

ZH_HANDELSGERICHT HE120087 vom 21. Dezember 2012

Zh Handelsgericht, 2012-12-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE120087

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE120087 du 21 décembre 2012

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE120087 del 21 dicembre 2012

Erwägungen

E. 2

Dem gerichtlich ernannten Sachverständigen seien die nachfolgenden Fragen zur Beantwortung mit entsprechender Dokumentation der Untersuchungsergebnisse zu unterbreiten: a) Welche Messwerte (Höhe und Breite der verschiedenen Element-Typen) weisen die vom Gesuchsgegner produzierten und versetzten Betonelemente L1-173 und R1-136 aus? b) Passt die Deckelschablone (E._____ Typ T24) in alle vom Gesuchsgegner produzierten und versetzten Betonelemente (L1-173 und R1-136)? Wenn nein, weshalb nicht? c) Sind die bisher vorgenommenen Nachbesserungen (im Werk und vor Ort) des Gesuchsgegners fachgerecht ausgeführt? d) Waren die vom Gesuchsgegner zur Nachbesserung der Betonelemente verwendeten Materialien geeignet? e) Ist beim Betonelement L44 der Reparaturmörtel stellenweise weggebrochen? f) Verläuft die reprofilierte Kante bei den Betonelementen LA3 und L44 glatt oder bildet sie Wellen? g) Was könnte die Ursache sein, falls die Kante Wellen bildet? h) Hat der Gesuchsgegner den Übergang zum Altbeton bei den Betonelementen R63 und R64 fachgerecht ausgeführt? i) Hat der Gesuchsgegner für die Nachbesserung an den Betonelementen R63 und R64 einen geeigneten Reparaturmörtel verwendet? j) Hat der Gesuchsgegner bei den Betonelementen L20 und L21 mit dem Reparaturmörtel die Ecken ausgebildet bzw. gefüllt? k) Ist bei den Betonelementen L19 und L20 ein Kiesnest ersichtlich?

- 3 - l) Falls ein Kiesnest ersichtlich ist, was könnte die Ursache dafür sein? m) Hat der Gesuchsgegner bei den Betonelementen L19 und L20 einen geeigneten Reparaturmörtel verwendet? n) Wurde die Nachbesserung bei den Betonelementen L19 und L20 fachgerecht ausgeführt? o) Hat der Gesuchsgegner die Nachbesserung bei den Betonelementen R60 und R61 fachgerecht ausgeführt? p) Hat der Gesuchsgegner die Nachbesserung bei den Betonelementen L17 und L18 fachgerecht erbracht? q) Hat der Gesuchsgegner die Nachbesserung bei den Betonelementen R56 und R57 fachgerecht ausgeführt? r) Ist der für die Nachbesserung bei den Betonelementen R53 und R54 verwendete Mörtel zu weich? s) Hat der Gesuchsgegner die Nachbesserung bei den Betonelementen R53 und R54 fachgerecht ausgeführt?

E. 3

Es sei die zu ernennende sachverständige Person bezüglich der in Ziffer 2 des Rechtsbegehrens der Klägerin gestellten Fragen vom Gericht dahingehend zu instruieren, dass die Frage, ob Nachbesserungen der Betonfertigteile durch den Beklagten erfolgt sind, zwischen den Parteien strittig ist.

E. 4

Es seien, ergänzend zu den in Ziffer 2 des Rechtsbegehrens der Klägerin aufgeführten Fragen, der sachverständigen Person zwecks schriftlicher Erstattung eines Gutachtens

durch das Gericht schriftlich folgende Fragen zu stellen:

- 4 - a) Sind die von der Klägerin nachträglich gerügten und angeblich vorhandenen Mängel, in Form von Abplatzungen an den Ecken oder Kanten, Wellen an den Kanten, unsachgemässe Nachprofilierungen vor der Abnahme und das Vorliegen von Kiesnestern, bei einer Inaugenscheinnahme der Betonfertigteile im Rahmen einer Sicht-Abnahme zu erkennen? b) Welcher Aufwand ist erforderlich, um mit einer Deckelschablone zu prüfen, ob der Deckel in die Betonfertigteile passt? Ist diese Überprüfung bereits vor dem Versetzen des Betonelements möglich? c) Sind Abplatzungen an den Ecken und Kanten der Betonfertigteile, sofern solche festgestellt werden, beim Abladen oder bei der Montage entstanden oder sind diese Ursachen jedenfalls nicht auszuschliessen? d) Entsprechen die von der Klägerin versetzten Betonfertigteile den zwischen den Parteien vereinbarten technischen Regelungen und den anerkannten Regeln der Technik (EN 206 und DIN 1045)? e) Sind bei Elementverbindungen, bei welchen sich vertikale oder horizontale Versätze feststellen lassen, diese Versätze auf Montagefehler zurückzuführen? f) Ist nach den zwischen den Parteien vereinbarten technischen Regelungen (EN 206 und DIN 1045) keine Einhaltung von Toleranzen bis lediglich 2 mm geschuldet? g) Lassen Messungen am unteren Ende des Kabelkanals einen Rückschluss auf die Einhaltung der Masse am oberen Ende des Kabelkanals, auf welchen der Deckel aufzusetzen ist, zu? h) Welche Masse darf der auf die Betonfertigteile zu setzende Deckel haben unter Zugrundelegung der dem Beklagten übermittelten Massangaben für das Betonelement und der nach den einschlägigen technischen Vorschriften zulässigen Toleranzen? i) Wurde bei den Ausführungsplänen der Klägerin und der dort enthaltenen Massangaben unter Berücksichtigung der nach den technischen Vorschriften geltenden Toleranzen die Breite des Deckels T24 der E._____ planerisch ausreichend berücksichtigt? j) Ist eine Passgenauigkeit des Deckels, falls eine solche nicht vorliegen sollte, durch ein Abschleifen des Deckels technisch leicht herzustellen? k) Führt die mindestens sechswöchige Lagerung der Betonfertigteile übereinander zu einem Verziehen der Elemente und dadurch bedingt zu einer Massungenauigkeit?

- 5 - l) Welche Betonqualität (C 25/30 oder höher) haben die bereits versetzten Betonfertigteile? m) Ist die Rohrmuffe an den Rohren der Firma H._____, die in die bereits versetzten Betonfertigteile eingebaut wurden und die noch vor Ort auf dem Werksgelände des Beklagten lagern, rechtwinklig abgeschnitten? n) Hat das Einlaufen der flüssigen Betonmilch in die Rohrmuffen negative Auswirkungen auf die Porosität des Betonelements? o) Ist Kenntnis über den Umfang und die Ursachen von vorhandenen Mängeln eine Voraussetzung für die Erarbeitung eines Sanierungskonzepts? p) Innerhalb welchen Zeitraums können die Nachbesserungen an den bereits versetzten Betonfertigteilen durchgeführt werden? q) Hat eine Verzögerung um acht Tage beim Beginn der Nachbesserungsarbeiten irgendeinen Einfluss auf die Produktion vor Ort? r) Wann wären die Nachbesserungsarbeiten abgeschlossen gewesen, wenn sie am 12. September 2011 begonnen worden wären?

E. 5

Die sachverständige Person sei durch das Gericht schriftlich zu instruieren.

E. 6

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin." Der Einzelrichter zieht in Erwägung: 1. Den Klägerinnen sind als Arbeitsgemeinschaft seitens der E._____ Arbeiten

für das Projekt "... - I. _____-Tunnel" in J. _____ übertragen worden. Die Beklagte hatte aufgrund einer werkliefervertraglichen Pflicht gegenüber den Klägerinnen Betonelemente mit einbetonierten Kabelschutzrohren zu erstellen und zu liefern. Die Rohre wurden von einer Drittfirma zur Verfügung gestellt. Jedes Betonelement hatte eine Länge von rund 4,4 Metern eine Höhe von - je nach Typ - etwa 96, 74 oder 80 cm und eine Breite von etwa 55 cm. Die Elemente haben den Zweck, links und rechts der Geleise - der Länge nach verlegt - sogenannte Bankette zu bilden, welche der Kabelführung und als Fluchtwege dienen.

- 6 - 2. Den Vertrag betreffend Lieferung der Betonelemente schlossen die Parteien im Juli 2011 (act. 3/2). Während der Vertragserfüllung kam es zwischen den Parteien zum Streit. Die Klägerinnen waren mit den Lieferungen nicht zufrieden, der Beklagte verwahrte sich gegen die Vorwürfe. Schliesslich verzichteten die Klägerinnen auf weitere Lieferungen. Insgesamt sollten etwa 1'892 Elemente geliefert werden. Aufgrund der Auseinandersetzung erreichte der Lieferumfang nur 328 Elemente, wovon 308 versetzt (= eingebaut, montiert) wurden. 3. Das Gesuch betreffend vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO ging am 24. Februar 2012 ein (act. 1). Mit Verfügung vom 28. Februar 2012 wurden Fristen angesetzt, den Klägerinnen zur Leistung eines Kostenvorschusses, dem Beklagten zur Beantwortung des Begehrens (Prot.S. 2). Die Fristen wurden eingehalten. Nachdem der Beklagte in seiner Eingabe vom 12. März 2012 (act. 6) einen eigenen Fragenkatalog vorgelegt hatte, wurde von der Stellung eines selbständigen Begehrens ("Widerklage") Vormerk genommen (Prot.S. 3). Der dem Beklagten auferlegte Kostenvorschuss ging ebenfalls fristgerecht ein. Mit Verfügung vom 27. März 2012 wurde den Parteien Frist angesetzt, um für die Begütachtung Vorschüsse zu leisten (Prot.S. 5). Auch diese Vorschüsse gingen innert Frist ein. Am 11. April 2012 fand eine Verhandlung betreffend Experteninstruktion statt (Prot.S. 6 - 11). In dieser wurde den Beteiligten eine schriftliche Instruktion abgegeben (act. 18), der Gutachter wurde über seinen Werdegang und seine Kontakte zu den Parteien befragt, sodann wurden die Fragen der Parteien diskutiert und teilweise modifiziert. Am 12. April 2012 wurde die Gutachterernennung noch formell vorgenommen (Prot.S. 12). Unter dem 3. Mai 2012 teilte der Gutachter dem Gericht per mail mit, am nächsten Tag seien die verbauten Elemente aufgenommen und dokumentiert, weitere allfällige Untersuchungen könnten unabhängig vom weiteren Fortgang der Arbeiten an den Elementen im Tunnel (durch die Klägerinnen) erfolgen, weshalb von ihm aus der Klägerin (gemeint den Klägerinnen) dazu die Freigabe erteilt werden könne. Das Gericht teilte dem Gutachter am Folgetag mit, es könne so verfahren werden. Eine Kopie des Mailverkehrs ging unvermittelt an die Parteien (vgl. act. 29). Das Gutachten datiert vom 12. Oktober 2012 (act. 21). Am 16. Oktober 2012 wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme angesetzt (Prot.S. 13). Die Klägerinnen erklärten mit Eingabe vom 25. Oktober 2012, sie verzichteten einstweilen auf die Stellung von Zusatzfragen, behielten sich solche aber vor, sollte der Beklagte entsprechende stellen (act. 25). Am

E. 8

November 2012 stellte der Beklagte folgende Anträge (act. 26): 1. Es sei der vom Handelsgericht des Kantons Zürich, Einzelgericht, mit Verfügung vom 12. April 2012 mit der Erstattung des Gutachtens beauftragte Gutachter C. _____ als befangen abzuweisen und es sei vom Gericht Herr Dr. F. _____ von der G. _____, Abteilung Beton/Bauchemie, ... [Adresse] (Tel: ...), als sachverständige Person zu ernennen und mit der Erstattung des Gutachtens zu beauftragen. 2. Eventualiter: Es seien der sachverständigen Person durch das Gericht folgende Fragen zur schriftlichen Erläuterung des Gutachtens (act. 21) zu stel-

len: a) Um welchen Plan handelt es sich bei dem auf Seite 5 Gutachten (act. 21) erwähnten "Aktueller Plan des Bauherrn, Bankett links 1:20, Nr. 532 (ohne Datum)"? Von wem hat der Gutachter diesen Plan erhalten? b) Wie errechnen sich die 93 L-Elemente, bei welchen der Original E. _____ - Deckel T 24 inkl. Fugen passt, sowie die 109 R-Elemente, bei welchen der Original E. _____ - Deckel T 24 passt? c) Weshalb hat der Gutachter beim Durchziehen des Deckels durch die Betonelemente nicht angegeben, an welchen Stellen genau und über welche Länge hinweg der Deckel jeweils klemmte? d) Was veranlasste den Gutachter, sich auf das Protokoll vom 10. August 2011 (act. 3/15) zu stützen und vorliegend sowie im Anhang A1 (Gutachten S. 17 ff. (act. 21)) von einer nicht vereinbarten Masstoleranz von +/- 2 mm auszugehen? e) Weshalb hat der Gutachter die von den Klägerinnen nachträglich bearbeiteten Fugen der Betonelemente L 169/170, R 132/133, R 135/136 in Anhang A1 zum Gutachten (act. 21) nicht in irgend einer Art gesondert ausgewiesen? Erkannte der Gutachter Modifikationen, welche von den Klägerinnen vorgenommen worden waren? f) Was veranlasste den Gutachter, nicht die Messwerte aller vom Beklagten produzierten und versetzten Betonelemente zu messen, sondern lediglich 50 L-Elemente und 29 R-Elemente? g) Welchen Auswahlkriterien folgend wurden die Elemente ausgemessen? Wieso wurden nur etwa 21% der R-Elemente (etwa jedes fünfte Element)

- 8 - ausgemessen, aber etwa 29% der L-Elemente (etwa jedes vierte Element)? h) Wie hat der Gutachter den Haftverbund beurteilt? Wie gross war die Prüffläche? Können die dargestellten Risse aufgrund der Selbstheilungseigenschaft des Mörtels bereits mit Calciumhydroxid gefüllt und der Verbundbereich intakt sein, insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass die dargestellten Risse die mechanischen Einflüsse der Probevorbereitung offenbar unbeschadet überstanden haben? i) Aus welchen Gründen entschloss sich der Gutachter dazu, die in Anhang A2 festgehaltenen Messresultate entsprechend angeblicher Sollwerte von +/- 2 mm zu bewerten und eine tabellarische Aufstellung, welche die angebliche Einhaltung bzw. Überschreitung der Messwerte aufzeigte, in das Gutachten (act. 21) einzufügen anstatt lediglich, wie gefordert, die Messresultate aufzulisten? j) Weshalb beantwortet der Gutachter die Frage nur bezüglich der Deckelbreite und nicht bezüglich der Deckellänge? Wurde die Länge der Betonelemente von 4,40 m gemäss der Auftragsbestätigung (act. 3/2) dem Beklagten von den Klägerinnen planerisch optimal vorgegeben unter Berücksichtigung der Länge des Deckels E. _____ Typ T24 von 50 cm sowie dem Krümmungsverlauf der Tunnelkurven in Form von Klothoiden? k) Wieso beantwortet der Gutachter die anlässlich der Experteninstruktion vom 11. April 2012 (Prot. S. 10) konkretisierte Frage nicht und legt nicht dar, welche Toleranzen aufgrund der gemäss der Auftragsbestätigung gemäss Anhang zur Klagebeilage 2 zwischen den Parteien vereinbarten Normen Anwendung finden? l) Weshalb verweist der Gutachter auf die DIN Norm 18202 (Toleranzen im Hochbau - Bauwerke) und nicht auf die DIN Norm 18203-1 (Toleranzen im Hochbau - Teil 1: Vorgefertigte Teile aus Beton, Stahlbeton und Spannbeton)? m) Wieso geht der Gutachter davon aus, dass die Kabelschutzrohre starr in die Betonelemente einbetoniert worden sind? Konnte der Experte diese Tatsache vor Ort bei den versetzten Betonelementen überprüfen? n) Ist die Auflagefläche des Fundaments bei der Montage der Betonelemente nicht zu berücksichtigen? Wie kontrollierte der Gutachter das Fundament, auf welchem die Betonelemente liegen? Konnte der Gutachter mit Sicherheit feststellen, dass das Fundament sauber und eben war? o) Wieso lehnte der Gutachter die Überprüfung der Kabelschutzrohre auf dem Werksgelände des Beklagten ohne Begründung ab?

