



Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Christian Fischbacher

Urteil vom 2. September 2013

in Sachen

1. **A._____ A/S,**
 2. **B._____ GmbH,**
- Klägerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

1. **C._____ B.V.,**
2. **D._____ B.V.,**
3. **E._____ SAS,**
4. **F._____ N.V.,**
5. **G._____ N.V.,**
6. **H._____ S.A,**

Beklagte

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

"Die Antragsteller begehren folgende Superprovisorische Anordnungen gegen alle Antragsgegner, sowohl einzeln als auch gemeinsam:

- eine Feststellung, dass die Antragsgegner bis auf weitere Mitteilung durch das Gericht nicht berechtigt sind, die Erfüllung der Unterverträge zu unterbrechen;
- dass die Antragsgegner ihre Unterbrechung der Werke gemäss den Unterverträgen beenden und die Unterverträge so lange erfüllen, bis alle Werke gemäss den Unterverträgen fertiggestellt sind und alle ihre Verpflichtungen erfüllt sind, oder bis auf weitere Mitteilung durch das Gericht;
- dass die Antragsgegner ab sofort den Antragstellern alle Komponenten für die Fundamente für das Projekt übergeben, die sich gegenwärtig im Besitz der Antragsgegner befinden, einschliesslich insbesondere:-
 - 1) 10 Übergangsstücke ("ÜS"), die von den Antragstellern abgenommen wurden; und
 - 2) 6 ÜS, die noch von den Antragstellern abgenommen werden müssen, welche aber im Wesentlichen fertiggestellt sind;wobei alle diese 16 ÜS von den Antragsgegnern auf ihrer Anlage in I._____, Belgien, zurückgehalten werden;
- eine Feststellung, dass die 16 ÜS und andere Komponenten für die Fundamente Eigentum der Antragsteller sind;
- dass die Antragsgegner ab sofort sämtliche Mängel an den bereits an die Antragsteller ausgelieferten Fundamentkomponenten beheben, einschliesslich der Mängel an 7 ÜS, welche sich auf dem Gelände der Antragsteller in ..., Niederlande, befinden;
- dass die Antragsteller sich bis auf Weiteres jeglicher Handlung enthalten, welche die Antragsteller an der Annahme aller Fundamentkomponenten hindern könnte, die sich im Besitz der Antragsgegner befinden, einschliesslich insbesondere der 16 ÜS, welche in I._____ gelagert werden;
- dass die Antragsgegner ab sofort an die Antragsteller alle vertraglichen Dokumentationen weiterleiten, die sich auf die Übergabe und/oder Annahme, und/oder Fertigstellung und/oder den Eigentumsnachweis von Fundamentkomponenten beziehen, einschliesslich insbesondere Dokumentationen zur Qualitätssicherung und Bestandsdokumentationen; und
- eine Feststellung, dass es unter den gegebenen Umständen rechtswidrig ist, wenn die Antragsgegner direkt mit der J._____ GmbH in Bezug auf das Projekt kommunizieren; und

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge bezüglich dieses Verfahrens zu Lasten der Antragsgegner."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 29. August 2013 ging am 30. August 2013 hierorts ein (act. 1). Dass nur ein Dringlichkeitsbegehren formuliert wurde, ändert nichts daran, dass ein Massnahmeverfahren nach Art. 261 ff. ZPO vorliegt.
2. Hintergrund des Begehrens ist ein Streit zwischen den Parteien in Zusammenhang mit der Lieferung von Fundament-Elementen für eine Windenergieanlage in der Nordsee. Nach Darstellung der Klägerinnen verweigern die Beklagten die Lieferung von 16 Übergangsstücken ("ÜS") und haben die Bemühungen zur Mängelbehebung an sieben weiteren ÜS eingestellt. Zudem würden die Beklagten die Weiterleitung verschiedener vertraglicher Dokumentationen verweigern. Dieses Verhalten werde damit begründet, dass die Klägerinnen mit Teilzahlungen im Rückstand seien (act. 1 Rz. 6 f., 24 ff, 37). Die Klägerinnen stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass sie rechtmässig Vertragsstrafen infolge Verzug der Beklagten mit den in Rechnung gestellten Teilzahlungen verrechnet hätten (act. 1 Rz. 24).
3. Die Klägerinnen machen geltend, dass grosse Verluste, Schäden und Ausgaben in Millionenhöhe entstehen würden, wenn den Beklagten die Leistungsverweigerung nicht verboten würde. Sie wären gezwungen, die 16 ÜS durch Alternativlieferanten zu beziehen, weiter müssten sie ein Ersatzinstallationsschiff chartern. Drittens würden ihnen ihrerseits Vertragsstrafen gegenüber ihren Auftraggebern drohen. Schliesslich müssten sie möglicherweise Verzugs- und Ausfallentschädigungen gegenüber den Auftraggebern oder anderen Auftragsnehmern bezahlen (act. 1 Rz. 9, 11, 12 und 62).
4. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt voraus, dass die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wie-

der gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Massgeblich für die Beurteilung des Nachteils und der Bedrohungslage sind dabei objektive Kriterien und nicht die subjektiven Vorstellungen des Gesuchstellers. Ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil liegt im Sinne des objektiven Kriteriums von vorneherein nur dann vor, wenn ein rein ökonomischer Ausgleich «keinen vollwertigen Ersatz» begründet (siehe LUCIUS HUBER, in: Daniel Staehelin [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2013, N 20 zu Art. 261).

5. Mit anderen Worten genügt es zur Glaubhaftmachung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht, – wie es die Klägerinnen tun – bloss potentielle Schäden aufzulisten, welche sie für den Fall, dass diese sich realisieren sollten, (mutmasslich) gegenüber den Beklagten in einem Schadenersatzprozess geltend machen würden. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO wäre nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn die Klägerinnen beispielsweise glaubhaft darlegen würden, dass aufgrund der drohenden Insolvenz der Beklagten die Rückforderung allfälliger Schadenersatzansprüche höchst unwahrscheinlich wäre oder dass die Schadenspositionen kaum bezifferbar wären. Die Klägerinnen haben aber bereits ausgereifte Vorstellungen davon, in welcher Grössenordnung sich die allfälligen Schadenersatzforderungen bewegen werden. Dass diese nicht einbringlich wären, wird nicht behauptet.

6. Fehlt es schon nach dem Klagefundament an einem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil, ist der Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Gegenparteien kann dabei verzichtet werden (Art. 253 ZPO).

7. Zum gleichen Ergebnis führt folgende Überlegung: Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung sind bei Massnahmen auf vorläufige Vollstreckung hohe Anforderungen zu stellen, welche den Interessen beider Seiten Rechnung tragen (vgl. die Hinweise bei Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 28). Die klägerischen Vorbringen sind gesamthaft gesehen nicht schlüssig (zum Begriff Berti, Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, Rz 218). Aus den klägerischen Behauptungen geht das Vorliegen eines Rechtsstreites hervor, in welchem beide Seiten Erfüllung verlangen, die Klägerschaft Lieferung, die Ge-

genseite Zahlung (vor Lieferung). Von den in Rechnung gestellten rund EUR 119 Mio. hat die Klägerschaft nach eigenen Angaben rund EUR 109 Mio. gezahlt. Nachdem die Klägerschaft von einem durch die Nichtlieferung verursachten wesentlich höheren Schaden als EUR 10 Mio. ausgeht, erscheint es nicht unangemessen, wenn sie zur Erlangung der Restlieferung und Vermeidung hoher Schäden den Restbetrag (allenfalls unter Vorbehalt) zahlt. Würde man die Beklagten im klägerischen Sinne verpflichten, käme jenen irreversibel die Klägerrolle zu. Das würde angesichts der nicht klar erscheinenden Vertragssituation, welche ein Retentionsrecht der Beklagten oder allenfalls ein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR oder Art. 71 WKR nicht als unglaublich erscheinen lässt, einer unbilligen Härte entsprechen. Den Beklagten würde mit anderen Worten ein möglicherweise legitimes Druckmittel definitiv entzogen. Ein dem entgegenstehendes überwiegendes Interesse der Klägerschaft ist nicht erkennbar.

8. Zum gleichen Ergebnis führt auch noch folgende Überlegung: Die begrenzte Funktion des Massnahmerechts, im Wesentlichen soll es um Sicherung gehen, spricht grundsätzlich gegen die Anordnung von Massnahmen mit definitiver Wirkung (Johann Zürcher, a.a.O., N. 16; BGE 135 III 728 = Pra 2013 Nr. 35). Bei Dauerschuldverhältnissen kann eine Massnahme im Sinne einer weiteren Erfüllung angemessen sein (ZR 2012 Nr. 68). Geht es aber um einmalige, wenn allenfalls auch gestaffelt zu erbringende Leistungen, würde eine Lieferpflicht ein Definitivum bedeuten. So wäre es vorliegend. Hier müssten schon krasse Verhältnisse vorliegen, um eine Anordnung auszusprechen. Liegt aber - wie vorliegend - ein Vertragsstreit vor, bei welchem schon die klägerische Sachdarstellung kein schlüssiges Bild betreffend Fehlverhalten liefert, kann es nicht angehen, die eine Seite zu einer irreversiblen Leistung zu verpflichten.

9. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme nicht angängig gewesen wäre. Im Anwendungsbereich des LugÜ müsste ein anerkennungsfähiger Entscheid erlassen werden können. Daran fehlt es, wenn den Beklagten das "verfahrenseinleitende Schriftstück" noch nicht vorgelegt worden ist (Art. 34 Nr. 2 LugÜ; vgl. Dasser/Oberhammer-Walther, Art. 34 LugÜ N 47).

10. Ausgangsgemäss werden die Klägerinnen kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Anzuwenden sind sodann §§ 8 und 11 der Gebührenverordnung. Die Klägerinnen beziffern Schadenspositionen von mindestens EUR 28.1 Mio. (act. 1 Rz. 9, 11 und 12). In Anwendung der genannten Bestimmungen sowie von § 4 Abs. 1 und 2 und § 10 Abs. 1 GebV OG, aber auch unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips ist die Gerichtsgebühr auf CHF 10'000.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung an die Beklagten ist mangels Umtrieben nicht zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
3. Die Kosten werden den Klägerinnen unter solidarischer Haftung auferlegt.
4. Den Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagten je unter Beilage eines Doppels von act. 1 auf dem Rechtshilfeweg.
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 35 Mio.

Zürich, 2. September 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. Christian Fischbacher