

ZH_HANDELSGERICHT HE210059 vom 31. März 2021

Zh Handelsgericht, 2021-03-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE210059

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE210059 du 31 mars 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE210059 del 31 marzo 2021

Erwägungen

E. 2

Die beantragte vorsorgliche Massnahme sei superprovisorisch im Sinne von Art. 265 ZPO anzuordnen.

E. 3

Es sei der Gesuchstellerin gestützt auf Art. 263 ZPO eine Frist zur Einreichung einer Klage anzusetzen.

E. 4

Das Gericht trifft vorsorgliche Massnahmen in einem summarischen Verfahren, 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; Art. 248 lit. d ZPO; Art. 261 ff. ZPO). Da im summarischen Verfahren der Aktenschluss bereits nach den ersten Parteivorträgen eintritt (BGE 144 III 117 E. 2.2 S. 118; 146 III 55 E. 2.3.1. S. 57), obliegt es der Gesuchstellerin, alle rechtserheblichen Tatsachen für welche sie behauptungs- und beweissbelastet ist (vgl. Art. 8 ZGB), bereits im Gesuch zu behaupten und zu substantiieren (vgl. SOGO/BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, S. 315 ff.). Glaubhaft ist eine Tatsache dann, wenn aufgrund objektiver Kriterien eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen spricht. Demgegenüber lassen blosser Behauptungen eine Tatsache noch nicht als glaubhaft erscheinen (BGE 103 II 287 E. 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 22 N 28; ZÜRCHER in DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 5 ff.).

E. 5

Die Gesuchstellerin macht keine Ausführungen dazu, worin der ihr drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil liegen soll, sollte die Gesuchsgeberin eine Zahlung aus der Erfüllungsgarantie Nr. 1 leisten (vgl. act. 1 Rz. 26 ff.). Damit das Gesuch Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, hätte die Gesuchstellerin aber ohnehin nicht nur den ihr durch eine entsprechende Zahlung entstehenden Nachteil zu behaupten gehabt. Sie hätte den Nachteil auch noch glaubhaft machen müssen. Diesen Obliegenheiten kommt die Gesuchstellerin nicht nach. Da die Gesuchstellerin im vorliegenden summarischen Verfahren im Weiteren keine zweite Möglichkeit hat, den entsprechenden Nachteil zu begründen, kann sie die fehlenden Behauptungen auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachholen.

E. 6

Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist zusammenfassend bereits mangels eines glaubhaft gemachten nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) abzuweisen (Art. 253 ZPO). Ob ein der Gesuchstellerin zustehender Anspruch verletzt ist oder eine solche Verletzung droht (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) und ob eine besondere Dringlichkeit gegeben ist (Art. 265 Abs. 1 ZPO), braucht unter diesen Umständen nicht mehr geprüft zu werden.

E. 7

Der Vollständigkeit halber sei dennoch darauf hingewiesen, dass es der Gesuchstellerin vorliegend ohnehin nicht gelingt, einen Verfügungsgrund glaubhaft zu machen. Gemäss gefestigter Praxis des hiesigen Einzelgerichts werden provisorische Zahlungsverbote bei Bankgarantien und entsprechenden Rechtsgeschäften 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 Bankgarantie offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist und wenn der Rechtsmissbrauch auch für die Garantin erkennbar ist (ZR

- 5 - 114 [2015] Nr. 44 S. 180 ff.; ZR 112 [2013] Nr. 68 S. 246 ff.; ZR 111 [2012] Nr. 69 S. 193 ff.; je mit Hinweisen).

E. 8

Am 7. April 2017 hat die Gesuchsgegnerin eine Erfüllungsgarantie zugunsten der Gesuchstellerin abgegeben (Nr. 1; act. 2/3). Darin verpflichtet sie sich unwiderruflich, auf erste Aufforderung hin, ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des TU-Vertrags zwischen der Gesuchstellerin und der Bauherrin und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus demselben, jeden Betrag bis zur Höhe von maximal CHF 8'368'000.- (gemäss Änderung vom 5. Juli 2017) zu bezahlen. Als formale Voraussetzung sieht die Garantieerklärung einzig die Vorlage einer rechtsgültigen schriftlichen Zahlungsaufforderung und eine schriftliche Bestätigung unter Verweis auf den entsprechenden Artikel im TU-Vertrag, wonach die Gesuchstellerin ihren vertraglichen Erfüllungspflichten nicht nachgekommen sei, vor (act. 2/3).

E. 9

Gemäss Angaben der Gesuchstellerin bestehen zwischen den Parteien des TU-Vertrags Uneinigkeiten betreffend die korrekte Vertragserfüllung durch die Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 19). Namentlich sollen Differenzen hinsichtlich der Mangelfreiheit des Werks bestehen. Entsprechendes kann auch der aktenkundigen Korrespondenz entnommen werden (act. 2/17, 19). Da das Vorliegen von Werkmängeln die richtige Vertragserfüllung und damit die durch die Garantie gesicherte Leistung der Gesuchstellerin beschlägt, kann nicht von einer offensichtlich zweckwidrigen Inanspruchnahme der Garantie ausgegangen werden. Entsprechend erscheint der Abruf der Garantie nicht als offensichtlich rechtsmissbräuchlich.

E. 10

Daran ändert auch der Einwand der Gesuchstellerin nichts, wonach das Werk mit keinen wesentlichen Mängeln behaftet sei, bzw. dass eine Vielzahl der durch die Bauherrin beanstandeten Punkte entweder nicht als Mängel qualifizieren würden oder dass deren Behebung unverhältnismässig wäre (act. 1 Rz. 19). Inwieweit ein bestimmter Zustand als Werkmangel qualifiziert, beschlägt das Verhältnis. Der Einwand der

Gesuchstellerin ist damit grundsätzlich unbeachtlich. Gegenteiliges würde nur gelten, wären die von der Bauherrin beanstandeten Punkte offensichtlich keine Werkmängel. Da die Gesuchstellerin aber keine Aus-

- 6 - führungen dazu macht, um welche Punkte es sich vorliegend konkret handelt und inwieweit es sich hierbei offensichtlich nicht um Werkmängel handelt, ist nicht glaubhaft, dass der Garantieabruf offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist. Mit dem pauschalen Verweis auf ein Parteigutachten, wonach das Werk nicht mit wesentlichen Mängeln behaftet sei, vermag die Gesuchstellerin ihren Behauptungs- und Substantiierungspflichten auch im summarischen Verfahren nicht zu genügen (vgl. act. 1 Rz. 19; BGer 4A_284/2017 vom 22. Januar 2018, E. 4).

E. 11

Ob die übrigen, von der Bauherrin anlässlich des Abrufs der Garantie aufgeführten Gründe offensichtlich unzutreffend sind – wie von der Gesuchstellerin behauptet – bedarf unter diesen Umständen keiner eingehenderen Prüfung. Anzumerken ist einzig, dass ein Abruf der gesamten Garantiesumme vorliegend nicht unverhältnismässig erscheint. Das Bundesgericht hielt in diesem Zusammenhang zwar fest, dass ein krasses Missverhältnis zwischen Valuta- und Garantieforderung die Rechtsmissbräuchlichkeit allenfalls zu begründen vermöge. Es entschied aber ebenso, dass der rund doppelte aus dem Garantievertrag geforderte Betrag im Verhältnis zu dem aus dem Valutaverhältnis geschuldeten Betrag noch keine Unverhältnismässigkeit begründet (BGer Urteile 4A_111/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 3.3, 4.1; 4A_171/2007 vom 15. August 2007 E. 4.3.3).

E. 12

Inwiefern eine Unverhältnismässigkeit vorliegen könnte, legt die Gesuchstellerin nicht schlüssig dar. Einerseits macht sie keine Angaben dazu, mit welchen Kosten die Behebung der (umstrittenen) Mängel verbunden ist bzw. wie hoch die Forderungen der Bauherrin sein könnten. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung kann damit gar nicht stattfinden. Andererseits wäre der Abruf der gesamten Garantiesumme selbst dann nicht rechtsmissbräuchlich, sollte sich die Forderung der Bauherrin tatsächlich auf den noch offenen Betrag der Konventionalstrafe von CHF 4'492'790.– beschränken (vgl. act. 1 Rz. 31). Dies, da diese Summe mehr als die Hälfte der Garantiesumme darstellt. In dieser Hinsicht macht die Gesuchstellerin zwar geltend, inzwischen fällig gewordene Vergütungsforderungen würden die bestrittenen Forderungen der Bauherrin weitgehend abdecken (act. 1 Rz. 31). Da die Gesuchstellerin jedoch nicht schlüssig und substantiiert aufzeigt, wie hoch ihre angeblich fälligen Vergütungsforderungen sind, kann aus einer allfälli-

- 7 - gen Verrechnung der Vergütungsforderung der Gesuchstellerin mit der Forderung aus einer Konventionalstrafe der Bauherrin auch kein Missverhältnis zwischen Valuta- und Garantieforderung abgeleitet werden.

E. 13

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das Massnahmenbegehren auch wegen fehlendem rechtsmissbräuchlichem Verhalten abgewiesen werden müsste.

E. 14

Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 8'386'000.– (act. 1 S. 2 f.). Die Entscheidgebühr ist in Anwendung

von § 1, § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 10'000.– festzusetzen. Mangels Aufwands ist der Gesuchgegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen. Der Einzelrichter verfügt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.