

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140313-O

U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher

Urteil vom 5. September 2014

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

"1. Es sei der Gesuchsgegnerin mit sofortiger Wirkung zu verbieten, der Zahlungsaufforderung der C._____ A.S. (CZ-... Prag) vom 29. August 2014 (oder allfälligen weiteren Zahlungsaufforderungen) bezüglich der Gewährleistungsgarantie Nr. ... vom 9. Januar 2008 teilweise oder vollumfänglich Folge zu leisten.

2. Den verantwortlichen Organen der Gesuchsgegnerin sei für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Anordnungen gemäss Ziff. 1 oben Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB anzudrohen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

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 (act. 1 S. 2).
3. Anwendung finden die Art. 261 ff. ZPO (in Verbindung mit Art. 252 ff. ZPO).
3. Es geht um ein Zahlungsverbot, welches gegenüber der Beklagten als garantierender Bank ausgesprochen werden soll.
4. 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). 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 be-

einträchtigt 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.

5. Folgt man den Vorbringen der Klägerin, hatten sie und ein tschechisches Energieunternehmen ("C.____") am 22. März 2006 einen Werkvertrag geschlossen (act. 3/8). Er habe die Reparatur des Asphaltbetonmantels eines Pumpspeicherkraftwerkes zum Gegenstand gehabt. Das Auftreten von Pusteln (Kratern) im Beton sei als Mangel gesehen worden. Die Sanierung habe man im Jahre 2008 beendet. Drei Jahre später seien wieder Pusteln festgestellt worden. In der Folge waren sich die Klägerin und C.____ nicht einig, wer dafür die Verantwortung trägt. Diese Parteien hatten bis in die jüngste Zeit Kontakte, ohne dass man sich geeinigt hätte. Die C.____ forderte die Klägerin zuletzt am 4. August 2014 auf, ihre Verantwortlichkeit für die Mängel anzuerkennen, widrigenfalls sie gerichtliche Schritte einleiten würde (act. 3/15). Seitens der Klägerin wurden die Vorwürfe zurückgewiesen (act. 3/16).

6. In ihrem Vertrag hatten C.____ und Klägerin vereinbart, dass die Klägerin eine Bankgarantie "der guten Ausführung des Werkes" stellt, und zwar im Umfange von 10% des Vertragspreises (act. 3/8, S. 31). Es hätte auch eine Kautions hinterlegt werden können (a.a.O.). Die relevante Gewährleistungsgarantie wurde seitens der Beklagten am 9. Januar 2008 gestellt (act. 3/4). Mit den üblichen Formulierungen verpflichtete sich die Bank bei einer Laufdauer bis 27. September 2014, der C.____ auf erste Aufforderung hin jeden Betrag bis 24,953 Millionen Kronen (CZK) zu zahlen, wenn C.____ erklärt, die Klägerin habe ihre vertraglichen Gewährleistungspflichten verletzt und die Art der Vertragsverletzung nennt. Unter dem 29. August 2014 schrieb C.____ der Beklagten, die Klägerin habe ihre vertraglichen Gewährleistungsverpflichtungen verletzt und habe trotz diverser Reklamationen in den Jahren 2011 - 2014 ihre Verantwortung verneint und Reparaturarbeiten verweigert (act. 3/5). Die Beklagte schrieb am 3.

September 2014 der Klägerin, die Garantie sei [formell] rechtmässig im Umfange von (umgerechnet) CHF 781'702.60 beansprucht worden (act. 3/7). Das wird von der Klägerin nicht bestritten.

7. Die Klägerin begründet den Vorwurf des Rechtsmissbrauches damit, die C._____ habe Versuche, den Umfang der Schäden zu evaluieren, sabotiert (act. 1 Rz 38). Sie habe inkompetente lokale Unternehmen mit Teilsanierungen beauftragt (act. 1 Rz 38). Sodann sei C._____ nicht auf Sanierungsvarianten eingegangen, habe unvernünftige Zugeständnisse der Klägerin verlangt und auch die Aushängung eines angeblich erstellten Gutachtens verweigert (act. 1 Rz 39). Der Schaden liege nachweislich im Verantwortungsbereich der C._____ (act. 1 Rz 42).

8. Der Vorwurf der Sabotage wurde nicht belegt, d.h. er beruht alleine auf klägerischen Behauptungen (act. 1 Rz 16 - 18). Mit act. 3/10 reichte die Klägerin eine vom 12. Februar 2014 datierende Offerte für Sanierungs - Varianten ein. Gemäss Variante 1 wären Kosten von rund CZK 109 Mio. angefallen, gemäss Variante 2 solche von CZK 288 Mio. Die Offerte waren befristet bis 31. März 2014. Die Offerte gemäss Variante 1 sah keine Kostenbeteiligung der Klägerin vor, die gemäss Variante 2 eine solche "gemäss Schreiben vom 15. Juli 2014". Das Schreiben, dessen Datierung falsch sein dürfte, liegt nicht bei den Akten. Auch wenn C._____ auf die Offerte nicht reagiert haben sollte, kann darin kein rechtsmissbräuchliches Verhalten erblickt werden. Stillschweigen bedeutete grundsätzlich lediglich Ablehnung. Dass die Ablehnung rechtsmissbräuchlich sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Nachdem C._____ die Übernahme der vollen Verantwortung durch die Klägerin verlangt hatte (act. 1 Rz 18), wozu die Klägerin offensichtlich nicht bereit war, entsprachen die Offerte offensichtlich nicht den Vorstellungen von C._____. Worin die "unvernünftige[n] Zugeständnisse" bestehen sollen, blieb unklar. Die Zusendung eines Gutachtens wurde von der Klägerin am 15. August 2014 verlangt (act. 3/16). Auch wenn die C._____ sich weigern sollte, selbiges der Klägerin zukommen zu lassen, lässt das den Abruf der Garantie nicht als missbräuchlich erscheinen. Es dürfte sich um ein Privatgutachten handeln, mit welchem die C._____ im Streit zwischen ihr und der Klägerin ihren Standpunkt

betreffend Gewährleistung besser substantiieren kann. Es besteht kein Anspruch, diesen schon vor dem Gerichtsverfahren zwischen C._____ und Klägerin zu kennen. Die Klägerin legt schliesslich ein vom 3. September 2014 datierendes Privatgutachten vor, welches die fehlende Verantwortlichkeit der Klägerin belegen soll (act. 3/20). Das Gutachten ist sehr umfangreich. Wesentlich ist aber, dass es kein Gerichts- oder Schiedsgutachten darstellt, sondern eine Parteidarstellung. Von daher hat es keine Beweiskraft. Gesamthaft ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Klägerin keine Gewährleistungsansprüche treffen. Wie es sich damit verhält, ist offen. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist ein offensichtlich rechtsmissbräuchliches Verhalten von C._____ nicht glaubhaft gemacht. Da es keine relevanten Sachverhaltselemente gibt, die von der Beklagten anerkannt werden könnten, diese vielmehr gewillt ist, den Garantiebetrug zu zahlen, ist nicht nur das Dringlichkeitsbegehren abzuweisen, sondern auch das Massnahmebegehren (Art. 253 ZPO).

9. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt rund CHF 780'000 (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._____, Garantieabteilung, an die Beklagte mit einem Doppel von act. 1 und Doppeln von act. 3/2 - 20 (diese mit separater Sendung).
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 rund CHF 780'000.

Zürich, 5. September 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht