

**ZPO 158, vorsorgliche Beweisabnahme, Kosten.** *Wenn sich der Gegner den Beweiserhebungen grundsätzlich widersetzt, kann er kostenpflichtig werden.*

Der Klägern liess das Begehren stellen, an seiner Liegenschaft Schäden gutachterlich feststellen zu lassen, für welche er mehrere andere Parteien zu be-  
langen erwägt. Die Beklagten widersetzten sich der Erstellung eines Gutachtens.  
Nach Abschluss des Verfahrens auferlegte ihnen das Gericht Kosten. Dagegen  
führt (nur noch) eine Partei Beschwerde.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

## 2. Entscheidgebühren

2.1 Die Vorinstanz begründete die Regelung der Kostenfolge im Wesentlichen  
damit, dass es in Verfahren der vorsorglichen Beweisführung im Normalfall keine  
unterliegende Partei gebe und daher die Kosten gemäss früherer kantonaler Pra-  
xis jeweils dem Gesuchsteller aufzuerlegen seien. Dies gelte grundsätzlich auch  
nach Massgabe des neuen Rechts, jedoch nur, soweit die beklagte Partei sich  
dem Gesuch nicht widersetze. Da sich die Beklagten 1, 2 und 4 dem Verfahren  
widersetzt bzw. dessen Abweisung verlangt hätten, so dass darüber vorab ein  
Verfahren habe durchgeführt werden müssen, sei ihnen ein Teil der Entscheidge-  
bühr aufzuerlegen.

2.2 Die Beklagte 1 bringt dagegen zunächst vor, nach einhelliger Lehre und  
Rechtsprechung seien die Kosten des vorsorglichen Verfahrens nach Art. 158  
ZPO dem Gesuchsteller aufzuerlegen mit dem Vorbehalt einer anderen Kosten-  
regelung im Hauptverfahren (mit Hinweis auf ZK ZPO-Fellmann, 2. Aufl., Art. 158  
N 37 m.w.H.). Ferner habe das Bundesgericht in BGE 139 III 33 ff. entschieden,  
die Kosten seien auch dann dem Gesuchsteller aufzuerlegen, wenn der Ge-  
suchsgegner Ergänzungsfragen gestellt habe. Die Belastung der Beklagten 1 mit  
Kosten verstosse daher gegen die vorgenannte Regel und gegen Art. 158 ZPO  
i.V.m. Art. 106 ff. ZPO (act. 71 S. 4).

2.3 Aus BGE 139 III 33 kann die Beklagte 1 nichts zu ihren Gunsten ableiten.  
Im dortigen Verfahren widersetzte sich die Gesuchsgegnerin dem Antrag auf An-

ordnung einer vorsorglichen Beweisführung nicht und die Vorinstanz stellte bei der Kostenverlegung nicht auf Obsiegen oder Unterliegen ab, sondern darauf, dass die Gesuchsgegnerin Zusatzfragen gestellt hatte (vgl. BGE 139 III 33 E. 4.1). Im vorliegenden Verfahren verhält es sich genau umgekehrt. Das Einzelgericht auferlegte den Beklagten 1, 2 und 4 die Entscheidgebühren, weil sie mit ihren Anträgen auf Abweisung des Antrags unterlagen, und nicht in Folge gestellter Ergänzungs- bzw. Zusatzfragen.

In der Lehre und Rechtsprechung wird sehr wohl auch die Meinung vertreten, dass in Fällen, in denen sich der Gesuchsgegner dem Gesuch widersetzt, ihm die Prozesskosten aufzuerlegen sind (vgl. *OGerZH* LF110059 vom 31. August 2011; *DIKE Komm ZPO-Zürcher*, Art. 158 N 24, Online-Stand 21. November 2012; Mark Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, in: *ZZZ* 2010 S. 25). Die Kostenverlegung nach Obsiegen und Unterliegen im Sinne von Art. 106 ZPO erscheint in dieser Konstellation denn auch folgerichtig, da erst durch den Antrag auf Abweisung ein strittiges Verfahren vorliegt (vgl. *DIKE Komm. ZPO*, Art. 158 N 24, Online-Stand 21. November 2012). Es ist zwar richtig, dass die Beklagte 1 gegen ihren Willen in ein Verfahren einbezogen worden ist. Das ergibt sich aber aus der Natur des Verfahrens, da sich dieses immer gegen die (mögliche) zukünftige Gegenpartei zu richten hat. Das erstinstanzliche Verfahren ist allerdings kein typischer Zweiparteienstreit. Die Gegenseite verfügt zwar über ein Anhörungsrecht, es liegt aber an der gesuchstellenden Partei, den materiellen Teil der Beweisabnahme zu definieren (vgl. *DIKE Komm. ZPO-Zürcher*, Art. 158 N 22, Online-Stand 21. November 2012). Die gegnerische Partei kann sich diesem Verfahren zwar nicht entziehen, aber durch die Anerkennung des Gesuchs und ohne Stellung von Zusatzfragen, welche den Beweisgegenstand erweitern, entstehen ihr keine Kosten. Die Prozesskosten sind in diesem Regelfall nämlich (unter dem Vorbehalt des Entscheids im ordentlichen Verfahren) dem Gesuchsteller aufzuerlegen und dieser ist auch zu verpflichten, eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese Regelung ist auch sachgerecht, wenn man bedenkt, dass der Gesuchsteller nicht verpflichtet ist, einen Hauptsachenprozess anzustrengen. Entscheidet er sich dagegen, wird die Kostenregelung der vorsorglichen Beweisführung definitiv

und dem Gesuchsgegner sind keine Kosten entstanden. Entgegen den Ausführungen der Beklagten 1 ist es für die Kostenverlegung im Stadium der vorsorglichen Beweisführung unerheblich, welcher Partei die Verantwortung oder Haftung für allfällige Mängel zukommt. Dort geht es immer nur um die Festhaltung oder -stellung von Tatsachen. Die Würdigung der (festgehaltenen bzw. festgestellten) Beweise und auch die rechtliche Würdigung der Streitsache hat zu unterbleiben (vgl. dazu ZR 112/2013 S. 17).

2.4 Schliesslich bringt die Beklagte 1 vor, das Einzelgericht habe den auf die sechs beklagten Parteien entfallenden Kostenanteil einfach auf diejenigen drei verteilt, welche eine Abweisung des Gesuchs beantragt hätten. Die drei kostenpflichtigen beklagten Parteien würden damit auch die Kosten der anderen Beklagten tragen, was in jedem Fall unzulässig sei. Das Einzelgericht hätte zumindest die Gesamtkosten je zu einem Sechstel auf die Verfahren mit den einzelnen sechs Beklagten verteilen müssen. Sie – die Beklagte 1 – wäre dann mit der Hälfte von einem Sechstel der Kosten und somit mit einem Zwölftel (statt zu einem Sechstel) der Gesamtkosten belastet worden.

Das Einzelgericht auferlegte die Kosten für das Gutachten dem Kläger. Demgegenüber auferlegte es die Entscheidgebühr im Sinne der obigen Erwägungen zutreffenderweise nach dem Grundsatz von Obsiegen und Unterliegen. Hierbei setzte das Einzelgericht den auf die unterliegenden Parteien fallenden Anteil in Ausübung ihres Ermessens auf die Hälfte der Entscheidgebühr fest. Die Beklagten 3, 5 und 6 waren für die Kostenverteilung richtigerweise nicht zu berücksichtigen. Somit verblieben auf beklagtischer Seite die Beklagten 1, 2 und 4. Indem das Einzelgericht das Obsiegen bzw. Unterliegen je zur Hälfte festsetzte, haben die Beklagten 1, 2 und 4 Entscheidgebühren von je einem Sechstel zu tragen. Müssten die Beklagten 1, 2 und 4 nur je einen Zwölftel bzw. zusammen ein Viertel der Kosten tragen, würden drei Viertel für die Klägerin verbleiben und dies wiederum würde nicht das tatsächliche Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen widerspiegeln.

Im Sinne dieser Erwägungen ist Antrag 1 der Beklagten 1 abzuweisen.

### 3. Parteientschädigung

3.1 Das Einzelgericht erwog, dem Verfahrensausgang entsprechend seien keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

3.2 Die Beklagte 1 moniert, das Einzelgericht habe die genannten Regeln von Art. 158 i.V.m. 106 ff. ZPO verletzt, indem es ihr keine Parteientschädigung zugesprochen habe. Nach der überwiegenden Lehre habe ein Gesuchsgegner in einem Verfahren um vorsorgliche Beweisführung Anspruch auf eine Prozessentschädigung (Verweis auf ZK ZPO-Fellmann, 2. Aufl., Art. 158 N 40). Die Begründung, weshalb einem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung zugesprochen werden müsse, sei die gleiche wie bei der Verteilung der Gerichtskosten.

3.3 Sofern kein Anwendungsfall von Art. 107 ZPO (Verteilung nach Ermessen) und Art. 108 ZPO (Unnötige Prozesskosten) gegeben ist, sind die Parteientschädigungen wie die Entscheidgebühren ebenfalls nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Da, wie unter Ziffer 2 der vorstehenden Erwägungen ausgeführt worden ist, die Entscheidgebühr sei zu Recht je zur Hälfte auferlegt worden sind, bleibt kein Raum für eine andere Regelung der Entschädigungsfolgen.

Es ist daher auch der Antrag 2 der Beklagten 1 abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 6. August 2013  
Geschäfts-Nr.: PF130022-O/U