

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230116-O

U/pz

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie der Gerichtsschreiber  
Lukas Bügler

## Urteil vom 10. Oktober 2023

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**

Gesuchstellerin

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

gegen

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

Gesuchsgegnerin

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Gesuchsgegnerin sei im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO zu verbieten, Zahlungen irgendwelcher Höhe aus der Ausführungsgarantie Policen-Nummer 1, ausgestellt am 22. Mai 2023, über CHF 6'660'000.00 zu Gunsten der C.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse] vorzunehmen;
2. Die beantragte vorsorgliche Massnahme sei superprovisorisch im Sinne von Art. 256 ZPO anzuordnen;
3. Es sei der Gesuchstellerin gestützt auf Art. 263 ZPO eine erstreckbare Frist zur Einreichung der Klage anzusetzen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

**Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:**

1. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2023 reichte die Gesuchstellerin obgenanntes Begehren um Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ein (act. 1). Da sich das Begehren der Gesuchstellerin – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – als unbegründet erweist, ist auf das Einholen einer Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zu verzichten (Art. 253 ZPO).

2. Nach Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO setzt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen u.a. voraus, dass die gesuchstellende Parteien einen nicht aus der Verletzung des Hauptsacheanspruchs drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil glaubhaft macht. Der nicht oder nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil besteht in einer Beeinträchtigung des Gesuchstellers in seiner materiellen Rechtsstellung: Wird die vorsorgliche Massnahme nicht erlassen, besteht die Gefahr, dass der glaubhaft gemachte zivilrechtliche Anspruch überhaupt nicht mehr oder nur noch mit erheblichen Schwierigkeiten verwirklicht werden kann. Es kann sich dabei sowohl um Nachteile tatsächlicher als auch rechtlicher Natur handeln. Nicht leicht wiedergutzumachen ist ein Nachteil namentlich dann, wenn er sich später glaubhafterweise nicht mehr ermitteln, bemessen oder ersetzen lässt (KUKO ZPO-KOMFEL EHRENZELLER, Art. 261 N 8 f.; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 25 ff.)

3.1. Die Gesuchstellerin bringt zum nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil vor, als reiner "Schreibtisch-GU" habe sie angesichts der Praxis des Zürcher Obergerichts davon abgesehen, ein Bauhandwerkerpfandrecht anzumelden. Mit dem offenen Ausstand von mehr als CHF 13 Mio. gegenüber der aus der streitgegenständlichen Ausführungsgarantie Begünstigten C.\_\_\_\_\_ AG sowie dem nunmehr drohenden Abfluss weiterer CHF 6.66 Mio. bestünde gesamthaft ein Negativsaldo von rund CHF 20 Mio., was zu Liquiditätsschwierigkeiten führen könne. Für die gerichtliche Durchsetzung dieser Ansprüche auf CHF 20 Mio. benötige sie sodann weitere liquide Mittel, welche ihr gerade durch die Inanspruchnahme der Ausführungsgarantie entzogen würden.

Sie verfüge weiter über einen grossen Aval-Rahmen bei der B.\_\_\_\_\_, welcher global gelte. Die Inanspruchnahme sei als Versicherungsfall zu werten und Versicherungsfälle führten naturgemäss auch ganz konkret, auch im vorliegenden Fall, zu einer Anpassung der Prämien. Ihr drohten daher erhebliche und dauerhafte Mehrkosten; dieser finanzielle Nachteil sei nicht wiedergutzumachen. Es sei notorisch, dass die Inanspruchnahme einer Garantie ein wesentlicher Faktor bei der weiteren Prämiengestaltung darstelle und sich kostenerhöhend auswirke.

Die vorerwähnten Umstände hätten auch eine negative Beeinflussung ihrer Kreditwürdigkeit zur Folge und würden ein ernsthaftes und unmittelbar drohendes Risiko eines Reputationsschadens im Markt mit sich bringen. Zudem würden ihre Chancen bei neueren Ausschreibungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verschlechtert und zu schlechteren Versicherungskonditionen führen, zumal bei neuen Ausschreibungen regelmässig Fragen zur Inanspruchnahme von Garantien in der Vergangenheit gestellt würden (act. 1 Rz. 30).

3.2. Mit den vorstehend wiedergegebenen Ausführungen gelingt es der Gesuchstellerin nicht, einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen. Soweit die Gesuchstellerin zunächst geltend macht, es drohten ihr Liquiditätsschwierigkeiten aufgrund des bereits bestehenden Ausstandes von mehr als CHF 13 Mio. und des weiteren drohenden Abflusses, handelt es sich um eine blosser Parteibehauptung. Der behauptete Ausstand von mehr als CHF 13 Mio. ist unbelegt und wird von der Gesuchstellerin nicht näher substantiiert. Blosser Par-

teibehauptungen genügen – wie die Klägerin selbst auch ausführt (act. 1 Rz. 28) – für eine Glaubhaftmachung nicht. Die Gesuchstellerin äussert sich darüber hinaus überhaupt nicht zu ihren übrigen finanziellen Umständen. Entsprechend vermag die Gesuchstellerin keine drohenden Liquiditätsschwierigkeiten glaubhaft zu machen. Das Führen eines Zivilprozesses und die damit verbundenen Aufwände sind sodann für sich alleine nicht als nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil anzusehen. Die Gesuchstellerin behauptet in diesem Zusammenhang nicht, dass eine Rückforderung von der aus der Ausführungsgarantie begünstigten C.\_\_\_\_\_ AG zufolge von finanziellen Schwierigkeiten oder anderweitigen Umständen erheblich erschwert wäre. Es handelt sich zudem auch nicht um eine im Ausland domizilierte Gesellschaft.

3.3. Die von der Gesuchstellerin weiter ins Feld geführte drohende Erhöhung der Versicherungsprämien würde sodann im Falle, dass die Garantie von der C.\_\_\_\_\_ AG tatsächlich nicht rechtmässig in Anspruch genommen wird, zu einem Schadenersatzanspruch der Gesuchstellerin gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG führen. Die Gesuchstellerin macht nicht geltend, dass ein solcher Anspruch nicht oder nur schwer durchsetzbar wäre. Hinzu kommt, dass die Gesuchstellerin gemäss ihren eigenen Ausführungen über einen grossen Aval-Rahmen bei der Gesuchsgegnerin verfügt, welcher global gilt. Es ist zwar klar, dass ein Versicherungsfall grundsätzlich zu einer Erhöhung der Versicherungsprämien führen kann. Aus den Ausführungen der Gesuchstellerin geht indessen nicht im Ansatz hervor, in welchem Verhältnis die streitgegenständliche Garantiesumme zum gemäss ihren eigenen Aussagen grossen Aval-Rahmen steht, was aber sicherlich einen Einfluss auf die drohende Erhöhung der Prämien hat. Ebenso wenig substantiiert sie, welche Mehrkosten sie im Falle einer Inanspruchnahme befürchtet, und begnügt sich in dieser Hinsicht mit der pauschalen Behauptung, es handle sich um erhebliche Mehrkosten. Entsprechend vermögen die geltend gemachten drohenden Prämien erhöhungen keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu begründen.

3.4. Dasselbe gilt auch für die vorgebrachte negative Beeinflussung der Kreditwürdigkeit sowie den Reputationsschaden. Zwar können auch Rufschädigungen

und Marktverwirrungen grundsätzlich einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil begründen, die gesuchstellende Partei hat allerdings glaubhaft zu machen, dass die gerügten Umstände tatsächlich schadensträchtig sind (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 34). Die Gesuchstellerin begnügt sich indessen damit, bloss pauschal vorzubringen, es drohe eine negative Beeinflussung der Kreditwürdigkeit und ein Reputationsschaden. Dies genügt nicht, um in dieser Hinsicht die Möglichkeit eines Schadenseintritts glaubhaft zu machen, zumal im Baugewerbe notorischerweise die Beanspruchung von Sicherheiten und dergleichen auch durch beziehungsweise zulasten anderer Unternehmen erfolgt. Damit vermögen auch diese Umstände keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu begründen.

3.5. Soweit die Gesuchstellerin schliesslich einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil in schlechteren Ausschreibungschancen erblickt, ist ihr entgegen zu halten, dass bei der Auftragsvergabe bekanntlich eine Vielzahl unterschiedlicher Kriterien eine Rolle spielen und alleine der Umstand, dass einmal eine Garantie in Anspruch genommen wurde, nicht zu einer derartigen Verschlechterung der Ausschreibungschancen führt, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO gegeben wäre.

4. Zusammenfassend fehlt es an einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Es erübrigt sich daher, auf die weiteren Ausführungen der Gesuchstellerin einzugehen und das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin ist sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich abzuweisen.

5. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt CHF 6'600'000.–. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG sowie unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips ist die Gerichtsgebühr auf CHF 8'000.– festzulegen. Mangels prozessuaalem Aufwand ist der Gesuchsgegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **Die Einzelrichterin erkennt:**

1. Das Dringlichkeitsbegehren wird abgewiesen.

2. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr von CHF 8'000.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Es werden kein Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage von act. 1–3/1–26, an die Gesuchstellerin vorab per E-Mail
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 6'600'000.–.

Zürich, 10. Oktober 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Lukas Bügler