

ZH_HANDELSGERICHT HE210094 vom 26. Juli 2021

Zh Handelsgericht, 2021-07-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE210094

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE210094 du 26 juillet 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE210094 del 26 luglio 2021

Erwägungen

E. 2

Die prozessführende Streitberufene war mit der Erstellung des Neubaus "E._____-Zentrum" in F._____[Ortschaft] betraut. In Erfüllung dieses Auftrags zog Letztere für die Erstellung der Elektroinstallationen die Gesuchstellerin als Subunternehmerin bei (vgl. act. 1 Rz. 13). Im Werkvertrag zwischen der prozessführenden Streitberufenen und der Gesuchstellerin hat sich Letztere verpflichtet, der prozessführenden Streitberufenen eine Erfüllungsgarantie auszustellen (act. 1 Rz. 14; act. 11 Rz. 14; act. 3/6 Ziff. 9.1). In Erfüllung dieser Pflicht hat die Gesuchsgegnerin die entsprechende Erfüllungsgarantie zu Gunsten der Gesuchstellerin ausgestellt (act. 1 Rz. 15; act. 3/1). Mit Schreiben vom 14. Juni 2021 rief die prozessführende Streitberufene den vollen Garantiebetrug (CHF 452'130.–) bei der Gesuchsgegnerin ab (act. 3/13). Diese Auszahlung will die Gesuchstellerin nun verhindern.

E. 3

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). Der drohende Nachteil muss eine gewisse Schwere aufweisen (SPRECHER in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017 [zit. BSK ZPO], Art. 261 N 28). Glaubhaft ist eine Tatsache, wenn aufgrund objektiver Kriterien eine gewisse Wahrscheinlichkeit für ihr Vorhandensein spricht. Demgegenüber lassen blossе 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. 4

Die Gesuchstellerin bringt vor, der ihr drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil liege zunächst darin, dass – sofern das Zahlungsverbot nicht angeordnet würde – die Gesuchsgegnerin die abgerufene Zahlung an die prozessführende Streitberufene leisten werde und sie verpflichtet wäre, der Gesuchstellerin eine Deckungszahlung in entsprechender Höhe zu leisten (act. 1 Rz. 31). Des

- 4 - Weiteren würde es ihr obliegen, einen Folgeprozess gegen die prozessführende Streitberufene zu führen, um den zu Unrecht bezogenen Betrag wieder zurück zu erlangen. Damit seien einerseits Kosten verbunden, die selbst bei einem vollständigen Obsiegen nicht vollständig wieder einzubringen wären. Andererseits würde durch einen mehrjährigen

Prozess die Liquidität der Gesuchstellerin beeinträchtigt (act. 1 Rz. 32). Hinzu komme, dass die prozessführende Streitberufene sich in einer unsicheren finanziellen Situation befinde, womit die Einbringlichkeit der Forderung fraglich sei. Der Betreibungsauszug per 16. März 2020 dokumentiere, dass die prozessführende Streitberufene nicht in der Lage sei, Forderungen der öffentlichen Hand oder von öffentlich-rechtlichen Institutionen zu begleichen (act. 1 Rz. 33).

E. 5

Dem hält die prozessführende Streitberufene insbesondere entgegen, dass der Umstand, dass über sie auch 16 Monate nach Ausstellung des aktenkundigen Betreibungsregisterauszuges weder der Konkurs eröffnet worden, noch ein Nachlassverfahren im Gang sei, noch Verlustscheine bestehen würden, belege, dass die Vermutung ihrer mangelnden Solvenz unbegründet sei (act. 11 Rz. 54). Im Übrigen sei eine Betreibung durch blosses Ausfüllen eines Formulars in Gang zu setzen – unabhängig davon, ob die in Betreibung gesetzte Forderung berechtigt sei oder nicht. Keine Betreibung gehe über den Status "RV Rechtsvorschlag" hinaus, was namentlich dadurch begründet sei, dass der überwiegende Teil der Forderungen mittlerweile bereinigt worden sei (act. 11 Rz. 55 f.). Namentlich seien auch die betriebenen Forderungen der öffentlichen Hand und der öffentlich-rechtlicher Institutionen mittlerweile getilgt worden (vgl. act. 11 Rz. 57 ff.).

E. 6

Mit ihren Ausführungen vermag die Gesuchstellerin keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen. Wie bereits in der Verfügung vom 18. Juni 2021 erläutert, ist grundsätzlich irrelevant, dass die Gesuchstellerin den garantierten Betrag abzudecken hat und diesen auf dem Weg des Zivilprozesses einzufordern hat (vgl. act. 4). Dies liegt gerade in der Natur der Garantie und kann jedenfalls grundsätzlich nicht zu einem relevanten Nachteil führen (vgl. SPRECHER, a.a.O, Art. 261 N 34; vgl. GRAF VON WESTPHALEN bzw. DE GOTTRAU in: Graf von Westphalen/Zöchling-Jud [Hrsg.], Die Bankgarantie im internationalen

- 5 - Handelsverkehr, 4. Auf. 2014, Kap. E N. 26 und Kap. J N. 137; CLAAS, Die Inanspruchnahme des Dokumentenakkreditivs, 2012, S. 228). Daran ändert auch der Hinweis der Gesuchstellerin auf den Entscheid ZR 114/2015 Nr. 17 nichts. Gemäss der neueren, gefestigten Praxis des hiesigen Gerichts begründet die drohende Mühewaltung, nach Auszahlung des Garantiebetrages einen Prozess führen zu müssen, und die damit verbundenen Umtriebe sowie eine Zeitspanne der Rechtsunsicherheit keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil – namentlich, soweit der Prozess in der Schweiz durchzuführen wäre (vgl. HGer ZH HE170130 vom 27. April 2017 E. 4; HE190098 vom 15. März 2019 E. 5.3; HE200114 vom 17. März 2020 E. 3; HE200210 vom 29. Mai 2020 E. 7; HE210065 vom 14. April 2021 E. 6). Soweit die Gesuchstellerin auf nicht wiederbringliche Anwaltskosten hinweist, ist ihr im Weiteren entgegenzuhalten, dass sie nicht rechtsgenügend behauptet, aufgrund welcher Umstände sie beim gegebenen Streitwert von CHF 452'130.– die Entstehung solcher erwartet. Als gerichtsnotorisch kann in diesem Zusammenhang nämlich einzig gelten, dass es wohl Fälle geben dürfte, bei welchen die bei vollständigem Obsiegen zuzusprechende Parteientschädigung die Kosten der obsiegenden Partei nicht vollständig abdeckt. Inwieweit das im vorliegenden Fall zu erwarten ist, ist indes keine notorische Tatsache und wäre daher von der Gesuchstellerin zu behaupten gewesen. Dies hat sie unterlassen. Das Gesagte schliesst nicht aus, dass ein Zahlungsver-

bot stets ausgeschlossen wäre, weil damit dem Garantien zugrundeliegenden Grundsatz "zuerst zahlen, dann prozessieren" widersprochen würde. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil könnte beispielsweise dann vorliegen, wenn die Deckungspflicht die Liquidität der Gesuchstellerin derart belasten würde, dass deshalb die Fortführung ihrer Geschäftstätigkeit nicht mehr gewährleistet wäre. Dass sie aufgrund der Deckungspflicht in schwerwiegende finanzielle Nöte geraten wird, macht die Gesuchstellerin indes nicht glaubhaft geltend. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil kann schliesslich auch in der mangelnden Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei begründet liegen (vgl. BGE 94 I 11 E. 8; 108 II 228 E. 2). Dass die prozessführende Streitberufene nicht zahlungsfähig ist, ist vorliegend indes nicht glaubhaft. Der von der Gesuchstellerin hierzu eingereichte Betreibungsregisterauszug der prozessführenden Streitberufenen ist bereits über

- 6 - 16 Monate alt. Schon alleine deshalb können diesem Beleg keine zuverlässigen Angaben zur heutigen finanziellen Gesundheit der prozessführenden Streitberufenen entnommen werden. Im Übrigen weist die prozessführende Streitberufene zutreffend darauf hin, dass aufgrund der tiefen Schwelle, einen Eintrag im Betreibungsregister zu erwirken, aus dem Vorhandensein von Betreibungen allein nicht ohne Weiteres auf die mangelnde Solvenz der Betriebenen geschlossen werden kann. Dies gilt namentlich für Einträge, die den Status "RV Rechtsvorschlag" haben. Anders wäre die Sache unter Umständen zu beurteilen, würden sich jüngere Einträge in einem aktuellen Betreibungsregisterauszug finden lassen, in welchen eine Betreibung den Statusvermerk "X Verlustschein nach Art. 115 SchKG", "PA Pfandausfallschein nach Art. 158 SchKG", "DV Verlustschein nach Art. 149 SchKG" oder "K Konkursöffnung" trägt, bzw. bei jüngeren Einträgen in den Rubriken "Nicht getilgte Verlustscheine aus Pfändungen der letzten 20 Jahre" oder "Konkurse der letzten 5 Jahre". Dass Betreibungen mit den entsprechenden Statusvermerken oder entsprechende Einträge im Betreibungsregisterauszug der prozessführenden Streitberufenen vorhanden sind, macht die Gesuchstellerin indes nicht geltend. Im Übrigen legt die prozessführende Streitberufene glaubhaft dar, dass die Forderungen der öffentlichen Hand bzw. jene von öffentlich-rechtlichen Institutionen mittlerweile getilgt wurden (vgl. act. 11 Rz. 57 ff.). Unter diesen Umständen ist bei der prozessführenden Streitberufenen keine drohende Zahlungsunfähigkeit auszumachen.

E. 7

Zusammenfassend folgt, dass der Gesuchstellerin kein leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO), weshalb ihr Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme abzuweisen ist. Infolgedessen ist auch das mit Verfügung vom 18. Juni 2021 einstweilen angeordnete Zahlungsverbot (act. 4, Dispositiv-Ziffer 1) aufzuheben. 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. 8

Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 452'130.– (act. 1 S. 2 f.). Die Entscheidegebühr

- 7 - ist in Anwendung von § 1, § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 7'000.– festzusetzen. Die nicht anwaltlich vertretene prozessführende Streitberufene beantragt zudem, die Gesuchstellerin sei zu

verpflichten, sie für ihre Aufwendungen zu entschädigen. Sie macht indessen keine näheren Angaben zu diesen Aufwendungen. Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO ist in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist. Die Regelung zielt unter anderem auf Fälle, wo ein Anwalt in eigener Sache auftritt, als Organ einer Partei oder Angestellter ihres Rechtsdienstes handelt. Die Zusprechung der Umtriebsentschädigung für nicht berufsmässig vertretene Parteien stellt eine zu begründende Ausnahme dar (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 96 Rz. 21). Aufgabe der ansprechenden Partei ist es, die Entschädigung zu beantragen und dem Gericht sachlich überzeugende Gründe für die geltend gemachte Höhe der Umtriebsentschädigung vorzulegen. Die prozessführende Streitberufene hat es unterlassen, ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren dazulegen und zu begründen. Es erscheint indessen angemessen, der Gesuchsgegnerin für den offenkundigen Aufwand der Anwälte ihres Rechtsdienstes für das Aktenstudium und das Verfassen der Gesuchsantwort vom 12. Juli 2021 (act. 11) eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von CHF 500.– zuzusprechen. Mehrwertsteuer auf die Umtriebsentschädigung ist nicht geschuldet, weil der prozessführenden Streitberufenen die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs zur Verfügung steht und die prozessführende Streitberufene keine ausserordentlichen Umstände dartut, die eine Zusprechung der Entschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer rechtfertigen würde (vgl. BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104/2005 Nr. 76; SJZ 101/2005 531 ff.). Der Gesuchsgegnerin ist mangels Antrag sowie mangels relevanter Aufwände keine Entschädigung zuzusprechen (vgl. act. 7). Die Einzelrichterin erkennt:

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