

ZH_HANDELSGERICHT HE150489 vom 27. März 2017

Zh Handelsgericht, 2017-03-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE150489

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE150489 du 27 mars 2017

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE150489 del 27 marzo 2017

Erwägungen

E. 28

Dezember 2015 (act. 24) die Streitverkündungen der Beklagten 1 (act. 21) vorgemerkt. 1.2. Am 6. Januar 2016 erklärte sich F._____ auf Anfrage des Gerichts zu einer allfälligen Gutachtenserstellung grundsätzlich bereit (Prot. S. 12). Nachdem innert der mit Verfügung vom 7. Januar 2016 angesetzten Frist (act. 27) keine Einwände erhoben worden waren (vgl. act. 29), wurde F._____ mit Verfügung vom 21. Januar 2016 zum Gutachter ernannt und es wurden ihm Doppel bzw. Kopien der wesentlichen Verfahrensakten zugestellt (act. 30). Am 4. April 2016 fand die mündliche Experteninstruktion statt, anlässlich welcher der Fragenkatalog bereinigt wurde (Prot. S. 16 - 28; act. 32). Mit Verfügung vom 7. April 2016 wurde das Protokoll der Experteninstruktion mit der vollständigen Instruktion des Gutachters den Parteien und dem Gutachter zugestellt (act. 33).

- 12 - 1.3. Die anlässlich der Experteninstruktion zusätzlich einverlangten Unterlagen (Prot. S. 25 f.) wurden von den Parteien nachgereicht (act. 35 ff.) und mit Verfügung vom 19. April 2016 an die jeweils anderen Parteien und den Gutachter zugestellt (act. 46). In Bezug auf die Termine für die Untersuchungshandlungen des Gutachters vor Ort wurde im Zeitraum zwischen 17. Mai und 22. Juni 2016 mehrheitlich über E-Mail korrespondiert (act. 48/1 ff.; act 55/1 ff.; Prot. S. 31 ff.). In diesem Zusammenhang wurde am 2. Juni 2016 eine Verfügung erlassen (act. 53). 1.4. Das innert der mehrfach erstreckten Abgabefrist (act. 59 ff.) erstattete Gutachten datiert vom 29. Oktober 2016 (act. 63; Anhänge act. 64/1-6; elektronische Version act. 73), die Rechnung des Gutachters vom 31. Oktober 2016 (act. 65). Mit Verfügung vom 8. November 2016 wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 69), welche allen Parteien mehrfach erstreckt wurde (act. 77 ff.). In ihren Stellungnahmen vom 14. Februar, 15. Februar bzw. 7. März 2017 beantragte jede der Parteien, dem Gutachter Ergänzungsfragen zur Beantwortung zu unterbreiten (act. 91 - 93). 2.1. Beweisgegenstand sind in der Regel nur rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 ZPO). Die Würdigung von Beweisen und die Beurteilung eines Rechtsstreites stellen demgegenüber keine Themen der vorsorglichen Beweisführung dar (ZÜRCHER, in: DIKE Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2016, N 2 zu Art. 158 ZPO m.w.H.; BGE 96 II 266 E. 1). 2.2. Gerade im (summarischen) Verfahren betreffend vorsorglicher Beweisführung ist sodann darauf zu achten, dass dieses nicht uferlos wird. Die vorsorgliche Beweisführung wird nicht in voller Kenntnis seitens des Gerichtes über die zwischen den Parteien strittigen Fragen durchgeführt. Der Prozessgegenstand wird grundsätzlich durch das Gesuch der klagenden Partei definiert, weshalb das Gericht die Fragen im Wesentlichen gestützt auf das klägerische Begehren stellt. Will eine beklagte Partei dem Gutachter eigene Fragen vorgelegt haben, so läuft das auf ein eigenes Begehren hinaus, was grundsätzlich auch in Form einer Widerklage geschehen kann. Im Übrigen ist die beklagte Partei im Rahmen des im Wesentlichen von der Klägerin definierten

Prozessgegenstandes auf Erläuterungs- begehren, geringfügige Ergänzungsanträge und
blosse Ergänzungsfragen be-

- 13 - schränkt. Die nach Erstattung des Gutachtens von der beklagten Partei gestellten Fragen sind daher nur insoweit zuzulassen, als sie unmittelbar durch das Gutachten hervorgerufen wurden, aus Sicht des Gerichtes notwendig erscheinen und nicht auf unzulässigen neuen Vorbringen beruhen (ZR 112 [2013] Nr. 3 E. 7 und Nr. 62 E. 13; ZÜRCHER, a.a.O., N 29, N 33 zu Art. 158 ZPO m.w.H.; FELLMANN, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, N 26e, N 27a, N 38 zu Art. 158 ZPO m.w.H.). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 140 III 30 E. 3.5 f.; vgl. dazu ZÜRCHER, a.a.O., N 31 zu Art. 158 ZPO) in Bezug auf den von der klagenden Partei definierten Prozessgegenstand die Gerichtskosten (einschliesslich der Kosten der Beweisführung wie Gutachterkosten) der klagenden Partei aufzuerlegen sind und den beklagten Parteien bei entsprechenden Aufwendungen eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, selbst wenn - wie vorliegend - diese die Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung beantragt haben und mit diesem Antrag unterlegen sind. Gerade auch mit Blick auf die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung ist es daher angezeigt, in Bezug auf die Zulassung von Erläuterungs- oder Ergänzungsfragen der beklagten Parteien einen strengen Massstab anzulegen und diese nur in den vorstehend angeführten engen Grenzen zuzulassen. 3. Mit Eingabe vom 14. Februar 2017 hat die Klägerin beantragt, dem Gutachter vier Ergänzungsfragen zur Beantwortung zu unterbreiten (act. 91). Bei diesen geht es um den Inhalt (des Devis) des Werkvertrages (Frage 1a zu 3a), die Anwendbarkeit der SIA Norm 271 (2007) im Allgemeinen (Frage 1b zu 3a) und die Verantwortlichkeiten der Beteiligten (Frage 1c zu 3a und Frage 1 zum Fazit). Bezüglich Frage 1b ist festzuhalten, dass der Gutachter die erwähnte Norm in seinem Literaturkatalog aufführt (act. 63 S. 8), weshalb die Frage schon positiv beantwortet wurde. Die Beantwortung der weiteren Fragen liefe auf eine rechtliche Beurteilung hinaus, was nicht Aufgabe des Gutachters ist. Die von der Klägerin beantragten Ergänzungsfragen sind daher nicht zuzulassen. 4. Mit Eingabe vom 15. Februar 2017 hat die Beklagte 2 drei Ergänzungsfragen zur Beantwortung durch den Gutachter eingereicht (act. 92). Es wird nach

- 14 - zusätzlichen Massnahmen gefragt, welche für eine fachmännische Erstellung des Flachdaches hätten ausgeführt werden müssen (Fragen 1 und 2) und danach, welche dieser Massnahmen im Rahmen der Sanierung des Flachdaches umgesetzt worden seien (Frage 3). Der dem Gutachter unterbreitete Fragenkatalog (Prot. S. 22 ff.) enthält indessen keine Fragen, in welchen nach der korrekten Werkausführung oder nach Sanierungsmassnahmen gefragt wird, sondern thematisch geht es im Wesentlichen um das Eindringen von Wasser im Bereich des Flachdachs und die Ursachen dafür. Damit gehen die von der Beklagten 2 beantragten Ergänzungsfragen über den von der Klägerin definierten Prozessgegenstand hinaus. Zudem nimmt die Beklagte 2 in der Begründung zwar auf verschiedene Stellen des Gutachtens Bezug, doch ist nicht ersichtlich, inwiefern die beantragten Ergänzungsfragen unmittelbar durch das Gutachten hervorgerufen worden sein sollen. Sodann wurde bereits in der Erstverfügung vom 3. November 2015 darauf hingewiesen, dass falls die von den beklagten Parteien gestellten Ergänzungsfragen den durch das Gesuch gesteckten Rahmen sprengen würden, diese als Ausdruck eines eigenen Gesuches auf vorsorgliche Beweisführung (Widerklage) betrachtet würden (act. 4 Erw. 3.3). Die Beklagte 2 hat bis

anhin keine selbständigen Fragen beantragt bzw. kein eigenes Begehren um vorsorgliche Beweisführung gestellt. Unter diesen Umständen kann es nicht darauf ankommen, dass die gestellten Fragen nach Auffassung der Beklagten 2 für einen allfälligen folgenden Hauptprozess von gleicher Relevanz wie die vom Gutachter beantworteten Fragen seien (act. 92 S. 2 f.). Im Ergebnis sind die von der Beklagten 2 beantragten Ergänzungsfragen ebenfalls nicht zuzulassen. 5.1. Mit Eingabe vom 7. März 2017 hat die Beklagte 1 rund 200 Ergänzungsfragen zum Gutachten gestellt (act. 93; Beilagen act. 94/1-11). Ungeachtet des expliziten Hinweises in der Verfügung vom 8. November 2016 (act. 69 S. 2) wird die Notwendigkeit der zahlreichen Fragen praktisch durchwegs nicht begründet, sondern Zitate oder Abbildungen aus dem Gutachten und dessen Anhängen dienen vielerorts als blosser Aufhänger für eine ganze Reihe von Fragen (beispielsweise act. 93 S. 4 f. unter 2.2.2. und 2.3., act. 93 S. 7 ff. unter 2.6. ff., act. 93 S. 21 f. unter 2.9., act. 93 S. 36 unter 7., act. 93 S. 42 f. unter 9.2.3. f., act. 93 S. 50 ff. unter 10.7.). Dasselbe gilt in Bezug auf die mehrfach vorgebrachte pauschale Kritik

- 15 - am Gutachten (vgl. etwa act. 93 S. 3 unter 2.2., act. 93 S. 22 unter 3., act. 93 S. 27 unter 5.7., act. 93 S. 40 unter 9.1.). Des Weiteren fliessen wiederholt allgemeine Hinweise und neue Behauptungen (vgl. etwa act. 93 S. 20, S. 23 f., S. 29 ff., S. 33 f., S. 37 ff., S. 48), einschliesslich neu eingereichter Beilagen (act. 94/1 ff.), in die Fragestellungen ein oder dienen zur Einleitung von Fragen. Damit werden längst bekannte Sachverhaltselemente in das Verfahren eingebracht, welche als unzulässige Noven zu qualifizieren sind. Zudem werden Fragen gestellt, in Bezug auf welche die Beklagte 1 ohne schlüssige Begründung einen Erläuterungsbedarf geltend macht, welche bei näherer Betrachtung mit dem Gutachten bereits hinreichend beantwortet wurden (so etwa Frage 2.1 [act. 93 S. 3]). Auch ist unschwer zu erkennen, dass die zahlreichen Fragen nach der Vorgehensweise des Gutachters im Zuge der Begutachtung darauf abzielen, dessen Ergebnisse und Schlussfolgerungen in Zweifel zu ziehen, ohne dass die Notwendigkeit dieser Fragen von der Beklagten 1 dargetan worden wäre (beispielsweise Fragen 2.2.2.d [act. 93 S. 4], Frage 2.3.c [act. 93 S. 5], Fragen 2.8.2.f [act. 93 S. 11], Fragen 5.7.e - g [act. 93 S. 28]). Dass die gestellten Ergänzungsfragen unmittelbar durch das Gutachten hervorgerufen worden wären, ist nicht ersichtlich. Vereinfacht ausgedrückt erweist sich die Eingabe der Beklagten 1 als eigentliche "Replik" zum Gutachten. Damit wird der Zweck von Ergänzungsfragen im Sinne von Art. 187 Abs. 4 ZPO verfehlt. 5.2. Zudem laufen viele der beantragten Fragen auf eine unzulässige Erweiterung des im Wesentlichen von der Klägerin definierten Prozessgegenstands hinaus. Dies gilt namentlich auch dort, wo die gestellten Fragen darauf abzielen, detaillierte zusätzliche Ausführungen zu den Themen der Begutachtung zu veranlassen, wie dies etwa die zahlreichen Fragen zum genauen Weg des Wassers oder den exakten Wassermengen zeigen, welche durch bestimmte Stellen im Bereich des Flachdachs eingedrungen seien (Fragen unter 2.8.2 ff. [act. 93 S. 10 ff.]), oder auch die wiederholten Ersuchen um Stellungnahme zu einzelnen Textpassagen in den Privatgutachten (Fragen unter 9. [act. 93 S. 40 ff.]). Davon abgesehen kann es nicht Zweck einer vorsorglichen Beweisführung sein, alle denkbaren Fragen zu beantworten. Was wirklich relevant ist, kann alleine ein allenfalls zu

- 16 - führendes Hauptsacheverfahren beantworten, in welchem erst der Prozessgegenstand abschliessend definiert wird (vgl. ZR 112 [2013] Nr. 62 E. 13.1). 5.3. Hinzu kommt, dass die Beklagte 1 darauf verzichtet hat, gemäss dem Hinweis in der Erstverfügung (act. 4 Erw. 3.3) selbständige Fragen zu beantragen bzw. ein eigenes Gesuch

um vorsorgliche Beweisführung zu stellen. Auch hat die Beklagte 1 keine Einwände gegen den anlässlich der mündlichen Experteninstruktion vom 4. April 2016 erarbeiteten Fragenkatalog (Prot. S. 22 ff.) erhoben. Selbst wenn man davon ausginge, es handle sich bei den rund 200 von der Beklagten 1 beantragten Fragen durchwegs um grundsätzlich zulässige Ergänzungsfragen, würde die detaillierte Prüfung im Hinblick auf die allenfalls erforderliche Umformulierung der Fragen durch das Gericht sowie die Beantwortung der gestellten Fragen durch den Gutachter den Abschluss des bereits fast eineinhalb Jahre dauernden (summarischen) Verfahrens erfahrungsgemäss erheblich verzögern und hohe zusätzliche Gerichts- und Gutachterkosten sowie Parteientschädigungen verursachen, welche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 140 III 30 E. 3.5 f.) von der Klägerin zu tragen wären. Auch aus diesem Grund fällt die Zulassung der von der Beklagten 1 mit Eingabe vom 7. März 2017 beantragten rund 200 Ergänzungsfragen ausser Betracht. 5.4. Zum gleichen Ergebnis führt die Folgerung, dass das vorliegende Gutachten den Zweck des Verfahrens erfüllt hat. Ob man von einer Gefährdung von Beweismitteln ausgeht oder von einem schutzwürdigen Interesse im Sinne der Abschätzung von Prozesschancen: So anders liegt eine auf sehr hohem Niveau verfasste gutachterliche Stellungnahme vor. Das Gericht massiert sich keine finalen Kenntnisse des Beweisgegenstandes an. Es kann aber beurteilen, ob der Gutachter zu den gestellten Fragen eine fundierte Antwort gegeben hat. Dies ist zu bejahen. Somit wird es Aufgabe eines allfälligen Hauptsacheverfahrens sein, Detailfragen und weitere Fragen gestützt auf umfassende, schlüssige Parteivorbringen und korrekt eingebrachte Beweismittel und Beweisofferten zu beantworten. 6. Nachdem die von den Parteien zum Gutachten gestellten Ergänzungsfragen nicht zuzulassen sind und gegen die Aufwendungen des Gutachters keine Ein-

- 17 - wendungen erhoben wurden, ist der Zweck des Verfahrens erfüllt; dieses ist in Anwendung von Art. 242 ZPO abzuschreiben. 7.1. Zu den Nebenfolgen: Die gerichtliche Streitwertschätzung von CHF 400'000.00 blieb unstrittig (act. 4 Erw. 3.4). 7.2. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Ab. 1 GebV ist die Gerichtsgebühr auf rund 3/4 der Grundgebühr bzw. CHF 15'000.00 festzusetzen. Die Kosten für die Begutachtung betragen CHF 49'255'35 (act. 65). Gemäss dem Präjudiz BGE 140 III 30 E. 3.5 sind die Kosten (jeweils einstweilen) von der Klägerin zu tragen. 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. 7.3. Gemäss dem erwähnten Präjudiz (BGE 140 III 30 E. 3.6) ist den Beklagten 1 und 2 sodann antragsgemäss (act. 13 S. 2; act. 16 S. 2) eine Parteientschädigung zuzusprechen. Für die Festsetzung der Parteientschädigung zu berücksichtigen sind neben den Aufwendungen im Zusammenhang mit der mündlichen Experteninstruktion vom 4. April 2016 insbesondere die Eingaben der Beklagten 1 vom 15. Dezember 2015 (act. 16) und vom 7. März 2017 (act. 93) sowie die Eingaben der Beklagten 2 vom 11. Dezember 2015 (act. 13) und vom 15. Februar 2017 (act. 92). Festzuhalten ist indessen, dass die umfangreiche Eingabe der Beklagten 1 vom 7. März 2017 (act. 93) aufgrund der vorstehenden Erwägungen unter 5.1 ff. nicht speziell zu entschädigen ist. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die von der Klägerin an die Beklagten 1 und 2 zu leistende Parteientschädigung auf je rund 3/5 der Grundgebühr bzw. CHF 13'000.00 festzusetzen. Auch in Bezug auf die Parteientschädigung ist mit Blick auf Art. 104 Abs. 3 ZPO formell festzuhalten, dass in einem allfälligen Hauptsacheverfahren die Prozesskosten dieses Verfahrens anders verteilt werden können.

- 18 - 8. Aufgrund des verdankenswerterweise durch die Parteien erklärten Einverständnisses (Prot. S 28) sind auch dem Gutachter ein Exemplar dieser Verfügung sowie Doppel der von den Parteien eingereichten Stellungnahmen (act. 91 ff.) zu- zustellen. Der Einzelrichter verfügt:

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