

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220038-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie der Gerichtsschreiber  
Dr. Benjamin Büchler

## Urteil vom 20. Mai 2022

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ INC.,**

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2.\_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

### **Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

#### I. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

1. Gemäss der Darstellung der Gesuchstellerin haben die C.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend C.\_\_\_\_\_) und die D.\_\_\_\_\_ (nachfolgend D.\_\_\_\_\_) am 27. September 2017 einen "Contract for work" (nachfolgend: Vereinbarung) abgeschlossen (act. 3/3). In dieser Vereinbarung verpflichtete sich C.\_\_\_\_\_, für die D.\_\_\_\_\_ einen neuen Flugzeugmotor "C.\_\_\_\_\_ ..." zu entwickeln und herzustellen. Zur Absicherung der Erfüllung der Vereinbarung verpflichtete sich C.\_\_\_\_\_, zugunsten der D.\_\_\_\_\_ eine Erfüllungsgarantie in Form einer unwiderruflichen Bankgarantie auszustellen. Am 13. Dezember 2017 stellte die B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) eine bis am 15. Juli 2019 laufende "Performance Guarantee" (nachfolgend: Garantie) mit einer Garantiesumme von EUR 1'827'748.30 zugunsten der D.\_\_\_\_\_ aus (act. 3/4). In der Folge wurde die Laufzeit der Garantie mehrfach verlängert (act. 3/5 [15.7.-10.8.19], act. 3/6 [10.8.-15.10.20], für die Zeit vom 15.10.20 bis 31.1.22 ist nichts aktenkundig). Letztmals wurde die Garantie vom 31. Januar 2022 bis zum 30. April 2022 verlängert (act. 3/7).

2. Aufgrund der Vorbringen der Parteien ist nicht restlos geklärt, WER die Gesuchsgegnerin beauftragte, die Bankgarantie zu stellen. Die *Gesuchstellerin* führte aus, die C.\_\_\_\_\_ habe die Gesuchstellerin ersucht, die Garantie auszustellen. Weil der C.\_\_\_\_\_ die nötigen Mittel gefehlt hätten, sei die Garantie von der A.\_\_\_\_\_ Inc. (nachfolgend: Gesuchstellerin) "besichert" worden, "indem die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin den Betrag von EUR 1'840'000.- als sog. Cash Security zur Verfügung gestellt" habe (act. 1 Rz. 25 und Rz. 33 f.). Etwas abweichend von dieser Darstellung führt die *Gesuchsgegnerin* aus, die Gesuchstellerin habe sie (die Gesuchsgegnerin) mit der Stellung der streitgegenständlichen Garantie beauftragt (act. 8 S. 1). Wie es sich genau damit verhält, kann dahin gestellt bleiben, weil die Gesuchsgegnerin die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin ausdrücklich anerkennt (act. 8 S. 1), weshalb diese Frage nicht weiter zu erörtern ist.

3. Wie erwähnt wurde die Garantie unbestritten nicht über den 30. April 2022 hinaus verlängert. Die Gesuchstellerin macht geltend, dass die D.\_\_\_\_\_ der Ge-

suchsgegnerin am 20. April 2022 mitgeteilt habe, dass sie (die D.\_\_\_\_\_) die Garantie ziehe, wenn diese nicht über den 30. April 2022 hinaus verlängert werde (act. 1 Rz. 41 ff. mit Hinweis auf act. 3/10 Blatt 1). Die Gesuchsgegnerin geht im Ergebnis von der gleichen Darstellung aus, dass die Garantie nicht über den 30. April 2022 hinaus verlängert worden sei und dass mit SWIFT-Mitteilung vom 25. April 2022 ein sog. "Extend or Pay Demand" bei ihr eingegangen sei und dass die Zahlungsfrist am 25. Mai 2022 ablaufe, weil die Garantie nicht verlängert worden sei (act. 8 S. 1 unten/S. 2 oben mit Hinweis auf act. 3/10 Blatt 3). Auch die Gesuchstellerin teilt die Meinung der Gesuchsgegnerin, dass die Zahlungsfrist am 25. Mai 2022 ablaufe (act. 14 Rz. 6).

4. Mit Eingabe vom 4. Mai 2022 stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit folgendem Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):

- " 1. Der Gesuchsgegnerin sei, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB (Busse) mit sofortiger Wirkung zu verbieten, Überweisungen aus der Garantievereinbarung Nr. ... an die D.\_\_\_\_\_, mit Sitz in E.\_\_\_\_\_, Tschechien, zu tätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Weiter stellt die Gesuchstellerin folgenden prozessualen Antrag (act. 1 S. 2):

- " 1. Die vorsorglichen Massnahmen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 und Ziff. 2 seien superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin und mit sofortiger Wirkung, zu erlassen."

5. Mit Verfügung vom 5. Mai 2022 (act. 4) wies das Einzelgericht das Dringlichkeitsbegehren ab (Dispositiv-Ziffer 1), setzte der Gesuchstellerin eine Frist an zur Bezahlung des Kostenvorschusses (Dispositiv-Ziffer 2) und setzte der Gesuchstellerin Frist an zur Einreichung einer Stellungnahme (Dispositiv-Ziffer 3).

6. Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 7).

7. In ihrer Stellungnahme vom 17. Mai 2022 bestätigte die Gesuchsgegnerin im Wesentlichen die Sachdarstellung der Gesuchstellerin und hielt im Übrigen fest, sie überlasse es dem Gericht zu prüfen, ob die Voraussetzungen für das beantragte Auszahlungsverbot erfüllt seien. Abschliessend ersuchte die Gesuchsgegnerin um rasche Entscheidung, weil die Zahlungsfrist am 25. Mai 2022 ablaufe.

8. In ihrer Stellungnahme vom 18. Mai 2022 schloss sich die Gesuchstellerin dem Ersuchen der Gesuchsgegnerin um rasche Entscheidung an (act. 14 Rz. 6).

## II. Formelles

1. Die internationale, örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichtes des Handelsgerichtes ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 und Art. 31 LugÜ [internationale und örtliche Zuständigkeit]; Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG [sachliche Zuständigkeit]). Dies ist unbestritten.

2. Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin wurde der Gesuchstellerin (unter Hinweis auf die zeitliche Dringlichkeit) zur Wahrung des Replikrechts zur Stellungnahme zugestellt (act. 11). Da das Gesuch abzuweisen sein wird, kann die (letzte) Stellungnahme der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mit dem vorliegenden Urteil zur Kenntnisnahme zugestellt werden.

3. Weitere Bemerkungen in formeller Hinsicht erübrigen sich.

## III. Materielles

1. Nach der Praxis des Einzelgerichtes werden provisorische Zahlungsbefehle bei Bankgarantien nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen. Ein Zahlungsverbot würde vor allem diejenige Person betreffen, die durch die Bankgarantie sichergestellt, aber nicht ins Massnahmeverfahren involviert ist (im vorliegenden Fall die D.\_\_\_\_\_). Daher kommt bei einem formell korrekten Abruf einer Bankgarantie nur dann in Frage, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die sichergestellte Drittperson die Bankgarantie offensichtlich missbräuchlich abgerufen hat und dass dies auch für die Bank erkennbar ist (ZR 114 [2015] Nr. 44; ZR 112 [2013] Nr. 68; ZR 111 [2012] Nr. 69; je mit Hinweisen).

2. Formell korrekte abgerufene Bankgarantie: Beide Parteien gehen davon aus, dass die Bankgarantie formell korrekt abgerufen wurde (act. 1 Rz. 90-92 [Gesuchstellerin] und act. 8 S. 2 [Gesuchsgegnerin]).

3. Offensichtlich missbräuchliche Abrufung der Bankgarantie durch die D.\_\_\_\_\_: Die Gesuchstellerin macht geltend, die von der D.\_\_\_\_\_ vorgebrachte Begründung für den Abruf der Bankgarantie, C.\_\_\_\_\_ habe ihre vertragliche Verpflichtung, einen ersten Testflug bis am 1. September 2018 durchzuführen, nicht erfüllt, sei offensichtlich widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich, weil seither verschiedene Zahlungen an C.\_\_\_\_\_ geleistet worden seien (act. 1 Rz. 48 ff.). Dazu ist zu bemerken, dass auch die Gesuchstellerin nicht behauptet, C.\_\_\_\_\_ habe ihre Verpflichtungen termingerecht eingehalten. Im Gegenteil lässt sie die Frage ausdrücklich offen, ob ein erster Testflug termingerecht im September 2018 durchgeführt worden sei (act. 1 Rz. 54). Der Umstand, dass die D.\_\_\_\_\_ trotz des (möglichen) Verzugs der C.\_\_\_\_\_ weiterhin Zahlungen geleistet hat, lässt nicht auf einen Verzicht schliessen, die Garantie geltend zu machen.

Nicht überzeugend ist auch die Darstellung der Gesuchstellerin, im Verzugsfall sei die C.\_\_\_\_\_ nur zur Bezahlung einer Konventionalstrafe in der Höhe von 0,5% des Preises verpflichtet (act. 1 Rz. 57 ff.). Wenn für den Verzug beim ersten Testflug im September 2018 eine Konventionalstrafe von 0,5% des Preises vereinbart war, heisst dies nicht, dass bei unverändertem Nichterreichen des ersten Testfluges Ende April 2022 weiterhin nur die Konventionalstrafe gefordert werden kann.

Auch das Argument der Gesuchstellerin, die D.\_\_\_\_\_ habe die Garantie missbräuchlich mit der Begründung abgerufen, dass die Garantie nicht über den 30. April 2022 hinaus verlängert worden sei (act. 1 Rz. 65 ff.), überzeugt nicht. Wenn aufgrund der Darstellung der Gesuchstellerin Hinweise dafür bestehen, dass die C.\_\_\_\_\_ mit der Erfüllung ihrer Vertragspflichten bis heute in Verzug ist und wenn die C.\_\_\_\_\_ (bzw. des Gesuchstellerin) nicht Hand zu einer weiteren Verlängerung der Garantie bietet, ist es nicht missbräuchlich, sondern verständlich, dass die Garantie vor deren Ablauf abgerufen wird.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nicht glaubhaft gemacht wurde, dass die Bankgarantie seitens der D.\_\_\_\_\_ missbräuchlich abgerufen wurde.

4. Erkennbarkeit der öffentlichen Missbräuchlichkeit: Aufgrund der Ausführungen unter E. 3 erübrigen sich Bemerkungen dazu.

5. Das Gesuch ist abzuweisen.

#### IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig. Bereits in der Verfügung vom 5. Mai 2022 wurde der Streitwert auf CHF 1'88 Mio. beziffert und unter Hinweis auf die summarische Natur des Verfahrens eine Gerichtsgebühr von CHF 20'000.00 in Aussicht gestellt (act. 4 S. 4 E. 5). Im Verlauf des Verfahrens äusserten sich die Parteien nicht zu dieser Streitwert- und Gebührenberechnung, weshalb ohne weitere Bemerkungen daran festzuhalten ist. Eine Gerichtsgebühr in dieser Höhe steht auch in Einklang mit dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip, weil die Bearbeitung mit einem gewissen Aufwand verbunden war und nebst dem vorliegenden Endentscheid auch über ein Dringlichkeitsbegehren zu befinden war. Da sich die Gesuchstellerin mit einer zweiseitigen Stellungnahme begnügen konnte, rechtfertigt es sich unter Berücksichtigung der Reduktion für das Summarverfahren (§ 9 AnwGebV), die Prozessentschädigung auf CHF 2'000.00 festzusetzen.

#### **Der Einzelrichter erkennt:**

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 20'000.00.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 2'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (vorab per Mail an die Gesuchstellerin mit X1.\_\_\_\_@X.\_\_\_\_.ch und X2.\_\_\_\_@X.\_\_\_\_.ch und an die die Ge-

suchsgegnerin mit Y.\_\_\_\_@Z.\_\_\_\_.ch), an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von act. 14.

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 1.88 Mio.

Zürich, 20. Mai 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler