

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE210094-O

U/mk

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie der Gerichtsschreiber  
Rudolf Hug

## Urteil vom 26. Juli 2021

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Gesuchsgegnerin

sowie

**C.\_\_\_\_\_ AG,**  
Prozessführende Streitberufene

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO mit sofortiger Wirkung zu untersagen, unter der Erfüllungsgarantie Nr. BG 14.080.445/00176 eine Zahlung zugunsten der C.\_\_\_\_\_ AG, D.\_\_\_\_\_strasse ..., Postfach ..., ... Zürich, insbesondere eine Zahlung in Höhe von CHF 452'130.00 zu leisten, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

**Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:**

1. Am 18. Juni 2021 überbrachte die Gesuchstellerin dem Gericht das vorliegende Gesuch (act. 1) und stellte das eingangs genannte Massnahmenbegehren (act. 1 S. 2). Im Weiteren stellte die Gesuchstellerin den prozessualen Antrag, das Zahlungsverbot sei superprovisorisch und somit einstweilen ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu erlassen (vgl. act. 1 S. 2). Dem Dringlichkeitsbegehren wurde noch gleichentags stattgegeben (vgl. act. 4). Zugleich wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, zum Gesuch der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 23. Juni 2021 (act. 7) verkündete die Gesuchsgegnerin der C.\_\_\_\_\_ AG, Zürich, den Streit und erklärte sich zugleich damit einverstanden, dass Letztere den Prozess im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO an ihrer Stelle führt (act. 7 S. 2 f.). Mit Eingabe vom 12. Juli 2021 (Datum Poststempel; act. 11) erklärte die C.\_\_\_\_\_ AG, Zürich, den Prozess an Stelle der Gesuchsgegnerin führen zu wollen (act. 11 S. 2) und nahm zugleich innert der der Gesuchsgegnerin gesetzten Frist zum Gesuch der Gesuchstellerin Stellung. Mit Verfügung vom 15. Juli 2021 wurde vorgemerkt, dass fortan die C.\_\_\_\_\_ AG, Zürich, den Prozess anstelle der Gesuchsgegnerin als prozessführende Streitberufene führt, und dass die Gesuchsgegnerin aus der Prozessführung ausgeschieden ist. Zugleich wurde der Gesuchstellerin das Doppel der Gesuchsantwort samt Beilagen (act. 11; act. 12/1-16) zugestellt (vgl. act. 13). Mit Eingabe vom 21. Juli 2021 (Datum Poststempel) nahm die Gesuchstellerin unaufgefordert zur Gesuchsantwort Stellung (act. 15; act. 16). Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

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 Garantiebtrag (CHF 452'130.–) bei der Gesuchsgegnerin ab (act. 3/13). Diese Auszahlung will die Gesuchstellerin nun verhindern.

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.).

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

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 Betreuungsauszug 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).

5. Dem hält die prozessführende Streitberufene insbesondere entgegen, dass der Umstand, dass über sie auch 16 Monate nach Ausstellung des aktenkundigen Betreuungsauszuges 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 Betreuung durch blosses Ausfüllen eines Formulars in Gang zu setzen – unabhängig davon, ob die in Betreuung gesetzte Forderung berechtigt sei oder nicht. Keine Betreuung 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.).

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

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 Zahlungsverbot 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 Betriebsregisterauszug der prozessführenden Streitberufenen ist bereits über

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 Konkureröffnung" 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.

7. Zusammenfassend folgt, dass der Gesuchstellerin kein leicht wiedergutmachender 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.

8. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 452'130.– (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 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:**

1. Das Begehren der Gesuchstellerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.

2. Das mit Verfügung vom 18. Juni 2021 der Gesuchsgegnerin auferlegte Zahlungsverbot wird aufgehoben.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'000.–.
4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der prozessführenden Streitberufenen eine Umtriebsentschädigung von CHF 500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die prozessführende Streitberufene unter Beilage einer Kopie von act. 15 und act. 16.
7. 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 452'130.–.

Zürich, 26. Juli 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Rudolf Hug