

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF130035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 5. September 2013

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. **B._____ AG,**

2. **C._____ AG,**

3. **D._____ AG,**

4. **E._____ + Partner AG,**

Gesuchs- und Beschwerdegegnerinnen,

Nr. 1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

Nr. 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____,

betreffend **vorsorgliche Beweisabnahme**
(Gutachterkosten / Entschädigung der Sachverständigen)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 19. Juli 2013 (EV080002)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die A. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) reichte mit Eingabe vom 6. November 2008 (Datum Poststempel; act. 1) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon ein Gesuch betreffend vorsorgliche Beweisabnahme bezüglich zweier defekter Plattenwärmetauscher in einer Wärmepumpe / Kältemaschine ein. Als Sachverständige schlug sie Dr. F. _____ von der F1. _____ und Dr. G. _____ von der Abteilung Korrosion und Werkstoffintegrität der Eidg. Materialprüfungs- und Forschungsanstalt (EMPA) vor (act. 1 S. 2). Die beiden erklärten sich bereit, ein Gutachten zu erstellen, wobei mit Kosten von rund Fr. 10'000.-- zu rechnen sei (act. 5). Mit Verfügung vom 11. November 2008 (act. 6 bzw. act. 14) wurde der Beschwerdeführerin eine Frist von zehn Tagen angesetzt, um für die Kosten des Gutachtens einstweilen einen Barvorschuss von Fr. 10'000.-- zu leisten. Eine spätere Erhöhung des Barvorschusses wurde ausdrücklich vorbehalten.

Nachdem sich eine Gesuchsgegnerin gegen den Beizug eines Sachverständigen von der EMPA ausgesprochen hatte (vgl. act. 10 S. 4 ff.), wurde Dr. F. _____ mit E-Mail-Nachricht vom 20. Januar 2009 eine Liste der von den Parteien vorgeschlagenen Experten zugestellt. Er erklärte darauf, dass er angesichts der Fragen, welche im Gutachten zu behandeln seien, eine Zusammenarbeit mit dem vorgeschlagenen H. _____ von der H1. _____ AG bevorzugen würde (act. 30). Dieser teilte dem Gericht telefonisch mit, dass er mit anfallenden Kosten für eine Untersuchung in der Höhe von ca. Fr. 3'000.-- rechne (act. 38).

Mit Verfügung vom 7. April 2009 (act. 40) wurden Dr. F. _____ von der F1. _____ und H. _____ von der H1. _____ AG als Gutachter ernannt. Zusätzlich zu den Fragen gemäss Verfügung vom 11. November 2008 wurden – auf Antrag einer Gesuchsgegnerin (vgl. act. 10 S. 6 f.) – weitere Fragen gestellt. Im separaten Instruktionsschreiben an die Sachverständigen vom 7. April 2009 (vgl. act.

39/1+2) unterblieb ein ausdrücklicher Hinweis, dass sie sich bei einer drohenden Überschreitung der Kostenschätzung an das Gericht zu wenden hätten.

1.2. Mit Schreiben vom 30. April 2009 (act. 45) teilten H._____ und I._____ von der H1._____ AG dem Gericht mit, die Sachverständigen hätten am 28. April 2009 erstmals Akteneinsicht nehmen können. Dabei hätten sie festgestellt, dass es sich um einen recht komplexen und langwierigen Streitfall handle. Solche Fälle würden im konkreten Stadium der Auseinandersetzung ein Aktenstudium und eine Dateninterpretation durch die Experten bedingen und keine Laboranalysen. Von Letzterem seien sie bei ihrer Zusage aber ausgegangen. Sie ersuchten darum, H._____ von seinem Gutachtermandat zu entbinden und stattdessen Dr.sc.nat. I._____, Chemiker ETH/SIA, mit der Aufgabe als Gutachter zu betrauen. Dr. F._____ sei mit diesem Wechsel einverstanden. In der Folge wurde dem Sachverständigen H._____ vom Gericht telefonisch mitgeteilt, dass er ohne weiteres jederzeit dazu befugt sei, unter seiner Verantwortung Mitarbeiter, die Expertenwissen hätten, beizuziehen. Der ins Auge gefasste Expertenwechsel wurde nicht vorgenommen.

1.3. Die Beschwerdeführerin reichte dem Gericht mit Eingabe vom 8. Mai 2009 weitere Fragen zu Handen der Gutachter ein (vgl. act. 48), welche ihnen mit Verfügung vom 12. Mai 2009 (act. 51) unterbreitet wurden. Am 21. September 2009 fand der Augenschein durch die Experten statt (vgl. act. 55 und act. 56 S. 1). Die Besprechungsnotiz, gemäss welcher die Experten anlässlich des Augenscheines eine Liste mit zusätzlich gewünschten Unterlagen in Aussicht stellten, traf am 15. Dezember 2009 beim Gericht ein (vgl. act. 64 bis 66). Auf Betreiben der Beschwerdeführerin (vgl. act. 70) erkundigte sich das Gericht am 18. Juni 2010 bei Dr. F._____, wann die fragliche Liste vorliege, worauf er diese per Ende Juni 2010 und das Gutachten bis August/September 2010 ankündigte (act. 72). Am 4. August 2010 traf die Liste beim Gericht ein (vgl. act. 74 und act. 75). Während eine Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 17. August 2010 Unterlagen einreichte (vgl. act. 78), stellte eine andere die Einreichung von solchen (statt wie verlangt bis 30. August 2010) frühestens per 20. September 2010 in Aussicht (vgl. act. 82, act. 84/1). Dr. F._____ wies mit Schreiben vom 27. August 2010 (act. 84/2) darauf

hin, dass sich der Abschluss des Gutachtens entsprechend verzögern werde. Auf telefonische Nachfrage des Gerichts vom 28. Januar 2011 hielt er sodann fest, dass nicht nur im September 2010 noch einmal viele Unterlagen dazugekommen seien, sondern dass es sich auch um einen schwierigen Sachverhalt handle. Eventuell liege Ende Februar 2011 das Gutachten vor (act. 85).

Mit Eingabe vom 9. Dezember 2011 (act. 89) reichte die Beschwerdeführerin einen weiteren Fragenkatalog betreffend eines erneuten Totalausfalls der (neuen) Anlage vom 28. Oktober 2011 ein. Am 5. Januar 2012 fand deswegen auf Betreiben der Bauherrschaft eine erneute Begehung der Anlage durch die Sachverständigen statt. Diese unterbreiteten dem Gericht darauf einen Antrag für ergänzende Abklärungen (vgl. act. 92). Die Parteien wurden mit Verfügung vom 10. Januar 2012 (act. 94) zur Stellungnahme aufgefordert. Eine Gesuchsgegnerin verlangte in diesem Rahmen die Erhöhung des Barvorschusses um mindestens Fr. 10'000.-- (act. 98 S. 2 und S. 5). Auf telefonische Nachfrage des Gerichts erklärte Dr. F._____ am 25. Mai 2012, dass die Kosten des Gutachtens aufgrund des grösseren Aufwands als ursprünglich vermutet wohl eher höher als Fr. 10'000.-- ausfallen werden. Er gehe heute davon aus, dass sich die Kosten im Bereich von Fr. 15'000.-- bewegen dürften (act. 100). Mit Verfügung vom 1. Juni 2012 (act. 101) wurden den Sachverständigen die neuen Fragen der Beschwerdeführerin unterbreitet. Die Experten wurden, soweit nötig, ermächtigt, für die Ausarbeitung des Gutachtens die erforderlichen Erhebungen durch die Firma J._____ & Co. (Wasserprobenahmen, Durchführen eines normalen Analyseprogramms, Bestimmung des Ammonium-, Nitrit-, TOC- und Sulfidgehalts) durchführen zu lassen. Überdies wurden die Gutachter unter anderem dazu verpflichtet, den defekten K._____ Plattenwärmetauscher auf Kosten des Gutachtens unverzüglich aus dem Gewahrsam der K._____ AG zu holen bzw. holen zu lassen und bei der F1._____ zu verwahren. Schliesslich wurde von der Beschwerdeführerin ein weiterer Barvorschuss von Fr. 5'000.-- gefordert. Dabei wurde eine weitere Erhöhung zu einem späteren Zeitpunkt ausdrücklich vorbehalten.

Dr. F._____ und Dr. L._____ ersuchten mit Schreiben vom 7. Juni 2012 darum, die beim Gericht eingelagerten zwei Plattenwärmetauscher zur Lokalisierung

der Defektstelle und allenfalls zur lokalen Zerstörung genauer korrosionstechnischer Untersuchung der Schadstelle in die Räumlichkeiten der F1._____ zu überstellen bzw. von dieser abholen zu lassen. Die Beschwerdeführerin erklärte sich mit diesem Vorgehen einverstanden (vgl. act. 104 und act. 106).

Am 25. Januar 2013 traf das Gutachten der Sachverständigen vom 22. Januar 2013 samt Beilagen beim Gericht ein (vgl. act. 121 bis 123). Hierzu äusserte sich die Beschwerdeführerin innert mehrfach erstreckter Frist mit Eingabe vom 2. Mai 2013 (act. 140; vgl. act. 124, act. 125/1, act. 126, act. 132, act. 136). Auch eine Gesuchsgegnerin liess sich innert mehrfach erstreckter Frist vernehmen und verlangte erneut eine Erhöhung des Barvorschusses um Fr. 10'000.-- (act. 138, insbesondere S. 8; vgl. act. 125/7, act. 128, act. 130, act. 134). Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin mit Erläuterungs- bzw. Ergänzungsanträgen zum Gutachten wurde Dr. F._____ zugestellt, worauf er auf entsprechende Nachfrage des Gerichts und nach Rücksprache mit H._____ bestätigte, dass sich an der Einschätzung gemäss Gutachten nichts ändern würde und sie dieses nicht weiter bearbeiten würden (act. 144). In der Folge reichte Dr. F._____ die Honorarnoten der F1._____ und der H1._____ AG ein (vgl. act. 145 und act. 147), welche den Parteien mit Schreiben vom 8. Juli 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (vgl. act. 147 S. 1).

1.4. Mit Verfügung vom 19. Juli 2013 (act. 148 = act. 152 = act. 154) wies das Einzelgericht die Ergänzungs- bzw. Erläuterungsanträge der Beschwerdeführerin sowie den Antrag der Gesuchsgegnerin auf Erhöhung des Barvorschusses ab. Es schrieb das Geschäft ab. Überdies ordnete es an, dass die Sachverständigen nach unbenutztem Ablauf der Rechtmittelfristen für ihre Arbeit mit Fr. 25'301.50 (F1._____) und Fr. 13'445.35 (H1._____ AG) entschädigt werden (Dispositivziffer 5). Ferner setzte es die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.-- fest und bemerkte, dass die weiteren Auslagen Fr. 38'746.85 (Gutachterkosten) betragen würden (Dispositivziffer 6). Die Kosten auferlegte es der Beschwerdeführerin, unter Anrechnung der von ihr bereits geleisteten Vorschüsse (Dispositivziffer 7).

1.5. Die Beschwerdeführerin erhob darauf hierorts mit Eingabe vom 6. August 2013 (Poststempel unleserlich; Eingang am 8. August 2013; act. 153) rechtzeitig

Beschwerde (vgl. act. 150/1). Sie verlangt, es sei in Abänderung von Dispositivziffer 5 der angefochtenen Verfügung die Entschädigung der Sachverständigen auf insgesamt Fr. 15'000.-- (Fr. 10'000.-- F1._____ und Fr. 5'000.-- H1._____ AG) zu reduzieren, und demgemäss in Abänderung von Dispositivziffer 6 der angefochtenen Verfügung die Gutachterkosten / Gerichtsgebühr entsprechend zu reduzieren; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz bzw. Staatskasse. Den mit Präsidialverfügung vom 13. August 2013 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (vgl. act. 157 und act. 158). Mangels Beschwer der Gegenparteien und der Sachverständigen wurde auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet.

2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da die vorinstanzliche Verfügung vom 19. Juli 2013 nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wurde, beurteilt sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach der ZPO. Ebenso sind deren Bestimmungen für das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht massgebend. Der gerichtliche Entscheid über die Entschädigung einer sachverständigen Person bzw. die Prozesskosten, wozu auch die Kosten der Beweisführung gehören (Art. 95 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. c ZPO), ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 und Art. 184 Abs. 3 ZPO vgl. auch act. 153 S. 3).

2.2. Das Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme zwischen den Parteien war bei Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig (act. 1; vgl. § 205 ZPO/ZH). Für dieses gilt daher das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend ist im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens in prozessualer Hinsicht zu prüfen, ob die für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) etc. korrekt angewendet wurden (vgl. auch act. 153 S. 3).

3. Zur Beschwerde

3.1. Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 lit. a und b ZPO).

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, dass die Vorinstanz die §§ 9 ff. der Entschädigungsverordnung der obersten Gerichte und damit Recht unrichtig angewendet habe. Der von den Sachverständigen fakturierte Aufwand sei offensichtlich übersetzt. Er hätte daher von Amtes wegen gekürzt werden müssen. Die festgelegte Entschädigung betrage das Zweieinhalbfache des Kostenvoranschlages. Bei der Festsetzung der Entschädigung habe die Vorinstanz auch missachtet, dass übermässiger und unnötiger Aufwand nicht zu entschädigen sei. Darüber hinaus hätte die Vorinstanz die Entschädigung wegen Mangelhaftigkeit des Gutachtens bzw. Schlechterfüllung kürzen müssen (act. 153 S. 3).

3.2. Es ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, dass die fraglichen Entschädigungen gemäss den Bestimmungen der Verordnung der obersten kantonalen Gerichte über die Entschädigung der Zeugen und Zeuginnen, Auskunftspersonen und Sachverständigen vom 11. Juni 2012 (Entschädigungsverordnung der obersten Gerichte; LS 211.12, im Folgenden: Entschädigungsverordnung) festzusetzen sind (vgl. § 1 Abs. 1 Entschädigungsverordnung).

Sachverständige werden in der Regel nach Aufwand entschädigt. Der Ansatz richtet sich nach den erforderlichen Fachkenntnissen und der Schwierigkeit der Leistung, bei freiberuflich tätigen Sachverständigen in der Regel nach den Ansätzen des jeweiligen Berufsverbandes (§ 9 Abs. 1 Entschädigungsverordnung). Für Reise- und Verpflegungsentuschädigung sowie weitere Auslagen der sachverständigen Person gelten, soweit nichts anderes vereinbart, die Ansätze gemäss § 4 der Entschädigungsverordnung (§ 9 Abs. 2 Entschädigungsverordnung). Ist für das Gutachten mit einem erheblichen Aufwand zu rechnen, ist der Auftrag in der Regel aufgrund eines Kostenvoranschlages zu erteilen (§ 9 Abs. 3 Entschädigungsverordnung).

Die Entschädigung wird aufgrund der vom Sachverständigen eingereichten Honorarrechnung festgesetzt (§ 10 Abs. 1 Entschädigungsverordnung). Übersteigt die Rechnung den Kostenvoranschlag oder erscheint sie als übersetzt, ist sie zu überprüfen, und es kann die Entschädigung allenfalls herabgesetzt werden. Soweit das Verfahren für die Parteien kostenlos ist, erfolgt die Herabsetzung von Amtes wegen, in den übrigen Verfahren nach Anhörung der Parteien (§ 10 Abs. 2 Entschädigungsverordnung).

3.3. Die Parteien führten vor der Vorinstanz kein kostenloses Verfahren. Die Honorarrechnungen der Gutachter überstiegen sodann die Vorschüsse bzw. Kostenschätzungen der Experten erheblich. Eine Überprüfung der Honorarrechnungen nach Anhörung der Parteien war daher geboten. Die Vorinstanz hat indessen die Gutachterkosten ohne diese Anhörung festgesetzt und das rechtliche Gehör der Parteien verletzt.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann, und wenn ihr kein Nachteil erwächst. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 197 f. mit Hinweis auf BGE 136 V 117, Erw. 4.2.2.2 und BGE 133 I 201, Erw. 2.2). Erst bei einer besonders schwerwiegenden Verletzung der Parteirechte ist eine Heilung ausgeschlossen (vgl. BGE 133 I 204 mit Hinweis auf BGE 127 V 431, Erw. 3d/aa), was von Amtes wegen zu beachten ist. Denn die Verletzung des rechtlichen Gehörs lässt einen Entscheid insoweit als nichtig erscheinen.

Wie einleitend festgehalten, kann mit der Beschwerde unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 lit. a und b ZPO). Die Rechtsanwendung der Vorinstanz ist somit voll überprüfbar (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Stand 16. April 2012, Art. 320 N 4). Demgegenüber ist die Kognition hinsichtlich des Sachverhalts beschränkt. Die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz kann nur in qualifizierten Fällen gerügt werden, nämlich bei offensichtlicher Unrichtigkeit (Blickenstorfer, a.a.O., Art. 320 N 8 und ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 N 5). Demzufolge kann die Kammer in ihrer Funktion als Rechtsmittelinstanz den für die Honorarfestsetzung massgeblichen Sachverhalt nicht frei überprüfen. Eine der vom Bundesgericht statuierten Voraussetzungen zur Heilung des Mangels ist somit nicht erfüllt. Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich insofern als nichtig, was von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Es erübrigt sich daher, zum einen auf die Vorbringen in der Beschwerdeschrift einzugehen sowie zum anderen die Gegenpartei anzuhören.

Vielmehr ist der angefochtene Entscheid lediglich noch formell aufzuheben und die Sache ist zur Einholung von Stellungnahmen der Parteien sowie zur anschliessenden Honorarüberprüfung und -festsetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass das kantonale Recht, namentlich die Entschädigungsverordnung, vor der allfälligen Herabsetzung eines Gutachterhonorars keine Anhörung des Sachverständigen verlangt. Ob sich ein Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs aus Art. 29 Abs. 2 BV ergibt, hat das Bundesgericht vor Inkrafttreten der neuen ZPO ausdrücklich offen gelassen (vgl. BGE 134 I 162). Da der Entscheid über die Entschädigung gemäss der neuen bundesrechtlichen Regelung auch von den Sachverständigen mit Beschwerde angefochten werden kann (vgl. Art. 184 Abs. 3 ZPO) und die Vorinstanz eine allfällige Herabsetzung zu begründen hätte, wird diesen jedoch ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben sein.

3.4. Im Hinblick auf den neuen Entschädigungsentscheid der Vorinstanz ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass auch die ungefähr vereinbarte Vergütung eine Aufwandvergütung ist. Es besteht kein Anspruch auf Vergütung

eines unnötigen Aufwandes, der bei sorgfältigem Vorgehen nicht erforderlich gewesen wäre. Die darauf entfallenden Kosten wären bei der Ermittlung der nur noch teilweise vergütungsberechtigten Mehrkosten auszuscheiden (vgl. Bühler, a.a.O., S. 75 f.). In diesem Zusammenhang wird die Vorinstanz zu prüfen haben, ob und inwieweit Verzögerungen in der Gutachtensbearbeitung auf ein Verhalten der Parteien oder auf andere Faktoren (schleppende Bearbeitung durch die Gutachter usw.) zurückzuführen sind.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens ist keine Entscheidunggebühr für das Beschwerdeverfahren zu erheben. Mangels einer Rechtsgrundlage ist auch keine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Dispositivziffer 5 und die dritte Zeile von Dispositivziffer 6 der Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 19. Juli 2013 werden aufgehoben, und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Sachverständigen (Dr. F.____, F1.____, und H.____, H1.____ AG) sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon und an die Obergerichtskasse, 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. 23'746.85.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am:

4.1. Sowohl Dr. F. _____ von der F1. _____ als auch H. _____ von der H1. _____ AG unterbreiteten der Vorinstanz vor Erteilung des Gutachtensauftrages einen unverbindlichen Kostenvoranschlag (Fr. 10'000.--, act. 5, bzw. Fr. 3'000.--, act. 30). Wird auf diese Weise ein ungefährender Kostenansatz vereinbart, so bildet der effektive Aufwand des Gerichtsgutachters und nicht die Kostenschätzung Grundlage seines Vergütungsanspruches. Nach den für die werkvertragliche Bestimmung von Art. 375 Abs. 2 OR geltenden Faustregeln, die auftragsrechtlich analog anwendbar sind, hat das Gericht das Preisrisiko für eine Überschreitung des ungefährenden Kostenansatzes bis zu einer Toleranzgrenze von 10 bis 20 Prozent allein zu tragen. Nur für die darüber hinausgehenden (durch nötigen Aufwand angefallenen) Mehrkosten wird das Preisrisiko im Regelfall geteilt, so dass sich der Gerichtsgutachter deren Herabsetzung um die Hälfte gefallen lassen muss (vgl. Bühler, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in: Gericht und Expertise, Bern 2005, S. 11 ff., S. 75 mit weiteren Hinweisen).

Hat ein Sachverständiger die zu erwartenden Mehrkosten ebenfalls nur schätzungsweise (ungefähr) mitgeteilt und das Gericht sich damit begnügt, so sind die erwähnten beiden Faustregeln lediglich für die Überschreitung der Mehrkosten massgebend (Bühler, a.a.O., S. 75). In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass Dr. F. _____ dem Gericht am 25. Mai 2012 telefonisch mitteilte, dass die Kosten des Gutachtens aufgrund des grösseren Aufwands als ursprünglich vermutet wohl eher höher als Fr. 10'000.-- ausfallen werden. Er gehe heute davon aus, dass sich die Kosten im Bereich von Fr. 15'000.-- bewegen dürften (act. 100).

Es lägen folglich lediglich Gutachterkosten von Fr. 16'000.-- (Dr. F. _____, F1. _____) bzw. Fr. 3'600.-- (H. _____, H1. _____ AG) im Toleranzbereich. Hinzu kommt der Ersatz von Auslagen und Verwendungen, die in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht wurden (vgl. Art. 402 Abs. 1 OR; vgl. Bühler, a.a.O., S. 79 f.). Zu denselben gehören die Rechnungen der EMPA vom 13. August 2012 für die Untersuchung von Ablagerungen und Wasser (Fr. 1'064.90; act. 147 S. 7), der Wetter Stahlbau vom 28. August 2012 für das Trennen der Wärmetauscher (Fr. 534.60; act. 147 S. 8) und der H1. _____ AG vom 27. November 2012 für die

Wasseranalyse (Fr. 390.95, act. 147 S. 9). Die erwähnten Erhebungen wurden mit Verfügung vom 1. Juni 2012 (act. 101) ausdrücklich genehmigt.

Überdies sind Fahrtkosten gemäss den Bestimmungen und Ansätzen der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (LS 177.111) als notwendige Barauslagen zu vergüten (§ 4 Abs. 1 lit. a Entschädigungsverordnung). Demnach können im Bereich des Zürcher Verkehrsverbundes Billette zweiter Klasse, ausserhalb des Verbundgebietes erster Klasse verrechnet werden (§ 66 Abs. 1). Die Kosten für den Gebrauch eines privaten Fahrzeuges werden nur vergütet, wenn durch dessen Benützung eine wesentliche Zeit- oder Kostenersparnis erzielt wird oder die Verwendung der öffentlichen Verkehrsmittel unzumutbar ist oder solche nicht zur Verfügung stehen (§ 68 Abs. 2). Die Kilometerentschädigung für die Benützung eines Autos beträgt Fr. 0.70 (§ 68 Abs. 3). Der geltend gemachte Transportspesenaufwand erscheint im Umfang von Fr. 319.90 (F1._____) bzw. Fr. 51.90 (H1._____ AG) – sofern notwendig – als angemessen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass eine Honorarrechnung von rund Fr. 18'310.-- (F1._____) bzw. Fr. 3'660.-- (H1._____ AG) die dem Gericht unterbreiteten Kostenvoranschläge nicht wesentlich überstiegen hätte. Anders verhält es sich mit den fakturierten Beträgen von Fr. 25'301.50 (F1._____) und Fr. 13'445.35 (H1._____ AG). Die Vorinstanz hätte daher – wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht (vgl. act. 153 S. 3 f.) – bereits aus diesem Grund eine Herabsetzung prüfen müssen. Zu diesem Zweck hätte sie die Parteien vorgängig anhören müssen (vgl. § 10 Abs. 2 Entschädigungsverordnung). Das Zustellen der fraglichen Rechnungen zur Kenntnissnahme genügt hierfür nicht. Vielmehr wäre die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen dazu gehalten gewesen, den Parteien mittels einer Verfügung Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Indem sie dies unterliess, hat sie das rechtliche Gehör der Parteien verletzt.