

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE190099-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie der Gerichtsschreiber  
Roman Kariya

## Urteil vom 15. März 2019, 16:15 Uhr

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Limited,**

Klägerin

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

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Massnahmege such:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB zu verbieten, irgendwelche Beträge aus der folgenden Garantie an die C.\_\_\_\_\_ Limited zu leisten:  
Standby-L/C no. ... vom 28. Dezember 2016.
2. Das Verbot gemäss Ziffer 1 sei ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin als einstweilige Verfügung im Sinne von Art. 265 Abs. 1 ZPO sofort zu erlassen und nach Anhörung der Gesuchsgegnerin als vorsorgliche Massnahme zu bestätigen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Der Präsident zieht in Erwägung:**

1. Einleitung des Massnahmeverfahrens

1.1. Die Gesuchstellerin (fortan Klägerin) reichte ihr Gesuch um Erlass einer (superprovisorischen) vorsorglichen Massnahme (Zahlungsverbot) gegen die Gesuchsgegnerin (fortan Beklagte) hierorts am 15. März 2019, 07:30 Uhr, samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/2-23).

1.2. Sämtliche Prozessvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die internationale und örtliche sowie die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich (insbes.) aus Art. 2 LugÜ i.V.m. Art. 10 lit. b IPRG und Art. 6 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG.

3. Sachverhalt

3.1. Die D.\_\_\_\_\_ Limited (fortan D.\_\_\_\_\_), das ... indische Telekommunikationsunternehmen, welches vom indischen Staat gehalten wird, schrieb 2015 einen Auftrag für die Entwicklung und den Betrieb einer *Easy Credit Platform* (fortan ECP) für *Pre-Paid*-Kunden der D.\_\_\_\_\_ aus. Über die ECP sollte den *Pre-Paid*-Kunden der D.\_\_\_\_\_ *Credit Services* angeboten werden. Im November 2016 erhielt die E.\_\_\_\_\_ Ltd. (fortan E.\_\_\_\_\_) mit Sitz in Indien von der D.\_\_\_\_\_ den pro-

visorischen Zuschlag für die ECP in der *North Zone* und in der *South Zone*. Als Voraussetzung für den definitiven Zuschlag bzw. die entsprechenden *Work Orders* verlangte die D.\_\_\_\_\_ von der E.\_\_\_\_\_ Erfüllungsgarantien (sog. *Performance Guarantees*) einer indischen Bank. Da die E.\_\_\_\_\_ nicht über die erforderlichen Mittel verfügte, um bei einer indischen Bank die Abgabe von *Performance Guarantees* in Auftrag zu geben, wandte sich die E.\_\_\_\_\_ unter anderem an die Klägerin. Die Klägerin ist eine Kundin der Beklagten, welche für sie ein Wertschriftendepot führt. Mit einem Akkreditiv zu Gunsten der indischen C.\_\_\_\_\_ *Limited* (fortan C.\_\_\_\_\_) sollte diese in die Lage versetzt werden, ihrerseits je eine *Performance Guarantee* für die ECP in der *North Zone* und die ECP in der *South Zone* abzugeben (act. 1 Rz. 5 ff.; act. 3/5).

Am 28. Dezember 2016 eröffnete die Klägerin ein Akkreditiv über USD 2'000'000.– (Standby L/C no. ...) zu Gunsten der C.\_\_\_\_\_. Nach Ausstellung dieser Garantie, verpflichtete sich die C.\_\_\_\_\_ gegenüber der E.\_\_\_\_\_, eine *Performance Guarantee* zugunsten der D.\_\_\_\_\_ über INR 780'000'000 abzugeben. Am 29. Dezember 2016 stellte die C.\_\_\_\_\_ eine *Performance Guarantee* zu Gunsten der D.\_\_\_\_\_ über INR 430'000'000 für die Leistungen der E.\_\_\_\_\_ in der *South Zone* und eine *Performance Guarantee* zu Gunsten der D.\_\_\_\_\_ über INR 350'000'000 für die Leistungen der E.\_\_\_\_\_ in der *North Zone* aus (act. 1 Rz. 19 ff.; act. 3/17-21).

Am 25. und 31. Januar 2017 erhielt die E.\_\_\_\_\_ den definitiven Zuschlag (act. 1 Rz. 13; act. 3/10-11).

3.2. Die Klägerin bringt nun vor, dass wegen technischen Problemen, welche die D.\_\_\_\_\_ zu verantworten habe, die ECP nicht kommerziell habe eingeführt werden können. Zudem habe sich gezeigt, dass die Kundenbasis, welche für die ECP und die Credit Services in Frage gekommen sei, viel kleiner gewesen sei als die D.\_\_\_\_\_ in der Ausschreibung angegeben habe. Folglich habe die ECP nicht profitabel geführt werden können. Im November 2018 sei die Kundenbasis in der *South Zone* 81 % tiefer gewesen, als in der Ausschreibung angegeben worden sei. Deshalb habe die E.\_\_\_\_\_ das im Vertrag für die *South Zone* vorgeschriebene Schiedsverfahren eingeleitet. Gleiches habe sie am 14. Februar 2019 auch be-

treffend die *North Zone* getan. Da sich die Parteien nicht auf einen Schiedsrichter hätten einigen können, habe die E.\_\_\_\_\_ am 26. Februar 2019 (betreffend die *North Zone*) bzw. am 12. März 2019 (betreffend die *South Zone*) den *High Court of Delhi* in New Delhi angerufen (act. 1 Rz. 14 ff.; act. 3/12-15).

Die D.\_\_\_\_\_ sei Anfang diese Woche in die Schlagzeilen geraten, da sie die Arbeitslöhne für den Monat Februar 2019 gar nicht oder nur mit Verspätung und staatlicher Unterstützung im März 2019 habe bezahlen können. Wegen der drohenden oder möglicherweise bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit der D.\_\_\_\_\_ habe der Stromversorger des indischen Bundesstaats F.\_\_\_\_\_ die Energielieferungen an die D.\_\_\_\_\_ gestern eingestellt. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die D.\_\_\_\_\_ überschuldet sei. Es sei fraglich, ob der indische Staat die D.\_\_\_\_\_ retten und deren Gläubiger befriedigen werde (act. 1 Rz. 6 ff.). Die C.\_\_\_\_\_ habe der E.\_\_\_\_\_ nun am 13. März 2019 informell mitgeteilt, dass die D.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ beabsichtigen würden, die Performance Guarantees und die Garantie der Beklagten abzurufen (act. 1 Rz. 23).

#### 4. Rechtliches

Damit ein Zahlungsverbot als (superprovisorische) vorsorgliche Massnahme erlassen werden kann, müssen eine Dringlichkeit (betreffend eine superprovisorische Massnahme eine besondere Dringlichkeit [Art. 265 Abs. 1 ZPO]), eine günstige Hauptsacheprognose, die Verhältnismässigkeit der Massnahme und ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht werden (Art. 261 Abs. 1 lit. a und lit. b ZPO).

Provisorische Zahlungsverbote werden bei Bankgarantien bzw. entsprechenden Rechtsgeschäften nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen, weil sie dem diesen Rechtsgeschäften zugrunde liegenden Grundsatz "zuerst zahlen, dann prozessieren" widersprechen. Provisorische Zahlungsverbote können bei Bankgarantien und ähnlichen Rechtsgeschäften nur erlassen werden, sofern glaubhaft erscheint, dass die Abrufung des Betrages offensichtlich rechtsmissbräuchlich erfolgt (ZR 97 Nr. 92; ZR 111 Nr. 69). Ein Verbot kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn die Abrufung in auch für die beklagte Bank erkennbarer Weise rechts-

missbräuchlich erscheint (ZR 111/2012 Nr. 69). Die herrschende Lehre und Rechtsprechung versteht unter "Offenkundigkeit" in Zusammenhang mit dem Missbrauch einer Bankgarantie dessen sofortige Beweisbarkeit (BGE 100 II 151; ZR 86 Nr. 40, ZR 88 Nr. 60; Löw, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, Basel/Genf/München 2002, S. 72). Nach Schweizer Recht findet ein rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf somit erst dann keinen Rechtsschutz, wenn absolut klare Verhältnisse vorliegen, die keinerlei Zweifel darüber lassen, dass dem Begünstigten unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantie zusteht (Löw, a.a.O., S. 71 f., m.w.H.). Rechtsmissbrauch liegt z.B. dann vor, wenn der Begünstigte selbst bestätigt, dass die gesicherte Leistung erbracht worden ist und er seinerseits etwas schulde (KLEINER, Bankgarantie, 4. Aufl., Zürich 1990, N. 21.49). Ebenfalls kann der Abruf einer Garantie rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Begünstigte selbst das Erbringen der Leistung nachweislich verhindert, indem er beispielsweise Prüfung und Abnahme der gelieferten Ware verweigert oder deren Einfuhr in das Bestimmungsland hintertreibt (KLEINER, a.a.O., N. 21.49). An dieser Rechtsauffassung ist weiterhin festzuhalten.

## 5. Würdigung

5.1. Hinsichtlich der besonderen Dringlichkeit stützt sich die Klägerin lediglich auf eine informelle Mitteilung der C.\_\_\_\_\_, wonach beabsichtigt werde, die entsprechende Garantie abzurufen. Ob unter diesen Umständen überhaupt von einer besonderen Dringlichkeit gesprochen werden könnte, kann offen gelassen werden. Wie nämlich aus den nachfolgenden Erwägungen erhellt, kann der beantragten vorsorglichen Massnahme ohnehin nicht stattgegeben werden.

5.2. Die Klägerin macht geltend, dass in der drohenden Abrufung der entsprechenden Bankgarantie durch die C.\_\_\_\_\_ ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegen würde. Über die formellen Voraussetzungen zur Leistung der entsprechenden Zahlungen schweigt sie sich aus. Darauf ist daher nicht weiter einzugehen. In Bezug auf die Voraussetzung der Hauptsacheprognose bleibt daher lediglich zu prüfen, ob ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch seitens der C.\_\_\_\_\_ vorliegt.

Die Klägerin führt im Wesentlichen aus, dass die *Performance Guarantee* und die von der Beklagten gestellten Garantie nicht dazu gedient hätten, der illiquiden und offenbar überschuldeten D.\_\_\_\_\_ kurzfristig finanzielle Mittel zuzuführen, mit denen die D.\_\_\_\_\_ dann Löhne und Stromrechnungen bezahlen könnte. Die viermonatige Implementierungszeit gemäss den Verträgen vom 25. Januar 2017 und 31. Januar 2017 sei schon längstens vorüber. Gleichwohl habe die ECP weder in der *North Zone* noch in der *South Zone* kommerziell eingeführt werden können. Die D.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ hätten die entsprechenden Garantien in der Vergangenheit trotz der Verzögerungen zu Recht nicht abgerufen, weil die Nichteinführung der ECP allein der D.\_\_\_\_\_ anzulasten gewesen sei. Die E.\_\_\_\_\_ sei nicht in Verzug und schulde der D.\_\_\_\_\_ keine Erfüllung. Vielmehr schulde die D.\_\_\_\_\_ der E.\_\_\_\_\_ Schadenersatz, weil die D.\_\_\_\_\_ in der Ausschreibung falsche Angaben gemacht habe und weil die technischen Voraussetzungen für die Einführung der ECP gefehlt hätten. Der Gedanke, die entsprechenden Garantien abzurufen, sei erst aufgekommen, als die D.\_\_\_\_\_ illiquide gewesen sei. Die entsprechenden Garantien sollten vielmehr eine Sicherheit für den Fall sein, dass die E.\_\_\_\_\_ ihre Verpflichtungen gegenüber der D.\_\_\_\_\_ nicht (mehr) hätte erfüllen können. Es gehe daher nicht um die Erfüllung der Verträge vom 25. und 31. Januar 2017, sondern um eine Mittelbeschaffung für die illiquide D.\_\_\_\_\_. Es solches Verhalten sei offensichtlich rechtsmissbräuchlich (act. 1 Rz. 24 ff. und Rz. 33).

Wie erwähnt, findet ein rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf erst dann keinen Rechtsschutz, 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 Bankgarantie zusteht. Sodann braucht die Abrufung der Bankgarantie in auch für die beklagtische Bank erkennbarer Weise rechtsmissbräuchlich zu sein. Beides ist vorliegend nicht der Fall. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Klägerin betreffend das Vertragsverhältnis zwischen der E.\_\_\_\_\_ und der D.\_\_\_\_\_ um eine Drittpartei handelt. Es ist damit bereits fraglich, ob auf ihre Behauptungen, wonach die E.\_\_\_\_\_ ihren vertraglichen Pflichten gemäss Vertrag zwischen dem E.\_\_\_\_\_ und der D.\_\_\_\_\_ auch tatsächlich nachgekommen sei,

überhaupt abgestellt werden kann. Ohnehin aber kann nicht gesagt werden, dass keinerlei Zweifel darüber bestehen, dass die E.\_\_\_\_\_ ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der D.\_\_\_\_\_ auch tatsächlich nachgekommen ist. Ein Gerichtsverfahren vor dem *High Court of Delhi* ist pendent. Angesichts des möglichen Interpretationsspielraums der hierfür zu klärenden Sach- und Rechtsfragen (insbesondere ob die D.\_\_\_\_\_ dafür verantwortlich ist, dass die ECP nicht eingeführt werden konnte) kann denn auch nicht von klaren Verhältnissen gesprochen werden. Weiter kann aus dem Umstand, dass die C.\_\_\_\_\_ die entsprechende Garantie bisher noch nicht abgerufen hatte, noch nicht geschlossen werden, dass dies nun in rechtsmissbräuchlicher Weise im Hinblick auf die angeblichen, nicht rechtsgenügend dargelegten Zahlungsschwierigkeiten der D.\_\_\_\_\_ erfolgen würde. Unter diesen Umständen ist sowohl für das Gericht als auch für die Beklagte ein allfälliger Rechtsmissbrauch eines bevorstehenden Garantieabrufs nicht ohne Weiteres erkennbar und damit nicht offensichtlich. Ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch ist daher bereits nicht glaubhaft gemacht.

5.3. Weiter sieht die Klägerin den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil darin, dass die Klägerin und die E.\_\_\_\_\_ den von der Beklagten ausbezahlten Betrag klageweise von der C.\_\_\_\_\_ und der D.\_\_\_\_\_ zurückfordern müsste. Die Klägerin wäre diesfalls in einer Klägerrolle anstatt einer Beklagtenrolle. Dies stelle einen nicht leicht wiedergutzumachen Nachteil dar. Denn der Rückforderungsprozess müsste in Indien geführt werden, wobei die indische Justiz weltweit zu den langsamsten gehöre. Hinzu komme, dass die D.\_\_\_\_\_ illiquid und kurz vor der Insolvenz stehe. Im Konkurs der D.\_\_\_\_\_ wären die Rückforderungsansprüche nicht mehr durchsetzbar. Und selbst wenn die D.\_\_\_\_\_ vom indischen Staat gerettet würde, hätte dies nicht automatisch zur Folge, dass die Forderungen der Gläubiger (inklusive die vorliegenden Rückforderungsansprüche) befriedigt werden würden. Würde die Beklagte die entsprechenden Garantiezahlungen leisten, so wären die entsprechenden Beträge faktisch unwiderruflich verloren (act. 1 Rz. 35 ff.).

Mit diesen Ausführungen vermag die Klägerin einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil nicht glaubhaft zu machen. Das Führen eines Zivil-

prozesses mit einer entsprechenden Rollenverteilung zwischen der Klägerin und der Beklagten und die damit verbundenen Aufwände allein stellen nämlich noch keinen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil dar. Die Klägerin kann aus einem allfällig zu führenden Rückforderungsprozess vor einem indischen Gericht nichts zu ihren Gunsten ableiten. Auch wenn die indische Justiz langsam sein mag, so muss sich die Klägerin entgegenhalten lassen, dass sie diesen Umstand mit den von ihr gestellten Garantie in Kauf genommen hat. Was die klägerischen Ausführungen hinsichtlich eines allfälligen Konkurses der D.\_\_\_\_\_ betrifft, so gilt es zunächst zu betonen, dass die Abrufung der entsprechenden Garantie die C.\_\_\_\_\_ und nicht die D.\_\_\_\_\_ betreffen würde. Eine entsprechende Verknüpfung zwischen den beklaglichen Garantie zugunsten der C.\_\_\_\_\_ und deren Garantien zugunsten der D.\_\_\_\_\_ in einem allfälligen Konkursverfahren der D.\_\_\_\_\_ wurde von der Klägerin nicht hinreichend dargetan. Ohnehin handelt es sich bei der klägerischen Behauptung, wonach über die D.\_\_\_\_\_ der Konkurs eröffnet werden würde bzw. die Forderungen der Gläubiger der D.\_\_\_\_\_ nicht befriedigt werden würden, um eine reine Mutmassung, die einen nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil nicht glaubhaft zu machen vermag.

5.4. Da somit weder ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch eines Garantieabrufs noch ein drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht werden konnte, ist das Massnahmegesuch folglich gänzlich – sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich – abzuweisen. Eine Prüfung der weiteren Voraussetzungen erübrigt sich.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert entspricht vorliegend der Höhe der betreffenden Garantie, mithin USD 2'000'000.–, d.h. CHF 2'008'060.– (Umrechnungskurs per heutigem Datum). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr – unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips – auf CHF 18'000.– festzusetzen.

Mangels prozessuaalem Aufwand im vorliegenden Verfahren ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Der Präsident erkennt:**

1. Das Massnahmegesuch wird – sowohl superprovisorisch als auch vorsorglich – abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 18'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin vorab per Fax (Nr. ...), an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 1 und act. 3/2-23.
6. Eine bundesgerichtliche 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 2'008'060.–.

Zürich, 15. März 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Roman Kariya