



Mitwirkend: Obergerichter Peter Helm, Vizepräsident, und Obergerichterin Dr. Franziska Grob, Handelsrichterin Ursula Suter, die Handelsrichter Thomas Steinebrunner und Martin Fischer sowie der Gerichtsschreiber Andreas Blattmann

**Urteil vom 2. September 2011**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_,**  
Klägerin

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

gegen

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

sowie

**C. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
Nebenintervenientin und Prozessführende gemäss § 48 ZPO

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

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin EUR 1'067'167.35 zuzüglich Zins zu 5 % seit 20. November 2009 zu bezahlen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Erwägungen:**

1. Prozessverlauf

1.1. Am 8. Januar 2010 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klageschrift ein (act. 1). Nachdem die Klägerin die von ihr verlangte Prozesskaution fristgerecht geleistet hatte (vgl. Prot. S. 2 und act. 5), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 27. Januar 2010 Frist zur Klageantwort angesetzt (Prot. S. 3 f.). Mit Eingabe vom 5. März 2010 verkündete die Beklagte der Nebenintervenientin den Streit und überliess ihr die Fortführung des Prozesses auf eigene Kosten (act. 9). In der Folge trat Letztere mit Eingabe vom 16. März 2010 dem Prozess bei, um diesen auf eigene Kosten fortzusetzen (act. 11). Die Klageantwort wurde schliesslich am 10. Mai 2010 durch die Nebenintervenientin erstattet (act. 18), worauf die Parteien auf den 22. Oktober 2010 zur Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vorgeladen wurden (Prot. S. 9 ff.). Da an dieser Verhandlung keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden konnte, wurde das Verfahren in der Folge schriftlich fortgesetzt (Prot. S. 12). Die Replik wurde am 11. November 2010 (act. 26) und die Duplik am 28. Februar 2011 (act. 30) erstattet.

1.2. Am 26. Mai 2011 erfolgte eine Noveneingabe durch die Nebenintervenientin (act. 33). In ihrer Stellungnahme vom 7. Juni 2011 dazu verlangt die Klägerin allerdings, es sei die Noveneingabe als verspätet aus dem Recht zu weisen (act. 36 S. 2). Die klägerische Stellungnahme wurde der Beklagten sowie der prozessführenden Nebenintervenientin mit Verfügung vom 14. Juni 2011 zugestellt

(Prot. S. 16). Über die Zulässigkeit der Noveneingabe wird nachfolgend zu befinden sein (vgl. Ziff. 3.5).

1.3. Der Prozess erweist sich nunmehr als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH). Auf die einzelnen Parteivorbringen ist anschliessend nur einzugehen, soweit sie sich zur Entscheidungsfindung als notwendig erweisen.

## 2. Prozessuales

2.1. 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) 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. Ebenfalls am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist das revidierte Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (revLugÜ). Dessen Art. 63 Abs. 1 besagt unter anderem, dass die Vorschriften dieses Übereinkommens nur auf solche Klagen anzuwenden sind, die erhoben worden sind, nachdem das Übereinkommen im Ursprungs- bzw. im ersuchten Staat in Kraft getreten ist. Daraus folgt, dass auf Klagen mit internationalem Sachverhalt, die wie die vorliegende vor dem 1. Januar 2011 erhoben worden sind, noch das bisherige Übereinkommen (LugÜ) anzuwenden ist.

2.3. Die Beklagte hat der Nebenintervenientin den Streit verkündet und Letztere hat erklärt, den Prozess auf eigene Kosten weiterführen zu wollen (vgl. vorstehend Ziff. 1.1 und § 48 ZPO/ZH). Nach § 47 Abs. 1 ZPO/ZH ist der Dritte (Litisdenunziat) im Falle der Streitverkündung berechtigt, dem Prozess als Nebeninterve-

nient beizutreten, was zur Folge hat, dass er zugunsten der unterstützten Partei Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen und Rechtsmittel einlegen kann. Das Vorgebrachte gilt als von der Hauptpartei erklärt, soweit es von ihr nicht ausdrücklich bestritten wird oder mit ihren Prozesshandlungen in Widerspruch steht (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 45 Abs. 2 ZPO/ZH). Die Beklagte hat der Nebenintervenientin die Prozessführung überlassen und deren Vorbringen weder bestritten noch Handlungen vorgenommen, die diesen widersprechen würden. Nachfolgend sind die Ausführungen der Nebenintervenientin daher als von der Beklagten vorgebracht zu betrachten. Der Einfachheit halber werden deshalb die Behauptungen der Nebenintervenientin als solche der Beklagten bezeichnet, soweit dies nicht ausdrücklich anders bestimmt wird, zumal auch bei einer Übernahme der Prozessführung durch den Nebenintervenienten der Endentscheid letztlich auf den Namen der Hauptpartei, mithin auf denjenigen der Beklagten, zu lauten hat (§ 48 ZPO/ZH).

2.4. Die *Klägerin* ist eine nach dem Recht des Staates D.\_\_\_\_\_ gegründete Gesellschaft (...) mit Sitz in E.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_. Sie bezweckt die Verwirklichung eines Strassenbauprojekts in Süd-D.\_\_\_\_\_ (act. 3/2; vgl. auch act. 1 Rz 9, 18 Rz 8 und 26 Rz 6 f.). Die *Beklagte* ist eine Bank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nach dem Recht F.\_\_\_\_\_'s mit Sitz in G.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ (act. 3/3; act. 1 Rz 10 und 18 Rz 10). Die *Nebenintervenientin* ist ein Bauunternehmen in der Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem Recht H.\_\_\_\_\_'s (vgl. auch act. 18 Rz 9 und 26 Rz 6 f.).

2.5. Im Zentrum der Auseinandersetzung zwischen den Parteien steht eine von der Beklagten ausgestellte Bankgarantie vom 17. August 2007. Darin haben die Parteien unbestrittenermassen den Gerichtsstand Zürich gewählt (vgl. act. 3/1, insb. S. 2). Diese Gerichtsstandsklausel ist zulässig (Art. 17 Ziff. 1 LugÜ; WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2007, S. 242 ff.), weshalb die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben ist. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus § 63 Ziff. 2 i.V.m. § 62 GVG (HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürche-

rischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 63 N 10 ff.; act. 3/3). Die Klage wurde im Übrigen gehörig eingeleitet (§ 104 lit. d ZPO/ZH).

2.6. Neben der Gerichtsstandsklausel haben die Parteien in der genannten Garantie unbestrittenermassen auch eine ausdrückliche und zulässige Rechtswahl getroffen (act. 3/1; act. 1 Rz 24 und act. 18 Rz 75), weshalb Schweizer Recht zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 116 Abs. 2 IPRG).

### 3. Materielles

#### 3.1. Überblick

a) Die Klägerin und die Nebenintervenientin haben im Rahmen eines Strassenbauprojekts in Süd-D.\_\_\_\_\_ zusammengearbeitet. Zur Sicherung einer mit Vertrag vom 13. August 2007 eingegangenen Rückzahlungspflicht der Nebenintervenientin gegenüber der Klägerin hat die Beklagte die Garantie Nr. ... vom 17. August 2007 ausgestellt (act. 18 Rz 16 ff. und act. 26 Rz 24 f.; act. 3/1). Darauf stützt die Klägerin ihre Forderung von EUR 1'067'167.35. Weiter bezieht sie sich auf ihr Schreiben an die Beklagte vom 17. November 2009, worin sie geltend macht, die Nebenintervenientin sei ihren Verpflichtungen aus besagter Vereinbarung nicht nachgekommen, weshalb die Bankgarantie im entsprechenden Umfang in Anspruch genommen werde (act. 3/7; act. 1 Rz 17).

b) Der fraglichen Garantie kann unter anderem Folgendes entnommen werden (vgl. act. 3/1): Die Nebenintervenientin hat mit der Klägerin im Zusammenhang mit dem Strassenbauprojekt einen Vertrag abgeschlossen (Abs. 1). Eine weitere Vereinbarung zwischen den Parteien wurde am 13. August 2007 abgeschlossen. Darin wurde unter anderem vereinbart, dass die Nebenintervenientin als Bestandteil ihrer Entschädigung einen Betrag von EUR 1'500'000.– von der Klägerin erhält (Abs. 2). Allerdings wird in der Garantie auch festgehalten, dass die Nebenintervenientin unter Umständen gemäss vertraglicher Abmachung diesen Betrag oder Teile davon zurückzahlen muss. Zu diesem Zweck, mithin als Sicherheit der Rückzahlungspflicht, wurde die Garantie ausgestellt (Abs. 3). Die Beklagte verpflichtete sich daher, der Klägerin bedingungslos und unwiderruf-

lich im Sinne einer eigenständigen Verpflichtung und als eigene Schuld einen bzw. einzelne Beträge bis maximal EUR 1'500'000.– zu bezahlen. Voraussetzung dafür sollte die schriftliche Zahlungsaufforderung und die Bestätigung der Klägerin sein, dass die Nebenintervenientin ihren Rückzahlungsverpflichtungen gemäss Vertrag vom 13. August 2007 nicht nachgekommen ist (Abs. 4). Fordert die Klägerin die Beklagte auf, die garantierten EUR 1'500'000.– oder einen Teil davon zu leisten, so verpflichtete sich Letztere weiter, den Betrag bedingungslos zu bezahlen, ohne Rücksprache mit der Nebenintervenientin zu nehmen und ungeachtet einer allfälligen Einwendung der Letzteren, der geforderte Betrag dürfe nicht bezahlt werden (Abs. 5). Ebenso wurde ausdrücklich vereinbart, dass die Leistungspflicht der Beklagten aus der Garantieerklärung nicht entfällt bei klägerischem Erlass oder klägerischer Stundung von Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Joint Venture Agreement, ob im Hinblick auf Zahlung, Zeit, Erfüllung oder anderweitig. Ebenso sollte die Leistungspflicht der Beklagten ungeachtet jeglicher Abänderungen oder Streichungen aus dem Joint Venture Agreement, auf welche sich deren Mitglieder einigen, fortauern (Abs. 6). Gemäss der Garantieerklärung sollte die Leistungspflicht der Beklagten unter der Garantie schliesslich bis zur Rückgabe der Garantieerklärung an die Beklagte, bis zur Mitteilung der Klägerin, die Garantie werde nicht mehr benötigt, oder bis die Zahlungen der Beklagten die vereinbarte Maximalhöhe erreicht hätten, je nachdem, welche dieser Vorgaben zuerst eintritt, gültig sein (Abs. 7).

c) Neben der Klägerin, der Beklagten und der Nebenintervenientin waren weitere Parteien in das Strassenbauprojekt involviert. Bauherr war "I.\_\_\_\_\_" (...). Er war für die Finanzierung, Projektierung, den Bau, die Instandhaltung und den Unterhalt der Strassenanlage verantwortlich und gleichzeitig Vertragspartner des Zentralamts in D.\_\_\_\_\_ für Strassenwesen ("..."). Teilhaber des I.\_\_\_\_\_ sind J.\_\_\_\_\_ bzw. (vormals) J.\_\_\_\_\_ ... GmbH mit 50 %, K.\_\_\_\_\_ mit 35 % und L.\_\_\_\_\_ mit 15 %. J.\_\_\_\_\_ wiederum ist eine Tochtergesellschaft der M.\_\_\_\_\_, die ihrerseits zusammen mit L.\_\_\_\_\_ Teilhaberin der Klägerin ist (act. 18 Rz 11, act. 26 Rz 8 ff. und act. 30 Rz 8).

d) Der Abschluss der Vereinbarung vom 13. August 2007, namentlich die grundsätzliche Rückzahlungspflicht, und das Ausstellen der fraglichen Garantie sind unbestritten (act. 18 Rz 16 ff.). Unbestritten ist auch, dass die Klägerin die Beklagte zweimal schriftlich und mit dem Hinweis, die Nebenintervenientin sei ihren Verpflichtungen aus dem Vertrag vom 13. August 2007 nicht nachgekommen, zur Zahlung einer entsprechenden Summe aufgefordert hat (act. 3/5 und 3/7; act. 18 Rz 37 f. und 44 f.). Die Parteien gehen weiter übereinstimmend - und zutreffend - davon aus, dass eine selbständige, das heisst zum Grundverhältnis nicht akzessorische Garantie vorliegt (act. 26 Rz 80, act. 30 Rz 63 und 64). Die Beklagte bestreitet allerdings das Vorliegen einer Situation, welche die Rückzahlungspflicht begründen würde. Sie ist der Auffassung, dass die Inanspruchnahme der Garantie als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden müsse bzw. dass die Garantie zweckwidrig abgerufen worden sei (vgl. act. 18 Rz 55 ff.).

### 3.2. Rechtsnatur der selbständigen Garantie

a) Wie gezeigt, dreht sich der Streit insbesondere um die soeben dargestellte Bankgarantie. Eine Garantie ist im weitesten Sinne ein Sicherungsvertrag. Sie wird als zweiseitiges Rechtsgeschäft bezeichnet, weil sie der Willenserklärung beider Parteien bedarf. Allerdings erwirbt in der Regel nur der Begünstigte Rechte, während der Garant Pflichten übernimmt, weshalb der Vertragsschluss ohne Weiteres durch einseitige Erklärung (Offerte bzw. *Garantieerklärung*) und stillschweigende Annahme erfolgen kann (KLEINER, Bankgarantie, 4. Auflage, Zürich 1990, Rz 2.02 ff.). Zu unterscheiden ist zwischen reiner und bürgschaftsähnlicher Garantie. Bei der reinen Garantie steht der Garant für einen von jeglichem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein. Die bürgschaftsähnliche Garantie bezieht sich dagegen in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis, das dem Begünstigten einen (vertraglichen) Anspruch auf Leistung des Dritten gibt (BSK OR I-PESTALOZZI, Art. 111 N 6). Mit der bürgschaftsähnlichen Garantie soll die Leistung des Dritten an den Begünstigten gesichert werden, gleichgültig, ob sie wirklich geschuldet ist oder nicht. Sie gilt somit auch dann, wenn die Schuldpflicht des Dritten gegenüber dem Begünstigten nicht entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist. Im Gegensatz zur Bürgschaft ist die bürgschaftsähnliche Garantie

in diesem Sinne somit *nicht* akzessorisch (BGE 125 III 305, E. 2b; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Auflage, Zürich 2004, Rz 1168 und 1171 ff.; KLEINER, a.a.O., Rz 5.01 ff.). Insofern ist die Garantie eine selbständige Verpflichtung und sichert eine Leistung, gleichgültig, ob diese tatsächlich geschuldet und erzwingbar ist. Erfasst werden daher auch Fälle, in denen die (Haupt-)Schuldpflicht nie entstanden oder weggefallen ist. Der Garant haftet selbst dann, wenn sich der Hauptschuldner bzw. Dritte auf Zufall oder höhere Gewalt berufen kann (KLEINER, a.a.O., Rz 5.10 ff.).

b) Die soeben gemachten Feststellungen beziehen sich allerdings nur auf das Garantieverhältnis. Die Frage, ob im Verhältnis zwischen Drittem und Begünstigtem, mithin zwischen den Partnern des Grund- oder Hauptgeschäftes, die erfolgte Garantiezahlung als definitiv zu betrachten ist oder ob sie in diesem Verhältnis als rückforderbar gelten soll, betrifft nur das Grund- oder Hauptschuldverhältnis und nicht das Verhältnis unter den Parteien des Garantievertrages. Im Grund- oder Hauptschuldverhältnis mag im Endeffekt nur die vertraglich geschuldete Leistung als durch die Garantie gesichert gelten. Das hat aber mit dem Garantieverhältnis nichts zu tun und ist in diesem Zusammenhang grundsätzlich unbeachtlich (KLEINER, a.a.O., Rz 5.12; BGE 131 III 511, E. 4.2 f.).

c) Nach dem Gesagten kann der Garant nur äusserst eingeschränkt Einwendungen bzw. Einreden gegen seine Zahlungspflicht vorbringen. Ob die Voraussetzungen einer Verweigerung der Zahlung bzw. einer Auslösung der Garantie gegeben sind, bestimmt sich nach dem Vertragsinhalt, konkret nach den vereinbarten Zahlungsbedingungen (SZW 2007, S. 139 f.). Der Garant verspricht seine Leistung auf Eintritt des Garantiefalles hin, also unter bestimmten Voraussetzungen, deren Nachweis dem Begünstigten obliegt. Die Zahlungspflicht wird mit anderen Worten erst bei Eintritt der Zahlungsbedingungen ausgelöst. In den Bankgarantien werden diese regelmässig formalisiert. Zwar wird jeweils auf das Grund- oder Hauptschuldverhältnis hingewiesen. Indessen dient diese Bezugnahme zumeist lediglich der Bestimmung des Sicherungsobjektes. Denn es soll klargestellt werden, dass (nur) eine ganz bestimmte Leistung sichergestellt wird. Alsdann löst bei Bankgarantien zumeist die erste Anforderung, eine Erklärung o-

der eine dokumentarische Vorgabe die Zahlung aus (KLEINER, a.a.O., Rz 15.08, 17.04 und 17.05). In der Regel sind sowohl die zahlungsauslösenden Bedingungen wie auch der Sicherungszweck der Garantie aus dem Text klar ersichtlich. Soweit die Vorgaben ungenügend sind, ist eine ergänzende Auslegung vorzunehmen. Zu diesem Zweck ist insbesondere die einleitende Beschreibung der Veranlassung zur Garantie heranzuziehen, die in der Regel auf das Objekt der Sicherstellung Bezug nimmt. Fehlt ein solcher Ingress, ist auf die Umstände des (Garantie-)Vertragsschlusses zurückzugreifen (KLEINER, a.a.O., Rz 17.05 und 17.09). Im Bankgeschäft ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das vereinbarte Dokument oder die Erklärung für sich allein massgebend sein soll. Das bedeutet vorerst einmal, dass der Garant, dem das vereinbarte Dokument oder die Erklärung vorschriftsgemäss eingereicht wird, grundsätzlich zu leisten hat (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., Rz 1197 ff.). Im Weiteren ist davon auszugehen, dass sich der Garant nicht mit der materiellen Richtigkeit des Inhaltes solcher Schriftstücke befassen darf. Steht fest, dass der Garant, dem 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 (BGE 131 III 511, E. 4.2 f., BGE 122 III 321, E. 4, m.w.H.; vgl. auch KLEINER, a.a.O., Rz 21.04 und 21.05).

d) Neben diesen formellen Aspekten des Garantieabrufs erlaubt die Rechtsnatur der Garantie grundsätzlich keine weiteren Einwendungen oder Einreden, namentlich nicht solche, die sich aus dem Grund- oder Hauptschuldverhältnis ergeben (vgl. auch SZW 2007, S. 140). Bestand und Rechtswirkungen des Grund- oder Hauptschuldverhältnisses zwischen dem Dritten und dem Begünstigten sind daher in der Regel irrelevant (vorstehend lit. b). Der Fall, unter dem die Garantieleistung ausgelöst wird, mithin der Garantiefall, ergibt sich deshalb ausschliesslich aus der Garantie (KLEINER, a.a.O., Rz 21.09; vgl. auch BGE 131 III 511, E. 4.2. f.; SZW 2007, S. 140). Die diesbezüglichen ausdrücklichen Abmachungen der Parteien des Garantievertrages können gar soweit reduziert werden, dass eigentliche Zahlungsbedingungen überhaupt nicht mehr genannt werden. Vielmehr hat der Garant "auf erste Anforderung hin" zu zahlen. Vereinzelt wird bei dieser Konstellation auch von einer bedingungslosen Garantie gesprochen. Sie ist auf einfache

Zahlungsaufforderung hin zahlbar (KLEINER, a.a.O., Rz 17.11 f.; AEPLI, Garantien und Bürgschaften - das Allgemeine und das Bauspezifische, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2005, S. 103 f.).

e) Der Garant kann und muss aber im Verhältnis zum Dritten (Auftraggeber) alle *aus der Garantie selbst* möglichen Einwendungen und Einreden erheben. Er hat die Garantie im Auftrag des Kunden abgegeben und haftet für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes (KLEINER, a.a.O., Rz 21.16 und Rz 21.33). Die Bank kann also etwa die Nichtigkeit des Garantievertrages oder Mängel dieses Vertragsabschlusses geltend machen oder die Einrede erheben, der Garantiefall sei nicht eingetreten (KLEINER, a.a.O., Rz 21.36). Ebenso kann die Bank, wenn die Garantie 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 (vgl. auch AEPLI, a.a.O., S. 104; KLEINER, a.a.O., Rz 21.37; BGer 4A\_342/2009, E. 4.2).

f) Eine besonders zu erwähnende weitere Einrede stellt diejenige des *Rechtsmissbrauchs* dar. Auch wenn die Zahlungsvoraussetzungen unter dem gültigen Garantievertrag erfüllt sind und der Garantiefall somit gegeben ist, entfällt die Zahlungsverpflichtung des Garanten, wenn die Inanspruchnahme der Garantie durch den Begünstigten als offenbar rechtsmissbräuchlich erscheint (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., Rz 1200; KLEINER, a.a.O., Rz 21.41 und 21.42; AEPLI, a.a.O., S. 104; vgl. auch BGE 122 III 321, E. 4a, und BGE 131 III 511, E. 4.6). Der Rechtsmissbrauch ist aber ein ausserordentliches Korrektiv, so dass strenge Anforderungen an dessen Vorliegen zu stellen sind (KLEINER, a.a.O. Rz 21.45 mit dem Hinweis auf ZR 85 [1986] Nr. 23). Zu beachten gilt es zudem, dass die Frage, ob der Garantiebegünstigte unter dem Grund- oder Hauptschuldverhältnis die Garantie abrufen darf oder den abgerufenen Betrag dem Garantieauftraggeber erstatten muss, klar von der Frage zu unterscheiden ist, ob unter der Garantie selbst ein Zahlungsanspruch besteht. Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Garantie ist keineswegs identisch mit einem unter dem Grund- oder

Hauptschuldverhältnis unberechtigten Abruf der Garantie. Rechtsmissbrauch oder Verstoss gegen Treu und Glauben unter der Garantie kann daher nur in qualifizierten Fällen vorliegen (KLEINER, a.a.O., Rz 21.46).

g) Diese Abgrenzung zwischen Haupt- und Garantieverhältnis ist von entscheidender Bedeutung. Wird eine Garantie für eine nichterbrachte Leistung in Anspruch genommen, obschon die Leistungspflicht weggefallen ist, so liegt im Garantieverhältnis (noch) kein Rechtsmissbrauch vor. Die Garantie als nicht akzessorische Sicherung soll ja gerade auch Fälle decken, in denen eine Schuldpflicht nicht gegeben bzw. nachträglich weggefallen ist (KLEINER, a.a.O., Rz 21.47 f.). Rechtsmissbrauch beim Abruf kann also bei einer Leistungs- oder Rückleistungsgarantie nur in Ausnahmefällen, z.B. unter Nachweis der erbrachten Leistung, geltend gemacht werden. Dazu braucht es aber mehr als eine Behauptung der richtigen Leistung im Zusammenhang mit einem Disput über die richtige Erfüllung. Das Erbringen der richtigen Leistung muss zumindest indiskutabel sein. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt jedenfalls dann vor, wenn der Begünstigte selbst bestätigt, dass die gesicherte Leistung erbracht worden ist und er seinerseits eine Gegenleistung schulde (KLEINER, a.a.O., Rz 21.48 f.). Trotz Nichterbringens der Leistung kann der Abruf der Garantie rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Begünstigte selbst das Erbringen der Leistung nachweislich verhindert, indem er zum Beispiel Prüfung und Abnahme der gelieferten Ware verweigert, oder wenn der Begünstigte auf die Leistung verzichtet hat. Abruf der Garantie trotz nachweislich erbrachter Leistung oder vom Begünstigten verhinderter Leistung bzw. bei Verzicht auf die Leistung sind Handlungen, die eindeutig über einen Erfüllungsdisput hinausgehen und in Schädigungsabsicht erfolgen. Anderes genügt nicht, um Rechtsmissbrauch geltend zu machen (KLEINER, a.a.O., Rz 21.49 und 21.50).

h) Aus den gemachten Ausführungen erhellt, dass die Inanspruchnahme einer Garantie nicht bereits dann rechtsmissbräuchlich ist, wenn die Nichterfüllung einer Schuldpflicht unter dem Grund- oder Hauptschuldverhältnis gar nicht eingetreten ist. Der Dritte (Garantieauftraggeber) oder, wie vorliegend, der Garant können also unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs niemals einwenden, die Leis-

tung habe im Grund- oder Hauptschuldverhältnis gar nicht erbracht werden müssen, sondern - wenn überhaupt - höchstens, die Leistung sei tatsächlich erbracht worden. Gegenteilig zu entscheiden würde bedeuten, die Garantie entgegen ihrer Rechtsnatur zu einer akzessorischen Sicherung umzuwandeln. Dies ist aber gerade nicht Sinn und Zweck der Garantie, denn dies bedeutete letztlich nichts anderes, als dass der Garant zum Bürgen würde (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., Rz 1168 und 1171; KLEINER, a.a.O., Rz 21.46 ff.).

i) Art. 2 Abs. 2 ZGB versagt schliesslich ohnehin nur dem offenbaren Rechtsmissbrauch jeden Rechtsschutz. Ein Rechtsmissbrauch muss deshalb klar, in die Augen springend und unzweifelhaft sein, damit er nach dem Gesetz als rechtsschutzunwürdig gilt. Damit der Garant eine Zahlungsverweigerung aufgrund dieses ausserordentlichen Korrektivs vornehmen darf, bedarf es absolut klarer Verhältnisse, die keinerlei Zweifel offenlassen. Der Rechtsmissbrauch muss nachgewiesen sein (KLEINER, a.a.O., Rz 21.52). Erforderlich ist somit der sofortige und liquide Nachweis einer solchen offensichtlich rechtsmissbräuchlichen oder betrügerischen Inanspruchnahme der Garantie, was beispielsweise dann der Fall ist, wenn es nicht notwendig ist, zusätzliche Beweismittel hinzuzuziehen, zu Beweisaufnahmen zu schreiten oder Dritte in den Streit hineinzuziehen. Dieser obliegt dem Garanten, wobei die Anforderungen an den Beweis eines solchen (materiell) ungerechtfertigten Garantieabrufs sehr hoch sind. Zweifel gehen jedenfalls zu Lasten des Auftraggebers (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., Rz 1200; vgl. auch KLEINER, a.a.O., Rz 21.17 und S. 210, Fn 95, mit Verweis auf DOHM; im Übrigen auch BGE 122 III 321, E. 4a).

### 3.3. Vorbringen der Beklagten

#### a) Vorbemerkungen

Wie bereits erläutert, ist unbestritten, dass die fragliche Garantie von der Beklagten ausgestellt worden ist. Weiter ist der Wortlaut bzw. die Auslegung der Garantie zwischen den Parteien grundsätzlich unbestritten (vgl. act. 18 Rz 55). Die Parteien haben also explizit vereinbart, dass auf erste Aufforderung hin zu zahlen ist und dass die Beklagte sich nicht nach den Vorgaben der Nebenintervenientin aus

dem Grundverhältnis richten darf. Unbestritten ist auch, wie gezeigt, dass die Klägerin (zweimal) schriftlich eine Auszahlung angefordert hat und dabei auf die Nichterfüllung der Verpflichtungen der Nebenintervenientin gemäss Vertrag vom 13. August 2007 hingewiesen hat. Die Vorbringen der Beklagten beziehen sich daher im Wesentlichen auf die Rechtsmissbräuchlichkeit des Garantieabrufs und den zweckwidrigen Abruf, soweit sie sich nicht ohnehin auf vorliegend nicht zu berücksichtigende Einwendungen bzw. Einreden aus dem Grundverhältnis beziehen (vgl. act. 18 Rz 75, act. 30 Rz 61 bis 63).

b) Missbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie

Den Kernpunkt der Auseinandersetzung stellt die Frage dar, ob die Nebenintervenientin konkret bezeichnete Strassenabschnitte im Rahmen des Strassenbauprojektes rechtzeitig übergeben hat. Denn danach bestimmt sich ihre Rückzahlungsverpflichtung aus dem Vertrag vom 13. August 2007. Bei der Einhaltung vertraglich vereinbarter Übergabetermine handelt es sich aber in erster Linie um eine Streitigkeit um die richtige Erfüllung im Hauptschuldverhältnis, die, wie gezeigt, keinen Einfluss auf das Garantieverhältnis haben kann. Insofern sind diese Vorbringen grundsätzlich unbeachtlich. Die Beklagte erkennt in diesem Zusammenhang allerdings einen Rechtsmissbrauch darin, dass die Klägerin zwar für sich gegenüber dem Zentralamt für Strassenwesen [in D.\_\_\_\_\_] die Verschiebung der relevanten und im Vertrag vom 13. August 2007 genannten Übergabedaten für die Strassenabschnitte 1, 6 und 7 via die von den gleichen Parteien beherrschte Gesellschaft I.\_\_\_\_\_, veranlasst, erreicht und beansprucht habe, von der Nebenintervenientin aber trotz Ablieferung der Strassenabschnitte innerhalb dieser neu definierten Übergabefristen eine Verspätung geltend mache und Zahlung verlange. Die Klägerin wolle somit sowohl rechtzeitige Übergabe als auch Zahlung, wobei der Klägerin im Zusammenhang mit der Übergabe der Strassenabschnitte auch kein anderer Schaden entstanden sei. I.\_\_\_\_\_ habe mit der Strassenverwaltung von D.\_\_\_\_\_ eine Verschiebung der Übergabetermine vereinbart, weshalb sich Erstere gegenüber der Klägerin nicht auf eine verspätete Übergabe berufen könne. Vielmehr sei die Rückzahlungsverpflichtung der Nebenintervenientin gegenüber der Klägerin an die zwischen I.\_\_\_\_\_ und der Klägerin vereinbarten

(bzw. in der Folge abgeänderten) Übergabedaten gekoppelt gewesen, was sich ohne Weiteres aus Ziff. 3 des Vertrages vom 13. August 2007 ergebe, in der dies ausdrücklich festgehalten worden sei. Für die Nebenintervenientin hätten daher nicht andere Daten gegolten, denn die einzelnen Vertragsverhältnisse könnten nicht isoliert voneinander betrachtet werden. Das Verhalten der Klägerin sei daher widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich (act. 18 Rz 21 ff. und 59 ff.; act. 30 Rz 19 ff. und 64 f.).

c) Abruf der Garantie trotz Verhinderns der Leistungserbringung

Als weiteres rechtsmissbräuchliches Verhalten bringt die Beklagte vor, dass die Nebenintervenientin seit Juli 2008 nicht mehr für ihre auf der Baustelle erbrachten Leistungen bezahlt worden sei. Im September 2008 sei sie gar vom Bauprojekt ausgeschlossen worden. Der Zusammenarbeitsvertrag vom 13. August 2007 sei daraufhin beendet worden. Hinsichtlich der Einhaltung der beiden Übergabeterminen im Jahre 2009 habe sie daher keinen Einfluss mehr auf die Arbeiten nehmen können, was auch das Schiedsgericht festgestellt habe. Dass die Klägerin nun auch für diese beiden Übergabeterminen eine Zahlung fordere, obwohl sie die Nebenintervenientin nicht habe entschädigen wollen und Letztere schliesslich von der Baustelle ausgeschlossen habe, wodurch ihr jegliche Einflussmöglichkeit auf den Gang der Arbeiten entzogen worden sei, müsse als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden (act. 18 Rz 23 ff., 45 und 62; act. 30 Rz 42 ff., 58, 60 und 66).

d) Zweckwidriger Abruf der Garantie

Sodann bringt die Beklagte vor, dass die Garantie nur die Erreichung der Übergabeterminen bzw. die damit unmittelbar zusammenhängende Rückzahlungsverpflichtung sichere ("*...achievement of the hand-over dates*"). Dass die Klägerin nun Zahlungen fordere, obwohl diese Übergabeterminen eingehalten worden seien, dränge zum Schluss, dass sie versuche, weitere behauptete Forderungen unter die Garantie zu subsumieren, obwohl diese nicht von deren Wortlaut erfasst würden. Dadurch werde die Garantie zweckwidrig abgerufen. Auch der gewählte Wortlaut des Abrufs weise in diese Richtung ("*including, but not limited to, its obligation to repay contractual remuneration for handover dates not achieved*");

act. 3/5). Dies gelte unter anderem für Zinsforderungen auf gesicherte Rückzahlungsbeiträge (act. 18 Rz 38 f. und 65; act. 30 Rz 53, 56, 60 und 67).

e) Offensichtlichkeit

Schliesslich erklärt die Beklagte, dass es für sie evident und gewiss gewesen sei, dass die Klägerin keinen Anspruch auf die Auszahlung der geforderten Garantiesumme habe. Dies ergebe sich bereits aus den gemachten Ausführungen zum Sachverhalt und sei im Übrigen bereits am 26. Mai 2009 der Fall gewesen. Mit anderen Worten sei der Mangel (Rechtsmissbräuchlichkeit) schon zu jenem Zeitpunkt sofort liquide beweisbar gewesen. Zum einen ergebe sich dies aus dem Vertrag vom 13. August 2007 zwischen der Nebenintervenientin und der Klägerin, wonach die Übergabedaten der Strassenabschnitte an den Bauvertrag zwischen I.\_\_\_\_\_ und der Klägerin gekoppelt gewesen seien. Zum anderen datiere das Ersuchen der Klägerin an die Strassenverwaltung von D.\_\_\_\_\_ um Verschiebung der Übergabedaten für die Strassenabschnitte 1, 6 und 7 vom 30. Juni 2008. Schliesslich sei zwischen der Strassenverwaltung von D.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ am 3. Juli 2008 eine Änderungsvereinbarung abgeschlossen worden, wonach die Übergabedaten für die erwähnten Strassenabschnitte verschoben worden seien (act. 30 Rz 68 ff.).

3.4. Würdigung

a) Selbständige Garantie auf erstes Anfordern

Bei der Würdigung der Vorbringen der Beklagten bzw. der Nebenintervenientin muss vorab betont werden, dass unbestrittenermassen eine abstrakte, nicht akzessorische Garantie auf erstes Anfordern vorliegt ("*unconditionally*" und "*irrevocably*"), mit der sich die Beklagte verpflichtet hat, der Klägerin "*upon the receipt of the A.\_\_\_\_\_ 's first written demand for payment and the A.\_\_\_\_\_ 's confirmation that C.\_\_\_\_\_ has totally o[r] partially failed to fulfil its obligation of repayment in accordance with the Agreement dated 13th August 2007*" einen oder mehrere Beträge bis maximal EUR 1'500'000.– zu bezahlen, ohne "*further reference to C.\_\_\_\_\_*" zu nehmen und "*notwithstanding any notice given by C.\_\_\_\_\_ to us not*

*to pay same*" (act. 3/1). Dadurch hat die Beklagte ohne Weiteres auf Einreden oder Einwendungen, welche die Nebenintervenientin gegenüber der Klägerin aus dem Grund- bzw. Hauptschuldverhältnis zur Abwehr des Anspruches der Klägerin hätte, verzichtet. Gerade die Verwendung des Begriffes "unconditionally" stellt eine international gebräuchliche garantiespezifische Formulierung dar, die auf den Einreden- und Einwendungsausschluss hinweist (ZR 86 [1987] Nr. 40, E. 3.5). In der Kombination der Begriffe ergibt sich eine besondere Betonung der von den Parteien ausdrücklich gewählten Nichtakzessorietät (vgl. ZR 86 [1987] Nr. 40, E. 3.5). In diesem Fall aber ist die Klägerin selbst dann zum Garantieabruf auf Kosten der Beklagten befugt, wenn sie weder einen primären Anspruch auf die garantiegesicherte Leistung (Rückzahlung im Zusammenhang mit den Übergabeterminen) noch einen sekundären Anspruch wegen des Nichteintritts eben dieser Leistung besitzt. Daher, und dies ist entscheidend, kann ein Garantieabruf nicht bereits wegen des blossen Fehlens eines Anspruches der Klägerin auf die durch die Nebenintervenientin geschuldete Leistung rechtsmissbräuchlich sein. Ansonsten würde die Nichtakzessorietät der Garantieverpflichtung durch das Rechtsmissbrauchsverbot vereitelt (vgl. auch BÜSSER, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Diss., Freiburg 1997, Rz 1215). Der Wortlaut der Garantie und der unbestrittenermassen erfolgte, vertragsgemässe (formelle) Abruf der Garantie würde damit auf den ersten Blick bereits eine Zahlungspflicht der Beklagten begründen. Gleichwohl ist nachfolgend auf die Vorbringen der Beklagten im Einzelnen einzugehen.

b) Rechtsmissbräuchliches Verhalten bzw. zweckwidriger Abruf

Zwar trifft zu, dass das Verbot des Rechtsmissbrauchs letztlich doch eine Verbindung zum Grund- bzw. Hauptschuldverhältnis schafft. Diese Verbindung kann aber nicht derart sein, dass aus einer abstrakten Garantie ein akzessorisches Sicherungsmittel wird. Daher müsste die Beklagte in einem ersten Schritt darlegen können, dass die Klägerin aus ihrer Sicht "unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt sein kann, die Garantie abzurufen". Es muss sich also ohne jeden Zweifel feststellen lassen, dass die Klägerin die ihr formal eingeräumte Rechtsposition missbraucht (vgl. DOHM, Bankgarantien im in-

ternationalen Handel, Bern 1985, Rz 233; BÜSSER, a.a.O., Rz 1216). In einem zweiten Schritt müsste die Beklagte aufzeigen können, dass der Nichteintritt des garantierten Sicherungsfalles bzw. die entsprechende Einwendung des zweckwidrigen Garantieabrufes bereits im Zeitpunkt des fraglichen Abrufes sofort beweisbar waren. Denn mit der unbestrittenermassen vereinbarten Klausel "auf erstes Anfordern" ("*upon the receipt of the A.\_\_\_\_\_ 's first written demand*") (vgl. BÜSSER, a.a.O., Rz 1432 und 1438) hat die Beklagte der Klägerin versprochen, eine garantievertragskonforme Abrufserklärung (im Sinne einer blossen Behauptung) sofort nach ihrem Eingang zu honorieren (BÜSSER, a.a.O., Rz 1428 ff.).

Hinsichtlich der *missbräuchlichen Inanspruchnahme der Garantie* ist zunächst festzustellen, dass sich die Ausführungen der Beklagten bzw. der Nebenintervenientin mehrheitlich auf das Fehlen eines Anspruches der Klägerin auf die Leistung der Nebenintervenientin beziehen. Wie gezeigt, genügt dies alleine aber nicht, um eine Missbräuchlichkeit des Garantieabrufes zu begründen. Rechtsmissbräuchlichkeit kann sich in keinem Fall aus der blossen Behauptung der richtigen Leistung ergeben. Die von der Klägerin vorgebrachten Behauptungen betreffen daher einen Erfüllungsdisput, der nicht im Garantieverhältnis, sondern im Grundverhältnis auszutragen ist.

Selbst wenn auf die Ausführungen einzugehen wäre, müsste beachtet werden, dass die Garantie wohl tatsächlich insbesondere die Rückzahlungsverpflichtung hinsichtlich der Übergabedaten sichern soll, auch wenn auf diese nicht ausdrücklich Bezug genommen wird. Immerhin aber wird auf den Vertrag vom 13. August 2007 und die dort festgehaltenen Verpflichtungen, und damit auch auf die Rückzahlungsverpflichtung, verwiesen (act. 3/1). Dieser Vertrag vom 13. August 2007 (act. 19/3) hält zwar fest, dass die Rückzahlungsverpflichtung an die nicht rechtzeitig erfolgte Übergabe von Strassenabschnitten gekoppelt ist, wobei sich die Übergabedaten nach denjenigen gemäss Bauvertrag zwischen der Klägerin und I.\_\_\_\_\_ richten würden ("*handover date as defined in the Construction Contract*"). Gleichzeitig werden aber die fraglichen Übergabedaten in Klammern ausdrücklich genannt ("*Section 1 [01.07.2008], Section 6 and 7 [01.07.2008]*"). Dass nun diese dort ausdrücklich genannten Termine durch die Nebenintervenientin eingehalten

worden wären, behauptet die Beklagte nicht. Vielmehr erklärt auch sie, die Nebenintervenientin habe diese ausdrücklich festgehaltenen Daten *nicht* eingehalten. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist somit aus diesen beiden Dokumenten nicht ersichtlich, inwiefern die Klägerin unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt sein kann, die Garantie abzurufen. Im Gegenteil: Die Klägerin scheint ohne Weiteres einen Anspruch zu haben, zumindest ist die rechtzeitige Leistungserbringung diskutabel, was den klägerischen Anspruch ebenfalls nicht hindert. Die Beklagte stellt sich nun aber auf den Standpunkt, diese im Vertrag vom 13. August 2007 festgehaltenen Termine hätten nicht mehr gegolten, denn sie seien nachträglich abgeändert worden. Dass die im Vertrag vom 13. August 2007 erwähnten Daten aber zwischen den *Parteien dieses Vertrages* abgeändert worden wären, ergibt sich weder aus diesem Vertrag noch aus demjenigen zwischen dem Zentralamt für Strassenwesen von D.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ (act. 19/6); die Nebenintervenientin wird in Letzterem mit keinem Wort erwähnt. Von Bedeutung wäre daher vielmehr, ob zwischen I.\_\_\_\_\_ und der Klägerin ebenfalls eine Anpassung stattgefunden hat und diese in der Folge auch für das Verhältnis zwischen der Klägerin und der Nebenintervenientin hätte gelten sollen. Dafür aber liefert die Beklagte keine Grundlagen. Dass nach dem Willen der Parteien eine automatische Anpassung des Vertrages vom 13. August 2007 aufgrund einer Änderung des Vertrages zwischen der Klägerin und I.\_\_\_\_\_ bzw. dem Zentralamt für Strassenwesen von D.\_\_\_\_\_ hätte erfolgen sollen, wie die Beklagte geltend macht, ist zwar nicht auszuschliessen, müsste sich aber letztlich wohl aus einer Auslegung des genannten Vertrages ergeben. Selbst wenn die Vereinbarung zwischen I.\_\_\_\_\_ und dem Zentralamt für Strassenwesen von D.\_\_\_\_\_ Zweifel an der fortdauernden Verbindlichkeit der ausdrücklich erwähnten Übergabetermine im Vertrag vom 13. August 2007 zu begründen vermöchte, so würde dies noch nicht die von der Beklagten angerufene Rechtsmissbräuchlichkeit begründen und zu einer zulässigen Zahlungsverweigerung führen. Vielmehr gingen diese Zweifel zulasten der Nebenintervenientin und damit letztlich zulasten der Beklagten (KLEINER, a.a.O., Rz 21.53, Fn 95, mit Verweis auf DOHM). Schliesslich ist zu beachten, dass bereits die Tatsache, dass zur Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit eine Auslegung des Vertrages im Grund- bzw.

Hauptschuldverhältnis erforderlich wäre, darauf hinweist, dass gerade *nicht* gesagt werden kann, die Klägerin sei unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt, die Garantie abzurufen. Ebenso lässt sich bei dieser Ausgangslage nicht begründen, der Garantieabruf sei offensichtlich rechtsmissbräuchlich. Auch der Umstand, dass die Nebenintervenientin Zeugen anruft (vgl. act. 30 Rz 22), zeigt, dass die Missbräuchlichkeit in keiner Weise offensichtlich ist. Vielmehr liegen gerade keine absolut klaren Verhältnisse vor, wenn weitere Beweismittel zur Frage des Grund- bzw. Hauptschuldverhältnisses beigezogen werden müssen, weshalb die Missbräuchlichkeit im Zeitpunkt des fraglichen Abrufes auch nicht sofort beweisbar war (DOHM, a.a.O., Rz 235).

In Bezug auf den *Abruf der Garantie trotz Verhinderns der Erbringung der gesicherten Leistung* der Nebenintervenientin durch die Klägerin ist vorab festzuhalten, dass die Beklagte selber ausführt, die Nebenintervenientin sei im September 2008 vom Bauprojekt ausgeschlossen worden. Letztere habe daher keinen Einfluss mehr auf die Einhaltung der beiden Übergabedaten für die Strassenabschnitte 5 und 2 bis 4 (1. Juli 2009 und 1. September 2009) nehmen können (act. 18 Rz 24 und 62). Andererseits erklärt sie, dass die zwischen der Nebenintervenientin und der Klägerin ursprünglich im Vertrag vom 13. August 2007 vereinbarten (aber nach ihrer Auffassung nachträglich abgeänderten) Übergabetermine für die Strassenabschnitte 1, 6 und 7 nicht eingehalten worden seien. Die abgeänderten Termine seien hingegen eingehalten worden (act. 30 Rz 31 und 35). Schliesslich hält die Beklagte fest, dass es die Nebenintervenientin gewesen sei, die mit Schreiben vom 6. Februar 2009 den Vertrag vom 13. August 2007 gekündigt habe (act. 18 Rz 25). Hinsichtlich der beiden ersten Übergabetermine kann somit ohnehin nicht von einer Verhinderung der Erbringung der Leistung der Nebenintervenientin gesprochen werden, sie sind vorliegend daher nicht von Belang. Wie gezeigt, kann in diesem Zusammenhang im Übrigen auch kein offensichtlich missbräuchlicher Garantieabruf begründet werden. Daher ist im Zusammenhang mit der Verhinderung der Erbringung der gesicherten Leistung einzig auf die beiden Übergabetermine im Jahr 2009 abzustellen. Diesbezüglich ist zunächst einmal umstritten, ob die Nebenintervenientin von der Klägerin tatsächlich vom Bauprojekt ausgeschlossen worden ist (act. 26 Rz 50). Die Beklagte legt in

diesem Zusammenhang aber nur ungenügend dar, woraus sich eine Verhinderung der Erbringung der Leistung der Nebenintervenientin durch die Klägerin *unmissverständlich* ergeben würde. Doch gerade eine solche Klarheit wäre erforderlich, um Rechtsmissbräuchlichkeit annehmen zu können, blosse Zweifel genügen nicht (KLEINER, a.a.O., Rz 21.52 f.). Zwar legt die Beklagte ein Schreiben der Nebenintervenientin an die Klägerin vom 6. Februar 2009 ins Recht, mit dem die Nebenintervenientin den Vertrag vom 13. August 2007 gekündigt haben soll (act. 19/8). Doch lässt diese "Kündigung" keinen Schluss auf eine Verhinderung der Erbringung der Leistung *durch die Klägerin* zu. Vielmehr kann aus der Kündigung zunächst abgeleitet werden, dass es die Nebenintervenientin selbst war, die nicht mehr auf der Baustelle arbeiten wollte. Ein missbräuchliches Verhalten *der Klägerin* stellt dies somit nicht dar. Selbst der Hinweis der Nebenintervenientin auf die Gründe der Kündigung, namentlich die "*persistent breach of the Agreement*", und ihre Feststellung, die Klägerin habe ihr mitgeteilt, dass insbesondere ihre Maschinen und ihre Ausrüstung nicht mehr benötigt würden, ändern an dieser Ausgangslage nichts. Die blosse Kündigung alleine lässt noch nicht den Schluss zu, dass die Nebenintervenientin von allen Verpflichtungen für die Zukunft entbunden worden ist. Die diesbezügliche Unsicherheit hat selbst das Schiedsgericht in jener auch von der Beklagten angeführten Randziffer festgehalten: "*The Arbitral Tribunal, considering the uncertainties regarding the termination of the Agreement of 13 August 2007 [...]*" (act. 19/13 Rz 83; vgl. act. 30 Rz 43). Vor diesem Hintergrund kann nicht davon gesprochen werden, die Klägerin wäre unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt gewesen, die Garantie abzurufen. Im Übrigen ist die Frage der Zulässigkeit der Kündigung noch immer umstritten (act. 26 Rz 53 ff.). Sie ist allerdings nicht in diesem Verfahren zu klären, betrifft sie doch das Grund- und nicht das Garantieverhältnis. Letztlich eignet sich der soeben erwähnte "*Procedural Order No. 9*" auch aus denselben Gründen nicht, um die sofortige Beweisbarkeit der Missbräuchlichkeit darzulegen (act. 19/13). Für die Beantwortung der Frage des Rechtsmissbrauchs ist nicht in erster Linie entscheidend, *ob* die Nebenintervenientin keinen Einfluss mehr hatte, sondern *weshalb*, und welche vertraglichen Verpflichtungen sie im Zeitpunkt des Garantieabrufs noch hatte. Denn für die Begründung der Missbräuchlichkeit reicht

es nicht aus, dass die Nebenintervenientin keinen Einfluss mehr auf die Bauarbeiten und damit die Übergabedaten hatte. Denn die fehlende Einflussmöglichkeit muss nicht zwingend auf die Klägerin zurückzuführen sein. Erforderlich ist daher vielmehr, dass dargelegt wird, dass die Nebenintervenientin - auch nach dem Procedural Order No. 9 - auf der Baustelle hätte arbeiten wollen, um die Übergabetermine einzuhalten, die Klägerin sie daran aber gehindert hätte. Dazu lassen sich dem Procedural Order No. 9 allerdings keine Angaben entnehmen. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Schiedsgericht in erster Linie auch keine positive Hauptsachenprognose gestellt. Vielmehr hat es lediglich erklärt, dass ein Garantieabruf aufgrund der unsicheren Sachlage "*inappropriate*" wäre und in einem "*pre-judgment of the dispute on the merits*" enden würde (act. 19/13 Rz 87). Hingegen hat auch das Schiedsgericht das Wesen der Garantie und ihre Abstraktheit erkannt und deshalb entschieden, dass "*in view of the nature of guarantees on demand the prohibition [Verbot des Garantieabrufs] shall endure only as long as deemed necessary*". Mit dem Nichteintretensentscheid entfiel aber dieses Verbot (vgl. act. 19/9 Rz 161). Vor dem Hintergrund, dass selbst das Schiedsgericht eine unklare Sachlage feststellte und erklärte, die Natur der fraglichen Garantie rechtfertigt keine länger als nötig dauernde Massnahme, und dass mit dem "*Final Award*" (act. 19/9) die Massnahme dahingefallen ist, kann nicht gesagt werden, der Garantieabruf sei *offensichtlich* rechtsmissbräuchlich. Hinzuweisen bleibt damit nur noch auf einen Widerspruch in den Ausführungen der Beklagten: An einer vertragsgemässen Leistung kann nur gehindert werden, wer überhaupt eine vertragliche Verpflichtung hat. Wenn sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, die Nebenintervenientin habe den Vertrag vom 13. August 2007 berechtigterweise gekündigt, so müsste konsequenterweise auch behauptet werden, sie hätte an der Leistungserbringung gar nicht mehr gehindert werden können, weil sie dazu gar nicht mehr verpflichtet gewesen wäre. Dann aber könnte mit diesen Vorbringen auch nicht die Missbräuchlichkeit eines Garantieabrufs begründet werden. Letztlich zeigen aber auch diese - widersprüchlichen - Vorbringen lediglich, dass in keiner Weise klare Verhältnisse vorgelegen haben, wenn selbst die Nebenintervenientin unsicher über ihre Leistungspflicht war. Diese Zweifel haben aber wiederum zu ihren Lasten und schliesslich zulasten der Beklagten zu gehen

(KLEINER, a.a.O., Rz 21.53, Fn 95). Zu beseitigen sind sie im Grund- bzw. Hauptschuldverhältnis und nicht im Garantieverhältnis.

Im Zusammenhang mit dem *zweckwidrigen Abruf der Garantie* bringt die Beklagte einzig vor, der Abruf der Garantie trotz Einhaltung der Übergabetermine und der gewählte Wortlaut des Abrufs würden darauf hinweisen, dass die Klägerin versuche, weitere behauptete Forderungen, namentlich Zinsforderungen, unter die Garantie zu subsumieren, obwohl diese nicht von deren Wortlaut erfasst würden (act. 18 Rz 38 f. und 65; act. 30 Rz 53, 56, 60 und 67). Die Beklagte unterlässt in der Folge aber weitere Behauptungen, die einen Schluss darauf zulassen würden, ob und inwiefern die Klägerin vom Wortlaut nicht umfasste Forderungen durch die Garantie gedeckt haben will. Alleine der Wortlaut der Garantie führt jedenfalls nicht weiter, und dass die Frage der Einhaltung der Übergabedaten nach wie vor ungeklärt ist, wurde bereits gezeigt. Hingegen wird im Abruf auf eben diese Daten und damit auf den Vertrag vom 13. August 2007, wie er in der Garantie erwähnt wird, ausdrücklich Bezug genommen. Was den konkreten Wortlaut der Abruferklärung betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass die Garantie keinen exakten Wortlaut der Abruferklärung vorschreibt. Dementsprechend war die Klägerin in der Formulierung ihrer Zahlungsaufforderung und Bestätigung grundsätzlich frei. Aus der Formulierung in den Zahlungsaufforderungen vom 26. Mai 2009 und vom 17. November 2009 (act. 3/5 und 3/7) geht eine zweckwidrige Inanspruchnahme der Garantie jedenfalls nicht hervor, zumindest nicht in einer *offensichtlichen* Weise. Vielmehr hat die Klägerin die Zahlung in Übereinstimmung mit den Zahlungsbedingungen der Garantie gefordert. Dass die Klägerin in einer Klammerbemerkung in der Zahlungsaufforderung vom 26. Mai 2009 anbringt, die Nebeninterventantin habe auch, aber nicht nur die Rückzahlungsverpflichtung für unerreichte Übergabedaten nicht erfüllt, kann ihr nicht schaden. Die Klammerbemerkung lässt in keiner Weise den Schluss zu, die Klägerin rufe die Garantie *offensichtlich* in zweckwidriger Weise für eine andere als die gesicherte Forderung ab. Insofern kann nicht gesagt werden, die Klägerin habe offensichtlich (und in einem bestimmten Umfang) die Garantie abgerufen für eine Forderung, die von ihrem Zweck nicht gedeckt gewesen ist. Dies gilt insbesondere auch für den Zins. Dabei ist vorzuschicken, dass die Klägerin die von der Beklagten behauptete Zu-

sammensetzung des Forderungsbetrages zwar nicht ausdrücklich bestreitet. Sie ist allerdings der Auffassung, in einer Garantiestreitigkeit bedürfe es keiner weiteren Substantiierung des Betrages (vgl. act. 18 Rz 45 und act. 26 Rz 69). Insofern kann nicht gesagt werden, es sei unbestritten, dass die Klägerin auch für den Zins die Garantie abgerufen habe. Aber selbst wenn die Klägerin dies getan hätte, könnte damit noch nicht ein zweckwidriger Abruf begründet werden. Ob der Zins vom Zweck der Garantie gedeckt ist oder nicht, bestimmt sich letztlich durch Auslegung der Garantie. Sofern der Wortlaut des Garantievertrages aber keine vollständige Ermittlung des konkret gesicherten Leistungserfolges gestattet, muss der Vertrag über den gesicherten Leistungserfolg im Grund- bzw. Hauptschuldverhältnis als ergänzendes Auslegungsmittel herangezogen werden (BÜSSER, a.a.O., Rz 1383). Von der Garantie erfasst sind sämtliche Beträge, die aus der Verpflichtung der Nebenintervenientin zur Rückerstattung gemäss der Vereinbarung vom 13. August 2007 entstehen können, und zwar bis zu einem Maximalbetrag von EUR 1'500'000.–. Ob die Nebenintervenientin im Verhältnis zur Klägerin zur Zahlung von Zinsen auf den Rückleistungsforderungen verpflichtet ist, ist eine andere Frage, die allerdings im Grund- bzw. Hauptschuldverhältnis zu prüfen ist. Mit anderen Worten wäre der Parteiwille im Grund- bzw. Hauptschuldverhältnis von Bedeutung bzw. es müsste letztlich *auch* dieses Verhältnis ausgelegt werden. Die Beklagte unterlässt entsprechende Ausführungen allerdings gänzlich, obwohl ihr hierzu die Behauptungs- und Beweislast obliegt (KLEINER, a.a.O., Rz 21.38).

Ohnehin dürfte es im Einzelfall für den Garanten schwierig sein abzuschätzen, ob eine Leistungspflicht besteht oder nicht, wenn der Abruf nicht offensichtlich zu einem anderen Zweck erfolgt. Genau diese Offensichtlichkeit ist aber zu fordern, weshalb eine Leistungsverweigerung nur in ganz klaren Fällen erfolgen darf (vgl. AEPLI, a.a.O., S. 104 f.). Wie bereits mehrfach festgehalten, ist die Frage, ob ein ganz klarer Fall vorliegt, in Bezug auf den hier vorliegenden Sachverhalt zu verneinen. Muss die Vereinbarung zuerst ausgelegt bzw. der tatsächliche Parteiwille im Grund- bzw. Hauptschuldverhältnis ermittelt werden, so kann nicht von einem klaren Fall gesprochen werden. Es würde der Rechtsnatur einer abstrakten Garantie widersprechen, wenn es dem Garanten erlaubt wäre, die Vertragsgrundlage im Grund- bzw. Hauptschuldverhältnis zu erforschen und nach erfolgter - unter

Umständen zweifacher - Auslegung, nämlich des Garantie- und des Grundvertrages, die Zahlung zu verweigern. Die Garantie dient der Sicherung der Rückzahlungsverpflichtung gemäss Vertrag vom 13. August 2007. Aus dem Grund- bzw. Hauptschuldverhältnis, also aus dem Vertrag vom 13. August 2007, ist auf den ersten Blick nicht ersichtlich, ob Zinsen geschuldet sind oder nicht. Jedenfalls wird dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Damit liegen keine klaren Verhältnisse vor. Anders läge der Fall, wenn die Garantie anstatt für eine Rückzahlungsverpflichtung für einen nicht zurückbezahlten Kredit abgerufen würde (vgl. entsprechend ZR 86 [1987] Nr. 40, E. 3.4). Eine solch offensichtliche Zweckwidrigkeit kann vorliegend aber nicht festgestellt werden. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin die Garantie zweckwidrig abgerufen hätte, sodass der Beklagten kein Zahlungsverweigerungsrecht zusteht.

c) Soweit die Beklagte das Schiedsverfahren zur Begründung der Missbräuchlichkeit des Garantieabrufs vorbringt (act. 30 Rz 71), so ist auf die in diesem Zusammenhang bereits gemachten Ausführungen zu verweisen (vgl. vorstehend S. 19 f.). Die Voraussetzungen für eine im Zeitpunkt des Abrufs sofort beweisbare offensichtlich rechtsmissbräuchliche Handlung liegen nicht vor. Zwar hat das Schiedsgericht, wie gezeigt, die Teilhaber der Klägerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme angewiesen, der Klägerin zu verbieten, die Garantie abzurufen. Das Schiedsgericht erwog aber nicht etwa, es bestünden keine Ansprüche, sondern es dürften keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden. Hinzu kommt, dass die Klägerin nicht Partei des Schiedsverfahrens war und die vorsorgliche Massnahme mit dem Endentscheid (Unzuständigkeit) ohnehin dahingefallen ist. Insofern lässt sich wiederum gerade nicht ableiten, ein Anspruch stehe der Klägerin unter keinem vernünftigen Grund zu. Dadurch, dass das Schiedsgericht auf die unsicheren Ansprüche zwischen den Parteien hinwies, zeigt sich hingegen ohne Weiteres, dass die sofortige Beweisbarkeit eben nicht gegeben war. Der Unzuständigkeitsentscheid ändert daran nichts, ging es dort unter anderem doch lediglich um die Auslegung des Vertrages vom 13. August 2007 hinsichtlich der Beteiligung der Nebenintervenientin am Joint Venture, mithin um die Frage der Gesellschafterstellung der Nebenintervenientin, und nicht darum, ob die verein-

barten Übergabetermine abgeändert und alsdann eingehalten worden sind. Ein sofort beweisbares rechtsmissbräuchliches Verhalten ist somit nicht erkennbar.

### 3.5. Noveneingabe der Nebenintervenientin

a) An dieser Stelle bleibt über die Zulässigkeit der Noveneingabe der Beklagten bzw. Nebenintervenientin zu entscheiden (vgl. vorstehend Ziff. 1.2). Sie stützt sich einzig auf § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH. Sie bringt mit anderen Worten nicht vor, sie habe die Tatsache trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig anrufen können (vgl. dazu § 115 Ziff. 3 ZPO/ZH). Insofern stellt sich einzig die Frage, ob sich die Richtigkeit der in der Noveneingabe aufgestellten Behauptungen, Bestreitungen oder Einreden aus den Prozessakten ergibt oder ob sie durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können. Die neu vorgebrachte Kernbehauptung lautet, dass der damals zuständige Projektleiter eines Teilhabers der Klägerin, M.\_\_\_\_\_, der Nebenintervenientin mit E-Mail vom 29. Juli 2008 den Vorschlag unterbreitet habe, einer ausgewählten Zahl von Mitarbeitern, darunter auch einige Mitarbeiter, die von der Nebenintervenientin gemäss Vertrag vom 13. August 2007 zur Verfügung gestellt worden seien, einen Bonus von je EUR 1'500.– auszubezahlen. Der Grund dafür habe darin gelegen, dass die Klägerin die besonderen Leistungen der Mitarbeiter während der Arbeiten für die Übergabetermine der Strassenabschnitte 1, 6 und 7 habe honorieren wollen (act. 33 Rz 5).

b) Vorab könnte ohne Weiteres in Frage gestellt werden, ob es sich bei diesen Vorbringen überhaupt um Noven handelt. Sinngemäss sind sie im Kontext der Behauptung der Beklagten zu sehen, dass die Nebenintervenientin die *vereinbarten* Übergabetermine eingehalten habe, weshalb die Mitarbeiter hätten belohnt werden sollen. Die Einhaltung der Übergabetermine stellt aber keine neue Behauptung dar. Wird allerdings davon ausgegangen, mit der Noveneingabe werde auch behauptet, selbst der Projektleiter der Klägerin [recte: eines Teilhabers der Klägerin] sei davon ausgegangen, die Strassenabschnitte seien rechtzeitig übergeben worden, so kann darin, zumindest im Sinne einer "Unterbehauptung", eine neue Tatsache im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH gesehen werden (vgl. auch act. 33 Rz 4). Allerdings ist sie vor dem Hintergrund der bisherigen Be-

haftungslage zu betrachten. Wenn vorgebracht wird, die eingereichte E-Mail von M.\_\_\_\_\_ weise liquide nach, dass die Übergabetermine für die Strassenabschnitte 1, 6 und 7 auch aus Sicht der Klägerin eingehalten worden seien (act. 33 Rz 4), so ist nicht von den ausdrücklich im Vertrag vom 13. August 2007 genannten, sondern von den nach Auffassung der Beklagten abgeänderten Terminen auszugehen. In diesem Sinne ist nun zu prüfen, ob die eingereichten Urkunden die Behauptung, auch die Klägerin sei davon ausgegangen, dass die *abgeänderten* Übergabetermine durch die Nebenintervenientin schliesslich eingehalten worden seien, sofort bewiesen werden können.

c) Tatsächlich erweist sich die mit der Noveneingabe eingereichte zweite Urkunde als Ausdruck einer E-Mail vom 29. Juli 2008 von M.\_\_\_\_\_ an N.\_\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_\_, einem Mitarbeiter der Nebenintervenientin (act. 34/2-4). Sie betrifft einen "*Bonus for staff for handover dates*" aufgrund von "*special efforts during the work for the handovers in section 1, 6 and 7*". Somit lässt sich festhalten, dass im Zusammenhang mit der Übergabe der Strassenabschnitte 1, 6 und 7 gewisse Mitarbeiter einen besonderen Einsatz geleistet haben und hierfür einen Bonus erhalten sollten. Dass (vertraglich) bestimmte Übergabetermine durch die Nebenintervenientin eingehalten worden wären, insbesondere auch, dass die im Vertrag vom 13. August 2007 ausdrücklich festgehaltenen Termine abgeändert worden wären, lässt sich der E-Mail hingegen nicht entnehmen. Insofern kann nicht gesagt werden, es liesse sich mit diesen Urkunden sofort beweisen, auch die Klägerin sei davon ausgegangen, dass die *abgeänderten* Übergabetermine durch die Nebenintervenientin schliesslich eingehalten worden seien. Zwar trägt die Anlage zur fraglichen E-Mail (act. 34/2) den Titel "*Bonus Payment Early Hand-Over*" (act. 34/3), doch ist nicht ersichtlich, *welche* Termine damit gemeint waren. Auch kann nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, es habe sich um die nach Auffassung der Beklagten und gemäss Vertrag vom 13. August 2007 abgeänderten Daten gehandelt. Die Voraussetzungen von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH sind somit nicht erfüllt, weshalb die Eingabe unbeachtlich ist.

d) Selbst wenn die Eingabe beachtlich wäre, würden die zulässigerweise eingereichten Urkunden, namentlich die genannte E-Mail, am bereits gewonne-

nen Ergebnis nichts ändern. Die E-Mail zeigt nicht auf, dass die im Vertrag vom 13. August 2007 genannten Übergabedaten nachträglich abgeändert und von der Nebenintervenientin schliesslich eingehalten worden wären. Insbesondere reicht sie nicht aus, um aufzuzeigen, dass die Klägerin unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt sein konnte, die Garantie abzurufen und diese Tatsache auch sofort beweisbar war. Daher kann auch nicht gesagt werden, die Klägerin habe mit dieser E-Mail in der *für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs notwendigen Klarheit* bestätigt, die gesicherte Leistung sei erbracht worden (vgl. auch KLEINER, a.a.O., Rz 21.48 f.). Im Übrigen bleibt anzumerken, dass sich die E-Mail aufgrund ihres Versanddatums selbstredend nicht zu den damals noch offenen Übergabeterminen für die Strassenabschnitte 5 und 2 bis 4 äussert. Selbst wenn also die Noveneingabe zugelassen würde, änderten die Behauptungen und die Urkunden nichts an der Tatsache, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, eine Zahlung aus der Garantie zu verweigern (vgl. gleich nachfolgend Ziff. 3.6).

### 3.6. Schlussfolgerungen

a) Die Beklagte kann nicht darlegen, dass ein offensichtlich rechtsmissbräuchliches Verhalten oder ein zweckwidriger Abruf seitens der Klägerin sie zur Verweigerung der Bezahlung der geforderten Summe unter der Garantie berechtigen würde. Insbesondere kann auch nicht erstellt werden, dass dieses rechtsmissbräuchliche Verhalten im Zeitpunkt des Abrufs der Garantie offensichtlich und sofort beweisbar war. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin EUR 1'067'167.35 zu bezahlen.

b) Den Beginn des Zinsenlaufs begründet die Klägerin sodann damit, dass die Beklagte spätestens mit Ablauf der ihr mit Schreiben der Anwälte von D. \_\_\_\_\_ der Klägerin vom 17. November 2009 angesetzten Zahlungsfrist bis 20. November 2009 im Verzug sei. Die Höhe des Verzugszinses ergebe sich sodann aus dem Gesetz (act. 1 Rz 26). Der Beginn des Zinsenlaufs und die Höhe der Zinsen sind nur in dem Sinne umstritten, als dass die (Haupt-)Forderung als solche bestritten wird (act. 18 Rz 77). Die Vorbringen der Klägerin in tatsächlicher Hinsicht und damit auch der Beginn des Zinsenlaufs sind daher unbestritten. Wie die Klä-

gerin zudem korrekt anführt, ergibt sich die Höhe des Zinses aus dem Gesetz (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Beklagte ist deshalb zu verpflichten, auf den Forderungsbetrag von EUR 1'067'167.35 Zins zu 5 % seit 20. November 2009 zu bezahlen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Ausgangsgemäss wird die Beklagte grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Allerdings ist die Nebenintervenientin bereits kurz nach Zustellung der Klageschrift, mithin noch vor Erstattung der Klageantwort dem Prozess beigetreten (vgl. act. 9 und vorstehend Ziff. 2.3), weshalb diese 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 BGer 4A\_398/2008, E. 1.1.2). Gemäss § 67 Abs. 2 ZPO/ZH haftet die Beklagte allerdings für die bis zum Prozesseintritt entstandenen Kosten solidarisch. Gleiches hat für die Prozessentschädigung zu gelten (§ 68 Abs. 1 i.V.m. § 67 Abs. 2 ZPO/ZH).

4.2. Aufgrund des Aufwandes rechtfertigt sich eine Gerichtsgebühr von 133 % (§ 4 Abs. 2 GerGebV). Zu berücksichtigen sind in dieser Hinsicht namentlich der zusätzliche Aufwand aufgrund der Nebenintervention sowie der Verfahrenstrennung, die sich stellenden komplexen Rechtsfragen sowie die weiteren Stellungnahmen der Parteien nach Abschluss des ordentlichen Schriftenwechsels. Praxisgemäss sind die Kosten bis zum Prozesseintritt der Nebenintervenientin, das heisst bis und mit Zustellung der vom Gericht geprüften Klageschrift an die Gegenpartei, auf einen Drittel des Gesamtbetrages festzusetzen. Die Kosten sind aus der von der Klägerin geleisteten Kautionsleistung zu beziehen, unter Einräumung des Rückgriffs auf die Nebenintervenientin, bzw., im Umfang von einem Drittel, auf die Beklagte (§ 67 Abs. 3 ZPO/ZH). Hinsichtlich der solidarischen Haftung für die Prozessentschädigung, die im Übrigen in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf 150 % festzusetzen ist, muss beachtet werden, dass die Klägerin vor dem Prozessbeitritt der Nebenintervenientin immerhin die Klageschrift verfasst und dadurch 100 % der Anwaltsgebühr verdient hat (vgl. § 11 Abs. 1 AnwGebV). Entsprechend gilt in diesem Umfang die solidarische Haftung.

Der Streitwert gemäss Art. 51 BGG beträgt CHF 1'580'380.– (entsprechend EUR 1'067'167.– zum Kurs von EUR 1 = CHF 1,48091 am 8. Januar 2010).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin EUR 1'067'167.35 zuzüglich Zins zu 5 % seit 20. November 2009 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 49'000.–.
3. Die Kosten werden der Nebenintervenientin auferlegt. Die Beklagte haftet jedoch für einen Drittel der Kosten solidarisch. Die Kosten werden aus der von der Klägerin geleisteten Kautionsbezogen, unter Einräumung des Rückgriffs auf die Nebenintervenientin, bzw. im Umfang von einem Drittel, auf die Beklagte.
4. Die Nebenintervenientin wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 56'000.– zu bezahlen. Die Beklagte haftet solidarisch bis zum Betrag von CHF 37'000.–.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Andreas Blattmann