

Polar Technology AS
Vallegata
0456 Oslo
Norwegen

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 2
Lara Elliott
Julian Gower
Mihai Vladescu
Isabelle Wirth

KLAGESCHRIFT

In Sachen

**Polar Technology A.S.
Klägerin
vertreten durch die Moot Court Gruppe 2**

gegen

**Stiva d.d.
Beklagte**

betreffend

Forderungen

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 Oslo (Prozessnummer 02-35450) und dem Bezirksgericht in Oslo (Prozessnummer 02-54670), dem Einzelrichter am Bezirksgericht 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 bis 5 hat sich die Klägerin gemäss Ziff. 2.8 des Konstituierungsbeschlusses des Schiedsgerichts vom 14. Dezember 2007 erst in der zweiten Phase des Verfahrens zu äussern. Im Folgenden werden daher nur die Rechtsbegehren 1 bis 3 begründet.

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	III
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	V
1. EINLEITUNG	- 1 -
2. SICHERUNGSZWECK DER BANKGARANTIE	- 1 -
2.1. BEGRIFF DER BANKGARANTIE.....	- 1 -
2.2. ARTEN UND SICHERUNGSZWECK VON BANKGARANTIEN	- 2 -
2.2.1. Anzahlungs- oder Rückzahlungsgarantie	- 2 -
2.2.2. Erfüllungsgarantie.....	- 2 -
2.3. QUALIFIKATION DER VORLIEGENDEN BANKGARANTIE	- 2 -
2.3.1. Die Bankgarantie als Anzahlungsgarantie	- 2 -
2.3.2. Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie	- 3 -
2.3.3. Eventualiter: Die Bankgarantie als Erfüllungsgarantie.....	- 4 -
2.4. FAZIT	- 4 -
3. RECHTSMISSBRÄUCLICHE INANSPRUCHNAHME DER ANZAHLUNGSGARANTIE	- 5 -
3.1. DURCHBRECHUNG DES PRINZIPS DER UNABHÄNGIGKEIT EINER BANKGARANTIE BEI MISSBRÄUCLICHER INANSPRUCHNAHME.....	- 5 -
3.2. NACHWEIS DES RECHTSMISSBRAUCHS	- 5 -
3.2.1. Definition des Rechtsmissbrauchs	- 5 -
3.2.2. Formelles Abrufsrecht der Beklagten	- 7 -
3.2.3. Materieller Nichtanspruch der Beklagten	- 7 -
3.2.3.1. Vertragsverletzung durch widersprüchliches Verhalten	- 7 -
3.2.3.2. Gesetzeswidrige Verweigerung der Abnahme.....	- 10 -
3.2.3.3. Treuwidrige Verletzung von Mitwirkungspflichten	- 11 -
3.3. FAZIT	- 12 -
4. INHALT DES ANSPRUCHS AUF UNTERLASSUNG DER INANSPRUCHNAHME DER ANZAHLUNGSGARANTIE	- 12 -
5. ANSPRUCH AUF HERAUSGABE DES ORIGINALS DER ANZAHLUNGSGARANTIE	- 13 -
5.1. VORRAUSSETZUNGEN DER HERAUSGABE	- 13 -

5.2. UNMÖGLICHER EINTRITT DES SICHERUNGSFALLES (ANZAHLUNGSGARANTIE).....	- 14 -
5.3. RECHTSMISSBRÄUHLICHE INANSPRUCHNAHME (ERFÜLLUNGSGARANTIE)	- 14 -
5.4. FAZIT	- 15 -
6. ANSPRUCH AUF UNTERLASSUNG DER PROZESSFÜHRUNG GEGEN DIE FJORDBANK AS.....	- 15 -
6.1. ANSPRUCH AUFGRUND VON ART. 26 ABS. 1 SCHO SOWIE ART. 183 ABS. 1 IPRG	- 15 -
6.2. PROZESSFÜHRUNGSVERBOT AUFGRUND DER SCHIEDSKLAUSEL IM HAUPTVERTRAG (K-1) .-	16 -
6.3. PROZESSFÜHRUNGSVERBOT IM ZUSAMMENHANG MIT DER ANWENDUNG DES ART. 4 ABS. 2 SCHO	- 17 -

LITERATURVERZEICHNIS

BAUMANN, MAX, in GAUCH, PETER/SCHMID JÖRG, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Band I, Teilband 1, 3. Auflage Zürich 1998

BÜHLER, THEODOR, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997

BÜSSER, ANDRES, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten: eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie, Diss. Freiburg, Univ. Freiburg 1997

DESCHENAUX, HENRI, Der Einleitungstitel, in GUTZWILLER, MAX/HINDERLING, HANS/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/MERZ, HANS/ SECRÉTAN, ROGER/VON STEIGER WERNER, Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel und Stuttgart 1967

DOHM, JÜRGEN, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985

EGGER, WALTHER, Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien Zürich, SJZ 1990, S. 15 ff.

GAUCH, PETER, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996

Zitiert: GAUCH

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER/SCHMID, JÖRG/REY, HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage Zürich, Basel, Genf 2003

Zitiert: GAUCH et al.

DE GOTTRAU, NICOLAS, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in VON WESTPHALEN, FRIEDRICH, Die Bankgarantie im internationalen Verkehr, 3 Auflage, Frankfurt am Main 2005

KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE/STUCKI, BLAISE (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland, Den Haag 2004

KLEINER, BEAT, Bankgarantie: Die Garantie unter besondere Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, 4. Auflage, Zürich 1990

LÖW, FRANZISKA, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts, Diss. Basel, Univ. Basel 2002

REDFERN, ALAN/HUNTER, MARTIN, Law and Practice of Commercial Arbitration, 4. Auflage, London 2004

SCHERRER, MATTIAS, When Should an Arbitral Tribunal Sitting in Switzerland Confronted with Parallel Litigation Abroad Stay the Arbitration?, ASA Bulletin 2001, S. 451-457

SPAINI, MAURO, Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Diss. Dietikon, Univ. Freiburg 2000

TWEEDDALE, ANDREW/TWEEDDALE, KEREN, Arbitration of Commercial Disputes, Oxford 2005

VON WESTPHALEN, FRIEDRICH, Die Bankgarantie im internationalen Verkehr, 3 Auflage, Frankfurt am Main 2005

WIRTH, MARKUS, Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, ASA Bulletin 2000, S. 31-46

ZUBERBÜHLER, TOBIAS ET AL. (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, Zürich 2005

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage (Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit)
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
et. al.	Et alii = und andere
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
f.	und folgende (Seite)
ff.	und folgende (Seiten)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
IPRG	BG über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
N	Note, Randziffer
Nr.	Nummer
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936 (SR 220)
resp.	respektive
S.	Seite
SchO	Schweizerische Schiedsordnung

Sog.	sogenannte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade and Litigation
Univ.	Universität
Vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer

1. Einleitung

Zunächst wird die Klägerin darlegen, dass die von der Fjordbank AS am 16. September 2004 zugunsten der Beklagten ausgestellte Bankgarantie eine unabhängige Anzahlungsgarantie ist und anschliessend den genauen Sicherungszweck festlegen [2]. 1

In der Folge wird sie zeigen, dass die Inanspruchnahme der unabhängigen Anzahlungsgarantie Nr. 2333384-550338 durch die Beklagte an 4. Oktober 2007 rechtsmissbräuchlich erfolgt ist [3]. 2

Hiernach wird die Klägerin nachweisen, dass ihr deshalb verschiedene Ansprüche zustehen, wonach die Beklagte die Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie zu unterlassen hat [4], das Original der Anzahlungsgarantie Nr. 2333384-550338 vom 16. September 2004 an die Fjordbank AS herauszugeben hat [5] und sämtliche an kroatischen Gerichten anhängige Klagen gegen die Fjordbank AS in Bezug auf die Anzahlungsgarantie Nr. 2333384-550338 zurückzunehmen hat [6]. 3

2. Sicherungszweck der Bankgarantie

2.1. Begriff der Bankgarantie

Unter einer Bankgarantie ist die von einer Bank oder eines anderen, mit einer Bank vergleichbaren Instituts eingegangene Verbindlichkeit, nach welcher dem Begünstigten im Falle, dass ein Dritter nicht die ihm gegenüber übernommenen Verpflichtungen erfüllen sollte, eine bestimmte Geldsumme „auf erstes Anfordern“ oder auf Anfordern unter Berücksichtigung der in der Garantie vorgesehenen Bedingungen, ausgezahlt wird, zu verstehen (vgl. DE GOTTRAU, S. 429 f.). 4

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die Fjordbank AS der Beklagten am 16. September 2004 eine unabhängige Bankgarantie über 4`400`000.00 Euro für den Fall ausgestellt hat, dass die Klägerin nicht vollständig oder rechtzeitig die vertraglich mit der Beklagten eingegangenen Verpflichtungen erfüllen würde (K-3), weshalb nicht weiter zu begründen ist, dass es sich bei besagtem Dokument um eine nichtakzessorische und nicht um eine akzessorische 5

Bankgarantie handelt. Weiter ist unstrittig, dass es sich bei besagter Bankgarantie um eine Bankgarantie „auf erstes Anfordern“ mit dokumentarischer Klausel handelt. Hingegen ist strittig, ob eine Anzahlungs- respektive Rückzahlungsgarantie oder aber eine Erfüllungsgarantie vorliegt, und wie weit der Sicherungszweck dieser Garantie reicht.

2.2. Arten und Sicherungszweck von Bankgarantien

2.2.1. Anzahlungs- oder Rückzahlungsgarantie

Anzahlungs- beziehungsweise Rückzahlungsgarantien bezwecken die Sicherung einer vom Besteller an einen Unternehmer geleisteten An- oder Vorauszahlung: Die Bankgarantie sichert somit die Ansprüche des Bestellers für den Fall, dass der Unternehmer nicht leistet und auch nicht in der Lage ist, die bereits erfolgte An- oder Vorauszahlung zurückzuerstatten, welche in diesen Fällen an den Besteller im Umfang der Bankgarantie ausbezahlt wird (vgl. DOHM, S. 37 N 23). 6

2.2.2. Erfüllungsgarantie

Erfüllungsgarantien lassen sich einerseits in Lieferungs- und Leistungsgarantien und andererseits in Gewährleistungsgarantien unterteilen. Sie bezwecken die Absicherung des Risikos, wonach der Unternehmer dem Besteller nicht die vertragsgemäße Leistung erbringt. Die Lieferungs- und Leistungsgarantie sichert somit, dass der Unternehmer die von ihm geschuldete Leistung vollständig und rechtzeitig erbringt. Eine Gewährleistungsgarantie hingegen sichert, dass der Besteller mängelfrei und rechtzeitig die geschuldete Leistung erbringt. Kommt der Unternehmer dem nicht nach, so kann die Bankgarantie vom Besteller in Anspruch genommen werden (vgl. DE GOTTRAU, S. 438). 7

2.3. Qualifikation der vorliegenden Bankgarantie

2.3.1. Die Bankgarantie als Anzahlungsgarantie

Die Klägerin wird nun darlegen, dass die vorliegende Bankgarantie (K-3) – entgegen der Ansicht der Beklagten, wie sie in der Einleitungsantwort unter Ziff. 12 geltend gemacht worden ist – als eine Anzahlungsgarantie zu betrachten ist. 8

I.c. wird die ausgestellte Bankgarantie in ihrer Präambel als Anzahlungsgarantie bezeichnet. Zudem ergibt sich aus der grammatikalischen Auslegung des Textes, dass sich der Teilsatz „für die der Verkäufer [die Auftraggeberin bzw. die Klägerin] eine Garantie mit einer Laufzeit bis zum Ende der Materialgarantie zu stellen hat“, einzig auf die Anzahlung beziehen kann, was eindeutig für eine Anzahlungsgarantie spricht. Des Weiteren ergibt sich aus der Systematik des Hauptvertrages (K-1), dass es sich bei der vereinbarten Bankgarantie einzig um eine Anzahlungsgarantie handeln kann. Dies, da das Stellen einer Bankgarantie bei den Zahlungsbedingungen bzw. bei der Regelung bezüglich der Anzahlung (K-1, Ziff. 3.1.1.) geregelt worden ist, währenddessen beim 5. Abschnitt des Vertrages (K-1, Ziff. 5, „Gewährleistungen und Garantien“) das Gewähren einer Materialgarantie vereinbart worden ist, in diesem Abschnitt aber in keiner Weise eine Bankgarantie erwähnt wird. Wäre eine Erfüllungsgarantie abgeschlossen worden, so hätte diese der Vertragssystematik folgend beim Vertragspunkt „Gewährleistungen und Garantien“ (K-1, Ziff. 5.) vereinbart werden müssen, was i.c. jedoch offensichtlich nicht der Fall ist. Zudem ist festzuhalten, dass die vereinbarte Garantiesumme von 4`400`000.00 Euro (K-3) exakt der vereinbarten Anzahlung im Umfang von 20% des Vertragspreises, wie sie zwischen der Beklagten und der Klägerin in Ziff. 2.1. des Vertrages geschlossen wurde, entspricht (K-1, Ziff. 2.1. sowie Ziff. 3.1. f.). Der weitere Wortlaut der Bankgarantie sieht die Inanspruchnahme der Garantie für den Fall vor, dass nicht rechtzeitig geleistet wird (K-3). Auch dies ist klarerweise als Hinweis auf den Abschluss einer Anzahlungsgarantie zu verstehen: Für den Fall, dass die Klägerin nicht geleistet hätte, wäre die Anzahlung der Beklagten im Umfang von 20% des Vertragspreises an die Klägerin durch die Bankgarantie gesichert gewesen. Somit handelt es sich bei vorliegender Bankgarantie offensichtlich um eine Anzahlungsgarantie. 9

2.3.2. Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie

Der Eintritt des materiellen Garantiefalles ist vom jeweiligen Vertragsinhalt abhängig. Oft werden die einzelnen Ereignisse, welche die Zahlungspflicht der Bank auslösen sollen, nur sehr nebulös in der Bankgarantie umrissen. Daher ist es in diesen Fällen unerlässlich, die Voraussetzungen, die den Eintritt 10

eines Garantiefalls auslösen, aus den sichergestellten Leistungen im Valutaverhältnis herzuleiten (SPAINI, S. 141).

Folgt man dem Wortlaut der Bankgarantie, so tritt der Sicherungsfall dann ein, wenn die Auftraggeberin (die Klägerin) „die im Vertrag [K-1] vereinbarten Lieferungen und Leistungen nicht vollständig und rechtzeitig erbracht hat“. Durch die Abnahme akzeptiert der Besteller (die Beklagte) – unter Vorbehalt der Materialgarantie – dass der Vertrag erfüllt wurde. Die Abnahme bildet daher das Korrelat zu dem in der Anzahlungsgarantie umschriebenen Sicherungsfall. **11**

Eine Anzahlungsgarantie sichert – wie unter N 6 bereits erwähnt – einzig die geleistete Anzahlung des Bestellers (der Beklagten). Mängel am Werk haben hingegen mittels der ebenfalls abgeschlossenen Materialgarantie (K-1, N 5 ff.) und nicht mit der Anzahlungsgarantie geltend gemacht zu werden, da der Sicherungszweck Letzterer Mängel am Werk nicht miterfasst. **12**

2.3.3. Eventualiter: Die Bankgarantie als Erfüllungsgarantie

Sollte das Schiedsgericht jedoch eventualiter zur Auffassung gelangen, dass die vorliegende Bankgarantie (K-3) entgegen dem Titel, dem Wortlaut, der systematischen und der teleologischen Auslegung der Bankgarantie sowie entgegen der Systematik des Hauptvertrages – wie von Seiten der Beklagten behauptet – eine Lieferungs- und Leistungsgarantie (Erfüllungsgarantie) darstellt, so ist festzuhalten, dass bei einer Erfüllungsgarantie der Sicherungszweck der Bankgarantie nur solange besteht, als dass noch ein Garantiefall im Sinne der Bankgarantie eintreten würde, d.h. solange die Anlage nicht als abgenommen zu gelten hat. **13**

2.4. Fazit

Es ist daher festzuhalten, dass der Sicherungszweck der Bankgarantie (als Anzahlungsgarantie verstanden) nur die Anzahlung deckt, und selbst als Lieferungs- und Leistungsgarantie (Erfüllungsgarantie) qualifiziert, allfällige Sachmängel- und Gewährleistungsansprüche ausschliesst. I.c. sind daher die von der Beklagten geltend gemachten Mängel nicht vom Sicherungszweck der Bankgarantie umfasst. **14**

3. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie

3.1. Durchbrechung des Prinzips der Unabhängigkeit einer Bankgarantie bei missbräuchlicher Inanspruchnahme

Die Auftraggeberin (die Klägerin) schloss am 16. September 2004 mit der Fjordbank AS einen Garantievertrag über eine unabhängige, „auf erste Anforderung“ zu zahlende Anzahlungsgarantie ab (siehe N 9). Aufgrund dessen wird die Zahlungspflicht der Fjordbank AS dadurch ausgelöst, dass die Begünstigte (die Beklagte) die in der Anzahlungsgarantie vorgeschriebenen formellen Bedingungen erfüllt. Daraus folgt, dass die Begünstigte eine Bankgarantie „auf erste Anforderung“ unbeachtlich von Einwendungen und Einreden aus dem Grundverhältnis in Anspruch nehmen kann, ohne dass sie ihre materielle Berechtigung aus dem Valutaverhältnis (i.c. Vertrag vom 3. Juli 2004) nachweisen muss (LÖW, S. 29; DOHM, N 100 ff.; KLEINER, N 18.01 ff./21. 21 ff.): Bei unabhängigen Bankgarantien gilt der Grundsatz, wonach zuerst zu bezahlen und erst danach zu prozessieren ist (EGGER, SJZ 1/90, S. 15). 15

Jedoch wird nach internationalem sowie Schweizer Recht anerkannt, dass die Unabhängigkeit der Bankgarantie durchbrochen wird, wenn der Begünstigte die Bankgarantie offenbar wider Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und rechtsmissbräuchlich in Anspruch nimmt (LÖW, S. 69). 16

Der Auftraggeberin (der Klägerin) steht in diesem Fall, wenn er anhand von liquiden Beweismitteln wie Dokumenten oder Verträgen den Missbrauch beweisen kann, den Anspruch zu, den Abruf der unabhängigen Bankgarantie durch die Begünstigte (die Beklagte) zu untersagen (sog. Abrufverbot). 17

3.2. Nachweis des Rechtsmissbrauchs

3.2.1. Definition des Rechtsmissbrauchs

Ein Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB liegt dann vor, wenn jemand bei der Ausübung von Rechte und/oder Pflichten wider Treu und Glauben handelt. Das zentrale Problem liegt hierbei im Fehlen einer genauen Definition des Begriffs des Rechtsmissbrauchs im Allgemeinen und erst recht in Bezug auf Bankgarantien. 18

Der Tatbestand des Missbrauchs wurde nur von der UNCITRAL im Übereinkommen über unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit ausgearbeitet (i.c. wurde ihre Anwendbarkeit ausgeschlossen). Ansonsten gibt es keine international anerkannte Definition des Missbrauchstatbestandes, weshalb diese Fragen vom staatlichen Recht geregelt werden muss (DE GOTTRAU, S. 468).

Die Schweizer Lehre hat versucht, diesen allgemein gültigen Begriff des **19** Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit Bankgarantien zu konkretisieren. Dem Problem soll gemäss der hier vertretenen Auffassung der Auftraggeberin (der Klägerin) soweit Rechnung getragen werden, als dass ein rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf dann vorliegt, wenn die Begünstigte (die Beklagte) zwar nach rein formalen Kriterien ein Recht auf Abruf besitzt, dieses Recht aber ausübt, obwohl sie aus Sicht des Valutaverhältnisses „unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt sein“ (DOHM, S. 116) kann, sprich nach Treu und Glauben keinen Anspruch auf den Abruf der garantiengesicherten Leistung hat (BÜSSER, N 1209 ff., DOHM, S. 116). Die Begünstigte (die Beklagte) macht ein nur formelles, scheinbar materielles Recht – also ein Nichtrecht – geltend (BÜSSER, N 1200, SPAINI, S. 143).

Zur Annahme eines Rechtsmissbrauchs genügt der objektive Tatbestand. **20** Folglich muss die Begünstigte (die Beklagte) nicht in betrügerischer Absicht gehandelt haben und die Garantieforderunggeberin (die Klägerin) muss auch nicht beweisen, dass der Begünstigte (die Beklagte) mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat, also eine Schädigung der Garantieforderunggeberin (die Klägerin) billig in Kauf genommen hat (vgl. BÜSSER, N 1999; DOHM, S. 115; VON WESTPHALEN, S. 191; DE GOTTRAU, 473).

Es ist folglich festzuhalten, dass eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme **21** einer Bankgarantie durch die Begünstigte (die Beklagte) dann vorliegt, wenn diese ein formelles Abrufsrecht geltend macht, obschon sie „nach objektiven Kriterien und in Anbetracht des gesamten Sachverhalts unter keinen vernünftigen Gründen berechtigt gewesen ist“, die Bankgarantie abzurufen.

Folglich kann der materielle Garantiefall nicht mehr eintreten, wenn die garantierte Leistung vertragsmässig erbracht worden ist.

3.2.2. Formelles Abrufsrecht der Beklagten

Ein formelles Abrufsrecht besteht dann, wenn erstens ein gültiger Garantievertrag vorliegt und zweitens der garantierte Sicherungsfall grundsätzlich eingetreten ist. Bei einer Bankgarantie „auf erstes Anfordern“ besteht jedoch insofern eine Ausnahme, als dass die garantierte Summe immer geschuldet wird, ausser die Bank weist unverzüglich nach dem Eintreffen der garantievertragskonformen Abrufserklärung den Nichteintritt des Sicherungsfalls nach, weshalb die zweite Voraussetzung zu relativieren ist. **22**

I.c. wurde am 16. September 2004 ein gültiger Garantievertrag über eine Anzahlungsgarantie „auf erste Anforderung“ geschlossen. Zudem hat die Beklagte beim Abruf einen formellen Anspruch auf Zahlung, da die Fjordbank AS nicht sofort nachgewiesen hat, dass der garantierte Sicherungsfall nicht eingetreten ist. **23**

Es ist daher festzuhalten, dass die Begünstigte (die Beklagte) aus rein formalen Kriterien einen Anspruch auf den Abruf der Bankgarantie hat (vgl. BÜSSER, N 1209 ff.). **24**

3.2.3. Materieller Nichtanspruch der Beklagten

Es ist nun zu beweisen, dass die Weigerung der Annahme rechtsmissbräuchlich erfolgt ist. Hierfür gibt es mehrere Tatbestände, die alternativ und eben nicht kumulativ den Rechtsmissbrauch belegen können. **25**

3.2.3.1. Vertragsverletzung durch widersprüchliches Verhalten

Die Klägerin kann erfolgreich ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten durch treuwidriges, widersprüchliches Verhalten darlegen, wenn diese bei der Klägerin ein berechtigtes Vertrauen geschaffen hat, die Klägerin infolge dessen disponiert hat, der materielle Garantiefall entfallen ist (die Auftraggeberin muss aus dem Valutaverhältnis geleistet haben), und zudem ein Schaden **26**

bei der berechtigterweise vertrauenden Klägerin eingetreten ist (BGE 110 II 496, S. 498).

Berechtigtes Vertrauen

Der Hauptvertrag (K-1) sieht vor, dass die Beklagte zusammen mit der Klägerin 27 Messungen und Tests an der Anlage durchführen und im Fall des Erreichens der vereinbarten Werte das Protokoll unterzeichnen wird, wodurch die Anlage als abgenommen gelten wird. Indem sie ihren Willen in Übereinstimmung mit jenem der Klägerin geäußert hat, hat sich die Beklagte verpflichtet, die gemeinsame Prüfung der Anlage vorzunehmen und nachher bei vereinbartem zureichendem Ergebnis die Anlage abzunehmen. In der Verpflichtung zu diesen Handlungen ist auch das Schaffen von berechtigtem Vertrauen auf der Gegenseite – i.c. auf Seiten der Klägerin – zu sehen (DESCHENAUX, S.183).

Dispositionen

Die Klägerin hat den Vertrag im Vertrauen auf die Zusammenarbeit so 28 ausgestellt, dass die Ablieferung erst nach dieser gemeinsamen Prüfung wirksam ist und die Wirkung der Bankgarantie entsprechend bis zu dieser Abnahme bestanden hat. Durch das Verweigern der Zusammenarbeit hat die Beklagte jedoch das berechtigte Vertrauen der Klägerin gebrochen.

Entfallen des materiellen Garantiefalles

Mit der Abnahme der Anlage durch die Beklagte kann der materielle 29 Garantiefall nicht mehr eintreten. Vereinbart wurde, dass die Anlage nach durch die Klägerin und durch die Beklagte gemeinsam durchgeführten dreitägigen, die Sollwerte erreichenden Garantietestläufen als abgenommen zu gelten hat. Zu Beginn hat die Beklagte jeglichen Garantietestläufen entgegengewirkt, so dass die Klägerin schlussendlich diese Garantietestläufe im Alleingang vornehmen musste. Es wurde nämlich vereinbart, dass die Testläufe innerhalb von zwei Monaten nach der mechanischen Fertigstellung der Anlage am 2. September 2005 stattfinden sollten; hätte die Klägerin die Garantieläufe nicht einseitig durchgeführt, so wäre eine Verzögerung von unabsehbarer Dauer die Folge gewesen, die weder im Interesse der Klägerin noch der Beklagten gewesen wäre.

Die Beklagte hat daraufhin reflexartig die durchgeführten Testläufe als **30**
vertragswidrig bezeichnet. Als jedoch am 15. Dezember 2005 die Klägerin ihr die
kostenlose Ersetzung eines Schwefelschmelztanks in Aussicht stellte (vgl. K-4),
hat die Beklagte die im November durchgeführten Garantietestläufe ohne Wenn
und Aber sofort akzeptiert. Diese Bereitschaft der Beklagten, anfänglich als
vertragswidrig bezeichnete Testläufe ohne Weiteres anzunehmen, zeugt davon,
dass ein Interesse an der vertragskonformen Durchführung dieser Testläufe
seitens der Beklagten gar nicht bestanden hat. Dieses Verhalten erweckt sogar
den Eindruck, dass eine Mehrleistung seitens der Klägerin mit der Verzögerung
der Garantietestläufe durch die Beklagte bezweckt wurde.

Es ist oben dargelegt worden, dass die Verfahrensgarantien für die Beklagte **31**
weder von rechtlichem noch von faktischem Interesse waren. Daher hat die
Klägerin nicht annehmen müssen, dass die Beklagte den am 16. Dezember 2005
vorgeschlagenen Testläufen der Gesamtanlage konstitutive Wirkung zuschreibt.

Gemäss Ziff. 1. der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 hat deshalb die **32**
Anlage inklusive Schwefelschmelztank spätestens am 6. Mai 2006 als
abgenommen zu gelten, weshalb der Eintritt des materiellen Garantiefalles nicht
mehr möglich ist.

Schaden der Klägerin

Die Lieferung und Montage des neuen Schwefelschmelztanks und der damit **33**
verbundene Arbeitsaufwand ist als Schaden der Klägerin zu qualifizieren.
Allfällige Prozesskosten und so weiter sind noch nicht quantifizierbar.

Fazit

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die in N 26-33 aufgezählten **34**
Voraussetzungen der treuwidrigen Vertragsverletzung allesamt erfüllt sind.
Daraus ergibt sich ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten.

3.2.3.2. *Gesetzeswidrige Verweigerung der Abnahme*

Stabilität der Anlage

Die Beklagte wendet ein, die fertiggestellte Anlage sei nicht stabil genug, um **35**
einen aussagekräftigen Garantietestlauf durchzuführen. Die Klägerin kann
jedoch aufzeigen, dass die Stabilitätsanforderungen schon im Zeitpunkt des
ersten Garantielaufes erreicht worden sind.

Wäre die Anlage nämlich ungenügend stabil gewesen, so hätte sich dies **36**
sicherlich bei einem so komplizierten Produktionsverfahren auf die Messwerte
der Garantietestläufe ausgewirkt. I.c. sind die vertraglich vereinbarten Sollwerte
während dreier Garantieläufe in der Zeit vom 13. November 2005
bis am 1. Dezember 2005 erreicht worden. Daraus ist auf das Vorliegen einer
minimal genügenden Stabilität der Anlage zu schliessen, weshalb die
Argumentation der Beklagten als reine Schutzbehauptung darzustellen und
entsprechend abzuweisen ist.

Ausserdem sind diese Werte in Berichten (K-5 und K-6) erfasst worden, welche **37**
die Klägerin der Beklagten zugestellt hat. Die Beklagte hat weder den Berichten
selbst widersprochen noch die Durchführung der Messungen faktisch
beanstandet, sondern nur die rechtliche Qualifikation der Testläufe angezweifelt.
Deshalb ist anzunehmen, dass die Beklagte die Werte und die Durchführung der
Messungen stillschweigend anerkannte.

Vorliegen von Werkmängeln

Die Beklagte wendet weiter ein, sie habe die Anlage nicht abgenommen, weil **38**
Mängel festgestellt worden sind. Indes ist festzuhalten, dass die Abnahme eines
Werkes nicht die Mängelfreiheit voraussetzt (BGE 115 II 456, S. 458). Art. 368
Abs. 3 u. Abs. 2 OR sieht für Bauwerke auf dem Boden der Bestellerin vor, dass
bei Werkmängel minderer Natur nur eine Reparatur, ein Lohnabzug oder, bei
Verschulden, ein Schadenersatzanspruch für die Bestellerin in Frage kommen.
Diese Aufzählung ist abschliessend (BAUMANN, Art. 2 N 307). Demzufolge steht
der Bestellerin bei geringen Werkmängeln nicht das Recht zu, die Abnahme des
Werkes zu verweigern.

I.c. ist eine Einrede des Werkmangels bei der Abnahme der Anlage auch nicht **39**
im Hauptvertrag vereinbart. Die von der Beklagten in der Einleitungsantwort
geltend gemachten Werkmängel sind als solche minderer erheblicher Natur zu
qualifizieren. Dies bezeugen die drei Garantietestläufe. In allen sind die
vereinbarten Sollwerte erreicht worden (vgl. K-5 und K-6). Als solche stellen sie
keine Grund dar, die Abnahme der Anlage zu verweigern.

Da die Beklagte rechtsmissbräuchlich gehandelt hat, ist sie gemäss Art. 91 OR in **40**
Gläubigerverzug geraten. Dieser schliesst systematisch den Schuldnerverzug aus
(GAUCH et al., N 3177). Folglich sind die i.c. von der Beklagten in der
Einleitungsantwort (Ziff. 12) geltend gemachten Ansprüche aus dem
Schuldnerverzug ausgeschlossen.

Aus den obigen Ausführungen folgt, dass die Beklagte durch die Verweigerung **41**
der Abnahme rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB gehandelt hat
(KLEINER, N 21.49).

3.2.3.3. Treuwidrige Verletzung von Mitwirkungspflichten

Der Rechtsmissbrauch seitens der Beklagten lässt sich auch über die treuwidrige **42**
Verletzung von Mitwirkungspflichten nachweisen.

Aus dem Zweck des Vertrages kann man ableiten, welche Mitwirkungspflichten **43**
für die Vertragspflichten vorausgesetzt werden (BAUMANN, Art. 2 N 291). Eine
ungerechtfertigte Verletzung solcher Pflichten ist rechtsmissbräuchlich;
unerheblich bleibt dabei, ob sie einklagbare Pflichten oder blosse Obliegenheiten
darstellen.

Der Zweck der Mitwirkungspflicht ist i.c. die Ermöglichung der Erfüllung des **44**
Hauptvertrages. Die Parteien haben darin zur Sicherung der Qualität der Anlage
einen gemeinsam durchzuführenden Garantietestlauf vereinbart.

I.c. ist folglich die Mitwirkungshandlung für die Erfüllung vertragsmässig **45**
vorausgesetzt. Ohne die gemeinsame Prüfung der Anlage würde die Beklagte
das Protokoll nicht freigeben und sich auf Schlecht- oder Nichterfüllung (Art. 68

u. 97 ff. OR) berufen können. Deshalb ist sowohl die Pflicht zur Vornahme der gemeinsamen Prüfung als auch die Pflicht der Unterzeichnung des Protokolls, falls die Anlage in den Garantietestläufen die in der Verfahrensgarantie vereinbarten Sollwerte erreicht, notwendige Voraussetzungen der Erfüllung des Vertrages. Die Beklagte hat aber nicht nur bloss ihre Mitwirkung unterlassen, sondern sie hat sogar verhindert, dass die Klägerin ihren eigenen zur Erfüllung notwendige Pflichten nachkommt, indem die Beklagte ihre Angestellte ausdrücklich angewiesen hat, der Klägerin die Unterstützung bei den Garantieläufen zu verweigern.

Es ist oben bei N 35 ff./41 ff. ausführlich dargestellt worden, dass die Beklagte 46
treu- und gesetzeswidrig handelte, als sie die Abnahme der Anlage verweigerte.
Deshalb kann die Beklagte die Verweigerung ihrer Mitwirkung auch nicht
rechtfertigen. Demzufolge liegt eine treuwidrige Verletzung von
Mitwirkungspflichten vor, und der Rechtsmissbrauch ist gegeben.

3.3. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte sich rechtsmissbräuchlich 47
verhalten hat, indem sie den Hauptvertrag durch widersprüchliches Verhalten,
die gesetzeswidrige Verweigerung der Abnahme des Werkes, und die
treuwidrige Verletzung von Mitwirkungspflichten verletzt hat.

Durch den Rechtsmissbrauch der Beklagten wird das Prinzip der Unabhängigkeit 48
der Bankgarantie durchbrochen. Der sonst anwendbare Grundsatz „zuerst zahlen,
dann prozessieren“ wird i.c. umgekehrt und die Klägerin ist dazu berechtigt zu
prozessieren, um einen Anspruch auf Unterlassen der Inanspruchnahme der
Bankgarantie durchzusetzen.

4. Inhalt des Anspruchs auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie

Nun ist aber eine solche Unterlassung dem Sinn des Wortes nach nur möglich, 49
wenn diese Inanspruchnahme nicht schon geltend gemacht wurde – was i.c.
genau nicht der Fall ist. Die Beklagte hat bereits versucht, die
Anzahlungsgarantie in Anspruch zu nehmen, und führt sogar ein Prozess vor

dem Bezirksgericht Zagreb, um die erwiesenen rechtsmissbräuchlich Inanspruchnahme durchzusetzen. Diesen Prozess zu tolerieren, wäre nicht nur praktisch gesehen eine Negierung und Verunmöglichung des Unterlassungsanspruches, sondern ein Rechtsmissbrauch an sich, denn nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts kein Rechtsschutz. Den Prozess zuzulassen hiesse, der missbräuchlichen Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie Rechtsschutz zu gewähren, indem man zwar die Inanspruchnahme die Legitimation abspricht, aber die praktische Durchsetzung nicht unterbindet.

Folglich ist ein Prozessführungsverbot nicht nur die einzige Möglichkeit, den Unterlassungsanspruch der Klägerin in der Praxis durchzusetzen, sondern auch nötiger Bestandteil des Anspruches selbst. **50**

5. Anspruch auf Herausgabe des Originals der Anzahlungsgarantie

5.1. Voraussetzungen der Herausgabe

Die Bestimmung der Beendigung des Garantievertrages ist privatautonomer Natur (BÜHLER, S. 148). Die Erledigung des Zwecks einer Bankgarantie ist mit der Befriedigung aller Ansprüche aus der Garantie durch die ausstellende Bank gleichzusetzen. Ein Rechtsmissbrauch ist dann gegeben, wenn die Begünstigte (die Beklagte) versucht, die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen, obwohl der materielle Garantiefall nicht mehr eintreten kann. **51**

I.c. ist die Beklagte nach den Voraussetzungen des Garantievertrages (K-3) verpflichtet, bei der Unmöglichkeit des Eintritts des Garantiefalls oder bei einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie den Garantieschein der Garantin (der Fjordbank AS) herauszugeben. **52**

Der Anspruch der Beklagten gegenüber der Fjordbank AS lässt sich aus der Bankgarantie herauslesen. Einzige Verpflichtung der Fjordbank AS ist die Zahlung des Betrages bis zur Höhe von 4'400'000.00 Euro gegen einer schriftlichen Anforderung und die Erklärung, wonach die Klägerin ihre vertragliche Verpflichtungen gegenüber der Beklagten nicht erfüllt habe. **53**

5.2. Unmöglicher Eintritt des Sicherungsfalles (Anzahlungsgarantie)

Die Anzahlungsgarantie kann laut Garantieschein beansprucht werden, wenn **54**
eine formgerechte Inanspruchnahme unter Mitlieferung der Erklärung, die
Garantieauftraggeberin (die Klägerin) habe gegenüber der Garantiebegünstigten
(der Beklagten) nicht gehörig geleistet, der Garantin (Fjordbank AS) abgegeben
wird (sog. dokumentarische Klausel). Diese Erklärung beschreibt die Verletzung
der vertraglichen Pflichten seitens der Garantieauftraggeberin (der Klägerin) und
somit den Eintritt des Sicherungsfalles.

Sinn einer Anzahlungsgarantie ist die Sicherung der Lieferung und Leistung der **55**
Klägerin mindestens in der Höhe der Anzahlung, i.c. 4`400`000.00 Euro.
Folglich erlischt sie spätestens in jenem Augenblick, in dem das von der
Garantieauftraggeberin (der Klägerin) zur Garantiebegünstigten (der Beklagten)
verschobene Vermögen, typischerweise hier in Form von Materialien oder eine
quantifizierbare Arbeitsleistung, den abzusichernden Betrag erreicht hat. Da hier
unstrittig ist, dass alle Materialien geliefert und alle vereinbarten Arbeiten bis auf
die Garantieläufe bis am 2. September 2005 (Datum der formellen
Inbetriebnahme der Anlage) erbracht worden sind, kann festgestellt werden, dass
die Klägerin der Beklagten eindeutig mehr als 4`400`000.00 Euro hat zukommen
lassen (vgl. K-1 Ziff. 2.1). In der Einleitungsantwort (Ziff. 3) gibt die Beklagte
sogar zu, dass sie die mechanische Fertigstellung der Anlage am 7. September
2005 bestätigt hat und damit implizit eine Lieferung und Leistung seitens der
Klägerin über den Betrag der Anzahlungsgarantie hinaus akzeptiert hat. Folglich
ist der Eintritt des Sicherungsfalles der Anzahlungsgarantie spätestens am 7.
September 2005 unmöglich geworden.

5.3. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme (Erfüllungsgarantie)

Sollte das Gericht der Argumentation der Beklagten folgen, wonach die **56**
Bankgarantie dem Zweck nach eine Erfüllungsgarantie ist, war dennoch die
Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich.

Der Rechtsmissbrauch in Form von Vertragsverletzung durch widersprüchliches **57**
Verhalten (N 26 ff.), gesetzeswidrige Verweigerung der Abnahme (N 35 ff.)

und treuwidrige Verletzung der Mitwirkungspflicht (N 41 ff.) ist oben bewiesen worden.

5.4. Fazit

Demzufolge ist der Eintritt des Sicherungsfalls unmöglich geworden. Die Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie am 4. Oktober 2006 durch die Beklagte ist rechtsmissbräuchlich geschehen, denn es liegt eine Erledigung des Zwecks der Anzahlungsgarantie vor. Gemäss dem Garantievertrag (K-3) hat die Klägerin also einen Anspruch auf Herausgabe des Garantiescheins. **58**

6. Anspruch auf Unterlassung der Prozessführung gegen die Fjordbank AS

6.1. Anspruch aufgrund von Art. 26 Abs. 1 SchO sowie Art. 183 Abs. 1

IPRG

Hiernach hat das Schiedsgericht die Kompetenz, von den Parteien beantragte vorsorgliche Massnahmen anzuordnen. Voraussetzungen für eine Massnahme sind die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, die hohe Wahrscheinlichkeit einer nicht leicht wiedergutzumachenden, unmittelbar drohenden Gefahr für die antragsstellende Partei (die Klägerin), und die nicht völlig abwegige Möglichkeit des Obsiegens dieser Partei im Hauptverfahren (SEGESSER/KURTH in KAUFMANN-KOHLER/STUCKI (Hrsg.) S. 71; WIRTH, S. 38). **59**

I.c. ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes für das Verfahren und damit für die vorsorglichen Massnahmen unbestritten. Der Klägerin droht auch eine unmittelbare, nicht leicht wiedergutzumachende Gefahr. Sollte nämlich die Beklagte den Prozess gegen die Fjordbank AS gewinnen, ist die Klägerin mit dem – unberechtigten – Verlust der Summe der Anzahlungsgarantie konfrontiert. Eine solche Summe rückerstattet zu bekommen wird nach dem Schiedsurteil nicht ohne Weiteres möglich sein. Die Unmittelbarkeit des Schadens ergibt sich aus dem Umstand, dass die Fjordbank AS in Kroatien schon in Berufung ist, d.h. schon Rechtsmittel hat einlegen müssen gegen einen Entscheid zugunsten der Beklagten. Ein Urteil ist also bald zu erwarten. **60**

Inhalt der von der Klägerin hiermit beantragten vorsorglichen Massnahme ist folglich ein Prozessführungsverbot gegen die Beklagte (*anti-suit injunction*), **61**

SEGESSER/KURTH S. 74 f.), wonach das Schiedsgericht die Beklagte veranlassen soll, die in Kroatien anhängige Klagen gegen die Fjordbank AS zurückzuziehen.

6.2. Prozessführungsverbot aufgrund der Schiedsklausel im Hauptvertrag

(K-1)

Gemäss der h.L. verpflichten sich die Parteien durch die Annahme einer Schiedsklausel, bei jeder aus dem Hauptvertrag entstehende Streitigkeit nicht vor einem staatlichen Gericht, sondern vor dem Schiedsgericht zu prozessieren (REDFERN/HUNTER, N 1-37; 1-39; ABDULLA in KAUFMANN-KOHLER/STUCKI (Hrsg.) S. 19). Die Schiedsklausel stellt eine bindende Abmachung dar, wonach sich die Vertragsparteien explizit verpflichten, auf ihr Grundrecht der Rechtsweggarantie (Art. 6 EMRK, Art. 29a BV) zu verzichten (REDFERN/HUNTER, a.a.O.). Als „Wahl eines Forums“ für alle aus dem Vertrag entstandene Streitigkeiten kann die Schiedsklausel Grundlage eines Prozessführungsverbotesein, wenn die Klausel gültig ist, und wenn ein Rechtsschutzbedürfnis (der Klägerin) besteht (WIRTH, S. 36 f.). Ein solcher liegt dann vor, wenn dem Prozess vor dem staatlichen Gericht nicht auf andere Weise Einhaltung geboten werden kann. 62

Der Gang vor ein staatliches Gericht ist nämlich nur dann nicht als Bruch der Schiedsklausel zu werten, wenn es in Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes geschieht – insbesondere dann, wenn das Schiedsgericht noch gar nicht bestellt ist (TWEEDDALE/TWEEDDALE, N 9.44). In diesem Falle kann das staatliche Gericht vorläufigen Rechtsschutz anordnen, welcher aber vom Urteil des Schiedsgerichtesein aufgehoben wird. 63

Infolgedessen ist die Gültigkeit der Schiedsklausel unbestritten. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte haben sich bereit erklärt, am Verfahren vor dem Schiedsgericht teilzunehmen und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu akzeptieren. 64

Gegenstand des umstrittenen Prozesses ist nun die Inanspruchnahme der von der Klägerin in Auftrag gegebenen Anzahlungsgarantie durch die Beklagte. Diese Garantie hat genau den Zweck, den Hauptvertrag abzusichern; ohne Abschluss 65

des Hauptvertrages gäbe es keine Anzahlungsgarantie. Der Prozess dreht sich also um eine Streitigkeit, welche aus dem Hauptvertrag entstanden ist.

Des Weiteren liegt ein Rechtsschutzbedürfnis seitens der Klägerin vor. Wie oben erwähnt ist die Fjordbank AS schon in Berufung gegangen (N 58). Es ist daher unwahrscheinlich, dass dem Verfahren in Kroatien auf andere Weise als durch ein Prozessführungsverbot Einhalt geboten werden kann. **66**

Zusätzlich ist zu bemerken, dass es unbillig ist, dass das von der Klägerin in Oslo eingeleitete Verfahren für einstweiligen Rechtsschutz zugunsten des Schiedsverfahrens sistiert ist, während die Beklagte in Kroatien jedoch rücksichtslos und uneinsichtig weiterprozessiert, als gäbe es das Schiedsgericht gar nicht. **67**

Es folgt daraus, dass die Beklagte sich vertragswidrig verhalten und dadurch die Schiedsklausel gebrochen hat, als sie gegen die Fjordbank AS bezüglich einer aus dem Hauptvertrag entstandene Streitigkeit vor einem staatlichen Gericht Klage erhob. Die Prozessführung ist ihr daher zu verbieten. **68**

6.3. Prozessführungsverbot im Zusammenhang mit der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 SchO

Gemäss Art. 4 Abs. 2 SchO kann eine am Schiedsverfahren beteiligte Partei den Antrag stellen, das Schiedsgericht möge eine Drittpartei dem Verfahren beitreten lassen (GILLIÉRON/PITTET in ZUBERBÜHLER et al., Art. 4 N 14). Einzige Voraussetzung hierfür ist, dass die ursprüngliche Schiedsklausel als von der Drittpartei angenommen betrachtet werden kann (DIESELBEN Art. 4 N 13). Wichtiges Kriterium ist die Frage, ob die Drittpartei eine Interessengemeinschaft mit den am Schiedsverfahren beteiligten Parteien verbindet (ABDULLA, S. 20), beziehungsweise ihr Anliegen so eng mit dem Hauptvertrag zusammenhängt, dass die Schiedsklausel als implizit akzeptiert gelten kann. Ein Beitritt einer Drittpartei zum Verfahren benötigt auch nicht die Zustimmung aller am Prozess beteiligten Parteien, sondern liegt im Ermessen des Schiedsgerichts (GILLIÉRON/PITTET a.a.O.). **69**

Die Schiedsklausel auf die Fjordbank AS auszudehnen ist ohne Weiteres **70**
zulässig. Eine Interessengemeinschaft mit der Klägerin bezüglich der
Anzahlungsgarantie kann nicht bestritten werden, da die Klägerin
Nebenintervenientin im kroatischen Verfahren ist. Die umstrittene
Anzahlungsgarantie, welche die Fjordbank AS gewährt hat, bezieht sich auf und
ist entstanden aus dem Hauptvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten.
Eine Akzeptanz der darin enthaltenen Schiedsklausel wird nirgends ausdrücklich
abgelehnt, und kann daher als von der Fjordbank AS akzeptiert gelten.

Die Klägerin stellt somit den Antrag, die Fjordbank AS solle dem **71**
Schiedsverfahren gemäss Art. 4 Abs. 2 SchO beitreten. Als Folge davon wird die
Beklagte verpflichtet, die anhängigen Klagen gegen die Fjordbank
zurückzuziehen und diese Streitigkeiten vor dem Schiedsgericht weiterzuführen.
Aus der Erstreckung der Schiedsklausel auf die Fjordbank ergibt sich eine
Verpflichtung der Beklagten, vor dem Schiedsgericht gegen die Fjordbank AS
vorzugehen, denn das Vorhandensein einer Schiedsklausel schliesst das
Vorgehen vor einem staatlichen Gericht aus (ABDULLA, S. 15 N 3.2). SCHERER
macht weiter geltend, es sei eine Pflicht des Schiedsgerichtes, einer an der
Schiedsklausel beteiligten Partei vor dem Eingreifen eines staatlichen Gerichtes
zu schützen (SCHERER, S. 455).

Folglich hätte die Beklagte nach Beitritt der Fjordbank AS zum **72**
Schiedsverfahren die Pflicht, die in Kroatien anhängigen Klagen vor dem
staatlichen Gericht zurückzuziehen.