

Stiva d.d.
Trg Stjepana Radica 1/III
10000 Zagreb
Kroatien

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 10
Laura Borer
Emanuel Cohen
Awin Gerber-Tavakoli
Fiona Zori Krummenacher

KLAGEANTWORT

In Sachen

POLAR TECHNOLOGY AS
Klägerin

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 1

gegen

STIVA d.d.
Beklagte

vertreten durch die Moot Court Gruppe 10

betreffend

Bankgarantie

Rechtsbegehren:

”

1. *Die Schiedsklage sei abzuweisen.*

2. *Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.*

“

A. Literaturverzeichnis

A. Literaturverzeichnis	a
B. Literaturverzeichnis	c
C. Zeitschriftenverzeichnis	e
D. Akürzungsverzeichnis	f

1 Einleitung	1
2 Vertrag	1
2.1 Rechtsnatur des Vertrages	1
2.2 Vertragserfüllung	1
2.2.1 Verzug der Klägerin	2
2.2.1.1 Keine Vollendung der Anlage	2
2.2.1.2 Keine Abnahme der Anlage	2
2.2.1.3 Vereinbarung vom 15. Dezember 2005	4
2.3 Unzulässige und widersprüchliche Freizeichnungsklauseln	4
2.4 Schlussfolgerungen	5
3 Der Rechtsnatur der Bankgarantie	5
3.1 Widersprüchliche Abgrenzungskriterien der Klägerin	6
3.2 Anzahlungsgarantie als günstigere Bankgarantie	6
3.3 Schweigen als Annahme	6
3.4 Tatbestand des Art. 18 Abs. 1 OR	7
3.5 Konnexität vs. Akzessorität	7
3.5.1 Auslegung des Grundvertrages	7
3.5.2 Vertragliche Haupt- und Nebenpflichten der Klägerin	8
3.6 Erfüllungsgarantie einschliesslich Gewährleistungsgarantie	8
3.6.1 Der Sicherungsgegenstand	9
3.6.2 Vereinbarte Verfahrensgarantien	9
3.7 Vertragliche Verhandlungen	9
3.8 Stellung der eingeschalteten Garantiebank	9
3.8.1 Die Garantiebank als neutrale Dritte	10
3.8.2 Auftragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Fjordbank	10
4 Inanspruchnahme der Bankgarantie	10

4.1 Keine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie	11
4.1.1 Unabhängigkeit von Bankgarantien	11
4.1.2 Rechtsmissbrauch	11
4.1.2.1 Engere Auslegung des Rechtsmissbrauchsbegriffs	11
4.1.2.1 Weite Auslegung des Rechtsmissbrauchsbegriffs	12
4.1.3 Keine Missbrauchstatbestände auf Seite der Beklagten	13
4.1.3.1 Keine vertragsgemässe Leistung der Klägerin	13
4.1.3.2 Erfüllung von Mitwirkungspflichten der Beklagten	14
4.1.3.3 Zweckmässiger Garantieabruf der Beklagten	15
4.2 Kein Unterlassungsanspruch der Klägerin bzgl. Garantieabrufs	15
5 Kein Herausgabeanspruch der Klägerin bzgl. Bankgarantieurkunde	15
6 Prozessführungsverbot	16
6.1 Zuständigkeit	16
6.2 Verstoss gegen übergeordnetes Recht	17
6.2.1 Grundsatz „Fair Trial“	17
6.2.2 Verstoss gegen das Interventionsprinzip	17
6.2.3 Prozessführung als Verstoss gegen übergeordnetes Recht	18
6.3 Voraussetzungen für eine antisuit-injunction	18
6.3.1 Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes	18
6.3.2 Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruches	19
6.3.2.1 Konnex und identische Verfahren	19
6.3.2.2 Schikanöse oder missbräuchliche Verfahren	19
6.4 Das Institut des Prozessführungsverbot	19

B. Literaturverzeichnis

- BÜHLER, Theodor Gauch, Peter / Schmid, Jörg (Hrsg.):
Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch
Fünfter Band – Das Obligationenrecht
Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR
Vorbemerkungen zu Art. 364-371 OR
3. Auflage, Zürich 1998
Zitiert: ZürK, Bühler
- BÜHLER, Theodor Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr:
Dokumentenakkreditiv, Bankgarantie, Eigentumsvorbehalt
Zürich, 1997
Zitier: Bühler
- BÜSSER, Andreas Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin
gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten
Diss. Univ. Freiburg, 1997
Zitiert: Büsser
- BRÄNDLI, Roger Die Nachbesserung im Werkvertrag: eine Gesamtdarstellung
unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118
Zürich, 2007
Zitiert: Brändli
- DASSER, Felix Tücken von Gerichtsstandsklauseln
www.homburger.ch/fileadmin/publications/T_CKEN.pdf,
besucht am 15. März 2008
Zitiert: Dasser
- DOHM, Jürgen Bankgarantien im internationalen Handel
Bern, 1985
Zitiert: Dohm
- GAUCH, Peter Der Werkvertrag
4. Auflage
Zürich, 1996
Zitiert: Gauch
- GAUCH, Peter Gauch, Peter (Hrsg.):
Kommentar zur SIA-Norm 118
Artikel 38-156
Zürich, 1992
Zitiert: Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118
- GRAF VON WESTPHALEN,
Friedrich/JUD, Brigitta Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr
3. Auflage
Frankfurt am Main, 2005
Zitiert: Westphalen

- JEGHER, Gion
Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse,
Diss. Basel 2003
Zürich / Basel / Genf, 2003
Zitiert: Jegher
- KLEINER, Beat
Bankgarantie:
Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des
Bankgarantiegeschäftes
4. Auflage
Zürich, 1990
Zitiert: KLEINER
- KOLLER, Alfred
Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag
2. Auflage
Zürich, 1995
Zitiert: Koller
- KOLLER, Alfred
Hausheer, Heinz (Hrsg.):
Berner Kommentar
Sechster Band – Das Obligationenrecht
Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR
Art. 363 OR
Bern, 1998
Zitiert: BK, Koller
- LIATOWITSCH, Manuel
Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor
Staatsgerichten im In- und Ausland
Diss. Basel 2002
Basel / Genf / München, 2002
Zitiert: Liatowitsch
- LÖW, Franziska
Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger
Rechtsschutz:
Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-
amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts
Basel/Genf/München, 2002
Zitiert: Löw
- MÜLLER, Stefan
Die Bankgarantie im internationalen Wirtschaftsverkehr
Wien, 1988
Zitiert: Müller
- SCHMID, Jörg
Freizeichnungsklauseln
In: Honsell, Heinrich/Portmann, Wolfgang/Zäch,
Roger/Zobl, Dieter (Hrsg.)
Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts
Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag
Zürich, 2003
Zitiert: Schmid

- SCHWENZER, Ingeborg Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung
In: Koller, Alfred (Hrsg.)
Haftung aus Vertrag
St. Gallen, 1998
Zitiert: Schwenzler, Haftung aus Vertrag
- SCHWENZER, Ingeborg Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil
vierte, überarbeitete Auflage
Bern, 2006
Zit.: Schwenzler
- STACHER, Marco Prozessführungsverbote zur Verhinderung von sich
widersprechenden Entscheiden, 2006
< <http://www.biz/publications/413.pdf>>, besucht am 20.
Februar 2008
Zitiert: Stacher
- SPAINI, Mauro Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei
Bauarbeiten
Diss. Univ. Freiburg, 1999
Dietikon, 2000
Zitiert: Spaini
- WALTER, Herhard / BOSCH,
Wolfgang / BRÖNIMANN,
Jürgen Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz
Bern, 1991
Zitiert: Walter / Bosch / Brönimann
- ZOBL, Dieter Wiegand, Wolfgang (Hrsg.):
Personalsicherheiten
Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte
Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen
Umfeld
Bern, 1997
Zitiert: Zobl

C. Zeitschriftenverzeichnis

- WIRTH, Markus Interim of preventive measures in support of
international arbitration in Switzerland
ASA Bull 2000, S. 31 ff.
Zitiert: Wirth

D. Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EUR	Euro
f. / ff.	folgende / fortfolgende
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
Mio.	Millionen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 944.3)
resp.	respektiv
Rn	Randnote
S.	Seite
SIA-Norm 118	Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, SIA-Norm 118, Ausgabe 1977/1991
u.	und
u.a.	unter anderem
Univ.	Universität
vgl.	vergleiche
vs.	versus
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZürK	Zürcher Kommentar
z.T.	zum Teil

1 Einleitung

Vorliegend wird die Beklagte zuerst aufzeigen, dass die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten nicht 1 erfüllt hat [1] und die Beklagte ihre Mängelrechte aufgrund widersprüchlicher und ungültiger Freizeichnungsklauseln ausüben kann [2].

Danach wird sie darlegen, dass mit dem Begriff "Bankgarantie" im Vertrag (K-1) nicht 2 Anzahlungsgarantie, sondern Erfüllungsgarantie gemeint war [3], welche die Beklagte nicht rechtsmissbräuchlich beansprucht [4]. Im Weiteren wird aufgezeigt, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie vom 16. September 2004 hat [5].

Sodann muss die Beklagte das Original der Bankgarantie nicht an die Fjordbank herausgeben [6].

Schliesslich wird die Beklagte nachweisen, dass der Klägerin kein Prozessführungsverbot zusteht 3 [7].

2 Vertrag

In den folgenden Ausführungen wird die Beklagte näher auf das Valutaverhältnis eingehen, da 4 diesem erhebliche Bedeutung bei der Beurteilung, ob der materielle Garantiefall eingetreten sei oder nicht, zukommt. Mit Hilfe des Valutaverhältnisses ist auch der wirkliche Parteiwille bezüglich der Natur der Bankgarantie zu ergründen.

2.1 Rechtsnatur des Vertrages

Die Klägerin und die Beklagte haben am 03. Juli 2004 einen Werklieferungsvertrag abgeschlossen 5 (K-1). Genauer betrachtet handelt es sich um einen Bauwerkvertrag, da die Leistung von Bauarbeiten mit Lieferung von Werkstoffen versprochen wurde (Gauch, N 205). Es ist üblich, dass bei solchen Verträgen die SIA- Norm 118 für verbindlich erklärt wird; dies muss jedoch ausdrücklich im Vertrag verabredet sein (Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Einleitung, N 11). Im vorliegenden Vertrag (K-1) wurde eine solche Klausel, welche ausdrücklich die Anwendbarkeit dieser Normen vorsieht, nicht vereinbart. Dennoch hat sich die Klägerin das Recht genommen, die SIA-Norm 118 für die Auslegung des Vertrages heranzuziehen, falls weder im Vertrag noch im Gesetz Antworten auf die gestellten Fragen zu finden sind (Klageschrift, Rn 9). Eine solche Auslegung ist nur zulässig, wenn die der Norm zugrundeliegenden Wertungen mit jenen im Gesetz übereinstimmen (BK, Koller, Art. 363, N 27).

2.2 Vertragserfüllung

Nachfolgend wird die Beklagte darlegen, dass die Klägerin den vertraglich vereinbarten 6 Leistungspflichten nicht nachgekommen ist. Anders als von der Klägerin behauptet (Klageschrift,

Rn 13 ff.), ist festzuhalten, dass die Beklagte Ansprüche aus Verzug nach Art. 103-109 OR geltend machen kann.

2.2.1 Verzug der Klägerin

Von einem Schuldnerverzug nach Art. 103-109 OR ist dann zu sprechen, wenn der Unternehmer **7** das Werk zum Zeitpunkt des Ablieferungstermins pflichtwidrig noch nicht vollendet oder die benötigten Ablieferungshandlungen noch nicht vorgenommen hat (ZürK, Bühler, Art. 366, N 10). Zusätzlich muss der Besteller den Unternehmer gemahnt haben, ausser es wurde ein bestimmter Verfalltag vereinbart (ZürK, Bühler, Art. 366, N 10). Im behandelten Fall liegt ein Verfalltag vor; so hat der Garantietestlauf während den zwei Monaten nach mechanischer Fertigstellung der Anlage zu erfolgen. Nachfolgend wird dargelegt, dass die Voraussetzungen des Verzuges gegeben sind.

2.2.1.1 Keine Vollendung der Anlage

Ein Werk ist vollendet, sobald alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt worden sind (Gauch, N 101). **8** Im vorliegenden Fall erfolgte die mechanische Fertigstellung wie vertraglich vereinbart vierzehn Monate nach Unterzeichnung des Vertrages plus einer Gnadenfrist von vier Wochen, nämlich am 07. September 2005. Aufgrund der Instabilität der Anlage konnte jedoch der vereinbarte Garantietestlauf nicht durchgeführt werden. Somit gilt die Anlage als unvollendet.

2.2.1.2 Keine Abnahme der Anlage

Die Ablieferung, im Gesetz auch unter dem Begriff der Abnahme oder Übernahme anzutreffen, **9** bewirkt, dass die ordentlichen Erfüllungsansprüche untergehen. An dessen Stelle werden nach erfolgter Ablieferung bei gegebenen Voraussetzungen die Mängelrechte wirksam (Koller, N 59; Brändli, N 77). Die Ablieferung setzt die Vollendung des Werkes sowie die Vornahme der Ablieferungshandlungen voraus (BK, Koller, Art. 363, N 312; ZürK, Bühler, Art. 367, N 7). Die gesetzliche Ablieferungshandlung besteht bei einem Werk im Herrschaftsbereich des Bestellers aus einer Mitteilung, die dem Besteller anzeigt, dass das Werk vollendet ist (Brändli, N 112 ff.). Es ist ausserdem hervorzuheben, dass der Besteller nur ein vollendetes und mängelfreies Werk abnehmen muss (Brändli, N 114). Der Unternehmer darf dem Besteller kein unfertiges oder mangelhaftes Werk aufdrängen (BK, Koller, Art. 363, N 315). Es ist dabei unbeachtlich, ob es sich bei der Unvollständigkeit oder beim Mangel um eine erhebliche oder nur eine unbedeutende kleine Abweichung vom Vertrag handelt (Brändli, N 114).

Die Ablieferung ist häufig vertraglich anders geregelt wie dies das Gesetz vorsieht, so auch im **10** behandelten Fall (K-1, Ziff. 5.2.6). Insbesondere die vereinbarten Ablieferungshandlungen können von denen im Gesetz vorgesehenen abweichen. So spricht der Vertrag nicht von Ablieferung,

sondern von Abnahme und auch die Ablieferungshandlung ist nicht auf eine Vollendungsanzeige des Unternehmers beschränkt. Der Vertrag sieht vielmehr vor, dass die Abnahme nur dann erfolgen kann, wenn die Vertragsparteien gemeinsam die Verfahrensgarantien in einem Garantietestlauf nachgewiesen haben und die Bestellerin ihren Abnahmewillen durch die Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls kundtut (K-1, Ziff. 5.2.5.2). Erst durch die Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls gilt die Anlage als abgenommen. Der Garantietestlauf sollte dabei zwei Monate nach der mechanischen Fertigstellung erfolgen. Unbestritten ist dabei, dass sich die Klägerin aufgrund der Instabilität der Anlage mit der Durchführung der Garantietestläufe in Verzug befand (Klageschrift, Rn 18). Keineswegs geschah dies jedoch in Übereinstimmung mit der Beklagten. Sie musste vielmehr einsehen, dass es der Klägerin nicht gelungen war, die Anlage auf den vertraglich vorgesehenen Termin zu stabilisieren und den Garantietestlauf durchzuführen, sodass eine Überprüfung der Verfahrensgarantien zu diesem Zeitpunkt unmöglich war.

Es ist insbesondere festzuhalten, dass der Garantietestlauf gemeinsam durchgeführt werden sollte; **11** so hat die Unternehmerin die Bestellerin frühzeitig darüber zu informieren, wann der Garantietestlauf stattfinden werde (K-1, Ziff. 5.2.5.1). Diese Regelung hat Sinn, denn nur so ist gewährleistet, dass die Bestellerin auch tatsächlich mit eigenen Augen verfolgen kann, dass die Anlage vollendet und mängelfrei ist. Könnte der Unternehmer die Überprüfung der Verfahrensgarantien selbst vornehmen, wie dies genau im vorliegenden Fall passiert ist, wäre es stossend, von einer Überprüfung dieser Verfahrensgarantien zu sprechen. Der Unternehmer, der nur seine eigenen Interessen vertritt, würde nicht die gleiche kritische und sorgfältige Auseinandersetzung mit dem Werk vornehmen. Es ist nicht zu bezweifeln, dass die Klägerin ein grosses Interesse an einer raschen Durchführung des Garantietestlaufes hatte (Klageschrift, Rn 18). Dennoch weisen die Interessen der Klägerin in eine gänzlich andere Richtung wie diese der Beklagten: Während die Beklagte die Erreichung der Verfahrensgarantien und die Mängelfreiheit der Anlage vor Augen hat, ist das einzige Ziel der Klägerin, eine rasch erfolgte Abnahme zu erreichen, welche die Verjährungsfrist der Mängelrechte auslöst.

Nach erfolgter mechanischer Fertigstellung der Anlage musste die Beklagte feststellen, dass die **12** Anlage instabil ist und deshalb der Garantietestlauf zu einem verfälschten Ergebnis führen würde. Sie hat aus diesem Grund die Durchführung des Garantietestlaufes abgelehnt. Die Klägerin hat die Unstabilität der Anlage ebenfalls bemerkt und vorerst eingesehen, dass eine Prüfung der Verfahrensgarantien zu einem solchen Zeitpunkt sinnlos wäre (Klageschrift, Rn 18). Trotz der vertraglichen Vereinbarung (K-1, Ziff. 5.2.5.1), welche besagt, dass die Prüfung der Verfahrensgarantien gemeinsam erfolgen sollte, hat die Klägerin nach nur knapp zwei Monaten erfolgloser Versuche, welche die Anlage stabilisieren sollten, begonnen, die Prüfung der

Verfahrensgarantien gegen den Willen der Beklagten alleine durchzuführen. Es ist stossend, dass die Klägerin zu behaupten wagt, dass die Anlage über 25 Tage einwandfrei gelaufen ist, obwohl nur während 15 Tagen Daten zur Auswertung gesichert werden konnten. Die Beklagte hat somit diese Garantietestläufe zu Recht nicht anerkannt und die Anlage deswegen nicht abgenommen. Auch ist die vertraglich vorgesehene Spätestfrist (K-1, 5.2.5.4) nicht eingetreten, da die Klägerin aufgrund der Instabilität der Anlage die Verzögerungen zu verschulden hat.

Ausserdem wurde die Anlage von der Beklagten nicht abgenommen, da erhebliche Mängel an der Anlage festgestellt wurden. So entstand ein Leck beim Flüssigschwefelschlauch und das Hauptgebläse der Anlage funktionierte auch nicht richtig. Vertraglich wurde hingegen vereinbart (K-1, Ziff. 5.1), dass die Klägerin für eine einwandfreie Beschaffenheit der zu liefernden Anlageteile und Materialien einstehe und eine sachgemässe Konstruktion der Anlage garantiert. Die primäre Leistungspflicht ist somit klar umschrieben. Solange die Klägerin diese nicht erfüllt hat, muss sich die Beklagte keine mit erheblichen Mängeln behaftete Anlage aufdrängen lassen (vgl. Rn 9).

2.2.1.3 Vereinbarung vom 15. Dezember 2005

In der Klageschrift spricht die Klägerin fälschlicherweise davon, dass die Begriffe Probetrieb und Garantietestlauf verwechselt wurden (Klageschrift, Rn 34 ff.). Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Klägerin und die Beklagte vereinbarten, nach mechanischer Fertigstellung des Schwefelschmelztanks einen Probetrieb durchzuführen (K-4, Ziff. 1). Zusätzlich sollte nach erfolgtem Probetrieb noch ein dreitägiger Garantietestlauf mit der Gesamtanlage stattfinden, welcher sicherstellen sollte, dass die Anlage zusammen mit dem Schwefelschmelztank einwandfrei funktionierte (K-4, Ziff. 5). Der gemeinsame Wille der Vertragsparteien, diesen Garantietestlauf durchzuführen, ergibt sich auch aus einem späteren Faxschreiben der Klägerin (K-7). Die Klägerin war nicht bereit, diesen Garantietestlauf vertragsgemäss auszuführen. Somit hat die Beklagte die Anlage auch nicht abgenommen, da die in der vertraglichen Vereinbarung von der Klägerin übernommenen Pflichten nicht erfüllt worden sind und die Klägerin sich erneut in Verzug begab. Somit hatte die Beklagte das Recht ihre Gegenleistung nach Art. 109 Abs. 1 OR zu verweigern.

2.3 Unzulässige und widersprüchliche Freizeichnungsklauseln

Falls das Schiedsgericht sich wider Erwarten dafür entscheiden sollte, dass sich die Klägerin nicht im Schuldnerverzug befindet, ist aufzuzeigen, dass die Beklagte ihre Mängelrechte geltend machen kann. In den folgenden Ausführungen wird entgegen der Behauptung der Klägerin (Klageschrift, Rn 10 ff.) aufgezeigt, dass die im Vertrag vorgesehenen Abweichungen von der gesetzlichen Haftungsordnung unzulässig sind. Dies hat zur Folge, dass die betroffenen vertraglichen Klauseln

unwirksam sind (Schwenzer, Haftung aus Vertrag, S. 122) und die Beklagte die ihr zustehenden Mängelrechte ausüben kann.

Im Vertrag (K-1, Ziff. 5) sind sowohl Abweichungen der gesetzlichen Haftungsordnung wie auch Freizeichnungen, d.h. umfassende oder beschränkte Wegbedingungen der Mängelrechte zugunsten des Unternehmers vorgesehen (Gauch, N 2541). Es ist nicht unüblich, dass in einem Vertrag Haftungsbeschränkungen zu finden sind (Schmid, S. 309). Freizeichnungen sind zulässig; sie sind jedoch an gewisse im Gesetz vorgesehene Grenzen gebunden, welche insbesondere den Schutz des Bestellers zum Ziele haben (Schwenzer, Haftung aus Vertrag, S. 112). Von wichtiger Bedeutung ist insb. Art. 100 Abs. 2 OR. Im vorliegenden Vertrag wurde eben diese zwingend zu beachtende Regel verletzt. Der Vertrag lässt im Unklaren, ob die vorsätzliche und grobfahrlässige Haftung gänzlich ausgeschlossen werden soll; es ist jedoch sicher unzulässig, dass beim Vorliegen eines Schadens aufgrund einer vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Handlung auf Seiten des Unternehmers der Schaden auf eine Mindestsumme begrenzt werden kann, wie dies im Vertrag umschrieben wird (K-1, Ziff. 13.1). Genauso verhält sich dies bezüglich der Haftung aus den Verfahrensgarantien (K-1, Ziff. 5.2.5.5, 5.2.7 und 13); so ist die Entschädigung bei Nichterreichen der Verfahrensgarantien aufgrund einer vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Handlung der Klägerin auf eine Mindestsumme begrenzt.

Im Weiteren sind die vorgesehenen Verjährungsfristen für die Mängelrechte viel zu kurz (K-1, Ziff. 5.1); insb. da es sich um eine Anlage von gewisser Grösse handelt (Gauch, N 2494). Es ist hierbei von einer indirekten Haftungsbeschränkung auszugehen, welche nicht das Recht selber, sondern nur deren Ausführung erschwert.

2.4 Schlussfolgerungen

Die Klägerin hat ihre primären Leistungspflichten, bestehend aus der Schaffung einer mängelfreien und einwandfrei funktionierenden Anlage und der gemeinsame Durchführung der Garantietestläufe, nicht erbracht. Sie befindet sich somit im Verzug. Die Anlage ist weder vollendet noch ist sie frei von Mängeln. Im Weiteren kann die Beklagte ihre Gewährleistungsansprüche geltend machen, da die Vertrag vorgesehen Freizeichnungen widersprüchlich und unzulässig sind.

3 Der Rechtsnatur der Bankgarantie

Die Beklagte wird nachfolgend darlegen, dass die Vertragsparteien mit dem Begriff „Bankgarantie“ im Hauptvertrag (K-1, Ziff. 3.1) nicht eine Anzahlungs-, sondern eine Erfüllungsgarantie bzw. Gewährleistungsgarantie gemeint haben, welche zur Sicherung sämtlicher von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche geeignet ist.

3.1 Widersprüchliche Abgrenzungskriterien der Klägerin

In Rn 45 der Klageschrift macht die Klägerin allgemeine Ausführungen zu Sicherungsverträgen. 20 Sie unterteilt die Bankgarantie in Bürgschaft und Garantievertrag. Dies zeigt, dass die Klägerin das Wesen der Garantie und deren Abgrenzung von der Bürgschaft nicht verstanden hat. Eine Bankgarantie kann keine Bürgschaft sein, da allein im Wort „Garantie“ das Kriterium der Unabhängigkeit vom Grundgeschäft und damit die Hauptunterscheidung von der Bürgschaft zu erblicken ist (Westphalen, S. 431). Bürgschaftsähnliche Garantien sind zwar als eine Art einseitige Absicherung anerkannt; sie sind aber nicht unter den reinen Garantiebegriff zu subsumieren. Die Klägerin hätte somit anstelle der Bezeichnung „Bankgarantie“ den Oberbegriff „Sicherungsvertrag“ verwenden müssen. Sie hätte auch gestützt auf *Bühler* den Garantievertrag in eine reine bzw. unabhängige Garantie und in eine bürgschaftsähnliche Garantie unterteilen können (Bühler, S. 118 u. 119; Dohm, S. 29; Kleiner, S. 23 ff.).

3.2 Anzahlungsgarantie als günstigere Bankgarantie

Es ist unbestritten, dass durch den Garantievertrag dem Garantiebegünstigten lediglich Vorteile 21 entstehen; diese sind aber je nach Garantieart bzw. deren Sicherungsgegenstand von unterschiedlichem Umfang. Der Garantierauftraggeber wird dementsprechend mittelbar - durch die eingeschaltete Garantiebank - zu einer Leistung verpflichtet. In casu hatte die Klägerin diese Konstellation erkannt und versuchte durch die Gestaltung einer Anzahlungsgarantie ihren Leistungsumfang zu minimieren. Eine Anzahlungsgarantie bezweckt die Ansicherung einer weniger weit gehenden Leistungspflicht als eine Erfüllungsgarantie. Die Klägerin bezweckte dadurch, der Beklagten nur die Rückerstattung der Vorauszahlung zu sichern (Spaini, S. 263) und sich von anderen Verpflichtungen wie etwa Mängelbeseitigung oder Schadenersatzleistung zu befreien. Der Klägerin ist somit vorzuwerfen, dass sie ihre Befugnisse zur Gestaltung der Bankgarantie (K-1, Ziff. 3.1.1) und damit das Vertrauen der Beklagten ausgenutzt hat.

3.3 Schweigen als Annahme

Dem Argument der Klägerin (Klageschrift, Rn 53) ist gestützt auf dieselbe Literaturquelle 22 entgegenzuhalten, dass Schweigen nur ausnahmsweise als Annahme gilt (Schwenzer, N 28.34). Auch mit der Vorstellung, dass die Natur des Garantievertrages an sich der Beklagten nur Vorteile bringt, würde sich der Annahmewille bloss auf Zustimmung zum beantragten Vorteil beschränken. Dies ist jedoch nicht einem stillschweigenden Verzicht auf weitere oder andere Ansprüche gleichzustellen (Schwenzer, N 28.38). In casu ergibt sich eine Annahmefiktion bzgl. des Garantievertrags weder aus dem Vertrag noch aus dem Gesetz noch aus den Umständen und der

Natur des Geschäftes. Dass die Beklagte den Garantievertrag nicht abgelehnt hatte, hängt bloss mit ihrem kooperativen Verhalten sowie mit ihrem Vertrauen auf vertragsmässige bzw. rechtzeitige Erfüllung ihrer Vertragspartnerin zusammen. Die Klägerin kann somit mit dieser Begründung nicht ihren vertraglichen Verpflichtungen entgehen.

3.4 Tatbestand des Art. 18 Abs. 1 OR

Da der Wortlaut und die Formulierung der vorliegenden Bankgarantie für eine Anzahlungsgarantie 23 sprechen, bemüht sich die Beklagte nicht, daraus eine Erfüllungsgarantie zu zaubern, um ihre Ansprüche darauf stützen zu können. Vielmehr macht die Beklagte geltend, dass die vorliegende Bankgarantie nicht die von den Parteien gewollte Version, sondern die für die Klägerin günstigere Version darstellt. Nach Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung des Garantievertrags der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und nicht die unrichtige Bezeichnung zu berücksichtigen. Es gilt der Grundsatz „Falsa demonstratio non nocet“ (Zobl, S. 33). Der wirklich von den Parteien verfolgte Zweck bzgl. der Gestaltung einer Bankgarantie lässt sich i.c. nur anhand des Grundvertrags feststellen.

3.5 Konnexität vs. Akzessorität

Trotz Unabhängigkeit der Bankgarantie von dem ihr zugrunde liegenden Valutaverhältnis ist 24 zwecks ihrer vernünftigen Qualifikation immerhin eine genaue Auslegung des Grundvertrags und der damit verbundenen Haupt- und Nebenpflichten vorzunehmen. Denn die Bankgarantie wird i.d.R. im Konnex mit dem Hauptvertrag errichtet, indem sie in ihrer Präambel ausdrücklich auf dieses Schuldverhältnis Bezug nimmt (Dohm, S. 51; siehe auch K-3, Abs. 1). Diese Bezugnahme dient unabhängig von der Natur des Sicherungsvertrags dem Sicherungsobjekt bzw. dem Sicherungszweck der Bankgarantie (Kleiner, N 5.16). Die Situation bei grenzüberschreitenden Transaktionen ist somit eingehend zu analysieren und eine saubere Auslegung nach nationalem Recht unter Beizug internationaler Usanzen (lex mercatoria) vorzunehmen (Kleiner, N 3.17 u. 3.19).

3.5.1 Auslegung des Grundvertrages

Systematisch ist die Gestaltung der Bankgarantie im Vertrag unter Zahlungsbedingungen zu finden 25 (K-1, Ziff. 3). Die Art der Bankgarantie ist auch der allgemeinen Formulierung im Vertrag (K-1, Ziff. 3.1.1) nicht zu entnehmen, weshalb eine grammatikalische Auslegung des Grundvertrages nichts nützen würde. Hingegen ist es sinnvoll, die gestaltete Bankgarantie nach deren Sinn und Zweck anhand der gesamten Umstände des Vertragsschlusses zu qualifizieren.

3.5.2 Vertragliche Haupt- und Nebenpflichten der Klägerin

Es ist festzustellen, dass der Sicherungsgegenstand der Garantie in erster Linie die Herstellung des 26 Werkes i.S.v. Art. 363 OR, d.h. die Arbeitsleistung mit dem bestimmten Erfolg, als Hauptpflicht der Klägerin umfasst (siehe K-1, Ziff. 1.1). Weiter beinhaltet der Sicherungsgegenstand aber auch die Sorgfalts- und sonstige Nebenpflichten des Unternehmers (Spaini, S. 235). Die Sorgfaltspflicht i.S.v. Art. 364 Abs. 1 OR als unabdingbares Attribut der Unternehmerleistung, gebietet der Klägerin, im Interesse der Beklagten tätig zu werden und alles zu unterlassen, was dieser Schaden zufügen könnte (Spaini, S. 237). Da die Erstellung der Bankgarantie ausdrücklich im Vertrag (K-1, Ziff. 3) enthalten ist, gehört die Garantieleistungspflicht auch zur Hauptpflicht der Klägerin (Spaini, S. 239).

Der vorliegende Vertrag beinhaltet die Ausführung von grösseren Bauarbeiten mit einer Vergütung 27 von EUR 22 Mio. auf Grund und Boden der Beklagten über eine Dauer von ca. zwei Jahren. Während einer längeren Zeitspanne sind unvorhergesehene Ereignisse wie Zahlungsunfähigkeit oder höhere Gewalt (*vis maior*) nicht auszuschliessen. Solche Umstände könnten den Unternehmer an der Vollendung des von ihm geschuldeten Bauwerks hindern, was dem Besteller erheblichen Schaden zufügen könnte. In casu hatte somit die Beklagte beim Vertragschluss ein schwerwiegendes Interesse an der vertragsgemässen Werkausführung seitens der Klägerin. Dieses Interesse konkretisierte sich insoweit darin, dass die Beklagte sich gegen Vermögenseinbussen, die durch mangelhafte und / oder verzögerte Werkherstellung bzw. Werklieferung entstehen können, mittels der Bankgarantie absichern wollte. Eine solche umfassende Sicherung kann nur durch eine Erfüllungsgarantie gewährleistet werden (Spaini, S. 232).

3.6 Erfüllungsgarantie einschliesslich Gewährleistungsgarantie

In Rn 47 der Klageschrift unterteilt die Klägerin gestützt auf *Westphalen* eine Erfüllungsgarantie 28 hauptsächlich in Lieferungs- und Leistungsgarantie. Es muss ergänzt werden, dass gestützt auf dieselbe Literaturquelle die Erfüllungsgarantie jedoch u.a. auch die Gewährleistungsgarantie mitumfasst. Diese deckt das Risiko ab, dass die Sache Mängel aufweist. In der Praxis wird von den Banken nur eine einzige (Erfüllungs-) Garantie bzw. eine Gesamtgarantie erstellt, die die Gesamtheit der Risiken umfasst und deren Laufzeit bis zur Vertragserfüllung läuft (Westphalen, S. 438 u. 439). Die Behauptungen und Analysen der Klägerin sind widersprüchlich. In Rn 57 der Klageschrift qualifiziert sie die Bankgarantie als Anzahlungsgarantie, lässt jedoch für die Existenz der Lieferungs- und Leistungsgarantie (Erfüllungsgarantie) Raum. Für die Klägerin selbst ist also denkbar, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Parteien ursprünglich eine Erfüllungsgarantie errichtet werden sollte.

3.6.1 Der Sicherungsgegenstand

Der Sicherungsgegenstand der Erfüllungsgarantie ist von einem solchen grossen Umfang (Spain, S. 29 235 ff.), dass er zur Absicherung der ordnungsgemässen Lieferungen, vereinbarten Leistungen und „eventuell“ zur Mängelfreiheit bei Abnahme sowie zur Mängelbeseitigung innerhalb einer bestimmten Gewährleistungsfrist geeignet ist (Dohm, S. 36; Kleiner, S. 145). *Büsser* weist darauf hin, dass die Erfüllungsgarantien „bisweilen“ zusätzlich die Mängelfreiheit der Leistung sichern (*Büsser*, S. 111). Diese benötigt deshalb zu ihrer Absicherung „nicht immer“ selbstständige Garantien bzw. vertragliche Abreden, wie es die Klägerin in Rn 48 der Klageschrift zu Unrecht behauptet.

3.6.2 Vereinbarte Verfahrensgarantien

Die Parteien haben im Vertrag bestimmte Verfahrensgarantien vereinbart, zu deren Sicherstellung 30 die Klägerin sich verpflichtete (K-1, Ziff. 5.2.1; Anhang 10). Für die Beklagte ist es somit von erheblicher Bedeutung, dass die Anlage u.a. gewisse Mindestkapazitäten aufweist, was ein sicheres Indiz für die Vereinbarung einer Gewährleistungsgarantie darstellt (*Bühler*, S. 124; Spain, S. 272 ff.). Ausserdem sind entgegen der Feststellung der Klägerin in Rn 58 der Klageschrift die durch die Erfüllungsgarantie - einschliesslich Gewährleistungsgarantie - gedeckten Ansprüche der Beklagten sowohl tatsächlich als auch rechtlich existent. Wie vorne (vgl. Rn 5 ff.) bereits dargelegt, befand sich die Klägerin im Schuldnerverzug und die Haftungsausschlussklauseln sind unzulässig.

3.7 Vertragliche Verhandlungen

Einem Vertrag von grossem Umfang und langer Dauer liegen i.d.R. auch intensive und lange 31 Vorverhandlungen zugrunde. Nach dem Prinzip von Treu und Glauben ist deshalb davon auszugehen, dass die Umstände des Vertragschlusses für die Parteien erkennbar gewesen sind (*Kleiner*, N 3.9 u. 3.11). Die Klägerin als erfahrenes und spezialisiertes Unternehmen in dieser Branche (K-1, Präambel, Ziff. 3) hätte davon ausgehen müssen, dass die Beklagte bei Vertragsschluss an der vertragsmässigen Erfüllung der geschuldeten Leistung und nicht nur an der Absicherung der Rückerstattung des bereits geleisteten Betrags interessiert war. Ihr könnte deshalb u.a. eine Pflichtverletzung bei vorvertraglichen Verhandlungen vorgeworfen werden, was die Grundlage der Vertrauenshaftung (*culpa in contrahendo*) darstellt (*Schwenzer*, S. 356). Diese wird aber aufgrund ihrer Subsidiarität zur Vertragshaftung nicht näher behandelt (*Schwenzer*, S. 358 m.w.H. BGE 131 III 377, 380).

3.8 Stellung der eingeschalteten Garantiebank

In Rn 50 der Klageschrift versucht die Klägerin ihr fehlerhaftes Vorgehen zu retouchieren, indem 32

sie den Umgang der Fjordbank mit dem Garantievertrag in den Vordergrund stellt. Sie behauptet, dass die Fjordbank als glaubwürdiges Finanzinstitut mit Fachkenntnissen und Erfahrungen im Bereich Sicherungsgeschäfte die richtige Bezeichnung für die Bankgarantie gewählt haben müsste. Dieses Argument ist aber aus zwei Gründen nicht stichhaltig:

3.8.1 Die Garantiebank als neutrale Dritte

Die Bank verhält sich aufgrund der Abstraktheit der Bankgarantie im Verhältnis zwischen Klägerin **33** und Beklagten als unabhängige und solvente Drittperson neutral (Dohm, S. 35). Die Fjordbank hatte deshalb keinerlei Pflicht, zu prüfen, ob der von der Klägerin gestaltete Garantievertrag dem wirklichen Willen der Parteien des Valutaverhältnisses entspricht. Zudem ist die Bank bereits auf erste Anforderung der Beklagten (K-3, Abs. 3) zur Leistung der Garantiesumme verpflichtet, ohne nach Eintritt des materiellen Garantiefalls zu forschen.

3.8.2 Auftragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Fjordbank

Es besteht zwischen der Bank und der Klägerin ein Auftragsverhältnis i.S.v. Art. 394 ff. OR. **34** Infolgedessen handelt die Fjordbank als Beauftragte im Interesse der Klägerin und hat ihren Weisungen zu folgen. Eine Abweichung von den erteilten Vorschriften wäre nur u.U. von Art. 397 Abs. 1 OR denkbar. Ansonsten gilt der Auftrag nach Abs. 2 dieser Bestimmung nur dann als erfüllt, wenn die Bank die daraus erwachsenen Nachteile auf sich nehmen würde. In der Praxis werden für verschiedene Garantiearten international anerkannte Texte als Standardwerke angewendet, die durch die Garantiebank dem Garantieauftraggeber zugestellt werden. Vorliegend ist die Lage anders, da die Fjordbank die Bankgarantie so ausgestaltet hat, wie die Klägerin sie in Auftrag gegeben hat (Beschluss Nr. 2, Ziff. 1). Die Bank muss sich dagegen nicht wehren, solange die Garantie förmlich sowie inhaltlich fehlerfrei ist und den internationalen Usanzen entspricht. Die vorliegende Bankgarantie ist an sich nicht problematisch und enthält keine ungewöhnlichen Klauseln, weshalb die Fjordbank sie problemlos akzeptierte. Dies bedeutet aber nicht, dass die Bankgarantie von Vertragsparteien als Anzahlungsgarantie errichtet werden sollte.

4 Inanspruchnahme der Bankgarantie

Es ist unbestritten, dass die Beklagte die formellen Voraussetzungen der Inanspruchnahme der **35** Bankgarantie erfüllt hat (siehe Klageschrift, Rn 60). Der formelle Garantiefall ist somit eingetreten. Mangels Vertragserfüllung durch die Klägerin ist auch der materielle Garantiefall eingetreten (siehe vorne Rn 6 ff.). Die Beklagte wird im Folgenden nachweisen, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie mangels Rechtsmissbrauchs berechtigt ist und dass die Klägerin dies zu Unrecht zu verhindern versucht.

4.1 Keine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie

4.1.1 Unabhängigkeit von Bankgarantien

Das Wesensmerkmal einer Bankgarantie ist ihre Unabhängigkeit vom Grundgeschäft, weshalb **36** gegen die Inanspruchnahme einer Bankgarantie keine Einreden und Einwendungen aus dem Valutaverhältnis geltend gemacht werden können (Zobl, S. 42 f.; Dohm, N 98 ff.). Gemäss dem Wortlaut des Garantievertrags hat die Beklagte auf ihre schriftliche Anforderung hin Anspruch auf Auszahlung der Garantiesumme (K-3, Abs. 4). Dies ist ein ausdrücklicher Verzicht auf Nachweis der Rechtmässigkeit des Garantieabrufs (Kleiner, N. 5.32).

In Rn 62 der Klageschrift behauptet die Klägerin, die Beklagte beanspruche die Bankgarantie **37** rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB, was zu einer Durchbrechung des Prinzips der Unabhängigkeit einer Bankgarantie führe. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, was nachfolgend aufgezeigt wird.

4.1.2 Rechtsmissbrauch

4.1.2.1 Engere Auslegung des Rechtsmissbrauchsbegriffs

Die Klägerin weist in Rn 66 ihrer Klageschrift auf *Dohm* hin, der den Begriff des **38** Rechtsmissbrauchs weniger streng definiert (Dohm, N 227 und 233). Die Klägerin folgt seiner Definition mit der Begründung, dass bei einer allzu strengen Definition des Rechtsmissbrauchs das bereits sehr hohe Risiko des Garantierauftraggebers noch erhöht wird. Durch den Hinweis, dass sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung häufig *Dohms* Ansicht folgen, versucht die Klägerin ihrer Ansicht Nachdruck zu verleihen (vgl. Klageschrift, Rn 67). Es gilt aber zu beachten, dass gem. Klägerinnenseite die Rechtsprechung lediglich „häufig“ dieser Ansicht folgt, weshalb ihr keine absolute Geltung zukommt.

In Ziff. 16.2 des Vertrags (K-1) haben sich die Parteien für allfällige sich aus dem Vertrag K-1 **39** ergebende Streitigkeiten auf eine Schiedsgerichtsbarkeit geeinigt. Dies in der Meinung, dass das Schiedsgericht am besten in der Lage ist, der wirtschaftlichen und weltweit bedeutenden Funktion einer unabhängigen Bankgarantie für die verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer bei der Urteilsfällung Rechnung zu tragen und dafür auch den Blick ins Ausland zu wenden (siehe Löw, S. 159 ff.).

Die Klägerin und die Beklagte entschieden sich, die vertragsgemässen Lieferungen und Leistungen **40** durch die Klägerin mit einer Bankgarantie (K-3) abzusichern (Beschluss Nr. 2, Ziff. 1). Damit legten sie zugleich fest, wer welche Geschäftsrisiken übernimmt. Entsprechend dem unabhängigen Charakter einer Bankgarantie wurde dadurch das Prozess- und Vollstreckungsrisiko auf die Klägerin verschoben (Löw, S. 158 ff.).

Bei einer weiten Auslegung von Rechtsmissbrauch, die u.a. *Dohm* fordert, besteht die Gefahr, dass 41 Rechtsmissbrauch vorschnell bejaht wird und die Inanspruchnahme der Bankgarantie verhindert würde. Eine solche Umverteilung der vertraglich übernommenen Risiken entspricht jedoch nicht dem Sinn der Bankgarantie. Die Rechtsnatur der unabhängigen Bankgarantie wäre gefährdet und ihre wirtschaftliche Bedeutung zerstört. Mit einer grosszügigeren Bejahung von Rechtsmissbrauch würde nicht nur die Zuverlässigkeit des Sicherungsinstruments, sondern auch die Rechtssicherheit im internationalen Handel beeinträchtigt werden. Würde Rechtsmissbrauch vorschnell bejaht, dürfte die Bank häufig einer Inanspruchnahme der Bankgarantie nicht Folge leisten, denn ihr Ruf würde geschädigt und das Vertrauen, welches der betreffende Bankenplatz in der internationalen Öffentlichkeit genießt, wäre gefährdet. Zudem würde die Bankgarantie ihren wirtschaftlichen Wert verlieren (siehe auch Löw, S. 163 f.). Aufgrund dieser Überlegungen ist deshalb einer engeren Auslegung des Rechtsmissbrauchsbegriffs, wie sie von *Kleiner* und auch im französischen Recht vertreten wird, zu folgen (*Kleiner*, N 21.44 u. N 21.49; *Müller*, S. 123). Danach setzt die Bejahung von Rechtsmissbrauch voraus, dass die Bankgarantie arglistig bzw. in Schädigungsabsicht beansprucht wird.

Vorliegend ist aber die Beklagte diejenige, die Schaden erlitten hat. Die Klägerin hat ihre 42 vertraglichen Pflichten nicht erfüllt und trotzdem bereits den Kaufpreis von EUR 22 Mio. eingezogen (vgl. Rn 6 ff.). Die Beklagte versucht durch die Inanspruchnahme der Bankgarantie, ihren eigenen Schaden möglichst klein zu halten. Die Bankgarantie wurde deshalb nicht arglistig, mit der Absicht die Klägerin zu schädigen, in Anspruch genommen.

Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten einer weiten Auslegung des Rechtsmissbrauchsbegriffs 43 folgen, wird nachfolgend aufgezeigt, dass auch bei einer weniger strengen Auffassung von Rechtsmissbrauch, sich die Beklagte nicht rechtsmissbräuchlich verhält (*Dohm* N 240; z.B. ZR 88 (1989) Nr. 60).

4.1.2.2 Weite Auslegung des Rechtsmissbrauchsbegriffs

Die Klägerin, die sich häufig in ihrer Klageschrift auf *Dohm* stützt, hat ausser Acht gelassen, dass 44 sowohl *Dohm* als auch weitere Lehrmeinungen nicht oft genug den Grundsatz von „erst zahlen, dann prozessieren“ betonen (*Dohm*, N 230; vgl. Löw, S. 160; Westphalen S. 468). Die Liquiditätsfunktion darf nur in Extremfällen angetastet werden, d.h. Rechtsmissbrauch wird nur in sehr restriktiver Weise und nur als ultima ratio anerkannt (*Zobl*, S. 44; Westphalen, S. 470). Dabei wird zwischen unberechtigter und rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie unterschieden. Im ersten Fall bestehen häufig Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien des Grundverhältnisses. Hingegen steht einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie dem Begünstigten unter keinem vernünftigen in Betracht kommenden rechtlichen

Aspekt ein Anspruch auf Garantieabruf zu (Dohm, N 227 u. 233). *Dohm* anerkennt denn auch, dass diese Voraussetzungen nur erfüllt sind, wenn es nicht notwendig ist, zusätzliche Beweismittel heranzuziehen, zu Beweisaufnahmen zu schreiten oder Dritte in den Streit hineinzuziehen (vgl. Hinweis in Dohm, N 235).

Die Klägerin macht in Rn 69 ff. der Klageschrift drei Missbrauchstatbestände gegen die Beklagte 45 geltend. Nachfolgend wird dargelegt, dass keine dieser Missbrauchstatbestände vorliegen.

4.1.3 Keine Missbrauchstatbestände auf Seite der Beklagten

Die Klägerin erwirkte beim Gericht in Oslo eine einstweilige Verfügung, die der Bank vorläufig die 46 Zahlung der Bankgarantiesumme verbot. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass das norwegische Gericht die Inanspruchnahme der Bankgarantie als rechtsmissbräuchlich erachtet hat.

4.1.3.1 Keine vertragsgemäße Leistung der Klägerin

Die Klägerin behauptet, sie habe ihre Verpflichtungen aus dem Grundverhältnis erfüllt, weshalb die 47 Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich erfolgte (Klageschrift, Rn 69).

Wie bereits in Rn 14 aufgezeigt wurde, gilt die Anlage mangels Durchführung des vereinbarten 3- 48 tägigen Garantielaufs (K-4; K-7, B-2 u. B-3) von der Beklagten nicht als abgenommen. Es ist unergründlich, weshalb die Klägerin die Bankgarantie um zwei Jahre verlängert (B-3) hat, obwohl die Anlage, wie es von ihr zu Unrecht behauptet wird, als abgenommen zu gelten hat. Damit gibt die Klägerin indirekt zu, dass auch sie nicht von einer „Anzahlungsgarantie“, sondern von einer Erfüllungsgarantie ausging, womit auch bei einer allfälligen Abnahme Gewährleistungsansprüche von der Bankgarantie erfasst sind.

Mangels Vertragserfüllung ist die Behauptung der Klägerin, die Beklagte versuche sowohl in den 49 Genuss der Leistung der Klägerin, als auch derjenigen der Bank zu gelangen, demnach nicht richtig. Es ist gerade umgekehrt. Die Klägerin versucht trotz Nichterfüllung ihrer vertraglichen Leistungen die von der Beklagten bezahlten EUR 22 Mio. zu verbuchen, ohne den Garantiebtrag von EUR 4.4 Mio. einbüßen zu müssen.

Da die Vertragsparteien sich bzgl. vertraglicher Erfüllung nicht einigen können, sollte das 50 Schiedsgericht als Dritte darüber entscheiden. *Dohm* verneint bei einer solchen Uneinigkeit betreffend der Erfüllung vertraglicher Pflichten das Vorliegen von Rechtsmissbrauch (siehe vorne Rn 44; Dohm, N 227, 233 u. 235). Diese Verneinung ist ganz im Sinne der *Maxime* „im Zweifel zugunsten des Begünstigten“, denn die Bevorzugung des Begünstigten durch Eingehung einer Bankgarantie darf nicht ignoriert werden (Westphalen, S. 204).

4.1.3.2 Erfüllung von Mitwirkungspflichten der Beklagten

Als einen weiteren Missbrauchstatbestand wirft die Klägerin der Beklagten vor, sie hätte die Bankgarantie in Anspruch genommen, obwohl sie ihre Mitwirkungspflichten verweigert habe und das Erbringen der Leistung behindert hätte (siehe Klageschrift, Rn 75 ff.). 51

Die von der Klägerin durchgeführten Tests zum Nachweis der Verfahrensgarantien können nicht als zulässige Garantietestfahrten angesehen werden. Die Beklagte, die im Umgang mit der Schwefelsäureanlage vertraut ist, erkannte, dass trotz Umbau Schwierigkeiten an der Anlage auftraten. Die Schwierigkeiten sind unbestritten, bestätigte doch die Klägerin in K-4 deren Vorliegen. Die Klägerin führte zwei weitere Garantietests durch, in der Hoffnung, die Schwierigkeiten würden verschwinden. Obwohl die Schwierigkeiten bekannt waren, versuchte die Klägerin penetrant die Beklagte zur Abnahme der Verfahrensgarantien zu bewegen. Die Beklagte hat die von der Klägerin anberaumten Tests zu Recht zurückgewiesen, denn der Zweck eines Garantietestlaufs ist nicht die Verfahrensgarantien kurzfristig nachzuweisen. Bei einem kurzfristigen Nachweis hätte die Beklagte ebenso gut auf eine vertragliche Zusicherung einer Garantietestfahrt verzichten können und direkt Gewährleistungsansprüche gegen die Klägerin geltend machen können. 52

Die Beklagte war aber an einer einvernehmlichen Lösung mit der Klägerin interessiert, weshalb sie der Klägerin kooperativ entgegenkam und auf gewisse Ansprüche verzichtete (K-4). Sie hat der Klägerin nie damit gedroht, die Bankgarantie zu beanspruchen, wenn die Laufzeit der Bankgarantie nicht verlängert würde. Dies wird von der Klägerin auch nicht behauptet resp. bewiesen. Der Beklagten allenfalls eine „extend or pay“ - Aufforderung zu unterstellen ist daher gegenstandslos (vgl. Büsser, N 817). 53

Die Klägerin behauptet u.a., die Fehlfunktion der Anlage sei auf die nicht sachgemässe Betreuung und Wartung der Anlage durch die Beklagte zurückzuführen (Einleitungsanzeige, Ziff. 15). Zudem wirft sie der Beklagten vor, der Generaldirektor habe sein Personal angewiesen, die Klägerin bei der Durchführung der Garantieläufe nicht zu unterstützen (Klageschrift, Rn 80). Bei letzterem Vorwurf weist die Klägerin zum „Beweis“ auf ihre eigene Aussage in Ziff. 6 ihrer Einleitungsantwort hin. Gemäss *Dohm* ist zur Annahme von Rechtsmissbrauch gehörige Skepsis angebracht, wenn der Garantieauftraggeber von ihm selbst stammende mündliche und schriftliche Erklärungen beibringt (*Dohm*, N 242). In keinem schriftlichen Dokument des Geschäftsführers der Klägerin an den Geschäftsführer der Beklagten wurde je erwähnt, dass die Beklagte die Anlage unsachgemäss betrieben hätte oder dass der Geschäftsführer der Beklagten sein Personal angewiesen habe, die Klägerin nicht zu unterstützen. Eine solche Rüge wäre jedoch bei tatsächlichem Bestehen dieser Vorwürfe naheliegend gewesen. Die Behauptungen der Klägerin sind somit reine 54

Schutzbehauptungen, die sie sich für das vorliegende Schiedsverfahren ausgedacht hat. Für die Annahme von Rechtsmissbrauch reichen solche bestrittene Vorwürfe nicht, weshalb ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch auf Seiten der Beklagten sich dadurch nicht herleiten lässt.

4.1.3.3 Zweckmässiger Garantieabruf der Beklagten

Als dritten Rechtsmissbrauchstatbestand wirft die Klägerin der Beklagten vor, sie beanspruche die 55 Garantie zur Deckung einer anderen Forderung (Klageschrift, Rn 85 ff.). Die Bankgarantie sichert die Beklagte ab für den Fall, dass die Klägerin die vollständigen und rechtzeitigen Lieferungen und Leistungen gem. dem Grundverhältnis (K-1) nicht erbringt (K-3, Abs. 4). In Rn 6 ff. wurde bereits aufgezeigt, dass die Klägerin die von der Bankgarantie erfassten Lieferungen und Leistungen nicht erfüllt hat. Die Beklagte beanspruchte trotzdem die Bankgarantie nicht sofort, sondern sie wollte der Klägerin nochmals eine Chance geben und erklärte sich deshalb bereit, den vom 27. November bis 1. Dezember 2005 durchgeführten Garantielauf als erfüllt anzusehen (K-4). Dies unter der Bedingung, dass nach Einbau des neuen Schwefelschmelztanks ein dreitägiger Garantielauf der Gesamtanlage durchgeführt wird. Der Beklagten wurde ein solches kostenloses Ausführungsrecht von Nachbesserungs- und / oder Änderungsarbeiten ausdrücklich in K-1, Ziff. 5.2.5.5 zugestanden. Die Garantie bezieht sich damit weiterhin auf die abgeänderte Unternehmensleistung (Spaini, S. 240) und die Vereinbarung führte zu keiner tief greifenden Umgestaltung des Grundverhältnisses. Vielmehr ist der 3-tägige Garantielauf Ausfluss vom Grundvertrag und damit davon erfasst. Der Qualität eines Garantielaufs, wie sie im Vertrag (K-1) vereinbart wurde, wird nur gerecht, wenn der Schwefelschmelztank eingebaut wird und die dreitägige Garantiefahrt erfolgt. Da die Klägerin zudem die Bankgarantie von sich aus verlängert (B-3), zeigt sie, dass auch sie die Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (K-4) vom Zweck der Bankgarantie als miterfasst betrachtet.

4.2 Kein Unterlassungsanspruch der Klägerin bzgl. Garantieabrufs

Da der Garantiefall formell eingetreten ist und sich die Beklagte nicht rechtsmissbräuchlich verhält, 56 darf der Beklagten gem. dem Grundsatz von „erst zahlen, dann prozessieren“ nicht verboten werden, die Bankgarantie im Umfang von EUR 4.4 Mio. in Anspruch zu nehmen. Für die Beurteilung, ob die Inanspruchnahme materiell zulässig ist, für welche die Beklagte keine Beweislast trägt. Die Klägerin ist auf einen Rückforderungsprozess zu verweisen.

5 Kein Herausgabeanspruch der Klägerin bzgl. Bankgarantieurkunde

Die Beklagte hat in Rn 46 ff. nachgewiesen, dass sie sich nicht rechtsmissbräuchlich verhält. 57 Gemäss Abs. 7 des Garantievertrags (K-3) muss die Beklagte das Original der Garantieerklärung erst nach Ablauf des Verfalldatums oder bei Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus der Garantie

an die Bank zurückgeben. Die Beklagte nahm die Bankgarantie fristgerecht am 4. Oktober 2006 in Anspruch. Die Klägerin hat sich dabei so lange gegen die Auszahlung gesperrt, dass nun das ehemals vereinbarte Verfalldatum vom 3. Januar 2007 abgelaufen ist. Dies ist jedoch unbedeutend. Die Klägerin hat der Beklagten eine zweijährige Verlängerung der Bankgarantie zugestanden (B-3), womit die Bankgarantie auch heute noch nicht verfallen ist. Macht die Klägerin geltend, die Bankgarantieverlängerung sei ungültig, so verhält sie sich wider Treu und Glauben, wenn sie trotz ihres Eingeständnisses nun in Rn 102 der Klageschrift von der Bank, gestützt auf das Deckungsverhältnis, verlangt, letztere müsse die Bankgarantie von der Beklagten herausverlangen. Die Beklagte wurde aus der Bankgarantie nicht befriedigt, obwohl die Klägerin ihre Pflichten nicht erfüllt hat (Rn 6 ff.). Würde die Beklagte die Garantieurkunde vor Ablauf der Frist zurückgeben, würde dieser Akt als Verzicht auf die Inanspruchnahme der Garantie betrachtet werden (Kleiner, N 25.03). Die Beklagte hat somit entgegen der Behauptung der Klägerin ein berechtigtes Interesse, weiterhin im Besitz der Bankgarantie zu bleiben.

Im Garantievertrag (K-3) wurde der Hinfall der Garantieverpflichtung nicht ausdrücklich an die Rückgabe der Bankgarantieurkunde geknüpft, weshalb die Rückgabevereinbarung nur als Ordnungsvorschrift gilt (Kleiner, N 25.03). Auch wenn vorliegend die Rückgabe der Garantieurkunde vereinbart wurde, steht dieser Verpflichtung zudem die kaufmännische Aktenaufbewahrungspflicht der Beklagten entgegen (Kleiner, N 25.04). Die Klägerin hat somit keinen Anspruch auf Herausgabe der Garantieurkunde. **58**

6 Prozessführungsverbot

Wie die Klägerin geht auch die Beklagte von der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung aus, wodurch das Schiedsgericht Zürich zuständig ist. Diese Vereinbarung schliesst die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zagreb nicht aus (Klageschrift, Rn 107). **59**

6.1 Zuständigkeit

Die Klägerin bezieht sich in ihrer Klageschrift bzgl. der Zuständigkeit des Zürcher Gerichts auf das System des „forum non conveniens“ (Klageschrift, Rn 110). Diese Theorie entspringt dem angloamerikanischen Recht und soll i.c. direkt auf das hier zu beurteilende Verfahren angewendet werden. In der Schweiz ist die Anwendbarkeit des „forum non conveniens“ verpönt. Das Schweizer Recht hat sich gegen das „forum non conveniens“ entschieden (Dasser, S. 8). Dies ergibt sich u.a. auch aus Art. 9 Abs. 1 IPRG. **60**

Weiter stützt sich die Klägerin auf verschiedene Literatur (Klageschrift, Rn 112), nach welcher internationale Schiedsgerichte nicht an einen schweizerischen *numerus clausus* von vorsorglichen **61**

Massnahmen gebunden sind. Dies mag so zutreffen; vergessen werden darf aber nicht die Frage, ob eine solche Massnahme, i.c. also eine antisuit-injunction, gegen zwingendes Völkerrecht bzw. gegen die Bundesverfassung verstösst. Dies entspringt auch dem Gedanken von *Walter / Bosch / Brönimann*. Ihrer Ansicht nach ist das massgebliche Verfahrensrecht für ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz gemäss Art. 182 IPRG dasjenige, welches die Parteien bestimmten bzw. bestimmt haben (*Walter/Bosch/Brönimann*, S. 139). Dies hätte die Klägerin ebenfalls nachlesen können, wenn sie nicht vorzeitig mit der Lektüre dieses Buches aufgehört hätte. In casu ist das anwendbare Recht das materielle Schweizer Recht unter Ausschluss des einheitlichen UN-Kaufrechts.

6.2 Verstoss gegen übergeordnetes Recht

6.2.1 Grundsatz „Fair Trial“

Gemäss Art. 6 EMRK sowie Art. 14 des UNO-Paktes II hat jeder Mensch ein Recht auf Zugang zu **62** einem Gericht sowie ein Recht auf eine Entscheidung, was sich aus dem Grundsatz fair trial ergibt. Dasselbe ergibt sich ebenso aus Art. 29a BV (Vgl. dazu auch Meier, S. 165). Durch eine antisuit-injunction sollen kroatische Gerichte dazu verpflichtet werden, die hängigen Prozesse gegen die Fjordbank einzustellen (Klageschrift, Rn 135). Dadurch würde der Beklagten der freie Zugang zu einem staatlichen Gericht verwehrt werden, was sowohl gegen die Schweizer Bundesverfassung als auch gegen zwingendes Völkerrecht verstossen würde. Allein dadurch zeigt sich, dass das Institut des Prozessführungsverbotess weder hier noch in irgend einem anderen Fall angewendet werden darf.

6.2.2 Verstoss gegen das Interventionsprinzip

Die Aussprechung eines Prozessführungsverbotess würde sich i.c. gegen kroatische Gerichte richten. **63** Diese unterstehen nicht der Gesetzgebungshoheit der Schweiz, müssten sich aber dennoch Schweizer Recht unterstellen, da die Grundlage der Aussprechung einer – wie von der Klägerin geforderten – antisuit-injunction nicht etwa ein Staatsvertrag zwischen Kroatien und der Schweiz oder etwa das vereinheitlichte LugÜ darstellt, sondern das international unvereinheitlichte Schweizer IPRG (Vgl. dazu Stacher, S. 68). Das IPRG regelt Fälle von parallelen bzw. konkurrierenden Verfahren nicht.

Es stellt sich zwangsläufig die Frage, ob eine antisuit-injunction nicht gegen das **64** Interventionsprinzip i.S.v. Art. 2 Ziff. 7 der UNO-Charta verstösst. Eine verbotene Intervention liegt vor, wenn sich ein Staat in einen Bereich einmischet, für welchen der ausländische Staat ausschliesslich zuständig ist und dies mittels Zwang erfolgt (Stacher, S. 72). Durch Aussprechung einer antisuit-injunction würde sich die Schweiz unbestritten in einen Bereich einmischen, für welchen aber Kroatien ausschliesslich zuständig ist. Es fragt sich aber, ob ein solches Verhalten mit

Zwang i.S. der UNO-Charta erfolgen würde oder nicht. Amerikanische und englische Gerichte erachten Prozessführungsverbote nicht als Zwang ggü. einem ausländischen Staat; ihrer Ansicht nach erfolgt dieser vielmehr ggü. einer natürlichen oder juristischen Person (Vgl. Stacher, S. 72). Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass für einen Urteilsspruch bzw. für eine Verfahrenseinstellung nie die einzelne Person, sondern das ausländische Gericht zuständig ist. Die angloamerikanische Sichtweise stützt sich nur auf formelle Gesichtspunkte, vergisst aber die tatsächlichen Auswirkungen auf die Rechtssprechung des Zielgerichtes miteinzubeziehen (Stacher, S. 72 m.w.H.). Dadurch wird ein mittelbarer Zwang auf das Zielgericht ausgeübt. Dieser wird von einem Teil der Lehre als tatbestandsmässig erachtet (Stacher, S. 73 m.w.H.). Dieser Ansicht folgt sogar *Hau* (Vgl. Stacher, S. 73 m.w.H.), welcher eigentlich ein Prozessführungsverbot als ultima ratio für zulässig betrachtet.

6.2.3 Prozessführung als Verstoss gegen übergeordnetes Recht

Wie vorne aufgezeigt, (Vorne, Rn 62 ff.) würde ein Prozessführungsverbot nicht nur den freien **65** Zugang zu einem Gericht verunmöglichen, sondern es würde auch gegen die von der Schweiz ratifizierte UNO-Charta verstossen. Eine antisuit-injunction ist demnach unter völkerrechtlichen Aspekten als völkerrechtswidrig einzustufen. Sie darf somit nicht in Form einer vorsorglichen Massnahme i.S.v. Art. 183 Abs. 1 IPRG erlassen werden. Dennoch soll im Folgenden weiter aufgezeigt werden, weshalb eine antisuit-injunction nicht zulässig ist.

6.3 Voraussetzungen für eine antisuit-injunction

Für die Aussprechung einer antisuit-injunction wird die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes **66** sowie eines Verfügungsanspruches vorausgesetzt (Vgl. Jegher, S. 175 m.w.H.).

6.3.1 Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes

Ein Verfügungsgrund für eine antisuit-injunction ist ein „nicht leicht wieder gutzumachender **67** Nachteil“ (Jegher, S. 175; BSK-IPRG, Berti, Art. 183, N 8). Die Klägerin erblickt diesen Nachteil darin, dass sie die Garantiesumme von EUR 4.4 Mio. im Land der Beklagten zurückfordern müsste. Die Klägerin übersieht dabei aber, dass sich die Klage der Beklagten in Kroatien gegen die Fjordbank richtet und nicht gegen die Klägerin selbst. Die Bankgarantie geht aus dem Garantieverhältnis heraus und ist als solche losgelöst vom Valutaverhältnis zu beurteilen (vgl. vorne). Demnach müsste die Klägerin nicht selbst die Garantiesumme, welche im Übrigen der Beklagten zusteht, in Kroatien einfordern. Weiter spricht die Klägerin davon, dass sie als Auftraggeberin der Fjordbank gem. Art. 402 Abs. 1 OR verpflichtet ist, ihrer Auftragnehmerin allfällige, in Kroatien entstehende Prozesskosten, zurückzuerstatten (Vgl. Klageschrift, Rn 117 f.).

Dieses Interesse seitens der Klägerin mag zwar bestehen. Ein solches ist jedoch rein finanzieller Natur. Dies reicht allerdings - wie von der Klägerin richtig dargelegt (vgl. Klageschrift, Rn 116) – noch nicht, um von einem leicht wieder gutzumachenden Nachteil zu sprechen. Die Klägerin kann somit keinen Verfügungsgrund glaubhaft machen, da ein solcher nicht besteht.

6.3.2 Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruches

Englische Gerichte erlassen antisuit-injunctions, wenn entweder das konnexe bzw. identische 68 ausländische Verfahren schikanös oder missbräuchlich ist oder wenn das ausländische Gericht, etwa aufgrund einer Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung, nicht für einen Sachentscheid zuständig ist (Liatowitsch, S. 147; Jegher, S. 147).

6.3.2.1 Konnexe und identische Verfahren

Die Klägerin schreibt in ihrer Klageschrift, dass der vorliegende Schiedsprozess identisch mit 69 demjenigen in Kroatien und in Oslo ist (Klageschrift, Rn 127). Inwiefern diese Verfahren aber identischen Charakter haben, ist der Klageschrift nicht zu entnehmen. Das in Kroatien hängige Verfahren beruht (wie bereits vorne aufgezeigt, Rn 36 ff.) auf dem Garantieverhältnis. Dieses ist losgelöst vom Valutaverhältnis zu beurteilen (vgl. vorne Rn 36 ff.). Somit kann grundsätzlich nicht die Rede von identischen oder konnexen Verfahren sein (vgl. Rn 24 ff.).

6.3.2.2 Schikanöse oder missbräuchliche Verfahren

Der Klägerin steht die Garantiesumme von EUR 4.4 Mio. zu (vgl. vorne). Es fragt sich nun, ob die 70 Art und Weise oder der Ort der Prozessführung als missbräuchlich und schikanös angesehen werden kann (Jegher, S. 94). Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn eine Klage im bösen Glauben eingeleitet wurde (Vgl. Jegher, S. 94 m.w.H.).

In casu ist das Garantieverhältnis unabhängig vom Valutaverhältnis zu beurteilen (Vgl. vorne). 71 Demnach ist die Beurteilung des vorliegenden Verfahrens unabhängig von etwaigen anderen Verfahren in anderen Ländern zu sehen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die in Kroatien anhängigen Prozesse in ihrer Art und Weise missbräuchlich sein sollen. Ebenso gilt dasselbe für den Ort der Prozessführung. Die Beklagte hat ihren Sitz in Kroatien. Deshalb ist unergründlich, weshalb die Beklagte nicht in Kroatien klagen darf. Somit sind die in Kroatien eingeleiteten Prozesse weder schikanös noch missbräuchlich.

6.4 Das Institut des Prozessführungsverbot

Die Schweizer Lehre nimmt bzgl. der Zulässigkeit von antisuit injunctions eine eindeutige Stellung 72 ein. *Isaak Meier* meint, dass „im schweizerischen Recht [...] eine solche Massnahme undenkbar“ (Meier, S. 165) wäre. *Schnyder und Liatowitsch*, welche von der Klägerin auf rund fünf Seiten

sieben Mal zitiert werden, sehen die Gefahr von antisuit-injunctions darin, dass sich mehrere Gerichte für zuständig erklären und sich gegenseitig bekämpfen. Weiter ergibt sich für sie ein Problem in der Rechtssicherheit und in der Vorhersehbarkeit ein Problem (Vgl. Schnyder / Liatowitsch, N 328). Ebenso sagt *Jegher*, dass die Aussprechung einer antisuit-injunction mit Vorsicht auszuüben ist (Jegher, S. 96). Einzig bejaht *Wirth* für das Schweizer Recht - aber nur als ultima ratio - die Möglichkeit der Aussprechung einer antisuit-injunction (Wirth, S. 31 ff.).

Neben den vorne bereits erwähnten Bedenken bzw. rechtlichen Problemen mit antisuit-injunctions, **73** ergeben sich noch weitere Gründe, weshalb vom Institut des Prozessführungsverbotens Abstand genommen werden muss. Eine antisuit-injunction kann etwa internationale oder bilaterale Beziehungen stören und / oder beeinträchtigen (vgl. Liatowitsch, S. 149). Die Klägerin bezieht sich in ihrer Klageschrift auf das angloamerikanische Recht, welches sie nun in der Schweiz einführen möchte (vgl. Klageschrift, Rn 110 ff.). Englische Gerichte erlassen antisuit-injunctions nur, wenn England selbst genügendes Interesse oder Verbindung zum Rechtsstreit besitzt (Jegher, S. 97 m.w.H.). Ausgenommen bleiben aber Fälle, in denen der ausländische Staat seine Gerichtsbarkeit krass ausnutzt (Liatowitsch, S. 147; *Airbus Industrie v. Patel*, 1999). Diese Ausnahme fällt i.c. von vornherein ausser Betracht. Die Staaten Kroatien, wie auch die Schweiz sind in den vorliegenden Rechtsstreit bzw. in denjenigen zwischen der Beklagten und der Fjordbank nicht involviert. Lediglich ihre Gerichte beurteilen eine für die Klägerin unvorteilhafte Sachlage, weshalb sie auch zu solch unkonventionellen Mitteln greifen will, da ihr daneben scheinbar nichts verbleibt. Es ist somit nicht ersichtlich, weshalb ein Prozessführungsverbot ausgesprochen werden soll, selbst wenn die Klägerin bzgl. den Streitfragen 1) und 2) recht bekommen sollte. Neben ablehnender Schweizer Lehre und einem Verstoss gegen übergeordnetes Recht, hat die Klägerin bzw. die Fjordbank noch immer die Möglichkeit, durch Nichtanerkennung (Vgl. dazu u.a. auch Liatowitsch, S. 151) des kroatischen Urteils dieses anzufechten.

Aus all diesen Gründen bitten wir Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter, um Abweisung der Schiedsklage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Mit vorzüglicher Hochachtung

[ohne Unterschrift]

Moot Court Team 10