



**Moot Court Gruppe 3**

Simone R. Bosshard

Mattia N. Hotz

Michael H. Kehrlı

David J. Pfefferli

**per E-Mail**

**LSI**

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

Stiva d.d.

Trg Stjepana Radića 1/III

10 000 Zagreb

Kroatien

Zürich, 5. März 2008

SB/MH/MK/DP

L S I F a 11 N r . 6 0 0 0 9 8 - 2 0 0 7

Sehr geehrte Frau Präsidentin, geschätzte Kollegen

In Sachen

**Polar Technology AS**

Vallegata, 0456 Oslo, Norwegen

Klägerin

vertreten durch Moot Court Gruppe 3

gegen

**Stiva d.d.**

Trg Stjepana Radića 1/III, 10 000 Zagreb, Kroatien

Beklagte

vertreten durch Moot Court Gruppe \_\_

nehmen wir hiermit namens und im Auftrag der Klägerin in der folgenden

## **ergänzenden Klageschrift**

Stellung zum Konstituierungsbeschluss und Beschluss Nr. 1 des Zürcher Handelsgerichts vom 14. Dezember 2007 sowie der Einleitungsantwort vom 16. November 2007.

## I. 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 Anzahlungsgarantiekunde 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. Die Forderung der Beklagten auf Schadenersatz aus Schuldnerverzug sei vollumfänglich abzuweisen.
5. 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.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

## II. Inhaltsverzeichnis

<b>I. Rechtsbegehren</b>	<b>1</b>
<b>II. Inhaltsverzeichnis</b>	<b>2</b>
<b>III. Quellenverzeichnis</b>	<b>4</b>
Literatur	4
Zeitschriften	7
Entscheide	8
Elektronische Quellen	8
<b>IV. Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>9</b>
<b>Einleitung</b>	<b>11</b>
<b>Formelles</b>	<b>11</b>
<b>Materielles</b>	<b>12</b>
<b>1. Ausführungen zu Streitfrage 1</b>	<b>12</b>
1.1 Vorbemerkungen	12
1.2 Keine Ansprüche auf Auszahlung der Bankgarantie, da der Werk-	
vertrag erfüllt wurde	12
1.2.1 <i>Abnahme des Werks am 15. Dezember 2005</i>	13
1.2.2 <i>Abnahme spätestens am 6. Mai</i>	14
1.2.3 <i>Fingierte Abnahme per 3. März 2006</i>	15
1.2.4 <i>Zusammenfassend kann festgehalten werden:</i>	16
1.2.5 <i>Folglich:</i>	16
1.3 Keine Ansprüche auf Auszahlung der Bankgarantie, da keine	
Gewährleistungsansprüche	16
1.3.1 <i>Folglich:</i>	17
1.4 Keine Ansprüche auf Auszahlung der Bankgarantie, da Gewähr-	
leistungsansprüche nicht von dieser umfasst sind	17
1.4.1 <i>Zusammenfassend kann festgehalten werden:</i>	19
1.5 <i>Folglich: Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bank-</i>	
<i>garantie</i>	19
1.6 <i>Folglich: Anspruch auf Feststellung der Rechtsmissbräuchlichkeit</i>	
<i>der Inanspruchnahme der Bankgarantie</i>	21

1.7	Folglich: Anspruch auf Unterlassung der weiteren Inanspruchnahme der Bankgarantie	22
<b>2.</b>	<b>Ausführungen zu Streitfrage 2</b>	<b>22</b>
2.1	Zweiseitiger Vertrag i.S.v. Art. 111 OR	23
2.2	Fälligkeit der Forderung und Anspruch auf Erfüllung	24
2.3	Folglich: Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantiekunde mittels Leistungsurteil	25
2.4	Subsidiär: Anspruch auf Vollstreckung des Leistungsurteils	25
<b>3.</b>	<b>Ausführungen zu Streitfrage 3</b>	<b>25</b>
3.1	Anspruch auf Prozessführungsverbot aus Schiedsvereinbarung	26
3.2	Anspruch auf Prozessverbot aus res iudicata	26
3.3	Anspruch auf Prozessverbot mittels Antisuit Injunction	27
3.3.1	<i>Antisuit Injunction in der Schweizerischen Lehre?</i>	28
3.4	Folglich: Anspruch auf Verurteilung der Beklagten auf Unterlassung weiterer Klageerhebungen	30

## II. Quellenverzeichnis

### Literatur

AMSTUTZ, Marc/BREITSCHMID, Peter/FURRER, Andreas/GIRSBERGER, Daniel/HUGUENIN, Claire/MÜLLER-CHEN, Markus/ROBERTO, Vito/RUMO-JUNGO, Alexandra/SCHNYDER, Anton K.

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007

(Zit.: „CHK-BEARBEITER, ZGB/OR/IPRG Art. N“)

BERGER, Bernhard/KELLERHALS, Franz

Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006

(Zit.: „BERGER/KELLERHALS, N)

BÜHLER, Theodor

Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997

(Zit.: „BÜHLER, S.“)

BÜSSER, Andreas

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

(Zit.: „BÜSSER, N“)

DOHM, Jürgen

Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985

(Zit.: „DOHM, N“)

GAUCH, Peter

Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996

(Zit.: „GAUCH, N“)

GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/REY, Heinz

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003

(Zit.: „GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N“)

DE GOTTRAU, Nicolas

Die Bankgarantie im Schweizerischen Recht, in: VON WESTPHALEN, Friedrich/JUD, Brigitta, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2005  
(Zit.: „DE GOTTRAU, S.“)

GUHL, Theo

Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000  
(Zit.: „GUHL/BEARBEITER, §, N“)

HABEGGER, Philipp (Eds.)/ZUBERBÜHLER, Tobias/MÜLLER, Christoph

Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, Zürich 2005  
(Zit.: „HABEGGER, Art. N“)

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas

Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 3. Aufl., Basel 2006  
(Zit.: „BSK ZGB I-BEARBEITER, Art. N“)

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/SCHNYDER, Anton K./BERTI, Stephen V.

Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007  
(Zit.: „BSK IPRG-BEARBEITER, Art. N“)

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang

Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Aufl., Basel 2007  
(Zit.: „BSK OR I-BEARBEITER, Art. N“)

HUGUENIN, Claire

Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2004  
(Zit.: „HUGUENIN, N“)

JEGHER, Gion

Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse, Zürich 2003  
(Zit.: „JEGHER, S.“)

KLEINER, Beat

Bankgarantie, 4. Aufl., Zürich 1990

(Zit.: „KLEINER, N.“)

LÉVY, Laurent

Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators, in: GAILLARD, Emmanuel, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, Bern 2005

(Zit.: „LÉVY, S.“)

LIONNET, Klaus/LIONNET, Annette

Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2005

(Zit.: „LIONNET, S.“)

LÖW, Franziska

Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, in: Schriftenreihe für internationales Recht, Band 101, Basel 2002

(Zit.: „LÖW, S.“)

MEIER, Isaak

Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht mit Gerichtsstandsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005

(Zit.: „MEIER, S.“)

NIELSEN, Jens

Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften, in: SCHIMANSKY, Herbert/BUNTE, Hermann-Josef/LWOWSKI, Hans-Jürgen, Bankrechts-Handbuch, Band III, München 2001

(Zit.: „NIELSEN, §, N.“)

SCHÜTZE, Rolf. A.

Deutsches internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des europäischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Berlin 2005

(Zit.: „SCHÜTZE, N.“)

SCHWENZER, Ingeborg

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1998

(Zit.: „SCHWENZER, N“)

VOGEL, Oscar/SPÜHLER, Karl

Grundriss des Zivilprozessrechts und des Internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz,  
8. Aufl., Bern 2006

(Zit.: „VOGEL/SPÜHLER, Kapitel, N“)

ZOBL, Dieter

Die Bankgarantie im Schweizerischen Recht, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte,  
Berner Bankrechtstag 1996, Bern 1996

(Zit.: „ZOBL, S.“)

## **Zeitschriften**

DIGGELMANN, Peter

Unterlassungsbegehren im Immaterialgüterrecht nach einem Vortrag im Institut für gewerblichen Rechtsschutz (INGRES), in: Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich,  
2/1992, 88. Jahrgang, S. 26ff.

(Zit.: „SJZ, DIGGELMANN, S.“)

EGGER, Walter

Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien,  
in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zürich, Ausgabe 1/1990,  
S. 12ff.

(Zit.: „SZW, EGGER, S.“)

STACHER, Marco

You Don't Want to Go There – Antisuit Injunctions in International Commercial Arbitration,  
in: ASA Bulletin 4/2005 (Dezember), S. 640ff.

(Zit.: „ASA Bulletin, STACHER, S.“)

Prozessführungsverbote zur Verhinderung von sich widersprechenden Entscheiden, in:  
Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ) 9/2006  
(Oktober), S. 61ff.

(Zit.: „ZZZ, STACHER, S. N“)

## **Entscheide**

Unveröffentlichtes Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 7. Februar 1984 in: ASA Bulletin 3/1984 (Juli), S. 156ff.

(Zit.: „BGE 7. Februar 1984“)

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 20. Dezember 1983, BGE 109 II 338

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 29. April 1987, BGE 113 II 264

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 23. November 1989, BGE 115 II 456

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 19. September 1990, BGE 116 II 454

Urteil des Kassationshofes des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 21. November 1996, BGE 122 IV 322

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 21. November 2003, BGE 130 III 66

Urteil der II. Strafkammer des Zürcher Obergerichtes vom 17. November 1972, ZR 71, Nr. 113

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 27. April 2004: Turner v. Grovit  
RS.C-159/02

## **Elektronische Quellen**

DASSER, Felix

Feststellungsinteresse in internationalen Verhältnissen, in: Jusletter vom 29. Sept. 2003, [http://www.weblaw.ch/de/content\\_edition/jusletter/jusletter.asp?JusletterNr=247&lang=de](http://www.weblaw.ch/de/content_edition/jusletter/jusletter.asp?JusletterNr=247&lang=de), zuletzt besucht am 2. März 2008

(Zit.: „DASSER, N“)

### III. Abkürzungsverzeichnis

<b>§</b>	Paragraph
<b>Abs.</b>	Absatz
<b>Art.</b>	Artikel
<b>AS</b>	Aksjeselskap (norwegisch: Aktiengesellschaft)
<b>ASA</b>	Association suisse de l'arbitrage, Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
<b>AT</b>	Allgemeiner Teil
<b>Aufl.</b>	Auflage
<b>B-1 - B-3</b>	von der Beklagten eingereichte Beweisdokumente
<b>BGE</b>	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichtes
<b>BSK</b>	Basler Kommentar
<b>bspw.</b>	beispielsweise
<b>BT</b>	Besonderer Teil
<b>BV</b>	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
<b>CHK</b>	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
<b>d.d.</b>	deoničarsko društvo (serbokroatisch: Aktiengesellschaft)
<b>e</b>	Erwägung
<b>EuGH</b>	Europäischer Gerichtshof
<b>EUR</b>	Euro, Währung der Europäischen Währungsunion
<b>f./ff.</b>	folgende (Seite/Seiten)
<b>GestG</b>	Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
<b>h.L.</b>	herrschende Lehre
<b>Hrsg.</b>	Herausgeber
<b>i.c.</b>	in casu
<b>i.d.R.</b>	in der Regel
<b>i.S.</b>	im Sinne
<b>i.S.d.</b>	im Sinne des
<b>i.S.v.</b>	im Sinne von
<b>i.V.m.</b>	in Verbindung mit

<b>IPRG</b>	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
<b>K-1 - K-7</b>	Von der Klägerin eingereichte Beweisdokumente
<b>lit.</b>	Litera
<b>LugÜ</b>	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (SR 0.275.11)
<b>N/NN</b>	Note/Noten
<b>Nr.</b>	Nummer
<b>NYÜ</b>	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, abgeschlossen in New York am 10. Juni 1958 (SR 0.277.12)
<b>OR</b>	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
<b>resp.</b>	respektive
<b>S.</b>	Seite
<b>s.</b>	siehe
<b>SchO</b>	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern, Stand Januar 2006
<b>SJZ</b>	Schweizerische Juristen-Zeitung
<b>sog.</b>	sogenannt
<b>SR</b>	systematische Sammlung des Bundesrechts
<b>StGB</b>	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311)
<b>SZW</b>	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<b>u.a.</b>	unter anderem
<b>v.</b>	versus, gegen
<b>vgl.</b>	vergleiche
<b>ZGB</b>	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
<b>Ziff.</b>	Ziffer
<b>ZR</b>	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
<b>ZZZ</b>	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

## **EINLEITUNG**

- 1 Zu den formellen Voraussetzungen des Schiedsgerichtsverfahrens wird die Klägerin im Folgenden lediglich kurz Stellung nehmen. Sollte die Beklagte zu formellen Fragen wider Erwarten Einwände erheben, behält sich die Klägerin eine ausführlichere Stellungnahme vor.
- 2 Nachfolgend wird die Klägerin darlegen, dass die von der Beklagten erhobenen Ansprüche vom vereinbarten Sicherungszweck der Bankgarantie nicht umfasst sind, und diese folglich rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen wurde. Daraus folgt ein klagbarer Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte.
- 3 Des Weiteren wird die Klägerin darlegen, dass sie einen Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 an die Fjordbank AS geltend machen kann.
- 4 Ebenso wird die Klägerin aufzeigen, dass die Beklagte alle in Kroatien anhängigen Klagen gegen die Klägerin und die Fjordbank AS zurückzuziehen hat und ihr die Anhebung weiterer Klagen zu untersagen ist.
- 5 Zu weiteren der Klägerin zustehenden Ansprüchen wird im Folgenden auf Begehren des Gerichts keine Stellung genommen. Dies bedeutet jedoch keinesfalls, dass die Klägerin auf die Geltendmachung dieser Ansprüche verzichtet.

## **FORMELLES**

- 6 In der vorliegenden Rechtschrift nimmt die Klägerin Bezug auf die Einleitungsantwort der Beklagten vom 16. November 2007 sowie auf den Konstituierungsbeschluss und die Beschlüsse Nr. 1 und 2 des Schiedsgerichtes Zürich vom 14. Dezember 2007 resp. 18. Januar 2008.
- 7 Die Klägerin anerkennt diese Beschlüsse des Handelsgerichtes Zürich, wonach i.c. die Normen des 12. Kapitels des IPRG und die internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern anzuwenden sind. Im Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) wurde unter Ziff. 16.1 in Übereinstimmung mit Art. 178 Abs. 2 IPRG die Anwendbarkeit des Schweizerischen Rechts vereinbart, weshalb dieses zur Anwendung gelangt.

## MATERIELLES

### 1. Ausführungen zu Streitfrage 1

#### 1.1 Vorbemerkungen

- 8 Die Beklagte behauptet, ihr stehe ein Recht auf Inanspruchnahme der durch die Fjordbank AS ausgestellten Bankgarantie Nr. 233384-550338 (K-3) aus Nichterfüllung des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) infolge Nichtabnahme des Werkes oder stattdessen aufgrund der Gewährleistungspflicht aus Ziff. 5.1 desselben Vertrages zu.
- 9 Die Klägerin bestreitet diese Ansprüche der Beklagten vollumfänglich.
- 10 Im Folgenden wird die Klägerin darlegen, dass das Werk gültig abgenommen wurde und sie damit alle ihre vertraglichen Pflichten erfüllt hat. Des Weiteren sind etwaige Materialschäden, welche von der Beklagten geltend gemacht werden, nicht von der Gewährleistungspflicht der Klägerin erfasst, da diese von der Beklagten selbstverschuldet sind. Ebenso wären allfällige von der Klägerin zu verantwortende Gewährleistungsansprüche nicht vom Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie erfasst.
- 11 Daraus folgt, dass die Beklagte die Bankgarantie weder aus Nichterfüllung des Vertrages noch aufgrund der Gewährleistungspflicht in Anspruch nehmen darf und die Inanspruchnahme somit rechtsmissbräuchlich ist.

#### 1.2 Keine Ansprüche auf Auszahlung der Bankgarantie, da der Werkvertrag erfüllt wurde

- 12 Bei der Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten vom 3. Juli 2004 (K-1) handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag, da die Klägerin das Material zum Bau der Schwefelsäureanlage selbst lieferte. Es finden dabei die Bestimmungen über den Werkvertrag i.S.v. Art. 363 OR mutatis mutandis Anwendung.
- 13 Die Beklagte argumentiert, eine gültige Abnahme des Werkes liege bis heute nicht vor, da ein Schwefelschmelztank als Vertragsbestandteil noch nicht abgenommen und durch einen erfolgreichen Garantietestlauf überprüft wurde. Damit sei das gesamte Werk zu keinem Zeitpunkt vollendet gewesen und der Vertrag folglich nicht erfüllt (vgl. Einleitungsantwort, Ziff. 4).
- 14 Diese Ausführungen sind unzutreffend. Würde man der Argumentation der Beklagten folgen, so hätte die bis heute nicht erfolgte Abnahme zur Konsequenz, dass die Beklagte das Werk ohne Einschränkungen verwenden könnte, obwohl das Eigentum und die Ge-

fahr bei der Klägerin verblieben (vgl. K-1, Ziff. 5.2.6). Dies würde für die Klägerin einen untragbaren und so nie gewollten Zustand darstellen.

- 15 Daher wird die Klägerin im Folgenden aufzeigen, dass eine Abnahme des Werkes auf verschiedenste Weise stattgefunden hat.

### **1.2.1 Abnahme des Werks am 15. Dezember 2005**

- 16 Nachdem die Klägerin alle von ihr aus dem Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) geschuldeten Leistungen erbracht und das Einhalten der vereinbarten Leistungsdaten durch drei erfolgreiche Garantietestläufe nachgewiesen hat, wurde die Anlage von der Beklagten mittels unterzeichneter Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 - mit Ausnahme des neuen Schwefelschmelztanks - ausdrücklich abgenommen (Ziff. 5 der Vereinbarung K-4). Mit dieser Unterschrift hat die Beklagte die Klägerin von ihrer Haftung aus der Bankgarantie gültig freigezeichnet.
- 17 Ziff. 5 dieser Vereinbarung ist nicht so zu verstehen, dass die gesamte Anlage erst mit Lieferung des zusätzlichen Schwefelschmelztanks im Frühling 2006 als abgenommen zu gelten hat. Vielmehr ist dieser Vertragsteil so auszulegen, dass der Grossteil der Anlage gemäss dem ursprünglichen Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) per 15. Dezember 2005 als definitiv abgenommen gilt, unabhängig vom noch einzubauenden Schwefelschmelztank. Dieser gilt nach Einbau und Probetrieb im Frühjahr 2006 ebenfalls als abgenommen.
- 18 Die Argumentation der Klägerin wird dadurch gestützt, dass die Bestellerin im Dezember 2005 gesetzlich i.S.v. Art. 367 OR zur Abnahme des Werkes verpflichtet war, da der überwiegende Teil des Werkes fertig gestellt war und die ausstehenden Arbeiten nur noch einen sehr geringen Teil der Gesamtsumme des Vertrages ausmachten (vgl. CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, OR 367, N 1).
- 19 I.c. wurde das Werk gemäss Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) errichtet. Ausstehend war lediglich die nachträglich vereinbarte Lieferung eines Schwefeltanks, dessen Wertanteil an der gesamten Auftragssumme von EUR 22.5 Mio. nur ca. 2.2% beträgt. Somit war die Beklagte verpflichtet, das Werk per 15. Dezember 2005 mit Ausnahme des noch zu liefernden Schwefelschmelztanks abzunehmen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb sich die Klägerin durch die Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 schlechter stellen sollte, als das Gesetz vorsieht.

- 20 I.c. läge subsidiär neben der ausdrücklichen eine stillschweigende Abnahme des Werkes per 15. Dezember 2005 vor. Dies ergibt sich aus der Rechtssprechung des Bundesgerichtes, welche eine stillschweigende Abnahme vorsieht, wenn das Werk gemäss seinem Zweck verwendet wird (BGE 115 II 456 S. 459 e4; BGE 113 II 264 S. 267 e2b). Die Anlage wurde laut der Vereinbarung K-4 am 15. Dezember 2005 in die Betriebsobhut der Beklagten übergeben und von dieser betrieben und gewartet. Der bestimmungsgemässe Gebrauch der gelieferten Anlage wird von der Beklagten in Ziff. 7 ihrer Einleitungsantwort ausdrücklich bestätigt. Daraus folgt, dass die Anlage auch durch die Inbetriebnahme seitens der Beklagten per 15. Dezember 2005 als abgenommen zu gelten hat.
- 21 Für eine Abnahme i.S. der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (K-4) spricht zudem das vertragswidrige Verhalten der Beklagten, die das erfolgreiche Absolvieren der Garantietestläufe mit der Begründung verhindern wollte, eine aussagekräftige Garantietestfahrt sei nur möglich, wenn die Anlage eine genügende Stabilität bei voller Auslastung aufweise. Diese Forderung lässt sich nicht aus dem Vertrag ableiten und ist i.c. irrelevant, da an Stelle der vereinbarten Garantietestfahrt sogar deren drei erfolgreich durchgeführt wurden. Da die Beklagte damit die Ablieferung des Werkes vorsätzlich verhinderte, verletzte sie ihre Mitwirkungspflicht und geriet dadurch in Annahmeverzug i.S.v. Art. 91 OR (GAUCH, N 1325f.). Dieser Verzug wurde durch die Abnahme am 15. Dezember 2005 beendet. Würden wir der Argumentation der Beklagten folgen, wonach weder die Anlage noch der zusätzliche Tank abgenommen sind, würde sich die Beklagte noch immer in Verzug befinden und hätte die allfälligen Konsequenzen zu tragen, was sicher nicht in ihrem Sinn ist.

### **1.2.2 Abnahme spätestens am 6. Mai**

- 22 Auch wenn das Gericht der abwegigen Argumentation der Beklagten folgt, wonach am 15. Dezember 2005 keine Abnahme stattfand, gilt die Gesamtanlage spätestens am 6. Mai 2006 als abgenommen. Der Schwefeltank wurde an diesem Tag vertragsgemäss in die bestehende Anlage integriert und seine Funktionstüchtigkeit wie vereinbart durch einen erfolgreichen Probetrieb bestätigt. Damit gilt die Abnahme der Gesamtanlage als erfolgt (vgl. K-4, Ziff. 1).
- 23 Unerheblich ist die Behauptung der Beklagten, eine Abnahme erfolge erst nach einem neuerlichen dreitägigen Garantietestlauf mit der Anlage inklusive des neuen Schwefelschmelztanks. Ein solcher wurde von der Klägerin zu keinem Zeitpunkt zugesichert, was ausdrücklich aus der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (K-4) hervorgeht.

- 24 In den Beilagen K-4, K-7 und B-1 war immer von „Probetrieb“ bzw. „dreitägigem Betrieb“ die Rede, nie aber sollte darunter ein Garantietestlauf im Sinne von Ziff. 5.2.5 des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) verstanden werden. Die unglückliche Formulierung „dreitägiger Garantietestlauf“ im Schreiben vom 29. März 2006 (B-2) ist auf ein Missverständnis der Beklagten zurückzuführen und hätte von dieser im Rahmen des Vertrauensprinzips als unrichtig erkannt werden müssen.
- 25 Im Gegensatz zum Erklärungsirrtum, welcher zu Lasten der Klägerin auszulegen wäre, ist bei einem Missverständnis der Erklärungsempfänger dazu verpflichtet, die Erklärung nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) so zu verstehen, wie sie vom Erklärenden gemeint war (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 832). Dies äussert sich i.c. dadurch, dass in den vorangegangenen Erklärungen (vgl. N 24) seitens der Klägerin stets die richtigen Termini verwendet wurden und es für die Beklagte erkennbar war, dass damit lediglich ein informeller Testlauf gemeint war. So wurde in der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (K-4) beschlossen, dass lediglich die für die Kondensationsturbine zur Verfügung stehende Dampfmenge unter Verwendung des neuen Schwefelschmelztanks gemessen werden soll. Die Prozessgarantien in Anhang 10 (K-2) des Vertrages vom 3. Juli 2004 wurden dabei mit keinem Wort erwähnt und sind deshalb nicht Bestandteil des vereinbarten Testlaufs des neuen Tankes.
- 26 Des Weiteren wurden in den Monaten November und Dezember 2005 bereits mehrere erfolgreiche Garantietestläufe der Gesamtanlage mit Ausnahme des noch zu liefernden Tankes durchgeführt. Da in diesen Testläufen selbst mit dem nicht mehr dem Stand der Technik entsprechenden Schwefelschmelztank alle Vorgaben erreicht wurden, erübrigte sich ein neuerlicher Garantietestlauf mit der Gesamtanlage inklusive des neu gelieferten, effizienteren Tankes.

### **1.2.3 Fingierte Abnahme per 3. März 2006**

- 27 Zudem haben die Parteien im Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) eine fingierte Abnahme der Gesamtanlage vereinbart, für den Fall, dass eine solche nicht vor Ablauf einer Frist von 20 Monaten nach Vertragsabschluss stattgefunden hat. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, dass diese Frist durch die Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (K-4) verlängert worden ist. Diese Frist lief i.c. am 3. März 2006 ab, weshalb die Anlage bereits an diesem Tag als abgenommen zu gelten hat.

**1.2.4 Zusammenfassend kann festgehalten werden:**

- 28 Das Werk gilt durch Unterschrift am 15. Dezember 2005 mit Ausnahme des Schwefelschmelztankes als abgenommen.
- 29 Die Gesamtanlage hat spätestens mit dem Probetrieb am 6. Mai 2006 als abgenommen zu gelten.
- 30 Unabhängig vom Entscheid des Gerichtes über den Zeitpunkt der Abnahme, hat das Werk mit Ablauf der fingierten Abnahmefrist seit dem 3. März 2006 als abgenommen zu gelten.

**1.2.5 Folglich:**

- 31 Der Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) wurde durch die zweifellos erfolgte Abnahme erfüllt und die Beklagte hat keinen Anspruch auf Inanspruchnahme der Bankgarantie infolge Nichterfüllung des Vertrages.
- 32 Mit der Erfüllung des Vertrages stehen der Beklagten ebenso wenig die in der Einleitungsantwort geltend gemachten Verzugsansprüche zu.
- 33 Die Klägerin hat nur noch für allfällige in Ziff. 5.1 dieses Vertrages umschriebene Garantie- und Gewährleistungsansprüche einzustehen.

**1.3 Keine Ansprüche auf Auszahlung der Bankgarantie, da keine Gewährleistungsansprüche**

- 34 Da die Inanspruchnahme der Bankgarantie aus Nichterfüllung des Vertrages ausgeschlossen werden muss, wird die Klägerin im Weiteren darlegen, dass die Beklagte ebenso wenig aus der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen die Bankgarantie in Anspruch nehmen darf.
- 35 Die von der Beklagten unter Ziff. 6 der Einleitungsantwort vom 16. November 2007 gerügten Mängel sind kein Anwendungsfall der Garantie- und Gewährleistungspflicht der Klägerin.
- 36 In Anlehnung an Art. 369 OR wurde in Ziff. 5.1 Abs. 5 des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) vereinbart, dass die Klägerin nur für Schäden haftet, die bei ordnungsgemäsem Gebrauch entstehen. Schäden aufgrund externer Einflüsse, namentlich chemische oder elektrische Einwirkungen, wurden darin ausdrücklich wegbedungen. Voraussetzung für eine Haftungsbefreiung der Klägerin i.S.v. Art. 369 OR ist folglich ein Selbstverschul-

den der Beklagten, d.h. sie muss den Werkmangel und dessen Ursache alleine zu verantworten haben (vgl. GAUCH, N 1918).

- 37 Wie bereits in Ziff. 15 der Einleitungsanzeige ausgeführt, rühren die Schäden von der Verwendung nicht spezifikationsgerechten Schwefels und weiteren Unzulänglichkeiten in Betrieb und Wartung her. Die Anforderungen an die Einsatzstoffe wurden von den Vertragsparteien in den Rahmenbedingungen des Vertrages (K-2, Anhang 2) genau festgelegt, von der Beklagten jedoch offensichtlich missachtet. Die Schäden entstanden durch Selbstverschulden der Beklagten, welche folglich nicht der Haftung durch die Klägerin unterliegen.
- 38 Eine ausdrückliche, vorgängige Abmahnung, wie sie in Art. 369 OR vorgesehen ist, war i.c. irrelevant, da die Beklagte zweifelsfrei über sachverständige Personen verfügt, die in Bezug auf die konkreten Anweisungen das nötige Verständnis aufbringen, um deren Richtigkeit überprüfen und die Gefahr eines daraus resultierenden Werkmangels hätten erkennen müssen (vgl. BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 369, N 14; BGE 116 II 454 S. 456 e2c/aa).

### **1.3.1 Folglich:**

- 39 Als Konsequenz der Missachtung der Anweisungen der Klägerin sowie der Unzulänglichkeiten in Betrieb und Wartung entfallen, infolge Selbstverschulden, die Mängelrechte, welche der Beklagten i.S.d. Art. 368 OR zustehen würden
- 40 Die Inanspruchnahme der Bankgarantie aus Gewährleistungsansprüchen kann ausgeschlossen werden, da die Schäden durch das vertragswidrige Verhalten der Beklagten hervorgerufen wurden.

### **1.4 Keine Ansprüche auf Auszahlung der Bankgarantie, da Gewährleistungsansprüche nicht von dieser umfasst sind**

- 41 Selbst wenn das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen würde, dass die Klägerin aus Gewährleistung haftete, bleibt festzuhalten, dass dieser Tatbestand nicht vom Umfang der Bankgarantie erfasst wäre.
- 42 Ein Garantievertrag erfüllt den Zweck, das Ausbleiben eines vom Begünstigten im Grundverhältnis erwünschten Leistungserfolges durch eine Garantieleistung zu kompensieren (BÜSSER, N 1367) oder die Sicherung für künftige Schäden zu übernehmen (SZW 1/90, EGGER S.12).

- 43 Die Ausführungen der Beklagten in Ziff. 12 der Einleitungsantwort, es handle sich bei der Bankgarantie sowohl um eine Anzahlungsgarantie („Advanced Payment Bond“), als auch um eine uneingeschränkte Erfüllungsgarantie, einen sog. „Performance Bond“ (vgl. NIELSEN, §121, N 42, BÜHLER, S. 124), sind unzutreffend. Vielmehr handelt es sich i.c. um eine reine Anzahlungsgarantie wie die Klägerin im Folgenden erläutern wird.
- 44 Eine Erfüllungsgarantie sichert zusätzlich zur fristgerechten Sach- oder Dienstleistung, die Mängelfreiheit der zu erbringenden Leistung (BÜSSER, N 392), wobei der Sicherungszweck einer reinen Anzahlungsgarantie ausschliesslich die Rückleistung von Anzahlungen für den Fall ausbleibender Leistungen darstellt (KLEINER, N 14.02).
- 45 Der durch eine Garantie gesicherte Leistungserfolg und damit der konkrete Garantiezweck ist im konkreten Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln. Das primäre Auslegungsmittel ist der Wortlaut des Garantievertrages, wobei die gesicherte Leistung im Valutaverhältnis als Ergänzung herbeigezogen werden kann (BÜSSER, N 1371f.).
- 46 Aus der Formulierung der Bankgarantieurkunde (K-3), wonach der Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung des als Anzahlung geleisteten Betrages bei „nicht vollständig oder nicht rechtzeitig“ erbrachter „Lieferung und Leistung“ zusteht, lässt ausschliesslich folgenden Schluss zu: Der zu sichernde Leistungserfolg ist gemäss der Bankgarantieurkunde (K-3) die vollständige und rechtzeitige Lieferung und Leistung gemäss dem der Bankgarantie zugrunde liegenden Valutaverhältnis (K-1). Dies entspricht der Definition der reinen Anzahlungsgarantie, wonach der Garantietatbestand in der blossen Nichtlieferung bzw. Nichtleistung liegt (vgl. NIELSEN, §121, N 38). Aus dem Wortlaut der Garantieurkunde ist nicht ersichtlich, dass Gewährleistungsansprüche durch die Bankgarantie gedeckt sind.
- 47 Zudem liegt mit der Garantiebezeichnung als „Anzahlungsgarantie“ ein weiteres Indiz dafür vor, dass es sich tatsächlich um einen reinen „Advanced Payment Bond“ handelt, denn die aufgrund anderer Textelemente gewonnenen Erkenntnisse über den Sicherungszweck der Garantie werden so bestätigt (vgl. BÜSSER, N 1376).
- 48 Ergänzend zu den Auslegungen des Wortlautes der Bankgarantieurkunde sprechen überdies für die Annahme einer reinen Anzahlungsgarantie folgende, aus dem Valutaverhältnis hervorgehende, Ausführungen:
- 49 Eine Garantiehöhe von 20% des Gesamtauftragsvolumens von EUR 22'000'000 scheint objektiv betrachtet für eine Erfüllungsgarantie am oberen Rand zu liegen (vgl. BÜSSER,

NN 393, 398). Solch hohe Garantiequoten machen nur bei Anzahlungsgarantien Sinn, da dort der Besteller vom unbegründeten Vertragsrücktritt abgehalten und dem Lieferanten die Vorfinanzierung erleichtert werden soll (vgl. NIELSEN, §121, N 36).

- 50 Die Annahme einer Erfüllungsgarantie würde i.c. dazu führen, dass die Klägerin für Bagatellmängel bis zum 3. Januar 2009 (vgl. K-3 i.V.m. B-3) in vollem Umfang der Bankgarantie in Höhe von EUR 4'400'000 belangt werden könnte. Die Ungewissheit über die Verfügbarkeit eines solch hohen Betrages war so von der Klägerin niemals beabsichtigt und wäre absolut unzumutbar.
- 51 Ebenfalls für eine reine Anzahlungsgarantie spricht, dass diese vor allem beim Export hochwertiger Spezialanfertigungen als „lex mercatoria“ Usanz sind (vgl. NIELSEN, §121, N 36). Um eine solche handelt es sich beim Vertrag über die Modernisierung der bestehenden Schwefelsäureanlage zwischen der Klägerin und der Beklagten, da die Leistungen der Klägerin auf die Bedürfnisse der Beklagten zugeschnitten sind und somit anderweitig nicht verwertet werden können.

#### **1.4.1 Zusammenfassend kann festgehalten werden:**

- 52 Die Behauptung der Beklagten, dass es sich bei der vorliegenden Bankgarantie um eine Gewährleistungsgarantie handelt, wurde in aller Deutlichkeit widerlegt. Vielmehr liegt eine reine Anzahlungsgarantie vor, von welcher die Gewährleistungsansprüche der Beklagten, falls sie überhaupt geltend gemacht werden können, nicht erfasst sind.
- 53 Der Beklagten fehlen sämtliche materiellen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 (K-3).

#### **1.5 Folglich: Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie**

- 54 Der Sicherungsfall der Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 ist in jedem Fall ausgeblieben. Weder wurde der Vertrag nicht gehörig erfüllt, noch liegen Gewährleistungsansprüche vor, welche eine Inanspruchnahme rechtfertigen könnten. Deshalb war die Inanspruchnahme derselben durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich, wie nachfolgend ausgeführt wird.
- 55 Nach Schweizerischer Rechtspraxis stützt sich ein rechtsmissbräuchlicher Abruf der Bankgarantie auf Art. 2 Abs. 2 ZGB (KLEINER, N 21.42). Von dieser Norm werden nur diejenigen Fälle erfasst, welche offenbar missbräuchlich sind (CHK-MIDDENDORF/GROB, ZGB 2, N 15). Dies bedeutet jedoch nicht, dass auch die den Rechtsmissbrauch begründende Faktenlage offensichtlich oder leicht beweisbar sein

- muss (BÜSSER, N 1220). Ob die Faktenlage den Rechtsmissbrauch als offensichtlich erscheinen lässt, spielt i.c. keine Rolle, denn der Beklagten konnte zweifelsfrei nachgewiesen werden, dass die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten vollumfänglich erfüllt hat.
- 56 Die in der h.L. und Rechtsprechung ausgearbeiteten Tatbestandsvoraussetzungen des Rechtsmissbrauchs umschreiben diesen in abstrakter Weise. Sie definieren nicht, welche Verhaltensweisen des Begünstigten den Tatbestand im konkreten Fall erfüllen, sondern gliedern diese aufgrund der Störung des Valutaverhältnisses oder besonderer Umstände in unterschiedliche Fallgruppen (Löw, S. 78).
- 57 I.c. kann das Verhalten der Beklagten - je nach Interpretation des Sachverhaltes durch das Gericht - unter folgende drei Fallgruppen subsumiert werden. Aus jeder der hier geschilderten Fallgruppen folgt unmissverständlich, dass die Bankgarantie durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen wurde:
- 58 Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn die Inanspruchnahme der Bankgarantie trotz vertragsgemässer Erfüllung des Garantierauftraggebers erfolgt (Löw, S. 81). I.c. beanspruchte die Beklagte trotz vollständiger Erfüllung des Vertragsverhältnisses seitens der Klägerin, die Auszahlung der Bankgarantie. Der Missbrauch liegt in diesem Fall darin, dass die Beklagte sowohl in den Genuss der Leistung der Klägerin, als auch derjenigen aus der Bankgarantie zu gelangen versucht (vgl. Löw, S.82).
- 59 Falls das Gericht der Argumentation der Klägerin folgt und zum Schluss kommt, dass die Beklagte die von ihr gerügten Mängel selbst verschuldet und damit auch zu verantworten hat, liegt ebenfalls Rechtsmissbrauch vor, unabhängig davon, ob es sich um eine Anzahlungs- oder Gewährleistungsgarantie handelt (vgl. N 41ff.). Der Rechtsmissbrauch liegt hier darin, dass trotz einer vom Auftraggeber nicht zu verantwortenden Leistungsstörung im Valutaverhältnis die Bankgarantie durch die Beklagte in Anspruch genommen wird (vgl. Löw, S. 85).
- 60 Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Klägerin für die von der Beklagten gerügten Mängel einzustehen hat, so liegt gleichwohl ein Fall von rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme vor, da es sich bei der abgeschlossenen Bankgarantie vom 16. September 2004 (K-3) um eine reine Anzahlungsgarantie handelt, welche allfällige Gewährleistungsansprüche der Beklagten nicht abdeckt (s. N 44). Der Rechtsmissbrauch liegt diesfalls in der Inanspruchnahme der Garantie zur Deckung einer anderen Forderung als der in der Bankgarantie vereinbarten (vgl. Löw, S. 102).

- 61 Büsser erblickt in dieser Konstellation einen zweckwidrigen Garantieabruf (BÜSSER, N 1319). Die herrschende Lehre und Rechtsprechung unterscheidet jedoch nicht zwischen rechtsmissbräuchlichem und zweckwidrigem Garantieabruf. Sie betrachtet den zweckwidrig erfolgten Garantieabruf lediglich als Untergruppe der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme (vgl. BÜHLER, S. 129; BÜSSER, N 1529).
- 62 Zudem wurde die Rechtsmissbräuchlichkeit des Garantieabrufs schon durch eine einstweilige Verfügung des zuständigen norwegischen Gerichts in Oslo festgestellt. In vielen Rechtssystemen wird die Auffassung vertreten, dass zum Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen den Abruf einer Bankgarantie Rechtsmissbrauch vorliegen muss (LÖW, S. 123). Zudem muss der Garantierauftraggeber das Gericht davon überzeugen, dass er im Hauptverfahren ausreichende Erfolgsaussichten hat (LÖW, S. 128). Das norwegische Gericht hat folglich die offenbare Rechtswidrigkeit des Garantieabrufs erkannt und die Prozesschancen der Klägerin als aussichtsreich beurteilt. Andernfalls wäre das Gericht nicht auf die Klage der Klägerin eingetreten.
- 63 Somit kann festgehalten werden, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte in jedem Fall rechtsmissbräuchlich ist.

#### **1.6 Folglich: Anspruch auf Feststellung der Rechtsmissbräuchlichkeit der Inanspruchnahme der Bankgarantie**

- 64 Es sei vom Schiedsgericht festzustellen, dass die Klägerin sämtliche Pflichten aus dem Vertragsverhältnis vom 3. Juli 2004 (K-1) sowie aus der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (K-4) vollumfänglich erfüllt hat. Zudem sei festzustellen, dass die Beklagte die Bankgarantie Nr. 233384-550338 (K-3) ohne materielle Grundlage in Anspruch genommen hat.
- 65 Des Weiteren soll festgestellt werden, dass die Beklagte keine Ansprüche gegen die Klägerin und die Garantin hat und folglich die Garantie auch künftig nicht in Anspruch nehmen darf (vgl. DOHM, N 384).
- 66 Zudem hat das Gericht die Ungültigkeit der Garantieurkunde festzustellen, damit ein künftiger Garantieabruf verunmöglicht wird.
- 67 Das für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage vorausgesetzte rechtliche Interesse an der gerichtlichen Feststellung eines Rechts (vgl. VOGEL/SPÜHLER, 7, N 21ff.), ergibt sich für die Klägerin i.c. daraus, dass die Fortdauer der momentanen Rechtsungewissheit in

Bezug auf die Vertragserfüllung für sie unzumutbar ist und sich ohne Klärung der Rechtsverhältnisse auch weiter negativ auswirken würde.

### **1.7 Folglich: Anspruch auf Unterlassung der weiteren Inanspruchnahme der Bankgarantie**

- 68 Weiter sei die Beklagte vom Schiedsgericht zu verurteilen, zu unterlassen, die Fjordbank AS aus der Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 (K-3) in Anspruch zu nehmen.
- 69 Das für eine Unterlassungsklage geforderte Rechtsschutzinteresse ist i.c. ebenfalls gegeben, denn verlangt wird eine unmittelbar drohende Rechtsverletzung, welche auch künftig ernstlich befürchtet werden muss. Das bedeutet, dass die Beklagte bereits Rechtsverletzungen begangen haben muss und erneute Verstösse nicht auszuschliessen sind (vgl. VOGEL/SPÜHLER, 7, N 19). Dieses Rechtsschutzinteresse muss auch zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung noch vorhanden sein (BGE 109 II 338 S. 346 e3).
- 70 Da die Beklagte bereits versucht hat die Bankgarantie missbräuchlich in Anspruch zu nehmen und mit einem erneuten Versuch ernsthaft gerechnet werden muss, ist das erforderliche Rechtsschutzinteresse der Klägerin bis heute zweifellos vorhanden.
- 71 Das durch die Unterlassungsklage zu verbietende Verhalten muss zudem genau und eng umschrieben sein (SJZ, DIGGELMANN, 26ff.). I.c. verlangt die Klägerin mit der Unterlassungsklage, die Inanspruchnahme der Bankgarantie Nr. 233384-550338 durch die Beklagte zu verbieten. Dieser Anspruch ist genügend klar und eng umschrieben und auf die Unterlassungsklage ist somit einzutreten.
- 72 Daraus folgt, dass der Klägerin ein durchsetzbarer Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Garantie durch die Beklagte zusteht.
- 73 Auf die Möglichkeit betreffend einer Klage auf Verbot der Prozessführung seitens der Beklagten gegen die Fjordbank AS in Kroatien wird nachfolgend unter N 92ff. eingegangen.

## **2. Ausführungen zu Streitfrage 2**

- 74 Da die mit der Bankgarantiekunde verbundene Forderung der Beklagten gegenüber der Bank erloschen ist, kann diese nicht mehr rechtmässig in Anspruch genommen werden (vgl. Ausführungen zu Streitfrage 1), d.h. sie ist für die Beklagte de facto wertlos.

- 75 Für die Klägerin ist die Bankgarantieurkunde eine wichtige Beweisurkunde. Der Besitzer dieser Urkunde kann durch deren Vorlegung weitere unrechtmässige Ansprüche geltend machen und dadurch missbräuchlich neue Prozesse anheben. Die Abwehr dieser offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Klagen wäre für die Klägerin mit grossem zeitlichem und finanziellem Aufwand verbunden.
- 76 Ein Anspruch der Klägerin auf Rückgabe der Bankgarantieurkunde Nr. 233384-550338 an die Fjordbank AS ergibt sich auch aus dem Garantievertrag vom 16. September 2004 (K-3), welcher die Rückgabe der Urkunde an die Fjordbank AS nach Verfall oder Befriedigung ausdrücklich vorsieht.
- 77 Die rechtliche Einordnung des Bankgarantievertrages ist in der Lehre umstritten. Das Bundesgerichts tendiert in jüngster Zeit zu einem Anwendungsfall von Art. 111 OR, wobei es früher eher einen Vertrag sui generis annahm (DE GOTTRAU, S. 453ff.). Dieser neueren Meinung ist zuzustimmen, denn Art. 111 OR ist dispositiver Natur und kann somit beliebig abgeändert werden, weshalb sich die Annahme eines Innominatkontraktes, wie ihn u.a. BÜSSER (N 91) vertritt, erübrigt (vgl. ZOBL, S. 29). I.c. ist somit Art. 111 OR auf den Bankgarantievertrag anzuwenden.

## **2.1 Zweiseitiger Vertrag i.S.v. Art. 111 OR**

- 78 Beim Bankgarantievertrag i.S.v. Art. 111 OR handelt es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (KLEINER, N 16.01). Die Zweiseitigkeit ergibt sich aus der Annahme der Garantie durch den Begünstigten, was zumindest stillschweigend geschehen muss (DE GOTTRAU, S. 453). Dass eine ausdrückliche Offertenannahme nicht erforderlich ist, entspricht internationalen Gepflogenheiten im Bankgeschäft (KLEINER, N 16.02). Die Beklagte hat den Garantievertrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt und ihn somit stillschweigend i.S.v. Art. 6 OR angenommen (vgl. ZR 71, Nr. 113, e2b).
- 79 In der Regel verpflichtet ein Garantievertrag i.S.v. Art. 111 OR nur eine Vertragspartei, wobei ausnahmsweise auch zweiseitige Verpflichtungen möglich sind (BSK OR I-PESTALOZZI, Art. 111, N 7). Eine solche Ausnahme liegt i.c. vor, denn für die Annahme eines unvollkommen zweiseitigen Vertrages spricht, dass der geschuldeten Leistung seitens der Fjordbank AS eine davon abhängige Leistung der Beklagten gegenübersteht. Dieser Leistungspflicht hat die Beklagte mit stillschweigender Annahme zur Garantievereinbarung zugestimmt.

- 80 Die Zweiseitigkeit der Verpflichtung ergibt sich i.c. einerseits aus der Leistungspflicht der Fjordbank AS bei Eintritt des Garantiefalls, andererseits aus der Pflicht der Beklagten, die Urkunde nach Verfall oder Befriedigung sämtlicher Ansprüche zurückzugeben, was aus dem Bankgarantievertrag (K-3) explizit hervorgeht.
- 81 Diese Leistungspflicht der Beklagten reicht für die Annahme eines unvollkommen zweiseitigen Vertrages aus, denn Lehre und Rechtsprechung nehmen selbst den unentgeltlichen Auftrag einhellig als unvollkommen zweiseitigen Vertrag an, auch wenn der Auftraggeber per Definition keine Pflichten übernimmt (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 258; HUGUENIN, N 743; BGE 122 IV 322 S. 327 e3b)
- 82 Ein synallagmatischer Vertrag muss jedoch ausgeschlossen werden, da der Leistungspflicht der Fjordbank AS keine gleichwertige Leistung der Beklagten im Austauschverhältnis gegenübersteht (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 258).
- 83 I.c. sind die Ansichten von Dohm und Büsser abzulehnen, welche im Bankgarantievertrag lediglich einen einseitigen Schuldvertrag zwischen Garantiebank und Begünstigtem erblicken (vgl. BÜSSER, N 87; DOHM, N 97). Dies deshalb, weil sich für die Beklagte mit stillschweigender Zustimmung zum Garantievertrag mit der Fjordbank AS neben Rechten eindeutig auch Pflichten ergeben.

## **2.2 Fälligkeit der Forderung und Anspruch auf Erfüllung**

- 84 Für die Klägerin ist i.c. lediglich die Herausgabe der Bankgarantieurkunde von Interesse, da nur die Beklagte als Besitzerin zur Erbringung der von der Klägerin geforderten Leistung imstande ist, weshalb andere Rechtsansprüche (u.a. Schadenersatz, Ersatzvornahme) nicht in Frage kommen.
- 85 Damit die Klägerin auf Erfüllung des Vertrages klagen kann, muss die Forderung fällig sein. Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Erfüllung fordern kann (GUHL/KOLLER, §32, N 3) und diese im Falle der Nichtleistung einklagen darf (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2161).
- 86 Der Anspruch auf Erfüllung fälliger Forderungen und deren Konsequenzen sind im OR nicht ausdrücklich geregelt, können jedoch indirekt aus Art. 97 Abs. 2, Art. 98 Abs. 1 sowie Art. 107 Abs. 2 OR abgeleitet werden (vgl. SCHWENZER, N 61.02).
- 87 Die Parteien haben den Fälligkeitszeitpunkt i.S.v. Art. 75 OR für die Rückgabe der Garantieurkunde im Garantievertrag (K-3) auf den Zeitpunkt, in dem sämtliche Ansprüche

aus der Garantie befriedigt oder verfallen sind, festgelegt. Durch die vollständige Erfüllung des der Bankgarantie zugrunde liegenden Valutaverhältnisses durch die Klägerin, ist der Anspruch der Beklagten auf Inanspruchnahme der Bankgarantie hinfällig geworden. Gleichzeitig wurde die Forderung der Fjordbank AS auf Herausgabe der Bankgarantiekunde fällig.

### **2.3 Folglich: Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantiekunde mittels Leistungsurteil**

88 Die Klägerin hat Anspruch auf Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe der geschuldeten Bankgarantiekunde durch Leistungsurteil. Überdies enthält ein solcher Anspruch auch alle im Gesetz vorgesehenen Vollstreckungsmassnahmen zur Herausgabe der geschuldeten Sache (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 49).

89 Die Beklagte ist i.S.v. Art. 32 Abs. 2 SchO dazu verpflichtet, das vom Schiedsgericht ausgesprochene Leistungsurteil zu erfüllen. Die Klägerin geht davon aus, dass die Beklagte sich dem kaufmännischen Anstand entsprechend verhält und die schiedsgerichtliche Entscheidung freiwillig erfüllt (vgl. LIONNET, S. 417).

### **2.4 Subsidiär: Anspruch auf Vollstreckung des Leistungsurteils**

90 Falls sich die Beklagte trotz Leistungsurteil weigert, ihrer Verpflichtung i.S.v. Art. 32 Abs. 2 SchO nachzukommen und die Urkunde auszuhändigen, macht die Klägerin einen Anspruch auf Realvollstreckung des Leistungsurteils durch die zuständigen Staatsorgane geltend (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3268).

91 Dieser Anspruch beinhaltet ein Recht auf behördliche Massnahmen zur Erzwingung der Leistung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 52). Die Klägerin fordert das Gericht dazu auf, falls nötig, die erforderlichen Zwangsmassnahmen und Konsequenzen, bspw. Art. 292 StGB, einzuleiten und damit die Beklagte zur Aushändigung der Garantiekunde zu zwingen.

## **3. Ausführungen zu Streitfrage 3**

92 Die Klägerin wird im Folgenden darlegen, dass sowohl ihr als auch der Fjordbank AS ein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot gegenüber der Beklagten zusteht, welches sämtliche, sich aus dem Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) ergebenden, Streitfragen beinhaltet. Das rechtliche Schicksal der Bankgarantie betrifft sowohl die Klägerin als auch die Fjordbank AS in gleichem Masse, weshalb sich die Parteien gegenseitig unterstützen und als Nebenintervenienten in Prozessen der jeweils anderen Partei auftreten.

93 Ein Prozessführungsverbot ergibt sich einerseits aus der vertraglich festgelegten Schiedsvereinbarung und andererseits aus der *res iudicata*. Zudem hat die Klägerin Anspruch auf ein Prozessführungsverbot i.S. einer *Antisuit Injunction*, welche der Beklagten nach Urteilsöffnung verbietet, weitere Prozesse aufgrund derselben Streitsache anzuhängen.

### **3.1 Anspruch auf Prozessführungsverbot aus Schiedsvereinbarung**

94 In Ziff. 16.2 des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) vereinbarten die Streitparteien eine Schiedsklausel. Darin wurde festgelegt, dass alle sich aus dem Vertrag ergebenden Streitigkeiten nach der internationalen Schiedsordnung der Schweizer Handelskammer von einem Schiedsgericht mit Sitz in Zürich endgültig entschieden werden. Dass es sich hierbei um eine gültige Schiedsabrede handelt, wie sie vom Bundesgericht umschrieben wurde, ist unbestritten (vgl. BGE 130 III 66 S. 70 e3.1).

95 Mit Zuständigkeit des Zürcher Schiedsgerichtes wurde gleichzeitig die Nichtzuständigkeit an sich zuständiger ausländischer Gerichte begründet (vgl. JEGHER, S.52), denn Art. II Ziff. 3 NYÜ verpflichtet Gerichte in Vertragsstaaten, Schiedsgerichtsvereinbarungen zu akzeptieren und die Parteien bei einer allfälligen Anrufung des Gerichts durch eine Partei auf das Schiedsverfahren zu verweisen (vgl. BGE vom 7. Februar 1984). Dasselbe geht auch aus Art. 9 Abs. 1 GestG hervor, wonach eine Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand, i.c. dem Schiedsgericht Zürich, erhoben werden kann.

96 Da sowohl Kroatien als auch Norwegen das NYÜ ratifiziert und die Parteien das Schiedsgericht Zürich als einzigen Gerichtsstand vereinbart haben, hätte das normalerweise zuständige kroatische Gericht i.c. nicht auf die Klage der Beklagten eintreten dürfen. Die Klägerin hingegen war i.S.v. Art. 33 GestG zur Beantragung vorsorglicher Massnahmen in Norwegen berechtigt (vgl. VOGEL/SPÜHLER, 4, N 76). Der Prozess in Kroatien darf deshalb unabhängig vom Ausgang des Schiedsgerichtsverfahrens nicht fortgesetzt werden. Ebenso wenig darf die Beklagte neue Klagen erheben.

97 Daraus ergibt sich, unabhängig vom Ausgang dieses Verfahrens, ein Prozessführungsverbot vor anderen Gerichten. Durch die Prozesseröffnung in Kroatien hat die Beklagte gegen die Schiedsvereinbarung und somit gegen dieses Verbot verstossen.

### **3.2 Anspruch auf Prozessverbot aus *res iudicata***

98 Ein Prozessverbot lässt sich auch aus der *res iudicata* ableiten, denn über eine bereits von einem zuständigen Gericht entschiedene Sache darf kein zweites Urteil gefällt wer-

den. Dieses Verbot entfaltet seine Wirkung jedoch erst mit Urteilseröffnung. Während der Dauer des Prozesses verbietet das Prinzip der sog. Litispendenz der Beklagten weitere Verfahren vor anderen Gerichten zu eröffnen (vgl. VOGEL/SPÜHLER, 8, N 42f.).

99 Aus Art. 32 Abs. 2 SchO ergibt sich ein Prozessführungsverbot, welches das Prinzip der res iudicata konkret normiert. Danach verpflichten sich die Parteien dem Schiedsurteil unverzüglich Folge zu leisten. Dies ergibt sich ebenso aus Art. 190 Abs. 1 IPRG, welcher festlegt, dass ein Schiedsurteil, unabhängig davon wie es ausfällt, mit der Eröffnung für die Parteien verbindlich wird.

100 Dieser „res iudicata-Effekt“ verbietet der Beklagten, vor anderen Gerichten bereits entschiedene Ansprüche jeglicher Art aus dem Vertragsverhältnis der Streitparteien gegen die Klägerin oder die Fjordbank AS geltend zu machen (vgl. HABEGGER, Art. 32, N 18ff.; BERGER/KELLERHALS, N 1498).

101 Die Beklagte wird somit aus res iudicata dazu verpflichtet, nach Eröffnung des Urteils sämtliche Prozesse gegen die Klägerin oder Fjordbank AS einzustellen und in dieser Sache keine weiteren Klagen zu erheben. Folglich handelt es sich hierbei um ein faktisches Prozessführungsverbot.

### **3.3 Anspruch auf Prozessverbot mittels Antisuit Injunction**

102 In Kontinentaleuropa reichen die zur Verfügung stehenden Abwehrmassnahmen zur Verhinderung ausländischer Prozesse im Allgemeinen nicht aus (JEGHER, S. 127). Da sich die Beklagte im Laufe der Streitigkeiten gegenüber der Klägerin wiederholt treu- und vertragswidrig verhalten hat, genügen die unter NN 93, 97 dargelegten Mittel zur Verhinderung weiterer Prozesse offensichtlich nicht und führen zu einer unbefriedigenden Lösung.

103 Dies zeigt sich insbesondere dadurch, dass die Beklagte trotz faktischem Verbot in Kroatien einen Prozess angehoben hat und das kroatische Gericht trotz fehlender Zuständigkeit darauf eingetreten ist. Es ist nicht auszuschliessen, dass sich solche Vorfälle in Zukunft wiederholen werden. Deshalb sollte das Schiedsgericht zum Schutze der Klägerin ein umfassendes Prozessführungsverbot gegenüber der Beklagten aussprechen.

104 Dieses Verbot sollte sich am Vorbild der Antisuit Injunction orientieren. Diese hat im angloamerikanischen Rechtsraum eine jahrhundertlange Tradition, welche bis ins Jahr 1665 zurückreicht (JEGHER, S. 91f.). Durch eine Antisuit Injunction, welche auch durch Schiedsgerichte ausgesprochen werden kann, soll der Beklagten verboten werden, bei

- anderen Gerichten eine Klage zu erheben oder fortzuführen (vgl. ASA Bulletin, STACHER, S. 641ff.).
- 105 Die Klägerin ist sich bewusst, dass dem Schweizer Rechtssystem das Instrument der Antisuit Injunction als solches nicht bekannt und gesetzlich normiert ist. Deshalb sollten die angloamerikanischen Regelungen zur Orientierung herangezogen werden (vgl. JEGHER, S. 100).
- 106 Nach diesen Rechtsnormen sind die Verursachung zusätzlicher Kosten, die Verzögerung der Durchsetzbarkeit des Urteils oder reine Schikane durch weitere Verfahren die wichtigsten Voraussetzungen für die Aussprechung einer Antisuit Injunction (ZZZ, STACHER, S. 64, N 11).
- 107 Regelmässig gewähren die Gerichte Antisuit Injunctions bei Missachtung von Schiedsvereinbarungen (JEGHER, S. 93f.), wie dies die Beklagte i.c. getan hat, indem sie vor einem kroatischen Gericht gegen die Fjordbank AS und die Klägerin klagte.

### **3.3.1 Antisuit Injunction in der Schweizerischen Lehre?**

- 108 Die Schweizerische Lehre lehnt eine Antisuit Injunction u.a. deswegen ab, weil einer Prozesspartei das Recht auf die in Art. 29 BV festgehaltenen Verfahrensgarantien entzogen wird (MEIER, S. 160f.). Des Weiteren wird kritisiert, dass durch Aussprechen eines Prozessführungsverbotens Misstrauen gegenüber anderen Gerichten sowie deren Rechtsordnungen ausgedrückt (ZZZ, STACHER, S. 62, N 4), und in unzulässiger Weise in die Hoheit des ausländischen Staates eingegriffen wird (ZZZ, STACHER, S. 71, N 33). Zudem hat der EuGH in einer neueren Entscheidung (RS.C-159/02, 17b) die Zulässigkeit von Antisuit Injunctions im Geltungsbereich europäischen Rechts generell ausgeschlossen (SCHÜTZE, N 179).
- 109 Die Argumente der h.L. können wie folgt widerlegt werden:
- 110 Die allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 BV werden i.c. nicht verletzt, da ein Weiterzug an das Schweizerische Bundesgericht i.S.v. Art. 191 IPRG weiterhin möglich ist. Verboten wird lediglich eine erneute Klageerhebung, welche das gefällte Urteil desavouieren und wie dargelegt gegen die res iudicata verstossen würde.
- 111 Weiter wird durch die Aussprechung einer Antisuit Injunction weder das Misstrauen gegenüber ausländischen Gerichten ausgedrückt, noch die Souveränität eines Rechtsstaates verletzt. Dies deshalb, weil sich eine solche Injunction direkt gegen die verurteilte Partei und nicht gegen andere Gerichte richtet (JEGHER, S. 96). Es ist lediglich von einer mittelbaren Einmischung in fremde Gerichtsbarkeit auszugehen (vgl. ZZZ,

- STACHER, S. 72, N 36), welche die Souveränität des betreffenden Staates in keinsten Weise verletzt.
- 112 Der Entscheid des Europäischen Gerichtshofes, welcher Antisuit Injunctions als unzulässig erachtet, entfaltet weder für die Schweiz, noch für Norwegen oder Kroatien Rechtswirkung, denn keiner dieser Staaten ist Mitglied des Brüsseler Übereinkommens vom 27. September 1968. Zwar ist die Schweiz Mitglied des Lugano Übereinkommens, welches eine Adaption des Brüsseler Übereinkommens darstellt (VOGEL/SPÜHLER, 1, N 71), jedoch wird die Anwendbarkeit des LugÜ für die Schiedsgerichtsbarkeit in Art. 1 Abs. 2 Ziff. 4 LugÜ explizit ausgeschlossen. Daher muss eine Präjudizwirkung dieses Entscheides für Schweizer Schiedsgerichte abgelehnt werden.
- 113 Aus diesen Gründen lässt sich eine Antisuit Injunction nach unserer Auffassung auch im Schweizer Recht in Ausnahmefällen rechtfertigen.
- 114 Dies ist namentlich der Fall, wenn wie vorliegend, die unmittelbare Gefahr besteht, dass eine Klage aus schon entschiedenen Streitfragen an einem anderen Gericht eingereicht würde und dieses trotz Unzuständigkeit darauf einginge. Dass i.c. ausnahmsweise ein Prozessführungsverbot zulässig ist, wird im Folgenden erläutert:
- 115 Die Klägerin muss befürchten, dass die Beklagte das Verfahren durch erneutes rechtsmissbräuchliches Anheben von Klagen in Staaten mit ineffizienter Justiz, i.S. eines sog. Torpedos, verzögern könnte (DASSER, N 32). Da nach dem Urteil des Schiedsgerichtes die Beklagte keinerlei Aussichten auf dessen materielle Änderung hätte, bestünde ihr einziges Motiv in der Schikanierung der Klägerin. In einem solchen Fall würden der Klägerin zusätzliche Kosten und unnötiger Aufwand entstehen und ihr Ansehen im internationalen Handelsverkehr würde in Mitleidenschaft gezogen werden. Zudem wäre die Garantiesumme in Höhe von EUR 4'400'000 weiterhin faktisch blockiert und stünde der Klägerin nicht zur Verfügung.
- 116 Weiter spricht für den Erlass einer Antisuit Injunction, dass die Beklagte durch eine solche in keinsten Weise in ihren Rechten eingeschränkt würde. Die rechtlichen Einschränkungen, welche durch die Aussprechung einer solchen Injunction von der Klägerin angestrebt werden, wurden von der Beklagten bereits in Vertrag und Schiedsvereinbarung freiwillig anerkannt. Einzige Konsequenz für die Beklagte wäre, dass ihr Zuwiderhandlungen gegen die Vereinbarung und dieses Schiedsurteil unter Strafandrohung i.S.v. Art. 292 StGB verboten würden (vgl. MEIER, S. 160; LÉVY, S. 127).

- 117 Aus diesen Gründen ist die Klägerin der Ansicht, dass zum faktischen Prozessverbot der res iudicata und der ausschliesslichen Zuständigkeit des Zürcher Schiedsgerichts durch Schiedsvereinbarung zusätzlich ein gerichtliches Prozessführungsverbot i.S. einer Anti-suit Injunction gegen die Beklagte auszusprechen sei.
- 118 Das Gericht sollte bedenken, dass der Klägerin in einem angloamerikanischen Schiedsverfahren ein solcher Anspruch höchstwahrscheinlich gewährt würde. Wir fordern die Schweizer Schiedsgerichte deshalb dazu auf, ihre bisherige Rechtsprechung unter restriktiven Anforderungen der Praxis des angloamerikanischen Raumes anzugleichen, um bei Bedarf als ultima ratio entsprechend reagieren zu können.
- 119 Eine solche Anpassung würde die Prozessökonomie fördern und sich widersprechende Entscheide verhindern (ZZZ, STACHER, S. 78, N 54). In Fällen wie dem vorliegenden würde es helfen, potenzielle Missbräuche zu unterbinden und damit den Schiedsgerichtsplatz Schweiz zu stärken. Den Schweizer Schiedsgerichten sollte es zumindest dann möglich sein, ein Prozessführungsverbot auszusprechen, wenn ernstlich damit gerechnet werden muss, dass eine Partei rechtsmissbräuchlich weitere Klagen erhebt. Es wäre zu bedauern, wenn die Schweizer Gerichte diese Möglichkeit weiterhin prinzipiell ausschliessen würden.
- 120 Durch unsere negativen Erfahrungen, welche wir im Laufe der Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten erleiden mussten, stellt sich für uns die Frage, ob wir für zukünftige Prozesse ein Schiedssystem wählen sollen, welches die Möglichkeit der Aussprechung eines Prozessführungsverbot zulässt. Da wir bis anhin mit Schweizerischem Schiedsrecht nur die allerbesten Erfahrungen gemacht haben, würden wir sehr bedauern zu diesem Schritt gezwungen zu werden.

### **3.4 Folglich: Anspruch auf Verurteilung der Beklagten auf Unterlassung weiterer Klageerhebungen**

- 121 Da die faktischen Prozessverbote aus res iudicata und Schiedsklausel wie dargelegt nicht ausreichen um die Interessen der Klägerin zu wahren, sollte das Gericht eine Anti-suit Injunction gegen die Beklagte aussprechen. Über allfällige Konsequenzen wegen Verstoss gegen die Prozessführungsverbote sollte das Gericht nach eigenem Ermessen entscheiden.

Abschliessend ersuchen wir Sie höflich den eingangs gestellten Rechtsbegehren stattzugeben.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Simone R. Bosshard

Mattia N. Hotz

Michael H. Kehrli

David J. Pfefferli

Zweifach

- LSI Zürcher Handelskammer
- Stiva d.d., vertreten durch Moot Court Gruppe \_\_\_