

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE240087-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Vizepräsident, sowie  
Gerichtsschreiber Jan Busslinger

## Urteil vom 20. Juni 2024

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B. \_\_\_\_\_ AG,**
  2. **C. \_\_\_\_\_ AG,**
- Gesuchsgegnerinnen

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

1. Der Gesuchsgegnerin 2 sei im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO zu verbieten, Zahlungen irgendwelcher Höhe aus den folgenden Garantien zugunsten der Gesuchsgegnerin 1 vorzunehmen:
  - (i) Erfüllungsgarantie Nr. 3 vom 23. Mai 2023 über CHF 3'500'000; und
  - (ii) Erfüllungsgarantie Nr. 1 vom 16. Februar 2023 über CHF 9'000'000; und
  - (iii) Erfüllungsgarantie Nr. 2 vom 23. Mai 2023 über CHF 7'500'000.
2. Eventualiter zu Ziffer 1 sei der Gesuchsgegnerin 1 im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO zu verbieten, Zahlungen irgendwelcher Höhe aus den Garantien gemäss Ziffer 1 anzunehmen.
3. Subeventualiter zu Ziffer 1 und 2 sei die Gesuchsgegnerin 1 im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO zu verpflichten, an sie ausgerichtete Zahlungen aus den Garantien gemäss Ziffer 1 umgehend der Gesuchstellerin zurückzuerstatten.
4. Die beantragten vorsorglichen Massnahmen gemäss Ziffer 1-3 seien superprovisorisch im Sinne von Art. 265 ZPO anzuordnen.
5. Es sei der Gesuchstellerin gestützt auf Art. 263 ZPO eine erstreckbare Frist zur Einreichung der Klage anzusetzen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchgegnerinnen.

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Parteien und Sachverhaltsüberblick

1.1. Im Zusammenhang mit dem Umbau und der Erweiterung des Spitals D. \_\_\_\_\_ schlossen die Gesuchstellerin (A. \_\_\_\_\_ AG) als Totalunternehmerin und die Gesuchsgegnerin 1 (B. \_\_\_\_\_ AG) als Bestellerin einen Totalunternehmervertrag (TUV). Die vertraglich vereinbarten Leistungen wurden in die Lose 1-5 aufgeteilt.

1.2. In Ziff. 6.5 TUV verpflichtete sich die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegnerin 1 eine Erfüllungsgarantie im Sinne von Art. 111 OR im Betrag von CHF 20'000'000.00 für die Dauer ab Vertragsschluss bis 5 Monate nach dem Fertigstellungstermin des letzten Teilwerkes zu übergeben. Damit sollte der Gesuchsgegnerin 1 eine Sicherheit gewährt werden für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Erfüllungspflichten unter dem TUV nicht nachkommt.

1.3. Die Vereinbarungen über die Erfüllungsgarantie wurden seit Abschluss des TUV mehrfach angepasst. Gemäss der Darstellung der Gesuchstellerin lautet die aktuelle Fassung der Erfüllungsgarantie gemäss Ziff. 7 des Nachtrags Nr. 87 zum TUV wie folgt (act. 1 Rz. 15 mit Hinweis auf act. 3/8):

"[Die Gesuchstellerin] leistet drei abstrakte Garantien im Sinne von Art. 111 OR (Erfüllungsgarantien) mit folgenden Beträgen und Gültigkeitsdauern:

- eine Garantie im Betrag von CHF 9'000'000.00 für die Dauer ab Unterzeichnung des vorliegenden Nachtrages Nr. 87 bis acht Monate nach rechtsgültiger Abnahme der **auf die Lose 1 und 5 entfallenden Teilleistungen**, mindestens aber bis zum 31. März 2025 ("Erfüllungsgarantie 1");
- eine Garantie im Betrag von CHF 7'500'000.00 für die Dauer ab Unterzeichnung des vorliegenden Nachtrages Nr. 87 bis acht Monate nach rechtsgültiger Abnahme der **auf das Los 2 entfallenden Teilleistungen**, mindestens aber bis zum 7. Dezember 2027 ("Erfüllungsgarantie 2");
- eine Garantie im Betrag von CHF 3'500'000.00 für die Dauer ab Unterzeichnung des vorliegenden Nachtrages Nr. 87 bis acht Monate nach rechtsgültiger Abnahme der **auf die Lose 3 und 4 entfallenden Teilleistungen**, mindestens aber bis zum 30. Juni 2025 ("Erfüllungsgarantie 3")." [Hervorhebungen hinzugefügt]

1.4. Diese Garantie wurde von der Gesuchsgegnerin 2 im Auftrag der Gesuchstellerin ausgestellt, und diese (die Gesuchsgegnerin 2) verpflichtete sich gegenüber der Gesuchsgegnerin 1 zur Honorierung der Erfüllungsgarantie.

1.5. Mit Schreiben vom 18. Juni 2024 hat die Gesuchsgegnerin 1 den vollen Garantiebetrug von total CHF 20'000'000.00 bei der Gesuchsgegnerin 2 abgerufen (act. 1 Rz. 45 mit Hinweis auf act. 3/48).

1.6. Die Gesuchstellerin hält den Abruf der Garantie durch die Gesuchsgegnerin 1 für vertragswidrig und rechtsmissbräuchlich und stellt zur Verhinderung der Auszahlung der Garantiesumme das oben aufgeführte Massnahmebegehren.

## 2. Formelles

2.1. In Ziff. 22.2 TUV (abgeschlossen zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin 1) ist gültig ein Gerichtstand in Zürich vereinbart worden (act. 3/3 S. 42). Ferner ist in Ziff. 28.2. des Garantierahmenvertrages (abgeschlossen [u.a.] zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin 2) ebenfalls ein Gerichtsstand in Zürich vereinbart worden (act. 3/4 S. 122), weshalb die örtliche Zuständigkeit der Gerichte in Zürich gegeben ist (Art. 13 i.V.m. Art. 17 ZPO). Auch die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts ist gegeben, weil eine vorsorgliche Massnahme über eine handelsrechtliche Streitigkeit zu beurteilen ist (Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG).

2.2. Da sich zeigen wird, dass das Gesuch offensichtlich unbegründet ist, kann das Gericht sofort entscheiden, ohne den Gesuchsgegnerinnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (Art. 253 ZPO). Das Gesuch samt Beilagen ist den Gesuchsgegnerinnen mit dem vorliegenden Urteil zur Kenntnis zuzustellen.

## 3. Materielles

3.1. Gemäss der Rechtsprechung des Einzelgerichts werden provisorische Zahlungsverbote bei Garantien 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 Garantie offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist und wenn der Rechtsmissbrauch auch für die garantierende Bank erkennbar ist (ZR 114 [2015] Nr. 44 S. 180 ff.; ZR 112 [2013] Nr. 68; ZR 111 [2012] Nr. 69; je mit Hinweisen).

3.2. Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass die Erfüllungsgarantien je mit Schreiben vom 18. Juni 2024 und damit rechtzeitig innerhalb der Garantiedauer sowie formell korrekt abgerufen wurden (act. 3/48 mit Hinweis auf die drei oben aufgeführten Garantien).

3.3 Weiter gibt es keine Hinweise für eine offensichtlich missbräuchliche Abrufung der Erfüllungsgarantien. Die Gesuchstellerin hat den mit der Gesuchsgegnerin 1

abgeschlossenen TUV mit Schreiben vom 24. April 2024 ausserordentlich gekündigt (act. 1 Rz. 36 f. mit Hinweis auf act. 3/41). Damit ist die Vertragserfüllung nicht mehr gewährleistet. Genau für diese Konstellation soll die Gesuchsgegnerin 1 mit den Erfüllungsgarantien sichergestellt werden. Die Abrufung der Erfüllungsgarantie ist nicht nur in formeller Hinsicht, sondern auch materiell nicht zu beanstanden.

Demgegenüber überzeugt der Einwand der Gesuchstellerin nicht, die Gesuchsgegnerin 1 verhalte sich missbräuchlich, wenn sie einerseits fällige Werklohnforderungen im Betrag von CHF 19'871'118.00 nicht bezahle (act. 1 Rz. 32) und andererseits die Auszahlung der Erfüllungsgarantien verlange (act. 1 Rz. 54). Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens kann nicht geprüft werden, ob die Gesuchsgegnerin 1 die Bezahlung der erwähnten Rechnungen zu Unrecht verweigert hat. Fest steht einzig die aktenkundige Tatsache, dass die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 24. April 2024 den TUV ausserordentlich gekündigt damit die Erfüllung verweigert hat. Ob sie wegen angeblich vertragswidriger Nichtbezahlung offener Rechnungen dazu berechtigt war, kann erst nach genauer Klärung aller Umstände geprüft werden. An dieser Stelle ist nochmals an den oben erwähnten Grundsatz "zuerst bezahlen, dann prozessieren" zu erinnern.

Schliesslich überzeugt auch der Einwand der Gesuchstellerin nicht, dass jedenfalls die Abrufung von zwei Erfüllungsgarantien - der Garantie vom 23. Mai 2023 über CHF 7'500'000.00 betreffend den auf das Los 2 entfallenden Teilleistungen und der Garantie vom 23. Mai 2023 über CHF 3'500'000.00 betreffend den auf die Lose 3 und 4 entfallenden Teilleistungen - missbräuchlich sei (act. 1 Rz. 59). Entgegen der Darstellung der Gesuchstellerin hat die Gesuchsgegnerin 1 im Schreiben vom 14. Mai 2024 nicht auf die Realisierung der Teilleistungen gemäss Los 2 und 3 verzichtet (vgl. act. 3/9 S. 2 unten und S. 3 oben). Schliesslich wird nur behauptet und nicht glaubhaft gemacht, dass die Teilleistungen gemäss Los 4 schon vollständig erfüllt sind (vgl. act. 1 Rz. 23).

3.4. Schliesslich wäre es für die Gesuchsgegnerin 2 auch nicht erkennbar, dass die Erfüllungsgarantie seitens der Gesuchstellerin 1 offensichtlich missbräuchlich abgerufen wurde.

3.5. Nach dem Gesagten sind sowohl das Dringlichkeitsbegehren (Rechtsbegehren Ziffer 4) als auch die Massnahmebegehren (Rechtsbegehren Ziffer 1 bis 3) wegen offensichtlicher Unbegründetheit sofort abzuweisen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einem Streitwert von CHF 20'000'000.00 ergäbe sich nach dem Tarif auch unter Berücksichtigung einer Reduktion für das Summarverfahren eine hohe Gerichtsgebühr, die unter dem Gesichtspunkt des Aequivalenzprinzips nicht zu rechtfertigen wäre, weshalb die Gebühr unter Berücksichtigung aller Umstände (Streitwert, Zeitaufwand des Gerichtes und Schwierigkeit des Falles [§§ 2 und 4 GebV OG], Reduktion für das Summarverfahren [§ 8 Abs. 1 GebV OG], Streiterledigung ohne Stellungnahme der Gesuchsgegnerin [§ 10 Abs. 1 GebV OG] und Aequivalenzprinzip) auf CHF 15'000.00 festzusetzen ist.

4.2. Für die Zusprechung einer Parteientschädigung besteht kein Anlass, weil den Gesuchsgegnerinnen kein relevanter Aufwand entstanden ist.

#### **Der Einzelrichter erkennt:**

1. Das Dringlichkeitsbegehren wird abgewiesen.
2. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 15'000.00 festgesetzt.
4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an
  - a) die Gesuchstellerin, vorab mit vertraulicher E-Mail an <...> und <...> [je E-Mail-Adresse],

- b) die Gesuchsgegnerin 1, vorab mit vertraulicher E-Mail an <...> [E-Mail-Adresse], hernach schriftlich unter Beilage eines Doppels des Gesuchs (mit Beilagen),
  - c) die Gesuchsgegnerin 2, vorab mit vertraulicher E-Mail an <...> [E-Mail-Adresse], hernach schriftlich unter Beilage eines Doppels des Gesuchs (mit Beilagen) sowie
  - d) die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich.
7. 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 20'000'000.00.

Zürich, 20. Juni 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger