

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF150009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Ersatzrichter
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen so-
wie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 1. Juli 2015

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,
gegen

1. **B._____ AG in Liquidation,**

2. **C._____ AG,**

3. **D._____ AG,**

4. **E._____ AG,**

Gesuchs- und Beschwerdegegnerinnen,

Nr. 1 vertreten durch Konkursamt Höfe,

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

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

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes
Pfäffikon vom 30. Dezember 2014 (ET130005)

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Die Gesuchstellerin reichte am 6. November 2008 beim Bezirksgericht Pfäffikon ein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme ein. Es ging um eine Wärmepumpe / Kältemaschine, die von ihr im Auftrag der Generalunternehmerin, der F._____ AG, in einem Bürogebäude an der ... [Adresse] in ... eingebaut worden war. Die Gesuchstellerin brachte vor, dass die Wärmepumpe / Kältemaschine von der Gesuchsgegnerin 1 geliefert worden sei. Der zur Maschine gehörende Plattenwärmetauscher habe die Gesuchsgegnerin 1 über die Gesuchsgegnerin 2 bezogen. Die Planung und Berechnung der Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlage sei durch die Gesuchsgegnerin 3 erfolgt. Die Elektroinstallationsarbeiten seien von der Gesuchsgegnerin 4 ausgeführt worden. Die Anlage sei im Oktober 2006 in Betrieb genommen worden. Am 29. November 2006 sei es zu einem ersten Totalausfall wegen einer Leckage des Plattenwärmetauschers gekommen. Als Folge der Leckage sei Kältemittel in den Heizungskreislauf gelangt. Ein weiterer Schadenfall habe sich im April 2007 ereignet, ein Folgeschaden Ende Oktober 2007. Die Gesuchstellerin verlangte die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens und schlug Dr. G._____ (N._____, im Folgenden: N._____) und Dr. H._____ (Abteilung Korrosions- und Werkstoffintegrität der Q._____) als Gutachter vor (act. 1 S. 2 ff.). Die Vorgeschlagenen erklärten sich bereit, ein Gutachten zu erstellen. Die Kosten für das Gutachten betragen je nach Umfang rund CHF 10'000.00 (act. 5). Mit Verfügung vom 11. November 2008 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Vorschusses von CHF 10'000.00 angesetzt, wobei eine spätere Erhöhung vorbehalten wurde (act. 6 und 14). Mit Eingabe vom 10. Dezember 2008 nahm die Gesuchsgegnerin 1 gegen die Bestellung von Dr. H._____ Stellung und machte eigene Vorschläge (act. 10). Am 20. Januar 2009 stellte die Vorinstanz Dr. G._____ eine Liste der von den Parteien vorgeschlagenen Experten zu und bat ihn, Bescheid zu geben, mit wem er sich eine Zusammenarbeit vorstellen könne (act. 30). Tags darauf erklärte Dr. G._____, dass er eine Zusammenarbeit mit I._____ (J._____ AG) bevorzuge (act. 30). Am 7. April 2009 teilte I._____ mit, dass er die Parteien nicht näher kenne und mit anfallenden Kosten für eine Unter-

suchung von CHF 3'000.00 rechne (act. 38). Am gleichen Tag ernannte die Vorinstanz Dr. G._____ und I._____ als Gutachter und wies sie mit separaten Schreiben auf ihre Pflichten hin (act. 39/1, 39/2 und 40).

Am 30. April 2009 teilte I._____ sowie die J._____ AG der Vorinstanz mit, dass die Gutachter am 28. April 2009 Akteneinsicht genommen hätten. Sie hätten festgestellt, dass es sich um einen recht komplexen und langwierigen Streitfall handle. In solchen Fällen sei ein Aktenstudium und eine Dateninterpretation durch die Experten nötig und keine Laboranalysen. Von letzterem seien die Gutachter aber bei ihrer Zusage ausgegangen. Es werde vorgeschlagen, I._____ durch Dr.sc.nat. K._____ zu ersetzen (act. 45). Am 8. Mai 2009 teilte die Vorinstanz I._____ mit, dass er befugt sei, für die Erstattung des Gutachtens Dr. K._____ beizuziehen. I._____ erklärte sich bereit, unter dieser Bedingung weiter als Gutachter tätig zu sein (act. 47).

Die Gesuchstellerin reichte am 8. Mai 2009 weitere Fragen zu Händen der Gutachter ein (vgl. act. 48). Diese wurden den Gutachtern mit Verfügung vom 12. Mai 2009 unterbreitet (act. 51). Am 21. September 2009 fand der Augenschein durch die Gutachter statt (act. 55). Mit Eingabe vom 30. November 2009 teilte die Gesuchstellerin dem Gericht mit, dass sie aufgrund eines am 30. April 2009 erneut aufgetretenen Störfalles entschieden habe, die Anlage auszuwechseln. Die Gutachter seien damit einverstanden, da für das Gutachten kein weiterer Anlagebesuch mehr nötig sei. Die Gesuchstellerin monierte, dass das von den Gutachtern anlässlich des Augenscheins in Aussicht gestellte Protokoll noch immer nicht erstellt sei. Sie bat um Mitteilung, bis wann mit dem Gutachten gerechnet werden könne (act. 56). Am 10. Dezember 2009 reichten die Gutachter eine Besprechungsnotiz bezüglich des Augenscheins vom 21. September 2009 ein. Darin wurde unter anderem festgehalten, dass bei den beiden Plattenwärmetauschern keine offensichtlichen Fehlstellen oder Mängel entdeckt worden seien. Aufgrund der kompakten Konstruktion sei das Auffinden von Leckstellen ohne Zerstörung der Plattenwärmetauscher praktisch unmöglich. Für die Erstellung des Gutachtens seien zusätzliche Dokumente insbesondere für die Zeitspanne Oktober 2006 bis April 2007 nötig. Die Gutachter würden nächstens eine entsprechende Liste

an die Parteien senden (act. 66). Auf Betreiben der Gesuchstellerin (act. 70) erkundigte sich das Gericht am 18. Juni 2010 bei Dr. G._____. Dieser teilte mit, die Liste betreffend die zusätzlich benötigten Unterlagen sei bis Ende Juni 2010 zu erwarten. Das Gutachten werde bis August, September 2010 erstellt (act. 72). Am 2. August 2010 versandte Dr. G._____ die Liste der zusätzlich benötigten Unterlagen (act. 74). Während die Gesuchsgegnerin 3 mit Eingabe vom 17. August 2010 Unterlagen einreichte (act. 78), ersuchte die Gesuchsgegnerin 1 um Fristerstreckung bis mindestens 20. September 2010 (act. 84/1). Dr. G._____ 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 reichte die Gesuchstellerin einen weiteren Fragenkatalog betreffend eines erneuten Totalausfalls der (neuen) Anlage vom 28. Oktober 2011 ein. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass aus dem Schadenfall der ausgewechselten Anlage Rückschlüsse auf die vorgängigen Schadensfälle gezogen werden könnten (act. 89). Dr. G._____ und Dr. K._____ gelangten am 6. Januar 2012 an die Vorinstanz. Sie teilten mit, dass am 5. Januar 2012 erneut eine Begehung der Anlage stattgefunden habe. Sie ersuchten das Gericht, die Überstellung des defekten M._____ Plattenwärmetauschers an die N._____ sowie die Entnahme von Wasserproben anzuordnen (act. 92). Die Parteien wurden mit Verfügung vom 10. Januar 2012 zur Stellungnahme aufgefordert (act. 94). Die Gesuchsgegnerin 1 verlangte in diesem Rahmen die Erhöhung des Barvorschusses um mindestens CHF 10'000.00 (act. 98). Auf Nachfrage des Gerichts teilte Dr. G._____ am 25. Mai 2012 mit, dass die Kosten des Gutachtens aufgrund des grösseren Aufwandes wohl höher als CHF 10'000.00 ausfallen würden. Er gehe von Kosten im Bereich von CHF 15'000.00 aus (act. 100). Mit Verfügung vom 1. Juni 2012 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 L._____

(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 M._____ Plattenwärmetauscher auf Kosten des Gutachtens unverzüglich aus dem Gewahrsam der M._____ AG zu holen bzw. holen zu lassen und bei der N._____ zu verwahren. Mit Verfügung vom 1. Juni 2012 verlangte die Vorinstanz von der Gesuchstellerin einen zusätzlichen Vorschuss von CHF 5'000.00 (act. 101). Dr. G._____ und Dr. O._____ 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 N._____ zu überstellen bzw. von dieser abholen zu lassen. Die Beschwerdeführerin erklärte sich mit diesem Vorgehen einverstanden (vgl. act. 104 und act. 106).

Am 22. Januar 2013 wurde das Gutachten erstattet (act. 122 und 123). Hierzu äusserte sich die Gesuchstellerin innert mehrfach erstreckter Frist mit Eingabe vom 2. Mai 2013 und stellte Anträge betreffend Erläuterung und Ergänzung des Gutachtens (act. 140). Auch die Gesuchsgegnerin 1 liess sich innert mehrfach erstreckter Frist vernehmen und stellte den Antrag, der Kostenvorschuss sei "um CHF 10'000.00 eventuell wie viel" zu erhöhen (act. 138). Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin mit Erläuterungs- bzw. Ergänzungsanträgen zum Gutachten wurde Dr. G._____ zugestellt, worauf er auf entsprechende Nachfrage des Gerichts und nach Rücksprache mit I._____ 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. G._____ die Honorarnoten der ... (N._____) im Totalbetrag von CHF 25'301.50 und der J._____ AG im Totalbetrag von CHF 13'445.35 ein (act. 145 und act. 147), welche den Parteien mit Schreiben vom 8. Juli 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (act. 147). Mit Verfügung vom 19. Juli 2013 wies das Bezirksgericht Pfäffikon im Wesentlichen den Antrag der Gesuchstellerin auf Ergänzung des Gutachtens sowie den Antrag der Gesuchsgegnerin 1 auf Erhöhung des Kostenvorschusses ab, entschied über den Verbleib der Plattenwärmetauscher und setzte die Entschädigung der Gutachter antragsgemäss auf CHF 25'301.50 (N._____ (N._____) bzw. auf CHF 13'445.35

(J._____ AG) fest (act. 148). Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin am 6. August 2013 Beschwerde. Sie stellte den Antrag, die Entschädigungen seien auf CHF 10'000.00 (N._____ (N._____)) bzw. auf CHF 5'000.00 (J._____ AG) zu reduzieren, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates. Mit Urteil vom 5. September 2013 hob die Kammer den vorinstanzlichen Entscheid bezüglich der Bemessung der Gutachterentschädigungen wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur neuen Entscheidung an das Bezirksgericht Pfäffikon zurück. Für das zweitinstanzliche Verfahren wurde keine Entscheidgebühr erhoben und es wurden keine Parteientschädigungen zugesprochen (act. 154).

Mit Verfügung vom 15. November 2013 setzte das Bezirksgericht Pfäffikon den Parteien Frist an, um zu den Honorarrechnungen der Gutachter Stellung zu nehmen (act. 156). Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 29. November 2013 fristgerecht Stellung und stellte folgende Rechtsbegehren (act. 158):

1. Es sei die Entschädigung der Sachverständigen auf insgesamt CHF 15'000.00 (CHF 10'000.00 N._____ und CHF 5'000.00 J._____ AG) zu reduzieren, und demgemäss die Gutachterkosten entsprechend festzusetzen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegner.

Mit Verfügung vom 30. Dezember 2014 entschied die Vorinstanz Folgendes (act. 163 = act. 167):

1. Das Begehren um Herabsetzung der Entschädigungen der Sachverständigen wird abgewiesen.
2. Die Sachverständigen werden nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist für ihre Aufwände wie folgt entschädigt:

Fr. 25'301.50 N._____ N._____
Fr. 13'445.35 J._____ AG
Fr. 38'746.85 Totalbetrag.

3. Eine Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Auslagen betragen Fr. 38'746.85 (Gutachterkosten).
4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und, falls noch vorhanden, mit dem Vorschuss im Verfahren EV080002-H verrechnet.
5. Prozessentschädigungen werden keine zugesprochen.
6. [Mitteilung]
7. [Rechtsmittelbelehrung]

Dieser Entscheid wurde der Gesuchstellerin am 26. Januar 2015 zugestellt (act. 164/6). Mit Eingabe vom 5. Februar 2015 (Datum Poststempel) erhob sie rechtzeitig Beschwerde und stellte folgende Rechtsbegehren (act. 168):

1. Es sei in Aufhebung bzw. Abänderung von Ziff. 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon, Einzelgericht s.V., vom 30. Dezember 2014, die Entschädigung der Sachverständigen auf insgesamt CHF 15'000.00 (CHF 10'000.00 N._____ und CHF 5'000.00 J._____ AG) zu reduzieren, und demgemäss in Aufhebung bzw. Abänderung von Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung die Gutachterkosten so neu festzusetzen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz- bzw. der Staatskasse.

Mit Verfügung vom 13. Februar 2015 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren von CHF 2'000.00 angesetzt (act. 172). Der Vorschuss wurde am 23. Februar 2015 geleistet (act. 176). Mit Eingabe vom 19. Februar 2015 teilte die Gesuchsgegnerin 1 mit, dass über sie am 29. Juli 2013 der Konkurs eröffnet worden sei. Da die Konkursmasse nicht in den Prozess eingetreten sei, stelle sich die Frage, weshalb das Verfahren nicht nach Art. 207 SchKG eingestellt worden sei (act. 174). Am 23. Februar 2015 wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass zurzeit noch die Frist für den Kostenvorschuss laufe und sich die Frage nach einer Sistierung des Verfahrens erst stelle, falls eine Beschwerdeantwort einzuholen sei (act. 175). Mit Verfügung vom 19. Mai 2015 wurde Dr. G._____ und I._____ Frist angesetzt, um sich zur Beschwerde vom 5. Februar 2015 zu äussern (act. 177). Mit Eingabe vom 26. Mai 2015

stellte I._____ den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen. Zur Begründung verwies er auf die Stellungnahme der N._____ (act. 179). Mit Schriftsatz vom 27. Mai 2015 stellte Dr. G._____ den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen und die Gutachter seien gemäss der Rechnungsstellung (CHF 25'301.50 N._____ und CHF 13'445.35 J._____ AG, total CHF 38'746.85) zu entschädigen (act. 180). Die Eingaben der Gutachter wurden den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 182/1-5). Ohne Aufforderung äusserte sich die Gesuchstellerin am 10. Juni 2015 dazu. Anlass zu einer erneuten Fristansetzung an die Gutachter gibt diese Eingabe nicht. Sie ist den Gutachtern mit dem Entscheid in der Sache zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Frage der Sistierung des Verfahrens

Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden Zivilprozesse, in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt. Sie können im ordentlichen Konkursverfahren frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung, im summarischen Konkursverfahren frühestens 20 Tage nach der Auflegung des Kollokationsplanes wieder aufgenommen werden (Art. 207 Abs. 1 SchKG).

Im vorliegenden Verfahren geht es ausschliesslich um die Frage des Gutachterhonorars, das jedenfalls nicht von der Gesuchsgegnerin 1 zu tragen ist. Der Prozess berührt somit den Bestand der Konkursmasse der Gesuchsgegnerin 1, über die am 29. Juli 2013 der Konkurs eröffnet worden ist (act. 171/2), nicht. Das Verfahren ist nicht zu sistieren.

3. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die Gutachter seien nach Massgabe der Bestimmungen der Entschädigungsverordnung zu entschädigen. Die Entschädigung sei aufgrund der Honorarrechnung festzusetzen, wobei ein Überschreiten des Voranschlages zur Herabsetzung der Entschädigung führen könne.

Die Gesuchstellerin habe ihren Antrag, das Gutachterhonorar sei auf total CHF 15'000.00 zu reduzieren, auf drei Gründe gestützt. Erstens habe sie vorge-

bracht, sie habe nach Treu und Glauben vom veranschlagten Betrag von CHF 15'000.00 ausgehen dürfen, zumal dieser Betrag von den Gutachtern drei Jahre nach Auftragserteilung und ein Jahr vor der Ablieferung des Gutachtens genannt worden sei. Zweitens habe die Gesuchstellerin moniert, die Gutachter hätten einen zu hohen Aufwand betrieben. Der vom Gutachter Dr. G._____ verrechnete Stundenansatz von CHF 180.00 sei zu hoch, angemessen sei der von Dr. K._____ angewendete Ansatz von CHF 145.00 pro Stunde. Aufgrund der langen Bearbeitungsdauer sei es zu wiederholtem Aktenstudium und zu Mehrfachbesprechungen gekommen, die nicht zu entschädigen seien. Ebenfalls nicht zu entschädigen seien die Sekretariatsarbeiten der N._____ von 14.5 Stunden à CHF 132.00. Weiter seien Kopien als Spesen abzurechnen. Die Position "Plattentauscher abholen und bringen" von insgesamt 10.5 Stunden à CHF 134.00 seien so nicht ausgewiesen. Der entsprechende Aufwand sei mit einer Kilometerentschädigung geltend zu machen. Nicht zu entschädigen seien die Zeitpositionen nach Erstattung des Gutachtens am 16. und 17. Mai 2013 im Umfang von 3.5 Stunden à CHF 180.00. Drittens habe die Gesuchstellerin vorgebracht, dass die Gutachter das Verfahren verschleppt hätten, was eine gravierende Pflichtverletzung darstelle. Die Verschleppung habe einen dritten Schadensfall verursacht, der zu erheblichen Mehrkosten geführt habe. Die Gutachter seien überdies von falschen Grundlagen ausgegangen. Das Gutachten sei teilweise unvollständig. Das Gutachten sei mangelhaft, dies müsse zu einer Kürzung des Honorars führen.

Die Vorinstanz hielt die Einwendungen der Gesuchstellerin gegen die in Rechnung gestellten Honorare für nicht stichhaltig. Generell sei es dem Gericht kaum möglich abzuschätzen, welcher Aufwand der Gutachter objektiv gerechtfertigt sei. Der generellen Vermutung der Gesuchstellerin, dass bei kürzerer Bearbeitungszeit ein kleinerer Aufwand entstanden wäre, könne nicht zugestimmt werden. Vielmehr seien die einzelnen Rechnungspositionen zu prüfen. Die Kontrolle ergebe, dass einzig die Position vom 10. März 2011, die Dr. K._____ selber mit Repetition bezeichne, Anlass zur einer Honorarkürzung geben könnte, wenn die vorangehende Pause von sechs Monaten von Dr. K._____ zu verantworten wäre. Genügende Anhaltspunkte dafür bestünden indes nicht, denn der Unterbruch in der

Arbeit von Dr. K._____ könne ihren Grund auch darin haben, dass Dr. K._____ auf Unterlagen von Dr. G._____ habe warten müssen. Der Vorwurf der Gesuchstellerin, es sei durch die lange Verfahrensdauer zu unnötigen Mehrfachbesprechungen gekommen, sei ungerechtfertigt. Denn die wiederholten Besprechungen vom November und Dezember 2012 stünden wohl eher im Zusammenhang mit der Fertigstellung des Gutachtens im Januar 2013 als mit der Auffrischung des Wissensstandes aufgrund von Verzögerungen.

Die Vorinstanz führte weiter aus, dass aus den Akten kein Grund für die unterschiedlichen Stundenansätze der beiden Gutachter hervorgehe. Dennoch sei der von Dr. G._____ verlangte Stundenansatz von CHF 180.00 nicht unverhältnismässig hoch. Es handle sich um einen unter Praktikern anerkannten Fachmann. Unter Berücksichtigung der Fachkenntnisse sowie der Schwierigkeit der erbrachten Leistung sei der Stundenansatz nicht zu beanstanden, auch wenn er über dem Ansatz von Dr. K._____ von CHF 145.00 liege.

Bezüglich des Aufwandes für Sekretariatsarbeiten der N._____ von 14.5 Stunden à CHF 132.00 wurde im angefochtenen Entscheid erwogen, dieser Aufwand sei aufgrund des erheblichen Aktenverkehrs und des Koordinationsaufwandes gerechtfertigt.

Unzutreffend sei die Behauptung der Gesuchstellerin, wonach der Kopieraufwand als Spesen hätte abgerechnet werden müssen. Die Zeit für die Kopierarbeiten (2.5 Stunden am 9. Januar 2013) sei zu vergüten, zumal die Kosten kaum geringer ausgefallen wären, wenn die Gutachter das Gutachten durch eine Drittfirma hätten drucken lassen.

Bezüglich der Fahrauslagen führte die Vorinstanz aus, dass die Gutachter einen Betrag von CHF 1.00 pro Kilometer verrechnet hätten. Dieser Betrag liege zwar über dem Ansatz von CHF 0.70 nach § 68 Abs. 3 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz, der durch Verweisung der Entschädigungsverordnung anzuwenden sei, doch sei die Höhe nicht derart unverhältnismässig, dass eine Reduktion gerechtfertigt sei. Zu Unrecht rüge die Gesuchstellerin die zusätzliche Rechnungsstellung des für den Transport hinzugezogenen Mitarbeiters. Denn dabei

handle es sich um einen im Zusammenhang mit der Erstellung des Gutachtens tatsächlich entstandenen Aufwand.

Richtig sei, dass die Aufwendungen vom 16. und 17. Mai 2013 nach Erstattung des Gutachtens entstanden seien. Grund dafür seien die Beanstandungen der Gesuchstellerin in der Eingabe vom 2. Mai 2013 gewesen. Das Gericht habe den Gutachtern die Eingabe der Gesuchstellerin mit der Bitte um Durchsicht übermittelt. Am 17. Mai 2013 habe Dr. G._____ nach Rücksprache mit I._____ seine Einschätzung mitgeteilt. Der verrechnete Aufwand von 3.5 Stunden sei zur Beurteilung der Anträge der Gesuchstellerin nicht übertrieben.

Zum Einwand der Gesuchstellerin, sie habe nach Treu und Glauben von der Einhaltung des Kostenvoranschlages von CHF 15'000.00 ausgehen dürfen, führte die Vorinstanz aus, die ursprüngliche Angabe der Kosten von CHF 10'000.00 (vgl. act. 5), sei für das Gericht als Auftraggeber nicht Geschäftsgrundlage gewesen. In erster Linie sei es damals darum gegangen, den Vorschuss gemäss § 83 ZPO/ZH zu bemessen und nicht darum, unter verschiedenen Experten denjenigen mit dem tiefsten Kostenvoranschlag auszuwählen. Die Art und Weise, wie Dr. G._____ seine Kostenabschätzung abgegeben habe, erwecke den Eindruck einer spontanen Schätzung. Dem Gutachter sei es zum damaligen Zeitpunkt nicht möglich gewesen, eine einigermaßen präzise Schätzung abzugeben. Dies zeige auch das Verhalten von I._____. Dieser habe am 7. April 2009 mit Kosten von rund CHF 3'000.00 gerechnet (act. 38). Nach dem Aktenstudium habe er dann jedoch am 30. April 2009 mitgeteilt, dass es sich vorliegend entgegen seiner ursprünglichen Einschätzung um einen komplexen Fall handle, der nicht allein mit Laboranalysen beurteilt werden könne (act. 45). Dies zeige, dass die Kostenschätzungen der Gutachter mit grossen Unsicherheiten behaftet gewesen seien. Bereits im Zeitpunkt der Ernennung der Gutachter – aber nach der Kostenschätzung durch dieselben – seien den Gutachtern nebst den Ursprungsfragen zwei weitere Themenkomplexe mit mehreren verschiedenen zusätzlichen Fragen zur Beurteilung vorgelegt worden. Kurz nach der definitiven Auftragserteilung seien erneut vier weitere Fragen infolge eines erneuten Störfalles den Gutachtern unterbreitet worden. Am 1. Juni 2012 seien drei weitere Störfälle hinzugekommen. Diese zusätzli-

chen Fragen seien sehr offen formuliert worden, was mutmasslich zu einer aufwändigeren Untersuchung geführt habe. Hinzu komme, dass das Gutachten ursprünglich zur Erforschung der Ursachen eines Störfalles angeordnet worden sei. Später seien zwei weitere Störfälle hinzugekommen, die auch in die Begutachtung einzubeziehen waren. Die Dauer der Begutachtung bezeichnet die Vorinstanz als aussergewöhnlich lange. Der Grund dafür liege einerseits im grossen Untersuchungsaufwand, andererseits darin, dass die Experten in zwei Phasen (Oktober 2010 bis Februar 2011 und April bis Dezember 2011) nicht am Gutachten gearbeitet hätten. Die beiden Unterbrüche hätten indes keinen Einfluss auf den Gesamtaufwand der Gutachter.

4. Argumente der Gesuchstellerin

4.1. Die Gesuchstellerin bringt vor, dass Dr. G._____ im Mai 2012 (act. 100) erklärt habe, dass mit Kosten von CHF 15'000.00 zu rechnen sei. Nach Treu und Glauben habe sie davon ausgehen dürfen, dass dieser Kostenrahmen eingehalten werde, zumal die Einschätzung vom Mai 2012 dreieinhalb Jahre nach Auftragserteilung und ein Jahr vor der Ablieferung des Gutachtens erfolgt sei.

4.2. Abgesehen davon rechtfertigte sich eine Reduktion des Honorars aufgrund nicht gerechtfertigten Aufwandes. Für das Jahr 2011 sei mindestens ein Aufwand von rund 11 Stunden nicht zu entschädigen. Konkret sei die Aufwandposition vom 10. März 2011 "Aktenstudium Repetition" von 2 Stunden in der Rechnung der J._____ AG zu streichen. Am 2. Februar 2010 seien in der Rechnung der N._____ unter dem Titel "Berichtsentwurf" 2 Stunden verrechnet worden. Das zusätzlich geforderte Honorar für Aktenstudium von 5 Stunden sei nicht gerechtfertigt, anzurechnen sei maximal 1 Stunde. Die Weiterbearbeitung des Berichtsentwurfes wäre kürzer ausgefallen, wenn es nicht zu Bearbeitungslücken gekommen wäre. Dies rechtfertige eine weitere Kürzung von 5 Stunden.

Der Aufwand für das Jahr 2012 sei um rund 20 Stunden zu kürzen. Die Gesuchstellerin begründet dies damit, dass der Beizug von O._____ zu einem unnötigen Koordinationsaufwand von mindestens 10 Stunden geführt habe. Weiter falle auf, dass bezüglich des Augenscheins vom 5. Januar 2012 für Dr. K._____ 2 Stunden

fakturiert worden seien, während für O._____ 4 Stunden verrechnet worden seien. Die für den Zeitraum 29. März bis 31. März 2012 fakturierten Positionen [total 11 Stunden] seien offensichtlich durch die überlange Bearbeitungsdauer verursacht und deshalb nicht im vollen Umfange zu entschädigen.

Weiter bringt die Gesuchstellerin vor, dass der Stundenansatz von Dr. G._____ (CHF 180.00) zu hoch sei. Der Experte habe den KBOB-Stundenansatz der Kategorie B gewählt, was aber nicht adäquat sei. Berechtigt sei der Dr. K._____ verrechnete Ansatz von CHF 145.00.

Nicht zu entschädigen seien weiter die Sekretariatsarbeiten von Frau P._____ von 14.5 Stunden [Rechnung N._____], jedenfalls nicht zum übersetzten Ansatz von CHF 132.00. Ebenfalls zu streichen seien die Aufwendungen für das Abholen und Bringen der Plattentauscher (Positionen vom 12. Juni 2012, 25. Juni 2012, 9. Juli 2012 und 11. Juli 2012, total 10.5 Stunden), jedenfalls sei nicht der übersetzte Ansatz von CHF 132.00 in Anwendung zu bringen. Soweit Autospesen geltend gemacht würden, gelte ein Ansatz von CHF 0.70 pro Kilometer und nicht CHF 1.00 wie verrechnet.

Die Zeitpositionen nach Erstattung des Gutachtens (Positionen vom 16. und 17. Mai 2013 in der Rechnung N._____, total 3.5 Stunden) seien nicht gerechtfertigt und zu streichen. Das Gutachten sei erläuterungsbedürftig gewesen, doch hätten die Experten keine Lust mehr gehabt, am Gutachten weiterzuarbeiten.

4.3. Schliesslich macht die Gesuchstellerin inhaltliche Mängel des Gutachtens geltend. Auf die Einzelheiten ist im Rahmen der Würdigung einzugehen.

5. Stellungnahme der Gutachter

Die Gutachter stellen sich hinter den vorinstanzlichen Entscheid. Sie vertreten die Auffassung, dass der angewendete Stundenansatz nicht zu hoch sei. Im Gegenteil wäre die Rechnung um über CHF 7'000.00 höher ausgefallen, wenn die branchenüblichen Tarife berechnet worden wären. Die Vorinstanz habe die Gutachter nie dazu angehalten, einen Kostenvoranschlag zu erstellen. Der im Jahre 2008 angegebene Betrag sei am Telefon und ohne Kenntnis der Akten genannt wor-

den. Das Bezirksgericht habe nicht darauf hingewiesen, dass dieser Betrag als Kostendach gelte. Die am 25. Mai 2012 abgegebene Kostenangabe sei vor der Verfügung vom 1. Juni 2012 erfolgt. Der Aufwand für die anschliessende Untersuchung der Plattenwärmetauscher sei kaum abschätzbar gewesen.

Die in Rechnung gestellten Kosten für das Aktenstudium enthielten auch das Studium von Fachliteratur und die Abklärung von Feststellungen in Normen und Richtlinien. Gewisse Arbeiten hätten nicht einem einzelnen Projekt zugeordnet werden können, weshalb sie in der Rechnung nicht aufgeführt worden seien. In den vermeintlichen Bearbeitungslücken gemäss Rechnung seien interne Fachgespräche geführt und es seien Methoden für die Lokalisierung der Fehlstellen evaluiert worden. Die in der Rechnung aufgeführten Fremdleistungen seien durch die Parteien bzw. durch die Vorinstanz angeordnet worden. Im Falle der Herabsetzung der Gutachterkosten seien diese Kosten gesondert zu betrachten. Die in Rechnung gestellten Fahrspesen (CHF 1.00 pro Kilometer statt CHF 0.70) seien von der Vorinstanz nicht moniert worden, obwohl eine allfällige Korrektur einfach gewesen wäre.

6. Würdigung

6.1. Anforderungen an die Begründung der Beschwerde

Die Beschwerde muss begründet werden (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdeführer hat sich mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen und hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid seiner Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat Bestand (OGer ZH RT120065). Eine ungenügende Begründung ist kein verbesserlicher Mangel im Sinne von Art. 132 ZPO, weshalb keine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen ist (OGer ZH RT110114). Soweit eine genügende Rüge vorgebracht wurde, wendet die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen an. Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (Art. 57 ZPO, vgl. BGE 138 III 374 und OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80)

6.2. Anwendbares Recht

Die Gesuchstellerin reichte ihr Gesuch am 6. November 2008 und damit vor dem 1. Januar 2011, dem Tag des Inkrafttretens der schweizerischen Zivilprozessordnung, ein. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht die zürcherische Zivilprozessordnung angewendet (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Daran ändert der Rückweisungsentscheid der Kammer vom 5. September 2013 nichts (vgl. BGer 4A_225/2011 und 4A_471/2011). Das Beschwerdeverfahren setzt das erstinstanzliche Verfahren nicht fort, sondern dient lediglich der Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung (KuKo ZPO-Brunner, 2. Auflage, Art. 326 N 4). Im vorliegenden Verfahren ist deshalb zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid im Lichte der zürcherischen Zivilprozessordnung korrekt ist.

6.3. Grundlage der Entschädigung der Gutachter

Der Gutachtensauftrag ist ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis nach kantonalem Recht. Die Honorierung der Gutachter richtet sich somit nach dem kantonalen Verfahrensrecht. Fehlen entsprechende Bestimmungen, kommt subsidiär das Bundesprivatrecht als kantonales Recht zur Anwendung (BGE 134 I 159). Der Plenarausschuss der Gerichte des Kantons Zürich hat am 11. Juni 2002 gestützt auf § 215 Abs. 2 Ziff. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) die Entschädigungsverordnung der obersten Gerichte (im Folgenden: Entschädigungsverordnung) erlassen. Das den Gutachtern im vorliegenden Verfahren zustehende Honorar bemisst sich somit nach dieser Verordnung. Anzumerken bleibt, dass die schweizerische Zivilprozessordnung auch zu Anpassungen der Entschädigungsverordnung geführt hat. Die Änderungen betreffen hingegen nicht die für den vorliegenden Fall einschlägigen Bestimmungen (vgl. die heute gestützt auf § 73 Abs. 1 lit. b GOG geltende Fassung, LS 211.12).

Die Gutachter werden in der Regel nach Aufwand entschädigt. Der Ansatz richtet sich nach den erforderlichen Fachkenntnissen und der Schwierigkeit der Leistung, bei freiberuflichen Sachverständigen in der Regel nach den Ansätzen des jeweiligen Berufsverbandes (§ 9 Abs. 1 Entschädigungsverordnung). Nicht zu entschädigen sind Aufwendungen, die objektiv nicht gerechtfertigt sind und bei sorgfälti-

gem und zweckmässigem Vorgehen nicht entstanden wären (vgl. BGE 134 I 159 E. 4.4.). 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). Eine Verpflichtung zur Definition eines Kostendaches ergibt sich daraus zwar nicht. Dies bedeutet indes nicht, dass der Gutachter Kosten in beliebiger Höhe in Rechnung stellen könnte. Erscheint die Rechnung als übersetzt, so kann die Entschädigung herabgesetzt werden (§ 10 Abs. 2 Entschädigungsverordnung). Dem Gericht steht dabei ein erhebliches Ermessen zu (OGer, II. ZK, 30. November 2012, NQ120056 E. 5.1.). Es hat dabei auch zu prüfen, ob der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO/ZH, vgl. Art. 52 ZPO) eingehalten wurde. Kosten, die keine Partei veranlasst hat, werden in der Regel auf die Gerichtskasse genommen (§ 66 Abs. 2 ZPO/ZH, vgl. Art. 108 ZPO).

Im Folgenden sind die Rügen der Gesuchstellerin bezüglich der in Rechnung gestellten Aufwendungen, Qualität des Gutachtens und des Kostenvorschusses im Einzelnen zu behandeln.

6.4. Ungerechtfertigter Aufwand und zu hohe Stundenansätze

Die N._____ und die J._____ AG haben mit den Rechnungen vom 21. und 24. Mai 2013 die Aufwendungen der Gutachter detailliert aufgeführt (act. 147). Mit Verfügung vom 19. Juli 2013 sprach die Vorinstanz den beiden Gesellschaften die in Rechnung gestellten Beträge zu (act. 148). Die Gesuchstellerin rügt weder den Detaillierungsgrad der Rechnungen noch den Umstand, dass die beiden Gesellschaften und nicht die als Gutachter bestellten natürlichen Personen entschädigt wurden. Auch die Gutachter äussern sich dazu nicht. Mangels Rüge ist davon auszugehen, dass der Honoraranspruch den Gesellschaften und nicht den Gutachtern zusteht.

Bezüglich des Aufwandes für das Jahr 2011 bringt die Gesuchstellerin vor, die Aufwandposition vom 10. März 2011 mit dem Betreff "Aktenstudium Repetition" sei ungerechtfertigt. Die Vorinstanz begründete, weshalb sie diese Position nicht für ungerechtfertigt halte (act. 167 S. 11). Die Gesuchstellerin setzt sich damit nicht auseinander, sondern führt lediglich aus, die vorinstanzliche Begründung sei

"nicht nachvollziehbar", "ergebnisorientiert" bzw. eine "leere Phrase" (act. 168 S. 6). Mangels genügender Begründung ist auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten.

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, am 2. Februar 2010 sei unter dem Titel "Berichtsentwurf" ein Aufwand von zwei Stunden verrechnet worden. Diese Position rügt die Gesuchstellerin nicht. Sie moniert indes, dass es nicht angehe, zusätzlich ein Aktenstudium von 5 Stunden geltend zu machen. Angemessen sei höchstens eine Stunde. Die Gesuchstellerin sagt nicht, auf welche Rechnungsposition sich ihre Kritik richtet, und erklärt nicht, weshalb ein Aufwand von einer Stunde, nicht aber ein solcher von 5 Stunden gerechtfertigt sein soll (act. 168 S. 6). Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt ungenügend begründet.

Die Gesuchstellerin verlangt sodann, dass aufgrund der von der Vorinstanz festgestellten Bearbeitungslücke von neun Monaten ein Abzug von 5 Stunden vorzunehmen sei. Die Gesuchstellerin setzt sich auch diesbezüglich mit der Begründung im angefochtenen Entscheid (act. 167 S. 11) nicht auseinander (act. 168 S. 6), weshalb auf die Beschwerde diesbezüglich ebenfalls nicht einzutreten ist.

Hinsichtlich des Aufwandes für das Jahr 2012 rügt die Gesuchstellerin, dass die Bearbeitung N.____-intern teilweise O.____ überlassen worden sei. Sie behauptet, dies habe zu einem nicht gerechtfertigten Mehraufwand von 10 Stunden geführt (act. 168 S. 6-7), begründet dies jedoch nicht, weshalb daraus nichts zu Gunsten der Gesuchstellerin abgeleitet werden kann. Hinzu kommt, dass die Gesuchstellerin selbst in der Eingabe vom 8. Mai 2009 vorgeschlagen hat, Dr. G.____ solle einen weiteren Sachverständigen als Hilfsperson beiziehen (act. 48 S. 3).

Die Gesuchstellerin erklärt, es falle auf, dass bezüglich des Augenscheins vom 5. Januar 2012 für Dr. K.____ ein Aufwand von 2 Stunden geltend gemacht werden, während für O.____ 4 Stunden fakturiert worden seien (act. 168 S. 7). Sie behauptet indes nicht, die verrechneten Stunden entsprächen nicht dem tatsächlichen Aufwand. Die Aufwandposition "Begehung ..., ..." vom 5. Januar 2012 in der Rechnung N.____ ist deshalb nicht zu kürzen.

Bezüglich der drei Positionen für den 29., 30. und 31. März 2012 in der Rechnung der J._____ AG bringt die Gesuchstellerin vor, dieser Aufwand sei offensichtlich durch die überlange und nicht koordinierte Bearbeitung begründet und deshalb nicht voll zu entschädigen (act. 168 S. 7). Auch diesbezüglich ist die Beschwerde ungenügend begründet.

Die Gesuchstellerin weist darauf hin, dass Dr. K._____ einen Stundenansatz von CHF 145.00 verrechnet habe, während Dr. G._____ CHF 180.00 verlange. Die Vorinstanz begründet, weshalb sie den Ansatz von CHF 180.00 für gerechtfertigt hält (act. 167 S. 12). Die Gesuchstellerin setzt sich damit nicht auseinander, sondern bringt ohne weitere Ausführungen vor, der Stundenansatz von CHF 180.00 entspreche dem "KBOB Stundenansatz (Kategorie B)", was nicht adäquat sei (act. 168 S. 7). Die Begründung der Gesuchstellerin ist ungenügend.

Weiter bringt die Gesuchstellerin vor, die Sekretariatsarbeiten von Frau P._____ von 14.5 Stunden sowie die Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Bringen und Abholen der Plattentauscher von 10.5 Stunden seien nicht zu entschädigen. Sie behauptet indes nicht, dass diese Aufwendungen nicht entstanden seien; sie sind deshalb zu honorieren. Eventualiter macht die Gesuchstellerin geltend, der Stundenansatz von CHF 132.00 sei überhöht. Sie führt aber nicht aus, welcher Stundenansatz angemessen wäre. Die Begründung ist wiederum ungenügend.

Autospesen sind gemäss zu CHF 0.70 pro Kilometer zu entschädigen (§ 9 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 lit. a Entschädigungsverordnung und § 68 Abs. 3 Vollzugsverordnung zum Personalgesetz, LS 177.111). In der Rechnung der N._____ wurden 457 Kilometer à CHF 1.00 verrechnet. Die Vorinstanz erkannte, dass damit eine Entschädigung verlangt werde, die über dem Ansatz von § 68 Abs. 3 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz liege. Eine Reduktion der zu hohen Fahrspesen sei dennoch nicht angezeigt, da umgekehrt der Zeitaufwand des entsprechenden Mitarbeiters zum Ansatz eines Administrationsmitarbeiters verrechnet worden sei, obwohl die Fahrten im direkten Zusammenhang mit dem Gutachten gestanden seien (act. 167 S. 13). Die Gesuchstellerin setzt sich mit dieser Begründung nicht auseinander (act. 168 S. 7), weshalb insofern auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

In der Rechnung der N._____ sind unter den Daten 16. und 17. Mai 2013 – also nach Erstattung des Gutachtens vom 22. Januar 2013 – 4 Positionen im Gesamtumfang von dreieinhalb Stunden verbucht (act. 147). Ohne nähere Begründung führt die Gesuchstellerin aus, diese nach Erstattung des Gutachtens angefallenen Aufwendungen seien "von vornherein" nicht zu entschädigen (act. 168 S. 13). Die Vorinstanz hatte dazu ausgeführt, die Gesuchstellerin habe nach Erhalt des Gutachtens mit Eingabe vom 2. Mai 2013 eine Erläuterung bzw. Ergänzung des Gutachtens verlangt (act. 140). Die Eingabe sei Dr. G._____ zur Durchsicht und Mitteilung, ob sich mit den Anträgen am Gutachten etwas ändern würde, zugestellt worden (act. 143 und 144). Am 17. Mai 2013 habe Dr. G._____ nach Rücksprache mit I._____ deren Einschätzung mitgeteilt (act. 144). Damit sei klar, dass die Aufwendungen vom 16. und 17. Mai 2013 nicht unnötig, sondern von der Gesuchstellerin verursacht worden seien. Der geltend gemachte Zeitaufwand von 3.5 Stunden sei nicht übermässig (act. 167 S. 13-14). Mit dieser Begründung setzt sich die Gesuchstellerin nicht auseinander. Auf die Beschwerde ist auch in diesem Punkt nicht einzutreten.

6.5. Inhaltliche Mängel des Gutachtens

Die Gesuchstellerin bringt vor, dass das Gutachten mangelhaft sei. So seien die Gutachter für die Abschätzung der Korrosionswahrscheinlichkeit im System gemäss ... aufgrund einer blossen Mutmassung fälschlicherweise vom Anlagentyp II bzw. fälschlicherweise davon ausgegangen, dass ein Sauerstoffeintrag in das Leitungssystem durch die armierten Schläuche, welche für den Anschluss der Heiz-/Kühlregister verwendet worden seien, nicht auszuschliessen sei. Tatsache sei indes, dass ein Sauerstoffeintrag während des Betriebes auszuschliessen sei, womit das System die Anforderung an ein sauerstofffreies System erfülle, mit der Folge, dass sich sämtliche aus dieser falschen Annahme gezogenen Forderungen und Vorbehalte als haltlos erwiesen.

Ausgeblendet worden sei von den Gutachtern auch, dass bei Auswechslung der Anlage im Dezember 2009 nicht wiederum ein umfassender Potentialausgleich zwecks Reduktion der vagabundierenden Ströme installiert worden sei. Fakt sei, dass der Potentialausgleich eine Verbesserung der Heizwasserqualität gebracht

habe und es nach der jeweiligen Installierung eines umfassenden Potentialausgleichs zu keinen Durchbrüchen mehr gekommen sei, was in unerklärlichem Widerspruch zum Fazit stehe, wonach die Beteiligung von Streuströmen am Schaden ausgeschlossen werden könne (act. 168 S. 9).

Ein Gutachten wird dann eingeholt, wenn besondere Fachkenntnisse nötig sind (§ 171 ZPO). Ein Gericht kann ein Gutachten nicht auf seine fachliche Richtigkeit überprüfen, da ihm die besonderen Fachkenntnisse ja gerade fehlen. Eine inhaltliche Prüfung eines Gutachtens hat gegebenenfalls durch ein weiteres Gutachten zu erfolgen (vgl. Dike-Kommentar ZPO-Müller, Art. 188 N 14-17). Einen entsprechenden Antrag hat die Gesuchstellerin nicht gestellt und er wäre in diesem Verfahren auch nicht zulässig.

6.6. Überschreiten des Kostenvorschusses

Wie dargelegt sind die Rügen der Gesuchstellerin bezüglich der geltend gemachten Aufwendungen sowie hinsichtlich inhaltlicher Mängel des Gutachtens nicht stichhaltig. Die Entschädigung der Gutachter ist deshalb ausgehend vom Rechnungsbetrag von CHF 38'746.85 (CHF 25'301.50 N._____ und CHF 13'445.35 J._____ AG) zu bemessen (§ 10 Abs. 1 Entschädigungsverordnung). Es bleibt zu prüfen, ob sich wegen Überschreitens des Kostenvorschusses eine Herabsetzung der Entschädigung rechtfertigt.

6.6.1. Die Prozessleitung ist Sache des Gerichts (§ 52 ZPO/ZH). Beauftragt es einen Gutachter, so obliegt es dem Gericht, die Kosten im Auge zu behalten. Es war unter der Geltung der Zürcher Zivilprozessordnung und ist auch heute Praxis, dass in der Experteninstruktion die mit dem Sachverständigen zuvor meist telefonisch getroffenen Abmachungen betreffend Honorierung wiederholt und bestätigt werden. Der Experte wird darauf hingewiesen, wie hoch der von der Partei verlangte Kostenvorschuss ist und er wird aufgefordert, das Gericht schriftlich zu orientieren, wenn sich abzeichnet, dass der Betrag nicht ausreicht (vgl. Dike-Kommentar ZPO-Müller, Art. 185 N 13).

Am 10./11. November 2008 teilten die damals als Experten vorgeschlagenen Dr. G._____ und Dr. H._____ anlässlich einer telefonischen Kontaktaufnahme des Gerichts mit, sie seien bereit, ein Gutachten zu erstellen. Sie schätzten die Kosten auf rund CHF 10'000.00 (act. 5). Dies veranlasste die Vorinstanz, vor der Bestellung der Gutachter von der Gesuchstellerin einen Kostenvorschuss in der genannten Höhe zu verlangen (act. 6 und 14). Im damaligen Zeitpunkt hatten die angefragten Experten keine Aktenkenntnis. Es lag kein verbindlicher Kostenvoranschlag, sondern nur eine vage erste Einschätzung der zu erwartenden Kosten vor. Darauf wies die Vorinstanz mit zutreffender Begründung hin (act. 167 S. 15). Die Vorinstanz unterliess es in der Folge jedoch, die Gutachter im Rahmen der Experteninstruktion zu verpflichten, die Kostenentwicklung zu beobachten und sich bei Erreichen einer bestimmten Kostenhöhe schriftlich beim Gericht zu melden (act. 39/1-2 und 40). Auch im weiteren Verlauf des Verfahrens, insbesondere anlässlich der im Mai 2019 erfolgten Erweiterung des Gutachtensauftrags auf Veranlassung der Gesuchstellerin (act. 48 und 51: Störungsfall vom 30. April 2009), traf die Vorinstanz keine Vorkehrungen zur Kostenkontrolle. Im Dezember 2011 beantragte die Gesuchstellerin eine weitere Erweiterung des Auftrages an die Gutachter, nachdem es am 28. Oktober 2011 zu einem Totalausfall der Anlage gekommen war (act. 89). Auf Veranlassung der Gesuchsgegnerin 1 erkundigte sich die Vorinstanz am 25. Mai 2012 telefonisch bei Dr. G._____ nach dem Stand der Kosten. Dieser erklärte, die Kosten würden "wohl eher höher" als ursprünglich geschätzt ausfallen, es sei mit Kosten im Bereich von CHF 15'000.00 zu rechnen (act. 100). Mit Verfügung vom 1. Juni 2012 erhöhte die Vorinstanz daraufhin den Kostenvorschuss um CHF 5'000.00. Wiederum unterliess sie es, die Gutachter anzuhalten sich zu melden, falls auch der erhöhte Kostenvorschuss zur Deckung des Honorars nicht ausreichen sollte (act. 101).

Die Vorinstanz ist damit ihrer Pflicht, den Prozess zu leiten und dabei die Kontrolle über die Kosten des von ihr in Auftrag gegebenen Gutachtens auszuüben, nicht genügend nachgekommen. Für die massiv höher als geschätzt ausgefallenen Gutachterkosten trägt die Vorinstanz eine Mitverantwortung, was bei der Kostenaufgabe zu berücksichtigen ist (§ 66 Abs. 2 ZPO/ZH).

6.6.2. Die Gutachter, I._____ schloss sich der Stellungnahme von Dr. G._____ an (act. 180), weisen zu Recht darauf hin, dass sie weder bei der ersten Anfrage im Jahr 2008 noch am 25. Mai 2012 einen verbindlichen Kostenvoranschlag gemacht haben. Damit vermögen sie ihrer Mitverantwortung allerdings nicht zu entgehen. Auch wenn die Vorinstanz, als Schaltstelle zwischen der Gesuchstellerin und den Gutachtern, konsequenter hätte darauf achten müssen, dass die Kosten nicht unkontrolliert anwachsen, waren die Gutachter nicht davon entbunden, ihrerseits die berechtigten Interessen der Vorinstanz als formelle und der Gesuchstellerin als materielle Auftraggeberin in guten Treuen zu wahren (BGE 134 I 159 E. 4.4.). Die Gutachter wussten, dass zunächst ein Vorschuss von CHF 10'000.00 verlangt worden war, der später auf CHF 15'000.00 erhöht wurde. Ein solcher Vorschuss ist zwar unpräjudiziell, orientiert sich aber an den mutmasslich zu erwartenden Kosten. Die Erstellung des Gutachtens dauerte mehrere Jahre und die Kosten stiegen kontinuierlich an. Auch ohne entsprechenden Hinweis durch das Gericht wären die Gutachter nach Treu und Glauben zur Wahrnehmung der Interessen des Gerichts und letztlich der Gesuchstellerin verpflichtet gewesen, die Kostenentwicklung zu beobachten und sich zu melden, bevor der Aufwand auf mehr als das Doppelte des Kostenvorschusses angestiegen war.

Nachdem die Gesuchstellerin Ende 2011 wegen eines Totalausfalls der Heizungsanlage um eine weitere Ausdehnung des Auftrages an die Gutachter ersucht (act. 89) und die Gesuchsgegnerin 1 im Rahmen ihrer Stellungnahme eine Erhöhung des Kostenvorschusses verlangt hatte (act. 98), teilte der Gutachter Dr. G._____ dem Gericht am 25. Mai 2012 auf Anfrage mit, dass die Kosten wohl höher ausfallen und sich etwa bei CHF 15'000.00 bewegen dürften (act. 100). Aus den Abrechnungen, welche die Gutachter später der Vorinstanz einreichten, geht indessen hervor, dass Ende Mai 2012, als Dr. G._____ diese Auskunft erteilte, der verrechnete Aufwand bereits rund CHF 19'000.00 ausmachte (Zeitaufwand J._____ AG bis 31. März 2012 (ohne Spesen und MWSt): 54.5 Stunden = CHF 7'902.50; Personalleistung N._____ bis am 16. Februar 2012 (ohne Spesen und MWSt) = CHF 10'836.00 [act. 147]). Damit wird klar, dass die Gutachter den Kosten nicht die nötige Aufmerksamkeit schenkten und ihre Informationspflicht gegenüber der Vorinstanz und letztlich der Gesuchstellerin, welche schlussend-

lich die Kosten zu tragen hat, nicht ausreichend erfüllt. Dem ist mit einer angemessenen Herabsetzung ihres Entschädigungsanspruchs Rechnung zu tragen.

6.6.3. Für die Gesuchstellerin wiederum musste klar sein, dass der (ursprünglichen) Kostenschätzung der Gutachter, welche ohne Aktenkenntnis erfolgt war, keine verbindliche Wirkung zukommt. Zu beachten ist zudem, dass die Gesuchstellerin mit ihren Zusatzfragen wiederholt die Erweiterung des Auftrages an die Gutachter veranlassten (act. 48, 51, 89 und 101). Zusätzlicher Aufwand, angesichts der Zusatzfragen nicht unerheblicher, und damit deutlich höhere Kosten waren für die Gesuchstellerin demnach ohne Weiteres erkennbar. Auch sie hat sich deshalb an den Mehrkosten zu beteiligen.

6.6.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kosten des Gutachtens von CHF 38'746.85 den Kostenvorschuss von CHF 15'000.00 massiv übersteigen. Die Mehrkosten sind zum einen auf Mehraufwand zurückzuführen, der von der Gesuchstellerin, welche wiederholt Zusatzfragen stellte, verursacht wurde. Zum anderen ist das Verhalten der Vorinstanz sowie der Gutachter selber zu berücksichtigen, welche ihren Kontroll- bzw. Informationspflichten nicht genügten. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände rechtfertigt es sich, die den Vorschuss übersteigenden Kosten von CHF 23'746.85 (38'746.85 - 15'000.00) je zu rund einem Drittel (CHF 7'915.00) der Gesuchstellerin, den Gutachtern und der Gerichtskasse zu überbinden. Die Honorare der beiden Gutachter sind im Verhältnis der von ihnen in Rechnung gestellten Beträge (25'301.50 zu 13'445.35 entsprechen 0.653 zu 0.347) zu kürzen. Die N._____ ist somit mit (aufgerundet) CHF 20'135.00 ($25'301.50 - (7'915.00 \times 0.653) = 20'133.00$) und die J._____ AG mit (aufgerundet) CHF 10'700.00 ($13'445.35 - (7'915.00 \times 0.347) = 10'698.85$) zu entschädigen. Die Gesamtkosten von CHF 30'835.00 (20'135.00 + 10'700.00) sind – abzüglich des auf die Gerichtskasse zu nehmenden Anteils von (aufgerundet) CHF 7'920.00 – der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Dies entspricht einem Betrag von CHF 22'915.00.

7. Prozesskosten

Umstände halber sind für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben. Die Gesuchstellerin verlangt eine Parteientschädigung aus der Staatskasse. Eine solche ist grundsätzlich nicht zuzusprechen (OGer ZH, 5. Januar 2011, LF110070). Eine Ausnahme rechtfertigt sich nach neuerer Praxis nur dort, wo der Staat materiell Gegenpartei ist oder in Fällen qualifizierter Verfahrensfehler (BGE 139 III 471, OGer ZH, 16. Januar 2015, PQ140082). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

Es wird erkannt:

1. Auf die Beschwerde wird teilweise eingetreten, und sie wird teilweise gutgeheissen. Dispositiv Ziffer 1 - 4 der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon, Einzelgericht s.V., vom 30. Dezember 2014 werden aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- "1. Die N._____, N._____, wird mit CHF 20'135.00 aus der Gerichtskasse entschädigt.
2. Die J._____ AG wird mit CHF 10'700.00 aus der Gerichtskasse entschädigt.
3. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Auslagen betragen CHF 30'835.00 (Gutachterkosten).
4. Die Gutachterkosten werden im Umfang von CHF 22'915.00 der Gesuchstellerin auferlegt und, falls noch vorhanden, mit dem Vorschuss im Verfahren EV080002-H verrechnet. Im übersteigenden Betrag werden die Gutachterkosten auf die Gerichtskasse genommen."

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.

3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Sachverständigen (Dr. G.____, N.____ [N.____], und I.____, J.____ AG) je unter Beilage eines Doppels von act. 183 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 ist kleiner als CHF 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am: