

# ZH\_HANDELSGERICHT HE190098 vom 15. März 2019

Zh Handelsgericht, 2019-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE190098](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE190098)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE190098 du 15 mars 2019

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE190098 del 15 marzo 2019

## Erwägungen

### E. 29

Dezember 2016 stellte die C. \_\_\_\_\_ eine Performance Garantie zu Gunsten der D. \_\_\_\_\_ über INR 430'000'000 für die Leistungen der E. \_\_\_\_\_ in der South Zone und eine Performance Garantie zu Gunsten der D. \_\_\_\_\_ über INR 350'000'000 für die Leistungen der E. \_\_\_\_\_ in der North Zone aus (act. 1 Rz. 20 ff.; act. 3/19-24). Am 25. und 31. Januar 2017 erhielt die E. \_\_\_\_\_ den definitiven Zuschlag (act. 1 Rz. 14; act. 3/12-13). 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

- 4 - 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 betreffend die North Zone getan. Da sich die Parteien nicht auf einen Schiedsrichter einigen konnten, 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. 15 ff.; act. 3/14-17). 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 Marashtra 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 Garanties und die Garantien der Beklagten abzurufen (act. 1 Rz. 25). 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

- 5 - 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 rechtsmissbräuchlich 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 entsprechenden Garantien 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.

- 6 - 5.2. Die Klägerin macht geltend, dass in der drohenden Abrufung der entsprechenden Bankgarantien 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 Garantie und die von der Beklagten gestellten Garantien 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. 26 ff. und Rz. 35). 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 red-

- 7 - licherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantien zusteht. Sodann braucht die Abrufung der Bankgarantien in auch für die beklagte 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. Die Klägerin hält lediglich eine Beteiligung an der E.\_\_\_\_-Gruppe, zu welcher unter anderem die E.\_\_\_\_ gehört. 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 entsprechenden Garantien 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

- 8 - 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. 37 ff.). Mit diesen Ausführungen vermag die Klägerin einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil nicht glaubhaft zu machen. Das Führen eines Zivilprozesses mit einer entsprechenden Rollenverteilung zwischen der Klägerin und der Beklagten und die damit verbundenen Aufwände allein stellen nämlich noch keinen nicht leicht wiedergutzumachenden 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 Garantien 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 Garantien die C.\_\_\_\_\_ und nicht die D.\_\_\_\_\_ betreffen würde. Eine entsprechende Verknüpfung zwischen den beklagischen Garantien 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 wieder gutzumachenden 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.

- 9 - 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert entspricht vorliegend der Höhe der betreffenden Garantien, mithin INR 376'300'000 (INR 155'200'000 + INR 221'100'000), d.h. CHF 5'435'280.– (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 35'000.– festzusetzen. Mangels prozessualen Aufwand im vorliegenden Verfahren ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen. Der Präsident erkennt:

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