

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE130075-O

U/dz

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Helene Lampel

Urteil vom 6. März 2013

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. oec. et lic. iur. Y. _____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

"1. Es sei der B. _____ AG (Gesuchsgegnerin und Beklagte) zu untersagen, die Erfüllungsgarantie der C. _____ Nr. ... vom 23. Mai 2012 über CHF 3'672'000.00 geltend zu machen, Auszahlung zu verlangen, ein bereits erklärtes Auszahlungsverlangen aufrechtzuerhalten, oder eine Auszahlung entgegenzunehmen.

2. Es seien der B. _____ AG, Herrn D. _____ und Herrn E. _____ als Mitgliedern ihres Verwaltungsrates und Herrn F. _____ als Chief Executive Officer für den Fall der Nichtbefolgung der Untersagung Bussen explizit gemäss Artikel 292 StGB anzudrohen.

3. Es sei der C. _____ zu untersagen, im Rahmen der genannten Garantie Zahlungen zu leisten, unter Androhung der Pflicht zur doppelten Zahlung im Widerhandlungsfall. Und es sei der C. _____ die Verfügung sofort und rasch zur Kenntnis zu bringen.

4. Es sei wegen Dringlichkeit die Verfügung superprovisorisch, sofort und ohne vorherige Anhörung der B. _____ AG oder ihrer Verwaltungsräte zu erlassen.

5. Es seien der B. _____ AG die Kosten des Verfahrens und die Entschädigung der A. _____ AG einschliesslich der Mehrwertsteuer aufzuerlegen."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Es geht um die Verhinderung der Auszahlung einer von der Klägerin gestellten Bankgarantie (Erfüllungsgarantie; vgl. act. 3/8).

2. Beide Parteien sind im Baugewerbe tätig und bezeichnen sich im Internetauftritt als führende Bauunternehmen bzw. Teile entsprechender Konzerne. Die Klägerin bezieht das geografisch auf Europa, die Beklagte auf die deutschsprachige Schweiz.

3. Hintergrund bildet ein grösseres Bauprojekt, in welchem die Beklagte als Bestellerin und die Klägerin als (Total-) Unternehmerin fungieren sollte. Der entsprechende Vertrag wurde im Oktober 2011 geschlossen (act. 3/4). Es kam danach zu Verzögerungen. Gemäss Klägerschaft sind von ihr noch keine Planungs- und Ausführungsarbeiten erbracht worden. Die Parteien führten diverse Gespräche und schlossen auch Zusatzvereinbarungen (act. 3/5, 9). Im Januar 2013 wurde

der Ton zwischen den Parteien rauher. Die Diskussion drehte sich unter anderem um eine weitere Erstreckung des Arbeitsbeginns, bezüglich welchem die Parteien am 4. Juni 2012 übereingekommen waren, dass der Klägerin ein Recht auf Rücktritt vom Vertrag zustehe, sofern die Beklagte die sogenannte Ausführungsplanung nicht bis 31. März 2013 auslöse (act. 3/5). Gleichzeitig wurde der Beklagten die im Rechtsbegehren erwähnte, auf den 31. März 2013 befristete Erfüllungsgarantie übergeben (act. 3/8). Am 23. Januar 2013 wurde die Klägerin seitens der Beklagten aufgefordert, dieser in Erfüllung des Vertrages vom Oktober 2011 eine Erfüllungsgarantie über den Betrag von CHF 18,36 Mio. zu übergeben (act. 3/11). Die Klägerin war dazu nicht vorbehaltlos bereit. In der Folge rief die Beklagte die im Rechtsbegehren erwähnte Garantie am 1. März 2013 ab (act. 3/17). Gemäss klägerischer Darstellung erfolgte bis 5. März 2013 noch keine Leistung der Garantin.

4. Der klägerische Vorwurf im vorliegenden Verfahren geht auf missbräuchliche Abrufung der Garantie. Die Beklagte habe keinen Investor gefunden, weshalb auch die Ausführungsplanung nicht ausgelöst werde.

5. Nach klarer gesetzlicher Regelung setzt der Erlass vorsorglicher Massnahmen zweierlei voraus (Art. 261 ZPO): Das Glaubhaftmachen einer Rechtsverletzung und das Glaubhaftmachen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, welcher ohne Erlass der angebehrten Massnahme droht.

6. Die Klägerin widmete den weitaus grössten Teil ihrer Eingabe der Rechtsverletzung.

7. Zum Nachteil führte sie das Folgende aus (act 1 Rz 92 ff., unter Weglassung der Beweismittel): "Eine Zahlung der C._____ an die B._____ AG verpflichtete die A._____ AG zur Erstattung des Auszahlungsbetrages an die C._____. Die A._____ AG müsste von der Beklagten die Rückerstattung verlangen. Die B._____ AG wird nach Massgabe der Erfahrung der letzten Jahre die Rückerstattung vor sämtlichen Gerichtsinstanzen bestreiten. Die A._____ AG müsste über mehrere Jahre ohne ein Vermögen von CHF 3'672'000.00 auskommen oder sich entsprechend verschulden. Das schränkte die Handlungsfähigkeit der A._____

AG erheblich ein. Die B._____ AG kann diese Einschränkung mit einer späteren Erstattung nicht vollständig wiedergutmachen. Ein späterer Schadenersatz schüfe keinen vollständigen Ersatz. Die Mühe der B._____ AG, einen Investor zu finden, und die völlige Willkür des jetzigen Garantieabrufs lassen auch befürchten, die B._____ AG werde auch mit einer eventuellen Pflicht zur Rückerstattung Mühe haben."

8. Mit den zitierten Darlegungen macht die Klägerin einen relevanten Nachteil nicht glaubhaft. Eines der grössten Bauunternehmen der Schweiz kann nicht ernsthaft behaupten, das zeitweise Fehlen der Verfügung über einen Betrag von rund CHF 3,6 Mio. schränke seine Handlungsfähigkeit ein. Das Führen eines Gerichtsverfahrens als solches stellt auch keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil dar, zumal die Vermutung dafür spricht, der aufgebrochene Streit der Parteien werde so oder anders gerichtlich ausgefochten. Die Auszahlung des Garantiebetrages verändert allenfalls die Klägerrolle. Sodann blieb die Befürchtung, der Beklagten könne es in einigen Jahren an der Liquidität mangeln, unsubstantiiert.

9. Demzufolge ist das Massnahmegesuch mangels Glaubhaftmachens einer wesentlichen Anspruchsgrundlage abzuweisen (Art. 253 ZPO).

10. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt CHF 3,6 Mio. Bei der Festlegung der Gerichtsgebühr ist das Äquivalenzprinzip zu beachten. Mangels Umtrieben steht eine Parteienschädigung nicht zur Diskussion.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Gesuch betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF 9'000 wird der Klägerin auferlegt.
3. Entschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte mit Doppeln der act. 1 und act. 3/2 - 17.
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 rund CHF 3,6 Mio.

Zürich, 6. März 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Helene Lampel