

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE170130-O

U/dz

Mitwirkend: die Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie der Gerichtsschreiber  
Roman Kariya

## Urteil vom 27. April 2017

in Sachen

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

Klägerin

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

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_ Versicherungs-Gesellschaft AG,**

2. **C.\_\_\_\_\_ Management AG,**

Beklagte

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Gesuch:**  
(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Gesuchsgegnerin 1 superprovisorisch zu verbieten, der Gesuchsgegnerin 2 irgendwelche Beträge aus der Ausführungs-/Erfüllungsgarantie Nummer ... vom 5. Januar 2015 zu bezahlen, dies unter Androhung von Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung gemäss Art. 292 StGB gegenüber den verantwortlichen Organen der Gesuchsgegnerin 1;*
- 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin 2."*

**Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:**

1. Die Gesuchstellerin (fortan Klägerin) reichte ihr Gesuch um Anordnung einer superprovisorischen Massnahme (Zahlungsverbot aus Ausführungs-/Erfüllungsgarantie) gegen die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 (fortan Beklagte 1 und 2) hierorts am 26. April 2017, 14.35 Uhr, samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/1-19).
2. Damit ein Zahlungsverbot als superprovisorische Massnahme erlassen werden kann, müssen eine besondere Dringlichkeit (Art. 265 Abs. 1 ZPO), eine günstige Hauptsacheprognose, 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 Zahlungsgarantien bzw. entsprechenden Rechtsgeschäften praxisgemäss nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen. Provisorische Zahlungsverbote können 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 der Zahlungsgarantie auch für diejenige Partei, welche die Garantie gestellt hatte, in erkennbarer Weise rechtsmissbräuchlich erscheint (ZR 111/2012 Nr. 69). Die herrschende Lehre und Rechtsprechung versteht unter "Offenkundigkeit" in Zusammenhang mit dem Missbrauch einer Zahlungsgarantie 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 Garantie zusteht (Löw, a.a.O., S. 71 f., m.w.H.). Rechtsmissbrauch liegt z.B. etwa 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).

3.1. Die Klägerin sieht den Rechtsmissbrauch zusammengefasst darin begründet, dass die Beklagte 2 die Garantie abrufen will, obschon ihr keinerlei Ansprüche im Zusammenhang mit der im Werkvertrag vereinbarten Konventionalstrafe zufolge Terminverzögerungen zustünden. Denn die im Werkvertrag vereinbarten Abgabetermine seien mit diversen Nachträgen zurecht verlängert worden (vgl. act. 1 S. 4 ff. Rz. 14 ff.). Im Weiteren hält sie den Abruf der Garantie auch für zweckwidrig. Denn der Klägerin stünden gemäss der Schlussrechnung vom 21. April 2017 gegenüber der Beklagten 2 CHF 754'211.– zu. Da der Werkvertrag ein Zessionsverbot zulasten der Klägerin enthalte und auch kein Verrechnungsverbot vereinbart worden sei, könne daher die Beklagte 2 ihre behauptete Forderung aus der Konventionalstrafe mit derjenigen der Klägerin gemäss Schlussrechnung zur Verrechnung bringen. Die Beanspruchung der Garantie sei damit – weil nicht erforderlich – zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich (vgl. act. 1 S. 6 Rz. 19 und S. 13 f. Rz. 49 ff.).

Die Beklagte 2 stellt sich offenbar auf einen gegenteiligen Standpunkt und hält etwa in ihrem Schreiben vom 30. Januar 2017 fest, dass die "Schlüselfertige und mängelfreie Übergabe (Endtermin)" erst am 14. Dezember 2016 anstatt am 30. September 2016 stattgefunden habe (act. 3/15).

3.2. Vorliegend ist bei der Abrufung der Zahlungsgarantie (noch) nicht von einem offensichtlichen Rechtsmissbrauch auszugehen. Auch wenn die Ausführungen der Klägerin – soweit – nachvollziehbar erscheinen, kann doch nicht von absolut

klaren Verhältnissen gesprochen werden, die keinerlei Zweifel darüber offen lassen, dass der Beklagten 2 unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der betreffenden Garantie zustehen würde. Wie nämlich aus der von der Klägerin eingereichten Korrespondenz hervorgeht, streiten sich die Parteien über den Endtermin sowie den Inhalt einer schlüsselfertigen und mängelfreien Übergabe, das Anzeigen eines Terminverzugs sowie das Zustandekommen einer Einigung über die Verschiebung des Endtermins (vgl. act. 3/15 und act. 3/17). Zur "Klärung" dieser Streitpunkte reichte die Klägerin eine mehrere Seiten umfassende, eingehende Begründung ein, worin sie zudem darlegen musste, wie die von ihr angerufenen Beilagen zu verstehen seien. Unter diesen Umständen kann aber nicht von absolut klaren Verhältnissen gesprochen werden. Absolut klare Verhältnisse liegen auch nicht *per se* dann vor, wenn für die Klägerin die Einwendungen der Beklagten 2 überraschend gekommen sein mögen. Der aus der Korrespondenz hervorgehende Standpunkt der Beklagten 2 ist jedenfalls nicht als geradezu haltlos zu bezeichnen. Die Abrufung der Garantie kann daher auch für die Beklagte 1 nicht ohne Weiteres als rechtsmissbräuchlich erkennbar sein.

Gleiches gilt auch hinsichtlich der behaupteten Forderung der Klägerin gegenüber der Beklagten 2 gemäss der Schlussrechnung vom 21. April 2017. Es trifft zwar zu, dass im Werkvertrag ein Zessionsverbot enthalten und kein Verrechnungsverbot vereinbart worden ist. Allerdings hat die Beklagte 2 diese Schlussrechnung, welche erst vor wenigen Tagen erstellt wurde, nicht anerkannt, weshalb auch diesbezüglich keine absolut klaren Verhältnisse vorliegen, die den Garantieabruf als zweckwidrig, mithin als rechtsmissbräuchlich erscheinen liessen.

Aufgrund dessen ist ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch nicht glaubhaft gemacht worden.

4. Kommt hinzu, dass ohnehin auch kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht wurde. Denn die Umkehr der Klägerrolle, das Führen eines Zivilprozesses und die damit verbundenen Umtriebe sowie eine Zeitspanne der Rechtsunsicherheit (act. 1 S. 3 Rz. 9) stellen keinen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil dar, zumal der Prozess auch in der Schweiz nach den hier

geltenden prozessualen Grundsätzen durchzuführen wäre. Auch die blosser bei-läufige Bemerkung hinsichtlich eines "latenten Solvenzrisikos" (act. 1 S. 3 Rz. 9) reicht für eine Glaubhaftmachung nicht aus.

5. Da weder ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch des Garantieabrufs noch ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht wurde, brauchen die übrigen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mehr geprüft zu werden.

Folglich ist das Massnahmegesuch – sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich – abzuweisen.

6. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 443'667.–. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG sowie unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips ist die Gerichtsgebühr auf CHF 8'000.– festzusetzen. Mangels prozessualen Aufwand ist den Beklagten 1 und 2 keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **Die Einzelrichterin erkennt:**

1. Das Massnahmegesuch wird – sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich – abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Rechtsvertreter der Klägerin vorab per Fax (...), an die Beklagten 1 und 2 je unter Beilage der Doppel von act. 1 und act. 3/1-19.
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 443'667.–.

Zürich, 27. April 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Roman Kariya