

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 29. März 2019

in Sachen

A._____ AG/S.p.A.,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ Baumanagement AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

betreffend
vorsorgliche Beweisführung

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 28. Dezember 2018 (ET180004)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2 f.):

- "1. Es sei eine vorsorgliche Beweisführung i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO anzuordnen mit Bezug auf den Zustand und die Qualität der Betonarbeiten am Rohbau und im Untergeschoss der Überbauung C.____-strasse ..., D._____.
2. Als Sachverständiger sei zu ernennen:
Dr. E._____, c/o F._____ AG, ... [Adresse].
3. Dem gerichtlich bestellten Experten seien folgende Expertenfragen zu stellen:
 - a) Wie ist der Zustand und die Qualität der Betonwände und der Fertigteile der Überbauung C.____-strasse ... in D._____ zu beurteilen?
 - b) Sind die durch den Gutachter aufgrund von Frage a) festgestellten Sachverhalte aus technischer Sicht einwandfrei, und wenn nein, welche technischen oder planerischen Unzulänglichkeiten und/oder technischen oder planerischen Fehler stellt der Experte unter Berücksichtigung des anerkannten Stands der Technik sowie der Baukunde im Zeitpunkt der Planung und Erstellung der Liegenschaft fest?
 - c) Bestehen Wassereintritte im Untergeschoss der genannten Überbauung?
 - d) Welches ist die Ursache dieser Wassereintritte?
 - e) Ist die weisse Wanne fachgerecht erstellt? Welche technischen oder planerischen Unzulänglichkeiten und/oder technischen oder planerischen Fehler stellt der Experte unter Berücksichtigung des anerkannten Stands der Technik sowie der Baukunde im Zeitpunkt der Planung und Erstellung der Liegenschaft fest?
 - f) Welche Massnahmen wären zu ergreifen, um allfällige Wassereintritte zu beheben? Können die entstehenden Kosten beziffert werden? Wenn ja, wie hoch sind diese?
 - g) Hat der Experte weitere Bemerkungen anzubringen?
4. Der gerichtlich ernannte Sachverständige sei zu ermächtigen, weitere Experten beizuziehen, falls er für einen Fachbereich Beizug eines zusätzlichen Sachverständigen für angezeigt erachtet.
5. Die Kosten für das Gutachten im gemäss Ziff. 3 beantragten Umfang seien der Gesuchstellerin aufzuerlegen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchstellerin, unter Vorbehalt der Rückerstattung entsprechend dem Ausgang des Hauptprozesses."

**Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Bülach
vom 28. Dezember 2018 (act. 16 = act. 20):**

- "1. Auf das Gesuch wird nicht eingetreten.
 2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'000.– festgesetzt.
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 3. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Im übersteigenden Betrag wird der Vorschuss der Gesuchstellerin zurückerstattet.
 4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 7'000.– zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung"

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 21 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 28. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. ET180004-O) vollständig aufzuheben, es sei die Vorinstanz anzuweisen, auf das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung einzutreten und die gestellten Anträge zu behandeln.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagte.
3. Eventualiter seien Ziff. 2 und 4 der Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 28. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. ET180004-O) aufzuheben, und die Entscheidgebühr sowie die Parteientschädigung auf je CHF 3'000.-- herabzusetzen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagte."

Erwägungen:

1.
 - 1.1. Die Parteien schlossen am 13. Juli 2016 einen Werkvertrag, wonach die Berufungsklägerin für eine Überbauung der Berufungsbeklagten in D._____ Beton-elemente liefern sowie das Fundament und den Rohbau erstellen soll (act. 13/4-

5). Nach Abschluss der Arbeiten stellte die Berufungsklägerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung mit Bezug auf den Zustand und die Qualität der Betonarbeiten am Rohbau und im Untergeschoss, auf welches das Handelsgericht mit Verfügung vom 31. August 2018 nicht eintrat (act. 3/12).

1.2. In der Folge gelangte die Berufungsklägerin am 19. Oktober 2018 an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach und ersuchte erneut um vorsorgliche Beweisführung betreffend den Zustand und die Qualität der Betonarbeiten am Rohbau und im Untergeschoss der Überbauung gemäss den eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 28. Dezember 2018 trat das Einzelgericht auf dieses Gesuch nicht ein, setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 7'000.-- fest, auferlegte die Gerichtskosten der Berufungsklägerin und verpflichtete diese, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.-- zu bezahlen (act. 16 = act. 20).

1.3. Gegen diese Verfügung erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 10. Januar 2019 Berufung bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit den vorstehend genannten Anträgen (act. 21). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-18). Den ihr mit Verfügung vom 24. Januar 2019 auferlegten Kostenvorschuss leistete die Berufungsklägerin rechtzeitig (act. 25-27). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Obliegenheit zur Begründung ergibt sich zudem, dass die Berufung Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumut-

barer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die hier zu beurteilende Berufung der Berufungsklägerin vom 10. Januar 2019 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Berufungsklägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert, weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

3.

3.1. Die Vorinstanz trat auf das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung nicht ein. Sie erwog im Wesentlichen, die Berufungsklägerin stütze ihr Gesuch gemäss Rechtsbegehren explizit auf Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO, wobei sie diesen Anspruch in der Begründung mit Art. 367 Abs. 2 OR verbinde. Folglich handle es sich nicht um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO seien unbestrittenermassen erfüllt, weshalb das Handelsgericht zwingend sachlich zuständig sei (act. 20 S. 4 ff.).

3.2. Die Berufungsklägerin bringt dagegen vor, entgegen der Ansicht der Vorinstanz erachte das Handelsgericht eine vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 367 Abs. 2 OR aber gerade als ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und sei deswegen mangels Zuständigkeit auf das gleiche Begehren ebenfalls nicht eingetreten. Damit liege ein negativer Kompetenzkonflikt vor, der dazu führe, dass ihr Recht auf gerichtliche Beurteilung verletzt sei. Das sei eine klare Rechtsverweigerung (act. 21 S. 4). Art. 367 Abs. 2 OR gehöre zu den Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit und bleibe auch bei Anwendung von Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO eine solche. Der Charakter ändere sich auf Grund der angerufenen prozessualen Bestimmung nicht (act. 21 S. 5).

3.3. Die Berufungsklägerin verlangte bei der Vorinstanz die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Art. 158 ZPO. Nach Art. 158 ZPO nimmt das Gericht – nach den Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen – jederzeit Beweis ab, wenn a) das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt oder

wenn b) eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft gemacht wird. Die Beurteilung erfolgt damit im summarischen Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO) und fällt unter die streitigen Zivilsachen (Art. 1 lit. a ZPO). Daran vermag auch eine Verbindung mit Art. 367 Abs. 2 OR nichts zu ändern, unabhängig von dessen rechtlicher Einordnung: Nach Art. 367 Abs. 2 OR können die Beteiligten eines Werkvertrages eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes verlangen (Art. 367 Abs. 2 OR). Diese Bestimmung kann indes nicht als eine ausreichende gesetzliche Grundlage zur vorsorglichen Beweissicherung i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO herangezogen werden, vielmehr sind auch diesfalls die Voraussetzungen von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO massgebend (siehe ausführlich OGer ZH LF110103, Beschluss vom 26.01.2012, E. III.1 f.).

3.4. Daraus folgt, dass auf das Gesuch der Berufungsklägerin gestützt auf Art. 158 ZPO ein summarisches, strittiges Verfahren zur Anwendung kommt, das jedenfalls nicht der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliegt. Nachdem die Parteien unbestrittenermassen die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllen, fällt die Sache zwingend in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin lässt sich auch aus der Verfügung des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 31. August 2018 (Geschäfts-Nr. HE180360-O) letztlich nichts anderes ableiten (vgl. act. 3/12). Zwar vertrat das Handelsgericht in der erwähnten Entscheidung die Ansicht, Verfahren nach Art. 367 Abs. 2 OR liessen sich formal mit Art. 158 lit. a ZPO verknüpfen und würden der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliegen, welche nicht in den Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichtes falle (act. 3/12 E. 1). Insofern könnte ein negativer Kompetenzkonflikt bestehen. Diesfalls könnte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das sachlich unzuständige Bezirksgericht Bülach nicht verpflichtet werden, auf die Sache einzutreten, nur weil das sachlich zuständige Handelsgericht bereits zuvor auf die Sache nicht eingetreten ist. In der Folge käme dem Entscheid des Handelsgerichts keine Rechtskraftwirkung zu und die Sache könnte beim Handelsgericht gestützt auf Art. 63 Abs. 1 ZPO innert 30 Tagen wieder eingereicht werden, weil einem Kläger kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn er den Nichteintretensentscheid des ersten Gerichts nicht in jedem Fall weiterzieht,

um seinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Zugang zu einem Gericht zu sichern für den Fall, dass das vom ersten Gericht als zuständig erachtete zweite Gericht doch nicht zuständig wäre (BGE 138 III 471 E. 6). Zudem wären die Kosten des Verfahrens vor Bezirksgericht und im Rechtsmittelverfahren nicht von den Parteien veranlasst worden und wären dem Kanton aufzuerlegen (BGE 138 III 471 E. 7). Allerdings stützte die Berufungsklägerin ihr Begehren beim Handelsgericht ebenfalls explizit auf Art. 158 ZPO, und auch das Handelsgericht ging gemäss Rubrum von einem streitigen Zweiparteienverfahren aus. Dementsprechend prüfte das Handelsgericht das Begehren zuständigkeitshalber entsprechend dem vorstehend Ausgeführten auch unter den Voraussetzungen von Art. 158 lit. b ZPO (act. 3/12 E. 2 und E. 3). Schliesslich trat das Handelsgericht auf das Gesuch nicht mangels Zuständigkeit nicht ein, sondern mit der Begründung, die Berufungsklägerin habe wegen fehlender Unterlagen und zu allgemein formulierter Fragen das Bestimmtheitsgebot nicht eingehalten (act. 3/12 E. 4). Demzufolge liegt kein negativer Kompetenzkonflikt vor.

3.5. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz sowie die Kostenaufgabe an die Berufungsklägerin ist demnach zu bestätigen und die Berufung ist insoweit abzuweisen. Damit erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der Eventualbegründung der Vorinstanz zum anwendbaren Recht (act. 20 S. 6 f.) sowie den diesbezüglichen Ausführungen in der Berufungsschrift (act. 21 S. 5 ff.).

4.

4.1. Schliesslich bleibt der Eventualantrag der Berufungsklägerin zu beurteilen. Die Berufungsklägerin verlangt die Herabsetzung der von der Vorinstanz auf je Fr. 7'000.-- festgesetzten Entscheidgebühr und Parteientschädigung. Dazu macht die Berufungsklägerin im Wesentlichen geltend, diese Beträge seien übersetzt und würden das Äquivalenzprinzip verletzen. Der Entscheid der Vorinstanz habe dasselbe Resultat ohne Anspruchsprüfung mit einem nahezu identischen Seitenumfang wie derjenige des Handelsgerichtes, weshalb die Entscheidgebühr ebenfalls auf Fr. 3'000.-- festzusetzen seien. Ein höherer Betrag würde sich insbesondere nicht mit der Tatsache rechtfertigen, dass eine Stellungnahme der Gegenpartei eingeholt worden sei, was wiederum eine zweite Eingabe ihrerseits provo-

ziert habe, zumal diese Aufwendungen unnötig gewesen seien (act. 21 S. 9 f.). Auch die Parteientschädigung sei unverhältnismässig hoch, weil die Stellungnahme lediglich sieben Seiten umfasse und die Verantwortung sowie die Schwierigkeiten im Prozess nicht übermässig gross gewesen seien. Daher sei die Parteientschädigung ebenfalls auf Fr. 3'000.-- herabzusetzen (act. 21 S. 10 f.).

4.2. Diesen Ausführungen ist zunächst entgegenzuhalten, dass ein Kostentseid für andere Entscheide keine Bindungswirkung entfaltet. Die Gerichte sind auch diesbezüglich in der Rechtsprechung unabhängig und nur an das Recht gebunden (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 47-51 ZPO; vgl. MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 23, S. 73 ff.). Aus diesem Grund bleibt es für den vorliegenden Entscheid unerheblich, in welcher Höhe die Kosten im erwähnten Handelsgerichtsentscheid festgesetzt wurden.

4.3. Die Entscheidgebühr als Teil der Gerichts- bzw. Prozesskosten richtet sich gemäss Art. 95 f. ZPO nach den kantonalen Bestimmungen. Die Kantone haben dabei das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip zu beachten. Mit Bezug auf das Kostendeckungsprinzip ist notorisch, dass die von den zürcherischen Gerichten erhobenen Gebühren *insgesamt* – was für das Kostendeckungsprinzip einzig massgebend ist – bei weitem die Kosten nicht decken (ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 3. Aufl. 2016, Art. 96 N 23). Das Äquivalenzprinzip verlangt weitergehend, dass die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert steht, den die staatliche Leistung für den Abgabepflichtigen hat. Nicht erforderlich ist dabei, dass jede Gebühr die im jeweiligen Einzelfall entstandenen Kosten nicht übersteigt. Gerichte und Behörden haben dem Interesse des Abgabepflichtigen an der fraglichen Amtshandlung bei der Gebührenfestsetzung Rechnung zu tragen. Eine gewisse Schematisierung – welche durch das Kriterium des Streitwerts erreicht wird – ist zulässig. Insbesondere dürfen und müssen in gewichtigen Geschäften Gebühren erhoben werden, welche die entstandenen Kosten übersteigen, um die Verluste in kleineren Fällen auszugleichen (BGE 120 Ia 171 E. 2a; HUNGERBÜHLER, Grundsätze des Kausalabgabenrechts, ZBI 2003 S. 505 ff., S. 522 f.).

Die Entscheidgebühr wird im Rahmen des kantonalen Tarifs als Pauschale festgesetzt, unabhängig von den einzelnen Tätigkeiten des Gerichts und den effektiv angefallenen Kosten (Art. 95 Abs. 2 lit. a und Art. 96 ZPO). Sie berechnet sich im Kanton Zürich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG), welche im Zivilprozess unter Berücksichtigung von Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles streitwertabhängige Gebühren vorsieht (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG). Für vermögensrechtliche Streitigkeiten wie die vorliegende wird eine nach Streitwert abgestufte Grundgebühr vorgesehen, wobei diese bei einem Streitwert zwischen Fr. 300'000.-- und Fr. 1 Mio. Fr. 16'750.-- zuzügl. 2 % des Fr. 300'000.-- übersteigenden Streitwerts beträgt. Die Grundgebühr kann unter Berücksichtigung des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls frei reduziert werden (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Sodann ist im summarischen Verfahren eine Reduktion der ordentlichen Gebühr auf die Hälfte bis drei Viertel vorzunehmen (§ 8 Abs. 1 GebV OG). Zudem kann bei Verfahren ohne Anspruchsprüfung oder nach Säumnis die auf diese Weise ermittelte Grundgebühr bis auf die Hälfte herabgesetzt werden (§ 10 Abs. 1 GebV OG).

In diesem Rahmen legt das Gericht den Kostenentscheid nach Ermessen fest. Die Prüfungskognition der Berufungsinstanz umfasst auch die Überprüfung von blosser Unangemessenheit (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 310 N 36), wobei aber nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen vertretbaren Ermessensentscheid der Vorinstanz eingegriffen wird (vgl. OGer ZH LE110040, Urteil vom 20.12.2012, E. IV/1.2; ZR 111 [2012] Nr. 53 S. 161 f. E. 3).

4.4. Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 7'000.-- fest. Das ist nach dem Gesagten zulässig, wenn die Vorinstanz damit kein Recht verletzt hat, indem sie das ihr zugestandene Ermessen missbraucht, über- oder unterschritten hat, oder die Höhe der Entscheidgebühr nicht unangemessen ist. Bei einem Streitwert von Fr. 440'000.-- (vgl. act. 4 S. 2 und act. 25) beträgt die Grundgebühr Fr. 19'550.--. Auf Grund des summarischen Charakters des Verfahren ist diese Grundgebühr weiter auf Fr. 9'775.-- bis Fr. 14'663.-- zu reduzieren. Die von der Vorinstanz festgesetzte Entscheidgebühr liegt gar unterhalb dieses gesetzlichen Rahmens. Zwar handelt es sich bei der angefochtenen Verfügung um einen

Nichteintretensentscheid, der mithin ohne Anspruchsprüfung ergangen ist, weshalb eine weitere Reduktion auf maximal die Hälfte, also Fr. 4'888.--, zulässig, aber nicht notwendig ist. Vor diesem Hintergrund erscheint die Gebühr von Fr. 7'000.-- jedenfalls nicht unangemessen, zumal der Entscheid immerhin neun Seiten umfasst und auch strittige Zuständigkeitsfragen abgeklärt werden mussten, was einen gewissen Aufwand verursachte. Darüber hinaus ist keine Verletzung des Kostendeckungs- oder Äquivalenzprinzips ersichtlich.

4.5. Die Parteientschädigung berechnet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (AnwGebV). Grundlage für die Festsetzung der Gebühr bildet auch hier im Zivilprozess der Streitwert bzw. Interessenwert und die Schwierigkeit des Falls sowie die Verantwortung und der notwendige Zeitaufwand der Anwältin oder des Anwalts (§ 2 Abs. 1 lit. a, c, d und e AnwGebV). Für vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert über Fr. 300'000.-- bis Fr. 600'000.-- beträgt die Grundgebühr Fr. 19'400.-- zuzügl. 2 % des Fr. 300'000.-- übersteigenden Streitwerts, wobei auch diese Gebühr bei besonders hoher oder tiefer Verantwortung, Zeitaufwand der Vertretung oder Schwierigkeit des Falls erhöht oder ermässigt werden kann (§ 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Ferner ist die Gebühr im summarischen Verfahren auf zwei Drittel bis einen Fünftel zu reduzieren (§ 9 AnwGebV). Der Anspruch auf die Gebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung oder Beantwortung der Klage oder des Rechtsmittels und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV).

4.6. Nachdem die Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren mit Schriftsatz vom 20. November 2018 aufforderungsgemäss zum Gesuch der Berufungsklägerin Stellung genommen hat (act. 4 und act. 9), ist ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt beim Streitwert von Fr. 440'000.-- Fr. 22'200.-- und ist unter Berücksichtigung der summarischen Verfahrensart auf Fr. 4'440.-- bis Fr. 14'807.-- zu reduzieren. Eine weitere Reduktion drängt sich nicht auf, zumal sich die Berufungsbeklagte umfassend zur Sache äussern musste und sich das vorinstanzliche Verfahren weder durch einen besonders niedrigen Schwierigkeitsgrad noch eine leichte Verantwor-

tung auszeichnete. Die auf Fr. 7'000.-- und mithin in der unteren Hälfte des anwendbaren Gebührenrahmens festgesetzte Parteientschädigung erscheint daher nicht unverhältnismässig hoch.

4.7. Aus diesen Gründen ist der Kostenentscheid der Vorinstanz insgesamt nicht zu beanstanden, weshalb die Berufung auch im Eventualstandpunkt abzuweisen ist.

5.

5.1. Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig.

5.2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist mit Blick auf den Streitwert in Höhe von Fr. 440'000.-- auf Fr. 3'000.-- festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG), der Berufungsklägerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Mangels erheblicher Umtriebe in diesem Verfahren, die zu entschädigen wären, ist der Berufungsbeklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 28. Dezember 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt. Dafür wird der von der Berufungsklägerin geleistete Vorschuss von Fr. 5'000.-- herangezogen. Der Überschuss wird der Berufungsklägerin zurück erstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.
3. Der Berufungsbeklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels der Berufungsschrift (act. 21), sowie an das Bezirksgericht Bülach und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 440'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
29. März 2019