

# ZH\_HANDELSGERICHT HE150349 vom 14. Januar 2016

Zh Handelsgericht, 2016-01-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE150349](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE150349)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE150349 du 14 janvier 2016

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE150349 del 14 gennaio 2016

## Erwägungen

### E. 1

Unter dem 27. Juli 2015 ging das Gesuch betreffend vorsorgliche Beweisführung ein (act. 1). Mit Verfügung vom 28. Juli 2015 ergingen allgemeine Hinweise an die Parteien und wurden Fristen angesetzt (act. 4). Der Beklagten wurde dabei u.a. Frist angesetzt, um zum klägerischen Gesuch Stellung zu nehmen, zudem zur Frage, ob und in welcher Weise dem Gutachter ein Zugriff zur strittigen Maschine gewährt wird. Bei Säumnis würde aufgrund der Akten entschieden. Gemäss Art. 164 ZPO würdigt das Gericht die ungerechtfertigte Weigerung einer Partei bei der Beweiserhebung im Rahmen der Beweiswürdigung des Hauptprozesses (act. 4 Dispo.-Ziff. 5.). Der klägerische Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 10). Ebenfalls innert der gesetzten Frist machte die Klägerin Ausführungen über das Profil des Experten und schlug auch mögliche Gutachter vor (act. 7 und 8). Die Verfügung vom 28. Juli 2015 ging der Beklagten auf dem Rechtshilfeweg am 14. August 2015 zu (act. 6). Innert der gesetzten Frist von 30 Tagen (abgelaufen am 14. September 2015) hat die Beklagte weder zum klägerischen Gesuch Stellung genommen noch ein schweizerisches Zustellungsdomizil genannt. Androhungsgemäss erfolgten die weiteren Zustellungen an die Beklagte durch Publikation im kantonalen Amtsblatt. Vom 17. September 2015 (hierorts eingegangen am 21. September 2015) datiert ein Schreiben eines deutschen Anwalts, der offenbar die Beklagte in Deutschland vertritt (act. 11). Neben Unterstellungen enthielt das Schreiben ein Gesuch um Fristerstreckung, "um einen anwaltlichen Vertreter in der Schweiz mandatieren zu können". Mit Verfügung vom 22. September 2015 wurde in Erwägung gezogen, dass auf dieses Schreiben nicht weiter einzugehen sei, da sich Rechtsanwalt Y2.\_\_\_\_\_ nicht durch eine Vollmacht legitimiert habe und das Gesuch zudem verspätet gestellt worden sei. Der Beklagten wurde in der Folge daher nur noch Frist angesetzt, um ihre "Zustimmung zu gutachterlichen Abklärungen" bei ihr im Sinne des klägerischen Gesuches zu geben (act. 13). Mit Schreiben vom 5. Oktober 2015 teilte Rechtsanwalt Dr. Y1.\_\_\_\_\_ mit, dass ihn die Beklagte mit der Wahrung ihrer Interessen in der vorliegenden Angelegenheit beauftragt habe. Sämtliche Zustellungen seien daher an seine Kanzleiadresse

- 8 - vorzunehmen (act. 19). Innert erstreckter Frist ging eine Eingabe der Beklagten vom 26. Oktober 2015 ein (act. 23). Die Klägerin äusserte sich innerhalb der mit Verfügung vom 28. Oktober 2015 angesetzten Frist zu den beklagten act. 23 und act. 24/1-6 (act. 25 und 27). Die klägerische Eingabe wurde der Beklagten am 18. November 2015 zugestellt (Prot. S. 8). 2.1. Die Klägerin ist eine im englischen Handelsregister eingetragene limited company des englischen Rechts mit Sitz in England. Sie bezweckt die Herstellung von Kautschuk- und Plastikprodukten (act. 1 Rz. 13; act. 3/6). Die Beklagte ist eine im deutschen Handelsregister eingetragene Kommanditgesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in Deutschland. Sie produziert Anlagen für die weltweite Belieferung der

Kunststoffindustrie speziell im Bereich der faserverstärkten Kunststoffe (act. 1 Rz. 14 ff.; act. 3/7 und 3/8). Die Parteien haben gemäss der klägerischen Sachdarstellung im Oktober/November 2014 einen Vertrag über die Herstellung und Lieferung einer Harzmattenanlage abgeschlossen (act. 1 Rz. 18; act. 3/2-5). Die Harzmattenanlage soll Harzblätter mit bestimmten Eigenschaften unter Verwendung spezifischer Rezepturen produzieren können (act. 1 Rz. 31 ff.). Die Abnahme dieser Harzmattenanlage wurde vom erfolgreichen Durchlaufen einer "Vor-Abnahme-Probephase" (wet pre-acceptance trials) abhängig gemacht (act. 1 Rz. 34). Anlässlich der "Vor-Abnahme-Probephase" im April 2015 stellte die Klägerin fest, dass die von der Harzmattenanlage produzierten Harzblätter nicht den vertraglich festgelegten Eigenschaften entsprachen. Nach Ansicht der Klägerin ist die Probephase daher gescheitert. Es folgte ein ausführlicher Schriftenwechsel zwischen den Parteien bzw. ihren Rechtsvertretern. Einen neuen Termin für die Durchführung einer weiteren Probephase konnten die Parteien jedoch nicht finden. Die Harzmattenanlage befindet sich nach wie vor in den Räumlichkeiten der Beklagten und wurde weder abgenommen noch abgeliefert (act. 1 Rz. 42 ff.). Im September 2015 trat die Klägerin vom Vertrag zurück (act. 27 Rz. 11 f.). 2.2. Die Klägerin macht geltend, dass die Harzmattenanlage die vertraglich vereinbarten Eigenschaften nicht aufweise, obwohl sie bereits vor Monaten fertig gestellt und abgeliefert hätte sein müssen. Die Beklagte befindet sich deshalb in Ver-

- 9 - zug (act. 1 Rz. 19). Mit dem vorliegenden Begehren bezweckt die Klägerin die Erstellung eines Gutachtens, welches beweisen soll, dass die Harzmattenanlage nach wie vor nicht über die vertraglich vereinbarten Eigenschaften verfügt und Produkte mit den gewünschten Produktspezifikation herstellen kann (act. 1 Rz. 104). Ferner befürchtet sie eine Gefährdung eines Beweismittels, weil die Beklagte angedroht habe, die Maschine abzubauen (act. 1 Rz. 108). Die Beklagte hat die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum klägerischen Gesuch nicht gewahrt (act. 13 E. 7.). Ihr wurde daher in der Folge mit Verfügung vom 22. September 2015 lediglich Frist angesetzt, um ihre "Zustimmung zu gutachterlichen Abklärungen" bei ihr im Sinne des klägerischen Gesuches zu geben (act. 13). Mit Eingabe vom 26. Oktober 2015 hat die Beklagte diese Zustimmung ausdrücklich verweigert (act. 23 S. 2: "Verweigerung der Zustimmung zu gutachterlichen Abklärungen im Sinne des Gesuches der Klägerin vom 22. Juli/17. August 2015 um vorsorgliche Beweisführung"). Die Beklagte vertrat im Laufe des Schriftenverkehrs zwischen den Parteien zumindest vereinzelt den Standpunkt, sich stets vertragskonform verhalten zu haben; es sei die Klägerin, welche mit ihrem Verhalten die Situation erschwere (act. 1 Rz. 66).

3.1. Bei den Begehren nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO geht es um die vorsorgliche Beweisabnahme, sei es, weil die spätere Abnahme von Beweismitteln gefährdet ist, sei es, weil sonstwie ein schutzwürdiges Interesse besteht, worunter gemeinhin die Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten verstanden wird (zum Ganzen ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO zu Art. 158; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221, S. 7315; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81). Grundsätzlich ist anzumerken, dass es in aller Regel immer nur um die Festhaltung oder -stellung von Tatsachen gehen kann. Denn Beweisgegenstand sind in der Regel nur rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Als weitere mögliche Beweisthemen nennt das Gesetz Übung, Ortsgebrauch sowie ausländisches Recht (Art. 150 Abs. 2 ZPO). Die Würdigung von Beweisen und die Beurteilung eines Rechtsstreites stellen keine Themen der vorsorglichen Beweisführung dar (ZÜRCHER, a.a.O., N 2 zu Art. 158; BGE 96 II 266 E. 1 S. 269; ZR 112/2013 S. 17, S. 21 f.; BGE 140 III 12 E.

- 10 - 3.3.4 S. 14). Für die Beweiserhebung gelten grundsätzlich die allgemeinen und besonderen beweisrechtlichen Modalitäten, wie die Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte nach Art. 160 ff. ZPO (BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 158 Rz. 19; KuKo-SCHMID, Art. 158 Rz. 5; ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 Rz. 30). 3.2. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2015 hat die Beklagte ihre Zustimmung zu gutachterlichen Abklärungen bei ihr im Sinne des klägerischen Gesuches ausdrücklich verweigert (act. 23 S. 2). Das hiesige Gericht hat in einer anderen Sache bereits ausgeführt, dass die Parteien im Beweisverfahren keine Pflicht, sondern nur (aber immerhin) eine entsprechende Obliegenheit zur Mitwirkung haben, weshalb Zwang unterbleiben muss (ZR 2015 Nr. 42, insb. E. 7.). Entsprechend war der Beklagten mit Verfügung vom 28. Juli 2015 u.a. auch Frist angesetzt worden, um zur Frage Stellung zu nehmen, ob und in welcher Weise dem Gutachter ein Zugriff zur strittigen Maschine gewährt wird (act. 4). Die gleiche Ansicht wird auch durch die wohl herrschende Lehre und die (kantonale) Rechtsprechung vertreten. So führt etwa DOMEJ zusammenfassend was folgt aus: Die ZPO statuiert in Art. 160 Abs. 1 ZPO eine Mitwirkungspflicht der Parteien im Rahmen des Beweisverfahrens. Art. 164 ZPO zeige freilich, dass es sich nicht um eine eigentliche Pflicht, sondern um eine prozessuale Last handle. Die Mitwirkung könne nicht erzwungen werden; ihre Verweigerung werde vielmehr im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt. Eine solche finde im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme freilich nicht statt. Vor diesem Hintergrund werde eine Mitwirkungsobliegenheit der gegnerischen Partei in diesem Verfahren von der wohl herrschenden Meinung verneint. In dieser Allgemeinheit sei dies – so DOMEJ – nicht ganz unproblematisch. Zumindest in Fällen, in denen die vorsorgliche Beweisführung wegen Beweisgefährdung erfolgen solle, spreche einiges dafür, eine Mitwirkungsverweigerung bei der Beweiswürdigung im Rahmen des Hauptprozesses zu berücksichtigen, wenn das Beweismittel dort infolge der Verweigerung nicht mehr zur Verfügung stehe. Dagegen stehe eine Mitwirkungsverweigerung im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung der späteren Vorlage und Berücksichtigung des fraglichen Beweismittels nicht entgegen; das Gesetz bietet hier keine Grundlage für die Annahme einer wie immer gearteten Präklusi-

- 11 - on. Insofern bleibe die Mitwirkungsverweigerung in der Tat sanktionslos. Denkbar seien freilich Kostenfolgen im Hauptprozess, wenn die gegnerische Partei die Beweismittel dort vorlege und auf ihrer Grundlage den Prozess gewinne (DOMEJ, Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?, in: Fellmann/Weber, Haftpflichtprozess 2014, S. 87, mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). 3.3. Die zu begutachtende Harzmattenanlage befindet sich in den Räumlichkeiten der Beklagten als Verkäuferin der Maschine. Sie wurde aufgrund der Differenzen zwischen den Parteien weder abgenommen noch der Klägerin abgeliefert (act. 1 Rzn. 42 ff., 91 ff.). Der vorliegende Fall unterscheidet sich darin von vergleichbaren Fällen, in welchen eine Sache bereits einer Käuferin geliefert wurde und diese beispielsweise Mängel feststellt. Weigert sich nun die Beklagte ausdrücklich, bei der gutachterlichen Abklärung einer Maschine, welche sich in ihren Räumlichkeiten befindet und zu der ein Gutachter Zugriff haben müsste, mitzuwirken, kann kein Zwang erfolgen. Die gutachterliche Abklärung hat daher zu unterbleiben und das klägerische Begehren ist abzuweisen. Eine ungerechtfertigte Mitwirkungsverweigerung der Beklagten bei der Beweiserhebung ist gemäss Art. 164 ZPO allenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung des Hauptprozesses zu berücksichtigen. 3.4. Da das klägerische Begehren bereits aufgrund der verweigerten Zustimmung der Beklagten abzuweisen ist, kann offen bleiben, ob – wie dies die Klägerin moniert (act. 27 Rz. 1 ff.) –

eine ausführliche Stellungnahme der Beklagten vom 26. Oktober 2015 (act. 23) zum klägerischen Gesuch nach abgelaufener Frist überhaupt zulässig war. In diesem Zusammenhang sei die Beklagte lediglich darauf hingewiesen, dass es gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Verfahren nach Art. 158 Abs. 1 ZPO primär in der Verantwortung der Klägerin liegt, dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und den Umfang der beantragten Beweisführung zu bestimmen. Verlangt die Klägerin die Einholung eines Gutachtens, obliegt es in erster Linie ihr, dem Gericht die Fragen zu unterbreiten, die dem Experten zu stellen sind. Die Beklagte, welche im Verfahren der vorsorgli-

- 12 - chen Beweisführung gemäss Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 248 lit. d und Art. 253 ZPO anzuhören ist, kann dabei durch eigene Fragen oder durch Zusatz- und Ergänzungsfragen ihren eigenen Standpunkt in das Verfahren einbringen, wobei das Gericht dafür zu sorgen hat, dass der durch das Gesuch definierte Prozessgegenstand gewahrt bleibt und nicht durch Ergänzungsfragen erweitert wird. Der endgültige Entscheid über die Formulierung der Fragen liegt stets beim Gericht. Die Beklagte kann eine Ausdehnung der Beweisführung auf weitere Tatsachen sowie die Abnahme von Gegenbeweismitteln nur insoweit beantragen, als auch diesbezüglich die Voraussetzungen von Art. 158 ZPO erfüllt sind (BGE 140 II 16 E. 2.2.3.). Die beklagtische Auffassung, sie würde – ihre Mitwirkungsverweigerungsrechte vorbehalten – ihr "Einverständnis" zur Begutachtung nur erteilen, wenn diese nach ihren Vorstellungen ablaufe (act. 23 Rz. 33), dürfte sich mit der bundesgerichtlichen Praxis, wonach es grundsätzlich die Klägerin ist, die dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt macht und den Umfang der beantragten Beweisführung bestimmt, wohl nicht vertragen. 3.5. Schliesslich kann auch offen bleiben – und dies wurde bereits in einem früheren Entscheid erörtert (ZR 2013 Nr. 3, E. 7.14) –, ob eine Begutachtung in Deutschland von vornherein mit dem Beschleunigungsgebot, welches im summarischen Verfahren besonders gilt, überhaupt zu vereinbaren wäre. Beweiserhebungen im Ausland dürfen nicht ohne Bewilligung der dortigen Behörden vorgenommen werden (vgl. das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. März 1970, SR 0.274.132, Art. 17). Entsprechend wird auch in der Wegleitung zur internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen des Bundesamtes für Justiz für den umgekehrten Fall der Beweiserhebung in der Schweiz ausgeführt, dass gemäss Völkerrecht jeder Staat die Gebietshoheit der anderen Staaten zu beachten hat. Begebe sich ein ausländischer Richter oder eine von ihm beauftragte Person in die Schweiz, um dort eine Verfahrenshandlung vorzunehmen, stelle dies immer eine Amtshandlung dar, die nur in Übereinstimmung mit den Rechtshilfeeregeln vorgenommen werden dürfe, da andernfalls die Hoheitsrechte der Schweiz verletzt würden (Die internationale

- 13 - Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung des Bundesamtes für Justiz, 3. Auflage 2003, Stand Januar 2013, abrufbar unter <http://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/zivil/wegleitungen.html>, S. 21). Die Behandlung solcher Gesuche dauert erfahrungsgemäss einige Zeit. Im summarischen Verfahren sind wesentliche Verzögerungen zu vermeiden (vgl. zu diesem Grundsatz die Bestimmung von Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO). 3.6. Nach dem Gesagten ist das Begehren der Klägerin um vorsorgliche Beweisführung abzuweisen. Damit erübrigt sich auch die Beurteilung des beklagtischen Antrags auf Sicherstellung für den Fall der Guttheissung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung (act. 23 S. 2). 4.1. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt nach Massgabe der bei der Einreichung des Gesuchs geltenden Währungskurse CHF 374'179.– (vgl. bereits

act. 4). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der §§ 4, 8 und 11 GGebV auf CHF 14'000.– festzusetzen. Denkbar sind lediglich, und dies wurde bereits vorstehend ausgeführt (vgl. vorstehend Ziff. 3.2.), Kostenfolgen für die Beklagte im Hauptprozess. 4.2. Die Beklagte hat keinen Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung gestellt, weshalb ihr keine zuzusprechen ist (KuKo ZPO-SCHMID, Art. 105 Rz. 2). Zudem wäre es angesichts ihrer Weigerungshaltung unbillig, ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Der Einzelrichter erkennt:

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