

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200121-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Ruth Bantli Keller sowie der Gerichtsschreiber Rudolf Hug

Urteil vom 23. März 2020

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

gegen

B._____ Switzerland AG,
Gesuchsgegnerin

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "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. ... vom 26. Juli 2016 über CHF 9'135'200.00 zu Gunsten C. _____ AG 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. 7.7% MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 20. März 2020 reichte die Gesuchstellerin das vorliegende Gesuch samt Beilagen (act. 1 und act. 2/1-20) am hiesigen Gericht ein und stellte die eingangs genannten Anträge (act. 1 S. 2). Sie verlangt im Wesentlichen ein superprovisorisch und vorsorglich anzuordnendes Zahlungsverbot.
2. Da sich das Gesuch als offensichtlich unbegründet erweist, ist auf eine Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zu verzichten (Art. 253 ZPO); der Prozess ist spruchreif.
3. Die formellen Voraussetzungen des Verfahrens sind erfüllt (Art. 59 ZPO).
4. Das Gericht trifft gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, 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 gutzumachender Nachteil droht und (III) dass eine gewisse zeitliche Dringlichkeit besteht (sog. Verfügungsgrund). Bezüglich des Verfügungsanspruchs hat das Gericht eine Hauptsachenprognose zu erstellen, bezüglich des Verfügungsgrundes eine Nachteilsprognose (vgl. statt vieler ZÜRCHER in DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 17). Mit anderen Worten sind (verhältnismässige)

vorsorgliche Massnahmen nur dann zu erlassen, wenn der Anspruch der Gesuchstellerin aufgrund der bestehenden oder drohenden Verletzung nach einer summarischen Prüfung der unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen rechtlich begründet erscheint (Hauptsachenprognose) und die der Gesuchstellerin drohenden Nachteile bei Nichterlass der Massnahmen die Nachteile der Gesuchsgegnerin bei Erlass der Massnahmen überwiegen (Nachteilsprognose). Bei besonderer Dringlichkeit kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO). In diesem Fall ist die Gegenpartei unverzüglich anzuhören und es ist hernach über das Gesuch zu entscheiden (Art. 265 Abs. 2 ZPO). Von der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ist indes ebenso abzusehen wie von der Anhörung der Gegenpartei, wenn sich das Gesuch als offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweist (Art. 253 ZPO).

5. Da das Institut der vorsorglichen Massnahme einen möglichst raschen Entscheid verlangt, muss das Beweismass gesenkt werden (Urteil 4P.201/2004 des BGer vom 29. November 2004, E. 4.2). Aus diesem Grund hat die Gesuchstellerin nicht den strikten Beweis zu erbringen, sondern sie hat vielmehr das Bestehen ihres materiellen Anspruchs, dessen Gefährdung oder Verletzung, sowie den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil lediglich glaubhaft zu machen. Glaubhaft ist eine Tatsache dann, wenn aufgrund objektiver Kriterien eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen spricht. Eine Tatsache erscheint in diesem Sinne als glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklichen wird. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist nicht gefordert. Demgegenüber lassen blosse Behauptungen eine Tatsache noch nicht als glaubhaft erscheinen (BGE 103 II 287 E. 2; vgl. ferner etwa STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 22 N 28; ZÜRCHER in DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 5 ff.).

6. Der Garant ist bei einer selbständigen Garantie im Sinne von Art. 111 OR unbesehen eines allfälligen Streits über den Grundvertrag zur Zahlung verpflichtet, sofern die im Garantieverprechen umschriebenen Voraussetzungen erfüllt

sind (BGer 4A_111/2014 vom 31. Oktober 2014 E.3.3, BGE 138 III 241 E. 3.2; BGE 131 III 511 E. 4.2; 122 III 321). Dementsprechend wird bei einer selbständigen (abstrakten) Bankgarantie "auf erstes Anfordern" die Zahlungspflicht durch den formellen Garantiefall ausgelöst, unabhängig von allfälligen Auseinandersetzungen hinsichtlich des Grundverhältnisses. Die Bank muss und darf nur prüfen, ob die garantierechtlichen formellen Zahlungsvoraussetzungen erfüllt sind (BGE 122 III 273 E. 3a). Ist dies der Fall und damit der formelle Garantiefall eingetreten, wird die Zahlungspflicht ausgelöst. Setzt die Zahlung der Garantiesumme voraus, dass bestimmte Dokumente vorliegen, darf die Bank die Zahlung verweigern, wenn die eingereichten Dokumente nicht genau den Vorschriften der Garantieklausel entsprechen (BGE 122 III 273). Die Unabhängigkeit der abstrakten Garantieerklärung findet ihre Grenze dort, wo die Garantie offensichtlich rechtsmissbräuchlich beansprucht wird (BGE 138 III 241 E. 3.2. und 3.4.). Liegt eine Erfüllungsgarantie vor, so besichert diese regelmässig den gesamten Vertrag aus dem Grundverhältnis. Sicherungszweck ist die Nichterfüllung desselben. Damit wird also nicht nur die Erbringung der Leistung besichert, sondern insbesondere auch das nachgeschaltete Gewährleistungsrisiko (vgl. GRAF VON WESTPHALEN in: Graf von Westphalen/Zöchling-Jud [Hrsg.], Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 4. Aufl., S. 16 f.).

Das erkennende Gericht hat seine Praxis zur Aussprechung von Zahlungsverboten, insbesondere auch bei Bankgarantien, publiziert (vgl. ZR 2012 Nr. 69, ZR 2013 Nr. 67, ZR 2013 Nr. 68, ZR 2014 Nr. 28, ZR 2015 Nr. 44). Provisorische Zahlungsverbote werden danach bei Bankgarantien bzw. entsprechenden Rechtsgeschäften praxisgemäss nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen. Sie 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). 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). Ein rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf findet somit erst dann keinen Rechts-

schutz, wenn aus Sicht der Bank 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. Es dürfen folglich für die Bank keine weiteren Nachforschungen zur Abklärung der Sachlage erforderlich sein. Blosser Zweifel über die Begründetheit der Forderung aus dem Valutaverhältnis berechtigen den Garanten nicht, die Zahlung zu verweigern. Müsste die Bank zunächst Abklärungen über die Begründetheit der Forderung des Begünstigten aus dem Valutaverhältnis treffen, läge ein akzessorisches Verhältnis vor, welches der Natur der Garantie als vom Grundverhältnis weitgehend materiell unabhängiges Zahlungsverprechen widerspräche. In der Konstellation wie der vorliegenden gilt der privatrechtliche Grundsatz "zuerst zahlen, dann prozessieren".

7. Die Gesuchstellerin macht zusammengefasst geltend, die C._____ AG habe sie mit Totalunternehmer-Werkvertrag (TU-Vertrag) vom 29. Juli 2016 mit der Planung und schlüsselfertigen Erstellung des Werks "D._____" betraut. Gemäss TU-Vertrag Ziffer 21.1. habe sich die Gesuchstellerin zur Ausstellung einer Erfüllungsgarantie zugunsten der C._____ AG verpflichtet, welche von der Gesuchgegnerin am 10. Oktober 2018 auch ausgestellt und deren Garantiesumme mit letzter Änderung vom 10. Dezember 2019 auf CHF 9'135'200.– erhöht worden sei. Die C._____ AG habe in der Folge ihre Gewährleistungsansprüche gegenüber der Gesuchstellerin an die E._____ Immobilien AG abgetreten. Das Werk sei per 13. März 2020 abgenommen und sämtliche Stockwerkeinheiten seien veräussert worden, wobei die E._____ Immobilien AG in den einzelnen Kaufverträgen die Gewährleistungsansprüche wiederum an die jeweiligen Käufer abgetreten habe. Die C._____ AG sei deshalb gar nicht mehr Begünstigte aus der Garantie. Zudem halte diese noch einen Teil des Werklohnes von über rund CHF 11 Mio. zurück, so dass sie über hinreichend Sicherheit bei einer allfällig mangelhaften Werkausführung durch die Gesuchstellerin verfüge. Ein darüber hinausgehendes Sicherungsbedürfnis bestehe nicht. Auch sei die angespannte finanzielle Situation im Baugewerbe wegen der Corona-Pandemie zu berücksichtigen. Die Auszahlung der Garantie würde den weiteren Geschäftsgang der Gesuchstellerin stark bedrohen und ein nur schwer zu verkräftendes Loch in die Kasse reissen. Ein Ab-

ruf der Erfüllungsgarantie sei deshalb schikanös und rechtsmissbräuchlich. Zudem würde der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil drohen (act. 1 und 2/1-20).

8. Zunächst behauptet die Gesuchstellerin, die ehemals begünstigte C._____ AG habe die Garantie in vollem Umfang bereits abgerufen (act. 1 N 21). Sie hat diese Behauptung zwar nicht näher substantiiert. Im Schreiben der C._____ AG an die Gesuchstellerin vom 18. März 2020 erklärt erstere unter Ziffer 10 lit. d indessen unmissverständlich, gleichzeitig mit dem Versand des Schreibens die Garantie in vollem Umfang zu beanspruchen (act. 2/16). Unter diesen Umständen ist glaubhaft, dass die besondere Dringlichkeit der Massnahme gegeben ist.

9. Am 26. Juli 2016 hat die Gesuchgegnerin eine Erfüllungsgarantie zu Gunsten der A._____ AG (Gesuchstellerin) abgegeben (act. 2/3). Darin verpflichtet sie sich unwiderruflich, auf erste Anforderung hin, *ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des TU-Vertrags* zwischen der Gesuchstellerin und der C._____ AG und unter *Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben*, jeden Betrag bis maximal CHF 9'135'200.– (gemäss Änderung vom 10. Dezember 2019) auszubezahlen (act. 2/3). Als formale Voraussetzung sieht die Garantieerklärung einzig vor, dass eine rechtsgültig unterzeichnete Zahlungsaufforderung der C._____ AG im Original, versehen mit der Erklärung, dass die Gesuchstellerin ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäss erfüllt hat, eingereicht wird. Damit liegt eine vom Valutaverhältnis unabhängige, abstrakte Garantie im Sinne von Art. 111 OR vor. Sie entspricht inhaltlich der in Ziffer 32.1.2. von der Gesuchstellerin verlangten Erfüllungsgarantie, welche *alle Verpflichtungen* der Gesuchstellerin aus dem TU-Vertrag sicherstellen soll, wie Konventionalstrafen, Folgen vorzeitiger Vertragsbeendigung, Rückerstattung zu viel bezahlter Zahlungen, Gewährleistungsansprüche etc. (act. 2/4). Wie der Korrespondenz zwischen der Gesuchstellerin und der C._____ AG nun entnommen werden kann, bestehen zwischen diesen Parteien Unstimmigkeiten über die korrekte Erfüllung des TU-Vertrags durch die Gesuchstellerin (act. 2/16-2/20). Die Gesuchstellerin hat nichts zu diesen Unstimmigkeiten behauptet. Auch aus den Beilagen lässt sich nicht ersehen, dass die Geltendmachung von Werkmängeln etc. durch die

C._____ AG aus Sicht der Gesuchgegnerin offensichtlich unhaltbar und rechtsmissbräuchlich wäre. Aufgrund dieser Sachlage sowie der klar abstrakt formulierten Garantieerklärung kann die Gesuchstellerin keine Einwendungen und Einreden aus dem Valutaverhältnis gegen den Abruf der Garantie vorbringen. Unbeachtlich ist somit insbesondere ihr Einwand, die C._____ AG halte genügend Werklohn zurück, um allfällige Gewährleistungsansprüche zu decken, und es bestehe kein weiteres Sicherungsbedürfnis. Die Gesuchstellerin behauptet zwar, dass der Restpreisanspruch gegenüber der C._____ AG ohne die Garantiesumme bereits CHF 11'341'528.40 betrage und Letztere ihre Forderungen hiermit verrechnen könne (act. 1 Rz. 17). Dies wäre im Rahmen des Rechtsmissbrauchs jedoch höchstens beachtlich, wenn die von der C._____ AG geltend gemachten Forderungen in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Garantiebtrag bzw. zum Garantiebtrag unter Einrechnung des Restpreisanspruches stehen würden (vgl. BGer 4A_111/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 3.3). Dies behauptet die Gesuchstellerin indessen nicht und macht keine Ausführungen dazu, wie hoch die Forderungen der C._____ AG sein könnten. Es kann deshalb festgehalten werden, dass die von der Gesuchstellerin vorgebrachten Einwendungen gegen den Abruf, die sich auf das Valutaverhältnis beziehen, unbeachtlich sind, zumal ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch auch nicht glaubhaft gemacht wurde.

Soweit die Gesuchstellerin behauptet, die C._____ AG habe ihre Gewährleistungsansprüche abgetreten (act. 1 Rz. 11 ff.), weshalb sie diese nicht mehr geltend machen könne (act. 1 Rz. 15), erweist sich diese Sachdarstellung ebenfalls als un schlüssig und die entsprechenden Behauptungen sind unsubstantiiert: Aus dem TU-Vertrag zwischen der Gesuchstellerin und der C._____ AG ergibt sich, dass Letztere befugt ist, Gewährleistungsansprüche abzutreten. Dies hätte die C._____ AG der Gesuchstellerin aber schriftlich anzuzeigen (vgl. act. 2/4, Ziff. 30.1). Dass eine derartige schriftliche Anzeige vorliegt, behauptet die Gesuchstellerin indes nicht und reicht auch keine solche ein. Sodann kann die Gesuchstellerin aus der Tatsache, dass in den ins Recht gereichten Auszügen von Kaufverträgen (vgl. act. 2/9-10) zwischen der E._____ Immobilien AG und den Käufern der Stockwerkeinheiten abgeschlossenen Kaufverträgen Erstere die Gewährleistungsansprüche an Letztere abgetreten hat (vgl. act. 2/9-10, je Ziff. 11.2), eben-

falls nichts zu ihren Gunsten ableiten. In genannter Klausel ist lediglich davon die Rede, dass die Mängelrechte gegenüber dem Totalunternehmer auf den Übergabetermin hin abgetreten würden. Unklar bleibt aber, wer mit "Totalunternehmer" gemeint ist. Denn im Verhältnis zur Verkäuferin (E._____ Immobilien AG) ist die C._____ AG die vertragliche Totalunternehmerin und nicht die Gesuchstellerin (vgl. act. 2/6). Somit ist ungewiss, ob die Verkäuferin ihre Mängelrechte aus dem Vertrag vom 25. Oktober 2016 mit der C._____ AG (vgl. act. 2/6) oder ihr abgetretene Mängelrechte der ursprünglich der C._____ AG gegenüber der Gesuchstellerin zustehenden Mängelrechte aus dem Werkvertrag vom 29. Juli 2016 (act. 2/4) abgetreten hat. Damit gelingt es der Gesuchstellerin nicht, schlüssig darzustellen, dass die C._____ AG ihre gegenüber der Gesuchstellerin zustehenden Gewährleistungsansprüche aus dem Werkvertrag vom 29. Juli 2016 abgetreten hat, weshalb anzunehmen ist, dass diese nach wie vor befugt ist, Gewährleistungsansprüche gegenüber der Gesuchstellerin geltend zu machen und hierfür die Erfüllungsgarantie in Anspruch zu nehmen. Letzteres ist deshalb zutreffend, da die Erfüllungsgarantie, wie vorstehend aufgezeigt (vgl. E. 6 und E. 9 1. Absatz), auch die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen besichert. Damit vermag die Gesuchstellerin kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der C._____ AG glaubhaft zu machen.

Auch die übrigen Gründe, welche die Gesuchstellerin zur Begründung des Rechtsmissbrauchs anruft, verfangen nicht. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass der Abruf der Garantie in der aktuellen ausserordentlichen Situation rechtsmissbräuchlich sein soll. Ein unnötiger, rechtsmissbräuchlicher Druck durch die Gesuchgegnerin wird nicht behauptet (vgl. act. 1 Rz. 17). Die durch die Pandemie des Covid-19 hervorgerufenen Umstände wären wohl im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen.

Schliesslich hat die Gesuchstellerin nicht behauptet und belegt, dass die formalen Voraussetzungen des Abrufs gemäss Garantieerklärung nicht erfüllt sind.

Zusammenfassend ist es der Gesuchstellerin nicht gelungen, einen materiellen Anspruch für die beantragten vorsorglichen Massnahmen (Verbot der Auszahlung) glaubhaft zu machen.

10. Der Vollständigkeit halber bleibt zu erwähnen, dass es der Gesuchstellerin ebenfalls nicht gelungen ist, den ihr drohenden, nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil glaubhaft zu machen. Sie führt in allgemeiner Natur aus, dass ihr, sollte die Gesuchstellerin im Rahmen des Regresses von der Gesuchgegnerin im Umfang von CHF 9'135'200.– belangt werden, eine empfindliche Schmälerung des Betriebsergebnisses drohen würde, sowie, dass ein entsprechender Abfluss zu einer Verletzung der Covenants führen würde, wodurch ein Einfrieren oder eine Reduktion der Garantielimite nicht ausgeschlossen werden könne (act. 1 Rz. 21). Der von der Klägerin gewählte Konjunktiv erhellt, dass es sich bei dem von ihr genannten Nachteil um einen solchen lediglich theoretischer Natur handelt. Sodann lässt die Gesuchstellerin Ausführungen dazu vermissen, inwiefern ein Einfrieren oder eine Reduktion der Garantielimite ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil bewirkte. Grundsätzlich genügen rein finanzielle Nachteile nicht, zumal solche in der Regel durch Obsiegen im späteren ordentlichen Prozess wieder ausgeglichen werden können. Dass eine die Existenz der Gesuchstellerin drohender Nachteil eintritt, hat sie zudem weder substantiiert behauptet noch durch Belege plausibilisiert.

11. Aus den genannten Gründen ist nicht nur das Dringlichkeitsbegehren abzuweisen, sondern auch das Begehren um vorsorgliche Massnahmen (Art. 253 ZPO).

12. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 9'135'200.–. (act. 1 S. 2). Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 1, § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV Obergericht des Kantons Zürich und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 10'000.– festzusetzen. Mangels Aufwand ist der Gesuchgegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Die Einzelrichterin verfügt:

1. Das Gesuch um superprovisorische Massnahmen wird abgewiesen.
2. Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF 10'000.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilungen an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 1 und Doppel von act. 2/1-20 (vorab durch Fax).
5. 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 9'135'200.–.

Zürich, 23. März 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Rudolf Hug