

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE230158-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. \_\_\_\_\_ AG,**  
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 Anzahlungsgarantie in Höhe von CHF 526'440.- gemäss der Bürgschaftsurkunde (*Acte de cautionnement*) - Garantie auf erstes Verlangen (Anzahlung) Policen-Nr. 1 vom 18. Juli 2023 freizugeben.
2. Subsidiär, B.\_\_\_\_\_ SA verurteilen, Sicherheit in der Höhe von CHF 526'440.- 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 Anzahlungsgarantie in Höhe von CHF 526'440.- gemäss der Bürgschaftsurkunde (*Acte de cautionnement*) - Garantie auf erstes Verlangen (Anzahlung) Policen-Nr. 1 vom 18. Juli 2023 freizugeben.
4. Subsidiär, B.\_\_\_\_\_ SA verurteilen, Sicherheit in der Höhe von CHF 526'440.- 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.\_\_\_\_\_ SA (nachfolgend: Gesuchs-

gegnerin) mit der Ausstellung einer Garantie zugunsten der D.\_\_\_\_\_ AG. Bei den Akten liegt die Anzahlungsgarantie "Acte de cautionnement - B.\_\_\_\_\_ garantie de construction - Garantie sur première demande (versement d'un acompte); Numero de police 1" vom 18. Juli 2023 (nachfolgend: "Anzahlungsgarantie vom 18. Juli 2023"). Der Garantiebetrug (somme de garantie) wurde auf CHF 526'440.00 festgesetzt, und die Anzahlungsgarantie wurde zeitlich auf den 31. August 2023 befristet (act. 3/2).

1.3. Mit Schreiben vom 28. August 2023 (Demande en paiement, Tirage de la garantie d'exécution Nr. 1) verlangte D.\_\_\_\_\_ AG von der Gesuchsgegnerin unter Hinweis auf die "Anzahlungsgarantie vom 18. Juli 2023" die Freigabe der Garantie in der Höhe von CHF 526'440.00. Dabei hielt D.\_\_\_\_\_ AG ausdrücklich fest, dass am Auszahlungsbegehren nicht festgehalten werde, wenn die Garantie bis am 30. September 2023 verlängert werde (act. 3/5 ["Toutefois, nous ne ferons pas appel à la garantie susmentionnée si la durée de ladite garantie devait être prolongée jusqu'au 30.09.2023"]).

1.4. Ob die am 31. August 2023 auslaufende "Anzahlungsgarantie vom 18. Juli 2023" (act. 3/2) verlängert wurde und wenn ja wie, ist weder bekannt noch dokumentiert. In der vorprozessualen Korrespondenz führt die Gesuchstellerin jedoch selbst aus, dass die Garantie am **1. Oktober 2023** abgelaufen sei (act. 3/11 ["... garantie est caduque le 1er octobre 2023..."]). Desgleichen geht die Gesuchsgegnerin in ihrem Schreiben vom 18. Dezember 2023 davon aus, dass die Garantie vor ihrem Verfall am **1. Oktober 2023** abgerufen worden sei (act. 3/12 ["... ils ont fait leur demande avant l'échéance du 1er octobre 2023..."]). Dies deutet darauf hin, dass die Anzahlungsgarantie vom 28. Juli 2023 durch eine später, am 1. Oktober 2023 ablaufende Garantie abgelöst wurde.

1.5. Mit dem vorliegenden Gesuch stellt die Gesuchstellerin die einleitend aufgeführten Anträge und verlangt im Wesentlichen, es sei der Gesuchsgegnerin (superprovisorisch) eine Zahlung aus der Abzahlungsgarantie zu verbieten, wobei sie sich ausdrücklich auf die **Abzahlungsgarantie vom 18. Juli 2023** bezieht.

## 2. Formelles

2.1. Da in der Abzahlungsgarantie vom 18. Juli 2023 gültig ein ausschliesslicher Gerichtstand in Zürich vereinbart wurde (act. 3/2), ist die örtliche Zuständigkeit der Gerichte in Zürich zu bejahen (Art. 13 i.V.m. Art. 17 ZPO). Daran ändert auch der Umstand nichts dass diese Garantie mutmasslich durch eine neue, am 1. Oktober 2023 ablaufende und nicht dokumentierte Garantie abgelöst wurde (vgl. E. 1.4), weil nicht anzunehmen ist, dass in der mutmasslich verlängerten Garantie die Gerichtsstandsklausel geändert wurde. 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. Es wurde bereits erläutert (E. 1.4), dass die bei den Akten liegende **Anzahlungsgarantie vom 18. Juli 2023**, die zeitlich bis am 31. August 2023 befristet ist, kaum die relevante Garantie ist, auf welche sich die begünstigte D.\_\_\_\_\_ AG berief. Vielmehr ist mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich D.\_\_\_\_\_ AG auf eine andere, bis am **1. Oktober 2023** laufende und nicht dokumentierte Garantie berief. Im Sinn einer Hauptbegründung ist daher festzuhalten, dass das Gesuch schon deshalb abzuweisen ist, weil die relevante Garantie dem Gericht nicht vorgelegt wird.

3.2. Im Sinn einer Eventualbegründung ist festzuhalten, dass das Gesuch auch abzuweisen wäre, wenn eine Zahlung aus der Abzahlungsgarantie vom 18. Juli 2023 verlangt würde.

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 vom 18. Juli 2023 mit Schreiben vom 28. August 2023 rechtzeitig und formell korrekt abgerufen wurde (act. 3/5).

Weiter gibt es keine Hinweise für eine offensichtlich missbräuchliche Abrufung der Anzahlungsgarantie vom 18. Juli 2023. 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. 10 ff.). Dazu ist einerseits zu bemerken, dass sich die Gesuchstellerin auf eine nicht unterschriebene tabellarische Zusammenstellung der D.\_\_\_\_\_ AG beruft (act. 3/7 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.

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

c. Selbst wenn es um die Abrufung der **Abzahlungsgarantie vom 18. Juli 2023** durch die D.\_\_\_\_\_ AG ginge - was kaum der Fall ist -, wären die Voraussetzungen für ein Zahlungsverbot nicht glaubhaft gemacht.

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 526'440.- ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung einer Reduktion für das Summarverfahren und das teilweise vergleichbare Parallelverfahrens HE230157-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@....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 rund CHF 526'440.00.

Zürich, 22. Dezember 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger