

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230002-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Vizepräsident, sowie der
Gerichtsschreiber Dr. Severin Harisberger

Urteil vom 15. April 2024

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin

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

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. X2._____,

gegen

1. **B._____ AG,**

2. **C._____ AG,**

3. **D._____ AG, Bauunternehmung, E._____,**

Gesuchsgegnerinnen

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____,

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____,

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

1. Es sei ein gerichtliches Gutachten in Auftrag zu geben und der Sachverständige anzuhalten, die folgenden Fragen zu beantworten:
 - a) Sind die
 - Schwellenablösungen (d.h. die Hohlräume zwischen den Betonschwellen und der Betonplatte, welche bei einer Überfahrt des Trams zu einer Vertikalbewegung der Betonschwelle führen) und die
 - erhöhte Korrosion der Spannklemmen und Schienenfüsse,die auf dem Trassee der F._____ festgestellt wurden, auf eine fehlerhafte Planung und/oder Ausführung des Gleisoberbaus zurückzuführen oder sind sie die Folge einer gewöhnlichen Abnutzung?
 - b) Ist aufgrund der festgestellten Schwellenablösungen und erhöhten Korrosion der Spannklemmen und Schienenfüsse davon auszugehen, dass es auf dem ganzen Trassee oder ganzen Streckenabschnitten der F._____ zu solchen Schwellenablösungen und/oder einer erhöhten Korrosion der Spannklemmen und Schienenfüsse kommt oder kommen könnte?
 - c) Sind Gleisabsenkungen ein Hinweis auf mögliche Schwellenablösungen und/oder eine erhöhte Korrosion der Spannklemmen und Schienenfüsse?
 - d) Welche Massnahmen hätte ein auf die Wartung von Gleisanlagen spezialisiertes Unternehmen ergreifen müssen, als 2016 an drei Stellen Gleisabsenkungen bemerkt worden waren?
 - e) Hätte ein auf die Wartung von Gleisanlagen spezialisiertes Unternehmen aufgrund der bis 2016 festgestellten drei Gleisabsenkungen erkennen können, dass es sich nicht nur um einzelne Gleisabsenkungen handelt, sondern dass ganze Streckenabschnitte betroffen sein könnten?
 - f) Ab wann wäre für ein auf die Wartung von Gleisanlagen spezialisiertes Unternehmen erkennbar gewesen, dass es sich nicht um einzelne Gleisabsenkungen handelt, sondern dass ganze Streckenabschnitte betroffen sein könnten?

2. der Sachverständige sei anzuweisen, die Schwellenablösungen, die erhöhte Korrosion der Spannklemmen und Schienenfüsse sowie die Gleisabsenkungen auf dem Trasse der A.____ geeigneter Form zu dokumentieren, damit sie auch nach ihrer Behebung noch im Hauptprozess geltend gemacht werden können;
3. der Sachverständige sei zu ermächtigen, die nötigen Besichtigungen vorzunehmen, Urkunden beizuziehen sowie Parteien und Dritte zu befragen (wobei Termine mit den Parteien abzusprechen sind);
4. die Gesuchsgegnerinnen seien zu verpflichten, dem Sachverständigen auf erste Aufforderung sämtliche in ihrem Besitz befindlichen Dokumente zur Planung, zum Bau und zur Wartung des Gleisoberbaus der F.____ herauszugeben, seine Fragen zu beantworten und die Handlungen des Sachverständigen zu dulden;
5. es sei ein Augenschein durchzuführen;
6. es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Gesuchstellerin vorbehält, die Kosten des vorliegenden Verfahrens, einschliesslich der Anwaltskosten, von den Gesuchsgegnerinnen zurückzufordern;

unter ausgangsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Eingabe vom 3. Januar 2023 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin das Gesuch mit dem oben aufgeführten Rechtsbegehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom 5. Januar 2023 setzte das Gericht der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten und die Kosten der Beweisführung an; gleichzeitig setzte es den Gesuchsgegnerinnen Frist zur Erstattung der Stellungnahme an (act. 4). In der Folge gingen die Vorschüsse rechtzeitig ein (act. 8A und 8B). In ihrer Stellungnahme vom 28. Februar 2023 beantragten die Gesuchsgegnerinnen, das Gesuch sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei;

für den Fall, dass ein Gutachten eingeholt werden sollte, beantragten die Gesuchsgegnerinnen im Eventualstandpunkt, dem Gutachter modifizierte Fragen zu stellen (act. 10). Mit Verfügung vom 13. März 2023 ordnete das Einzelgericht die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens und die Durchführung eines Augenscheins an; ferner ersuchte es die Parteien, sich wenn möglich auf einen Gutachter zu einigen oder andernfalls je drei Gutachter vorzuschlagen (act. 12). Nachdem sich die Parteien nicht auf einen Gutachter einigen konnten, ernannte das Gericht aufgrund der Vorschläge der Parteien (act. 18 und 20 sowie act. 26 und 28) mit Verfügung vom 26. Juni 2023 als sachverständige Person G. _____ von der H. _____ AG (act. 30).

2. Am 14. September 2023 führte das Gericht mit den Parteien und in Anwesenheit des Gutachters G. _____ einen Augenschein durch, wobei anschliessend unter Mitwirkung der Parteien und des Gutachters die zu beantwortenden Fragen im Einzelnen bereinigt und formuliert wurden (Prot. S. 14-18 sowie act. 38 und 39). Im Anschluss daran erfolgte am 19. September 2023 die Experteninstruktion. Dabei wurde der Gutachter G. _____ beauftragt, die mit den Parteien am 14. September 2023 bereinigten Fragen zu beantworten (act. 40).

3. Am 27. Februar 2024 erstattete G. _____ das Gutachten (act. 45). Mit Verfügung vom 8. März 2024 wurde das Gutachten den Parteien zur Kenntnis zugestellt und in Anwendung von Art. 187 Abs. 4 ZPO Gelegenheit gegeben, Erläuterungs- oder Ergänzungsfragen zu stellen (act. 49). Davon machten die Parteien Gebrauch (act. 51 und 52), worauf im Folgenden in der gebotenen Kürze einzugehen ist.

II. Ergänzungsfragen der Parteien

1. Vorbemerkung

Die Formulierung der Fragen obliegt in erster Linie der Gesuchstellerin. Die Gesuchstellerin definiert den Umfang der beantragten Beweisführung. Die Gesuchsgegnerin kann durch eigene Fragen ihren Standpunkt in das Verfahren einbringen. Allerdings muss der durch die Gesuchstellerin definierte Prozessgegenstand gewahrt bleiben und darf nicht durch Ergänzungsfragen erweitert werden. Der end-

gültige Entscheid über die Formulierung der Fragen liegt stets beim Gericht (BGE 140 III 16 E. 2.2.3 m.w.H.). Im vorliegenden Fall wurde der vom Gutachter zu beantwortende Fragenkatalog gemeinsam mit den Parteien und in Anwesenheit des Gutachters in einer mehrstündigen Sitzung aufwändig bereinigt (Prot. S. 14-18). Der Gutachter wurde in der Folge beauftragt, diese Fragen vollständig zu beantworten. Zu anderen Fragen hatte er sich nicht zu äussern. Diesem Auftrag ist der Gutachter mit der Erstattung seines Gutachtens nachgekommen. Zu den Ergänzungsfragen der Parteien ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken:

2. Zur Eingabe der Gesuchstellerin (act. 52)

Die Gesuchstellerin beanstandet, dass der Gutachter Frage 6 unter Berücksichtigung von ihrer Ansicht nach zwei weiteren Elementen (Kenntnis der abgeänderten Version einer Festen Fahrbahn und diesbezügliche Instruktion) beantwortet habe und ersucht darum, die Frage 6 sei ohne diese beiden Elemente zu beantworten (act. 51). Es ist nicht leicht verständlich, was die Gesuchstellerin mit ihrem Vorbringen bezweckt. Die Gesuchstellerin führt selbst aus, dass die Gesuchsgegnerinnen im Rahmen des TU-Vertrages sowohl für die Planung als auch die Erstellung des Gleisoberbaus verantwortlich gewesen seien und daher zwingend gewusst hätten, dass eine abgeänderte Version einer Festen Fahrbahn realisiert werde (act. 52 Rz. 2.4), wodurch sich auch eine entsprechende Instruktion erübrigen dürfte. Wenn klar ist, dass die Gesuchsgegnerinnen entsprechende Kenntnis hatten, ist aus der Sicht des Gerichtes Frage 6 beantwortet. Es besteht kein Grund für Ergänzungsfragen.

3. Zur Eingabe der Gesuchsgegnerinnen (act. 51)

a. Zu Antwort 1 des Gutachtens

In Frage 1 wurde der Gutachter aufgefordert, zu beantworten, wie in einem aufgelegten System Hohlräume zwischen Betonschwellen und Betonplatte entstehen können. Diese Frage hat der Gutachter umfassend beantwortet. Mit ihren Ergänzungsfragen 1.1 bis 1.6 (act. 51 S. 2 f.) erweitern die Gesuchsgegnerinnen den von der Gesuchstellerin umrissenen und anschliessend am 14. September 2023 unter

Mitwirkung aller Beteiligten genau definierten Prozessgegenstand. Wie oben erläutert, ist dies unzulässig. Die Ergänzungsfragen sind nicht zuzulassen.

b. Zu Antwort 2 des Gutachtens

In Frage 2 wurde der Gutachter aufgefordert, zu beantworten, ob die Schwellenablösung und die erhöhte Korrosion der Spannklemmen und Schienenfüsse auf eine fehlerhafte Planung und/oder der Ausführung des Gleisoberbaus zurückzuführen sind oder ob sie die Folge einer gewöhnlichen Abnutzung oder eines instabilen Untergrundes z.B. wegen einer fehlenden/ungenügenden Entwässerung sind. Diese Fragen hat der Gutachter umfassend beantwortet.

- Mit ihren Ergänzungsfragen 2.1 bis 2.3 (act. 51 S. 3) erweitern die Gesuchsgegnerinnen wiederum den Prozessgegenstand. Die Frage, ob eine allfällige ungenügende Entwässerung von der I. _____ zu verantworten sei und auf welchen Streckenabschnitten eine Entwässerung vorliege, ist nicht Teil der Begutachtung.
- Das Gleiche gilt für die Ergänzungsfragen 2.4 bis 2.10 (act. 51 S. 4). Auch hier gilt, dass der Gutachter nur zu prüfen hatte, ob eine allfällige fehlende bzw. ungenügende Entwässerung Ursache für Schwellenablösungen und erhöhte Korrosion sein kann. Im Übrigen hat der Gutachter angegeben, gestützt auf welche Grundlagen er zu seinen Erkenntnissen gelangte. Falls die Gesuchsgegnerinnen der Meinung sein sollten, dass der Gutachter insbesondere gestützt auf die in den Fragen 2.5 bis 2.8. erwähnten Dokumente zu anderen Schlussfolgerungen hätte gelangen müssen, können sie dies im Zusammenhang mit einer allfälligen künftigen Beweiswürdigung vortragen. Die Frage 2.10 betreffend Typenzulassungsprozess hat soweit ersichtlich nichts mit der vom Gutachter zu beantwortenden Frage 2 zu tun.

c. Zu Antwort 5 des Gutachtens

In Frage 5 wurde der Gutachter aufgefordert, zu beantworten, welche Massnahmen ein *auf die Wartung von Gleisanlagen spezialisiertes Unternehmen* hätte ergreifen müssen. Die von den Gesuchsgegnerinnen gestellte Ergänzungsfrage 5.1, welche Massnahmen bzw. welche vertiefte Analyse *die Gesuchstellerin und ihre sachverständigen Planer* hätten ergreifen müssen (act. 51 S. 5), liegt ausserhalb des Prozessthemas. Diese Ergänzungsfrage ist nicht zuzulassen.

d. Zu Antwort 6 des Gutachtens

Bei Frage 6 war zu beantworten, ob *ein auf die Wartung von Gleisanlagen spezialisiertes Unternehmen* aufgrund der im Jahr 2016 festgestellten Gleisabsenkungen und unter Berücksichtigung der bis Ende 2018 verfassten Streckeninspektionsprotokolle auf ein generelles Problem an der ganzen Gleisanlage hätte schliessen müssen. Mit den Ergänzungsfragen 6.1 bis 6.3 werfen die Gesuchsgegnerinnen die Frage auf, welche Schlüsse *die Gesuchstellerin und ihre sachverständigen Planer* hätten ziehen können. Dies liegt ausserhalb des Prozessthemas. Bezüglich Ergänzungsfrage 6.4 ist wiederum zu bemerken, dass der Gutachter angegeben hat, gestützt auf welche Grundlagen er zu seinen Erkenntnissen gelangte. Die Ergänzungsfragen sind nicht zuzulassen.

4. Fazit

Die Gesuche der Parteien, dem Gutachter G. _____ Ergänzungsfragen zu stellen, sind abzuweisen.

III. Dokumentation der Mängel

Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung wurde insofern gutgeheissen, als ein gerichtliches Gutachten einzuholen und ein Augenschein durchzuführen sei (act. 12 Dispositiv Ziffer 1). Anlässlich des Augenscheins/Experteninstruktion vom 14. September 2023 erklärte der Einzelrichter, dass er über die Rechtsbegehren Ziff. 2 bis 4 der Gesuchstellerin im Rahmen der schriftlichen Experteninstruktion befinden werde und er davon ausgehe, dass der Gutachter Fotos in sein Gutachten aufnehmen werde, weshalb er ihm keine separate Dokumentationspflicht auftragen

wolle (Prot. S. 15). Entsprechend wurde in der schriftlichen Experteninstruktion festgehalten, dass es dem Gutachter offenstehe, in sein Gutachten Fotos und andere Dokumentation aufzunehmen (act. 40 S. 4). Von ebendieser Möglichkeit hat der Gutachter Gebrauch gemacht, indem er Fotos und Abbildungen in sein Gutachten aufgenommen hat (act. 45). Zu einer weitergehenden Dokumentation war er nicht verpflichtet. Eine solche setzt denn auch keinen besonderen Sachverstand voraus. Mithin obliegt es der Gesuchstellerin, um die von ihr als nötig empfundene Dokumentation besorgt zu sein. Daher ist das Gesuch der Gesuchstellerin um Dokumentation der Mängel (act. 52 Rz. 4 ff.) abzuweisen.

IV. Erledigung des Verfahrens

Mit der Erstellung des Gutachtens ist der Zweck des Verfahrens erfüllt. Das Verfahren ist nach Art. 242 ZPO abzuschreiben.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei der Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist von einem Streitwert von CHF 4 Mio. auszugehen (act. 4 S. 2 E. 5). Unter Berücksichtigung dieses Streitwertes, des beträchtlichen Aufwandes des Gerichtes und der gesetzlich vorgesehenen Reduktion für das Summarverfahren ist die Gerichtsgebühr auf CHF 30'000.00 festzusetzen. Die Kosten des Gutachtens betragen insgesamt CHF 28'066.65 (act. 47 und 48). Die Gesuchstellerin hat keine Einwendungen gegen die Rechnungen des Gutachters (act. 52 Rz. 9) und die Gesuchsgegnerinnen äussern sich nicht dazu. Die Kasse des Obergerichts ist anzuweisen, die Rechnungen zu bezahlen.

Nach der Rechtsprechung hat die gesuchstellende Partei im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung die Kosten zu übernehmen und die Gesuchsgegnerinnen zu entschädigen (BGE 140 III 30). Die Gerichtskosten und die Kosten der Begutachtung sind daher einstweilen der Gesuchstellerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. In Beachtung des Sinngehaltes

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

Der Einzelrichter erkennt:

1. Die Gesuche der Parteien, dem Gutachter Ergänzungsfragen zu stellen, sowie das Gesuch der Gesuchstellerin bezüglich Dokumentation der Mängel werden abgewiesen.
2. Das Verfahren wird beschrieben.
3. Die Gerichtsgebühr von CHF 30'000.– wird der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Vorbehalten bleibt eine andere Verteilung in einem allfälligen Prozess in der Hauptsache.
4. Die Gutachtenskosten von CHF 28'066.65 werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Vorbehalten bleibt eine andere Verteilung in einem allfälligen Prozess in der Hauptsache.
5. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, die Rechnungen der H. _____ AG vom 6. März 2024 im Betrag von CHF 7'679.00 und CHF 20'387.65 zu bezahlen.
6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, den Gesuchsgegnerinnen insgesamt eine Parteientschädigung von CHF 30'000.– zu bezahlen. Vorbehalten bleibt eine andere Regelung der Parteientschädigung in einem allfälligen Prozess in der Hauptsache.
7. Schriftliche Mitteilung an
 - a) die Gesuchstellerin (unter Beilage von act. 51),
 - b) die Gesuchsgegnerinnen (unter Beilage von act. 52),
 - c) den Gutachter G. _____ (unter Beilage von act. 51 und 52) und
 - d) die Obergerichtskasse (unter Beilage von act. 47 und 48).

8. 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 4 Mio.

Zürich, 15. April 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Severin Harisberger