

HSU.2023.8 / SB

Entscheid vom 22. Juli 2024

Besetzung

Oberrichter Egloff, Vizepräsident  
Gerichtsschreiber Bisegger

Gesuchstellerin

**Einwohnergemeinde Q.**\_\_\_\_,

[...]

vertreten durch Dr. iur. Lukas Pfisterer, Rechtsanwalt,

[...]

Gesuchs-  
gegnerin

**A.**\_\_\_\_ **AG**, CHE-[...],

[...]

vertreten durch Dr. iur. Peter Heer, Rechtsanwalt, Voser Rechtsanwälte,

[...]

Gegenstand

Summarisches Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung  
Dachsanierung

---

## **Der Vizepräsident entnimmt den Akten:**

### **1.**

#### **1.1.**

Die Gesuchstellerin ist eine Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechtes mit allgemeinen Zwecken und eigener Rechtspersönlichkeit. Sie umfasst das durch ihre Gemeindegrenzen bestimmte Gebiet mit allen Personen, die darin wohnen oder sich aufhalten (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Einwohnergemeinden [Gemeindegesezt; GG; SAR 171.100; Gesuch Rz. 7]).

#### **1.2.**

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R.\_\_\_\_\_. Sie bezweckt insbesondere [...] (Gesuch Rz. 10; Gesuchsbeilage [GB] 9). Die Gesuchsgegnerin entstand als Abspaltung der B.\_\_\_\_\_ GmbH (bis zur Spaltung als C.\_\_\_\_\_ GmbH firmierend). Bei der Spaltung wurde die Gesuchsgegnerin als D.\_\_\_\_\_ GmbH gegründet (SHAB vom 7. September 2018). Mit Umwandlungsplan und Umwandlungsbilanz per 30. Juni 2019 wurde die Gesuchsgegnerin in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und firmiert seither als A.\_\_\_\_\_ AG (SHAB vom 22. Oktober 2019; Gesuch Rz. 30 ff.; GB 9 und 26).

### **2.**

#### **2.1.**

Mit Gesuch vom 24. März 2023 beantragte die Gesuchstellerin:

##### **" 1.**

Es sei eine vorsorgliche Beweisführung anzuordnen auf dem Dach der Sporthalle E.\_\_\_\_\_ in Q.\_\_\_\_\_ auf dem Grundstück GB Q.\_\_\_\_\_ LIG Nr. aaa, Gebäude Nr. bbb.

##### **2.**

Es sei eine gerichtlich bestimmte sachverständige Person mit der Erstellung eines Sachverständigengutachtens der Flachdachabdichtung der Sporthalle E.\_\_\_\_\_ zu beauftragen.

##### **3.**

Der sachverständigen Person seien gestützt auf die gemachten Beobachtungen und Schlussfolgerungen die Gutachtenfragen gemäss der nachstehenden Begründung des Gesuches zu unterbreiten (Ziff. 4.4).

4.  
Die sachverständige Person sei zu ermächtigen, Augenscheine vorzunehmen und dabei die notwendigen Untersuchungen durchzuführen, weitere eigene Abklärungen vorzunehmen und zusätzliche Unterlagen von den Parteien anzufordern sowie Hilfspersonen zur Erledigung des Gutachterauftrages beizuziehen.
5.  
Die Kosten dieser vorsorglichen Beweisführung seien der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen."

Die Gutachtenfragen der Gesuchstellerin gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 lauten:

1.  
Beschreiben Sie den Aufbau der Abdichtung des Daches der Sporthalle E.\_\_\_\_\_ und den Zustand der verschiedenen Abdichtungsschichten.
2.  
Beschreiben Sie die Verlegungsweise der Abdichtung der F.\_\_\_\_\_ -Beschichtung unterhalb der heutigen Flachdachabdichtung. Wurden die Anforderungen zur Verarbeitung der F.\_\_\_\_\_ -Beschichtung eingehalten? Wurde insbesondere die Schicht, auf welcher die F.\_\_\_\_\_ -Beschichtung aufgebracht wurde, fachgerecht vorbereitet und war das Dach unter der F.\_\_\_\_\_ -Beschichtung absolut sauber gereinigt?
3.  
Welche Abklärungen muss eine Dachsanierungs-Unternehmung vornehmen, bevor sie auf Flachdächern wie der Sporthalle E.\_\_\_\_\_ mit der bestehenden Untergrundbeschaffenheit und den Undichtigkeiten in der Dachabdichtung mittels einer neuen Abdichtungs-Beschichtung eine Dachsanierung in Etappen (2013 und 2016) vornimmt, und wurden diese Anforderungen eingehalten?
4.  
Angesichts der Untergrundbeschaffenheit unter anderem mit Rissen in der Dachabdichtung: War die Dachabdichtung mit dem System F.\_\_\_\_\_ in der angewendeten Verlegungsweise geeignet, um das Dach nach den Regeln der Baukunde abzudichten?
5.  
Wurde die Dachabdichtung mit dem System F.\_\_\_\_\_ nach den Regeln der Baukunde ausgeführt? Falls Nein: Was wurde nicht nach den Regeln der Baukunde ausgeführt?
6.  
Sind weitere Dächer in der Schweiz bekannt, die eine Dachabdichtung mit dem System F.\_\_\_\_\_ haben und vergleichbare Schadensbilder aufweisen.
7.  
Aus welchem Grund bzw. aus welchen Gründen kam es wiederholt zu Rissen und Blasenbildungen sowie zu Ablösungen in der F.\_\_\_\_\_ -Beschichtung?

8.

Falls im Rahmen der Beantwortung der Fragen unter den obigen Ziffern Abweichungen von den Regeln der Baukunde festgestellt wurden:

8.1.

Welche baulichen Massnahmen und Arbeiten waren notwendig, um die Risse und Blasen dauerhaft zu verhindern?

8.2.

Hätte mit dem System F.\_\_\_\_\_ in der aufgetragenen Weise die Dichtigkeit und Blasenfreiheit dauerhaft erreicht werden können? Falls Ja: Wie?  
Falls Nein: Weshalb nicht?

8.3.

War die Sanierung mittels vollflächiger Verlegung einer M.\_\_\_\_\_ -Schicht (M.\_\_\_\_\_ Flag-System Flachdachsysteme) ein verhältnismässiges Vorgehen?

9.

Waren die Kosten von CHF 141'658.65 zur Verlegung der M.\_\_\_\_\_ -Schicht fachlich nachvollziehbar und angemessen?

## **2.2.**

Mit Verfügung vom 27. März 2023 setzte der (damalige) Präsident des Handelsgerichts der Gesuchstellerin Frist bis zum 7. April 2023, um einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 6'000.00 in die Obergerichtskasse einzubezahlen. Die Gesuchstellerin leistete den Vorschuss am 3. April 2023.

## **2.3.**

Mit Gesuchsantwort vom 25. April 2023 beantragte die Gesuchsgegnerin:

" 1.

Das Gesuch vom 24. März 2023 sei abzuweisen.

2.

Eventualiter: Sollte das Gesuch gutgeheissen werden, seien dem Gutachter folgende Zusatzfragen zu stellen (wobei bei den Fragen der Einfachheit davon ausgegangen wird, dass die Gesuchsgegnerin, welche ihre Passivlegitimation bestreitet, die Arbeiten ausgeführt hat):

a)

Wie beurteilen Sie das Flachdach, welches auf dem Neubau der Sporthalle E.\_\_\_\_\_ erstellt worden ist (Abdichtungskonzept, Gebäudeanschlüsse, Entwässerung, Dachneigung, Ausführung bei den durchdringenden Dachaufbauten, Wirkung von Umwelteinflüssen etc.). Wann ist das Flachdach erstellt worden? Wer hat die Flachdacharbeiten ausgeführt? Beschreiben Sie die Ausführung des Flachdachs. Was ist die übliche Lebensdauer eines solchen Flachdachs? Welche Erfahrungen wurden mit solchen Flachdächern auf anderen Gebäuden gemacht (unter Angabe der Vergleichsdächer)?

- b)  
Wurden zwischen Erstellung des Flachdaches auf dem Neubau der Sport-  
halle F. \_\_\_\_\_ und dem Beginn der Arbeiten durch die Gesuchsgegnerin  
2011 am Flachdach samt Dachrandabschlüssen und Dachdurchstossun-  
gen Änderungen vorgenommen? Welcher Art waren diese Änderungen,  
wann wurden sie vorgenommen?
- c)  
In welchem Zustand war das Dach vor Beginn der Arbeiten (2011) durch  
die Gesuchsgegnerin?
- d)  
Was war Anlass dafür, dass die Gesuchstellerin 2011 die Gesuchsgegnerin  
beizog? Was umfasste dieser erste Auftrag? Welche Fläche auf dem  
Flachdach betraf dieses Auftrag? Falls es am Flachdach undichte Stellen  
gegeben hätte: Wo waren diese Stellen? Sind die Stellen dokumentiert?  
Wie viel Wasser drang durch diese Stellen ins Gebäudeinnere ein? Wäre  
eine Komplettsanierung des Daches angezeigt gewesen?
- e)  
Beurteilen Sie aus bautechnischer Sicht das Abdichtungskonzept, das die  
Gesuchstellerin vorgängig (das heisst vor Beginn der ersten Arbeiten  
durch die Gesuchsgegnerin) erstellt oder erstellen, planen und ausführen  
lassen hat. Falls kein Abdichtungskonzept erstellt worden ist; War es nicht  
nötig oder gibt es einen anderen Grund, dass auf ein solches Abdichtungs-  
konzept verzichtet wurde?
- f)  
Waren die Arbeiten, welche die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin  
übertrug, als temporäre Abdichtungen vorgesehen?
- g)  
Was war der Grund, dass die Gesuchstellerin keine Komplettsanierung  
des Flachdachs vornahm? Wäre eine Komplettsanierung notwendig gewe-  
sen?
- h)  
Beurteilten Sie aus bautechnischer Sicht den ersten Auftrag von 2011, den  
die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin erteilt hat, und die Ausführung  
durch die Gesuchsgegnerin.
- i)  
Was war Anlass dafür, dass die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin  
2013 ein zweites Mal beizog? Was umfasste dieser zweiter Auftrag? Wel-  
che Fläche auf dem Flachdach betraf dieses Auftrag? Falls es am Flach-  
dach undichte Stellen gegeben hätte: Wo waren diese Stellen? Sind die  
Stellen dokumentiert? Wie viel Wasser drang durch diese Stellen ins Ge-  
bäudeinnere ein? Hätte eine Komplettsanierung des Daches gemacht wer-  
den müssen?
- j)  
Beurteilten Sie aus bautechnischer Sicht den zweiten Auftrag, den die Ge-  
suchstellerin der Gesuchsgegnerin 2013 erteilt hat, und die Ausführung  
durch die Gesuchsgegnerin.

k)

Was war Anlass dafür, dass die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin 2015 ein drittes Mal beizog? Was umfasste dieser dritte Auftrag? Welche Fläche auf dem Flachdach betraf dieses Auftrag? Falls es am Flachdach undichte Stellen gegeben hätte: Wo waren diese Stellen? Sind die Stellen dokumentiert? Wie viel Wasser drang durch diese Stellen ins Gebäudeinnere ein? Hätte eine Komplettsanierung des Daches gemacht werden müssen?

l)

Beurteilten Sie aus bautechnischer Sicht den dritten Auftrag, den die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin 2015 erteilt hat, und die Ausführung durch die Gesuchsgegnerin.

m)

Gab es vor Auftragsvergabe der Gesuchstellerin an die Gesuchsgegnerin eine bauseitige Analyse der Unterkonstruktion? Beurteilen Sie diese Analyse aus fachtechnischer Sicht.

n)

Welches waren die Ursachen für die Undichtigkeit des Flachdachs?

o)

Wie beurteilen Sie das Schadenbild gemäss Fotografien aus dem Jahr 2017? Antrag: Der Gutachter habe die Fotografien von der Gesuchstellerin einzufordern.

p)

Beurteilen Sie aus fachtechnischer Sicht [recte: Sicht] die Offerte, welche die G. \_\_\_\_\_ AG der Gesuchstellerin unterbreitet hat. Beurteilen Sie aus fachtechnischer Sicht die Konkurrenzofferten, welche die Gesuchstellerin eingeholt hat.

q)

Was war Gegenstand des Auftrags, den die Gesuchstellerin der G. \_\_\_\_\_ AG erteilte?

r)

Beurteilen Sie aus bautechnischer Sicht die Arbeiten, welche die G. \_\_\_\_\_ AG erbracht hat.

s)

Wie ist der aktuelle Zustand des Flachdaches?

3.

Unter gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin (zzgl. MWST)."

Sodann stellte die Gesuchsgegnerin folgenden prozessualen Antrag:

" 4.

Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Gesuchsgegnerin gegenüber der B. \_\_\_\_\_ GmbH, [...], R. \_\_\_\_\_, den Streit verkündet. Es sei die Streitberufene B. \_\_\_\_\_ GmbH durch das Gericht über die von der Gesuchsgegnerin erklärte Streitverkündung in Kenntnis zu setzen."

#### **2.4.**

Mit Verfügung vom 26. April 2023 wurde der gesuchsgegnerischen Streitberufenen Frist gesetzt, um zu erklären, ob sie a) zugunsten der Gesuchsgegnerin als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen will (Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO), b) anstelle der Gesuchsgegnerin mit deren Einverständnis den Prozess führen will (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO) oder c) den Eintritt ins Verfahren ablehnt (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

#### **2.5.**

Mit Eingabe vom 17. Mai 2023 lehnte die gesuchsgegnerische Streitberufene den Eintritt in das Verfahren ab.

#### **2.6.**

Am 3. Juli 2023 erliess der (damalige) Präsident des Handelsgerichts folgende Verfügung:

" 1.

1.1.

Das Gesuch vom 24. März 2023 wird gutgeheissen.

1.2.

Es wird die vorsorgliche Abnahme eines Gutachtens angeordnet.

1.3.

Als Sachverständiger wird bestellt:

H. \_\_\_\_\_

[...]

[...]

1.4.

Instruktion und Inpflichtnahme der sachverständigen Person erfolgen schriftlich.

1.5.

Dem Sachverständigen werden nach Eingang des Kostenvorschusses für die Beweiserhebung die nachfolgenden Fragen zur Beantwortung im Rahmen seines Gutachtens unterbreitet:

A.

Beschreiben Sie den Aufbau der Abdichtung des Daches der Sporthalle E. \_\_\_\_\_ und den Zustand der verschiedenen Abdichtungsschichten.

B.

Beschreiben Sie die Verlegungsweise der Abdichtung der F. \_\_\_\_\_-Beschichtung unterhalb der heutigen Flachdachabdichtung. Wurden die Anforderungen zur Verarbeitung der F. \_\_\_\_\_-Beschichtung eingehalten? Wurde insbesondere die Schicht, auf welcher die F. \_\_\_\_\_-Beschichtung aufgebracht wurde, fachgerecht vorbereitet und war das Dach unter der F. \_\_\_\_\_-Beschichtung absolut sauber gereinigt?

C.

Welche Abklärungen muss eine Dachsanierungs-Unternehmung vornehmen, bevor sie auf Flachdächern wie der Sporthalle E.\_\_\_\_\_ mit der bestehenden Untergrundbeschaffenheit und den Undichtigkeiten in der Dachabdichtung mittels einer neuen Abdichtungs-Beschichtung eine Dachsanierung in Etappen (2013 und 2016) vornimmt, und wurden diese Anforderungen eingehalten?

D.

Angesichts der Untergrundbeschaffenheit unter anderem mit Rissen in der Dachabdichtung: War die Dachabdichtung mit dem System F.\_\_\_\_\_ in der angewendeten Verlegungsweise geeignet, um das Dach nach den Regeln der Baukunde abzudichten?

E.

Wurde die Dachabdichtung mit dem System F.\_\_\_\_\_ nach den Regeln der Baukunde ausgeführt? Falls Nein: Was wurde nicht nach den Regeln der Baukunde ausgeführt?

F.

Aus welchem Grund bzw. aus welchen Gründen kam es wiederholt zu Rissen und Blasenbildungen sowie zu Ablösungen in der F.\_\_\_\_\_ -Beschichtung?

G)

Wie beurteilen Sie das Schadenbild gemäss Fotografien aus dem Jahr 2017?

H)

Welches waren die Ursachen für die Undichtigkeit des Flachdachs?

I.

Falls im Rahmen der Beantwortung der Fragen unter den obigen Ziffern Abweichungen von den Regeln der Baukunde festgestellt wurden:

I.a.

Welche baulichen Massnahmen und Arbeiten waren notwendig, um die Risse und Blasen dauerhaft zu verhindern?

I.b.

Hätte mit dem System F.\_\_\_\_\_ in der aufgetragenen Weise die Dichtigkeit und Blasenfreiheit dauerhaft erreicht werden können? Falls Ja: Wie? Falls Nein: Weshalb nicht?

I.c.

War die Sanierung mittels vollflächiger Verlegung einer M.\_\_\_\_\_ -Schicht (M.\_\_\_\_\_ Flag-System Flachdachsysteme) ein verhältnismässiges Vorgehen?

I.d.

Beurteilen Sie aus bautechnischer Sicht die Arbeiten, welche die G.\_\_\_\_\_ AG erbracht hat.

I.e.

Wie ist der aktuelle Zustand des Flachdaches?

J.

Waren die Kosten von Fr. 141'658.65 für die Verlegung der M.\_\_\_\_\_ -Schicht fachlich nachvollziehbar und angemessen?

K)

Beurteilen Sie aus fachtechnischer Sicht die Offerte, welche die G.\_\_\_\_\_ AG der Gesuchstellerin unterbreitet hat. Beurteilen Sie aus fachtechnischer Sicht die Konkurrenzofferten, welche die Gesuchstellerin eingeholt hat.

1.6.

Der Sachverständige wird ermächtigt, Augenscheine in und auf der Sporthalle E.\_\_\_\_\_ (Grundstück GB Q.\_\_\_\_\_, Grundstück Nr. ccc) vorzunehmen und dabei die notwendigen Untersuchungen durchzuführen.

Die Augenscheintermine sind vom Sachverständigen mit den Parteien vorgängig abzusprechen und die Parteien zu den Augenscheinen einzuladen. Die Gesuchstellerin hat sicherzustellen, dass anlässlich der Augenscheine der Zugang zum Dach gewährleistet ist. Ebenfalls hat sie für die Augenscheine ein Unternehmen anzubieten, das – soweit dies nach Ermessen des Sachverständigen notwendig ist – die M.\_\_\_\_\_ -Schicht öffnen und Sondierungsbohrungen vornehmen kann und nach Abschluss der Augenscheine die Bohrungen und die M.\_\_\_\_\_ -Schicht wieder fachmännisch verschliessen kann.

1.7.

Der Sachverständige wird ermächtigt, allfällige weitere eigene Abklärungen vorzunehmen und zusätzliche Unterlagen von den Parteien anzufordern.

Der Sachverständige hat allfällige weitere eigene Abklärungen im Gutachten offenzulegen.

1.8.

Der Sachverständige wird ermächtigt, für die Erstellung des Gutachters Hilfspersonen beizuziehen.

2.

2.1.

Die Gesuchstellerin hat innert 10 Tagen seit Zustellung dieser Verfügung einen Beweiskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 11'000.00 mit beiliegendem Einzahlungsschein in die Obergerichtskasse einzubezahlen.

2.2.

Leistet die Gesuchstellerin ihren Vorschuss nicht, so kann die Gegenseite die Kosten vorschliessen; andernfalls unterbleibt die Beweiserhebung (Art. 102 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

3.  
Die Prozesskosten werden mit der verfahrensabschliessenden Verfügung festgesetzt und liquidiert.

4.  
Der Stillstand der Fristen gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO gilt nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 ZPO)."

**2.7.**

Nach Bezahlung des Beweiskostenvorschusses durch die Gesuchstellerin wurde H.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 13. Juli 2023 der Gutachtensauftrag erteilt und ihm zu diesem Zweck die Verfahrensakten überlassen. Im Rahmen der vorgängigen Kontaktaufnahme hatte H.\_\_\_\_\_ in Aussicht gestellt, das Gutachten innert ca. zwei Monaten ab Auftragserteilung ausarbeiten zu können (vgl. E. 4.2 der Verfügung vom 3. Juli 2023).

**2.8.**

Mit E-Mail vom 13. September 2023 ersuchte H.\_\_\_\_\_ um eine Erstreckung der Frist für die Ablieferung des Gutachtens von zwei Monaten. Daraufhin wurde ihm mit Schreiben vom gleichen Tag eine Fristerstreckung bis zum 15. November 2023 gewährt. H.\_\_\_\_\_ gab im Rahmen eines Telefonats mit Obergerichtsschreiber Bisegger vom 15. Januar 2024 an, dieses Schreiben nicht erhalten zu haben (vgl. Telefonnotiz vom 15. Januar 2024). Trotzdem fragte H.\_\_\_\_\_ beim Handelsgericht nie nach, ob sein Fristerstreckungsgesuch bewilligt worden sei.

**2.9.**

Da H.\_\_\_\_\_ das Gutachten bis zum 15. November 2023 nicht abgeliefert hatte, schrieb Obergerichtsschreiber Bisegger den Sachverständigen am 24. November 2023 per E-Mail an und ersuchte ihn um Kontaktaufnahme.

**2.10.**

H.\_\_\_\_\_ reagierte auf die E-Mail vom 24. November 2023 nie, weshalb ihm Obergerichtsschreiber Bisegger am 12. Januar 2024 erneut eine E-Mail schrieb. Auch diese blieb unbeantwortet.

**2.11.**

Am 15. Januar 2024 gelang es Obergerichtsschreiber Bisegger, H.\_\_\_\_\_ telefonisch zu erreichen. Anlässlich des Telefonats stellte H.\_\_\_\_\_ in Aussicht, sich zeitnah zurückzumelden und mitzuteilen, bis wann das Gutachten abgeliefert werde.

**2.12.**

Entgegen seinem Versprechen anlässlich des Telefonats vom 15. Januar 2024 meldete sich H.\_\_\_\_\_ nicht zurück. Daher versuchte Obergerichtsschreiber Bisegger ihn erneut telefonisch zu erreichen. Dies gelang jedoch nicht und H.\_\_\_\_\_ rief Obergerichtsschreiber Bisegger auch nicht zurück,

obwohl ihm dieser zwei Mal eine Nachricht auf der Combox hinterlassen hatte.

#### **2.13.**

Am 22. Januar 2024 verfügte der (damalige) Präsident des Handelsgerichts:

" 1.

Dem Sachverständigen H.\_\_\_\_\_ wird für die Ablieferung des Gutachtens in dreifacher Ausfertigung sowie für die Retournierung der Verfahrensakten eine Nachfrist bis zum 12. Februar 2024 angesetzt.

2.

Für den Fall, dass der Sachverständige das Gutachten nicht innert der Nachfrist abliefern bzw. die Verfahrensakten nicht innert der Nachfrist retourniert, wird im angedroht,

- dass der ihm erteilte Gutachtensauftrag widerrufen wird und er für bereits geleistete Arbeiten nicht entschädigt wird;
- dass er mit einer Ordnungsbusse in Höhe von bis zu Fr. 1'000.00 bestraft wird;
- dass ihm die durch ihn verursachten unnötigen Prozesskosten auferlegt werden."

#### **2.14.**

Ebenfalls am 22. Januar 2024, allerdings erst nachdem die Verfügung vom gleichen Tag (oben, Ziff. 2.13) bereits der Post übergeben worden war, meldete sich H.\_\_\_\_\_ doch noch per E-Mail bei Obergerichtsschreiber Bisegger und entschuldigte sein Versäumnis damit, dass ihm das Vorgehen nicht klar gewesen sei. Er bot an, das Gutachten bis am 22. Februar 2024 abzuliefern. Obergerichtsschreiber Bisegger beantwortete diese E-Mail gleichentags und wies H.\_\_\_\_\_ darauf hin, dass ihm angesichts der Tatsache, dass er sich trotz mehrmaliger Versuche einer Kontaktaufnahme während einer Woche nicht zurückgemeldet habe, eine Nachfrist bis zum 12. Februar 2024 angesetzt worden sei. H.\_\_\_\_\_ wurde gebeten, das Gutachten innert dieser Nachfrist abzuliefern. Es wurde ihm jedoch in Aussicht gestellt, dass eine weitere – kurze – Fristerstreckung denkbar sei, falls er die Nachfrist nicht einhalten könne. Auf diese E-Mail reagierte H.\_\_\_\_\_ nicht mehr. Auch lieferte er das Gutachten nicht bis zum 12. Februar 2024 ab.

#### **2.15.**

Am 14. Februar 2024 versuchte der (damalige) Präsident des Handelsgerichts H.\_\_\_\_\_ telefonisch zu erreichen. Er erreichte jedoch lediglich einen Telefondienst, auf den der Mobiltelefonanschluss von H.\_\_\_\_\_ umgeleitet worden war. Vom Telefondienst konnte in Erfahrung gebracht werden, dass H.\_\_\_\_\_ in den Ferien weile und erst ab dem 19. Februar 2024 wieder im Geschäft sei. Der (damalige) Präsident schrieb H.\_\_\_\_\_ noch gleichen Tags eine E-Mail und erklärte ihm, dass er mit der Umsetzung der ihm in der Verfügung vom 22. Januar 2024 angedrohten Konsequenzen rechnen müsse, wenn er das Gutachten nicht bis zum 22. Februar 2024 abliefern werde.

**2.16.**

Der Sachverständige H.\_\_\_\_\_ lieferte weder das Gutachten ab noch retournierte er die ihm zur Verfügung gestellten Verfahrensakten.

**2.17.**

Am 26. Februar 2024 verfügte der (damalige) Präsident:

- " 1.  
Der H.\_\_\_\_\_ erteilte Gutachtensauftrag wird widerrufen und H.\_\_\_\_\_ als Sachverständiger im vorliegenden Verfahren abgesetzt.
2.  
Allenfalls von H.\_\_\_\_\_ bereits geleistete Arbeiten werden nicht entschädigt.
3.  
H.\_\_\_\_\_ wird eine letzte Frist bis zum 1. März 2024 zur Retournierung der Verfahrensakten HSU.2023.8 angesetzt.
4.  
H.\_\_\_\_\_ wird verurteilt, eine Ordnungsbusse in Höhe von Fr. 500.00 in die Obergerichtskasse zu bezahlen.
5.  
H.\_\_\_\_\_ werden unnötige Gerichtskosten in Höhe von Fr. 500.00 auferlegt.
6.  
Den Parteien wird Frist bis zum 8. März 2024 angesetzt, um dem Handelsgericht Personen vorzuschlagen, die als Sachverständige im vorliegenden Verfahren in Frage kommen.
7.  
Fristerstreckungen werden grundsätzlich nicht gewährt. Ausnahmsweise ist eine Fristerstreckung beim Vorliegen zureichender Gründe möglich (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Als solche gelten die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe.
8.  
Der Stillstand der Fristen gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO gilt nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO)."

**2.18.**

Mit jeweiligen Schreiben vom 8. März 2024 reichten beide Parteien Vorschläge für einen neuen Sachverständigen ein.

**2.19.**

Am 11. März 2024 wurde ein Rechtshilfeersuchen an das Kantonsgericht Zug gestellt und dieses darum ersucht, die Zuger Polizei mit dem zwangsweisen Vollzug der von H.\_\_\_\_\_ verweigerten Herausgabe der Originalverfahrensakten zu beauftragen.

**2.20.**

Mit Entscheid RH 2024 4 vom 12. März 2024 beauftragte das Kantonsgericht Zug die Zuger Polizei, die Originalverfahrensakten des Verfahrens

HSU.2023.8 zu beschlagnahmen. In der Folge konnte die Zuger Polizei die Originalverfahrensakten am 14. März 2024 erhältlich machen und dem Handelsgericht des Kantons Aargau übermitteln.

**2.21.**

Mit Verfügung vom 26. März 2024 wurde folgende Person als neuer Sachverständiger eingesetzt und mit der Ausarbeitung des Gutachtens beauftragt:

I. \_\_\_\_\_  
[...]  
J. \_\_\_\_\_ AG  
[...]  
[...]

**2.22.**

Infolge Pensionierung von Obrichter Dubs, bisheriger Präsident des Handelsgerichts, wurde das Verfahren per 1. Mai 2024 von dessen Nachfolger, Obrichter Egloff, (neuer) Vizepräsident des Handelsgerichts, übernommen.

**2.23.**

Mit Schreiben vom 19. Juni 2024 lieferte der Sachverständige I. \_\_\_\_\_ das Gutachten ab.

**2.24.**

Mit Verfügung vom 21. Juni 2024 wurde das Gutachten den Parteien zugestellt und diesen bis zum 12. Juli 2024 zur allfälligen Stellung von Ergänzungsfrage Frist gesetzt. Die Gesuchsgegnerin verzichtete mit Eingabe vom 11. Juli 2024 auf die Stellung von Ergänzungsfragen. Die Gesuchstellerin liess sich nicht vernehmen.

---

**Der Vizepräsident zieht in Erwägung:**

**1. Verfahrensbeendigung**

Das von der Gesuchstellerin im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung beantragte Beweismittel wurde abgenommen. Somit ist das Verfahren beendet.

**2. Prozesskosten**

Das Gericht entscheidet über die Prozesskosten in der Regel im Endentscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Da kein Hauptverfahren zwischen den Parteien hängig ist, hat das Gericht über die Verlegung der Prozesskosten der vorsorglichen Beweisführung bereits jetzt zu entscheiden.

Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss Bundesgericht besteht in Bezug auf die Verteilung bzw. Auferlegung der Gerichts- und Parteikosten im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO keine besondere Regelung. Dies wäre aber angebracht, da im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht über materiellrechtliche Ansprüche entschieden wird und daher nicht im Sinne des grundsätzlich geltenden Unterliegerprinzips nach Art. 106 ZPO von obsiegender und unterliegender Partei gesprochen werden kann.<sup>1</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO daher die gesuchstellende Partei die Prozesskosten zu tragen.<sup>2</sup> Vorbehalten bleiben unnötige Prozesskosten. Diese hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO)

## **2.1. Gerichtskosten**

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) und den Kosten für die Beweisführung (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO).

Die Entscheidgebühr wird unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitigkeit auf Fr. 6'500.00 festgesetzt (§ 8 VKD). Die Kosten der Beweisführung bestehen vorliegend aus den richterlich genehmigten Aufwendungen des Sachverständigen in der Höhe von Fr. 3'974.75 (§ 30 VKD). Die Gerichtskosten betragen folglich Fr. 10'474.75.

Die Gerichtskosten sind mit Ausnahme der dem Sachverständigen bereits auferlegten unnötigen Gerichtskosten in Höhe von Fr. 500.00 der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Entsprechend sind der Gesuchstellerin Gerichtskosten in Höhe von Fr. 9'974.75 aufzuerlegen.

Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden die der Gesuchstellerin auferlegten Gerichtskosten von total Fr. 9'974.75 vorab mit den von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von Fr. 17'000.00 verrechnet.

Eine abweichende Verteilung der Gerichtskosten in einem allfälligen Hauptprozess bleibt vorbehalten.

## **2.2. Parteientschädigung**

Die Parteientschädigung der Gesuchsgegnerin wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 141'658.65 (vgl. Gutachtensfrage J) – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von

---

<sup>1</sup> BGE 140 III 30 E. 3.1.

<sup>2</sup> BGE 140 III 30 E. 3.2-3.6.

(gerundet) Fr. 15'596.15 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 6 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von (gerundet) Fr. 3'899.00. Da keine Verhandlung stattfand ist überdies noch ein Abzug von 20% vorzunehmen (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss rund 3% resultiert ein Betrag in Höhe von (gerundet) Fr. 3'212.80, den die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem Antrag der Gesuchsgegnerin auf Zusprechnung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Sie ist gemäss UID-Register mehrwertsteuerpflichtig und kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).<sup>3</sup> Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

---

#### **Der Vizepräsident erkennt:**

##### **1.**

Das summarische Verfahren wird für **beendet erklärt** und **abgeschrieben**.

##### **2.**

###### **2.1.**

Von den Gerichtskosten in Höhe von Fr. 10'474.75 wurden bereits Fr. 500.00 dem früheren Gutachter H. \_\_\_\_\_ auferlegt (unnötige Gerichtskosten). Die übrigen Gerichtskosten in Höhe von Fr. 9'974.75 werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 17'000.00 verrechnet.

###### **2.2.**

Die Gesuchstellerin hat der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'212.80 zu bezahlen.

##### **3.**

Eine abweichende Verteilung der Prozesskosten in einem allfälligen Hauptprozess bleibt vorbehalten.

---

<sup>3</sup> Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-mwst.pdf> (zuletzt besucht am 14. Mai 2024).

---

Zustellung an:  
[...]

---

**Rechtsmittelbelehrung** für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 98 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

---

Aarau, 22. Juli 2024

**Handelsgericht des Kantons Aargau**

1. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Egloff

Bisegger