

den (§ 55 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen sieht § 80 GOG vor, dass wenn durch die sofortige Erledigung einer Einrede ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten erspart wird, sie von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei zum Gegenstand eines Vorentscheides gemacht werden kann. Ein Teilentscheid ist nur aus prozessökonomischen Gründen zulässig. Es liegt in der Natur einer Ausnahmeregelung, dass sie nur unter ganz speziellen Voraussetzungen und zurückhaltend anzuwenden ist (ZR 89 Nr. 112). Würde man im vorliegenden Massnahmeverfahren die Einrede der abgeurteilten Sache zum Inhalt eines Vorentscheides machen, bestünde die Gefahr einer Verkomplizierung des weiteren Verfahrens, da dies dazu führen könnte, dass sowohl der Vorentscheid als auch ein allfälliger Endentscheid bis ans Bundesgericht weitergezogen werden könnten. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als es sich beim Massnahmeverfahren um ein Verfahren summarischer Natur handelt, d.h. um ein abgekürztes Verfahren, welches eine im Vergleich zum ordentlichen raschere Herbeiführung eines Entscheides ermöglichen soll. Dass die Einzelrichterin unter diesen Voraussetzungen darauf verzichtet hat, die von X. erhobene Einrede der abgeurteilten Sache zum Gegenstand eines Vorentscheides zu machen, ist nachvollziehbar und ohne Weiteres zulässig. Keinesfalls eine Befreiung von der Vorlegung der Urkunde vermag schliesslich die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinem Angestellten zu begründen.

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 24. März 2010

§ 185 Abs. 2 ZPO. – Die Bestimmung erlaubt eine Kürzung zu hoher Entschädigungsforderungen eines Sachverständigen (E. 4.3.1). Die Kompetenz für die Festsetzung des Sachverständigenhonorars liegt beim Spruchkörper und nicht beim Referenten. Dieser ist nur für die Erteilung des Gutachtensauftrags sowie die Vereinbarung einer Vergütungsart zuständig (E. 4.3.2). – Wird der Gutachtensauftrag gestützt auf eine mündlich abgegebene Kostenschätzung des Experten (sog. ungefährer Kostenansatz) erteilt, hat das Gericht das Preisrisiko für einen allfälligen Mehraufwand nur bis zu einer Toleranzgrenze von 10-20% allein zu tragen. Für die über die konkret massgebende Toleranzgrenze hinausgehenden Mehrkosten wird das Preisrisiko im Regelfall geteilt, so dass sich der Sachverständige deren Herabsetzung um die Hälfte allenfalls gefallen lassen muss (E. 4.3.3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Februar 2007 wurde im erstinstanzlichen Scheidungsverfahren zwischen dem (nachmaligen) Beschwerdeführer und der (nachmaligen) Beschwerdegegnerin zur Feststellung des Verkehrswerts aller im Eigentum des Beschwerdeführers stehen-

den Grundstücke und Beteiligungen ein Gutachten angeordnet und die Parteien wurden verpflichtet, für die Durchführung der Expertise einen Kostenvorschuss von insgesamt CHF 30'000.– zu leisten. Gemäss Aktennotiz der Referentin vom 31. Januar 2007 beruhte die Höhe des eingeforderten Kostenvorschusses auf einem Vorschlag der X. AG. Nachdem der Vorschuss geleistet worden war, wurde die X. AG als Expertin zur Erstellung eines (Teil-)Gutachtens über den Wert der Einzel-firma des Beschwerdeführers sowie seiner Beteiligungen an drei Gesellschaften ernannt. Bei der Auftragserteilung machte die Referentin die X. AG schriftlich darauf aufmerksam, dass deren Aufwendungen für die Erstellung des bei ihr eingeholten (Teil-)Gutachtens nur bis zu einem Betrag von CHF 20'000.– gedeckt seien.

Im Februar 2008 gelangte die X. AG an die Referentin und teilte ihr mit, das vorgesehene Kostendach von CHF 20'000.– könne nicht eingehalten werden, vielmehr würden sich die Gesamtkosten für das zu erstellende Gutachten neu auf schätzungsweise CHF 40'000.– bis CHF 50'000.– belaufen. Daraufhin forderte die Referentin von den Parteien einen weiteren Kostenvorschuss von insgesamt CHF 30'000.– ein, welcher aufforderungsgemäss bezahlt wurde. Zugleich teilte sie der X. AG ausdrücklich mit, aufgrund der ausführlichen Kostenzusammenstellung vom Februar 2008 werde eine erneute Kostenerhöhung ausgeschlossen.

Im Mai 2010 gelangte die X. AG erneut an die Referentin und teilte ihr mit, es sei bei der Erstellung des Gutachtens mit weiteren unvermeidbaren Mehrkosten von CHF 45'000.– zu rechnen, so dass sich dessen Gesamtkosten gemäss einer revidierten Kostenschätzung neu auf CHF 85'000.– bis CHF 95'000.– belaufen würden. Daraufhin verpflichtete die Referentin den Beschwerdeführer, für die Durchführung der Expertise der X. AG einen weiteren Kostenvorschuss von CHF 45'000.– zu leisten. Hiergegen führte dieser Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1. (Da sich die Beschwerde auf § 208 Ziff. 4 ZPO stützt, ist die Kognition der Justizkommission im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf die Verletzung klaren Rechts beschränkt).

(...)

4.3.1 Das Rechtsverhältnis zwischen Zivilgericht und Gutachter ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, welcher eine hoheitliche Aufgabe der Judikative zum Gegenstand hat, nämlich die Feststellung von für die Rechtsanwendung und Streiterledigung unentbehrlichen objektiven Tatsachen. Der Gerichtsgutachtervertrag wird

dementsprechend primär durch die einschlägigen Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts inklusive der dazugehörigen Kosten- und Gebührenerlasse geregelt. Wo es an solchen fehlt, können zur Bestimmung des Vertragsinhalts überdies auch die Regeln des Allgemeinen Teils des OR sowie des Auftrags- und Werkvertragsrechts als kantonales öffentliches Ersatzrecht herangezogen werden (vgl. Alfred Bühler, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in: Gericht und Expertise, Bern 2005, S. 17). Im Kanton Zug wird die Entschädigung der Sachverständigen in Zivil- und Straffällen, unter Beachtung der Verordnung des Obergerichts betreffend Kosten- und Entschädigungen in der Zivil- und Strafrechtspflege vom 28. November 1995, im Einzelfall durch das Gericht bestimmt (§ 99 GOG). Gemäss § 23 der einschlägigen obergerichtlichen Verordnung wird die Entschädigung an Sachverständige dabei aufgrund der eingereichten Honorarnote, nach Vereinbarung oder nach Angemessenheit festgesetzt. Dies ist so zu verstehen, dass die Festsetzung eines Expertenhonorars grundsätzlich nach dem durch den Sachverständigen ausgewiesenen Zeit- und Arbeitsaufwand oder einer anderen vereinbarten Vergütungsart, wie etwa einem Pauschalhonorar, erfolgt und bei Fehlen einer Vergütungsvereinbarung nach Angemessenheit vorzunehmen ist. Trotz dieser Vorgaben verbleibt dem Gericht bei der Festsetzung im Einzelfall freilich ein erhebliches Ermessen, was für den Zivilprozess nicht nur in § 99 GOG, sondern auch in § 185 Abs. 2 ZPO ausdrücklich festgehalten wird. Letztere Bestimmung erlaubt dem Gericht insbesondere, zu hohe Honorarforderungen eines Sachverständigen zu kürzen, wogegen diesem dann die Beschwerde gemäss § 208 Ziff. 7 ZPO zur Verfügung steht (Margrit Spillmann, Das Beweisrecht in der zugerischen Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940 und de lege ferenda, Zürich 1973, S. 158).

4.3.2 Im vorliegenden Fall gilt es zunächst festzuhalten, dass für die Festsetzung der Sachverständigenentschädigung nicht die Referentin, sondern der Spruchkörper, also die 1. Abteilung des Kantonsgerichts, zuständig ist. Denn die Referentin ist nicht zur Entscheidung in der Sache, sondern lediglich zur Prozessleitung zuständig. Dementsprechend trifft sie im Rahmen ihrer Tätigkeit auch keine endgültigen, sondern bloss prozessleitende, und mithin abänderliche Verfügungen. Die Festsetzung der Sachverständigenentschädigung hat freilich definitiven Charakter. Da die Gutachtenskosten Bestandteil der Gerichtskosten bilden und deren Höhe – wie der vorliegende Fall exemplarisch zeigt – erheblich beeinflussen können, gehört die Entscheidung über ihre Festsetzung nämlich zum Kostenspruch, welcher im Endurteil zusammen mit der Sachenentscheidung ergeht. Die 1. Abteilung des Kantonsgerichts wird die Höhe der Entschädigung für die X. AG somit nach den im vorstehenden Absatz genannten Grundsätzen im Endurteil zu bestimmen und nach Massgabe von § 38 f. ZPO unter den Parteien zu verlegen haben. Dies bedeutet,

dass der Referentin aufgrund ihrer fehlenden Zuständigkeit zur Festsetzung der Höhe der Sachverständigenentschädigung auch die Kompetenz zum Abschluss diesbezüglicher Vereinbarungen mit einem Sachverständigen fehlt. Konkret war sie somit zwar zur Erteilung des Gutachtensauftrags an die X. AG kompetent und konnte mit dieser auch verbindlich eine bestimmte Vergütungsart (Bsp. Vergütung nach Aufwand; Pauschalhonorar) vereinbaren. Hingegen konnte sie gegenüber der X. AG keine verbindlichen Zusagen in Bezug auf die Höhe des Sachverständigenhonorars machen, sondern musste und muss – auch zur Verhinderung einer Staatshaftung aus Vertrauensschutz – gegenüber der X. AG stets klarstellen, dass der definitive Entscheid über die Höhe des Sachverständigenhonorars nicht bei ihr allein, sondern beim gesamten Spruchkörper liegt. Allfällig von ihr geforderte Zusagen betreffend die Höhe des Sachverständigenhonorars kann sie daher nur unter diesem Vorbehalt abgeben. Es war ihr dementsprechend in casu auch nicht möglich, die revidierte Kostenschätzung der X. AG vom 4. Mai 2010 in eigener Kompetenz zu genehmigen, weshalb eine allfällig bereits abgegebene diesbezügliche Erklärung weder die 1. Abteilung bei der Festsetzung der Sachverständigenentschädigung im Scheidungsverfahren noch die Justizkommission im vorliegenden Beschwerdeverfahren bindet. Dies vorweggeschickt, ist im Folgenden zu prüfen, ob die Referentin durch die angefochtene Verfügung ihr Ermessen bei der Festsetzung eines Kostenvorschusses zur Deckung der voraussichtlichen Kosten des bei der X. AG in Auftrag gegebenen Gutachtens überschritten hat.

4.3.3 Die Referentin hat die X. AG – im Einklang mit der ständigen Gerichtspraxis – gestützt auf eine mündlich abgegebene Kostenschätzung der zuständigen Sachbearbeiter, mithin aufgrund eines sog. ungefähren Kostenansatzes, zur Expertin im Scheidungsverfahren ernannt. Ein ungefähre Kostenansatz ist ein unverbindlicher Kostenvoranschlag, der den Zweck hat, den Auftraggeber im Sinne einer Prognose und Kostenschätzung über die Kosten, mit denen nach den Erwartungen des Beauftragten zu rechnen ist, zu orientieren. Wird ein ungefähre Kostenansatz vereinbart, bildet der effektive Aufwand des Sachverständigen und nicht die Kostenschätzung Grundlage seines Vergütungsanspruchs. Nach den für die werkvertragliche Bestimmung von Art. 375 Abs. 2 OR geltenden Faustregeln, die gemäss einschlägiger Lehre auftragsrechtlich analog anwendbar sind, hat das Gericht als Auftraggeber das Preisrisiko bis zu einer Toleranzgrenze von 10-20% allein zu tragen. Die genaue Höhe der Toleranzgrenze hängt dabei von den konkreten Umständen ab, so etwa davon, wie genau die voraussichtlichen Kosten bei Abgabe des Kostenvoranschlags geschätzt werden konnten, oder von einer allfälligen Veranlassung von Mehrkosten bzw. einem treuwidrigen Verhalten seitens des Auftraggebers. Für die über die konkret massgebende Toleranzgrenze hinausgehenden Mehrkosten wird das Preisrisiko im Regelfall geteilt, so dass sich der Sachverständige deren Herab-

setzung um die Hälfte gefallen lassen muss. Auch diesbezüglich sind wieder die konkreten Umstände zu beachten. Hat der Sachverständige seine Anzeigepflicht bezüglich der zu erwartenden Mehrkosten verletzt, wird die Herabsetzungsquote zu seinen Ungunsten grösser zu bemessen sein als im Regelfall. Hat er diese Anzeigepflicht erfüllt, entfällt die Herabsetzung, wenn das Gericht die Mehrkosten genehmigt hat. Da die ungefähr vereinbarte Vergütung eine Aufwandvergütung ist, besteht – gleich wie bei Vereinbarung eines Aufwandhonorars – kein Anspruch auf Vergütung des unnötigen Aufwandes, der bei sorgfältigem Vorgehen nicht erforderlich gewesen wäre. Die darauf entfallenden Kosten sind bei der Ermittlung der nur noch teilweise vergütungsberechtigten Mehrkosten auszuscheiden (vgl. zum Ganzen Bühler, a.a.O., S. 75; auch BGE 115 II 460 ff. E. 3; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 375 OR, N 4 ff.; alle m.w.H.). Betrachtet man im vorliegenden Fall einzig das Ausmass der durch die X. AG prognostizierten Kostensteigerungen, so erscheinen diese kaum nachvollziehbar, zumal sich der Umfang der Gutachterskosten gemäss – aktueller – Schätzung der X. AG nunmehr auf bis zu CHF 95'000.–, und mithin praktisch auf das Fünffache des ursprünglichen Kostenansatzes von ungefähr CHF 20'000.– für diesen Gutachtenstil, belaufen soll, ohne dass – bei oberflächlicher Betrachtung – eine entsprechende Aufwandsteigerung ersichtlich wäre. Da der Gutachtensauftrag seit seiner ursprünglichen Vergabe an die X. AG nicht ausgedehnt wurde, kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass das Kantonsgericht die Sachverständigenentschädigung dereinst erheblich kürzen wird. In Anbetracht der soeben zitierten Faustregeln bei Überschreitungen eines unverbindlichen Kostenansatzes liegen dabei Kürzungen auf ein Gesamthonorar von zwischen CHF 20'000.– bis 40'000.– durchaus im Bereich des Möglichen. Würde man dieses Szenario in casu als zwingend erachten, erschiene der vom Beschwerdeführer in der angefochtenen Verfügung zusätzlich zu den bereits geleisteten Vorschüssen von CHF 60'000.– eingeforderte Kostenvorschuss von CHF 45'000.– ohne weiteres willkürlich. Zu beachten ist nun aber, dass die Referentin als mit der Prozessleitung im Scheidungsverfahren befasste, mit den konkreten Umständen vertraute Sachrichterin offenbar zur Auffassung gelangt ist, die von der X. AG prognostizierten Kostensteigerungen seien gerechtfertigt. Ob diese Auffassung letztlich zutreffen wird, kann und soll die Justizkommission im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit beschränkter Kognition nicht überprüfen, zumal keine Anzeichen dafür vorliegen, dass die Referentin ihr Ermessen bei der Festsetzung des Kostenvorschusses in willkürlicher Weise überschritten hat. Vielmehr ist aktenkundig, dass sie die X. AG im Zuge der wiederholten Revisionen der abgegebenen Kostenschätzungen immer wieder zur Begründung derselben angehalten hat, so dass davon ausgegangen werden kann, dass sie die von der X. AG daraufhin jeweils gelieferten Angaben geprüft hat. Des weiteren entspricht der Umfang des vom Beschwerdeführer ein-

geforderten Kostenvorschusses den von der X. AG momentan prognostizierten Maximalkosten. In Anbetracht dieser Umstände sowie des grossen Ermessens der Referentin bei der Festsetzung von Kostenvorschüssen erscheint die angefochtene Verfügung daher zumindest vertretbar. Aufgrund der beschränkten Kognition der Justizkommission im vorliegenden Beschwerdeverfahren erweist sich die Rüge der Verletzung klarer Prozessvorschriften in diesem Punkt somit als unbegründet. (...)

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 30. September 2010

2. Internationales Zivilprozessrecht

§ 43 ZPO. – Der Einleger des Rechtsbehelfs gemäss Art. 36 LugÜ kann nicht zur Sicherstellung der Parteientschädigung im Rechtsbehelfsverfahren verpflichtet werden.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 43 Abs. 1 ZPO kann die Sicherstellung der Parteientschädigung von Amtes wegen oder auf Antrag der Gegenpartei verlangt werden, wenn der Kläger, Intervenient oder Widerkläger in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat, wenn seine Zahlungsunfähigkeit durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen ist, wenn er binnen der letzten fünf Jahre einen gerichtlichen Nachlassvertrag erlangt hat oder wenn er der Gerichtskasse von früher her noch Kosten oder Bussen schuldet. Die Bestimmung findet nach konstanter Praxis analog auch im Rechtsmittelverfahren Anwendung, da unter dem Begriff «Kläger» auch der Rechtsmittelkläger zu verstehen ist (JZ 2007 18 E. 2a; JZ 1995 6 E.1; ROG 41/42, S. 76).

1.1.1 Die Beschwerdeführerin wendet gegen das Sicherstellungsgesuch der Beschwerdegegnerin ein, im vorliegenden Fall sei keine einzige der Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 ZPO erfüllt. Sie macht diesbezüglich zunächst geltend, sie sei im Verfahren vor der Vorinstanz weder Klägerin noch Intervenientin noch Widerklägerin gewesen. Die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung ohne Anhörung der Beschwerdeführerin – superprovisorisch – erlassen. Das heisse, dass die Beschwerdeführerin bis zur Einreichung ihrer Beschwerde gar keine Möglichkeit gehabt habe, sich als Partei am Verfahren zu beteiligen. Da sie weder Klägerin noch Intervenientin noch Widerklägerin sei, müsse die Anwendbarkeit von § 43 Abs. 1 ZPO im vorliegenden Fall bestritten werden.