

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230113-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 Rechtsanwältin Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt 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: Bankgarantie (Bank Guarantee) No. ..., vom 03.01.2019, wie abgeändert per Abänderung 7 (Guarantee Amendment 7) am 15.12.2022, in Höhe von € 1'850'000.–, betreffend B._____ Ltd. als Garantin, A._____ SA als Garantierauftraggeberin, F._____ Joint-Stock Company, G._____ [Stadt in Russland] und/oder H._____, G._____ als Korrespondenzbank und PJSC C._____ als Begünstigte;
2. Es seien die in Ziff. 1 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 4. Oktober 2023 stellte die Gesuchstellerin das obgenannte Begehren (act. 1; act. 2; act. 3/1–9). Mit Verfügung vom 5. 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 streitgegenständliche Garantie sei zwischenzeitlich in Anspruch genommen worden (act. 8; act. 9/10–11). Am 24. Oktober 2023 erstattete die Gesuchstellerin daraufhin ihre Gesuchsantwort, bestätigte darin die Inanspruchnahme der streitgegenständlichen Garantie und führte aus, sie habe die Abrufserklärung am 23. Oktober 2023 zurückgewiesen (act. 10; act. 11; act. 12/1–2). Mit Eingabe vom 25. Oktober 2023 reichte die Gesuchstellerin eine weitere

Noveneingabe ein, worin sie ebenfalls ausführte, die Gesuchsgegnerin habe die Abrufserklärung zurückgewiesen (act. 13; act. 14/12).

2. Bei den von der Gesuchstellerin in ihrer Eingabe 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 Entscheid 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 gutmachender 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._____ ausgestellte Garantie (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 erscheint, 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 Ent-

stehen 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 Hauptsacheprognose unwidersprochen (act. 10) vor, sie habe mit der begünstigten russischen Gesellschaft C._____ in D._____, Region E._____, Russische Föderation, mit welcher die Gesuchstellerin in einer langjährigen Geschäftsbeziehung stehe, am 2. Oktober 2017 einen Vertrag über Ingenieurs-, Beschaffungs-, Konstruktions- und Managementleistungen (Engineering, Procurement and Construction Management Contract ("EPCM-Contract")) im Zusammenhang mit der Erstellung eines I._____ Komplexes ("I._____ -Complex") zu einem Vertragspreis von EUR 388'000'000.– geschlossen (act. 1 Rz. 14, 24, 27, 28); zusammen mit einer gleichentags geschlossenen Novations- und Anpassungsvereinbarung noviert dieser den am 5. Oktober 2016 geschlossenen Vertrag zur Lieferung von Gütern mit langer Wartezeit (act. 1 Rz. 24, 25, 26). Die Gesuchstellerin verpflichtete sich namentlich zur Erstellung und Lieferung des Detail Engineering Design (Detailplanung betreffend Ingenieur- und Designleistung) einschliesslich der Arbeitsunterlagen für bestimmte Abschnitte des I._____ -Complex (act. 1 Rz. 30). Im Rahmen der Gewährleistung verfügt die C._____ über ein Recht auf Nachbesserung bzw. Lieferung einer nachgebesserten Dokumentation (act. 1 Rz. 31). Die Gesuchstellerin bestreitet das Vorliegen eines Gewährleistungsfalls (act. 1 Rz. 31).

Auf Ersuchen der Gesuchstellerin habe die Gesuchsgegnerin ursprünglich am 3. Januar 2019 eine bis 30. Juni 2020 gültige Bankgarantie in Höhe von EUR 3'884'250.00 ausgestellt, welche (zuletzt) am 15. Dezember 2022 durch das Guarantee Amendment Nr. 7 geändert worden sei (act. 1 Rz. 36, 37). Die aktuelle Garantie Nr. 1 sichert die Beibringung des Detail Engineering Design nach dem EPCM-Contract über einen Garantiebetrug von EUR 1'850'000.– und gilt bis 31. Oktober 2023 (act. 1 Rz. 37, 38, 41, 43; 3/4-5).

Am 22. September 2023 habe sie (die Gesuchstellerin) von der Begünstigten eine Aufforderung zur Behebung von Mängeln u.a. des Detail Engineering Design bis 29. September 2023 erhalten (act. 1 Rz. 44; act. 3/6). Mit Schreiben vom

29. September 2023 habe sie der Begünstigten dargelegt, weshalb kein Nachbesserungsanspruch bestehe (act. 1 Rz. 46; act. 3/7).

In rechtlicher Hinsicht macht die Gesuchstellerin geltend, es wäre ihr unmöglich, die von der Begünstigten vorgebrachten Nachbesserungen zu erbringen, da sie damit namentlich gegen Art. 28e Abs. 1^{bis} der Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine vom 4. März 2022 (SR 946.231.176.72; nachfolgend: VO-Ukraine) verstossen würde (act. 1 Rz. 46, 47, 68, 74); dieser schwere Mangel des Valutaverhältnisses rechtfertige einen Einwendungsdurchgriff auf das Garantieverhältnis. Zudem seien ihre vertraglichen Pflichten aufgrund des Eintritts höherer Gewalt gestundet (act. 1 Rz. 68 ff. und 77 ff.). Für die Gesuchsgegnerin gelte zudem das Verbot von Art. 30 VO-Ukraine (act. 1 Rz. 91).

4.3. Gemäss Ziffer 14.2 des Vertrages zwischen der Gesuchstellerin und der C._____ gelten als Fälle höherer Gewalt namentlich Kriegshandlungen, behördliche Einschränkungen sowie Embargos und ähnliche Entscheidungen zuständiger Behörden (act. 3/3 S. 75 f.). Die Schweiz hat im Zuge des russischen Einmarsches in die Ukraine Sanktionen gegen Russland erlassen (vgl. die VO-Ukraine). Es ist glaubhaft, dass diese Sanktionen einen Fall höherer Gewalt im Sinne von Ziffer 14.2 des Vertrages zwischen der Gesuchstellerin und der C._____ darstellen. Der Eintritt eines Falles höherer Gewalt bewirkt nach Ziff. 14.4. des Vertrages, dass Verpflichtungen, die durch das Ereignis höherer Gewalt beeinflusst werden, ausgesetzt werden. Die Verpflichtung ist erst wieder zu erfüllen, wenn das Ereignis höherer Gewalt nicht mehr wirkt. Zudem sind die Erfüllungsfristen mindestens um die Dauer des Ereignisses höherer Gewalt zu verlängern (act. 3/3 S. 76). Fälle höherer Gewalt bewirken demnach gemäss der vertraglichen Vereinbarung im Wesentlichen eine Stundung der Leistungspflichten. Es bleibt unbestritten und ist durch den eingereichten Vertrag belegt, dass die Gesuchstellerin gemäss dem Vertrag zur Erstellung eines Detail Engineering Desing verpflichtet ist (act. 1 Rz. 30; act. 3/3). Es ist daher glaubhaft, dass es sich bei dieser Leistung um eine Ingenieurleistung handelt, was gemäss Art. 28 Abs. 1^{bis} VO-Ukraine gegen die erlassenen Sanktionen verstösst. Selbst wenn der C._____ ein Nachbes-

serungsrecht zusteht, handelt es sich bei der von ihr geforderten Nachbesserung um nichts anderes als die (ursprüngliche) Hauptleistungspflicht und damit ebenfalls um eine den Sanktionen unterliegende Ingenieurleistung. Diese Pflicht ruht in Anwendung von Ziffer 14.4. des Vertrages während der Dauer der Sanktionen. Es ist demnach glaubhaft, dass der C._____ keine Forderungen aufgrund eines Verzuges oder einer Vertragsverletzungen wegen Nichterfüllung der Nachbesserung zustehen kann. Der Versuch, wegen Nichterbringens einer zufolge höherer Gewalt ruhenden Vertragspflicht die diese sichernde Garantie abrufen zu wollen, erscheint rechtsmissbräuchlich. 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 1'850'000.–. Nach einer Auszahlung der Garantien würde sich die Gesuchsgegnerin umgehen bei ihr schadlos halten, woraufhin sie diesen hohen Millionenbetrag gegen die in Russland ansässige Begünstigte gerichtlich durchsetzen müsste. Die Rechtsdurchsetzung in Russland sei aufgrund 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 Russlands 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 Rückzahlungsaufforderung gesetzt (act. 1 Rz. 107). Am 17. Oktober 2023 sei die streitgegenständliche Garantie 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. 5-12).

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 rechtsgenüßliche Dringlichkeit zu begründen, ist es doch naheliegend, dass sie der Gesuchsgegnerin eine verbesserte Abruferklärung einreichen wird und hernach eine Auszahlung der Garantiesumme 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 streitgegenständliche Garantie 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 1'783'289.– (act. 1 Rz. 7, entspricht EUR 1'850'000.–). 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 HE230111 ist die Gerichtsgebühr auf CHF 15'000.– 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

tigt 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 Parteientschädigung 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 folgende Garantie betreffen: Bankgarantie (Bank Guarantee) No. ..., vom 03.01.2019, wie abgeändert per Abänderung 7 (Guarantee Amendment 7) am 15.12.2022, in Höhe von EUR 1'850'000.–, betreffend B._____ Ltd. als Garantin, A._____ SA als Garantieauftraggeberin, F._____ Joint-Stock Company, G._____ und/oder H._____, 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 15'000.–. 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 (... [E-Mail Adressen]) sowie an die Gesuchstellerin unter Beilage je eines Doppels von act. 10; act. 11 und act. 12/1–2, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 8; act. 9/10–11; act. 13 und act. 14/12.
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 1'783'289.–.

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

Zürich, 25. Oktober 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Lukas Bügler