

*Moot Court Team 6:*

*Maya Frey*

*Rosa Sway*

*Nathalie Wirch*

**LSI**

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

30. April 2008

## **Klageantwort**

In Sachen

**Polar Technology AS**, Vallegata, 0456 Oslo, Norwegen

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 7

gegen

**Stiva d.d.**, Trg Stjepana Radića 1/III, 10 000 Zagreb, Kroatien

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 6

Stellen wir namens und mit Vollmacht der Beklagten folgende

## **Rechtsbegehren**

1. Die Schiedsklage sei abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

# I. INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>I.</b>	<b>INHALTSVERZEICHNIS</b>	<b>I</b>
<b>II.</b>	<b>LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>II</b>
<b>III.</b>	<b>ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS</b>	<b>V</b>
<b>IV.</b>	<b>ENTSCHEIDVERZEICHNIS</b>	<b>VI</b>
<b>V.</b>	<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>	<b>VI</b>
<b>VI.</b>	<b>BEGRÜNDUNG</b>	<b>- 1 -</b>
<b>1</b>	<b>EINLEITUNG</b>	<b>- 1 -</b>
<b>2</b>	<b>ANSPRUCH AUF ZIEHUNG DER BANKGARANTIE</b>	<b>- 1 -</b>
2.1	UNABHÄNGIGE ZAHLUNGSVERPFLICHTUNG DER GARANTIEBANK	- 1 -
2.1.1	<i>Garantie „auf erstes Anfordern“</i>	- 2 -
2.1.2	<i>Kein Vorliegen einer Effektivklausel</i>	- 3 -
2.1.3	<i>Der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“</i>	- 4 -
2.1.4	<i>Zwischenfazit</i>	- 4 -
2.2	ANZAHLUNGS- ODER RÜCKZAHLUNGSGARANTIE	- 4 -
2.3	NICHT ERFOLGTE ABNAHME DER ANLAGE	- 5 -
2.3.1	<i>Begriff der Abnahme</i>	- 5 -
2.3.2	<i>Keine Abnahme durch Genehmigung</i>	- 6 -
2.3.3	<i>Keine Abnahme durch Fristablauf</i>	- 8 -
2.3.4	<i>Schuldnerverzug</i>	- 8 -
2.3.5	<i>Schadenersatz</i>	- 9 -
2.3.6	<i>Schlussfolgerung</i>	- 10 -
2.4	ERFÜLLUNGSGARANTIE UND DEREN SICHERUNGSZWECK	- 10 -
2.4.1	<i>Erfüllungs- bzw. Gewährleistungsgarantie</i>	- 10 -
2.4.2	<i>Mängelfolgeansprüche und Unzulässigkeit der Freizeichnungen</i>	- 12 -
2.4.3	<i>Beweislast des Verschuldensgrades</i>	- 13 -
2.4.4	<i>Schlussfolgerung</i>	- 14 -
2.5	ZULÄSSIGE INANSPRUCHNAHME DER BANKGARANTIE	- 14 -
<b>3</b>	<b>KEINE HERAUSGABE DES ORIGINALS DER GARANTIEERKLÄRUNG</b>	<b>- 15 -</b>
<b>4</b>	<b>UNZULÄSSIGKEIT EINES PROZESSFÜHRUNGSVERBOTES</b>	<b>- 16 -</b>
4.1	PROZESSHINDERNIS	- 16 -
4.2	UNZULÄSSIGE INTERVENTION	- 18 -
4.3	UNANGEMESSENHEIT EINES PROZESSFÜHRUNGSVERBOTES	- 19 -
4.4	SCHLUSSFOLGERUNG	- 20 -

## II. LITERATURVERZEICHNIS

---

- BÜHLER, Theodor  
Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997.  
Zitiert: BÜHLER
- BÜSSER, Andres  
Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Freiburg 1997.  
Zitiert: BÜSSER
- CANARIS, Claus-Wilhelm  
Bankvertragsrecht, 3. Auflage, Berlin 1988.  
Zitiert: CANARIS
- DOHM, Jürgen  
Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985.  
Zitiert: DOHM
- EGGER, Walter H.  
Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien, SZW 1990.  
Zitiert: SZW 1/90, EGGER
- HOCHSTRASSER, Michael  
Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Zürich 2006.  
Zitiert: HOCHSTRASSER
- SCHMID, Jörg  
in: Honsell/Portmann/Zäch/Zobl (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Zürich/Basel/Genf 2003.  
Zitiert: SCHMID

LÉVI, Laurent

in: Gaillard (Hrsg.), Anti-suit injunctions in international arbitration, IAI Series on international arbitration No. 2, Huntington/Bern 2005.

Zitiert: LÉVI

FOUCHARD, Philippe

in: Gaillard (Hrsg.), Anti-suit injunctions in international arbitration, IAI Series on international arbitration No. 2, Huntington/Bern 2005.

Zitiert: FOUCHARD

GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./

SCHMID, Jörg/REY, Heinz

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003.

Zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY

GAUCH, Peter

Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996.

Zitiert: GAUCH

GREENWOOD, Christopher J.

in: Gaillard (Hrsg.), Anti-suit injunctions in international arbitration, IAI Series on international arbitration No. 2, Huntington/Bern 2005.

Zitiert: GREENWOOD

HONSELL, Heinrich

“Kommentar zu Art. 1 – 456 ZGB“, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, Basel 2006.

Zitiert: HONSELL

- KLEINER, Beat  
Bankgarantie, 4. Auflage, Zürich 1990.  
Zitiert: KLEINER
- LÖW, Franziska  
Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, Basel/Genf/München 2002.  
Zitiert: LÖW
- NIELSEN, Jens  
in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band III, 2. Auflage, München 2001.  
Zitiert: NIELSEN
- SCHWENZER, Ingeborg  
„Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung“, in: Koller (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998.  
Zitiert: SCHWENZER
- VON WESTPHALEN, Friedrich/JUD, Brigitta  
Funktion und Unterscheidungsformen der Bankgarantie, in: Die Bankgarantie im Internationalen Handelsverkehr, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2005.  
Zitiert: VON WESTPHALEN/JUD
- WIEGAND, Wolfgang  
„Kommentar zu Art. 1-529 OR“, in: Honnegg/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Auflage, Basel 2003.  
Zitiert: BSK- WIEGAND
- ZAHN, Johannes C.D/EBERDING, Ekkard/  
EHRlich, Dietmar  
Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, 6. Auflage, Berlin [etc.] 1986.  
Zitiert: ZAHN/EBERDING/EHRlich

ZINDEL, Gaudenz G./PULVER, Urs

„Kommentar zu Art. 1-529 OR“, in: Hon-  
sell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kom-  
mentar zum Schweizerischen Privatrecht,  
Obligationenrecht I, 3. Auflage, Basel 2003.  
Zitiert: BSK-ZINDEL/PULVER

ZOBL, Dieter

Die Bankgarantie im schweizerischen  
Recht, in: Wiegand (Hrsg.), Personalsicher-  
heiten, Berner Bankrechtstag, Bern 1997.  
Zitiert: ZOBL

### III. ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS

---

COLLINS, Lawrence

Anti-Suit Injunctions and the Arbitration  
Process, ASA Special Series, No. 15, 2001,  
S. 85.  
Zitiert: COLLINS

GAILLARD, Emmanuel

Il est interdit d'interdire: réflexions sur  
l'utilisation des anti-suit injunctions dans  
l'arbitrage commercial international, Revue  
de l'arbitrage, N° 1, 2004, S. 47.  
Zitiert: GAILLARD

STACHER, Marco

Prozessführungsverbote zur Verhinderung  
von sich widersprechenden Entscheiden,  
ZZZ 09/06, S. 61.  
Zitiert: STACHER, ZZZ

STACHER, Marco

You don't want to go there - Antisuit in-  
junctions, ASA Bulletin, volume 23 No. 1,  
2005, S. 645.

Zitiert: STACHER, ASA

#### IV. ENTSCHEIDVERZEICHNIS

---

BGE 119 II 132 ff.

BGE 115 II 474 ff.

BGE 113 II 434 ff.

BGE 99 II 290 ff.

BGE 81 II 56 ff.

IHK-Schiedssache Nr. 8307/FMS/KGA (2001), ANNEX 5 in: Gaillard (Hrsg.), Anti-suit in-  
junctions in international arbitration, IAI Series on international arbitration No. 2, Hunting-  
ton/Bern 2005, S. 307 f.

Zitiert: IHK-Schiedssache Nr. 8307/FMS/KGA

Urteil des EuGH vom 27. April 2004, Turner v. Grovit, C-159/02

Zitiert: Urteil des EuGH, Turner v. Grovit

#### V. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

---

Abs.            Absatz

Art.            Artikel



AS	Aktiengesellschaft in Norwegen
ASA	Association suisse de l'arbitrage
BGE	Bundesgerichtsentscheid
bzw.	beziehungsweise
ca.	cirka
d.d.	Aktiengesellschaft in Kroatien
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende (Seite/Seiten)
gem.	gemäss
i.c.	in casu
IHK	Internationale Handelskammer
i.S.v.	Im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
N	Randnummer

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz.	Randziffer
sog.	sogenannt
S.	Seite
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
t/h	Tonne pro Stunde
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

## VI. BEGRÜNDUNG

---

### 1 Einleitung

- 1 Zu Beginn wird die Beklagte darlegen, dass sie einen Anspruch darauf hat, die Bankgarantie zu ziehen [2].
- 2 Anschliessend wird sie begründen, warum sie das Original der Bankgarantie nicht herauszugeben hat [3].
- 3 Schliesslich wird die Beklagte aufzeigen, dass die Klägerin keinen Anspruch darauf hat, dass das Schiedsgericht die Beklagte verurteilt, die am Bezirksgericht in Zagreb gegen die Fjordbank AS sowie bei allen sonstigen kroatischen Gerichten anhängigen Klagen in Bezug auf die Bankgarantie zurückzunehmen [4].

### 2 Anspruch auf Ziehung der Bankgarantie

#### *2.1 Unabhängige Zahlungsverpflichtung der Garantiebank*

- 4 Aus der Klageschrift der Klägerin vom 12. März 2008 geht hervor, dass sie der Ansicht ist, der Einwand bezüglich dem unabhängigen bzw. abstrakten Charakter der Bankgarantie sei nicht relevant und zudem unrichtig. Folglich sei die Überprüfung der materiellen Berechtigung zur Ziehung der Bankgarantie – des sog. materiellen Garantiefalles – erforderlich (vgl. Rz. 11-25). Dem ist, wie im Folgenden dargelegt wird, nicht zuzustimmen.
- 5 Die Bankgarantie ist durch ihren unabhängigen Charakter gekennzeichnet. Dies bedeutet, dass die Zahlungsverpflichtung der Garantiebank weder vom Valutaverhältnis zwischen dem Begünstigten – i.c. der Beklagten – oder dem Garantierauftraggeber – i.c. der Klägerin – abhängt, noch von anderen Rechtsverhältnissen, und sie deshalb eine eigenständige Verpflichtung der Garantiebank darstellt; d.h. die Akzessorietät fehlt (vgl. BGE 113 II 437, E.2b). Ebenso sind die Rechte des Begünstigten aus der Bankgarantie völlig unabhängig vom Valutaverhältnis, was ihm eine rasche und unkomplizierte Befriedigung der Ansprüche aus der Bankgarantie gewährleisten soll (KLEINER, N 18.05; DOHM, N 98; ZOBL, S. 25 f.).
- 6 Die Bankgarantie schützt den Begünstigten gegen die Insolvenz seines Vertragspartners. Die Aufgabe der Garantiebank besteht dabei darin, dem Begünstigten im Falle einer Nichterfüllung bzw. einer nicht ordnungsgemässen Erfüllung des Valutavertrages durch den Garantierauftrag-

geber problemlos eine sofortige Auszahlung der Garantiesumme zu verschaffen, ohne ihn zuvor in ein evtl. langwieriges Prozess- oder Schiedsverfahren hineingeraten zu lassen (DOHM, N 71).

### 2.1.1 Garantie „auf erstes Anfordern“

- 7 Der unabhängige Charakter der Bankgarantie wird durch die Zahlungsklausel „auf erstes Anfordern“ im Garantievertrag weiter bestärkt, indem die Garantiebank auf die erste (schriftliche) Aufforderung des Begünstigten hin zahlen muss (vgl. **Beilage K-3**). Entscheidend dabei ist, dass der Begünstigte das effektive Vorliegen des materiellen Garantiefalles und seine berechnete Inanspruchnahme der Bankgarantie sowie deren Begründung nicht nachweisen muss. Eine schriftliche Aufforderung wie in diesem Fall reicht vollkommen aus, um die Zahlungspflicht der Garantiebank auszulösen (VON WESTPHALEN/JUD, S. 442).
- 8 Umgekehrt darf auch die Garantiebank keine weiteren Nachprüfungen des materiellen Garantiefalles vornehmen. Denn für die Inanspruchnahme der Bankgarantie ist nur der Nachweis des formellen Garantiefalles – d.h. „die in der Garantieklausel eigenständig definierten Bedingungen für die Auszahlung der Garantie“ (NIELSEN, § 121 N 190) – relevant. Nach der Lehre und Rechtsprechung ist es im Verhältnis zwischen der Garantiebank und dem Begünstigten deshalb wichtig, den materiellen Garantiefall vom formellen Garantiefall abzugrenzen. In diesem Fall bedeutet dies, dass die Garantiebank nur die schriftliche Abrufserklärung der Beklagten gemäss Garantievertrag auf die Vereinbarkeit mit dem Garantietext – als Voraussetzung des formellen Garantiefalles – zu prüfen hat. Ansonsten würde die Garantiebank die Rolle eines Schiedsgerichtes übernehmen, was jedoch absolut nicht dem Sinn einer Bankgarantie entspricht (NIELSEN, § 121 N 190-192; SZW 1/90, EGGER, S. 13; ZAHN/EBERDING/EHRLICH, N 9/109).
- 9 Ein weiteres Merkmal der Garantie „auf erstes Anfordern“ ist der Ausschluss von Einreden und Einwendungen aus dem Deckungs- und aus dem Valutaverhältnis (ZOBL, S. 37). Ein ausdrücklicher Verzicht im Garantievertrag selbst ist hingegen nicht erforderlich, da nach KLEINER eine solche präzise Formulierung in der Praxis viel zu theoretisch klingt (KLEINER, N 5.36). Ein zusätzlicher Einrede- und Einwendungsausschluss ist schon wegen klarem Sinn und Zweck der unabhängigen Bankgarantie überflüssig. Rein deswegen ist die Einrede des Nichteintritts des materiellen Garantiefalles für unzulässig zu erklären. Im Gegensatz dazu stehen die hier nicht geltend gemachten Einreden und Einwendungen der Garantiebank aus dem Garantievertrag.

### 2.1.2 Kein Vorliegen einer Effektivklausel

- 10 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, der Garantievertrag nenne nebst der Zahlungsklausel „auf erstes Anfordern“ zusätzlich eine sog. Effektivklausel (vgl. Rz. 23-24 der Klageschrift). Diese Ansicht der Klägerin ist allerdings nicht zutreffend.
- 11 Effektivklauseln stellen weitere Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Bankgarantie dar. Sie gehören zum formellen Garantiefall. Man spricht aber auch von einer gewissen Widersprüchlichkeit der Effektivklauseln, weil sie einen unmittelbaren Bezug zum materiellen Garantiefall haben. So wird es für den Begünstigten nur noch schwieriger, seine Ansprüche aus der Bankgarantie durchsetzen zu können (VON WESTPHALEN/JUD, S. 89, 90).
- 12 Im vorliegenden Fall ist im Garantievertrag von einer Erklärung, dass der Verkäufer die Lieferungen und Leistungen gemäss Valutavertrag trotz einer schriftlichen Aufforderung durch die Beklagte nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erbracht hat, die Rede (siehe **Beilage K-3**). Die Klägerin geht bei dieser Zusatzangabe fälschlicherweise von einer Effektivklausel aus.
- 13 Die Beklagte ist zwar verpflichtet, eine schriftliche Erklärung als Voraussetzung des formellen Garantiefalles abzugeben, doch handelt es sich hier nicht um eine Effektivklausel oder darüber hinaus um einen Nachweis der materiellen Berechtigung zur Inanspruchnahme. Es ist bloss eine einfache Bestätigung, dass die Klägerin den Vertrag nicht erfüllt hat. Hinzu kommt, dass die Beklagte die Klägerin vor Abruf der Bankgarantie schriftlich aufgefordert hat, die vereinbarten Verpflichtungen vertragskonform zu erfüllen. Dies kann die Beklagte beweisen. Für die Garantiebank ist es nur noch eine einfache Bestätigung, die sie materiell nicht überprüfen muss und darf.
- 14 Falls das Gericht die Zusatzangabe im Garantievertrag doch als Effektivklausel qualifizieren sollte, ändert dies jedoch nichts daran, dass die Beklagte den Eintritt des materiellen Garantiefalles nicht nachweisen muss. Die Garantiebank hat nur zu prüfen, ob die vorgelegten Erklärungen der Beklagten dem entsprechen, was sich aus der Garantieklausel des Garantievertrages ergibt (BÜHLER, S. 140; VON WESTPHALEN/JUD, S. 96, 180). Ausserdem hat das Bundesgericht in BGE 119 II 133 die Frage, ob eine einfache Erklärung ausreicht oder ob der materielle Garantiefall nachgewiesen werden muss, ausdrücklich offen gelassen. Nach der Meinung der Autoren ZAHN/EBERDING/EHRLICH soll sogar die Aufnahme einer Effektivklausel wegen ihrer

Unklarheit im Garantietext und der Schwierigkeit für eine rasche Ziehung der Bankgarantie nicht in den Garantievertrag aufgenommen werden. Dagegen bestehen gegen einfache Bestätigungen keine Bedenken (ZAHN/EBERDING/EHRLICH, N 9/21, 9/26).

### **2.1.3 Der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“**

15 Dieser Grundsatz bedeutet, dass bei Eintritt des Garantiefalles eine sofortige Auszahlung der Garantiesumme an den Begünstigten erfolgt, ohne dass dieser die materielle Berechtigung zur Inanspruchnahme der Bankgarantie nachweisen oder gar ein Prozessverfahren einleiten muss. Man spricht auch von der sog. Liquiditätsfunktion der Bankgarantie und dem kompensatorischen Interesse des Begünstigten auf eine Ersatzleistung – i.c. auf die Garantiesumme – für den Fall des Ausbleibens des garantiengesicherten Leistungserfolges. Beide sind in diesem Fall von entscheidender Bedeutung (NIELSEN, § 121 N 3; BÜSSER, N 354 ff.).

16 Somit hat die Klägerin von der Beklagten die Garantiesumme erst nach erfolgter Zahlung auf dem Wege des Rückforderungsprozesses zurückzuverlangen, wenn sie der Meinung ist, der materielle Garantiefall sei nicht eingetreten und die Inanspruchnahme dementsprechend unberechtigt. Denn mit ihrem Einverständnis zur Stellung einer Bankgarantie nimmt sie – wie alle anderen Handelsleute auch – das Risiko in Kauf, dass die Beklagte die Garantiesumme auf jeden Fall erhalten soll und dass sich die Garantiebank aus dem Valutaverhältnis heraushält; ganz nach dem Prinzip der unabhängigen Bankgarantie (DOHM, N 100 f.; LÖW, S. 165 ff.).

### **2.1.4 Zwischenfazit**

17 Die Garantiebank hat der Beklagten die Garantiesumme aufgrund des unabhängigen Charakters der Bankgarantie „auf erstes Anfordern“ sofort auszuzahlen. Infolgedessen darf keine Überprüfung der Rechtmässigkeit des Zahlungsanspruches der Beklagten vorgenommen werden. Eine solche kann im Rahmen eines Rückforderungsprozesses zwischen der Klägerin und der Beklagten erfolgen.

## **2.2 Anzahlungs- oder Rückzahlungsgarantie**

18 Die Beklagte streitet nicht ab, dass es sich hier (auch) um eine Anzahlungsgarantie handelt. Sie ist nur nicht damit einverstanden, dass die Klägerin behauptet, es sei eine reine Anzahlungsgarantie gestellt worden. In Tat und Wahrheit ist darüber hinaus auch eine Erfüllungsgarantie vereinbart worden, welche weiter unten näher erläutert wird (Rz. 42 ff.).

- 19 Ebenfalls in Bezug auf den Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie stimmt die Beklagte den entsprechenden Ausführungen der Klägerin grundsätzlich zu (Rz. 40-45 der Klageschrift). Die Anzahlungsgarantie sichert den Begünstigten gegen das Risiko ab, eine Anzahlung zu leisten, ohne dass der Garantiefauftraggeber seinen vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen ist und ohne dass die Rückzahlung der geleisteten Anzahlung erfolgt worden ist (BÜHLER, S. 122, 124).
- 20 Jedoch ist die Auffassung der Klägerin, dass die Schwefelsäureanlage von der Beklagten – als Tatbestand der Liefer- und Leistungsverpflichtung – abgenommen worden sei und deshalb der Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie entfallen sei, nicht zutreffend. Aus der Sicht der Beklagten ist die Anlage nämlich nicht abgenommen worden.

### ***2.3 Nicht erfolgte Abnahme der Anlage***

- 21 Nachfolgend soll gezeigt werden, dass die Schwefelsäureanlage mangels Pflichterfüllung seitens der Klägerin nicht fristgerecht abgenommen werden konnte.

#### **2.3.1 Begriff der Abnahme**

- 22 Gemäss Ziff. 5.2.6. des Vertrages (**Beilage K-1**) bedeutet Abnahme, „dass STIVA die Anlage als Erfüllung der nach diesem Vertrag übernommenen Verpflichtungen anerkennt, mit Ausnahme der Verpflichtung gemäss Artikel 5.1.“
- 23 Wie bereits die Klägerin ausgeführt hat (Rz. 29 der Klageschrift), kann der Begriff der Abnahme, wie er unter den Parteien vereinbart wurde, nicht mit dem vom Gesetz verwendeten Begriff „Abnahme“ oder „Ablieferung“ (vgl. 367 Abs. 1 OR) gleichgesetzt werden, wie dies nach gängiger Formulierung üblich ist (GAUCH, N 87). Dabei handelt es sich um einen autonomen Begriff. So hat beispielsweise die Abnahme, ungleich der Genehmigung gem. Art. 370 Abs. 1 OR, nicht die Verwirkung der Mängelrechte zur Folge. Das Gesetz sollte deshalb nur zu Auslegungszwecken herbeigezogen werden. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsinhaltsfreiheit gem. Art. 19 OR.
- 24 Ziff. 5.2.6 Abs. 2 des Vertrages enthält eine abschliessende Aufzählung, in welchen Fällen die Anlage abgenommen ist, bzw. sie als abgenommen zu gelten hat. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass keine dieser Optionen erfüllt ist.

### 2.3.2 Keine Abnahme durch Genehmigung

- 25 In Ziff. 5.2.5.2 des Vertrages haben die Parteien vereinbart, dass die Anlage von der Beklagten in einem gemeinsamen Abnahmeprotokoll abgenommen wird, wenn die während des Garantiefahrten erreichten Durchschnittswerte nicht ungünstiger sind als die in Anhang 10 festgelegten Garantiezahlen.
- 26 Wie die Beklagte von Anfang an klar machte, war sie unter den gegebenen Umständen nicht bereit, dieses Protokoll zu unterzeichnen (Ziff. 6 der Einleitungsanzeige). Dies ist verständlich, hatte doch kein vertragskonformer Garantietestlauf stattgefunden, wie er von der Klägerin in Ziff. 5.2.5 des Vertrages zugesichert wurde. Dieser hätte verlangt, dass er von den Parteien gemeinsam durchgeführt wird. Die Durchführung der drei Garantietestläufe wurde seitens der Beklagten zu Recht abgelehnt. Schliesslich macht es wenig Sinn, Verfahrenswerte zu testen, wenn die Anlage noch nicht frei von technischen Defekten und nicht mit Volllast betrieben werden kann. Wie in Ziff. 3 der Einleitungsantwort geschildert, mussten bereits 4 Wochen nach Inbetriebnahme erste Deformierungen in den Schwefelfiltern festgestellt werden. Es war abzu-sehen, dass sich dieser Zustand in kürzester Zeit verschlimmern würde. Somit sind die Werte, die die Klägerin in ihren alleine durchgeführten Garantiefahrten nachgewiesen hat, nicht aussagekräftig und können die von der Beklagten benötigte Sicherheit nicht gewährleisten.
- 27 Dies wird auch vom Gesetzestext unterstützt, der in Art. 367 Abs. 1 OR statuiert, dass der Besteller das Werk erst zu prüfen hat, wenn es „nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist.“ Dem Besteller ist der Zeitraum einzuräumen, der üblicherweise erforderlich ist, um ein Werk der betreffenden Art unter Berücksichtigung der besonderen vertraglich festgelegten Anforderungen sorgfältig zu prüfen (vgl. BGE 81 II 59, E.3). Dabei sind die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (BSK-ZINDEL/PULVER, zu Art. 367 OR, N 6). I.c. wurde zwar ein Termin vereinbart, wann der Garantiefahrt zu erfolgen hat. Es versteht sich jedoch von alleine, dass dieser Termin nur dann Geltung haben kann, wenn die Anlage auch bereit für eine Prüfung ist. Dies musste im vorliegenden Fall verneint werden.
- 28 Eine Fiktion der Genehmigung nach Art. 370 Abs. 2 OR hat nie stattgefunden. Dafür massgebend wäre eine Unterlassung der Anzeigepflicht. Zeigt der Besteller den Werkmangel ordnungsgemäss an, so bleibt die Genehmigungswirkung unabhängig davon aus, ob der Besteller die Prüfungspflicht verletzt hat oder nicht (BSK-ZINDEL/PULVER, zu Art. 370 OR, N 14).



Der Beklagten ist nicht vorzuwerfen, dass sie die Klägerin jeweils nicht sofort über die Mängel informiert habe (Ziff. 6 Einleitungsantwort).

- 29 Dass die Anlage verbesserungsbedürftig war, musste schliesslich auch der Klägerin klar geworden sein, als sie in der Vereinbarung vom 15. Dez. 2005 (**Beilage K-4**) anbot, einen neuen Schwefelschmelztank zu liefern und zu montieren. Dabei sind die Parteien übereingekommen, dass die Gesamtanlage erst dann als abgenommen gilt, wenn die Bedingung eingetreten ist, dass der Schwefelschmelztank in Betrieb genommen wird und über 3 Tage nachgewiesen wird, dass ca. 60 t/h Dampfproduktion für die Kondensationsturbine zu Verfügung steht (Ziff. 5 der Vereinbarung vom 15. Dez. 2005).
- 30 Jedoch sind sich die Parteien über die Bedeutung des „erfolgreichen Probetriebs“ i.S.v. Ziff. 1 der Vereinbarung vom 15. Dez. 2005 nicht einig. Die Klägerin macht geltend, dass es sich nach dem Vertrauensgrundsatz um einen informellen Testlauf handle und somit nicht um eine Verlängerung der Verfahrensgarantie (Rz. 54 der Klageschrift). Dem kann nicht zugestimmt werden.
- 31 Zum einen ist der Wortlaut eindeutig. Demnach stellt der Probetrieb eine Bedingung dar, ohne die die Abnahme Gesamtanlage nicht als erfolgt gilt. Was unter dem Probetrieb zu verstehen ist, wird in Ziff. 5 der Vereinbarung vom 15. Dez. 2005 und im Fax-Schreiben vom 16. Dezember 2005 (**Beilage K-5**) erörtert. Sowohl dreitägiger Betrieb wie auch erfolgreicher Nachweis der Verfahrensdaten sind demnach unabdingbar.
- 32 Dazu kommt, dass, wie die Klägerin richtig sagt, bei der Auslegung des Vertrages der Parteiwille entscheidend ist (BSK-ZINDEL/PULVER, zu Art. 367, N 30). Dabei ist aber nicht der „wirkliche Wille“ massgebend, sondern was der jeweilige Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (BSK-HONSELL, zu Art. 2, N 13). Gerade unter dem Gesichtswinkel betrachtet, dass die Vereinbarung nur deshalb zustande gekommen ist, weil noch keine aussagekräftigen Werte vorlagen, musste auch für die Klägerin offensichtlich gewesen sein, dass die Beklagte einen Garantielauf mit einer funktionstüchtigen Anlage erwartete. Diese Erwartung wurde durch das Fax-Schreiben vom 16. Dezember (**Beilage K-7**) bestätigt. Auch wenn die Klägerin nie die Absicht hatte, einen Garantielauf durchzuführen, so musste sie doch davon ausgehen, dass die Beklagte die Vereinbarung nur deshalb unterzeichnete, weil sie eben-

diesen für notwendig erachtete, um die Anlage überhaupt als abgenommen gem. Ziff. 5.2.6 Abs. 1 des Vertrages anerkennen zu können. Für diese Ansicht spricht auch, dass schon der Hauptvertrag vorsah, dass die Anlage erst mit einem gültigen Garantielauf abgenommen ist. Es sind keine Gründe ersichtlich, wieso dieser bei der zusätzlichen Leistung wegfallen sollte. Somit ist der Garantielauf von der vertraglichen Leistungspflicht der Klägerin gedeckt. Da der Garantielauf aber bis heute nicht stattgefunden hat, hat die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten verletzt. Weil die Beklagte die Anlage weder ausdrücklich noch stillschweigend genehmigt hat und die Genehmigung auch nicht fingiert wurde, gilt die Anlage nicht als abgenommen.

### **2.3.3 Keine Abnahme durch Fristablauf**

33 Die Beklagte bestätigt das Vorbringen der Klägerin (Rz. 53 der Klageschrift), dass die Parteien in Ziff. 5.2.6 Abs. 2 i.V.m. Ziff. 5.2.5.4 des Vertrages eine Spätestfrist vereinbart haben, bei der die Abnahme der Anlage 20 Monate nach Inkrafttreten des Vertrages fingiert wird.

34 Jedoch bezieht sich diese Frist auf Fälle, in denen kein Garantielauf durchgeführt werden kann, weil sich die Erstellung der Anlage verzögert hat. Im vorliegenden Fall scheidet der Garantielauf aber nicht an der Erstellung der Anlage – die mechanische Fertigstellung wurde bereits im September 2005 bekannt gegeben (Ziff. 4 der Einleitungsanzeige) -, sondern an der offensichtlichen Mangelhaftigkeit des Werkes. Der Wortlaut ist klar und lässt somit keinen Spielraum für Auslegung offen. (Zudem haben die Parteien in der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (**Beilage K-4**) die vertraglichen Pflichten der Klägerin ergänzt, was zur Folge hatte, dass sich das ganze Verfahren hinauszögerte. Es wäre stossend, wenn dies nicht berücksichtigt würde und die Frist ohne entsprechende Verlängerung angewandt würde.)

35 Folglich liegt kein Fristablauf gem. Ziff 5.2.6 Abs.2 i.V.m. Ziff. 5.2.5.4 des Vertrages vor und die Anlage gilt auch aus diesem Grund nicht als abgenommen.

### **2.3.4 Schuldnerverzug**

36 Nachfolgend wird dargelegt, dass sich die Klägerin, entgegen ihrer Behauptung (Rz. 32 ff. der Klageschrift), in Verzug gem. Art. 102 ff. OR befindet.

37 Die Klägerin macht in Rz. 28 der Klageschrift geltend, dass ein Schuldnerverzug nur vor Ablieferung des Werkes gerügt werden kann. Die Quellen, auf welche sie diese Einwendung

stützt, handeln aber in erster Linie von der Mängelrüge. Der Tatbestand des Schuldnerverzugs kann nicht ohne weiteres analog angewandt werden. Dies ist besonders unter dem Gesichtspunkt relevant, dass sich die Klägerin vertraglich zu mehr verpflichtet hat als bloss der Herstellung und Ablieferung der Anlage, wie dies Art. 636 OR vorsieht (GAUCH, N 86). Allgemein lässt sich der Schuldnerverzug umschreiben als objektiv pflichtwidrige Verspätung der Erfüllung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2936). Zur Annahme von Verzug sind neben der Nichterfüllung auch Fälligkeit, Mahnung oder ein bestimmter Verfalltag (BSK-WIEGAND, zu Art. 102 OR, N 3) und Pflichtwidrigkeit erforderlich (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2943 ff.).

38 I.c. hat sich die Klägerin nicht nur dazu verpflichtet, bis voraussichtlich Anfang Februar 2006 einen neuen Schwefelschmelztank zu liefern, sondern auch dazu, im Anschluss daran in einem dreitägigen Garantielauf die Verfahrenswerte nachzuweisen (**Beilage K-4**). Da dieser Garantielauf bis heute nicht durchgeführt wurde, sind Nichterfüllung, Fälligkeit und Pflichtwidrigkeit ohne weiteres gegeben.

39 Die Klägerin bestreitet jedoch, gemahnt worden zu sein (Rz. 35 der Klageschrift), bzw. dass ein Verfalltag verabredet worden ist (Rz. 34). Dabei soll die Mahnung daran scheitern, dass sie zuviel fordere. Die Beklagte hatte jedoch lediglich die Klägerin dazu aufgefordert, den vereinbarten dreitägigen Garantielauf durchzuführen (Ziff. 5 der Einleitungsantwort). Folgt man der Argumentation der Klägerin, so müsste Schuldnerverzug überhaupt nicht geprüft werden, da es sich ja nur um einen informellen Testlauf handeln würde und dieser somit nicht von der vertraglichen Leistungspflicht umfasst wäre. Wie oben behandelt ist dies nicht der Fall, und die Klägerin hat sich zu dem Umfange verpflichtet, den die Beklagte fordert. Zudem hat sie im Fax-Schreiben (**Beilage K-7**) zugesichert, den dreitägigen Garantielauf durchzuführen. Es lässt sich also nicht erklären, wie die Forderung, die in der Vereinbarung und dem Fax-Schreiben zugesicherte Leistung in Tat umzusetzen, plötzlich „zuviel fordert“. Folglich ist die Mahnung wirksam und die Klägerin gültig in Verzug gesetzt worden.

### **2.3.5 Schadenersatz**

40 Gem. Art. 103 OR und 106 OR hat der Schuldner, der sich verschuldeterweise in Verzuge befindet, dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen, der diesem durch die Verspätung (adäquat) kausal entstanden ist. Die Klägerin hat den Vertrag verletzt, indem sie nicht fristgerecht eine Anlage zu erstellen vermochte, welche im Rahmen eines Garantietestlaufs die Verfahrensgarantien erreichen kann. Somit ist das Verschulden gegeben. Hätte die Klägerin die vertraglich

zugesicherten Leistungen fristgerecht erbracht, hätten die Mängel früher behoben werden können und die in Ziff. 18 der Einleitungsantwort geltend gemachten Schäden wären überhaupt nicht oder zumindest nicht in dem Masse eingetreten. Dies war für die Klägerin voraussehbar, da dies dem natürlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht. Folglich ist der adäquate Kausalzusammenhang gegeben. Die Voraussetzungen für einen Schadenersatz sind gegeben.

### **2.3.6 Schlussfolgerung**

41 Die Klägerin hat ihre vertraglichen Pflichten nicht erfüllt und ihre Leistung nicht rechtzeitig erbracht, wodurch die Anlage nicht abgenommen werden konnte. Das Vorbringen, dass sich die Klägerin von den geltend gemachten Schadensposten freigezeichnet hat, ist abzuweisen, da es sich dabei um unzulässige Freizeichnungen handelt und sich somit keine Rechtswirkung entfalten.

## **2.4 Erfüllungsgarantie und deren Sicherungszweck**

### **2.4.1 Erfüllungs- bzw. Gewährleistungsgarantie**

42 Sollte das Gericht entgegen den obigen Ausführungen der Beklagten der Auffassung sein, die Schwefelsäureanlage sei bereits abgenommen worden, wird die Beklagte nachfolgend darlegen, dass die Parteien eine Erfüllungsgarantie vereinbart haben und somit auch Gewährleistungsansprüche abgedeckt sind.

43 Die Erfüllungsgarantie soll den Begünstigten gegen das Risiko sichern, falls der Garantieftraggeber die von ihm vertraglich übernommenen Verpflichtungen nicht vollständig und ordnungsgemäss erfüllt. Sie wird in eine Liefer-, Leistungs- und Gewährleistungsgarantie unterteilt. Kombinierte Garantiefornen bzw. die Zusammensetzung verschiedener Sicherungen können aufgrund der Parteiautonomie ebenfalls vorkommen. Grundsätzlich deckt die Liefer- und Leistungsgarantie keine Gewährleistungsrisiken ab. Es kann aber durchaus vorkommen, dass diese beiden Garantiearten das Gewährleistungsrisiko zeitlich und sachlich einschliessen, was eine umfassende Erfüllungsgarantie darstellt (ZAHN/EBERDING/EHRLICH, N 9/50 ff.; VON WESTPHALEN/JUD, S. 14 ff.).

44 Da nur die Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden, muss auf jeden Fall eine separate eigenständige (Gewährleistungs-)Garantie oder eine vertragliche Abrede, in der die

Erfüllungsgarantie die Gewährleistungspflichten des Garantieauftraggebers beinhaltet, vorliegen (VON WESTPHALEN/JUD, S. 15 f.).

- 45 Durch eine Gewährleistungsgarantie werden bestimmte Eigenschaften gesichert, die das gelieferte Gut besitzen muss. Sie bezweckt die Absicherung des Begünstigten im Falle der Nicht- oder nicht ordnungsgemässen Ausführung von Gewährleistungspflichten, sprich die Mängelfreiheit bei Abnahme der Anlage oder die Mängelbeseitigung (NIELSEN, § 121 N 41; ZAHN/EBERDING/EHRLICH, N 9/54). Die Gewährleistungsklausel in Ziff. 5.1 des Vertrages ist als eine eigenständige Garantie zu qualifizieren (vgl. **Beilage K-1**). Schon nach der grammatischen Auslegung ist diese Klausel als „Materialgarantie“ bezeichnet worden, die von den Parteien separat in Ziff. 5 des Vertrages vereinbart wurde.
- 46 Der Behauptung der Klägerin, es handle sich nicht um eine eigenständige Sicherungsabrede, da keine zukünftigen Eigenschaften bestehen, ist zu widersprechen (vgl. Rz. 58 der Klageschrift). Die Schwefelsäureanlage muss nach der Definition der Gewährleistungsgarantie bestimmte zugesicherte Eigenschaften besitzen. Die Klägerin muss in Ziff. 5.1 des Vertrages die ohne zu beanstandende Beschaffenheit der Anlagenteile und Materialien garantieren. Dabei sind die vereinbarten Betriebsbedingungen, die Betriebsweise und der ordnungsgemässe Gebrauch zu beachten. Sie muss ausserdem gewisse Mindestkapazitäten aufweisen und ebenso gewisse Produktionsraten für die Dampfproduktion erreichen, die von den Verfahrensgarantien abhängen. Deshalb ist die Gewährleistungsklausel in Ziff. 5.1 des Vertrages eine eigenständige, mit dem Vertrag verbundene Sicherungsabrede. Da aber die Klägerin diese zugesicherten Eigenschaften nicht erfüllte und diese mangelhaft waren, muss sie nun dafür einstehen.
- 47 Ein weiteres Argument für die vereinbarte Gewährleistungsgarantie ist die Bestimmung der Laufzeit der Bankgarantie bis zum Ende der Materialgarantie (vgl. Garantievertrag **Beilage K-3** und Ziff. 3.1.1 des Vertrages **Beilage K-1**). Dass sogar die Bankgarantie zusammen mit der Materialgarantie laut dem Schreiben vom 16. Juni 2006 verlängert wurde, spricht nochmals eindeutig für die Stellung einer Gewährleistungsgarantie (siehe **Beilage B-3**). Die Verlängerung geschah hingegen nicht unter Druck, wie die Klägerin argumentiert. Da diese einsah, dass die zugesicherten Eigenschaften mangelhaft waren, verlängerte sie dementsprechend die Materialgarantie zusammen mit der Bankgarantie um zwei Jahre, um so die Mängel innerhalb dieser Gewährleistungsfrist beseitigen zu können.

## 2.4.2 Mängelfolgeansprüche und Unzulässigkeit der Freizeichnungen

- 48 Da es sich bei der gestellten Bankgarantie um eine allumfassende Erfüllungsgarantie handelt, sind allfällige Gewährleistungsansprüche der Beklagten abgedeckt. Somit ist bereits die Mängelfolgehaftung vom Sicherungszweck umfasst, obschon die Klägerin diese mittels Freizeichnungsklauseln umgehen wollte. Nachfolgend soll gezeigt werden, dass, entgegen der Behauptung der Klägerin (Rz. 65 ff. der Klageschrift), die Freizeichnungsklauseln widersprüchlich und unzulässig sind und die Mängelfolgeansprüche somit weiter bestehen.
- 49 Art. 368 Abs. 2 OR sieht vor, dass der Besteller, sollte das Werk an Mängeln leiden, sowohl Nachbesserung, als auch Minderung, Wandelung und Ersatz des Mängelfolgeschadens verlangen kann. Folglich sind die Voraussetzungen für die Entschädigung der Mängelfolgen grundsätzlich gegeben. Der Vertrag schliesst jedoch in Ziff. 13.4 jede Art von (Mängel-) Folgeschäden aus. Es ist strittig, ob der Haftungsausschluss von Mängelfolgeschäden überhaupt mit Art. 100 OR vereinbar ist, wonach nur leichte und mittlere Fahrlässigkeit vertraglich wegbedingt werden können. Wie die Klägerin zu Recht sagt, nimmt die Klausel in Ziff. 13.4 des Vertrages zu den unterschiedlichen Verschuldensgraden keine Stellung, sondern bedingt pauschal alle Mängelfolgeschäden weg. Auch die Beschränkung der Haftung auf eine bestimmte Summe ist gem. Bundesgericht unzulässig, da die Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit rechtswidrig ist (BGE 115 II 479, E. 2). So anerkennt die Klägerin in Rz. 82 der Klageschrift denn auch, dass die Haftungsbeschränkungsklauseln teilnichtig sind.
- 50 Auch wenn davon ausgegangen wird, dass ein Haftungsausschluss für Mängelfolgeschäden grundsätzlich mit Art. 100 OR vereinbar sei, muss die Rechtmässigkeit von Freizeichnungsklauseln für den konkreten Fall beurteilt werden. Hauptansatzpunkt für die Kontrolle von Freizeichnungsklauseln ist in der schweizerischen Rechtsprechung die Auslegung.
- 51 Nach dem Prinzip des Vorrangs einer Vereinbarung oder Garantie geht das Vereinbarte grundsätzlich vor, wenn die Parteien etwas vereinbart haben, das zu einer Freizeichnungsklausel im Widerspruch steht. Rechtsdogmatisch lässt sich dies auf das Verbot des venire contra factum proprium stützen, wonach sich niemand zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen darf. (KOLLER, S. 109; vgl. BSK-HONSELL, zu Art. 199 OR, N 3). I.c. haben sich die Parteien für eine Erfüllungsgarantie entschieden. Damit wollten sie bezwecken, dass die Beklagte eben abgesichert ist für den Fall, dass die Klägerin Pflichten, die ihr aus ihrer Haftung für Män-

gel entstehen, verletzt. Die Freizeichnung aller nicht im Valutavertrag geregelter Haftungen (Ziff. 14.4 des Vertrages) höhlt den Sinn der Erfüllungsgarantie praktisch aus. Es kann nicht Sinn und Zweck einer Vereinbarung sein, zuerst die Haftung zu gewährleisten, um sich dann durch Freizeichnungen davon zu befreien. Dies widerspricht auch dem Prinzip der Vertragsgerechtigkeit (SCHMID, S. 308). Zusammen mit der Haftungsbeschränkung auf 15% der Gesamtvertragspreise für diejenigen Mängel, die noch gerügt werden können (Ziff. 13.2 und 13.3 des Vertrages), ist die Beklagte derart in ihren Rechten eingeschränkt, dass man von einer übermäßigen Bindung gem. Art. 27 ZGB sprechen kann, weswegen die Klauseln widerrechtlich sind.

- 52 Zur Auslegung hinzuzuziehen ist auch das Restriktionsprinzip, welches besagt, dass Klauseln, die vom dispositiven Recht abweichen, eng zu interpretieren sind (KOLLER, S. 111), und zwar zu Lasten des Verwenders, i.c. der Klägerin (vgl. BGE 99 II 292, E.5). Dazu kommt, dass im Zweifel diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung, i.c. der Klägerin, ungünstiger ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1231). Alle diese Prinzipien sprechen klar dafür, dass die Freizeichnungsklauseln im vorliegenden Fall rechtswidrig sind.
- 53 Ausserdem fragt sich, ob die Klauseln auch sittenwidrig sind. „Sittenwidrig ist eine einseitig den Schuldner bevorteilende Freizeichnung, die objektiv nicht gerechtfertigt ist und die der Schuldner nur aufgrund seiner Machtposition durchsetzen konnte“ (HOCHSTRASSER, N 104). Die Beklagte hätte i.c. die Freizeichnung unter normalen Umständen nicht akzeptiert, da diese ihre Rechte umfassend einschränkt. Dies alleine spricht für eine Machtposition der Klägerin. Somit ist auch eine Sittenwidrigkeit der Freizeichnungen gegeben.

### **2.4.3 Beweislast des Verschuldensgrades**

- 54 Die Klägerin wirft der Beklagten vor, dass diese ihrer Beweispflicht nicht nachgekommen sei (Rz. 85 der Klageschrift). Sollte die Beklagte überhaupt die Beweislast tragen, was von einigen Autoren kritisiert wird (so GAUCH, N 1891; BSK-WIEGAND, zu Art. 100 OR, N 5), so ist dieser Einwand trotzdem unberechtigt. Die Parteien und das Schiedsgericht haben sich im Konstituierungsbeschluss vom 14. Dezember 2007 in Ziff. 2.8 ausdrücklich darauf geeinigt, die Fragestellung in einer ersten Phase des Verfahrens auf die rechtliche Argumentation der Klägerin zu beschränken, damit, wenn möglich, ein aufwändiges Beweisverfahren umgangen werden kann.

#### **2.4.4 Schlussfolgerung**

55 Die Freizeichnungs- und Haftungsbeschränkungsklauseln sind rechts- und sittenwidrig und entfalten daher keinerlei Rechtswirkungen. Dies berechtigt die Beklagte dazu, mindestens einen Teil des geltend gemachten Schadenersatzes zu verlangen.

#### **2.5 Zulässige Inanspruchnahme der Bankgarantie**

56 Der Beklagten wird durch ihre Inanspruchnahme der Bankgarantie am 4. Oktober 2006 ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch laut Art. 2 Abs. 2 ZGB vorgeworfen. Diese Ansicht der Klägerin ist abzulehnen.

57 Die Beklagte stimmt zu, dass der Rechtsmissbrauch den unabhängigen Charakter bzw. die Liquiditätsfunktion der Bankgarantie einschränken kann, da Art. 2 Abs. 2 ZGB zwingendes Recht ist. Der angebliche Missbrauch durch den Begünstigten muss aber gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen und offensichtlich, klar und eindeutig zweifelsfrei sein und vom Garantieauftraggeber nachgewiesen werden. Wenn zwischen den Parteien nur Meinungsverschiedenheiten betreffend der ordnungsgemässen Erfüllung des Valutavertrages durch den Garantieauftraggeber bestehen, handelt es sich nicht gleich um einen Rechtsmissbrauch (ZOBL, S. 43 f.; DOHM, N 229).

58 Der offensichtliche Rechtsmissbrauch sei also gegeben, da der materielle Garantiefall nicht eingetreten sei, wie die Klägerin behauptet. Nach den obigen Ausführungen der Beklagten jedoch ist die Schwefelsäureanlage nicht abgenommen worden, weshalb sie berechtigt war, die Anzahlungsgarantie in Anspruch zu nehmen. Auch in Bezug auf die Erfüllungsgarantie handelte die Beklagte nicht rechtsmissbräuchlich, weil die Gewährleistungsansprüche entsprechend gedeckt sind und die Erfüllungsgarantie deshalb nicht ausserhalb ihres Sicherungszweckes in Anspruch genommen wurde.

59 Dass der Rechtsmissbrauch nach schweizerisch herrschender Lehre und Rechtsprechung nur glaubhaft gemacht wird, ist zwar zutreffend. Dennoch werden an die Glaubhaftmachung aufgrund des unabhängigen bzw. abstrakten Charakters der Bankgarantie strenge Anforderungen gestellt (LÖW, S. 130; KLEINER, N 21.45). Die Klägerin erwirkte zwar beim norwegischen Gericht in Oslo eine einstweilige Verfügung gegen die Garantiebank. Allerdings hat das Gericht



das Verfahren ausgesetzt, bis eine Entscheidung in diesem Schiedsverfahren ergangen sein wird.

60 Wie festgestellt, liegt kein offensichtlicher Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB vor. Die Inanspruchnahme der Bankgarantie (Anzahlungs- und Erfüllungsgarantie) ist somit zulässig.

### **3 Keine Herausgabe des Originals der Garantieerklärung**

61 Die Klägerin behauptet, die vertraglich festgelegte Gültigkeitsdauer der Bankgarantie sei am 3. Januar 2007 abgelaufen und ausserdem sei der Sicherungszweck der Bankgarantie weggefallen, weswegen sie das Original der Garantieerklärung von der Beklagten herausverlangen darf (vgl. Rz. 89-96 der Klageschrift). Diese Meinung ist eindeutig abzulehnen.

62 Laut Garantie- und Valutavertrag ist für die Bankgarantie ein Verfalldatum vereinbart worden; d.h. die Bankgarantie ist bis Ende der Materialgarantie gültig, jedoch spätestens bis am 3. Januar 2007 (siehe **Beilage K-3** und Ziff. 3.1.1 des Vertrages **Beilage K-1**). Die Beklagte hat die Bankgarantie – also die Geltendmachung des Anspruches – fristgerecht vor Ablauf des Verfalldatums in Anspruch zu nehmen. Die Erklärung muss zudem bei der Garantiebank tatsächlich eingegangen sein (DOHM, N 173).

63 I.c. ist die Materialgarantie zusammen mit der Bankgarantie um zwei Jahre verlängert worden (vgl. **Beilage B-3**). Eine solche Verlängerung der Garantiefrist ist laut CANARIS zulässig, wenn sie entsprechend vereinbart wird (CANARIS, N 1128). Dies ist hier durch das Schreiben vom 16. Juni 2007 gegeben. Infolgedessen ist das Verfallsdatum der Bankgarantie noch nicht abgelaufen.

64 Sollte das Gericht allerdings wider Erwarten der Auffassung sein, die Verlängerung sei nicht zulässig gewesen, ist die Beklagte trotz allem nicht zur Herausgabe des Originals der Garantieerklärung verpflichtet, da sie die Bankgarantie am 4. Oktober 2006 – also vor Ablauf des Verfalldatums den 3. Januar 2007 – fristgerecht abgerufen hat.

65 Im Garantievertrag ist weiter von einer Rückgabepflicht des Originals der Garantieerklärung bei „Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus der Garantie“ die Rede (**Beilage K-3**). Diese Pflicht hat die Beklagte dementsprechend nur bei Erfüllung der Hauptschuld durch die Klägerin

(CANARIS, N 1161). Wie aber festgestellt, ist die Klägerin ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen. Obwohl die Beklagte die Bankgarantie innerhalb des Sicherungszweckes berechtigt abgerufen hat, ist sie aus der Bankgarantie nicht befriedigt worden. Die Auszahlung der Garantiesumme durch die Garantiebanc ist bis heute ausgeblieben. Somit besteht keine Pflicht zur Rückgabe des Originals der Garantieerklärung.

## **4 Unzulässigkeit eines Prozessführungsverbotes**

66 Vorgehend ist festzuhalten, dass die Beklagte davon ausgeht, dass das Schiedsgericht einen klagbaren Unterlassungsanspruch der Klägerin i.S.v. Streitfrage 1 (siehe oben, Rz. 4 ff.) verneint. In diesem Fall würde sich die Frage, ob die Klägerin einen Anspruch auf ein Prozessführungsverbot hat, nicht stellen. Dies, weil vorauszusehen ist, dass in diesem Fall das norwegische Gericht in Oslo die einstweilige Verfügung, welche es der Fjordbank untersagte, auf die Bankgarantie zu leisten, aufheben würde. Daraufhin hätte die Fjordbank die Summe der Bankgarantie an die Beklagte ausbezahlen, was einen Entscheid über den Arrest dieser Summe des kroatischen Gerichtes überflüssig machen würde, und damit auch ein Prozessführungsverbot. Falls das Schiedsgericht entscheidet, dass ein klagbarer Unterlassungsanspruch der Klägerin i.S.v. Streitfrage 1 besteht, soll aus den Gründen, die nachfolgend erläutert werden, auf den Erlass eines Prozessführungsverbotes verzichtet werden.

### **4.1 Prozesshindernis**

67 Die Klägerin begründet die Notwendigkeit eines Prozessführungsverbotes unter anderem damit, dass durch den Entscheid des Schiedsgerichts ein Prozesshindernis vorliegt, welches dazu führt, dass das kroatische Gericht nicht entscheiden darf. In Rz. 98 der Klageschrift erkennt die Klägerin richtigerweise, dass im Rahmen des in Kroatien hängigen Verfahrens darüber gestritten wird, ob eine Forderung seitens der Beklagten gegenüber der Fjordbank besteht. Es stellt sich in diesem Verfahren die Frage, ob die Fjordbank zur Zahlung der Garantiesumme an die Beklagte verpflichtet ist, weswegen das Gericht einen Arrestbefehl gegen die Fjordbank aussprechen würde.

68 Wie in Rz. 98 der Klageschrift festgehalten, werden Streitigkeiten aus einem anderen Rechtsverhältnis (als dem Valutavertrag), wie z.B. dem Garantieverhältnis zwischen der Beklagten und der Fjordbank, von der Schiedsabrede nicht erfasst. Die Klägerin erkennt damit selbst, dass es sich beim Verfahren vor dem kroatischen Gericht, welches zwischen der Fjordbank und der Beklagten stattfindet (die Klägerin ist lediglich als Nebenintervenientin beigetre-

ten), um ein Rechtsverhältnis dreht, das gerade nicht von der Schiedsabrede erfasst ist. Es handelt sich um das Garantieverhältnis zwischen der Fjordbank und der Beklagten, welches auf dem Garantievertrag (**Beilage K-3**) beruht, und nicht auf dem Valutavertrag.

69 Zwar beruhen die Streitigkeiten aus dem Garantieverhältnis auf dem Hintergrund des Rechtsverhältnisses, welches von der Schiedsabrede umfasst ist, jedoch wird nicht der gleiche Anspruch behandelt. Denn auch wenn die Streitigkeiten einen Zusammenhang mit dem Valutavertrag aufzeigen, geht es vor dem Gericht in Kroatien darum, ob ein Arrestbefehl gegen die Fjordbank ergehen soll, weil sie zur Zahlung der Garantiesumme an die Beklagte verpflichtet ist, und nicht darum, ob die Klägerin einen Anspruch darauf hat, dass die Beklagte die Bankgarantie nicht beziehen darf.

70 Da es sich um verschiedene Rechtsverhältnisse handelt, bestehen keine klageidentischen Streitpunkte, wie die Klägerin in Rz. 99 der Klageschrift behauptet. Ausserdem liegt keine abgeurteilte Sache vor, da es sich nicht um denselben Rechtsgrund handelt (Rz. 99 der Klageschrift). Das behauptete Prozesshindernis fällt somit weg, und das kroatische Gericht darf entscheiden.

71 In der Klageschrift (Rz. 102 f.) geht die Klägerin auf das New Yorker Übereinkommen ein, welches die Durchsetzung der Schiedssprüche in den Mitgliedsstaaten sichern will. STACHER (ASA, S. 647) schreibt Folgendes zum Einfluss des New Yorker Übereinkommen auf Prozessführungsverbote: „Obviously, an anti-suit injunction preventing a litigation commenced in disregard of an arbitration agreement is a powerful means to that effect. On the other hand, the Convention (New York Convention) does not create a system where concurrent proceedings are excluded: It does not designate the courts of one signatory to be competent for the decision whether a dispute must be arbitrated. The decision of the courts of one signatory is not binding on another signatory.“ Anders, als von der Klägerin in Rz. 105 der Klageschrift behauptet, ist aus diesen Gründen dem New Yorker Übereinkommen nicht zu entnehmen, dass die Beklagte das Klagen in Kroatien zu unterlassen hat.

72 Falls das Schiedsgericht der Meinung sein sollte, dass doch Prozesshindernisse vorliegen, weil der Rechtsgrund sowie der Sachverhalt im Verfahren vor dem Schiedsgericht und vor dem kro-

atischen Gericht derselbe ist, gibt es dennoch stichhaltige Gründe (welche nachfolgend dargelegt werden), warum es nicht angebracht ist, ein Prozessführungsverbot zu erlassen.

#### **4.2 Unzulässige Intervention**

- 73 Beim Erlass eines Prozessführungsverbot besteht die Gefahr, dass dadurch eine unzulässige Intervention vorliegt. Ein Prozessführungsverbot schränkt die Rechtsprechfunktion des Zielgerichtes ein und drückt das Misstrauen gegenüber dem Zielgericht und dessen Rechtsordnung aus. Es besteht das Risiko der Störung der Beziehung zwischen den beiden Gerichten bzw. Rechtsordnungen (STACHER, ZZZ, S. 62). Es gilt grundsätzlich der Grundsatz der Comity, der Rücksichtnahme der Gerichte; Prozessführverbote jedoch zwingen der anderen Rechtsordnung die Werte der verbietenden Rechtsordnung auf, was zu Spannungen führen kann (STACHER, ZZZ, S. 76).
- 74 Würde das Schiedsgericht ein Prozessführungsverbot erlassen, würde es damit die Rechtsprechfunktion des kroatischen Gerichtes einschränken und Misstrauen gegenüber dem Gericht und dessen Rechtsordnung ausdrücken, was nicht erwünscht sein kann, da es zu Spannungen führen könnte und sicherlich dem Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme widersprechen würde.
- 75 Im Urteil des EuGH, *Turner v. Grovit* N 24 f., welches analog zu unserem Fall beigezogen werden kann, ist festgehalten, dass es dem angerufenen Gericht obliegt, seine eigene Zuständigkeit zu überprüfen. Dazu passend ist auch folgende Aussage: “An anti-suit injunction prevents the courts of a foreign jurisdiction from administering justice and thus affects its sovereignty” (STACHER, ASA, S. 644). Auch LÉVI hält auf S. 117 fest: “Each Court can decide on its own jurisdiction.” „Confronted with existing or impending parallel proceedings with a similar subject matter, arbitrators may only rule on their own jurisdiction. If arbitrators affirm their jurisdiction, this may result in discouraging a party from referring the matter to a domestic court or another arbitral tribunal. Yet the arbitrators may not enjoin the party in this regard. Arbitrators may neither decide on the jurisdiction of a court nor, a fortiori, on the cogency of the case brought before such court. In other words, arbitrators should not enjoin the parties from bringing an action in a court on the sole ground that they retain jurisdiction whereas the court does not” (LÉVI, S. 120).

- 76 Wenn das Schiedsgericht durch ein Prozessführungsverbot dem kroatischen Gericht sozusagen mitteilt, dass es unzuständig ist, nimmt es diesem die Möglichkeit, selbst darüber zu entscheiden. Schiedsrichter sollten jedoch nur über ihr eigenes Verfahren entscheiden. Das kann genügen, um die Parteien von weiteren rechtlichen Schritten vor anderen Gerichten abzuhalten.
- 77 So hält auch GAILLARD fest (S. 48): „Le moment paraît venu de dénoncer de la manière la plus ferme le caractère illégitime de l’une comme l’autre de ces prétentions“, oder FOUCHARD, (S. 153): „Anti-suit injunctions are not to be encouraged in any type of litigation. In the context of international arbitration, they constitute even more of a nuisance. This conclusion (...) applies regardless of the purpose of the anti-suit injunction and regardless of the authority that issues such injunction (...). Almost by definition, they infringe upon the jurisdiction of another court in an extraterritorial manner.“ Prozessführverbote können auch völkerrechtlich unzulässig sein, wenn ein mittelbarer Zwang zur Annahme einer völkerrechtswidrigen Intervention genügt (mittelbar, da der Zwang an die Partei und nicht an das Gericht gerichtet ist) (STACHER, ZZZ, S. 72). „Basically, a party is free to initiate an action wherever it deems it appropriate. Is such action brought with a tribunal which is not competent, it falls to this one to decide on its own jurisdiction and to find the suit inadmissible“ (IHK-Schiedssache Nr. 8307/FMS/KGA, S. 313).
- 78 Wie all diesen Lehrmeinungen zu entnehmen ist, sind Prozessführverbote unzulässig, weil sie in die Souveränität eines anderen Gerichtes eingreifen, und dieses nicht mehr selbst entscheiden kann. Das widerspricht dem geltenden Prinzip der Kompetenzen-Kompetenz, wonach jedes Gericht selbst entscheiden kann, ob es kompetent ist.

### ***4.3 Unangemessenheit eines Prozessführverbotes***

- 79 Wie oben festgestellt, sind Prozessführverbote unzulässig. Wird diese Meinung vom Schiedsgericht nicht geteilt, so soll dargestellt werden, dass Prozessführverbote aus folgenden Gründen wenigstens unangemessen sind.
- 80 LÉVI hält zusammenfassend fest (S. 128): „The conclusion is straightforward: first, arbitrators should not take the risk of ordering a judge or other arbitrators how to behave. They are the arbitrator's equals and have no orders to receive. Second, jurisdiction is something that is declared, not something that can be ordered. Hence, arbitrators should only decide on their own jurisdiction and may not order performance of an arbitration agreement in kind. Third, anti-suit injunctions are only appropriate where it appears nec-

essary to protect the arbitral proceedings, namely where a party is fraudulently attempting to undermine the arbitral tribunals jurisdiction“. I.c. versucht weder die Beklagte noch die Klägerin in betrügerischer Weise die Autorität des Schiedsgerichts zu untergraben, dafür wären auch keine Gründe ersichtlich, da sich Klägerin und Beklagte gemeinsam auf das Schiedsgericht geeinigt haben.

81 „Arbitrators should always exercise utmost care before issuing anti-suit injunctions, as the effect of these anti-suit injunctions may be more harmful than the problem they are seeking to resolve (...)“ (LÉVI, S. 128/S. 129). Dieser Meinung ist auch COLLINS (S. 87): „It has always been said, however, that the power to grant the injunction should be exercised with great caution so as to avoid interference with another court.“ Ebenso äussert sich GREENWOOD (S. 147): „There is something deeply unattractive about the whole idea of anti-suit injunctions, whether in connection with arbitration or in connection with proceedings in the courts of another.“

82 Ein Schiedsgericht sollte es unterlassen, einem anderen Gericht vorzuschreiben, wie es sich zu verhalten hat. Wenn Prozessführungsverbote erlassen werden, dann nur mit äußerster Vorsicht.

#### **4.4 Schlussfolgerung**

83 Als Schlussfolgerung lässt sich festhalten, dass, anders als von der Klägerin behauptet, kein Prozesshindernis vorliegt, welches ein Prozessführungsverbot nötig machen würde. Auch sieht das von der Klägerin erwähnte New Yorker Übereinkommen keine Prozessführungsverbote vor. Sollte das Schiedsgericht annehmen, dass ein Prozesshindernis vorliegt, stellt ein Prozessführungsverbot trotzdem eine unzulässige Intervention dar, weil es die Rechtsprechungsfunktion des kroatischen Gerichtes einschränken und dem Gericht die Souveränität nehmen würde, selbst über seine Zuständigkeit zu entscheiden. Prozessführungsverbote sind in jedem Fall unangemessen, weil Schiedsrichter anderen Richtern nicht vorschreiben sollten, wie sie sich zu verhalten haben.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 6