



## Moot Court Gruppe 3

Simone R. Bosshard  
Mattia N. Hotz  
Michael H. Kehrl  
David J. Pfefferli

### Per E-Mail

**LSI**  
Zürcher Handelskammer  
Bleicherweg 5  
Postfach 3058  
CH-8022 Zürich

Polar Technology AS  
Vallegata  
0456 Oslo  
Norwegen

Zürich, 22. April 2008  
SB/MH/MK/DP

LSI Fall Nr. 600098-2007

Sehr geehrte Frau Präsidentin, geschätzte Kollegen

In Sachen

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

vertreten durch Moot Court Gruppe 4

Klägerin

gegen

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

vertreten durch Moot Court Gruppe 3

Beklagte

nehmen wir hiermit namens und im Auftrag der Beklagten in der folgenden

## **ergänzenden Klageantwort**

Stellung zum Konstituierungsbeschluss und Beschluss Nr. 1 des Zürcher Handelsgerichts vom 14. Dezember 2007 sowie den Schriften der Klägerin vom 20. Oktober 2007 und 12. März 2008.

## **I. Rechtsbegehren**

1. Die Schiedsklage sei abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

## II. Inhaltsverzeichnis

<b>I. Rechtsbegehren</b>	<b>1</b>
<b>II. Inhaltsverzeichnis</b>	<b>2</b>
<b>III. Quellenverzeichnis</b>	<b>4</b>
Literatur	4
Zeitschriften	7
Entscheide	8
<b>IV. Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>9</b>
<b>Einleitung</b>	<b>11</b>
<b>Formelles</b>	<b>11</b>
<b>Materielles</b>	<b>11</b>
<b>1. Ausführungen zu Streitfrage 1</b>	<b>11</b>
1.1 Vorbemerkungen	11
1.2 Anspruchsgrundlage und Suspensivbedingung	12
1.3 Anspruch auf Auszahlung der Bankgarantie aus Nichterfüllung des Werkvertrages	12
1.3.1 <i>Keine Vollendung des Werkes</i>	12
1.3.2 <i>Keine Abnahme des Werkes trotz Vollendung</i>	13
1.3.3 <i>Folglich: Die Klägerin befindet sich im Verzug</i>	15
1.3.4 <i>Folglich: Rechtmässige Inanspruchnahme der Bankgarantie</i>	15
1.4 Anspruch auf Auszahlung der Bankgarantie aus Mängelhaftung	16
1.4.1 <i>Keine eindeutige Anzahlungsgarantie</i>	16
1.4.2 <i>Klassifizierung der Bankgarantie als Erfüllungsgarantie</i>	17
1.4.3 <i>Folglich: Bankgarantie ist eine Erfüllungsgarantie</i>	18
1.4.4 <i>Schäden von der Klägerin verschuldet</i>	18
1.4.5 <i>Nichtberücksichtigung der Freizeichnungsklauseln</i>	19
1.4.6 <i>Folglich:</i>	20
1.4.7 <i>Bankgarantie „auf erstes Anfordern“</i>	20
1.4.8 <i>Folglich: Rechtmässigkeit des Garantieabrufs auch ohne         Gewährleistungsansprüche</i>	21
1.5 <i>Keine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie</i>	21

1.6 Folglich: Kein Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie	22
<b>2. Ausführungen zu Streitfrage 2</b>	<b>22</b>
2.1 Vorbemerkungen	22
2.2 Kein Erlöschen der Garantieverpflichtung wegen Einhaltung der Frist	22
2.3 Kein Rückgabeanspruch infolge rechtmässiger Inanspruchnahme der Bankgarantie	23
2.4 Nebenpflichten aus einseitig verpflichtendem Bankgarantievertrag	23
2.4.1 Keine selbständig einklagbaren Nebenpflichten	24
2.4.2 Keine Anwendung deutschen Rechts zur Durchsetzung von Nebenpflichten	24
2.5 Folglich: Kein Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantiekunde	24
<b>3. Ausführungen zu Streitfrage 3</b>	<b>25</b>
3.1 Vorbemerkungen	25
3.2 Kein Bedarf an vorsorglichen Massnahmen	25
3.3 Fehlende Anspruchsgrundlage im Schweizer Recht	25
3.4 Keine Prozessidentität	26
3.4.1 Folglich: Keine Prozessführungsverbote bei nicht identischen Streitgegenständen	27
3.5 Fehlendes Rechtsschutzinteresse	27
3.5.1 Fehlende Verhältnismässigkeit	28
3.5.2 Rechtsschutzinteresse i.e.S.	29
3.5.3 Folglich: Kein Rechtsschutzinteresse	29
3.6 Weitere Gründe gegen Prozessführungsverbote	29
3.6.1 Eingriff in fremde Rechtshoheit	29
3.6.2 Keine Vereinbarkeit mit dem LugÜ	30
3.6.3 Verstoss gegen verfassungsmässige Rechte	30
3.7 Folglich: Kein Erlass von Prozessführungsverboten	30

## II. Quellenverzeichnis

### Literatur

AMSTUTZ, Marc/BREITSCHMID, Peter/FURRER, Andreas/GIRSBERGER, Daniel/HUGUENIN, Claire/MÜLLER-CHEN, Markus/ROBERTO, Vito/RUMO-JUNGO, Alexandra/SCHNYDER, Anton K.

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007

(Zit.: „CHK-BEARBEITER, ZGB/OR/IPRG Art. N<sup>cc</sup>)

BERGER, Bernhard/KELLERHALS, Franz

Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006

(Zit.: „BERGER/KELLERHALS, N<sup>cc</sup>)

BRÄNDLI, Roger

Die Nachbesserung im Werkvertrag, Zürich/St. Gallen 2007

(Zit.: „BRÄNDLI, N<sup>cc</sup>)

BÜHLER, Theodor

Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, Teilband V 2d, in: GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 1998

(Zit.: „KZGB BÜHLER, Art. N<sup>cc</sup>)

Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997

(Zit.: „BÜHLER, S.“)

BÜSSER, Andres

Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Freiburg 1997

(Zit.: „BÜSSER, N<sup>cc</sup>)

CASTELBERG, Thomas A.

Die identischen und die in Zusammenhang stehenden Klagen im Gerichtsstandsgesetz, Bern 2005

(Zit.: „CASTELBERG, S.“)

DOHM, Jürgen

Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985

(Zit.: „DOHM, N<sup>cc</sup>)

GAUCH, Peter

Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996

(Zit.: „GAUCH, N“)

GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/REY, Heinz

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003

(Zit.: „GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N“)

DE GOTTRAU, Nicolas

Die Bankgarantie im Schweizerischen Recht, in: VON WESTPHALEN, Friedrich/JUD, Brigitta,  
Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2005

(Zit.: „DE GOTTRAU, S.“)

GUHL, Theo

Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000

(Zit.: „GUHL/BEARBEITER, §, N“)

HABEGGER, Philipp (Hrsg.)/ZUBERBÜHLER, Tobias/MÜLLER, Christoph

Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, Zürich 2005

(Zit.: „HABEGGER, Art. N“)

HABSCHEID, Walther J.

Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990

(Zit.: „HABSCHEID, N“)

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/SCHNYDER, Anton K./BERTI, Stephen V.

Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007

(Zit.: „BSK IPRG-BEARBEITER, Art. N“)

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang

Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Aufl., Basel 2007

(Zit.: „BSK OR I-BEARBEITER, Art. N“)

JEGHER, Gion

Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse, Zürich 2003

(Zit.: „JEGHER, S.“)

KLEINER, Beat

Bankgarantie, 4. Aufl., Zürich 1990

(Zit.: „KLEINER, N“)

LIATOWITSCH, Manuel

Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland (Schriftenreihe für Internationales Recht; Bd. 98), Basel 2002

(Zit.: „LIATOWITSCH, S.“)

LÖW, Franziska

Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, in: Schriftenreihe für internationales Recht, Band 101, Basel 2002

(Zit.: „LÖW, S.“)

MEIER, Isaak

Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht mit Gerichtsstandsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005

(Zit.: „MEIER, S.“)

NIELSEN, Jens

Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften, in: SCHIMANSKY, Herbert/BUNTE, Hermann-Josef/LWOWSKI, Hans-Jürgen, Bankrechts-Handbuch, Band III, München 2001

(Zit.: „NIELSEN, §, N“)

SCHÜTZE, Rolf. A.

Deutsches internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des europäischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Berlin 2005

(Zit.: „SCHÜTZE, N“)

SCHWENZER, Ingeborg

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003

(Zit.: „SCHWENZER, N“)

SIEHR, Kurt

National Report Switzerland, in: FAWCETT, J.J. (Hrsg.), Declining Jurisdiction in Private International Law-Reports to the XIV<sup>th</sup> Congress of the International Academy of Comparative Law [Athens, August 1994], Oxford, 1995, S. 381ff.

(Zit.: „SIEHR, S.“)

SPÜHLER, Karl/TENCHIO, Luca/INFANGER, Dominik

Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG),  
Basel 2001

(Zit.: „BSK GestG-BEARBEITER, Art. N“)

VOGEL, Oscar/SPÜHLER, Karl

Grundriss des Zivilprozessrechts und des Internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz,  
8. Aufl., Bern 2006

(Zit.: „VOGEL/SPÜHLER, Kapitel, N“)

ZOBL, Dieter

Die Bankgarantie im Schweizerischen Recht, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte,  
Berner Bankrechtstag 1996, Bern 1996

(Zit.: „ZOBL, S.“)

## **Zeitschriften**

EGGER, Walter

Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien,  
in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zürich, Ausgabe 1/1990,  
S. 12ff.

(Zit.: „SZW, EGGER, S.“)

SCHÜTZE, Rolf A.

Zur Nichtrückgabe von Garantiekunden nach Erlöschen der Garantieverpflichtung, in:  
Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht Nr. 52/25. Dezember 1982, S. 1398ff.

(Zit. „WM SCHÜTZE, S.“)

STACHER, Marco

Prozessführungsverbote zur Verhinderung von sich widersprechenden Entscheiden, in:  
Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ) 9/2006  
(Oktober), S. 61ff.

(Zit.: „ZZZ, STACHER, S. N“)

## **Entscheide**

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 12. November 1968,  
BGE 94 II 161

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 8. Mai 1981,  
BGE 107 II 269

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 30. November 1984,  
BGE 110 II 494

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 13. April 1993,  
BGE 119 II 132

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 10. Oktober 1995,  
BGE 121 III 350

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 7. August 2000,  
BGE 126 III 375

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 3. April 2002,  
BGE 128 III 191

Urteil des Schiedsgerichtes der Zürcher Handelskammer vom 20. September 1994,  
ZHK 240/93

Zwischenentscheid des Schiedsgerichtes der int. Handelskammer vom 14. Mai 2001  
IHK N 8307

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 27. April 2004: Turner v. Grovit  
RS.C-159/02

### III. Abkürzungsverzeichnis

<b>§</b>	Paragraph
<b>Abs.</b>	Absatz
<b>Art.</b>	Artikel
<b>AS</b>	Aksjeselskap (norwegisch: Aktiengesellschaft)
<b>ASA</b>	Association suisse de l'arbitrage, Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
<b>Aufl.</b>	Auflage
<b>B-1 - B-3</b>	von der Beklagten eingereichte Beweisdokumente
<b>Bd.</b>	Band
<b>BGE</b>	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichtes
<b>BSK</b>	Basler Kommentar
<b>bspw.</b>	beispielsweise
<b>BV</b>	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
<b>CHK</b>	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
<b>d.d.</b>	deoničarsko društvo (serbokroatisch: Aktiengesellschaft)
<b>e</b>	Erwägung
<b>EuGH</b>	Europäischer Gerichtshof
<b>EUR</b>	Euro, Währung der Europäischen Währungsunion
<b>f./ff.</b>	folgende (Seite/Seiten)
<b>GestG</b>	Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
<b>h.L.</b>	herrschende Lehre
<b>Hrsg.</b>	Herausgeber
<b>i.c.</b>	in casu
<b>i.d.R.</b>	in der Regel
<b>i.S.</b>	im Sinne
<b>i.S.d.</b>	im Sinne des/der
<b>i.S.v.</b>	im Sinne von
<b>i.V.m.</b>	in Verbindung mit
<b>IHK</b>	internationale Handelskammer
<b>int.</b>	international
<b>IPRG</b>	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)

<b>K-1 - K-7</b>	Von der Klägerin eingereichte Beweisdokumente
<b>KSN</b>	Klageschrift der Gruppe 4 vom 12. März 2008, Note
<b>KZGB</b>	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
<b>lit.</b>	Litera
<b>LugÜ</b>	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (SR 0.275.11)
<b>m.a.W.</b>	Mit anderen Worten
<b>N/NN</b>	Note/Noten
<b>Nr.</b>	Nummer
<b>NYÜ</b>	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, abgeschlossen in New York am 10. Juni 1958 (SR 0.277.12)
<b>OR</b>	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
<b>resp.</b>	respektive
<b>S.</b>	Seite
<b>s.</b>	siehe
<b>SchO</b>	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern, Stand Januar 2006
<b>sog.</b>	sogenannt
<b>SR</b>	systematische Sammlung des Bundesrechts
<b>SZW</b>	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<b>u.a.</b>	unter anderem
<b>v.</b>	versus, gegen
<b>vgl.</b>	vergleiche
<b>Vor</b>	Vorbemerkungen
<b>ZGB</b>	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
<b>ZHK</b>	Zürcherische Handelskammer
<b>Ziff.</b>	Ziffer
<b>ZZZ</b>	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht
<b>ZPO ZH</b>	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976 mit seitherigen Änderungen (LS 271)

## **EINLEITUNG**

- 1 Zu den formellen Voraussetzungen des Schiedsgerichtsverfahrens wird die Beklagte im Folgenden nur kurz Stellung nehmen. Sollte die Klägerin zu formellen Fragen wider Erwarten Einwände erheben, behält sich die Beklagte eine ausführlichere Stellungnahme im mündlichen Verfahren vor.
- 2 Nachfolgend wird die Beklagte darlegen, dass die von ihr erhobenen Ansprüche vom vereinbarten Sicherungszweck der Bankgarantie umfasst sind und diese folglich rechtmässig in Anspruch genommen wurde.
- 3 Des Weiteren wird die Beklagte darlegen, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 an die Fjordbank AS geltend machen kann.
- 4 Ebenso wird die Beklagte aufzeigen, dass es sich beim Verfahren in Kroatien um einen von der Schiedsgerichtsverhandlung unabhängigen Prozess handelt. Die Beklagte war folglich legitimiert die Klage zu erheben und der Klägerin steht kein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot zu.
- 5 Zu weiteren der Beklagten zustehenden Ansprüchen wird im Folgenden auf Begehren des Gerichts keine Stellung genommen. Dies bedeutet jedoch keinesfalls, dass die Beklagte auf die Geltendmachung dieser Ansprüche verzichtet.

## **FORMELLES**

- 6 In der vorliegenden Rechtsschrift nimmt die Beklagte Bezug auf die Einleitungsanzeige der Klägerin vom 20. Oktober 2007 und deren Klageschrift vom 12. März 2008 sowie auf den Konstituierungsbeschluss und die Beschlüsse Nr. 1 und 2 des Schiedsgerichtes Zürich vom 14. Dezember 2007 resp. 18. Januar 2008.
- 7 Die Beklagte bestreitet sämtliche Ausführungen der Klägerin, soweit sie nicht mit ihrer Sachdarstellung übereinstimmen oder ausdrücklich als richtig anerkannt werden.
- 8 Die ergänzende Klageantwort folgt, soweit möglich, der Klageschrift vom 12. März 2008. Die im vorliegenden Text erwähnten Randnummern mit dem Vermerk „KSN“ beziehen sich auf die Schrift der Klägerin.

## **MATERIELLES**

### **1. Ausführungen zu Streitfrage 1**

#### **1.1 Vorbemerkungen**

- 9 Die Klägerin bestreitet das Recht der Beklagten auf Inanspruchnahme der durch die Fjordbank AS ausgestellten Bankgarantie Nr. 233384-550338 (K-3) infolge Nichterfüllung des

Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) und Nichtabnahme des Werkes oder aufgrund der Gewährleistungspflicht aus Ziff. 5.1 desselben Vertrages.

- 10 Im Folgenden wird die Beklagte darlegen, dass, anders als die Klägerin in KSN 48ff. behauptet, das Werk keinesfalls als abgenommen zu gelten hat, da es bis heute nicht vollendet ist und die Abnahmevoraussetzung des gültigen Garantietestlaufs nicht erfüllt wurde. Daraus ergibt sich, dass der Werkvertrag bis heute nicht erfüllt ist und die Beklagte einen Anspruch auf den Bezug der Bankgarantie Nr. 233384-550338 hat.
- 11 Falls das Gericht das Werk wider Erwarten trotzdem als abgenommen ansieht, sind die von der Beklagten geltend gemachten Mängel dennoch vom Umfang der Bankgarantie erfasst, da es sich dabei um eine Erfüllungsgarantie handelt.
- 12 Des Weiteren wird die Beklagte darlegen, dass die Klägerin entgegen der vereinbarten Freizeichnungsklausel für Mangelfolgeschäden einzustehen hat, denn diese traten infolge vorsätzlicher Unterlassung der gebotenen Reparaturen seitens der Klägerin auf.

## **1.2 Anspruchsgrundlage und Suspensivbedingung**

- 13 Die Beklagte stimmt den von der Klägerin in KSN 2 gemachten Ausführungen zu, wonach i.c. das Valutaverhältnis als Anspruchsgrundlage für einen Unterlassungsanspruch für die Inanspruchnahme einer Bankgarantie herangezogen werden kann. Die Beklagte erachtet jedoch die Heranziehung der Deutschen Lehre in diesem Zusammenhang als irrelevant und geht im Folgenden nicht weiter darauf ein.
- 14 Ebenso verdient die Einordnung des Garantiefalles als aufschiebende Bedingung i.S.v Art. 151 OR Zustimmung (vgl. KSN 3). Wie die Beklagte nachfolgend ausführen wird, ist die Bedingung i.c. entgegen den Ausführungen der Klägerin eingetreten, womit ein Forderungsrecht der Beklagten auf Auszahlung der Bankgarantiesumme entstanden ist.

## **1.3 Anspruch auf Auszahlung der Bankgarantie aus Nichterfüllung des Werkvertrages**

### **1.3.1 Keine Vollendung des Werkes**

- 15 Nach h.L. bildet die Vollendung des Werkes eine zwingende Voraussetzung für dessen Abnahme (vgl. BRÄNDLI, N 95; KZGB BÜHLER, Vor Art. 364-371 N 5). Die Klägerin behauptet in KSN 51ff., mit mechanischer Fertigstellung und Inbetriebnahme durch die Beklagte sei das Werk am 7. September 2005 vollendet, da alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt worden seien.
- 16 Dem widerspricht die Beklagte in aller Deutlichkeit, denn eine Vollendung liegt trotz erfolgreicher mechanischer Fertigstellung der Anlage erst vor, wenn sämtliche vereinbarten Arbeiten, einschliesslich allfälliger Bestellungenänderungen, ausgeführt sind (vgl. GAUCH, N 101, N 768). Dies ist i.c. nicht der Fall, da mit Vereinbarung zwischen der Klägerin und der

Beklagten vom 15. Dezember 2005 die Lieferung und Montage eines zusätzlichen Schwefelschmelztanks sowie eine anschließende Garantietestfahrt mit der Gesamtanlage vereinbart wurden (vgl. K-4). Die Gesamtanlage umfasst somit die renovierte Schwefelsäureanlage sowie den neu eingebauten Schwefelschmelztank.

- 17 Daraus folgt, dass das Gesamtwerk frühestens mit Einbau des Schwefelschmelztanks am 6. Mai 2006 und anschließender, erfolgreicher Garantietestfahrt als vollendet angesehen werden kann und nicht wie von der Klägerin in KSN 52 behauptet bereits mit formaler Anheizung und Inbetriebnahme im September 2005.
- 18 Da bis heute in pflichtwidriger Weise, wie nachfolgend aufgezeigt wird, keine vertragskonforme Garantietestfahrt mit der Gesamtanlage durchgeführt wurde, kann nicht von einer Vollendung des Werkes gesprochen werden, da noch nicht alle vertraglich vereinbarten Arbeiten ausgeführt wurden (vgl. BGE 94 II 161 S. 164 e2c). Zudem verhindern u.a. auch vereinbarte Feineinstellungen sowie „Systemtests“ bei Software die Vollendung eines Werkes (GAUCH, N 102), welche nach Ansicht der Beklagten i.c. erst nach Ausführung von Garantietestfahrten unter Betriebsbedingungen ausgeführt werden können.
- 19 Aus dem Gesagten folgt somit, dass keinesfalls von einer Vollendung des Werkes gesprochen werden kann. Folglich muss auch eine Abnahme ausgeschlossen werden und der Vertrag kann deshalb nicht als erfüllt angesehen werden.

### **1.3.2 Keine Abnahme des Werkes trotz Vollendung**

- 20 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass i.c. von einer Vollendung des Werkes auszugehen ist, wird die Beklagte im Folgenden darlegen, dass die Klägerin das Werk bis heute pflichtwidrig nicht abgeliefert hat und deshalb keine Abnahme stattfand und der Vertrag auch aus diesem Grund nicht erfüllt wurde.
- 21 Die Klägerin erlag bei ihren Ausführungen punkto Abnahme des Werkes in KSN 53f. mehreren Irrtümern:
- 22 Einerseits ging die Klägerin fälschlicherweise davon aus, dass die Beklagte ihre Verzugsansprüche mit Mängeln am bestehenden Werk begründet. Die Beklagte stützt ihre Verzugsansprüche jedoch auf die Nichterfüllung des Vertrages infolge ausgebliebener Abnahme (vgl. Einleitungsantwort, Ziff. 15).
- 23 Andererseits setzt die Klägerin in KSN 53f. die Vollendung des Werks mit dessen Abnahme gleich und negierte damit die Existenz der Verzugsansprüche voreilig. Richtigerweise ist es möglich, dass ein Werk trotz Vollendung nicht abgeliefert worden ist. Dies ergibt sich aus der Natur des Werkvertrags, wonach für die Herstellung des Werkes zwei voneinander zu unterscheidende Schritte erforderlich sind: die Ausführung und die Ablieferung. Bei der Ausfüh-

nung wird das Werk hergestellt, unter Ablieferung versteht die h.L. die Übergabe des vollendeten Werkes an den Besteller (ZGBK, BÜHLER, Vor Art. 364-371 N 1).

- 24 Ebenfalls lässt sich diese Zweiteilung aus dem Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) ableiten, in welchem die Parteien in Ziff. 4 einen Vollendungszeitpunkt festgelegt und in Ziff. 5.2.6 unabhängig davon die Abnahmevoraussetzungen geregelt haben. Daraus folgt, dass für eine gültige Abnahme die in Ziff. 5.2.6 genannten Voraussetzungen erfüllt sein müssen, auch wenn das Werk vom Gericht wider Erwarten als vollendet angesehen wird.
- 25 Eine gültige Abnahme setzt i.c. ausdrücklich einen erfolgreichen Garantietestlauf unter Mitwirkung beider Vertragsparteien voraus. Folglich war die Klägerin nicht befugt, eine Durchführung der Garantietestläufe einseitig anzuberaumen (vgl. K-1 Ziff. 5.2.5.1). Die von der Klägerin angeordneten Garantieläufe wurden zu einem Zeitpunkt durchgeführt, an dem die Anlage noch nicht stabil unter Maximallast betrieben werden konnte. Die von der Klägerin geltend gemachten erfolgreichen Garantietestläufe genügen daher nicht der vertraglichen Vereinbarung.
- 26 Aus der Untauglichkeit dieser Garantietestläufe als Voraussetzung zur gültigen Abnahme des Werkes gemäss Ziff. 5.2.6 des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1), leitet sich die Forderung der Beklagten nach einem erneuten Garantietestlauf mit der Gesamtanlage und unter Berücksichtigung sämtlicher Verfahrensgarantien ab. Dieser Forderung hat die Klägerin mit Unterschrift unter die Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 ausdrücklich zugestimmt. Mit den Briefen vom 7. sowie 29. März 2006 (B-1, B-2) sicherte die Klägerin der Beklagten ausdrücklich zu, dass es sich beim vereinbarten Probetrieb um einen dreitägigen Garantietestlauf mit der Gesamtanlage i.S.v. Ziff. 5.2ff. des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) handeln werde.
- 27 Die nachträgliche Umdeutung der gemachten Zugeständnisse seitens der Klägerin, wonach es sich beim vereinbarten Probetrieb lediglich um einen „informellen Testlauf“ handeln würde (vgl. Einleitungsanzeige, Ziff. 9), steht im Widerspruch zur abgeschlossenen Vereinbarung (K-4) und verstösst gegen den in Art. 2 Abs. 2 ZGB statuierten Grundsatz von Treu und Glauben. Es steht zweifellos fest, dass sowohl Klägerin als auch Beklagte sich über die Bedeutung des Garantietestlaufes einig waren und die Klägerin ihren eigenen Äusserungen widerspricht.
- 28 Selbst im unwahrscheinlichen Fall, dass die Klägerin sich zum Zeitpunkt der Vertragsergänzung in einem Erklärungsirrtum befunden hat, gilt die Vereinbarung so, wie die Beklagte sie verstanden hat, denn nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 126 III 375 S. 380 e2e aa). „Massgeblich ist weder der innere Wille des Erklärenden noch der Wortlaut des Erklärten, vielmehr der Sinn, welcher der Erklärung von dem (als red-

lich und vernünftig vorausgesetzten) Adressaten beigelegt werden durfte oder musste.“ (BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 6).

- 29 Aus der Vereinbarung sowie dem nachträglichen Verhalten der Klägerin durfte die Beklagte nach Treu und Glauben annehmen, dass sich die Klägerin zur Durchführung einer Garantietestfahrt mit der Gesamtanlage verpflichtet hat, denn für die Beklagte war der dreitägige Garantietestlauf ein zentraler Punkt der Vereinbarung um die Funktionsfähigkeit der revidierten Gesamtanlage, inklusive des neuen Schwefelschmelztanks, zu überprüfen.
- 30 Des Weiteren ist für die Beklagte nicht ersichtlich, wieso die Klägerin sich weigert einen erneuten Garantietestlauf durchzuführen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass nach Überzeugung der Klägerin die Anlage sämtliche Verfahrensgarantien erreichen würde.

### **1.3.3 Folglich: Die Klägerin befindet sich im Verzug**

- 31 Aus dem Gesagten folgt, dass das Werk von der Beklagten zu keinem Zeitpunkt rechtmässig abgenommen wurde. Somit wurde der Vertrag seitens der Klägerin nicht gehörig erfüllt und diese befindet sich deshalb bis zur Erfüllung des Vertrages in Verzug.
- 32 Die von der Klägerin in KSN 49 aufgezählten Voraussetzungen für das Bestehen eines Verzugsanspruches i.S.v. Art. 102 OR sind i.c. vollumfänglich gegeben:
- 33 Namentlich ist die Erfüllung zurzeit noch möglich, fehlt es doch lediglich an einem gültigen Garantietestlauf, welchen die Klägerin jederzeit durchführen könnte.
- 34 Die Forderung ist fällig, da die Klägerin mit Vollendung des Einbaus des neuen Schwefelschmelztanks in der Lage gewesen wäre, den Vertrag mit Durchführung einer Garantietestfahrt zu erfüllen.
- 35 Die erforderliche Mahnung wurde ausgesprochen, was sich aus Beschluss Nr. 2 des Schiedsgerichtes vom 18. Januar 2008 ergibt, wonach die Beklagte die Klägerin jeweils umgehend schriftlich auf ihre Fehlleistungen aufmerksam gemacht hat und diese darauf hinwies, dass sie die Bankgarantie beanspruche, falls die Anlage nicht sofort fertig gestellt werde.
- 36 Schliesslich kann die Klägerin keinerlei Einreden gegenüber den berechtigten Forderungen der Beklagten vorbringen, weshalb sie das Werk noch nicht vertragsgemäss abgeliefert hat.

### **1.3.4 Folglich: Rechtmässige Inanspruchnahme der Bankgarantie**

- 37 Wegen fehlender Vollendung und Abnahme des Werkes befindet sich die Klägerin bis heute im Schuldnerverzug i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR und die Inanspruchnahme der Bankgarantie erfolgte rechtmässig. Hierbei spielt es keine Rolle, ob es sich bei der Bankgarantie um eine reine Anzahlungs- oder eine Gewährleistungsgarantie handelt, denn Verzugsansprüche sind auf

jeden Fall vom Sicherungszweck der Bankgarantie gedeckt. Diese Meinung teilt auch die Klägerin (vgl. KSN 25).

#### **1.4 Anspruch auf Auszahlung der Bankgarantie aus Mängelhaftung**

38 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten unserer Argumentation nicht folgen und von einer Erfüllung des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) ausgehen, steht der Beklagten gleichwohl ein Recht auf Inanspruchnahme der Bankgarantie aufgrund von Gewährleistungsansprüchen zu, denn bei der abgeschlossenen Bankgarantie Nr. 233384-550338 handelt es sich um eine Erfüllungsgarantie, von welcher sämtliche entstandenen Mängel erfasst sind.

##### **1.4.1 Keine eindeutige Anzahlungsgarantie**

39 Die Klägerin geht in ihren Ausführungen in KSN 6ff. resp. KSN 23ff. davon aus, dass es sich bei der am 16. September 2004 ausgestellten Bankgarantie Nr. 233384-550338 um eine reine Anzahlungsgarantie, einen sog. „Advance Payment Bond“ (vgl. KLEINER, 14.01) handelt. Diese Einordnung ist nach Ansicht der Beklagten unzutreffend. Vielmehr handelt es sich i.c. um eine Erfüllungsgarantie, einen sog. „Performance Bond“ (vgl. NIELSEN, §121, N 42; BÜHLER, S. 124), wie die Beklagte im Folgenden darlegen wird.

40 Zunächst stimmt die Beklagte den Ausführungen der Klägerin in KSN 8ff. zu, wonach das Willensprinzip nicht zur Anwendung gelangt. Auch die Beklagte ist der Meinung, dass der Umfang der Bankgarantie nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist, zieht daraus jedoch völlig andere Schlüsse.

41 Kein Argument bildet die in KSN 12 geäußerte Behauptung, wonach aufgrund der Systematik des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) von einer Anzahlungsgarantie ausgegangen werden muss. Denn eine Erfüllungsgarantie als allumspannende Garantie enthält i.d.R. eine Anzahlungsgarantie (NIELSEN, §121, N 42) und wäre daher im Vertrag an gleicher Stelle wie ein „Advance Payment Bond“ aufgeführt.

42 Ebenso wenig darf die Bezeichnung der Bankgarantieurkunde (K-3) zur Einordnung der Bankgarantie herangezogen werden, wie dies die Klägerin in KSN 13f. behauptet, denn „Garantiebezeichnungen sind für die Ermittlung des konkreten, garantiegesicherten Erfolges und des Garantiezwecks *nicht besonders hilfreich*, weil sie einerseits ungenau oder zu wenig aussagekräftig sind und andererseits im Geschäftsverkehr nicht einheitlich verwendet werden“ (BÜSSER, N 1376).

43 Die klägerische Aussage, wonach die Fjordbank AS mit dem Bankgarantiegeschäft vertraut ist und daher die Bezeichnung der Garantieurkunde als „Anzahlungsgarantie“ in jedem Fall korrekt sein soll, trifft ebenso wenig zu. Zum einen können Bankgarantien per definitionem nur von Banken ausgestellt werden (BÜSSER, N 84), was nach Argumentation der Klägerin zur

Folge hätte, dass die Bezeichnungen von Bankgarantieurkunden ausnahmslos korrekt wären. Zum andern ist es entgegen den Ausführungen der Klägerin (KSN 17) nicht auszuschließen, dass diese der Fjordbank AS einen fehlerhaften Auftrag zur Ausstellung einer Bankgarantie gegeben hat, gehören doch Bankgarantien nicht zum Kerngeschäft einer selbsternannten Spezialistin auf dem Gebiet der Schwefelsäureanlagen.

- 44 Zudem sollte beachtet werden, dass sprachliche Barrieren zwischen den Vertragsparteien das Verständnis der juristischen Sprache erschweren. U.a. kann damit erklärt werden, weshalb die Beklagte nicht gegen die falsche Bezeichnung der Garantieurkunde interveniert hat.

#### **1.4.2 Klassifizierung der Bankgarantie als Erfüllungsgarantie**

- 45 Entgegen den klägerischen Ausführungen liegen sehr wohl Anhaltspunkte dafür vor, dass es sich bei der vereinbarten Garantie um eine Erfüllungsgarantie handelt.
- 46 Dass die Klägerin nach Treu und Glauben aufgrund des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) von einer Anzahlungsgarantie ausgegangen ist, hält die Beklagte für abwegig, was im Folgenden dargelegt wird.
- 47 Wichtigstes Argument für die Annahme einer Erfüllungsgarantie ist die Bestätigung des Telefongesprächs vom 16. Juni 2006 (B-3), in welchem der Geschäftsführer der Klägerin die Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 zusammen mit der Materialgarantie um zwei Jahre verlängerte.
- 48 Unter Berücksichtigung der Darstellung der Klägerin, wonach das Werk als abgenommen zu gelten hat (vgl. Einleitungsanzeige, Ziff. 5ff.), wäre die Verlängerung einer Anzahlungsgarantie zu diesem Zeitpunkt sinnlos, da diese von der Beklagten in keinem Fall mehr in Anspruch genommen werden könnte (vgl. Einleitungsanzeige, Ziff. 22 „Solche Ansprüche [Gewährleistungsansprüche] sind vom Sicherungszweck der Bankgarantie nicht umfasst.“). Dies deshalb, weil eine Anzahlungsgarantie lediglich die Rückzahlung vorausgeleisteter Anzahlungen sichert, falls der Beauftragte seine Leistung nicht oder nicht richtig erbringt (DOHM, N 23), m.a.W. verfällt die Garantie mit Ablieferung des Werkes, also mit der Erfüllung des Vertrags.
- 49 Daraus kann geschlossen werden, dass die Klägerin ihren damaligen Handlungen und Erklärungen im jetzigen Verfahren diametral widerspricht und somit gegen den Grundsatz von Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB verstößt.
- 50 Weiter kann nach Ansicht der Beklagten in Abs. 1 der Bankgarantieurkunde (K-3) entgegen den Aussagen der Klägerin (KSN 15) kein Argument für das Vorliegen einer Anzahlungsgarantie erblickt werden. Zwar stimmt die Beklagte mit der Klägerin überein, dass sich die gesicherte Garantiesumme mit dem von der Beklagten geleisteten Zahlungsbetrag deckt, jedoch darf daraus nicht leichthin auf eine Anzahlungsgarantie geschlossen werden, denn die Erfül-

lungsgarantie enthält neben der Gewährleistungskomponente auch eine Sicherung der Anzahlung bei nicht vollständiger Leistung (vgl. BÜSSER, N 391).

- 51 Ebenso wenig gibt die Höhe des Garantiebetrages von 20% der Auftragssumme einen Hinweis darauf, dass es sich um eine Anzahlungsgarantie handelt, liegt doch diese Quote ebenfalls im Spektrum einer Erfüllungsgarantie (vgl. NIELSEN, §121, N 42; BÜSSER N 393).
- 52 Aus den vorangegangenen Erläuterungen geht hervor, dass aus dem Wortlaut der Garantiekunde (K-3) weder eindeutig auf eine Anzahlungs- noch auf eine Erfüllungsgarantie geschlossen werden kann. Deshalb sind die Behauptungen der Klägerin in KSN 19ff., wonach die Beklagte mittels Zustimmung zum Garantievertrag einen Antrag auf Änderung des Valutaverhältnisses stillschweigend angenommen hat, unhaltbar.
- 53 Wie zuvor ausgeführt, hatte die Beklagte keinerlei Gründe an ihrer Überzeugung zu zweifeln, dass es sich bei der abgeschlossenen Bankgarantie um eine Erfüllungsgarantie handelt. Dies auch deshalb, weil die Klägerin sogar bereit war, die Bankgarantie um zwei Jahre zu verlängern, nachdem die Inanspruchnahme einer reinen Anzahlungsgarantie gar nicht mehr möglich gewesen wäre (vgl. N 48, B-3; Beschluss Nr. 2 Ziff. 4). Diese Verlängerung spricht klar dafür, dass die Klägerin sowohl zum Zeitpunkt der Vereinbarung der Verlängerung am 16. Juni 2007 als auch bei Vertragsabschluss mit der Beklagten am 3. Juli 2004 (K-1) von einer Erfüllungsgarantie ausgegangen war.
- 54 Durch die jetzige Berufung auf eine Anzahlungsgarantie erhofft die Klägerin sich ihrer ursprünglich zugesicherten Zahlungspflicht bei Gewährleistungsansprüchen zu entziehen, was rechtsmissbräuchlich ist. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt Rechtsmissbrauch u.a. vor, wenn jemand im Vertrauen auf ein früheres Verhalten seines Geschäftspartners Handlungen vornimmt, die ihm nun zum Nachteil gereichen (BGE 110 II 494 S. 498 e4; BGE 121 III 350 S. 353 e5b).

#### **1.4.3 Folglich: Bankgarantie ist eine Erfüllungsgarantie**

- 55 Wie dargelegt, handelt es sich bei der abgeschlossenen Bankgarantie Nr. 233384-550338 um eine Erfüllungsgarantie. Da sowohl die Klägerin als auch die Beklagte ursprünglich von einer Erfüllungsgarantie ausgegangen waren, sind allfällige Gewährleistungsansprüche für Schäden, welche, wie im Folgenden aufgezeigt wird, nicht von der Beklagten selbst verschuldet sind, vom Sicherungszweck der Bankgarantie erfasst.

#### **1.4.4 Schäden von der Klägerin verschuldet**

- 56 Es steht unzweifelhaft fest, dass am Werk in Kroatien Schäden aufgetreten sind, namentlich Lecke in Flüssigschwefelschläuchen sowie wiederholt auftretende Defekte des Hauptgebläses (vgl. Ziff. 6 der Einleitungsantwort). Diese Schäden führten zur Nichterreichung der Sollka-

pazität der Anlage und zu einer verminderten Dampfproduktion nebst zahlreichen weiteren Schadensposten (vgl. Ziff. 18 der Einleitungsantwort).

- 57 Die Beklagte hält an den in der Einleitungsantwort in Ziff. 17 gemachten Ausführungen fest, wonach das Verschulden der Klägerin und der Kausalzusammenhang zwischen deren Verhalten und den entstandenen Schäden ohne weiteres gegeben sind.
- 58 Beim Betrieb der ursprünglichen Anlage durch die Beklagte sind keine solchen Mängel aufgetreten. Die genannten Defizite traten erst mit Umbau der Anlage durch die Klägerin auf, was ein klares Indiz dafür darstellt, dass die Klägerin für die Mängel verantwortlich ist.
- 59 Auch der Vorwurf der Klägerin, wonach die Beklagte nicht spezifikationsgerechten Schwefel verwendet habe (vgl. Einleitungsanzeige, Ziff. 15), kann so nicht stehen gelassen werden. Zum einen stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass der verwendete Schwefel sehr wohl die geforderte Reinheit von 99.80% aufweist, zum andern haben die gerügten Mängel zum Teil keinerlei Zusammenhang mit der Qualität des verwendeten Schwefels, namentlich der Ausfall des Heissluft- sowie des Hauptgebläses, da diese Teile zu keinem Zeitpunkt mit Schwefel in Kontakt geraten.
- 60 Es bestehen somit glaubhafte Zweifel an der Richtigkeit der Argumentation der Klägerin, wonach die Beklagte die Schäden zu verantworten hat. In jedem Fall ist eine Schuld der Beklagten an den Mängeln nicht bewiesen.
- 61 Wie die Klägerin in KSN 40 richtig ausführt, trägt sie bei Ansprüchen aus Art. 368 OR die Beweislast für ihr fehlendes Verschulden an den geltend gemachten Schäden (vgl. GAUCH, N 1891; KZGB BÜHLER, Art. 368 N 190). Die Beweislastregeln weisen den Richter an, bei unklarer Beweislage „gegen die beweispflichtige Partei zu entscheiden, diese also die Folgen der Beweislosigkeit tragen“ zu lassen (vgl. BGE 107 II 269 S. 275 e2b; VOGEL/SPÜHLER, 10, N 27). Die Klägerin trägt folglich sowohl die subjektive als auch die objektive Beweislast (Beweisführungslast bzw. Risiko der Beweislosigkeit) (vgl. VOGEL/SPÜHLER, 10, N 29f.), da ein Verschulden der Beklagten an den Schäden nicht nachgewiesen werden kann.
- 62 Folglich haftet die Klägerin für Gewährleistungsansprüche aus Art. 368 OR, falls sie sich nicht gültig freigezeichnet hat, was im Folgenden verneint wird.

#### **1.4.5 Nichtberücksichtigung der Freizeichnungsklauseln**

- 63 Wie die Klägerin richtig dargelegt hat, sind die in KSN 33, 35 und 37 dargelegten Freizeichnungsklauseln mit Art. 100 Abs. 1 OR, Art. 20 OR sowie Art. 27 Abs. 2 ZGB vereinbar.
- 64 Jedoch widerspricht die in KSN 39 genannte Freizeichnungsklausel über die Beschränkung weitergehender Haftung der Klägerin (K-1, Ziff. 13.4) Art. 100 Abs. 1 OR, weil damit auch

die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit der Klägerin wegbedungen würden (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2825). Diese rechtswidrige Klausel ist daher nichtig und wird ersetzt durch die Regelung von Art. 100 Abs.1 OR, wonach der Unternehmer neben Vorsatz auch für grobfahrlässig verursachte Schäden haftet (vgl. GAUCH, N 2576).

- 65 Die Klägerin wurde mehrmals von der Beklagten darüber informiert, dass Schäden aufgetreten seien und diese beseitigt werden müssten (vgl. Einleitungsantwort, Ziff. 6). Die Klägerin verweigerte die Beseitigung dieser Schäden, da sie der Ansicht war, dass die Beklagte dafür selber einzustehen hätte. Die Beseitigung der Mängel wurde somit von der Klägerin vorsätzlich verhindert, was Folgeschäden nach sich zog (vgl. Einleitungsantwort, Ziff. 18). Für diese Schäden hat die Klägerin trotz ursprünglicher, aber teilnichtiger, Freizeichnung einzustehen.
- 66 Diese Haftung ist, wie die Klägerin in KSN 30 richtig ausführt, nicht auf 15% der Gesamtvertragssumme limitiert, sondern vielmehr nach oben unbeschränkt. Somit entfaltet Ziff. 13.3 des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) keinerlei Wirkung und die Klägerin hat für die von der Beklagten in Ziff. 18 der Einleitungsantwort aufgeführten Schadensposten vollumfänglich einzustehen.
- 67 Die Substanziierung dieser Schadenposten erfolgt in einem späteren Schriftsatz.

#### **1.4.6 Folglich:**

- 68 Wie unter N 55 bereits dargelegt, sind Gewährleistungsansprüche vom Sicherungszweck der Bankgarantie erfasst.
- 69 Ein Verschulden der Beklagten an den Mängeln ist nicht nachgewiesen, womit ihre Gewährleistungsansprüche rechtmässig sind, da die Klägerin die Beweislast und die Folgen des fehlenden Beweises zu tragen hat.
- 70 Die Freizeichnungsklausel, wonach die Klägerin nicht für Folgeschäden einzutreten hat, ist teilnichtig und sie muss für vorsätzlich oder grobfahrlässig verursachte Schäden eintreten.

#### **1.4.7 Bankgarantie „auf erstes Anfordern“**

- 71 Selbst wenn sich im künftigen Verfahren wider Erwarten herausstellen sollte, dass die Beklagte die Mängel selbst verschuldet hat und somit keine Gewährleistungsansprüche geltend machen kann, war die Fjordbank AS am 4. Oktober 2006 gleichwohl verpflichtet, der Beklagten die Bankgarantiesumme zu überweisen.
- 72 Dies deshalb, weil es sich bei der am 16. September 2004 abgeschlossenen Erfüllungsgarantie um eine Garantie, welche „auf erste schriftliche Anforderung“ (vgl. K-3) zahlbar ist, handelt, was von der Klägerin anerkannt wird (vgl. KSN 57). Die Klausel „auf erstes Anfordern“ reicht aus, um andere Zahlungsbedingungen auszuschliessen (vgl. KLEINER, N 17.11; BÜSSER,

N 783ff.; NIELSEN, §121, N 81). Der Garant ist somit verpflichtet, bei Vorweisen der zahlungsauslösenden Dokumente bedingungslos zu leisten (vgl. BGE 119 II 132 S. 133 e5a aa). Der Sinn von Bankgarantien auf erstes Anfordern besteht gerade darin, dass die Garantin keinerlei Einreden und Einwendungen aus dem Valutaverhältnis erheben darf, es sei denn, der Abruf erfolge rechtsmissbräuchlich (vgl. ZOBL, S. 39; DOHM, N 109f.).

- 73 Im Gegensatz zu Dokumentargarantien bei denen neben der Bankgarantieurkunde zusätzliche Beweisdokumente eingereicht werden müssen (BÜHLER, S. 121), muss der Garantierauftraggeber bei Garantien „auf erstes Anfordern“ sofort beweisen können, dass der garantierte Sicherungsfall nicht eingetreten ist, damit er die Zahlung verweigern kann (vgl. BÜSSER, N 1430).
- 74 Für die Klägerin war es am 4. Oktober 2006 - entgegen ihren Ausführungen in KSN 58ff. - unmöglich, sofort zu beweisen, dass sie an den eingetretenen Mängeln keinerlei Verschulden trägt, gab es doch bereits damals erhebliche Zweifel an der Argumentation der Klägerin (vgl. N 58ff.). Deshalb war die Fjordbank AS verpflichtet, auf schriftliches Verlangen der Beklagten die Garantiesumme auszuzahlen (vgl. LÖW, S. 123).

#### **1.4.8 Folglich: Rechtmässigkeit des Garantieabrufs auch ohne Gewährleistungsansprüche**

- 75 Selbst unter dem Gesichtspunkt, dass die Beklagte die Mängel selbst verschuldet hat, wäre ein Garantieabruf rechtmässig gewesen, denn für die Klägerin war es am 4. Oktober 2006 unmöglich sofort zu beweisen, dass der garantierte Sicherungsfall nicht eingetreten ist.

#### **1.5 Keine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie**

- 76 Die Klägerin behauptet in KSN 58ff. die Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte sei rechtsmissbräuchlich.
- 77 Nach Schweizerischer Rechtspraxis stützt sich ein rechtsmissbräuchlicher Abruf der Bankgarantie auf Art. 2 Abs. 2 ZGB (KLEINER, N 21.42). Von dieser Norm werden nur diejenigen Fälle erfasst, welche offenbar missbräuchlich sind (CHK-MIDDENDORF/GROB, ZGB 2, N 15). Nicht offenbar rechtsmissbräuchlich sind Garantieabrufe, wenn die Nichterfüllung bzw. die nicht gehörige Erfüllung der zu sichernden Leistung noch unklar ist und kein Gerichtsurteil darüber besteht. Nach dem Sinne der Garantie muss sodann zuerst bezahlt werden (SZW, EGGER, S. 16), was dem Grundsatz erst zahlen, dann prozessieren entspricht.
- 78 Wie gezeigt, wurde der Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) nicht gehörig erfüllt, ebenso liegen Gewährleistungsansprüche vor, welche eine Inanspruchnahme der Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 rechtfertigen. Deshalb war die Inanspruchnahme

derselben durch die Beklagte keinesfalls rechtsmissbräuchlich, wie dies die Klägerin in KSN 59 behauptet, da der Sicherungsfall der Bankgarantie eingetreten ist.

79 Aus dem Gesagten kann gefolgert werden, dass der Beklagten in jedem Fall ein Anspruch auf Auszahlung der Bankgarantiesumme zusteht.

### **1.6 Folglich: Kein Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie**

80 Das Werk wurde von der Klägerin zu keinem Zeitpunkt vollendet. Falls das Gericht jedoch zum Schluss kommen sollte, dass von einer Vollendung des Werkes auszugehen ist, wurde diese von der Beklagten bis heute nicht abgenommen.

81 Falls das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommt, das Werk habe als abgenommen zu gelten, steht der Beklagten gleichwohl ein Anspruch auf Auszahlung der Bankgarantie zu, da es sich bei der vereinbarten Bankgarantie um eine Erfüllungsgarantie handelt.

82 Die Klägerin hat die von der Beklagten gerügten Mängel verschuldet. Diese Schäden sind vom Sicherungszweck der Erfüllungsgarantie umfasst.

83 Ebenfalls wurde gezeigt, dass die in Ziff. 13.4 des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) vereinbarte Freizeichnung für Mangelfolgeschäden rechtswidrig war und die Klägerin infolge vorsätzlichem Unterlassen der gebotenen Reparaturen für diese Schäden einzustehen hat.

84 Daher kann von einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie keine Rede sein, weshalb der Klägerin kein Anspruch auf Unterlassung der weiteren Inanspruchnahme durch die Beklagte zusteht.

## **2. Ausführungen zu Streitfrage 2**

### **2.1 Vorbemerkungen**

85 Die Klägerin behauptet in KSN 64ff., ihr stehe ein Anspruch auf Rückgabe der Bankgarantiekunde an die Fjordbank AS zu. Dies begründet sie damit, dass die Garantieverpflichtung infolge Fristablaufs erloschen sei. Ausserdem fehle es im Grundverhältnis an den Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Bankgarantie (K-3), weshalb diese Urkunde zurückzugeben sei.

86 Die Beklagte wird diese Behauptungen im Folgenden widerlegen und zusätzlich aufzeigen, dass es sich bei der abgeschlossenen Bankgarantie um einen einseitigen Vertrag handelt, dessen Nebenpflichten von der Klägerin nicht selbständig eingeklagt werden können.

### **2.2 Kein Erlöschen der Garantieverpflichtung wegen Einhaltung der Frist**

87 Die Klägerin stellt sich in KSN 66 auf den Standpunkt, die Garantieverpflichtung sei mit Ablauf der Frist am 3. Januar 2007 erloschen und daher sei die Urkunde zurückzugeben. Zwar wird die fristgerechte Geltendmachung der Bankgarantie durch die Beklagte von der Klägerin

eingräumt, jedoch behauptet sie, eine Einhaltung der Frist sei wegen rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme zu verneinen. Dem widerspricht die Beklagte in aller Deutlichkeit.

- 88 Zunächst sollte festgehalten werden, dass es sich bei der in der Bankgarantieurkunde (K-3) festgelegten Frist um eine Verwirkungsfrist handelt, welche zum Untergang des betreffenden subjektiven Rechts, i.c. die Forderung auf Auszahlung der Garantiesumme, führt (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3574). Die Verwirkungsfrist ist gewahrt, wenn der Gläubiger oder Berechtigte die zur Wahrung der Frist vorgesehenen Handlungen vornimmt (vgl. GUHL/KOLLER, §38, N 43).
- 89 I.c. stellt die schriftliche Inanspruchnahme der Bankgarantie i.S.v. Abs. 4 der Bankgarantieurkunde (K-3) diese Handlung dar. Nach Ansicht der Beklagten wurde die Bankgarantie am 4. Oktober 2006 rechtmässig in Anspruch genommen, was unter Streitfrage 1 ausführlich dargelegt wurde. Damit hat die Beklagte die Frist gewahrt.
- 90 Im Übrigen stimmen wir den Ausführungen der Klägerin in KSN 67 zu, wonach keine Verlängerung der Bankgarantie stattgefunden hat. Hingegen ist die klägerische Begründung hierfür zu verneinen, wonach die Bankgarantie unrechtmässig in Anspruch genommen wurde. Vielmehr fand gerade deshalb keine Verlängerung statt, weil die Beklagte die Bankgarantie am 4. Oktober 2006 rechtmässig in Anspruch genommen hat.

### **2.3 Kein Rückgabeanspruch infolge rechtmässiger Inanspruchnahme der Bankgarantie**

- 91 Die Klägerin behauptet in KSN 68f. sie habe sämtliche Pflichten aus dem Valutaverhältnis erfüllt. Wie der Klägerin bereits in N 15ff. aufgezeigt wurde, ist dies keinesfalls zutreffend. Vielmehr hatte die Beklagte die Garantie rechtmässig in Anspruch genommen. Eine Rückgabe der Urkunde kann, wenn überhaupt, erst nach Auszahlung der Garantiesumme verlangt werden.

### **2.4 Nebenpflichten aus einseitig verpflichtendem Bankgarantievertrag**

- 92 Selbst für den Fall, dass die Beklagte die Garantiefrist nicht gewahrt oder die Garantie unrechtmässig in Anspruch genommen hätte, stünde der Klägerin kein durchsetzbarer Anspruch auf Herausgabe der Garantieurkunde zu, was im Folgenden dargelegt wird.
- 93 Die rechtliche Einordnung des Bankgarantievertrages ist in der Lehre umstritten. Das Bundesgericht tendiert in jüngster Zeit zu einem Anwendungsfall von Art. 111 OR, wobei es früher eher einen Vertrag sui generis annahm (DE GOTTRAU, S. 453ff.).
- 94 Für die Beantwortung dieser Frage spielt diese Unterscheidung jedoch keine Rolle, da Einigkeit darüber besteht, dass es sich beim Bankgarantievertrag um einen einseitig verpflichtenden Vertrag handelt (vgl. BSK OR I-PESTALOZZI, Art. 111, N 7; BÜSSER, NN 84, 87; DOHM, N 97).

### **2.4.1 Keine selbständig einklagbaren Nebenpflichten**

- 95 Bei der Bestimmung in der Bankgarantieurkunde (K-3), wonach die Beklagte verpflichtet ist, die Garantieurkunde nach Verfall oder bei Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus der Garantie zurückzugeben, handelt es sich lediglich um eine Nebenpflicht. Solche Pflichten prägen typischerweise das Schuldverhältnis nicht und ergeben sich aus Vereinbarung oder Gesetz (vgl. SCHWENZER, N 4.22). Die Erfüllung von Nebenpflichten kann nicht erzwungen werden, m.a.W. sind sie nicht selbständig einklagbar. Ihre Verletzung kann jedoch Schadenersatzansprüche zur Folge haben (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2539).
- 96 Die Beklagte hat mit stillschweigender Zustimmung zum Bankgarantievertrag mit der Fjordbank AS lediglich Pflichten übernommen, die von der Zahlungspflicht der Bank unabhängig sind. Die Leistungspflicht der Fjordbank AS besteht folglich losgelöst von der Rückgabe der Bankgarantieurkunde, was lediglich den Schluss zulässt, dass es sich bei der Rückgabepflicht um eine Nebenpflicht handelt.
- 97 Folglich steht der Klägerin kein selbständig durchsetzbarer Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantieurkunde zu.

### **2.4.2 Keine Anwendung deutschen Rechts zur Durchsetzung von Nebenpflichten**

- 98 Da im Schweizerischen Recht Nebenpflichten nicht selbständig durchsetzbar sind, stützt die Klägerin ihren Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantieurkunde in KSN 64f. auf die deutsche Lehre, nach welcher Nebenpflichten angeblich selbständig eingeklagt werden können (vgl. WM SCHÜTZE, S. 1400).
- 99 Die Klägerin proklamiert somit in unzulässiger Weise und ohne Begründung die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf das Schiedsverfahren vor dem Zürcher Handelsgericht, obwohl die Parteien in Ziff. 16.1 des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) die Anwendung des schweizerischen Rechts ausdrücklich vereinbart haben. Da i.c. das schweizerische Recht die Frage nach der gerichtlichen Durchsetzbarkeit von Nebenpflichten regelt, besteht kein Grund dafür, eine fremde Rechtsordnung zu Rate zu ziehen.

### **2.5 Folglich: Kein Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantieurkunde**

- 100 Da die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten nicht erfüllt und die Auszahlung der Bankgarantiesumme verhindert hat, steht ihr kein Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantieurkunde zu. Weiter wurde der Garantieanspruch vor Ablauf der Verwirkungsfrist von der Beklagten rechtmässig geltend gemacht. Zudem wurde gezeigt, dass es sich bei der in der Bankgarantieurkunde (K-3) vertraglich vereinbarten Rückgabepflicht lediglich um eine Nebenpflicht handelt, welche nach schweizerischem Recht nicht alleine durchsetzbar ist. Die Klägerin hat somit in keinem Fall Anspruch auf die Herausgabe der Bankgarantieurkunde.

### 3. Ausführungen zu Streitfrage 3

#### 3.1 Vorbemerkungen

- 101 Die Beklagte wird in ihren folgenden Ausführungen aufzeigen, dass die Klägerin entgegen ihrer Argumentation keinen Anspruch auf den Erlass eines Prozessführungsverbot im Sinne vorsorglicher Massnahmen geltend machen kann.
- 102 Zudem wird die Beklagte lediglich auf die klägerische Forderung nach vorsorglichen Massnahmen eingehen, da die Klägerin den Erlass einer Antisuit Injunction als selbständigen Anspruch in ihrer Klageschrift vom 12. März 2008 nicht beantragt.
- 103 Des Weiteren stimmt die Beklagte den Ausführungen der Klägerin in KSN 74 zu, wonach die Schiedsvereinbarung wirksam ist. Dabei sind die Ausführungen in KSN 92f., ob die Schiedsvereinbarung materiellrechtliche Wirkung entfalten kann, irrelevant, denn die Beklagte hat zu keiner Zeit vorsätzlich gegen diese Vereinbarung verstossen, was im Folgenden dargelegt wird.

#### 3.2 Kein Bedarf an vorsorglichen Massnahmen

- 104 Die Klägerin verlangt die Aussprechung einer Antisuit Injunction als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 183 Abs. 1 IPRG (vgl. KSN 71ff.). Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist u.a. die Frage, ob es gerechtfertigt ist, provisorischen Rechtsschutz zu gewähren oder ob ein Abwarten bis zum Abschluss des Hauptverfahrens zumutbar ist (BERGER/KELLERHALS, N 1144). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, denn das Prozessführungsverbot als vorsorgliche Massnahme würde gleichzeitig mit dem Entscheid des Schiedsgerichts in Kraft treten, welcher seinerseits res iudicata Wirkung entfaltet. Damit wären Prozessführungsverbote als vorsorgliche Massnahmen i.c. wirkungslos, da sie zeitgleich mit dem Entscheid erfolgen und durch diesen sofort verdrängt würden. Daher sind die weiteren Ausführungen der Klägerin irrelevant, die Beklagte wird gleichwohl auf die einzelnen Punkte eingehen.

#### 3.3 Fehlende Anspruchsgrundlage im Schweizer Recht

- 105 Auch wenn die Klägerin befürchten müsste, ihr drohe ein Nachteil durch anderweitige Prozesse, welche nur durch Prozessführungsverbote verhindert werden können, fehlt es in der Schweiz an der entsprechenden Rechtsgrundlage und i.c. an den übrigen Voraussetzungen zur Aussprechung eines solchen Verbotes, was im Folgenden aufgezeigt wird.
- 106 Die Klägerin behauptet in KSN 72 ein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot lasse sich aus Art. 183 Abs. 1 IPRG und § 110 ZPO ZH herleiten, welche die Zulässigkeit vorsorglicher und sichernder Massnahmen vorsehen (vgl. BSK IPRG-BERTI, Art. 183 N 6). Dies ist jedoch unzutreffend. Insbesondere geht aus den von der Klägerin zitierten Schiedsentscheiden IHK- Nr. 8307 (Ziff. 2, 9) und ZHK 240/93 (Ziff. 3) nicht hervor, dass die schweizerische

Praxis die Befugnis von Schiedsgerichten zum Erlass von Prozessführungsverboten aus Art. 183 Abs. 1 IPRG und § 110 ZPO ZH ableitet. Vielmehr wird an diesen Stellen lediglich aufgezeigt, dass schweizerische Schiedsgerichte zum Erlass von vorsorglichen und sichernden Massnahmen („provisional and protective measures“) befugt sind, was unbestritten ist.

- 107 Nach Meinung der Beklagten lässt sich aus Art. 183 Abs. 1 IPRG auf keinen Fall ein Prozessführungsverbot herleiten, weil das IPRG die mit Prozessführungsverboten verbundenen Nachteile nicht in Kauf zu nehmen bereit ist, was keinen anderen Schluss zulässt, als dass sie mit dem IPRG unvereinbar sind; somit schiessen internationale Prozessführverbote über das vom IPRG verfolgte Ziel hinaus (ZZZ, STACHER, S. 73, N 40). Selbiges hat nach Ansicht der Beklagten mutatis mutandis für § 110 ZPO ZH zu gelten.
- 108 Somit kann festgehalten werden, dass weder aus dem IPRG noch aus der ZPO ZH oder anderen Schweizerischen Rechtsquellen rechtliche Grundlagen für den Erlass von Prozessführungsverboten abgeleitet werden können. Vielmehr ist das Rechtsinstitut der Antisuit Injunction der Schweizerischen wie auch den anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen nicht bekannt (ZZZ, STACHER, S. 78, N 56; LIATOWITSCH, S. 151; SIEHR, S. 397).
- 109 Daraus folgt, dass für den Erlass einer Antisuit Injunction (auch in Gestalt einer vorsorglichen Massnahme) jegliche Grundlage im Schweizer Recht fehlt. Die Forderung der Klägerin nach einem Prozessführungsverbot ist daher zurückzuweisen.

### **3.4 Keine Prozessidentität**

- 110 Die Ausführungen der Klägerin zur Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung (vgl. KSN 73) werden von der Beklagten nicht bestritten. Jedoch geht die Beklagte davon aus, dass der Prozess in Kroatien die Schiedsvereinbarung im Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) nicht verletzt, denn die Schiedsabrede entfaltet keine Geltung auf das eigenständige Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Fjordbank AS.
- 111 Daher versucht die Klägerin eine Prozessidentität zwischen dem momentanen Schiedsverfahren und dem Verfahren in Kroatien zu konstruieren, indem sie ihren Beitritt als Nebenintervenientin sowie das angeblich identische Grundverhältnis zur Begründung heranzieht (vgl. KSN 75ff.). Dem ist zu widersprechen, denn für eine Klageidentität müssen sowohl die Parteien als auch der Prozessgegenstand identisch sein (vgl. VOGEL/SPÜHLER, 8, N 5).
- 112 Zwar anerkennt die Beklagte die Identität der Parteien zwischen dem Schiedsverfahren und dem Verfahren in Zagreb, da Nebenintervention zur Begründung der Parteiidentität ausreicht (vgl. CASTELBERG, S.53f; BSK GestG-RUGGLE/TENCHIO-KUZMIĆ, Art. 35 N 6f.), jedoch bestreitet sie das Vorliegen der Identität des Gegenstandes.

- 113 Beim Garantievertrag handelt es sich um einen selbständigen Vertrag, in welchen der Auftraggeber nicht involviert ist (vgl. CHK-REETZ/GRABER, OR Art.111 N 3). Dies lässt nur folgenden Schluss zu: „die Rechte des Begünstigten aus der Garantie sind völlig unabhängig vom Grundverhältnis“ (DOHM, N 98).
- 114 Zudem ist die Aussage der Klägerin, wonach das Garantieverhältnis aus dem Valutaverhältnis entsteht, und dieses deshalb auch auf den Garantievertrag anzuwenden sei, nur bedingt richtig, denn einer Bankgarantie liegt immer ein Valutaverhältnis zugrunde. Würde man der Argumentation der Klägerin folgen, würde der Sinn der Bankgarantie ausgehöhlt, besteht er doch gerade darin, ein Vertragsverhältnis unabhängig vom Vertragspartner aus dem Valutaverhältnis, abzusichern (vgl. KSN 77f.).

#### **3.4.1 Folglich: Keine Prozessführungsverbote bei nicht identischen Streitgegenständen**

- 115 Obwohl die Klägerin dem Prozess in Kroatien als Nebenintervenientin beigetreten ist, kann nicht von Klage- und Prozessidentität gesprochen werden, da der Streitgegenstand in den beiden Verfahren nicht identisch ist. Auch dies spricht gegen die Aussprechung eines Prozessführungsverbotes i.S. einer vorsorglichen Massnahme.

#### **3.5 Fehlendes Rechtsschutzinteresse**

- 116 Sowohl die Beklagte als auch das Gericht in Zagreb gehen bis heute nach Treu und Glauben davon aus, dass der Garantievertrag, welcher die Beklagte mit der Fjordbank AS geschlossen hat, nicht unter die Schiedsklausel in Ziff. 16.2 des Vertrages vom 3. Juli 2004 fällt.
- 117 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten Klageidentität annehmen, hätte die Beklagte den Prozess in Kroatien unrechtmässig eröffnet. Selbst in diesem unwahrscheinlichen Fall würde es der Klägerin jedoch am nötigen Rechtsschutzinteresse für den Erlass eines Prozessführungsverbotes fehlen, denn Kroatien, als Vertragsstaat des New Yorker Übereinkommens, wäre nach Art. III NYÜ verpflichtet Schiedsurteile anzuerkennen, womit Schiedsentscheiden res iudicata-Wirkung zugestanden wird.
- 118 Da der Entscheid des Schiedsgerichtes über vorsorgliche Massnahmen, wie in N 104 dargelegt, mit dem Endentscheid des Schiedsgerichtes zusammenfallen würde, würden allfällige Prozessführungsverbote hinfällig werden, denn mit End- oder Zwischenentscheiden tritt der res iudicata-Effekt in Kraft (HABEGGER, 32, N 18, BGE 128 III 191 S. 194 e4a). Dieser würde der Beklagten verbieten, vor anderen Gerichten bereits entschiedene Ansprüche jeglicher Art aus dem Vertragsverhältnis der Streitparteien gegen die Klägerin oder die Fjordbank AS geltend zu machen oder weiterzuführen (vgl. HABEGGER, Art. 32, N 18ff.; BERGER/KELLERHALS, N 1498).

- 119 Die Beklagte würde somit dazu verpflichtet, nach Eröffnung des Urteils sämtliche Prozesse gegen die Klägerin oder Fjordbank AS einzustellen und in dieser Sache keine weiteren Klagen zu erheben, was den Forderungen der Klägerin entsprechen würde. Daher fehlt es der Klägerin am benötigten Rechtsschutzinteresse für ein Prozessverbot.
- 120 Ebenso wenig kann die Beklagte die Argumentation der Klägerin in KSN 83 verstehen, wonach die Ungewissheit der Klägerin über ihre Zahlungspflicht vom norwegischen Verfahren herrühre. Denn es liegt auf der Hand, dass Ungewissheit besteht, bis ein Gericht gültig über eine Streitsache entschieden hat. Aus demselben Grund könnte die Beklagte eine Antisuit Injunction gegen die Klägerin verlangen, denn für die Beklagte wäre nach dieser Argumentation ebenfalls ungewiss, ob sie die Bankgarantiesumme ausbezahlt erhält.

### **3.5.1 Fehlende Verhältnismässigkeit**

- 121 Weiter scheidet das Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der fehlenden Verhältnismässigkeit, deren Vorhandensein die Klägerin in KSN 84ff. behauptet. Nach der Lehre fehlt es an der Verhältnismässigkeit, wenn das Rechtsschutzziel auf einfachere, schnellere und zweckmässiger Weise erreicht werden kann (vgl. HABSCHIED, N 357).
- 122 Dies ist nach Ansicht der Beklagten der Fall, denn die Klägerin kann die von ihr angestrebten Ziele mittels *res iudicata* vollständig und zudem einfacher, schneller und zweckmässiger erreichen. Namentlich führt der Grundsatz der *res iudicata* dazu, dass andere Gerichte nicht mehr auf Klagen der Beklagten aus der abgeurteilten Sache eintreten werden. Dies geschieht ohne spezielle Erwähnung und Behandlung durch das Gericht, was den Prozessverlauf für alle Parteien vereinfacht. Diese Vereinfachung führt automatisch zu einer Beschleunigung des Prozesses, weshalb die Inanspruchnahme ausländischer Prozessbehelfe unnötig ist.
- 123 Selbst die Klägerin ist sich bewusst, dass ihre Argumentation bezüglich der Verhältnismässigkeit ihrer Forderung auf wackligen Beinen steht, weshalb sie in KSN 87 auf die Meinung von Jegher verweist, welcher für die Ablehnung eines Rechtsschutzinteresses mehr als das bloße Vorhandensein eines anderen Rechtsbehelfs verlangt (vgl. JEGHER, S. 162).
- 124 Jedoch würde dieses von Jegher postulierte freie Wahlrecht einen Rückschritt in der internationalen Justizkooperation darstellen und würde dieser zuwiderlaufen, denn die Gefahr besteht, dass den Parteien der Zugang zu (beiden) Gerichten abgeschnitten wird (vgl. ZZZ, STACHER, S. 78, N 55). Daher ist die von Jegher vertretene Meinung abzulehnen.
- 125 Weiter ist die Beklagte nicht in der Lage, die weiteren Ausführungen der Klägerin in KSN 87 nachzuvollziehen, besonders, als diese darin anerkennt, dass ein Prozess über eine Zahlungsverpflichtung hinfällig würde, falls das Gericht der Klägerin bezüglich ihren Ansprüchen aus dem Grundverhältnis (vgl. KSN 63) Recht geben würde. Umso erstaunlicher ist, dass die Klä-

gerin aus diesem Punkt die Verhältnismässigkeit des Rechtsschutzinteresses für ein Prozessführungsverbot begründen will.

- 126 Folglich fehlt es auch an der Verhältnismässigkeit des Rechtsschutzinteresses, denn die Klägerin kann ihr Rechtsschutzziel mit milderem Mitteln erreichen. Ein Wahlrecht, wie es Jegher vertritt, steht ihr nicht zu.

### **3.5.2 Rechtsschutzinteresse i.e.S.**

- 127 Die Klägerin prüft in KSN 88ff. weitere Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen, insbesondere die Gefahr eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils.
- 128 Ein solcher Nachteil besteht nicht, da keinerlei Anzeichen dafür vorhanden sind, dass Kroatiens seinen internationalen Verpflichtungen, welche mit Ratifikation des NYÜ übernommen wurden, nicht nachkommt. Es kann und muss davon ausgegangen werden, dass das Gericht in Zagreb der res iudicata-Wirkung des Schiedsurteils Folge leisten wird und daher der Klägerin kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entsteht.
- 129 Auch das Argument in KSN 89, wonach der Klägerin Kosten aufgezwungen werden, kann nicht zur Begründung des rechtlichen Interesses herangezogen werden, denn Prozesskosten vor staatlichen Gerichten sind relativ niedrig und machen bei einer Streitsumme von EUR 4'400'000 daher nur einen sehr kleinen Anteil aus. Zudem entstanden auch auf Seiten der Beklagten Kosten, welche durch die Klage der Klägerin verursacht wurden.

### **3.5.3 Folglich: Kein Rechtsschutzinteresse**

- 130 Selbst wenn das Schweizer Rechtssystem das Institut der Antisuit Injunction kennen würde, kann festgehalten werden, dass es der Klägerin am notwendigen Rechtsschutzinteresse zum Erlass eines Prozessführungsverbot im Sinne einer vorsorglichen Massnahme fehlen würde.

## **3.6 Weitere Gründe gegen Prozessführungsverbote**

- 131 Neben der fehlenden gesetzlichen Grundlage sprechen im Allgemeinen weitere Gründe gegen den Erlass von Prozessführungsverboten, welche die Klägerin zum Teil auch aufführt.

### **3.6.1 Eingriff in fremde Rechtshoheit**

- 132 Die Klägerin führt in KSN 94 aus, dass der Erlass von Prozessführungsverboten in unzulässiger Weise in die Hoheit eines ausländischen Staates eingreift (ZZZ, STACHER, S. 71, N 33). Sie verneint die Einmischung i.c. jedoch dadurch, dass sich ein Unterlassungsanspruch nicht gegen das Gericht sondern lediglich gegen die Beklagte richtet.
- 133 Diese Argumentation greift zu kurz, denn die Auswirkungen von Prozessführungsverboten auf die Rechtsprechung des Zielgerichts sind zwar lediglich mittelbar; jedoch resultiert im

Endeffekt ein realer Zwang auf das Gericht: „Der Zwang gegenüber der Gesuchsgegnerin erübrigt den Zwang gegenüber dem Zielgericht“ (vgl. ZZZ, STACHER, S. 72, N36).

- 134 Des Weiteren wird kritisiert, dass durch Aussprechen eines Prozessführungsverbotess Miss-  
trauen gegenüber anderen Gerichten sowie deren Rechtsordnungen ausgedrückt wird (ZZZ,  
STACHER, S. 62, N 4). Die Klägerin versucht dieses Argument in KSN 94f. mit der Berufung  
auf das Prinzip der internationalen Rücksichtnahme zu widerlegen und führt an, dass i.c. das  
Interesse der Klägerin an einem Prozessführungsverbot, die *comitas gentium*,  
überwiegt.
- 135 I.c. ist jedoch das Prinzip des öffentlichen Interesses an einer international geordneten Rechts-  
pflege höher zu gewichten. Die Beklagte hat zu keiner Zeit vorsätzlich gegen die Schiedsabre-  
de verstossen, weshalb selbst Jegher dem Gericht den Schutz vor internationaler Einmischung  
nicht verwehren würde (vgl. JEGHER, S. 165). Daher liegt auch keine, von der Klägerin geltend  
gemachte, Störung des internationalen Rechtsverkehrs vor.

### **3.6.2 Keine Vereinbarkeit mit dem LugÜ**

- 136 Wir stimmen den Ausführungen der Klägerin in KSN 96ff. zu, wonach der EuGH in einem  
neueren Entscheid (RS.C-159/02, 17b) die Zulässigkeit von Antisuit Injunctions im Geltungs-  
bereich europäischen Rechts generell ausgeschlossen hat (SCHÜTZE, N 179). Da die Schweiz  
das LugÜ, welches eine Adaption des Brüsseler Übereinkommens darstellt, ratifiziert hat, ist  
sie verpflichtet, im Zuständigkeitsbereich des LugÜ die Rechtssprechung des EuGH zu  
berücksichtigen (vgl. VOGEL/SPÜHLER, 1, N 71). Zwar ist die Anwendung des LugÜ nach  
Art. 1 Abs. 2 Ziff. 4 LugÜ für Schiedsgerichtsprozesse zu verneinen, trotzdem geht aus dem  
Turner v. Grovit-Entscheid der eindeutige Wille der europäischen Gemeinschaft hervor, in  
Zukunft keine Prozessführungsverbote im europäischen Raum mehr zu akzeptieren. Die  
Schweizer Schiedsgerichte täten gut daran, dieser Rechtsauffassung wie bis anhin nicht zu wi-  
dersprechen, um sich international nicht zu isolieren.

### **3.6.3 Verstoss gegen verfassungsmässige Rechte**

- 137 Eine Antisuit Injunction ist u.a. auch deswegen abzulehnen, weil einer Prozesspartei durch ein  
Prozessführungsverbot das Recht auf die in Art. 29 BV festgehaltenen Verfahrensgarantien  
entzogen würde (vgl. MEIER, S. 160f.).

### **3.7 Folglich: Kein Erlass von Prozessführungsverboten**

- 138 Wie dargelegt, kennt das Schweizer Recht das Institut der Antisuit Injunction nicht. Bereits  
deshalb ist die Aussprechung einer solchen im vorliegenden Prozess undenkbar. Doch auch  
für den unvorstellbaren Fall, dass Prozessführungsverbote aus den vorsorglichen Massnahmen  
i.S.v. Art. 183 Abs. 1 IPRG abgeleitet werden können, fehlt es i.c. an den Voraussetzungen  
für den Erlass eines Prozessführungsverbotess i.S. einer vorsorglichen Massnahme.

Abschliessend ersuchen wir Sie höflich den eingangs gestellten Rechtsbegehren stattzugeben.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Simone R. Bosshard

Mattia N. Hotz

Michael H. Kehrli

David J. Pfefferli

Beilage: - Beiblatt mit Verweisen auf die Klageschrift der Gruppe 4  
- ZHK 240/93  
- IHK N 8307

Zweifach

- LSI Zürcher Handelskammer
- Polar AS, vertreten durch Moot Court Gruppe 4

## Beiblatt mit Verweisen auf die Klageschrift der Gruppe 4

<b>Randziffer in der Klageschrift vom 12. März 2008</b>	<b>Randziffer in der Klageantwort vom 22. April 2008</b>
2	13
3	14
6	39
7	39
8	39, 40
9	39, 40
10	40
12	41
13	42
14	42, 43
15	50
17	43
19	52, 53
20	52, 53
21	52, 53
23	39
24	39
25	37, 39
30	66
33	63
34	63
35	63
36	63
37	63
39	64
40	61, 62
44	56, 64
46	57
48	10-36
49	32-36
51	15-19
52	15-19
53	15-36
57	71-74
58	74-79
59	74-79
60	74-79
61	74-79
64	85
65	85
66	85-90
67	85-90
68	91
69	91
71	104
72	104-109

73	104-109
74	103
75	111
76	112
77	113, 114
78	113, 114
80	112
82	116-120
83	116-120
84	121-126
86	121-126
87	123
88	127-129
89	129
92	103
93	103
94	132-135
95	132-135
96	136
97	136
98	136
99	117

*Antisuit  
injunction*

**Resolution**  
**of the Board of Arbitration**  
of September 20, 1994

**in the Zurich Chamber of Commerce Arbitration No. 240/93**

in the matter of

[REDACTED] A

represented by [REDACTED]  
[REDACTED]

**Claimant**

versus

[REDACTED] B

represented by [REDACTED]  
[REDACTED]

**Respondent**

concerning  
**Provisional Measure**

- I. The Claimant has with its petition dated September 13, 1994 - received on September 14, 1994 - filed a petition for an Ex Parte Injunction and Subsequent Preliminary Injunction after Hearing with the requests:

"1. B [REDACTED] be ordered to refrain from submitting or pursuing any claim arising out of, or relating to the Agreements (as defined in I 1 5 of the Request for Arbi-

tration dated 18th of November 1993), their breach, <sup>A</sup> termination or invalidity by way of action, notice or any other manner against [REDACTED] to any authority or Court other than this contractually agreed Arbitration Tribunal.

2. <sup>B</sup> [REDACTED] be ordered to refrain from disclosing to any third party or otherwise using any information (including but not limited to briefs, documents, testimonies, expert opinions etc ) which have been made available by [REDACTED] to this Arbitration Tribunal in the proceeding IACZCC (International Arbitration Court of the Zurich Chamber of Commerce) docket no. 240/93 in any manner whatsoever outside of the said litigation procedure. <sup>A</sup>
3. <sup>B</sup> [REDACTED] be ordered to refrain from submitting or pursuing any claim which it may allege to have under the Agreements before any other Court outside the jurisdiction of an Arbitration Tribunal proceeding according to the IARZCC (International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce) in violation of para. 8.6 of the License Agreement.

All under the penalty of referral of <sup>B</sup> [REDACTED]'s officers to the criminal prosecution bodies for punishment in case of disobedience under art. 292 of the Swiss penal code."

whereby the claimant presented the further

### Motion

- "1. The above requested injunction be issued as an ex parte temporary injunction (superprovisorische Massnahme ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei); and
  2. the ex parte injunction be subsequently confirmed after a hearing as a preliminary injunction (vorsorgliche Massnahme) for the duration of the arbitration proceedings."
- II. A photostated copy of the petition of September 13, 1994 and of all the annexes thereto are herewith sent to the respondent.
- III. The Board of arbitration takes into consideration:
1. <sup>A</sup> The claimant has on November 18, 1993 amended by a letter of April 8, 1994 filed a petition to the Zurich Chamber of Commerce for an arbitration procedure, based on arbitration clauses contained in four agreements concluded between [REDACTED] and [REDACTED] <sup>B</sup> [REDACTED], all dated January 13, 1992. The claimant filed therewith the following claims:

"to render an enforceable interim judgment by which the Arbitration Tribunal

1. determines that <sup>B</sup> [REDACTED] is in breach of its obligations under the Agreements for the development and marketing of a pharmaceutical compound known as [REDACTED].
2. orders <sup>B</sup> [REDACTED] to pay to <sup>A</sup> [REDACTED] within ten days after receipt of the interim judgment of the sum of 10'000'000.- US plus interests for the time since 1 April 1993 at the rate as would be applied by New York commercial banks of prime commercial clients on unsecured loans on a six month rollover base;
3. orders <sup>B</sup> [REDACTED] to pay to <sup>A</sup> [REDACTED] any further damage which may be the result of <sup>B</sup> [REDACTED]'s breach of contract plus interest for the time since 1 April 1993, at the rate as would be applied by New York commercial banks for prime commercial clients on unsecured loans on a six month rollover base;
4. grants <sup>A</sup> [REDACTED] the permission to submit a further brief to be filed within reasonable time after the interim judgement has been rendered for the purpose of supporting its claim for additional damages which at this point in time can not yet be proven with reasonable accuracy;
5. orders <sup>B</sup> [REDACTED] to pay to <sup>A</sup> [REDACTED] for the full costs of the present Arbitration proceedings and to repay to [REDACTED] its attorney fees incurred in the course of the present legal proceedings, calculated according to the tariff decree of the Zurich Supreme Court on attorney fees as per 10 June 1987, and that an enforceable cost order is issued with the interim judgement."

2. Based on the arbitration clauses contained in the aforesaid four agreements concluded between <sup>A</sup> [REDACTED] and <sup>B</sup> [REDACTED] all dated January 13, 1992: License Agreement section 11.01, Co-marketing Agreement section 7.01, Supply Agreement section 10.01 and Trademark License Agreement section 11.01 which read as follows:

"Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this agreement, or the breach termination or invalidity thereof which the parties are unable to settle themselves in accordance with the Standard Operating Procedures adopted by the Parties shall be settled by arbitration in accordance with the Conciliation and Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce to the exclusion of any other Court. The arbitration shall be conducted in Zurich, Switzerland, in the English language, and Swiss law shall apply. The Court of Arbitration shall decide finally and exclusively and the prevailing Party may enter such decision in any Court having jurisdiction. The Court of Arbitration shall consist of three arbitrators and shall be formed in accordance with the rules of the Zurich Chamber of Commerce on international arbitration."

and

based on the order of the President of the Zurich Chamber of Commerce of December 8, 1993

an arbitral tribunal with seat in Zurich was constituted, whereby the arbitration proceeding no. 240/93 is governed by the International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce (IAR-ZCC).

In this arbitration procedure up to now the following exchange of briefs has taken place: In the sense of "Prozessökonomie" the request of June 7, 1993 with 27 annexes and the brief of August 31, 1993 with 26 annexes filed by the claimant in the Zurich Chamber of Commerce Arbitration procedure no. 229/93 were accepted as complaint of the claimant in the procedure no. 240/93 and the respondent filed on August 19, 1994 its answer. The parties have not contested the application of Swiss law, the validity of the arbitration clauses and the jurisdiction of the Zurich Board of arbitration.

3. The arbitration clauses of the four agreements named above cipher 2 do not exclude the competence of the board of arbitration to order on motion of a party provisional or conservatory measures. Art. 28 of the International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce permit to the board of arbitration to order provisional or conservatory measure in accordance with art. 183 of the Private International Law Statute.

The Zurich Civil Procedure provides in § 110 that a Court may order protective measures by a preliminary injunction if it is made credible that a party is threatened by a disadvantage not easily repairable and that in cases of special urgency a provisional order may be issued followed by a hearing of the other party whereafter the tribunal will decide whether the measure is maintained or not.

4. By the briefs exchanged in the arbitration, by the petition of the claimant of September 13, 1994 and the annexes thereto the board of arbitration has been informed of the following:

- 4.1 In addition to the aforesaid four agreements two further agreements were concluded for the development and marketing of the same pharmaceutical compound between a subsidiary of the claimant, [REDACTED] Corporation., a [REDACTED] corporation with its principal place of business in [REDACTED] on one side and the respondent. Differences of opinion arose concerning one of these agreements, the so-called "[REDACTED] Agreement" which does not contain an arbitration clause. X

X  
 [REDACTED] Corporation sued the respondent in the Circuit Court of [REDACTED] County, Maryland, for breach of the [REDACTED] Agreement. The respondent raised the objection of the incompetence of the Court of [REDACTED] County by stating, that [REDACTED] X  
 [REDACTED] Corporation is a subsidiary of [REDACTED] A  
 [REDACTED], the claimant, that the [REDACTED] Agreement is related to the four agreements which are pending before the board of arbitration in Zurich and that following the arbitration clause in the four agreements the [REDACTED] Agreement is also subject to the exclusive arbitration jurisdiction in Zurich.

On the other side the respondent did on June 28, 1993 in the procedure in the Circuit Court of [REDACTED] county file a counterclaim against X  
 [REDACTED] Corporation by claiming rescission of the [REDACTED] Agreement and by claiming compensatory and punitive damages for misrepresentation at the conclusion of the agreements and compensation for unjust enrichment. The respondent then filed on June 1, 1994 an amended answer and counterclaim in which it appeared as defendant and counterclaimant versus [REDACTED] X  
 Corporation and the claimant as counterclaim-defendants.

The amended counter suit has apparently up to now not been correctly served on the claimant.

On June 14, 1994 the respondent filed with the Court in [REDACTED] a request against the claimant for the production of documents.

4.2 The USA as well as Switzerland have signed the New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards of June 10, 1958. Article II clauses 1 and 3 provide the following:

- "1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.
3. The Court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed."

The counter suit of the respondent is directed against the claimant and is based on the four agreements concluded between the parties which contain arbitration clauses and in connection therewith litigation is pending before

the board of arbitration in Zurich. The Court of Maryland is therefore not competent to grant any orders against the claimant.

As mentioned the amended counter suit before the [redacted] Court names as plaintiff [redacted] Corporation and as defendant the respondent and as counterclaimant the respondent and as counterclaim-defendants [redacted] Corporation and the claimant. According to Swiss law i.e. the Zurich Civil Procedure, such a suit is not admissible. A counter suit may only be filed against a claimant and not against co-defendants or third parties, see ZR Bd. 65 Nr. 121. In view of the fact that the claimant in the arbitration procedure is not a claimant in the Maryland procedure, it can also for this reason not be a counter defendant.

On the other hand the counterclaim is based against [redacted] Corporation on the four agreements. However, this company is not a party to the four agreements and it lacks therefore the so-called 'Passivlegitimation' for the counter complaint.

In addition, one has to note that the respondent argues on page 2 clause 4 of its answer and counter complaint, annex 2 to the petition, specifically, that the complaint of [redacted] Corporation against it based on the [redacted] Agreement should be submitted to the board of arbitration in Zurich and not to the Maryland Court as it concerned a quid pro quo for the four agreements.

The respondent takes therefore in regard to the competence of the Maryland Court an inconsistent attitude.

- 4.3 It has to be stated that according to Swiss law and according to the New York Convention the competence of the Maryland Court is not given for claims against the claimant in view of the Zurich arbitration clause and procedure. The claimant is not a party of the Maryland procedure. It follows therefrom that it is also not obligated to give informations to the aforesaid Court concerning the Zurich procedure and also not obligated to produce any evidence therefrom. To the contrary Art. 51 of the International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce contain the following provision:

"Art. 51 - Confidentiality

All participants in the proceedings must keep the proceedings and the award confidential towards third parties not concerned, and towards the public in general.

Publications on individual arbitral proceedings by participants are possible only in neutralized form and with previous permission by the President of the Zurich Chamber of Commerce "

To provide information to a non competent Court would also violate the contractual secrecy obligation contained in Art. VIII 8.06 of the Licence Agreement and Art. IV 404 of the Co-marketing Agreement.

- 4.4 From the aforesaid appears that the claimant has made sufficiently credible the facts from which it deduces its rights and the legal basis of its rights to obtain the order. The claimant has further made credible that it would be exposed to an irreparable disadvantage which can only be prevented by a protective order.

First, it would be drawn into litigation in a Court, whose competence has been excluded by the arbitration clauses contained in the agreements.

Second, the list of the documents etc., which would have to be provided to an incompetent Court, comprises the years 1988 until today which refer to the development, marketing, financing of the pharmaceutical compound which is the object of the agreements. They represent essential business secrets and there is a genuine danger that the party which wishes to separate itself from its contractual obligations and also further competitors and other third persons will receive knowledge thereof. The urgency which is requested for the granting of a provisional order is therefore given as the Maryland Court may grant any moment an order for the production of the corresponding documents etc.

- 4.5 The requested measures are in the competence of the board of arbitration and they seem appropriate in order to prevent imminent disadvantages to the petitioner.
- 4.6 Request no. 1 appears to be justified. It is based on the New York Convention of June 1958 Art. II and on the Arbitration clauses in the agreements.

Request no. 2 appears to be justified based on Art. 51 of the International Arbitration rules of the Zurich Chamber of Commerce.

Request no. 3 appears to be justified based on Art. II of the New York Convention and based on Art. VIII 8.06 of the License Agreements.

The order and the warning of a referral to the criminal judge for disobedience may therefore be issued (Art. 292 Swiss Criminal Code).

IV. The Board of arbitration resolves therefore as a Provisional Measure:

B

1. The respondent, [REDACTED], is ordered with immediate effect until the non appealable termination of the arbitration procedure Zurich Chamber of Commerce Arbitration no. 240/93

1.1 to refrain from submitting or pursuing any claim arising out of, or relating to the Agreements (as defined in I 1.5. of the Request for Arbitration dated 18th of November 1993), their breach, termination or invalidity by way of action, notice or any other manner against [REDACTED] to any authority or Court other than this contractually agreed Arbitration Tribunal. A

1.2 to refrain from disclosing to any third party or otherwise using any information (including but not limited to briefs, documents, testimonies, expert opinions etc.) which have been made available by [REDACTED] to this Arbitration Tribunal in the proceedings IACZCC (International Arbitration Court of the Zurich Chamber of Commerce) docket no. 240/93 in any manner whatsoever outside of the said litigation procedure. A

1.3 to refrain from submitting or pursuing any claim which it may allege to have under the Agreements before any other Court outside the jurisdiction of the Arbitration Tribunal in the proceeding according to the IARZCC (International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce) in violation of para. 8.6 of the License Agreement.

2. All this under the penalty of referral of the respondents' officers to the criminal prosecution bodies for punishment (detention or fine) under art. 292 of the Swiss penal code in case of disobedience.

3. The measures of this order according to ciphers 1 and 2 remain in force until the final decision has been rendered after the hearing on the petition dated September 13, 1994.

4. The parties shall be called to the hearing concerning the petition by separate mail.

5. The notification of this resolution to the representatives of the parties and the Zurich Chamber of Commerce shall be made by telefax and thereafter by mail (return receipt requested), whereby a photostat of the petition of the claimant and the six annexes will be delivered by hand to the representative of the respondent.

Zurich, September 20, 1994

boes0434/1

The Board of Arbitration:

[Redacted]

Dr. [Redacted]

[Redacted]

Dr. [Redacted]

[Redacted]

DDr. [Redacted]

•

**International Chamber of Commerce  
Arbitration case No. 8307/FMS/KGA**

[A]

vs/

[B]

[C]

Sole Arbitrator: Prof. Pierre Tercier  
Place of arbitration: Geneva (Switzerland)

**Interim Award**

**of 14 May 2001**

**in the arbitration procedure among**

[A]

**and**

[B]

**and**

[C]

## The Sole Arbitrator

considering

### A. SUMMARY OF FACTS<sup>1</sup>

[...]

### B. LEGAL DISCUSSION

#### I. General questions

1. The requests submitted on 21 and 22 February 2001 by [C] and [A] are Applications for conservative measures. One of them is common in so far as [C] and [A] ask for an order interrupting the proceedings initiated against both of them in [country X]. The other requests are particular since each requesting Party asks for the payment of a bank guarantee to cover part of its claims and the costs incurred in the course of these arbitration proceedings.
2. It is not contested in ICC arbitration law that arbitrators are competent to order any provisional or conservatory measures that are justified by the case. This is implicit at Art. 8 (5) 1<sup>st</sup> Par. of the 1.1.1988 ICC Rules of Arbitration that apply in the present case and has been expressly stated at Art. 23 (1) of the Rules of 1.1.1998. Such power is also recognized by Swiss law which has already been taken into consideration in these proceedings in view of the location of the place of arbitration in Geneva (see Procedural Order No. 7 of 14 July 2000 Section B2). Art. 183 ("*provisional and protective measures*") of the rules of international arbitration of the Swiss Private International Law Statute provides indeed that "*unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order provisional or protective measures*".

---

<sup>1</sup> The quotations below refer to the following documents: [C] 21.02.01 = Application for conservative measures submitted by [C] on 21 February 2001; [A] 22.02.01 = Application for conservative measures submitted by [A] on 22 February 2001; [B] 16.03.01 = [B]'s Response to the Applications for conservative measures filed by [C] and [A].

## II. The requests for the interruption of the proceedings in [country X]

3. Both [C] and [A] request the Sole Arbitrator to order [B] to "*suspend and discontinue any judicial proceedings in [country X] against the parties in this arbitration having the same object of the dispute outlined in the Terms of Reference*".

[B] requests the dismissal of such request.

4. The positions of the Parties are in brief the following:

- a) [C] mainly contends that due to its precarious financial situation ([B] would be a shadow company without any assets) and consequently its probable inability to comply with the monetary orders of any award whatsoever, [B] would be trying to divert their dispute from the jurisdiction of the Sole Arbitrator (see [C] 21.02.2001 p. 1, 2 No. 1, p. 4-5). To achieve this end, [B] would have on the one hand submitted in the Royal Court of [country X] the same claims as the ones which are presented in this arbitration and defined in the Terms of Reference and on the other hand refused to contribute for the payment of the reconsidered advance on costs, so as to cause the withdrawal of all the claims (see [C] 21.02.2001 p. 4 No. 3).

According to [C], it would be justified to order [B] to suspend and discontinue the proceedings initiated in [country X] for the following reasons:

- No objection to the jurisdiction of the Sole Arbitrator would have been raised by [B] and such objection would no more be admissible.
  - By signing the Terms of Reference, [B] would have entrusted the Sole Arbitrator with the decision of all the disputes deriving from the Shareholders' Agreement.
  - The judicial action initiated by [B] in [country X] during the course of these arbitration proceedings would be a patent violation of the arbitration agreement between the Parties; the Sole Arbitrator would therefore be entitled to order [B] to comply with its contractual obligations.
- b) [A] does not specify the merits of its request for the interruption of the proceedings initiated by [B] in [country X]. It simply refers to the arguments invoked by [C] in its submission (cf. [A] 22.02.2001 p. 2 No. 3).
- c) [B] mainly contends that the [country X] action in the process of being served would be a follow up to the "Pledge dispute" which was determined by the Sole Arbitrator to be outside the scope of these arbitration proceedings. If it is true that the monetary damages whose payment is requested in [country X] are in the same amount as the ones stated in these arbitration proceedings, it must

be pointed out that the causes of action are different: in [country X], the cause of action would relate totally to the conduct of the directors of [B] Properties in the transfer of the [B] Properties' pledged shares and their fraudulent representations to engage the services of the legal administrator to participate in the conspiracy to transfer the said shares. The conduct of [B] Properties' directors and the corporate structure of [B] Properties could only be determined by the jurisdiction and in the context of the laws of the place where the company is organised *i.e.* [country X]. [B] also argues that in the action brought in the Royal Court of [country X] it requests the payment of exemplary damages what has not been claimed in these arbitration proceedings (see [B] 16.03.2001 p. 3-4).

About [C]'s argument concerning [B]'s unwillingness to contribute for the payment of the reconsidered advance on costs, [B] replies that until [C]'s recent payments, [B] had been paid ahead on the advance on costs because [C]'s and [A]'s failure to make their proportionate payments early in the proceedings (see [B] 16.03.2001 p. 1-2, 2-3).

5. In order to decide on the request submitted by [C] and [A], the Sole Arbitrator must first examine the **relations between these arbitration proceedings and the action filed in [country X]:**

a) The parties to the proceedings. They are mainly the same since [C], [A] and [B] are acting in both proceedings. The proceedings in [country X] present however a slight difference due to the fact that the joint venture [B] Properties and the late Mr. [M.] were also summoned. Having not been requested to decide against the joint venture company itself, the Sole Arbitrator shall limit its final award to the claims submitted by [B] against [C] and [A].

b) The claims submitted in the proceedings. They are mainly the same:

- In both cases, [B] requests the payment of the third of the claim towards the [E] Bank (US\$ 23'333'333) and of the settlement with the [E] Bank (US\$ 1'333'333).
- Like in these arbitral proceedings, [B] has requested in the Royal Court of [country X] the production of [B] Properties' financial statements. It has to be mentioned about this that on 10 November 2000, on the Sole Arbitrator's request, [C] submitted [B] Properties' balance sheets from 1994 until to date. In these conditions, one does not see the remaining interest of [B]'s request for disclosure in [country X], except maybe for [B] Properties' financial statements between 1991 and 1994.
- [B] has however submitted in the proceedings in [country X] two claims which were not raised in these arbitral proceedings: a request for an order that the affairs of [B] Properties are being and have been conducted in a manner which is unfairly prejudicial to the interests of [B] and a request for the payment of non quantified exemplary damages.

c) The subject-matter of the proceedings: it is not denied that in both proceedings the damage at issue is the loss which is alleged to have been suffered by [B] as a consequence of the settlement agreement concluded between [B] Properties and the [E] Bank on 22 September 1994. As mentioned above, the claims submitted by [B] with this respect are in the same amount.

6. During the course of these arbitration proceedings, [B] has **never challenged the Sole Arbitrator's jurisdiction with respect to the claims related to the damage which has allegedly been suffered as a consequence of the settlement with the [E] Bank**. On the contrary, [B] submitted these claims to the Sole Arbitrator in September 1995 when it asked for the resumption of the arbitration proceedings which had been stayed during the negotiations with the [E] Bank. The same claims were also submitted against [C] in April 1996 when [B] initiated the arbitration No. 9064 as a consequence of the ICC Court's first decision not to admit cross-claims between the Defendants. Furthermore, the Terms of Reference - in particular the description of [B]'s position by [B] itself - signed by [B] in January 1998 do not mention any objection of [B] to the Sole Arbitrator's jurisdiction over the issue of the damages linked to the [E] settlement and its background. In these conditions, the Sole Arbitrator's competence to decide on these questions cannot be now questioned by [B].

7. According to [B], the **following objections** could be raised to [C]'s and [A]'s request:

a) The cause of the suit brought in the Royal Court of [country X] would be different than the cause of the claims in the same amount submitted in this arbitration. More precisely, the action in [country X] would be based on the conduct of the directors appointed by [C] and [A] to the Board of [B] Properties. They would have behaved in a manner which was detrimental and injurious to [B], in breach of duties and obligations resulting from the [country X] law.

*For the Sole Arbitrator*, this argument is not persuasive. Firstly, the parallel reading of [B]'s submissions in this arbitration and [B]'s action in [country X] (see Exhibits 4-5 to [C] 21.02.2001) show that both proceedings are basically grounded on the same facts: on the one hand the alleged wrongful removal of [B]'s representative from [B] Properties' Board and on the other hand the alleged misappropriation of [B]'s shareholding in [B] Properties. Secondly, the shareholding structure of [B] Properties, its corporate organisation and the relations between the shareholders are questions directly linked to the Shareholders' Agreement which deals with them (see in particular Section 6: "*Corporate Provisions*"). Disputes arising in connection with such questions have therefore to be settled by the Sole Arbitrator as agreed by the Parties and stated in the arbitration clause contained at Section 8.7 of the Shareholders' Agreement. The fact that the [country X] companies law might be taken into consideration in parallel for the resolution of some aspects of these questions does not change this.

- b) In the action initiated in [country X], [B] claims for exemplary damages, what is not the case in this arbitration; the claims submitted in the two proceedings would therefore not be totally identical.

*For the Sole Arbitrator*, this difference between the arbitration proceedings and the state court proceedings does in itself not justify the initiation and the continuation of the latter. The Parties have agreed that their disputes in connection with the Shareholders' Agreement would be submitted to arbitration and would be settled by the Italian law (see Section 8.6 of the Shareholders' Agreement). They cannot now decide to commence an action in state courts under another law for the reason that it is not possible to claim for exemplary damages under the chosen Italian law.

- c) The [country X] action would be the next step of the "Pledge dispute" which was determined in the Interim Award of 7 April 2000 to be outside the scope of these arbitration proceedings.

*For the Sole Arbitrator*, this argument is a wrong interpretation of the Interim Award of 7 April 2001. In deciding that he had no jurisdiction to settle the issues related to the Pledge Agreement, the Sole Arbitrator meant exclusively that he was not competent to decide whether the formal conditions for the calling of the pledge were fulfilled and whether [B] had complied with the obligations secured by the pledge. It was neither expressed nor intended that the Sole Arbitrator did not have the power first to examine the context of the transfer of the pledged shares and then to rule on the conduct of [C] and [A] with this regard. Should the Sole Arbitrator's power have been so limited, the arbitration clause would then have been totally ineffective. As already mentioned, the shareholding structure, the corporate organisation and the obligations and duties of the administrators are indeed subject-matters of the Shareholders' Agreement.

8. For the above-mentioned reasons, the Sole Arbitrator considers that the action initiated by [B] in the Royal Court of [country X] for the compensation of the damages suffered as a consequence of the [E] settlement and its background **violates the arbitration clause** which is part of a binding agreement between the Parties and give to the Sole Arbitrator the sole jurisdiction to decide on these questions.
9. It remains to determine whether an arbitrator has **the power to order the particular conservative measure of refraining from initiating or pursuing an action in state courts** ("anti-suit order"). This question has already been examined by the practice which answered it positively (see *e.g.* Final Award of April 1997 in ICC case No. 8887 where it had been previously ordered to the Defendant to refrain from pursuing action in the courts of Istanbul). In its submission, [C] has quoted some precedents where judicial proceedings in concurrence with arbitration proceedings have been considered as inadmissible (see Final Award of 1989 in ICC case No. 5650) and where it has been stated that the parties should refrain from any action likely to widen or aggravate their dispute, to complicate the task of the arbitral tribunal, or make more difficult the

execution of the final award (see Partial Award of 23 December 1982 in ICC case No. 3896). On its side, [B] has not discussed the point.

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.

Nevertheless, the agreement to arbitrate implies that the parties have renounced to submit to judicial courts the disputes envisaged by the arbitral clause. If a party despite this commence a judicial action when an arbitration is pending, it not only violates the rule according to which a dispute between the same parties over the same subject can be decided by one judge only, but also the binding arbitration clause. In such a case, according to Art. II § 3 of the New York Convention which has been ratified by [country X], the judicial court has the obligation to refer the matter to the arbitral tribunal.

10. It is not contested that an arbitrator has the power to order the parties to comply with their contractual commitments. The agreement to arbitrate being one of them, its violation must be dealt with in the same manner when it is patent that the action initiated in a state court is outside the jurisdiction of such court and is therefore **abusive**. This is also a guarantee of the efficiency and credibility of international arbitration.

For the Sole Arbitrator, the judicial proceedings commenced by [B] in [country X] are abusive. [B] has never challenged the Sole Arbitrator's jurisdiction to decide on the facts and claims linked to the settlement agreement with the [E] Bank. It seems moreover that [B] has not found it opportune to mention in its action with the Royal Court of [country X] that similar proceedings were pending before an arbitral tribunal (see summons in [C] Exhibits No. 4-5). As found above, the damages at stake are the same in both proceedings. This means that two contradictory judgements might be rendered. Furthermore, the suit brought in [country X] deprives [C] and [A] of some of their due process rights, in particular and apparently their right to put forward their own claims against [B] (counter-claims). Because of this action, [C] and [A] are constrained to participate in two proceedings on the same subject-matter, to commit twice expenses for their defence and to accept disadvantages they precisely wanted to avoid when agreeing to the arbitral clause. On the opposite, should [B] be requested not to take any further action in the [country X] courts, it would not be deprived of its rights considering that the facts which are invoked in [country X] are also alleged in this arbitration. Should other causes really ground the action brought in [country X] as contended by [B], they should in principle also be admissible in this arbitration given the fact that they belong to the general framework of the relations between the shareholders.

11. In these conditions, the Sole Arbitrator orders [B] **to refrain from pursuing the action it initiated against [C] and [A] in the Royal Court of [country X]**.
12. [C] and [A] having not requested the Sole Arbitrator to order penalties should [B] not abide by the injunction not to pursue its action in [country X], this question has not to

be examined here. It falls therefore to the requesting Parties to take the necessary measures for the enforcement of this Award. Should such measures not be successful, relief for the damages suffered as a consequence of the breach to the agreement to arbitrate might be sought in this arbitration.

[...]

\*\*\*\*\*

**Given these conclusions**

**The Sole Arbitrator decides**

1. *[B] is to refrain from pursuing the action it initiated against [C] and [A] in the Royal Court of [country X].*

[...]

Geneva, 14 May 2001

---

Prof. Pierre Tercier (Sole Arbitrator)

**Zürcher Handelskammer**

**Nr. 525**

**Beschluss**

vom **16 Februar 2004**

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

im Schiedsverfahren zwischen

**Klägerin A.**

**Klägerin**

gegen

**Beklagte 1 – 5, Deutschland/Oesterreich**

**Beklagte**

**I. Prozessuales**

- 1 Mit Datum vom 22. Dezember 2003 hat die Klägerin einen Antrag auf Durchführung eines Schiedsverfahrens bei der Zürcher Handelskammer eingereicht. Zusätzlich zu den materiellen Rechtsbegehren enthält dieser Antrag folgendes Begehren um

**Erlass vorsorglicher Massnahmen**

"1. *Es sei die Beklagte 2 im Sinne einer vorsorglichen Massnahmen (sic!) unter Anordnung einer Ungehorsamsstrafe ("Astreinte") von CHF 5'000.00 pro Verzugstag erstmals zahlbar sieben Tage ab Zustellung des gutheissenden Urteils über dieses Rechtsbegehren anzuweisen, das im [Land X] angestrebte Klageverfahren Z. v. S. gegen die Klägerin unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 2 unverzüglich sistieren zu lassen.*

2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 2."*

- 2 Weiter enthält der Antrag auf Durchführung eines Schiedsverfahrens die folgenden

### prozessualen Anträge

- 3 Mit Beschluss vom 20. Januar 2004 hat das Schiedsgericht die Parteien über seine Konstituierung orientiert und der Beklagten 2 Frist bis zum 4. Februar 2004 angesetzt, um schriftlich zum klägerischen Begehren um vorsorgliche Massnahmen Stellung zu nehmen. Den übrigen Beklagten wurde eine Vernehmlassung freigestellt.
- 4 Die Beklagte 2 reichte am 4. Februar 2004 fristgerecht ihre Stellungnahme zum klägerischen Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme ein, mit folgenden Anträgen:
- "1. Auf das Begehren der Klägerin um Erlass einer vorsorglichen Massnahme sei nicht einzutreten.
  2. Eventualiter sei das Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme abzuweisen.
  3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."
- 5 Keine der übrigen Beklagten reichte innert Frist eine Vernehmlassung ein.

## II. Begehren um vorsorgliche Massnahmen

- 6 Die Klägerin beantragt, was im englischen Sprachgebrauch eine "antisuit injunction" genannt wird. Das Schiedsgericht soll im Sinne eines vorsorglichen Rechtsschutzes zugunsten der Klägerin die Beklagte 2 anweisen, ein von letzterer in [Land X] gegen die Klägerin angestrebtes Klageverfahren "unverzüglich sistieren zu lassen".
- 7 Im betreffenden Klageverfahren geht es unter anderem um ... Die Klägerin hat nach ihren eigenen Angaben im Verfahren [im Land X] die Zuständigkeit der [dortigen] Gerichte bestritten und gestützt auf die Schiedsklausel verlangt, dass die Streitsache dem zuständigen Schiedsgericht unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte unterbreitet werde. Ebenfalls nach Angabe der Klägerin hat das Gericht [im Land X] in dieser Angelegenheit eine Verhandlung für den 22. März 2004 angesetzt.
- 8 Die Klägerin begründet ihr Massnahmebegehren mit einem drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil in Form erheblicher Kosten,

die ihr entstehen würden, wenn sie das Verfahren [im Land X] fortzusetzen gezwungen ist. Weiter macht sie die wahrscheinliche Begründetheit ihres Hauptbegehrens sowie die Verhältnismässigkeit und Zulässigkeit der von ihr verlangten Massnahme geltend.

- 9 Die Beklagte 2 widersetzt sich dem klägerischen Massnahmebegehren im wesentlichen mit folgenden Argumenten:

Auf das Begehren sei nicht einzutreten, weil zunächst kein rechtlich schützenswertes Interesse am Erlass der beantragten Massnahme bestünde und die Frage der Zuständigkeit des Gerichts [im Lande X] schon bei demselben rechtshängig sei. Das Begehren sei jedenfalls abzuweisen, weil kein materieller Hauptsacheanspruch dargelegt worden sei, zu dessen vorsorglichem Schutz die angebehrte Massnahme notwendig wäre. Bei der Schiedsabrede – soweit sich die Klägerin darauf berufe – handle es sich nicht um einen materiellen Anspruch, der wie eine Forderung einem Leistungsurteil zugänglich wäre und damit auch Objekt vorsorglichen Rechtsschutzes werden könnte.

- 10 Weiter macht die Beklagte 2 geltend, die Klägerin hätte nicht darzulegen vermocht, dass ihr ein schwer wiedergutzumachender Nachteil drohe. Die von der Klägerin ins Feld geführten, befürchteten Rechtskosten seien nicht substantiell und sodann sei auch noch überhaupt nicht glaubhaft gemacht, dass die Klägerin diese Kosten schliesslich selbst zu tragen hätte. Schliesslich sei die beantragte Massnahme unverhältnismässig und es dürfe jedenfalls die beantragte Astreinte nicht schon im Erkenntnisentscheid festgelegt werden.
- 11 Gemäss Art. 28 der hier anwendbaren Internationalen Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer (ISchO) kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei, sofern dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde, vorsorgliche oder sichernde Massnahmen gemäss Art. 183 IPRG anordnen. Die letztere Bestimmung stipuliert die konkurrenzierende Zuständigkeit der staatlichen Gerichte und des Schiedsgerichtes für vorsorgliche oder sichernde Massnahmen. Ein ausdrücklicher Ausschluss eines Parteiantrags auf Erlass vorsorglicher oder sichernder Massnahmen wurde vorliegend nicht geltend gemacht.
- 12 Ob ein schweizerisches Schiedsgericht in einem internationale Schiedsverfahren eine vorsorgliche Verfügung auf Unterlassung ausländischer Prozessführung erlassen kann, ist umstritten. Festzustellen ist, dass derartige Begehren in letzter Zeit immer häufiger gestellt werden und auch

schweizerische Schiedsgerichte entsprechende Verfügungen gelegentlich erlassen haben<sup>1</sup>.

- 13 Das Schiedsgericht ist entgegen den Ausführungen der Beklagten 2 der Auffassung, dass Schiedsvereinbarungen nicht nur eine prozessuale sondern auch eine materiell-rechtliche Komponente aufweisen, letzteres insofern, als zwei dem Privatrecht unterworfenen Subjekte gewisse gegenseitige Tätigkeits- und Unterlassungsverpflichtungen eingehen. Sie verpflichten sich, bei der Konstituierung des Schiedsgerichtes zusammenzuwirken, sich dem Schiedsurteil zu unterziehen und alles zu unterlassen, was das Schiedsverfahren behindern könnte, insbesondere denselben Streit einem staatlichen Gericht vorzulegen<sup>2</sup>.
- 14 Es ergibt sich, dass der materiell-rechtliche Anspruch, den die Klägerin im Rahmen der Hauptsachenprognose im vorliegenden speziellen Fall glaubhaft zu machen hat, der Anspruch auf Streiterledigung *ausschliesslich* durch ein Schiedsgericht ist. Angesichts von Art. IV.15. des eingereichten Erbteilungsvertragsentwurfes, welcher die Erledigung "*aller sich aus oder im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertrag ergebenden Streitigkeiten, einschliesslich solche über sein gültiges Zustandekommen*" durch ein Schiedsgericht "*unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte*" vorsieht, erachtet das Schiedsgericht den für die verlangte vorsorgliche Massnahme relevanten Hauptanspruch als glaubhaft gemacht.
- 15 Erforderlich für die Gewährung der angebehrten Massnahme ist jedoch zusätzlich, wie auch von der Klägerin anerkannt, ein *drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil*. Im Rahmen dieser Nachteilsprognose sind die Interessen beider Parteien gegeneinander abzuwägen. Im speziellen Kontext der Zulässigkeit vorsorglicher Verfügungen auf Unterlassung ausländischer Prozessführung wird diese Interessenabwägung zu Recht unter der allgemeinen Prozessvoraussetzung eines *genügenden Rechtsschutzinteresses* abgehandelt<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Siehe dazu Markus Wirth, Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, ASA Bulletin 2000/1 S. 31 ff., 36/37. Für eine neuere Gesamtdarstellung des Themas siehe Gion Jegher, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse, Diss. Basel, Schulthess Verlag 2003.

<sup>2</sup> Wenger, N4 zu Art. 178 in: Internationales Privatrecht, Basel 1996.

<sup>3</sup> Siehe Jegher, op. cit., S. 100 ff.

- 16 Mit der neueren Rechtslehre hält das Schiedsgericht dafür, dass das erforderliche Rechtsschutzinteresse an einer vorsorglichen Verfügung auf Unterlassung, bzw. in casu Sistierung, einer Prozessführung [im Land X] nur besteht, wenn das Interesse der Abwehrklägerin das öffentliche Interesse an einer international geordneten Rechtspflege, eingeschlossen die Anerkennung der Souveränität der Gerichte [im Land X], überwiegt (sogenannte Comity-Erwägungen). Ein überwiegendes Interesse der Abwehrklägerin ist grundsätzlich jedenfalls solange zu verneinen, als der ausländische Staat bzw. das mit dem (zu unterlassenden) Verfahren befasste ausländische Gericht über den dort erhobenen Einwand der Abwehrklägerin gegen das ausländische Verfahren noch nicht entschieden hat<sup>4</sup>. Nach den Angaben der Klägerin selbst findet eine diesbezügliche Verhandlung erst am 22. März 2004 statt.
- 17 In diesem Zusammenhang ist ergänzend auch festzuhalten, dass das Ziel, die Abwehrklägerin nicht in ungerechtfertigter Weise mit Rechtskosten für das Verfahren [im Lande X] zu belasten, auch ohne den Rechtsbehelf einer vorbeugenden antisuit injunction erreicht werden kann. Verneint das ausländische Gericht eine eigene Zuständigkeit, was aufgrund der Schiedsklausel eigentlich zu erwarten wäre, sollte die Klägerin als mit der Zuständigkeitseinrede obsiegende Partei die mit dem Verfahren verbundenen Kosten vom ausländischen Gericht zugesprochen erhalten. Andernfalls ist eine Schadenersatzklage im Rahmen des vorliegenden Schiedsverfahrens denkbar<sup>5</sup>. Bejahte auf der andern Seite das ausländische Gericht seine Zuständigkeit und führte dieses somit ein aus schweizerischer Sicht (lex arbitri) unberechtigtes Verfahren weiter, könnte die Klägerin nachträglich erneut ein Begehren um vorsorgliche Verfügung auf Unterlassung der Weiterführung des ausländischen Verfahrens stellen. Es wäre dannzumal die Voraussetzung eines genügenden Rechtsschutzinteresses erneut zu prüfen.
- 18 Mithin ist auf das klägerische Begehren um Erlass einer vorsorglichen Prozessunterlassungsverfügung bzw. eines Sistierungsbefehles wegen zur Zeit mangelnden Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten. Damit erübrigt sich auch eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die von der Klägerin

<sup>4</sup> Jegher, op. cit., S. 180

<sup>5</sup> Wenger, op. cit., N 69 zu Art. 178

anbegehrte Androhung einer Ungehorsamsstrafe für den Fall einer Widerhandlung gegen die Verfügung (Astreinte) von einem Schiedsgericht ausgesprochen werden kann.

- 19 Nur der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass ein vorsorgliches Prozessführungsverbot durch die frühere Rechtshängigkeit des unerwünschten Prozesses [im Lande X] grundsätzlich nicht blockiert wird. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil ausländische Erkenntnisverfahren auf inländische Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes generell keine Sperrwirkung auszuüben vermögen<sup>6</sup>.

### **III. Prozessuale Anträge der Klägerin**

### **IV. Beschluss des Schiedsgerichtes**

- 20 Gestützt auf die obigen Erwägungen erlässt das Schiedsgericht folgenden

#### **Beschluss**

1. Auf das klägerische Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird wegen zur Zeit mangelnden Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten.
2. ...
3. Über die Tragung der Kosten dieses Massnahmeverfahrens wird später entschieden.
4. Diese Verfügung wird den Parteien per Fax, bestätigt durch eingeschriebenen Brief zugestellt, mit Kopie an die Zürcher Handelskammer.

<sup>6</sup>

Siehe Jegher, op. cit, S. 180 N 903 mit zahlreichen Verweisen

Zürich, 16. Februar 2004

Das Schiedsgericht:

---

---