- 9 - p) Wurde der Typ der auf dem Installationsplatz gelagerten Rohre festgestellt? q) Wieso erachtet der Gutachter eine Berechnung basierend auf der Anzahl nicht passender Elemente und Fugen als sachgerecht? Sind für die Feststellung des Zeitrahmens, welcher für Sanierungsarbeiten benötigt wird, anstelle der Anzahl Elemente nicht vielmehr die angeblich fehlerhaften Laufmeter entscheidend? 3. Eventualiter: Es seien der sachverständigen Person durch das Gericht folgende Ergänzungsfragen zum Gutachten (act. 21) zur schriftlichen Beantwortung zu stellen: a) Welche Person(en) der Klägerinnen war(en) jeweils während der Arbeiten des Gutachters und seines Personals auf der Baustelle und/oder im Tunnel anwesend? Wie lange waren der Gutachter und sein Personal jeweils mit diesen Personen zusammen? Worüber hat sich der Gutachter und sein Personal mit diesen Personen unterhalten? b) Hat der Gutachter selber und/oder die Firma D._____ AG und/oder deren Mitarbeiter nach dem 11. April 2012 während der Arbeiten für das vorliegende Gutachten (act. 21) Aufträge für eine der Klägerinnen bearbeitet? Wenn ja, welcher Art waren diese Arbeiten? c) Weshalb dauerte die Ausfertigung des Gutachtens (act. 21) sechs Monate? 4. Die sachverständige Person sei durch das Gericht zu instruieren. 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerinnen. Mit Verfügung vom 22. November 2012 gingen die act. 25 und act. 26 an die jeweilige Gegenseite (Prot.S. 14). Gleichzeitig verfügte das Gericht, die Rechnung des Gutachters (act. 22) werde zur Auszahlung à conto freigegeben und über das weitere Vorgehen werde nach dem Aktenstudium entschieden. 4. Nachfolgend ist zunächst auf die Anträge des Beklagten betreffend Ausstand und Erläuterungs- bzw. Ergänzungsfragen einzugehen. 5.a) Vorab sind einige Besonderheiten des Verfahrens zur vorsorglichen Beweissicherung darzulegen, wie sie in der Literatur und der noch relativ jungen Praxis vor allem zum (neuen) Anwendungsfall des "schutzwürdigen Interesses" entwi-

- 10 - ckelt wurden (vgl. dazu insbesondere Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 158 N 2, 10, 11, 18, 19 und die dort zitierte Judikatur, sowie aus der jüngeren Rechtsprechung - im update vom Herbst 2012 des genannten Kommentars enthalten -: BGE 138 III 76; BGE 138 III 425; BGer 4A_688/2011, Urteil vom 17. April 2012; OGer ZH, LF110134, Urteil vom 11. April 2012; OGer ZH, LF120012, Urteil vom

E. 9

Gesuch betreffend Erläuterungs- bzw. Ergänzungsfragen Wie sub 7.1 - 16 begründet, ist das Gesuch des Beklagten, es seien dem Gutachter diverse Erläuterungs- bzw. Ergänzungsfragen zu stellen, abzuweisen.

E. 10

Nachdem keine Weiterungen notwendig sind, ist der Zweck des Verfahrens als erfüllt anzusehen. Ein Sachentscheid muss nicht gefällt werden. Das Verfahren ist gestützt auf Art. 242 ZPO abzuschreiben.

E. 11

Bezüglich des wesentlichen Inhaltes des Verfahrens (Einholung eines Gutachtens) gibt es kein Obsiegen oder Unterliegen. Bezüglich des Streitwertes nannten die Klägerinnen einen solchen von CHF 99'600 (act. 1 S. 7), der Beklagte ging von CHF 40'000 aus (act. 6 S. 5). Beide Werte bezogen sich auf Mangelbehebungskosten. Der Streit der Parteien geht allerdings nicht (nur) um Mangelbehebungskosten, sondern um die Erfüllung bzw. Nichterfüllung des Vertrages (act. 3/2). Dieser weist einen Wert von rund CHF 1,2 Mio. aus. Da vorsorgliche Beweiserhebungen nicht den gesamten Streit betreffen, rechtfertigt es

sich, nur einen Bruchteil als Streitwert anzunehmen. Vorliegend erscheint es angemessen, 1/4 des maximalen Streitinteresses als Streitwert anzunehmen, mithin CHF 300'000. Die Gerichtsgebühr ist den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Zwar war der Fragenkatalog der Klägerinnen umfangreicher, andererseits erforderte der Entscheid betr. Ausstand sowie Erläuterungs- bzw. Ergänzungsfragen einen erheblichen Aufwand. Bezüglich der Gutachtenskosten waren die Parteien gestützt auf den vom Gutachter gegebenen Schlüssel mit CHF 18'000 (Klägerinnen) bzw. CHF 4'000 (Beklagter) kautioniert worden. Die effektiven Gutachtenskosten waren mit CHF 23'879.90 geringfügig höher. Gemäss dem Schlüssel sind den Klägerinnen CHF 19'538.10 und dem Beklagten CHF 4'341.80 aufzuerlegen.

E. 12

In Beachtung des Sinngehaltes von Art. 104 Abs. 3 ZPO ist formell festzuhalten, dass in einem allfälligen Hauptsacheverfahren die Prozesskosten dieses Verfahrens anders verteilt werden können.

- 31 - Der Einzelrichter verfügt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.