

# ZH\_GERICHTE PF130035 vom 19. Juli 2013

Zh Gerichte, 2013-07-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_PF130035](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_PF130035)

FR: ZH\_GERICHTE PF130035 du 19 juillet 2013

IT: ZH\_GERICHTE PF130035 del 19 luglio 2013

## Regeste

vorsorgliche Beweisabnahme (Gutachterkosten/Entschädigung der Sachverständigen)  
Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 19. Juli 2013 (EV080002)

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 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.

- 3 - 39/1+2) unterblieb ein ausdrücklicher Hinweis, dass sie sich bei einer drohenden Überschreitung der Kostenschätzung an das Gericht zu wenden hätten.

#### E. 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.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin reichte dem Gericht mit Eingabe vom 8. Mai 2009 weitere Fragen zu Händen 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

### **E. 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).

### **E. 1.5**

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

- 6 - 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 Beschwerde 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).

- 7 - 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 Verpflegungsentschädigung 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.

- 9 -

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 abschliessenden 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

- 10 - 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.

#### **E. 4**

**Kosten- und Entschädigungsfolgen** Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens ist keine Entscheidegebühr für das Beschwerdeverfahren zu erheben. Mangels einer Rechtsgrundlage ist auch keine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren zuzusprechen. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.