

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200380-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie der Gerichtsschreiber
Rudolf Hug

Urteil vom 8. Dezember 2020

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ GmbH,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____,

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

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

1. Es sei eine vorsorgliche Beweisführung i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO anzuordnen mit Bezug auf den Baufortschritt und die Qualität der Arbeiten an den Objekten

- Mehrfamilienhaus C. _____-strasse 1, ... D. _____
- Zweifamilienhaus, E. _____ [Strasse] 2, ... F. _____

und es sei ein vom Gericht zu bezeichnender Experte mit der Beantwortung der Beweisfragen zu beauftragen.

2. Dem gerichtlich ernannten Sachverständigen seien die nachfolgenden Fragen zur Beantwortung mit entsprechender Dokumentation der Untersuchungsergebnisse zu unterbreiten:

A) Zum Objekt: Mehrfamilienhaus, C. _____-strasse 1, ... D. _____

- a) Wie weit ist das Bauprojekt fortgeschritten (Stand der geleisteten Arbeiten, welche gemäss dem Werkvertrag vom 18.02.2019 und der Auftragsbestätigung vom 6.3.2019 vereinbart wurden).
- b) Falls es Abweichungen bei der Feststellung des Baufortschritts zur Feststellung im Gutachten der | G. _____ GmbH vom 5.07.2020 (vgl. nachfolgend Auflistung Ziffer 7) gibt: Begründung für die Abweichung?

7. Stand der Arbeiten:

Vergleiche die Baukostenberechnung in der Auftragbestätigung und den effektiv geleisteten Arbeiten vor Ort. Die ausgeführten Arbeiten wurden entsprechend der Bestandaufnahme vor Ort abgeschätzt. Für die nicht fachgerechte Ausführung einzelner Arbeiten und Bauteile wurden keine Abzüge gemacht.

BKP	Auftragbestätigung	Summe	Geliefert / Beschrieb / Kostenanteil	%	Geliefert
21	Abbrucharbeiten	23'000	Wahrscheinlich ausgeführt	90%	20'700
211-212	Baumleitungsarbeiten/Baummanagement	25'000	Baumleiter SD/Baummanagement 40%	60%	15'000
213	Montagebau/Treppen aus Holz	12'300	Teilweise ausgeführt	70%	8'610
214	Gerüstbau	7'300	Nicht begonnen	0%	0
215	Kalenbrüst trennen	6'300	Wahrscheinlich ausgeführt	90%	5'670
221	Fenster, Accessorien, Tore	55'050	Innenlässe fehlen teilweise	80%	44'040
222	Spenglerarbeiten	3'000	Nicht begonnen	0%	0
224	Bedachungsarbeiten Dachisolieren	6'200	Nicht begonnen	0%	0
225-229	Fassadendämmung, Malerarbeiten	18'000	Nicht begonnen	0%	0
230	Elektroanlagen	37'000	Robustinstallation ausgeführt	70%	25'900
240-243	Heizung	35'000	Robustinstallation ausgeführt	90%	31'500
250-257	Sanitärinstallation	22'000	Robustinstallation ausgeführt	80%	17'600
271	Gleisen- und Kalenarbeiten	36'000	Wahrscheinlich ausgeführt	70%	25'200
281	Unterlagsboden, Bodenbeläge	35'000	Unterlagb. fertig, Bodenbeläge teilw.	70%	24'500
286-288	Bauabrechnung, Baureinigung	4'000	Bausart. nicht erkennbar, Bausart. mehr	0%	0
351-357	Sanitärapparate	13'000	Unterputzapparaturen	20%	2'600
358	Rüchsenabführung	6'000	Nicht begonnen	0%	0
40/41	Terrassegestaltung: Geländer	11'600	Nicht begonnen	0%	0
421	Gartenanlage	17'000	Nicht begonnen	0%	0
	Mischwäppliner/Tumbler	13'300	Nicht geliefert	0%	0
Total inkl. MWST		453'730			216'200
7.7% MWST		34'937			16'647
Total inkl. 7.7% MWST		488'667			232'847
		100%			47.6

- c) Wurden die von der B.____ GmbH bisher vorgenommenen Arbeiten fachgerecht ausgeführt?
- d) Kann der Gutachter die von der G.____ GmbH Gutachten vom 05.07.2020 getroffenen Feststellungen zur mangelhaften Ausführung bestätigen? Gibt es ergänzende Bemerkungen des Gutachters? Insbesondere mit dem Verweis auf die Feststellung der G.____ GmbH vom 5.07.2020: Ziffer 8.2 + 8.3:

- Aussenwände Erdgeschoss – die nicht fachgerechte Ausführung der Wärmedämmung sowie die nicht gedämmten Wasserleitungen werden zu Feuchtigkeitsschäden an der Gebäudekonstruktion führen.
- Treppenanlage – Stolperfallen beim Zugang zu den einzelnen Wohnungen, welche in dieser Form nicht zulässig sind.
- Nasszellen Abdichtungsarbeiten – es ist an diversen Stellen zu erkennen, dass die vorgeschriebenen Abdichtungsarbeiten unter den Platten nicht oder nicht fachgerecht ausgeführt wurden. Entsprechend sind Feuchtigkeitsschäden an der Gebäudekonstruktion zu erwarten.
- Fenster – Innen wurden nicht fachgerecht mit den neu angebrachten Gipsplatten verbunden. Die Anschlüsse wurden nicht ausreichend luftdicht abgedichtet und ausreichend wärmedämmt. Aussen ist eine fachgerechte Abdichtung bei diversen Fenstern nicht möglich, da die Fenster nicht korrekt geplant wurden. Entsprechende Schäden sind auch hier zu erwarten.
- Elektroinstallation – teilweise wurden bestehenden Installationen oder Tableaus belassen. Es muss geprüft werden, ob damit die aktuellen Vorschriften eingehalten werden können.
- Dachkonstruktion/Wärmedämmung – konnte nicht geprüft werden. Es empfiehlt sich eine entsprechende Sondierung vorzunehmen, damit der Konstruktionsaufbau überprüft werden kann.

Aufgaben Baubewilligung Auszug:

8. Verschiedenes:
- Lärmschutz – nicht erkennbar ob die Auflagen eingehalten werden.
 - Wärmedämmung – in den Baugesuchsunterlagen wurden die geplanten Umbauarbeiten mit Fr. 150'000.- angegeben und so Auflagen in Bezug auf die Verbesserung der Wärmedämmung des Gebäudes umgangen.
 - Behindertengerechtes Bauen - nicht erkennbar ob die Auflagen eingehalten werden.
 - Gasheizung – es ist den Baugesuchs- und Bewilligungsunterlagen nicht zu entnehmen, dass eine Gasheizung eingebaut werden soll.
- 8.4 Auflagen brandschutztechnische Baubewilligung vom 17.1.2020:
- Brandschutzpläne vom 16.1.2020 – liegen nicht vor.
 - Eingabe Rauch- und Wärmeabzugsanlage – liegt nicht vor.
- 8.5 Wärmedämmung –
- absehbar, dass die Schlusskontrolle der Gemeinde ergeben wird, dass deutlich mehr als Fr. 150'000.- in die Sanierung investiert wurden und damit Auflagen in Bezug der Verbesserung der Wärmedämmung des Gebäudes hätten verfügt werden müssen mit der Baubewilligung.
 - Feuerpolizei – Wurde ein Brandschutzkonzept erstellt und die Arbeiten entsprechend geplant und ausgeführt?

- e) Gibt es eine Rechtfertigung für die Verzögerung der Bezugsbereitschaft, die per 31.01.2020 vertraglich vereinbart wurde?
- f) Bestehen für den Gutachter Zweifel daran, ob die B.____ GmbH überhaupt in der Lage gewesen wäre, das Bauvorhaben fachgerecht und baubewilligungskonform innert angemessener Frist fertigzustellen?
- g) Wie hoch sind die mutmasslichen Kosten, für die Fertigstellung der Renovation des | C.____-strasse 1, ... D.____, inklusive sämtliche Mängelbehebungen.
- h) Weitere Bemerkungen des Gutachters?

|

B) Zum Objekt: Zweifamilienhaus E.____ 2, ... F.____

- a) Wie weit ist das Bauprojekt fortgeschritten (Stand der geleisteten Arbeiten, welche gemäss dem Werkvertrag vom 18.05.2019 und der Auftragsbestätigung vom 6.3.2019 vereinbart wurden).

- b) Falls es Abweichungen bei der Feststellung des Baufortschritts zur Feststellung im Gutachten der G.____ GmbH vom 5.07.2020 (vgl. nachfolgend Auflistung Ziffer 7) gibt, Begründung für die Abweichung?

7. Stand der Arbeiten:

Vergleiche die Baukostenberechnung in der Auftragsbestätigung und den effektiv geleisteten Arbeiten vor Ort. Die ausgeführten Arbeiten wurden entsprechend der Bestandaufnahme vor Ort abgeschätzt. Für die nicht fachgerechte Ausführung einzelner Arbeiten und Bauteile wurden keine Abzüge gemacht.

BKP	Auftragsbestätigung	Summe	Geleistet Beschrieb / Kostenanteil	%	Geleistet
21	Abbrucharbeiten	21'000	Mehrheitlich ausgeführt	90%	18'900
211-212	Baumleiterarbeiten/Baummanagement	25'000	Baumleiter 80/Baummanagement 40%	60%	15'000
213	Montagebau/Treppen aus Holz	12'500	Teilweise ausgeführt	20%	2'500
214	Gerüstbau	7'500	Nicht begonnen	0%	0
221	Fenster	24'400	Es wurden nur 4 Fenster ersetzt.	15%	3'660
222	Spenglerarbeiten	3'000	Nicht begonnen	0%	0
224	Bedachungsarbeiten	4'000	Nicht begonnen	0%	0
225-229	Fasadendämmung, Malerarbeiten	20'000	Nicht begonnen	0%	0
230	Elektroanlagen	30'000	Robininstallation ausgeführt	80%	24'000
241-243	Heizung	27'600	Robininstallation ausgeführt	80%	22'080
251-257	Sanitärinstallation	26'000	Robininstallation ausgeführt	80%	20'800
271	Gips- und Malerarbeiten	37'000	Begonnen.	60%	22'200
274-275	Schliesenanlage	1'500	Nicht geliefert	0%	0
281	Unterlagiboden, Bodenbeläge	37'200	Unterlagib. fertig, Bodenbeläge fehlen	40%	14'880
284	Terrace OG Verbundstein	2'000	Nicht begonnen	0%	0
286-288	Bausutrocknung, Baureinigung	4'000	Bausut. nicht erkennbar, Baurein. nein	0%	0
351-357	Sanitärapparate	8'500	Unterputzarmaturen, 1 Badewanne	20%	1'700
356	Kücheneinrichtung	23'000	Nicht begonnen	0%	0
361-368	Treppengeländer	5'000	Nicht begonnen	0%	0
40/41	Terraingestaltung	13'200	Nicht begonnen	0%	0
421	Gartenanlage	22'000	Nicht begonnen	0%	0
	Waschmaschine/Tumbler	8'500	Nicht geliefert	0%	0
Total inkl. MWST		362'900			126'820
7.7% MWST.		27'943			9'765
Total inkl. 7.7% MWST		390'843			136'585
		100%			34.9

- c) Wurden die von der B. GmbH bisher vorgenommenen Arbeiten fachgerecht ausgeführt?
- d) Kann der Gutachter die von der G.____ GmbH getroffenen Feststellungen im Gutachten vom 05.07.2020 zur mangelhaften Ausführung bestätigen? Gibt es ergänzende Bemerkungen des Gutachters? Insbesondere mit dem Verweis auf die Feststellung der G.____ GmbH vom 5.07.2020: Ziffer 8.2 -8.6:

8.2 Baukonstruktionen notwendige Abklärungen:

- Fenster – wurden innen nicht fachgerecht mit den neu angebrachten Gipsplatten verbunden.
- Die Anschlüsse wurden nicht ausreichend luftdicht abgedichtet und ausreichend wärmegedämmt. Daher ist absehbar, dass Feuchtigkeitsschäden an diesen Bereichen entstehen können.
- Elektroinstallation – teilweise wurden bestehenden Installationen oder Tableaus belassen. Es muss geprüft werden, ob damit die aktuellen Vorschriften eingehalten werden können.

- Trockenbau- und Gipsarbeiten – an diversen Stellen zu erkennen, dass die Arbeiten nicht fachgerecht und entsprechend den Normen der SIA, der Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins oder den Systemvorgaben der Materiallieferanten erfolgt sind.
- Dachkonstruktion/Wärmedämmung – gemäss den Feststellungen in der Position 6.23 sind beim gewählten Konstruktionsaufbau Feuchtigkeitsschäden innerhalb der Dachkonstruktion und damit verbundene Schäden am Gebäude zu erwarten.

8.3 Auflagen Baubewilligung Auszug:

8. Verschiedenes:

- Materialisierung des Balkons – Konstruktion in Holz. Die Geländer sollen in Stahl ausgeführt werden und erhalten eine Holzfüllung
- Die Türen zu den Kellerräumen bergseits und in den hölzernen Anbau sollen Instand gestellt und erhalten werden.
- Fensterläden - sind in Holz oder Metall auszuführen.
- Begonnene Arbeiten müssen ohne erhebliche Unterbrechung zu Ende geführt werden. Bleiben sie länger als ein Jahr eingestellt oder werden die Arbeiten nicht ernsthaft fortgesetzt, kann die Bewilligungsbehörde die Baubewilligung ganz oder teilweise widerrufen.

8.4 Auflagen feuerpolizeiliche Bewilligung vom 23.12.2019:

- Brandschutzkonzept – liegt nicht vor.

8.5 Notwendige weitere Abklärungen:

- Feuerpolizei – Wurde ein Brandschutzkonzept erstellt und die Arbeiten entsprechend geplant und ausgeführt?
- Baubewilligung – muss diese allenfalls verlängert werden, damit sie ihre Gültigkeit beim Unterbruch der Bauarbeiten nicht verliert?

8.6 Baukosten - folgenden Positionen werden in den Bewilligungen verlangt, sind aber in den Baukosten nicht enthalten. Gemäss dem Werkvertrag sind unter der Pos. 2.1 behördliche Auflagen Vertragsbestandteil.

- Fensterläden – aus Holz oder Alu.
- Türen Kellerräume – Instandstellung.
- Balkon – Holzkonstruktion, Geländer.

- e) Gibt es eine Rechtfertigung für die Verzögerung der Bezugsbereitschaft, die per 31.01.2020 vertraglich vereinbart wurde?
- f) Bestehen für den Gutachter Zweifel daran, ob die B. _____ GmbH überhaupt in der Lage gewesen wäre, das Bauvorhaben fachgerecht und baubewilligungskonform innert angemessener Frist fertigzustellen?
- g) Wie hoch sind die mutmasslichen Kosten, für die Fertigstellung der Renovation des Zweifamilienhauses, E. _____ 2. ... F. _____, inklusive sämtliche Mängelbehebungen.
- h) Weitere Bemerkungen des Gutachters? |

3. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Gesuchsgegnerin.

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin reichte am 12. Oktober 2020 (Datum Poststempel) ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung ein (act. 1) und leistete den von ihr hierauf verlangte Kostenvorschuss fristgerecht (act. 4; act. 6). Die Gesuchsgegnerin beantwortete das Gesuch innert der ihr gesetzten Frist mit

Stellungnahme vom 5. November 2020 (act. 7). Mit Eingabe vom 27. November 2020 nahm die Gesuchstellerin zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerin Stellung (act. 11). Das Verfahren erweist sich nunmehr als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

2. Unbestrittener Sachverhalt

2.1. Die Gesuchstellerin (als Bestellerin) und die Gesuchsgegnerin (als Unternehmerin) haben zwei Werkverträge abgeschlossen, nämlich den Werkvertrag vom 18. Mai 2019 betreffend Gesamtrenovation eines Mehrfamilienhauses an der C.____-strasse 1 in D.____ für CHF 488'667.20 (act. 3/3; nachfolgend MFH D.____) und den Werkvertrag vom 18. Mai 2019 betreffend Gesamtrenovation eines Zweifamilienhauses am E.____ 2 in F.____ für CHF 390'843.30 (act. 3/4; nachfolgend ZFH F.____; act. 1 Rz. 9; act. 7 Rz. 2, 4 f., 10, 12).

2.2. Betreffend das ZFH F.____ vereinbarten die Parteien, dass der Werkpreis in nachfolgenden Tranchen an nachfolgenden Terminen bezahlt werden sollte: je CHF 117'253.– per 31. Mai 2019, 31. Juli 2019 und 31. Oktober 2019 sowie CHF 39'084.30 per 31. Januar 2020 (act. 7 Rz. 5; vgl. act. 11 Rz. 7 f.). Die Gesuchstellerin beglich die ersten beiden Akontozahlungen über total CHF 234'506.– (act. 1 Rz. 13; act. 7 Rz. 5). Infolge fehlender Baubewilligung erhielt die Gesuchstellerin den Baukredit indes nicht ausbezahlt (act. 7 Rz. 6; act. 11 Rz. 10). Hierauf wurden die Bauarbeiten im Oktober 2019 sistiert. Kurz zuvor fand am 7. Oktober 2019 eine Besichtigung der Baustelle statt. Anlässlich dieser Besichtigung unterzeichneten die Parteien ein Protokoll, wonach die Arbeiten beim ZFH F.____ per 18. September 2019 zu 65% erledigt seien (act. 9/4; act. 7 Rz. 6; act. 11 Rz. 11).

2.3. Betreffend das MFH D.____ vereinbarten die Parteien, dass der Werkpreis in nachfolgenden Tranchen an nachfolgenden Terminen bezahlt werden sollte: je CHF 122'166.80 per 31. Mai 2019 und 31. Juli 2019, CHF 195'466.88 per 31. Oktober 2019 sowie CHF 48'866.70 per 31. Januar 2020 (act. 7 Rz. 12; vgl. act. 11 Rz. 27 f.). Die Gesuchstellerin leistete Akontozahlungen über total

CHF 464'973.20 (act. 1 Rz. 13; vgl. act. 7 Rz. 5). Die Bauarbeiten am MFH D._____ waren am 30. April 2020 noch nicht fertiggestellt (act. 1 Rz. 12, 14; act. 7 Rz. 13).

2.4. Mit zwei Kündigungen vom 30. April 2020 hat die Gesuchstellerin beide Werkverträge mit der Gesuchsgegnerin mit sofortiger Wirkung (d.h. per 30. April 2020) gekündigt (act. 3/6 [Kündigung MFH D._____] und act. 3/7 [Kündigung ZFH F._____]; act 1 Rz 10; act 7 Rz. 15).

3. Parteibehauptungen

3.1. Die Gesuchstellerin macht in ihrem Gesuch vom 12. Oktober 2020 (act. 1) im Wesentlichen geltend, sie habe festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin die Renovationsarbeiten nicht fachgemäss durchführe, einen Baufortschritt vorgebe und dafür Akontozahlungen verlange, der nicht dem tatsächlichen Baustand entsprechen würde und die Arbeiten verzögere (act. 1 Rz. 9). Die Baustellen würden sich nach wie vor im Stand wie vor dem 30. April 2020 befinden (act. 1 Rz. 14). Die G._____ GmbH habe die Baustellen in ihrem Auftrag am 3. Juni 2019 begutachtet. Das Gutachten sei zum Schluss gekommen, dass die Bauarbeiten für das MFH D._____ lediglich zu 47.6% im Wert von CHF 232'847.–, jene für das ZFH F._____ lediglich zu 34.9% im Wert von CHF 136'585.– erledigt worden seien (act. 1 Rz. 12 f.). Die Gesuchstellerin erklärt, Forderungen gegen die Gesuchsgegnerin aufgrund zu viel bezahlter Akontozahlungen und aus Schadenersatz aufgrund der mangelhaften Ausführung geltend machen zu wollen (act. 1 Rz. 18).

3.2. In ihrer Stellungnahme vom 27. November 2020 behauptet die Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin habe sie anlässlich der Besichtigung vom 7. Oktober 2019 über den Baufortschritt getäuscht (act. 11. Rz. 11). Im Weiteren erklärt sie, die Auflösung der Werkverträge sei "aus wichtigen Gründen" erfolgt, namentlich aufgrund mangelhafter bzw. verzögerter Arbeitsausführung, aufgrund falscher Angaben zum Baufortschritt, sowie aufgrund des Umstandes, dass die Gesuchsgegnerin weitere Akontozahlungen für die Fortsetzung der Arbeiten gefordert habe, ohne dass der dafür notwendige Baufortschritt ersichtlich

gewesen sei (act. 11 Rz. 15). Ausserdem behauptet die Gesuchstellerin sinngemäss, der Gesuchsgegnerin am 27. Juli 2020 eine Mängelrüge zugestellt zu haben (act. 11 Rz. 2, 39).

3.3. Die Gesuchsgegnerin hält dem im Wesentlichen entgegen, die Erstellung eines Gutachtens sei nicht nötig, da schriftliche Baustands-Bestätigungen vorliegen würden (act. 7 Rz. 19). Sie behauptet im Weiteren, sie habe alle Bauarbeiten fachgemäss ausgeführt und nie einen Baustand vorgegeben, der nicht dem tatsächlichen Baufortschritt entsprochen habe. Allfällige Bauverzögerungen seien auf Änderungswünsche und Falschinformationen durch die Gesuchstellerin zurückzuführen (act. 7 Rz. 2). Betreffend das ZFH F._____ sei ihr von der Gesuchstellerin zugesichert worden, dass keine Baubewilligung notwendig sei und sie habe die vereinbarten Arbeiten bis Oktober 2019 vertragsgemäss ausgeführt. Die Einstellung der Arbeiten in F._____ sei auf Geheiss der Gesuchstellerin erfolgt. Nach dem 7. Oktober 2019 habe die Gesuchsgegnerin keine Arbeiten mehr am ZFH F._____ ausgeführt (act. 7 Rz. 6). Bezüglich dem MFH D._____ macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass in diesem Werkvertrag nicht nur die Sanierung des MFH D._____, sondern auch eines EFH in H._____ integriert gewesen sei. Es liege Korrespondenz vor, die dies bestätige. Für das vorliegende Verfahren werde auf die Einreichung dieser Korrespondenz einstweilen verzichtet (act. 7 Rz. 11). Die Gesuchsgegnerin führt im Weiteren aus, bevor man mit den Arbeiten am MFH D._____ begonnen habe, sei das EFH H._____ im März 2020 absprachegemäss fertiggestellt worden (act. 7 Rz. 13).

4. Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung

4.1. Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO besteht ein Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme, wenn eine *Gefährdung der Beweismittel* oder ein *schutzwürdiges Interesse* glaubhaft gemacht werden kann. Ein Beweismittel ist dann gefährdet, wenn es später, wenn es greifbar sein sollte, nicht mehr oder nicht mehr im gleichen Zustand abgenommen werden kann. Ein schutzwürdiges Interesse liegt dann vor, wenn die Beweis- und Prozessaussichten abgeklärt werden sollen.

4.2. Die vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch (Hauptsachenanspruch) verlangt werden. Ein Gesuchsteller, der sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO beruft, muss glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen den Gesuchsgegner gibt (BGE 138 III 76 E. 2.4.2. S. 81 mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur). Das Glaubhaftmachen eines Hauptsachenanspruchs ist Teil der glaubhaft zu machenden Beweisgefährdung bzw. des glaubhaft zu machenden schutzwürdigen Interesses (vgl. BRÖNNIMANN in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 158 N 13). Die Rechtsprechung hat namentlich klargelegt, dass mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, noch kein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisabnahme hinreichend glaubhaft gemacht ist (BGE 138 III 76 E. 2.4.2. S. 81).

4.3. Die Meinung der Gesuchstellerin, sie müsse nicht nachweisen, ob der Hauptsachenanspruch begründet ist (act. 1 Rz. 8), ist somit falsch. Richtig ist, dass die Gesuchstellerin zumindest in den Grundzügen den Hauptsachenanspruch in einer Weise glaubhaft machen muss, dass ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisabnahme erkennbar ist. Allein der Hinweis, es bestehe ein Bedürfnis, die Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, reicht nicht aus.

5. Hauptsachenanspruch im vorliegenden Fall

5.1. Hat der Unternehmer eine Leistung, für die ein Pauschalpreis vereinbart wurde, nur zum Teil ausgeführt, schuldet der Besteller vom vereinbarten Pauschalpreis einen Teilbetrag, der zum Pauschalpreis im gleichen Verhältnis steht wie der Wert der erbrachten Teilleistung zum Wert der ganzen Leistung (HGer ZH HG170250 vom 5. Mai 2020 E. III.E.1.2; HG140107 vom 12. April 2017 E. 5.3.1). Übersteigen die vom Besteller geleisteten Akontozahlungen den von ihm geschuldeten Teilbetrag, kann er die Differenz vorbehaltlich einer allfällig geschuldeten Schadloshaltung und weiterer (verrechnungsweise geltend gemachter) berechtigter Ansprüche des Unternehmers von diesem zurückfordern.

Der Rückforderungsanspruch aus geleisteten Akontozahlungen ist vertraglicher Natur, da der Vereinbarung von Akontozahlungen regelmässig die (stillschweigende) Abrede zugrunde liegt, dass nach Abwicklung oder Auflösung des Vertrages definitiv abgerechnet wird und ein allfälliger Überschuss herauszugeben ist (vgl. BGE 134 III 591 E. 5.2.3 S. 595; 126 III 119 E. 2b S. 120; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N 1269 f.). Vorbehältlich anderslautender Abreden wird nach Ablieferung des Werks bzw. nach Auflösung des Werkvertrags abgerechnet (vgl. Art. 372 Abs. 1 OR). Ein allfälliger Rückerstattungsanspruch kann nicht bereits zuvor entstehen, da die Parteien vor Abwicklung oder Auflösung des Vertrages regelmässig noch Erfüllungshandlungen erbringen, die den definitiven Saldo beeinflussen.

