

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150489-O

U/ee

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Helene Lampel

Verfügung vom 27. März 2017

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

1. **B._____ AG,**

2. **C._____ AG,**

Beklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend **vorsorgliche Beweisführung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 ff.)

- "1. Es sei superprovisorisch und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerinnen ein gerichtlich bestimmter Gutachter im Rahmen einer vorsorglichen Beweisabnahme i.S.v. Art. 158 ZPO mit der Beantwortung der nachstehend aufgeführten Fragen (gemäss Fragekatalog) bezüglich des Flachdachs der D. _____ (südlicher eingeschossiger Anbau am Hauptgebäude ... strasse ... , E. _____ , Kat.-Nr. _____) zu beauftragen;

Fragekatalog:

(die in den Fragestellungen aufgeführten Nummern zu den Abbildungen „ABB ...“ beziehen sich auf die Bilddokumentation, Beilage Nr. 22. / 1.1.6)

1. Gefälle

1.1 Unterlagen

Siehe dazu Beilage Nr. 22 / 1.1.1 bis 1.1.6 sowie die Ausführungen im materiellen Teil (II.C.).

1.2 Vorbemerkungen

Siehe dazu die Ausführungen im materiellen Teil (II.C.).

1.3 Zustand

- 1.3.1 Entspricht das Gefälle der Abdichtung den anerkannten Regeln der Baukunst und den einschlägigen Normen des SIA?
- 1.3.2 Wie verläuft das Gefälle der Abdichtung? Wie tief sind die tiefsten Stellen, wie hoch die höchsten? Ist dieses Gefälle korrekt?
- 1.3.3 Bedingt das vorhandene Gefälle besonderer Massnahmen?

1.4 Planung insbesondere

- 1.4.1 Wie wurde das Gefälle der Abdichtung geplant?
- 1.4.2 Der Werkvertrag wurde vor der Ausführungsplanung abgeschlossen. Was ist auf Grund des Werkvertrages bei der Ausführungsplanung zu berücksichtigen? War bekannt, dass die Unterkonstruktion nicht eben ist? Wurde dies bei der Ausführungsplanung berücksichtigt?
- 1.4.3 Falls das Gefälle der Abdichtung besonderer Massnahmen bedingt, wurden diese bei der Planung berücksichtigt?

1.5 Ausführung insbesondere

- 1.5.1 Entspricht das ausgeführte Gefälle der Abdichtung den Vorgaben im Werkvertrag?
- 1.5.2 Was ist auf Grund des Werkvertrages bei der Ausführung zu berücksichtigen? War bekannt, dass die Unterkonstruktion nicht eben ist? Wurde dies bei der Ausführung berücksichtigt?
- 1.5.3 Falls das Gefälle der Abdichtung besonderer Massnahmen bedingt, wurden diese bei der Ausführung berücksichtigt?

2. Entwässerung

2.1 Unterlagen

Siehe dazu Beilage Nr. 22 / 1.1.1 bis 1.1.6 sowie die Ausführungen im materiellen Teil (II.C.).

2.2 Vorbemerkungen

Siehe dazu die Ausführungen im materiellen Teil (II.C.).

2.3 Zustand

- 2.3.1 Entspricht die ausgeführte Entwässerung den anerkannten Regeln der Baukunst und den einschlägigen Normen des SIA? Insbesondere auch unter Berücksichtigung des vorhandenen Gefälles?
- 2.3.2 Welche Dacheinläufe sind vorhanden, auf welcher Höhe liegen sie im Einzelnen (relativ zum Dachgefälle), welche Dachfläche entwässern sie im Einzelnen, wie sind sie im Einzelnen ausgebildet (insbesondere

auch bezüglich zylindrisch/konisch resp. abgesenkt) und vermögen sie im Einzelnen die jeweils zugehörige Dachfläche zu entwässern? Im Einzelnen:

- 2.3.2.1 Die beiden Hauptdachabläufe in der Dachmitte (Siehe Bilddokumentation Beilage 22 / 1.1.6, insbesondere ABB 0.01, ABB 2.06, ABB 2.07, ABB 2.19, ABB 2.20).
- 2.3.2.2 Die beiden Nebeneinläufe in der nördlichen Dachabsenkung in der Nähe des Dachanschlusses zum Hauptgebäude (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 0.01, ABB 2.10).
- 2.3.2.3 Der Dachwassereinlauf in der Süd-Ost-Ecke (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 0.01, ABB 2.05, ABB 2.21).
- 2.3.2.4 Der Speier im nordöstlichen Dachrand (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 0.01, ABB 2.04).
- 2.3.2.5 Der Speier im südwestlichen Dachrand (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 0.01).
- 2.3.2.6 Der provisorische Speier im westlichen provisorischen Dachrand (entfernt), (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 0.01, ABB 2.01, ABB 2.02).
- 2.3.3 Wie ist die Notentwässerung ausgebildet? Ist diese korrekt ausgebildet?
- 2.3.4 War (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 1.01, ABB 1.02 und amtliche Feststellung) eine Drainageschicht vorhanden? Wäre diese nötig gewesen?
- 2.3.5 Wurden die Dachwassereinläufe versenkt? Ist dies korrekt?
- 2.3.6 Sind die Dachwassereinläufe zylindrisch oder konisch? Sind sie korrekt ausgebildet?

2.4 Planung insbesondere

- 2.4.1 Wie wurde die Dachentwässerung geplant? Welche Höhenkoten wurden dazu insbesondere bestimmt?
- 2.4.2 Bedingt das vorhandene Gefälle besonderer Massnahmen? Wurden diese bei der Planung berücksichtigt?

- 2.4.2.1 Wurde insbesondere eine Drainageschicht geplant? Wie hoch hätte diese geplant werden müssen (unter Berücksichtigung der mittlerweile entfernten extensiven Begrünung)?
- 2.4.2.2 Wurde insbesondere eine Versenkung der Dacheinläufe geplant?
- 2.4.3 Wurden konische oder zylindrische Dacheinläufe geplant? Wurde die Kapazität der Dachwassereinläufe geplant?

2.5 Ausführung insbesondere

- 2.5.1 Wie wurde die Dachentwässerung ausgeführt?
- 2.5.2 Bedingt das vorhandene Gefälle besonderer Massnahmen? Wurden diese ausgeführt?
- 2.5.2.1 Wurde insbesondere eine Drainageschicht ausgeführt? Wurde eine Drainageschicht vertraglich vereinbart? Wurde eine Drainageschicht abgerechnet?
- 2.5.2.2 Wie hoch hätte eine richtig ausgebildete Drainageschicht sein müssen (unter Berücksichtigung der mittlerweile entfernten extensiven Begrünung)? Könnte eine genügend hoch ausgebildete Drainageschicht das vorhandene Gefälle kompensieren? Wäre eine so ausgebildete Drainageschicht zumutbar?
- 2.5.2.3 Wurde insbesondere eine Versenkung der Dacheinläufe ausgeführt? Ist die Ausführung diesbezüglich korrekt?
- 2.5.3 Wurden konische und/oder zylindrische Dacheinläufe geplant? Ist es üblich konische und zylindrische Dacheinläufe gemischt auszuführen? Entsprechen die ausgeführten Dacheinläufe dem Stand der Bautechnik? Sind die Dacheinläufe korrekt ausgebildet? Entsprechen Sie den Vorgaben des Werkvertrages? Weisen sie eine genügende Aufnahme-Kapazität aus?
- 2.5.4 Können die vorhandenen Dacheinläufe, unter Berücksichtigung der Positionierung und Ausbildung sowie der Erreichbarkeit gemäss ausgeführtem Gefälle, die Dachwassermenge aufnehmen und das Dach überhaupt korrekt entwässern?

3. Dachrand

3.1 Unterlagen

Siehe dazu Beilage Nr. 22 / 1.1.1 bis 1.1.6 sowie die Ausführungen im materiellen Teil (II.C.).

3.2 Vorbemerkungen

Siehe dazu die Ausführungen im materiellen Teil (II.C.).

3.3 Zustand

- 3.3.1 Entsprechen die ausgeführten Dachränder der Abdichtung (unter Berücksichtigung der mittlerweile entfernten extensiven Begrünung) den anerkannten Regeln der Baukunst und den einschlägigen Normen des SIA? Insbesondere auch unter Berücksichtigung des vorhandenen Gefälles?
- 3.3.2 Welche Regeln gelten für die Distanz zwischen Nutzschrift und dem oben offenen Dachrand? Wurde für die verschiedenen oben offenen Anschlüsse resp. Dachränder eine genügende Distanz ausgeführt? Im Einzelnen:
 - 3.3.2.1 Der nördliche Dachrand, welcher das Dach gegen das Hauptgebäude abschliesst (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 3.17, ABB 3.18, ABB 3.19).
 - 3.3.2.2 Der Dachrand entlang der Oblichter, welcher zur Kontrolle geöffnet wurde (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 3.09, ABB 3.10). Er ist mit Flüssigfolie erstellt, welche bis zum (nicht wasserdichten) Beton geht.
 - 3.3.2.3 Der östliche und südliche innere Dachrand (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 3.14, ABB 3.15), welcher ursprünglich oben offen war und mittlerweile oben verschlossen wurde (siehe Vorbemerkung).
 - 3.3.2.4 Der östliche und südliche äussere Dachrand, welcher zur Kontrolle geöffnet wurde (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 3.22).
 - 3.3.2.5 Der provisorische westliche Dachrand, welcher mittlerweile für den Weiterbau entfernt wurde (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB 3.01 - ABB 3.08, ABB 3.20).

3.4 Planung insbesondere

- 3.4.1 Wie wurden die Dachränder geplant? Wie wurden die Höhen der oben offenen Anschlüsse und Dachränder geplant?
- 3.4.1.1 Nördlicher Dachrand.
- 3.4.1.2 Der Dachrand entlang der Oblichter.
- 3.4.1.3 Östlicher und südlicher innerer Dachrand.
- 3.4.1.4 Östlicher und südlicher äusserer Dachrand.
- 3.4.1.5 Westlicher, provisorischer Dachrand.

3.5 Ausführung insbesondere

- 3.5.1 Entsprechen die ausgeführten Anschlüsse resp. Dachränder der Planung?
- 3.5.2 Entsprechen die Dachränder der Abdichtung (unter Berücksichtigung der mittlerweile entfernten extensiven Begrünung) den anerkannten Regeln der Baukunst und den einschlägigen Normen des SIA?
- 3.5.2.1 Nördlicher Dachrand.
- 3.5.2.2 Der Dachrand entlang der Oblichter.
- 3.5.2.3 Östlicher und südlicher innerer Dachrand.
- 3.5.2.4 Östlicher und südlicher äusserer Dachrand.
- 3.5.2.5 Westlicher, provisorischer Dachrand.
- 3.5.3 Wurde der westliche, provisorische Dachrand sturmfest ausgebildet?

4. Abschottung und Dampfsperre

4.1 Unterlagen

Siehe dazu Beilage Nr. 22 / 1.1.1 bis 1.1.6 sowie die Ausführungen im materiellen Teil (II.C.).

4.2 Vorbemerkungen

Siehe dazu die Ausführungen im materiellen Teil (II.C.).

4.3 Zustand (festzustellen während dem Öffnen des Daches)

- 4.3.1 Entsprechen die ausgeführte Dampfbremse und die Abschottungen den anerkannten Regeln der Baukunst und den einschlägigen Normen des SIA? Insbesondere auch unter Berücksichtigung des vorhandenen Gefälles?
- 4.3.2 Wurde die Dampfsperre korrekt ausgebildet. Insbesondere auch unter Berücksichtigung des vorhandenen Gefälles?
 - 4.3.2.1 Welche Dampfsperre war ausgeschrieben?
 - 4.3.2.2 Hätte diese aufgeschweisst oder aufgeklebt werden müssen? Was wurde ausgeführt? Wurde es korrekt ausgeführt?
 - 4.3.2.3 Wie hätte der Untergrund beschaffen sein müssen? War dies der Fall? Welche Massnahmen hätten ergriffen werden müssen? Wurden weitere Massnahmen ergriffen?
 - 4.3.2.4 Wie hätte der Untergrund vorbereitet werden müssen? Ist dies korrekt erfolgt?
- 4.3.3 Wurden die Abschottungen korrekt ausgebildet. Insbesondere auch unter Berücksichtigung des vorhandenen Gefälles?
- 4.3.4 Wie wurde das Dach bezüglich Weiterbau im Westen abgeschottet? Was ist üblich?
 - 4.3.4.1 Wurde eine schmale, beim Weiterbau rückbaubare Schotte entlang des westlichen provisorischen Dachrandes für den Weiterbau vorgesehen?
 - 4.3.4.2 Im Rahmen des Weiterbaus wurde der westliche Dachrand verletzt (siehe Bilddokumentation, insbesondere ABB o.06). Hätte dies bei korrekter Ausführung der Abschottung zu einem grösseren Schaden geführt?

4.4 Planung

- 4.4.1 Wie wurde die Dampfbremse geplant? Ist sie auf den Schnitten ersichtlich?
- 4.4.2 Wie wurden die Schotten geplant?

- 4.4.3 Wurde eine für den Weiterbau geeignete Schotte im Westen des Daches geplant? Ist dies üblich?

4.5 Ausführung

- 4.5.1 Wurde die Dampfsperre korrekt ausgebildet? Insbesondere auch unter Berücksichtigung des vorhandenen Gefälles? Wurde der Untergrund korrekt vorbereitet? Wurde die Dampfsperre korrekt aufgeschweisst resp. aufgeklebt? Ist die Dampfsperre, so wie sie ausgebildet wurde, unterläufig?
- 4.5.2 Wurden die Abschottungen korrekt ausgebildet? Insbesondere auch unter Berücksichtigung des vorhandenen Gefälles? Hätten Kontrollstutzen in den Abschottungen eingebaut werden müssen? Wieviele?
- 4.5.3 Wurde der westliche Dachrand in üblicher Weise für den Weiterbau vorbereitet? Insbesondere auch unter Berücksichtigung des vorhandenen Gefälles?

5. Akustikdecke

5.1 Unterlagen

Siehe dazu Beilage Nr. 22 / 1.1.1 bis 1.1.6 sowie die Ausführungen im materiellen Teil (II.C.).

5.2 Vorbemerkungen

Siehe dazu die Ausführungen im materiellen Teil (II.C.).

5.3 Zustand

- 5.3.1 Wie lässt sich der Wasserschaden an der Akustikdecke erklären? Auf welche Fehler bei der Planung und Ausführung lässt sich dies zurückführen?

Ende des Fragenkatalogs.

2. eventualiter, sofern zeitlich möglich, sei der Gutachter nach Anhörung der Gesuchsgegnerinnen zu bestimmen und mit der Fragenbeantwortung zu beauftragen;
3. der Gutachter sei anzuweisen, seine Untersuchungen (Begehung, Sondierung usw.) mit den dringend erforderlichen Sanierungsarbeiten zur Neuabdichtung des Flachdachs abzustimmen;
4. der Gutachter sei anzuweisen, sein Gutachten dem Gericht innert sechs Wochen nach der erstmaligen Begehung einzureichen;
5. als Gutachter sei entweder F. _____ ... [Adresse] oder G. _____ , ... [Adresse] (beides Mitglieder des Vereins H. _____) zu bestimmen;
6. eventualiter: es sei ein anderer gerichtlicher Gutachter zu bestimmen, der sich im Bereich Planung und Erstellung von Flachdächern über besonderes Fachwissen ausweisen kann;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen."

Erwägungen:

1.1. Das Gesuch betreffend vorsorgliche Beweisführung mit oben genannten Rechtsbegehren ging am 3. November 2015 ein (act. 1; Beilagen act. 3/2 - 22). Mit Verfügung vom selben Tag wurde das Dringlichkeitsbegehren abgewiesen. Sodann wurden Fristen angesetzt, der Klägerin zur Leistung von Kostenvorschüssen für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 15'000.00 sowie für die Kosten der Begutachtung in der Höhe von CHF 50'000.00, und den Beklagten zur Stellungnahme zum klägerischen Gesuch (act. 4). Die Kostenvorschüsse wurden fristgerecht geleistet (act. 6/1-2). Die Stellungnahmen der Beklagten wurden innert erstreckter Frist (act. 8, act. 10) am 11. Dezember 2015 (Beklagte 2; act. 13; Beilagen act. 14/2-8) bzw. am 15. Dezember 2015 (Beklagte 1; act. 16; Beilagen act. 17/1-2) erstattet. Mit Verfügung vom 17. Dezember 2015 wurden die Anträge der Beklagten 1 und 2 auf Abweisung und/oder/eventualiter Nichteintreten abgewiesen und das Gericht verfügte, dass auf das klägerische Gesuch eingetreten und ein Gutachten eingeholt werde (act. 19). Sodann wurden mit Verfügung vom 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).

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 Erläuterungsbegehren, geringfügige Ergänzungsanträge und blosser Ergänzungsfragen be-

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

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 Reihen 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

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 eingereicherter 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

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 masst 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-

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.

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.) zuzustellen.

Der Einzelrichter verfügt:

1. Die von den Parteien zum Gutachten vom 29. Oktober 2016 gestellten Ergänzungsfragen werden nicht zugelassen.
2. Das Verfahren wird abgeschlossen.
3. Die Gerichtsgebühr von CHF 15'000.00 wird der Klägerin auferlegt.
Vorbehalten bleibt eine andere Verteilung als Ergebnis eines allfälligen Hauptsacheprozesses.
4. Die Gutachtenskosten von CHF 49'255.35 werden der Klägerin auferlegt.
Vorbehalten bleibt eine andere Verteilung als Ergebnis eines allfälligen Hauptsacheprozesses.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten 1 eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 13'000.00 zu bezahlen.
Vorbehalten bleibt eine abweichende Prozesskostenverlegung in einem allfälligen Hauptsacheprozesses.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten 2 eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 13'000.00 zu bezahlen.
Vorbehalten bleibt eine abweichende Prozesskostenverlegung in einem allfälligen Hauptsacheprozesses.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an den Gutachter, an die Klägerin unter Beilage von Doppeln von act. 92, act. 93 und act. 94/1-11, an die Beklagte 1 unter Beilage von Doppeln von act. 91 und act. 92, an die Beklag-

te 2 unter Beilage von Doppeln von act. 91, act. 93 und act. 94/1-11, an den Gutachter unter Beilage von Doppeln von act. 91, act. 92, act. 93 und act. 94/1-11.

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 400'000.00.

Zürich, 27. März 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel