

Klageschrift Gruppe 9

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

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 9
Mirjam Barmet
Gabriela Caprez
Christian Jenny
Doris Terler

K L A G E A N T W O R T

In Sachen

Polar Technology AS, Vallegata, 0456 Oslo, Norwegen

Klägerin

gegen

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Gruppe 9

betreffend

Forderung

Stellen wir namens und Auftrags unserer Mandantin folgende

Rechtsbegehren

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

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	IV
ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS	V
EINLEITUNG	1
1. ZULÄSSIGE ZIEHUNG DER BANKGARANTIE	1
A. WESEN DER GESTELLTEN BANKGARANTIE	1
I. Vorliegen einer Anzahlungsgarantie.....	1
II. Vorliegen einer Erfüllungsgarantie	2
B. REDUKTIONS- BZW. ERMÄSSIGUNGSKLAUSEL.....	3
C. RECHTSMISSBRAUCH.....	4
I. Kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten.....	4
II. Offenkundigkeit des Rechtsmissbrauchs	5
III. Keine zweckwidrige Inanspruchnahme der Bankgarantie	5
D. FORMELLER GARANTIEFALL ALS ERFORDERNIS EINER RECHTMÄSSIGEN ZIEHUNG DER BANKGARANTIE	6
E. ANLAGE KANN NICHT ALS ABGENOMMEN GELTEN	6
I. Abnahmevoraussetzungen gemäss Vertrag vom 3. Juli 2004	7
II. Keine Abnahme aufgrund von der Klägerin zu vertretenden Mängeln.....	8
F. UNGÜLTIGE FREIZEICHNUNGEN	9
2. HERAUSGABE DER GARANTIEURKUNDE	11
A. INANSPRUCHNAHME TROTZ FRISTABLAUF	11
B. ERLÖSCHEN DES GARANTIEVERTRAGS.....	12
C. ANSPRÜCHE AUS DER GARANTIE SIND NICHT BEFRIEDIGT	12
D. KEIN ABSCHLUSS EINES ERLASSVERTRAGES.....	12
3. KEIN ANSPRUCH AUF AUSSPRECHUNG EINES PROZESSFÜHRUNGSVERBOTES.....	13
A. FEHLENDE RECHTLICHE GRUNDLAGEN FÜR EIN PROZESSFÜHRUNGSVERBOT.....	13
B. FEHLENDE VORAUSSETZUNGEN FÜR EINE VORSORGLICHE VERFÜGUNG AUF UNTERLASSUNG AUSLÄNDISCHER PROZESSE	14
C. KEIN SCHIKANÖSES ODER RECHTSMISSBRÄUCLICHES VERFAHREN.....	15
D. VÖLKERRECHTLICHE EBENE	16

Literaturverzeichnis

- FELLMANN WALTER Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht, der einfache Auftrag Art. 394-406, Bern, 1992.
- BUOL, MARTINA Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich, 1996.
- DOHM JÜRGEN Bankgarantien im internationalen Handel, Bern, 1985.
- HONSELL, HEINRICH Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 2 ZGB, 2. Auflage, Bern 2002.
- JEGHER GION Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse, Zürich, 2002.
- KLEINER BEAT Bankgarantie – Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, 4. Auflage, Zürich, 1990.
- LÖW FRANZISKA Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, Basel/Genf/München, 2002.
- WIEGAND WOLFGANG Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 97-109, 3. Auflage, Basel/Bern/Zürich, 2003.
- ZINDEL GAUDENZ G./
PULVER URS Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 363-379, 3. Auflage, Basel/Bern/Zürich, 2003.

Zeitschriftenverzeichnis

STACHER MARCO Prozessführungsverbote zur Verhinderung von sich widersprechenden Entscheiden, in: ZZZ (Schweizerische Zeitung für Zivilprozess und Zwangsvollstreckung) 2006.

Entscheidverzeichnis

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der 1. Zivilabteilung vom 14. September 1976,
S. 257 - 265

BGE 102 II 264

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
gem.	gemäss
i.c	in casu
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht SR 291
i.S.v.	im Sinne von
N	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)

vgl. vergleiche

zit. zitiert

Einleitung

- 1 Zunächst wird die Beklagte zeigen, dass sie einen Anspruch auf Ziehung der Bankgarantie hat und das Rechtsbegehren der Klägerin auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie abzuweisen ist. In der Folge wird sie darlegen, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie nicht rechtsmissbräuchlich erfolgte. Die von der Klägerin geltend gemachten Freizeichnungen sind unzulässig.
- 2 Weiter wird die Beklagte darlegen, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Rückgabe des Originals der Garantieerklärung an die Fjordbank AS hat.
- 3 Schliesslich wird die Beklagte nachweisen, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Rücknahme der in Zagreb anhängigen Klagen mit Bezug auf die Bankgarantie gegen die Fjordbank AS hat.

1. Zulässige Ziehung der Bankgarantie**a. Wesen der gestellten Bankgarantie****I. Vorliegen einer Anzahlungsgarantie**

- 4 Die Klägerin behauptet in ihrer Klageschrift in Rz. 12, bei der Bankgarantie handle es sich um eine reine Anzahlungsgarantie. Daraus erschliesse sich deren Sicherungszweck und Umfang, den sie in Rz. 13 der Klageschrift erläutert. Sie hält zutreffenderweise fest, dass die Beklagte ein Interesse daran hat, dass ihr die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung durch den Garantievertrag sichergestellt wird (vgl. Klageschrift, Rz. 13).
- 5 Im Gegensatz zu der von der Klägerin aufgestellten Behauptung, die Beklagte gehe vom Bestehen einer Erfüllungsgarantie aus, hält die Beklagte – wie schon in der Einleitungsantwort erwähnt – daran fest, dass es sich bei der gestellten Bankgarantie sowohl um eine Anzahlungs- als auch um eine Erfüllungsgarantie handelt.
- 6 Die Klägerin begnügt sich damit, die gestellte Bankgarantie als Anzahlungsgarantie zu bezeichnen. Sie begründet dies mit dem «im Hinblick auf den beim Vertragsschluss vereinbarten Sicherungsgegenstand» (Klageschrift, Rz. 13). Gerade dieser aber hat sich

aus dem Garantievertrag selbst zu ergeben (DOHM, Rz. 100). Die tautologisch anmutende Begründung, die gestellte Garantie sei deshalb keine Erfüllungsgarantie, weil eine Anzahlungsgarantie für eine Erfüllung nicht Gewähr biete, überzeugt deshalb nicht. Die vertraglich vereinbarte und durch die Bankgarantie abgesicherte Anzahlung von 20% des Gesamtvertragspreises stellt im Übrigen keinen Widerspruch zu der von der Beklagten vertretenen Auffassung dar, es liege i.c. eine Anzahlungs- und Erfüllungsgarantie vor. Die vereinbarte Garantiesumme von 20% als Beweis für das Vorliegen einer reinen Anzahlungsgarantie zu nennen, befriedigt denn auch nicht. Es ist nicht aussergewöhnlich, dass für eine Bankgarantie ein Betrag vereinbart wird, der für eine Anzahlungsgarantie üblich ist, obwohl die Garantie über eine Sicherung der Anzahlung hinausgeht.

- 7 Die Klägerin mag zwar das Vorliegen einer Anzahlungsgarantie begründen. Dies wird von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Für das Nichtvorliegen einer Erfüllungsgarantie liefert sie indessen keine Begründung.
- 8 Schliesslich ist auch die Valutierungsklausel («Zahlungseingang bei uns»-Klausel) für eine Anzahlungsgarantie typisch, schliesst aber das Vorliegen einer über den Umfang der Anzahlung hinaus gehenden Sicherung der Erfüllungspflichten nicht aus.
- 9 Richtigerweise erkennt die Klägerin, dass die Bezeichnung der gestellten Garantie als „Anzahlungsgarantie“ alleine noch keine Gewähr dafür bietet, dass es sich tatsächlich um eine solche handelt (vgl. Klageschrift, Rz. 18). Die Möglichkeit, dass eine Erfüllungsgarantie vorliegen kann, wird durch die Bezeichnung „Anzahlungsgarantie“ nicht ausgeschlossen.

II. Vorliegen einer Erfüllungsgarantie

- 10 Bei der Erfüllungsgarantie lässt sich zwischen Liefer- und Leistungsgarantie einerseits und umfassender Erfüllungsgarantie andererseits differenzieren. Bei Vorliegen einer Liefer- und Leistungsgarantie soll der Begünstigte gegen nicht ordnungsgemässe vertragliche Erfüllung des Garantierauftraggebers abgesichert werden (WESTPHALEN S. 14). Sicherungsgegenstand sind die Tatbestände der Nichtlieferung und der nicht vertragsgemässen Leistung. Das Vorliegen einer Liefer- und Leistungsgarantie ist i.c.

offensichtlich, da in der Effektivklausel der Bankgarantie explizit von vollständiger und rechtzeitiger Lieferung und Leistung gesprochen wird.

- 11 Aus dem Vorliegen einer Liefer- und Leistungsgarantie kann aber noch nicht geschlossen werden, dass auch das Gewährleistungsrisiko des Begünstigten abgedeckt ist. Dies wäre aber bei Vorliegen einer umfassenden Erfüllungsgarantie (*performance bond*) der Fall (WESTPHALEN, S. 15). Sicherungszweck der Erfüllungsgarantie ist der Tatbestand der Nichterfüllung (WESTPHALEN, S. 15). Damit ist der ganze Vertrag, also das Valutaverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin, gegen Nichterfüllung gesichert.
- 12 Der Begriff Gewährleistung wird auch als Mängelhaftung bezeichnet und gibt dem Besteller die in Art. 368 OR vorgesehenen Mängelrechte (GAUCH, N 1349 f.). Die Gewährleistung bzw. Mängelhaftung wird im Vertrag (Beilage K-1) unter dem Titel 5.1 Materialgarantie geregelt. Laut 3.1.1 des Vertrags vom 3. Juli 2004 (Beilage K-1) hat die Bankgarantie Gültigkeit bis Ende der Materialgarantie (welche laut Vertrag auch die Gewährleistung umfasst) bzw. längstens 30 Monate ab Inkrafttreten des Vertrages. Auch im Schreiben vom 16. Juni 2006 (Beilage B-3) wird auf die Materialgarantie Bezug genommen, indem die Bankgarantie gleich der Materialgarantie um zwei Jahre verlängert wird. Diese Bezugnahme auf die Materialgarantie ist ein eindeutiges Zeichen für das Vorliegen einer umfassenden Erfüllungsgarantie, da die Laufzeit der Bankgarantie derjenigen der Materialgarantie gleichgestellt wird, diese also sichern will.
- 13 Die Bankgarantie ist, wie dargelegt, nicht als reine Anzahlungsgarantie zu spezifizieren, sondern ist darüber hinaus auch eine Erfüllungsgarantie, welche das Gewährleistungsrisiko der Beklagten abdeckt.

b. Reduktions- bzw. Ermässigungsklausel

- 14 In Rz. 16 der Klageschrift bringt die Klägerin vor, im Vertrag sei eine Reduktions- bzw. Ermässigungsklausel enthalten. Dem kann nicht zugestimmt werden. Eine Reduktions- oder Ermässigungsklausel muss Bestandteil des Garantietextes sein, um Wirkung zu entfalten. Im Vertrag ist lediglich von Teillieferungen seitens der Klägerin und Teilzahlungen seitens der Beklagten die Rede, keinesfalls aber von Reduktion oder

Ermässigung des Garantiebetrages. Gemäss WESTPHALEN (S. 126 ff.) müssen Ermässigungsklauseln so ausgestaltet sein, dass die Garantiebank von sich aus, mittels Rückgriff auf dokumentäre Evidenzen, die betragsmässige Ermässigung des Garantiebetrages vornehmen kann. In der Bankgarantie (Beilage K-3) ist weder eine Reduktions- oder Ermässigungsklausel, noch ein Hinweis auf dokumentäre Evidenzen enthalten. Inwiefern das von der Klägerin in Rz. 16 Vorgebrachte «zur Gewissheit der Beklagten beiträgt» ist für die Beklagte nicht nachvollziehbar.

c. Rechtsmissbrauch

I. Kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten

- 15 Die Klägerin macht unter Rz. 36 der Klageschrift geltend, die versuchte Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte sei rechtsmissbräuchlich erfolgt. Dem ist zu widersprechen. Weder unter der engen Definition des Begriffs nach KLEINER, noch unter der objektiven Betrachtungsweise kann der Beklagten ein rechtsmissbräuchliches Verhalten angelastet werden.
- 16 Die Klägerin hat nicht vertragsgemäss geleistet. Sie kann sich somit nicht auf Rechtsmissbrauch aufgrund von vertragsgemässer Leistung berufen (Klageschrift, Rz. 36). Ein Rechtsmissbrauch könnte nur vorliegen, wenn die Klägerin das Grundverhältnis offensichtlich vertragsgemäss erfüllt hätte und die Beklagte die Sicherungsverpflichtung trotz dieser zufrieden stellenden Leistung beansprucht hätte. Dies ist hier aber nicht der Fall. Es kann also nicht die Rede davon sein, dass das Erbringen der richtigen Leistung indiskutabel sei (Klageschrift, Rz. 36).
- 17 Nach der engen Definition des Rechtsmissbrauchs von KLEINER wird Rechtsmissbrauch nur bejaht, sofern der Begünstigte arglistig bzw. in Schädigungsabsicht handelt (KLEINER, S. 203). Dies kann der Beklagten nicht angelastet werden, da die Bankgarantie auch die vertragsgemässe Erfüllung sichern soll und die Inanspruchnahme wegen nicht vertragsgemässer Leistung der Klägerin dem Sicherungszweck der Bankgarantie entspricht. Mit der Inanspruchnahme der Bankgarantie handelt die Beklagte somit rechtmässig.
- 18 Die h.L. und das Bundesgericht fassen den Begriff des Rechtsmissbrauchs weiter: Das Schwergewicht liegt nach ihrer Auffassung auf dem Verhalten des Begünstigten und

nicht auf seinen verfolgten Absichten. Ein missbräuchliches Verhalten nach dieser Definition liegt vor, «wenn der Begünstigte eine ihm formal eingeräumte Rechtsposition ausnützt» (LÖW S. 71).

- 19 Der Beklagten stünde in diesem Fall unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantie zu. Im vorliegenden Fall ist die Beklagte aber durchaus berechtigt, die Bankgarantie zu ziehen, da die materiellen Voraussetzungen der Inanspruchnahme (d.h. nicht vollständige oder rechtzeitige Lieferung oder Leistung) gegeben sind. Daraus ergibt sich ein vernünftiger und redlicher Anspruch der Beklagten auf Abruf der Bankgarantie.

II. Offenkundigkeit des Rechtsmissbrauchs

- 20 Die Klägerin führt an, der Rechtsmissbrauch durch die Beklagte sei offenkundig, da absolut klare Verhältnisse vorlägen, die keinen Zweifel am rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Klägerin offen liessen.

Die Beklagte bestreitet, dass die vorliegenden Verhältnisse in dem Sinne klar sind, wie die Klägerin diese beschreibt. Ganz im Gegenteil ist klar, dass nicht vertragsgemäss geleistet wurde, womit die materiellen Voraussetzungen zur Inanspruchnahme der Bankgarantie gegeben sind. Der von der Klägerin vorgebrachte Rechtsmissbrauch ist keinesfalls nachgewiesen oder sofort beweisbar, wie die h.L. und die Rechtsprechung es für die Erfüllung des Tatbestandes verlangen (LÖW, S.72). Die vom Schweizer Recht geforderten absolut klaren Verhältnisse, unter welchen rechtsmissbräuchlichem Verhalten der Rechtsschutz entzogen wird, liegen hier nicht vor.

III. Keine zweckwidrige Inanspruchnahme der Bankgarantie

- 21 In Rz. 39 der Klageschrift führt die Klägerin aus, die Inanspruchnahme der Bankgarantie erfolge zweckwidrig. Wie die Klägerin aber selbst zugibt, sichert die Bankgarantie nicht nur die Anzahlung, sondern auch die vertragsgemässe Lieferung und Leistung i.S. einer Erfüllungsgarantie. Gemäss LÖW (S. 102 ff.) liegt rechtsmissbräuchliches Verhalten vor, wenn der Begünstigte die Bankgarantie in Anspruch nimmt, um eine Forderung aus einem anderen Vertragsverhältnis als jenem des Grundverhältnisses zu decken. Die Forderung im vorliegenden Fall betrifft aber das Grundverhältnis, da die Klägerin nicht vertragsgemäss geleistet hat und die

Garantiesumme zur Deckung der daraus entstandenen Nachteile der Beklagten in Anspruch genommen wird.

- 22 Der Beklagten kann aus den dargelegten Gründen kein rechtsmissbräuchliches Verhalten in Bezug auf die Inanspruchnahme der Bankgarantie angelastet werden. Tatsächlich ist die von der Klägerin erwirkte einstweilige Verfügung gegen die rechtmässige Inanspruchnahme der Bankgarantie rechtsmissbräuchlich. Nach KLEINER sind vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich ausgeschlossen, da die abstrakte Natur der Bankgarantie jedes Eingreifen des Richters verbietet und die Garantie „auf erstes Anfordern“ einen *pactum de non petendo* darstellt (KLEINER, S. 225).

d. Formeller Garantiefall als Erfordernis einer rechtmässigen Ziehung der Bankgarantie

- 23 Gemäss dem Grundsatz „zuerst zahlen, dann prozessieren“ stellt der Nachweis eines materiellen Garantiefalls eben gerade kein Erfordernis für die rechtmässige Ziehung einer Bankgarantie dar.
- 24 Die formellen Voraussetzungen lagen zweifelsfrei und unbestrittenermassen vor. Nach einmaliger schriftlicher Aufforderung der Beklagten an die Adresse der Klägerin, machte die Beklagte durch schriftliche Anforderung an die Fjordbank AS von ihrem Recht zur Ziehung der Bankgarantie Gebrauch. Dabei erklärte sie, dass die Klägerin die Lieferungen und Leistungen gemäss dem Vertrag trotz schriftlicher Aufforderung nicht vollständig bzw. nicht rechtzeitig erbracht hat (vgl. Beilage K-3).

e. Anlage kann nicht als abgenommen gelten

- 25 Die Klägerin selbst hält in ihrer Klageschrift fest, dass der Begriff der Abnahme unterschiedlich gebraucht wird und deshalb der Präzisierung bedarf, und dass die erforderlichen Ablieferungs- bzw. Abnahmehandlungen sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus dem zugrundeliegenden Werkvertrag ergeben (vgl. Klageschrift Rz. 22). Weiter führt sie aus, dass die *vertraglich festgelegte Abnahme* die gesetzliche Ablieferung beinhaltet. Da Abnahme und Ablieferung – wie sie im Gesetz verwendet werden – korrelative Begriffe (GAUCH, N 97) sind, ist die Abnahme i.S.d. Vertrages nicht mit der gesetzlichen Abnahme gleichzusetzen. Zwar beinhaltet die vertragliche

Abnahme die gesetzliche. Sie erschöpft sich aber nicht in dieser. In der Folge wird die Beklagte deshalb ausführen, was die Abnahme im Sinne des Vertrages vom 3. Juli 2004 beinhaltet. Weiter wird sie zeigen, dass demzufolge eine Abnahme der Anlage nicht erfolgt sein kann.

- 26 Zutreffenderweise hält die Klägerin fest, dass die mechanische Fertigstellung der Anlage von der Beklagten nie bestritten wurde. Von der Klägerin wird vorgebracht, die mechanische Fertigstellung des Werkes sei als Vollendung desselben anzusehen. Durch die mechanische Fertigstellung und anschliessende Mitteilung an die Beklagte sei die Ablieferung des Werkes erfolgt. Da die Ablieferung mit der Abnahme im Sinne des Vertrages vom 3. Juli 2004 nicht identisch ist, wie die Klägerin selbst ausführt (Klageschrift Rz. 23), ist die Abnahme im Sinne des Vertrages mit der Ablieferung noch nicht erfolgt.

I. Abnahmevoraussetzungen gemäss Vertrag vom 3. Juli 2004

- 27 Die Voraussetzungen für eine gültige Abnahme im Sinne des Vertrags vom 3. Juli 2004 sind in 5.2.6 abschliessend und eindeutig geregelt (Beilage K-1). So heisst es, dass die Abnahme unter drei alternativen Voraussetzungen gegeben ist:
- 28 Die Anlage ist abgenommen, wenn der *Garantielauf erfolgreich durchgeführt* wurde. Ein erfolgreicher Garantielauf setzt gem. Vertrag vom 3. Juli 2004 die Ankündigung desselben spätestens fünf Tage zuvor durch die Klägerin an die Beklagte voraus. Ausserdem muss durch ein Abnahmeprotokoll von der Beklagten bezeugt werden, dass die Verfahrensgarantien während des Garantielaufs erfüllt wurden.
- 29 Zwar fanden eigenmächtig durch die Klägerin anberaumte und durchgeführte Garantielläufe statt, wovon der letzte sogar von der Beklagten hätte anerkannt werden sollen (vgl. Beilage K-4). Mit Faxschreiben vom 16. Dezember 2005 (Beilage K-7) wurde die tags zuvor getroffene Vereinbarung über die Anerkennung dieses Garantielaufs vom 27. November bis 1. Dezember 2005 jedoch abgeändert. Ein Garantielauf hätte gem. der neuen Vereinbarung nach Fertigstellung des Schwefeltanks erfolgen sollen. Dies geschah jedoch nie.
- 30 Im Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 29 März 2006 (Beilage B-2) hält die Klägerin fest, dass nach Wiederanfahren der Schwefelsäureanlage ein dreitägiger

Garantielauf durchgeführt würde. Nach Abnahme (vgl. Beilage K-7) der Anlage würden die vertraglich vereinbarten Materialgarantien zu laufen beginnen. Da sich die Klägerin weigerte, eben diesen vertraglich geforderten Garantielauf durchzuführen (vgl. auch Beilagen B-1 und B-2), ist die unter 5.2.6 genannte erste Voraussetzung für eine gültige Abnahme nicht erfüllt.

- 31 Weiter stellt der *Ablauf der Frist gem. Artikel 5.2.5.4 des Vertrags* eine weitere Möglichkeit dar, wie die Anlage zur Abnahme gelangen kann. Der Vertrag hält zu dieser Abnahmefiktion fest, die Verfahrensgarantien hätten als erfüllt zu gelten, falls sich die Erstellung der Anlage aus Gründen, die die Klägerin nicht zu vertreten hat, verzögern würde (Beilage K-1, Artikel 5.2.5.4). In diesem Falle – und nur in diesem – würde die Anlage trotz fehlendem Garantielauf als abgenommen gelten.
- 32 Die Klägerin stellt sich in ihrer Klageschrift auf den Standpunkt, die Anlage gelte in jedem Fall als abgenommen, da die vereinbarte Abnahmefiktion eingetreten wäre. Tatsächlich wurde mit Vertrag vom 4.7.2004 eine solche Spätestfrist vereinbart. Aus dem Vertrag geht unmissverständlich hervor, dass diese Spätestfrist nur dann zur Anwendung gelangt, wenn sich die Abnahme der Anlage *aus Gründen, die die Klägerin nicht zu vertreten hat*, verzögert und deswegen kein gültiger Garantielauf durchgeführt werden könne. Das fiktive Abnahmedatum – das auch nochmals unter Ziff. 5.2.6 des Vertrages Erwähnung fand – bildet deshalb i.c. keinen Grund, die Anlage als abgenommen anzusehen.
- 33 Eine dritte Möglichkeit, die Anlage als abgenommen anzusehen, stellt die *erfolgte Zahlung der Entschädigungen gem. Artikel 5.2.5.5 des Vertrages* dar. Da diese Vereinbarungen unzulässig sind (vgl. Rz. 37 ff.), können sie auch keine Grundlage für eine gültige Abnahme darstellen.

II. Keine Abnahme aufgrund von der Klägerin zu vertretenden Mängeln

- 34 Unter Verweis auf die Ansprüche aus den Materialgarantien gem. 5.1 des Vertrages vom 3. Juli 2004 begründet die Klägerin die Abnahmefähigkeit der Anlage, obwohl diese erhebliche Mängel aufwies. Dieser Auffassung ist klar zu widersprechen. Zwar trifft es zu, dass ein Werk zum Zeitpunkt seiner Abnahme auch mit Mängel behaftet sein kann. Die Voraussetzungen für eine Abnahme sind aber i.c. von beiden Parteien beschlossen worden. Die Einhaltung der Verfahrensgarantien während eines

ordentlichen Garantienlaufs – der sämtliche vertraglich festgelegten Bedingungen erfüllt – bildete den Kern der Bestimmungen über die Abnahmevoraussetzungen.

- 35 Zwar stimmt es, dass die Beklagte in der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 sich bereit erklärte, den Garantietestlauf vom 27. November bis 1. Dezember 2005 anzuerkennen. Diese Vereinbarung wurde aber bereits am darauffolgenden Tag dahingehend abgeändert, dass ein neuer Garantienlauf zusammen mit dem neu einzubauenden Schwefelschmelztank durchzuführen ist (Beilage K-7).
- 36 Die in der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 anberaumte Garantietestfahrt, deren Durchführung mit der Gesamtanlage mit Fernschreiben vom 16. Dezember 2005 präzisiert wurde, fand niemals statt, da die Klägerin sich zu dieser bis dato nicht bereit erklärt hat.
- 37 Die Klägerin hat den Vertrag aus Gründen, die sie selbst zu vertreten hat, bis heute nicht erfüllt. Es fand kein gültiger, den vertraglich vereinbarten Abmachungen genügender Garantienlauf statt. Die Abnahmefiktion, wie sie der Vertrag vorsah, kann deshalb von der Klägerin nicht als Beweis einer erfolgten Abnahme angeführt werden.

f. Ungültige Freizeichnungen

- 38 Wie oben aufgeführt, handelt es sich bei der Bankgarantie um eine Anzahlungs- und Erfüllungsgarantie. Da, wie in der Folge ausgeführt wird, die Freizeichnungen keine Gültigkeit haben, steht der Beklagten die Inanspruchnahme der Bankgarantie zu.
- 39 Die Klägerin äussert sich in ihrer Klageschrift unter Rz. 30 zu den Verfahrensgarantien. Der Beklagten wird ein Nachbesserungsrecht, nicht jedoch ein Minderungsrecht oder ein Wandlungsrecht gewährt. Es wird von der Seite der Beklagten nicht bestritten, dass diese Freizeichnung den gesetzlichen Schranken von Art. 100 OR standhält.
- 40 Wie oben aufgeführt, wurden die Garantienläufe von der Klägerin nicht erfolgreich durchgeführt (Rz. 27 ff.). Die kostenlose Ausführung von Nachbesserungs- und/oder Änderungsarbeiten wie unter 5.2.5.5 des Vertrages (Beilage K-1), wurden nicht getätigt. Die Klägerin ist bereit, nachdem zwei Garantienläufe fehlgeschlagen sind, Entschädigungen zu zahlen, jedoch zur Abgeltung aller Ansprüche und unter Ausschluss von weiteren Rechten und Ansprüchen seitens der Beklagten.

- 41 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass diese Bestimmung, die jede weitergehende Haftung ausschliesst, der Schranke von Art. 100 OR widerspricht. Nach Art. 100 Abs.1 OR ist jede zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, nichtig. Entgegen der Behauptung der Klägerin haftet diese nicht für jedes Verschulden. Der Beklagten werden jegliche Rechte und Ansprüche abgesprochen und damit auch eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Dies ist nach Art. 100 Abs. 1 OR nicht zulässig. Die Haftungsausschlussbestimmung verstösst gegen Art. 100 OR und ist deshalb nach Art. 20 Abs. 2 OR nichtig. Die nichtige Vereinbarung wird durch eine zwingende Haftung für grobes Verschulden ersetzt.
- 42 Unter 13.2 und 13.4 des Vertrages (Beilage K-1) ist die Haftung der Klägerin aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag begrenzt auf den Gesamthöchstbetrag von 15%. Die Beklagte fordert Schadenersatz aus Schuldnerverzug. Dieser Ersatz wird die 15% des Gesamthöchstbetrages übersteigen. Dies ist jedoch zulässig, da die Beschränkung der Haftung unzulässig ist.
- 43 Art. 100 OR erklärt den Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit oder rechtswidrige Absicht für unzulässig (WIEGAND, Art. 100, N 1). Die Beschränkung der Haftung auf eine bestimmte Summe ist unzulässig, wie auch Freizeichnungen für grobe Fahrlässigkeit nach Art. 100 Abs. 1 OR (WIEGAND, Art. 100, N 4). Im Vertrag vom 3. Juli 2004 (Beilage K-1) wird durch die Begrenzung des Schadenersatzes auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz beschränkt (vgl. auch BGE 102 II 264). Die Schadenpauschalierung ist unzulässig und somit nichtig.
- 44 Unter 13.4 des Vertrages (Beilage K-1) wird jede weitergehende Haftung, die nicht ausdrücklich im Vertrag geregelt ist, ausgeschlossen. Es werden Schadensarten wie bspw. direkte oder indirekte Mängelfolgeschäden, Produktionsverlust und entgangener Gewinn begrenzt. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass diese Freizeichnungsbestimmung zulässig ist, weil keine vollständige Wegbedingung der Haftung erfolgt ist. Diese Behauptung ist nicht richtig. Totalausschlüsse einer Vertragshaftung kommen in der Praxis selten vor. Haftungsbeschränkungen, die die Haftungslage der Geschädigten in einer anderer Weise verschlechtern, kommen häufiger vor (BUOL, N 16). Der teilweise Ausschluss einer Haftung kann durch Auslegung nicht zulässig sein.

- 45 Die Klägerin ist der Ansicht, dass sie aus der Materialgarantie haftet, was eine vollständige Wegbedingung anderer Schadensarten zulässt. Dem ist nicht zuzustimmen. Der Mangelfolgeschaden ist ein weiteres Schadenersatzrecht, es tritt kumulativ zum Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht hinzu (vgl. GAUCH, N 1848 ff.). Der Mangelfolgeschaden ist eine Verschuldenshaftung; der Unternehmer muss vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben (Art. 364 Abs. 1 OR). Vereinbarungen für die Beschränkung der Mängelhaftung sind in einem weiten Rahmen zulässig, sie unterliegen aber den Schranken von Art. 100 Abs. 1 OR (ZINDEL/PULVER, Art. 100, N 87).
- 46 Unzulässig sind insbesondere Vereinbarungen, welche die Haftung des Unternehmers für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausschliessen wollen (ZINDEL/PULVER, Art. 100, N 87).
- 47 Unter 13.4 des Vertrages (Beilage K-1) wird der Mangelfolgeschaden ganz, und damit auch für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit, ausgeschlossen. Dies ist unzulässig. Da die Anlage als noch nicht abgenommen gilt, weil der Garantielauf nicht erfolgreich durchgeführt worden ist, kann die Beklagte die Verfahrensgarantien geltend machen und kumulativ zur Nachbesserung auch Mangelfolgeschaden geltend machen.
- 48 Die Freizeichnungen der Klägerin sind nicht gültig und entfalten deshalb keinerlei Rechtswirkungen.

2. Herausgabe der Garantieurkunde

a. Inanspruchnahme trotz Fristablauf

- 49 Die Beklagte hatte berechtigterweise versucht, am 4. Oktober 2006 die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen, bevor am 3. Januar 2007 die Frist ablief. Es ist unerheblich, dass die Frist zum jetzigen Zeitpunkt verstrichen ist, da die versuchte Inanspruchnahme fristgerecht erfolgte. Die Beklagte hat innerhalb der gesetzten Frist versucht, die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen und auch der Garantiefall ist vor dem 3. Januar 2007 eingetreten. Die Inanspruchnahme wurde vor Verstreichen des Verfalldatums von der Beklagten erklärt, ist bei der Fjordbank AS tatsächlich eingegangen und ist somit fristgerecht erfolgt (DOHM, N 173). Solange das Verfahren vor dem Schiedsgericht

nicht abgeschlossen ist, kann von der Beklagten nicht verlangt werden, das Original der Garantieurkunde der Fjordbank AS auszuhändigen, da die Rückgabe das Erlöschen des Garantievertrages zur Folge hätte, was den Interessen der Beklagten klar widerspricht.

b. Erlöschen des Garantievertrags

50 Wie die Klägerin in Rz. 45 der Klageschrift zutreffend ausführt, gilt der Garantievertrag mit Rückgabe der Garantieurkunde als erloschen. Dies liegt nicht im Interesse der Beklagten. Sie ist der Ansicht, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie rechtmässig erfolgte und das Schiedsgericht ihrem Begehren auf Auszahlung der Garantiesumme stattgeben wird. Ohne gültigen Garantievertrag würde die Klägerin jede rechtliche Handhabe gegen die Klägerin und die Fjordbank AS aufgeben, es würde für sie unmöglich, die Garantiesumme zu erhalten.

c. Ansprüche aus der Garantie sind nicht befriedigt

51 Auch die Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus der Garantie würde zu einer Rückgabeverpflichtung führen. Die Klägerin hat nicht vertragsgemäss geleistet, womit diese Rückgabeverpflichtung nicht zum Tragen kommt.

d. Kein Abschluss eines Erlassvertrages

52 Die Beklagte ist aus oben genannten Gründen ebenfalls nicht bereit, ihre Rechte aus der Garantie mittels eines Erlassvertrages als erloschen zu erklären.

53 Dem Begehren der Klägerin auf Rückgabe der Garantieurkunde an die Fjordbank AS ist nicht stattzugeben. Die Beklagte hat ein berechtigtes Interesse, weiterhin im Besitz der Garantieurkunde zu bleiben.

54 Mit der Rückgabe der Garantieurkunde würde es für die Beklagte unmöglich, den Garantiebtrag zu erhalten. Die Beklagte macht aber geltend, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie rechtmässig erfolgte, der Garantiebtrag an sie auszubezahlen ist und die Garantieurkunde erst mit erfolgter Auszahlung der Garantiesumme an die Fjordbank AS zurückzugeben ist.

3. Kein Anspruch auf Aussprechung eines Prozessführungsverbot

55 Wie bereits dargelegt (Rz. 15 ff.), sind die Vorwürfe der Klägerin, dass die Beklagte die Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 rechtsmissbräuchlich in Anspruch nehmen wolle, haltlos. In diesem Zusammenhang besteht für die Klägerin auch kein Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie. Da der Klägerin bereits dieser Unterlassungsanspruch nicht zusteht, kann ihr auch nicht ein Prozessführungsverbot gegen die Beklagte bezüglich der anhängigen Prozesse in Kroatien gegen die Fjordbank AS in Kroatien am Bezirksgericht in Zagreb (Prozessnummer 4R.5694) zustehen.

56 Obschon der Klägerin kein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot zusteht, wird nachstehend aufgezeigt, dass selbst wenn das Gericht zum Schluss käme, dass der Klägerin grundsätzlich das Institut des Prozessführungsverbots zustünde, die Voraussetzungen für ein solches Prozessführungsverbot nicht gegeben sind.

a. Fehlende rechtliche Grundlagen für ein Prozessführungsverbot

57 Die Klägerin behauptet, dass die Klage am Bezirksgericht in Zagreb (Prozessnummer 4R.5694), welche die Beklagte gegen die Fjordbank AS führt, gegen die Gerichtsstand- bzw. Schiedsvereinbarung verstosse. Diese Behauptung ist falsch. So entfaltet der Vertrag vom 3. Juli 2004 (Beilage K-1) lediglich Rechtswirkung zwischen den beteiligten Parteien, also zwischen der Klägerin und der Beklagten. Der Prozess zwischen der Beklagten und der Fjordbank AS ist deshalb gesondert zu betrachten. Auch wird im Vertrag unter 16.1 ausdrücklich erwähnt, dass materielles Schweizer Recht zur Anwendung kommen. Sollte also dennoch bezüglich des Prozesses zwischen der Beklagten und der Fjordbank AS ein Bezug auf den genannten Vertrag gesehen werden, so würde hierbei ebenfalls materielles Schweizer Recht Anwendung finden.

58 Allein diese Tatsache spricht bereits gegen das Institut eines Prozessführungsverbot, da der kontinentaleuropäischen Rechtsordnung – im Gegensatz zum angelsächsischen Rechtsraum – ein solches Institut nicht bekannt ist. Im Gegenteil: das Institut ist dem

schweizerischen Recht nicht nur fremd, es hat sich gar gezeigt, dass Schweizer Gerichte keine transnationalen Prozessführungsverbote aussprechen dürfen. Das Aussprechen eines solchen Prozessführungsverbotese steht im Widerspruch zu zivil- wie auch staatsrechtlichen Grundsätzen (vgl. STACHER, S. 78). Es besteht daher keine rechtliche Grundlage für das Institut des Prozessführungsverbotese.

- 59 Dennoch führt die Klägerin, einer Mindermeinung folgend, die Voraussetzungen für ein Prozessführungsverbotese gegen die Beklagte auf. Selbst wenn man dieser Argumentationslinie folgen würde, so zeigt sich, dass auch hierbei die Voraussetzungen nicht gegeben sind. Nachstehend wird aufgezeigt, dass die von der Klägerin dargelegten Voraussetzungen für das Aussprechen einer vorsorglichen Verfügung auf Unterlassung einer ausländischen Prozessführung nicht gegeben sind.

b. Fehlende Voraussetzungen für eine vorsorgliche Verfügung auf Unterlassung ausländischer Prozesse

- 60 Voraussetzung für die Aussprechung einer vorsorglichen Massnahme bildet die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes und des Verfügungsanspruches. Die Klägerin führt hierzu richtigerweise aus, dass bei der Prüfung des Verfügungsgrundes die Interessen beider Parteien abgewogen werden müssen (vgl. JEGHER, S. 175). Freilich stellt die Klägerin hierbei ihre eigenen Interessen in unverhältnismässiger Weise über die Interessen der Beklagten. So führt die Klägerin aus, dass ihr «ein drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil» entstehe. Die Klägerin führt hierzu aus, dass ihr eine Vermögensschädigung von 4.4 Millionen Euro drohe, da sie befürchte, die Fjordbank AS würde Rückgriff auf sie nehmen. Wie bereits dargelegt (Rz. 25), kam es nicht zur vertragsgemässen Abnahme der Anlage, womit die Beklagte gemäss vertraglicher Vereinbarung und internationalen Gepflogenheiten völlig zu Recht die Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 in Anspruch nahm, um ihrerseits Vermögenseinbussen zu vermeiden, resp. den ihr bereits entstandenen Schaden zu mildern. Die Interessen der Beklagten wiegen somit mindestens gleich wie jene der Klägerin. Hieraus folgt, dass keine genügende Grundlage für die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes für vorsorgliche Verfügung seitens der Klägerin besteht.

- 61 Weiter muss die Klägerin den Verfügungsanspruch glaubhaft machen, d.h. sie hat darzulegen, dass sie einen Anspruch auf Unterlassung ausländischer Prozessführung besitzt (JEGHER, S. 175). Die Beklagte argumentiert, dass transnationale Prozessführungsverbote die Prozessökonomie fördern und Parallelverfahren in mehreren Staaten und somit sich widersprechende Entscheide verhindern würden (STACHER, S. 62). Diese Darlegung vermag nicht zu überzeugen. Die Parteien haben im Vertrag vom 3. Juli 2004 unter 16.1 (Beilage K-1) festgehalten, dass die Interpretation des Vertrages sowie die Anwendung einzelner Vertragspunkte nach materiellem Schweizer Recht unter Ausschuss des einheitlichen UN-Kaufrechts erfolgen.
- 62 Wie bereits dargelegt kennt die Schweizer Rechtsordnung, entgegen den Behauptungen der Klägerin, das Institut des Prozessführungsverbotes nicht. Der Klägerin steht somit kein Verfügungsanspruch auf vorsorgliche Verfügung auf Unterlassung ausländischer Prozesse zu, womit auch deren zweite Voraussetzung nicht gegeben ist.

c. Kein schikanöses oder rechtsmissbräuchliches Verfahren

- 63 Die Klägerin unterstellt der Beklagten, dass es sich beim Prozess zwischen der Beklagten und der Fjordbank AS um ein schikanöses, resp. bedrückendes Verfahren handle. Dieser Vorwurf ist unhaltbar. Die Tatbestandselemente eines schikanösen Verfahrens umfassen die Art und Weise der Prozessführung oder den Ort der Prozessführung.
- 64 Die Art und Weise einer Prozessführung ist dann bedrückend, wenn die Klage im bösen Glauben eingeleitet worden wäre (JEGHER, S. 94). Der Beklagten Bösgläubigkeit zu unterstellen ist in keiner Weise zu vertreten. Bei Bankgarantien auf erstes Anfordern gilt der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“, so dass der Begünstigte rasch in den Besitz der Garantiesumme kommt (HONSELL, S. 46). Die Klägerin war sich dieser Tatsache stets bewusst und die Beklagte hätte den Arrestbefehl gegen die Fjordbank AS gar nie erwirken müssen, wenn sie die Bankgarantie – nach den internationalen Gepflogenheiten und den vertraglichen Vereinbarungen – hätte ziehen können.
- 65 Ein Verfahren wäre weiter dann rechtsmissbräuchlich, wenn es an einem Ort erhoben würde, welcher eine schwache Beziehung zum Streitgegenstand aufweist (JEGHER, S. 95). Selbstredend besteht für die Beklagte eine enge Beziehung zu ihrem Firmensitz in

Zagreb. Dem Bezirksgericht Zagreb Unzuständigkeit im Verfahren zwischen der Beklagten und der Fjordbank AS zu unterstellen – was die Klägerin versucht – ist nicht vertretbar.

- 66 Weiteres Tatbestandselement eines schikanösen Prozesses liegt vor, wenn keinerlei Aussicht auf Erfolg besteht (JEGHER, S. 95). Wie dargelegt, wurde die Anlage nicht vertragsgemäss abgenommen und die Klägerin konnte sich auch nicht gültig freizeichnen. Der Beklagten steht gerade für diesen Fall die Garantiesumme zu. Da der Beklagten – durch das Verhalten der Klägerin – keine andere Wahl blieb, als die ihr zustehenden Vermögenswerte zu verarrestieren, sind ihre Erfolgchancen im Prozess mehr als intakt.
- 67 Die Klägerin unterstellt der Beklagten weiter, dass sie einen Prozess ohne schützenswertes Interesse führe, welcher einzig dem Zweck diene die Gegenpartei zu schikanieren oder ihr gar Schaden zuzuführen. Auch stehe die Klageeinreichung nicht im Mittelpunkt (JEGHER, S. 140). Wie bereits dargelegt, kann der Beklagten nicht unterstellt werden, sie führe einen schikanösen oder rechtsmissbräuchlichen Prozess. Selbstverständlich hat die Beklagte ein schützenswertes Interesse in Form der ihr zustehenden Garantiesumme, welche ihr vertragsgemäss zusteht. Im Lichte dieses Umstandes steht für die Beklagte die Klageeinreichung sehr wohl im Mittelpunkt, um die ihr zustehenden Rechte erlangen zu können.

d. Völkerrechtliche Ebene

- 68 Die Klägerin versucht, das Institut des Prozessführungsverbot auf völkerrechtlicher Ebene zu rechtfertigen. Gerade hier zeigt sich jedoch, dass Prozessführverbote die Rechtssprechungsfunktionen des Zielgerichtes einschränken und in das Hoheitsgebiet des kroatischen Staates eingreifen. Jeder Staat ist innerhalb seines Hoheitsgebietes souverän und verfügt über eigene Rechtssetzung- und Rechtssprechungsfunktionen (vgl. STACHER, N 54).
- 69 Das Zielgericht befindet sich in Kroatien und untersteht somit nicht der Rechtssprechungshoheit des Schweizer Staates. Die Behauptungen der Klägerin – es würde die Souveränität der Schweiz untergraben – sind schlicht absurd. Gerade im Sinne der Rechtssicherheit muss die schweizerische Rechtssprechung die Souveränität

fremder Staaten waren. Dem Gerichtsstandort eines demokratischen Rechtsstaates wie Kroatien die Kompetenz abzusprechen, im Prozess zwischen der Beklagten und der Fjordbank AS entscheiden zu können, ist nicht haltbar.