



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Ersatzoberrichterin
Nicole Klausner, die Handelsrichter Fabio Oetterli, Ursula Suter und
Verena Preisig sowie die Gerichtsschreiberin Adrienne Hennemann

Urteil vom 8. Mai 2019

in Sachen

A. _____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw, LL.M. X2. _____

gegen

B. _____ GmbH & Co. KG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

" Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'000'000.00 zzgl. Zins von 5 % ab dem 17. Oktober 2017 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Inhaltsverzeichnis:

Sachverhalt und Verfahren	3
A. Sachverhaltsübersicht	3
a. Parteien und ihre Stellung.....	3
b. Prozessgegenstand	3
B. Prozessverlauf.....	3
Erwägungen	5
1. Formelles.....	5
2. Sachverhalt	5
2.1. Unbestrittener Sachverhalt.....	5
2.2. Wesentliche Parteistandpunkte	9
2.2.1. Klägerin	9
2.2.2. Beklagte	10
3. Rechtliches.....	13
3.1. Anwendbares Recht.....	13
3.2. Zustandekommen der Garantie.....	13
3.3. Rechtsnatur der Garantie	13
4. Rechtliche Würdigung	18
4.1. Abschluss des Garantievertrags	18
4.2. Gültigkeit des Garantievertrags.....	19
4.3. Einreden und Einwendungen aus dem Amendement	20
4.4. Rechtsmissbräuchlicher Abruf der Zahlungsgarantie	22
4.5. Verzugszins.....	27
5. Fazit	28
6. Kosten- und Entschädigungsfolgen	28
Urteilsdispositiv	29

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die den Betrieb einer Bank umfasst (act. 1 Rz. 2). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft mit Sitz in C._____, Deutschland (act. 1 Rz. 4).

b. Prozessgegenstand

Die Parteien haben einen Garantievertrag über CHF 3'000'000.– abgeschlossen. Mit der vorliegenden Klage ruft die Klägerin diese Garantie unter Berufung auf die Garantieerklärung ab. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Klage, da die massgebliche Garantie in einem Amendment vereinbart worden und zwischenzeitlich dahingefallen sei. Im Sinne eines Eventualstandpunkts macht die Beklagte Einwendungen aus dem Grundverhältnis geltend, subeventualiter beruft sie sich auf einen rechtsmissbräuchlichen Abruf der Garantie. In der Duplik fokussiert sich die Beklagte auf den zweckwidrigen Abruf, eventualiter auf Abwehr des klägerischen Anspruchs gestützt auf Art. 60 Abs. 3 OR.

B. Prozessverlauf

Am 29. März 2018 überbrachte die Klägerin hierorts die vorliegende Klage (act. 1). Mit Verfügung vom 3. April 2018 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses in der Höhe von CHF 51'000.– und der Beklagten zur Beantwortung der Klage angesetzt (act. 4). Am 11. Juni 2018 (Datum Poststempel) erstattete die Beklagte die Klageantwort (act. 7). In der Folge zeigte sich, dass eine allfällige Vergleichsverhandlung frühestens im November 2018 stattfinden könnte, weshalb die Klägerin sich mit Eingabe vom 19. Juli 2018 an das Gericht wandte mit dem Ersuchen, einstweilen von der Durchführung einer Vergleichsverhandlung abzusehen (act. 12). Alsdann wurde mit Verfügung vom 9. August 2018 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 13). Am 16. Oktober 2018 erstattete die Klägerin die Replik (act. 15). Mit Verfügung vom 18. Okto-

ber 2018 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 17). Mit Eingabe vom 27. Dezember 2018 stellte der neue Rechtsvertreter der Beklagten ein Gesuch um Erstreckung der Frist bis zum 8. März 2019 (act. 20), das vom Pikett-Oberrichter bewilligt wurde (Prot. S. 6). Am 10. Januar 2019 teilte die Klägerin ihr Unverständnis mit der Fristerstreckung mit und ersuchte um Wiedererwägung der Verfügung vom 28. Dezember 2018 sowie um Erstreckung der Frist bis zum 8. Februar 2019 (act. 24). Mit Verfügung vom 11. Januar 2019 wurde die klägerische Eingabe der Beklagten zugestellt (act. 25), die am 24. Januar 2019 dazu Stellung nahm (act. 27). Mit Verfügung vom 25. Januar 2019 wurde die Verfügung vom 28. Dezember 2018 in Wiedererwägung gezogen und der Beklagten die Frist zur Erstattung der Duplik bis zum 8. Februar 2019 erstreckt (act. 28). Am 6. Februar 2019 wurde den Parteien mitgeteilt, dass der vorliegende Prozess neu Ersatzoberrichterin Nicole Klausner zugeteilt wurde (act. 31). Am 8. Februar 2019 erstattete die Beklagte die Duplik (act. 33), die am 12. Februar 2019 an die Klägerin ging (act. 35). Unter dem 19. Februar 2019 kündigte die Klägerin eine Stellungnahme an (act. 37), die am 28. Februar 2019 hierorts einging (act. 38) und am 4. März 2019 an die Beklagte zugestellt wurde (act. 39). Weitere Stellungnahmen erfolgten nicht. Mit Verfügung vom 26. März 2019 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten (act. 41). Innert Frist verzichteten beide Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 43 und 44).

Die vorliegende Streitsache erweist sich nunmehr als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist. Auf die Vorbringen der Parteien und deren Beweisofferten wird nur insoweit eingegangen, als sie für die Entscheidungsfindung wesentlich sind und die Beweismittel konkret zu behaupteten Einzeltatsachen angerufen werden.

Erwägungen

1. Formelles

In der streitgegenständlichen Garantie haben die Parteien unbestrittenermassen den Gerichtsstand Zürich gewählt (act. 3/3). Vorliegend handelt es sich um einen internationalen Sachverhalt, wobei die Beklagte ihren Sitz in einem LugÜ-Vertragsstaat hat. Die Vereinbarung über die Zuständigkeit erweist sich mit Blick auf Art. 23 LugÜ als zulässig. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist 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

2.1.1. Am 13./14./16. Dezember 2016 schloss die Klägerin mit der E._____ AG (damals E'._____ AG) einen Rahmenvertrag für Kredite (fortan **Rahmenvertrag**) ab, mit dem der E._____ AG ein maximaler Kreditrahmen von CHF 10 Mio. zur Verfügung gestellt wurde (act. 1 Rz. 13; act. 3/4). Am 12./14./ 15. Juni 2017 einigten sich die Klägerin und die E._____ AG (damals E'._____ AG) auf ein Amendement zum Rahmenvertrag (fortan **Amendment**) für Kredite, das auch die Unterschrift der Beklagten trägt (act. 1 Rz. 18). Am 15. Juni 2017 unterzeichnete die Beklagte ein Dokument mit der Überschrift Garantie (fortan **Garantieerklärung**) (act. 1 Rz. 22; act. 7 Rz. 49 ff.; act. 3/3).

2.1.2. Dieser Unterzeichnung der Garantieerklärung ging folgender E-Mail-Verkehr voraus: Die Beklagte erstellte einen ersten Entwurf der Garantie, wobei sie sich offenbar am Wortlaut einer früher bereits an die Klägerin abgegebenen Garantie orientierte. So hielt F._____, der für die Beklagte die Verhandlungen über die Garantie führte, in einer E-Mail an die Klägerin vom 31. Mai 2017 folgendes fest:

"Sehr geehrter Herr G.____

vielen Dank für das freundliche und informative Gespräch (ich bin erst seit gestern im Prozess). Anbei erhalten Sie wie besprochen, den Text der Garantie in WORD für einen markup Ihres Legal Council.

Der Betrag wird wie soeben vereinbart auf EUR 4 Mio. festgesetzt.

(See attached file: B_ Garantie Entwurf an A Herrn G.____
21052017.docx)

Wir erwarten Ihren mark up sowie das Amendment zum Kreditvertrag."

In der Folge einigten sich die Parteien darauf, die Garantiesumme auf CHF 3 Mio. festzusetzen. Der Entwurf der Garantie wurde daraufhin der von der Beklagten mandatierten Anwaltskanzlei H.____ LLP vorgelegt, welche diesen prüfte und der Klägerin mit E-Mail vom 9. Juni 2017 ihre Änderungsvorschläge zukommen liess. Die von H.____ LLP vorgeschlagenen Änderungen wurden in der Folge grösstenteils übernommen. Anlass zu weiteren Diskussionen gab jedoch der Einschub durch H.____ LLP, mit welchem der Wortlaut von Ziff. 6.2 des Amendments in die Garantie selbst übernommen werden sollte:

Diese Garantie ist unbefristet gültig und erlischt mit der vollständigen Bezahlung der oben erwähnten Garantiesumme oder mit einer Entlassungserklärung der
A.____ AG.

~~Die Garantie erlischt ferner, wenn der eingangs erwähnte Kreditvertrag beendet ist und keine Zahlungen unter diesem mehr seitens der Gesellschaft ausstehen~~sämtliche Beanspruchungen unter dem Zusätzlich Verfügaren Kreditbetrag vollständig zurückgeführt sind und die A AG keine Forderungen unter oder im Zusammenhang mit der Beanspruchung unter dem Zusätzlich Verfügaren Kreditbetrag mehr hat und auch keine solchen Forderungen im Zusammenhang mehr entstehen können. Eventuell erhaltene Originale dieser Garantie sind an uns zurückzugeben, versehen mit einer entsprechenden Entlassungserklärung.

I.____ von der Klägerin antwortete am 12. Juni 2017, dass die Klägerin mit dieser Änderung nicht einverstanden sei bzw. diese nicht umsetzen könne und übermittelte einen neuen Entwurf der Garantieerklärung ohne diese Klausel. Die entsprechende Änderung wurde wiederum im mark-up-Modus hervorgehoben. In der E-Mail hielt I.____ folgendes fest:

„Bezüglich Gültigkeit der Garantie verweise ich nochmals auf das Amendment zum Kreditvertrag, Seite 2, 6.2 Sicherheiten: „Diese Garantie bleibt solange in Kraft, bis sämtliche Beanspruchungen unter dem Zusätzlich Verfügbaren Kreditbetrag vollständig zurückgeführt sind und die Bank keine Forderungen unter oder im Zusammenhang mit der Beanspruchung unter dem Zusätzlich Verfügbaren Kreditbetrag mehr hat und auch keine solchen Forderungen mehr entstehen können.“ Falls weitere Diskussionen zu diesem Thema aufkommen, würden wir gerne auf unsere Legal Department verweisen.“ (Hervorhebung hinzugefügt)

Seitens der Beklagten bestätigte auch F._____, dass diese Klausel nicht akzeptiert werden könne und wies den Rechtsvertreter der Beklagten von H.____ LLP an, diesbezüglich mit der Klägerin Kontakt aufzunehmen:

"Die Formulierung 'und auch keine solchen Forderungen mehr entstehen können' ist gänzlich unbestimmt, sowohl von der Zeit als auch von der Höhe her, das kann die B. nicht akzeptieren.

Ich bitte Herrn J.____ daher Ihr Angebot wahrzunehmen und Ihr LD [legal department] direkt zu kontaktieren."

In der Folge fanden Telefongespräche zwischen der Klägerin und der Beklagten statt, während derer man sich einigte, die im Amendment enthaltene und durch H.____ LLP in die Garantie eingefügte Klausel aus der Garantie zu streichen und durch eine zeitliche Befristung zu ersetzen. Am 14. Juni 2017 übermittelte die Klägerin F.____ die angepasste Garantie:

"Vereinbarungsgemäss sende ich Ihnen das angepasste Wording der Garantie mit Befristung bis 31. März 2018."

Die entsprechende Klausel lautete nun wie folgt:

¶
~~Diese Garantie ist befristet bis 31. März 2018 unbefristet gültig und erlischt vorzeitig mit der vollständigen Bezahlung der oben erwähnten Garantiesumme oder mit der Rückgabe dieses Originaldokumentes an uns, versehen mit einer Entlassungserklärung der~~
A. _____ AG. ¶

¶
~~Die Garantie erlischt ferner, wenn sämtliche Beanspruchungen unter dem Zusätzlich-Verfügbaren Kreditbetrag vollständig zurückgeführt sind und die A. _____ AG keine Forderungen unter oder im Zusammenhang mit der Beanspruchung unter dem Zusätzlich-Verfügbaren Kreditbetrag mehr hat und auch keine solchen Forderungen im Zusammenhang mehr entstehen können. Eventuell erhaltene Originale dieser Garantie sind an uns zurückzugeben, versehen mit einer entsprechenden Entlassungserklärung. ¶~~
¶

Dies war die finale Version der Garantie, und am 15. Juni 2017 unterzeichnete die Beklagte die Garantie mit diesem Wortlaut (act. 15 Rz. 15 ff.; act. 33 Rz. 33).

2.1.3. Im Gesellschafterbeschluss der Beklagten vom 9. Juni 2017, worin die Beklagte die Abgabe der Garantie an die Klägerin genehmigte, wurde folgendes festgehalten (act. 15 Rz. 25):

"1. Die Gesellschaft [Beklagte] beabsichtigt, gegenüber der A. _____ AG [Klägerin] eine Garantie in Höhe von CHF 3.000.000 hinsichtlich des Kreditvertrags zwischen der A. _____ AG [Klägerin] und der E. _____ AG [E. _____ AG] vom 13./14. Dezember 2016 über insgesamt CHF 10.000.000 abzugeben. Zudem soll der vorgenannte Kreditvertrag durch ein Amendment geändert werden, das durch die Gesellschaft gekennzeichnet werden soll. Die Abgabe der vorgenannten Garantie ist möglicherweise gemäss § 7 Abs. 1 der Satzung der Gesellschaft zustimmungsbedürftig. Dem soll mit der vorliegenden Beschlussfassung rein vorsorglich entsprochen werden.

2. Der Abgabe der unter Ziffer 1. Genannten Garantie wird hiermit gemäss § 7 Abs. 1 der Satzung der Gesellschaft zugestimmt. Ebenso wird der Gegenzeichnung des unter Ziffer 1. Genannten Amendment namens der Gesellschaft zugestimmt." [Hervorhebung hinzugefügt]

2.1.4. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2017 rief die Klägerin die Garantie in der Höhe von CHF 3 Mio. ab und forderte die Beklagte auf, die entsprechende Überweisung bis zum 16. Oktober 2017 zu tätigen. In ihrem Schreiben bestätigte die Klägerin, dass die Rückzahlung der gewährten Kredite durch die E. _____ AG trotz Fälligkeit ausgeblieben war (act. 1 Rz. 31; act. 7 Rz. 65).

2.2. Wesentliche Parteistandpunkte

2.2.1. Klägerin

Die Klägerin sieht in der von der Beklagten am 15. Juni 2017 unterzeichneten Garantieverklärung eine Garantie i.S.v. Art. 111 OR, die alle Verpflichtungen der E. _____ AG aus dem Rahmenvertrag und dem Amendment bis zu einem Betrag von CHF 3 Mio. sicherstelle (act. 1 Rz. 22 und Rz. 46; act. 38 Rz. 7). Zuzugabe der abstrakten Natur der Garantie sei die Beklagte mit Einreden und Einwendungen ausgeschlossen, was sich auch aus dem Dokument selber ergebe (act. 1 Rz. 22 und 51; act. 3/3; act. 15 Rz. 6 und 27). Es treffe nicht zu, dass die Klägerin in der Garantie die wesentliche Stelle weggelassen habe; der Wegfall eines Teils von Ziff. 6.2 des Amendments sei aktiv verhandelt worden (act. 15 Rz. 23). Die Garantieverklärung sei im Original von der Beklagten unterzeichnet worden. Dies sei aber nicht entscheidend, da ohnehin ein Garantievertrag formlos zustande komme (act. 15 Rz. 10). Die Beklagte habe im Gesellschafterbeschluss vom 9. Juni 2017, worin sie die Abgabe der Garantie an die Klägerin vorgängig genehmigt habe, ausdrücklich festgehalten, dass sich die Garantie auf den gesamten Rahmenvertrag und nicht bloss auf das Amendment beziehe (act. 15 Rz. 25). Die Beklagte sei nicht Partei des Amendments geworden (act. 15 Rz. 31 ff.). Selbst wenn dem so gewesen wäre, so habe die Klägerin sämtliche Verpflichtungen unter dem Amendment erfüllt, habe sie doch den zusätzlich verfügbaren Kreditbetrag bzw. die Belehnungsgrenze zunächst erhöht und daraufhin aufgrund des nicht erreichten Eigenfinanzierungsgrads der E. _____ AG von 15% wieder reduzieren müssen (act. 15 Rz. 39). Ein von der Beklagten behaupteter rechtsmissbräuchlicher Abruf liege nicht vor. Die E. _____ AG habe weder die Forderung der Klägerin aus dem Valutaverhältnis (Rahmenvertrag inkl. Amendment) vollständig erfüllt noch stehe der Betrag der Garantieforderung in einem krassen Missverhältnis zur Forderung der Klägerin aus dem Grundverhältnis (act. 15 Rz. 46).

Eine Zweckbindung auf zusätzlich infolge des Amendments bezogene Mittel bestehe nicht (act. 38 Rz. 8), zudem lasse die Beklagte ausser Acht, dass sich die Zweckwidrigkeit aus dem Garantietext ergeben müsse, der klar sei. Eine Auslegung mittels des Amendments erübrige sich damit. Ohnehin würde sich aus dem

Amendment ergeben, dass "alle Verbindlichkeiten des Kreditnehmers gegenüber der Bank" sichergestellt worden seien (act. 38 Rz. 11). Die Garantie, die die K._____ AG am 10. August 2015 im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag abgegeben habe, habe auf die vorliegende Streitsache keinen Einfluss (act. 38 Rz. 10). Die Klägerin sei ihren Verpflichtungen gemäss Amendment nachgekommen; ob die E._____ AG tatsächlich die zusätzliche Kreditlimite beansprucht habe, sei für die Beurteilung der Klage nicht relevant; die Klägerin habe die Belehnungsgrenze erhöht (act. 38 Rz. 21 f.). Bei Ziff. 6.2 des Amendments, auf das sich die Beklagte in der Duplik nun massgeblich stütze, handle es sich nicht um eine Zweck-, sondern um eine Laufzeitbestimmung (act. 38 Rz. 23). Wie der Text der von der E._____ AG beizubringenden Garantie lauten sollte, hätten die Klägerin und die E._____ AG im Amendment nicht festgehalten. Das E-Mail von Herrn I._____ habe eine bloss vorläufige Äusserung im Rahmen der Verhandlungen betroffen und gebe nicht das erzielte Verhandlungsergebnis, nämlich die Befristung der Garantie bis zum 31. März 2018, wieder. Vielmehr sei es die Beklagte gewesen, die eine gegenüber dem Amendment veränderte Formulierung der Garantiefrist gesucht habe (act. 38 Rz. 24). Da es sich bei der Garantie um ein unabhängiges, abstraktes Zahlungsverprechen der Beklagten handle, sei irrelevant, ob die E._____ AG ihre Zustimmung zum Garantietext erteilt habe oder nicht. Zudem habe die Beklagte die Garantie im Interesse und im Auftrag der E._____ AG ausgestellt, nicht aufgrund eines Auftrags der Klägerin (act. 38 Rz. 26). Es sei weder ein Irrtum der Beklagten noch eine Täuschungshandlung der Klägerin erkennbar, womit sich die Beklagte ihrer Leistungspflicht (auch) nicht durch eine Berufung auf Art. 60 Abs. 3 OR entziehen könne (act. 38 Rz. 30).

2.2.2. Beklagte

2.2.2.1. Die Beklagte bestreitet nicht, der Klägerin eine Garantie im Umfang von CHF 3 Mio. gewährt zu haben. Diese Garantie gründe aber nicht auf der Garantieerklärung. Das Amendment (act. 3/5) habe sämtliche Essentialia des Garantievertrags enthalten (act. 7 Rz. 53 ff. und 70), womit sich die Ausstellung einer zusätzlichen Erklärung erübrigt habe. Nichtsdestotrotz habe die Klägerin die zusätzliche Urkunde (act. 3/3) von der Beklagten unterzeichnet haben wollen (act. 7

Rz. 37). Massgebend für den Garantieabruf sei aber der Wortlaut des Amendments und nicht jener der angeblichen und rechtlich unerheblichen Garantieerklärung (act. 7 Rz. 2 und 49 mit Hinweis auf act. 3/3). Aus diesem Garantievertrag erhebe sie die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (act. 7 Rz. 5 und Rz. 35) bzw. die Einrede der Hinfälligkeit des Vertrags bzw. der Tilgung (act. 7 Rz. 11).

Sollte das Gericht die Garantieerklärung als Garantie i.S.v. Art. 111 OR deuten, so sei die Beklagte bei Unterzeichnung des Dokuments einem Erklärungsirrtum unterlegen. Die Klägerin habe Druck gemacht und die Notlage der Beklagten ausgenutzt. Die Beklagte sei davon ausgegangen, dass die Erklärung dem ausgehandelten Vertragstext des Amendments entsprochen habe. Die Klägerin habe aber die entscheidende Stelle weggelassen, nämlich die Verpflichtung, die Garantie nach vollständiger Rückführung des zusätzlich verfügbaren Kreditbetrags zurückzugeben bzw. ausser Kraft zu setzen. Sie (die Beklagte) habe nichts anderes erklären wollen, als wozu sie sich im Amendment verpflichtet habe (act. 7 Rz. 38 ff. und 70 ff.). Zudem sei die Garantieerklärung nicht mehr von der Beklagten unterzeichnet worden, es habe nur noch für eine faksimile-Unterzeichnung seitens der Beklagten gereicht (act. 7 Rz. 42 ff.).

Selbst wenn die Garantieerklärung (act. 3/3) die massgebliche Garantie darstellen würde, so sei nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte Einreden und Einwendungen aus dem Hauptvertrag geltend machen könne. Zwar treffe zu, dass Garantien grundsätzlich einen Verzicht auf Einreden und Einwendungen enthielten; im vorliegenden Fall liege die Sachlage aber anders, da die Beklagte den Hauptvertrag auch unterzeichnet habe und somit ihre eigenen Einwendungen (und nicht die eines Dritten) geltend mache. Ein Vorausverzicht darauf würde einen Verstoss gegen Art. 27 ZGB darstellen. Da die Klägerin ihre Verpflichtungen aus dem Hauptvertrag nicht erfüllt habe, erhebe sie die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (act. 7 Rz. 28 und Rz. 68 f.). Die Klägerin habe Leistungszusicherungen nicht erfüllt (act. 7 Rz. 9). Der Vertrag sei hinfällig geworden, da unter dem Amendment seitens der Klägerin gar keine zusätzlichen Mittel an die E. _____ AG ausbezahlt worden seien oder zumindest der gesamte zusätzlich verfügbare Kreditbetrag vollumfänglich zurückgeführt worden sei (act. 7 Rz. 11).

Ferner sei der Klägerin die schlechte finanzielle Lage der E._____ AG im entscheidenden Zeitpunkt bzw. ab Frühjahr 2017 bekannt gewesen. Als über eine Aufstockung des Kredits an die E._____ AG verhandelt worden sei, habe die Klägerin von der Beklagten als Gruppengesellschaft im Gegenzug für die Aufstockung des Kredits bzw. der Belehnungslimite der abgetretenen Forderungen von 60 % auf 80 % eine Garantie von der Beklagten als Gruppengesellschaft verlangt. Einmal ausgestellt habe die Klägerin innert 14 Tagen die Erhöhung unter einem Vorwand – ohne auch nur einen Franken an zusätzlichem Kredit zur Verfügung gestellt zu haben – widerrufen. Die Klägerin habe sich unter Vorspiegelung falscher Tatsachen eine zusätzliche Garantie über CHF 3 Mio. erschlichen, was einen Rechtsmissbrauch darstelle (act. 7 Rz. 12 und Rz. 21 ff.).

2.2.2.2. In der Duplik stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass die Klägerin unter dem Titel "Zusätzlich Verfügbarer Kreditbetrag" gar keine zusätzlichen Finanzmittel an die E._____ AG ausbezahlt habe und zufolge der klägerischen Kündigung der Kreditverträge auch keine Forderungen als "Zusätzlich Verfügbarer Kreditbetrag" hätten entstehen können. Aufgrund von Ziff. 6.2, dritter Absatz, des Amendments sei die Garantie bereits erloschen und nicht mehr abrufbar; ein Abruf stelle überdies eine zweckwidrige Inanspruchnahme dar (act. 33 Rz. 3 f.). Partei des Amendments sei mindestens in Bezug auf Ziff. 4, 6.1 und 6.2 des Amendments auch die Beklagte (act. 33 Rz. 16). Die Garantieerklärung habe den Wortlaut von Ziff. 6.2 des Amendments nicht abändern können, zumal dies der Zustimmung der E._____ AG bedurft hätte (act. 33 Rz. 23). Da diese Zustimmung nicht vorgelegen habe, sei der Zweck der Garantie vorliegend unverändert geblieben (act. 33 Rz. 25). Die Klägerin habe im Zuge der Vertragsverhandlungen selber ausdrücklich auf die Geltung von Ziff. 6.2, dritter Absatz, des Amendments verwiesen (act. 33 Rz. 27). Die Beklagte habe sich schliesslich mit dem Streichungsbegehren der Klägerin abgefunden, weil es lediglich deklaratorischer Bedeutung gewesen sei und den Amendment-Vertrag unangetastet gelassen habe (act. 33 Rz. 30). Die Beklagte habe die E-Mail von I._____ der Klägerin so verstanden, dass aufgrund des unverändert fortbestehenden Amendments, dessen Partei auch die Klägerin gewesen sei, die Garantie unabhängig von ihrem Wort-

laut ausschliesslich zweckkonform für Forderungen aus dem "Zusätzlich Verfügbaren Kreditbetrag" abgerufen würde (act. 33 Rz. 30).

Die Klägerin könne sich aufgrund ihres detaillierten Wissens des Zwecks der Garantie nicht darauf berufen, dass ihr Vertrauen auf den formell abweichenden Garantietext geschützt werde (act. 33 Rz. 58). Der Abruf sei auch missbräuchlich, da die Höhe der zu besichernden Forderungen – in casu: null – in einem offensichtlichen Missverhältnis zur abgerufenen Garantiesumme von CHF 3 Millionen stehe (act. 33 Rz. 59). Hilfsweise beruft sich die Beklagte ferner auf Art. 60 Abs. 3 OR. Da die von I. _____ abgegebene Zusicherung von der Klägerin nicht eingehalten worden sei, liege eine Täuschung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 OR vor, womit ihr die Einrede von Art. 60 Abs. 3 OR zustehe (act. 33 Rz. 62 f.).

3. Rechtliches

3.1. Anwendbares Recht

Die Parteien haben in der Garantieerklärung (act. 3/3) unstrittig Schweizerisches Recht für anwendbar erklärt (act. 1 Rz. 5; act. 7 Rz.2). Diese Rechtswahl ist zulässig (vgl. Art. 116 Abs. 1 und 2 IPRG).

3.2. Zustandekommen der Garantie

Die Garantie ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, das der übereinstimmenden Willenserklärung beider Parteien bedarf. Sie ist aber in der Regel ein einseitiger Vertrag, da nur der Begünstigte Rechte erwirbt und nur der Garant Pflichten übernimmt. Regelmässig erfolgt der Vertragsschluss durch stillschweigende Annahme der als Offerte betrachtenden Erklärung des Garanten. Formerfordernisse bestehen nicht. Für die rechtsgültige Unterzeichnung einer Bankgarantie genügt gemäss internationalen Gepflogenheiten die faksimile-Unterschrift (KLEINER/LANDOLT/GEMPERLI, Bankgarantie, § 21 N 1 ff.).

3.3. Rechtsnatur der Garantie

3.3.1. 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, Insolvenzrisikoverteilung 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.).

3.3.2. Der Garant kann nach dem Gesagten nur äusserst eingeschränkt Einreden und Einwendungen gegen seine Zahlungspflicht vorbringen. Ob die Vorausset-

zungen 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.

3.3.3. 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 vor-

schriftsgemäss 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.; BGE 138 III 241 E. 3.4; 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 Garant nicht weiter begründungspflichtig, und den 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 Abrufvoraussetzung 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 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 Garantiefalles 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).

3.3.4. 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). Der Garant 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 der Garant, 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.).

Eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie darf nicht leichthin angenommen werden. Es handelt sich bei der Berufung auf Rechtsmissbrauch um ein ausserordentliches Korrektiv, dem mit der notwendigen Zurückhaltung zu begegnen ist (KLEINER, a.a.O., N 22.44). Rechtsmissbrauch kann nicht darin gesehen werden, dass der Garantieabruf unter dem Grund- oder Hauptschuldverhältnis unberechtigt erfolgt ist, würde dies doch eine Kausalität herbeiführen, die der Garantie gerade fremd ist (KLEINER, a.a.O., N 22.49). Rechtsmissbrauch wird

nur in Ausnahmefällen angenommen, beispielsweise unter Nachweis der undiskutabel erbrachten Leistung oder wenn eine betrügerische Inanspruchnahme erfolgt (KLEINER, a.a.O., N 22.46 und N 22.52).

4. Rechtliche Würdigung

4.1. Abschluss des Garantievertrags

Der Abschluss eines Vertrags bedarf gemäss Art. 1 Abs. 1 OR der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien. Hat jede Partei die Erklärung der anderen Partei so verstanden, wie diese sie gemeint hat, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Kann eine solche Feststellung nicht getroffen werden, so führt die Auslegung entweder zum normativen Konsens oder zum Dissens. Ein normativer Konsens liegt vor, wenn mittels Auslegung ein rechtlicher Konsens hergestellt wird. Hierfür sind die Erklärungen so auszulegen, wie sie der Empfänger vernünftigerweise verstehen durfte und musste (Kuko OR – WOLFGANG WIEGAND/CHRISTOPH HURNI, N 16 ff.).

Unstrittig unterzeichnete die Beklagte nach einem gegenseitigen Austausch von mark-up-Dokumenten die Garantieerklärung am 15. Juni 2017 (act. 7 Rz. 37; act. 33 Rz. 24; act. 3/3). Die Beklagte versprach darin der Klägerin die Leistung eines Dritten (der E'._____ AG) und erklärte sich bereit, der Klägerin unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden gegen Erhalt der Zahlungsaufforderung und einer Bestätigung der Klägerin, dass die kreditnehmende Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen sei, jeden Betrag bis maximal CHF 3'000'000.– zu bezahlen (vgl. act. 3/3).

Ein tatsächlicher Konsens wird von den Parteien nicht behauptet, weshalb sich Ausführungen hierzu erübrigen. Der Text der Garantieerklärung enthält die wesentlichen Vertragsmerkmale eines Garantievertrags. Die Beklagte hat die Garantieerklärung unterzeichnet und damit ihre Willenserklärung zum Ausdruck gebracht. Ob diese Unterschrift im Original erfolgte oder es sich um eine blosser faksimile-Unterschrift handelte, ist wie eingangs dargelegt nicht von Bedeutung. Die (unterzeichnete) beklagtische Offerte (Garantieerklärung) ging in der Folge der

Klägerin zu, die diese stillschweigend annahm. Nach objektiver Auslegung durfte die Klägerin die beklagte Offerte als Erklärung zum Abschluss einer Garantie verstehen. Der normative Konsens ist zu bejahen.

Die Parteien gehen zu Recht von der Abstraktheit des Vertrags aus und lassen sich richtigerweise nicht darüber aus, ob es sich vorliegendenfalls um eine Garantie, bürgschaftsähnliche Garantie oder Bürgschaft handelt. Aus der Auszahlung auf erste Aufforderung hin, der Geschäftserfahrenheit der Parteien, den Interessen sowie auch aus dem Einwendungsausschluss ist mit Blick auf die Bezugnahme auf den Kreditvertrag von einer bürgschaftsähnlichen Garantie, die abstrakter Natur ist, auszugehen. Zusammenfassend ist in der Garantieerklärung vom 15. Juni 2017 der Abschluss eines Garantievertrags i.S.v. Art. 111 OR zu sehen.

Dass sich die Beklagte bereits vor Unterzeichnung der Garantieerklärung verpflichtet habe, macht die Beklagte nicht substantiiert geltend. Sie führt bloss aus, dass der Abschluss eines Zusatzdokuments sich eigentlich erübrigt hätte (act. 7 Rz. 36). Selbst wenn dem so wäre, ist dies angesichts des abgeschlossenen Garantievertrags bedeutungslos.

4.2. Gültigkeit des Garantievertrags

Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befand (Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 - 3 OR). Ein Anwendungsfall des Erklärungsirrtums stellt die Unterschrift unter die nicht gelesene Urkunde dar. Das Bundesgericht lässt grundsätzlich eine Anfechtung wegen Erklärungsirrtums zu, ausser wenn ersichtlich ist, dass der Erklärende im Bewusstsein der Unkenntnis des Inhalts des Erklärten sich allem, was der Gegner will, unterwirft. Dann fehlt es an einem Erklärungsirrtum (BGE 49 I 167 E. 5; BSK OR I – INGBORG SCHWENZER, N 2 ff. zu Art. 24 OR).

Die Beklagte behauptet, dass sie ihre Erklärung unvollständig abgegeben habe, da im Text der Garantieerklärung Ziff. 6.2. des Amendments gefehlt habe, obwohl dies für sie objektiv und subjektiv wesentlich gewesen sei. Sie habe den durch die

Klägerin vorformulierten Text einfach übernommen, ohne den fehlenden Passus zu bemerken. Zudem habe eine Notlage vorgelegen.

Das von der Beklagten in der Klageantwort Vorgebrachte kann einen Anwendungsfall eines Erklärungsirrtums darstellen. Aus dem von der Klägerin in der Replik eingereichten E-Mailverkehr ergibt sich jedoch, dass die Parteien gegenseitig über mehrere Tage über den Garantietext verhandelten. Weiter geht daraus hervor, dass der von der Anwaltskanzlei der Beklagten vorgeschlagene Einbezug von Ziff. 6.2 des Amendments von der Klägerin aus nicht näher bekannten Gründen und von der Beklagten aufgrund mangelnder Bestimmtheit verworfen wurde. Die Beklagte bestreitet denn in der Duplik auch nicht mehr, dass Ziff. 6.2 mit ihrer Zustimmung gestrichen worden ist (act. 33 Rz. 24 ff.). Damit wurde der Beklagten aber weder etwas untergeschoben noch bemerkte sie etwas nicht und ebenso wenig bestand eine nicht näher ausgeführte Notlage seitens der Beklagten. Ein Erklärungsirrtum ist zu verneinen. Der Garantievertrag ist gültig zustande gekommen.

4.3. Einreden und Einwendungen aus dem Amendment

Garantieerklärungen folgen einer streng formalistischen Betrachtungsweise. Dies wird auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt (act. 7 Rz. 5 und 9). Die Garantieerklärung enthält explizit einen Verzicht auf Einreden und Einwendungen (act. 3/3 S. 1):

Wir, die

B. _____

KG

... [Adresse]

C. _____

verpflichten uns hiermit bedingungslos und unwiderruflich, im Sinne von Art. 111 OR, der A. _____ AG auf erste Aufforderung hin und ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen der eingangs erwähnten, hiermit sichergestellten Verpflichtungen (inklusive der sie betreffenden Änderungen und Ergänzungen) und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus denselben, jeden Betrag bis maximal

CHF 3'000'000.00 (in Worten Schweizer Franken drei Millionen),

Kapital, Zinsen, Kommissionen, Gebühren und Auslagen eingeschlossen zu zahlen. gegen Erhalt einer Zahlungsaufforderung und einer Bestätigung der A. _____ AG, dass die oben genannte kreditnehmende Gesellschaft ihren Verpflichtungen im Umfang des unter dieser Garantie verlangten Betrages bei Fälligkeit nicht nachgekommen ist.

Die Argumentation der Beklagten, dass es sich vorliegend nicht um klassische Einwendungen handle, sondern um ihre eigenen Einwendungen, da sie auch das Amendment unterzeichnet habe, verfängt nicht. Die Mitunterzeichnung des Amendments zum Kreditvertrag durch die Garantin kann die Abstraktheit nicht durchbrechen. Die Unterschrift der Beklagten war denn auch für den Kreditvertrag selbst nicht notwendig. Im Übrigen wird darauf bei der Prüfung des Rechtsmissbrauchs zurückzukommen sein. Wie gezeigt handelt es sich beim Amendment nicht um den Garantievertrag. In der massgeblichen Garantieerklärung findet sich ein klarer Einrede- und Einwendungsverzicht. Inwiefern in einem Einredeverzicht ein Verstoss gegen Art. 27 ZGB liegen sollte, ergibt sich nicht, zeichnet sich eine Garantie doch gerade durch ihre (gewollte) Abstraktheit aus, und die Zulässigkeit einer solchen Garantie entspricht gängiger Lehre und Rechtsprechung.

Die Zahlungspflicht wird bei Eintritt der Zahlungsbedingungen ausgelöst. Die Klägerin hat die Beklagte unstrittig zur Zahlung aufgefordert und bestätigt, dass die E. _____ AG ihren Verpflichtungen im Umfang des unter dieser Garantie verlangten Betrags trotz Fälligkeit nicht nachgekommen ist (act. 1 Rz. 31 und 48; act. 7 Rz. 65; act. 3/14). Damit sind die Bedingungen eingetreten und die Beklagte ist

vorbehältlich eines Rechtsmissbrauchs verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 3 Mio. zu bezahlen.

4.4. Rechtsmissbräuchlicher Abruf der Zahlungsgarantie

4.4.1. Die Beklagte sieht im Verhalten der Klägerin eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie (act. 7 Rz. 12; act. 33 Rz. 51 ff.). Sie macht insbesondere geltend, dass die Garantie nur für den zusätzlichen verfügbaren Kreditbetrag gedacht gewesen sei. Die Klägerin bestreitet dies.

4.4.2. Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip hat das Gericht als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte und ihrem sonstigen Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben. Umstände, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren, sind dabei mit zu berücksichtigen. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb nachträgliches Partieverhalten bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip – im Gegensatz zur Situation bei der Ermittlung des natürlichen Konsenses – nicht von Bedeutung ist. Im Zusammenhang mit der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip hat das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung den Grundsatz differenziert, wonach nur auf Interpretationsmethoden zurückgegriffen werden sollte, wenn der Wortlaut des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages Zweifel aufkommen lässt oder unklar ist. Es kann demnach nicht (mehr) zum Grundsatz erhoben werden, dass andere Auslegungsmethoden bei klarem Wortlaut zum Vornherein auszuschliessen sind. Vielmehr geht aus Art. 18 Abs. 1 OR hervor, dass selbst der Sinn eines klaren Wortlautes nicht zwangsläufig massgebend sein muss und die reine Auslegung nach dem Wortlaut im Gegenteil gesetzeswidrig ist. Selbst wenn der Wortlaut einer Vertragsklausel auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus anderen Vertragsbedingungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck bzw. der Interessenlage oder anderen Umständen ergeben, dass der Wortlaut der genannten Klausel den Sinn des geschlossenen Vertrages nicht genau wiedergibt. Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. Das Gericht orien-

tiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Auch wenn der Wortlaut nach dem soeben Gesagten für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zumisst, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben. Abzustellen ist demnach auf den gebräuchlichen Wortsinn, der sich auch aus üblichen Wörterbüchern und Lexika ergeben kann. Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist aber auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen; sein Sinngehalt wird häufig bestimmt durch die Stellung, die er in diesem Ganzen einnimmt (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.; BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.2 = Pra. 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a; BGE 127 III 444 ff. = Pra 2002 Nr. 22 E. 1.b; BGE 131 III 469 E. 1.1; Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2-4).

4.4.3. Die Garantieerklärung vom 15. Juni 2017 enthält folgenden Wortlaut (Teilauszug):

GARANTIE

Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir beziehen uns auf den Kreditvertrag vom 13./14.12.2016 („Rahmenvertrag für Kredite“) in der Höhe von CHF 10'000'000.00 und das am 12./15.06.2017 geschlossene Amendment („Amendment“) zum Rahmenvertrag für Kredite, mit dem die A.____ AG im Rahmen ihrer Kreditbeziehung mit

- der E.____ AG („Gesellschaft“),

einen zusätzlichen verfügbaren Kreditbetrag („Zusätzlich Verfügbarer Kreditbetrag“) bis zum 31. Dezember 2017 gewährt. Diese Garantie stellt sämtliche Verpflichtungen der Gesellschaft aus diesem Kreditvertrag und dem Amendment (jeweils in der zur Unterzeichnung dieser Garantie aktuellen Version) sicher, einschliesslich allfälliger Verpflichtungen zur Bardeckung im Zusammenhang mit ausstehenden Eventualengagements.

4.4.4. Angesichts des klaren Wortlauts, wonach diese Garantie sämtliche Verpflichtungen der Gesellschaft aus diesem Kreditvertrag und dem Amendment sicherstellt, besteht für das von der Beklagten behauptete Verständnis kein Raum, zumal auch die Präambel einleitend auf beide Verträge Bezug nimmt. Ein Rückgriff auf die Umstände verbietet sich gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung angesichts der Systematik sowie des klaren Wortlauts der Garantieerklärung.

Selbst wenn man die dem Vertragsschluss vorgehenden Umstände mitberücksichtigen würde, so würde sich aus dem Gesellschafterbeschluss vom 9. Juni 2017 der Beklagten, der wie die Garantieerklärung auch von L.____ unterzeichnet wurde (act. 33 Rz. 17; act. 3/3; act. 16/24), nichts anderes ergeben. Alleine in der Wiederholung von Ziff. 6.2. des Amendments durch I.____ von der Klägerin verbunden mit der Bemerkung "Bezüglich Gültigkeit der Garantie" kann keine Bestätigung gesehen werden, dass die Garantie lediglich und ausschliesslich für Forderungen aus dem "Zusätzlich Verfügbaren Kreditbetrag" abgerufen werde (so behauptet in act. 33 Rz. 30 ff.). Die Beklagte offeriert zum Beweis neben der E-Mail (act. 16/21) die Einvernahme von J.____ und F.____ als Zeuge sowie die Parteibefragung/Beweisaussage von L.____, ohne aber konkret darzulegen, zu welcher Behauptung diese angerufen werden. Da es sich bei der Auslegung der Willenserklärungen um eine Rechts- und nicht um eine Tatfrage handelt, erübrigt

gen sich diesbezügliche Einvernahmen. Ohnehin belegt die E-Mail die zu interpretierende Aussage von I._____. Es ergibt sich nicht, inwiefern die Beklagte in dieser E-Mail eine Bestätigung bzw. irgendeine Art von Zusicherung hätte erblicken können (wie in act. 33 Rz. 61 behauptet), einmal davon abgesehen, dass dies von der Beklagten auch nicht genügend dargetan wurde. Selbst wenn dem so wäre, wäre diese E-Mail unstrittig mitten in den Vertragsverhandlungen versandt worden und spiegelte somit nicht das Verhandlungsergebnis wieder. Die Beklagte argumentiert zudem widersprüchlich, wenn sie einem Erklärungsirrtum unterlegen sein will (was eine fehlende Kenntnis von Ziff. 6.2. insinuiert), neu aber behauptet, sie sei von einer deklaratorischen Streichung ausgegangen (was gerade vorhandene Kenntnis voraussetzt), zumal die Beklagte selbst unstrittig mit der Übernahme eines Teils von Ziff. 6.2. des Wortlauts des Amendments in die Garantie nicht einverstanden war (vgl. E. 2.1.2.). Zudem blendet die Beklagte den ersten Absatz von Ziff. 6.2. des Amendments, der von einer Garantie über CHF 3'000'000.00 des zusätzlichen Garantiegebers für *alle* Verbindlichkeiten des Kreditnehmers gegenüber der Bank spricht, bei ihrer Interpretation aus (act. 3/5 S. 2):

6.2. Die im Kreditvertrag bestehende Klausel Sicherheiten wird um folgenden zusätzlichen Punkt ergänzt (die restlichen Punkte und Ausführungen der Klausel bleiben unverändert bestehen):

Sicherheiten

- Garantie über CHF 3'000'000.00 des Zusätzlichen Garantiegebers für alle Verbindlichkeiten des Kreditnehmers gegenüber der Bank.

Diese Garantie bleibt solange in Kraft, bis sämtliche Beanspruchungen unter dem Zusätzlich Verfügbaren Kreditbetrag vollständig zurückgeführt sind und die Bank keine Forderungen unter oder im Zusammenhang mit der Beanspruchung unter dem Zusätzlich Verfügbaren Kreditbetrag mehr hat und auch keine solchen Forderungen mehr entstehen können.

Der Garantiegeber ist in diesem Zusammenhang ausdrücklich damit einverstanden, dass die Garantie vom 10. August 2015 auch als Sicherheit der Bank unter dem vorliegenden Amendment dient.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Garantie für sämtliche Verpflichtungen der E.____ AG unter dem Kreditvertrag und dem Amendment als Sicherheit dient.

4.4.5. Damit erübrigt es sich eigentlich, auf die von der Beklagten vorgebrachte fehlende effektive Gewährung von finanziellen Mitteln unter dem Amendment weiter einzugehen, da unstrittig offene Forderungen der Klägerin aus dem Kreditver-

trag bestehen. Gleichwohl sei auch dieser Aspekt noch kurz erörtert. In der Präambel des Amendments wird ausgeführt, dass der Kreditnehmer einen Antrag auf eine zusätzliche [...] befristete Erhöhung der *Verfügbarkeit des bestehenden Kreditrahmens* [Hervorhebung hinzugefügt] stellt (act. 3/5). Unter Ziff. 6.1 (Verfügbarkeit) wird festgehalten, dass ein zusätzlich verfügbarer Kreditbetrag innerhalb des bestehenden Kreditrahmens gewährt werden soll (act. 3/5 S. 2). Es findet sich somit weder aus dem Wortlaut, der Systematik noch aus dem Zweck des Vertrags ein Hinweis, dass die Klägerin effektiv liquide Mittel hätte ausbezahlen müssen. Vielmehr war es an ihr, den Kreditrahmen zu erhöhen. Unstrittig wurde zwischen den Parteien vereinbart, dass sich der verfügbare Kreditbetrag um zusätzlich 20 % der Debitorenforderungen erhöhen soll. Dies führte bei einem Eigenfinanzierungsgrad von unter 15 % zu 70 % und darüber 80 % der anrechenbaren Debitorenforderungen (act. 1 Rz. 20). Weiter ist unbestritten, dass der maximal verfügbare Kreditbetrag vor Abschluss des Amendments 60% der anrechenbaren Debitorenforderungen betrug (act. 1 Rz. 24). Nach Unterzeichnung des Garantievertrags erhöhte die Klägerin vereinbarungsgemäss die Belehnungsgrenze auf 80% der anrechenbaren Debitorenforderungen. Erst zwei Wochen später, als die E._____ AG keinen Eigenfinanzierungsgrad von mindestens 15 % mehr aufwies (der Waiver betraf nur den Zeitraum bis 31. März 2017 [vgl. act. 15 Rz. 59; act. 3/5 S. 2 Ziff. 5]), fiel die Belehnungslimite auf 70 % (act. 1 Rz. 25 f.; act. 15 Rz. 58). Wenn die Beklagte darin, dass die Klägerin nicht einmal einen Franken Kredit gegeben habe, aber dennoch die Garantie auslösen wolle, ein rechtsmissbräuchliches Verhalten sieht, kann ihr somit nicht gefolgt werden. Den Einwand, dass der Kredit zurückbezahlt wurde, erhob die Beklagte richtigerweise nicht.

4.4.6. Bei dem von der Beklagten mit der Duplik als Zweckbindungsklausel interpretierten zweiten Teil von Ziff. 6.2 des Amendments geht es um die Laufzeit, was sich unschwer aus dem Wortlaut ergibt (Diese Garantie bleibt solange *in Kraft*, bis...):

6.2. Die im Kreditvertrag bestehende Klausel Sicherheiten wird um folgenden zusätzlichen Punkt ergänzt (die restlichen Punkte und Ausführungen der Klausel bleiben unverändert bestehen):

Sicherheiten

- Garantie über CHF 3'000'000.00 des Zusätzlichen Garantiegebers für alle Verbindlichkeiten des Kreditnehmers gegenüber der Bank.

Diese Garantie bleibt solange in Kraft, bis sämtliche Beanspruchungen unter dem Zusätzlich Verfügbaren Kreditbetrag vollständig zurückgeführt sind und die Bank keine Forderungen unter oder im Zusammenhang mit der Beanspruchung unter dem Zusätzlich Verfügbaren Kreditbetrag mehr hat und auch keine solchen Forderungen mehr entstehen können.

Der Garantiegeber ist in diesem Zusammenhang ausdrücklich damit einverstanden, dass die Garantie vom 10. August 2015 auch als Sicherheit der Bank unter dem vorliegenden Amendment dient.

Nach längerem Hin und Her haben die Parteien sich im Rahmen der Vertragsverhandlungen der Garantie schliesslich auf eine exakte und klare Befristung geeinigt. Es stand den Parteien frei, eine neue Garantielaufzeit zu vereinbaren. Inwiefern dies unzulässig oder der Zustimmung der E._____ AG bedurft hätte, ergibt sich nicht, zumal die Gewährung der Garantie im Interesse der E._____ AG abgegeben worden ist. Eine Missbräuchlichkeit ist nicht ersichtlich. Da weder eine Zusicherung oder Täuschung seitens der Klägerin noch ein Irrtum der Beklagten vorliegt, braucht auf die Einrede gemäss Art. 60 Abs. 3 OR nicht weiter eingegangen zu werden.

4.4.7. Zusammenfassend liegt im Abruf der Garantie durch die Klägerin keine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Beklagten.

4.5. Verzugszins

Die Klägerin fordert Verzugszins auf CHF 3 Mio. ab dem 17. Oktober 2017, da sie der Beklagten mit Schreiben vom 4. Oktober 2017 eine Frist zur Bezahlung bis zum 16. Oktober 2017 angesetzt habe (act. 1 Rz. 31 und Rz. 50). Dies blieb unbestritten (act. 7 Rz. 65). Damit befand sich die Beklagte ab dem 17. Oktober 2017 in Verzug (vgl. Art. 102 Abs. 1 OR). weshalb ab diesem Zeitpunkt Verzugszins zu 5 % geschuldet ist.

5. Fazit

Zusammenfassend ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'000'000.– zzgl. Zins zu 5 % seit 17. Oktober 2017 zu bezahlen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 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). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 3'000'000.–. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr in Anbetracht des konkreten Zeitaufwandes und unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf rund drei Viertel der Grundgebühr, d.h. CHF 38'000.– festzusetzen und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Ausserdem hat die Beklagte der Klägerin als unterliegende Partei eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Deren Höhe wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). In Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. d und e sowie Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die ordentliche Gebühr vorliegend unter Berücksichtigung des zweiten Schriftenwechsels und des Zeitaufwands der Vertretung (Klageschrift von 17 Seiten und Replik von 21 Seiten sowie Stellungnahme von 9 Seiten) auf CHF 35'000.– festzusetzen. Einen Antrag auf Zusprechung der Mehrwertsteuer hat die Klägerin nicht gestellt (act. 1 Rz. 2). Die Beklagte ist damit ausgangsgemäss zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 35'000.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 3'000'000.– zzgl. Zins von 5 % ab dem 17. Oktober 2017 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 38'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 35'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 44 und an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 43.
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 3'000'000.–.

Zürich, 8. Mai 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Adrienne Hennemann