

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210059-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident sowie der
Gerichtsschreiber Rudolf Hug

Urteil und Verfügung vom 31. März 2021

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

gegen

B. _____ SE,
Gesuchsgegnerin

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2)

- "1a. Der Gesuchsgegnerin sei im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO zu verbieten, Zahlungen jedwelcher Höhe gestützt auf die Erfüllungsgarantie Nr. 1 der Gesuchsgegnerin vorzunehmen.
- 1b. Eventualiter sei der Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme zu untersagen, eine den Betrag von CHF 4'492'790.- übersteigende Zahlung gestützt auf die oben bezeichnete Erfüllungsgarantie zu tätigen.
2. Die beantragte vorsorgliche Massnahme sei superprovisorisch im Sinne von Art. 265 ZPO anzuordnen.
3. Es sei der Gesuchstellerin gestützt auf Art. 263 ZPO eine Frist zur Einreichung einer Klage anzusetzen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Am 31. März 2021 überbrachte die Gesuchstellerin dem hiesigen Gericht das vorliegende Gesuch vom 30. März 2021 (act. 1) samt Beilagen (act. 2/1-21) und stellte die eingangs genannten Anträge (act. 1 S. 2). Sie verlangt damit im Wesentlichen ein superprovisorisch und vorsorglich anzuordnendes Zahlungsverbot. Da sich das Gesuch als offensichtlich unbegründet erweist, ist auf eine Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zu verzichten (Art. 253 ZPO); der Prozess ist spruchreif.
2. Das Gericht tritt auf ein Gesuch nur ein, sofern die von Amtes wegen zu überprüfenden Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 f. ZPO). Prozessvoraussetzung ist die Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO). Die Gesuchstellerin führt als Gesuchsgegnerin die "B.____ SE, C.____ [Land in Europa], Zweigniederlassung Zürich, c/o D.____ AG, E.____ [Strasse] ..., Postfach, ... Zürich" als Gesuchsgegnerin auf, mithin die Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland, und reicht den entsprechenden Handelsregisterauszug der schweizerischen Zweigniederlassung zu den Akten (act. 2/2). Eine Zweigniederlassung ist indessen weder prozess- noch parteifähig (so schon

BGE 120 III 11 E. 1a; TENCHIO in: Basler Kommentar ZPO, 3. A., 2017, Art. 66 N 44 mit Hinweisen, u.a. auf die Urteile BGer 7B.43/2005 vom 12. Juli 2005, E. 2, und 4P.184/2003 vom 2. Februar 2004, E. 2.2.2.). Ungeachtet dessen ergibt sich ohne Weiteres aus den Akten, dass die Garantin, gegen welche sich das begehrte Zahlungsverbot richtet, die B._____ SE, ..., F._____ [Strasse], C'._____, C._____, ist (act. 3/3 Blatt 3). Daher ist die Parteibezeichnung der Gesuchsgegnerin von Amtes wegen zu ändern (vgl. dazu BGE 136 III 545 E. 3.4.1) und anstelle der Zweigniederlassung in Zürich die Gesellschaft in C._____ als Gesuchsgegnerin aufzuführen (Art. 60 ZPO). Das Rubrum ist entsprechend anzupassen. Im Übrigen sind die Prozessvoraussetzungen erfüllt.

3. Am 23. März 2017 hat die Gesuchstellerin mit der G._____ AG (Bauherrin) ein Totalunternehmer-Werkvertrag (TU-Vertrag) abgeschlossen (act. 2/5). Darin hat sich die Gesuchstellerin verpflichtet, der Bauherrin eine Erfüllungsgarantie auszustellen (act. 1 Rz. 9; act. 2/5 Ziff. 17). In Erfüllung dieser Pflicht hat die Gesuchsgegnerin die entsprechende Erfüllungsgarantie zu Gunsten der Gesuchstellerin ausgestellt (act. 1 Rz. 10). Mit Schreiben vom 18. März 2021 rief die Bauherrin den vollen Garantiebtrag (CHF 8'368'000.–) bei der Gesuchsgegnerin ab (act. 11). Diese Auszahlung will die Gesuchstellerin nun verhindern.

4. Das Gericht trifft vorsorgliche Massnahmen in einem summarischen Verfahren, wenn die Gesuchstellerin glaubhaft macht, dass (I) ein ihr zustehender Anspruch (sog. Verfügungsanspruch) verletzt ist oder die Verletzung eines solchen zu befürchten ist, (II) dass ihr aus der Verletzung dieses Anspruchs ein nicht leicht wieder gutmachender Nachteil droht und (III) dass eine gewisse zeitliche Dringlichkeit besteht (sog. Verfügungsgrund; Art. 248 lit. d ZPO; Art. 261 ff. ZPO). Da im summarischen Verfahren der Aktenschluss bereits nach den ersten Parteivorträgen eintritt (BGE 144 III 117 E. 2.2 S. 118; 146 III 55 E. 2.3.1. S. 57), obliegt es der Gesuchstellerin, alle rechtserheblichen Tatsachen für welche sie behauptungs- und beweisbelastet ist (vgl. Art. 8 ZGB), bereits im Gesuch zu behaupten und zu substantiieren (vgl. SOGO/BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, S. 315 ff.). Glaubhaft ist eine Tatsache dann, wenn aufgrund objektiver Kriterien eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsa-

chen spricht. Demgegenüber lassen blossе Behauptungen eine Tatsache noch nicht als glaubhaft erscheinen (BGE 103 II 287 E. 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 22 N 28; ZÜRCHER in DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 5 ff.).

5. Die Gesuchstellerin macht keine Ausführungen dazu, worin der ihr drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil liegen soll, sollte die Gesuchsgegnerin eine Zahlung aus der Erfüllungsgarantie Nr. 1 leisten (vgl. act. 1 Rz. 26 ff.). Damit das Gesuch Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, hätte die Gesuchstellerin aber ohnehin nicht nur den ihr durch eine entsprechende Zahlung entstehenden Nachteil zu behaupten gehabt. Sie hätte den Nachteil auch noch glaubhaft machen müssen. Diesen Obliegenheiten kommt die Gesuchstellerin nicht nach. Da die Gesuchstellerin im vorliegenden summarischen Verfahren im Weiteren keine zweite Möglichkeit hat, den entsprechenden Nachteil zu begründen, kann sie die fehlenden Behauptungen auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachholen.

6. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist zusammenfassend bereits mangels eines glaubhaft gemachten nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) abzuweisen (Art. 253 ZPO). Ob ein der Gesuchstellerin zustehender Anspruch verletzt ist oder eine solche Verletzung droht (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und ob eine besondere Dringlichkeit gegeben ist (Art. 265 Abs. 1 ZPO), braucht unter diesen Umständen nicht mehr geprüft zu werden.

7. Der Vollständigkeit halber sei dennoch darauf hingewiesen, dass es der Gesuchstellerin vorliegend ohnehin nicht gelingt, einen Verfügungsgrund glaubhaft zu machen. Gemäss gefestigter Praxis des hiesigen Einzelgerichts werden provisorische Zahlungsverbote bei Bankgarantien und entsprechenden Rechtsgeschäften nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen, 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 Garantin 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).

8. Am 7. April 2017 hat die Gesuchsgegnerin eine Erfüllungsgarantie zugunsten der Gesuchstellerin abgegeben (Nr. 1; act. 2/3). Darin verpflichtet sie sich unwiderruflich, auf erste Aufforderung hin, ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des TU-Vertrags zwischen der Gesuchstellerin und der Bauherrin und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben, jeden Betrag bis zur Höhe von maximal CHF 8'368'000.– (gemäss Änderung vom 5. Juli 2017) zu bezahlen. Als formale Voraussetzung sieht die Garantieerklärung einzig die Vorlage einer rechtsgültigen schriftlichen Zahlungsaufforderung und eine schriftliche Bestätigung unter Verweis auf den entsprechenden Artikel im TU-Vertrag, wonach die Gesuchstellerin ihren vertraglichen Erfüllungspflichten nicht nachgekommen sei, vor (act. 2/3).

9. Gemäss Angaben der Gesuchstellerin bestehen zwischen den Parteien des TU-Vertrags Uneinigkeiten betreffend die korrekte Vertragserfüllung durch die Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 19). Namentlich sollen Differenzen hinsichtlich der Mangelfreiheit des Werks bestehen. Entsprechendes kann auch der aktenkundigen Korrespondenz entnommen werden (act. 2/17, 19). Da das Vorliegen von Werkmängeln die richtige Vertragserfüllung und damit die durch die Garantie besicherte Leistung der Gesuchstellerin beschlägt, kann nicht von einer offensichtlich zweckwidrigen Inanspruchnahme der Garantie ausgegangen werden. Entsprechend erscheint der Abruf der Garantie nicht als offensichtlich rechtsmissbräuchlich.

10. Daran ändert auch der Einwand der Gesuchstellerin nichts, wonach das Werk mit keinen wesentlichen Mängeln behaftet sei, bzw. dass eine Vielzahl der durch die Bauherrin beanstandeten Punkte entweder nicht als Mängel qualifizieren würden oder dass deren Behebung unverhältnismässig wäre (act. 1 Rz. 19). Inwieweit ein bestimmter Zustand als Werkmangel qualifiziert, beschlägt das Valutaverhältnis. Der Einwand der Gesuchstellerin ist damit grundsätzlich unbeachtlich. Gegenteiliges würde nur gelten, wären die von der Bauherrin beanstandeten Punkte offensichtlich keine Werkmängel. Da die Gesuchstellerin aber keine Aus-

föhrungen dazu macht, um welche Punkte es sich vorliegend konkret handelt und inwieweit es sich hierbei offensichtlich nicht um Werkmängel handelt, ist nicht glaubhaft, dass der Garantieabruf offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist. Mit dem pauschalen Verweis auf ein Parteigutachten, wonach das Werk nicht mit wesentlichen Mängeln behaftet sei, vermag die Gesuchstellerin ihren Behauptungs- und Substantiierungspflichten auch im summarischen Verfahren nicht zu genügen (vgl. act. 1 Rz. 19; BGer 4A_284/2017 vom 22. Januar 2018, E. 4).

11. Ob die übrigen, von der Bauherrin anlässlich des Abrufs der Garantie aufgeführten Gründe offensichtlich unzutreffend sind – wie von der Gesuchstellerin behauptet – bedarf unter diesen Umständen keiner eingehenderen Prüfung. Anzumerken ist einzig, dass ein Abruf der gesamten Garantiesumme vorliegend nicht unverhältnismässig erscheint. Das Bundesgericht hielt in diesem Zusammenhang zwar fest, dass ein krasses Missverhältnis zwischen Valuta- und Garantieforderung die Rechtsmissbräuchlichkeit allenfalls zu begründen vermöge. Es entschied aber ebenso, dass der rund doppelte aus dem Garantievertrag geforderte Betrag im Verhältnis zu dem aus dem Valutaverhältnis geschuldeten Betrag noch keine Unverhältnismässigkeit begründet (BGer Urteile 4A_111/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 3.3, 4.1; 4A_171/2007 vom 15. August 2007 E. 4.3.3).

12. Inwiefern eine Unverhältnismässigkeit vorliegen könnte, legt die Gesuchstellerin nicht schlüssig dar. Einerseits macht sie keine Angaben dazu, mit welchen Kosten die Behebung der (umstrittenen) Mängel verbunden ist bzw. wie hoch die Forderungen der Bauherrin sein könnten. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung kann damit gar nicht stattfinden. Andererseits wäre der Abruf der gesamten Garantiesumme selbst dann nicht rechtsmissbräuchlich, sollte sich die Forderung der Bauherrin tatsächlich auf den noch offenen Betrag der Konventionalstrafe von CHF 4'492'790.– beschränken (vgl. act. 1 Rz. 31). Dies, da diese Summe mehr als die Hälfte der Garantiesumme darstellt. In dieser Hinsicht macht die Gesuchstellerin zwar geltend, inzwischen fällig gewordene Vergütungsforderungen würden die bestrittenen Forderungen der Bauherrin weitgehend abdecken (act. 1 Rz. 31). Da die Gesuchstellerin jedoch nicht schlüssig und substantiiert aufzeigt, wie hoch ihre angeblich fälligen Vergütungsforderungen sind, kann aus einer allfälli-

gen Verrechnung der Vergütungsforderung der Gesuchstellerin mit der Forderung aus einer Konventionalstrafe der Bauherrin auch kein Missverhältnis zwischen Valuta- und Garantieforderung abgeleitet werden.

13. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das Massnahmenbegehren auch wegen fehlendem rechtsmissbräuchlichem Verhalten abgewiesen werden müsste.

14. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 8'386'000.– (act. 1 S. 2 f.). Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 1, § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 10'000.– festzusetzen. Mangels Aufwands ist der Gesuchgegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Der Einzelrichter verfügt:

1. Das Rubrum wird hinsichtlich der Gesuchsgegnerin berichtigt und lautet neu: B.____ SE, ..., F.____, C'.____, C.____, Zustelladresse: B.____ SE, C.____, Zurich Branch, c/o D.____, E.____ ..., ... Zürich.
2. Das Dringlichkeitsbegehren wird abgewiesen.
3. Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Der Gesuchsgegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilungen an die Parteien, an die Gesuchstellerin vorab per Fax, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von act. 1 und act. 2/1-21.
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 CHF 8'386'000.–.

Zürich, 31. März 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Rudolf Hug