

Polar Technology AS,  
0456 Oslo  
Norwegen

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 1:  
Cyrill Kaeser  
Patrick Mügglér  
Marc Schürch  
Ronny Velvart

Zürich, 12. März 2008

## **Klageschrift im Schiedsfall Nr. 600098-2007**

Sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter

In Sachen

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

vertreten durch die Moot Court Gruppe 1

**Klägerin**

gegen

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

vertreten durch die Moot Court Gruppe [...]

**Beklagte**

betreffend

**Forderung**

beziehe ich mich auf den Konstituierungsbeschluss vom 14. Dezember 2007 und reiche namens und im Auftrag der Klägerin und innert Frist die Klageschrift ein, mit den

### **Rechtsbegehren:**

- „1. *Die Beklagte sei zu verurteilen, zu unterlassen, die Fjordbank AS aus der Anzahlungsgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 in Anspruch zu nehmen.*
2. *Die Beklagte sei zu verurteilen, das Original der Anzahlungsgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 an die Fjordbank AS herauszugeben.*
3. *Die Beklagte sei zu verurteilen, die am Bezirksgericht in Zagreb (Prozessnummer 4R.5694) gegen die Fjordbank AS sowie bei allen sonstigen kroatischen Gerichten anhängigen Klagen in Bezug auf die Anzahlungsgarantie 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 Anzahlungsgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 in Norwegen vor dem Einzelrichter am Bezirksgericht in Oslo (Prozessnummer 02-35450) und dem Bezirksgericht in Oslo (Prozessnummer 02-54670), dem Einzelrichter am Bezirksgericht in Zagreb (Prozessnummer 4R.5694), dem Obergericht in Zagreb (Prozessnummer 5Q.6779) und allen sonstigen kroatischen Gerichten entstanden sind und noch entstehen werden.*
5. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.“*

Zu den Rechtsbegehren 4 und 5 hat sich die Klägerin gemäss Punkt 2.8 des Konstituierungsbeschlusses des Schiedsgerichts vom 14. Dezember 2007 erst in der zweiten Phase des Verfahrens zu äussern. Nachfolgend wird daher nur auf die Rechtsbegehren 1 bis 3 eingegangen.

# Inhaltsverzeichnis

Zeitschriftenverzeichnis.....	VI
Webadressen.....	VI
Abkürzungsverzeichnis.....	VII
Einleitung.....	IX
1. Vertrag.....	1
1.1 Vertragsgegenstand.....	1
1.2 Rechtsnatur des Vertrages.....	1
1.2.1 Werkvertrag.....	1
1.2.2 Bauwerkvertrag.....	1
1.3 Freizeichnungsklauseln.....	2
2. Vertragserfüllung.....	2
2.1 Vertragliche Verpflichtungen der Klägerin.....	2
2.1.1 Mechanische Fertigstellung anfangs September 2005.....	2
2.1.2 Nachweis der Verfahrensgarantien.....	3
2.1.2.1 Garantieläufe.....	3
2.1.2.4 Unzulässige Verweigerung der Zusammenarbeit.....	5
2.1.3 Die Vereinbarung vom 15.12.2005.....	5
2.1.3.1 Inhalt und Bedeutung.....	5
2.1.3.2 Probetrieb vs. Garantielauf.....	6
2.2 Abnahme der Anlage.....	7
2.3 Fazit.....	8
3. Bankgarantie.....	8
3.1 Rechtliche Qualifikation der Bankgarantie.....	9
3.2 Art der Bankgarantie.....	9
3.2.1 Abgrenzungskriterien.....	9
3.2.2 Sicherungszweck.....	10
3.3 Art der Inanspruchnahme der Bankgarantie.....	10
4. Unberechtigte und missbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie.....	11
4.1 Keine absolute Geltung der Unabhängigkeit von Bankgarantien.....	11
4.2 Der Rechtsmissbrauch im Zusammenhang mit Bankgarantien.....	11
4.2.1 Inanspruchnahme trotz vertragsgemässer Leistung durch die Klägerin.....	12
4.2.2 Inanspruchnahme trotz Leistungsstörung durch die Beklagte.....	12
4.2.3 Inanspruchnahme zur Deckung einer anderen Forderung.....	14
5. Anspruch auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie.....	15
6. Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Herausgabe der Bankgarantie.....	15
7. Schiedsvereinbarung.....	16
7.1 Wirkungen der Schiedsvereinbarung.....	16
7.2 Anspruch auf Klagerückzug.....	17
7.2.1 Möglichkeiten im anglo-amerikanischen Recht.....	17
7.2.2 Anwendbarkeit des anglo-amerikanischen Rechts.....	17
7.2.3 Antrag der Klägerin an das Schiedsgericht.....	17

<b>7.2.4 Die Voraussetzungen der anti-suit injunction.....</b>	<b>17</b>
<b>7.2.4.1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts .....</b>	<b>17</b>
<b>7.2.4.2 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil .....</b>	<b>17</b>
<b>7.2.4.3 Erfolgsaussichten in der Hauptsache.....</b>	<b>18</b>
<b>7.2.4.4 Dringlichkeit der Massnahme .....</b>	<b>18</b>
<b>7.2.5 Fazit zum Anspruch auf Klagerückzug.....</b>	<b>18</b>
<b>7.3 Anti-suit injunction als Prozessführungsverbot gegenüber der Beklagten .....</b>	<b>18</b>
<b>7.3.1 Vorläufiger Schiedsspruch und NYÜ .....</b>	<b>19</b>
<b>7.3.2 Vorläufiger Schiedsspruch als Entscheid im Sinne des NYÜ .....</b>	<b>19</b>
<b>7.4 Zurückhaltende Anordnung von Prozessführungsverboten durch Schiedsgerichte.....</b>	<b>19</b>
<b>7.4.1 Kein Eingriff in die Zuständigkeit der kroatischen Gerichte.....</b>	<b>19</b>
<b>7.4.2 Keine Verletzung des Rechts auf freien Zugang zu Gerichten.....</b>	<b>20</b>
<b>7.4.3 Argumente welche die Zurückhaltung der Schiedsgerichte beim Aussprechen von Prozessführungsverboten relativieren.....</b>	<b>20</b>
<b>7.5 Fazit .....</b>	<b>20</b>

## Literaturverzeichnis

BÜHLER Theodor, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997

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

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

DOHM Jürgen, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985

GAILLARD Emmanuel (Hrsg.), Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, IAI Seminar Paris – November 21, 2003;  
(zit. Bearbeiter)

GAUCH Peter, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996  
(zit. GAUCH)

GAUCH Peter, Kommentar zur SIA-Norm 118, Artikel 157 – 190, Zürich 1991  
(zit. GAUCH, SIA-Norm 118)

HAUSHEER Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, Der Werkvertrag Art. 363 – 366 OR, erläutert von Koller Alfred, Bern 1998  
(zit. BEK-KOLLER)

HONSELL Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Auflage, Zürich 2006  
(zit. HONSELL)

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

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

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

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

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

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

SCHMID Jörg, Freizeichnungsklauseln, in: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, herausgegeben von Honsell Heinrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger/Zobl Dieter, Zürich 2003  
(zit.: Schmid)

SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006

SPAINI Mauro, Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Dietikon 2000

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

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

WALTER Gerhard/BOSCH Wolfgang/BRÖNNIMANN Jürgen, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991;

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

### **Zeitschriftenverzeichnis**

WALTHER Fridolin, Vorläufiger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte, in: Jusletter 16. April 2007 [Rz.] (zit. WALTHER)

WIRTH Markus in: Bull ASA 1/2000, S. 31-45

### **Webadressen**

MAX-PLANCK-INSTITUT für ausländisches und internationales Privatrecht, Prozessführungsverbote zum Schutz von Schiedsvereinbarungen, 11.06.2007, gefunden auf:  
<[www.mpipriv.de/ww/de/pub/aktuelles/content5057.htm](http://www.mpipriv.de/ww/de/pub/aktuelles/content5057.htm)> (zuletzt besucht am: 29.02.2008)

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EUR	Euro (Europäische Währung)
f./ff.	folgende/fortfolgende
h.L.	herrschende Lehre
i.c.	in casu
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes (Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten)
i.d.S.	in diesem Sinne
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.d.	im Sinne der, des
i.S.v.	im Sinne von
LugÜ	Übereinkommen von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, vom 16. September 1988 (SR 0.275.11)
m.a.W.	mit anderen Worten
Mio.	Million
N	Note
Nr.	Nummer

NYÜ	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (SR 0.277.12)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
SchO	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung) vom Januar 2006
SIA-Norm 118	Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA), Ausgabe 1977/1991
t/h	Tonnen pro Stunde
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
vs.	versus
Vorb.	Vorbemerkung(en)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer



## **Einleitung**

Zunächst wird die Klägerin auf die Rechtsnatur des Vertrages eingehen [1] und darlegen, dass sämtliche vertragliche Verpflichtungen von der Klägerin erfüllt wurden [2].

In der Folge wird sie näher auf die Bankgarantie eingehen und insbesondere aufzeigen, dass diese als Anzahlungsgarantie zu qualifizieren ist [3].

Darüber hinaus wird die Klägerin nachweisen, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich war [4]. Aus der missbräuchlichen Inanspruchnahme resultiert ein klagbarer Unterlassungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten [5].

Neben dem Unterlassungsanspruch ergibt sich aus dem Rechtsmissbrauch zusätzlich ein Rückgabeanspruch der Klägerin bezüglich der Bankgarantie [6].

Schliesslich wird die Klägerin beweisen, dass sie einen Anspruch gegenüber der Beklagten hat, wonach diese die in Kroatien gegen die Fjordbank anhängigen Klagen in Bezug auf die Bankgarantie zurückzunehmen hat. Ferner wird sie aufzeigen, dass der Unterlassungsanspruch i.S.v. Streitfrage 1 auch ein Prozessführungsverbot gegenüber der Beklagten beinhaltet [7].

## **1. Vertrag**

1 Die Klägerin und die Beklagte haben am 03.07.2004 einen Vertrag i.S.v. OR 1 ff. (nachstehend „Vertrag“) abgeschlossen (Beilage K-1).

### **1.1 Vertragsgegenstand**

2 Die Klägerin hat sich im Vertrag verpflichtet die bestehende Schwefelsäureanlage in Karlovac, Kroatien (nachstehend „Anlage“) der Beklagten so umzubauen bzw. zu modernisieren, dass sie den im Vertrag festgelegten Anforderungen entspricht (Beilage K-1, Präambel).

3 In concreto beinhaltet dieser Umbau Ingenieurdienstleistungen, Lieferung von Anlageteilen und Material, De- und Neumontage sowie Inbetriebnahme nach den im Vertrag selber und in dessen Anhängen 1-10 festgehaltenen Bedingungen (Beilage K-1, Ziff. 1).

4 Im Ergebnis sollte die bestehende Schwefelsäureanlage nach dem Umbau die im Vertrag Ziff. 5.2.1 bzw. im Anhang 10 (Beilage K-2) aufgeführten Verfahrensgarantien bezüglich Kapazität, Emission, Säurequalität, Dampferzeugung und Schwefelverbrauch erreichen („Verfahrensgarantien“).

5 Als Gegenleistung verpflichtete sich die Beklagte zur Zahlung von EUR 22 Mio. (Beilage K-1, Ziff. 2).

### **1.2 Rechtsnatur des Vertrages**

#### **1.2.1 Werkvertrag**

6 Nach dem zum Vertragsgegenstand Gesagten ist der Vertrag als Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR zu qualifizieren. Gemäss Art. 363 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Das zentrale und zu anderen Vertragstypen abgrenzende Element besteht darin, dass eine Arbeitsleistung mit einem bestimmten Erfolg geschuldet wird (GAUCH, N 18 bzw. BGE 115 II 53). Im Erfolg der Arbeit besteht das geschuldete Werk. Dieses Werk kann u.a. auch im Ergebnis von Arbeiten an einer bereits vorhandenen Sache bestehen (GAUCH, N 28). Alle diese Voraussetzungen erfüllt der Vertrag: Die Herstellung eines Werkes mittels Arbeitsleistung (Rz. 3), einen bestimmten Erfolg (Rz. 4) und eine Vergütung (Rz. 5).

#### **1.2.2 Bauwerkvertrag**

7 Genauer gesagt liegt ein Bauwerkvertrag vor. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass die Herstellung eines Bauwerkes übernommen wurde und damit die Leistung von Bauarbeiten mit oder ohne Lieferung von Werkstoff versprochen worden ist (GAUCH, N 205). Bauarbeiten i.d.S. liegen vor, wenn ein mit dem Erdboden verbundener Bau (oder ein Bauteil) körperlich gestaltet wird (GAUCH, N 206). Als Bauwerk gilt u.a auch – wie im vorliegenden Fall – das Ergebnis von Umbauarbeiten (GAUCH, N 206). Die dazu notwendigen Ingenieurdienstleistungen, die Lieferung von Anlageteile und Material sowie die De- und Neumontage sind als Bauarbeiten mit Lieferung von Werkstoffen zu bezeichnen.

- 8 Die Behauptung der Beklagten, es liege ein Werklieferungsvertrag vor, weil die Klägerin als Unternehmerin auch den Werkstoff selber liefern muss, ist nicht ganz zutreffend. Werklieferungsvertrag und Bauwerkvertrag schliessen sich gegenseitig nicht aus bzw. alle Merkmale des Werklieferungsvertrages sind im Bauwerkvertrag enthalten. Schliesslich sind beide Werkverträge (Werklieferungsvertrag: vgl. BaK-Zindel/Pulver, Art. 363 N 21; Bauwerkvertrag: vgl. BeK-Koller, Art. 363 N 201) und unterliegen den dispositiven (BaK-Zindel/Pulver, Vorb. Art. 363-379 N 21) werkvertraglichen Regelungen von Art. 363-379 OR.
- 9 Eine Unterscheidung ist aber trotzdem von Bedeutung, weil es bei Bauwerksverträgen üblich ist, dass die SIA-Norm 118 zur Anwendung kommt. Allerdings ist sie nur anwendbar, wenn sie im Vertrag für verbindlich erklärt wurde (BaK-Zindel/Pulver, Vorb. Art. 363-379 N 22). Dies ist beim Vertrag zwar nicht der Fall, doch dürfte es wegen der grossen Verbreitung der SIA-Norm 118 bei Bauwerksverträgen gerechtfertigt sein, sie zur Auslegung bei unklaren Vertragsklauseln heranzuziehen, falls weder Vertrag noch Gesetz eine Antwort auf ein Problem geben (BaK-Zindel/Pulver, Vorb. Art. 363-379 N 22). Die Klägerin behält sich deshalb an dieser Stelle vor dies gegebenenfalls zu tun.

### **1.3 Freizeichnungsklauseln**

- 10 Die Behauptung der Beklagten, die pauschalierten Schadenersatzzahlungen und die zahlreichen Freizeichnungen seien widersprüchlich und unzulässig (Einleitungsantwort, Ziff. 16), ist unzutreffend.
- 11 Den Vertragsparteien steht es nämlich aufgrund der in Art. 19 Abs. 1 OR statuierten Vertragsfreiheit offen, die vertragliche Haftung durch sog. Freizeichnungsklauseln zu beschränken oder sogar wegzubedingen (HUGUENIN, N 741). Einzige Schranken ergeben sich vorliegend aus Art. 100 Abs. 2 OR, wonach die Haftung für Absicht und grobe Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann. Damit soll ein Minimum an Vertragsgerechtigkeit v.a. bei ungleich starken Vertragspartnern durchgesetzt werden (SCHMID, S. 308, I.4).
- 12 Im Vertrag findet sich keine Klausel, welche die Haftung im ebengenannten Sinn unzulässig einschränkt. Vielmehr einigten sich Klägerin und Beklagte als gleichstarke Vertragspartner freiwillig über die Freizeichnungsklauseln mit Abschluss des Vertrages. Auf weitere Ausführungen kann deshalb verzichtet werden.

## **2. Vertragserfüllung**

- 13 Die Klägerin hat sämtliche Verpflichtungen aus dem Vertrag erfüllt. Sie hat die Anlage vollendet, d.h. mechanisch fertiggestellt (s. 2.1.1) und die vereinbarten Verfahrensgarantien nachgewiesen (s. 2.1.2), womit die Anlage abgenommen wurde bzw. als abgenommen zu gelten hat (s. 2.2).

### **2.1 Vertragliche Verpflichtungen der Klägerin**

#### **2.1.1 Mechanische Fertigstellung anfangs September 2005**

- 14 Gemäss Vertrag Ziff. 4 wurde vereinbart, dass die Anlage innerhalb von 14 Monaten nach Unterzeichnung des Vertrages (d.h. am 03.09.2005) plus einer Gnadenfrist von vier Wochen (d.h. am 03.10.2005) mechanisch fertiggestellt sein muss. Diese erfolgte anfangs Sept. 2005 und wird von der Beklagten nicht bestritten.

### **2.1.2 Nachweis der Verfahrensgarantien**

- 15 Im Anschluss an die mechanische Fertigstellung sollten innerhalb von weiteren zwei Monaten (d.h. bis anfangs Nov. 2005) die im Anhang 10 des Vertrages vereinbarten Verfahrensgarantien in einem fünftägigen Garantielauf nachgewiesen werden (Beilage K-1, Ziff. 5.2.5). Bei erfolgreicher Durchführung dieses Garantielaufes gelten die Verfahrensgarantien als nachgewiesen und der Vertrag als vollständig erfüllt (Beilage K-1, Ziff. 5.2.5.2). Die Abnahme ist von der Beklagten durch Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls zu bestätigen (Beilage K-1, Ziff. 5.2.5.2).
- 16 Der fünftägige Garantielauf wurde innert dieser Frist (d.h. bis anfangs Nov. 2005) in gegenseitiger Übereinstimmung (s. Rz. 18) aufgrund anfänglicher Instabilität der Anlage nicht durchgeführt. Die Klägerin hat die Anlage aber spätestens anfangs Nov. 2005 stabilisiert, alle Mängel im Rahmen der Materialgarantie i.S.v. Ziff. 5.1 des Vertrages beseitigt und so die Voraussetzungen für den Garantielauf geschaffen.
- 17 Trotzdem war die Beklagte der Meinung, die Anlage sei noch nicht bereit für einen Garantielauf. Sie machte geltend, die Anlage müsse vor dem Garantielauf eine ausreichende Stabilität in ihren Produktionswerten aufweisen und über eine längere Periode mit Volllast und frei von technischen Defekten betrieben worden sein (Einleitungsantwort, Ziff. 4).
- 18 Dass eine gewisse Anlagestabilität als Voraussetzung für die Durchführung des Garantielaufs gegeben sein muss, versteht sich von selbst. Der Nachweis der Verfahrensgarantien liegt nicht nur im Interesse der Beklagten, sondern in gleichem Masse auch im Interesse der Klägerin, weshalb sie einen Garantielauf nur ankündigen und durchführen wird, wenn sie der Überzeugung ist, dass die Verfahrensgarantien über fünf Tage sicher erreicht werden. Aus diesem Grund hat die Klägerin die Anlage seit 02.09.2005 bis anfangs Nov. 2005 ja auch stabilisiert, ohne einen Garantielauf durchführen zu wollen. Mit diesem Vorgehen war auch die Beklagte einverstanden, hat sie doch sogar den am 08.11.2005 durch die Klägerin angekündigten ersten Garantielauf mit der Begründung abgelehnt, die Anlage sei aufgrund von Instabilitäten noch nicht bereit für einen solchen (s. Rz. 17).

#### **2.1.2.1 Garantielläufe**

- 19 Als die Klägerin dann den Garantielauf vertragsgemäss fünf Tage im Voraus (Beschluss Nr. 2, Ziff. 7), also am 08.11.2005 angekündigt hat, verweigerte die Beklagte unzulässigerweise die Zusammenarbeit i.S.d. Vertrags Ziff. 5.2.5.1. Abs. 2. Aus dieser Bestimmung geht nämlich eindeutig hervor, dass die Klägerin einseitig den Garantielauf bekannt zu geben hat und im Anschluss daran die Details der Durchführung des Garantielaufes gemeinsam festgelegt werden. Dass die Beklagte mit der Ankündigung einverstanden sein muss, kann daraus nicht gelesen werden. Ebenfalls nicht, dass die Anlage zuvor über eine längere Periode mit Volllast gelaufen sein muss.

- 20 Aus diesem Grund hat die Klägerin den Garantielauf alleine durchgeführt. Die Verfahrensgarantien wurden über fünf Tage (13.11.–18.11.2005) voll und ganz erreicht, in einem Protokoll festgehalten und der Beklagten zugesandt (Beilage K-5).
- 21 Im Anschluss daran wurden über weitere fünf Tage (18.11.–22.11.2005) die Verfahrensgarantien zum zweiten Mal nachgewiesen, festgehalten und die Beklagte wiederum darüber schriftlich informiert (Beilage K-6).
- 22 Somit hat die Klägerin ganz klar gezeigt, dass die Anlage über mindestens 15 Tage einwandfrei und mit den vertraglich vereinbarten Verfahrensgarantien funktionierte. Nämlich über zwei Mal fünf Tage (also zehn Tage) Garantielauf, die dokumentiert sind und der Beklagten vorliegen und über fünf Tage von der Ankündigung (08.11.2005) bis zur Durchführung (13.11.2005) des ersten Garantielaufes.
- 23 Obwohl die Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt jegliche Zusammenarbeit verweigerte, war die Klägerin nichtsdestotrotz bereit, auch noch einen dritten Garantielauf durchzuführen, in der Erwartung, dass die Beklagte zumindest diesmal, wie vertraglich vereinbart, zusammenarbeiten würde. Denn es wurde ja offensichtlich gezeigt, dass die Anlage über mindestens 15 Tage frei von technischen Mängeln betrieben und die Verfahrensgarantien nachgewiesen wurden (Rz. 22).
- 24 Im Vertrag wurde statuiert, dass der Garantielauf innerhalb von zwei Monaten nach mechanischer Fertigstellung durchzuführen ist (Beilage K-1, Ziff. 5.2.5). Ein Garantielauf ist somit auch wenige Tage danach möglich. In Anbetracht dessen, dass in dieser Bestimmung nirgends die Rede von einer vorgängigen Mindestbetriebsdauer ist, sind mit der nachgewiesenen einwandfreien Betriebsdauer über 15 Tage selbst die nicht im Vertrag enthaltenen Forderungen der Beklagten an einen vorgängigen Betrieb unter Volllast über eine längere Periode mehr als erfüllt. Somit war die Verweigerung nicht nur völlig unberechtigt, sondern darüber hinaus unzulässig bzw. vertragswidrig (vgl. Rz. 27 ff.).
- 25 Die Klägerin kündigte auch diesen dritten Garantielauf vertragsgemäss fünf Tage im Voraus (d.h. am 22.11.2005) an (Beschluss Nr. 2 Ziff. 7). Aber sogar dieses Mal zeigte sich die Beklagte völlig unkooperativ und verweigerte jegliche vertraglich vereinbarte Zusammenarbeit. In der Folge führte die Klägerin den dritten Garantielauf (27.11.–01.12.2005) wieder alleine durch. Die Verfahrensgarantien wurden auch zum dritten Mal eindeutig erreicht, schriftlich festgehalten und der Beklagten übergeben.
- 26 Somit ist die Anlage vom 08.11.–01.12.2005 insgesamt über 25 Tage einwandfrei und nachweislich mit den vertraglich vereinbarten Verfahrensgarantien, die in drei Garantielläufen nachgewiesen wurden, gelaufen, ohne dass die Beklagte dies in irgendeiner Weise anerkannte. Insbesondere hat sie die Anlage nicht wie vertraglich vereinbart mit einem Abnahmeprotokoll abgenommen.

#### **2.1.2.4 Unzulässige Verweigerung der Zusammenarbeit**

- 27 Wie in Rz. 19 ausgeführt hat die Beklagte schon beim ersten Garantielauf die Zusammenarbeit unberechtigterweise verweigert. Ganz offensichtlich unzulässig und in einer gegen Treu und Glauben verstossender Weise aber war die Verweigerung der Zusammenarbeit spätestens beim dritten Garantielauf (vgl. Rz. 23 u. 28 ff.).
- 28 Sogar wenn die Anlage, wie die Beklagte behauptet, tatsächlich Mängel aufgewiesen hätte, was bestritten wird, wäre die Beklagte aufgrund Ziff. 5.2.5 des Vertrages trotzdem zu einer gemeinsamen Durchführung eines Garantielaufes verpflichtet gewesen und hätte die Ansprüche aus den in Ziff. 5.2.5.5. des Vertrages geregelten Folgen bei Nichterreichen der Verfahrensgarantien geltend machen müssen. Es handelt sich dabei um ausdrücklich geregelte Ansprüche auf Nachbesserungen und Entschädigung.
- 29 Diese Pflicht zur gemeinsamen Durchführung des Garantielaufes trotz Mängel an der Anlage ist im Vertrag zwar nicht ausdrücklich festgehalten, ergibt sich aber aus der Auslegung des Vertrages (insb. der Ziff. 5.2.5 ff.) nach dem Vertrauensprinzip: Da in Ziffer 5.2.5.5 des Vertrages ganz genau vereinbart wurde, wie zu verfahren ist, wenn die Verfahrensgarantien während des Garantielaufs nicht nachgewiesen werden, sind auch Ziff. 5.2.5 und 5.2.5.1 dahingehend zu verstehen, dass auf jeden Fall ein Garantielauf innert Frist nach mechanischer Fertigstellung durchzuführen ist, selbst wenn aufgrund technischer Probleme bzw. Mängel an der Anlage die Möglichkeit, ja sogar wenn die hohe Wahrscheinlichkeit bestanden hätte, dass die Verfahrensgarantien nicht hätten erreicht werden können.
- 30 Trotz dieser völlig zu unrecht verweigerten Zusammenarbeit bzw. Anerkennung der Garantielläufe erklärte sich die Klägerin zu Verhandlungen am 15.12.2005 bereit, in der Hoffnung eine einvernehmliche Lösung zu finden.

#### **2.1.3 Die Vereinbarung vom 15.12.2005**

##### **2.1.3.1 Inhalt und Bedeutung**

- 31 In der Vereinbarung vom 15.12.2005 (nachstehend „Vereinbarung“) erklärte sich die Beklagte dann tatsächlich bereit den von der Klägerin durchgeführten (dritten) Garantielauf vom 27.11.2005 – 01.12.2005 als erfolgreichen Garantielauf i.S.d. Vertrages, Ziff. 5.2.5. ff. anzuerkennen. Die Anlage gilt, unter der Bedingung als abgenommen, dass nach Lieferung bzw. Inbetriebnahme eines neuen nicht zum Vertragsgegenstand gehörenden Schwefelschmelztanks ein Probetrieb, in dem über drei Tage nachgewiesen wird, dass ca. 60 t/h der Dampfproduktion für die Kondensationsturbine zur Verfügung stehen, durchgeführt wird (Beilage K-4, insb. Ziff. 1 u. 5).
- 32 Dieses Verhalten zeigt, dass sich die Beklagte mit der ganzen Situation nicht ganz wohl gefühlt hat. Wieso sonst sollte sie den von der Klägerin alleine durchgeführten Garantielauf doch plötzlich anerkennen, wenn sie doch der Überzeugung gewesen ist, die drei Garantielläufe seien alle nicht vertragsgemäss abgelaufen.

33 Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin hätte mit der unentgeltlichen Lieferung eines neuen Schwefelschmelztanks eingesehen, dass das Werk mangelhaft sei und dadurch nur ihr angekratztes Image aufbessern wolle (Beschluss Nr. 2 Ziff. 9), ist völlig falsch und entschieden zurückzuweisen. Vielmehr hat sich die Klägerin im Vertrag Ziff. 1.1 Abschnitt 3 verpflichtet, gemeinsam mit der Beklagten eine Lösung zu finden, sollte sich während der Vertragsausführung herausstellen, dass über den im Vertrag beschriebenen Umfang hinaus weitere Anlageteile ersetzt werden müssen. Da beim alten, nicht vom Leistungsumfang des Vertrages umfassten Schwefelschmelztank Probleme aufgetaucht sind, trat genau dieser Fall ein. Die unentgeltliche Lieferung des neuen Schwefelschmelztanks ist ganz klar ein Entgegenkommen der Klägerin. Doch ist dies keineswegs als Eingeständnis der Mangelhaftigkeit der Anlage zu verstehen, sondern vielmehr als weiteres Zeichen dafür, dass es sich bei der Klägerin um ein professionelles Ingenieurunternehmen handelt, das sich unter allen Umständen um eine einvernehmliche Lösung bemüht. Schliesslich erfolgte die Lieferung ja nicht ganz gratis, sondern nur unter der Bedingung, dass der Garantielauf vom 27.11.2005 – 01.12.2005 als gültiger Garantielauf i.S.d. Vertrages akzeptiert wird, so dass die ohnehin schon längst fällige Abnahme der Anlage ohne juristische Auseinandersetzungen schnell erledigt werden kann und somit auf beiden Seiten Zeit und Kosten eingespart werden.

#### **2.1.3.2 Probetrieb vs. Garantielauf**

34 Ein Probetrieb i.S.d. Vereinbarung (nachstehend „Probetrieb“) wurde im Nachgang an die Inbetriebnahme auch erfolgreich durchgeführt (Beschluss Nr. 2 Ziff. 8). Die Beklagte war allerdings der Meinung, dass nicht ein Probetrieb über drei Tage, sondern ein dreitägiger Garantielauf mit Nachweis der Verfahrensgarantien gemäss Anhang 10 des Vertrages geschuldet sei (nachstehen „Garantielauf“).

35 Dieser Interpretation fehlt aber jegliche Grundlage, denn es kann überhaupt nicht aus der Vereinbarung herausgelesen werden.

36 Dies geht nur schon aus dem Wortlaut der Vereinbarung hervor. Darin ist nämlich die Rede von einem „Probetrieb“ (Beilage K-4, Ziff. 1) und dass „über drei Tag nachgewiesen wird, dass ca. 60 t/h der Dampfproduktion für die Kondensationsturbine zur Verfügung stehen“ (Beilage K-4, Ziff. 5). Weder wird der Ausdruck „Garantielauf“ verwendet, noch sonst auf irgendeine Weise auf die im Anhang 10 des Vertrages garantierten Verfahrensgarantien Bezug genommen. Wäre ein Garantielauf i.S.d. Vertrages gemeint gewesen, hätte man dies klar zum Ausdruck gebracht und nicht den Terminus „Probetrieb“ verwendet. Zudem wird mit dem Wort „ca.“ eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass der Wert „60 t/h“ eine Richtgrösse ist und keinesfalls ein garantierter Wert. Schliesslich bezieht sich dieser „Nachweis“ der „ca. 60 t/h“ nur auf den neuen Schwefelschmelztank und nicht auf die Gesamtanlage.

37 Auch über den Wortlaut hinaus kann nach Sinn und Zweck der Vereinbarung auf gar keinen Fall eine Zusage eines weiteren (dreitägigen) Garantielaufes i.S.d. Vertrages gemeint gewesen sein. Denn die Klä-

rin wollte durch die Vereinbarung ja gerade erreichen, dass die Beklagte den bereits stattgefundenen Garantielauf vom 27.11.2005 – 01.12.2005 akzeptiert, sodass sie keinen weiteren Garantielauf mehr durchzuführen hat. Die Vereinbarung, wie sie die Beklagte gerne zu verstehen hat, hätte für die Klägerin überhaupt keinen Nutzen, ja wäre sogar doppelt schlecht. Erstens hätte sie einen Schwefelschmelztank auf eigene Kosten geliefert und zweitens einen weiteren Garantielauf durchführen müssen, was wiederum Kosten verursacht hätte. Zudem hätte sie damit auch das Risiko tragen müssen, dass bei Nichterreichen der Verfahrensgarantien die Folgen von Ziff. 5.2.5.5 des Vertrags eingetreten wären, was durchaus möglich gewesen wäre, da seit dem 15.12.2005 die Beklagte die Obhut über die Anlage hatte (Beilage K-4, Ziff. 6) und allfällige Gründe für das Nichterreichen der Verfahrensgarantien auch ein nicht ordnungsgemässer Betrieb von Seiten der Beklagten hätte sein können. Dieses Risiko wollte die Klägerin zu keinem Zeitpunkt tragen, was auch schon aus dem Vertrag hervorgeht. Es wurde darin unmissverständlich vereinbart, dass die Verfahrensgarantien innerhalb von zwei Monaten nach mechanischer Fertigstellung nachgewiesen werden sollten. Erst danach sollte die Anlage abgenommen werden und die gesamte Verantwortung der Beklagten übertragen werden. Zweck dieser Regelung ist es, dass Gründe für ein Nichterreichen der Verfahrensgarantien durch einen nicht ordnungsgemässen Betrieb durch die Beklagte ausgeschlossen werden können und nur die Klägerin alleine für das Nichterreichen der Verfahrensgarantien verantwortlich gemacht hätte werden können.

- 38 An dieser Interpretation der Vereinbarung ändern auch die beiden Schreiben B-1, B-2 und das Faxschreiben K-7 nichts, denn auch darin wurde niemals den Ausdruck „Garantielauf“ verwendet. Zwar wurde der Wortlaut zugegebenermassen etwas unglücklich gewählt. Doch was wirklich gemeint war, ergibt sich nur im Zusammenhang mit den Ausführungen in der Vereinbarung. Wie in Rz. 34 ausführlich dargelegt, konnte nicht gemeint sein, dass sich die Klägerin mit dem Schreiben K-7 über die Vereinbarung hinaus zu einem dreitägigen Garantielauf i.S.d. Vertrages verpflichtet hat. Dies musste nach Treu und Glauben auch die Beklagte so verstanden haben, hat sie doch die Vereinbarung, so wie sie heute vorliegt, unterzeichnet. Wäre tatsächlich ein Garantielauf i.S.d. Vertrages versprochen worden, hätte dies so vereinbart oder die bereits unterzeichnete Vereinbarung auf Initiative der Beklagten zumindest im Nachgang an das Faxschreiben K-7 am nächsten Tag dahingehend geändert werden müssen. Zudem hängt die Abnahme des Schwefelschmelztanks mit dem Akzeptieren des Garantielaufes vom 27.11.2005 – 01.12.2005 ja nicht vom Faxschreiben K-7 und auch nicht von den Schreiben B-1 und B-2 ab, sondern allein von der Vereinbarung, die von der Beklagten so unterzeichnet und nie abgeändert wurde.

## **2.2 Abnahme der Anlage**

- 39 Nach dem Gesagten hat die Anlage bis zur Inanspruchnahme der Bankgarantie am 04.10.2006 auf jeden Fall als abgenommen zu gelten. Nachstehend werden nicht nur ein Grund, sondern gleich deren drei Gründe z.T. nochmals aufgezeigt.
- 40 Erstens hat die Anlage spätestens nach dem dritten Garantielauf am 01.12.2005 als abgenommen zu gelten, weil die Beklagte zumindest den dritten Garantielauf völlig zu unrecht nicht anerkannt hat (s. 27 ff.). Da



weder dem Vertrag, noch den gesetzlichen Bestimmungen eine Regelung zu entnehmen ist, welche festlegt, wie im Falle der unberechtigten Nichtmitwirkung des Bestellers beim Garantielauf zu verfahren ist, muss diese Lücke in sinngemässer Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB vom Schiedsgericht mit einer selbstgeschaffenen Regel geschlossen werden (vgl. HUGUENIN, N 286 ff.). Dabei kann die im Bauwerkvertragsrecht weitverbreitete SIA-Norm 118 helfen, diese Lücke sachgerecht und verkehrsüblich zu schliessen. In dessen Art. 159 – 164 finden sich Bestimmungen zur Abnahme des Werkes. Von Bedeutung ist vorliegend v.a. Art. 164. Danach gilt das Werk bei Nichtdurchführung der gemeinsamen Prüfung wegen unterlassener Mitwirkung seitens des Bauherren mit Ablauf der Frist, innert welcher die gemeinsame Prüfung des Werkes hätte stattfinden sollen, als abgenommen. Nach der Kommentierung zu diesem Artikel kommt es nicht einmal darauf an, ob ein entschuldbarer Hinderungsgrund vorliegt oder nicht, so oder so würde es den schutzwürdigen Interessen des Unternehmers widersprechen, die Abnahme auf ungewisse Zeit hinauszuschieben (GAUCH, SIA-Norm 118 Art. 164 S. 61). Diese Bestimmung unterstützt die Ansicht der Klägerin, wonach bei verweigerter Zusammenarbeit von Seiten der Beklagten bei der Prüfung der Anlage (bzw. beim Garantielauf), das Werk als abgenommen gilt.

- 41 Zweitens wurde die Anlage aufgrund der Vereinbarung spätestens nach der Übernahme des neuen Schwefelschmelztanks am 06.05.2006 abgenommen. Denn der vereinbarte Probetrieb wurde erfolgreich durchgeführt (Rz. 34 ff.).
- 42 Drittens, sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass tatsächlich kein Garantielauf i.S.d. Vertrages durchgeführt worden ist, hat die Anlage nach der Abnahmefiktion gemäss Ziff. 5.2.5.4 des Vertrags seit dem 03.03.2006 (20 Monate nach Vertragsunterzeichnung) als abgenommen zu gelten. Denn wie in Rz. 27 ff. ausführlich dargelegt, wäre in diesem Fall die Erstellung der Anlage aus Gründen, welche die Klägerin nicht zu vertreten hat, verzögert worden. Nämlich durch die Verhinderung der vertragsgemässen Durchführung des Garantielaufes aufgrund Verweigerung der Zusammenarbeit i.S.v. Ziff. 5.2.5.1 Abs. 2 des Vertrages, womit die Verzögerung der Erstellung der Anlage die Beklagte zu vertreten hätte.

### **2.3 Fazit**

- 43 Die Klägerin hat sämtliche Verpflichtungen aus dem Vertrag erfüllt, insbesondere einen Garantielauf i.S.d. Vertrages durchgeführt. Somit hat die Anlage offensichtlich und in jedem Fall vor der Inanspruchnahme der Bankgarantie am 04.10.2006 als abgenommen zu gelten. Folglich liegen auch kein Schuldnerverzug und somit auch keine Ansprüche aus Schuldnerverzug vor.

### **3. Bankgarantie**

- 44 Im Vertrag wurde eine Bankgarantie vereinbart (Beilage K-1, Ziff. 3.1.1). Nachfolgend wird aufgezeigt, wie die Bankgarantie (Beilage K-3, nachfolgend „Bankgarantie“) rechtlich zu qualifizieren ist, welche Art der Bankgarantie vorliegt und welchen Sicherungszweck sie umfasst.

### **3.1 Rechtliche Qualifikation der Bankgarantie**

- 45 Eine Bankgarantie kann als Bürgschaft i.S.v. Art. 492 ff. OR oder als Garantievertrag nach Art. 111 OR qualifiziert werden (BÜHLER, S. 117/118; KLEINER, N 12.03). Als wesentliches Unterscheidungsmerkmal gilt die Akzessorietät. Von einer solchen kann nur gesprochen werden, wenn ein Sicherungsvertrag abhängig vom Valutaverhältnis ist. Falls diese fehlt, liegt ein Garantievertrag vor, andernfalls eine Bürgschaft. Der Garantievertrag i.S.v. Art. 111 OR sichert eine Leistung, unabhängig davon ob diese tatsächlich geschuldet oder erzwingbar ist (KLEINER, N 5.10).
- 46 Wie von der Beklagten geltend gemacht (vgl. Einleitungsantwort, Ziff. 10), wurde mit Ziff. 3.1.1 des Vertrages eine unabhängige Bankgarantie vereinbart, welche i.S.v. Art. 111 OR zu qualifizieren ist. Überdies ist es auch im internationalen Handelsverkehr üblich, dass ein Garantievertrag zur Anwendung gelangt (BÜHLER, S. 119).

### **3.2 Art der Bankgarantie**

- 47 Bankgarantien können u.a. in Anzahlungsgarantien und Erfüllungsgarantien (inkl. Unterformen) unterteilt werden (KLEINER, N 14.01). Erstere sichert die im Voraus geleistete Anzahlung für den Fall ausbleibender Leistung (KLEINER, N 14.02). Bezweckt werden soll somit, dass der Garantieauftraggeber die im Vertrag versprochenen Leistungen ordnungsgemäss aufnimmt oder durchführt (VON WESTPHALEN, S. 13). Bei letzteren muss eine Differenzierung vorgenommen werden. Unter den Begriff der Erfüllungsgarantie kann u.a. die Liefer- und Leistungsgarantie und die allumfassende Erfüllungsgarantie subsumiert werden, welche das Gewährleistungsrisiko zeitlich und sachlich einschliesst (VON WESTPHALEN, S. 14 ff.). Die Liefergarantie sichert den Besteller dagegen ab, dass der Unternehmer die versprochene Sache nicht liefert (DE GOTTRAU, S. 438). Die Leistungsgarantie soll sicherstellen, dass der Auftraggeber seine vertraglichen Leistungspflichten wahrnimmt (DE GOTTRAU, S. 439).
- 48 Diese beiden letztgenannten Garantien decken keine Gewährleistungsansprüche. Dazu müsste eine eigenständige Garantie oder eine vertragliche Abrede vereinbart werden (VON WESTPHALEN, S. 15)
- 49 Die Beklagte macht geltend, die Bankgarantie sei nicht als reine Anzahlungsgarantie zu qualifizieren, sondern es sei darüber hinaus eine Erfüllungsgarantie vereinbart worden (Einleitungsantwort, Ziff. 12). Diese Annahme ist falsch, wie die Klägerin nachfolgend aufzeigen wird.

#### **3.2.1 Abgrenzungskriterien**

- 50 Erstens ist klarzustellen, dass in der Bankgarantie (Beilage K-3, Titel) explizit von einer Anzahlungsgarantie die Rede ist. Auch steht im Vertrag, dass die Beklagte eine Anzahlung von 20% des Gesamtpreises zu leisten hat. Da sich Banken bezüglich Bankgarantien am besten auskennen, kann davon ausgegangen werden, dass sie die richtige Bezeichnung wählen.

- 51 Zweitens bedarf es, falls eine Anzahlungsgarantie darüber hinaus auch eine Erfüllungsgarantie sein soll einer Erwähnung, dass die Anzahlungsgarantie ab einem exakt definierten Zeitpunkt in eine Erfüllungsgarantie umgewandelt wird (VON WESTPHALEN, S.14). Dies fehlt in der Bankgarantie.
- 52 Drittens deutet die in der Bankgarantie vorhandene und bei Anzahlungsgarantien übliche Valutierungsklausel klar auf eine Anzahlungsgarantie hin (SPAINI, S. 268; DOHM, N 170).
- 53 Der Garantievertrag ist ein Rechtsgeschäft, bei welchem der Beklagten lediglich Vorteile erwachsen. Im Zeitpunkt des Zugangs des Dokumentes, hätte die Beklagte die Einwendung erheben müssen, dass eine Erfüllungsgarantie und keine Anzahlungsgarantie vereinbart wurde. Ein Schweigen kann nur als Annahme des Vertrages i.S.v. Art. 6 OR taxiert werden. Die Annahme wird i.c. für diesen speziellen Fall von Gesetzes wegen fingiert (vgl. SCHWENZER, N 28.34 ff.; BGE 123 III 41).

### **3.2.2 Sicherungszweck**

- 54 Gemäss der Bankgarantie wird die Beklagte für den Fall abgesichert, indem die Klägerin die Lieferung und Leistung gemäss dem Vertrag nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erbracht hat (Beilage K-3). I.c. ist unter Lieferung und Leistung die Erbringung von Ingenieurdienstleistungen, das Liefern von Anlageteilen und Material, die De- und Neumontage und die Inbetriebnahme zu verstehen.
- 55 Aufgrund des oben erwähnten Vertragswortlautes kann nicht von mitumfassten Gewährleistungsansprüchen ausgegangen werden. Wie schon in Rz. 48 erwähnt, hätte dies im Garantievertrag mit einer Abrede vereinbart werden müssen.
- 56 Daraus folgt, dass die Beklagte die Bankgarantie nur in Anspruch nehmen kann, wenn die Klägerin die vertraglich vereinbarten Lieferungen und Leistungen nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erbracht hat.
- 57 Folglich: Die Bankgarantie ist als Anzahlungsgarantie zu qualifizieren. Aufgrund der uneinheitlichen Terminologie im Bankgarantierecht, ist hier nochmals unmissverständlich klarstellen, dass man i.c. auch von einer Liefer- und Leistungsgarantie sprechen könnte. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gewährleistung in jedem Fall vom Sicherungszweck ausgeschlossen ist.
- 58 Die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche aus Schuldnerverzug (Einleitungsantwort, Ziff. 12) sind also grundsätzlich vom Sicherungszweck umfasst. Diese sind vorliegend jedoch rechtlich nicht existent (vgl. Rz. 43).

### **3.3 Art der Inanspruchnahme der Bankgarantie**

- 59 Die Klägerin bestreitet die Tatsache nicht, dass die Parteien eine unabhängige Bankgarantie vereinbart haben, welche grundsätzlich auf erstes Anfordern zahlbar ist (vgl. BÜHLER, S. 130).

60 Die Beklagte hat die formalen Zahlungsvoraussetzungen, wie sie in der Bankgarantie gefordert werden, erfüllt. Die Klägerin wird im Folgenden nachweisen, dass die Inanspruchnahme trotzdem unberechtigt und missbräuchlich war.

#### **4. Unberechtigte und missbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie**

##### **4.1 Keine absolute Geltung der Unabhängigkeit von Bankgarantien**

61 Aus dem Prinzip der Unabhängigkeit folgt, dass die Bank eine unabhängige Sicherungsverpflichtung zu honorieren hat, sobald der Begünstigte die formalen Zahlungsvoraussetzungen erfüllt (LÖW, § 4 S. 54).

62 Das Prinzip der Unabhängigkeit beansprucht jedoch keine absolute Geltung und wird nach Schweizer Recht durchbrochen, wenn der Begünstigte die Bankgarantie missbräuchlich beansprucht (LÖW, § 5 S. 69; DE GOTTRAU, S. 468; BGE 131 III 511, 523 ff. E. 4). Denn der offenbare Rechtsmissbrauch findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

##### **4.2 Der Rechtsmissbrauch im Zusammenhang mit Bankgarantien**

63 Die Schweizer Lehre hat versucht, den Begriff des Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit Bankgarantien zu konkretisieren.

64 KLEINER fordert eine enge Auslegung des Begriffs. Seiner Meinung nach liegt erst dann ein Rechtsmissbrauch vor, wenn das Verhalten des Begünstigten nicht mehr gebilligt werden kann und die Inanspruchnahme der Bankgarantie arglistig bzw. in Schädigungsabsicht erfolgt (KLEINER, N 21.43, N 21.44, N 21.49).

65 Im Gegensatz zu KLEINER definiert der Rest der Schweizer Lehre den Begriff des Rechtsmissbrauchs weniger streng. Ihrer Ansicht nach muss der Begünstigte zwar wissen, dass ihm gemäss dem Grundverhältnis kein Anspruch auf die Garantiesumme zusteht, doch sind seine Absichten nicht von Bedeutung für die Annahme des Rechtsmissbrauchs (vgl. BÜSSER, N 372; DOHM, N 240; SPAINI, S. 145).

66 Nach DOHM handelt der Begünstigte missbräuchlich, wenn er eine ihm formal eingeräumte Rechtsposition ausnützt. Dies ist dann der Fall, wenn dem Begünstigten unter keinem vernünftigen in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantie zusteht (DOHM, N 227 und 233).

67 Diesem Definitionsansatz ist zu folgen, da eine allzu strenge Definition des Rechtsmissbrauchs, das bereits sehr hohe Risiko des Garantiefahrgabers noch erhöht. Wird nämlich der Begriff des Rechtsmissbrauchs allzu eng ausgelegt, so ist der Begünstigte noch mehr versucht, die Garantie in Anspruch zu nehmen, obwohl er gar keinen vernünftigen Grund dazu hat. Zudem wird sowohl in der Lehre (vgl. BÜSSER, N 1216 und N 1219), als auch in der Rechtsprechung (so z.B. ZR 88 (1989) Nr. 60) häufig dieser Ansicht gefolgt.

68 Folgend wird dargelegt, dass die Beklagte die Bankgarantie missbräuchlich in Anspruch genommen hat.

#### **4.2.1 Inanspruchnahme trotz vertragsgemässer Leistung durch die Klägerin**

- 69 Hat der Auftraggeber der Bankgarantie seine Verpflichtungen im Grundverhältnis offensichtlich vertragsgemäss erfüllt und beansprucht der Begünstigte die Bankgarantie trotz befriedigender Leistung, liegt eine missbräuchliche Inanspruchnahme vor (LÖW, § 6 S. 81).
- 70 Die von den Parteien vereinbarte Bankgarantie schützt die Beklagte lediglich für den Fall, in dem die Klägerin nicht vollständig oder rechtzeitig geliefert oder geleistet hätte (vgl. Beilage K-3). Die Klägerin hat in Rz. 39 ff. nachgewiesen, dass die Abnahme der Anlage offensichtlich erfolgte und die Lieferungen und Leistungen aus dem Vertrag vollständig erfüllt wurden. Trotzdem will die Beklagte die Bankgarantie in Anspruch nehmen.
- 71 Die Missbräuchlichkeit des Zahlungsverlangens liegt darin, dass die Beklagte sowohl in den Genuss der Leistung der Klägerin, als auch derjenigen der Bank zu gelangen versucht. Sie nützt die ihr formal eingeräumte Rechtsposition aus, indem sie die Bankgarantie abrufen, obwohl sie bei objektiver Wertung des gesamten Sachverhalts, unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt dazu berechtigt war.
- 72 Die Beklagte ist sich nämlich durchaus bewusst, dass der materielle Garantiefall offensichtlich nicht eingetreten ist und ihr gemäss dem Grundverhältnis kein Anspruch auf die Garantiesumme zusteht. So hat die Beklagte den dritten Garantelauf zunächst ungerechtfertigt nicht anerkannt und dann plötzlich doch akzeptiert (vgl. Rz. 31; Beilage K-4). Im widersprüchlichen Verhalten der Beklagten kommt zum Ausdruck, dass sie selber eingesehen hat, einen Fehler gemacht zu haben. Warum sonst hätte sie plötzlich bestätigt, dass die Klägerin die vertraglichen Pflichten korrekt umgesetzt hat.
- 73 Der von der Beklagten geltend gemachte Anspruch auf einen weiteren Garantelauf ist ein reiner Vorwand, um die Garantie in Anspruch zu nehmen. In der Vereinbarung mit der Beklagten wird lediglich ein Probebetrieb vereinbart, was die Klägerin auch bereits klar zum Ausdruck gebracht hat (vgl. Rz. 34 ff.).
- 74 Indem die Beklagte die Inanspruchnahme der Bankgarantie geltend macht, obwohl die Anlage offensichtlich abgenommen wurde, handelt sie rechtsmissbräuchlich.

#### **4.2.2 Inanspruchnahme trotz Leistungsstörung durch die Beklagte**

- 75 Die Klägerin zeigt im Folgenden, dass das Verhalten der Beklagten noch einen weiteren Missbrauchstatbestand erfüllt.
- 76 Ein offenbar rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf liegt nämlich auch dann vor, wenn der Begünstigte die Erfüllung des Grundverhältnisses durch die Verweigerung von Mitwirkungspflichten oder durch sein aktives Handeln verzögert, behindert oder verunmöglicht und anschliessend die Sicherungsverpflichtung wegen

nicht vertragsgemässer Erfüllung der gesicherten Leistung beansprucht (BÜSSER, N 1226). Die Lehre führt in diesem Kontext als Fallbeispiel an, dass der Begünstigte die Bankgarantie abrufen, obwohl er vorher die Prüfung und Abnahme der vom Auftraggeber gelieferten Ware verweigert hat (DOHM N 238; KLEINER, N 21.49).

- 77 Die Parteien haben vertraglich vereinbart, bestimmte Verfahrensgarantien innerhalb von zwei Monaten nach der mechanischen Fertigstellung der Anlage in einem Garantielauf nachzuweisen (Beilage K-1, Ziff. 5.2.1 und 5.2.5).
- 78 Wie bereits in Rz. 16 ausgeführt, stabilisierte die Klägerin die Anlage spätestens im November 2005 und hat damit die erforderlichen Voraussetzungen für einen Garantielauf geschaffen. Die Beklagte versuchte jedoch immer wieder, den Beginn des Garantielaufs zu verhindern, indem sie geltend machte, die Anlage müsse vor Durchführung des Garantielaufs über eine längere Periode mit Volllast betrieben worden sein. Weiter wendete die Beklagte ein, die Klägerin könne nicht einseitig die Durchführung anberaumen, vielmehr brauche es die übereinstimmende Auffassung der Parteien, dass die Anlage für den Garantielauf bereit sei. Solche Forderungen lassen sich jedoch nicht aus dem Vertrag herleiten (s. auch die Ausführungen in Rz. 19).
- 79 Die Einwände der Beklagten lassen auf ein offenkundiges Desinteresse an der Erbringung der Leistung durch die Klägerin schliessen. Die Beklagte verweigerte jegliche Mitwirkung an den Garantielläufen, deren Nachweis massgeblich für die Vertragserfüllung war.
- 80 Das Personal der Beklagten wurde ausdrücklich von deren Generaldirektor angewiesen, die Klägerin bei der Durchführung der Garantielläufe nicht zu unterstützen (Einleitungsanzeige, Ziff. 6).
- 81 Ein solches Verhalten kann als betrügerisch qualifiziert werden, da die Beklagte die Klägerin an der Vertragserfüllung zu hindern versuchte. Da die Beklagte im für die Garantielläufe vorgesehenen Zeitraum jegliches Interesse an einer Zusammenarbeit mit der Klägerin vermissen liess, kann davon ausgegangen werden, dass sie systematisch auf eine Leistungsstörung im Grundverhältnis hinwirken wollte. Bereits in diesem Stadium der Zusammenarbeit schien die Beklagte nur noch an der Inanspruchnahme der Bankgarantie interessiert zu sein.
- 82 Der Klägerin gelang es trotz all der widrigen Umstände doch noch eine vertragsgemässe Erfüllung sicherzustellen. Obwohl es der Beklagten nicht gelang die Vertragserfüllung zu verhindern, sondern nur zu verzögern, ist ihr Verhalten missbräuchlich. Hätte die Klägerin bei den Garantielläufen mitgewirkt und diese akzeptiert, wäre die Anlage bereits früher abgenommen worden und nicht erst mit Lieferung des Schwefelschmelztanks.
- 83 Die Tatsache, dass die Beklagte das Abnahmeprotokoll über den erfolgreichen Garantielauf vom 27.11.05 - 01.12.05 dann doch unterzeichnete, beweist, dass die Beklagte ihr Fehlverhalten eingesehen hat.

84 Die nachfolgenden Ausführungen werden zeigen, dass das Verhalten der Beklagten noch im Lichte einer dritten Tatsache als missbräuchlich zu werten ist.

#### **4.2.3 Inanspruchnahme zur Deckung einer anderen Forderung**

85 In der Lehre wird als weiteres Beispiel für eine zweckwidrige und darum missbräuchliche Inanspruchnahme der Fall angeführt, in welchem der Begünstigte eine Bankgarantie zweckwidrig beansprucht. Nimmt der Garantiebegünstigte nämlich die Verpflichtung zur Deckung einer Forderung aus einem anderen Vertragsverhältnis als dem Grundverhältnis in Anspruch, liegt ein Rechtsmissbrauch vor (Löw, § 6 S. 102). Auch gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 122 III 321, 323) stellt die Inanspruchnahme einer Bankgarantie für einen anderen Zweck als denjenigen, für welchen die Sicherheit eigentlich ausgestellt wurde, einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs dar.

86 Die von den Parteien vereinbarte Bankgarantie sichert die Beklagte ab, dass die Klägerin die Lieferungen und Leistungen gemäss dem Vertrag erfüllt.

87 Die Beklagte macht in Ziff. 15 der Einleitungsantwort geltend, es sei zu keinem vertragskonformen Garantielauf gekommen, und dass sich die Klägerin weigere den mit Abrede vom 15.12.2005 (Beilage K-4) vereinbarten Garantielauf durchzuführen.

88 Wie in Rz. 34 ff. bereits ausgeführt, verpflichtete sich die Klägerin in der Vereinbarung keineswegs zur Durchführung eines neuen Garantielaufs. Dies ist für die vorliegende Problematik jedoch irrelevant.

89 Die eben genannte Vereinbarung stellt nämlich ein neues Vertragsverhältnis dar, welches die Klägerin zur Deckung einer neuen Verpflichtung, nämlich der Lieferung und Montierung eines neuen Schwefelschmelztanks, bindet. Diese neue Vereinbarung ist somit nicht vom Sicherungszweck der am 16.09.2004 geschlossenen Bankgarantie umfasst. Denn aus dem Wortlaut der Garantie (Beilage K-3) geht zweifelsfrei hervor, dass diese nur das Grundverhältnis (Beilage K-1) absichert.

90 Die Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem neuen Schwefelschmelztank (vgl. Rz. 31 ff.) stellen Forderungen aus einem anderen Vertragsverhältnis (Beilage K-4) als dem Grundverhältnis (Beilage K-1) dar.

91 Die Beklagte stützt jedoch ihren Schadenersatzanspruch aus Schuldnerverzug und die Inanspruchnahme der Bankgarantie auf die ihrer Meinung nach in der Vereinbarung vereinbarten, neuen und nicht durchgeführten Garantieläufe. Die im Grundverhältnis (Beilage K-1) vereinbarten Garantieläufe akzeptiert die Beklagte, wie auch alle bisher von ihr geltend gemachten offenen Arbeiten, soweit sie nicht ausdrücklich im Rahmen der neuen Vereinbarung angesprochen sind.

92 M.a.W. akzeptiert die Beklagte, dass die Klägerin alle Verpflichtungen aus dem Grundverhältnis erfüllt hat

und macht nur noch ausstehende Arbeiten geltend, die explizit von der neuen Vereinbarung umfasst sind.

93 De facto nimmt die Beklagte also die Bankgarantie zur Deckung der Forderungen aus der Vereinbarung in Anspruch. Da wie bereits angesprochen die vereinbarte Bankgarantie nur die Forderungen der Beklagten aus dem Grundverhältnis (Beilage K-1) deckt, nimmt letztere die Bankgarantie zweckwidrig und somit missbräuchlich in Anspruch.

### **5. Anspruch auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie**

94 Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz. Wie oben dargelegt, hat die Beklagte die Bankgarantie missbräuchlich in Anspruch genommen. Die Klägerin hat in dreifacher Hinsicht nachgewiesen, dass die Ziehung der Bankgarantie offensichtlich ungerechtfertigt war. Der Eintritt des Sicherungsfalls ist i.c. offensichtlich unmöglich geworden.

95 Die Klägerin hat somit gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie.

96 Da die Klägerin die Lieferungen und Leistungen gemäss dem Vertrag vollständig erbracht hat, gilt der Unterlassungsanspruch im Umfang der gesamten Bankgarantie. Somit beinhaltet der Anspruch auf Unterlassung die Summe von EUR 4,4 Mio.

### **6. Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Herausgabe der Bankgarantie**

97 Das Erlöschen einer Bankgarantie wird privatautonom und deshalb im Bankgarantietext geregelt. Die Bankgarantie läuft mit dem Tag ab, der als Ende der Laufzeit auf der Garantie angegeben ist. Der Begünstigte muss am Ende der Laufzeit die Garantie der Bank oder dem Auftraggeber zurückgeben (BÜHLER, S. 148).

98 Gemäss der Bankgarantie erlischt die Verpflichtung aus der Garantie spätestens am 03.01.2007. Weiter wird vereinbart, dass das Original der Garantieerklärung nach Verfall oder bei Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus der Garantie an die Fjordbank AS zurückzugeben ist. Ein Erlöschen der Garantieverpflichtung muss auch für den Fall gelten, in welcher die Befriedigung der Ansprüche aus der Bankgarantie unmöglich geworden ist. Dies ergibt sich daraus, dass die Verpflichtung aus der Bankgarantie i.S.v. Art. 154 Abs. 1 OR resolutiv bedingt ist und wegfällt, sobald der Sicherungszweck erreicht wurde. Obwohl sich dies nicht explizit aus dem Wortlaut der Bankgarantie ergibt, lässt sich dies aus dem Sinn und Zweck einer Garantieerklärung ableiten. Wird doch das Garantieverprechen obsolet, sobald die gesicherte Leistung erfüllt wurde.

99 Da die Klägerin nachgewiesen hat, dass im Valutaverhältnis alle Verpflichtungen offensichtlich erfüllt wurden, kann die Bankgarantie von der Beklagten nur mehr rechtsmissbräuchlich abgerufen werden. Somit besteht die bedingte Garantieverpflichtung in Wirklichkeit gar nicht mehr, weil ihr Zweck, namentlich die Lieferung und Leistung des Vertrages zu sichern, nicht mehr erreicht werden kann. Die Beklagte hat deshalb kein berechtigtes Interesse, weiterhin im Besitz der Bankgarantie zu bleiben.



- 100 Zudem muss die Klägerin befürchten, dass die Beklagte weiterhin versuchen wird, die Bankgarantie bei einer beliebigen Filiale der Fjordbank missbräuchlich in Anspruch zu nehmen. Dieses Risiko darf der Klägerin in keinsten Weise zugemutet werden und ist mit Herausgabe des Originals der Garantieerklärung an die Fjordbank endgültig aus der Welt zu schaffen.
- 101 Aus dem Gesagten folgt, dass die Fjordbank AS gegenüber der Beklagten einen Rückgabeanspruch der Bankgarantie besitzt, gestützt auf den Garantievertrag.
- 102 Die Klägerin und die Garantin (Fjordbank AS) sind im Deckungsverhältnis durch einen einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) verbunden. Dadurch ist die Garantin der Klägerin gegenüber zur treuen und sorgfältigen Ausführung des beauftragten Geschäfts verpflichtet (Art. 398 Abs. 2 OR). Die Klägerin kann gestützt auf das Deckungsverhältnis von der Garantin verlangen, dass diese die Bankgarantie von der Klägerin herausfordert.

## **7. Schiedsvereinbarung**

- 103 Mit Unterschrift des Vertrages hat die Beklagte der Schiedsvereinbarung zugestimmt (Beilage K-1, Ziff. 16.2). Diese Schiedsklausel bestimmt, dass alle sich aus dem Vertrag ergebenden Streitigkeiten endgültig durch ein Schiedsgericht entschieden werden. Das Verfahren vor dem Schiedsgericht richtet sich nach dem 12. Kapitel des IPRG und der SchO (Konstituierungsbeschluss, Ziff. 2.2).

### **7.1 Wirkungen der Schiedsvereinbarung**

- 104 Die Positivwirkung der Schiedsabrede begründet die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Die Negativwirkung bewirkt grundsätzlich den Ausschluss der staatlichen Gerichte (SCHNYDER, N 503).
- 105 Unumstritten ist, dass eine wirksame Schiedsvereinbarung (vgl. vertraglicher Konsens in Ziff. 16.2 von Beilage K-1) und ein schiedsfähiger Streitgegenstand i.S.v. Art. 177 Abs. 1 IPRG vorliegen. Gleiches gilt bezüglich der Bestellung des Schiedsgerichtes (vgl. Konstituierungsbeschluss). Eingeleitet wurde das Schiedsverfahren am 20.10.2007 (vgl. Art. 3 Abs. 2 SchO).
- 106 Das vom IPRG vorgesehene System paralleler, konkurrierender Zuständigkeiten ermöglicht den Parteien den Erlass von vorsorglichen Massnahmen, vom Schiedsgericht als auch von einem (ausländischen) staatlichen Gericht, in Anspruch zu nehmen (WALTHER, Rz. 22; SEGESSER/KURTH, S. 84.).
- 107 Dass die Beklagte das für sie günstigste Forum angegangen ist (sog. „forum shopping“), kann nicht beanstandet werden. Die Einleitung des Schiedsverfahrens hat somit nicht automatisch den Ausschluss der Zuständigkeit der kroatischen Gerichte zur Folge (SCHNYDER, N 323).
- 108 Die Klägerin wird im Folgenden darlegen, dass trotz des Systems paralleler konkurrierender Zuständigkeiten ein Anspruch auf Klagerückzug besteht.

## **7.2 Anspruch auf Klagerückzug**

- 109 Alle Rechtsordnungen verfolgen das Interesse, sich widersprechende Urteile in gleicher Sache zu verhindern (SCHNYDER, N 327).

### **7.2.1 Möglichkeiten im anglo-amerikanischen Recht**

- 110 Die Theorie des „forum non conveniens“ enthält eine flexible Lösung für Fälle, in denen sich ein Gericht als besser geeignet betrachtet einen Fall zu entscheiden. Die anti-suit injunction ermöglicht diesem Gericht parallele Verfahren zu stoppen (SCHNYDER, N 328).

- 111 Das Schiedsgericht ist im vorliegenden Fall besser geeignet über die Streitigkeit zu befinden, da der Anspruch auf die Bankgarantie letztlich darauf basiert, ob die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten aus dem Valutaverhältnis erfüllt hat. Wie erwähnt, ist gerade dies die Aufgabe des Schiedsgerichts.

### **7.2.2 Anwendbarkeit des anglo-amerikanischen Rechts**

- 112 Anders als staatliche Gerichte sind internationale Schiedsgerichte nicht auf den Erlass von nach dem schweizerischen bzw. kantonalen Zivilprozessrecht vorgesehenen einstweiligen Massnahmen beschränkt (WALTHER, Rz. 24). Ob die angeordnete (vorsorgliche) Massnahme dem schweizerischen Recht bekannt ist oder nicht, ist unerheblich (WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, S. 132).

### **7.2.3 Antrag der Klägerin an das Schiedsgericht**

- 113 Gegen die Beklagte ist eine anti-suit injunction auszusprechen. Sie ist eine Massnahme, bei welcher das Gericht eine Partei anweist, Klagen an einem fremden Gericht nicht fortzuführen bzw. diese Klagen zurückzuziehen (SEGESSER/KURTH, S. 74f.) und soll i.c. insbes. sicherstellen, dass das kroatische Gericht kein Urteil erlässt, welches dem Urteil des Schiedsgerichtes widerspricht (vgl. SCHNYDER, N. 346; LÉVY, S. 128).

- 114 Rechtsgrundlage für das Aussprechen einer anti-suit injunction bilden die Art. 183 Abs. 1 IPRG sowie Art. 26 Abs. 1 SchO. Dessen Voraussetzungen sind mehrheitlich dieselben (SEGESSER/KURTH, S. 71; OETIKER, S. 232, N 6).

### **7.2.4 Die Voraussetzungen der anti-suit injunction**

#### **7.2.4.1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts**

- 115 Gemäss Ziff. 16.2 des Vertrages werden alle Streitigkeiten aus dem Vertrag durch das Schiedsgericht endgültig entschieden. Obwohl die Bankgarantie nichtakzessorischer Natur ist (Rz. 45), kann und muss immer Bezug auf den Vertrag genommen werden, zumal die Bankgarantie die vertraglichen Pflichten absichern soll. Für solche Vertragsstreitigkeiten ist selbstredend das Schiedsgericht zuständig.

#### **7.2.4.2 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil**

- 116 Rein finanzielle Schäden begründen noch keinen erheblichen Nachteil. Muss jedoch die Klägerin die Garan-

tiesumme zufolge missbräuchlicher Inanspruchnahme im Land der Beklagten zurückfordern, wird ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil bejaht (vgl. LÖW, § 8 S. 134 f; DOHM, N 370). Ohne Erlass einer vorsorglichen Massnahme bliebe der Klägerin nur die Möglichkeit, die Garantiesumme in Kroatien zurückzufordern, was ihr nicht zugemutet werden kann und darf.

117 Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil ergibt sich zusätzlich aus Art. 402 Abs. 1 OR. Als Auftraggeberin ist die Klägerin verpflichtet, die der Fjordbank in Kroatien entstehenden Prozesskosten als Schadenersatz zurückzuleisten (vgl. HONSELL, S. 323).

118 Die Beklagte hat die Verfahren in Kroatien aus rein querulatorischen Gründen eingeleitet, um der Klägerin Schaden zuzufügen. Das aufgenötigte Prozessieren verursacht der Klägerin als Nebenintervenientin einen zusätzlichen Schaden, indem ein weiterer Prozess geführt werden muss. Dessen Rechtfertigung ist mit Blick auf die offensichtliche Vertragserfüllung ungerechtfertigt (Rz. 13 ff.).

#### **7.2.4.3 Erfolgsaussichten in der Hauptsache**

119 Der Nachweis des Missbrauchs seitens der Beklagten muss die Klägerin lediglich glaubhaft machen (LÖW, § 8 S. 130). Der Richter muss die Behauptung für überwiegend wahr halten (VOGEL/SPÜHLER, S. 256, N 26).

120 Die Klägerin hat sämtliche vertraglichen Verpflichtungen erfüllt (Rz. 13 ff.). Die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche wären grundsätzlich vom Sicherungszweck der Bankgarantie umfasst. Wie oben dargelegt, sind diese jedoch inexistent (vgl. Rz. 43), deren Inanspruchnahme ist rechtsmissbräuchlich und zweckwidrig.

121 Die rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie verleitet der Klägerin einen Anspruch auf Erlass eines Zahlungsverbot (LÖW, § 8 S 131). Das Zahlungsverbot ergeht als vorsorgliche Verfügung gegenüber der Bank (LÖW, § 8 S. 132; DOHM, N 361, 377 ff.).

#### **7.2.4.4 Dringlichkeit der Massnahme**

122 Je länger die Beklagte ihre Klagen in Kroatien aufrechterhält, desto höher werden die Prozesskosten und daraus resultierenden Schadenersatzforderungen an die Klägerin ausfallen.

#### **7.2.5 Fazit zum Anspruch auf Klagerückzug**

123 Die Voraussetzungen der anti-suit injunction sind erfüllt. Dem klägerischen Antrag ist somit Folge zu leisten, d.h. der Beklagten ist es zu untersagen, die in Kroatien anhängigen Verfahren fortzuführen, bzw. es besteht ein Anspruch auf Klagerückzug gegenüber der Beklagten.

### **7.3 Anti-suit injunction als Prozessführungsverbot gegenüber der Beklagten**

124 Im Folgenden wird die Klägerin darlegen, dass der klagbare Unterlassungsanspruch i.S.v. Streitfrage 1 ein Prozessführungsverbot gegenüber der Beklagten bewirkt.

### **7.3.1 Vorläufiger Schiedsspruch und NYÜ**

- 125 Gemäss Art. 26 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 1 SchO kann das Schiedsgericht anti-suit injunctions i.S.v. Art. 26 Abs. 1 SchO durch einen vorläufigen Schiedsspruch erlassen. Schiedsentscheide sind in ihren Wirkungen den Urteilen staatlicher Gerichte gleich gestellt. Sie erlangen materielle Rechtskraft und sind vollstreckbar (SCHNYDER, S. 173, N. 490). Schiedsentscheide sind im Gegensatz zu vorsorglichen Massnahmen aufgrund des NYÜ vollstreckbar (OETIKER, S. 236, N 19).
- 126 Das NYÜ soll sicherstellen, dass eine Schiedsabrede und der daraus ergehende Entscheid anerkannt und vollstreckt wird (SCHWEBEL, S. 10). Da Kroatien Vertragsstaat des NYÜ ist, sind die kroatischen Gerichte aufgrund von Art. III NYÜ verpflichtet Schiedssprüche anzuerkennen.

### **7.3.2 Vorläufiger Schiedsspruch als Entscheid im Sinne des NYÜ**

- 127 Ob ein vorläufiger Schiedsspruch i.S.d. Art. 26 Abs. 2 SchO als Entscheid i.S.d. NYÜ qualifiziert werden kann, ist umstritten (OETIKER, S. 236, N 19). Die Klägerin weist darauf hin, dass neben dem Schiedsprozess und den Prozessen in Kroatien ein Prozess in Oslo, mit identischem Klageinhalt, anhängig ist. Da das norwegische Gericht, ebenfalls Mitglied des NYÜ, den Schiedsentscheid anerkennen muss, würde ein vorgängiger anders lautender kroatischer Entscheid zu stossenden Ergebnissen führen. Der Fjordbank würde seitens des kroatischen Gerichts u.U. aufgetragen die Zahlung freizugeben. Das norwegische Gericht wird gestützt auf den Schiedsentscheid das Gegenteil anordnen. Ein vorläufiger Schiedsspruch muss vorliegend als Entscheid im Sinne des NYÜ qualifiziert werden. Die anti-suit injunction bewirkt ein Prozessführungsverbot gegenüber der Beklagten.

## **7.4 Zurückhaltende Anordnung von Prozessführungsverboten durch Schiedsgerichte**

- 128 Bei der Anwendung von anti-suit injunctions ergeben sich für Schiedsgerichte zwei Grundsatzprobleme: Einerseits ist eine gewisse Zurückhaltung geboten, um nicht in die Zuständigkeit eines anderen Gerichtes einzugreifen. Andererseits könnte eine anti-suit injunction das Recht der Parteien auf freien Zugang zu Gerichten verletzen (SEGESSER/KURTH, S. 75).

### **7.4.1 Kein Eingriff in die Zuständigkeit der kroatischen Gerichte**

- 129 Der Anspruch, wonach die Beklagte ihre Klagen in Kroatien in Bezug auf die Bankgarantie zurückzunehmen hat, greift nicht direkt in die Zuständigkeit der kroatischen Gerichte ein. Eine anti-suit injunction, welche lediglich inter alia Wirkung entfaltet, richtet sich nicht an das parallele Verfahren vor dem anderen Forum, sondern untersagt der Beklagten, das Verfahren vor dem anderen Forum fortzuführen (vgl. SCHNYDER, N 328; OETIKER, S. 233, N 11).
- 130 Eine anti-suit injunction greift höchstens mittelbar in die Zuständigkeit der kroatischen Gerichte ein. Dies ist aber insofern gerechtfertigt, als dass durch die anti-suit injunction der Schutz des Schiedsverfahrens be-

zweckt werden soll (Homepage MAX-PLANCK-INSTITUT). Die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Turner vs. Grovit vom 27.04.2004 (vgl. Rechtssache C-159/02.), wonach eine anti-suit injunction unzulässig sei, findet vorliegend keine Anwendung. Kroatien ist weder Vertragsstaat des EuGVÜ noch des LugÜ. Eine Kollision der anti-suit injunction mit diesen Übereinkommen wie im Fall Turner vs. Grovit, ist somit schlicht nicht möglich.

#### **7.4.2 Keine Verletzung des Rechts auf freien Zugang zu Gerichten**

- 131 Der Beklagten erwachsen keine Nachteile durch das Prozessführungsverbot wird ihnen doch der freie Zugang zum Schiedsgericht gewährleistet. Damit überhaupt ein Entscheid über den vorliegenden Streit ergehen kann, ist es gerechtfertigt der Beklagten den freien Zugang zu staatlichen Gerichten einzuschränken.

#### **7.4.3 Argumente welche die Zurückhaltung der Schiedsgerichte beim Aussprechen von Prozessführungsverboten relativieren**

- 132 Schiedsgerichte sollten es nicht unterlassen anti-suit injunction auszusprechen, wenn dies nötig ist um das Schiedsverfahren zu schützen. Dabei muss sichergestellt werden, dass dadurch das Recht der Beklagten vorsorgliche Massnahmen von einem staatlichen Gericht zu erhalten nicht verletzt wird. Sodann müssen die Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen erfüllt sein ohne unangemessen zu erscheinen (LÉVY, S. 123).

- 133 Dass die Voraussetzungen des Prozessführungsverbot es erfüllt sind, wurde oben bereits dargelegt. Die Angemessenheit ergibt sich aus protektionistischen Überlegungen zugunsten des Schiedsverfahrens. Das Recht der Beklagten, vorläufigen Rechtsschutz durch staatliche Gerichte zu erhalten, sollte für Fälle des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) keine Geltung erlangen.

- 134 Schweizer Schiedsgerichte haben in der Tat schon einige Male anti-suit injunctions ausgesprochen (WIRTH, S. 36-37; SEGESSER/KURTH, S. 75). Ein ICSID Schiedsgericht betrachtete zwei parallel laufende Schiedsverfahren, welche mehrheitlich dieselbe Streitfrage klären sollten, als eine Verschwendung von Ressourcen. Es empfahl daher, dass das andere Schiedsverfahren ausgesetzt werden solle (SEGESSER/KURTH, S. 75). Diese prozessökonomische Betrachtungsweise ist mit Blick auf die notorische Überbelastung der Gerichte vollkommen nachzuvollziehen, muss also auch für gleichlaufende staatliche Verfahren und Schiedsverfahren Geltung beanspruchen.

#### **7.5 Fazit**

- 135 Aufgrund der obigen Ausführungen folgt, dass die Klägerin einen klagbaren Unterlassungsanspruch i.S.v. Streitfrage 1 hat. Dieser bewirkt ein Prozessführungsverbot gegenüber der Beklagten, ohne dass Gründe vorliegen, welche es dem Schiedsgericht nahe legen würden, vom Aussprechen eines Prozessführungsverbot es Abstand zu nehmen.

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

*[ohne Unterschrift]*

Moot Court Team 1

