

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180374-O

U/pz

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie
die Gerichtsschreiberin Helene Lampel

Urteil und Verfügung vom 12. September 2018

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG X._____

gegen

B._____ GmbH,

Beklagte

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Y._____

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. Es sei eine gerichtliche Expertise über die durch die B. _____ GmbH erstellten Bauwerke in den Räumlichkeiten des C. _____ Clubs an der D. _____-Gasse ... / E. _____-Strasse ... in Auftrag zu geben. Dabei sei Auskunft darüber zu erteilen, welche Arbeiten Teil der mit Werkverträgen vom 30. Mai 2017, 21. Juni 2017 sowie 30. Juni 2017 vereinbarten Werkarbeiten darstellten, welche Arbeiten zusätzlich geleistet wurden, welchen Wert diese zusätzlichen Arbeiten aufweisen, welche Mängel bestehen und welchen Minderwert diese Mängel aufweisen.
2. Es sei die Expertise gemäss vorstehender Ziff. 1 als vorsorgliche Beweisführung superprovisorisch anzuordnen.
3. Eventualiter sei die Expertise gemäss vorstehender Ziff. 1 als vorsorgliche Beweisführung anzuordnen.
4. Nach Beauftragung des Experten mit der Expertise gemäss vorstehender Ziff. 1 sei der Gesuchstellerin Frist zur Einreichung konkreter Fragen anzusetzen.
5. Die Gesuchsgegnerin wie auch das Konkursamt Zürich seien zu verpflichten, dem Experten sämtliche Dokumente und Unterlagen im Zusammenhang mit den Arbeiten betreffend den Ausbau des C. _____ Clubs an der D. _____-Gasse ... / E. _____-Strasse ... in ... Zürich des Grundstücks Grundbuch F. _____, ..., zu übergeben sowie die Fragen des Experten unter Strafandrohung wahrheitsgemäss und jeweils umgehend zu beantworten sowie im Allgemeinen mit dem Experten zu kooperieren.
6. Es sei superprovisorisch ein Augenschein durch das Gericht anzuordnen und durchzuführen. Über den Augenschein und die Erkenntnisse des Gerichts sei ein entsprechendes Protokoll zu verfassen.
7. Die Kosten dieses Verfahrens seien der Gesuchstellerin, unter dem Vorbehalt einer nachträglichen Überbindung an die Gesuchsgegnerin im Hauptverfahren, aufzuerlegen. Eine Parteienschädigung sei nicht auszurichten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Das Gesuch wurde am 6. September 2018 gestellt und ging am 11. September 2018 ein (act. 1). Die Parteien werden nachfolgend Klägerin und Beklagte genannt.

2. Gemäss den Ausführungen der Klägerin ist sie Eigentümerin der Liegenschaft Kat. Nr.... an der D.____-Gasse ... / E.____-Strasse ... in ... Zürich. Sie vermietete dort Räumlichkeiten an die G.____ AG (mittlerweile in Konkurs; fortan "G'.____"), welche diese ausbauen liess und darin den ...club "C.____ Club" betrieb. Im Zusammenhang mit dem Mieterausbau schloss das von der G'.____ beauftragte Architekturbüro H.____ GmbH im Mai / Juni 2017 drei Werkverträge mit der Beklagten (act. 3/2 - 4), welche die Arbeiten (Sanitär-, Lüftungs- und Heizungsinstallationen) sowie weitere kleinere Aufträge in der Folge ausführte. Zur Sicherung ihres Werklohnanspruchs erwirkte die Beklagte die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von rund CHF 410'000 auf der streitgegenständlichen Liegenschaft (HE180194; Urteil vom 29. Mai 2018). Das Verfahren um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist am hiesigen Handelsgericht hängig (HG180141). Nach der Konkurseröffnung über die G'.____ am 22. August 2018 waren die vermieteten Räumlichkeiten bis 3. September 2018 durch das für das Konkursverfahren über die G'.____ zuständige Konkursamt versiegelt. Nach der erfolgten Entsiegelung und Übergabe an die Klägerin beabsichtigt diese, so rasch wie möglich den Rückbau der Räumlichkeiten vorzunehmen, um diese wieder vermieten zu können. Mit dem vorliegenden Verfahren bezweckt sie einerseits die bessere Abschätzung ihrer Prozesschancen im Verfahren HG180141 und andererseits die Beweissicherung vor dem Rückbau der Räumlichkeiten.

3. Im Rahmen der Praxisbildung zum hierorts zuvor in dieser Form unbekanntem Institut der vorsorglichen Beweisführung wurden diverse Entscheide, insbesonde-

re zum Thema Bestimmtheitsgebot, publiziert (ZR 2013 Nr. 69, ZR 2015 Nr. 67, ZR 2016 Nr. 78, ZR 2017 Nr. 76). Zusammengefasst sehen sie die Einhaltung des Bestimmtheitsgebotes – konkrete Formulierung der Gutachterfragen, genügende Substantiierung und Dokumentation – als Prozessvoraussetzung an (Art. 59 ZPO), was gegebenenfalls zum Nichteintreten führt. Dies vor dem Hintergrund, dass es bei gravierenden Mängeln im Klagefundament nicht Aufgabe des Gerichts und/oder der sachverständigen Person sein kann, für eine rechtskundig vertretene Partei rechtsgenügende Fragen zu formulieren und den Prozessstoff zu sammeln.

4. Die Klägerin hat keine konkreten Fragen formuliert. Der Antrag, es sei ihr diesbezüglich Frist anzusetzen, verkennt, dass im summarischen Verfahren schon der erste Vortrag vollständig zu sein hat (Art. 253 ZPO). Sodann sind die eingereichten Unterlagen unzureichend. Die Klägerin legt lediglich drei Werkverträge ins Recht (act. 3/2 - 4). Diese umschreiben die auszuführenden Arbeiten nur der Gattung nach. Wichtige Unterlagen, wie die in den Verträgen erwähnten Submissionsunterlagen und Pläne, fehlen. Auch wenn es zutreffen sollte, dass die betreffenden Unterlagen nicht im Besitz der Klägerin sind, entbindet dies die Klägerin nicht davon, zielführende Anträge zur Erhältlichmachung selbiger zu stellen. Zu denken wäre an ein Editionsbegehren. Das Begehren gemäss Ziff. 5 geht zwar in diese Richtung, ist aber viel zu unbestimmt. Insbesondere ist nicht dargetan, dass das Konkursamt im Besitze einschlägiger Unterlagen ist. Diesbezüglich läuft das erwähnte Begehren auf eine unzulässige fishing expedition (Beweisforschung) hinaus. Die Beklagte hat keine Pflicht zur Herausgabe von Unterlagen. Sollte sie dazu bereit sein, kann sie dies freiwillig tun, allenfalls im Rahmen des laufenden Hauptsacheprozesses HG180141. Ist sie renitent, könnte ihr höchstens die Berücksichtigung des Verhaltens im Rahmen der Beweiswürdigung angedroht werden (Art. 164 ZPO). Da im vorliegenden Verfahren keine Beweiswürdigung vorgenommen wird, könnte keine vernünftige Androhung formuliert werden, was eine Aufforderung zur Edition ausschliesst. Auch der Antrag betreffend Augenschein (Begehren gemäss Ziff. 6) ist viel zu unbestimmt formuliert. Ergänzend sei angemerkt, dass das Interesse betr. Abschätzung der Prozesschancen bei der gegebenen Konstellation nicht gegeben ist. Die Erstellung eines Gutachtens nimmt er-

fahrungsgemäss mindestens ein Jahr in Anspruch. In dieser Zeit wird das Be-
hauptungsverfahren im Prozess HG180141 abgeschlossen sein. Die Durchfüh-
rung des vorliegenden Verfahrens käme einem vorgezogenen Beweisverfahren
im Prozess HG180141 gleich, ohne dieses aber zu ersetzen. Das kann nicht der
Sinn des Institutes sein. Soweit es um den Ist - Zustand vor dem Rückbau geht,
wäre der Klägerin mit einem Amtlichen Befund (§ 143 GOG) viel besser gedient.
Wie schon erwähnt, wäre mit einem gerichtlichen Gutachten in gut einem Jahr zu
rechnen. Nachdem die Klägerin eine besondere Dringlichkeit behauptet, stellt das
Gutachten kein sinnvolles Beweismittel dar. Gesamthaft sind die gestellten Be-
gehren offensichtlich unzulässig, weshalb auf sie im Sinne der Rechtsprechung
nicht einzutreten ist, allenfalls wären sie abzuweisen.

5. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Da ein
Pfandrecht der Beklagte für einen Betrag von rund CHF 410'000 zur Diskussion
steht (act. 3/1), rechtfertigt es sich, für das vorliegende Verfahren mit beschränk-
tem Inhalt einen Streitwert von CHF 100'000 anzunehmen.

Der Einzelrichter erkennt und verfügt:

1. Soweit auf das Gesuch betreffend vorsorgliche Beweisführung eingetreten
wird, wird es abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF 4'000 wird der Klägerin auferlegt.
3. Entschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte mit Doppeln von
act. 1 und act. 3/1 - 7.
5. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb
von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,
1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-
schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 100'000.

Zürich, 12. September 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel