

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170170-O

U/ei

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber  
Roman Kariya

## Urteil vom 30. Mai 2017

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Schweiz AG,**  
Klägerin

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

gegen

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

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

"1.a) Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung einer Ordnungsbusse oder der Bestrafung (der Organe) wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB gerichtlich zu verbieten, der C.\_\_\_\_\_ AG gestützt auf die Erfüllungsgarantie Nr. 1 CHF 3'000'000.00 auszusprechen.

1.b) Dieses Verbot sei sofort und superprovisorisch, d.h. ohne vorherige Anhörung der Gesuchsgegnerin, auszusprechen.

2.a) Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung einer Ordnungsbusse oder der Bestrafung (der Organe) wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB gerichtlich zu verbieten, der C.\_\_\_\_\_ AG gestützt auf die Erfüllungsgarantie Nr. 2 CHF 3'100'000.00 auszusprechen.

2.b) Dieses Verbot sei sofort und superprovisorisch, d.h. ohne vorherige Anhörung der Gesuchsgegnerin, auszusprechen.

3. Die Gerichtskosten und allfällige Parteientschädigungen für das Verfahren um (superprovisorischen) Erlass des als vorsorgliche Massnahme beantragten Verbots seien zusammen mit den Kosten des Hauptprozesses zu verlegen."

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Die Parteien werden nachfolgend Klägerin und Beklagte genannt.
2. Die Klägerin beantragt, dem Begehren sei vorab superprovisorisch zu entsprechen.
3. Anwendung finden die Art. 261 ff. ZPO (in Verbindung mit Art. 252 ff. ZPO).
4. Es geht um ein Zahlungsverbot, welches gegenüber der Beklagten als garantierender Bank ausgesprochen werden soll.
5. 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). Daraus geht eine grosse Zurückhaltung bei der Aussprechung eines Verbotes hervor. Betont wurde, dass in Konstellationen wie der vorliegenden der privatrechtliche Grundsatz

"zuerst zahlen, dann prozessieren" gilt, was in der Regel zwischen den Parteien, welche die Zurverfügungstellung einer Garantie vereinbart hatten, die Klägerrolle und auch den Beklagtengerichtsstand wechseln lässt. Der Bank - vorliegend also der Beklagten - kommt in der Regel nur die Rolle zu, die formal korrekte Abrufung der Garantie zu prüfen. Das Instrument bzw. der Zweck der Bankgarantie würde beeinträchtigt bzw. verfehlt, wenn es der Garantieforderunggeberin (Klägerin) möglich wäre, durch ein blosses Glaubhaftmachen eines korrekten Verhaltens ihrerseits ein Zahlungsverbot zu erwirken. Deshalb ist es richtig, als Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im beantragten Sinne das Glaubhaftmachen eines offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Abrufes der Garantie zu verlangen, wobei der Rechtsmissbrauch auch für die Bank erkennbar sein muss.

6. Gemäss Begründung des Massnahmebegehrens kann man davon ausgehen, dass die Klägerin für die C.\_\_\_\_\_ AG ("C.\_\_\_\_\_") eine grössere Überbauung erstellt hat. Der Vertragspreis betrug über CHF 115 Mio. Gezahlt wurden bisher CHF 102 Mio. Gemäss Garantietext konnten die im Streit liegenden Garantiebeiträge bei der Beklagten abgerufen werden, sofern die C.\_\_\_\_\_ angab, in welcher Hinsicht die Klägerin ihre Verpflichtungen verletzt habe (act. 3/4, act. 3/5). Die C.\_\_\_\_\_ rief die Beträge mit der Begründung ab, das Bauwerk sei mit grosser Verspätung abgeliefert worden und sei mit Mängeln behaftet, es sei Schaden entstanden (act. 3/17, act. 3/18). In ihrem Vortrag legt die Klägerin nicht dar, wieso die Beklagte hätte erkennen können, dass der Abruf der Garantien nur aus Gründen der Druckausübung oder der Rache erfolgt sei. Von daher fehlt eine wesentliche Grundlage für die Aussprechung eines Zahlungsverbotes. Auch bezüglich des relevanten Nachteils bringt die Klägerin nur sehr allgemeine Aspekte wie die Führung eines Prozesses oder das Solvenzrisiko. Es ist gerade das Wesen der Bankgarantie, dass - zumindest theoretisch - die Parteirollen vertauscht werden. Ein Solvenzrisiko besteht immer. Dass es vorliegend akut sei, ist nicht glaubhaft gemacht worden.

7. Aus den genannten Gründen ist nicht nur das Dringlichkeitsbegehren abzuweisen, sondern auch das Massnahmebegehren (Art. 253 ZPO).

8. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt CHF 6,1 Mio. (act. 1 S. 4). Für die Zusprechung einer Parteientschädigung besteht kein Raum.

**Der Einzelrichter erkennt:**

1. Das Dringlichkeitsbegehren wird abgewiesen.
2. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr von CHF 10'000 wird der Klägerin auferlegt.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte zuhanden von D.\_\_\_\_\_, ... [Abteilung], an die Beklagte mit einem Doppel von act. 1 und Doppeln von act. 3/2 - 22.
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 6,1 Mio.

Zürich, 30. Mai 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Roman Kariya