

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210047-O

U/dz

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil vom 25. Februar 2021

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X1. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt X2. _____,

gegen

B. _____ (Schweiz) AG,
Gesuchsgegnerin

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 1)

- "1. Der Gesuchsgegnerin sei im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO zu verbieten, Zahlungen jedwelcher Höhe aus der Erfüllungsgarantie Nr. 1 vom 20. November 2018, verlängert am 30. Oktober 2020, über CHF 392'259.00 zu Gunsten der C._____ AG vorzunehmen.
 2. Die beantragte vorsorgliche Massnahme sei superprovisorisch im Sinne von Art. 265 ZPO ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen und die Verfügung sei den Parteien vorab per Fax und/oder E-Mail zuzustellen.
 3. Es sei der Gesuchstellerin gestützt auf Art. 263 ZPO eine erstreckbare Frist zur Einreichung der Klage anzusetzen.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zulasten der Gesuchsgegnerin. -"

Erwägungen:

1. Vorbemerkungen

1.1. Die Gesuchstellerin beantragt ein Zahlungsverbot, welches gegenüber der Gesuchsgegnerin als garantierende Bank superprovisorisch – also im Sinne eines Dringlichkeitsbegehrens – ausgesprochen werden soll. Dieses Massnahmebegehren ist nach Art. 261 ff. ZPO in Verbindung mit Art. 252 ff. ZPO zu beurteilen.

1.2. Vorauszuschicken ist, dass gemäss gefestigter Praxis des Einzelgerichts provisorische Zahlungsverbote bei Bankgarantien nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen werden, weil sie dem diesen Rechtsgeschäften zugrundeliegenden Grundsatz "zuerst zahlen, dann prozessieren" widersprechen. Ein Verbot kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Abrufung der Bankgarantie offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist und wenn der Rechtsmissbrauch auch für die Bank erkennbar ist (ZR 114 [2015] Nr. 44 S. 180 ff.; ZR 112 [2013] Nr. 68 S. 246 ff.; ZR 111 [2012] Nr. 69 S. 193 ff.; je mit Hinweisen).

2. Argumentation der Gesuchstellerin

2.1. Die Gesuchstellerin führt zur Begründung ihres Gesuches zunächst aus, mit der C._____ AG am 1./2. November 2017 einen Totalunternehmer-Vertrag zur Erstellung eines Gebäudes, nämlich des neuen Lebensmittelveredelungszentrums in D._____, zu einem pauschalen Werkpreis von CHF 16'320'000.00 abgeschlossen zu haben (act. 1 S. 5 Rz. 16 - 20). Der Anlagebau sei nicht Bestandteil der Ausschreibung, und die Haustechnik sei explizit von den vertraglich vereinbarten Leistungen der Gesuchstellerin und vom Werkpreis ausgenommen gewesen (act. 1 S. 5 Rz. 20 f.). Gemäss Ziff. 14.1 dieses TU-Vertrages habe sie (die Gesuchstellerin) der Bauherrschaft eine bis fünf Monate nach Schlussabnahme sämtlicher Bauten gültige abstrakte und unwiderrufliche Bankgarantie (Erfüllungsgarantie) im Umfang von 10% zu übergeben gehabt. Diese Garantie habe der Sicherung der vollständigen Erfüllung des Vertrages, sowie der Absicherung einer Haftung wegen Terminüberschreitung und überdies zur Sicherstellung im Falle von Eintragungen von Bauhandwerkerpfandrechten etc. gedient (act. 1 S. 6 Rz. 23). Ferner habe sie (die Gesuchstellerin) der Bauherrschaft eine fünf Jahre laufende Sicherheit für die Haftung wegen Mängeln während der Gewährleistungsfrist in Form einer Solidarbürgschaft zu leisten gehabt, dies in identischer Höhe wie diejenige gemäss Ziffer. 14.1. des TU-Vertrages (act. 1 S. 6 Rz. 24). Weiter legt die Gesuchstellerin dar, dass in Nachachtung dieser Vereinbarungen die E._____ Zürich am 20. November 2017 eine bis 30. November 2020 gültige und bis 28. Februar 2021 verlängerte Erfüllungsgarantie im Umfang von CHF 1'765'000.00 sowie die Gesuchsgegnerin am 20. November 2018 eine weitere, ebenfalls bis zum 30. November 2020 gültige und bis 28. Februar 2021 verlängerte Erfüllungsgarantie im Umfang von CHF 392'259.00 ausgestellt hätten (act. 1 S. 6 Rz. 25 f.). Von der Gesuchsgegnerin sei ausserdem am 22. Januar 2021 eine solidarische Bürgschaftsverpflichtung über CHF 2'157'259.00 zu Gunsten der Bauherrschaft ausgestellt worden; dies "für die richtige Erfüllung der von der Gesuchstellerin übernommenen Verpflichtung betreffend Sicherstellung der Erfüllung der vertraglichen Gewährleistungsverpflichtungen bezüglich des Lebensmittelveredelungszentrums" (act. 1 S. 8 Rz. 34). Weiter erörtert die Gesuchstellerin, dass Gebäude und Umgebung abgenommen worden seien und dass

Zahlungsausstände (von inzwischen noch CHF 4'421'650.17) bestehen würden, weshalb sie die (superprovisorische) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem fraglichen Grundstück erwirkt habe (act. 1 S. 7 Rz. 29 ff., S. 13 Rz. 13). Mit angeblich am 19. Februar 2021 zur Post gegebenem Schreiben vom 16. Februar 2021 habe die Bauherrschaft die beiden Erfüllungsgarantien bei der E._____ und der Gesuchsgegnerin in vollem Umfang beansprucht und den Banken eine Zahlungsfrist von fünf Werktagen ab Erhalt der Schreiben angesetzt (act. 1 S. 8 Rz. 39). Ihr Angebot, die Erfüllungsgarantie erneut zu verlängern, habe die Bauherrschaft dagegen bislang ausgeschlagen (act. 1 S. 8 Rz. 41).

2.2. Die Gesuchstellerin stellt sich sodann auf den Standpunkt, aufzeigen und beweisen zu können, dass das Beanspruchen der beiden Erfüllungsgarantien durch die Bauherrschaft aus mehreren Gründen offensichtlich rechtsmissbräuchlich sei und keinen Rechtsschutz verdiene (act. 1 S. 13 Rz. 14). Dazu macht sie vorweg geltend, dass die Bauherrschaft sich widersprechende Behauptungen in den Schreiben an die beiden Banken aufstelle, indem sie einmal erkläre, ihr Ausfall betrage CHF 1'765'000.00, dann aber wieder von einem Ausfall von CHF 392'259.00 spreche und in den jeweiligen Schreiben mit keinem Wort erwähne, dass sie auch die Erfüllungsgarantie der anderen Bank zu ziehen versuche. Aufgrund dieser widersprüchlichen Angaben sei alles andere als klar, welchen Ausfall die Bauherrschaft angeblich erlitten haben wolle, womit die formellen Zahlungsvoraussetzungen nicht erfüllt seien und der Bauherrschaft die Auszahlung der Erfüllungsgarantie bereits deswegen zu verweigern sei (act. 1 S. 11 Rz. 6). Mit Nichtwissen bestreite sie, dass die formellen Zahlungsvoraussetzungen erfüllt seien (act. 1 S. 12 Rz. 7).

2.3. Weiter komme – so die Gesuchstellerin – hinzu, dass die Bauherrschaft ihren angeblichen und bestrittenen Ausfall in ihren Schreiben an die Banken nicht nachvollziehbar beziffere. Ihren Angaben gemäss ergäben sich angebliche Forderungen der Bauherrschaft ihr gegenüber im Umfang von maximal CHF 700'000.00, was lediglich einem Drittel der insgesamt abgerufenen Erfüllungsgarantie entspreche. Es bestehe ein offensichtliches Missverhältnis zum Garantiebetrug, und angesichts der Weigerung der Bauherrschaft, die Offerte der

Gesuchstellerin hinsichtlich einer Verlängerung der Garantie anzunehmen, erscheine die Rechtsmissbräuchlichkeit des Abrufs beider Erfüllungsgarantien als offensichtlich (act. 1 S. 12 Rz. 8).

2.4. Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass die Bauherrschaft ungerechtfertigterweise die ihr noch geschuldete Vergütung von CHF 4'412'650.17 zuzüglich Zins zurückhalte. Zumal dieser Betrag die angebliche und bestrittene Forderung der Bauherrschaft um mehr als ein Sechsfaches übersteige, sei das Ziehen der Erfüllungsgarantie abermals als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen (act. 1 S. 12 Rz. 10).

2.5. Der Versuch der Bauherrschaft, mittels der Erfüllungsgarantie allfällige Nachbesserungsarbeiten – deren Notwendigkeit sie bestreite – abzusichern, stelle – umso mehr, weil die Abnahme des Werkes bereits erfolgt sei – ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar (act. 1 S. 13 Rz. 12).

2.6. Noch offensichtlicher werde die Missbräuchlichkeit des Vorgehens der Bauherrschaft insofern als diese nebst der gegenständlichen Erfüllungsgarantie die erwähnte weitere Erfüllungsgarantie abzurufen versuche, vom geschuldeten Werklohn ausserdem einen ungerechtfertigten Zahlungsrückbehalt über rund CHF 4.4 Mio. vornehme und obendrein über erwähnte Absicherung durch die Solidarbürgschaft verfüge. Damit verfüge die Bauherrschaft über verschiedene Sicherheiten im Umfang von mindestens CHF 8'727'168.17 (act. 1 S. 13 Rz. 13).

3. Würdigung

3.1. Zunächst ist auf den Wortlaut der hier gegenständlichen Erfüllungsgarantie Nr.zu verweisen, welche auf einen TU-Werkvertrag betreffend "Absicherung der Werkpreiserhöhung (Nachtrag Haustechnik)" Bezug nimmt, gemäss welchem eine Erfüllungsgarantie beizubringen sei (act. 3/2a). Dabei fällt bereits auf, dass von der Gesuchstellerin ein solcher TU-Werkvertrag betreffend Absicherung der Werkpreiserhöhung (Nachtrag Haustechnik) bzw. ein entsprechender spezifischer Nachtrag mit keinem Wort erwähnt wird. Die Gesuchstellerin begnügt sich vielmehr damit, (einzig) Ausführungen zum TU-Werkvertrag vom 1./2. November

2017 betreffend Neubau Lebensmittelbetrieb zu machen und diesen vorzulegen, wobei sie ausdrücklich erwähnt, dass die Haustechnik davon explizit ausgenommen wurde. Genau die Haustechnik ist indes Gegenstand der hier fraglichen Erfüllungsgarantie. Ferner ist zu beachten, dass die von der Gesuchstellerin ebenfalls erwähnte und vorgelegte andere Erfüllungsgarantie der E._____ Zürich im Gegensatz zur vorliegend interessierenden Erfüllungsgarantie der Gesuchsgegnerin klar Bezug auf den TU-Werkvertrag vom 01./02.11.2017 betreffend Neubau Lebensmittelbetrieb C._____ AG, D._____, nimmt (act. 3/9a). Insofern weichen die beiden Erfüllungsgarantien voneinander ab. Zumal die Gesuchstellerin in ihren Ausführungen und Beweisofferten es unterlässt, dazu Aufschluss zu erteilen und von einer Differenzierung absieht, erweckt sie den Eindruck, dass beide Erfüllungsgarantien die Vereinbarungen gemäss TU-Werkvertrag vom 1./2. November 2017 betreffen und somit in Zusammenhang mit dem darin vereinbarten Werkpreis stehen würden. Die Sachdarstellung in ihrer Rechtsschrift erweist sich nicht nur unvollständig, sondern auch verwirrend.

3.2. Die Erfüllungsgarantie der Gesuchsgegnerin sieht deren Leistungspflicht vor, sobald dieser eine von der C._____ AG unterzeichnete Zahlungsaufforderung vorgelegt wird. Diese hat die Erklärung zu enthalten, dass (a) der Auftragnehmer – also die Gesuchstellerin – die vereinbarten Verpflichtungen nicht oder nicht vertragskonform erfüllt hat und (b) sie (die C._____ AG) im Ausmass des unter dieser Garantie beanspruchten Betrags bei Fälligkeit vom Auftragnehmer keine Zahlung erhalten hat (act. 3/2a). Mit Ausnahme von Anforderungen an die Unterschriften in einer solchen Erklärung sieht die Erfüllungsgarantie keine weitere Voraussetzungen vor (act. 3/2a).

3.3. Mit ihren Ausführungen, dass die C._____ AG widersprüchliche Angaben mache und alles andere als klar sei, welchen Ausfall sie angeblich erlitten haben wolle, vermag die Gesuchstellerin die Nichterfüllung der formellen Zahlungsvoraussetzungen nicht darzutun. Gemäss dem Wortlaut der Garantie hatte die C._____ AG nämlich nur eine Erklärung abzugeben, dass sie im Ausmass des unter dieser Garantie beanspruchten Betrages bei Fälligkeit keine Zahlung erhalten habe. Davon, dass sie ihre Ansprüche vollständig aufzuführen, geschweige

denn nachzuweisen hat, ist darin keine Rede. Die C._____ AG erklärte im Schreiben vom 16. Februar 2021 an die Gesuchsgegnerin im Übrigen ausdrücklich, dass ihre Aufzählung der von der Gesuchstellerin nicht vertragskonform erfüllten Verpflichtungen nicht abschliessend sei (act. 3/23 S. 2).

3.4. Ferner blendet die Gesuchstellerin aus, dass die C._____ AG in ihrer Erklärung an die Bank nicht nur angebliche Forderungen von (lediglich) ca. CHF 700'000.00 auflistet. Die C._____ AG erklärt nämlich weiter, ebenso in der durch die Gesuchstellerin veranlassten superprovisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück des erstellten Lebensmittelveredelungszentrums im Umfang von gegenwärtig über CHF 6.5 Mio. – welche wohl vorsorglich zumindest um die seither an die Gesuchstellerin geleistete Zahlung von CHF 2'157'161.53 (act. 1 S. 7 Rz. 33) reduziert werden dürfte – einen Garantiefall zu sehen. Insofern kann auch im Umstand, dass die Bauherrschaft gegenüber der E._____ erklärt, es sei ihr ein Ausfall im vollen Betrag der Erfüllungsgarantie von CHF 1'765'000.00 erwachsen und zusätzlich auch die hier gegenständliche Garantie ziehen will – im Übrigen ohne von einem Ausfall von CHF 392'259.00 zu sprechen (act. 3/23; vgl. dazu act. 1 S. 11 Rz. 6) – nichts zu Gunsten der Gesuchstellerin abgeleitet werden. Ebenso wenig begründet der unterlassene Hinweis an die beiden Banken, dass auch die jeweils andere Erfüllungsgarantie abgerufen wird, eine Rechtsmissbräuchlichkeit, und das von der Gesuchstellerin behauptete Missverhältnis zwischen Garantiebeträgen und Forderungen der Bauherrschaft besteht vor dem geschilderten Hintergrund ebenfalls nicht bzw. ist zwischen den Parteien strittig. So oder anders vermag das Ziehen einer oder mehrerer Garantien bei Bestehen unterschiedlicher Auffassungen der Parteien hinsichtlich Berechtigung, Bestand und Höhe gegenseitiger Forderungen keine Rechtsmissbräuchlichkeit zu begründen. Solche Streitigkeiten sind ausschliesslich in einem Gerichtsverfahren zwischen den Betroffenen, d.h. der Gesuchstellerin und der C._____ AG, zu klären. Eine Vorwegnahme in Form eines Zahlungsverbotes an die Gesuchsgegnerin würde den Zweck solcher Garantien ad absurdum führen. Insofern kann auch der von der Gesuchstellerin behauptete ausstehende Werklohn von CHF 4'412'650.17, welcher keineswegs eine gesicherte Grösse darstellt, sondern sich aus zahlreichen bestrittenen Teilpositionen zu-

sammensetzt, nicht zu einem anderen Schluss führen. Was den Vorwurf der Gesuchstellerin, die Bauherrschaft habe sich geweigert, ihre Offerte für eine Verlängerung der Garantie anzunehmen, anbelangt, ist zu sagen, dass es sich hierbei um eine nicht näher substantiierte und unbelegte Behauptung handelt. Davon abgesehen läge unter den gegebenen Umständen auch bei einer solchen Weigerung keine Rechtsmissbräuchlichkeit auf der Hand. Angesichts der vertraglich definierten und in der Rechtsprechung präzisierten Zwecke bzw. Voraussetzungen einer Erfüllungsgarantie und ihres Abrufs (vgl. act. 3/2 Ziff. 14.1) hindert auch eine inzwischen erfolgte Abnahme des Werkes deren Beanspruchung nicht. Zu guter Letzt ist zu sagen, dass auch die unlängst erfolgte Ausstellung der ebenfalls vertraglich vorgesehenen Solidarbürgschaft durch die Gesuchsgegnerin die Beanspruchung der Garantie nicht rechtsmissbräuchlich erscheinen lässt. Immerhin sind beide Absicherungen im Vertrag der Gesuchstellerin mit der C._____ AG vorgesehen, wobei voraussehbar war, dass eine gewisse zeitliche und inhaltliche Parallelität bestehen wird. Andererseits weisen die Institute aber auch Unterschiede auf. Dass eine Vertragspartnerin in einer solchen Situation beabsichtigt, (nur) eine oder zwei von mehreren Sicherheiten tatsächlich in Anspruch zu nehmen, stellt keinen Rechtsmissbrauch dar.

3.5. Insgesamt kann von einem offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Abrufen der Erfüllungsgarantie der Gesuchsgegnerin keine Rede sein. Dass die von ihr behauptete Rechtsmissbräuchlichkeit auch für die Gesuchsgegnerin, d.h. die betroffene Bank, ersichtlich wäre, hat die Gesuchstellerin im Übrigen gar nicht explizit behauptet.

4. Fazit

Unter den dargelegten Umständen ist nicht nur das Dringlichkeitsbegehren, sondern das Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen insgesamt abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Beim erwähnten Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt CHF 392'259.00.

5.2. Für die Zuspreehung eine Parteientschädigung an die Gegenpartei besteht kein Anlass, weil der Gesuchsgegnerin kein relevanter Aufwand entsteht.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Dringlichkeitsbegehren wird abgewiesen.
2. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr von CHF 9'000.00 wird der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin vorab per Fax (031 352 91 81), an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 1 und act. 3/2-23.
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 392'259.00.

Zürich, 25. Februar 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger