



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichter Roland Schmid, die Handelsrichter Thomas Steinebrunner, Dr. Felix Graber und Christian Zuber sowie die Gerichtsschreiberin Isabelle Monferrini

Urteil vom 27. Mai 2014

in Sachen

A1._____ SA,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

sowie

C._____,

Litisdenuziatin und prozessführende Nebenintervenientin

betreffend **Befehl**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Beklagten sei gerichtlich zu verbieten, Zahlungen aufgrund der counter-guarantee No. ... in der Höhe von USD 820'000 an die C._____, Bangladesh, ... [Adresse], oder an das D._____, E1._____, ... [Adresse], Bangladesh (heute E2._____, ... [Adresse]), zu leisten unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB (Busse) im Widerhandlungsfall.
2. Eventualiter: Es sei festzustellen, dass die counter-guarantee (Rückhaftungsgarantie) No. ... in der Höhe von USD 820'000 nicht mehr besteht und keine Rechtswirkung mehr entfaltet.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen einschliesslich der festgesetzten, aber nicht zugewiesenen Kosten des Verfahrens vor Audienzrichter des Bezirksgerichts Zürich vom 22. September 2006 (Geschäft Nr. EU060112) vom D._____, solidarisch haftend mit der C._____, Bangladesh, ..., eventualiter zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

Am 5. September 2007 reichte die Klägerin ihre Klage hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 7. September 2007 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um eine Klageantwort einzureichen (Prot. S. 2). Mit Eingabe vom 11. Oktober 2007 stellte die Beklagte den Antrag, es sei der C._____ und dem D._____, E1._____ (nachfolgend E1'._____) der Streit zu verkünden. Weiter sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Beklagte dem Klagebegehren kein eigenes Rechtsbegehren entgegen stelle und dass sie aus dem Verfahren austrete und dieses der C._____ (nachfolgend prozessführende Nebenintervenientin) überlasse (act. 6). Mit Verfügung vom 5. November 2007 wurde von der Streitverkündung Vormerk genommen (Prot. S. 4). Der prozessführenden Nebenintervenientin wurde Frist angesetzt, um sich zur Streitverkündung zu äussern. Die Verfügung wurde an die prozessführende Nebenintervenientin und an deren Rechtsvertreter persönlich sowie an E1'._____ auf dem Wege der internationalen Rechtshilfe zugestellt. Nachdem die prozessführende Nebenintervenientin mit Eingabe vom

17. Dezember 2007 (act. 16) erklärt hatte, den Prozess auf eigene Kosten fortsetzen zu wollen, wurde mit Verfügung vom 18. Dezember 2007 (Prot. S. 6) vorgemerkt, dass die prozessführende Nebenintervenientin den Prozess für die austretende Beklagte auf eigene Kosten fortsetzen werde, wobei der Endentscheid gleichwohl auf den Namen der Beklagten lauten werde. Die prozessführende Nebenintervenientin wurde zudem bereits jetzt darauf aufmerksam gemacht, dass sie während der gesamten Prozessdauer besorgt sein müsse, in der Schweiz einen Rechtsvertreter oder zumindest eine Zustelladresse zu haben. Weiter wurde ihr Frist zur Einreichung der Klageantwort bis 28. Januar 2008 angesetzt. Diese wurde in der Folge zweimal erstreckt (Prot. S. 6). E1'._____ wurde demgegenüber aus dem Rubrum gestrichen (act. 34).

Mit Eingabe vom 10. März 2008 ersuchte die prozessführende Nebenintervenientin um Sistierung des vorliegenden Verfahrens (act. 19). Gleichzeitig stellte sie den prozessualen Antrag, es sei ihr Frist für eine einlässliche Klageantwort anzusetzen. Materielle Anträge in der Sache stellte sie dabei nicht. Mit Verfügung vom 24. April 2008 wurde der Prozess sistiert, und zwar *"bis zum Eintritt der Rechtskraft des Entscheides im Verfahren Appeal 304/2003 vor dem Supreme Court of Bangladesh, High Court Division, zwischen dem D._____, E1._____, und A2._____"*. Der Klägerin wurde sodann aufgegeben, das hiesige Handelsgericht über konkrete Fortschritte im Verfahren vor dem Supreme Court of Bangladesh zu orientieren (Prot. S. 8 f.).

Die Klägerin berichtete mit Eingaben vom 9. Januar 2009 (act. 25), 8. Juli 2009 (act. 27), 7. Juli 2010 (act. 29), 7. Juli 2011 (act. 31), 3. Juli 2012 (act. 33) und vom 9. Juli 2013 (act. 45) und zwar stets im gleichen Sinne: In dem in der Präsidialverfügung vom 24. April 2008 erwähnten Verfahren Appeal 304/2003 habe es seit dem 24. April 2008 weder einen weiteren Verfahrensschritt noch die Ansetzung eines Verhandlungstermins noch eine andere Prozesshandlung gegeben. Die Klägerin führte in ihrer Eingabe vom 9. Juli 2013 (act. 45) zudem aus, dass es das behauptete Verfahren Appeal 304/2003 vor dem Supreme Court of Bangladesh als "fiktiv" erachte, und sie beantragte, das vorliegende Verfahren wieder aufzunehmen und fortzuführen. Mit Verfügung vom 11. Juli 2013 wurde

der prozessführenden Nebenintervenientin Frist bis zum 9. September 2013 angesetzt, um schriftlich zur Eingabe der Klägerin vom 9. Juli 2013 Stellung zu nehmen, unter der Androhung, dass bei Säumnis über diese Frage auf Grund der Akten entschieden werde (Prot. S. 18). Diese Möglichkeit wurde auch der Beklagten eingeräumt. Eine Stellungnahme seitens der prozessführenden Nebenintervenientin oder der Beklagten erfolgte aber nicht. Mit Verfügung vom 22. November 2013 (act. 51) wurde das Verfahren wieder aufgenommen, da es der prozessführenden Nebenintervenientin nicht gelungen war, ein dahingehendes, noch laufendes Verfahren glaubhaft zu machen, und sich ein solches auch nicht aus den Akten ergab. Gleichzeitig wurde der prozessführenden Nebenintervenientin Frist zur Erstattung einer den § 113 ZPO/ZH und § 127 ZPO/ZH entsprechenden Klageantwort bis zum 17. Februar 2014 angesetzt. Diese Verfügung wurde der prozessführenden Nebenintervenientin durch Mitteilung an deren Rechtsvertreter übermittelt und auch der Beklagten zugestellt (act. 52/2-3).

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2013 teilte der Rechtsvertreter der prozessführenden Nebenintervenientin dem Gericht mit, dass die F._____ AG das Mandat der prozessführenden Nebenintervenientin niedergelegt habe und diese deshalb nicht mehr vertrete. Gemäss Verteiler dieses Schreibens (act. 53 unten) wurde die Beklagte selbst davon in Kenntnis gesetzt. Mit Verfügung vom 25. Februar 2014 (act. 56) wurde von der Mandatsniederlegung Vormerk genommen und der prozessführenden Nebenintervenientin eine letzte Frist bis zum 12. März 2014 angesetzt, um die Klageantwort zu erstatten. Die Verfügung wurde androhungsgemäss zu den Akten gelegt und ausserdem auch der Beklagten zugestellt (act. 55/2). Die prozessführende Nebenintervenientin hat bis heute keine Klageantwort eingereicht. Auch von der Beklagten ging keine Stellungnahme ein.

2. Formelles

2.1. Anwendbares Prozessrecht

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG/ZH) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2.2. Streitverkündung und Säumnis der prozessführenden Nebenintervenientin

2.2.1 Nach § 47 Abs. 1 ZPO/ZH ist der Dritte (Litisdenuziant) im Falle der Streitverkündung berechtigt, dem Prozess als Nebenintervenient beizutreten. Die Hauptpartei kann dem Nebenintervenienten jedoch die Führung des Prozesses überlassen. Übernimmt Letzterer die Weiterführung des Prozesses, hat er den Prozess als Vertreter der Hauptpartei da fortzuführen, wie er ihn vorfindet, unter Haftung für die Kosten. Auch bei einer Übernahme der Prozessführung durch den Nebenintervenienten hat der Endentscheid letztlich aber auf den Namen der Hauptpartei zu lauten (§ 48 ZPO/ZH). Prozesshandlungen und Säumnisse des prozessführenden Nebenintervenienten wirken sich damit zwingend auf die Stellung der Hauptpartei aus (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_398/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 1.1.2).

2.2.2 Die Beklagte hat der prozessführenden Nebenintervenientin den Streit verkündet, und Letztere hat erklärt, den Prozess auf eigene Kosten weiterführen zu wollen. Mit Verfügung vom 25. Februar 2014 (act. 54) wurde der prozessführenden Nebenintervenientin eine letzte Frist bis 12. März 2014 zur Erstattung der Klageantwort angesetzt. Die Verfügung gilt als rechtmässig zugegangen (vgl. § 30 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 2, N 6 f. zu § 30 ZPO/ZH; dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 5P.73/2004 vom 4. Mai 2004 E. 2.3). Nachdem die prozessführende Nebenintervenientin bis heute keine Klageantwort

eingereicht hat und die Beklagte auch nicht in den Prozess zurückgekehrt ist, ist androhungsgemäss Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden anzunehmen (§ 130 ZPO/ZH). Die tatsächlichen Behauptungen der Klägerin gelten somit als zugestanden.

2.3. Zuständigkeit

Die Klägerin ist eine im internationalen Rohwarenhandel tätige Aktiengesellschaft mit Sitz in Die Beklagte ist eine in Zürich und .. ansässige Aktiengesellschaft, welche den Betrieb einer Bank bezweckt (act. 1 Rz. 4; act. 3/1-2). Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist damit gegeben (Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG). Die vorliegende Streitsache bezieht sich auf das von den Parteien betriebene Gewerbe, namentlich auf eine durch die Beklagte im Auftrag der Klägerin gewährte Rückgarantie an die prozessführende Nebenintervenientin. Der Streitwert übersteigt CHF 30'000.– (vgl. Rechtsbegehren und hinten Ziff. 5). Das Handelsgericht ist somit auch sachlich zuständig (§ 62 Abs. 1 GVG). Eine vorgängige Sühnverhandlung ist nicht erfolgt und war auch nicht erforderlich (vgl. § 104 lit. c ZPO/ZH i.V.m. § 228 ZPO/ZH).

2.4. Unterlassungsklage

2.4.1 Voraussetzung der Unterlassungsklage ist, dass die Verletzung eines Anspruchs unmittelbar droht und dass sich die Klage auf eine konkrete, genau umschriebene Handlung bezieht. Vorausgesetzt wird also die drohende Gefahr, dass sich der Schuldner über eine bestimmte Unterlassungspflicht hinwegsetzen werde. Diese Begehungsgefahr begründet dabei das Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei. Wann eine Unterlassungspflicht besteht, ist demgegenüber eine Frage des materiellen Rechts. Neben den gesetzlich besonders geregelten Unterlassungsansprüchen im Zusammenhang mit den absoluten Rechten, bestehen nach allgemeiner Ansicht relative Unterlassungsansprüche aus Art. 97 ff. OR sowie zum Schutze jedes privatrechtlich fälligen Anspruchs (KÖLZ, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht unter Berücksichtigung ausgewählter kantonaler

Verfahrensgesetze und des Entwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, 2007, S. 11 ff.; BGE 116 II 357 E. 2a S. 359, mit Hinweisen).

Die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs bedingt die unmittelbare Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen im erkennenden Titel. Diese können demnach bereits durch das erkennende Gericht im Urteil über den materiellen Anspruch angeordnet werden (§ 304 Abs. 1 ZPO/ZH). In der Regel erfolgt dies mittels Strafwang. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung hat das erkennende Gericht die unmittelbare Vollstreckung durch Strafandrohung nach Art. 292 StGB im erkennenden Titel von Amtes wegen anzuordnen (BGE 83 II 249 E. 6 S. 261; BGE 87 II 107 E. 5 S. 112; BGE 93 II 424 E. 6 S. 433; BGE 95 II 456 E. 4 S. 460; BGE 97 II 234 E. 2 S. 238; BGE 98 II 138 E. 4 S. 147; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 2 zu § 304 ZPO/ZH; KÖLZ, a.a.O., S. 115).

2.4.2 Die Klägerin erhebt im vorliegenden Verfahren gegen die Beklagte eine Unterlassungsklage. Diese richtet sich auf eine genau umschriebene Handlung der Beklagten, nämlich die Zahlung des Garantiebetrages in der Höhe von USD 820'000 aus der Rückgarantievereinbarung (counter-guarantee No ...) an E1'_____ oder an die prozessführende Nebenintervenientin. Den Unterlassungsanspruch und das Rechtsschutzinteresse der Klägerin gilt es im Folgenden zu prüfen.

3. Sachverhalt

Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin (act. 1 S. 3 ff.), an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht (§ 131 Abs. 1 ZPO), und in Übereinstimmung mit den von ihr eingereichten Urkunden, ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Am 16. August 1995 schlossen A1'_____ (nachfolgend "A1'_____ Inc.") und D'_____, E1'_____ (nachfolgend "E1'_____") einen Kaufvertrag über 200'000 metrische Tonnen Getreide. Im Kaufvertrag war vorgesehen, dass A1'_____ Inc. eine Bankgarantie zur Sicherung der Vertragserfüllung über den Betrag von

USD 2'240'600, welcher später auf USD 820'000 reduziert wurde, zugunsten von E1'._____ stellen musste (act. 1 Rz. 9).

Im Auftrag der Klägerin ersuchte die Beklagte die heutige prozessführende Nebenintervenientin (vormals G._____) zur Sicherung dieses Vertrags zugunsten des E1'._____ eine Garantie über USD 820'000 auszustellen. In der Folge stellte die heutige prozessführende Nebenintervenientin eine Bankgarantie auf ersten Abruf in der genannten Höhe aus, welche die Sicherung der Vertragserfüllung durch die Klägerin (Lieferung von 200'000 metrischen Tonnen Getreide) bezweckte (act. 1 Rz. 10, Rz. 29).

Zu denselben Bedingungen gewährte die Beklagte – wiederum im Auftrag der Klägerin – der prozessführenden Nebenintervenientin am 8. Februar 1996 die streitgegenständliche Rückgarantie (counter-guarantee No. ...; act. 1 Rz. 4, Rz. 10).

A1'._____ Inc. und E1'._____ gerieten in der Folge über die Erfüllung des Kaufvertrags in einen Streit. Dieser mündete in ein Schiedsverfahren, welches mit Schiedsurteil vom 21. März 2002 abgeschlossen wurde. Darin wurde festgestellt, dass A1'._____ Inc. den Kaufvertrag erfüllt und keine Vertragsverletzung begangen habe. E1'._____ wurde zudem verpflichtet, die Bankgarantie in der Höhe von USD 820'000 an A1'._____ Inc. innert dreissig Tagen seit Fällung des Urteils zurückzugeben und ihr USD 737'440.45 zu bezahlen. E1'._____ gab A1'._____ Inc. aber weder die Garantie zurück noch leistete sie den genannten Betrag (act. 1 Rz. 11, Rz. 29 f.; act. 3/8). Das Schiedsurteil wurde durch den First Court of Dhaka mit Urteil vom 6. Januar 2003 genehmigt und für vollstreckbar erklärt (act. 1 Rz. 12; act. 3/9). Die prozessführende Nebenintervenientin reichte gegen den letztgenannten Entscheid einen Appeal vor dem Supreme Court of Bangladesh ein (act. 1 Rz. 32; vgl. dazu vorne Ziff. 1).

Am 7. März 2003 forderte die Klägerin die Beklagte auf, die prozessführende Nebenintervenientin unter Hinweis auf das Schiedsurteil und das Urteil des First Court of Dhaka dahingehend zu instruieren, dass diese die Bankgarantie unverzüglich annulliere (act. 1 Rz. 13). Am selben Tag leitete die Beklagte das

Gesuch an die prozessführende Nebenintervenientin per SWIFT-Mitteilung weiter und ersuchte sie zudem im Hinblick auf das Schiedsurteil vom 21. März 2002 und das Urteil des First Court in Dhaka vom 6. Januar 2003 um Erteilung der Décharge in Bezug auf die von der Beklagten zu ihren Gunsten ausgestellte Rückgarantie. Am 12. März 2003 wiederholte die Beklagte dieses Ersuchen (act. 1 Rz. 14, Rz. 24; act. 3/11-12).

A1'._____ Inc. versuchte am 19. April 2003 vergeblich, die Bankgarantie von E1'._____ zurückzuerhalten. In der Folge verlangte E1'._____ die Erfüllung der Garantie von der prozessführenden Nebenintervenientin. Am 22. April 2003 informierte die Beklagte die Klägerin, dass die prozessführende Nebenintervenientin um Erfüllung oder Verlängerung der Rückgarantie ersucht habe. Die Beklagte wies die Klägerin darauf hin, dass sie das Ersuchen der prozessführenden Nebenintervenientin als gültig erachte und bat die Klägerin um weitere Instruktionen (act. 1 Rz. 16). Die Klägerin untersagte der Beklagten mit Schreiben vom 25. April 2003, die Zahlung auszuführen oder die Garantie zu verlängern. Sie wies die Beklagte darauf hin, dass sie das Gesuch der prozessführenden Nebenintervenientin als offenkundig missbräuchlich erachte (act. 1 Rz. 17). Die Beklagte antwortete darauf, dass sie die Zahlung nur aufgrund einer richterlichen Verfügung verweigern werde, welche ihr die Ausführung der Zahlung untersage (act. 1 Rz. 18). In der Folge gelangte die Klägerin an das Tribunal de Première Instance in Genf und erwirkte am 30. April 2003 eine superprovisorische Verfügung, welche der Beklagten die Zahlung des Garantiebetrages an E1'._____ oder an die prozessführende Nebenintervenientin untersagte (act. 1 Rz. 19; act. 3/17). Die Verfügung wurde bis zum 10. Februar 2006 aufrecht erhalten. Mit Verfügung vom 20. Dezember 2005 wurde die Verfügung vom 30. April 2003 vom Tribunal de Première Instance wieder aufgehoben, da sich das Gericht als unzuständig erachtete (act. 1 Rz. 21; act. 3/19).

Mit Urteil vom 29. Februar 2004 entschied der Joint District Judge, 1st Court, Dhaka, auf die erneute Klage durch E1'._____ gegen A1'._____ Inc., dass es auf die Klage nicht eintrete, da es sich um eine res iudicata handle, weil ein

rechtskräftiges Schiedsurteil vom 21. März 2002 zwischen denselben Parteien betreffend denselben Sachverhalt vorliege (act. 1 Rz. 20; act. 3/18).

Mit Verfügungen vom 16. Februar 2006 und vom 22. September 2006 des Audienzrichteramts des Bezirksgerichts Zürich wurde der Beklagten im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verboten, den Betrag von USD 820'000 aus der Rückgarantie an E1'._____ oder an die prozessführende Nebenintervenientin zu bezahlen (act.1 Rz. 23 f.; act. 3/3; act. 3/20). Auf den von der prozessführenden Nebenintervenientin gegen die audienzrichterliche Verfügung vom 22. September 2006 erhobenen Rekurs trat das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 5. April 2007 nicht ein. Das Bundesgericht wies sodann mit Urteil vom 9. August 2007 die gegen den Beschluss des Obergerichts erhobene Beschwerde ab (act. 1 Rz. 25; act. 3/4-5).

Mit Abtretungsvereinbarung vom 4. September 2007 trat A1'._____ Inc. sämtliche ihr gegenüber E1'._____, der Beklagten und der prozessführenden Nebenintervenientin in Bezug auf die aus dem Kaufvertrag resultierenden Ansprüche an die Klägerin ab (act. 1 Rz. 28; act. 3/22).

Bislang erfolgte keine Zahlung der prozessführenden Nebenintervenientin an E1'._____. E1'._____ und die prozessführende Nebenintervenientin verlangen aber grundsätzlich alle drei Monate die Auszahlung des Garantiebetrags von der Beklagten aus der Rückgarantie (act. 1 Rz. 27, Rz. 36, Rz. 40).

4. Unterlassungsanspruch des Garantieauftraggebers gegenüber der Erstbank

4.1. Klägerischer Standpunkt

Die Klägerin begründet ihren Anspruch auf Unterlassung der Zahlung des Garantiebetrages gemäss Rückgarantievereinbarung durch die Beklagte im Wesentlichen damit, dass sowohl der Abruf der Garantie durch E1'._____ als auch der Abruf der Rückgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren seien. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die Garantie nur die Erfüllung des Kaufvertrags zwischen A1'._____ Inc. und E1'._____ bezweckt habe. Indem die richtige Erfüllung des Kaufvertrags durch

A1'._____ Inc. gerichtlich rechtskräftig festgestellt worden sei und E1'._____ dennoch die Erfüllung der Bankgarantie verlange, sei der Abruf der Garantie als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren (act. 1 Rz. 29 ff.). Die prozessführende Nebenintervenientin verhalte sich – wie auch das Audienzrichteramt des Bezirksgerichts Zürich festgestellt habe – durch kollusives Zusammenwirken mit E1'._____ ebenfalls missbräuchlich, weil ihr das rechtskräftige Schiedsurteil spätestens am 7. März 2003 bekannt gewesen sei (act. 1 Rz. 24). Die Klägerin macht sodann durch Verweisung auf die Verfügungen des Audienzrichteramts des Bezirksgerichts Zürich und die Mitteilung an die Beklagte vom 7. März 2003, in welcher sie auf das rechtskräftige Schiedsverfahren hingewiesen hätte, sinngemäss geltend, dass der Rechtsmissbrauch für die Beklagte im Zeitpunkt des Abrufs der Rückgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin offenkundig gewesen sei.

4.2. Qualifikation des Rechtsverhältnisses

4.2.1 Namentlich im internationalen Verkehr werden Garantien über zwei oder allenfalls mehrere Banken abgegeben. Bei einer sog. indirekten Garantie beauftragt der Valutaschuldner (Garantieauftraggeber) eine Bank (Erstbank), damit diese ihrerseits eine Bank im Importland (Zweitbank) beauftragt, sich dem Begünstigten (Letzt-Begünstigter) gegenüber als Garantin zu verpflichten. Im Umfeld der indirekten Bankgarantie bestehen somit immer verschiedene Vertragsverhältnisse mit verschiedenen Vertragsparteien. Die Erstbank ist eine indirekte Stellvertreterin des Garantieauftraggebers mit dem Auftrag zum Abschluss des Garantieauftrages mit der Zweitbank. Das Verhältnis Erstbank - Zweitbank kann im Rahmen der indirekten Garantie zusätzlich durch eine Rück- oder Gegengarantie ergänzt werden (KLEINER, Bankgarantie, 4. Aufl. 1990, N 20.01 ff.; DOHM, Bankgarantien im internationalen Handel, 1985, N 259 f.). Als "Rückgarantie" wird die ausdrückliche Verpflichtung der Erstbank gegenüber der Zweitbank bezeichnet, mit der die Erstbank der Zweitbank für den Fall der Zahlung des Garantiebetrages an den Letzt-Begünstigten die Rückerstattung der Garantiesumme zusichert (KLEINER, a.a.O., N 20.07 ff.; DOHM, a.a.O., N 103, N 274 ff.). Zwischen der Erstbank und dem Letzt-Begünstigten sowie zwischen

Zweitbank und dem Garantierauftraggeber bestehen keine vertraglichen Beziehungen.

Im Verhältnis Erstbank - Garantierauftraggeber verpflichtet sich die Erstbank, in Übereinstimmung mit den Weisungen des Garantierauftraggebers eine Zweitbank mit der Garantieabgabe an den Letzt-Begünstigten zu beauftragen und der Zweitbank – je nach konkreter Vertragsgestaltung – eine Rückgarantie zu gewähren. Nach unbestrittener Auffassung qualifiziert sich das Rechtsverhältnis zwischen dem inländischen Garantierauftraggeber und der inländischen Erstbank als Auftragsverhältnis im Sinne von Art. 394 ff. OR (KLEINER, a.a.O., N 20.03).

4.2.2 Vorliegend beauftragte die Klägerin unbestrittenermassen die Beklagte, dass sie ihrerseits die prozessführende Nebenintervenientin mit der Ausstellung einer Garantie zugunsten von E1'_____ in der Höhe von USD 820'000 beauftrage und sie (die Beklagte) der prozessführenden Nebenintervenientin eine Rückgarantie ausstelle. Die Hauptgarantie und die Rückgarantie wurden in der Folge unbestrittenermassen ausgestellt. Das vorliegende Mehrparteienverhältnis ist somit als indirekte Garantie zu qualifizieren. Zwischen der Klägerin und der Beklagten, welche beide ihren Sitz in der Schweiz haben, besteht ein Auftragsverhältnis nach Art. 394 ff. OR.

4.3. Unterlassungspflicht der Erstbank

4.3.1 Der Auftrag des Garantierauftraggebers an die Erstbank geht dahin, Zahlung an die Zweitbank nur dann zu leisten, wenn alle hierfür im Garantietext aufgeführten Bedingungen erfüllt sind. Sie hat die Garantie im Auftrag des Garantierauftraggebers abgegeben und haftet für getreue und sorgfältige Ausführung des ihr übertragenen Geschäfts. Sie ist insbesondere verpflichtet, die Interessen des Garantierauftraggebers in guten Treuen zu wahren (Art. 398 Abs. 2 OR; KLEINER, a.a.O., N 21.16). Die Erstbank hat im Rahmen ihres Auftrages bzw. Geschäftsbesorgungsvertrages namentlich zu prüfen, ob der Garantiefall gemäss Rückgarantievereinbarung eingetreten ist und ihre Zahlung von der Zweitbank zu Recht verlangt wird. Aus der Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber dem Garantierauftraggeber folgt sodann, dass die Erstbank alle aus der Rückgarantie

selbst möglichen Einwendungen und Einreden erheben muss. Sie muss auf der Grundlage der jeweiligen Garantieklausel prüfen, ob die Inanspruchnahme der Rückgarantie ordnungsgemäss erfolgt. Die Erstbank kann etwa die Nichtigkeit des Rückgarantievertrages oder Mängel des Vertragsabschlusses geltend machen oder die Einrede erheben, der Garantiefall sei gar nicht eingetreten. Ist die Rückgarantie beispielsweise suspensiv oder resolutiv bedingt, hat die Erstbank zu prüfen, ob die Leistungspflicht überhaupt entstanden bzw. dahingefallen ist (KLEINER, a.a.O., N 21.36, N 21.66; COENDET, Insolvenzzrisikoverteilung bei der Bankgarantie, SZW 2/2007, S. 140; DOHM, a.a.O., N 144). Ebenso kann die Erstbank, wenn die Rückgarantie Bezug auf den Sicherungszweck (d.h. auf den zu sichernden Sachverhalt) nimmt, sich gegen eine zweckfremde Inanspruchnahme der Garantie zur Wehr setzen und eine Einrede aus dem Garantiezweck (Inanspruchnahme ausserhalb des Verpflichtungswillens der Parteien des Garantievertrages) erheben (KLEINER, a.a.O., N 21.37). Im letzteren Fall ist die Inanspruchnahme nach den Voraussetzungen eines missbräuchlichen Garantieabrufs zu beurteilen (vgl. BGE 122 III 321 ff.). Ergibt die Prüfung, dass die Inanspruchnahme der Rückgarantie offenbar rechtsmissbräuchlich erfolgt, so ist die Erstbank nicht nur der begünstigten Zweitbank gegenüber zur Zahlungsverweigerung berechtigt, sondern gemäss Lehre und Rechtsprechung auch dem Garantierauftraggeber zur Zahlungsverweigerung verpflichtet (Urteil 4C.12/2007 vom 26. Juni 2007 E. 3.1 und 4A_164/2007 vom 9. August 2007 E. 3.3.2, beide mit Hinweis auf BGE 122 III 321).

Ist also offenbar, dass die aus der Rückgarantie begünstigte Zweitbank ihr Recht missbraucht, dann muss die belangte Erstbank im Interesse des Garantierauftraggebers die Zahlung verweigern. Andernfalls wäre die Qualifizierung des Verhaltens des Begünstigten als rechtsmissbräuchlich (was ja gerade die Durchbrechung des Prinzips der Abstraktheit und damit die beschränkte Zulassung von Einreden oder Einwendungen aus dem Grundverhältnis zum Schutze des Garantierauftraggebers gewährleisten soll) jeden Sinnes entleert (DOHM, a.a.O., N 146). Nur dann, wenn diese Prüfung

unternommen und positiv ausgefallen ist, leistet die Erstbank in Erfüllung ihrer Pflichten gegenüber dem Garantierauftraggeber.

Ist der Rechtsmissbrauch für die Erstbank im Zeitpunkt des Abrufes der Rückgarantie durch die Zweitbank evident und gewiss, so hat der Garantierauftraggeber nach herrschender Lehre und Rechtsprechung einen Unterlassungsanspruch gegen die Erstbank auf Auszahlung des Garantiebetrags an die aus der Rückgarantie begünstigte Zweitbank gestützt auf das zwischen ihnen bestehende Auftragsverhältnis (Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. November 1988, in: ZR 88/1989 E. 2c S. 185; DOHM, a.a.O. N 146, N 243; KELLERHALS, Verfahrensrechtliche Aspekte bei der Durchsetzung von Personalsicherheiten, in: Wiegand (Hrsg.), Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstag, 1997, S. 151; KLEINER, a.a.O., N 22.04 ff.; SCHÖNLE, Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien, in: SJZ 1983, S. 74 ff.).

4.3.2 Die Beurteilung der Frage, ob die Klägerin gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Unterlassung der Zahlung des Garantiebetrages an die prozessführende Nebenintervenientin aus dem Auftragsverhältnis hat, hängt davon ab, ob eine Pflicht der Beklagten zur Zahlung des Garantiebetrages an die prozessführende Nebenintervenientin aus dem Rückgarantieverhältnis besteht. Ein Unterlassungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten besteht namentlich dann, wenn der Abruf der Rückgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin erfolgte, obwohl der Garantiefall gemäss Rückgarantievereinbarung nicht eingetreten ist bzw. wenn der Abruf der Rückgarantie offenbar rechtsmissbräuchlich erfolgte.

4.4. Zahlungspflicht der Erstbank im Rückgarantieverhältnis

4.4.1. Anwendbares Recht

4.4.1.1 Das Vertragsverhältnis zwischen inländischer Erstbank und ausländischer Zweitbank ist bei Fehlen einer Rechtswahl nach dem Recht des Staates zu beurteilen, mit dem er am engsten zusammenhängt. Der engste Zusammenhang wird am gewöhnlichen Aufenthalt derjenigen Partei vermutet, welche die

charakteristische Leistung erbracht hat (Art. 117 IPRG). Charakteristisch ist jene Leistung, die den Vertrag typologisch prägt und ihn von anderen Vertragselementen abgrenzt. Im Rahmen von Garantieverträgen stellt die Leistung des Garanten die charakteristische Leistung dar. Im Rückgarantieverhältnis erbringt folglich die inländische Erstbank die charakteristische Leistung, womit diese nach schweizerischem Recht zu beurteilen ist.

4.4.1.2 Die Beklagte (Sitz in der Schweiz) hat zugunsten der prozessführenden Nebenintervenientin (Sitz in Bangladesch) eine Rückgarantie ausgestellt. Die vorfrageweise Beurteilung des Rechtsverhältnisses und insbesondere der Frage, ob eine Pflicht der Beklagten zur Zahlung des Garantiebetrages an die prozessführende Nebenintervenientin aus dem Rückgarantieverhältnis besteht, ist somit nach Schweizer Recht vorzunehmen.

4.4.2. Qualifikation der Rückgarantie und Garantiefall

4.4.2.1 Bei der Rückgarantie handelt es sich um eine selbstständige Garantie, welche neben den Auftrag zwischen Erstbank und Zweitbank tritt (die Erstbank beauftragt die Zweitbank, eine Hauptgarantie abzugeben) und vom Grundgeschäft wie von der Hauptgarantie unabhängig ist. Sie ist eine reine Garantie nach Art. 111 OR, welche die Zweitbank vor den Folgen des befürchteten Ereignisses, der Inanspruchnahme der von ihr gegenüber dem Letzt-Begünstigten abgegebenen Hauptgarantie sichert. Der Sicherungszweck der Rückgarantie ist klar ersichtlich und besteht in der Schadloshaltung der Zweitbank bei Inanspruchnahme der Hauptgarantie. Dies gilt selbst dann, wenn die rückgarantierende Erstbank verspricht, auf erstes Anfordern und ohne Erfüllung weiterer Bedingungen zu zahlen (KLEINER, a.a.O., N 20.07 ff.; DOHM, a.a.O., N 103, N 274 ff.).

Die Zahlungsverpflichtung der Erstbank entsteht zwar bereits mit dem Abschluss des Rückgarantievertrages, aber sie ist von der wirksamen Ausübung des Abrufrechts suspensiv bedingt. Als Voraussetzung für den wirksamen Garantieabruf gilt der Eintritt des Garantiefalles. Darunter ist der Eintritt jener

Tatsache zu verstehen, welche die Zahlungspflicht unter der Garantie auslöst (KLEINER, a.a.O., N 21.02). Bei Bankgarantien löst zumeist die erste Anforderung, eine Erklärung oder eine dokumentarische Vorgabe die Zahlung aus (KLEINER, a.a.O., N 17.04 f.). Im Bankgeschäft ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das vereinbarte Dokument oder die Erklärung für sich allein massgebend sein soll. Das bedeutet vorerst einmal, dass die rückgarantierende Erstbank, der das vereinbarte Dokument oder die Erklärung vorschriftsgemäss eingereicht wird, zu leisten hat, ohne dass sie ihrer Zahlungspflicht Einwendungen oder Einreden aus dem Grundverhältnis oder der Hauptgarantie entgegenhalten kann. Im Weiteren ist davon auszugehen, dass sich die rückgarantierende Erstbank nicht mit der materiellen Richtigkeit des Inhaltes solcher Schriftstücke befassen darf. Steht fest, dass die rückgarantierende Erstbank, der das vereinbarte Dokument oder die Erklärung vorschriftsgemäss eingereicht wird, ohne Weiteres zu leisten hat, dass also diese Elemente für sich allein zahlungsauslösend sind, so ist deren Einreichung als Garantiefall zu betrachten (KLEINER, a.a.O., N 21.04 f.; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. 2011, N 1403 ff.). Der Garantiefall ergibt sich deshalb ausschliesslich aus der Garantie (KLEINER, a.a.O., N 21.09; vgl. auch BGE 131 III 511 E. 4.2. f. S. 524 f.; BGE 138 III 241 E. 3.4 S. 243; COENDET, a.a.O., S. 140). Die Abmachungen der Parteien können gar soweit reduziert werden, dass eigentliche Zahlungsbedingungen überhaupt nicht mehr genannt werden. Vielmehr hat der Garant "auf erste Aufforderung hin" zu zahlen. Vereinzelt wird bei dieser Konstellation auch von einer bedingungslosen Garantie gesprochen. Sie ist auf einfache Zahlungsaufforderung hin zahlbar. Die aus der Rückgarantie begünstigte Zweitbank ist gegenüber der garantierenden Erstbank nicht weiter begründungspflichtig, und die garantierende Erstbank trifft ihrerseits keine weitergehende Prüfungspflicht (KLEINER, a.a.O., N 17.11; EMMENEGGER/ZBINDEN, EMMENEGGER/ZBINDEN, Die Inanspruchnahme der Bankgarantie, in: EMMENEGGER (Hrsg.), Kreditsicherheiten, 2008, S. 147; BGE 138 III 241 E. 3.4 f. S. 243). Die Rückgarantie ist sofort nach der blossen ersten Behauptung des garantierten Sicherungsfalles zu honorieren. Dementsprechend wird in den Garantieverträgen oftmals die ausdrückliche Behauptung des garantierten Sicherungsfalles als

formelle Abrufsvoraussetzung vorgesehen (BÜSSER, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, 1997, N 1429). Bei Garantien, die "auf erstes Anfordern" zu zahlen sind, ist die Anforderung an sich zahlungsauslösendes Element unter der Garantie ohne weitere Voraussetzungen und damit auch Garantiefall.

Sind die Zahlungsvoraussetzungen unter dem gültigen Rückgarantievertrag an und für sich erfüllt und ist der Garantiefall somit eingetreten, ist die Erstbank zur Zahlung des Garantiebetrags verpflichtet. Wenn auch die Rückgarantie im Grundsatz völlig abstrakt und unabhängig vom Grundverhältnis und der Hauptgarantie ist, kann sich die Erstbank der formell richtigen Inanspruchnahme indes widersetzen, wenn die Zahlungsaufforderung rechtsmissbräuchlich erfolgt, oder wenn ein betrugsähnliches Verhalten vorliegt (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., N 1404; KLEINER, a.a.O., N 21.41 f.; vgl. auch BGE 122 III 321 E. 4a S. 322 und BGE 131 III 511 E. 4.6 S. 527).

4.4.2.2 Die Beklagte hat unbestrittenermassen die prozessführende Nebenintervenientin beauftragt, zugunsten von E1'._____ eine Garantie auszustellen. Im Gegenzug hat die Beklagte am 8. Februar 1998 zugunsten der prozessführenden Nebenintervenientin die streitgegenständliche Rückgarantie ausgestellt. Zwischen der Beklagten und der prozessführenden Nebenintervenientin liegt somit ein Auftragsverhältnis im Sinne von Art. 394 ff. OR sowie eine rechtsgültige Garantievereinbarung nach Art. 111 OR in Form einer Rückgarantie vor. Letztere wurde zu denselben Bedingungen wie die von der prozessführenden Nebenintervenientin zugunsten von E1'._____ ausgestellte Hauptgarantie ausgestaltet. Die Hauptgarantie enthält unter anderem folgenden Passus (act. 1 Rz. 10; act. 3/7): "*...we (...) do hereby undertake and guarantee the performance of the contract by the contractor (seller) and we unconditionally and absolutely bind ourselves to make payment of US Dollars 820.000.-- to the D._____ (E1'._____) immediately on receipt of a demand from the said E1'._____ in written without any question whatsoever.*" Bei der Hauptgarantie handelt es sich vorliegend somit um eine (materiell) abstrakte Garantie, welche von E1'._____ auf erstes Auffordern von der prozessführenden Nebenintervenientin

abrufen kann. Demzufolge ist auch die Rückgarantie als selbstständige (abstrakte), das heisst zum Grundverhältnis und der Hauptgarantie nicht akzessorische, Garantie zu qualifizieren, die von der prozessführenden Nebenintervenientin auf erstes Auffordern abgerufen werden kann (act. 1 Rz. 10, Rz. 29). In der Vereinbarung betreffend die Rückgarantie wurde die Honorierung der Hauptgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin gegenüber E1'._____ als Bedingung dafür vorgesehen, dass die Beklagte der prozessführenden Nebenintervenientin den vereinbarten Garantiebtrag in der Höhe von USD 820'000 aus der Rückgarantie bezahle (act. 1 Rz. 4, Rz. 43). Damit geht der Sicherungszweck der Rückgarantie, nämlich die Schadloshaltung der prozessführenden Nebenintervenientin im Falle der Honorierung der ihrerseits an E1'._____ gewährten Garantie, aus der Rückgarantievereinbarung klar hervor.

Der erstmalige Abruf der Rückgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin erfolgte mit Erklärung vom 20. April 2003 (act. 20/14). Da in der Rückgarantievereinbarung eine Zahlung auf erste Aufforderung vereinbart wurde, ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass die prozessführende Nebenintervenientin die formalen Zahlungsbedingungen gemäss Rückgarantievereinbarung mit der genannten Erklärung an die Beklagte vom 20. April 2003, in welcher sie von der Beklagten die Zahlung aus der Rückgarantie oder die Verlängerung der Garantie forderte, einhielt. Mit anderen Worten rief die prozessführende Nebenintervenientin die Rückgarantie von der Beklagten formell korrekt ab. Wie gesehen, ist die Beklagte aber trotz Einhaltung der formalen Zahlungsbedingungen durch die prozessführende Nebenintervenientin zur Verweigerung der Zahlung aus der Rückgarantie gegenüber der Klägerin verpflichtet, wenn die Rückgarantie rechtsmissbräuchlich abgerufen wurde und dies für die Beklagte offenbar/offensichtlich war. Letzteres macht die Klägerin im vorliegenden Verfahren geltend und ist im Folgenden zu prüfen.

4.4.3. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Rückgarantie

4.4.3.1 Das für die Rückgarantie massgebende schweizerische Recht (vgl. vorne Ziff. 4.4.1) entscheidet, ob die Zweitbank gegenüber der Erstbank verpflichtet ist, bei einer missbräuchlichen Inanspruchnahme der Hauptgarantie durch den Letzt-

Begünstigten diesem gegenüber die Leistung zu verweigern und ferner, ob die Zweitbank ihrerseits die Rückgarantie von der Erstbank in missbräuchlicher Weise abrufft.

Unter schweizerischem Recht stützt sich diese Einrede bzw. die Verweigerung der Erfüllung einer Schuldpflicht aus Garantie auf Art. 2 ZGB. Diese Bestimmung, die den Grundsatz von Treu und Glauben als Leitsatz für die Ausübung der Rechte festhält, bestimmt im zweiten Absatz, dass der offenbare Rechtsmissbrauch keinen Rechtsschutz finden dürfe. Auch bei der indirekten Garantie bzw. Rückgarantie greift das der hiesigen Rechtsordnung immanente Grundverbot des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB in gleicher Weise unmittelbar ein, wie dies bei der Direktgarantie der Fall ist (DOHM, a.a.O., N 296). Obwohl von der "Einrede" des Rechtsmissbrauchs gesprochen wird, ist dessen Vorliegen nach gefestigter Rechtsprechung und Lehre von Amtes wegen zu beachten. Der Kläger hat jedoch die Sachumstände zu behaupten, die unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 Abs. 2 ZGB einen Anspruch begründen (MERZ, in: Berner Kommentar, 1962, N 99 zu Art. 2 ZGB).

Bei einer indirekten Garantie ist die Inanspruchnahme der Rückgarantie regelmässig nur dann rechtsmissbräuchlich, wenn der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs gegenüber der begünstigten Zweitbank *selbst* erhoben werden kann. Ein derartiger Rechtsmissbrauch liegt etwa vor, wenn die Zweitbank von der Rückgarantin Zahlung verlangt, obwohl der Letzt-Begünstigte die Hauptgarantie von der Zweitbank tatsächlich nicht in Anspruch nehmen wird, mithin ein zweckwidriger Abruf der Rückgarantie durch die Zweitbank erfolgt. Eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Rückgarantie liegt sodann in den Fällen vor, in denen der Rechtsmissbrauch der Zweitbank durch die rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme von der Hauptgarantie durch den Letzt-Begünstigten ausgelöst wird. Es muss also ein sog. *doppelter Rechtsmissbrauch* vorliegen. Einerseits muss der Letzt-Begünstigte von der Zweitbank rechtsmissbräuchlich Zahlung verlangen und andererseits muss auch die durch dieses rechtsmissbräuchliche Zahlungsverlangen des Letzt-Begünstigten veranlasste Inanspruchnahme der rückgarantierenden Erstbank durch die

Zweitbank ihrerseits rechtsmissbräuchlich sein. Ein doppelter Rechtsmissbrauch in diesem Sinne wird also praktisch nur dann vorliegen, wenn die Zweitbank mit dem Letzt-Begünstigten kollusiv zusammenwirkt (Urteil des Bundesgerichts 4A_164/2007 vom 9. August 2007 E. 3.3.2; DOHM, a.a.O., N 293; KLEINER, a.a.O., N 21.70). Dies kann in der Regel nur angenommen werden, wenn offensichtlich ein kollusives Zusammenwirken von Letzt-Begünstigtem und Zweitbank vorliegt und wenn der Letzt-Begünstigte die Hauptgarantie unter keinen Umständen rechtmässig in Anspruch nehmen kann und dies für die Zweitbank offenkundig ist und dennoch zur Leistung bereit ist (vgl. KLEINER, a.a.O., N 21.70 Fn. 127). Es bedarf also eines unter dem Recht der Hauptgarantie relevanten und offenbaren – darauf wird noch zurückzukommen sein – Missbrauchs beim Abruf der Hauptgarantie und eines Abrufs der Rückgarantie im Wissen um die missbräuchliche Beanspruchung der Hauptgarantie (KLEINER, a.a.O., N 21.70). Die Erstbank kann sich der Zahlung also nicht wegen bloss rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Hauptgarantie durch den Letzt-Begünstigten widersetzen, sondern nur dann, wenn die Zweitbank bewusst und freiwillig daran beteiligt war (Urteil des Bundesgerichts 4A_164/2007 vom 9. August 2007 E. 3.3.2).

Aufgrund ihres Auftragsverhältnisses gegenüber der Schweizer Erstbank ist die ausländische Zweitbank nach schweizerischem Recht dazu verpflichtet, deren Interessen und damit diejenigen des Garantieauftraggebers nach besten Kräften zu wahren. Folglich sieht sich die Zweitbank ihrerseits dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs und damit der Kollusion ausgesetzt, falls sie gegenüber dem rechtsmissbräuchlichen Zahlungsverlangen des Begünstigten einfach die Augen schliesst und, ungeachtet ihrer Interessenwahrungspflicht für die Erstbank, blindlings Zahlung von dieser verlangt (DOHM, a.a.O., N 295; im Ergebnis ebenso BÜSSER, a.a.O., N 1240).

Art. 2 Abs. 2 ZGB versagt sodann nur dem *offenbaren* Rechtsmissbrauch den Rechtsschutz. Rechtsmissbräuchliches Verhalten des Letzt-Begünstigten und der aus der Rückgarantie begünstigten Zweitbank ist demnach nur dann anzunehmen, wenn absolut klare Verhältnisse vorliegen, die keinerlei Zweifel

offen lassen, beziehungsweise wenn der Rechtsmissbrauch evident, augenscheinlich, ohne Zweifel feststellbar, eindeutig oder gewiss ist. Die Erstbank bleibt im Hinblick darauf, dass die Darlegungs- und Beweislast für den Rechtsmissbrauch ausschliesslich dem – sich hierauf berufenden – Garantierauftraggeber obliegt, bei Vorliegen der sonstigen Zahlungsvoraussetzungen zur Leistung verpflichtet, solange ihr ein Rechtsmissbrauch von Seiten der Zweitbank nicht eindeutig nachgewiesen ist. "Offenbar" im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB wird für die garantierende Erstbank der Rechtsmissbrauch der begünstigten Zweitbank erst, wenn ihr der Garantierauftraggeber den Nachweis für seinen Verzichtsanspruch gegenüber der Zweitbank so verschafft hat, dass es daran *vorerst* nichts mehr zu deuteln gibt. Die vom Garantierauftraggeber der Erstbank nachgewiesenen Tatsachen müssen so eindeutig und evident sein, dass die Bank keineswegs Gefahr läuft, das der Zweitbank gegebene Garantieverprechen zu verletzen, damit sie sich nicht ihrerseits mit Schadenersatzansprüchen konfrontiert sieht. Regelmässig wird der Garantierauftraggeber den Nachweis des Rechtsmissbrauchs nur durch Vorlage von Dokumenten erbringen können, welche von einem Dritten herrühren und den Schluss rechtfertigen, dass der Begünstigte die Garantie rechtsmissbräuchlich in Anspruch nimmt. Mit anderen Worten muss der Rechtsmissbrauch aus Dokumenten folgen, die aus der Sphäre des endgültigen Begünstigten und/oder der ausländischen Zweitbank herrühren oder aber von neutralen Dritten, wie z.B. Amtsstellen, deren Glaubwürdigkeit über jeden Zweifel erhaben ist. Hierbei kann es sich um eine einstweilige Verfügung auf Untersagung der Zahlung oder etwa eines rechtskräftigen Urteils in der Sache selber handeln (VON WESTPHALEN, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 1982, S. 271 f.; DOHM, a.a.O., S. 136; LÖW, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, 2002, S. 72 m.w.H.; SCHÖNLE, a.a.O., S. 74 ff.; vgl. auch BGE 100 II 145 E. 4b S. 151; BGE 122 III 321 E. 4a S. 322).

4.4.3.2 Wie gesehen, ist ein rechtsmissbräuchlicher Abruf der Rückgarantie in zwei Fällen denkbar: Die Zweitbank verlangt von der Erstbank Zahlung, obwohl der Letzt-Begünstigte die Hauptgarantie von der Zweitbank tatsächlich nicht in Anspruch nehmen wird oder es liegt ein doppelter Rechtsmissbrauch vor.

Ersteres fällt vorliegend ausser Betracht. Der Umstand, dass die prozessführende Nebenintervenientin die Hauptgarantie zugunsten E1'._____ nach unbestrittener Sachdarstellung bislang nicht honorierte, reicht nicht aus, um Rechtsmissbrauch anzunehmen. Denn die Schadloshaltung der Zweitbank durch die Erstbank bedingt nicht zwingend, dass die Honorierung der Hauptgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin zeitlich vor der Schadloshaltung erfolgt. Massgebend ist vielmehr, dass der Letzt-Begünstigte die Garantie von der Zweitbank abrufft, was E1'._____ auch getan hat.

Der doppelte Rechtsmissbrauch ist aber dann zu bejahen, wenn der Abruf der Hauptgarantie durch E1'._____ offenbar rechtsmissbräuchlich erfolgt und die prozessführende Nebenintervenientin einfach die Augen verschliesst und, ungeachtet ihrer Interessenwahrungspflicht für die Beklagte aus dem Auftragsverhältnis, blindlings Zahlung von dieser verlangt. In diesem Fall ist die Beklagte zur Zahlungsverweigerung berechtigt und gegenüber der Klägerin sogar verpflichtet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der doppelte Rechtsmissbrauch im Zeitpunkt des Abrufs der Rückgarantie offenkundig war. Demzufolge ist im Folgenden vorfrageweise zu prüfen, ob der Abruf der Hauptgarantie durch E1'._____ rechtsmissbräuchlich erfolgte und dies für die prozessführende Nebenintervenientin offenkundig war. Erst wenn der Abruf durch E1'._____ als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, kann die Rechtsmissbräuchlichkeit des Abrufs der Rückgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin und damit der doppelte Rechtsmissbrauch beurteilt werden.

4.4.4. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Hauptgarantie

4.4.4.1 Die von der ausländischen Zweitbank dem Letzt-Begünstigten gegenüber abgegebene Garantie unterliegt grundsätzlich dem Recht am Sitz der ausländischen Zweitbank (SCHNYDER/DOSS, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, N 24 zu Art. 117 IPRG; DOHM, a.a.O., N 104 f., N 283 und N 319).

