

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE230157-O

U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie Gerichtsschreiber  
Jan Busslinger

## Urteil vom 22. Dezember 2023

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ SA,**

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_ SA,**

Gesuchsgegnerin

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 9 f.)

*Es sei superprovisorisch sowie unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall (Art. 292 StGB) richterlich anzuweisen:*

1. B.\_\_\_\_\_ SA zu verbieten, die folgenden Garantien freizugeben:
  - Ausführungsgarantie "Garantie de bonne exécution" GAC 1 von CHF 347'770.-;
  - Anzahlungsgarantie "Garantie de remboursement d'acompte" GCA 2 von CHF 190'000.-.
2. Subsidiär, B.\_\_\_\_\_ SA verurteilen, Sicherheit in der Höhe von CHF 537'770.- zu leisten.

*Nachdem der Gesuchsgegnerin die Gelegenheit gegeben wurde, sich vorläufig mündlich und/oder schriftlich zu äussern, es sei provisorisch sowie unter Strafandrohung im Widerhandlungsfall (Art. 292 StGB) richterlich anzuweisen:*

3. B.\_\_\_\_\_ SA zu verbieten, die folgenden Garantien freizugeben:
  - Ausführungsgarantie "Garantie de bonne exécution" GAC 1 von CHF 347'770.-;
  - Anzahlungsgarantie "Garantie de remboursement d'acompte" GCA 2 von CHF 190'000.-.
4. Subsidiär, B.\_\_\_\_\_ SA verurteilen, Sicherheit in der Höhe von CHF 537'770.- zu leisten.

In jedem Fall:

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Parteien und Sachverhaltsüberblick

1.1. Im Zusammenhang mit einem Bauprojekt in C.\_\_\_\_\_ beauftragte die D.\_\_\_\_\_ AG (als Total- bzw. Generalunternehmerin) die A.\_\_\_\_\_ SA (als Subunternehmerin [nachfolgend: Gesuchstellerin]) mit Werkvertrag vom 10. Juni 2020 mit der Herstellung und dem Einbau von Fenstern. Der Werklohn gemäss Werkvertrag betrug CHF 3'280'000.00 (ohne MWST) bzw. CHF 3'532'560.00 (inkl. MWST) (act. 3/1).

1.2. In Ziff. 7 des Werkvertrages vom 10. Juni 2022 verpflichtete sich die Gesuchstellerin, zugunsten der D.\_\_\_\_\_ AG diverse Garantien auszustellen. In der Folge beauftragte die Gesuchstellerin die B.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin), folgende Garantien auszustellen:

- Ausführungsgarantie "Garantie de bonne exécution" CAG 1 mit einem Garantiebetrug von CHF 347'770.-,
- Anzahlungsgarantie "Garantie de remboursement d'acompte" GAC 2 mit einem Garantiebetrug von CHF 190'000.-.

Die Ausführungsgarantie über CHF 347'770.- ist bis am 30. Mai 2025 befristet (act. 3/2). Die Anzahlungsgarantie war bis am 30. September 2023 befristet (act. 3/3).

1.3. Mit Schreiben vom 28. August 2023 (Demande en paiement, Tirage de la garantie de remboursement d'acompte no GAC 3) verlangte D.\_\_\_\_\_ AG von der Gesuchsgegnerin die Freigabe der Anzahlungsgarantie in der Höhe von CHF 190'000.- (act. 3/6). Die Ausführungsgarantie, die wie erwähnt bis am 30. Mai 2025 geltend gemacht werden kann, wurde soweit ersichtlich bislang nicht abgerufen; jedenfalls wird dies von der Gesuchstellerin nicht geltend gemacht.

1.4. Mit dem vorliegenden Gesuch stellt die Gesuchstellerin die einleitend aufgeführten Anträge und verlangt im Wesentlichen, der Gesuchsgegnerin seien (superprovisorisch) Zahlungen aus der Ausführungsgarantie (CHF 347'770.0) und der Anzahlungsgarantie (CHF 190'000.-) zu verbieten.

## 2. Formelles

2.1. In der Ausführungs- und in der Abzahlungsgarantie ist gültig ein ausschliesslicher Gerichtstand in Zürich vereinbart worden (act. 3/2 und 3/3), weshalb die örtliche Zuständigkeit der Gerichte in Zürich gegeben ist (Art. 13 i.V.m. Art. 17 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).

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

### 3. Materielles

3.1. Offensichtlich unbegründet ist das Gesuch, soweit es sich auf die Ausführungsgarantie über CHF 347'770.00 bezieht. Die Gesuchstellerin macht nicht geltend, dass D.\_\_\_\_\_ AG diese Garantie abgerufen habe. Es bestand auch kein Anlass dazu, weil diese Garantie bis am 30. Mai 2025 abgerufen werden kann. Da der Gesuchstellerin diesbezüglich kein leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, erweist sich das Gesuch um vorsorgliche (und superprovisorische) Anordnung eines Verbots als offensichtlich unbegründet (Art. 261 ZPO).

3.2. Das Gesuch erweist sich aber auch insoweit als offensichtlich unbegründet, als die Gesuchstellerin eine Zahlung der Gesuchsgegnerin aus der Abzahlungsgarantie über CHF 190'000.00 verbieten lassen will.

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. Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass die Anzahlungsgarantie mit Schreiben vom 28. August 2023 und damit rechtzeitig innerhalb der Garantiedauer bis am 30. September 2023 sowie formell korrekt abgerufen wurde (act. 3/6).

Weiter gibt es keine Hinweise für eine offensichtlich missbräuchliche Abrufung der Anzahlungsgarantie. Insbesondere verfängt der Hinweis der Gesuchstellerin nicht, sie habe bereits Leistungen in der Höhe von CHF 1'581'642.- (inkl.

MWST) erbracht, welcher Betrag die Garantiesumme übersteige (act. 1 Ziff. 11 ff.). Dazu ist einerseits zu bemerken, dass sich die Gesuchstellerin auf eine nicht unterschriebene tabellarische Zusammenstellung der D.\_\_\_\_\_ AG beruft (act. 3/8 Blatt 2), weshalb nicht glaubhaft gemacht ist, dass D.\_\_\_\_\_ AG effektiv die (vertragskonforme) Erfüllung im genannten Umfang anerkennt. Andererseits wäre im Zusammenhang mit einer "Anzahlungsgarantie" entscheidend zu wissen, welche Anzahlungen geleistet wurden, um beurteilen zu können, ob für die ganze Anzahlung vertragskonform erfüllt wurde; Angaben dazu fehlen. Soweit die Gesuchstellerin behauptet, in einem Schreiben vom 8. November 2023 an die litauische Fensterlieferantin habe D.\_\_\_\_\_ AG anerkannt, dass alle Leistungen erbracht worden seien (act. 1 Ziff. 16), bezieht sich D.\_\_\_\_\_ AG auf die Leistungen des lettischen Fensterlieferanten und nicht diejenigen der Gesuchstellerin, weshalb sie - die Gesuchstellerin - nichts daraus ableiten kann.

Schliesslich wäre es für die Gesuchsgegnerin auch nicht erkennbar, dass die Garantie offensichtlich missbräuchlich abgerufen wurde.

c. Das Gesuch ist somit auch insoweit abzuweisen, als die Gesuchstellerin beantragt, der Gesuchsgegnerin zu verbieten, eine Zahlung aus der Anzahlungsgarantie über CHF 190'000.- zu erbringen.

3.3. 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 537'770.- (CHF 347'770.- und CHF 190'000.-) ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung einer Reduktion für das Summarverfahren und das teilweise vergleichbare Parallelverfahrens HE230158-O auf CHF 8'000.00 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 8'000.00 wird der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an
  - a) die Gesuchstellerin, vorab mit vertraulicher E-Mail an <info@E.\_\_\_\_\_.ch>,
  - b) die Gesuchsgegnerin, unter Beilage eines Doppels des Gesuchs (mit 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 CHF 537'770.00.

Zürich, 22. Dezember 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger