

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE160484-O

Upz

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Helene Lampel

Urteil vom 24. November 2016

in Sachen

1. **A._____ SA,**
2. **B._____ Limited,**

Klägerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

C._____ AG,

Beklagte

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Der Beklagten sei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verbieten, unter der Garantie ... irgendwelche Zahlungen an die Begünstigte D._____ GmbH & Co. KG, ..., Deutschland, vorzunehmen.
2. Infolge besonderer Dringlichkeit sei das Verbot superprovisorisch ohne vorgängige Anhörung der Beklagten anzuordnen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST zu Lasten der Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Es geht um ein vorsorgliches Zahlungsverbot betreffend eine durch die Beklagte (nachfolgend "Bank") ausgestellte Bankgarantie (act. 3/7). Darin wird zunächst ein Vertriebsvertrag zwischen der D._____ GmbH & Co. KG (nachfolgend "D'._____") und der Klägerin 1 erwähnt und anschliessend Bezug genommen auf "geschuldete Bezahlungen des Abnehmers unter dem Vertriebsvertrag für die Reaktivierung der Bestellung für Oktober 2015 und die Lieferung von Produkten (...)" (Übersetzung gemäss act. 1 Rz. 23). Gemäss klägerischer Sachdarstellung (act. 1 Rz. 24) waren damit Lieferungen der D'._____ an die Klägerin 1 ab Oktober 2015 gemeint. Offenbar läuft die Garantie bis 30. November 2016 (act. 3/8).

2. Gemäss Garantietext (act. 3/7) ist unter der Garantie zu leisten, sofern D'._____ der Bank mitteilt, dass sie der Klägerin 1 vertragsgemäss geliefert hat und der geschuldete Betrag nicht fristgerecht geleistet worden sei. Die klägerische Auffassung, wonach D'._____ die Erfüllung der Bank gegenüber *nachweisen* muss (act. 1 Rz. 27), trifft nicht zu.

3. Die Klägerin 1 macht geltend, von ihr bei D'._____ im Mai 2016 für die Lieferperiode Oktober bis Dezember 2016 bestellte Ware sei nicht geliefert worden. Der klägerischerseits ins Recht gelegte Mailverkehr gibt kein eindeutiges Bild. Unter dem 26. Oktober 2016 reklamierte die Klägerin 1 ausstehende Lieferungen (act. 3/10). Die D'._____ wies in einem Mail vom 2. November 2016 darauf hin,

dass gewisse Lieferungen für den November bereit stünden, andere Bestellungen schon ausgeführt worden seien (act. 3/11). Dem widersprach die Klägerin 1 am 3. November 2016 (act. 3/12, act. 3/13). (Gänzlich) unterbliebene Lieferungen sind mit diesen Unterlagen nicht glaubhaft gemacht.

4. Ergänzend führte die Klägerschaft aus, es sei zwar Ware an die Klägerin 1 geliefert worden, aber nur gegen Vorauszahlung (act. 1 Rz. 48 ff., act. 3/14 - 17).

5. Das erkennende Gericht hat in vergleichbaren Fällen folgende Grundsätze aufgestellt (ZR 114/2015 Nr. 44 E. 4):

"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). 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 vorliegend 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.

6. Die klägerische Sachdarstellung beruht weitgehend auf Behauptungen. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der D'._____, im Sinne, dass sie Beträge unter der Garantie für nicht erfolgte Lieferungen abrufen will, ist nicht glaubhaft gemacht.

7. Es ist auch nicht glaubhaft gemacht, dass die Beklagte von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der D'._____ ausgehen muss. Das Mail eines Mitarbeiters der Beklagten (act. 3/18) ist diesbezüglich nicht zielführend.

8. Zur Anspruchsvoraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils führte die Klägerschaft aus, die Liquidität der D'._____ sei fraglich (act. 1 Rz. 63 ff.). Diese Behauptung wurde nicht glaubhaft gemacht.

9. Ist gesamthaft weder ein materieller Anspruch (Auszahlungsverbot zufolge Rechtsmissbrauchs der Begünstigten aus der Garantie) noch ein relevanter Nachteil der Klägerschaft glaubhaft gemacht, führt dies zur sofortigen Abweisung

des heute eingereichten Massnahmebegehrens (Art. 253 ZPO). Wie es um die rechtliche Beziehung der Klägerin 1 und der Klägerin 2 zur Beklagten steht - gemäss act. 1 Rz. 6 hat die Klägerin 2 der Bank den Auftrag zur Stellung einer Garantie erteilt, gemäss act. 3/8 erfolgt die Deckung offenbar durch ein auf die Klägerin 1 lautendes Konto ("...") -, kann dahingestellt bleiben.

10. Ausgangsgemäss wird die Klägerschaft kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt rund CHF 2,5 Mio. Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr ist das Äquivalenzprinzip zu berücksichtigen. Entschädigungen sind keine zuzusprechen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das klägerische Begehren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF 4'000 wird den Klägerinnen je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung jeder Klägerin für den ganzen Betrag.
3. Entschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte mit Doppeln von act. 1 und act. 3/1 - 18.
5. 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 2,5 Mio.

Zürich, 24. November 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel