

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240136-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Vizepräsident, sowie
Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil vom 14. Oktober 2024

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2-7)

1. «Es sei zum Zustand des von der Gesuchsgegnerin errichteten Gewerks (BKP 222 / 224.1 Spengler-Flachdacharbeiten) auf und an dem im Bau befindlichen Gebäude auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 in C._____ (ZH) sowie zum Zustand der Holzkonstruktion des im Bau befindlichen Gebäudes auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 in C._____ (ZH) vorsorglich Beweis zu erheben;
2. es seien Experten in den Fachbereichen Flachdachbau, Bauphysik und Holzbau zu bezeichnen und den Experten seien die folgenden Fragen zur Beantwortung zu unterbreiten:
... [etliche Fragen]»

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsüberblick und Parteistandpunkte

1.1. Die Gesuchstellerin ist eine Genossenschaft mit Sitz in Zürich. Sie ist Alleineigentümerin eines Grundstückes in C._____/ZH. Auf diesem Grundstück sollen im Rahmen des Projektes "D._____" 50 Wohnungen für Menschen im Alter erstellt werden (act. 1 Rz. 7; act. 3/3-4). Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____/ZG. Sie bezweckt den Betrieb einer Spenglerei (act. 1 Rz. 8; act. 3/5).

1.2. Im Zusammenhang mit der Realisierung des Projektes "D._____" schlossen die Parteien am 4. November 2023 den Werkvertrag Nr. 38 über "BKP 222 / 224.1 Spengler-Flachdacharbeiten" ab (act. 3/2).

1.3. Die Gesuchstellerin macht im Wesentlichen geltend, dass die Gesuchsgegnerin die unter dem genannten Werkvertrag geschuldeten Vertragsarbeiten mangelhaft ausgeführt habe. Das von der Gesuchsgegnerin erstellte Flachdach weise diverse undichte Stellen auf und es seien diverse Wassereintritte zu verzeichnen. Sie beantragt eine vorsorgliche Beweisabnahme und ersucht, einer fachkundigen Person 76 Fragen zur Beantwortung zu unterbreiten (act. 1).

1.4. Die Gesuchsgegnerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, dass die Gesuchstellerin die Voraussetzungen einer vorsorglichen Beweiswürdigung weder rechtsgenügend behauptet noch glaubhaft gemacht habe. Sie beantragt im Hauptstandpunkt, das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme abzuweisen; eventualiter sei die Gesuchstellerin aufzufordern, die Fragen entsprechend den Vorbringen der Gesuchsgegnerin zu präzisieren und zu verbessern; subeventualiter seien die Fragen durch das Gericht anzupassen (act. 10).

2. Prozessverlauf

2.1. Mit Eingabe vom 8. August 2024 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung mit den oben aufgeführten Anträgen ein (act. 1).

2.2. Mit Verfügung vom 9. August 2024 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 14'000.00 und der Gesuchsgegnerin Frist zur Erstattung einer Stellungnahme angesetzt (act. 4).

2.3. Den Vorschuss für die Gerichtskosten leistete die Gesuchstellerin fristgerecht (act. 6).

2.4. Innert erstreckter Frist reichte die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme am 9. September 2024 ein und beantragte (wie erwähnt) im Hauptstandpunkt die Abweisung des Gesuchs (act. 10).

2.5. Die Stellungnahme vom 9. September 2024 wurde der Gesuchstellerin am 26. September 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 12; Prot. S. 3), worauf sich die Gesuchstellerin nicht mehr vernehmen liess.

2.6. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Formelles

3.1. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts Zürich ist zu bejahen (Art. 13 lit. b ZPO; Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 44

lit. b und § 45 lit. b GOG). Dies ist unbestritten (act. 1 Rz. 2 ff. [Gesuchstellerin], act. 10 Rz. 3 [Gesuchsgegnerin]).

3.2. Weitere Bemerkungen zum Formellen drängen sich nicht auf.

4. Materielles/Behauptungs- und Substantiierungslast

4.1. Nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Das Gesetz gibt damit die Möglichkeit, eine vorsorgliche Beweisabnahme zur Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang klargestellt, dass eine vorsorgliche Beweisführung nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden kann. Die Gesuchstellerin, die sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, (i) gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch *gegen die Gesuchsgegnerin* gewährt, und kumulativ (ii) zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (BGE 143 III 113 E. 4.4.1 S. 118; 142 III 40 E. 3.1.1, 140 III 16 E. 2.2.2 S. 19, 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81).

4.2. Das vorliegende Verfahren unterliegt der Verhandlungsmaxime. Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel zu nennen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Im ordentlichen (und vereinfachten) Verfahren haben die Parteien Anspruch auf je zwei uneingeschränkte Parteivorträge und können ihre Behauptungen auch noch im zweiten Parteivortrag einbringen und substantiieren. Anders liegen die Verhältnisse im summarischen Verfahren, wo nur in Ausnahmefällen ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird, weshalb die gesuchstellende Partei ihre Tatsachenbehauptungen schon im Gesuch hinreichen substantiieren muss (BGE 5A_822/2022, Urteil vom 14. März 2023, E. 4.4. mit weiteren Hinweisen).

4.3. Diesen (Substantiierungs-)Anforderungen genügt das vorliegende Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme nicht. Das Gesuch bezieht sich unspezifisch und pauschal auf "das Dach". Gemäss der unwidersprochenen Darstellung der

Gesuchsgegnerin besteht das Dach jedoch aus diversen Bauteilen und Komponenten, wobei sie (die Gesuchsgegnerin) nur für bestimmte Bauteile und Komponenten verantwortlich war; so macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass von ihr nur Arbeiten an der Gebäudehülle ab und mit der Dampfbremse ausgeführt worden seien (act. 10 Rz. 17). Die Gesuchstellerin führt nicht aus, welche Bauteile und Komponenten Gegenstand des *mit der Gesuchsgegnerin* abgeschlossenen Werkvertrages betreffend "BKP 222 / 224.1 Spengler-Flachdacharbeiten" vom 4. November 2023 (act. 3/2) gewesen waren. Dies ist kein nebensächlicher, sondern ein entscheidender Punkt. Die Gesuchsgegnerin ist nämlich nur passivlegitimiert für die angeblich mangelhafte Ausführung von Bauarbeiten, die unter den Werkvertrag "BKP 222 / 224.1 Spengler-Flachdacharbeiten" fallen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Gesuchsgegnerin nicht in ein aufwändiges vorsorgliches Beweisführungsverfahren betreffend Bauteile involviert werden kann, die nicht unter ihren Werkvertrag fallen und die nichts mit den von ihr geschuldeten Vertragsarbeiten zu tun haben. Insoweit ist der Einwand der Gesuchsgegnerin zutreffend, dass das Gesuch unzureichend begründet ist. Das Gesuch besteht im Wesentlichen aus Anträgen mit 76 Fragen, wobei nicht klar wird, welche Fragen sich auf welche Vertragspflichten der Gesuchsgegnerin beziehen. Die Sachdarstellungen der Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 7-15) sind oberflächlich, unspezifisch und setzen sich nicht mit den konkreten Vertragsleistungen der Gesuchsgegnerin auseinander.

4.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vorwurf der Gesuchsgegnerin, es liege eine unzureichende Begründung vor (act. 10 Rz. 118), zutreffend ist. Mangels genügender Substantiierung ist das Gesuch abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO).

5.2. In der Verfügung vom 9. August 2024 wurde der Streitwert auf CHF 828'542.00 beziffert (act. 4). Die Gesuchsgegnerin geht ebenfalls von diesem Streitwert aus (act. 10 Rz. 5) und die Gesuchstellerin opponiert nicht dage-

gen, weshalb unter Verweis auf die Erwägungen in der erwähnten Verfügung am Streitwert von CHF 828'542.00 festzuhalten ist.

5.3. Unter der Annahme des genannten Streitwertes wurde in der Verfügung vom 9. August 2024 ausgeführt, dass mit einer Gerichtsgebühr von CHF 14'000.00 zu rechnen sei (§§ 4 und 8 Abs. 1 GebV OG). Dies wurde unter anderem mit dem zu erwartenden Aufwand im Zusammenhang mit der Beantwortung von 76 Fragen begründet (act. 4). Da aufgrund der berechtigten Einwände der Gesuchsgegnerin das Gesuch abzuweisen ist, reduziert sich auch der Aufwand des Gerichtes, weshalb die Gerichtsgebühr auf CHF 8'000.00 festzusetzen ist (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

5.4. Schliesslich ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Prozessentschädigung von CHF 10'000.00 zu bezahlen, wobei wegen der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs die MWST nicht zu vergüten ist (§§ 4 und 9 AnwGebV) .

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 8'000.00 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 10'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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 828'542.00.

Zürich, 14. Oktober 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger