Kosten tragen, würden drei Viertel für die Klägerin verbleiben und dies wiederum würde nicht das tatsächliche Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen widerspiegeln.

Im Sinne dieser Erwägungen ist Antrag 1 der Beklagten 1 abzuweisen.

3. Parteientschädigung

3.1 Das Einzelgericht erwog, dem Verfahrensausgang entsprechend seien keine Parteientschädigungen zuzusprechen (act. 72 S. 4).

3.2 Die Beklagte 1 moniert, das Einzelgericht habe die genannten Regeln von Art. 158 i.V.m. 106 ff. ZPO verletzt, indem es ihr keine Parteientschädigung zugesprochen habe. Nach der überwiegenden Lehre habe ein Gesuchsgegner in einem Verfahren um vorsorgliche Beweisführung Anspruch auf eine Prozessentschädigung (Verweis auf ZK ZPO-Fellmann, 2. Aufl., Art. 158 N 40). Die Begründung, weshalb einem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung zugesprochen werden müsse, sei die gleiche wie bei der Verteilung der Gerichtskosten (act. 71 S. 6).

3.3 Sofern kein Anwendungsfall von Art. 107 ZPO (Verteilung nach Ermessen) und Art. 108 ZPO (Unnötige Prozesskosten) gegeben ist, sind die Parteientschädigungen wie die Entscheidungsgebühren ebenfalls nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Da, wie unter Ziffer 2 der vorstehenden Erwägungen ausgeführt worden ist, die Entscheidungsgebühren je zur Hälfte auferlegt worden sind, bleibt kein Raum für eine andere Regelung der Entschädigungsfolgen.

Es ist daher auch der Antrag 2 der Beklagten 1 abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Beschwerdeverfahren

Ausgangsgemäss wird die Beklagte 1 für das Beschwerdeverfahren kosten- und an sich entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist beim Streitwert der Beschwerde von rund Fr. 8'460.– auf Fr. 1'500.– festzusetzen (vgl. act. 73). Mangels entstandener Aufwendungen im Beschwerdeverfahren ist dem Kläger keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 71, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 8'460.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: