

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210065-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 14. April 2021

in Sachen

A. _____ SA,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X3. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Gesuchgegnerin sei im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO zu verbieten, Zahlungen irgendwelcher Höhe aus der Anzahlungsgarantie Nr. 1 vom 1. November 2020 über CHF 2'500'000.00 zu Gunsten C._____, c/o C'._____ AG, D._____-strasse ..., E._____, vorzunehmen.
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 erstreckbare Frist zur Einreichung der Klage anzusetzen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten der Gesuchgegnerin."

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 9. April 2021 (Datum Poststempel, eingegangen am 13. April 2021) stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei mit obgenannten Begehren (act. 1).
2. Mit Eingabe vom 12. April 2021 (Datum Poststempel, ebenfalls eingegangen am 13. April 2021) stellte die Gesuchstellerin ein gleichlautendes Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen die C._____, wobei das beantragte Verbot ebenfalls gegen die Gesuchsgegnerin gerichtet war (Verfahren HE210067). Gleichentags (Datum Poststempel, eingegangen am 14. April 2021) beantragte die Gesuchstellerin die Vereinigung der beiden Verfahren (act. 4).

Eine Vereinigung der Verfahren ist vorliegend nicht angezeigt. So ist nicht ersichtlich, weshalb die Gesuchstellerin überhaupt zwei separate Verfahren mit deckungsgleichem Rechtsbegehren und praktisch übereinstimmender Begründung eingeleitet hat. Ein rechtliches Interesse an einer doppelten Beurteilung ist jedenfalls nicht ersichtlich. Soweit die Gesuchstellerin sich über die Passivlegitimation unsicher gewesen sein soll, hätte sie die beiden Gegenparteien von Anfang an gemeinsam in Anspruch nehmen können. Eine Korrektur dieses Versäumnisses, ohne jegliche Erklärung seitens der Gesuchsgegnerin zu den Hinter-

gründen ihres Vorgehens, rechtfertigt sich nicht. Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass das vorliegende wie auch das Parallelverfahren direkt erledigt werden können und somit eine Vereinigung der Prozesse keine Vereinfachung der Verfahren mit sich bringen könnte.

3. Die Gesuchstellerin macht zusammenfassend geltend, die Gesuchsgegnerin habe im Zusammenhang mit dem TU-Werkvertrag "F._____" zwischen der Gesuchstellerin und der C._____ zugunsten letzterer eine Anzahlungsgarantie geleistet. Diese Garantie habe die begünstigte C._____ abrufen wollen. Das Abrufen der Garantie sei aber offensichtlich rechtsmissbräuchlich, zumal das Werk vertragsgemäss vollendet und mit unwesentlichen Mängeln abgenommen worden sei. Die Gesuchstellerin habe ihre vertraglichen Leistungspflichten vollumfänglich erfüllt. Sie habe Anspruch auf Zahlung des noch offenen Werklohns. Gegenforderungen habe die C._____ nicht geltend gemacht. Auch seien keine Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen worden und bestehe für die Absicherung versteckter Mängel eine neue Bürgschaft (act. 1 Rz. 10 ff.).

4. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Dabei handelt es sich um Ausnahmefälle, bei denen eine besondere Dringlichkeit vorliegen muss (JOHANN ZÜRCHER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 1 zu Art. 265 ZPO).

Provisorische Zahlungsverbote werden bei Bankgarantien bzw. entsprechenden Rechtsgeschäften praxismässig nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen. Provisorische Zahlungsverbote können bei Bankgarantien und ähnlichen Rechtsgeschäften nur erlassen werden, sofern glaubhaft erscheint, dass die Abrufung des Betrages offensichtlich rechtsmissbräuchlich erfolgt (ZR 97/1998 Nr. 92; ZR 111/2012 Nr. 69). Ein Verbot kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn

die Abrufung in auch für die beklagte Bank erkennbarer Weise rechtsmissbräuchlich erscheint (ZR 111/2012 Nr. 69). Die herrschende Lehre und Rechtsprechung versteht unter "Offenkundigkeit" in Zusammenhang mit dem Missbrauch einer Bankgarantie dessen sofortige Beweisbarkeit (BGE 100 II 151; ZR 86/1987 Nr. 40, ZR 88/1989 Nr. 60; Löw, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, Basel/Genf/München 2002, S. 72). Nach Schweizer Recht findet ein rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf somit erst dann keinen Rechtsschutz, wenn absolut klare Verhältnisse vorliegen, die keinerlei Zweifel darüber offen lassen, dass dem Begünstigten unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantie zusteht (Löw, a.a.O., S. 71 f., m.w.H.). Rechtsmissbrauch liegt z.B. dann vor, wenn der Begünstigte selbst bestätigt, dass die gesicherte Leistung erbracht worden ist und er seinerseits etwas schulde (KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, Bankgarantie, 5. Aufl., Zürich 2016, § 22 N 52). Ebenfalls kann der Abruf einer Garantie rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Begünstigte selbst das Erbringen der Leistung nachweislich verhindert, indem er beispielsweise Prüfung und Abnahme der gelieferten Ware verweigert oder deren Einfuhr in das Bestimmungsland hintertreibt (KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, a.a.O., § 22 N 53).

5.1. Die Gesuchstellerin begründet die besondere Dringlichkeit damit, dass die Gesuchsgegnerin die Auszahlung der Anzahlungsgarantie in Aussicht gestellt habe, soweit nicht bis Mittwoch, 14. April 2021 um 12.00 Uhr eine schriftliche Mitteilung durch die Gesuchstellerin oder ein gerichtliches Verbot im Sinne von Art. 261 ff. ZPO vorgewiesen werde (act. 1 Rz. 49 ff.).

Aus den Ausführungen der Gesuchstellerin und den von ihr eingereichten Beilagen ergibt sich die besondere Dringlichkeit. So hat die Gesuchstellerin das besagte Schreiben der Gesuchsgegnerin am 8. April 2021 erhalten (act. 3/43) und ihr Gesuch am 9. April 2021 und damit lediglich einen Tag später eingereicht. Sie hat dafür jedoch den Postweg gewählt, was dazu führte, dass das Gesuch erst am 13. April 2021 beim Handelsgericht eingegangen ist. Immerhin ist das Gesuch gerade noch rechtzeitig eingegangen, so dass vor dem von der Gesuchsgegnerin

kommunizierten Termin über das Gesuch entschieden werden kann. Entsprechend ist eine besondere Dringlichkeit zu bejahen.

5.2. Die Gesuchstellerin stützt ihr Gesuch in erster Linie auf die Behauptung, die Beanspruchung der Bankgarantie durch die C._____ erfülle die garantierechtlichen Formvoraussetzungen nicht. Die Inanspruchnahme sei der Gesuchsgegnerin durch die G._____ Switzerland AG fristgerecht zugeleitet worden. Dieses Schreiben sei aber von H._____ und I._____ unterzeichnet worden, wobei letzterer über keine Zeichnungsberechtigung verfüge (act. 1 Rz. 27 und Rz. 31 ff.).

Die Ausführungen der Gesuchstellerin zu den formellen Mängeln im Zusammenhang mit dem Abruf der Anzahlungsgarantie sind nicht zu hören. Vorab ist festzuhalten, dass es Sache der Gesuchsgegnerin ist, die Inanspruchnahme durch die C._____ in formeller Hinsicht mit Blick auf die Dokumentenstrenge zu prüfen; damit hat die Gesuchsgegnerin selbst und in eigener Verantwortung die klar definierten Voraussetzungen der Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie zu prüfen. Von rechtsmissbräuchlichem Verhalten der C._____, weil bezüglich der von der G._____ Switzerland AG ausgestellten Bestätigung eine geringfügige Unsicherheit besteht, kann jedenfalls keine Rede sein. Immerhin bestätigt die Gesuchstellerin selbst, dass für die G._____ Switzerland ein I._____ über Kollektivprokura zu zweien verfügt (act. 1 Rz. 27; act. 3/46) und handelt es sich bei "I._____" um eine gängige Abkürzung für I._____.

Aus dem Gesagten erhellt, dass die von der Gesuchstellerin genannte Ungenauigkeit die superprovisorische Anordnung eines Auszahlungsverbots nicht rechtfertigt. Ob die Bestätigung der G._____ Switzerland AG die Formvorschriften erfüllt oder gegebenenfalls weitere Abklärungen zur Identität von "I._____" erforderlich sind, hat die Gesuchsgegnerin zu beurteilen.

5.3. Die Gesuchstellerin bezeichnet eine Beanspruchung der Anzahlungsgarantie auch aus materiellen Gründen als missbräuchlich. Die C._____ habe gegenüber der Gesuchstellerin die Abnahme des Werks wie auch die Beseitigung der unwesentlichen Mängel unterschriftlich bestätigt. Das Werk sei damit vollendet und die Bestellerin habe die Vergütung zu bezahlen. Der Gesuchstellerin stehe

eine Forderung von mindestens CHF 700'000.– zu, während der C._____ keine Gegenforderungen zustehen würden. Zudem habe sie der C._____ die vertraglich vorgesehene Bürgschaft für eine allfällige Mängelhaftung zukommen lassen. Indem die C._____ die Forderung der Gesuchstellerin anerkenne und trotzdem die Anzahlungsgarantie beanspruche, handle sie rechtsmissbräuchlich (act. 1 Rz. 36 ff.).

Wie erwähnt, findet ein rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf erst dann keinen Rechtsschutz, wenn absolut klare Verhältnisse vorliegen, die keinerlei Zweifel darüber offen lassen, dass dem Begünstigten unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Zahlungsgarantie zusteht. Sodann muss die Abrufung der Garantie in auch für die Garantin erkennbarer Weise rechtsmissbräuchlich sein. Das ist vorliegend nicht der Fall. Die C._____ hat gegenüber der Gesuchsgegnerin unterschriftlich bestätigt festgehalten, dass die Gesuchstellerin ihre vertraglichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Rückleistung der An- bzw. Vorauszahlung nicht ordnungsgemäss erfüllt habe (act. 3/40; act. 3/44). Die Klägerin setzt sich mit dieser Begründung nicht weiter auseinander. Sie hält lediglich pauschal fest, dass keine Gegenansprüche vorhanden oder geltend gemacht worden seien (act. 1 Rz. 41). Da es sich bei der Garantieforderung um eine abstrakte Forderung handelt, wäre es aber gerade an der Gesuchstellerin gewesen, den Nichtbestand der besicherten Forderung zweifelsfrei zu belegen. Dies gelingt ihr vorliegend nicht.

Die Gesuchstellerin führt einzig aus, dass das Werk abgenommen und die Mängel behoben worden seien, weshalb ein Anspruch auf den Werklohn bestehe, welcher mündlich ebenfalls bereits bestätigt worden sei (act. 1 Rz. 18 ff. und Rz. 41). Alleine aus der Abnahme des Werks kann aber nicht auf eine vollständige Erfüllung sämtlicher vertraglicher Pflichten geschlossen werden. Es ist aber auch nicht Aufgabe des Gerichts, im äusserst umfangreichen TU-Vertrag samt Beilagen nach möglichen Pflichten der Gesuchstellerin zu forschen bzw. das Vorliegen solcher auszuschliessen. In diesem Zusammenhang ist auch auf den Zweck der verschiedenen gestellten Garantien einzugehen. Vorliegend geht es um eine Anzahlungsgarantie. Eine solche soll die Rückleistung einer Anzahlung

bei ausbleibender oder nicht ordnungsgemässer Leistung besichern (KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, a.a.O., § 17 N 4). Dieser Anzahlungsgarantie stellt die Gesuchstellerin eine Bürgschaft gegenüber, welche allfällige Mängel abdecken soll (act. 1 Rz. 20 und Rz. 40). Dies würde an sich dafür sprechen, dass nach der Abnahme des Bauwerks eine Beanspruchung der Anzahlungsgarantie nicht mehr möglich wäre. Allerdings blendet die Gesuchstellerin bei dieser Argumentation aus, dass sie - wie sich direkt aus der hier strittigen Garantie ergibt - zu Gunsten der C._____ auch eine Erfüllungsgarantie über CHF 3'467'800.- erstellen lassen hat und die Anzahlungsgarantie als zusätzliche Sicherung diene (act. 3/1). Eine Erfüllungsgarantie dient der Besicherung der Fertigstellung des Werks (KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, a.a.O., § 17 N 3). Zwar liegt der Zweck der beiden Garantien (Fertigstellung des Werks / ordnungsgemässe Vertragserfüllung) nahe beieinander. Wenn aber - wie vorliegend - im gleichen Verhältnis Garantien beider Art begründet worden sind, wäre es an der Gesuchstellerin substantiiert auszuführen, welche Aspekte mittels welcher Garantie abgesichert werden sollten. Angesichts der Existenz einer Erfüllungsgarantie kann jedenfalls nicht ohne Weiteres angenommen werden, die Abnahme und Mängelbehebung schliesse den Bezug der Anzahlungsgarantie aus. Hätte mit der zusätzlichen Garantie im November 2020 ebenfalls die Fertigstellung an sich abgesichert werden sollen, wäre es wohl zweckmässiger gewesen, eine weitere Erfüllungsgarantie zu beschaffen oder die bereits bestehende um den zusätzlichen Betrag aufzustocken.

Ebenfalls gegen die Darstellung der Gesuchstellerin spricht der zeitliche Ablauf. Die Gesuchstellerin bringt vor, dass die Bewohnbarkeit der Gebäude durch die Gemeinde J._____ am 28. Oktober 2020 und 4. November 2020 bescheinigt worden sei (act. 1 Rz. 11; act. 3/10+11). Die Abnahme habe am 15. Dezember 2020 stattgefunden (act. 1 Rz. 12; act. 3/12). Weshalb unter diesen Umständen am 2. November 2020 eine weitere Garantie für die Fertigstellung des Werks erforderlich gewesen sein soll, hat die Gesuchstellerin ebenfalls nicht dargelegt. Zumindest scheint unwahrscheinlich, dass bei bescheinigter Bewohnbarkeit noch derart viele Arbeiten offen gewesen sein sollten, dass die Vollendung mit einer zusätzlichen Garantie im Umfang von rund zwei Dritteln der ursprünglichen Garantie hätte besichert werden müssen. Vielmehr deutet der Zeitpunkt der Besiche-

rung auf andere offene Konflikte der Vertragsparteien hin, für welche - neben der Erfüllungsgarantie - seitens der Gesuchstellerin eine Sicherheit gestellt werden musste. Diese Unklarheiten und insbesondere die fehlende Auseinandersetzung der Gesuchstellerin mit der Erfüllungsgarantie und dem Zusammenwirken dieser beiden Garantien führen dazu, dass nicht alleine aus der Abnahme des Werks und der Mängelbehebung auf eine zweckfremde Beanspruchung der Garantie geschlossen werden kann. Vielmehr ist aufgrund der gesamten Umstände nicht klar, welchem Zweck die Anzahlungsgarantie letztlich konkret gedient hat. Von klaren Verhältnissen, welche keinen Zweifel daran lassen, dass kein Anspruch der Begünstigten bestehen kann, kann folglich nicht die Rede sein.

Insgesamt ergibt sich aus dem Gesagten, dass es der Gesuchstellerin nicht gelingt, einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch seitens der C._____ glaubhaft zu machen.

6. Da das Gesuch mangels offensichtlichem Rechtsmissbrauch ohnehin abzuweisen ist, kann offen gelassen werden, ob es der Gesuchstellerin mit den von ihr vorgebrachten Punkten gelungen wäre, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile glaubhaft zu machen (act. 1 Rz. 43 ff.). Immerhin ist festzuhalten, dass alleine das Führen eines Zivilprozesses und die damit verbundenen Aufwände für sich nicht als nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil anzusehen sind, zumal der Prozess in der Schweiz durchzuführen wäre. Auch wurden allfällige finanzielle Nöte der Gesuchstellerin nicht weiter dargetan. Schliesslich ist die Beeinflussung der Geschäftsbeziehung der Gesuchstellerin zur Garantin ebenfalls nicht als wesentlicher Nachteil zu werten. Die Verwirklichung des Zwecks einer Geschäftsbeziehung als Nachteil anzurufen, stellt ein widersprüchliches Verhalten dar und ist nicht zu schützen.

7. Da kein offensichtlicher Rechtsmissbrauch des Garantieabrufs glaubhaft gemacht werden konnte, ist das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme (Zahlungsverbot) abzuweisen.

8. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt CHF 2'500'000.-. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV

OG sowie unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips ist die Gerichtsgebühr auf CHF 10'000.– festzulegen. Mangels prozessualen Aufwand ist der Gesuchsgegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Massnahmebegehren wird - sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich - abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf CHF 10'000.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Entschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage von act. 1, act. 3/1-46 und act. 4, an die Gesuchstellerin vorab per Fax (Nr. 2), an die Gesuchsgegnerin vorab per verschlüsselter E-Mail (K._____@zurich.ch).
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 2'500'000.–.

Zürich, 14. April 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler