

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230028-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie Gerichtsschreiber
Jan Busslinger

Urteil vom 15. März 2023

in Sachen

A. _____ SA,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt X2. _____,

gegen

1. **B. _____ Versicherungs-Gesellschaft AG,**

2. **C. _____ SA,**

Gesuchsgegnerinnen

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 13 f.)

I. Gesuch um Anordnung von Superprovisorische Massnahmen

1.

Das Gesuch wird gutgeheissen. Demnach:

1.1

Es sei die B._____ Versicherungs-Gesellschaft AG superprovisorisch anzuweisen, keine Zahlung aus der Versicherungsgarantie auf erstes Anfordern (Garantie d'exécution, numéro de police: ...) an die C._____ SA (C._____ SA), c/o D._____ SA, ... [Adresse], zu leisten.

2.

Die Anordnungen werden mit Strafdrohung nach Art. 292 StGB erlassen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zzgl. MWST von 7.7% zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

II. Gesuch um Anordnung von Vorsorglichen Massnahmen

1.

Das Gesuch wird gutgeheissen. Demnach:

1.1

Es sei die B._____ Versicherungs-Gesellschaft AG vorsorglich anzuweisen, keine Zahlung aus der Versicherungsgarantie auf erstes Anfordern (Garantie d'exécution, numéro de police: ...) an die C._____ SA (C._____ SA), c/o D._____ SA, ... [Adresse], zu leisten.

2.

Die Anordnungen werden mit Strafdrohung nach Art. 292 StGB erlassen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, letztere zzgl. MWST von 7.7% zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Parteien und Sachverhaltsüberblick

1.1. Im Zusammenhang mit Umbauarbeiten am Palais E._____ der F._____ in G._____ schloss die A._____ SA (nachfolgend: Gesuchstellerin) als Subunternehmerin mit der C._____ SA als Generalunternehmerin (nachfolgend: C._____ SA) ein "Subcontract Agreement" (act. 3/C) für "Plafond suspendus/Plafond techniques + plâtres" (nachfolgend: Subunternehmervertrag).

1.2. Als Sicherheit für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Subunternehmervertrag schloss die Gesuchstellerin mit der B._____ Versicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin 1) einen Garantievertrag ab

(Garantie d'execution). Aufgrund dieses Vertrages hat sich die Gesuchsgegnerin 1 verpflichtet, auf schriftliche Zahlungsaufforderung der begünstigten C._____ SA, wonach die Gesuchstellerin ihre Verpflichtungen aus dem Subunternehmervertrag nicht erfüllt habe, eine Garantieleistung bis zum Höchstbetrag von CHF 537'144.00 zu bezahlen (act. 3/D).

1.3. Am 8. August 2022 kündigte die C._____ SA den Subunternehmervertrag mit der Gesuchstellerin (act. 1 Rz. 5.6 mit Hinweis auf act. 3/O).

1.4. Mit Schreiben vom 18. Januar 2023 setzte die Gesuchstellerin der C._____ SA eine letzte Frist für die Bezahlung des nach ihrer Ansicht ausstehenden Werklohnes an (act. 1 Rz. 5.8 mit Hinweis auf act. 3/Q).

1.5. Mit Schreiben vom 16. Februar 2023 berief sich die C._____ SA gegenüber der Gesuchsgegnerin 1 auf die oben erwähnte Garantie und verlangte eine Zahlung in der Höhe von CHF 537'144.00 (act. 1 Rz. 5.9 mit Hinweis auf act. 3/F Blatt 2).

1.6. Mit dem vorliegenden Gesuch verlangt die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegnerin 1 sei (superprovisorisch) eine Zahlung aus der Garantie zu verbieten.

2. Formelles

2.1. Eingaben sind dem Gericht in Papierform oder elektronisch einzureichen. Sie sind zu unterschreiben (Art. 130 Abs. 1 ZPO). Am 13. März 2023 übermittelte die Gesuchstellerin eine Eingabe per Fax bzw. "elektronisch" (act. 1A). Eine durch Fax übermittelte Eingabe ist nach der Rechtsprechung keine "Eingabe in Papierform" (BGE 121 II 252 E. 3 und 4). Und eine gültige "elektronische" Eingabe liegt ebenfalls nicht vor, weil die elektronische Signatur fehlt. Für das Einzelgericht ist die in Papierform zugesandte Eingabe massgebend, die am 15. März 2023 hierorts einging (act. 1).

2.2. Die örtliche Zuständigkeit ist zu bejahen, weil die Gesuchsgegnerin 1 (B._____ Versicherungs-Gesellschaft AG) ihren Sitz in Zürich hat (Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 31 ZPO). Auch die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des

Handelsgerichts ist gegeben, weil eine vorsorgliche Massnahme über eine handelsrechtliche Streitigkeit zu beurteilen ist (Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG).

2.3. Da sich zeigen wird, dass das Gesuch offensichtlich unbegründet ist, kann das Gericht sofort entscheiden, ohne der Gesuchsgegnerin 1 Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (Art. 253 ZPO). Das Gesuch samt Beilagen ist der Gesuchsgegnerin 1 mit dem vorliegenden Urteil zur Kenntnis zuzustellen. Der Gesuchstellerin 2 ist nur das Gesuch (ohne Beilagen) zur Kenntnis zuzustellen.

3. Materielles

3.1. Das Gesuch richtet sich gegen die Gesuchsgegnerin 1 (B._____ Versicherungs-Gesellschaft AG) und Gesuchsgegnerin 2 (C._____ SA). Passivlegitimiert ist aber offensichtlich nur die Gesuchsgegnerin 1. Etwas anderes macht die Gesuchstellerin auch nicht geltend (act. 1 Rz. 1 lit. b). Mangels Passivlegitimation ist das Gesuch offensichtlich unbegründet, soweit es sich gegen die Gesuchstellerin 2 richtet.

3.2. Aus anderen Gründen ist das Gesuch aber auch offensichtlich unbegründet, soweit es sich gegen die passivlegitimierte Gesuchstellerin 1 richtet.

a. Gemäss der Rechtsprechung des Einzelgerichts werden provisorische Zahlungsverbote bei Garantien 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 Garantie offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist und wenn der Rechtsmissbrauch auch für den Garanten erkennbar ist (ZR 114 [2015] Nr. 44 S. 180 ff.; ZR 112 [2013] Nr. 68; ZR 111 [2012] Nr. 69; je mit Hinweisen).

b. Im vorliegenden Fall macht die Gesuchstellerin geltend, C._____ SA habe den mit ihr (der Gesuchstellerin) abgeschlossenen Subunternehmervertrag missbräuchlich gekündigt und ihr (der Gesuchstellerin) die Schuld an der Verzögerung des Baufortschrittes angehängt. Weiter habe die C._____ die Garantie erst sechs

Monate nach der schriftlichen Kündigung des Subunternehmervertrages in Anspruch genommen. Und schliesslich sei die Garantie nur ausgelöst worden, weil sie (die Gesuchstellerin) am 18. Januar 2023 Ansprüche gegenüber der C._____ geltend gemacht hätten (act. 1 Rz. 7.1).

c. Mit dieser Begründung ist ein offensichtlich rechtsmissbräuchliches Abrufen der Garantie durch die C._____ SA nicht glaubhaft gemacht. Hier liegt ein klassischer Fall einer Streitigkeit aus dem der Garantie zugrunde liegenden Vertrages (des Subunternehmervertrages zwischen der C._____ SA und der Gesuchstellerin) vor, welchen die Garantien (die Gesuchsgegnerin) nicht zu kümmern hat.

- Unbestritten ist der Subunternehmervertrag vorzeitig aufgelöst und damit nicht erfüllt worden, weshalb ein Garantiefall vorliegen kann. Der Grund für die Streitigkeit aus dem Grundverhältnis kann und muss die Garantin nicht kennen. Von einem offensichtlich missbräuchlichen Abrufen der Garantie, die auch für die Gesuchsgegnerin 1 erkennbar ist, kann keine Rede sein.
- Auch der Zeitpunkt der Abrufung der Garantie (sechs Monate nach der Kündigung des Subunternehmervertrages) lässt nicht auf ein offensichtlich missbräuchliches Vorgehen der C._____ SA schliessen, weil es Sache der C._____ SA ist zu entscheiden, wann sie sich auf eine Erfüllungsgarantie berufen will.
- Das gleiche gilt auch für das Argument, C._____ SA habe mit ihrem Vorgehen auf ihre Zahlungsaufforderung vom 18. Januar 2023 reagiert. Falls dem so sein sollte - was nicht dargetan, sondern eine blosse Mutmassung der Gesuchstellerin ist -, wäre wiederum festzuhalten, dass es Sache der C._____ SA ist, wann sie sich auf die Garantie berufen will.

d. Aus diesen Gründen kann nicht von einer missbräuchlichen Abrufung der Garantie gesprochen werden. Im Übrigen wird seitens der Gesuchstellerin nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich, dass eine Missbräuchlichkeit, die, wie gesagt, gar nicht vorliegt, für die Gesuchsgegnerin 1 erkennbar wäre.

3.4. Nach dem Gesagten sind sowohl das Dringlichkeitsbegehren als auch das Massnahmebegehren wegen offensichtlicher Unbegründetheit sofort abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einem Streitwert von CHF 537'144.00 ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung einer Reduktion für das Summarverfahren auf CHF 10'000.00 festzusetzen (§ 4 und § 8 Abs. 1 GebV OG).

4.2. Für die Zusprechung einer Parteientschädigung besteht kein Anlass, weil der Gesuchsgegnerin kein relevanter Aufwand entstanden ist.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Dringlichkeitsbegehren wird abgewiesen.
2. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr von CHF 10'000.00 wird der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - a) die Gesuchstellerin, vorab per Fax (...),
 - b) die Gesuchsgegnerin 1, unter Beilage eines Doppels des Gesuchs (mit Beilagen),
 - c) die Gesuchsgegnerin 2, unter Beilage des Doppels des Gesuchs (ohne Beilagen).
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 537'144.00.

Zürich, 15. März 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger