

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE220114-O

U/mk

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie Gerichtsschreiber
Dr. Andreas Baeckert

Urteil vom 23. November 2022

in Sachen

A._____ Ltd,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2._____

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Gesuchsgegnerin sei im Rahmen einer vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 261 ff. ZPO zu verbieten, Zahlungen irgendwelcher Höhe aus dem Akkreditiv ("documentary credit") Nr. ... vom 30. September 2022 über USD 8'196'250.– zu Gunsten der C._____, ... [Adresse], vorzunehmen.
2. Die beantragte vorsorgliche Massnahme sei superprovisorisch im Sinne von Art. 265 ZPO anzuordnen.
3. Es sei der Gesuchstellerin gestützt auf Art. 263 ZPO eine erstreckbare Frist zur Einreichung der Klage anzusetzen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 23. November 2022 (gleichentags persönlich überbracht) samt Beilagen stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Anordnung vorgenannter vorsorglicher Massnahme ohne Anhörung der Gegenpartei (act. 1; act. 2; act. 3/1–3, 5–21). Über das Gesuch ist ohne Weiterungen zu entscheiden.
2. 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). Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO).
3. Vorliegend geht es um ein Zahlungsverbot, welches gegenüber der Gesuchsgegnerin als der das Akkreditiv eröffnenden Bank ausgesprochen werden soll. Das Handelsgericht Zürich hat seine Praxis zum Aussprechen von Zahlungsverboten, insbesondere bezogen auf Bankgarantien, publiziert (vgl. ZR 2012 Nr. 69, ZR 2013 Nr. 67, ZR 2013 Nr. 68, ZR 2014 Nr. 28, ZR 2015 Nr. 44). Diese Rechtsprechung kann auch auf das Akkreditivgeschäft übertragen werden, bei welchem die Formstrenge einen ähnlichen Stellenwert aufweist wie beim Garan-

tiegeschäft (vgl. HGer ZH HE200210 vom 29. Mai 2020 E. 5). Daraus geht eine grosse Zurückhaltung beim Aussprechen eines Verbotes hervor. Der Bank – vorliegend also der Gesuchsgegnerin – kommt in der Regel nur die Rolle zu, die formal korrekte Abrufung der Garantie zu prüfen. Das Instrument bzw. der Zweck der Bankgarantie bzw. vorliegend des Akkreditivs würde beeinträchtigt bzw. verfehlt, wenn es der Käuferin (Gesuchstellerin) möglich wäre, durch ein blosses Glaubhaftmachen eines korrekten Verhaltens ihrerseits oder einer Vertragswidrigkeit auf der Gegenseite 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 bzw. des Akkreditivs zu verlangen, wobei der Rechtsmissbrauch auch für die Bank erkennbar sein muss. Ein solch offensichtlicher Rechtsmissbrauch ist nur gegeben, wenn absolut klare Verhältnisse vorliegen, die keinerlei Zweifel darüber offen lassen, dass dem Begünstigten unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Garantie bzw. des Akkreditivs zusteht (vgl. HGer ZH HE170130 vom 27. April 2017 E. 2).

4. Gemäss Darstellung der Gesuchstellerin geht es vorliegenden um den Kauf von mehreren Tonnen von zwei verschiedenen Schrottsorten (HMS und PNS). Dafür habe die Gesuchstellerin als Käuferin am 12. und am 28. September 2022 mit der C._____ als Verkäuferin zwei Kaufverträge abgeschlossen. Für die Bezahlung habe die Gesuchstellerin sodann am 30. September 2022 bei der Gesuchsgegnerin das streitgegenständliche Akkreditiv eröffnet. Am 16. November 2022 habe die C._____ die Zahlung von USD 8'634'209.09 gestützt auf das Akkreditiv verlangt. Für die Abrufung des Akkreditivs sei unter anderem ein *clean on board* Konnossement nötig. Vorliegend liege ein solches Konnossement zwar vor, dieses sei jedoch unrichtig und rechtswidrig ausgestellt worden, da es die Bemerkungen des Kapitäns bzw. der Schiffseigentümerin bezüglich der Vermischung der PMS-Waren, der HMS-Waren sowie anderer Waren nicht enthalte und vom Schiffsagenten ohne Befugnis im Namen der Schiffseigentümerin ausgestellt worden sei. Die Beanspruchung durch C._____ erfolge deshalb offensichtlich missbräuchlich (vgl. act. 1 Rz. 12 ff.).

Entgegen der Gesuchstellerin ist aufgrund der vorliegend dargelegten Verhältnisse bei der Abrufung des Akkreditivs (noch) nicht von einem offensichtlichen Rechtsmissbrauch auszugehen. Die Ausführungen erscheinen zwar durchaus nachvollziehbar, jedoch kann nicht von absolut klaren Verhältnissen gesprochen werden, die keinerlei Zweifel darüber offenlassen, dass der C._____ unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf des betreffenden Akkreditivs zustehen würde. Die C._____ verfügt vorliegend über ein *clean on board* Konnossement, das von der zuständigen Person ausgestellt wurde. Das später ausgestellte Protestschreiben, das auch vom Schiffsagenten unterzeichnet wurde, wirft sodann nicht der C._____, sondern dem *terminal* ein falsches Verhalten vor (vgl. act. 1 Rz. 20; act. 3/14). Aus der eingereichten Korrespondenz ist sodann ersichtlich, dass die C._____ den Vorwurf einer unzulässigen Vermischung von Ware zurückzuweisen scheint (vgl. act. 1 Rz. 19 FN 4; act. 3/12). Dass sich die C._____ unter diesen Umständen im von Formalismus geprägten Verfahren auf Abruf eines Akkreditivs auf das ausgestellte *clean on board* Konnossement beruft, erscheint nicht unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden Aspekt als widerrechtlich bzw. als offensichtlich rechtsmissbräuchlich. Bereits aus diesem Grund ist das Gesuch abzuweisen.

5. Hinzu kommt, dass auch kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht wurde. Die Äusserungen der Gesuchstellerin zu diesem Aspekt blieben knapp. Sie bringt vor, dass ungewiss sei, ob die C._____ nach einem mehrere Jahre dauernden Schiedsverfahren in der Lage sei, den Betrag zurückzuzahlen. Sie, die Gesuchstellerin, müsse hingegen über mehrere Jahre ohne ein Vermögen von USD 8.6 Mio. auskommen, was ihre Handlungsfähigkeit einschränke und sie in ihrer Existenz bedrohe. Auch würde durch den Abruf des Akkreditivs das Geschäftsverhältnis mit der Gesuchsgegnerin nachteilig beeinflusst werden (vgl. act. 1 Rz. 33 ff.). Diese pauschalen und unbelegten Behauptungen reichen für die Glaubhaftmachung eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht aus. Ein drohender Prozess zur Rückforderung des bezahlten Betrages stellt keinen besonderen Nachteil dar, zumal die Verträge eine Schiedsklausel zugunsten eines in Zürich auf Englisch geführten Schiedsverfahrens vor-

sehen (vgl. act. 3/1; act. 3/2) und D._____ Vertragsstaat des NYÜ ist, womit auch die Vollstreckung des Schiedsspruchs am Sitz der C._____ möglich ist. Dass die C._____ nicht in der Lage sein soll, den Betrag zurückzubezahlen, ist sodann eine blosser, unbelegte Behauptung und es wäre ohnehin der eigenen Risikosphäre der Gesuchstellerin zuzuschreiben, wenn sie mit einer Gesellschaft ohne nennenswerte Substanz einen Vertrag über USD 8.6 Mio. abschliesst. Sodann ist mit dem Abruf eines Akkreditivs stets ein Eingriff in das Vermögen der Gesuchstellerin verbunden, so dass die Qualifikation jedes Eingriffs in das Vermögen als nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil dem Konzept des "zuerst zahlen, dann prozessieren" widersprechen würde. Dass schliesslich das Geschäftsverhältnis zur Gesuchsgegnerin nachteilig beeinflusst werden soll, ist ebenfalls unbelegt und erscheint auch nicht glaubhaft, gehört das Abrufen eines Akkreditivs doch zum normalen Ablauf in Zusammenhang mit der Ausstellung von Akkreditiven. Zudem würden der Gesuchstellerin verschiedene weitere Schweizer Banken als zukünftige Vertragspartnerinnen zur Verfügung stehen. Entsprechend ist das Gesuch auch mangels Glaubhaftmachung eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils abzuweisen.

6. Da das Gesuch bereits an der fehlenden Glaubhaftmachung eines offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Abrufens des Akkreditivs sowie eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils scheitert, kann offengelassen werden, ob die weiteren Voraussetzungen für den (superprovisorischen) Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben sind. Lediglich der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der vorliegende Entscheid keine Aussage über die Rechtmässigkeit des Abrufs des Akkreditivs macht. Die Prüfung der formellen Voraussetzungen liegt alleine in der Verantwortung der Gesuchsgegnerin.

7. Da im summarischen Verfahren der Gesuchstellerin lediglich eine freie Äusserungsmöglichkeit zusteht und sie somit keine Verbesserung ihres Standpunkts mehr erreichen kann, ist das Gesuch direkt, sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich, abzuweisen.

8. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig. Der Streitwert beträgt USD 8'196'250.-, was rund CHF 7.75 Mio. entspricht. Die Grundgebühr für

die Entscheidgebühr bei diesem Streitwert beträgt CHF 98'250.– (§ 4 GebV OG). Unter Berücksichtigung der Reduktion für das summarische Verfahren (§ 8 Abs. 1 GebV OG) sowie des Äquivalenzprinzips ist die Entscheidgebühr auf CHF 20'000.– festzulegen. Mangels prozessuellem Aufwand ist der Gesuchsgegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Das Massnahmebegehren wird – sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich – abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 20'000.– festgelegt.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin vorab per verschlüsselter E-Mail (X1. _____@Y._____.ch und X2. _____@Y._____.ch), an die Gesuchsgegnerin vorab per verschlüsselter E-Mail (E. _____@B._____.com, F. _____@B._____.com und G. _____@B._____.com) sowie postalisch unter Beilage von act. 1, act. 2 und act. 3/1–3, 5–21.
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 7.75 Mio. Es liegt ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vor (Art. 98 BGG).

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen **nicht** (Art. 46 Abs. 2 lit. a BGG).

Zürich, 23. November 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Andreas Baeckert