5.2. Der Besteller kann nach dem Gesagten die definitive Abrechnung durch die vorzeitige Auflösung des Vertrages herbeiführen und gestützt darauf einen allfälligen, zu seinen Gunsten ausfallenden Abrechnungssaldo geltend machen. Solange ein Werk unvollendet ist, kann der Besteller vom Werkvertrag zurücktreten, allerdings nur gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung (Art. 377 OR). Vom Rücktritt gegen volle Schadloshaltung nach Art. 377 OR ist der Rücktritt wegen Ausführungsverzögerung nach Art. 366 OR zu unterscheiden. Ein Rücktritt nach Art. 366 OR setzt in formeller Hinsicht allerdings voraus, dass 1) der Unternehmer durch Mahnung in Verzug gesetzt wurde (Art. 102 Abs. 1 OR; es sei denn eine solche erübrige sich ausnahmsweise, Art. 108 Ziff. 1 OR) und 2) dass dies der Besteller nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist unverzüglich erklärt (Art. 107 Abs. 1 f. OR; vgl. GAUCH, a.a.O., N 683 ff.).

6. Würdigung

6.1. Im vorliegenden Fall sind die Umstände der angeblichen Auflösung des Vertrages weitgehend unklar geblieben. Im Gesuch führt die Gesuchstellerin nicht aus, ob sie einen Vertragsrücktritt mit voller Schadloshaltung nach Art. 377 OR oder einen Rücktritt wegen Ausführungsverzugs nach Art. 366 OR erklärt hat. In der Stellungnahme vom 27. November 2020 führt die Gesuchstellerin wiederholt aus, sie habe den Werkvertrag aus "wichtigen Gründen" gekündigt (act. 11 Rz.

15, 32 und 38). Allerdings ist nicht klar, ob sie die Rechtsgrundlage in Art. 366 OR, Art. 377 OR oder in einer anderen Bestimmung - und wenn ja welche - erblickt. Immerhin ist aufgrund des Wortlautes der Kündigungen ("Die rechtzeitige Vollendung des Werkvertrages ist nicht mehr möglich" [act. 3/6 und 3/7]) anzunehmen, dass die Gesuchstellerin am 30. April 2020 einen Rücktritt wegen Ausführungsverzug nach Art. 366 OR erklären wollte.

6.2. Die Rechtsgrundlage der angeblichen Vertragsauflösung ist nicht nur eine theoretische Frage. Wenn nämlich gestützt auf Art. 366 OR ein Rücktritt wegen Ausführungsverzug erklärt worden wäre, wäre eine vorherige Mahnung des Unternehmers und eine Nachfristansetzung erforderlich gewesen (vgl. E. 5.3). Auch dazu ist dem Gesuch der Gesuchstellerin nichts zu entnehmen. Die Gesuchstellerin hat weder behauptet, dass sie die Gesuchsgegnerin in Verzug gesetzt habe, noch, dass sie die Gesuchsgegnerin angemessene Nachfristen angesetzt habe, damit sie ihren werkvertraglichen Pflichten betreffend das ZFH F._____ und das MFH D._____ nachkommen könnte. Damit ist auch nicht glaubhaft gemacht, dass ein Rückforderungsanspruch aus angeblich zu viel geleisteten Akontozahlungen besteht.

6.3. In Bezug auf die angeblich zu viel bezahlten Akontozahlungen bestehen ohnehin Anhaltspunkte dafür, dass die Gesuchstellerin zumindest im Zusammenhang mit dem Bauprojekt ZFH F._____ nicht zu viel erhalten hat. Die Darstellung der Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin habe lediglich 34.9% der Bauarbeiten im Wert von CHF 136'585.00 erbracht, aber bereits Akontozahlungen von rund 234'506.– bezogen (act. 1 Rz. 13), steht nämlich im Widerspruch zur Bestätigung, welche die Parteien am 7. Oktober 2019 unterschrieben haben. In dieser Bestätigung hielten die Parteien fest, dass der Baufortschritt per 18. September 2019 65% betragen habe (act. 9/4). Der Einwand der Gesuchstellerin, sie sei von der Gesuchstellerin getäuscht worden (act. 11 Rz. 11), ist nicht einmal ansatzweise glaubhaft gemacht. Einerseits ist nicht nachvollziehbar, wie eine Gesellschaft, die gemäss Handelsregisterauszug "den Erwerb, die die Veräusserung, die Vermietung und die Verwaltung von Immobilien" bezweckt (act. 3/2), bei der Unterzeichnung des Protokolls vom 7. Oktober 2019 über den

Baustand (act. 9/4) getäuscht worden sein sollte; im Gegenteil ist davon auszugehen, dass sich beide Parteien am 7. Oktober 2019 tatsächlich übereinstimmend darin einig waren, dass der Baufortschritt 65% betrage. Andererseits wäre eine Täuschung ohnehin nicht rechtsgenügend dargetan. Die Gesuchstellerin macht keine Ausführungen dazu, welche falsche Tatsachen die Gesuchsgegnerin ihr vorgespiegelt haben soll oder welche Tatsachen sie in Missachtung einer Aufklärungspflicht unterdrückt haben soll, noch behauptet sie, dass die Gesuchsgegnerin absichtlich gehandelt habe und dass die angebliche Täuschung kausal für die angebliche Fehlvorstellung über den Baufortschritt gewesen sei (Art. 28 Abs. 1 OR). Schliesslich macht die Gesuchstellerin auch keine Ausführungen dazu, wann sie den Irrtum entdeckt haben will (vgl. Art. 31 Abs. 1 OR).

6.4. Soweit die Gesuchstellerin ihren Hauptsachenanspruch mit einer angeblich mangelhaften Werkausführung begründet, macht sie einen Schadenersatzanspruch nicht glaubhaft. Zunächst erweist sich ihre Behauptung, eine Mängelrüge erhoben zu haben (act. 11 Rz. 1 und 36), als verspätet, weil die Gesuchstellerin ihren Anspruch bereits im Gesuch substantiiert hätte vorbringen müssen. Selbst wenn die Gesuchstellerin die Behauptung der erhobenen Mängelrüge rechtzeitig erhoben hätte, genügen ihre Ausführungen nicht, um einen Anspruch aus Mängelhaftung glaubhaft zu machen. Die Gesuchstellerin macht keine Ausführungen dazu, inwiefern die Arbeiten der Gesuchsgegnerin am ZFH F._____ und am MFH D._____ mangelhaft waren, noch behauptet die Gesuchstellerin, ihre Mängelrechte ausgeübt zu haben. Soweit die Gesuchstellerin Geldersatz zu erhalten sucht, macht sie namentlich nicht geltend, die Gesuchsgegnerin zur Nachbesserung angehalten zu haben, ihr nach Ablauf der Nachbesserungsfrist eine Nachfrist hierzu angesetzt zu haben und in der Folge – nach Ablauf der Nachfrist – auf die Nachbesserung verzichtet zu haben und der Gesuchsgegnerin gegenüber erklärt zu haben, Ersatz des aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld entstandenen Schadens zu verlangen.

7. Fazit

Zusammenfassend gelingt es der Gesuchstellerin nicht, einen Hauptsachenanspruch glaubhaft zu machen. Damit sind die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisführung nicht erfüllt, weshalb ihr Gesuch abzuweisen ist. Unter diesen Umständen erübrigen sich weitere Ausführungen namentlich dazu, ob das beantragte Gutachten angesichts des Zeitablaufs überhaupt noch zum Beweis des Baustandes vom 7. Oktober 2019 bzw. vom 30. April 2020 tauglich ist.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Der vom Gericht auf CHF 330'000.– festgesetzte Streitwert wurde nicht beanstandet (vgl. act. 4). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 GebV OG ist die Gerichtsgebühr in Anbetracht des anwendbaren summarischen Verfahrens auf CHF 8'500.– festzusetzen. Die der Gesuchsgegnerin zuzusprechende Parteientschädigung beträgt aufgrund der verfassten Stellungnahme vom 5. November 2020 (act. 7) CHF 10'000.– (§§ 2, 4, 9 und 11 AnwGebV). Dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 8'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage einer Kopie von act. 11 und act. 12/10-11.

6. 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 Beschwerde 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 330'000.–.

Zürich, 8. Dezember 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Rudolf Hug