

Polar Technology AS
Vallegata
0456 Oslo
Norwegen

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

KLAGESCHRIFT

In Sachen

POLAR TECHNOLOGY AS
Klägerin
vertreten durch die Moot Court Gruppe 10

gegen

STIVA d.d.
Beklagte

betreffend

Bankgarantie

Rechtsbegehren:

“

- 1. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004.*

- 2. Die Beklagte sei zu verpflichten, das Original der Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 an die Fjordbank AS herauszugeben.*

- 3. Die Beklagte sei zu verpflichten, die von ihr in Kroatien gegen die Fjordbank AS anhängig gemachten Klagen in Bezug auf die Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 zurückzunehmen.*

- 4. Es sei festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin sämtliche Kosten zu erstatten hat, die der Klägerin und der Fjordbank AS aus oder im Zusammenhang mit den gerichtlichen Verfahren mit Bezug auf die Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 in Norwegen sowie in Kroatien entstanden sind sowie entstehen werden.*

- 5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.*

“

A. Inhaltsverzeichnis

A. Inhaltsverzeichnis	a
B. Literaturverzeichnis	c
C. Zeitschriftenverzeichnis	f
D. Abkürzungsverzeichnis	f
I. Einleitung	1
II. Anwendbares Recht	1
1 Klage auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie	1
1.1 Vertragsverhältnisse zwischen den Beteiligten	1
1.1.1 Valutaverhältnis zwischen Klägerin und Beklagte	1
1.1.2 Auftragsrechtliches Deckungsverhältnis zwischen Klägerin und Fjordbank	1
1.1.3 Garantieverhältnis zwischen dem Beklagtem und Fjordbank	2
1.2 Abstrakte Bankgarantie	2
1.3 Erscheinungsformen der Bankgarantie	2
1.3.1 Direkte Garantie	2
1.3.2 Automatische Bankgarantie/Zahlung auf erste Anforderung	2
1.3.3 Effektivklausel/Garantieabruf	3
1.4 Auslegung der Bankgarantie nach Wortlaut	3
1.4.1 Sicherungsgegenstand der Garantie	4
1.4.2 Garantiesumme	4
1.4.3 Valutierungsklausel	4
1.4.4 Reduktions- / Ermässigungsklausel	5
1.5 Auslegung nach Umständen des Vertragschlusses	5
1.6 Qualifikation der Bankgarantie als Anzahlungsgarantie	5
1.7 Keine Ansprüche aus dem materiellen Garantiefall	5
1.7.1 Keine Haftung der Klägerin aus Schuldnerverzug	6
1.7.1.1 Erforderliche Ablieferungshandlungen	6
<i>a) Mechanische Fertigstellung</i>	7
<i>b) Durchführung des Garantielaufes</i>	7
1.7.1.2 Spätestfrist	8
1.7.1.3 Abnahmeregeln der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005	8
1.7.2 Keine Ansprüche aus den Verfahrensgarantien	9

1.7.3	Gültige Freizeichnungen	9
1.8	Einreden und Einwendung der Fjordbank aus dem Garantievertrag	9
1.8.1	Definition des Rechtsmissbrauchs	10
1.8.2	Offenkundigkeit des Rechtsmissbrauchs	10
1.8.2.1	Inanspruchnahme trotz vertragsgemässer Leistung der Klägerin	11
1.8.2.2	Inanspruchnahme zur Deckung einer anderen Forderung (Zweckwidriger Abruf)	12
1.8.3	Schlussfolgerung	12
1.9	Unterlassungsklage	12
1.9.1	Drohende Wiederholungsgefahr	13
1.9.2	Hinreichendes, aktuelles Rechtsschutzinteresse	13
2	Klage auf Herausgabe der Garantieurkunde	13
2.1	Rechtsschutzinteresse / Rechtsmissbrauchsgefahr	14
2.2	Materieller Anspruch	14
3	Anspruch auf Aussprechung eines Prozessführungsverbot	15
3.1	Vorsorgliche Verfügung auf Unterlassung ausländischer Prozessführung	15
3.1.1	Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes	16
3.1.2	Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs	16
3.1.2.1	Konnexe und identische Klagen	17
3.1.2.2	Unzuständigkeit des Bezirksgerichts Zagreb	17
3.1.2.3	Schikanöses oder rechtsmissbräuchliches Verfahren	17
3.1.2.4	Rechtsschutzinteresse	18
3.1.2.5	Beitritt zum ausländischen Verfahren	18
3.1.2.6	Völkerrechtliche Ebene	19
a)	Verletzung von Hoheitsrechten	19
b)	Billigkeitsüberlegungen / Comity	19
3.2	Fazit	20

B. Literaturverzeichnis

- BERTI, Stephen Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Schnyder, Anton K. /
Berti Stephen V. (Hrsg.):
Basler Kommentar Internationales Privatrecht
2. Auflage, Basel 2007
Zitiert: BSK-IPRG, Berti
- BRÄNDLI, Roger Die Nachbesserung im Werkvertrag: eine Gesamtdarstellung
unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118
Zürich, 2007
Zitiert: Brändli
- BÜHLER, Theodor Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr:
Dokumentenakkreditiv, Bankgarantie, Eigentumsvorbehalt
Zürich, 1997
Zitier: Bühler
- BÜHLER, Theodor Gauch, Peter / Schmid, Jörg (Hrsg.):
Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch
Fünfter Band – Das Obligationenrecht
Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR
Vorbemerkungen zu Art. 364-371 OR
3. Auflage, Zürich 1998
Zitiert: ZK, Bühler
- BÜSSER, Andreas Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin
gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten
Freiburg, 1997
Zitiert: Büsser
- CANARIS, Claus-Wilhelm Bankvertragsrecht Band I
3. Auflage
Berlin and New York, 1988
Zitiert: Canaris
- DOHM, Jürgen Bankgarantien im internationalen Handel
Bern, 1985
Zitiert: Dohm
- GAUCH, Peter Der Werkvertrag
4. Auflage
Zürich, 1996
Zitiert: Gauch
- HAU, Wolfgang Jakob Positive Kompetenzkonflikte im Internationalen
Zivilprozessrecht – Überlegungen zur Bewältigung von
multi-fora disputes,
Diss.
Frankfurt a.M., 1996
Zitiert: Hau

- HONSELL, Heinrich Schweizerisches Obligationenrecht
Besonderer Teil
8. Auflage
Bern, 2006
Zitiert: Honsel
- HONSELL, Heinrich Honsel, Heinrich / Vogt, Nedim Peter (Hrsg.):
Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht
Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB,
Art. 2 ZGB
2.Auflage, Basel 2002
Zitiert: BSK-I, Honsel
- JEGHER, Gion Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse,
Diss. Basel 2003
Zürich / Basel / Genf, 2003
Zitiert: Jegher
- KOLLER, Alfred Hausheer Heinz (Hrsg.):
Berner Kommentar
Sechster Band – Das Obligationenrecht
Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR
Art. 363 OR
Bern, 1998
Zitiert: BK, Koller
- LIATOWITSCH, Manuel Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor
Staatsgerichten im In- und Ausland
Diss. Basel 2002
Basel / Genf / München, 2002
Zitiert: Liatowitsch
- LÖW, Franziska Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger
Rechtsschutz:
Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-
amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts
Basel / Genf / München, 2002
Zitiert: Löw
- SCHMID, Jörg Freizeichnungsklauseln
In: Honsel, Heinrich/Portmann, Wolfgang/Zäch,
Roger/Zobl, Dieter (Hrsg.)
Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts
Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag
Zürich, 2003
Zitiert: Schmid

- SCHWENZER, Ingeborg Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung
In: Koller, Alfred (Hrsg.)
Haftung aus Vertrag
St. Gallen, 1998
Zitiert: Schwenzler
- SPAINI, Mauro Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei
Bauarbeiten
Diss. Univ. Freiburg, 1999
Dietikon, 2000
Zitiert: Spaini
- STACHER, Marco Prozessführungsverbote zur Verhinderung von sich
widersprechenden Entscheiden, 2006
< <http://www.biz/publications/413.pdf>>, besucht am 20.
Februar 2008
Zitiert: Stacher
- TRÜMPY, Daniel Abnahme und Genehmigung von Bauwerken
In: Lendi, Martin/Della Casa-Kaufmann, Eva Maria/Trümpy,
Daniel (Hrsg.)
Das private Baurecht der Schweiz
Beiträge für die Praxis
Zürich, 1994
Zitiert: Trümpy
- VOGEL, Oscar/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen
Karl Zivilprozessrechts der Schweiz
8. Auflage
Bern, 2006
Zitiert: Vogel/Spühler
- WALDER-BOHNER, Hans Der neue Zürcher Zivilprozess:
Ulrich Ein Handbuch
4. Auflage
Zürich, 1996
Zitiert: Walder-Bohner
- GRAF VON WESTPHALEN, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr
Friedrich/JUD, Brigitta 3. Auflage
Frankfurt am Main, 2005
Zitiert: Westphalen
- ZOBL, Dieter Wiegand, Wolfgang (Hrsg.):
Personalsicherheiten:
Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte
Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen
Umfeld
Bern, 1997
Zitiert: Zobl

C. Zeitschriftenverzeichnis

WIRTH, Markus

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

D. Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
B	Beilage
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	Beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EUR	Euro
evtl.	Eventuell
f.	folgende
ff.	fortfolgende
g.g.ü.	Gegenüber
Hrsg.	Herausgeber
h.L.	herrschende Lehre
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	Litera
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen in Lugano am 16. September 1988 (SR 0.275.11)
Mio.	Millionen
m.w.H.	mit weiteren Hinweise
N	Randnummer
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des

	Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 944.3)
resp.	Respektiv
RN	Randnote
S.	Seite
SIA-Norm 118	Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, SIA-Norm 118, Ausgabe 1977/1991
IScho	Schiedsgerrichtsordnung
u.	und
u.a.	unter anderem
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Univ.	Universität
UNO-Charta	Charta der Vereinten Nationen
v.	versus
v.a.	vor allem
vgl.	Vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZK	Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch
ZPO	Gesetz über den Zivilprozess des Kantons Zürich (271)

I. Einleitung

Zunächst wird die Klägerin darlegen, weshalb sie gegen die Beklagte einen Anspruch auf 1
Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie vom 16. September 2004 hat. Sie wird dazu
insbesondere aufzeigen, dass es sich im konkreten Fall um eine Anzahlungsgarantie handelt, die
von der Beklagten rechtsmissbräuchlich beansprucht wird [1]. Sodann wird sie darlegen,
weshalb sie einen Anspruch hat auf die Herausgabe des Originals der Bankgarantie an die
Fjordbank hat [2]. Schliesslich wird sie nachweisen, dass die Beklagte, die von ihr in Kroatien
gegen die Fjordbank anhängig gemachten Klagen in Bezug auf die Bankgarantie zurücknehmen
muss [3]. Die weiteren Rechtsbegehren [4 u. 5] werden in dieser Klageschrift vorerst nicht
erörtert.

II. Anwendbares Recht

Gemäss Art. 187 Abs. 1 IPRG entscheidet das Schiedsgericht nach dem von den Parteien 2
gewählten Recht. In casu haben die Parteien Schweizer Recht unter Ausschluss des einheitlichen
UN-Kaufrechts gewählt (K-1, Ziff. 16.1).

1 Klage auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie

1.1 Vertragsverhältnisse zwischen den Beteiligten

Zur Beurteilung der Sachlage werden zunächst die vertraglichen Verhältnisse unter den Parteien 3
wie folgt dargelegt:

1.1.1 Valutaverhältnis zwischen Klägerin und Beklagte

Die Klägerin verpflichtete sich mit Vertrag vom 3. Juli 2004 (vgl. K-1, Ziff. 1.1) zum (Um)Bau 4
einer Schwefelsäureanlage auf dem Gelände der Beklagten. Diese Anlage stellt ein körperliches,
fest mit dem Boden verbundenes Werk dar. Ebenfalls verpflichtete sich die Klägerin zur
Lieferung von Werkstoffen, in concreto von Anlageteilen und Material für die De- und
Neumontage und Inbetriebnahme. Somit handelt es sich bei dem zwischen der Klägerin und der
Beklagten geschlossenen Vertrag um einen Werklieferungsvertrag, welcher nach Auffassung des
BGer einen Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR ist (BGE 117 II 274; 117 II 428; 103 II35; Gauch
N 82, 123, 327). Als Vergütung wurde ein Gesamtpreis von EUR 22 Mio. festgelegt.

1.1.2 Auftragsrechtliches Deckungsverhältnis zwischen Klägerin und Fjordbank

Nach der vereinbarten Vorauszahlung beauftragte die Klägerin die Fjordbank eine Bankgarantie 5
zugunsten der Beklagten auszustellen (K-1, Ziff. 3.1.1). Daraus ergeben sich Rechte und Pflichten
für die am Auftrag beteiligten Personen gem. Art. 394 ff. OR. Der Fjordbank unterliegen
Instruktions-, Sorgfalts- und Treuepflichten; sie hat zudem den Weisungen der Klägerin

nachzukommen. Die Klägerin ist verpflichtet, die Bank für sämtliche Auslagen und Aufwendungen im Zusammenhang mit der Ausstellung der Garantie schadlos zu halten (Entstehung einer Eventualschuld, siehe dazu Kleiner, N 19.01) und ihr eine Garantiekommission zu zahlen (Zobl, S. 48).

1.1.3 Garantieverhältnis zwischen dem Beklagtem und Fjordbank

Durch die Bankgarantie wird im Gegensatz zu Geldsicherungsgeschäft die Rückzahlung eines 6
Kredits oder eine andere Leistung eines Dritten, meist des Bankkunden durch die Bank garantiert (Zobl, S. 30). Die Leistung der Garantiebanc erfolgt jedoch subsidiär, da sie nur leistet, wenn die Leistung des Garantieauftraggebers ausbleibt (Zobl, S. 30; Kleiner, N 11.10). In casu hat sich Fjordbank dazu verpflichtet, im Garantiefall den Garantiebetrug von EURO 4.4 Mio. an die Beklagte zu zahlen (K-3, Abs. 3).

1.2 Abstrakte Bankgarantie

Die Bankgarantie unterscheidet sich von der Bürgschaft (Art. 492 Abs. 2 OR) dadurch, dass sie 7
völlig unabhängig vom Bestehen und der Gültigkeit des zu sichernden Grundgeschäfts ist (Westphalen, S. 431). Dadurch wird einerseits der Begünstigten eine rasche Durchsetzung ihrer Ansprüche ermöglicht und andererseits kann sich die Bankgarantie einfacher an fremde Rechtssysteme und Usanzen anpassen. Die Leistung der Garantin beruht auf einem eigenen Rechtsgrund (Zobl, S. 50), sprich den Sicherungsgegenstand und die zur Sicherungsverpflichtung führenden Gründe. Die Causa liegt somit i.c. in der Bankgarantie selbst, im Deckungs- und im Grundschuldverhältnis (Kleiner, N 18.02).

1.3 Erscheinungsformen der Bankgarantie

Je nach Stellung der jeweils eingeschalteten Bank, Art der Inanspruchnahme und 8
Sicherungsgegenstand unterscheiden sich direkte oder indirekte Bankgarantien, automatische oder bedingte Bankgarantien und Bietungs-, Erfüllungs- oder Anzahlungsgarantien (Dohm, S. 35; Westphalen, S. 438).

1.3.1 Direkte Garantie

In casu beauftragt der Kunde (die Klägerin) ihre Bank (Fjordbank), eine Garantie unmittelbar 9
g.g.ü. dem Begünstigten (die Beklagte) abzugeben, ohne dass eine kroatische Zweitbank eingeschaltet wird, weshalb eine direkte Bankgarantie vorliegt (Westphalen, S. 445).

1.3.2 Automatische Bankgarantie/Zahlung auf erste Anforderung

Der Garantievertrag beinhaltet ein Leistungsversprechen i.S.v. Art. 111 OR, dessen Erbringen 10
bedingungslos erfolgt (Westphalen, S. 455). Indem sich die Garantiebanc zu einer Zahlung auf

erstes Anfordern des Begünstigten verpflichtet, verzichtet sie gleichzeitig auf jegliche Einreden und Einwendungen gegen des Begünstigten aus dem Valutaverhältnis (Zobl, S. 37). Diese radikale Lösung dient einerseits dem Interesse der Beklagten an Sicherstellung der sofortigen Rückerstattung des bereits von ihr bezahlten Garantiebetrags, andererseits dem Interesse der Bank, ausserhalb des Streits von Grundvertragsparteien zu bleiben (Dohm, S. 41). Der Klägerin würde allerdings bei unrechtmässiger bzw. missbräuchlicher Inanspruchnahme der Garantie und die daraus erfolgte Zahlung der Fjordbank ein erhebliches Risiko drohen, das sie auf keinen Dritten abwälzen könnte.

1.3.3 Effektivklausel/Garantieabruf

Die von der Bank übernommene eigene Zahlungsverpflichtung unterliegt einer aufschiebenden 11 Bedingung i.S.v. Art. 151 OR, weshalb der Garantietext eine Effektiv- bzw. Garantiefallklausel beinhaltet (K-3, Abs. 3). Danach leistet die Bank nur, wenn das abgesicherte Risiko bzw. materieller Garantiefall eingetreten ist und die Garantie formell abgerufen worden ist (Westphalen, S. 455; Canaris, S. 693). Gemäss anderen Lehrmeinungen genügt aber bloss eine den Eintritt des Garantiefalles bestätigende Erklärung des Begünstigten (u.a. Dohm, S. 102). In casu ergibt sich aus dem Garantietext, dass die Beklagte mit einer schriftlichen Erklärung bestätigen muss, dass die Klägerin ihre Leistungen und Lieferungen trotz einer schriftlichen Aufforderung der Beklagte nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erbracht hat, ohne den Eintritt des materiellen Garantiefalles nachweisen zu müssen. Aufgrund der Unabhabhängigkeit der Bankgarantie von dem Grundvertrag (K-1) trifft die Bank keinerlei Pflicht, nachzuprüfen, ob diese Erklärung auch tatsächlich begründet ist (Büsser, S. 140). Sie ist vielmehr nach Eintreffen der Zahlungsanforderung ohne Verzögerung zur Zahlung an die Begünstigte verpflichtet (Kleiner, S. 194). Vorliegend beanspruchte die Beklagte die Anzahlungsgarantie mit schreiben vom 4. Oktober 2006 (Schriftform wurde in K-3, Abs. 3 vereinbart). Sie begründet die Garantieinanspruchnahme in Ziff. 8 der Einleitungsantwort einzig mit Uneinigkeit der Parteien über das weitere Vorgehen zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes der Anlage. Dies widerspricht dem Sicherungszweck der Bankgarantie, weshalb die vorsorglichen Massnahmen zwecks eines vorübergehenden Zahlungsverbots der Fjordbank bis zur Klärung der Rechtslage im Hauptverfahren geeignet sind. Eine Zahlungsverweigerung der Bank konnte nämlich nur aufgrund eines richterlichen Befehls erfolgen.

1.4 Auslegung der Bankgarantie nach Wortlaut

Die vorliegende Garantie ist eine Anzahlungsgarantie und nicht wie die Beklagte in 12 Einleitungsantwort Ziff. 12 zu Unrecht behauptet eine Erfüllung- bzw. Gewährleistungsgarantie.

Dies wird im Folgenden zunächst anhand der Textelemente bzw. Willenserklärungen (Kleiner, S. 14) aufgezeigt.

1.4.1 Sicherungsgegenstand der Garantie

Im Aussenhandel sind die Anzahlungen üblich, wenn die Ware speziell für den Besteller **13** angefertigt wird. Ebenso ist die von der Klägerin hergestellte Anlage anderweitig nicht oder nur schlecht verwertbar. Die geleistete Anzahlung diene somit einerseits der Sicherung der Vertragstreue, andererseits der Finanzierung der Ware (Bühler, S. 124). Die Beklagte hat allerdings ein Interesse daran, dass ihr die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung durch den Garantievertrag sichergestellt wird (Spaini, S. 263). Bei der Erfüllungsgarantie ist hingegen der Sicherungsgegenstand von grösserem Umfang. Sie eignet sich zur Absicherung des Bestellers gegen Risiken der nicht ordnungsgemässen Lieferungspflichten, Nichterbringen der vereinbarten Leistungen an sich oder in bestimmter Qualität und eventuell zur Mangelfreiheit bei Abnahme sowie Mangelbeseitigung innerhalb bestimmten Gewährleistungsfristen (Dohm, S. 36; Kleiner, S. 145). Im Hinblick auf den beim Vertragschluss vereinbarten Sicherungsgegenstand ist deshalb das Vorliegen einer Erfüllungs- bzw. Gewährleistungsgarantie und die damit verbundenen Verzugsan- bzw. Gewährleistungsansprüche der Beklagten zu verneinen, weil die Natur der Anzahlungsgarantie nicht einen derartig grossen Umfang an Risiken als Sicherungsgegenstand deklariert.

1.4.2 Garantiesumme

Bei der Erfüllungsgarantie schwankt die Höhe der Garantiesumme i.d.R. zwischen 5 % und 20 % **14** der Höhe des Vertragswertes (Dohm, S.37). Meistens wird sie jedoch im internationalen Geschäftsverkehr auf 10 % festgesetzt (Spaini, S. 233). Ein Garantiebetrag von 20% bei einer Erfüllungsgarantie kommt nur in Ausnahmefällen vor (Büsser, S. 111). Bei der Anzahlungsgarantie entspricht die Höhe der Garantiesumme der erfolgten Anzahlung i.d.R. 20 % des Werklohns (Spaini, S. 263). In casu beträgt die Garantiesumme von EUR 4.4 Mio. genau 20 % des Gesamtpreises von EUR 22 Mio, was für eine Anzahlungsgarantie spricht. Es ist nicht ersichtlich, weshalb hier ein Ausnahmefall vorliegen soll.

1.4.3 Valutierungsklausel

Vorliegend enthält der Garantievertrag die für die Anzahlungsgarantie typische **15** Valutierungsklausel (K-3, Abs. 4), welche das Inkrafttreten bzw. Wirksamwerden der Verbindlichkeit von der tatsächlichen Überweisung des Zahlungsbetrages auf das Konto der Klägerin bei der Fjordbank abhängig macht (Dohm, S. 52).

1.4.4 Reduktions- / Ermässigungsklausel

In der Regel wird bei Vereinbarung von Teillieferungen im Garantietext selbst eine **16** Reduktionsklausel vorgesehen, um den Begünstigten klar zu machen, wie der Umfang des Garantieobligos sich mit den jeweiligen Leistungs- und Lieferungsfortschritte reduziert (Bühler, S. 148). Eine solche ist zwar im vorliegenden Garantietext selbst nicht enthalten, doch im Ziff. 3.1 des Grundvertrags vorgesehen, was zur Gewissheit der Beklagten beiträgt.

1.5 Auslegung nach Umständen des Vertragsschlusses

Bei einer Auslegung sind neben den Textelementen auch auf Sachzusammenhänge und alle **17** (erkennbare) Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses insbes. Motiv, Erwartung oder Interessen der Parteien, Ort und Zeit der Erklärung, wirtschaftliche und persönliche Verhältnisse der Beteiligten, Vertragsverhandlungen usw. abzustellen (Kleiner, S. 14; Zobl, S. 33). Dabei wird im Handelsrecht die Erkennbarkeit der Umstände des Vertragsschlusses für die beteiligten Parteien vermutet. Von Bedeutung sind auch die Erfahrungsgrundsätze, das Normalverhalten und insbesondere im internationalen Geschäftsverkehr die internationalen Usanzen (Kleiner, N 3.14 u. 15). In casu ist nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass der Beklagten bei Vertragsunterzeichnung die Zahlungsbedingungen und damit der Sicherungszweck der Bankgarantie und die Haftungseinschränkungen bekannt gewesen sind. Diese Vermutung führt u.a. dazu, dass die durch die Klägerin erstellte Bankgarantie nicht die (eventuellen) Erfüllungs- bzw. Gewährleistungsansprüche der Beklagten, sondern bloss den Anspruch auf Rückerstattung der gezahlten Garantiesumme beim Eintritt des Garantiefalls sichern wollte.

1.6 Qualifikation der Bankgarantie als Anzahlungsgarantie

Der vorliegende Garantievertrag ist nach Wortlaut und dem dadurch ermittelten Sinn und Zweck **18** als Anzahlungsgarantie und nicht als Erfüllungs- bzw. Gewährleistungsgarantie zu qualifizieren. Deshalb lassen sich die Leistungsvoraussetzungen bzw. der Leistungsumfang nach Massstab der Anzahlungsgarantie bestimmen. Folglich sollte das Schiedsgericht u.a. eine eventuelle Berufung der Beklagten auf falsche Bezeichnung ausschliessen. Nach Art. 18 OR kann nämlich im Allgemeinen die Bezeichnung des Vertrages nicht entscheidend sein; es gilt vielmehr der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ (Zobl, S. 33).

1.7 Keine Ansprüche aus dem materiellen Garantiefall

Die Klägerin wird in den folgenden Ausführungen aufzeigen, dass der materielle Garantiefall **19** nicht eingetreten ist. Die Klägerin hat ihre Lieferungen und Leistungen vollständig und rechtzeitig erbracht.

1.7.1 Keine Haftung der Klägerin aus Schuldnerverzug

Wie nachfolgend dargelegt hat die Klägerin ihre primäre Leistungspflicht erfüllt. Die Abnahme 20 der Anlage ist erfolgt, und es ist somit kein Erfüllungsanspruch aus dem Vertrag (K-1) mehr vorhanden.

Der Unternehmer befindet sich im Schuldnerverzug nach Art. 103-109 OR, wenn der Schuldner 21 das Werk am Ablieferungstermin pflichtwidrig noch nicht vollendet oder trotz Vollendung noch nicht abgeliefert hat (Gauch, N 659). Positiv formuliert ist die Erfüllung des Werkvertrages in der Ablieferung des vollendeten und – gemäss *Koller* (BK, Koller, Art. 363, N 312) mängelfreien Werkes zu sehen, um die Herrschaft über dieses dem Besteller einzuräumen. Die Ablieferung ist jedoch immer eine unverzichtbare Voraussetzung für die Erfüllung der Obligation aus einem Werkvertrag.

1.7.1.1 Erforderliche Ablieferungshandlungen

Eine Ablieferung kann verschiedene Handlungen sowohl auf Seiten des Unternehmers wie auch 22 auf Seiten des Bestellers bedingen. Bei Werkarbeiten auf dem Boden des Bestellers erfolgt die Ablieferungshandlung durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Mitteilung an den Besteller (BGE 115 II 459); eine Übergabe des Werkes i. S. eines Besitzwechsels ist nicht möglich. Die Ablieferungshandlungen können beliebig kombiniert und ausgestaltet werden (Trümpy, S. 105); die erforderlichen Ablieferungshandlungen ergeben sich aus dem zugrunde liegenden Werkvertrag.

Im vorliegenden Fall wird im Vertrag zwar die Abnahme erwähnt (K-1, Ziff. 5.2.6); über die 23 Ablieferung ist hingegen nichts zu finden. Es ist jedoch zu beachten, dass das Gesetz die Ablieferungshandlung unterschiedlich bezeichnet. So ist von Ablieferung (Art. 367 Abs. 1, Art. 370 Abs. 1, Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 1, Art. 372 OR), Übergabe (Art. 376 Abs. 1 OR) oder Abnahme (Art. 371 Abs. 2 OR) die Rede. Bei den Begriffen Abnahme und Ablieferung handelt es sich um korrelative Begriffe (BGE 113 II 267; Gauch, N 97; BK, Koller, Art. 363, N 313); es ist folglich die gleiche Handlung jeweils aus einer anderen Perspektive. In der Übergabe ist die gleiche Handlung aus Sicht eines Dritten zu sehen (BK, Koller, Art. 363, N 313). Eine andere Lehrmeinung sieht die Annahme als reine Ablieferungshandlung, während sie die Abnahme mit einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung verbindet, die eine Genehmigung des Werkes nach sich zieht (Honsell, S. 294). Gemäss dem Vertragstext (K-1, Ziff. 5.2.6) wird unter der Abnahme eine Anerkennung mit dem Inhalt, dass die Beklagte den Vertrag als erfüllt ansieht, verstanden und es die Rede vom Eigentum- und Gefahrenübergang der Anlage. Dies sind beides Folgen einer erfolgreichen Ablieferung. Daraus und aus den oben genannten Begriffserklärungen geht hervor, dass die vertraglich festgelegte Abnahme die gesetzliche Ablieferung beinhaltet. Dem Vertragstext (K-1, 5.2.5 u. 5.2.6) sind die erforderlichen

Ablieferungshandlungen zu entnehmen: Vorerst hat die mechanische Fertigstellung zu erfolgen, danach muss ein erfolgreicher Garantietestlauf durchgeführt werden.

a) Mechanische Fertigstellung

Im Vertrag kann die mechanische Fertigstellung und die kurz danach erfolgte Mitteilung an die **24** Beklagte als gesetzliche Ablieferung angesehen werden, die aus der Vollendung des Werkes und einer anschliessenden Bekanntgabe dieser Tatsache g.g.ü. dem Besteller besteht (BK, Koller, Art. 363, N 351 ff.). Dies ist von Bedeutung, da die mechanische Fertigstellung als Vollendung des Werkes anzusehen ist. Die Anlage ist zu diesem Zeitpunkt anheizbereit, d.h. alle erforderlichen Arbeiten wurden getätigt und die Anlage kann in Betrieb genommen werden. Es ist festzuhalten, dass die mechanische Fertigstellung von der Beklagten nie bestritten worden ist. Gewisse Lehrmeinungen wollen ein unvollendetes Werk als nicht ablieferungsfähig wissen (Bühler, ZK, Vorbemerkungen zu Art. 364-371 OR, N 9; Gauch, N 94 ff.). In diesem Fall ist aber - wie dargelegt - von einem vollendeten Werk auszugehen; das beinhaltet in jedem Fall auch die Vollständigkeit der Anlage. Die mechanische Fertigstellung erfolgte rechtzeitig am 6. August 2005. Dies wurde der Beklagten am 7. September 2005 mitgeteilt.

b) Durchführung des Garantietlaufes

Gemäss Vertrag sollte danach ein Garantietestlauf innerhalb einer zweimonatigen Frist erfolgen, **25** um die Verfahrensgarantien nachzuweisen (K-1, Ziff. 5.2.1 u. 5.2.5.2). Es ist durchaus üblich, dass die Ablieferung eines Werkes an eine Prüfung gebunden ist (vgl. SIA-Norm 118). Der Garantietestlauf sollte unter Mitwirkung der Beklagten erfolgen. Die zweimonatige Frist konnte jedoch nicht eingehalten werden, da die Beklagte trotz mehrmaligen Aufforderungen der Klägerin nicht bereit war, eine gemeinsame Prüfung der Anlage an die Hand zu nehmen. Im Gegenteil versuchte die Beklagte diese sogar zu verhindern, indem sie ihrem Personal verbot, die Bemühungen der Klägerin zur Durchführung eines Garantietlaufes zu unterstützen. Die Garantietläufe sollten unter Einhaltung der Spezifikation der Klägerin, gemäss den Handbüchern und Anweisungen sowie unter den vereinbarten Betriebsbedingungen erfolgen (K-1, Ziff. 5.2.4.2). Im Vertrag ist nicht enthalten, dass die Anlage über längere Zeit mit Volllast betrieben werden sollte, was die Beklagte sich zu fordern erlaubte. Es ist ebenfalls nicht dem Vertrag zu entnehmen, dass die Beklagte ein Mitspracherecht bzgl. der Ansetzung des Zeitpunktes für die Durchführung des Garantietlaufes hat. Dieses Recht konnte von der Beklagten bereits ausgeübt werden, als sie dem Vertrag und damit auch der zweimonatigen Frist zur Durchführung der Garantietläufe zustimmte. Schliesslich sah sich die Klägerin gezwungen, die Garantietestläufe alleine durchzuführen.

Der Besteller hat zwar ein Ablehnungsrecht, jedoch kann er sich nicht darauf berufen, wenn er **26** selbst vertragliche Ablieferungshandlungen verhindert und sich dadurch in Gläubigerverzug

gemäss Art. 91 OR begibt. Vorliegend ist zusätzlich von einem Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB auszugehen. Im Falle eines Rechtsmissbrauches durch den Besteller müssen schwerwiegende Gründe vorliegen (Brändli, 2. Kapitel, § 6, N 118). Der einzige Zweck der Durchführung von Garantietestläufen besteht in der Überprüfung der noch nicht gesicherten Verfahrensgarantien. Durch die Verhinderung der Garantietestläufe durch die Beklagte wurde eben gerade dieser Zweck vereitelt, d.h., es wurde der Klägerin nicht gestattet zu zeigen, dass die Anlage die Verfahrensgarantien erfüllt. Dieses Verhalten der Beklagten ist höchst widersprüchlich und deshalb auch rechtsmissbräuchlich. Dies hat zur Folge, dass die Abnahme der Anlage als erfolgt betrachtet werden muss.

1.7.1.2 Spätestfrist

Die vertragliche Vereinbarung sieht eine fingierte Abnahme vor (K-1, Ziff. 5.2.5.4). So gilt die 27 Anlage 20 Monate nach Inkrafttreten des genannten Vertrages als abgenommen, falls die Klägerin kein Verschulden an der Nichtdurchführung der Garantietestläufe trägt. Wie bereits vorn dargelegt (RN 26), konnten die Garantietestläufe nur aufgrund des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Beklagten nicht durchgeführt werden. Somit gilt die Anlage seit dem 3. März 2006 als abgenommen.

1.7.1.3 Abnahmeregeln der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005

Am 15. Dezember 2005 wurde eine neue Vereinbarung getroffen, welche die Abnahme der 28 Gesamtanlage mit der Übernahme des Schwefelschmelztanks und erfolgreichem Probetrieb von demselben als erfolgt gelten lässt (K-4, Ziff. 1). Die Vereinbarung wurde von beiden Parteien unterschrieben und entspricht deshalb den formellen Vorschriften, denen Änderungen des Vertrages unterworfen sind (K-1, Ziff. 17.4). Die Beklagte behauptet hingegen, dass die Abnahme der Gesamtanlage nur erfolgen könne, wenn nach der Übernahme des Schwefelschmelztanks erneut einen dreitägigen Garantietestlauf durchgeführt werde. Dies wurde jedoch nicht in der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 statuiert und es entsprach auch nicht dem Willen der Parteien. Erst ein Tag später, am 16. Dezember 2005, zogen die Parteien in Erwägung, in Abänderung der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005, in einen dreitägigen Garantietestlauf die Verfahrensdaten nachzuweisen (K-7). Tatsächlich wurde diese Abänderung jedoch nie von beiden Parteien unterzeichnet. Dadurch konnte sie keine Gültigkeit erlangen, da sie den im Vertrag statuierten formellen Vorschriften nicht entspricht (K-1, Ziff. 17.4). Der von der Klägerin angebotene Testlauf kann nur als eine Gefälligkeit gewertet werden, aus welchem die Beklagte keine Ansprüche ableiten kann. Da die Übernahme des Schwefelschmelztanks am 6. Mai 2006 erfolgte und anschliessend ein Probetrieb durchgeführt werden konnte, gilt die Anlage als abgenommen.

1.7.2 Keine Ansprüche aus den Verfahrensgarantien

Es ist festzuhalten, dass mit der Abnahme auch die Genehmigung der Anlage erfolgte. Dies 29 ergibt insbes. die systematische Auslegung des Vertrages, da die Regeln über die Abnahme unter dem Titel Gewährleistung und Garantien zu finden sind (K-1, Ziff. 5.2). Die Beklagte kann aufgrund der erfolgten Genehmigung keine Mängelrechte bzgl. des Nichterreichens eines Verfahrenswertes mehr geltend machen.

1.7.3 Gültige Freizeichnungen

Freizeichnungen sind Vertragsabreden, die die Haftung teilweise oder sogar ganz wegbedingen, 30 wobei alle Arten der Nichterfüllung einer Obligation von diesen Abreden betroffen sein können (Schmid, S. 309). Freizeichnungen können sich sowohl auf vertragliche Hauptpflichten wie auch auf vertragliche Nebenpflichten beziehen (Schmid, S. 309). Es kann nicht nur der Schadenersatz im klassischen Sinne wegbedungen werden, sondern sämtliche Folgen der Nichterfüllung, so auch die Rechte wie Minderung der eigenen Leistung oder die Nachbesserung. Im schweizerischen Recht findet nur eine Inhaltskontrolle durch Auslegung statt. Mit Maximen wie dem Vorrang einer Zusicherung einer Garantie, der Unklarheitsregel oder dem Restriktionsprinzip können unzulässige Haftungsbeschränkungen ermittelt werden (Schwenzer, S. 109 ff.). Im Weiteren finden sich auch noch Grenzen im zwingenden Recht wie namentlich Art. 100 und Art.101 Abs. 2 u. 3 OR.

In Ziff. 5.2 des Vertrages (K-1), wird eine Materialgarantie gewährt. Diese ist in ihrer Dauer wie auch in der Art ihrer Folge beschränkt; so wird nur ein Nachbesserungsrecht, nicht jedoch ein Wandlungs- oder gar ein Minderungsrecht gewährt. Die Klägerin haftet jedoch für jedes Verschulden. Dies entspricht den gesetzlichen Schranken von Art. 100 OR. Somit ist die im Vertrag festgehaltene Freizeichnung zulässig. Im Weiteren ist eine Haftung für einen entstanden Mangelfolgeschaden ausgeschlossen. Es handelt sich um eine Haftungsbeschränkung, die eine Art des Schadens, nämlich den Mangelfolgeschaden, ausschliesst. Dies ist zulässig, da keine vollständige Wegbedingung der Haftung erfolgt ist. Die Klägerin haftet immer noch aus der Materialgarantie, was eine vollständige Wegbedingung anderer Schadensarten zulässt. Die vereinbarten Haftungsbeschränkungen sind weder widersprüchlich noch unzulässig.

1.8 Einreden und Einwendung der Fjordbank aus dem Garantievertrag

Gemäss dem unabhängigen (nicht akzessorischen) Charakter einer Bankgarantie können gegen 31 deren Inanspruchnahme im Allgemeinen keine Einreden und Einwendungen aus dem Valutaverhältnis geltend gemacht werden (Zobl, S. 38). Dieser Grundsatz wird jedoch bei Rechtsmissbrauch und Betrug gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB relativiert. Es findet eine gewisse Durchbrechung der Abstraktheit der Garantie und damit verbunden eine solche des Prinzips der

Unabhängigkeit der Garantie vom Grundverhältnis statt (Zobl, S. 42 f.) Die Bankgarantie kann nicht mehr gänzlich zusammenhangslos zum Grundverhältnis gesehen werden.

Bei Art. 2 Abs. 2 ZGB handelt es sich um zwingendes Recht, das nicht als Gesetzesumgehung **32** oder Umgehung eines Vertrages angesehen werden darf (BSK-I, Honsell, Art. 2, N 31). Die Rechtsmissbrauchseinrede kann deshalb nicht zum Voraus wegbedungen werden. Der im Garantietext (K-3, Abs. 2) vereinbarte Satz, wonach sich die Fjordbank *unwiderruflich* gegenüber der Beklagten zur Rückzahlung verpflichtet, gilt demzufolge nur, sofern die Inanspruchnahme nicht rechtsmissbräuchlich ist und der Garantiefall eingetreten ist (Zobl, S. 43).

1.8.1 Definition des Rechtsmissbrauchs

Ob ein Recht missbraucht wird, bestimmt sich anhand der Umstände des Einzelfalls. In der **33** Schweiz lassen sich für Rechtsmissbrauch im Zusammenhang mit Bankgarantien dem Grundsatz nach zwei Definitionsansätze ausmachen (Kleiner, S. 110 u. Löw, S. 70 ff.). *Kleiner* ist für eine enge Auslegung des Begriffs. Nach ihm kann Rechtsmissbrauch nur bejaht werden, wenn die Inanspruchnahme der Bankgarantie arglistig resp. in Schädigungsabsicht erfolgt (Kleiner, N 21.46 u. N 21.49). Der Rest der Schweizer Lehre und auch das BGer definieren den Rechtsmissbrauch weniger streng und folgen einer objektiven Betrachtungsweise (u.a. BGE 109 II 20, E. 2b; Büsser, N 372; Dohm, N 240). Sie legen das Schwergewicht auf das Verhalten des Begünstigten selbst und nicht auf die verfolgten Absichten. Der Begünstigte muss zwar wissen, dass ihm gemäss Grundverhältnis kein Anspruch auf die Garantiesumme zusteht. Die Absichten, die er mit der Inanspruchnahme der Bankgarantie verfolgt, sind jedoch nicht von Bedeutung für die Annahme von Rechtsmissbrauch (Löw, S. 71 ff.). Es ist der objektivierten Auffassung zu folgen, die übrigens auch im US-amerikanischen Recht gilt. Wollte man nämlich von der Klägerin verlangen, sie solle beweisen oder glaubhaft machen, dass die Beklagte sich auf seine Kosten ungerechtfertigt zu bereichern versucht, wäre es fast unmöglich, eine Bankgarantie im Falle einer missbräuchlichen Inanspruchnahme derselben zu blockieren (BGE 109 II 20 E. 2b; Westphalen, S. 473; Löw, S. 76).

1.8.2 Offenkundigkeit des Rechtsmissbrauchs

Nach Schweizer Recht ist für die Bejahung des missbräuchlichen Handelns neben dem **34** Tatbestand des Rechtsmissbrauchs ein weiteres Merkmal vorausgesetzt, nämlich die „Offenkundigkeit“ (Löw, S. 72). Unter diesem Begriff versteht das BGer und die h.L. die sofortige Beweisbarkeit des Rechtsmissbrauchs (u.a. Löw, S. 72; BGE 100 II 145, E. 4b). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten findet somit keinen Rechtsschutz, wenn absolut klare Verhältnisse vorliegen, die keinerlei Zweifel offen lassen, beziehungsweise wenn der

Rechtsmissbrauch evident, ohne Zweifel feststellbar, eindeutig oder gewiss ist (Kleiner, N 21.52; Dohm, N 146, 227, 233; Zobl, S. 44).

Die Beweislast für die Geltendmachung des Rechtsmissbrauchs trägt vorliegend die Klägerin **35** (Westphalen, S. 473). Nachfolgend wird dargelegt, weshalb die Beklagte mit der Inanspruchnahme der Bankgarantie Rechtsmissbrauch begeht, d.h. weshalb sie bei objektiver Wertung des ganzen Sachverhalts die Regeln von Treu und Glauben offensichtlich missachtet (BGE 122 III 321, E. 4):

1.8.2.1 Inanspruchnahme trotz vertragsgemässer Leistung der Klägerin

Der Garantieforderunggeber, der sein Begehren auf Rechtsmissbrauch stützt, kann bei der **36** Anzahlungsgarantie geltend machen, die Leistung sei erbracht worden (Löw, S. 81 ff. u. Kleiner, N 21.48). Damit vergleichbar ist das Übereinkommen der vereinten Nationen über unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit, wonach dieser geschilderte Fall gem. Art. 19 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 lit. c UNCITRAL ebenfalls als rechtsmissbräuchlich betrachtet wird (Westphalen, S. 468 f.). Der Rechtsmissbrauch beim Abruf kann also bei der Anzahlungsgarantie unter dem Nachweis der erbrachten Leistung geltend gemacht werden. Das Erbringen der richtigen Leistung muss indiskutabel sein (Kleiner, N 21.49). Dies ist vorliegend der Fall (RN 19 ff.). Die Beklagte wusste, dass die Abnahme der Anlage spätestens 20 Monaten nach Vertragsschluss fingiert wird (K-1, Ziff. 5.2.5.4 i.V.m. Ziff. 5.2.6). Die Anlage gilt somit auf jeden Fall am 3. März 2006 als abgenommen. Trotz der von der Klägerin indiskutabel richtigen und von der Beklagten akzeptierten Erfüllung, versuchte die Beklagte die Bankgarantie am 4. Oktober 2006 in Anspruch zu nehmen. Zwar ist zur Bejahung von Rechtsmissbrauch gemäss dem vorne ausgeführten keine Bereicherungsabsicht der Beklagten erforderlich, ihr Verhalten lässt jedoch eine solche nicht vom Tische weisen, zumindest in Hinsicht der Spätestfrist, die der Beklagten durch Unterzeichnen des Vertrages K-1 bekannt war.

Soweit an der Anlage Mängel auftraten, die von der Klägerin zu vertreten waren, hat sie diese **37** beseitigt. Die Beklagte hat sich bei der Inbetriebsetzung der Anlage unkooperativ verhalten, so dass die Klägerin die drei Testläufe selber durchführen musste. Im Unterschied zur Beklagten hat sich die Klägerin dagegen kooperativ gezeigt. Die Klägerin hat nach Umbau der Schwefelsäureanlage trotz Erreichung aller Verfahrensgarantien die Bereitschaft gezeigt, einen Schwefelschmelztank zu liefern und zu montieren. Damit bezweckte die Klägerin der Beklagten die Sorgen bzgl. des zum alten Bestand gehörenden, nicht vom Leistungsumfang des Vertrages K-1 erfassten Schmelztanks zu nehmen (K-4). Die Klägerin hat auftretende Mängel behoben, allerdings traten Fehlfunktionen auf, die daraus herrührten, dass die Beklagte die Anlage nicht sachgemäss betrieb und wartete, wofür sie jedoch verantwortlich war. Die Beklagte verwendete insbesondere nicht spezifikationsgerechten Schwefel (vgl. SJ 1984, S. 465 f.).

Hiermit wurde gezeigt, dass sich die Beklagte aus objektiver Betrachtungsweise, wenn nicht **38** sogar mit einer subjektiven Komponente, mit der Inanspruchnahme der Bankgarantie trotz vertragsgemässer Leistung durch die Klägerin rechtsmissbräuchlich verhält. Es liegen absolut klare Verhältnisse vor, die keinerlei Zweifel offen lassen, dass die Beklagte die Bankgarantie rechtsmissbräuchlich zieht.

1.8.2.2 Inanspruchnahme zur Deckung einer anderen Forderung (Zweckwidriger Abruf)

Ein zweckwidriger und damit rechtsmissbräuchlicher Abruf liegt vor, wenn die **39** Inanspruchnahme durch den Begünstigten zur Deckung einer Forderung erfolgt, deren Sicherung die Garantie nicht bezweckt (Bühler, S. 153; BGE 122 III 323; dazu ebenfalls Art. 19 Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 2 lit. a UNCITRAL in Westphalen, S. 468 f.). Der Garantiezweck ist i.d.R. in der Garantieurkunde ersichtlich (Kleiner, S. 198 f.). Wie weiter vorne in RN 18 ausgeführt wurde, handelt es sich bei dem vorliegenden Garantievertrag um eine Anzahlungsgarantie. Es entsprach weder dem Parteiwillen des Grundvertrages, noch dem Parteiwillen aus dem Garantievertrag, dass die Beklagte die Anzahlungsgarantie im Zusammenhang mit Gewährleistungsansprüchen beanspruchen dürfe. Wie bereits gesagt wurde, kann die Anzahlungsgarantie nur durch schriftliche Erklärung der Beklagten im Zusammenhang mit nicht vollständiger oder rechtzeitiger Lieferung oder Leistung gezogen werden (K-3, Abs. 3). Primär bezweckt die Anzahlungsgarantie die Sicherung der Anzahlung. Indirekt wird damit die rechtzeitige und vollständige Lieferung und Leistung gesichert. Da die Beklagte vorliegend die umgebaute Anlage bereits abgenommen hat und die Abnahme auch fingiert als abgenommen gilt (RN 26, 27 u. 28), verhält sich die Beklagte objektiv rechtsmissbräuchlich, wenn sie die Bankgarantie zweckwidrig zur Sicherung von i.c. nicht vorhandenen Gewährleistungsansprüchen beansprucht.

1.8.3 Schlussfolgerung

Die Beklagte behauptet, die Bankgarantie sei an sie auszuzahlen, ohne die materielle **40** Berechtigung zu untersuchen (siehe Einleitungsantwort, Ziff. 11). Auch wenn vorliegend eine unabhängige Bankgarantie vereinbart wurde, wird aufgrund des Rechtsmissbrauchs durch die Beklagte diese Unabhängigkeit relativiert. Eine vollkommene Loslösung vom Valutaverhältnis ist unter solchen Umständen nicht mehr gegeben. Dem Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“ wird damit Einhaltung geboten (Bühler, S.155). Entgegen der Behauptung der Beklagten (siehe Einleitungsantwort, Ziff. 11) muss deshalb die Klägerin unter diesen Umständen keinen Rückforderungsprozess anstreben.

1.9 Unterlassungsklage

Die Unterlassungsklage ist eine besondere Erscheinungsform der Leistungsklage. Eine solche **41** wird im Gesetz nicht speziell erwähnt, sie gilt jedoch als etwas Selbstverständliches (Walder-

Bohner, § 24 N 1). Für die Geltendmachung der Unterlassungsklage wird eine unmittelbar drohende Wiederholungsgefahr einer widerrechtlichen Handlung sowie ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse vorausgesetzt (Frank, § 51 N 1 ff.). Dafür trägt die Klägerin die Beweislast (BGE 116 II 357 E. 4). Sie werden hiermit dargelegt:

1.9.1 Drohende Wiederholungsgefahr

Das Verhalten der Beklagten muss eine künftige Rechtsverletzung ernstlich befürchten lassen **42** (BGE 116 II 357 E. 2a). Eine Wiederholungsgefahr besteht, wenn die Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet. Es muss vermutet werden, dass die Gegenpartei im Vertrauen auf ihr rechtmässiges Handeln, ihr rechtswidriges Verhalten beibehalten wird (Vogel/Spühler, S. 191; dazu auch BGE 124 III 72 E. 2a). I.c. bestreitet die Beklagte die Widerrechtlichkeit des Garantieabrufs und erwirkte einen Arrestbefehl gegen die Fjordbank. Falls der Arrestbefehl durch das kroatische Gericht rechtskräftig werden sollte, würde das Vermögen der Fjordbank in Kroatien unmittelbar gefährdet werden. Dies würde mittelbar das Vermögen der Klägerin bei der Fjordbank gefährden. Die Klägerin muss also eine ernsthafte Rechtsverletzung befürchten.

1.9.2 Hinreichendes, aktuelles Rechtsschutzinteresse

Im Zeitpunkt der Urteilsfällung muss das Rechtsschutzinteresse der Klägerin noch vorhanden **43** sein (BGE 109 II 338 E. 3). Dieses liegt vor, falls der Beklagten entweder bereits unrechtmässigen bzw. rechtsmissbräuchlichen Garantieabruf vorzuwerfen ist und Wiederholungen nicht auszuschliessen sind oder konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie solche Verletzungen künftig begehen werde (BGE 92 II 268 E. 6). In casu werden die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin - im Falle der Garantiauszahlung durch die Bank an die Beklagte - bedroht. Das aktuelle Rechtsschutzinteresse ergibt sich daraus, dass die Klägerin die Fjordbank aufgrund des zwischen ihnen bestehenden Auftragsverhältnisses schadlos halten muss (Kleiner, N 19.01).

2 Klage auf Herausgabe der Garantieurkunde

Grundsätzlich hat die Rückgabe der Garantieurkunde eine Beendigung der Bankgarantie zur **44** Folge und zudem löst die Beendigung des Garantievertrages die Pflicht der Beklagten zur Rückgabe der Urkunde aus. Die Erlöschungsgründe der Bankgarantie sind ordentlicher Verfall, Begleichung des Garantiebetrages oder vorzeitige Rückgabe der Garantieurkunde (Rückgabeklausel: K-3, Ziff. 5.6). Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Herausgabe der Bankgarantieurkunde an die Bank. Damit dieser Leistungsklage gestützt auf ungeschriebenes

Bundesrecht entsprochen werden kann, muss die Klägerin ihr Rechtsschutzinteresse darlegen und ihren Anspruch materiell begründen (Walder-Bohner, § 24 N 1 u. Frank, § 51, N 1 u. 3c).

2.1 Rechtsschutzinteresse / Rechtsmissbrauchsgefahr

Vorliegend versucht die Beklagte die Bankgarantie rechtsmissbräuchlich in Anspruch zu **45** nehmen. Es liegt im Interesse der Klägerin, dies zu verhindern, da sie der Fjordbank bei einer Inanspruchnahme der Bankgarantie die Auslagen ersetzen muss (Westphalen, S. 461). Für die Beklagte ist es ein leichtes Spiel, die Bankgarantie zu ziehen. Sie braucht lediglich mit einer schriftlichen Anforderung an die Fjordbank heranzutreten, mit der Erklärung, dass die Klägerin die Lieferungen und Leistungen gem. Vertrag (K-1) nicht vollständig oder rechtzeitig erbracht hat (vgl. dazu K-3, Abs. 3). Je einfacher die Beklagte durch die rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme an die EUR 4.4 Mio. herankommt, desto offenkundiger ist die Gefährdung und damit das Interesse der Klägerin an der Rückgabe der Bankgarantie. Zudem liegt das Begehren auf Rückgabe der Bankgarantie auch im Interessen der Bank. Durch die Rückgabe der Garantieurkunde werden klare Verhältnisse geschaffen. Der Garantievertrag gilt mit Rückgabe der Garantie an die Bank gem. K-3, Abs. 5 als erlöscht, auch wenn die Erlöschungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Die Bank muss deshalb nicht befürchten, dass die Beklagte die Garantie rechtsmissbräuchlich noch vor Ablauf des Verfalldatums zieht und die Fjordbank danach in ein Streitverfahren zwischen der Klägerin und der Beklagten hineingezogen werden könnte. Durch die Rückgabe der Bankgarantie würde sodann die Verarrestierung von Vermögenswerten der Fjordbank in Kroatien durch die Beklagte beendet werden und das Ansehen der Bank als zahlungsfähiges Finanzinstitut nicht mehr gefährdet werden resp. ihr Vermögen im Ausland nicht belastet (Löw, S. 136).

2.2 Materieller Anspruch

Ein Garantieverhältnis zwischen der Garantiebank und dem Garantiebegünstigten erlischt, wie **46** bereits erläutert, entweder durch Erfüllung, durch Fristablauf oder durch Rückgabe der Garantieerklärung seitens der Beklagten an die Bank oder der Klägerin. Vorliegend haben die Fjordbank und die Beklagte eine befristete Anzahlungsgarantie vereinbart. Danach erlischt die Anzahlungsgarantie auf jeden Fall nach Ablauf des im Garantietext festgelegten Verfalldatums (spätestens am 3. Januar 2007).

Sinn und Zweck der vorliegenden Bankgarantie ist die Sicherstellung der von der Klägerin **47** gegenüber der Beklagten versprochenen Leistungen im Grundverhältnis (Löw, S. 158). Mit korrekter Erfüllung des Vertrages (K-1) ist diese Sicherung nicht mehr notwendig und das Garantieverhältnis entfällt (Canaris, S. 791; siehe für Vertragserfüllung RN 19 ff.). Die Beklagte hat deshalb kein schützenswertes Interesse mehr, die Urkunde der Bankgarantie nicht an die

Fjordbank herauszugeben. Da i.c. die von der Bankgarantie erfasste Leistungen durch die Klägerin erfüllt wurden, die Beklagte aber weiterhin auf die Inanspruchnahme der Garantie beharrt, verstösst diese vielmehr gegen Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB und verhält sich damit rechtsmissbräuchlich (RN 40).

Der Rückgabe einer Garantiekunde spricht zwar die kaufmännische Aktenaufbewahrungspflicht entgegen, jedoch erteilt die Beklagte auch nicht Abhilfe, indem sie bspw. erklärt, dass sie die Rechte aus der Garantie als erloschen betrachtet (Kleiner, N 25.04). Sofern die Beklagte eine kaufmännische Aktenaufbewahrungspflicht als ihr Interesse geltend machen sollte, um die Bankgarantie nicht herauszugeben, ist dieses Interesse zu vernachlässigen. Dieses wiegt nur gering in Anbetracht des Interesses der Klägerin und der Bank, deren Vermögen durch den Rechtsmissbrauch verletzt werden. Der Anspruch der Klägerin ist hiermit materiell begründet. **48**

3 Anspruch auf Aussprechung eines Prozessführungsverbot

Die Beklagte reichte u.a. eine Klage am Bezirksgericht Zagreb in Kroatien (Prozessnummer 4R.5694) bzgl. der Anzahlungsgarantie gegen die Fjordbank in Norwegen ein. Dabei erwirkte die Beklagte am 14. Februar 2007 einen Arrestbefehl, gegen welchen die Fjordbank Berufung eingelegt hat. Die Klägerin ist in diesem Verfahren Nebeninterventin. Diese Klagen widersprechen der Gerichtsstands- bzw. Schiedsvereinbarung, welche die Beklagte mit der Klägerin mit Vertrag (K-1) geschlossen hat. Dieses Verhalten ist rechtsmissbräuchlich. Aus den genannten Gründen beantragt die Klägerin eine vorsorgliche Verfügung auf Unterlassung ausländischer Prozessführung mittels einer antisuit injunction gegen die Beklagte, wodurch diese verpflichtet werden soll, alle anhängigen Klage bzgl. der genannten Anzahlungsgarantie zurückzunehmen. **49**

3.1 Vorsorgliche Verfügung auf Unterlassung ausländischer Prozessführung

Gemäss Art. 183 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 26 Abs. 1 ISchO i.V.m. § 110 ZPO kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei vorsorgliche Massnahmen anordnen. Vorausgesetzt wird, dass das Schiedsgericht, welche den zugrundeliegenden Sachverhalt beurteilt, sich in der Schweiz befindet, was i.c. zutrifft. Weiter muss gemäss Art. 176 Abs. 1 IPRG bei Vertragsschluss wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz gehabt haben (BSK-IPRG, Berti, Art. 183 N 2). In casu trifft dies zu: Die Klägerin hatte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Sitz in Oslo, die Beklagte in Zagreb. Zudem dürfen die Vertragsparteien das 12. Kapitel des IPRG nicht ausgeschlossen haben (BSK-IPRG, Berti, Art. 183 N 2), was ebenfalls zutrifft (vgl. dazu K-1, Ziff. 16.1). **50**

Vorsorgliche Massnahmen werden in Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsmassnahmen **51** unterteilt, wobei es sich bei einer antisuit injunction um letzteres handelt (Jegher, S. 174). Bei der rechtlichen Beurteilung derselben ist allein Schweizer Bundesrecht massgebend (Jegher, S. 175). Die Beklagte hat dies auch nie angezweifelt, ebenso nicht den Gerichtsstand Zürich oder die Schiedsvereinbarung selbst (vgl. dazu etwa auch Entscheid der Zürcher Handelskammer vom 20. September 1994, Nr. 240/93 Ziff. 2).

Vorausgesetzt für die Aussprechung einer vorsorglichen Massnahme wird dabei die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes sowie des Verfügungsanspruches (vgl. Jegher, S. 175 m.w.H.).

3.1.1 Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes

Der Verfügungsgrund wird als ein „nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil“ (Jegher, S. **52** 175, BSK-IPRG, Berti, Art. 183 N 8) beschrieben. Dieser muss schliesslich mit den Interessen beider Parteien abgewogen werden. Wie bereits vorne aufgezeigt wurde (siehe RN 45) würde ein rechtsgültiger Arrestbefehl in Kroatien zur mittelbaren Folge haben, dass die Fjordbank sehr wahrscheinlich Rückgriff auf ihre Auftraggeberin nehmen würde. Dies hätte eine Vermögensschädigung von EUR 4.4 Mio. zur Folge, was ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für die Klägerin wäre. Das Interesse der Beklagten besteht darin die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen (siehe RN 45). Der vorliegende Prozess soll Klärung über das Valutaverhältnis bringen, was indirekt auch zur Beurteilung des Garantieverhältnisses führt. E contrario bedeutet dies, dass die Beklagte mit Obsiegen des vorliegenden Prozesses ihre Ansprüche nicht verlieren würde. Somit wiegt das Interesse der Klägerin wesentlich schwerer.

3.1.2 Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruches

Im Folgenden zeigt die Klägerin auf, weshalb sie Anspruch auf ein Prozessführungsverbot hat. **53** Transnationale Prozessführungsverbote fördern die Prozessökonomie, verhindern Parallelverfahren in mehreren Staaten und lassen sich widersprechende Entscheide erst gar nicht zu (Stacher, S. 62). Englische Gerichte erlassen antisuit injunctions, wenn entweder das konnexe bzw. identische ausländische Verfahren schikanös oder missbräuchlich ist oder wenn das ausländische Gericht, etwa aufgrund einer Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung nicht für einen Sachentscheid zuständig ist (Liatowitsch, S. 147; Jegher, S. 147). *Hau* (Hau, S. 202 f., gefunden in:) und *Wirth* (Wirth, S. 31 ff.) bejahen Prozessführungsverbote als ultima ratio (Vgl. auch Jegher, S. 141) und sind in der Schweiz bereits mehrmals ausgesprochen worden (Vgl. Entscheid des International Chamber of Commerce Arbitration in Genf, Case Nr. 8307/FMS/KGA; Entscheid der Zürcher Handelskammer vom 20. September 1994, Nr. 240/93).

3.1.2.1 Konnexen und identische Klagen

Die von der Beklagten in Kroatien eingereichten Klagen betreffen die Anzahlungsgarantie. **54** Dieser Garantievertrag basiert auf dem Vertrag (K-1). E contrario ist für die Beurteilung, ob der Garantiefall eingetreten ist, die Erfüllung des Vertrages (K-1) massgebend. Dies bedeutet, dass das kroatische Gericht gezwungenermassen auch das Valutaverhältnis mitzubeurteilen hat (vgl. vorne RN 36 ff.). Ein weiteres Indiz hierfür zeigt sich darin, dass das Garantieverhältnis erst nach Unterzeichnung des Vertrages (K-1) geschlossen wurde und demnach auf dem Vertrag (K-1) beruht. Zudem sind dieselben Parteien an den Prozessen beteiligt. Die hängigen kroatischen Klagen sind also mit derjenigen in der Schweiz identischen und weisen konnexen Charakter auf. Dies reicht aus, um von einer konnexen und identische Klage zu sprechen (vgl. dazu Entscheid des International Chamber of Commerce Arbitration in Genf, Case Nr. 8307/FMS/KGA, Ziff. 5 a f.).

3.1.2.2 Unzuständigkeit des Bezirksgerichts Zagreb

Das Bezirksgericht Zagreb muss das Valutaverhältnis zwingend mitbeurteilen (vgl. RN 54). Für **55** die rechtliche Qualifikation dieses Vertrages ist aber das Schiedsgericht Zürich zuständig. Insofern müsste das Bezirksgericht Zagreb erst ein Zürcher Urteil abwarten, bevor es – wie bereits geschehen – einen Arrestbefehl erlässt. Somit ist das Bezirksgericht zum jetzigen Zeitpunkt unzuständig.

3.1.2.3 Schikanöses oder rechtsmissbräuchliches Verfahren

Von schikanösen oder rechtsmissbräuchlichen Verfahren wird gesprochen, wenn die Art und **56** Weise oder der Ort der Prozessführung als missbräuchlich und schikanös angesehen werden (Jegher, S. 94). Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn eine Klage im bösen Glauben eingeleitet wird (Jegher, S. 94 m.w.H.).

In casu hat die Beklagte ein grosses Interesse, einen Arrestbefehl in Kroatien zu erwirken. Dies **57** v.a. deshalb, da sie scheinbar das Urteil in Zürich nicht abwarten will, welches die Frage nach der Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrages (K-1) bzw. des Garantievertrages endgültig klärt. Dadurch betreibt sie ein missbräuchliches forum shopping (vgl. dazu Furrer / Girsberger / Guillaume / Schramm, S. 7, N 10). Insofern versucht sich die Beklagte als Seiltänzerin mit doppeltem Netz. Ihr Ziel ist es die Garantiesumme von EUR 4.4 Mio. von der Fjordbank zu erhalten. Weiter versucht sie wiederum dasselbe als Partei des vorliegenden Verfahrens. Sie fährt also zweigleisig und will so ihre Erfolgchancen erhöhen. Dies widerspricht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB. Dieser ist gemäss Art. 18 IPRG auf das IPRG anwendbar (Vgl. dazu auch Jegher S. 138 f.).

Es kann nicht Sinn und Zweck einer Gesetzgebung sein, dieselbe Sache von zwei verschiedenen **58** Gerichten beurteilen zu lassen. Dies v.a. auch deshalb, weil der Sinn und Zweck der

geschlossenen Schiedsvereinbarung dies genau zu verhindern versucht. Dieses Verhalten der Beklagten ist missbräuchlich (vgl. dazu Entscheid des International Chamber of Commerce Arbitration in Genf, case Nr. 8307/FMS/KGA, Ziff. 9 f.; Vgl. dazu auch Entscheid des Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer vom 20. September 1994). Weiter ist auch der Zeitpunkt des Verfahrens verfrüht und schikanös (vgl. RN 54).

3.1.2.4 Rechtsschutzinteresse

Da ein Prozessführungsverbot eine besondere Form des Rechtsschutzes ist (Jegher, S. 93), fragt **59** es sich nach dem Rechtsschutzinteresse der Klägerin. Ein solches liegt etwa dann vor, wenn eine Partei einen Prozess ohne schützenswertes Interesse im Ausland anstrebt und die Klageeinreichung selbst nicht im Mittelpunkt steht. Vielmehr muss diese nur ein Vorwand sein, um anderweitige Interessen zu verfolgen bzw. zu wahren. Dies liegt etwa dann vor, wenn der Zweck der Prozessführung alleine darin besteht, die Gegenpartei zu schikanieren oder ihr Schaden zuzufügen (Jegher, S. 140, m.w.H.). Art. 183 Abs. 1 IPRG setzt weiter voraus, dass eine akute Rechtsgefährdung vorhanden sein muss (BSK-IPRG, Berti, Art. 183 N 6).

Ein rechtskräftiger Arrestbefehl in Kroatien hätte sehr wahrscheinlich Vermögensschäden der **60** Klägerin zur Folge, da die Bank wohl Rückgriff nehmen würde. Zudem wäre und ist bereits die kroatische Prozessführung mit Kosten für die Klägerin verbunden, was ihr nicht zuzumuten ist, da sie nicht für dieselbe Sache ein doppeltes Kostenrisiko tragen muss (vgl. dazu Entscheid des International Chamber of Commerce Arbitration in Genf, case Nr. 8307/FMS/KGA, Ziff. 10). Vorne wurde ebenfalls erörtert, dass das kroatische Verfahren gegen Treu und Glauben verstösst (vgl. RN 56 ff.). Die Klageeinreichung in Kroatien hat zur Folge, dass sich die Rechtsstellung der Beklagten massiv verbessert (vgl. RN 57). Dieses Vorgehen kann und darf nicht schützenswert sein. Somit ist ein massives Rechtsschutzinteresse seitens der Klägerin vorhanden.

3.1.2.5 Beitritt zum ausländischen Verfahren

In einem Entscheid der Zürcher Handelskammer (Nr. 525, Beschluss vom 16. Februar 2004) **61** wurde eine antisuit injunction nur deshalb nicht ausgesprochen, weil kein genügendes Rechtsschutzinteresse auszumachen war. Begründet wird dies damit, dass im ausländischen Prozess noch kein Urteil ergangen ist. Im selben Entscheid wird ebenso aber darauf hingewiesen, dass nach Vorliegen eines solchen, die Möglichkeit der Aussprechung einer antisuit injunction besteht. In casu hat das kroatische Gericht bereits einen Arrestbefehl erlassen und die Klägerin trat als Nebeninterventin diesem Prozess bei. Es ist demnach davon auszugehen, dass sie bereits versucht hat, mit Hilfe der ihr zur Verfügung stehenden kroatischen Rechtsmittel, den kroatischen Prozess zu stoppen. Deshalb muss ihr der Weg zu einem Prozessführungsverbot offen stehen.

3.1.2.6 Völkerrechtliche Ebene

Antisuit injunctions sind zwar an die Klägerin gerichtet, schränken dennoch die **62** Rechtsprechungsfunktion des Zielgerichts in einem gewissen Masse ein (Stacher, S. 64). Dabei muss geprüft werden, ob Hoheitsrechte verletzt werden und ob Billigkeitsüberlegungen (Comity) ein Prozessführungsverbot rechtfertigen.

a) Verletzung von Hoheitsrechten

Es bleibt zu prüfen, ob eine antisuit injunction gegen das kroatische Gericht in Zagreb nicht **63** gegen zwingendes Völkerrecht, sprich das Interventionsprinzip gem. Art. 2 Ziff. 7 der UNO-Charta, verstösst. Eine Intervention ist dann verboten, wenn sich ein Staat mittels Zwang in einen Bereich einmischt, für welchen der ausländische Staat ausschliesslich zuständig wäre (Stacher, S. 72). Einzig fraglich bei einer antisuit injunction ist, ob diese Intervention mit Zwang ausgeübt wird.

Ein Prozessführungsverbot richtet sich gegen eine natürliche oder juristische Person und will **64** nicht primär in die Rechtsprechung des ausländischen Staates eingreifen. Ausserdem wird dieser Zwang, weil er nur mittelbar erfolgt, nicht durch eine als tatbestandsmässige Handlung im Sinne der UNO-Charta herbeigeführt (Stacher, S. 72 f. m.w.H.).

b) Billigkeitsüberlegungen / Comity

Die Aussprechung von antisuit injunctions kann internationale bzw. bilaterale Beziehungen **65** beeinträchtigen (vgl. dazu etwa Liatowitsch, S. 149). Englische Gerichte haben Prozessführungsverbote in grundsätzlicherweise bejaht, allerdings mit der Einschränkung, dass England ein „genügendes Interesse an oder eine genügende Verbindung mit dem Rechtsstreit besitzt“ (Jegher, S. 97; vgl. etwa Airbus Industrie v. Patel, 1999). Im selben Entscheid wird zudem darauf hingewiesen, dass diese Annahme nicht gilt, wenn der ausländische Staat seine Gerichtsbarkeit dermassen ausnutzt, dass ihm keine Rücksichtnahme gebührt bzw. dass das im Ausland angestrebte oder hängige Verfahren schikanös und missbräuchlich ist (Liatowitsch, S. 147; Airbus Industrie v. Patel, 1999). Dass das hier zur Diskussion stehende Verfahren schikanös und rechtsmissbräuchlich ist, wurde bereits vorne (vgl. RN 56 ff.) behandelt. Dennoch soll hier weiter aufgezeigt werden, dass die Schweiz ein genügendes Interesse daran besitzt, ein Prozessführungsverbot gegen die in Kroatien eingereichten Klagen auszusprechen. Als Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis (K-1) wurde Zürich gewählt. Die Schweiz besitzt ein grosses Interesse, als ein Land zu gelten, in welchem Rechtssicherheit herrscht. Dies ist mitunter ein grosser Faktor für ausländische Unternehmen, welche sich überlegen ihren Sitz in die Schweiz zu verlegen. Mit den in Kroatien eingereichten Klagen wird die Souveränität der Schweiz untergraben, indem keine Rücksicht auf den Prozess vor dem Schiedsgericht in Zürich genommen wird. Somit könnte zwar noch ein Urteil gesprochen

werden, welches aber erstens von Kroatien nicht beachtet würde. Zweitens wäre dann evtl. bereits der kroatische Arrestbefehl rechtskräftig, wodurch der Gerichtsstand Schweiz keine grosse Bedeutung mehr für die Klägerin hätte.

Somit besitzt die Schweiz gerade deswegen ein grosses Interesse daran, ein **66** Prozessführungsverbot auszusprechen. Weiter nutzt die Klägerin das forum shopping dermassen aus - und die kroatischen Gerichte spielen hier auch noch mit - dass eine Rücksichtnahme auf den Staat Kroatien wahrlich schwer fällt.

3.2 Fazit

Die in Kroatien hängigen Verfahren sind rechtmisbräuchlich und stehen in einem sehr engen **67** Zusammenhang mit der hier zu beurteilenden Verfahren. Die Klägerin hat ihrerseits aus den genannten Gründen ein grosses Interesse an der Aussprechung einer vorsorglichen Massnahme in Form einer antissuit injunction. Hiefür zuständig ist das Schiedsgericht Zürich (vgl. dazu Entscheid des International Chamber of Commerce Arbitration in Genf, case Nr. 8307/FMS/KGA, Ziff. 9).