

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230111-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie Gerichtsschreiber Lukas Bügler

Urteil vom 25. Oktober 2023

in Sachen

A._____ SA,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y2._____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO zu verbieten, Zahlungen jedweder Höhe zu Gunsten von C._____, Public Joint Stock Company nach russischem Recht mit Sitz in D._____, Region E._____, Russische Föderation vorzunehmen, welche die folgenden Garantien betreffen:
- (i) Vorauszahlungsgarantie (Advance Payment Guarantee) No. 1, vom 05.08.2021, in Höhe von € 22'359'000.--, betreffend B._____ Ltd. als Garantin, A._____ SA als Garantierauftraggeberin, F._____ Joint-Stock Company, G._____ als Korrespondenzbank und PJSC C._____ als Begünstigte;
 - (ii) Erfüllungsgarantie (Performance Guarantee) No. 2, vom 05.08.2021, in Höhe von € 3'726'500.--, betreffend B._____ Ltd. als Garantin, A._____ SA als Garantierauftraggeberin, F._____ Joint-Stock Company, G._____ als Korrespondenzbank und PJSC C._____ als Begünstigte;
 - (iii) Vorauszahlungsgarantie (Advance Payment Guarantee) No. 3, vom 07.12.2021, in Höhe von € 20'244'000.--, betreffend B._____ Ltd. als Garantin, A._____ SA als Garantierauftraggeberin, F._____ Joint-Stock Company, G._____ als Korrespondenzbank und PJSC C._____ als Begünstigte; sowie
 - (iv) Erfüllungsgarantie (Performance Guarantee) No. 4, vom 07.12.2021, in Höhe von € 3'374'000.--, betreffend B._____ Ltd. als Garantin, A._____ SA als Garantierauftraggeberin, F._____ Joint-Stock Company, G._____ als Korrespondenzbank und PJSC C._____ als Begünstigte;
2. Es seien die in Ziff. 1 (i)-(iv) beantragten Massnahmen superprovisorisch, d.h. ohne vorherige Anhörung des Gesuchsgegners, anzuordnen.
3. Es sei der Gesuchstellerin eine erstreckbare Frist i.S.v. Art. 263 ZPO 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 29. September 2023 stellte die Gesuchstellerin das obgenannte Begehren (act. 1; act. 2; act. 3/1-13). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2023 wurde der Antrag auf Anordnung superprovisorischer Massnahmen abgewiesen,

von der Gesuchstellerin ein Kostenvorschuss einverlangt und der Gesuchsgegnerin Frist zur Erstattung einer Gesuchsantwort angesetzt (act. 4). Der einverlangte Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 7). Mit Eingabe vom 23. Oktober 2023 reichte die Gesuchstellerin in der Folge eine Noveneingabe ein, worin sie im Wesentlichen ausführte die streitgegenständlichen Garantien seien zwischenzeitlich in Anspruch genommen worden (act. 8; act. 9/14–18). Am 24. Oktober 2023 erstattete die Gesuchstellerin daraufhin ihre Gesuchsantwort, bestätigte darin die Inanspruchnahme der streitgegenständlichen Garantien und führte aus, sie habe die Abrufserklärungen am 23. Oktober 2023 zurückgewiesen (act. 10; act. 11; act. 12/1–8). Mit Eingabe vom 25. Oktober 2023 reichte die Gesuchstellerin eine weitere Noveneingabe ein, worin sie ebenfalls ausführte, die Gesuchsgegnerin habe die Abrufserklärungen zurückgewiesen (act. 13; act. 14/19–22).

2. Bei den von der Gesuchstellerin in ihren Eingaben vom 23. und vom 25. Oktober 2023 vorgebrachten Tatsachen handelt es sich um echte Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO (vgl. act. 8 und act. 13). Diese sind entsprechend für die Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Da die Gesuchsgegnerin in ihrer Gesuchsantwort bereits Ausführungen zu den von der Gesuchstellerin in den Noveneingaben vom 23. und 25. Oktober 2023 vorgebrachten Tatsachen gemacht hat, sind ihr die Noveneingaben der Gesuchstellerin mit dem vorliegenden Endentscheid zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt weiter Dringlichkeit voraus.

4.1. Die Gesuchstellerin beantragt vorliegend den Erlass eines vorsorglichen Zahlungsverbots für die von der Gesuchsgegnerin zugunsten der PJSC C. _____ ausgestellten Garanties (act. 1). Provisorische Zahlungsverbote werden bei Bankgarantien bzw. entsprechenden Rechtsgeschäften praxisgemäss nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen. Provisorische Zahlungsverbote können bei Bankgarantien und ähnlichen Rechtsgeschäften nur erlassen werden, sofern glaubhaft er-

scheint, dass die Abrufung des Betrages offensichtlich rechtsmissbräuchlich erfolgt (ZR 97/1998 Nr. 92; ZR 111/2012 Nr. 69). Mithin kommt ein Verbot grundsätzlich nur in Frage, wenn die Abrufung auch für die vorsorglich ins Recht gefasste Bank oder Versicherung als Garantin in erkennbarer Weise rechtsmissbräuchlich erscheint (ZR 111/2012 Nr. 69). In Bezug auf den Eintritt des Garantiefalls gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine streng formalisierte Betrachtungsweise, die allein auf den Wortlaut der Garantieklausel abstellt. Der Begünstigte muss dem Garanten gegenüber nur die (aber auch alle) Voraussetzungen erfüllen, die in der jeweiligen Garantieklausel als Bedingung für das Entstehen der Zahlungspflicht des Garanten ihm gegenüber festgelegt sind (BGE 138 III 241 E. 3.4; 122 III 321 E. 4a; 122 III 273 E. 3a).

4.2. Die Gesuchstellerin bringt zur Hautpsacheprognose unwidersprochen (act. 10) vor, sie habe mit der begünstigten russischen Gesellschaft C._____ in D._____, Region E._____, Russische Föderation, am 22. Juli 2021 einen Ausrüstungsvertrag ("Vertrag 1") und am 10. November 2021 einen Ingenieur- und Beschaffungsvertrag ("Vertrag 2") über die Planung und den Kauf einer Melaminproduktionsanlage zu einem Vertragspreis von EUR 142'010'000.00 geschlossen, wobei der Vertrag 2 den Vertrag 1 bestätigt und novelliert habe (act. 1 Rz. 14, 24, 25, 27). Die begünstigte russische Gesellschaft habe eine Vorauszahlung in der Höhe von 30 % des Vertragspreises, d.h. EUR 42'603'000.00, gegen Stellung einer Vorauszahlungsgarantie zu leisten bzw. geleistet (act. 1 Rz. 28). Zudem habe sie (die Gesuchstellerin) eine Erfüllungsgarantie in der Höhe von 5 % des Vertragspreises, d.h. EUR 7'100'500.00 zu stellen gehabt (act. 1 Rz. 29). Die bereits unter Vertrag 1 gestellten Garantien seien unter Vertrag 2 jeweils angerechnet worden (act. 1 Rz. 28, 30).

Auf Ersuchen der Gesuchstellerin habe die Gesuchsgegnerin, unter Beteiligung der F._____, G._____ als Korrespondenzbank, zwei Vorauszahlungsgarantien (Advance Payment Guarantees) in der Höhe von EUR 22'359'000.– bzw. EUR 20'244'000.– und zwei Erfüllungsgarantien (Performance Guarantee) in der Höhe von EUR 3'726'500.– und EUR 3'374'000.– zu Gunsten der C._____ ausgestellt (act. 1 Rz. 32-37).

Durch die aufgrund des russischen Einmarsches in die Ukraine am 24. Februar 2022 beschlossenen Sanktionen der Schweiz und der Europäischen Union habe sich das Projekt zunächst verzögert und später gänzlich verunmöglicht, zumal diverse ihrer zu erbringenden Leistungen unter die erlassenen Sanktionen fielen (act. 1 Rz. 41-43). Die Gesuchstellerin und die C. _____ hätten deshalb Gespräche geführt und sich namentlich am 21. März 2022, am 8. April 2022 und am 26. Oktober 2022 getroffen, wobei sie sich unter anderem darauf geeinigt hätten, dass die im Zuge des Krieges in der Ukraine gegen Russland verhängten Sanktionen einen Fall höherer Gewalt im Sinne des Vertrages 2 darstelle (act. 1 Rz. 44-50). Die darauffolgenden Gespräche über eine Einigung seien ins Stocken geraten, und am 22. September 2023 habe sie eine Rückzahlungsaufforderung der C. _____ erhalten (act. 1 Rz. 51-53). Eine Inanspruchnahme der Garantien wäre offensichtlich rechtsmissbräuchlich, da die Erfüllung des Vertrages gegen mehrere Bestimmungen der Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine vom 4. März 2022 (SR 946.231.176.72; nachfolgend VO-Ukraine) verstosse und die Erfüllung der Verpflichtungen aus Vertrag 2 aufgrund des Vorliegens höherer Gewalt gestundet sei. Eine Honorierung der Garantie sei zudem zufolge des Verstosses gegen die Sanktionen strafbewehrt (act. 1 Rz. 66-118).

4.3. Gemäss Ziffer 12.1 (vi) und (vii) des Vertrages 2 gelten als Fälle höherer Gewalt namentlich Kriegshandlungen, feindliche oder aggressive Handlungen sowie Embargos, Sanktionen und Einfuhrbeschränkungen (act. 3/2 S. 115 f.). Es blieb unbestritten und ist durch die eingereichten Unterlagen belegt, dass die Parteien sich darauf geeinigt haben, dass die gegen Russland erlassenen Sanktionen einen Fall höherer Gewalt im Sinne obgenannter Vertragsklausel darstellt (act. 1 Rz. 47; act. 3/9 Ziff. 4.1). Der Eintritt eines Falles höherer Gewalt bewirkt nach Ziff. 12.3. des Vertrages 2, dass keine Partei in Verzug geraten kann und keine Nichterfüllung vorliegt, wenn zufolge der erlassenen Sanktionen die Verpflichtungen nicht erfüllt werden können. Weiter wird der einzuhaltende Gesamtzeitplan mindestens bis zum Ende des Einflusses der höheren Gewalt verlängert (act. 3/2 S. 116 f.). Fälle höherer Gewalt bewirken demnach gemäss der vertraglichen Vereinbarung in Vertrag 2 im Wesentlichen eine Stundung der Leistungspflichten. Es bleibt unbestritten und ist durch den eingereichten Vertrag 2 belegt, dass die Gesuchstellerin gemäss dem

Vertrag zur Erbringung von Ingenieurleistungen sowie zur Lieferung von Material sowie Gütern verpflichtet ist (act. 1 Rz. 72-92; act. 3/2), was gemäss Art. 4 Abs. 1 VO-Ukraine, Art. 5 Abs. 1 VO-Ukraine, Art. 11 Abs. 1 VO-Ukraine und Art. 28 Abs. 1^{bis} VO-Ukraine gegen die erlassenen Sanktionen verstösst. Es ist demnach glaubhaft, dass die vertraglichen Verpflichtungen der Gesuchstellerin gegenwärtig ruhen und der C._____ keine Forderungen aufgrund eines Verzuges, einer Vertragsverletzung wegen Nichterfüllung der Leistungen oder einer Rückabwicklung des Vertrages zustehen kann. Der Versuch, nichtsdestotrotz vertragliche Leistungen oder eine Rückabwicklung des Vertrages zu erwirken, ist unter den gegebenen Umständen als rechtsmissbräuchlich zu taxieren. In Anbetracht der vertraglichen Regelung ist es ebenfalls glaubhaft, dass dies für die Gesuchsgegnerin offensichtlich ist. Der Gesuchstellerin gelingt es daher, einen Hauptsacheanspruch glaubhaft zu machen.

5.1. Zum nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bringt die Gesuchstellerin zusammengefasst vor, es gehe vorliegend um Garantien in der Höhe von gesamthaft EUR 49'703'500.—. Nach einer Auszahlung der Garantien würde sich die Gesuchsgegnerin umgehend bei ihr schadlos halten, woraufhin sie diesen hohen Millionenbetrag gegen die in Russland ansässige Begünstigte gerichtlich durchsetzen müsste. Die Rechtsdurchsetzung in Russland sei in Anbetracht der Sanktionen aussichtslos und selbst bei einem Schieds- bzw. Gerichtsverfahren ausserhalb Russlands müsse ein Urteil ohnehin in Russland vollstreckt werden (act. 1 Rz. 123-126).

5.2. In Anbetracht der notorischen gegenwärtigen Situation im Zusammenhang mit der erwähnten Sanktionierung von Russland ist davon auszugehen, dass die von der Gesuchstellerin ins Feld geführte gegebenenfalls notwendige Durchsetzung von Ansprüchen in Russland bzw. gegenüber einer russischen Gesellschaft – wenn überhaupt – lediglich mit grossen Aufwänden oder zeitlicher Verzögerung möglich sein wird. Dies genügt, um einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen.

6.1. Zur Dringlichkeit führt die Gesuchstellerin schliesslich aus, die C._____ habe ihr eine Frist bis 29. September 2023 für die Erfüllung der von ihr gestellten Rück-

zahlungsaufforderung gesetzt (act. 1 Rz. 129). Am 17. Oktober 2023 seien die streitgegenständlichen Garantien von der C._____ in Anspruch genommen worden. Da es sich bei den Garantien um solche auf ersten Abruf handle, sei jederzeit damit zu rechnen, dass die Gesuchsgegnerin der Aufforderung der C._____ Folge leiste (act. 8 Rz. 5-16).

6.2. Aus der Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin geht zwar hervor, dass diese die Aufforderungen wegen formeller Mängel zurückgewiesen hat (act. 10 Rz. 4). Der von der C._____ inzwischen tatsächlich erfolgte Abruf genügt indessen, um eine rechtsgenügende Dringlichkeit zu begründen, ist es doch naheliegend, dass sie der Gesuchsgegnerin eine verbesserte Abruferklärung einreichen wird und hernach eine Auszahlung der Garantiesummen droht. Ein Zuwarten mit der Anordnung eines Zahlungsverbots bis zum Abschluss eines ordentlichen Verfahrens ist der Gesuchstellerin daher nicht zumutbar.

7. Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben. Der Gesuchsgegnerin ist demnach antragsgemäss zu verbieten, Zahlungen in Bezug auf die streitgegenständlichen Garantien vorzunehmen. Gleichzeitig ist der Gesuchstellerin Frist zur Einleitung des Hauptverfahrens anzusetzen.

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 48'071'734.10 (act. 1 Rz. 7, entspricht EUR 49'703'500.-). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips sowie der Kostenfestsetzung im Parallelverfahren HE230113 rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr auf CHF 35'000.- festzusetzen.

8.3. Da das vorsorgliche Massnahmebegehren gutgeheissen wird, ist über den Verfahrensausgang noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind die Gerichtskosten von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt. Unterlässt es die Gesuchstellerin, den Anspruch fristgerecht zu prosequieren, so sind ihr die Kosten definitiv aufzuerlegen.

8.4. Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Mangels Antrag steht der Gesuchsgegnerin für den Fall, dass die Gesuchstellerin den Anspruch nicht prosequieren sollte, keine Parteient-schädigung zu.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Der Gesuchsgegnerin wird verboten, Zahlungen jedweder Höhe zu Gunsten von C._____, Public Joint Stock Company nach russischem Recht mit Sitz in D._____, Region E._____, Russische Föderation vorzunehmen, welche die folgenden Garantien betreffen:
 - (i) Vorauszahlungsgarantie (Advance Payment Guarantee) No. 1, vom 5. August 2021, in Höhe von EUR 22'359'000.--, betreffend B._____ Ltd. als Garantin, A._____ SA als Garantierauftraggeberin, F._____ Joint-Stock Company, G._____ als Korrespondenzbank und PJSC C._____ als Begünstigte;
 - (ii) Erfüllungsgarantie (Performance Guarantee) No. 2, vom 5. August 2021, in Höhe von EUR 3'726'500.--, betreffend B._____ Ltd. als Garantin, A._____ SA als Garantierauftraggeberin, F._____ Joint-Stock Company, G._____ als Korrespondenzbank und PJSC C._____ als Begünstigte;

- (iii) Vorauszahlungsgarantie (Advance Payment Guarantee) No. 3, vom 7. Dezember 2021, in Höhe von EUR 20'244'000.--, betreffend B. _____ Ltd. als Garantin, A. _____ SA als Garantierauftraggeberin, F. _____ Joint-Stock Company, G. _____ als Korrespondenzbank und PJSC C. _____ als Begünstigte; sowie
- (iv) Erfüllungsgarantie (Performance Guarantee) No. 4, vom 7. Dezember 2021, in Höhe von EUR 3'374'000.--, betreffend B. _____ Ltd. als Garantin, A. _____ SA als Garantierauftraggeberin, F. _____ Joint-Stock Company, G. _____ als Korrespondenzbank und PJSC C. _____ als Begünstigte.
2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 26. Januar 2024 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 35'000.–. Sie wird aus dem von der Gesuchstellerin 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 vorab per INCA-Mail (admin@H._____.ch, X1._____@H._____.ch; Y1._____@I._____.ch) sowie an die Gesuchstellerin unter Beilage je eines Doppels von act. 10; act. 11 und act. 12/1–8, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 8, act. 9/14–18; act. 13 und act. 14/19–22.
 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 48'071'734.10.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten *nicht* (Art. 46 Abs. 2 BGG).

Zürich, 25. Oktober 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Lukas Bügler