

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

per E-Mail
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
8022 Zürich

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 1:

Cyrill Kaeser
Patrick Müggler
Marc Schürch
Ronny Velvart

Zürich, 30. April 2008

Klageantwort im Schiedsfall Nr. 600098-2007

Sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter

In Sachen

Polar Technology AS,
Vallegata, 0456 Oslo, Norwegen

Klägerin

vertreten durch die Moot Court Gruppe 2

gegen

Stiva d.d.,
Trg Stjepana Radića 1/III, 10000 Zagreb, Kroatien

Beklagte

vertreten durch die Moot Court Gruppe 1

betreffend

Forderung

beziehen wir uns auf den Konstituierungsbeschluss vom 14. Dezember 2007 und reichen namens und im Auftrag der Beklagten und innert Frist die Klageantwort ein, mit den

Rechtsbegehren:

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

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis.....	VIII
Einleitung.....	X
1. Die Bankgarantie	1
1.1 Art der Garantie und Gegenstand der Sicherung	1
1.2 Art der Inanspruchnahme.....	3
1.3 Zwischenfazit.....	4
2. Berechtigung der Beklagten die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen	4
2.1 Beklagte hat Zahlungsvoraussetzungen erfüllt	5
2.2 Inanspruchnahme auch bei materieller Betrachtung gerechtfertigt	5
2.2.1 Grund der Inanspruchnahme der Bankgarantie	5
2.2.2 Ausgangslage: Der Vertrag vom 3. Juli 2004.....	6
2.2.2.1 Keine vertragskonforme Durchführung des Garantielaufs und damit zulässige Verweigerung der Zusammenarbeit.....	6
2.2.2.2 Folglich: Keine Abnahme der Anlage	7
2.2.3 Die Vereinbarung vom 15.12.2005.....	7
2.2.3.1 Keine Durchführung des Garantielaufs	8
2.2.3.2 Folglich: Keine Abnahme der Anlage und damit Schuldnerverzug der Klägerin.....	8
2.2.4 Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen zur Abnahme des Werkes.....	9
2.2.5 Keine Abnahme der Anlage nach der Abnahmefiktion i.S.d. Vertrages	9
2.2.6 Zwischenfazit.....	10
2.2.7 Keine Freizeichnung von der Haftung für den Verspätungsschaden.....	10
2.2.8 Gewährleistungsansprüche	10
2.2.9 Fazit	10
3. Keine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie.....	11
3.1 Voraussetzungen der Einrede des Rechtsmissbrauchs bei Bankgarantien	11

3.1.1 Tatbestand der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme	11
3.1.2 Offenkundigkeit des Rechtsmissbrauchs	13
3.2 Folglich: Kein Anspruch auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie.....	14
4. Kein Anspruch der Klägerin auf Herausgabe der Bankgarantie.....	14
4.1. Bedingung für die Herausgabe	14
4.2. Kein unmöglicher Eintritt des Sicherungsfalls bzw. kein Rechtsmissbrauch.....	14
4.3. Berechtigter Anspruch auf das Original der Bankgarantie	15
4.4. Fazit	15
5. Kein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot gegenüber der Beklagten.....	15
5.1 Klagen in Kroatien werden nicht von der Schiedsvereinbarung umfasst.....	15
5.2 Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen sind nicht erfüllt.....	16
5.3 Keine Verletzung der Schiedsvereinbarung.....	18
5.4 Unzulässigkeit des Beitrittes zum Schiedsprozess	19
5.5 Unzulässigkeit einer anti-suit injunction gegen die kroatischen Prozesse.....	20

Literaturverzeichnis

AMONN Kurt/WALTHER Fridolin, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003

BERTI Stephen/HONSELL Heinrich/SCHNYDER Anton K./VOGT Nedim Peter, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Zürich/Luzern 2007
(zit.: BSK IPRG-BEARBEITER)

BÜHLER Theodor, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997

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

CRAIG Laurence W. / PARK William W. / PAULSSON Jan, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd Edition, Dobbs Ferry, New York 2000

DE GOTTRAU Nicolas, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2005

DOHM Jürgen, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985

GAILLARD Emmanuelle/SAVAGE John (Hrsg.), FOUCHARD Philippe/ GAILLARD Emmanuelle/ GOLDMAN Berthold, Fouchard/Gaillard/Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague/ Boston/ London 1999.
(zit. FOUCHARD/GAILLARD /GOLDMAN)

GAUCH Peter, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996

GAUCH Peter/ SCHMID Jörg (Hrsg.), Zürcherkommentar zum Obligationenrecht, Teilband V2d, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, Zürich 1998
(zit. ZK-BEARBEITER)

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2006
(zit. BSK OR I-BEARBEITER)

HUGUENIN Claire, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2006

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/STUCKI Blaise (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland, The Hague 2004
(zit. IAS-BEARBEITER)

KLEINER Beat, Bankgarantie, 4. Aufl., Zürich 1990

LIATOWITSCH Manuel, Schweizerische Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland, Dissertation, Basel/ Genf/ München 2002

LIATOWITSCH Manuel/ BERNET Martin, in: SPÜHLER Karl, Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht IV, Zürich 2004;
(zit.: LIATOWITSCH/BERNET)

LÖW Franziska, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, Basel/Genf/München 2002

RIEMER Hans Michael, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Bern 2003

RÜDE Thomas/ HADENFELDT Reimer, Schweizerisches Schiedsgericht, 2. Aufl. , Zürich 1993

SCHNYDER Anton K. /LIATOWITSCH Manuel, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht 2. Aufl., Zürich 2006

SCHWAB Karl Heinz/ WALTER Gerhard, Schiedsgerichtsbarkeit: Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozessordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtverfahren, 7. Aufl., Bern 2005

VOGEL Oscar/SPÜHLER Karl, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz ,8. Aufl., Zürich 2005

VON WESTPHALEN Friedrich, Funktionen und Unterscheidungsformen der Bankgarantie, in: Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 3.Aufl., Frankfurt am Main 2005

WALTER Gerhard/BOSCH Wolfgang/BRÖNNIMANN Jürgen, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991

ZUBERBÜHLER Tobias et al. (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, Zürich 2005;
(zit.: Commentary-BEARBEITER)

Zeitschriftenverzeichnis

BRUNNER Christoph, ASA Conference on Arbitration in Banking and Financial Matters, 31. Januar 2003, Genf, in: SchiedsVZ: Zeitschrift für Schiedsverfahren / in Zsarb. Mit der DIS, Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit

(zit.: BRUNNER, SchiedsVZ 2003, Heft 3, S. 130)

EGGER Walter, Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien, SZW 1/ 1990

STACHER Marco, Prozessführungsverbote zur Verhinderung von sich widersprechenden Entscheiden, ZZZ 9/ 2006

Urteile staatlicher Gerichte

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil des Bundesgerichts, BGE 101 II 325

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil des Bundesgericht, BGE 100 II 145

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heisst
EUR	Euro (Europäische Währung)
f./ff.	folgende/fortfolgende
h.L.	herrschende Lehre
i.c.	in casu
i.S.d.	im Sinne der, des
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.v.	im Sinne von
IHK	Internationale Handelskammer
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
KS	Klageschrift der Moot Court Gruppe 2 vom 12. März 2008
m.a.W.	mit anderen Worten
Mio.	Million
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
Rz.	Randziffer

s.	siehe
S.	Seite
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchO	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung) vom Januar 2006
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
t/h	Tonnen pro Stunde
u.a.	unter anderem
USA	United States of America
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Einleitung

Zunächst wird die Beklagte näher auf die Bankgarantie eingehen und aufzeigen, dass diese eine umfassende Erfüllungsgarantie, zahlbar auf erstes Anfordern, ist [1].

Daraus ergibt sich, dass die Bankgarantie in Anspruch genommen werden kann, sobald die formellen Zahlungsbedingungen erfüllt sind. Ein Nachweis der materiellen Berechtigung ist nicht erforderlich [2.1].

Trotzdem wird die Beklagte darlegen, dass sie auch in materieller Hinsicht zur Ziehung der Bankgarantie berechtigt war [2.2].

Darüber hinaus wird die Beklagte nachweisen, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie nicht rechtsmissbräuchlich war [3]. Folglich besteht weder ein klagbarer Unterlassungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten, noch ein Anspruch auf Rückgabe der Garantieurkunde an die Fjordbank [4].

Schliesslich wird die Beklagte aufzeigen, dass sie die in Kroatien hängigen Klagen nicht zurückzuziehen hat und gegen sie kein Prozessführungsverbot ausgesprochen werden darf [5].

1. Die Bankgarantie

- 1 Die Klägerin behauptet in ihrer Klageschrift fälschlicherweise, dass die von der Fjordbank zugunsten der Beklagten ausgestellte Bankgarantie als Anzahlungsgarantie zu qualifizieren sei (KS Rz. 9). Die Beklagte wird im Folgenden anhand der wichtigsten Kriterien aufzeigen, was für eine Bankgarantie vorliegt.

1.1 Art der Garantie und Gegenstand der Sicherung

- 2 Das wohl wichtigste Kriterium zur Unterscheidung der verschiedenen Bankgarantiefornen ist ihr Sicherungszweck. Dieser ist je nach Art der Bankgarantie verschieden. Im vorliegenden Rechtsstreit sind insb. die zwei nachfolgenden Garantiearten von Bedeutung: Erstens die Erfüllungsgarantie, einschliesslich deren Unterformen und zweitens die Anzahlungs- oder Rückzahlungsgarantie.
- 3 Die Erfüllungsgarantie schützt den Käufer, wenn der Verkäufer nicht die Leistung erbringt, welche dem abgeschlossenen Grundvertrag entspricht. Unabhängig ist dabei, ob es sich um eine mangelhafte oder verspätete Leistung handelt oder ob diese vollständig unerfüllt blieb (DE GOTTRAU, S. 438). Die Erfüllungsgarantie umfasst mehrere Unterformen. Die wichtigsten sind die Lieferungsgarantie, die Leistungsgarantie und die Gewährleistungsgarantie. Letztere garantiert die Freiheit von Mängeln bei Abnahme bzw. deren Beseitigung innerhalb einer bestimmten Gewährleistungsfrist. Meistens werden diese Unterformen zu einer einzigen, allumfassenden Erfüllungsgarantie zusammengefasst. Die Erfüllungsgarantie stellt folglich eine Gesamtgarantie dar (DOHM, N 19 ff.; DE GOTTRAU, S. 439).
- 4 Die Anzahlungsgarantie soll demgegenüber sicherstellen, dass der Verkäufer die erhaltene Anzahlung vertragsgemäss verwendet. Zweck und Ziel ist es, den Käufer davor zu schützen, dass der Verkäufer trotz der erhaltenen Anzahlung, die vertraglich geschuldete Leistung nicht ordnungsgemäss aufnimmt oder durchführt, also bereits in diesem Stadium des Vertrages eine Vertragsverletzung begeht und die Anzahlung nicht zurückerstattet (VON WESTPHALEN, S. 13).
- 5 Das wichtigste Beweismittel zur Ermittlung des Sicherungszwecks ist i.c. der Garantievertrag (K-3). Die Tatsache, dass im Titel des Garantievertrages (K-3) von einer Anzahlungsgarantie die Rede ist, erlaubt noch keinen Schluss auf das Vorhandensein einer Anzahlungsgarantie. Denn die Bezeichnung alleine ist für die Qualifikation eines Vertrages noch nicht massgeblich (Art. 18 Abs. 1 OR). Vielmehr muss aufgrund der gesamten Umstände festgestellt werden, wie die im Vertrag niedergelegte Willensäusserung zu verstehen ist. Der Sinn der Willensäusserung ist somit durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BGE 101 II 325). Neben dem Wortlaut, können weitere Mittel zur Auslegung von Verträgen herangezogen werden, die geeignet sind, den wirklichen Willen der Parteien bei Vertragsabschluss zu eruieren (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 26).

- 6 Gemäss Wortlaut sichert der Garantievertrag die Beklagte ab, wenn die Klägerin die Lieferungen und Leistungen gemäss dem Grundvertrag (K-1) nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erbracht hat. Ein solcher Sicherungszweck spricht eindeutig für eine Erfüllungsgarantie. Denn gesichert werden soll nicht nur die Anzahlung als solche, sondern vielmehr die Erfüllung der vertraglich versprochenen Leistungen. Auch die Klägerin sieht es als unstrittig an, dass die Bankgarantie für den Fall ausgestellt wurde, in welchem sie nicht vollständig oder rechtzeitig die vertraglich mit der Beklagten eingegangenen Verpflichtungen erfüllt (KS Rz. 5). In Rz. 11 f., 14 und 55 der Klageschrift werden jedoch noch weitere Sicherungszwecke definiert. Es ist somit nicht ersichtlich, was gemäss der Klägerin Sicherungszweck der Bankgarantie sein soll.
- 7 Weiter wurde im Garantievertrag (K-3) vereinbart, dass die Bankgarantie eine Laufzeit bis zum Ende der Materialgarantie hat. Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS Rz. 9) stellt dies ein klares Indiz für eine umfassende Erfüllungsgarantie (d.h. inkl. Gewährleistungsgarantie) dar. Denn die Dauer der Gewährleistungsgarantie hängt von der jeweiligen valutavertraglichen Gewährleistungsfrist ab (BÜSSER, N 398). Es ist kaum nachvollziehbar, dass eine Bankgarantie welche nur die Anzahlung sichert, bis zum Ende der Materialgarantie laufen soll. Eine solch lange Laufzeit macht nur dann Sinn, wenn die Garantie einerseits die Lieferung und Leistung aus dem Vertrag sichert und andererseits die Freiheit von Mängeln bei Abnahme bzw. deren Beseitigung innerhalb einer bestimmten Gewährleistungsfrist garantiert. Die Materialgarantie sieht die Haftung der Klägerin für eine einwandfreie, vertragsgemässe Beschaffenheit der Anlagenteile und Materialien vor (K-1, Ziff. 5.1). Indem die Bankgarantie solange wie die Materialgarantie läuft, soll sichergestellt werden, dass eine allfällige Inanspruchnahme der Erfüllungsgarantie aufgrund Materialmängel, durch die Ansprüche aus der Materialgarantie gerechtfertigt ist.
- Die Klägerin begnügt sich denn auch mit der Aussage, dass die Laufzeit der Garantie auf eine Anzahlungsgarantie schliesse, ohne dies auch nur ansatzweise zu begründen (vgl. KS Rz. 9).
- 8 Als ergänzendes Auslegungsmittel ist zudem das Verhalten der Vertragsparteien nach Vertragsabschluss zu berücksichtigen, wenn daraus Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsschluss zu ziehen sind (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 29). Die Klägerin beabsichtigte die Bankgarantie zusammen mit der Materialgarantie um zwei Jahre zu verlängern (B-3). Sie führt in Rz. 55 ihrer Klageschrift aus, dass ihrer Meinung nach die Bankgarantie die Sicherung der Lieferung und Leistung in der Höhe der Anzahlung bezweckt und somit der Eintritt des Sicherungsfalls spätestens am 7.09.2005 unmöglich geworden sei. Weiter führt sie aus, dass die Anzahlungsgarantie erlischt sobald die Leistungen der Klägerin den Garantiebetrug erreicht haben. Ihrer Ansicht nach war dies spätestens am 7.09.2005 der Fall. Es fragt sich, wie die beabsichtigte Verlängerung der Bankgarantie im Juni 2006

(vgl. B-3) mit dieser Argumentation vereinbar ist. Es macht keinen Sinn eine Bankgarantie zu verlängern, deren Sicherungszweck gar nicht mehr eintreten kann. Nur unter dem Gesichtspunkt, dass eine umfassende Erfüllungsgarantie vereinbart wurde, welche auch Gewährleistungsansprüche mitumfasst, ist die beabsichtigte Verlängerung nachvollziehbar. Denn solange allfällige Gewährleistungsansprüche im Rahmen der Materialgarantie bestehen können, ist auch der Eintritt des Sicherungsfalls und damit die Inanspruchnahme der Garantie noch möglich.

Das Verhalten der Klägerin nach Vertragsabschluss lässt darauf schliessen, dass sie anfangs selber vom Vorliegen einer Erfüllungsgarantie ausging.

- 9 Aus dem Garantievertrag (K-3) wird weiter ersichtlich, dass eine Garantie in der Höhe von 20% des Gesamtpreises von EUR 22 Mio. ausgestellt wurde. Aufgrund der Tatsache, dass dieser Betrag genau der Anzahlung entspricht, welche zwischen den Parteien vereinbart wurde (K-1, Ziff. 2.1), schliesst die Klägerin auf das Vorhandensein einer Anzahlungsgarantie (KS Rz. 9). Im internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehr ist es durchaus üblich, dass auch bei Erfüllungsgarantien der Garantiebetrags 20% des Vertragswertes umfasst (vgl. BÜSSER, N 393; DOHM, N 22; DE GOTTRAU, S. 439). Somit ist die Höhe des Garantiebetrages noch kein Indiz für eine Anzahlungsgarantie.
- 10 Aufgrund des Wortlautes der Garantieerklärung und der gesamten Umstände ist somit von einer umfassenden Erfüllungsgarantie auszugehen. Der Sicherungszweck umfasst im konkreten Fall die Lieferung und Montage der Anlage, der erfolgreiche Nachweis der Verfahrensgarantien, eine rechtzeitige Abnahme der Anlage und allfällige Gewährleistungsansprüche der Beklagten.

1.2 Art der Inanspruchnahme

- 11 Unter den gebräuchlichen Garantien sind in der Praxis Bankgarantien mit Zahlung auf erstes Anfordern am häufigsten anzutreffen (DOHM, N 32). Bei dieser Art von Bankgarantie verspricht die Bank dem Begünstigten, auf dessen erste Aufforderung hin Zahlung zu leisten. Der Begünstigte hat den Nachweis für die Berechtigung der Inanspruchnahme nicht zu erbringen und der Garant verzichtet auf Einreden und Einwendungen, die dem Anspruch des Begünstigten auf die gesicherte Leistung im Valutaverhältnis entgegenstehen. Im internationalen Zahlungsverkehr wird mit der Zahlungsklausel „auf erstes Anfordern“ allgemein die Vorstellung eines nichtakzessorischen Zahlungsverprechens verbunden (BÜSSER, N 673 f.; DOHM, N 33; DE GOTTRAU, S. 442).
- 12 I.c. sind sich die Parteien einig, dass eine Bankgarantie mit Zahlung auf erstes Anfordern vorliegt. Ebenfalls vom Konsens umfasst, ist die Qualifizierung der Bankgarantie als eine unabhängige bzw. nichtakzessorische Bankgarantie. Die Klägerin behauptet jedoch, dass es zudem unstrittig sei, dass es sich um eine Bankgarantie mit dokumentarischer Klausel handelt (KS Rz. 5). Da es sich bei solchen

Effektivklauseln um eine heikle Problematik handelt, möchte die Beklagte an dieser Stelle eine Präzisierung vornehmen (vgl. zur Problematik DE GOTTRAU, S. 442 f.). Die Beklagte bejaht das Vorliegen einer solchen Dokumentar- bzw. Effektivklausel nur unter der Bedingung, dass diese der Beklagten nur die Vorlage einer einfachen Erklärung auferlegt, dass der Sicherungsfall eingetreten ist. Falls die Klägerin diese Dokumentarklausel in dem Sinne versteht, dass die Garantiebank von der Begünstigten die Einreichung von Beweisunterlagen verlangen kann, so besteht keinesfalls Konsens zwischen den Parteien bezüglich dieser Klausel. Eine solche Interpretation der Klausel wäre zudem auch nicht mit dem Wortlaut des Garantievertrages (K-3) vereinbar.

1.3 Zwischenfazit

- 13** Aufgrund der obigen Ausführungen kommt die Beklagte zum Schluss, dass zwischen den Parteien eine umfassende Erfüllungsgarantie vereinbart wurde. Nebst dem Anspruch auf vollständige und rechtzeitige Lieferung und Leistung seitens der Klägerin, sind somit auch allfällige Gewährleistungsansprüche vom Sicherungszweck der Bankgarantie umfasst.

Die Erfüllungsgarantie ist zahlbar auf erstes Anfordern der Beklagten, was zum Ausdruck bringt, dass sie ein nichtakzessorisches Zahlungsversprechen beinhaltet.

2. Berechtigung der Beklagten die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen

- 14** Wie oben erläutert handelt es sich i.c. um eine unabhängige, nichtakzessorische Bankgarantie. Dies hat zur Folge, dass die Garantieverpflichtung nicht an die Valutaforderung gebunden, sondern in ihrem Bestand und in ihren Wirkungen vom tatsächlichen Vorliegen der Valutaforderung und deren Erzwingbarkeit unabhängig ist (vgl. BÜSSER, N 530). Daraus resultiert der bedeutsamste Aspekt der Nichtakzessorietät einer Garantieverpflichtung, nämlich der Verzicht des Garanten auf das Erheben von Einreden und Einwendungen des Valutaschuldners. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ergibt sich im Falle eines Rechtsmissbrauchs, worauf in Rz. 46 ff. einzugehen sein wird (BÜSSER, N 637 ff.).
- 15** Die Fjordbank hat sich als Garantin zur Sicherung einer Leistung verpflichtet, indem sie eine unabhängige Bankgarantie ausgestellt hat. Folglich muss sie im Fall einer Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte auf sämtliche Einreden und Einwendungen verzichten, die die Klägerin (Valutaschuldnerin) dem Anspruch der Beklagten auf die gesicherte Leistung entgegenhalten könnte. Die Bank hat sich auf die Einreden aus dem Garantieverhältnis zu beschränken und darf insbesondere nur prüfen, ob die Beklagte sämtliche in der Garantieverpflichtung bezeichneten Zahlungsvoraussetzungen erfüllt.

2.1 Beklagte hat Zahlungsvoraussetzungen erfüllt

- 16** Die Zahlungspflicht wird ausgelöst, wenn die eingereichten Dokumente oder Erklärungen des Begünstigten den in der Bankgarantie enthaltenen Zahlungsbedingungen entsprechen. Die Bank kann nicht den Einwand erheben, das Dokument oder die Erklärung entspreche nicht den Tatsachen. Die Bankgarantie dient der raschen, bankmässigen Abwicklung des Sicherungsgeschäftes. Wenn die Garantin zunächst materielle Abklärungen im Hinblick auf die Richtigkeit der in Dokumenten oder Erklärungen enthaltenen Aussagen vornehmen dürfte, wäre der Zweck der Bankgarantie illusorisch (KLEINER, N 21.27).
- 17** Nimmt die Beklagte die Bankgarantie in Anspruch, so hat die Fjordbank einzig zu prüfen, ob die in der Garantie umschriebenen Zahlungsbedingungen erfüllt sind. Die Beklagte hat bei der Inanspruchnahme kein Nachweis des Garantiefalls zu erbringen. Gemäss Garantievertrag (K-3) hat sich die Garantin verpflichtet, den geleisteten Anzahlungsbetrag auf die erste schriftliche Anforderung der Beklagten zurückzuzahlen. In dieser schriftlichen Erklärung muss die Angabe enthalten sein, dass die Klägerin die Lieferungen und Leistungen gemäss dem Vertrag (K-1), trotz einer schriftlichen Aufforderung durch die Beklagte, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erbracht hat.
- 18** Die Beklagte hat diese formalisierten Zahlungsbedingungen erfüllt, womit auch die Zahlungspflicht der Fjordbank ausgelöst wird (Beschluss Nr. 2, Ziff. 2). Auch die Klägerin bestätigt, dass die Beklagte aufgrund der formalen Kriterien einen Anspruch auf Abruf der Bankgarantie hat (KS Rz. 24).
- 19** Die Beklagte hat sämtliche Zahlungsvoraussetzungen erfüllt und stellt sich daher auf den Standpunkt, dass sie dazu berechtigt war die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen, ohne dass sie die materielle Berechtigung hätte beweisen müssen.

2.2 Inanspruchnahme auch bei materieller Betrachtung gerechtfertigt

- 20** Die Beklagte wird im Folgenden trotzdem aufzeigen, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie auch materiell gerechtfertigt ist.

2.2.1 Grund der Inanspruchnahme der Bankgarantie

- 21** Die Beklagte nimmt die Bankgarantie in Anspruch, weil es bis heute nicht zu einer vertragskonformen Garantietestfahrt mit Nachweis der Verfahrensgarantien gekommen ist und die Anlage deshalb nach wie vor als nicht durch die Beklagte abgenommen zu gelten hat. Mit anderen Worten macht die Beklagte in erster Linie Verzugsansprüche aufgrund fehlender Abnahme der Anlage geltend und will deshalb die Bankgarantie in Anspruch nehmen.

- 22 Diese Ansprüche sind auf jeden Fall vom Sicherungszweck der Bankgarantie umfasst (s. Rz. 10). Selbst wenn man der Ansicht der Klägerin folgen und eine umfassende Erfüllungsgarantie, d.h. inkl. Gewährleistungsansprüche ablehnen würde (s. KS Rz. 14), wären die geltend gemachten Verzugsansprüche aufgrund fehlender Abnahme der Anlage vom Sicherungszweck umfasst.
- 23 Es wird nun im Folgenden nachgewiesen, dass die Abnahme der Anlage i.S.v. Ziff. 5.2.6 des Vertrages nicht erfolgte und die Klägerin sich deshalb in Verzug befindet.

2.2.2 Ausgangslage: Der Vertrag vom 3. Juli 2004

- 24 Unbestritten ist, dass der Vertrag vom 03.07.2004 (K-1) als Werkvertrag bzw. Werklieferungsvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR zu qualifizieren ist.

2.2.2.1 Keine vertragskonforme Durchführung des Garantielaufs und damit zulässige Verweigerung der Zusammenarbeit

- 25 Sinn und Zweck des vertraglich vereinbarten Garantielaufs ist es, dass die Beklagte die Gewissheit erlangen kann, dass sie von der Klägerin eine einwandfrei funktionierende Anlage erhalten hat, welche die vertraglich vereinbarte Leistung über Jahre hinweg erbringen kann. Damit aber der Garantiefahrt die nötige Gewissheit vermitteln kann und überhaupt aussagekräftig ist, muss die Anlage zuvor stabilisiert, frei von technischen Mängel und über eine längere Periode mit Vollast betrieben worden sein. Nur so kann davon ausgegangen werden, dass die Anlage über den kurzfristigen Nachweis der Verfahrensdaten hinaus auch später mit der vertraglich vereinbarten Leistung funktioniert.
- 26 Es kann daher auch nicht sein, dass die Klägerin den Garantiefahrt nach eigenem Gutdünken vollkommen einseitig ankündigt und durchführen kann. Vielmehr haben beide Parteien mit der Durchführung des Garantiefahrts einverstanden zu sein. Dies steht zwar nicht explizit im Vertragstext, ergibt sich aber aus der Auslegung des Vertrages, insb. von Ziff. 5.2.5.1 nach Treu und Glauben. Nach dieser Bestimmung hat die Klägerin den Beginn des Garantiefahrts zwar bekannt zu geben, doch haben die Parteien danach gemeinsam die zur Anwendung kommenden Messmethoden festzulegen und gemeinsam die Resultate festzuhalten und auszuwerten. Überdies ist es in der Baubranche, wie auch in der Maschinenindustrie üblich, dass Besteller und Unternehmer das Werk gemeinsam prüfen (ZK-BÜHLER, Art. 367 N 19 f.).
- 27 Die Klägerin hat aber auf die Interessen der Beklagten an der Durchführung eines aussagekräftigen Garantiefahrts im obgenanntem Sinne keinerlei Rücksicht genommen. Vielmehr hat sie die Garantiefahrte einseitig angekündigt und sogar alleine durchgeführt, unmittelbar nachdem sie die Anlage seit mechanischer Fertigstellung anfangs September 2005 bis anfangs November 2005 nach zweimonati-

ger Instabilität einigermaßen in den Griff bekommen hatte. Von einem mängelfreien und stabilen Betrieb unter Volllast über eine längere Periode kann bis zu diesem Zeitpunkt nicht die Rede sein. Vielmehr wollte die Klägerin diese Phase der vorübergehenden minimalen Stabilität sofort nutzen, um kurzfristig die Verfahrensdaten nachweisen zu können und sich in der Folge gemäss Ziff. 5.2.5.2 des Vertrags endgültig von jeglicher Haftung und Verantwortlichkeit aus den Verfahrensgarantien freizuzeichnen.

- 28 Um dies zu verhindern, hat die Beklagte daher völlig zurecht die Zusammenarbeit i.S.v. Ziff. 5.2.5.1 verweigert und ihre Mitarbeiter angewiesen, an der Durchführung der Garantieläufe nicht mitzuwirken. Nur so konnte erreicht werden, dass die Klägerin ihre Verantwortlichkeit aus den Verfahrensgarantien weiterhin wahrzunehmen hat und dafür Sorge tragen muss, dass die zugesicherten Leistungen nachhaltig gewährleistet werden. Dieses Verhalten kann deshalb auf keinen Fall, wie die Klägerin behauptet (KS Rz. 42 ff.), als treuwidrige Verletzung von Mitwirkungspflichten bezeichnet werden.
- 29 Da die Klägerin die Garantieläufe ohne Einverständnis und ohne Zusammenarbeit der Beklagten im Alleingang durchgeführt hat, sind sie als nicht vertragskonform zu werten und entfalten somit keinerlei Wirkungen. Die Berichte der Klägerin (vgl. K-5 und K-6) über die Durchführung der Garantieläufe mit Erreichen der Verfahrensdaten sind daher irrelevant. Auch die Ansicht der Klägerin, dass die Beklagte die Durchführung der Messungen stillschweigend anerkannt habe, weil sie den Berichten nicht widersprochen habe (vgl. KS Rz. 37), ist entschieden zurückzuweisen.

2.2.2.2 Folglich: Keine Abnahme der Anlage

- 30 Da kein vertragskonformer Garantienlauf durchgeführt wurde, hat auch die Anlage als nicht abgenommen zu gelten (vgl. K-1, Ziff. 5.2.6).
Dieser für beide Seiten unbefriedigende Zustand hat dazu geführt, dass sich die Parteien in der Vereinbarung vom 15.12.2005 u.a. über das weitere Vorgehen betreffend Durchführung des Garantienlaufs und Abnahme der Anlage geeinigt haben.

2.2.3 Die Vereinbarung vom 15.12.2005

- 31 In der Vereinbarung vom 15.12.2005 (nachfolgend „Vereinbarung“) erklärte sich die Beklagte bereit, den von der Klägerin vom 27.11.2005 – 01.12.2005 alleine durchgeführten Betrieb unter Garantiebedingungen als erfolgreichen Garantienlauf i.S.d. Vertrages anzuerkennen. Allerdings nur unter der Bedingung, dass im Anschluss an die kostenlosen Lieferung und Montierung des neuen Schwefelschmelztanks ein erfolgreicher Probetrieb durchgeführt (vgl. K-4, Ziff. 1) und über drei Tage nachgewiesen wird, dass ca. 60 t/h der Dampfproduktion für die Kondensations-turbine zur Verfügung steht (vgl. K-4, Ziff. 5).

- 32** Diese Bedingung wurde im Telefongespräch vom nächsten Tag zwischen Herrn Hrovat und Herrn Olsen dahingehend konkretisiert, als dass sich die Klägerin verpflichtete, nach Fertigstellung des Schwefelschmelztanks die Verfahrensgarantien in einen dreitägigen Betrieb der Gesamtanlage nachzuweisen. Diese Zusicherung geht unmissverständlich aus dem Faxschreiben der Klägerin hervor (vgl. K-7). Zudem wurde zwei Mal in zwei verschiedenen Schreiben ausdrücklich bestätigt, dass nach Fertigstellung des Schwefelschmelztanks ein dreitägiger Garantielauf mit der Gesamtanlage durchgeführt wird, in welchen die Verfahrensgarantien nachgewiesen werden (vgl. B-1 und B-2).
- 33** Die Klägerin behauptet, sie habe nicht annehmen müssen, dass die Beklagte dem Faxschreiben (K-7) konstitutive Wirkung zuschreiben würde, weil sie weder rechtliches noch faktisches Interesse am Nachweis der Verfahrensgarantien gezeigt hätte (vgl. KS Rz. 31). Diese Argumentation ist abwegig und falsch. Es ist ein grosses Anliegen der Beklagten, dass die Verfahrensgarantien langfristig eingehalten werden können. Um dies professionell abschätzen zu können, ist allerdings ein aussagekräftiger Garantielauf i.S.d. Vertrages durchzuführen (s. Ausführungen in Rz. 25 ff.). Gerade aus diesem Grund beharrte die Beklagte weiterhin an der Durchführung des im Faxschreiben (K-7) versprochenen dreitägigen Garantielaufs.

2.2.3.1 Keine Durchführung des Garantielaufs

- 34** Obwohl die Klägerin ein dreitägiger Garantielauf zugesichert hat (vgl. Rz. 32), fand nach Fertigstellung des Schwefelschmelztanks nur ein informeller Testlauf ohne Nachweis der Verfahrensgarantien statt (vgl. Beschluss Nr. 2, Ziff. 8).

2.2.3.2 Folglich: Keine Abnahme der Anlage und damit Schuldnerverzug der Klägerin

- 35** Die Bedingung, welche zur Akzeptierung des Betriebes unter Garantiebedingungen vom 27.11.2005 – 01.12.2005 der Klägerin als erfolgreichen Garantielauf i.S.d. Vertrags und damit zur Abnahme der Anlage geführt hätte, ist somit nicht eingetreten. Die Anlage gilt somit auch am 6. Mai 2006 als nach wie vor nicht abgenommen.
- 36** Die Klägerin befindet sich in Schuldnerverzug i.S.v. Art. 102 ff. OR (vgl. HUGUENIN, N 646 ff.), weil sie den vereinbarten dreitägigen Garantielauf trotz Leistungsmöglichkeit, Fälligkeit und schriftlicher Aufforderung durch die Beklagte (vgl. Beschluss Nr. 2, Ziff. 8) nicht durchgeführt hat und eine Abnahme der Anlage somit nicht stattgefunden hat.

2.2.4 Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen zur Abnahme des Werkes

- 37** Die gesetzlichen Bestimmungen zum Werkvertragsrecht sind weitgehend dispositiver Natur (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Vor Art. 363-379 N 21), insb. auch die Art. 367-371 OR (GAUCH, N 2463). Sie gelangen daher nur zur Anwendung, wenn nichts anderes vertraglich vereinbart wurde.
- 38** In der Maschinenindustrie ist es üblich, dass die gesetzlichen Bestimmung zur Ablieferung, Prüfung und Genehmigung des Werkes durch Vertrag abgeändert und so miteinander verbunden werden, dass ein privatautonom geregeltes Abnahmeverfahren zur Anwendung kommt (ZK-BÜHLER, Art. 367 N 22). Anzumerken ist an dieser Stelle, dass Ablieferung und Abnahme i.S.d. Gesetzes korrelative Begriffe sind und ein und denselben Vorgang beschreiben (GAUCH, N 97).
- 39** Dies ist auch im vorliegenden Vertrag der Fall: Die Abnahme der Anlage erfolgt erst nach erfolgreich durchgeführtem Garantelauf mit Nachweis der Verfahrensgarantien und nicht schon, wie gesetzlich vorgesehen, durch die Vollendungsanzeige der Klägerin vor der Prüfung des Werkes (vgl. GAUCH, N 92). Dieser Ansicht ist auch die Klägerin (vgl. KS Rz. 28). Umso erstaunlicher ist daher ihre Ansicht, wonach die Abnahme der Anlage nicht wegen Werkmängeln abgelehnt werden darf (vgl. KS Rz. 38). Diese Ansicht mag für die Abnahme i.S.d. Gesetzes richtig sein, ist aber für die Abnahme i.S.d. Vertrages falsch. Denn im Vertrag wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Abnahme der Anlage bei Nichterreichen der Verfahrensgarantien im Garantelauf, d.h. bei Werkmängeln, abgelehnt und Nachbesserung angeordnet wird. Erst nachdem zwei Garantieläufe fehlgeschlagen sind, wird auf weitere Nachbesserung verzichtet und stattdessen Entschädigung geleistet. Erst danach gilt die Anlage ebenfalls als abgenommen (vgl. K-1, Ziff. 5.2.5.5 i.V.m. Ziff. 5.2.6).
- 40** Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass die gesetzlichen Bestimmungen, insb. zur Abnahme der Anlage i.c. abgeändert wurden und somit nicht zur Anwendung kommen. Eine Abnahme nach den vertraglichen Bestimmungen hat nicht stattgefunden, weil kein vertragskonformer Garantelauf durchgeführt wurde (s. Rz. 25 ff.). Die Schlussfolgerungen der Klägerin in Rz. 40 und 41 ihrer Klageschrift sind daher ebenfalls falsch und somit unbeachtlich.

2.2.5 Keine Abnahme der Anlage nach der Abnahmefiktion i.S.d. Vertrages

- 41** Diese Bestimmung kann seit der Vereinbarung bzw. Faxschreiben vom 15/16.12.2005 keine Geltung mehr haben. Denn darin wurde vereinbart, dass die Abnahme der Anlage erst nach Abnahme des Schwefelschmelztanks und erfolgreichem Nachweis der Verfahrensgarantien im dreitägigen Garantelauf erfolgen solle. Da der Schwefelschmelztank erst am 6. Mai 2005 abgenommen wurde, konnte auch die Abnahme der Anlage frühestens ab diesem Datum erfolgen. Eine Berufung auf die Abnahmefiktion, wonach die Anlage spätestens am 3. März 2005 als abgenommen zu gelten hat, wäre somit

ein „venire contra factum proprium“ und rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB (vgl. RIEMER, § 5 N 46 ff.).

2.2.6 Zwischenfazit

- 42 Es wurde gezeigt, dass kein vertragskonformer Garantielauf durchgeführt wurde bzw. die Klägerin sich weigerte, den versprochenen dreitägigen Garantielauf durchzuführen. Aus diesen Gründen gilt die Anlage als nach wie vor nicht abgenommen, weshalb die Beklagte Schuldnerverzug geltend machen kann und materiell berechtigt ist, die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen.

2.2.7 Keine Freizeichnung von der Haftung für den Verspätungsschaden

- 43 Die Klägerin kann nicht geltend machen, dass sie sich mit Ziff. 13.4 des Vertrages von der Haftung für den Verspätungsschaden aus Schuldnerverzug infolge fehlender Abnahme der Anlage freigezeichnet hat. Denn erstens ist der geltend gemachte Verspätungsschaden kein Mangelfolgeschaden (Gauch, N. 1857) und zweitens ist der eingangs erwähnte Haftungsausschluss mit Art. 100 Abs. 1 OR unvereinbar. Danach ist nämlich u.a. eine Abrede über den Ausschluss der Haftung für rechtswidrige Absicht nichtig. Die Klägerin hat aber gerade in rechtswidriger Absicht die Nichtabnahme der Anlage bewirkt, indem sie trotz Aufforderung durch die Beklagte die Durchführung des vereinbarten dreitägigen Garantielaufs verweigerte, obwohl sie dazu verpflichtet ist (vgl. Rz. 42).

2.2.8 Gewährleistungsansprüche

- 44 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Anlage als abgenommen zu gelten hat, ist die Beklagte trotzdem materiell zur Ziehung der Bankgarantie berechtigt ist. Denn die Anlage hat in den Jahren 2005/2006 nicht die vertraglich vereinbarte Sollleistung erbracht und ist deshalb mangelhaft. Die Beklagte kann daher Gewährleistungsansprüche nach Ziff. 5.1 des Vertrages geltend machen. Eine Freizeichnung der Klägerin von der Haftung für Ansprüche aus der Materialgarantie nach Ziff. 5.1 hat nicht stattgefunden. Vielmehr wollte die Klägerin die Haftung für solche Ansprüche durch die Verlängerung der Materialgarantie um zwei Jahre verlängern (B-3).

2.2.9 Fazit

- 45 Die Beklagte hat nachgewiesen, dass sie auch in materieller Hinsicht berechtigt ist, die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen. Erstens kann sie Schuldnerverzugsansprüche aufgrund fehlender Abnahme der Anlage geltend machen und zweitens, falls die Anlage wider Erwarten als abgenommen zu gelten hat, Gewährleistungsansprüche aufgrund mangelhafter Anlage. Beide Ansprüche sind vom Sicherungszweck der umfassenden Erfüllungsgarantie erfasst.

3. Keine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie

- 46 Die Klägerin anerkennt in ihrer Klageschrift das Vorliegen einer unabhängigen Bankgarantie, welche die Beklagte berechtigt die Bankgarantie unbeachtlich von Einwendungen und Einreden aus dem Grundverhältnis in Anspruch zu nehmen, ohne dass sie ihre materielle Berechtigung aus dem Valutaverhältnis nachweisen muss. Die Klägerin macht jedoch geltend, dass ihr trotzdem ein Abrufverbot gegenüber der Beklagten zusteht. Begründet wird dies mit der Behauptung, die Beklagte habe die Bankgarantie rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen (KS Rz. 15 ff.).
- 47 Das Prinzip der Unabhängigkeit, welches den Ausschluss sämtlicher Einreden und Einwendungen aus dem Valutaverhältnis beinhaltet, wird in der Tat durchbrochen, wenn eine Missbrauchssituation vorliegt (BÜSSER, N 642 ff.; LÖW, S. 54). Die Beklagte wird im Folgenden nachweisen, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie nicht rechtsmissbräuchlich erfolgte und somit keine Verhältnisse vorliegen, die zu einer Durchbrechung des Prinzips der Unabhängigkeit führen.

3.1 Voraussetzungen der Einrede des Rechtsmissbrauchs bei Bankgarantien

3.1.1 Tatbestand der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme

- 48 Unbestritten ist in der Schweizer Lehre, dass eine Inanspruchnahme der Bankgarantie, welche vom Grundverhältnis her betrachtet unberechtigt erscheint, nicht gleichzeitig rechtsmissbräuchlich gegenüber der Bank ist (LÖW, S. 70). Denn zwischen unberechtigter und rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie existiert nicht nur ein quantitativer, sondern auch ein qualitativer Unterschied. Im ersteren Falle bestehen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsparteien, ob der Verkäufer seine vertraglichen Leistungen ordnungsgemäss erfüllt hat, z.B. ob die gelieferte Maschine das zugesicherte Produktionsvolumen tatsächlich erbringt oder nicht. Hier könnte zwar der Abruf der Bankgarantie durch die Begünstigte objektiv nicht gerechtfertigt sein, wenn die Maschine tatsächlich die zugesicherten Eigenschaften erfüllt; trotzdem lässt sich nicht sagen, die vom Käufer eingenommene Rechtsposition sei völlig unvertretbar und abwegig (DOHM, N 231 ff.).
- 49 Wird die Bankgarantie hingegen rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen kann dem Begünstigten „unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt“ ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantie zustehen. Mit anderen Worten lässt sich also ohne jeden Zweifel feststellen, dass der Begünstigte die ihm formal eingeräumte Rechtsposition missbraucht (DOHM, N 231 ff.).
- 50 Eine andere Lehrmeinung geht noch etwas weiter und sieht den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs erst dann erfüllt, wenn das Verhalten des Begünstigten nicht mehr gebilligt werden kann. Die Beja-

hung des Rechtsmissbrauchs setzt voraus, dass der Abruf der Bankgarantie arglistig beziehungsweise in Schädigungsabsicht erfolgt (KLEINER, N 21.43, 21.44 und 21.49).

- 51** Die Beklagte durfte nach dem Prinzip der Unabhängigkeit die Bankgarantie beanspruchen, obschon die Klägerin deren Zahlungsanspruch gestützt auf Tatsachen aus dem Valutaverhältnis bestreitet. Die Beklagte muss ihre Berechtigung gemäss Grundverhältnis nicht beweisen, um in den Genuss der Garantiesumme zu gelangen. Nur weil die Klägerin die Berechtigung der Beklagten, die Sicherungsverpflichtung zu beanspruchen, bestreitet, kann deshalb noch nicht von einem missbräuchlichen Verhalten seitens der Beklagten ausgegangen werden. Denn der Missbrauch geht vielmehr über eine blosse Vertragsstreitigkeit zwischen den Parteien hinaus (vgl. LÖW, S. 79).
- 52** Die Beklagte hat in Rz. 20 ff. nachgewiesen, dass sie aufgrund rechtlicher Aspekte berechtigt war die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen. Ihrer Meinung nach hat die Klägerin ihre vertragsgemässe Leistungspflicht nicht ordnungsgemäss erbracht. Der daraus resultierende, von der Beklagten geltend gemachte Schadenersatzanspruch aus Schuldnerverzug ist vom Sicherungszweck der Erfüllungsgarantie umfasst, weshalb die Inanspruchnahme der Bankgarantie gerechtfertigt war. Selbst wenn das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommt, dass die Klägerin ihre Leistungen aus dem Vertrag erfüllt hat, hat dies noch nicht zur Folge, dass der Abruf der Bankgarantie als missbräuchlich zu qualifizieren ist. Denn die Beklagte war nach Treu und Glauben der Meinung, dass sie zur Inanspruchnahme berechtigt war. Die von der Beklagten eingenommene Rechtsposition ist weder völlig abwegig noch unvertretbar. Sie handelte weder in Schädigungsabsicht noch kann ihr Arglist vorgeworfen werden.
- 53** I.c. ist somit von einer blossen Vertragsstreitigkeit auszugehen und nicht vom Tatbestand des Rechtsmissbrauchs.
- 54** Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die von der Klägerin umschriebenen Vertragsverletzungen (KS Rz. 25 ff.) nicht vom Tatbestand der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme einer Bankgarantie umfasst sind. Die Klägerin behauptet nämlich, dass die Weigerung der Abnahme der Anlage rechtsmissbräuchlich erfolgt ist (KS Rz. 25). Ihrer Meinung nach hat sich die Beklagte rechtsmissbräuchlich verhalten, indem sie den Hauptvertrag verletzt hat (KS Rz. 47). Die Klägerin macht also effektiv gar nicht geltend, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie missbräuchlich sei, vielmehr sieht sie den Missbrauch darin begründet, dass die Beklagte den Vertrag verletzte.
- 55** Die Einrede der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme ist somit im Hinblick auf die klägerische Argumentation gar nicht einschlägig. Vielmehr müsste sie sich mit einer Vertragsklage zu Wehr setzen.

- 56 Obwohl bereits die erste Voraussetzung für die Einrede der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme nicht gegeben ist, wird die Beklagte im Folgenden nachweisen, dass auch die zweite Voraussetzung nicht erfüllt sind.

3.1.2 Offenkundigkeit des Rechtsmissbrauchs

- 57 Nach Schweizer Recht genügt für die Bejahung von Rechtsmissbrauch noch nicht, dass der Abruf der Bankgarantie gemäss der von der Lehre entwickelten Kriterien als missbräuchlich zu qualifizieren ist. Vielmehr setzt der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB voraus, dass das rechtsmissbräuchliche Verhalten „offenbar“ ist. Der Rechtsmissbrauch muss somit bereits in qualifizierter Erscheinungsform vorliegen, damit er überhaupt berücksichtigt wird (KLEINER, N 21.52; LÖW, S. 72).
- 58 Unter Offenkundigkeit versteht die herrschende Lehre und die Rechtsprechung die sofortige Beweisbarkeit des Rechtsmissbrauchs (DOHM, N 235; KLEINER, N 21.52; BGE 100 II 145). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten seitens des Begünstigten findet somit erst dann keinen Rechtsschutz, wenn absolut klare Verhältnisse vorherrschen, die keinerlei Zweifel offen lassen (KLEINER, N 21.52), beziehungsweise wenn der Rechtsmissbrauch „klar, in die Augen springend, unzweifelhaft“ und „erheblich“ ist (BÜSSER, N 1203).
- 59 In der Praxis wird deshalb nur in sehr restriktiver Weise auf den Rechtsmissbrauch erkannt, welcher so etwas wie eine ultima ratio sein muss. Im Zweifelsfall ist nicht von einem Rechtsmissbrauch auszugehen (DE GOTTRAU, S. 470).
- 60 Auch die Klägerin bestätigt, dass sie den Rechtsmissbrauch anhand von liquiden Beweismitteln wie Dokumenten oder Verträgen zu beweisen hat (KS Rz. 17).
- 61 Zwischen den Parteien bestehen Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Vertragskonformität der Schwefelsäureanlage. Ob diese die von der Klägerin zugesicherten Eigenschaften erfüllt oder nicht, lässt sich aufgrund der Komplexität der Anlage nur nach eingehenden Expertisen feststellen. Schon nur alleine aufgrund dieser Tatsache wird ersichtlich, dass die sofortige Beweisbarkeit eines allfälligen Rechtsmissbrauchs nicht möglich ist. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, diverse Vertragsverletzungen begangen zu haben. Sie kann diese Tatsachenbehauptungen jedoch nicht auf liquide Beweismittel abstützen. Somit liegen keine absolut klaren Verhältnisse vor, die keinerlei Zweifel offen lassen, dass ein Rechtsmissbrauch vorliegt.
- 62 Daraus folgt, dass die Voraussetzungen für die Einrede der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie nicht gegeben sind.

3.2 Folglich: Kein Anspruch auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie

- 63 Die Beklagte war nach vertraglicher Vereinbarung berechtigt, die Bankgarantie ohne Nachweis des materiellen Schadeneintritts zu ziehen. Die Parteien haben eine unabhängige Bankgarantie vereinbart, mit der Folge dass sich die Fjordbank zur Zahlung an die Beklagte auf deren erstes Anfordern hin verpflichtet hat. Da die Voraussetzungen für ein Abrufverbot der Klägerin, aufgrund einer fehlenden Missbrauchssituation, nicht vorliegen, wird das Prinzip der Unabhängigkeit nicht durchbrochen. Der Grundsatz, wonach zuerst zu bezahlen und erst danach zu prozessieren ist, hat somit weiterhin Geltung. Zudem hat die Beklagte in Rz. 20 ff. nachgewiesen, dass sie auch in materieller Hinsicht zur Ziehung der Bankgarantie berechtigt war. Sie stellt sich daher auf den Standpunkt, dass die Klägerin kein Anspruch gegenüber der Beklagten auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie hat.

4. Kein Anspruch der Klägerin auf Herausgabe der Bankgarantie

4.1. Bedingung für die Herausgabe

- 64 Wie die Klägerin in Ihrer Klageschrift ausführt, ist die Rückgabe einer Bankgarantie privatautonomer Natur und wird deshalb im Bankgarantietext geregelt. Die Bankgarantie verfällt an dem Tag, der als Ende der Laufzeit auf der Bankgarantie angegeben ist. Die Garantiennehmerin muss die Bankgarantie nach Ablauf der Garantielaufzeit an die Bank oder an den Garantiebesteller aushändigen (BÜHLER, S. 148).
- 65 Gemäss Bankgarantie (K-3) verfällt diese spätestens am 3. Januar 2007. Des Weiteren ist das Original der Bankgarantie (K-3) nach Verfall oder bei Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus der Garantie an die Fjordbank zurückzugeben. Weitere Bedingungen sind nicht ableitbar.
- 66 I.c. ist die Bankgarantie (K-3) nicht verfallen, weil die Beklagte diese fristgerecht am 6. Oktober 2006 in Anspruch genommen hat. Auch liegt keine Befriedigung sämtlicher Ansprüche vor, da die Garantiesumme noch nicht der Beklagten ausbezahlt wurde.
- 67 Die Beklagte will nachfolgend zusätzlich aufzeigen, dass auch kein Anspruch bestehen würde, wenn weitere, von der Klägerin geltend gemachte Bedingungen, ableitbar wären.

4.2. Kein unmöglicher Eintritt des Sicherungsfalls bzw. kein Rechtsmissbrauch

- 68 Die Klägerin führt ohne rechtliche Begründung in Rz. 52 ihrer Klageschrift aus, dass die Bankgarantie bei Unmöglichkeit des Eintritts des Garantiefalls der Fjordbank herauszugeben sei. Wie von der Beklagten in Rz. 2 ff. ausführlich bewiesen, liegt eine umfassende Erfüllungsgarantie vor. Die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche aus Schuldnerverzug und solche aus allfälliger Gewährleistung sind vom Sicherungszweck abgedeckt. Daher kann sie die Bankgarantie innerhalb der Laufzeit

(bis 03.01.2007) in Anspruch nehmen und ist befugt, die Bankgarantie auch nach mechanischer Fertigstellung der Anlage (07.09.2005) zu ziehen. Der Eintritt des Sicherungsfalls ist ja auch nach der mechanischen Fertigstellung immer noch möglich. Es liegt auch kein Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantie bezüglich einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme von der Beklagten vor, wie in Rz. 48 ff. aufgezeigt wurde.

4.3. Berechtigter Anspruch auf das Original der Bankgarantie

- 69 Wie oben aufgezeigt, liegen keine Gründe vor, warum die Beklagte die Bankgarantie herauszugeben hat. Vielmehr hat die Beklagte in formeller, wie auch materieller Hinsicht ein rechtmässiger Anspruch auf die Auszahlung der Garantiesumme von EUR 4.4 Mio. Solange dieser Anspruch besteht und die Garantiesumme noch nicht ausbezahlt wurde, hat die Beklagte ein berechtigtes Interesse weiterhin im Besitz des Originals der Bankgarantie zu bleiben.

4.4. Fazit

- 70 Die Beklagte ist auf Grund der oben erwähnten Tatsachen nicht verpflichtet, das Original der Bankgarantie an die Fjordbank herauszugeben.

5. Kein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot gegenüber der Beklagten

5.1 Klagen in Kroatien werden nicht von der Schiedsvereinbarung umfasst

- 71 In einem ersten Schritt wird die Beklagte aufzeigen, dass die Klagen in Kroatien nicht von der Schiedsvereinbarung erfasst werden. Ein Schiedsgericht ist befugt über Streitigkeiten zu befinden, welche sich innerhalb des durch die Schiedsabrede gezogenen Rahmens bewegen (RÜEDE/HADENFELDT, § 13 I, S. 62; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, S. 393 f., N 647; IAS-ABDULLA, S. 15).
- 72 Die Klägerin macht geltend, dass es sich bei den Klagen vor den Kroatischen Gerichten um Streitigkeiten, resultierend aus dem Hauptvertrag handelt (KS Rz. 65). Im Folgenden jedoch soll aufgezeigt werden, dass die Ansprüche der Beklagten gegen die Fjordbank nicht als von der Schiedsvereinbarung mitumfasst gelten.
- 73 Der Auslegung nach dem Wortlaut kommt eine zentrale Bedeutung zu (vgl. BSK OR I-WIEGAND, S. 151 N 19). Der Wortlaut der Schiedsvereinbarung besagt, dass „alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten...“ vom Schiedsgericht entschieden werden. Die Beklagte hat die Klagen in Kroatien erhoben, um Ansprüche aus dem Garantieverhältnis geltend zu machen. Denn das Recht die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen, ergibt sich bereits aufgrund des Garantievertrages. Die Ansprüche aus dem Garantievertrag hat die Beklagte somit völlig losgelöst vom Hauptvertrag geltend ge-

macht. Von der Schiedsvereinbarung werden lediglich Ansprüche aus dem Valutaverhältnis umfasst. Zudem deutet auch die Formulierung der Garantiekunde in keiner Weise auf eine Ausdehnung der Schiedsklausel auf Streitigkeiten des Garantieverhältnisses hin (vgl. CRAIG/PARK/PAULSSON, § 5.10, S. 79).

- 74 Schiedsvereinbarungen beruhen im Wesentlichen auf dem Konsens der Parteien (vgl. BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, S. 1527 N 3) und binden grundsätzlich lediglich diejenigen Parteien, welche dieser zugestimmt haben (vgl. IAS-ABDULLA, S. 20). Die Fjordbank hat die Schiedsvereinbarung nicht unterzeichnet und ist gemäss dem oben erwähnten Grundsatz nicht von der Schiedsvereinbarung betroffen.
- 75 RÜEDE/HADENFELDT führt aus Sicht der Beklagten zu Recht an, dass eine Schiedsvereinbarung für die Parteien einen Verzicht auf eine Entscheidung eines staatlichen Gerichtes bedeutet. Die damit verbundenen höheren Kosten für die Schiedsparteien und die regelmässig entfallende Möglichkeit, Rechtsmittel gegen einen Schiedsentscheid einzulegen, stellen eine schwerwiegende Einschränkung dar. (RÜEDE/HADENFELDT, § 13 I, S. 74).
- 76 Unter diesem Gesichtspunkt kann man nicht davon ausgehen, dass die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die im Vertrag enthaltene Schiedsklausel so verstehen musste, dass diese auch im Garantieverhältnis Wirkung zeigt.
- 77 Schliesslich weist die Beklagte noch darauf hin, dass im Gegensatz zu den USA, die Banken in Europa aus verschiedensten Gründen der Schiedsgerichtsbarkeit sehr zurückhaltend gegenüberstehen. Von derzeit (Jahr 2003) 1100 bei der IHK anhängigen Fällen, ist lediglich in vier Fällen eine Bank als Partei beteiligt. (BRUNNER, SchiedsVZ 2003, Heft 3, S. 130)
- 78 Dieser Umstand spricht daher ebenfalls gegen die Argumentation der Klägerin, wonach die Streitigkeiten zwischen der Beklagten und der Garantin als von der Schiedsvereinbarung mitumfasst gelten soll. Die Reichweite der Schiedsvereinbarung umfasst somit die Streitigkeiten zwischen der Beklagten und der Garantin nicht. Die Gegenteilige Meinung würde die Schiedsvereinbarung überdehnen.

5.2 Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen sind nicht erfüllt

- 79 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zur Auffassung gelangen, dass die Ansprüche der Beklagten gegen die Fjordbank von der Schiedsvereinbarung umfasst werden, wird die Beklagte nachweisen, dass die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 183 Abs. 1 IPRG und Art. 26 Abs. 1 SchO nicht erfüllt sind. Die Klägerin ist der Auffassung, dass ihr durch die Klagen in Kroatien ein

nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe (KS Rz. 60). In erster Linie macht sie geltend, dass ihr durch den Prozess in Kroatien ein unberechtigter Verlust der Garantiesumme drohe. Zusätzlich sei eine Rückforderung der Garantiesumme nach dem Schiedsurteil nicht mehr ohne weiteres möglich.

- 80** LÖW hält ausdrücklich fest, dass im Schweizer Recht rein finanzielle Schäden des Auftraggebers noch keine erhebliche Nachteile zu begründen vermögen (LÖW, § 8, S. 134). Entscheidend ist, wessen Interessen durch die Nachteile von vorsorglichen Massnahmen schwerer beeinträchtigt werden. (VOGEL/SPÜHLER, S. 354, N 209 f.)
- 81** Der von der Klägerin geltend gemachte Grund, dass der Verlust der Garantiesumme einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellt, ist nicht begründet, denn es besteht gar kein finanzieller Nachteil seitens der Klägerin. Die Inanspruchnahme der Bankgarantie war nicht unberechtigt, da sie sowohl aus formeller, als auch aus materieller Sicht gerechtfertigt war.
- 82** Dass die Rückforderung der Garantiesumme nach dem Schiedsurteil nicht mehr ohne weiteres möglich sein soll, ist aus Sicht der Beklagten aus den folgenden zwei Gründen nicht korrekt: Erstens bezweckt die Verarrestierung der Garantiesumme in Kroatien lediglich die amtliche Beschlagnahmung von Vermögen des Schuldners (so zumindest im Schweizer Recht, vgl. AMONN/WALTHER, S. 404, N 1). Mit anderen Worten hat der Arrest ausschliesslich Sicherungsfunktion. Zweitens kann die Klägerin beim zuständigen staatlichen Gericht (in der Schweiz) eine Vollstreckbarerklärung i.S.v. Art. 193 Abs. 2 IPRG ausstellen lassen, sodass der Schiedsentscheid wie ein Urteil eines staatlichen Schweizer Gerichtes vollstreckbar wäre (vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 526).
- 83** Zusätzlich anerkennt die Klägerin, dass die Garantie als nichtakzessorische Bankgarantie ausgestaltet wurde (KS Rz. 5). Die Risiken, welche mit nichtakzessorischen Bankgarantien verbunden sind, hat die Klägerin bewusst in Kauf genommen (vgl. EGGER, SZW 1/90, Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei Bankgarantien, S. 13). Gemäss dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ ist die Klägerin an diese Verpflichtung gebunden. Der Einwand, dass eine anfänglich freiwillige Verpflichtung einen Nachteil darstelle, ist somit widersprüchlich.
- 84** Insofern drohen der Klägerin durch die Klagen in Kroatien keine nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile.
- 85** Im Weiteren ist die Möglichkeit, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten im Hauptverfahren obliegt aus folgenden Gründen unwahrscheinlich: Wie bereits oben ausgeführt gilt die Anlage bis zum

heutigen Zeitpunkt als nicht von der Beklagten abgenommen. Die Ansprüche auf die Bankgarantie sind nicht rechtsmissbräuchlich, sondern sowohl aus formeller, als auch aus materieller Hinsicht gerechtfertigt (vgl. Rz. 16 ff., 20 ff.). Es ist daher zu erwarten, dass die Rechtsbegehren der Klägerin abgelehnt werden.

- 86 Die Klägerin leitet die Dringlichkeit von vorsorglichen Massnahmen aus dem Umstand ab, dass die Fjordbank bei den in Kroatien hängigen Klagen bereits im Berufungsverfahren befindet und ein Urteil demnächst zu erwarten sei. Die Beklagte ist sich bewusst, dass Schiedsgerichte im Bezug auf die Dringlichkeit weitaus weniger strikt sind als staatliche Gerichte (vgl. IAS-SEGESSER/KURTH, S. 71). Es ist jedoch aus Sicht der Beklagten nicht einzusehen, dass der Erlass einer vorsorglichen Massnahme durch das Schiedsgericht auf irgendeine Art und Weise ein Element von Dringlichkeit aufweisen soll. Das Prozessieren in Kroatien ist zulässig, insofern ist nicht ersichtlich, dass der Erlass einer vorsorglichen Massnahme gegen einen zu Recht geführten Prozess Dringlichkeit aufweisen soll.

5.3 Keine Verletzung der Schiedsvereinbarung

- 87 Selbst wenn das Schiedsgericht zur Auffassung gelangen sollte, dass die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen erfüllt sind, wird im Folgenden nachgewiesen, dass die Einleitung der Klagen in Kroatien keine Verletzung der Schiedsvereinbarung darstellt. Das Vorliegen einer gültigen Schiedsvereinbarung hat grundsätzlich zwei Konsequenzen. Einerseits führt sie zu einer Derogation der staatlichen Gerichtsbarkeit, andererseits zur Prorogation des Schiedsgerichtes. (SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 503 ff.; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N 624)
- 88 Von der oben genannten Negativwirkung der Schiedsvereinbarung gibt es jedoch eine Ausnahme. Das IPRG sieht ein System von paralleler, konkurrierender Zuständigkeit beim Erlass von vorsorglichen Massnahmen vor, d.h. sowohl Schiedsgerichte, als auch staatliche Gerichte sind befugt vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (WALTHER, Jusletter, Rz. 21 ff.; Commentary-OETIKER, S. 238, N 27). Den Parteien steht es insofern völlig frei, bei welchem Gericht sie ihren Antrag auf vorsorgliche Massnahmen stellen (Commentary-OETIKER, S. 238, N 27; SCHWAB/WALTER, S. 55, N. 12). Vom Schiedsgericht angeordnete vorsorgliche Massnahmen sind als „lex imperfecta“ zu qualifizieren. D.h. dem Schiedsgericht mangelt es an der erforderlichen Zwangsgewalt um diese vorsorglichen Massnahmen, direkt gegen die Parteien durchzusetzen bzw. zu erzwingen. (IAS-SEGESSER/KURTH, S. 80; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, Artt. 182-186, S. 130).
- 89 Die fehlende Zwangsgewalt des Schiedsgerichtes hat es der Beklagten verunmöglicht ihre Ansprüche effizient und ausreichend zu schützen. Insofern war es unumgänglich die Arrestklagen vor dem staatlichen Gericht zu erheben.

5.4 Unzulässigkeit des Beitritts zum Schiedsprozess

- 90 Nachfolgend soll aufgezeigt werden, dass ein Beitritt der Fjordbank zum Schiedsprozess unzulässig ist. Die Klägerin macht geltend, dass ein Beitritt der Fjordbank zum Schiedsverfahren gestützt auf Art. 4 Abs. 2 SchO problemlos möglich sei. Sie stützt sich hierbei auf GILLIÉRON/PITTET, wonach ein Beitritt einzig davon abhängig sei, ob die ursprüngliche Schiedsklausel als von der Drittpartei (i.c. Fjordbank) als „angenommen“ betrachtet werden könne (vgl. KS Rz. 69).
- 91 Gemäss GILLIÉRON/PITTET kann es bei einer Ausweitung des Schiedsverfahrens auf eine Drittpartei zu Problemen „with the scope of the arbitration agreement“ führen. Es ist die Aufgabe des Gerichtes bzw. Schiedsgerichtes abzuklären, ob die Drittpartei (sog. „non-signatory“) als Partei der Schiedsvereinbarung betrachtet werden könne und ob eine Ausweitung der Schiedsklausel angezeigt sei (Commentary-GILLIÉRON/PITTET, S. 40, N 14). Insbesondere führen die Autoren sechs Umstände an, welche als relevant erachtet werden können, bei der Frage, ob einem Antrag auf Ausdehnung des Schiedsverfahrens auf eine Drittpartei stattgegeben werden soll oder nicht (Commentary-GILLIÉRON/PITTET, S. 42 f., N 15). Die Frage, ob die ursprüngliche Schiedsklausel als von der Drittpartei angenommen gelten könne, fällt nicht unter die relevanten Umstände wie sie die Autoren umschreiben.
- 92 Weiter führt die Klägerin in KS Rz. 69 unter Bezugnahme auf ABDULLA an, dass die Frage, ob eine Ausdehnung des Schiedsverfahrens auf eine Drittpartei von zwei Kriterien abhängt. Einerseits müsse die Drittpartei eine Interessengemeinschaft mit den am Schiedsverfahren beteiligten Parteien begründen. Andererseits müsse danach gefragt werden, ob das Anliegen der antragsstellenden Partei so eng mit dem Hauptvertrag zusammenhänge, dass die Schiedsklausel als implizit akzeptiert gelten könne.
- 93 IAS-ABDULLA hält fest, dass eine Schiedsklausel nur diejenigen Parteien binden könne, welche dieser ursprünglich zugestimmt habe (IAS-ABDULLA, S. 20). Dass die Fjordbank der Schiedsklausel zugestimmt habe, ist nur schon darum höchst unwahrscheinlich, da sie eine nichtakzessorische Sicherung bezwecken soll. Wie das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten aussieht, hat für die Fjordbank grundsätzlich keine Bedeutung.
- 94 Nur unter bestimmten Umständen sei es möglich, dass die Schiedsvereinbarung auf „non-signatories“ ausgeweitet werde. ABDULLA anerkennt, dass nach Schweizer Recht die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung nur möglich sei, wenn a) aus Dokumenten abgeleitet werden könne, dass die Drittpartei ordnungsgemäss durch eine Unterzeichnende Partei vertreten wurde oder b) eine nachträgliche Ratifizierung stattgefunden habe oder c) die Umgehung der Schiedsvereinbarung missbräuchlich erfolgte, so dass sich eine Durchgriff des Firmenmantels rechtfertige (ABDULLA, S. 20 f.). Eine Ausdehnung

auf die Schiedsklausel wäre im Übrigen nicht zulässig, weil die Fjordbank nicht vertreten wurde, die Schiedsklausel nicht nachträglich ratifiziert hat und eine Umgehung der Schiedsvereinbarung nicht vorliegt oder m.a.W. nicht missbräuchlich sein kann. Keine dieser Umstände liegt i.c. vor, überdies wird dies auch nicht von der Klägerin geltend gemacht.

5.5 Unzulässigkeit einer anti-suit injunction gegen die kroatischen Prozesse

- 95** Die Klägerin macht geltend, dass das Schiedsgericht befugt sei gegen die Beklagte eine anti-suit injunction auszusprechen (vgl. KS Rz. 61). Im Folgenden soll die Unzulässigkeit von anti-suit injunctions aufgezeigt werden.
- 96** Grundsätzlich haben Schiedsgerichte, zwei Vorbehalte gegen anti-suit injunctions. Sie verstossen einerseits gegen das Prinzip der „Kompetenz-Kompetenz“ und stehen andererseits im Widerspruch zum fundamentalen Recht der Parteien auf freien Zugang zu Gerichten. (IAS-SEGESSER/KURTH, S. 75; LIATOWITSCH/BERNET, S. 165)
- 97** Das Prinzip der „Kompetenz-Kompetenz“ besagt, dass jedes Gericht und jedes Schiedsgericht selbständig über seine eigene Zuständigkeit entscheidet (IAS-SEGESSER/KURTH, S. 75). Das kroatische Gericht hat sich für die Klagen zwischen der Beklagten und der Fjordbank für zuständig erklärt. Das Schiedsgericht darf daher kein Prozessführungsverbot gegen die Beklagte erlassen, da dies ein Eingriff in die kroatische Souveränität wäre, was völkerrechtswidrig ist (vgl. STACHER, S. 71, N 33).
- 98** Selbst ein Prozessführungsverbot, welches sich nur an die Beklagte richtet, ist unzulässig. Jeder Staat ist für die Rechtsprechung auf seinem Hoheitsgebiet allein zuständig und Prozessführungsverbote würde das verhindern (STACHER, S. 72, N 35). Die Rechtfertigung dieser Auffassung liegt darin, dass das Prozessführungsverbot gegen die Beklagte im Endeffekt die gleichen Auswirkungen hat, wie wenn sich die Massnahme direkt an das kroatische Gericht gerichtet hätte. Denn auch in dieser Konstellation würde die Rechtssprechung des kroatischen Gerichtes unterbunden. (vgl. STACHER, S. 72 f., N 37 f.)
- 99** Zusätzlich sind Prozessführungsverbote dem Schweizer Recht nicht bekannt. Ausländische Verfahren werden mittels der Institute der res iudicata und Litispendenz erfasst und deren Durchsetzung wird auf der Basis der Anordnung und Vollstreckung abgesichert. Daraus ergibt sich, dass weder eine genügende gesetzliche Grundlage, noch ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis vorhanden ist um eine solche Massnahme zu erlassen. Zusätzlich verstösst eine solche Massnahme nicht nur bloss gegen schweizerische zivilprozessuale, sondern auch gegen staatsrechtliche und staatspolitische Grundsätze. (LIATOWITSCH, S. 151 f.)

Aus all diesen Gründen bitten wir Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter, um Gutheissung der eingangs erwähnten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

[ohne Unterschrift]

Moot Court Team 1