



Mitwirkend: Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und Ober-
richterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Prof. Dr. Othmar
Strasser und Patrik Howald, die Handelsrichterin Ursula Suter sowie
die Gerichtsschreiberin Isabelle Monferrini

Urteil vom 13. Januar 2014

in Sachen

A. _____ Aktiengesellschaft,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

sowie

B. _____ S.A.,
Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z1. _____

gegen

C. _____,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____

sowie

D. _____, Inc.,

prozessführende Streitberufene

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z2. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin USD 4'000'000 nebst Zins zu 5 % seit 8. Oktober 2011 zu bezahlen;
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Klägerin der B. _____ S.A. mit heutigem Schreiben den Streit verkündet hat;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWSt zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren:

A. Sachverhaltsübersicht

Die Klägerin, eine Bank in Form einer Aktiengesellschaft mit Sitz in ..., Fürstentum Liechtenstein (act. 3/2), gewährte der Nebenintervenientin, einer Gesellschaft mit Sitz in Panama, mit Kreditvertrag vom 6. August 2010 (act. 3/12) eine Kreditlimite über USD 3'600'000.-. Gestützt auf einen "Spezialvertrag" vom 19. August 2010 (act. 3/13) wurde ein fester Vorschuss in der Höhe von USD 3'600'000.- tatsächlich gewährt. Die Gewährung dieses festen Vorschusses beruhte auf der unabdingbaren Grundlage einer in diesem Zeitpunkt bereits ausgestellten Bankgarantie der Beklagten, einer Bank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft mit Sitz in ..., Schweiz (act. 3/3). Die Beklagte hat am 11. August 2010 gegenüber der Klägerin eine Bankgarantie über USD 4'000'000.- ausgestellt (act. 3/4), welche die Klägerin mit SWIFT-Erklärung vom 1. September 2011 (act. 3/17) abgerufen hat. Die Beklagte hat die Zahlung allerdings verweigert. Im Zentrum der Auseinandersetzung zwischen den Parteien steht die von der Beklagten zugunsten der Klägerin ausgestellte Bankgarantie vom 11. August 2010.

B. Prozessverlauf

Am 5. Januar 2012 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klageschrift ein (act. 1). Nachdem die Klägerin den Kostenvorschuss fristgerecht geleistet hatte (Prot. S. 2; act. 7), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 24. Januar 2012 Frist zur Klageantwort bis zum 26. März 2012 angesetzt (Prot. S. 4). Mit Eingabe vom

5. März 2012 (act. 9) erklärte die prozessführende Streitberufene, das Verfahren anstelle der Beklagten weiterzuführen, nachdem ihr die Beklagte den Streit verkündet hatte (act. 12). Mit Verfügung vom 7. März 2012 (Prot. S. 5) wurde die erwähnte Streitverkündung mit dem Hinweis auf den Inhalt von Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO vorgemerkt. Die Beklagte schied in der Folge aus der Prozessführung aus, verblieb indessen im Verfahren (Prot. S. 22). Mit Eingabe vom 13. März 2012 (Datum Poststempel; act. 14) stellte sodann die Nebenintervenientin ein Interventionsbegehren zu Gunsten der Klägerin. Sie beantragte, dem Verfahren ohne weitere Voraussetzungen im Sinne von Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO beizutreten, nachdem ihr die Klägerin den Streit verkündet hatte. Die Intervention wurde vorgemerkt (Prot. S. 7).

Am 16. März 2012 (act. 17) stellte die prozessführende Streitberufene das Begehren um Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung nach Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO. Nachdem die Klägerin (act. 21) die Abweisung des Begehrens beantragt hatte, wurde die Klägerin mit Verfügungen vom 28. März 2012 und vom 3. April 2012 zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung verpflichtet (Prot. S. 9 ff.), welche sie in der Folge fristgerecht leistete (act. 25).

Die Klageantwort wurde schliesslich am 22. Mai 2012 durch die prozessführende Streitberufene erstattet (act. 30). Daraufhin wurden die Parteien auf den 27. November 2012 zur Vergleichsverhandlung vorgeladen (Prot. S. 24). An dieser Verhandlung konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, weshalb in der Folge ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde (Prot. S. 27). Die Replik der Klägerin (act. 59) sowie die Replik der Nebenintervenientin (act. 61) wurden am 4. März 2013 und die Duplik der prozessführenden Streitberufenen am 27. Mai 2013 (act. 65) erstattet. Die Duplik wurde der Klägerin sowie der Nebenintervenientin zugestellt (Prot. S. 30). Mit Verfügung vom 23. Oktober 2013 wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Frage des Verzichts auf eine Hauptverhandlung zu äussern (act. 69). Die prozessführende Streitberufene wünschte in der Folge die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung, während die Klägerin auf eine solche verzichtete (act. 71 und act. 72). Am 13. Januar 2014 fand die Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher

die Klägerin, die Nebenintervenientin und die prozessführende Streitberufene ihre Parteivorträge gemäss Art. 228 ZPO hielten (Prot. S. 35 ff.).

Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbringen ist anschliessend nur einzugehen, soweit sie sich zur Entscheidungsfindung als notwendig erweisen.

Erwägungen:

1. Formelles

In der streitgegenständlichen Bankgarantie haben die Parteien unbestrittenermassen den Gerichtsstand Zürich gewählt (act. 3/4). Vorliegend handelt es sich um einen internationalen Sachverhalt, wobei die Beklagte Sitz in einem LugÜ-Vertragsstaat hat. Die Vereinbarung über die Zuständigkeit beurteilt sich somit nach Art. 23 LugÜ. Die elektronische Übermittlung der Bankgarantie per SWIFT-Mitteilung genügt den Anforderungen von Art. 23 Ziff. 1 lit. a und Ziff. 2 LugÜ, weshalb die Gerichtsstandsklausel zulässig ist (BERGER, in: Basler Kommentar Lugano-Übereinkommen, N 45 zu Art. 23 LugÜ). Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist somit gegeben. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

2. Sachverhalt

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Es ist unbestritten, dass die Klägerin der Nebenintervenientin mit "Spezialvertrag" vom 19. August 2010 (act. 3/13) ein als festen Vorschuss bezeichnetes Darlehen "mit einer Kreditlimite" von USD 3'600'000.- zu einem Zinssatz von 1.5 % p.a. mit Auszahlungsdatum 17. August 2010 gewährt hat (act. 30 Rz. 8.1). Die Parteien gehen weiter übereinstimmend davon aus, dass dieser feste Vorschuss am 17. August 2010 auf das Konto der Nebenintervenientin Nr. 1 verbucht worden ist (act. 3/13; act. 30 Rz. 64; act. 61 Rz. 30 f.; act. 62/13). Unbestritten ist ferner, dass die Beklagte am 11. August 2010 in englischer Sprache die Garantie Nr. ...

(act. 3/4) in der Höhe von bis zu USD 4'000'000.- zugunsten der Klägerin ausgestellt hat, welche als unabdingbare Grundlage für die Gewährung des festen Vorschusses der Klägerin an die Nebenintervenientin erachtet wurde (act. 30 Rz. 8.3). Die Klägerin hat diese Garantie mit SWIFT-Mitteilung vom 1. September 2011 (act. 3/17) abgerufen. Die Beklagte hat die Zahlung am 12. September 2011 (act. 3/18) mit dem Hinweis auf ein durch die prozessführende Streitberufene gegen die Beklagte eingeleitetes Massnahmeverfahren verweigert. Unbestrittenermassen blieben auch die darauffolgenden Zahlungsaufforderungen der Klägerin, mit welchen sie die Beklagte zur Zahlung bis 7. Oktober 2011 (act. 3/19) respektive bis 18. November 2011 (act. 3/9) aufforderte, unbeantwortet.

2.2. Streitpunkte

2.2.1. Streitig ist, ob eine Zahlungspflicht der Beklagten aus dem Garantievertrag vom 11. August 2010 besteht (act. 1 S. 5 ff.; act. 30 Rz. 8.2 ff.). Die Klägerin ist in Übereinstimmung mit der Nebenintervenientin der Auffassung, dass die Zahlungspflicht der Beklagten entstanden sei, weil der Garantiefall eingetreten sei. Die Garantie habe das Ausbleiben der Erfüllung der Darlehensforderung der Klägerin gegenüber der Nebenintervenientin gesichert. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sich die Darlehensschuld auf USD 3'675'725.40 belaufen habe. Hierzu verweist sie auf einen Tagesauszug vom 29. November 2011 des USD-Kontokorrents Nr. ... (act. 59 Rz. 28; act. 60/23). Indem es sich bei der streitgegenständlichen Garantie um eine "Garantie auf erstes Auffordern" handle, habe die ordnungsgemässe Aufforderung durch die Klägerin bewirkt, dass die Beklagte die vereinbarte Garantieleistung von USD 4'000'000.- zu erbringen habe (act. 1 S. 7 f.; act. 59 Rz. 11).

Die prozessführende Streitberufene bestreitet allerdings, dass die Nebenintervenientin den von der Klägerin mit Auszahlungsdatum vom 17. August 2010 gewährten Kreditrahmen von USD 3'600'000.- vollumfänglich ausgeschöpft habe (act. 30 Rz. 9.1 f.). Aus den von der Klägerin vorgelegten Unterlagen ergebe sich zwar, dass der Betrag von USD 3'600'000.- zunächst auf das Konto der Nebenintervenientin Nr. 1 gebucht worden sei. Der Restbetrag sei aber auf dem Konto Nr. 2 belastet worden, welches Ende November 2011 einen Sollsaldo von

USD 3'156'632.24 aufgewiesen habe (act. 30 Rz. 93; act. 65 Rz. 6). Aus dem Valutaverhältnis seien folglich höchstens USD 3'156'632.24 geschuldet gewesen, weshalb die Klägerin nur eine Rückzahlungsforderung in diesem Umfang habe. Indem die Klägerin gegenüber der Beklagten nun USD 4'000'000.- geltend mache, handle sie bereits im Umfang des Differenzbetrages rechtsmissbräuchlich (act. 30 Rz. 93). Die Klägerin ist der Ansicht, dass der von der prozessführenden Streitberufenen ins Feld geführte Betrag von USD 3'156'632.24 sich auf einen zweiten Kredit in Form eines Lombardkredits bezogen habe, welchen die Klägerin der Nebenintervenientin am 15. September 2010 gewährt habe (act. 59 Rz. 28 f., Rz. 37; act. 61 Rz. 121 ff.).

2.2.2. Eine rechtsmissbräuchliche Abrufung der Garantie sieht die prozessführende Streitberufene auch darin, dass die Garantie von der Nebenintervenientin dazu missbraucht worden sei, um einen festen Vorschuss von USD 3'600'000.- zu erlangen, mit welchem sie sodann durch Ankauf von Wertpapieren spekuliert habe (act. 30 Rz. 94). Diese Wertpapiere seien bei der Klägerin deponiert gewesen und hätten kraft General- und Spezialpfandverschreibung die Rückzahlung des festen Vorschusses abgesichert. Die Tilgung der Rückzahlungsschuld sei durch die Realisation der Wertpapiere im Zeitpunkt, als die Klägerin die gesamte Schuld fällig gestellt habe, noch möglich gewesen. Mit anderen Worten sei die globale Position der Nebenintervenientin bei der Klägerin nicht im Soll, sondern im Haben gewesen. Der Abruf der Garantie sei missbraucht worden, weil der Klägerin gesamthaft betrachtet aus dem Valutaverhältnis keine Forderung zugestanden habe (act. 30 Rz. 94). Die Klägerin bestreitet dies und führt hierzu aus, die genannten Wertschriften hätten den Lombardkredit vom 15. September 2010 gesichert, welcher im massgeblichen Zeitpunkt mit USD 3'156'632.24 im Soll gewesen sei. Zusammen mit der Darlehensforderung gemäss festem Vorschuss habe per 19. August 2011 eine Gesamt-Sollposition auf dem USD-Kontokorrent von USD 7'029'088.22 resultiert. Im Übrigen entziehe es sich ihrer Kenntnis, wozu die Nebenintervenientin den ihr zur Verfügung gestellten Kredit effektiv verwendet habe (act. 59 S. 9 ff.).

2.2.3. Schliesslich ist nach Ansicht der prozessführenden Streitberufenen Rechtsmissbrauch durch zweckwidrigen Abruf der Garantie anzunehmen. Die fragliche Garantie habe einem anderen Sicherungszweck, nämlich der Sicherung eines Flugzeugleasings, gedient. Die prozessführende Streitberufene habe am 22. Juni 2010 mit einer Firma namens E._____ Inc. (im Folgenden: E._____) ein Grundabkommen über den Kauf/Leasing eines Flugzeuges unterzeichnet. Darin habe sich die prozessführende Streitberufene verpflichtet, eine Bankgarantie in der Höhe von USD 4'000'000.- ausstellen zu lassen, um Verbindlichkeiten aus dem Leasingvertrag abzusichern (act. 30 S. 7). Eine verbindliche Vereinbarung betreffend das Leasing hätte aber erst nach Aushandlung der endgültigen Bestimmungen abgeschlossen werden sollen. Die E._____ habe jedoch nie die Absicht gehabt, den Leasingvertrag abzuschliessen und die Garantie als Sicherheit benutzt, um an Darlehen zu gelangen. Die prozessführende Streitberufene habe einen Text der Garantie vorgeschlagen, welcher auf das abgesicherte Grundgeschäft Bezug genommen habe. Je ein Vertreter der E._____ und der Nebenintervenientin hätten die Garantie daraufhin bewusst abstrakt gestaltet. Diese Garantie sei von der Klägerin verfasst, zumindest von ihr mitbestimmt worden (act. 30 S. 11). Die prozessführende Streitberufene habe sodann die abstrakte Garantie am 11. August 2011 (recte: 2010) "bewilligt". Der Klägerin sei die ursprüngliche Garantie durch einen Vertreter der Nebenintervenientin gezeigt worden, weshalb sie bereits vor Ausstellung der Garantie um deren Zweck, nämlich die Sicherung eines Flugzeugleasings, gewusst habe (act. 30 S. 12). Die Klägerin habe auch um die grundgeschäftswidrige Verwendung des Vorschusses durch die Nebenintervenientin gewusst, welche damit Investitionen getätigt habe. Zudem sei das zu sichernde Grundgeschäft noch nicht zustande gekommen, was die Klägerin ebenfalls gewusst habe. Die Verhandlungen zwischen der prozessführenden Streitberufenen und der E._____ seien am 9. Dezember 2010 gescheitert, was die Beklagte der Klägerin per SWIFT-Mitteilung vom 21. Januar 2011 mitgeteilt habe. Im Wissen um den fehlenden Anspruch aus dem Valutaverhältnis und um den tatsächlichen Sicherungszweck der Garantie habe die Klägerin durch den Abruf der Garantie offensichtlich missbräuchlich gehandelt (act. 30 S. 20). Die Beklagte habe die Auszahlung der Garantie zunächst verweigert, weil ein vorläufiges Mass-

nahmeverfahren vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich hängig gewesen sei (vgl. HE110670). Danach habe sie die Auszahlung verweigert, weil gegen den Geschäftsführer der Nebenintervenientin ein Strafverfahren in Salzburg hängig gewesen sei, welches auf die von der prozessführenden Streitberufenen am 19. September 2011 eingereichte Strafanzeige zurückzuführen sei.

Die Klägerin bestreitet demgegenüber, dass sie gewusst habe, dass der Zweck der Garantie die Sicherung eines Flugzeugleasings gewesen sei, sowie dass sie gewusst habe, dass die Investitionen der Nebenintervenientin grundgeschäftswidrig gewesen seien (act. 59 Rz. 15, Rz. 24, Rz. 33).

2.2.4. Die prozessführende Streitberufene stellt im Zusammenhang mit dem behaupteten fehlenden Anspruch der Klägerin aus dem Valutaverhältnis und dem Wissen der Klägerin um den tatsächlichen Sicherungszweck der Garantie sowie um die abredewidrige Verwendung des gewährten Darlehens durch die Nebenintervenientin verschiedene Beweisanträge. Im Einzelnen beruft sie sich auf zu edierende Urkunden, namentlich Portfolioübersichten, Kontoauszüge und die Geschäftskorrespondenz, welche die Kontokorrentbeziehung zwischen der Klägerin und der Nebenintervenientin betreffen. Weiter benennt sie Vertreter der Klägerin, der Nebenintervenientin und der prozessführenden Streitberufenen als Zeugen.

3. Rechtliches

3.1. Anwendbares Recht

In der streitgegenständlichen Bankgarantie wurde unbestrittenermassen eine ausdrückliche und zulässige Rechtswahl zugunsten des materiellen schweizerischen Rechts getroffen (act. 3/4), weshalb Schweizer Recht zur Anwendung gelangt (Art. 116 Abs. 1 und Abs. 2 IPRG).

3.2. Recht auf Beweis

Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts ent-

spricht (Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4; Urteil des Bundesgerichts 5A_107/2013 vom 7. Juni 2013 E. 3.1). Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Entsprechend bezieht sich auch die Editionsspflicht nach Art. 160 ZPO auf rechtserhebliche Tatsachen, deren Beweis erbracht werden soll. Als rechtserheblich gilt eine Tatsache, wenn ihr Vorliegen oder Fehlen den Ausgang des Verfahrens beeinflussen kann (GUYAN, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 3 zu Art. 150 ZPO). Im Falle nicht rechtserheblicher oder nicht streitiger Tatsachen sowie im Fall der zulässigen antizipierten Beweiswürdigung besteht demgegenüber kein Anspruch auf Beweisführung.

3.3. Zustandekommen der selbstständigen Garantie

3.3.1. Die Garantie als solche ist unter dem anwendbaren schweizerischen Recht ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, weil sie der Willenserklärung beider Parteien bedarf. In der Regel erwirbt aber nur der Begünstigte Rechte, während der Garant Pflichten übernimmt, weshalb die Garantie als einseitiger Vertrag zu qualifizieren ist. Der Vertragsschluss kann daher ohne Weiteres durch einseitige Erklärung (Offerte bzw. Garantieerklärung) und stillschweigende Annahme erfolgen (KLEINER, Bankgarantie, 4. Aufl. 1990, N 3.01).

3.3.2. Beide Parteien gehen zutreffend davon aus, dass die schriftliche Willenserklärung der Beklagten vom 11. August 2010 von der Klägerin empfangen und unwidersprochen entgegengenommen worden ist, sodass unter dem einvernehmlich anwendbar erklärten schweizerischen Recht ein rechtsgültiger Garantievertrag nach Art. 111 OR in Form einer Bankgarantie vorliegt. Beide Parteien gehen weiter übereinstimmend davon aus, dass es sich um eine selbstständige (abstrakte), das heisst zum Grundverhältnis nicht akzessorische, Garantie handelt (act. 1 Rz. 12; act. 30 Rz. 47 und Rz. 90). Dies ergibt sich denn auch aus dem Wortlaut der Garantieerklärung (*"irrespective of the validity and the legal effects of the facilities and waiving all rights of objection and defense arising from the facilities"*, act. 3/4 Absatz 2). Sodann treffen hier auch die vom Bundesgericht wiederholt für die selbstständige Garantie geäusserten Indizien zu, dass die Garantie von einer Bank und unter Bezugnahme auf einen internationalen Vertrag ausgestellt worden

ist (vgl. BGE 131 III 511 E. 4.3 S. 525). Es liegt somit eine zustande gekommene, rechtsgültige und abstrakte Bankgarantie im Sinne von Art. 111 OR vor.

3.4. Rechtsnatur der selbstständigen Garantie

3.4.1. Eine Garantie ist im weitesten Sinne ein Sicherungsvertrag. Charakteristisch ist dabei die Liquiditätsfunktion der Garantie, welche dem Begünstigten im Garantiefall den sofortigen Zugriff auf liquide Mittel erlauben soll (EMMENEGGER/ZBINDEN, Die Inanspruchnahme der Bankgarantie, in: EMMENEGGER (Hrsg.), Kreditsicherheiten, 2008, S. 146; COENDET, Insolvenzzrisikoverteilung bei der Bankgarantie, SZW 2/2007, S. 137). 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 nimmt dagegen in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis Bezug, welches dem Begünstigten einen (vertraglichen) Anspruch auf Leistung des Dritten gibt. Mit der bürgschaftsähnlichen Garantie soll diese Leistung gesichert werden, gleichgültig, ob sie wirklich geschuldet ist oder nicht. Sie gilt somit auch für den Fall, dass die Schuldpflicht des Dritten gegenüber dem Begünstigten nicht entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist (KLEINER, a.a.O., N 5.10 m.w.H.; BGE 113 II 434 E. 2a S. 436; BGE 131 III 511 E. 4.2 S. 524). Die bürgschaftsähnliche Garantie ist somit im Gegensatz zur Bürgschaft *nicht* akzessorisch (BGE 125 III 305 E. 2a S. 307 f.; BGE 113 II 434 E. 2b S. 437). Insofern ist die Garantie eine selbstständige Verpflichtung des Garanten und sichert eine Leistung, gleichgültig, ob diese tatsächlich geschuldet oder erzwingbar ist. Erfasst werden daher auch Fälle, in denen die (Haupt-)Schuldpflicht nie entstanden oder weggefallen ist.

Die soeben gemachten Feststellungen beziehen sich allerdings nur auf das Garantieverhältnis. Die Frage, ob im Verhältnis zwischen den Partnern des Grund- oder Hauptgeschäftes die Garantiezahlung als definitiv zu betrachten ist oder ob sie in diesem Verhältnis als rückforderbar gelten soll, betrifft ihrerseits 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., N 5.12; BGE 131 III 511 E. 4.2 f. S. 524 f.).

3.4.2. Der Garant kann nach dem Gesagten nur äusserst eingeschränkt Einreden und Einwendungen gegen seine Zahlungspflicht vorbringen. Ob die Voraussetzungen einer Verweigerung der Zahlung bzw. einer Auslösung der Garantie erfüllt sind, bestimmt sich nach dem Vertragsinhalt, konkret nach den vereinbarten Zahlungsbedingungen (COENDET, a.a.O., 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. Die Zahlungspflicht besteht jedoch unbedingt ab Abgabe der Garantieerklärung. Sie wird mit Erfüllung der Zahlungsvorgaben ausgelöst (KLEINER, a.a.O., N 17.03). In den Bankgarantien werden die Zahlungsbedingungen regelmässig formalisiert. Zwar wird jeweils auf das Grund- oder Hauptschuldverhältnis hingewiesen. Indessen dient diese Bezugnahme zumeist lediglich der Bestimmung des Sicherungsobjektes. Dadurch soll klargestellt werden, dass (nur) eine ganz bestimmte Leistung sichergestellt wird.

3.4.3. Unter Garantiefall 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 15.08, N 17.04 f.). 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 Vertragsschlusses zurückzugreifen (KLEINER, a.a.O., N 17.05 und N 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, zu leisten hat, ohne dass er seiner Zahlungspflicht Einwendungen oder Einreden aus einem Hauptschuldverhältnis, auf das die Garantie Bezug nimmt, entgegenhalten kann. 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. Jede andere These stellt die klare Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Garantie in Frage (KLEINER, a.a.O., N 21.04 f.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, 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. Der Begünstigte ist gegenüber dem Garanten nicht weiter begründungspflichtig, und der Garant trifft seinerseits keine weitergehende Prüfungspflicht (KLEINER, a.a.O., N 17.11; EMMENEGGER/ZBINDEN, a.a.O., S. 147; BGE 138 III 241 E. 3.4 f. S. 243). Die Garantie 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).

In der Praxis kommen vereinzelt Garantien auf erstes Auffordern mit Effektivklauseln vor. Darin wird vereinbart, dass für die Auslösung der Zahlung unter der Garantie der Begünstigte nachweisen muss, dass der materielle Garantiefall effektiv eingetreten ist. Solche Zahlungsbedingungen, welche die Nichterbringung einer erwarteten Leistung umschreiben, widersprechen dem grundlegenden Charakter

der Bankgarantie, wonach das Garantieverprechen der Bank vom Bestand und den Wirkungen des Grund- oder Hauptschuldverhältnisses unabhängig ist. Ausserdem würde die Liquiditätsfunktion der Garantie gleichsam wieder aufgehoben, wenn der Begünstigte den effektiven Eintritt des Garantiefalls nachzuweisen hätte. Trotz Vereinbarung einer solchen Effektivklausel genügt daher bereits die Bestätigung des Begünstigten, dass der Garantiefall eingetreten sei (Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 1996, in: SJ 1997, S. 245 ff., E.4a/bb; EMMENEGGER/ZBINDEN, a.a.O., S. 157).

3.4.4. Neben den vorstehend genannten 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 (COENDET, a.a.O., S. 140). Der Garant kann sich insbesondere nicht darauf berufen, das Grund- oder Hauptschuldverhältnis sei zufolge Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit nichtig oder zufolge Irrtums oder Täuschung für den Hauptschuldner unverbindlich (KLEINER, a.a.O., N 21.34; vgl. auch BGE 131 III 511 E. 4.2 f. S. 524 f.; BGE 122 III 321 E. 4a S. 322). Der Garant kann und muss aber im Verhältnis zum 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 Geschäfts (KLEINER, a.a.O., N 21.16 und N 21.35). Die Bank kann etwa die Nichtigkeit des Garantievertrages oder Mängel des Vertragsabschlusses geltend machen oder - wie erläutert - die Einrede erheben, der Garantiefall sei nicht eingetreten (KLEINER, a.a.O., N 21.36; COENDET, a.a.O., S. 140). 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 (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.).

3.4.5. Würdigung

Wie bereits erläutert, ist unbestritten, dass die streitgegenständliche Garantie vom 11. August 2010 von der Beklagten ausgestellt worden ist. Unbestritten ist ferner, dass die genannte Garantie auf das Sicherungsobjekt und damit das Grundgeschäft zwischen der Klägerin und der Nebenintervenientin Bezug nimmt, indem die Garantie als unabdingbare Grundlage für die Gewährung des festen Vorschusses der Klägerin an die Nebenintervenientin erachtet wurde (act. 30 N 8.3). Dies ergibt sich auch aus dem klaren Wortlaut der fraglichen Garantie: *"Reference is made to the credit facilities (hereafter 'the facilities') which you are granting or willing to grant to B._____ S.A., [...]."* (act. 3/4).

In Bezug auf die Zahlungsbedingungen sieht die Bankgarantie vom 11. August 2010 (act. 3/4) vor, dass die Zahlung auf erste Aufforderung hin getätigt wird (*"we, D._____ AG [...] hereby irrevocably undertake to pay you on your first demand"*). Weiter ist in der Bankgarantie vom 11. August 2010 vermerkt, dass die Zahlung bei Erhalt der schriftlichen Aufforderung der Klägerin, mit gehörig unterzeichnetem Brief oder authentisierter SWIFT-Erklärung, welche die Kundgabe der Klägerin enthält, dass der geforderte Betrag den ausstehenden Betrag der gewährten Kreditmöglichkeiten darstellt, welchen der Borger trotz entsprechender Aufforderung bei Fälligkeit nicht zurückbezahlt hat, erfolgt (*"Upon receipt of your written request for payment, by duly signed letter, authenticated swift, containing your declaration that the amount you are claiming from us hereunder is the outstanding amount of the facilities which the borrower, despite your respective demand, has failed to repay when due."*). Mit anderen Worten wird die Zahlung gemäss Garantieerklärung bei ausdrücklicher Kundgabe der ausbleibenden Erfüllung der Kreditforderung auf erste Aufforderung hin geleistet. Weitergehende Zahlungsbedingungen zur Auslösung der Garantieleistung sind in der Garantieerklärung nicht vorgesehen. Insbesondere wurde in der Garantie nicht der effektive Eintritt des materiellen Garantiefalles vorgesehen, sondern eine entsprechende Erklärung durch die Klägerin als hinreichend erachtet.

Die Klägerin behauptet, sie habe die Beklagte mit SWIFT-Mitteilung vom 1. September 2011 (act. 3/17) in Übereinstimmung mit den in der Garantieerklä-

zung vorgesehenen Formulierungen aufgefordert, ihr den Betrag von USD 4'000'000.- zu bezahlen (act. 1 Rz. 10). Weitere Zahlungsaufforderungen seien am 4. Oktober 2011 (act. 3/19) und letztmals am 10. November 2011 (act. 3/9) erfolgt. Die Beklagte anerkennt, dass der Abruf der Garantie in den genannten Schreiben erfolgt ist (act. 30 Rz. 10.1). Der Wortlaut der Zahlungsaufforderung entspricht den Anforderungen gemäss Garantieerklärung (act. 3/17 und act. 3/4). Damit ist festzuhalten, dass die Garantie in Einklang mit den Zahlungsbedingungen und daher formell korrekt abgerufen worden ist. Der Garantiefall ist somit eingetreten, welcher grundsätzlich die Zahlungspflicht der Beklagten begründet. Zu prüfen bleibt die Einrede der missbräuchlichen Inanspruchnahme der Garantie.

3.5. Einrede der missbräuchlichen Inanspruchnahme der Garantie

3.5.1. Voraussetzungen eines rechtsmissbräuchlichen Garantieabrufs

3.5.1.1. Sind die Zahlungsvoraussetzungen unter dem gültigen Garantievertrag erfüllt und ist der Garantiefall somit eingetreten, entfällt die Zahlungsverpflichtung des Garanten, wenn die Inanspruchnahme der Garantie durch den Begünstigten als offenbar rechtsmissbräuchlich erscheint (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). Der Rechtsmissbrauch ist aber ein ausserordentliches Korrektiv, so dass strenge Anforderungen an dessen Vorliegen zu stellen sind (KLEINER, a.a.O., N 21.45 mit dem Hinweis auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Mai 1985, in: ZR 85 [1986] Nr. 23). Art. 2 Abs. 2 ZGB versagt nur dem *offenbaren* Rechtsmissbrauch den Rechtsschutz. Rechtsmissbräuchliches Verhalten des Begünstigten 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 (LÖW, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, 2002, S. 72 m.w.H.; vgl. auch BGE 100 II 145 E. 4b S. 151; BGE 122 III 321 E. 4a S. 322). Erforderlich ist somit der sofortige und liquide Nachweis einer solchen offensichtlich rechtsmissbräuchlichen oder betrügerischen Inanspruchnahme der Garantie. Dies ist beispielsweise dann der Fall,

wenn es nicht notwendig ist, zusätzliche Beweismittel hinzuzuziehen, zu Beweisaufnahmen zu schreiten oder Dritte in den Streit hineinzuziehen. Allfällige Zweifel gehen zu Lasten des Garantierauftraggebers (DOHM, Bankgarantien im internationalen Handel, 1985, N 241).

3.5.1.2. Eine offenbar rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie kann im Einzelfall darin bestehen, dass der unter der Garantie eingeforderte Betrag in einem offenbaren Missverhältnis zum Schaden steht, welcher dem Begünstigten aus dem tatsächlich eingetretenen und garantierten Sicherungsfall entstanden ist. Das Bundesgericht hat einen Rechtsmissbrauch beim Abruf einer Garantie in der Höhe von USD 300'000.- bei einer Restschuld im Betrag von USD 60'000.- wegen Unverhältnismässigkeit bejaht (Urteil 4P.44/2005 vom 21. Juni 2005 E. 4.2.1). Demgegenüber hat es die Unverhältnismässigkeit in einem Fall verneint, in welchem dem Abruf einer Garantie in der Höhe von EUR 300'000.- eine Restschuld in der Höhe von EUR 171'000.- gegenüber stand (Urteil 4A_171/2007 vom 15. August 2007 E. 4.3.3). Die Beweislast für das Missverhältnis trägt dabei der Garantierauftraggeber bzw. die Bank (vgl. DOHM, a.a.O., N 241; vgl. Urteil 4A_171/2007 vom 15. August 2007 E. 4.3.3).

3.5.1.3. Wird eine Garantie in Anspruch genommen, obschon im Valutaverhältnis die Leistungspflicht weggefallen ist, z.B. wegen Unmöglichkeit, so liegt im Garantieverhältnis 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, N 21.48, ebenso BÜSSER, a.a.O., N 1215). 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 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 den Werklohn schulde (KLEINER, a.a.O., N 21.49).

Trotz Nichterbringens der Leistung kann der Abruf der Garantie rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Begünstigte selbst das Erbringen der Leistung nachweislich verhindert 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., N 21.49 f.).

3.5.1.4. Der Zweck einer selbstständigen Garantie besteht in der Deckung eines bestimmten Risikos, weshalb die Beanspruchung missbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB sein kann, wenn ein Anspruch gedeckt werden soll, dessen Absicherung mit der Garantie nicht bezweckt war. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Begünstigte die Garantie in Anspruch nimmt, um eine uneinbringliche Forderung zu decken, die nicht Gegenstand des Garantievertrags ist. Die Bank ist in diesem Fall zur Verweigerung ihrer Leistung verpflichtet, falls der Missbrauch offensichtlich ist (BGE 122 III 321 E. 4a S. 323). Der Sicherungszweck ergibt sich dabei - wie bereits erläutert - primär aus dem Wortlaut des Garantievertrags. Erst im Fall, in welchem keine vollständige Ermittlung des konkreten Garantiezwecks möglich ist, muss der Vertrag über den gesicherten Leistungserfolg im Valutaverhältnis als ergänzendes Auslegungsmittel herangezogen werden (BÜSSER, a.a.O., N 1393). Der Rechtsmissbrauch muss auch in diesem Fall ein offener sein. Damit die Bank eine Zahlungsverweigerung aufgrund dieses ausserordentlichen Korrektivs vornehmen darf, bedarf es also absolut klarer Verhältnisse, die keinerlei Zweifel offenlassen. Der Rechtsmissbrauch muss nachgewiesen sein (KLEINER, a.a.O., N 21.52).

3.5.1.5. Schliesslich kennt der Grundsatz, dass ein offenbar rechtsmissbräuchlicher Abruf der Garantie jedenfalls den Eintritt des garantierten Sicherungsfalles (das Ausbleiben der garantiegesicherten Leistung) voraussetzt, seinerseits wieder eine Ausnahme: Bei Garantien, die auf erstes Anfordern zahlbar sind, wird die Garantiesumme auch dann geschuldet, wenn der garantierte Sicherungsfall zwar nicht eingetreten - die gesicherte Leistung also erfolgt - ist, diese Tatsache vom

Garanten aber nicht sofort nach Abrufseingang nachgewiesen werden kann. Unter diesen Umständen ist ein zusätzlich rechtsmissbräuchlicher Abruf der Garantie zwar theoretisch denkbar, praktisch aber eher unwahrscheinlich (BÜSSER, a.a.O, N 1214).

3.5.2. Würdigung

3.5.2.1. Missverhältnis zwischen Valuta- und Garantieforderung

Wie gezeigt, ist bei einer Garantie, die auf erstes Anfordern zahlbar ist, die Garantiesumme selbst dann geschuldet, wenn die gesicherte Leistung zwar erfolgt ist, diese Tatsache vom Garanten aber nicht sofort nach Abrufseingang bewiesen werden kann. Die prozessführende Streitberufene behauptet aber selber nicht, dass der feste Vorschuss in der gesamten Höhe von USD 3'600'000.- samt Zinsen und Kosten rechtzeitig zurückbezahlt worden sei. Sie legt auch nicht ansatzweise dar, dass die Beklagte schon bei Eingang der SWIFT-Mitteilung der Klägerin am 1. September 2011 gewusst habe, dass die Darlehensschuld (teilweise) beglichen worden sei, und sie diese Tatsache damals auch sofort hätte nachweisen können. Vielmehr begründet sie die Ablehnung der Beklagten lediglich mit einem pauschalen Verweis auf das durch die prozessführende Streitberufene eingeleitete Massnahmeverfahren und das gegen einen Vertreter der Nebenintervenantin eingeleitete Strafverfahren. Beide Verfahren betreffen Umstände nach erfolgtem Garantieabruf durch die Klägerin und sind auf Veranlassung der Garantieforderungsbefugten erfolgt, weshalb sie von vornherein nicht geeignet sind zu belegen, dass die Tatsachen für die Beklagte *im Zeitpunkt des Garantieabrufs* offenkundig waren. Ausserdem wurde das Massnahmebegehren, mit welchem die prozessführende Streitberufene die Beklagte an der Zahlung der Garantie zu hindern beabsichtigte, vom zuständigen Gericht abgewiesen. Das auf Anzeige der prozessführenden Streitberufenen eingeleitete Strafverfahren wurde vorläufig eingestellt und erst am 5. April 2013 auf Antrag der prozessführenden Streitberufenen wieder aufgenommen (act. 66/22). Daraus kann gefolgert werden, dass die *sofortige* Beweisbarkeit einer missbräuchlichen Verhaltensweise nicht gegeben war.

Die Beklagte und die prozessführende Streitberufene wissen vielmehr bis heute nicht, ob und inwieweit die Darlehensschuld getilgt worden ist. Dementsprechend verlangt die prozessführende Streitberufene die Edition der Kontoauszüge aller auf die Nebenintervenientin lautenden Konten für den Zeitraum vom 6. August 2010 bis 30. September 2011. Damit versucht sie eine nachträgliche Beweisbarkeit herzustellen. Die prozessführende Streitberufene beruft sich - in Unkenntnis der Verhältnisse am 1. September 2011 - wie gezeigt darauf, dass im November 2011 jedenfalls nur ein Sollsaldo von USD 3'156'632.24 vorgelegen haben soll. Die Beweisanträge wurden somit nicht im Zusammenhang mit der Behauptung rechtserheblicher Tatsachen, nämlich dem Wissen der Beklagten um ein allfälliges Missverhältnis im Zeitpunkt des Garantieabrufs, gestellt. Deshalb besteht kein Anspruch auf die Edition der verlangten Urkunden. Nach dem Gesagten ist eine *offenkundig* rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie zu verneinen.

Im Übrigen ist in Anbetracht der Rechtsprechung auch der Rechtsmissbrauch aufgrund eines fehlenden Missverhältnisses zwischen abgerufener Garantiesumme und Forderung aus dem Valutaverhältnis zu verneinen. Aus den eingereichten Unterlagen geht zwar nicht eindeutig hervor, ob die Darlehensforderung der Klägerin gegenüber der Nebenintervenientin im Fälligkeitszeitpunkt am 17. August 2011 USD 3'156'632.24 oder USD 3'675'725.40 betragen hat (vgl. act. 62/17; act. 62/22; act. 62/23). Der genaue Betrag ist für die Beurteilung der Frage, ob ein Missverhältnis vorliegt, aber irrelevant, weil ein Missverhältnis zwischen Valuta- und Garantieforderung für den von der prozessführenden Streitberufenen anerkannten Betrag von USD 3'156'632.24 zu verneinen ist: Im Lichte der oben genannten Rechtsprechung, wonach das Fünffache des aus Garantievertrag geforderten Betrags im Verhältnis zu dem aus dem Valutaverhältnis geschuldeten Betrag als unverhältnismässig, rund das Doppelte aber als verhältnismässig erachtet wurde, kann im vorliegenden Fall selbst unter Annahme der (niedrigeren) Forderung aus dem Valutaverhältnis von USD 3'156'632.24 gegenüber den geforderten USD 4'000'000.- nicht von einem Missverhältnis ausgegangen werden. Wie gezeigt, war im Zeitpunkt des Abrufs für die Beklagte zudem nicht offenkundig, dass der geforderte Betrag nicht dem aus dem Valutaverhältnis geschuldeten Betrag entsprach.

3.5.2.2. Abruf trotz Nichtbestehens der Forderung im Valutaverhältnis

In Bezug auf die missbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie wegen Nichtbestehens der Forderung im Valutaverhältnis ist zunächst festzustellen, dass aufgrund der selbstständigen Rechtsnatur der Garantie insbesondere unbeachtlich ist, ob die Leistung im Valutaverhältnis tatsächlich geschuldet ist. Dies geht, wie bereits festgehalten, auch aus der Garantieerklärung vom 11. August 2010 (act. 3/4) hervor, welche ausdrücklich festhält, dass die Zahlungspflicht unabhängig von der Gültigkeit des Valutageschäfts besteht (*"irrespective of the validity and the legal effects of the facilities and waiving all rights of objection and defense arising from the facilities"*). Die Einrede des Rechtsmissbrauchs kann, wie gesehen, nur im Ausnahmefall durch Nachweis der erbrachten Leistung erhoben werden. Doch selbst wenn die Leistung im Valutaverhältnis erfolgt wäre, kann keine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme geltend gemacht werden, wenn diese Tatsache vom Garanten nicht sofort nach Abrufseingang nachgewiesen werden kann. Die prozessführende Streitberufene behauptet aber selber nicht, dass der feste Vorschuss im Betrag von USD 3'600'000.- samt Zinsen und Kosten rechtzeitig zurückbezahlt worden sei. Es kann auch keine Rede davon sein, dass die Klägerin unter dem Garantievertrag gehalten gewesen wäre, Wertschriften der Nebenintervenientin zu verwerten und das Verwertungsergebnis für die Beurteilung der Frage, ob die "globale Position" der Nebenintervenientin im Haben oder im Soll stand, heranzuziehen. Wie erläutert, ist für die Beurteilung eines Anspruchs aus dem Garantievertrag primär der Garantietext massgebend. Vorliegend umschreibt der Garantietext den Garantiefall eindeutig und abschliessend (act. 3/4). Der Garantiebtrag war auf Erklärung der Klägerin betreffend ausgebliebene Rückzahlung der Kreditfazilitäten seitens der Nebenintervenientin zu leisten. Mit der ersten Aufforderung der Klägerin mit Erklärung vom 1. September 2011 ist der Garantiefall formell korrekt abgerufen worden und somit eingetreten. Die Leistungspflicht der Beklagten ist somit durch Erfüllung der Zahlungsbedingungen entstanden.

Nach dem Gesagten erscheint daher mangels Rechtserheblichkeit auch die Edition der geforderten Portfolioübersichten und der weiteren Urkunden, welche

nachweisen sollen, dass der Sollsaldo im Zeitpunkt der Garantieabrufung durch Wertpapiere gedeckt gewesen sei, nicht erforderlich. Zudem wird erneut nicht ansatzweise dargelegt, dass die behaupteten Tatsachen für die Beklagte im Zeitpunkt des Garantieabrufs offenkundig gewesen seien. Damit ist eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie zu verneinen.

3.5.2.3. Zweckwidriger Abruf

Schliesslich bleibt der Einwand der prozessführenden Streitberufenen zu prüfen, wonach die Garantie einem anderen Sicherungszweck gedient habe und die Klägerin dadurch missbräuchlich gehandelt habe, dass sie um die dem Grundgeschäft und Valutaverhältnis zuwiderlaufende Nutzung durch die Nebenintervenienten gewusst habe.

Zur Beurteilung des vereinbarten Sicherungszwecks ist der Garantietext massgebend, auf den sich die Parteien geeinigt haben. Der Garantietext umschreibt den Sicherungszweck abschliessend, indem klar und unmissverständlich auf die Kreditfazilitäten Bezug genommen wird, welche die Klägerin der Nebenintervenientin gewährt hat (act. 3/4). Es wird kein Verwendungszweck der zu gewährenden Kreditfazilitäten umschrieben. Damit ist der Zweck der zu gewährenden Kreditfazilitäten für den Garantievertrag und den Garantiefall von vornherein unerheblich. Soweit die Kreditfazilität gewährt und nicht vollumfänglich zurückbezahlt wurde, erfolgte der Abruf der Bankgarantie somit zweckmässig und nicht zweckwidrig. Aus der Formulierung der Zahlungsaufforderung geht eine zweckwidrige Inanspruchnahme der Garantie jedenfalls nicht hervor. Vielmehr hat die Klägerin die Zahlung in Übereinstimmung mit den Zahlungsbedingungen der Garantie gefordert. Der Garantiebtrag war auf die Erklärung der Klägerin betreffend ausgebliebene Rückzahlung der Kreditfazilitäten seitens der Nebenintervenientin zu leisten.

Die Formulierung eines Garantievertrages obliegt den Parteien des Garantievertrages. Soweit die prozessführende Streitberufene sinngemäss einwenden will, die Beklagte sei mit dem Text der Garantie und mit dem Wesen der streitgegenständlichen Garantieerklärung als abstrakte Garantie nicht einverstanden, so geht dieser Vorwurf fehl. Die Parteien haben sich auf eine abstrakte Garantie geeinigt.

Willensmängel bei Abschluss des Garantievertrages wurden nicht behauptet. Wenn die prozessführende Streitberufene anführt, "die Garantie, obwohl aus Praktikabilitätsgründen abstrakt gestaltet, hatte zum unbestrittenen Zweck, Schulden aus einem Leasinggeschäft zu garantieren" (act. 30 Rz. 65), so ist ihr entgegenzuhalten, dass der im Garantievertrag keinen Niederschlag findende Zweck einer Bankgarantie im Verhältnis zwischen dem Garantiebegünstigten und dem Garanten keine Rolle spielt. Darin liegt gerade das Wesen der selbstständigen Bankgarantie.

Der Sicherungszweck der Kreditgewährung geht aus dem klaren und unmissverständlichen Wortlaut der Garantieerklärung hervor, weshalb es vorliegend nicht notwendig erscheint, den Vertrag über den gesicherten Leistungserfolg im Valutaverhältnis als ergänzendes Auslegungsmittel heranzuziehen. Aus diesem liesse sich im Übrigen auch nichts zugunsten der prozessführenden Streitberufenen ableiten. Wie diese selber anerkennt, war sie mit der abstrakten Garantie einverstanden. Weiter anerkennt sie, dass der in der Finanzierungszusage der Klägerin vom 6. August 2010 (act. 3/11) und in der Kontoeröffnungsdokumentation (act. 31/13) angegebene Zweck in der "Tätigung von Anlagen" bestand. Damit stimmte der Zweck der Finanzierungszusage jedenfalls mit den behaupteten tatsächlichen Handlungen der Nebenintervenientin, nämlich dem Tätigen von Investitionen, überein. Zudem behauptet die prozessführende Streitberufene selber, dass die Klägerin auf Vorlage eines Garantietextes, welcher das Grundgeschäft beschrieben habe, erwidert habe, dass dieser Text es der Nebenintervenientin nicht ermöglichen würde, die Garantie als Sicherung für Investitionen zu benützen (act. 30 Rz. 43). Damit gesteht sie zu, dass die Klägerin darum besorgt war, den Garantietext mit dem Verwendungszweck der vorgängig abgeschlossenen Kreditlimitenvereinbarung in Einklang zu bringen. Schliesslich haben sich die Klägerin und die Beklagte in der gemeinsam formulierten Bankgarantie darauf geeinigt, dass die gewährten oder noch zu gewährenden Kreditfazilitäten gesichert würden. Es war - unabhängig von einem allfälligen Wissen der Klägerin um die ursprünglich gewünschte Sicherung eines noch nicht zustande gekommenen Leasingvertrages - nicht Aufgabe der Klägerin, hinter die gemeinsam mit der Beklagten abstrakt formulierte Bankgarantie, welche keinen Verwendungszweck für die Kredit-

fazilitäten vorsieht, und hinter die Kreditlimitenvereinbarung zwischen ihr und der Nebenintervenientin zu blicken und Nachforschungen über das der Bankgarantie zugrunde liegende Verhältnis zwischen der Nebenintervenientin und der prozessführenden Streitberufenen und gegebenenfalls der E. _____ anzustellen.

Zudem sei wiederholt, dass es im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten keine Rolle spielt, ob die Klägerin gewusst hat, dass der Leasingvertrag zwischen einer im Verhältnis zur Garantie unbeteiligten Drittperson und der prozessführenden Streitberufenen nicht zustande gekommen ist. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Klägerin gewusst hat, dass die Investitionen dem (Sub-) Grundgeschäft, d.h. dem geplanten Leasingvertrag, zuwidergelaufen sind. Diese Einwände betreffen einerseits den Leasingvertrag zwischen der E. _____ und der prozessführenden Streitberufenen sowie andererseits den Darlehensvertrag zwischen der Klägerin und der Nebenintervenientin und damit die der selbstständigen Bankgarantie unterliegenden (Sub-)Grundgeschäfte. Diese Verhältnisse sind - tatsächliche Rückzahlung der Kreditfazilität aus dem Darlehensvertrag vorbehalten - irrelevant für die Beurteilung der Zahlungspflicht unter der Bankgarantie, welche die Beklagte zugunsten der Klägerin ausgestellt hat. Demzufolge betreffen auch sämtliche von der prozessführenden Streitberufenen gestellten Beweisangebote nicht rechtserhebliche Tatsachen, weil sie nicht das Garantieverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten betreffen.

Selbst wenn die Beweisangebote zugelassen würden und die zu edierenden Urkunden oder Zeugenbefragungen (nachträglich) die Kenntnis der Klägerin um das geplante Leasinggeschäft und um die abredewidrige Verwendung der Kreditfazilitäten durch die Nebenintervenientin beweisen würden, änderte dieser Nachweis nichts an der Zahlungspflicht der Beklagten. Denn Beweismittel, welche den Nachweis erbringen könnten, dass der Beklagten ein rechtsmissbräuchliches Verhalten seitens der Klägerin im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie offenkundig gewesen sei, wurden nicht offeriert. Und die Behauptung der prozessführenden Streitberufenen, dass die Beklagte um eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme gewusst habe, beschlägt nach ihren eigenen Ausführungen lediglich das definitive Scheitern der Verhandlungen zwischen der E. _____ und der

prozessführenden Streitberufenen über den Leasingvertrag, mithin das behauptete (Sub-)Grundgeschäft (act. 65 Rz. 2 i.V.m. act. 59 Rz. 26; act. 30 Rz. 70 f.). Dieses behauptete Wissen der Beklagten begründet keine Offenkundigkeit der klägerischerseits missbräuchlichen Inanspruchnahme der Garantie für die Beklagte.

4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Vorliegend hat sich die Beklagte mit abstrakter Garantieerklärung vom 11. August 2010 gegenüber der Klägerin auf erste Aufforderung zur Leistung von USD 4'000'000.- verpflichtet. Durch formell korrekten Abruf vom 1. September 2011 ist der Garantiefall eingetreten, womit die Beklagte zur Zahlung des abgerufenen und garantierten Betrags in der Höhe von USD 4'000'000.- verpflichtet wurde. Die prozessführende Streitberufene und die Beklagte können nicht darlegen, dass ein offensichtlich rechtsmissbräuchliches Verhalten oder ein zweckwidriger Abruf seitens der Klägerin die Beklagte zur Verweigerung der geforderten Summe unter der Garantie berechtigen würde. Insbesondere kann auch nicht erstellt werden, dass dieses rechtsmissbräuchliche Verhalten im Zeitpunkt des Abrufs der Garantie für die Beklagte offensichtlich und sofort beweisbar war. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin USD 4'000'000.- zu bezahlen.

Den Beginn des Zinsenlaufes begründet die Klägerin damit, dass die Beklagte mit Ablauf der ihr mit Schreiben vom 4. Oktober 2011 angesetzten Nachfrist zur Zahlung bis 7. Oktober 2011 im Verzug sei. Ab dem 8. Oktober 2011 sei ein Verzugszins in der Höhe von 5 % geschuldet (act. 1 Rz. 18). Der Beginn des Zinsenlaufs und die Höhe der Zinsen sind nur in dem Sinne umstritten, als dass die (Haupt-) Forderung als solche bestritten wird. Die Vorbringen der Klägerin in tatsächlicher Hinsicht und damit auch der Beginn des Zinsenlaufs sind daher unbestritten. Die Höhe des Zinses ergibt sich auch aus dem Gesetz (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Beklagte ist daher zu verpflichten, auf den Forderungsbetrag von USD 4'000'000.- Zins zu 5 % seit 8. Oktober 2011 zu bezahlen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Prozesskosten (Art. 95 Abs. 1 ZPO) werden gemäss Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO der unterliegenden Partei auferlegt.

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Enthält das Rechtsbegehren eine Fremdwährung, ist diese für die Bestimmung des Streitwertes in Schweizer Franken umzurechnen. Massgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung des Streitwerts ist der Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht (RÜEGG, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 4 ff. zu Art. 91 ZPO). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 3'745'880.- (USD 4'000'000 x 0.93647; Art. 91 Abs. 1 ZPO). Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf die volle Grundgebühr festzusetzen.

Die Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient; für jede zusätzliche Verhandlung und jede weitere Rechtschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Daher ist der Klägerin eine Parteientschädigung von 7/5 der Grundgebühr zuzusprechen.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.). Der mehrwertsteuerpflichtigen Klägerin ist die Parteientschädigung daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (Art. 3 lit. a MWSTG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 MWSTG).

Der Nebenintervenientin wird regelmässig keine Parteientschädigung zugesprochen, ausser eine solche rechtfertige sich im Einzelfall aus Billigkeitsüberlegun-

gen (FREI, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 3 zu Art. 77 ZPO; vgl. auch BGE 130 III 571 E. 6 S. 578). Solche Gründe sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich und werden von der Nebenintervenientin auch nicht geltend gemacht. Ihr ist folglich keine Parteientschädigung zuzusprechen.

5.2. Die Beklagte ist aus der aktiven Teilnahme am Prozess ausgeschieden, was im Hinblick auf die Haftung für die Prozesskosten mit der Konstellation bei einem Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 ZPO vergleichbar erscheint. Demnach haftet die eintretende Partei, in analoger Anwendung von dessen Abs. 2, für die gesamten Prozesskosten, wobei die (aus der Prozessführung) ausscheidende Partei für die bis zu ihrem Ausscheiden aufgelaufenen Prozesskosten solidarisch mithaftet (FREI, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 28 zu Art. 83 ZPO).

Die Gerichtskosten bis zum Prozesseintritt der prozessführenden Streitberufenen sind auf einen Drittel des Gesamtbetrages festzusetzen. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Die Kosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen. Für die der prozessführenden Streitberufenen auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die prozessführende Streitberufene bzw., im Umfang von einem Drittel, auf die Beklagte, einzuräumen. Hinsichtlich der solidarischen Haftung für die Prozessentschädigung muss beachtet werden, dass die Klägerin vor dem Prozessbeitritt der prozessführenden Streitberufenen immerhin die Klageschrift verfasst und dadurch 100 % der Anwaltsgebühr verdient hat. Entsprechend gilt in diesem Umfang die solidarische Haftung.

5.3. Der Klägerin ist die von ihr in Anwendung von Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO einverlangte und geleistete Sicherheit für die Parteientschädigung in der Höhe von CHF 76'382.– (vgl. act. 25) zurückzuerstatten.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin USD 4'000'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 8. Oktober 2011 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 60'000.–.
3. Die Kosten werden im Umfang von einem Drittel der prozessführenden Streitberufenen sowie der Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt. Die Kosten werden im Umfang von zwei Dritteln der prozessführenden Streitberufenen allein auferlegt.

Die gesamten Kosten werden aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der prozessführenden Streitberufenen auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die prozessführende Streitberufene eingeräumt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

4. Die prozessführende Streitberufene und die Beklagte werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 55'800.– zu bezahlen. Die prozessführende Streitberufene wird verpflichtet, der Beklagten einen weitere Prozessentschädigung von CHF 26'600.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die prozessführende Streitberufene und an die Nebenintervenientin.
6. 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 3'745'880.–.

Zürich, 13. Januar 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Heinrich Andreas Müller

Isabelle Monferrini