

# ZH\_HANDELSGERICHT HE190163 vom 11. Juli 2019

Zh Handelsgericht, 2019-07-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE190163](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE190163)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE190163 du 11 juillet 2019

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE190163 del 11 luglio 2019

## Erwägungen

### E. 3

Prozessvoraussetzungen Für das vorliegende Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen ergibt sich die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich aus Art. 13, 31 und 36 ZPO sowie Art. 5 und 6 ZPO i.V.m. § 44 GOG ZH (für die Zuständigkeit der Zivilgerichte für die Durchsetzung von auf öffentlichem Recht gründenden, allfälligen Kontrahierungszwang vgl. BGer Urteil 2C\_966/2018, 2C\_967/2018 vom 29. Januar 2019 E. 3.6). Im Übrigen ist die Zuständigkeit ausdrücklich anerkannt worden (act. 11 Rz. 3). Die übrigen Prozessvoraussetzungen erweisen sich vorliegend ebenfalls als erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass (Art. 59 Abs. 2 i.V.m. Art. 60 ZPO).

### E. 4

Noven / Parteivorbringen nach Aktenschluss Im summarischen Massnahmeverfahren findet grundsätzlich nur ein einfacher Schriftenwechsel statt, womit der Aktenschluss nach der schriftlichen Gesuchsantwort eintritt (vgl. WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 229 N 58). Diese wurde der Klägerin vorliegend zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt und ihr mit Verfügung vom 31. Mai 2019 eine Frist zur freiwilligen Stellungnahme angesetzt. Gleichzeitig wurde sie darauf hingewiesen, dass neue Tatsachen und Beweismittel nur noch insoweit berücksichtigt werden können, als

- 7 - dass diese die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllen (act. 14). Eine Stellungnahme nach Aktenschluss darf nicht der blossen Nachbesserung des Massnahmegesuchs dienen. Die Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen / Beweismittel stützen, hat für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 ff. E. 3; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 229 N 10). Dem ist die Klägerin in ihrer freiwilligen Stellungnahme trotz neuer Vorbringen bis auf die vorliegend nicht entscheiderelevanten Ausführungen betreffend Sicherheitsleistung (act. 19 Rz. 63; act. 20/3; siehe Ziffer 9) jedoch nicht nachgekommen. In act. 19 Rz. 33 ff. versucht die Klägerin zwar Noven in das Verfahren einzuführen und begründet diese damit, dass die beklagischen Behauptungen neu seien, weshalb sie diesen neue Tatsachen und Beweismittel nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO entgegen halten dürfe. Dabei verkennt sie aber, dass für die Zulässigkeit von Noven entweder die Tatsachen (a) erst nach Abschluss der letzten Äusserungsgelegenheit entstanden sein dürfen, was die Klägerin nicht vorbringt und auch nicht der Fall zu sein scheint, oder (b) zwar schon vorhanden waren, aber trotz

zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten und die Verspätung mithin entschuldbar ist. Auch Letzteres trifft nicht zu, wäre es der Klägerin im Rahmen ihres Gesuchs durchaus zumutbar gewesen, Ausführungen zu den Nachteilen einer freien gegenüber einer zugelassenen Werkstatt und zu den Garantiarbeiten/vom Importeur vergüteten Serviceleistungen zu machen. Sie sprach diese Themen darin bereits pauschal an und musste entsprechend mit Bestreitungen rechnen. Bestreitungen der Gegenseite in der Gesuchsantwort sind in einem Verfahren überdies immer neu, da sie die erste Äusserung dieser Partei darstellt. Daraus aber ein grundsätzliches Recht auf Vorbringen von Noven aufgrund in der Gesuchantwort enthaltenen Äusserungen abzuleiten, liefe dem Sinn und Zweck von Art. 229 ZPO klar zuwider (vgl. WILLISEGGER, a.a.O., Art. 229 N 31 ff.; PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], DIKE-ZPO Kommentar, Art. 197-408, 2. A., 2016, Art. 229 N 1 f.). Die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO sind demnach nicht erfüllt.

- 8 - Folglich bleiben die seitens der Klägerin nach Aktenschluss vorgetragene(n) Tatsachen und Beweismittel vorliegend unberücksichtigt. Rechtliche Überlegungen werden – soweit relevant – im Rahmen von iura novit curia (Art. 57 ZPO) adressiert.

## E. 5

Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen Der Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO setzt einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund voraus. Als Verfügungsanspruch gilt ein materiell-rechtlicher Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten. In diesem Zusammenhang hat das Gericht eine sog. Hauptsacheprognose hinsichtlich der rechtlichen Begründetheit des Verfügungsanspruchs zu erstellen (KOFMEL EHRENZELLER, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [Hrsg.], Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., 2014, Art. 261 N 4 f.). Als Verfügungsgrund hat die Gefahr eines nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils aufgrund einer zu befürchtenden oder bereits vorliegenden Verletzung des Verfügungsanspruches zu bestehen. Gleichzeitig wird vorausgesetzt, dass eine zeitliche Dringlichkeit vorliegt, d.h. dass der nicht leicht wiedergutmachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewendet und ein Entscheid in der Hauptsache nicht abgewartet werden kann (KOFMEL EHRENZELLER, a.a.O., Art. 261 N 7 ff.). Sodann müssen vorsorgliche Massnahmen verhältnismässig sein (SPRECHER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, Art. 261 N 10 m.H.). Demgemäss haben die Gerichte vor der Anordnung von Massnahmen eine Interessenabwägung vorzunehmen (ZR 111/2012 Nr. 67 S. 189 ff. E. 5; ZÜRCHER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], DIKE-ZPO Kommentar, Art. 197-408, 2. A., 2016, Art. 261 N 3 und N 33 m.H.). Eine weitere Voraussetzung ist die Leistung einer allenfalls angeordneten Sicherheit (SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 10). Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden (KOFMEL EHRENZELLER, a.a.O., Art. 262 N 2). Leistungsmassnahmen greifen in schwerwiegender Weise in die Rechtspositionen der Gegenpartei ein. Deshalb sind sie nur zurückhaltend anzusetzen und für die Hauptsacheprognose ist bei der rechtlichen Vorprüfung erforder-

- 9 - lich, dass der geltend gemachte Anspruch nicht nur nicht aussichtslos, sondern unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen und bei summarischer Prüfung als rechtlich begründet erscheint (HUBER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER

[Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 3. A., 2016, Art. 262 N 15 m.H.; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N 9; BGE 131 III 473 = Pra 95 Nr. 32 E. 2.3; CAN 2012 Nr. 51 S. 149 ff. E. 6.1.1; ZR 80/1981 Nr. 43 S. 135 ff. E. 7). Auch die Voraussetzungen der Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit sowie der Unersetzbarkeit des Nachteils unterliegen bei der Anordnung von Leistungsmassnahmen verschärften Anforderungen (HUBER, a.a.O., Art. 262 N 15; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 261 N 33; BGE 108 II 228 E. 2c). Für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme müssen alle vorgenannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 10). Die Klägerin hat sie glaubhaft zu machen. Das Gericht ist dabei gehalten, summarisch zu prüfen, ob sich der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweisen ergibt bzw. ob für das Vorhandensein der Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (HUBER, a.a.O., Art. 261 N 25 m.H. u.a. auf BGE 130 III 321 E. 3.3). Dem ist im Folgenden nachzukommen.

## **E. 6**

Verfügungsanspruch: Nicht-kartellrechtliche Grundlagen

### **E. 6.1**

Verträge / Übertragung Soweit die Klägerin – trotz widersprüchlichen Vorbringen – mit ihren Ausführungen zu den nichtigen ausserordentlichen Kündigungen und zum Thema Vertragsübertragung ihre Ansprüche auf die ursprünglich zwischen ihr und C.\_\_\_\_\_ abgeschlossenen Verträge stützen möchte (vgl. act. 1 Rz. 9, 17, 25, 37; act. 11 Rz. 55 ff., 71; act. 19 Rz. 2, 10, wenn auch verspätet), ist Folgendes festzuhalten: Unbestrittenermassen fragte C.\_\_\_\_\_ die Klägerin um Erteilung ihrer Zustimmung bis zum 15. März 2019 zur Übertragung der Verträge von der C.\_\_\_\_\_ auf die Beklagte an (act. 1 Rz. 12; act. 11 Rz. 21; act. 3/12). Gemäss der Beklagten hatte

- 10 - sie ihre Zustimmung bis dahin befristet (act. 11 Rz. 12, 21, 38). Laut Klägerin habe sie dies mit Fug bezweifeln dürfen, allerdings erfolgt dieser Hinweis nach Aktenschluss, und eine eigentliche Bestreitung sucht man vergebens (siehe Ziffer 4; act. 19 Rz. 11 f). Ebenfalls unbestrittenermassen erklärte sich die Klägerin mit Schreiben vom 12. März 2019 unter der Bedingung, dass ihre hängigen Klageforderungen (CHF 250'000 bis CHF 300'000) vorgängig anerkannt oder durch einvernehmliche Einigung gelöst würden, mit der Übertragung der Verträge einverstanden (act. 1 Rz. 13; act. 11 Rz. 22, 39; act. 3/13). Wiederum unbestrittenermassen erklärte daraufhin C.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 15. März 2019, dass diese Forderungen unbegründet seien, sie diese bestreite und es deshalb keinen Raum für eine vergleichsweise Einigung gebe. Entsprechend nehme sie Vormerk davon, dass die Klägerin mit der Übertragung der Verträge nicht einverstanden sei (act. 1 Rz. 14; act. 11 Rz. 23, 39; act. 3/14). Mit der Anfrage von C.\_\_\_\_\_ liegt eine genügende (befristete) Offerte bezüglich Vertragsübertragung vor. Die Vertragsübertragung als solche ist im Schweizer Recht nicht vorgesehen. Die Lehre und Praxis sind sich allerdings einig, dass Vertragsübertragungen mit Zustimmung der Gegenpartei des zu übertragenden Vertrags möglich sind (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, M&A Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. A., 2013, 3. Kapitel N 86; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., 2014, Rz. 3548). In der Praxis wird bei einem Asset Deal die Übertragung von Verträgen zwischen Verkäuferin und Käuferin im Kaufvertrag vereinbart und üblicherweise verpflichtet sich die Verkäuferin in diesem

Kaufvertrag gleichzeitig auch zur Einholung der Zustimmung der Gegenpartei vor dem Vollzug (vgl. HÄUSERMANN, «Wo das Gesetz nicht hilft ...», GesKR 2018, S. 163 ff., S. 170; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 3548). Eine Kontaktaufnahme der Käuferin mit der Gegenpartei erfolgt normalerweise erst nach der Erteilung deren Zustimmung gegenüber der Verkäuferin (GABERTHÜEL, Auswirkungen der Finanzkrise auf M&A-Transaktionen im Bankensektor, S. 187-226, S. 209, in: TSCHÄNI [Hrsg.], Mergers & Acquisitions XVII, 2015). Obwohl bei der Vertragsübertragung letztlich drei Parteien involviert sind, ist es also nicht zwingend, dass alle drei Parteien in einem Dokument, d.h. einem eigentlichen Übertragungsvertrag, ihre Zustimmung

- 11 - erklären (vgl. allgemein für Verträge: SCHWENZER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. A., 2015, Art. 13 N 10). Die fehlende Unterzeichnung der Anfrage der C.\_\_\_\_\_ seitens der Beklagten macht die Offerte demnach nicht ungenügend oder ungültig. Was hingegen nicht vorliegt, ist die wirksame Zustimmung der Klägerin zur Vertragsübertragung. Betrachtet man nämlich, wie die Parteien, die Äusserung der Klägerin hinsichtlich vorgängiger Anerkennung der hängigen Klageforderung oder Lösung durch einvernehmliche Einigung als aufschiebende Bedingung, so wurde diese Bedingung in der Folge nicht erfüllt und fiel damit aus. C.\_\_\_\_\_ lehnte die Erfüllung der Bedingungen mit Schreiben vom 15. März 2019 ausdrücklich ab (act. 1 Rz. 14; act. 11 Rz. 9, 23; act. 3/14). Folglich liegt aufgrund des Ausfalls der aufschiebenden Bedingung keine wirksame klägerische Zustimmung zur und somit keine Vertragsübertragung vor (vgl. Art. 151 OR; BGE 129 III 264 E. 3.2.2; HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., 2014, Rz. 1316). Art. 156 OR, welcher besagt, dass eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von der einen Partei wider Treu und Glauben verhindert worden ist, kommt vorliegend nicht zur Anwendung. Denn wenn die Partei zum Schutz eigener überwiegender Interessen bzw. als stichhaltigen und triftigen Gründen den Eintritt einer Bedingung verhindert bzw. diese ausfallen lässt, liegt kein Verstoss gegen Treu und Glauben vor (EHRAT/WIDMER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., 2015, Art. 156 N 5 f. m.H.; ZR 102/2003 Nr. 5 S. 21 ff. E. 4.2.2). Die Ablehnung seitens C.\_\_\_\_\_, die klägerische Forderung von CHF 250'000.– bis CHF 300'000 anzuerkennen bzw. sich darüber zu einigen (act. 11 Rz. 39; act. 1 Rz. 13 f.; act. 3/13-14), da sie sie für nicht gerechtfertigt hält, ist ein stichhaltiger Grund. Sie ging daher nicht wider Treu und Glauben. Dass die Klägerin die Bedingung überhaupt stellte, ist hingegen verwunderlich. Wusste sie doch, dass C.\_\_\_\_\_ die Forderung bestreitet (vgl. act. 1 Rz. 9; act. 11 Rz. 41) und musste sie entsprechend mit dem Ausfall der Bedingung rechnen. Eine andere Betrachtungsweise erwähnter Äusserung der Klägerin im Schreiben vom 12. März 2019 ist, dass die Klägerin damit ein Gegenangebot machte, welches C.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 15. März 2019 ablehnte. Ein Konsens wäre damit ebenfalls nicht zustande gekommen (vgl. Art. 1 OR). Unabhän-

- 12 - gig von der Betrachtungsweise sind folglich die Verträge mit der Klägerin nicht von der C.\_\_\_\_\_ auf die Beklagte übertragen worden; daran ändert auch act. 13/3 nichts. Entsprechend kann aus diesen Verträgen keine Verpflichtung der Beklagten und damit kein Verfügungsanspruch abgeleitet werden.

## **E. 6.2**

Superprovisorium / Doppelorganshaft / faktische Organshaft Als Verfügungsanspruch macht die Klägerin weiter geltend, dass C.\_\_\_\_\_ gerichtlich befohlen worden sei, die D.\_\_\_\_\_ -Systeme freizuschalten, und damit auch die Beklagte aufgrund ihrer Stellung und derjenigen ihrer Organe als faktische Organe von C.\_\_\_\_\_ zur Wiederaufschaltung verpflichtet sei. Zudem sei ihr dies als Herrin über die übernommenen, streitgegenständlichen D.\_\_\_\_\_ -Systeme auch möglich. Als Indizien für die Stellung als faktisches Organ führt sie an, dass die Beklagte dieselben Geschäftsräumlichkeiten, Büroeinrichtungen und -systeme wie C.\_\_\_\_\_ nutze und im Wesentlichen dieselben Personen für die Geschäftsführung verantwortlich seien. Auch Schreiben der beiden Gesellschaften ähnelten sich stark. Weiter habe zwischen C.\_\_\_\_\_ und der Beklagten bis zum 7. Mai 2019, als Löschungen kollektiv zeichnungsberechtigter Personen im SHAB publiziert worden seien (G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_), eine weitgehende Doppelorganshaft bestanden. Die Berufung auf die rechtliche Unabhängigkeit der Beklagten sei rechtsmissbräuchlich, entsprechend sei ein Durchgriff vorzunehmen (act. 1 Rz. 21, 26 ff., 37). Die Beklagte erklärt das Konstrukt der Doppelorganshaft bzw. der faktischen Organshaft der Beklagten und der beklagten Organe bei C.\_\_\_\_\_ als haltlos. Aufgrund der Übertragung der Aktiven und Passiven von C.\_\_\_\_\_ auf die Beklagte seien Auftritt, Infrastruktur und das Personal gleich. Organe der Beklagten seien deren fünf Verwaltungsräte, die vor der Übernahme noch nie mit dem heute von der Beklagten betriebenen Geschäft zu tun gehabt hätten. Die von der Klägerin genannten Personen (G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_) seien nicht Organe der Beklagten (act. 11 Rz. 46, 73). Sie seien als Zeichnungsberechtigte der Beklagten im Handelsregister eingetragen, aber nicht Mitglieder des Verwaltungsrates der Beklagten (act. 11 Rz. 73). Die Beklagte habe keinen einzigen Hinweis aufgeführt, welcher darauf schliessen lassen könnte, dass die Beklagte und/oder ihre handelnden Organe

- 13 - die Willensbildung der C.\_\_\_\_\_ massgeblich beeinflussen. Das Übergehen von fünf Arbeitnehmer der C.\_\_\_\_\_ auf die Beklagte, die als Zeichnungsberechtigte im Handelsregister der Beklagten eingetragen seien, reiche nicht aus, um eine faktische Organshaft der Organe der Beklagten bei C.\_\_\_\_\_ zu begründen (act. 11 Rz. 75). Die erwähnte superprovisorische Anordnung gegen C.\_\_\_\_\_ (HGer Verfügung HG190027 vom 10. April 2019) fiel mit Beschluss vom 20. Mai 2019 dahin (act. 11 Rz. 16, 33; act. 13/2 Dispositiv-Ziffer 1; siehe Ziffer 2.4). Entsprechend kann daraus über das Konstrukt der Doppelorganshaft oder der faktischen Organstellung sowie des Durchgriffs keine indirekte Verpflichtung der Beklagten abgeleitet werden. Aber auch gestützt auf eine allfällige vertragliche Verpflichtung von C.\_\_\_\_\_ gegenüber der Klägerin (vgl. act. 19 Rz. 3) – deren Bestehen vorliegend offen gelassen werden kann –, wäre die Beklagte nicht aufgrund der behaupteten Doppelorganshaft oder Stellung als faktisches Organ zu deren Einhaltung verpflichtet. Denn eine Doppelorganshaft ist anhand der Handelsregisterauszüge von C.\_\_\_\_\_ und der Beklagten schlicht nicht ersichtlich. Kollektiv zeichnungsberechtigte Personen müssen nicht zwingend zugleich Organe sein (vgl. FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 30 Rz. 118) und zumindest aus dem Handelsregister ist für die von der Klägerin angeführten Personen keine Organstellung ersichtlich. Auch aus dem Vorbringen, dass das übernommene Personal, welches als eigentliches "Asset" das operative Geschäft des D.\_\_\_\_\_ -Imports abwickelt bzw. ermöglicht, lässt sich nicht ableiten, dass von der Beklagten Geschäftsführungskompetenzen an das übernommene Personal delegiert wurden und dieses Personal gleichzeitig immer noch Organfunktion bei C.\_\_\_\_\_ hat (act. 11 Rz. 46).

Die Übernahme von Personal ist bei Asset Deals zudem typisch, ohne dass damit zugleich eine Doppelorganschaft angestrebt wird. Weiter ist auch eine faktische Organschaft nicht glaubhaft gemacht worden. Dafür hätte glaubhaft gemacht werden müssen, dass die Beklagte bzw. die be- klagtischen Organe die den tatsächlichen Organen von C. \_\_\_\_\_ vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der C. \_\_\_\_\_ massgebend beeinflussen (anstatt vieler BGE 117 II 432 E. 2b). Dies ist nicht erfolgt. Die vorgetragenen Indizien (über-

- 14 - nommene Assets, Personal, ähnliche Schreiben, etc.) reichen weder zur Glaubhaftmachung einer Doppelorganschaft noch einer faktischen Organstellung aus, weshalb auch kein Durchgriff vorzunehmen ist. Folglich ist auch das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs aufgrund eines Kon- strukts aus superprovisorischer Anordnung oder Vertrag kombiniert mit Doppelor- ganschaft oder faktischer Organschaft und Durchgriff zu verneinen.

### **E. 6.3**

Faktisches Vertragsverhältnis Das (Nicht-/)Vorliegen eines faktischen Vertragsverhältnis wird von den Parteien thematisiert (act. 11 Rz. 66 ff.; vgl. act. 19) und es wurde in der Verfügung vom

### **E. 9**

Mai 2019 verpflichtet, eine Sicherheit von CHF 25'000.– zu leisten (act. 4). Die- ser Verpflichtung kam sie fristgerechnet nach (act. 6A). Mit der Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen ist vorliegend auch über den Verbleib dieser geleisteten Sicherheit zu entscheiden. Da die Si- cherheit dazu dient, allfällige, aufgrund der superprovisorisch angeordneten Mas-

- 26 - snahmen entstandenen Schäden der Beklagten zu decken, fällt eine sofortige Anordnung der Auszahlung ausser Betracht, wenn nicht ausgeschlossen ist, dass eine Schadenersatzklage erhoben wird (Art. 264 Abs. 3 ZPO; ZÜRCHER, in: BRUN- NER/GASSER/SCHWANDER, DIKE-ZPO-Kommentar, Art. 197-408, 2. A., 2016, Art. 264 N 21; HUBER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 264 N 37). Gleichzeitig kann die Sicherheit aber auch nicht unbefristet einbehalten werden. Entsprechend sieht Art. 264 Abs. 3 ZPO vor, dass eine geleistete Sicherheit frei- zugeben ist, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird; bei Ungewissheit setzt das Gericht eine Frist zur Klage an. Vorliegend ist eine Scha- denersatzklage ungewiss. Folglich ist zum einen die Obergerichtskasse darauf hinzuweisen, dass diese Sicherheit nur aufgrund einer ausdrücklichen gerichtli- chen Anordnung hin ausbezahlt werden darf (vgl. § 17 Verordnung des Oberge- richts über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten). Zum anderen ist der Beklagten eine Frist anzusetzen, um beim zuständigen Gericht eine Klage auf Ersatz des durch die superprovisorisch angeordneten vorsorglichen Mass- nahmen erlittenen Schadens (Schadenersatzklage) anzuheben; unter der Andro- hung, dass bei Säumnis Verzicht auf die Sicherheit angenommen wird und die Klägerin beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Heraus- gabe der Sicherheit verlangen kann. Eine Frist von 60 Tagen scheint angesichts des Entfallens eines Schlichtungsverfahrens (Art. 198 lit. h ZPO), des Aufwands für die Erarbeitung einer entsprechenden Klageschrift sowie unter Berücksichti- gung der Rechtsmittelfrist verhältnismässig (vgl. zum Ermessen SPRECHER, a.a.O., Art. 264 N 65). Allfällige

Gerichtsferien sind nicht zu berücksichtigen (vgl. Art. 145 Abs. 2 ZPO). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuchs (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt. Sollte die Beklagte die Schadenersatzklage nachgewiesenermassen nicht innert (allenfalls erstreckter) Frist einreichen, wird Verzicht auf die Sicherheit angenommen-

- 27 - men und die Klägerin kann beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich die Auszahlung der Sicherheit verlangen (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 264 N 21). Vor Auszahlung der Sicherheit wäre der Beklagten das rechtliche Gehör zu gewähren. Das Recht auf Einreichung einer Schadenersatzklage zu einem späteren Zeitpunkt wird durch den ungenutzten Ablauf der Frist nicht verwirkt (HUBER, a.a.O., Art. 264 N 37; SPRECHER, a.a.O., Art. 264 N 65). Letztlich braucht der Eventualantrag der Beklagten bezüglich Verpflichtung der Klägerin zur Leistung einer zusätzlichen Sicherheit aufgrund der Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahme nicht behandelt zu werden.

#### **E. 10**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beziffert die Klägerin den Streitwert auf CHF 100'000.– (act. 1 Rz. 5). Die Beklagte hat diesen Streitwert nicht bestritten (vgl. act. 11 Rz. 35 ff.) und er scheint auch nicht offensichtlich unrichtig zu sein (vgl. Art. 91 Abs. 2 ZPO). Ausgehend vom genannten Streitwert ist die Gerichtsgebühr – unter Berücksichtigung des entstandenen Aufwands des Gerichts – auf CHF 6'600.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG) und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sodann hat die Klägerin als unterliegende Partei der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Höhe der Entschädigung für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In Anwendung von §§ 4, 9 und 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 7'250.– festzusetzen. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung

- 28 - der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei aufgrund aussergewöhnlicher Umstände nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Nachdem die Beklagte keine solchen aussergewöhnlichen Umstände behauptet und belegt, ist ihr die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (BGer Urteil 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104/2005 Nr. 76 S. 291 ff. E. III.2.). Das Einzelgericht erkennt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.