

Bezirksgericht Meilen

Einzelgericht im summarischen Verfahren



Geschäfts-Nr.: ET150001-G/U/Ti-Sn/kg

Mitwirkend: Bezirksrichterin lic. iur. Ch. Tischhauser
Gerichtsschreiberin Dr. iur. Ch. Schlatter

Verfügung vom 18. Februar 2016

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X1.____ und/oder Rechtsanwältin
MLaw X2._____

gegen

B._____,
Gesuchsgegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Rechtsbegehren des Gesuchstellers:

(act. 1 und act. 19, sinngemäss)

1. Es sei vorsorglich ein Gutachten zu den (behauptetermassen übermässigen) Trittschallimmissionen einzuholen, welche von der Eigentumswohnung des Gesuchsgegners an der C.____-strasse 1, D.____ (Kat. Nr. 2) ausgehen, die sich teilweise direkt über der Eigentumswohnung des Gesuchstellers an der C.____-strasse 3, D.____ (Kat. Nr. 4) befindet.

Zu diesem Zweck seien dem Experten die Fragen 1a–4b gemäss dem beiliegenden gesuchstellerischen Fragenkatalog [act. 72] zu unterbreiten.

3. Die Experteninstruktion sei mündlich auf Lokal vorzunehmen und der Gutachter sei zu ermächtigen, einen Augenschein vorzunehmen, Urkunden beizuziehen und Parteien und Dritte zu befragen.
4. Mit der Durchführung der Expertise seien zu beauftragen:
 - dipl. Ing Bauphysik FH E.____, F.____ AG, ...; [Adresse]
 - oder
 - dipl. Ing. FH/HTL G.____, H.____ AG, ...; [Adresse]
 - oder
 - dipl. Akustiker SGA I.____ oder dipl. Akustiker SGA J.____, Institut K.____, ... [Adresse]
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWSt.) zulasten des Gesuchsgegners.

**Anträge und widergesuchsweise Rechtsbegehren
des Gesuchsgegners:**

(act. 13, sinngemäss)

1. Die Expertise sei vorerst auf die Frage zu beschränken, ob die in der Wohnung des Gesuchstellers gemessenen Trittschallimmissionen wesentlich höher sind als die in einer Referenzwohnung (Ursprungszustand gemäss Baujahr 1968) gemessenen.
Dementsprechend seien dem Experten in einem ersten Schritt vorerst lediglich Frage 4b des gesuchstellerischen Fragenkatalogs (Kosten der gewünschten Sanierung, inklusive Nebenkosten – im Hinblick auf die Bestimmung des Streitwertes) sowie die Fragen a–b gemäss dem beiliegenden gesuchsgegnerischen Fragenkatalog [act. 73] zu unterbreiten.
2. Mit der Durchführung der Expertise sei die L.____ AG, Akustik und Bauphysik, ... [Adresse], zu beauftragen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWSt.) zulasten des Gesuchstellers.

Das Einzelgericht zieht in Betracht:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Eingabe vom 7. Januar 2015 (act. 1) machte der Gesuchsteller tags darauf das vorliegende Gesuch um vorsorgliche Beweisführung hierorts anhängig, wobei er obgenannte Rechtsbegehren stellte. Er wurde daraufhin mit Verfügung vom 14. Januar 2015 (act. 3) aufgefordert, einen Kostenvorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten zu leisten, welcher innert Frist einging (act. 5). Als dann wurde der Gesuchsgegner mit Verfügung vom 22. Januar 2015 (act. 7) aufgefordert, zum Gesuch Stellung zu nehmen sowie allfällige Ablehnungsgründe gegen die mit selbiger Verfügung als Gutachter vorgeschlagenen Personen vorzubringen. Der Gesuchsgegner liess sich innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 16. Februar 2015 (act. 13) vernehmen, wobei er obgenannte Anträge und Rechtsbegehren stellte. Mit Verfügung vom 23. Februar 2015 (act. 15) wurde dem Gesuchsteller Frist zur Vernehmlassung und zur Vorbringung von Ablehnungsgründen gegen die mit selbiger Verfügung als Gutachterin vorgeschlagene Gesellschaft angesetzt. Der Gesuchsteller wahrte die einmalig erstreckte Frist mit Eingabe vom 19. März 2015 (act. 19), woraufhin dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 25. März 2015 (act. 20) wiederum Frist angesetzt wurde, um allfällige Einwendungen gegen die mit selbiger Verfügung als Gutachter vorgeschlagenen Personen zu erheben. Sodann wurde der Gesuchsgegner mittels der genannten Verfügung aufgefordert, einen Kostenvorschuss für die auf die mutmasslichen Gerichtskosten zu leisten. Mit Eingabe vom 7. April 2015 (act. 22) nahm der Gesuchsgegner daraufhin unaufgefordert zum Verfahren Stellung, wobei er seine – vom Gericht vorab als Widergesuch qualifizierten (vgl. act. 20) – Rechtsbegehren

gemäss der Eingabe vom 16. Februar 2015 (act. 13, Antrag Ziff. 1) zurückzog. Mit Bezug auf dieses ist das Verfahren mithin ohne Weiteres – als durch Rückzug des Widergesuches – erledigt abzuschreiben.

2. Nach Einholung zweier Gutachtenofferten (vgl. act. 23–25 und act. 29–31) wurde mit Verfügung vom 11. Juni 2015 (act. 32) dipl. Ing. FH/HTL G._____, H._____ AG, ... [Adresse], als Gutachter bestellt und mit Gutachtensauftrag vom 17. Juni 2015 (act. 33A) entsprechend instruiert. Am 14. August 2015 erstattete er das Gutachten (act. 37), woraufhin den Parteien mit Verfügung vom 18. August 2015 (act. 38) Frist angesetzt wurde, um allfällige Erläuterungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen. Die Parteien liessen sich mit Eingaben vom 2. September 2015 (act. 40 [Gesuchsteller]) respektive 3. September 2015 (act. 42 [Gesuchsgegner]) vernehmen. Mit Verfügung vom 29. September 2015 (act. 43) wurden die von den Parteien beantragten Ergänzungs- bzw. Erläuterungsfragen teilweise in modifizierter Form zugelassen und der Gutachter mit ergänzendem Gutachtensauftrag vom 28. September 2015 (act. 45) mit der entsprechenden Ergänzung bzw. Erläuterung des Gutachtens beauftragt.

3. Am 12. November 2015 erstattete der Gutachter die Ergänzung und Erläuterung zum Gutachten (act. 50), welche den Parteien zur Kenntnis zugestellt wurde (act. 53 und act. 54). Hierzu nahm der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 23. November 2015 (act. 55) unaufgefordert Stellung, wobei er die Zulassung zusätzlicher Ergänzungs- bzw. Erläuterungsfragen beantragte. Diese wurden teilweise zugelassen und der Gutachter mit ergänzendem Gutachtensauftrag vom 11. Dezember 2015 (act. 56) zur nochmaligen Ergänzung bzw. Erläuterung des Gutachtens beauftragt. Die entsprechende Ergänzung bzw. Erläuterung des Gutachtens datiert vom 20. Dezember 2016 (act. 63 und act. 64); sie wurde den Parteien am 19. Januar 2016 zur Kenntnis zugestellt (act. 69 und act. 70). Zwischenzeitlich hatte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 23. Dezember 2015 (act. 62) unaufgefordert zur Frage der Parteikosten Stellung genommen. Die betreffende Eingabe wurde dem Gesuchsgegner zusammen mit dem nochmalig ergänzten bzw. erläuterten Gutachten am 19. Januar 2016 zur Kenntnis zugestellt (act. 69), woraufhin

dieser sich mit unaufgeforderter Eingabe vom 21. Januar 2016 (act. 71) vernehmen liess.

II. Verfahrenserledigung

Nach zweimaliger Erläuterung respektive Ergänzung (vgl. act. 50 sowie act. 63–64) liegt das Gutachten, auf dessen Einholung der Gesuchsteller mit Eingabe vom 7. Januar 2015 (act. 1) abzielte, nunmehr in seiner Endfassung vor. Von den Parteien wurden hierzu keinerlei Ergänzungs- bzw. Erläuterungsanträge gestellt. So nahm der Gesuchsteller zum Gutachten gar keine Stellung mehr. Der Gesuchsgegner monierte in seiner Eingabe vom 21. Januar 2016 (act. 71 Ziff. 3) zwar noch, dass sich der Gutachter bei der Kostenanalyse unzulässigerweise auf das Schlafzimmer konzentriert und bei der Aufstellung einige Kostenpositionen (z.B. Aufwand für das Verschieben der Möbel, die Kosten der auswärtigen Übernachtung, etc.) nicht berücksichtigt habe. Ein als solcher erkennbarer Erläuterungs- oder Ergänzungsantrag ist in diesen Vorbringen allerdings nicht zu erblicken (vgl. in diesem Zusammenhang die nach wie vor zutreffenden Ausführungen gemäss der Verfügung des hiesigen Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 29. September 2015 [act. 43], Erw. II.1.). Entsprechend ist das Verfahren auch mit Bezug auf das (Haupt-) Gesuch als erledigt abzuschreiben.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Im Allgemeinen

1.1. Bezüglich der Kostenverteilung ist zwischen vorsorglicher Beweisführung, die im Rahmen eines bereits rechtshängigen Hauptprozesses abgenommen wird, und dem selbständigen vorsorglichen Beweisverfahren vor der Einleitung des Hauptprozesses zu unterscheiden. Im ersten Fall sind die Prozesskosten nach den allgemeinen Bestimmungen der Art. 95 ff. ZPO zur Hauptsache zu schlagen und im Hauptverfahren zu verlegen. Falls die vorsorgliche Beweisführung in ei-

nem eigenständigen Verfahren vor Einleitung des Hauptprozesses erfolgt, das Gericht mithin nicht über materiellrechtliche Ansprüche entscheidet, so kann nicht im Sinne des grundsätzlich geltenden Unterliegeprinzips nach Art. 106 ZPO von obsiegender und unterliegender Partei gesprochen werden (BGE 139 III 33 E. 4). Für diesen Fall sehen herrschende Lehre und Rechtsprechung gestützt auf die Ausnahmenvorschrift von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO vor, dass die gesuchstellende Partei die Gerichts- und Beweiskosten der vorsorglichen Beweisführung zu tragen hat, zumal diese in ihrem Interesse liegt (BGE 140 III 30 E. 3.1 ff. m. H., insb. E. 3.5). Allerdings können Gerichts- und Beweiskosten der vorsorglichen Beweisführung in einem allfällig nachfolgenden Hauptverfahren je nach Verfahrensausgang auf die unterliegende gesuchsgegnerische Partei überwälzt werden, sofern sich die vorsorgliche Beweisführung im Hauptverfahren als notwendig, nützlich oder gerechtfertigt erweist (FELLMANN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 158 N 37).

1.2. Aus denselben Überlegungen folgt, dass die gesuchsgegnerische Partei im Verfahren nach Art. 158 ZPO Anspruch auf eine Parteientschädigung hat. Denn sie wird unter Umständen gegen ihren Willen in ein Verfahren einbezogen, dessen finanzielle Folgen für eine anwaltliche Vertretung sie nicht abwenden kann. Allenfalls hat sie gar an der Beweiserhebung mitzuwirken, so beispielsweise bei einem Gutachten (BGE 140 III 30 E. 3.3 f. u.a. m. H. auf FELLMANN, a.a.O., Art. 158 N 40, sowie E. 3.6).

2. Im vorliegenden Fall

2.1. Die vorsorgliche Beweisführung erfolgte vorliegend ausschliesslich auf Betreiben des Gesuchstellers. So unternahm der Gesuchsgegner anfänglich noch den Versuch, dem Experten (auch) eigene Fragen unterbreiten zu lassen, zog den entsprechenden Antrag (Antrag 1 gemäss der gesuchsgegnerischen Eingabe vom 16. Februar 2015 [act. 13]) jedoch wieder zurück, nachdem dieser vom Gericht als eigenständiges Widergesuch qualifiziert worden waren. Entsprechend verursachte das Widergesuch des Gesuchsgegners keine Gutachterkosten. Vorab ist damit festzuhalten, dass die unmittelbar mit der Einholung des Gutachtens

verbundenen Kosten ausschliesslich vom Gesuchsteller zu tragen sind. Sie belaufen sich auf insgesamt CHF 9'974.90.– (vgl. act. 36, act. 49A act. 65). Vorzubehalten ist eine Neuverteilung dieser Kosten durch das Gericht in einem allfälligen Hauptverfahren.

2.2. Was die – vom Gesuchsgegner erneut beanstandete (vgl. act. 71) – Qualifikation des gesuchsgegnerischen Antrags 1 als Widergesuch betrifft, so ist daran unter Verweis auf die Verfügung des hiesigen Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 25. März 2015 (act. 20) unvermindert festzuhalten.

2.3. Angesichts der Qualifikation des gesuchsgegnerischen Antrags 1 als Widergesuch und aufgrund von dessen Rückzug wird der Gesuchsgegner in sinnvoller Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO kosten- und entschädigungspflichtig. Es stellt sich daher die Frage, wie gross der auf das Widergesuch entfallende Anteil an den verbleibenden Prozesskosten – das heisst an den nicht unmittelbar gutachtensbezogenen Gerichtskosten sowie an den Parteikosten (vgl. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO) – ist.

2.3.1. Der Gesuchsgegner äussert sich abgesehen von einigen Ausführungen zum Streitwert (vgl. act. 13 Ziff. 3) nicht eingehend zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen. Betreffend die Streitwertberechnung stellt er sich auf den Standpunkt, der Streitwert sei ausgehend von den vom Gutachter errechneten Kosten für die Sanierung der gesamten oberen Wohnfläche (160 m²) – nicht nur des Schlafzimmers 23 m²) – auf mindestens CHF 52'000.– festzusetzen. Dies, zumal sich das Gutachten auf die gesamte Wohnfläche und nicht nur auf das Schlafzimmer bezogen habe und ein allfälliger Leistungsprozess nur die Sanierung des Unterbodens – nicht aber die Beschaffenheit des Oberbelags, bspw. eine Verpflichtung zur Installation eines Teppichs – zum Gegenstand haben könne. Hinzu kämen weitere Aufwendungen, namentlich für das Verschieben der Möbel, die auswärtige Übernachtung sowie die Baubegleitung und die Abnahmemessungen (act. 71 Ziff. 2 f.).

2.3.2. Der Gesuchsteller macht bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen geltend, ihm seien Aufwendungen durch das Verfassen der Stellungnahme vom

19. März 2015 (act. 19) entstanden, welche wiederum durch das gesuchsgegnerische Widergesuch, dem insgesamt Novencharakter habe zugeschrieben werden müssen, notwendig geworden sei (act. 62 N 6). Den Streitwert beziffert der Gesuchsteller mit Verweis auf frühere Erörterungen (act. 19 N 39 ff.), wonach die vom Gesuchsgegner geltend gemachten Umzugs- und Wohnkosten nicht ausgewiesen seien, mit CHF 20'000.– (act. 62 N 9). Sodann bringt er vor, dass das gesuchsgegnerische Widergesuch – selbst wenn das Gericht den gesuchsgegnerischen Berechnungen folgen und den Streitwert des Hauptgesuchs auf CHF 52'000.– festsetzen würde – genau denselben Sachverhalt beträfe wie das Hauptgesuch, womit der auf das Widergesuch entfallende Streitwert nach denselben Kriterien zu berechnen und folglich ebenfalls auf CHF 52'000.– festzusetzen wäre. Konsequenterweise fielen die gegenseitig geschuldeten Parteientschädigungen gleich gross aus und seien zur Verrechnung zu bringen (act. 62 N 8 ff.).

2.3.3. Betreffend den Streitwert ist zunächst festzuhalten, dass der Gesuchsteller die vom Gesuchsgegner angestellten Berechnungen zwar für "nicht stringent" hält (vgl. act. 62 N 8), jedoch nicht weiter darlegt, worin diese Überzeugung gründet. Der Gutachter ermittelte für das Schlafzimmer (23 m²) Sanierungskosten in der Höhe von rund CHF 20'000.–, wies allerdings auch darauf hin, dass eine solche Sanierung zu einer Erhöhung des Schlafzimmerbodens im Vergleich zum Boden im Korridor und im Badezimmer führen würde, weshalb unter Umständen weitergehende Anpassungen notwendig würden (act. 63; vgl. bereits act. 37 S. 10). Angesichts dieser Umstände greifen die vom Gesuchsteller postulierten Berechnungen wohl zu kurz. Im Gegensatz dazu erscheinen die gesuchsgegnerischen Berechnungen durchaus vertretbar, weshalb es sich rechtfertigt, für das vorliegend zu beurteilende Gesuch um vorsorgliche Beweisführung von einem Streitwert von mindestens CHF 52'000.– auszugehen.

2.3.4. Die vorstehenden Ausführungen zum Streitwert müssen – wie der Gesuchsteller zu recht geltend macht – ebenso für das Widergesuch des Gesuchsgegners gelten. Den gesuchstellerischen Ausführungen, wonach folglich auch die Parteientschädigung gleich hoch ausfallen würden, kann indes nicht uneingeschränkt beigeplichtet werden. So stellt der Streitwert zur Bestimmung der Ge-

richtskosten respektive der Parteientschädigung zwar ein wichtiges, aber bei Weitem nicht das einzig relevante Kriterium dar. Vielmehr gilt es überdies Kriterien wie den Zeitaufwand des Gerichts bzw. Anwalts oder die Komplexität angemessen zu berücksichtigen (§ 2 Abs. 1 lit. c und d GebV sowie § 2 Abs. 1 lit. d und e AnwGebV). Während das Widergesuch des Gesuchsgegners von gerichtlicher Seite im Wesentlichen in zwei kurzen Verfügungen behandelt werden konnte (vgl. act. 15 und act. 20) und auf gesuchstellerischer Seite lediglich die Erstellung einer einzelnen Rechtsschrift (vgl. act. 19) notwendig machte, schlägt auf Seiten der gesuchstellerischen Anträge die vergleichsweise sehr umfangreiche Prozessgeschichte zu Buche. Namentlich erforderte allein schon die Bestimmung des Gutachters aufgrund der stark divergierenden Parteistandpunkte zahlreiche Schriftenwechsel und Fristansetzungen. Auch bedurfte das Gutachten der mehrfachen Ergänzung und Erläuterung, wobei sich das Gericht mit zahlreichen anspruchsvollen Abgrenzungsfragen zu beschäftigen hatte (vgl. insbesondere act. 43). Gesamthaft betrachtet rechtfertigt es sich daher, die verbleibenden Prozesskosten zu drei Vierteln dem (Haupt-)Gesuch und zu einem Viertel dem Widergesuch zuzuordnen. Die nicht unmittelbar gutachtensbezogenen Gerichtskosten sind mit CHF 6'680.– zu veranschlagen, die dem Gesuchsgegner zustehende Parteientschädigung (vor Reduktion) mit CHF 8'000.– (inkl. 8 % MWSt.).

Das Einzelgericht verfügt:

1. Das Verfahren wird als erledigt abgeschrieben.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 6'680.–; die weiteren Kosten betragen:
CHF 9'974.90 Kosten der vorsorglichen Beweisführung
CHF 16'654.90.– Total.
3. Die Entscheidgebühr wird dem Gesuchsteller zu drei Vierteln und dem Gesuchsgegner zu einem Viertel auferlegt.

Die Kosten der vorsorglichen Beweisführung im Betrag von CHF 9'974.90 werden dem Gesuchsgegner auferlegt.

Die vom Gesuchsteller zu tragenden Kosten werden – soweit ausreichend – mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'575.– verrechnet.

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

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

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von act. 71, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Wird nur die Regelung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung in diesem Entscheid angefochten, kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, Beschwerde erhoben werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

In diesem Verfahren stehen die Fristen während der Gerichtsferien nicht still.

Die Gerichtsschreiberin

Bemerkung:

Die Rechnung über die Gerichtskosten und die Abrechnung mit einem allfällig geleisteten Kostenvorschuss folgt mit separater Post durch die Zentrale Abrechnungsstelle der Gerichte, Postfach 2401, 8021 Zürich (Tel. 044 257 91 91).