Ausnahmsweise aber hat das die Streitsache beurteilende inländische Gericht zwingende schweizerische Rechtsnormen zu beachten, auch wenn die

ordentlichen IPR-Kollisionsregeln zur Beurteilung einer Vorfrage auf eine ausländische Rechtsordnung verweisen (Art. 18 IPRG). Das aufgrund der Kollisionsnormen des IPRG gefundene ausländische Recht darf nur so weit verdrängt werden, als es zum Schutz inländischer Interessen unbedingt notwendig ist und sofern eine genügende Binnenbeziehung des Sachverhalts zur Schweiz gegeben ist. Bei diesen sog. Eingriffsnormen handelt es sich insbesondere um grundlegende Werte des Privat- und Verfassungsrechts. Zu den zwingend anwendbaren schweizerischen Normen im Sinne von Art. 18 IPRG gehört insbesondere das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB. Es handelt sich hierbei um eine Grundschutznorm, welche der Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit dient. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist in jeder Instanz von Amtes wegen anzuwenden, was auch für die Frage gilt, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt. Soweit die als rechtsmissbräuchlich betrachtete Rechtsanwendung in einer gerichtlichen Rechtsdurchsetzung besteht, hat der Grundsatz einen engen inneren Zusammenhang mit der Rechtsanwendung durch den Richter. Dieser soll nicht gehalten sein, einem Ergebnis der formalen Rechtsordnung zum Durchbruch zu verhelfen, das in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht. Wenn der schweizerische Richter auch bei transnationalen Sachverhalten Art. 2 Abs. 2 ZGB gemäss Art. 18 IPRG zwingend anzuwenden hat, beurteilt sich somit auch nach schweizerischem Recht, ob die Rechtsausübung aufgrund der konkreten Umstände als rechtsmissbräuchlich erscheint (BGE 128 III 201 E. 1 S. 203 ff., mit Hinweisen; KREN KOSTKIEWICZ, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, 2012, § 8 N 945, N 952, N 962, N 964; MERZ, a.a.O., N 99 zu Art. 2 ZGB).

Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme einer Garantie im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB liegt immer dann vor, wenn der Letzt-Begünstigte – bei objektiver Wertung des gesamten Sachverhalts – unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt sein kann, die Hauptgarantie abzurufen. Der Rechtsmissbrauch beim Abruf einer Garantie kann dabei nur in Ausnahmefällen, beispielsweise unter Nachweis der erbrachten Leistung geltend gemacht werden. Dabei muss das Erbringen der richtigen Leistung zumindest

indiskutabel sein. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt jedenfalls dann vor, wenn der Begünstigte selbst bestätigt hat, dass die gesicherte Leistung erbracht worden ist (KLEINER, a.a.O., N 21.49; DOHM, a.a.O., N 238, N 241). Auch in diesem Verhältnis wird nur dem *offenbaren* Rechtsmissbrauch den Rechtsschutz versagt (vgl. dazu vorne Ziff. 4.4.3.1).

4.4.4.2 Die Beurteilung der Frage, ob der Abruf der Hauptgarantie durch E1'._____ als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, ist nach schweizerischem Recht vorzunehmen, unabhängig davon, welches Recht auf den Sachverhalt zur Anwendung käme. Daher erübrigen sich weitere Ausführungen zu einer allfällig anwendbaren ausländischen Rechtsordnung.

Nach unbestritten gebliebener Sachverhaltsdarstellung der Klägerin liegt ein Schiedsurteil vom 21. März 2002 zwischen den Parteien des durch die Hauptgarantie zu sichernden Kaufvertrages vor, das ausdrücklich festhält, dass A1'._____ Inc. die zu sichernde Leistung ordnungsgemäss erbracht hat. Dementsprechend wurde E1'._____ verpflichtet, die Garantie zurückzugeben (act. 1 Rz. 11, Rz. 29; act. 3/8). Dieses Urteil wurde am 6. Januar 2003 vom First Court of Dhaka bestätigt. Die ergangenen Urteile sind zweifelsohne als amtliche Dokumente zu erachten, deren Glaubwürdigkeit über jeden Zweifel erhaben ist. Ausserdem blieb im vorliegenden Verfahren unbestritten, dass A1'._____ Inc. die gesicherte Leistung im Grundverhältnis vollumfänglich erbracht hat. Somit ist es erwiesen, dass der Sicherungsgrund für die Hauptgarantie weggefallen ist. Aus diesem Grund erübrigt sich an und für sich die abschliessende Beurteilung der Frage, ob das Schiedsurteil vom 21. März 2002 bzw. das Urteil des First Court of Dhaka vom 6. Januar 2003 in Rechtskraft erwachsen ist. Gleichwohl sei darauf hingewiesen, dass in Übereinstimmung mit der Klägerin davon auszugehen ist, dass das Schiedsurteil zwischen A1'._____ Inc. und E1'._____ in Rechtskraft erwachsen ist. Für die Rechtskraft des Schiedsurteils bzw. des Urteils des First Court of Dhaka spricht, dass der Joint District Judge, 1st Court, Dhaka, mit Urteil vom 29. Februar 2004 auf die erneute Klage von E1'._____ mit dem Hinweis nicht eintrat, dass zwischen den Parteien des mittels Garantie zu sichernden Kaufvertrags bereits ein *rechtskräftiges* Urteil in derselben Sache vorliege. Es

sind keinerlei Gründe ersichtlich, an diesen Erwägungen des Joint District Judge, dessen Urteil bei den Akten liegt (act. 3/18), zu zweifeln. Es wäre daher an der prozessführenden Nebenintervenientin gelegen, den Eintritt der Rechtskraft substantiiert zu bestreiten. Ihr gelang es aber trotz mehrfacher gerichtlicher Aufforderung vom Zeitpunkt der Einreichung des Appeals bis zur Weiterführung des vorliegenden Prozesses – rund zehn Jahre nachdem der Entscheid des First Court of Dhaka im Jahre 2003 ergangen ist – nicht einmal, ein dahingehendes, noch laufendes Verfahren glaubhaft zu machen. Ein solches geht auch nach wie vor nicht aus den Akten hervor.

Indem E1'._____ von der prozessführenden Nebenintervenientin die Zahlung des Garantiebetrags in der Höhe von USD 820'000 fordert, obwohl A1'._____ Inc. die gesicherte Leistung gemäss Kaufvertrag nachweislich erbracht hat, verstösst sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Der Abruf der Hauptgarantie durch E1'._____ ist somit als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.

Der missbräuchliche Abruf war für die prozessführende Nebenintervenientin im Zeitpunkt des Abrufs durch E1'._____ auch offenbar. Denn nach der unbestritten gebliebenen Sachdarstellung der Klägerin erfolgte der Abruf der Hauptgarantie durch E1'._____ von der prozessführenden Nebenintervenientin nachdem A1'._____ Inc. am 19. April 2003 von ihr (E1'._____) die Garantie zurückverlangt hatte. Die prozessführende Nebenintervenientin war aber durch die Beklagte bereits am 7. März 2003 über das rechtskräftige Schiedsurteil bzw. das Urteil des First Court of Dhaka informiert worden. Entsprechend verlangte die Beklagte von ihr, die Hauptgarantie zu annullieren und ihr (der Beklagten) in Bezug auf die Rückgarantie Décharge zu erteilen. Gestützt auf die Entscheide durfte die prozessführende Nebenintervenientin keinerlei Zweifel daran haben, dass A1'._____ Inc. die gesicherte Leistung vor dem Abruf der Hauptgarantie erbracht hatte und der Abruf durch E1'._____ infolgedessen missbräuchlich erfolgte.

4.5. Gesamtwürdigung

Wie gesehen, erfolgte der Abruf der Hauptgarantie durch E1'._____ gegenüber der prozessführenden Nebenintervenientin in offenbar rechtsmissbräuchlicher

Weise. Da die prozessführende Nebenintervenientin aber, entgegen ihrer aus dem Auftrag resultierenden Pflicht gegenüber der Beklagten, die Einrede des Rechtsmissbrauchs E1'._____ nicht entgegenhielt und bis heute nicht entgegenhält, sondern die Zahlung der Garantiesumme gemäss Rückgarantie von der Beklagten verlangt, verhält sie sich selbst kollusiv und damit rechtsmissbräuchlich. Der erforderliche doppelte Rechtsmissbrauch ist deshalb vorliegend zu bejahen. Dieser doppelte Rechtsmissbrauch war für die Beklagte im Zeitpunkt des erstmaligen Abrufs der Rückgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin am 20. April 2003 (vgl. act. 20/14) denn auch offenkundig, da die Klägerin die Beklagte bereits am 7. März 2003 – also über einen Monat vor dem erstmaligen Abruf der Rückgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin – über das rechtskräftige Schiedsurteil vom 21. März 2002 bzw. das Urteil des First Court of Dhaka vom 6. Januar 2003 informiert hatte. Im Wissen um das Vorliegen dieser amtlichen Dokumente, welche die richtige Erfüllung der zu sichernden Leistung im Grundverhältnis belegen, bestanden für die Beklagte keinerlei Zweifel daran, dass der Abruf der Hauptgarantie durch E1'._____ gegenüber der prozessführenden Nebenintervenientin rechtsmissbräuchlich erfolgte. Indem die prozessführende Nebenintervenientin sodann die Rückgarantie abrief, obwohl sie gegenüber der Beklagten aus dem Auftragsverhältnis zur Zahlungsverweigerung verpflichtet gewesen wäre, rief sie die Rückgarantie missbräuchlich ab, was für die Beklagte ebenfalls offensichtlich war. Ausserdem wurde der Beklagten mittels vorsorglichen Massnahmen, welche zeitlich kurz nach erfolgtem Abruf durch die prozessführende Nebenintervenientin angeordnet wurden, einstweilen verboten, Zahlung aus der Rückgarantie an die prozessführende Nebenintervenientin und E1'._____ zu leisten. So erachteten es sämtliche angerufene Gerichte als glaubhaft, dass der Abruf der Rückgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin und der Abruf der Hauptgarantie durch E1'._____ missbräuchlich erfolgten. Somit hat die Klägerin mit Hilfe von amtlichen Dokumenten und der Erwirkung von vorsorglichen Massnahmen von sich aus rechtzeitig und rechtsgenügend nachgewiesen, dass die Inanspruchnahme der Garantie durch E1'._____ und die Inanspruchnahme der Rückgarantie durch die prozessführende Nebenintervenientin

rechtsmissbräuchlich war und nach wie vor ist. Damit war der doppelte Rechtsmissbrauch für die Beklagte erwiesenermassen offenkundig.

Wie gesehen, ist die Beklagte bei missbräuchlicher Inanspruchnahme der Rückgarantie gegenüber der Klägerin aus dem Auftragsverhältnis verpflichtet, die Zahlung der Garantiesumme zu verweigern. Dies gilt umso mehr in Bezug auf E1'._____, zu welcher die Beklagte zu keinem Zeitpunkt in einem vertraglichen Verhältnis stand und welche auch nicht Begünstigte aus dem Rückgarantieverhältnis ist. Dementsprechend ist sie unter keinem Titel befugt ist, Zahlung aus der Rückgarantie von der Beklagten zu verlangen, und Letztere ist nicht zur Zahlung an E1'._____ verpflichtet. Mit anderen Worten besteht die Pflicht der Beklagten auf Unterlassung der Zahlung des Garantiebetrages in der Höhe von USD 820'000 gemäss Rückgarantievereinbarung an die prozessführende Nebenintervenientin und an E1'._____. Indem die Beklagte trotz der offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Rückgarantie deutlich gemacht hat, dass sie die Zahlung vornehmen werde, sofern sie nicht durch Gerichtsurteil daran gehindert werde, ist die drohende Gefahr, dass sich die Beklagte ohne unmittelbare Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen über die Unterlassungspflicht hinwegsetzen würde, zu bejahen.

Der Beklagten ist daher unter Strafandrohung zu verbieten, Zahlungen aufgrund der Rückgarantie (counter-guarantee No. ...) in der Höhe von USD 820'000 an die prozessführende Nebenintervenientin (C._____) oder an E1'._____ zu leisten.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1 Ausgangsgemäss wird grundsätzlich die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Beklagte ist indes aus der aktiven Teilnahme am Prozess ausgeschieden. Die prozessführende Nebenintervenientin hat die Weiterführung des Prozesses bereits kurz nach Zustellung der Klageschrift, mithin noch vor Ablauf der Frist zur Erstattung der Klageantwort übernommen (vgl. vorstehend Ziff. 1), weshalb sie die Kosten zu tragen und der Klägerin eine Entschädigung zu bezahlen hat (§ 48 i.V.m. §§ 64 Abs. 2, 67 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH; vgl. auch Urteil des

Bundesgerichts 4A_398/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 1.1.2). Gemäss § 67 Abs. 2 ZPO/ZH haftet die Beklagte allerdings für die bis zum Prozesseintritt der prozessführenden Nebenintervenientin entstandenen Kosten solidarisch. Gleiches hat für die Prozessentschädigung zu gelten (§ 68 Abs. 1 i.V.m. § 67 Abs. 2 ZPO/ZH).

5.2 Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung sind auf Grundlage des Streitwerts der Klage zu bemessen. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH). Da es vorliegend nicht um eine Klage auf Geldzahlung geht, und die Klägerin in Bezug auf den Streitwert einzig ausführte, dieser liege angesichts des Garantiebetrags von USD 820'000 über CHF 30'000.–, ist der Streitwert nach Ermessen festzusetzen (§ 22 Abs. 2 ZPO/ZH). Bei einer Unterlassungsklage ist dabei der Vorteil massgebend, der aus der Unterlassung für die Klägerin resultiert (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 7 zu § 22 ZPO/ZH). Da die Klägerin ausführt, die Auszahlung des Garantiebetrags in der Höhe von USD 820'000 durch die Beklagte an die prozessführende Nebenintervenientin bzw. an E1'_____ wäre "für die Klägerin verlorenes Geld" (act. 1 Rz. 35), rechtfertigt es sich vorliegend, ein Interesse der Klägerin im Umfang von USD 820'000 anzunehmen. Der Streitwert beträgt daher nach Massgabe der bei Klageeinreichung geltenden Währungskurse CHF 992'380.40 (USD 820'000 x 1,21022).

Gemäss § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bleibt die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (aGebV) anwendbar, da für das Verfahren insgesamt die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts anwendbar bleiben (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2, § 9 Ziff. 1 sowie § 10 Abs. 1 aGebV OG festzusetzen. Das Verfahren war angesichts des ausländischen Bezuges und der sich stellenden Rechtsfragen äusserst komplex und aufwendig, wozu auf die obige Begründung verwiesen werden kann.

Die Prozessentschädigung ist nach der bisherigen Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (aAnwGebV) vom 21. Juni 2006 (§ 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010) zu bemessen. Die

Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 6 Abs. 1 aAnwGebV i.V.m. § 3 Abs. 2 aAnwGebV). Daher ist der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe der vollen Grundgebühr zuzusprechen.

Hinsichtlich der solidarischen Haftung für die Prozessentschädigung muss beachtet werden, dass die Klägerin vor dem Prozessbeitritt der Nebenintervenientin immerhin die Klageschrift verfasst und dadurch 100 % der Anwaltsgebühr verdient hat (vgl. § 6 Abs. 1 aAnwGebV). Entsprechend gilt in diesem (vollen) Umfang die solidarische Haftung.

Was die Kostentragung betrifft, so sind die Kosten je zur Hälfte auf die Beklagte und die Nebenintervenientin aufzuschlüsseln, wobei für die erste Hälfte eine solidarische Haftung der Nebenintervenientin neben der Beklagten besteht.

5.3 Die der Klägerin und A1'._____ Inc. mit Verfügung des Audienzrichteramts des Bezirksgerichts Zürich vom 22. September 2003 (act. 3/3) einstweilen auferlegten und von ihnen bezogenen Kosten in der Höhe von CHF 12'326.20 sind ausgangsgemäss definitiv der Beklagten aufzuerlegen. Für das summarische Verfahren vor dem Audienzrichteramt des Bezirksgerichts Zürich ist der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagten wird verboten, Zahlungen aufgrund der counter-guarantee No. ... in der Höhe von USD 820'000 an die C._____, Bangladesh, ... [Adresse], oder an das D._____, E1._____, ... [Adresse], Bangladesh (heute E2._____, ... [Adresse]), zu leisten, dies unter Androhung der Bestrafung der Beklagten bzw. ihrer Organe nach Art. 292 StGB mit Busse im Falle der Zuwiderhandlung.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.-;
die weiteren Kosten betragen: CHF 757.70 für Übersetzungen.

3. Die Kosten werden im Umfang der Hälfte der Litisdennunziatin/prozessführenden Nebenintervenientin sowie der Beklagten, je unter solidarischer Haftung, auferlegt. Die Kosten werden im Umfang der anderen Hälfte der Litisdennunziatin/prozessführenden Nebenintervenientin allein auferlegt.
4. Die Litisdennunziatin/prozessführende Nebenintervenientin und die Beklagte werden, je unter solidarischer Haftung, verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 31'000.– zu bezahlen.
5. Die der Klägerin und A._____ Incorporated mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich vom 22. September 2006 (Geschäft Nr. EU060112) einstweilen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegten und von ihnen bezogenen Kosten in der Höhe von CHF 12'326.20 werden definitiv der Beklagten auferlegt. Die Beklagte wird entsprechend verpflichtet, der Klägerin CHF 12'326.20 zu bezahlen.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 6'000.– für das summarische Verfahren (Geschäft Nr. EU060112) vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Litisdennunziatin und prozessführende Nebenintervenientin durch Auflage in der Gerichtskanzlei bzw. in den vorliegenden Akten.
8. 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 992'380.40.

Zürich, 27. Mai 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Dr. George Daetwyler

Isabelle Monferrini