

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE170123-O

U

Mitwirkend: der Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, sowie der Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

## Urteil vom 21. April 2017

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

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 folgenden Erfüllungsgarantien, je datiert vom 15. November 2014, vorzunehmen:
  - Erfüllungsgarantie Nr. 1 im Betrag von CHF 337'439.00 zugunsten C.\_\_\_\_\_ AG
  - Erfüllungsgarantie Nr. 2 im Betrag von CHF 724'137.00 zugunsten C.\_\_\_\_\_ AG
  - Erfüllungsgarantie Nr. 3 im Betrag von CHF 420'773.00 zugunsten C.\_\_\_\_\_ AG
  - Erfüllungsgarantie Nr. 4 im Betrag von CHF 1'027'079.00 zugunsten C.\_\_\_\_\_ AG
  - Erfüllungsgarantie Nr. 5 im Betrag von CHF 352'570.00 zugunsten D.\_\_\_\_\_
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. 8 % MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Die Gesuchstellerin (fortan Klägerin) reichte ihr Gesuch um Anordnung einer superprovisorischen Massnahme (Zahlungsverbot) gegen die Gesuchsgegnerin (fortan Beklagte) hierorts am 21. April 2017, 16:40 Uhr, samt Beilagen ein (act. 1; act. 2/1-18).

Es ist zunächst über das Dringlichkeitsbegehren zu befinden.

2. Damit ein Zahlungsverbot als superprovisorische Massnahme erlassen werden kann, müssen eine besondere Dringlichkeit (Art. 265 Abs. 1 ZPO), eine günstige Hauptprognose, die Verhältnismässigkeit der Massnahme und ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht werden (Art. 261 Abs. 1 lit. a und b 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).

3.1. Die Klägerin begründet die besondere Dringlichkeit damit, dass die C. \_\_\_\_\_ AG ihr mit heutigem Einschreiben die Ziehung der Bankgarantien angezeigt habe. Weiter sei davon auszugehen, dass die Beklagte die Auszahlung usanzgemäss in wenigen Tagen ausführe (act. 1 Rz. 9 f. und 21). Damit ist die besondere Dringlichkeit glaubhaft gemacht, zumal nach erfolgter Auszahlung ein Verbot nicht mehr durchgesetzt werden kann und aufgrund der Akten glaubhaft erscheint, dass diese Auszahlung zwar noch nicht erfolgt ist, aber kurz bevor steht.

3.2. In materieller Hinsicht macht die Klägerin geltend, dass die Beanspruchung der Erfüllungsgarantien durch die C.\_\_\_\_\_ AG bzw. D.\_\_\_\_\_ hinsichtlich der Erfüllungsgarantie Nr. 5 (in der Folge Bauherrschaft) rechtsmissbräuchlich sei. Die Klägerin sei gestützt auf den TU-Vertrag lediglich während fünf Monaten nach Abnahme des Werks zur Sicherstellung allfälliger Erfüllungsansprüche verpflichtet gewesen. Seither verfüge die Bauherrschaft über keine Sicherstellungsansprüche mehr. Daran könne auch die Verlängerung der Garantien bis zum 30. April 2017 bzw. nunmehr zum 15. Dezember 2017 nichts ändern (act. 1 Rz. 15 f.).

Dem ist nicht vollständig zu folgen. Zutreffend ist, dass die Verpflichtung der Klägerin im ursprünglichen Werkvertrag lediglich auf fünf Monate beschränkt war (act. 2/8 Ziff. 3/5). Allerdings kann daraus nicht geschlossen werden, dass eine länger gültige Bankgarantie nach Ablauf dieser Frist sämtliche Wirkungen verliert. Eine Bankgarantie ist weitgehend unabhängig vom dadurch sichergestellten Grundverhältnis. So ist auch in den vorliegenden Garantien festgehalten, dass Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis nicht möglich sind (act. 2/3-7). Auch wenn die Verlängerung unpräjudiziell erfolgt ist, kann dies nichts daran ändern, dass die Klägerin auch nach Ablauf der Frist eine Garantie gestellt hat, selbst wenn sie dazu nicht mehr verpflichtet gewesen wäre. Bezieht die Bauherrschaft diese Garantie, ist darin kein offensichtlicher Rechtsmissbrauch zu sehen.

Aus dem Gesagten erhellt, dass alleine die vertragliche Befristung der Garantieverpflichtung auf fünf Monate ab Abnahme des Bauwerks die superprovisorische Anordnung eines Auszahlungsverbots nicht rechtfertigt.

3.3. Weiter macht die Klägerin geltend, die Beanspruchung der Bankgarantie durch die Bauherrschaft sei auch deshalb rechtsmissbräuchlich weil sie zweckwidrig erfolge. Die Garantie sei nur als Sicherheit für vertragliche Erfüllungsansprüche vorgesehen, nicht aber für die Absicherung von Mängelrechten. Dies ergebe sich sowohl aus der Bezeichnung der Garantie als auch aus der Tatsache, dass die Ansprüche aus Mängelhaftung mittels einer separaten Solidarbürgschaft abzusichern wäre. Die Bauherrschaft begründe die Beanspruchung aber gerade

mit der Mangelhaftigkeit des Werkes. Ein zweckwidriger Bezug der Garantie sei rechtsmissbräuchlich.

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 Bankgarantie zusteht. Sodann braucht die Abrufung der Bankgarantie in auch für die beklagte Bank erkennbarer Weise rechtsmissbräuchlich zu sein. Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Bauherrschaft begründet die Ziehung der Garantie in ihrem Schreiben unter anderem mit der ersatzvornahmeweisen Fertigstellung der Bauten auf dem Baufeld D und der teilweise gar durch die Klägerin anerkannte Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werks (act. 1 Rz. 17; act. 2/16). Die Klägerin äussert sich zu diesen Gründen nicht weiter. Somit ist grundsätzlich als unbestritten anzusehen, dass das geschuldete Bauwerk durch die Klägerin nicht fertig gestellt worden und damit der Vertrag nicht vollumfänglich erfüllt worden ist. Aber auch die Beanspruchung der Bankgarantien für die Mängelhaftung scheint nicht generell ausgeschlossen. So wurde im Werkvertrag eine Vielzahl von Punkten im Sinne einer unvollständigen Aufzählung aufgeführt, für welche die Garantie als Sicherheit dienen soll. Da auch der Nachbesserungsanspruch des Bestellers eine vertragliche Erfüllungspflicht des Unternehmers darstellt (GAUCH, Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 1714), kann die Subsummierung der Mängelhaftung unter die besicherten Tatbestände nicht per se ausgeschlossen werden. Sodann vermag der Hinweis auf die Mängelhaftung und die anderweitige Sicherung entsprechender Ansprüche der Klägerin ebenso wenig zu helfen wie der Umstand, dass das Werk am 3. August 2016 übergeben worden ist. Unbestritten ist, dass die Klägerin sich auch zur Sicherung der Mängelansprüche verpflichtet hat. Dass sie dafür bereits eine spezifische Sicherheit geleistet hätte, macht sie aber nicht geltend. Schliesslich kann auch aus der Rechtsprechung zur zweckwidrigen Beanspruchung einer Bankgarantie nichts zu Gunsten der Klägerin abgeleitet werden. Die von ihr genannten Beispiele betrafen Garantien, die zu einem gänzlich anderen Zweck oder gar aufgrund eines anderen Vertrages geleistet worden sind. Vorliegend betreffen die Forderungen nicht nur den exakt gleichen Werkvertrag, sie

stehen auch in einem engen Zusammenhang, zumal die Klägerin im Grundsatz eine mängelfreie Ablieferung des Werks schuldet und die Erfüllung damit auch Ersatzvornahmen und Nachbesserungen beinhalten kann.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Beanspruchung der Bankgarantie auch aus diesem Grund nicht als offensichtlich rechtsmissbräuchlich angesehen werden kann.

3.4. Aus dem Gesagten erhellt, dass es der Klägerin nicht gelingt, den offensichtlichen Rechtsmissbrauch seitens der Bauherrschaft glaubhaft zu machen.

4. Da das Gesuch mangels offensichtlichem Rechtsmissbrauch ohnehin abzuweisen ist, kann offen gelassen werden, ob es sich bei den von der Klägerin vorgebrachten Punkten (act. 1 Rz. 19) um nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile handelt. Immerhin ist festzuhalten, dass alleine das Führen eines Zivilprozesses und die damit verbundenen Aufwände für sich nicht als nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil anzusehen ist, zumal der Prozess in der Schweiz durchzuführen wäre und die Klägerin nicht glaubhaft macht, dass die Bauherrschaft kurz vor dem Konkurs stehen würde. Auch können die Ausführungen über ihre finanziellen Verhältnisse dafür nicht genügen; immerhin hat sie selbst dargestellt, dass selbst nach Abzug der in Frage stehenden Forderung ein Betriebsgewinn von rund CHF 9.5 Mio. vorliegt, was nicht auf finanzielle Probleme hinweist.

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

6. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt CHF 2'861'998.–. 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 prozessuaalem Aufwand ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Der Einzelrichter erkennt:**

1. Das Massnahmebegehren wird - sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich - abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF 10'000.– wird der Klägerin auferlegt.
3. Entschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage von act. 1 und act. 2/1-18, an die Klägerin vorab per Fax (...), an die Beklagte vorab per verschlüsselter E-Mail (an: E.\_\_\_\_@B.\_\_\_\_.com).
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 2'861'998.–.

Zürich, 21. April 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler