

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170433-O

U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher

Urteil vom 31. Oktober 2017

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Beklagte

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

"1. Der Gesuchsgegnerin sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ZPO zu verbieten, der C. _____ AG, ... [Adresse], die in der Anzahlungsgarantie T841396919 vorgesehene Zahlung bis zu einem Höchstbetrag von CHF 388'800 zu leisten.

2. Der Gesuchsgegnerin sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ZPO zu verbieten, der C. _____ AG, ... [Adresse], die in der Erfüllungs-Garantie T841382736 vorgesehene Zahlung bis zu einem Höchstbetrag von CHF 118'800 zu leisten.

3. Die vorsorgliche[n] Massnahme[n] gemäss Ziffer[n] 1 und 2 der Rechtsbegehren seien nach Art. 265 ZPO superprovisorisch anzuordnen, ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Das Massnahmebegehren wurde am 30. Oktober 2017, 14'10 Uhr, überbracht. Die Parteien werden nachfolgend Klägerin und Beklagte genannt.

2. Die Klägerin beantragt, dem Begehren sei vorab superprovisorisch zu entsprechen.

3. Anwendung finden die Art. 261 ff. ZPO (in Verbindung mit Art. 252 ff. ZPO).

4. Es geht um ein Zahlungsverbot, welches gegenüber der Beklagten als Garantiestellerin ausgesprochen werden soll.

5. Das erkennende Gericht hat seine Praxis zur Aussprechung von Zahlungsverboten, insbesondere auch bei Bankgarantien und sonstigen abstrakten Garantien, publiziert (vgl. ZR 2012 Nr. 69, ZR 2013 Nr. 67, ZR 2013 Nr. 68, ZR 2014 Nr. 28, ZR 2015 Nr. 44). Daraus geht eine grosse Zurückhaltung bei der Aussprechung eines Verbotes hervor. Betont wurde, dass in Konstellationen wie der vorliegenden der privatrechtliche Grundsatz "zuerst zahlen, dann prozessieren" gilt, was in der Regel zwischen den Parteien, welche die Zurverfügungstellung einer Garantie vereinbart hatten, die Klägerrolle und auch den Beklagtengerichtsstand wechseln

lässt. Der Garantiestellerin - vorliegend also der Beklagten - kommt in der Regel nur die Rolle zu, die formal korrekte Abrufung der Garantie zu prüfen. Das Instrument bzw. der Zweck der abstrakten Garantie würde beeinträchtigt bzw. verfehlt, wenn es der Garantieforderunggeberin (Klägerin) möglich wäre, durch ein blosses Glaubhaftmachen eines korrekten Verhaltens ihrerseits ein Zahlungsverbot zu erwirken. Deshalb ist es richtig, als Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im beantragten Sinne das Glaubhaftmachen eines offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Abrufes der Garantie zu verlangen, wobei der Rechtsmissbrauch auch für die Garantiestellerin erkennbar sein muss.

6.1 Es erscheint glaubhaft, dass die Begünstigte aus den im Rechtsbegehren erwähnten beiden Garantien diese abgerufen hat und die Beklagte angekündigt hat, per 1. November 2017 Zahlung zu leisten (act. 3/17). Insofern besteht Dringlichkeit. Ob sie selber verschuldet wurde, kann aus den nachfolgenden Gründen dahingestellt bleiben.

6.2 Es dürfte unstrittig sein, dass die Klägerin als Subunternehmerin für die C._____ AG ("C'._____") Arbeiten betr. "BKP 215.5 Hinterlüftete Fassade" bei Neubauten an der D._____ -Strasse 1/2 in Zürich auszuführen hatte (act. 1 Rz. 6, Werkvertrag act. 3/3, datierend vom Juli 2016). Die Werkvertragssumme bewegte sich im Rahmen von CHF 1 Mio. Von beiden Parteien existieren Schlussrechnungen. Diejenige der C'._____ ist in einem einseitig aufgesetzten sogenannten Schlussrechnungsprotokoll enthalten (act. 3/11). Es datiert vom 25. August 2017. Darin heisst es u.a., das Abnahmeprotokoll sei noch ausstehend, Termine seien überschritten und Mängel nicht vollständig behoben worden. Bei einem Brutto-rechnungsbetrag von rund CHF 1,06 Mio. erhob C'._____ unter verschiedenen Titeln (u.a. Bauablaufstörungen, Schäden aus Verzug, geschuldete Leistungen) Gegenforderungen im Betrage von rund CHF 582'000. Die Rechnung der Klägerin (act. 3/12) - sie datiert vom 5. September 2017 - nannte verschiedene Nachträge und kam, unter Berücksichtigung von "bereits gestellte[n] Rechnungen" im Umfange von rund CHF 1,14 Mio., auf einen geschuldeten Werklohn von rund CHF 691'000. Die Ansichten der Vertragsparteien divergieren damit sehr stark. Es kam sodann auf klägerisches Gesuch hin am 29. September 2017 zur Eintragung

eines Bauhandwerkerpfandrechtes für eine Pfandsumme von rund CHF 687'000 (act. 3/15).

6.3 Die Klägerin macht geltend, eine Anzahlungsgarantie schütze den Anspruch auf Rückerstattung der Anzahlung bei nicht ordnungsgemässer Lieferung. Umstritten seien aber alleine Mehrleistungen (act. 1 Rz. 20). Das widerspricht der erwähnten Schlussrechnung von C'._____ (act. 3/11). Dort werden u.a. Erfüllungsansprüche und Schadenersatzforderungen aufgelistet. Zudem war die Zahlung aus der Garantie (act. 3/7) (alleine) von einer schriftlichen Zahlungsaufforderung und der schriftlichen Mitteilung, wonach die Garantieauftraggeberin ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäss erfüllt hat, abhängig gemacht worden. Diese Mitteilung ist unstrittig erfolgt.

6.4 Sodann wendet die Klägerin ein, die Erfüllungs-Garantie vom Mai 2016 (act. 3/2) nehme Bezug auf einen vom 20. April 2016 datierenden Vertrag, der aber nicht existiere, weil der strittige Werkvertrag erst im Juli 2016 geschlossen worden sei (act. 1 Rz. 21, act. 3/3). Bis auf das Datum des Werkvertrages stimmen alle anderen wesentlichen Punkte überein, insbesondere der Ort der Leistung und die BKP. Es gab im gegebenen Kontext nur *einen* Vertrag. Offensichtlich wurde die Anpassung des Datums in der Garantie unterlassen. Dies kann aber ihre Gültigkeit nicht in Frage stellen. Die Garantie mit dem falschen Vertragsdatum war bis 31. März 2017 befristet gewesen (act. 3/2). Am 13. Februar 2017 verlängerte die Beklagte die Frist bis 31. Oktober 2017 (act. 3/8). Seitens der Klägerin wird nicht geltend gemacht, sie habe gegen dieses Vorgehen protestiert. Folglich hat sie es genehmigt. Damit ist klar - jedenfalls im Rahmen des Beweismasses des Glaubhaftmachens -, dass alle Beteiligten davon ausgingen, der im gegebenen Zusammenhang einzig existierende Werkvertrag gemäss act. 3/3 sei von der Erfüllungs-Garantie erfasst gewesen. Bei diesem gemeinsamen inneren Willen muss sich die Klägerin behaften lassen.

6.5 Unter dem Titel "Rechtsmissbrauch" macht die Klägerin geltend, die Garantien würden zweckwidrig abgerufen, da alleine die klägerischen Mehrleistungen strittig seien (act. 1 Rz. 23). Das widerspricht aber - wie dargetan - dem Aktenbild.

C'._____ bestreitet nicht nur die klägerischen Ansprüche, sondern erhebt auch unter verschiedenen Titeln Gegenansprüche.

6.6 Sodann bringt die Klägerin vor, der Abruf der Garantien sei eine Racheaktion wegen der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes (act. 1 Rz. 24). Diese Behauptung ist aber nicht glaubhaft gemacht. Das einzige diesbezügliche Dokument (act. 3/13) ist nicht einschlägig. Dort ging es um die Eintragung durch eine Drittfirma.

6.7 Die Klägerin hat keine Umstände behauptet, aus welchen abgeleitet werden könnte, die Beklagte müsse ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der C'._____ erkennen. Es fehlen auch Belege.

7. Ein (für die Beklagte erkennbares) rechtsmissbräuchliches Verhalten ist nicht erkennbar. Deshalb ist nicht nur das Dringlichkeitsbegehren abzuweisen, sondern auch das Massnahmebegehren (Art. 253 ZPO).

8. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt rund CHF 500'000 (act. 1 Rz. 2). Für die Zusprechung einer Parteientschädigung besteht kein Raum.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Dringlichkeitsbegehren wird abgewiesen.
2. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr von CHF 6'000 wird der Klägerin auferlegt.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte mit einem Doppel von act. 1 und Doppeln von act. 3/1 - 17.
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 rund CHF 500'000.

Zürich, Datum

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

: