

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190503-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Ruth Bantli Keller sowie die Gerichtsschreiberin  
Nadja Kiener

## Verfügung und Urteil vom 20. Februar 2020

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Beweisabnahme**

### Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(act. 1)

- A** Es sei zum Zustand der (mittlerweile ersetzten) von der Gesuchsgegnerin abgelieferten und montierten Chromstahlleitungen des internen Kühlkreislaufs des \_\_\_\_\_ auf den Grundstücken Parzelle Nr. 1 (D.\_\_\_\_) und Parzelle Nr. 2 (E.\_\_\_\_) , Via F.\_\_\_\_ ...., ... E.\_\_\_\_ , vorsorglich Beweis zu erheben und ein gerichtliches Gutachten zu den nachfolgenden Beweisfragen einzuholen:
1. Entsprechen die Chromstahlleitungen (insb. die Schweissungen bzw. die Rohrleitungsverbindungen) in technischer Hinsicht den anerkannten Regeln der Baukunde?
  2. Sind an den Chromstahlleitungen (insb. an den Schweissungen bzw. den Rohrleitungsverbindungen) Schäden eingetreten bzw. sind diese mit technischen Mängeln behaftet?  
Falls ja: Wo und in welcher Ausprägung?  
Falls ja: Welches sind die Ursachen?
  3. Gibt es bei den Verbindungen der Chromstahlleitungen Korrosion?  
Falls ja: Welches sind die Ursachen dafür?  
Falls ja: Wie wirkt sich die Korrosion auf die Qualität der Schweissnähte aus?
  4. Welches Gas wurde beim Schweißen verwendet? Wurde dieses fachgerecht eingesetzt?
  5. Wie hätten sich die Schweissnähte und Rohrverbindungen im weiteren Verlauf des Betriebs verhalten?
  6. Beeinträchtigen die Schweissungen und Rohrleitungsverbindungen die Funktionsfähigkeit des internen Kühlkreislaufs?
  7. Haben die Schweissungen und Rohrleitungsverbindungen Auswirkungen auf die zu erwartende Lebensdauer des internen Kühlkreislaufs?
  8. Haben die Schweissungen und Rohrleitungsverbindungen Auswirkungen auf die Energieeffizienz des Kühlkreislaufs?
  9. Besteht bzw. bestand die Gefahr, dass sich die Schäden bzw. technischen Mängel noch vergrößern, falls auf eine Nachbesserung verzichtet worden wäre?
  10. Wurden die technischen Mängel durch das ausführende Subunternehmen erkannt bzw. hätten die Mängel durch das ausführende Subunternehmen erkannt werden können bzw. müssen?
  11. Hätten die technischen Mängel durch die Bauleitung (Gesuchsgegnerin) erkannt werden können bzw. müssen?  
Falls ja: In welchem Zeitpunkt?

12. Hätten die technischen Mängel durch die Bauherrin (Gesuchstellerin) erkannt werden können bzw. müssen?

Falls ja: In welchem Zeitpunkt?

13. Welche Massnahmen sind bzw. waren erforderlich, um die Chromstahlleitungen in einen (in technischer Hinsicht) mängelfreien Zustand zu versetzen?

Wie hoch sind die dafür erforderlichen Kosten (+/- 20%)?

14. War die Nachbesserung bzw. der Ersatz der Chromstahlleitungen zeitlich und sachlich dringlich?

15. Sind weitere Bemerkungen zum Zustand der Chromstahlleitungen bzw. zur Nachbesserung angebracht?

**Verfahrensmässig:**

**B** Der Gutachter sei zu ermächtigen, die sichergestellten Beweisstücke zu begutachten, einen Augenschein vorzunehmen, Urkunden beizuziehen und Parteien und Dritte zu befragen.

**C** Mit der Durchführung der Expertise seien Prof. Dr. G. \_\_\_\_\_ (TU Graz) und/oder Prof. Dr. H. \_\_\_\_\_ (TU Wien) zu beauftragen.

**Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:**

**I.**

*Prozessverlauf*

1. Die Gesuchstellerin reichte ihr Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme mit den oben genannten Anträgen samt Beilagen am 3. Dezember 2019 beim Einzelgericht am Handelsgericht ein (act. 1 und 3/1-14). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2019 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung von Kostenvorschüssen für die Gerichtskosten von CHF 25'000.– und für die Gutachterkosten von CHF 20'000.– angesetzt. Gleichzeitig wurde der Gesuchgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch gewährt (act. 4). Die beiden Vorschüsse gingen innert Frist ein (act. 9).

2. Am 19. Dezember 2019 ersuchte die Gesuchgegnerin um Übersetzung der klägerischen Beilage 14 und verkündete ihrer Subunternehmerin *I. \_\_\_\_\_ AG* den Streit (act. 6 und 8). Daraufhin wurde mit Verfügung vom 24. Dezember 2019 die Gesuchstellerin zur Übersetzung der besagten Beilage aufgefordert, von der Streitverkündung Vormerk genommen und die Streitberufene auf die Wirkungen von Art. 77 ZPO hingewiesen (act. 10).

3. Die Gesuchstellerin reichte die Übersetzung der Beilage 14 am 3. Januar 2020 fristgerecht ein (act. 12 und 13). Sodann erstattete die Gesuchgegnerin ihre Gesuchantwort mit zahlreichen Anträgen ebenfalls rechtzeitig am 24. Januar 2020 (act. 15). Die Streitberufene reagierte nicht.

4. Die Gesuchstellerin hat von ihrem Replikrecht innert angemessener Frist keinen Gebrauch gemacht, weshalb das Verfahren heute spruchreif ist.

## II.

### *Zum Begehren im Einzelnen*

1. Die A.\_\_\_\_\_ ist eine autonome öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 5 Abs. 1 A.\_\_\_\_\_-Gesetz). Die Gesuchgegnerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in J.\_\_\_\_\_ ZH und bezweckt im Wesentlichen den Betrieb eines Bauunternehmens (act. 3/2).

Die Parteien haben am 7./10. September 2010 einen Generalunternehmer-Werkvertrag (nachfolgend GU-Vertrag HT) über die Haustechnik des Neubaus des C.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin (C.\_\_\_\_\_, nachfolgend C.\_\_\_\_\_) in D.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_ abgeschlossen (act. 3/1). Das C.\_\_\_\_\_ umfasst ein Gebäude für das Rechenzentrum sowie ein Bürogebäude. Die Inbetriebnahme des Rechenzentrums fand im Oktober 2011 und die Bauabnahme im März 2012 statt (act. 1 N 9 ff.; act. 15 N 1 ff.).

2.1. Die Gesuchstellerin bringt zur Begründung ihres Gesuchs um vorsorgliche Beweisabnahme zusammengefasst vor, Teil des GU-Vertrags HT sei die Erstellung des internen Kühlkreislaufes gewesen, der aus zwei Kühlkreisläufen (Tief- und Mitteltemperaturkreislauf) bestehe, um die Hochleistungsrechner zu kühlen. Dabei werde Wasser aus dem E.\_\_\_\_\_-see herangepumpt und durch die beiden Kühlkreisläufe geschickt. Im Februar 2017 habe die Gesuchstellerin Korrosionserscheinungen an den Schweissnähten dieses internen Kühlkreislaufes entdeckt. Das von der Gesuchstellerin eingeholte Gutachten der L.\_\_\_\_\_ AG vom 4./8. September 2017 halte gestützt auf mehrere Stichproben fest, dass die Schweissnähte mangelhaft seien und früher oder später mit Leckagen und Bersten der Rohrleitungen gerechnet werden müsse. Die daraufhin von der Gesuchgegnerin eingeholte Expertise der M.\_\_\_\_\_ Beratungen GmbH sei zwar zu einem andern Schluss gekommen, habe aber trotzdem empfohlen, als Sicherheitsmassnahme den Leitwert des Wassers zu reduzieren und eine Schutzschicht bei den Messanschlüssen und Systembefestigungen anzubringen. Ein drittes von der Gesuchstellerin in Auftrag gegebenes Gutachten der N.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG vom 24. Mai 2018 komme zum Schluss, dass der Kreislauf neu gebaut werden müsse.

Die L.\_\_\_\_\_ AG habe daraufhin weitere Schweissnähte untersucht und in ihrem Bericht vom 28. August 2018 festgehalten, dass alle untersuchten Schweissnähte Unregelmässigkeiten aufweisen würden. Am 17. Mai 2019 habe im ... [Kanton] eine notarielle Beweissicherung stattgefunden und es seien 31 Musterbeispiele mangelhafter Schweissnähte sichergestellt und in Kisten verpackt worden. Im Sommer 2019 sei schliesslich der gesamte interne Kühlkreislauf ersetzt worden. Sämtliche Leitungen des Mitteltemperaturkreislaufes seien noch vorhanden und würden aufbewahrt (act. 1).

Die Gesuchstellerin stützt ihr Begehren zunächst auf Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO in Verbindung mit Art. 367 Abs. 2 OR, macht aber ebenso geltend, sie habe ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO an der vorsorglichen Beweisabnahme, weil das von der Gesuchgegnerin eingeholte Gutachten der M.\_\_\_\_\_ *Beratungen GmbH* den aus den Expertisen der Gesuchstellerin gewonnenen Erkenntnissen widerspreche. Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, die Gesuchgegnerin bzw. deren Subunternehmen hätten die Mängel bei der Errichtung arglistig verschwiegen, so dass die 10-jährige Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen aus dem GU-Vertrag HT noch nicht abgelaufen sei (act. 1).

2.2. Die Gesuchgegnerin wendet ein, das Einzelgericht am Handelsgericht Zürich sei weder örtlich noch sachlich zuständig, soweit sich das Gesuch auf Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 367 Abs. 2 OR stütze. Zudem fehle es auch an der gesetzlichen Anspruchsgrundlage, weil der Anspruch auf einen amtlichen Sachverständigen gemäss Art. 367 Abs. 2 OR nur bei Ablieferung des Werkes bestehe, welche bereits vor Jahren stattgefunden habe. Die Gesuchgegnerin bestreitet überdies ein schutzwürdiges Interesse der Gesuchstellerin im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO. Es bestünden bereits vier Gutachten zu den angeblichen Werkmängeln, aufgrund denen die Gesuchstellerin ihre Prozesschancen hinreichend einschätzen könne. Schliesslich sei der Gewährleistungsanspruch bereits im März 2017 verjährt (act. 15).

3. Was die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Zürcher Handelsgericht betrifft, fällt zunächst in Betracht, dass der Anspruch einer Vertragspartei

gemäss Art. 367 Abs. 2 OR, auf eigene Kosten die Prüfung des Werkes zu verlangen, der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzurechnen ist (HE170134 E. 9.6.1.; ZR 116/2017 257 Nr. 76; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Auflage, Zürich 2011, N. 1517). Die freiwillige Gerichtsbarkeit fällt nicht in den sachlichen Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichtes (BGE 140 III 550, E. 2.7. und 2.8.). Soweit die Gesuchstellerin ihr Gesuch deshalb auf Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 367 Abs. 2 OR stützt, ist das hiesige Gericht zur Behandlung nicht zuständig. Daran vermag auch die vereinbarte Gerichtsstandsklausel von Ziffer 15.4. des GU-Vertrags HT nichts zu ändern (act. 3/1), zumal die sachliche Zuständigkeit der Vertragsautonomie der Parteien entzogen ist. Damit fehlt es an einer Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO, weshalb auf das Gesuch, soweit es sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO i. V. m Art. 367 Abs. 2 OR stützt, nicht eingetreten werden kann. Unter diesen Umständen erübrigt es sich, auf die weiteren Einwände der Gesuchgegnerin zu diesem Begehren einzugehen.

4. Es bleibt damit zu prüfen, ob die Gesuchstellerin eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO glaubhaft machen kann.

4.1. Das *Rechtsschutzinteresse* bzw. schutzwürdige Interesse stellt nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO zunächst eine Prozessvoraussetzung dar, nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO gilt es als Anspruchsgrundlage. Das (allgemeine) Rechtsschutzinteresse ist zu bejahen, wenn die Durchsetzung des materiellen Rechts gerichtlichen Rechtsschutz nötig macht (BSK ZPO-MYRIAM GEHRI, Art. 59 N 7). Die Notwendigkeit bezieht sich vorliegend auf die verlangte gutachterliche Beurteilung. Ob die Durchsetzung des materiellen Rechts ein Gutachten erfordert, ist nach den Bestimmungen der vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 261 ff. ZPO zu prüfen (Art. 158 Abs. 2 OR). Demnach ist zu verlangen, dass ohne vorsorgliche Expertise ein der Gesuchstellerin zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Dabei hat eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorzuliegen und die Massnahme (vorsorgliche Expertise) muss verhältnismässig sein (KOFMEL EHRENZELLER, in: OBERHAMMER / DOMEJ / HAAS, Kurzkommentar zur

ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 4 ff. zu Art. 261 ZPO). Ein schutzwürdiges Interesse liegt konkret vor, wenn die vorsorgliche Beweisabnahme künftige Prozesse vereinfacht oder dadurch aussichtslose Prozesse vermieden werden (BGE 140 III 16 E. 2.5) oder wenn die gesuchstellende Person dadurch in die Lage versetzt wird, sich über die Beweis- und Prozessaussichten hinsichtlich eines konkreten Streitfalles ins Bild zu setzen (GAUCH, a.a.O., N 1520).

Eine *Gefährdung des Beweismittels* ist anzunehmen, wenn der Beweis später voraussichtlich nicht mehr oder nicht mehr im gleichen Zustand abgenommen werden kann, d.h. wenn eine wesentliche Veränderung des Beweismittels droht, welche die Beweiskraft erheblich reduziert.

Es obliegt der Gesuchstellerin, das schutzwürdige Interesse oder die Gefährdung des Beweismittels glaubhaft zu machen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 120 II 393 E. 4c; Urteil des Bundesgerichts 4A\_312/2009 vom 23. September 2009 E. 3.6.1).

4.2. Nach unbestritten Vorbringen der Gesuchstellerin wurde der (angeblich) mangelhafte interne Kühlkreislauf, bestehend aus Tieftemperatur- und Mitteltemperaturkreislauf, bereits im Sommer 2019 vollständig ersetzt. Am 17. Mai 2019 fand in diesem Zusammenhang eine notarielle Beweissicherung statt, anlässlich welcher 31 Beweistücke sichergestellt, in fünf Kisten abgepackt und mit Plomben versiegelt wurden (notarielle Bescheinigung Nr. ...; act. 3/14 und act. 13). Zudem bestätigt die Gesuchstellerin, dass sämtliche Teile des Mitteltemperaturkreislaufes noch vorhanden sind und sich die in Teile zerlegten Chromstahlrohre in einem Lagerraum in O. \_\_\_\_\_ [Ort] befinden (act. 1 N 20 f.). Die allfällig schadhaften Leitungen wurden somit bereits ersetzt und es droht dem Rechenzentrum kein Schaden zufolge fehlerhafter Schweissnähte. Die zu begutachtenden Gegenstände sind sicher aufbewahrt. Veränderungen an den Beweisgegenständen, die eine spätere Begutachtung im Rahmen eines ordentlichen Prozesses erschweren könnten, sind nicht zu befürchten. Auch besteht nach dem Ausbau der Rohre aus

dem System keine Gefahr, dass die zu begutachtenden Teile in naher Zukunft durch Reparatur verändert werden. Die Gesuchstellerin macht überdies weder geltend noch ist aufgrund der Akten glaubhaft, dass das Lagern der Rohre in absehbarer Zeit zu massgeblichen Veränderungen an den zu begutachtenden Objekten führt, wodurch eine spätere Expertise im ordentlichen Verfahren erschwert würde. Ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil ohne vorsorgliche Begutachtung ist unter diesen Umständen nicht glaubhaft. Da die Gegenstände, über welche Beweis abzunehmen sein wird, sicher aufbewahrt sind und im ordentlichen Verfahren ohne Schwierigkeiten eine gerichtlich angeordnete Expertise erstellt werden könnte, fehlt es überdies an der nötigen Dringlichkeit des beantragten Gutachtens sowie der Gefährdung des Beweismittels.

Die Gesuchstellerin verfügt bereits über zwei eigene Gutachten, einen Untersuchungsbericht sowie über eine Expertise der Gegenseite. Der Zustand der Beweisgegenstände wurde somit bereits wiederholt beschrieben, fotografiert und beurteilt (act. 3/8 und 3/11-13). Die Gesuchstellerin hat nicht näher dargelegt, weshalb sie aufgrund dieser bereits bestehenden Dokumente ihren materiellen Anspruch auf Schadenersatz gerichtlich nicht durchsetzen und eine Klage im ordentlichen Verfahren nicht einleiten kann. Die von ihr erhobenen Expertisen erscheinen als hinreichende Grundlage für substantiierte Behauptungen zu mangelhafter Werksausführung durch die Gesuchgegnerin oder deren Subunternehmerin. Weshalb das beantragte Gutachten über mangelhafte Werksausführung geeignet sein soll, auch Beweis darüber zu erbringen, dass die Gesuchgegnerin oder deren Subunternehmerin allfällige Mängel arglistig verschwiegen haben, legt die Gesuchstellerin nicht dar. Selbst wenn ihre Frage 11 zugelassen und vom Gutachter bejaht würde, bliebe äusserst fraglich, ob sich daraus eine Arglist herleiten liesse. Unter all diesen Umständen ist nicht glaubhaft, dass die beantragte vorsorgliche Beweisabnahme notwendig ist, um das spätere ordentliche Verfahren zu erleichtern oder sich über die Prozessaussichten ins Bild zu setzen.

Insgesamt ist es der Gesuchstellerin nicht gelungen, glaubhaft darzulegen, dass sie zur Durchsetzung ihres Gewährleistungsanspruchs aus Werkvertrag der beantragten vorsorglichen Begutachtung bedarf.

4.3. Damit fehlt es sowohl am schutzwürdigen Interesse der Gesuchstellerin an der vorsorglichen Beweisabnahme als auch an der Gefährdung des Beweismittels.

5. Zusammenfassend ist auf das Begehren gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO i. V. m. Art. 367 Abs. 2 OR nicht einzutreten und das Begehren im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO abzuweisen.

### III.

#### *Kosten und Entschädigung*

1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, sind der Gesuchstellerin als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG, GebV OG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) festzusetzen ist. Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse, der Schwierigkeit des Falles sowie dem Zeitaufwand (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

3. Der Streitwert beträgt CHF 1 Mio. (act. 4). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 und 4 sowie § 10 GebV OG in Anbetracht des Umfangs des Verfahrens und des benötigten Zeitaufwands auf CHF 7'500.– festzusetzen. Die Kosten sind provisorisch aus dem Kostenvorschuss der Gesuchstellerin zu beziehen. Die Prozessentschädigung an die Gesuchgegnerin ist gestützt auf § 4 und 9 AnwGebV ebenfalls mit CHF 7'500.– zu veranschlagen.

**Die Einzelrichterin verfügt:**

1. Auf das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m Art. 367 Abs. 2 OR wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung, Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkennt:**

1. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'500.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchgegnerin eine Prozessentschädigung von CHF 7'500.– 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 1'000'000.–.

Zürich, 20. Februar 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Nadja Kiener