

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170438-O

U/ei

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 28. November 2017

in Sachen

A._____ SA,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____

gegen

B._____,

Beklagte

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Gesuchsgegnerin sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu verbieten, Zahlungen aus der "counter-guarantee" (Rückgarantie) Nr. DOK-1 zu leisten, insbesondere nicht an oder auf Anweisung bzw. zugunsten der C. _____ [Bank].
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Mit Eingabe vom 9. November 2017 (überbracht) stellte die Gesuchstellerin (fortan Klägerin) ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 1). Mit Verfügung vom 9. November 2017 wurde dem Gesuch einstweilen und ohne Anhörung der Gegenpartei entsprochen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsgegnerin (fortan Beklagte) Frist angesetzt um zum klägerischen Massnahmebegehren Stellung zu nehmen. Zudem wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 4). Der klägerische Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 7). Die Beklagte nahm mit Eingabe vom 24. November 2017 zum Begehren Stellung (act. 8). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchte ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

3. Das erkennende Gericht hat seine Praxis zur Aussprechung von Zahlungsverboten, insbesondere auch bei Bankgarantien, publiziert (vgl. ZR 2012 Nr. 69, ZR 2013 Nr. 67, ZR 2013 Nr. 68, ZR 2014 Nr. 28, ZR 2015 Nr. 44). Daraus geht eine grosse Zurückhaltung bei der Aussprechung eines Verbotes hervor. Betont wurde, dass in Konstellationen wie der vorliegenden der privatrechtliche Grundsatz "zuerst zahlen, dann prozessieren" gilt, was in der Regel zwischen den Parteien, welche die Zurverfügungstellung einer Garantie vereinbart hatten, die Klägerrolle und auch den Beklagtengerichtsstand wechseln lässt. Der Bank - vorlie-

gend also der Beklagten - kommt in der Regel nur die Rolle zu, die formal korrekte Abrufung der Garantie zu prüfen. Das Instrument bzw. der Zweck der Bankgarantie würde beeinträchtigt bzw. verfehlt, wenn es der Garantieforderunggeberin (Klägerin) möglich wäre, durch ein blosses Glaubhaftmachen eines korrekten Verhaltens ihrerseits ein Zahlungsverbot zu erwirken. Deshalb ist es richtig, als Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im beantragten Sinne das Glaubhaftmachen eines offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Abrufes der Garantie zu verlangen, wobei der Rechtsmissbrauch auch für die Bank erkennbar sein muss.

4. Die Parteien halten vorliegend übereinstimmend fest, dass der Abruf der Garantie durch die C._____ (C._____) in zweckwidriger Weise erfolgen würde. Nach glaubhafter Darstellung der Klägerin hat die C._____ kein Dokument an die Beklagte übermittelt, aus welchem der Abruf der Garantie zu Gunsten der D._____ (D._____) hervorgehen würde. Aus dem Schreiben der D._____ an die Klägerin vom 5. April 2017 (act. 3/35) ergibt sich zudem, dass eine solche Beanspruchung nicht stattgefunden hat und auch nicht stattfinden wird. Nachdem die Beklagte bestätigt hat, dass sie den Abruf der Garantie durch die C._____ in Kenntnis dieser Tatsachen als zweckwidrig ansehe und eine Auszahlung verweigern würde (act. 8 S. 2), erscheint der Abruf rechtsmissbräuchlich. Der klägerische Anspruch ist damit ohne Weiterungen ausgewiesen.

5. Die Beklagte beantragt die Abweisung des Gesuchs mit einem Hinweis darauf, dass sie auf Basis der gegenwärtig vorliegenden Informationen keine Zahlung unter der Rückgarantie auslösen werde. Damit entfalle sowohl ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil als auch die Dringlichkeit (act. 8 S. 2). Dieser Ansicht ist nicht zu folgen: Nach wie vor wird eine Rückforderung im vorliegenden Falle, bei einer Zahlung (letztlich) an eine Organisation, die in einer nahen Beziehung zur syrischen Regierung steht, in einem besonderen Masse erschwert (vgl. dazu act. 4 Ziff. 7). Alleine weil die Beklagte angibt, von sich aus auf eine Auszahlung zu verzichten, entfällt dieser Nachteil nicht. Insbesondere ist zu beachten, dass die Beklagte selbst ausgeführt hat, auf eine Auszahlung nur bei Vorliegen eines Gerichtsentscheids zu verzichten (act. 3/34). Unter diesen Umständen kann

die jetzige Zusage der Beklagten den Nachteil nicht entfallen lassen. Dasselbe gilt für die Frage der Dringlichkeit. Schliesslich ist die Verhältnismässigkeit der Massnahme nach wie vor gegeben, zumal nach heutigem Stand auch die Beklagte kein Interesse mehr an einer Auszahlung der Garantie hat.

6. Zusammenfassend gelingt es der Klägerin, die Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen glaubhaft zu machen. Dementsprechend ist der Beklagten weiterhin zu verbieten, aus der "counter-guarantee" Nr. DOK-1 eine Auszahlung, insbesondere an die C._____ zu leisten.

7. Für die Prosequierung des Anspruchs ist der Klägerin in Anwendung von Art. 263 ZPO eine angemessene Frist anzusetzen. Das Verbot ist entsprechend zu befristen.

8.1. Bei den Prozesskosten ist gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO die definitive Regelung bezüglich der Verteilung dem Entscheid des Hauptsachegerichts vorzubehalten. Nur für den Fall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozesses in der Hauptsache dahinfällt, ist eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen.

8.2. Der für die Berechnung der Gerichtsgebühren massgebende Streitwert beträgt CHF 579'354.- (act. 1 Rz. 3, entspricht EUR 500'000.-). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 12'000.- festzusetzen.

8.3. Da die Beklagte nicht anwaltlich vertreten ist und keine substantiierten Ausführungen zur beantragten Umtriebsentschädigung gemacht hat (vgl. act. 8), ist ihr auch bei einem Dahinfallen der vorsorglichen Massnahme zufolge fehlender Prosequierung keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Beklagten wird verboten, aus der "counter-guarantee" (Rückgarantie) Nr. DOK-1 eine Auszahlung zu leisten, insbesondere nicht an oder auf Anweisung bzw. zugunsten der C._____.
2. Der Klägerin wird eine einmalige Frist bis 10. Januar 2018 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würde die Anordnung nach Ziff. 1 ohne Weiteres dahinfallen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 12'000.–. Sie wird aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Ziff. 2), so wird der Kostenbezug definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung im dortigen Verfahren vorbehalten.
4. Die Regelung der Parteientschädigung wird dem Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Ziff. 2), sind keine Parteientschädigungen geschuldet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage je eines Doppels von act. 8 und act. 9/1.
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 579'359.–.

Zürich, 28. November 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler