

*Moot Court Team 6:*

*Maya Frey*

*Rosa Sway*

*Nathalie Wirch*

**LSI**

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

12. März 2008

## **Klageschrift**

In Sachen

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

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 6

gegen

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [x]

Stellen wir namens und mit Vollmacht der Klägerin folgende

## Rechtsbegehren

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, zu unterlassen, die Fjordbank AS aus der Anzahlungs-  
garantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 in Anspruch zu nehmen.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, das Original der Anzahlungs-  
garantie 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 an-  
hängigen Klagen in Bezug auf die Anzahlungs-  
garantie 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 gerichtli-  
chen Verfahren mit Bezug auf die Anzahlungs-  
garantie Nr. 233384-550338 vom 16.  
September 2004 in Norwegen vor dem Einzelrichter am Bezirksgericht in Oslo (Pro-  
zessnummer 02-35450) und dem Bezirksgericht in Oslo (Prozessnummer 02-54670),  
dem Einzelrichter am Bezirksgericht in Zagreb (Prozessnummer 4R.5694), dem Ober-  
gericht in Zagreb (5Q.6779) und allen sonstigen kroatischen Gerichten entstanden sind  
und noch entstehen werden.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

# I. INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>I.</b>	<b>INHALTSVERZEICHNIS</b>	<b>I</b>
<b>II.</b>	<b>LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>II</b>
<b>III.</b>	<b>ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS</b>	<b>IV</b>
<b>IV.</b>	<b>ENTSCHEIDVERZEICHNIS</b>	<b>IV</b>
<b>V.</b>	<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>	<b>V</b>
<b>VI.</b>	<b>BEGRÜNDUNG</b>	<b>- 1 -</b>
<b>1</b>	<b>EINLEITUNG</b>	<b>- 1 -</b>
<b>2</b>	<b>ANSPRUCH AUF UNTERLASSUNG DER INANSPRUCHNAHME DER ANZAHLUNGSGARANTIE</b>	<b>- 1 -</b>
2.1	STELLUNG EINER BANKGARANTIE BZW. ANZAHLUNGSGARANTIE	- 1 -
2.2	SICHERUNGSZWECK DER ANZAHLUNGSGARANTIE	- 2 -
2.2.1	<i>Auslegung der in der Anzahlungsgarantie vereinbarten Garantieklausel</i>	- 2 -
2.2.2	<i>Valutavertrag als ergänzendes Auslegungsmittel</i>	- 3 -
2.2.3	<i>Abnahme der Anlage</i>	- 5 -
2.2.3.1	Begriff der Abnahme	- 5 -
2.2.3.2	Erfolgreich durchgeführte Testfahrt	- 6 -
2.2.3.3	Fristablauf	- 9 -
2.2.3.4	Schlussfolgerung	- 9 -
2.2.4	<i>Zwischenfazit</i>	- 10 -
2.3	UNZULÄSSIGE INANSPRUCHNAHME DER ANZAHLUNGSGARANTIE	- 10 -
2.3.1	<i>Rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf</i>	- 10 -
2.3.2	<i>Zweckwidriger Garantieabruf</i>	- 11 -
2.3.3	<i>Rechtsfolgen</i>	- 11 -
2.4	KEINE GEWÄHRLEISTUNGSANSPRÜCHE	- 12 -
<b>3</b>	<b>HERAUSGABE DES ORIGINALS DER GARANTIEERKLÄRUNG</b>	<b>- 14 -</b>
<b>4</b>	<b>ZULÄSSIGKEIT EINES PROZESSFÜHRUNGSVERBOTES</b>	<b>- 15 -</b>
4.1	VERSTOSS GEGEN DIE SCHIEDSABREDE	- 15 -
4.2	KEINE UNZULÄSSIGE INTERVENTION	- 16 -
4.3	SCHUTZ DES SCHIEDSGERICHTSVERFAHREN / SCHUTZ DER KLÄGERIN	- 16 -
4.4	ANGEMESSENHEIT EINES PROZESSFÜHRUNGSVERBOTES	- 17 -
4.5	KLAGBARER UNTERLASSUNGSANSPRUCH BEINHÄLTET PROZESSFÜHRUNGSVERBOT	- 18 -
4.6	GENERELLE VORTEILE EINES PROZESSFÜHRUNGSVERBOTES	- 18 -
4.7	SCHLUSSFOLGERUNG	- 19 -

## II. LITERATURVERZEICHNIS

---

- BÜHLER, Theodor  
Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997.  
Zitiert: BÜHLER
- BÜSSER, Andres  
Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Freiburg 1997.  
Zitiert: BÜSSER
- DOHM, Jürgen  
Bankgarantien im Internationalen Handel, Bern 1985.  
Zitiert: DOHM
- HOCHSTRASSER, Michael  
Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Zürich 2006.  
Zitiert: HOCHSTRASSER
- SCHMID, Jörg  
in: Honsell/Portmann/Zäch/Zobl (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Zürich/Basel/Genf 2003.  
Zitiert: SCHMID
- LÉVI, Laurent  
in: Gaillard (Hrsg.), Anti-suit injunctions in international arbitration, IAI Series on international arbitration No. 2, Huntington/Bern 2005.  
Zitiert: LÉVI

- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./  
SCHMID, Jörg/REY, Heinz  
Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003.  
Zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY
- GAUCH, Peter  
Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996.  
Zitiert: GAUCH
- LÖW, Franziska  
Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, Basel/Genf/München 2002.  
Zitiert: LÖW
- NIELSEN, Jens  
in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band III, 2. Auflage, München 2001.  
Zitiert: NIELSEN
- SPAINI, Mauro  
Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Dietikon 2000.  
Zitiert: SPAINI
- VON WESTPHALEN, Friedrich/JUD, Brigitta  
Funktion und Unterscheidungsformen der Bankgarantie, in: Die Bankgarantie im Internationalen Handelsverkehr, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2005.  
Zitiert: VON WESTPHALEN/JUD
- ZOBL, Dieter  
Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Wiegand (Hrsg.), Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstag, Bern 1997.  
Zitiert: ZOBL

### III. ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS

---

STACHER, Marco

Prozessführungsverbote zur Verhinderung  
von sich widersprechenden Entscheiden,  
*ZZZ* 09/06, S. 61.

Zitiert: STACHER, *ZZZ*

STACHER, Marco

You don't want to go there - Antisuit in-  
junctions, *ASA Bulletin*, volume 23 No. 1  
2005, S. 645.

Zitiert: STACHER, *ASA*

### IV. ENTSCHEIDVERZEICHNIS

---

BGE 113 II 438 ff.

BGE 122 III 321 ff.

BGE 89 II 409 ff.

BGE 88 II 365 ff.

BGE 115 II 268 ff.

IHK-Schiedssache Nr. 8307/FMS/KGA (2001), ANNEX 5 in: Gaillard (Hrsg.), Anti-suit injunctions in international arbitration, IAI Series on international arbitration No. 2, Huntington/Bern 2005, S. 307 f.

Zitiert: IHK-Schiedssache Nr. 8307/FMS/KGA

House of Lords, 21. February 2007 (UKHL 4), West Tankers Inc. V. RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA and others.

Zitiert: House of Lords, [2007] UKHL 4

## V. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

---

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AS	Aktiengesellschaft in Norwegen
ASA	Association suisse de l'arbitrage
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Bsp.	Beispiel
bzw.	beziehungsweise
d.d.	Aktiengesellschaft in Kroatien
d.h.	das heisst
E.	Erwägung

EUR	Euro
f./ff.	folgende (Seite/Seiten)
i.c.	in casu
IHK	Internationale Handelskammer
i.V.m.	in Verbindung mit
Mio.	Million
N	Randnummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz.	Randziffer
sog.	sogenannt
S.	Seite
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

## VI. BEGRÜNDUNG

---

### 1 Einleitung

- 1 Zu Beginn wird die Klägerin darlegen, dass sie einen Anspruch darauf hat, dass die Beklagte es unterlässt, die Anzahlungsgarantie in Anspruch zu nehmen [2].
- 2 Anschliessend wird sie begründen, warum die Beklagte das Original der Anzahlungsgarantie herauszugeben hat [3].
- 3 Schliesslich wird die Klägerin zeigen, dass sie einen Anspruch darauf hat, dass das Schiedsgericht die Beklagte verurteilt, die am Bezirksgericht in Zagreb gegen die Fjordbank AS sowie bei allen sonstigen kroatischen Gerichten anhängigen Klagen in Bezug auf die Anzahlungsgarantie zurückzunehmen [4].

### 2 Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie

#### *2.1 Stellung einer Bankgarantie bzw. Anzahlungsgarantie*

- 4 Zwischen der Klägerin und der Beklagten wurde am 3. Juli 2004 gemäss Art. 363 ff. OR ein gültiger Werk-/Werklieferungsvertrag über den Umbau einer bestehenden Schwefelsäureanlage in Kroatien zu einem Gesamtpreis von EUR 22 Mio. geschlossen (**Beilage K-1**). Dabei vereinbarten sie eine 20%ige Anzahlung des Gesamtpreises gegen die Stellung einer Bankgarantie (**Beilage K-3**) durch die Klägerin bzw. durch die Garantiebanc. Die Beklagte stellt sich dabei in ihrer Einleitungsantwort (Rz. 12) auf den Standpunkt, es handle sich nicht um eine reine Anzahlungsgarantie, sondern auch um eine Erfüllungsgarantie, womit entsprechende Gewährleistungsansprüche gedeckt seien. Diese Auffassung ist jedoch unzutreffend. Wie im Folgenden näher erörtert, ist eine reine Anzahlungsgarantie gestellt worden.
- 5 Bei Bankgarantien verpflichtet sich die Garantiebanc gegenüber dem Begünstigten - i.c. der Beklagten - eine Zahlung in bestimmter Höhe unwiderruflich zu leisten, falls der Garantieauftraggeber – i.c. die Klägerin – seine Leistung aus dem Vertrag im Valutaverhältnis (im Folgenden Valutavertrag genannt) nicht oder nicht rechtzeitig erbracht hat. Die Bankgarantie wird

desgleichen als unabhängig bezeichnet, da sich die Garantiebank losgelöst vom Valutaverhältnis zwischen dem Begünstigten und dem Auftraggeber zur Zahlung verpflichtet. So trägt nicht der Begünstigte die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit seines Vertragspartners im Valutaverhältnis, sondern die Bank (BÜHLER, S. 122).

- 6 Die Anzahlungsgarantie, auch Rückzahlungsgarantie genannt, ist ein Unterfall der Bankgarantie. Sie sichert die Begünstigte gegen das Risiko, eine Anzahlung zu leisten, ohne dass die Auftraggeberin der Bankgarantie ihren vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen ist und ohne dass die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung erfolgt worden ist. Man spricht deshalb auch von der Sicherungsfunktion einer Garantie (BÜHLER, S. 122, 124). Um aber die Anzahlungsgarantie von der Erfüllungsgarantie unterscheiden zu können, wird vorerst nach dem Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie gefragt.

## ***2.2 Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie***

### **2.2.1 Auslegung der in der Anzahlungsgarantie vereinbarten Garantieklausel**

- 7 Der Zweck einer Garantie umfasst „die Gesamtheit aller materiellen Voraussetzungen und Bedingungen, von denen die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes abhängt“ und deren Umfang im Einzelfall durch Auslegung zu bestimmen ist (BÜSSER, N 439). Der Garantievertrag bezweckt, die Begünstigte vor Nichteintritt ihres gewünschten Leistungserfolges im Valutaverhältnis zu sichern, indem die Garantiebank der Begünstigten im Fall des Ausbleibens des Erfolges die Garantiesumme schuldet, wobei immer der vertraglich gesicherte Leistungserfolg gemeint ist. Um den konkreten Zweck des Garantievertrages nun feststellen zu können, muss deswegen dieser sog. garantiengesicherte Leistungserfolg ermittelt werden, da der gewünschte Leistungserfolg des Begünstigten in der Praxis häufig darüber hinaus geht (BÜSSER, N 1367 ff.).
- 8 Bei der Auslegung eines Vertrages wendet man primär die grammatikalische Auslegungsmethode an (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1206). Nach dem Garantiewortlaut ist der Garantievertrag zwischen der Garantiebank und der Beklagten als „Anzahlungsgarantie“ und nicht als Erfüllungsgarantie bezeichnet worden. Der Wortlaut allein reicht jedoch nicht für die vollständige Auslegung aus. Er ist stets als Teil eines ganzen Vertragstextes zu betrachten (BGE 113 II 438, E.3a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1210).

- 9 Es wird demzufolge zusätzlich auf die Präambel und auf den Verpflichtungsteil des Garantievertrages abgestellt. Die Präambel ist die Einleitung des Garantievertrages und gibt Auskunft über den Vertrag, über die gesicherte Leistung im Valutaverhältnis und über den garantiengesicherten Leistungserfolg (BÜSSER, N 1377 ff.). I.c. wird namentlich der Vertrag über den Umbau der bestehenden Schwefelsäureanlage erwähnt und die Pflicht der Beklagten, eine 20%ige Anzahlung des Gesamtpreises gegen die Stellung einer Garantie zu leisten. Von einem gesicherten Leistungserfolg ist jedoch kaum die Rede und deshalb nicht konkretisiert worden.
- 10 Im Verpflichtungsteil des Garantievertrages wird das Zahlungsversprechen der Garantiebank bei einem Garantieabruf durch den Begünstigten, d.h. im Falle des Nichteintritts des gesicherten Leistungserfolges, abgegeben. Dabei wird oft auf das Valutaverhältnis Bezug genommen (BÜSSER, N 1381 ff.). In diesem Fall verpflichtet sich die Garantiebank gegenüber der Beklagten zur Rückzahlung der Garantiesumme, falls die Klägerin die Lieferungen und Leistungen gemäss dem Valutavertrag nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erbracht hat (**Beilage K-3**). Nähere Anhaltspunkte auf diese eher zu ungenauen Bezeichnungen der Lieferungen und Leistungen bzw. auf den gesicherten Leistungserfolg sind allerdings nicht zu finden. Aus diesem Grund ist der Valutavertrag bzw. der Werk-/Werklieferungsvertrag zwischen den betroffenen Parteien als Ergänzung zur Garantievertragsauslegung herbeizuziehen (BÜSSER, N 1382 ff.).

### **2.2.2 Valutavertrag als ergänzendes Auslegungsmittel**

- 11 Die Einbeziehung des Valutavertrages in die Ermittlung des Sicherungszweckes der Garantie ist notwendig und gerechtfertigt, weil aus dem Garantievertrag keine konkreten Hinweise auf den tatsächlichen und gegenseitig übereinstimmenden Willen der Klägerin und der Beklagten zu entnehmen sind.
- 12 Massgebend ist die sog. Garantiebeschaffungsabrede der beiden Parteien, wodurch der Garantievertrag entstanden ist. Sie bestimmt den vertraglich vereinbarten Sicherungszweck der Garantie, d.h. welche Leistung durch die Auftraggeberin auf welche Art und Weise gesichert werden soll, so dass die Begünstigte den Eintritt dieser garantiengesicherten Leistung zum gegebenen Zeitpunkt auch erwarten darf. Dadurch wird ebenso die Leistungsbereitschaft der Auftraggeberin erhöht (BÜSSER, N 1390). Diese Garantiebeschaffungsabrede soll demnach durch die Auslegung des Valutavertrages den gesicherten Leistungserfolg festgestellt werden.

- 13 Der gesicherte Leistungserfolg bezieht sich auf eine bestimmte Leistung aus dem Valutavertrag vom 3. Juli 2004 (**Beilage K-1**). Gemäss Ziff. 5.2.5 dieses Vertrages ist es für beide Parteien von grosser Bedeutung, dass die Verfahrensgarantien während eines Garantielaufes nachgewiesen werden. Erst danach wird nämlich die Schwefelsäureanlage von der Beklagten abgenommen, wodurch die Beklagte Eigentümerin der Gesamtanlage wird. Die Klägerin ist diesen Verpflichtungen nachgekommen und hat die Messwertungen im November und Dezember 2005 erfolgreich abgeschlossen. Laut Ziff. 5.2.5.2 und Ziff. 5.2.6 des Valutavertrages gelten darum die vertraglich übernommenen Verpflichtungen der Klägerin aus den Verfahrensgarantien mit der Abnahme als erfüllt. Der gesicherte Leistungserfolg bezieht sich also auf die Abnahme der Schwefelsäureanlage, welche am 3. März 2006 bzw. am 6. Mai 2006 gemäss Vertrag erfolgt ist (vgl. Ziff. 5.2.5.4 des Valutavertrages und **Beilage K-4**).
- 14 Die Aussage der Beklagten, dass die Garantielläufe zu Recht nicht anerkannt worden seien, trifft deswegen nicht zu (vgl. Rz. 4 der Einleitungsantwort). Gemäss Vertrag haben die Parteien vereinbart, dass die Verfahrensgarantien während eines Garantielaufes innerhalb von zwei Monaten nach der mechanischen Fertigstellung der Anlage nachgewiesen werden sollen (vgl. Ziff. 5.2.5 des Valutavertrages). Darin ist nicht von einer über eine längere Periode mit Volllast betriebene Anlage die Rede. Wie oben schon erwähnt, hat die Klägerin die Garantielläufe im November und Dezember 2005 durchgeführt, nachdem die Anlage im September 2005 mechanisch fertig gestellt worden war. Diese vertragliche Verpflichtung ist dementsprechend erfolgreich erfüllt worden.
- 15 Der Sinngehalt der Anzahlungsgarantie liegt darin, dass die Beklagte die Garantiesumme zurückerstattet erhält, wenn die Klägerin die Lieferungen und Leistungen nicht erbracht hat, d.h. wenn die Anlage durch die Beklagte nicht abgenommen worden ist. Die Anzahlungsgarantie schliesst zu diesem Zweck nicht das Gewährleistungsrisiko mit ein, sondern die Leistung, die aus der Abnahme der Anlage besteht (BÜHLER, S. 127). Wäre eine Erfüllungsgarantie gestellt worden, würde das sonst nämlich bedeuten, dass der gesamte Valutavertrag – und somit auch die Erfüllung dieses Vertrages – vor jeglichen Vertragsverletzungen gesichert wäre, was aber nicht der Sinn und Zweck der Vereinbarung ist, vor allem nicht aus der Sicht der Klägerin (NIELSEN, § 121 N 42).

16 Da für die Anlage eine separate Materialgarantie vereinbart wurde, die sogar nach Inkrafttreten des Valutavertrages noch nachträglich um zwei Jahre verlängert wurde, wäre es der Klägerin gegenüber auch weder fair noch zumutbar, gegen diese Gewährleistungsrisiken die Stellung einer (Erfüllungs-)Bankgarantie zu verlangen. Ausserdem ist die Materialgarantie für die Parteien erst nach der Abnahme relevant, weshalb der entscheidende Zeitpunkt und damit der gesicherte Leistungserfolg die Abnahme der Anlage ist (Ziff. 5.1 des Valutavertrages). Dies bestätigt ebenfalls die von beiden Parteien unterzeichnete Vereinbarung vom 15. Dezember 2005, in der es ausdrücklich um die Übernahme des neuen Schwefelschmelztanks und das Akzeptieren der Verfahrensgarantien geht (**Beilage K-4**).

### **2.2.3 Abnahme der Anlage**

17 Wie unter 2.2.2 beschrieben, muss für die rechtmässige Inanspruchnahme der Bankgarantie ein formeller Sicherungsfall eingetreten sein. Dies bedingt, dass die Anlage von Seiten der Beklagten nicht abgenommen sein dürfte. Nachfolgend wird gezeigt, dass dies nicht der Fall ist und die Beklagte wider deren Behaupten die Anlage abgenommen hat, diese jedenfalls als abgenommen zu gelten hat.

#### **2.2.3.1 Begriff der Abnahme**

18 Im Valutavertrag haben die Parteien ausdrücklich geklärt, was unter dem Begriff „Abnahme“ zu verstehen ist (**Beilage K-1**, Ziff. 5.2.6). Demnach bedeutet sie, „dass STIVA die Anlage als Erfüllung der nach diesem Vertrag übernommenen Verpflichtungen anerkennt, mit Ausnahme der Verpflichtung gemäss Ziff. 5.1.“

19 Hieraus wird ersichtlich, dass die Parteien damit nicht die eigentliche „Ablieferung“ des Werkes im Sinne des Gesetzes (vgl. Art. 367 Abs. 1 OR) bezeichnen, wie dies nach gängiger Formulierung üblich ist (GAUCH, N 87). Wäre dies der Fall, wäre die Abnahme schon dann abgeschlossen, wenn der Besteller das Werk auf Grund einer (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Mitteilung von der Klägerin als vollendet betrachtet (BGE 89 II 409, E.2) oder betrachten muss (GAUCH, N 93). Sie setzt keinen besonderen Abnahmewillen des Bestellers voraus (GAUCH, N 98).

- 20 Die von den Parteien gewählte Formulierung zeigt, dass die Abnahme weiter geht. Die Beklagte hat anzuerkennen, dass die Unternehmerin ihre Verpflichtungen erfüllt hat, d.h., sie hat den Willen zu erklären, dass das Werk als vertragsgemäss anzusehen ist. Auf Grund der Vertragsinhaltsfreiheit gemäss Art. 19 Abs. 1 OR ist somit in erster Linie von diesem im Vertrag autonom geregelten Begriff der Abnahme auszugehen und nur im Zweifelsfalle ist dispositives Gesetzesrecht hinzuzuziehen.
- 21 In Ziff. 5.2.6 Abs. 2 des Valutavertrages regeln die Parteien drei Fälle, in denen die Abnahme als erfolgt zu gelten hat. In Frage kommt entweder eine erfolgreich durchgeführte Testfahrt, ein Fristablauf gemäss Ziff. 5.2.5.4 des Vertrages oder eine von der Klägerin beglichene Entschädigung.

### **2.2.3.2 Erfolgreich durchgeführte Testfahrt**

- 22 In Ziff. 5.2.5.2 des Vertrages haben die Parteien vereinbart, dass die Anlage von der Beklagten mit einem Abnahmeprotokoll abgenommen wird, wenn die während des Garantielaufs erreichten Durchschnittswerte nicht ungünstiger sind als die in Anhang 10 festgelegten Garantiezahlen.
- 23 Im Gegensatz zur Beklagten hat die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten erfüllt, indem sie, wie in Ziff. 5.2.5 des Vertrages statuiert, 2 Monate nach mechanischer Fertigstellung bereit war, einen Garantietestlauf durchzuführen. Die Anlage wurde im September 2005 mechanisch fertig gestellt, somit sollte die Garantietestfahrt in den Monaten Oktober und November durchgeführt werden.
- 24 Die von der Beklagten erhobene Einwendung, wonach die Anlage vor Durchführung der Garantietestfahrt über eine längere Periode mit Volllast betrieben werden müsse, sei nicht gutzuheissen, da die Beklagte dies nicht auf eine vertragliche Vereinbarung stützen kann. Es war nie die Rede von einer über eine längere Periode mit Volllast betriebene Anlage. Da die Beklagte während der Vertragsausarbeitung die Möglichkeit hatte, sich zum Zeitpunkt der Durchführung von Garantietestläufen zu äussern, widerspricht die Einwendung dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB und ist somit rechtsmissbräuchlich.

- 25 Weiter kann die Beklagte nicht geltend machen, dass die Durchführung der Testfahrt auf der übereinstimmenden Auffassung der Parteien, dass die Anlage bereit sei, beruhen müsse. Auch dies lässt sich nicht dem Vertrag entnehmen. Ziff. 5.2.5.1 besagt lediglich, dass POLAR den Beginn des Garantielaufes spätestens 5 Tage im Voraus an STIVA bekannt geben müsse. Die Klägerin kam dieser Pflicht nach, während sich die Beklagte nicht kooperativ zeigte. Die Klägerin hat einen Anspruch darauf, dass die Anlage innert Frist abgenommen wird. Diese Meinung wird vom Bundesgericht geteilt, welches in einem Entscheid zu diesem Thema ausführt, dass die Prüfungs- und Anzeigepflicht dem Schutze des Unternehmers (i.c. der Klägerin) diene, der möglichst rasch Gewissheit darüber erhalten soll, ob das Werk vom Besteller genehmigt oder beanstandet wird (vgl. BGE 88 II 365, E.2), damit er entsprechend disponieren kann. Jede Verzögerung der Beklagten, die sich nicht auf vertragliche Vereinbarungen stützen kann, widerspricht dem Prinzip von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB.
- 26 Zu diesem Schluss kommt man auch mit einer gesetzeskonformen Auslegung. Diese verlangt, dass Abreden, die vom dispositiven Recht abweichen, eng auszulegen sind (BGE 115 II 268, E.4) und dass im Zweifel diejenige Auslegung den Vorzug verdient, die dem dispositiven Recht entspricht (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1230).
- 27 Art. 367 Abs. 1 OR statuiert, dass der Besteller nach der Ablieferung des Werkes dessen Beschaffenheit zu prüfen hat. Unterlässt er diese Prüfung, wird gemäss Art. 370 Abs. 2 OR angenommen, dass der Besteller das Werk stillschweigend genehmigt hat. Das Werk gilt unwiderlegbar als genehmigt, ohne dass es darauf ankommt, ob der Besteller auch wirklich einen Genehmigungswillen hatte (GAUCH, N 2106). Zudem besagt Art. 367 Abs. 2 OR, dass jeder Teil berechtigt ist, auf seine Kosten eine Prüfung des Werkes zu verlangen. Somit kommt man auch in diesem Punkt mit einer gesetzeskonformen Auslegung zum Schluss, dass die Klägerin berechtigt war, den Garantietestlauf alleine durchzuführen.
- 28 Folglich wurden die Garantielläufe rechtmässig durchgeführt und wie in den **Beilagen K-4 bis K-6** gezeigt, wurden die vertraglich zugesagten Leistungsparameter erfüllt. Die Beklagte war somit verpflichtet, die Anlage offiziell in einem Abnahmeprotokoll abzunehmen. Dies hat sie schlussendlich getan, was aus dem Annex 2 zur **Beilage K-4** ersichtlich wird. Mit der Unterzeichnung dieser Vereinbarung hat die Beklagte die Garantielläufe nachträglich akzeptiert und sie kann sich nicht mehr darauf berufen, die Garantietestfahrten seien nicht vertragskonform

durchgeführt worden. Dies wäre widersprüchlich und mit Treu und Glauben unvereinbar (vgl. Art. 2 Abs. 1 ZGB). Laut Ziff. 5 und Ziff. 1 letzter Absatz der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 sollte die Abnahme der Gesamtanlage mit Übernahme des neuen Schwefelschmelztanks als erfolgt gelten. Obwohl dieser Zeitpunkt in der Vereinbarung mit „voraussichtlich Anfang Februar 2006“ angegeben wurde, fand die tatsächliche Übergabe des Schwefelschmelztanks erst am 6. Mai 2006 statt. Damit gilt die Anlage seit dem 6. Mai 2006 als abgenommen.

- 29 Die Beklagte behauptet jedoch weiterhin, dass die Anlage nicht abgenommen wurde, indem sie geltend macht, dass sich die Klägerin in Verzug befunden habe und sie deshalb die Bankgarantie beanspruchen könne. Dabei stützt sie ihre Einwendung auf das Schreiben vom 16. Dezember 2005 (**Beilage K-7**), welches gemäss der Beklagten die Klägerin zur Durchführung eines weiteren Garantietestlaufs verpflichteten soll.
- 30 Dies lässt sich dem Schreiben jedoch nicht entnehmen. Es besagt lediglich, dass nach Fertigstellung des Schwefelschmelztanks mit der Gesamtanlage in einem dreitägigen Betrieb die Verfahrensdaten nachgewiesen werden würden. Welche Folgen dies für die Abnahme der Gesamtanlage habe, wurde aber nicht erörtert.
- 31 Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, scheint die Annahme der Beklagten, dass die Abnahme der Anlage erst nach dem zusätzlichen Garantietestlauf erfolge, äusserst unbegründet. Zwar mag dies ihr Wunsch gewesen sein, doch konnte sie unmöglich davon ausgehen, dass dies auch dem Willen der Klägerin entspräche. Die Folgen für die Klägerin wären viel zu weitreichend als dass sie diese nicht ausdrücklich und bloss in einem Fax festgehalten hätte. Ausserdem hätte sie die Garantieläufe unverzüglich durchgeführt, wäre so viel auf dem Spiel gestanden.
- 32 Das Schreiben ist gemäss der hier vertretenen Meinung so zu verstehen, dass die Klägerin bereit sei, einen informellen Testlauf durchzuführen, um der Beklagten die Sorge zu nehmen, dass der neue Schwefelschmelztank mit der Gesamtanlage nicht harmonieren würde. Folglich wurde die Anlage schon mit Ablieferung des Schwefelschmelztanks abgenommen und die Klägerin hat sich nicht in Verzug befunden.

### 2.2.3.3 Fristablauf

- 33 Sollte das Gericht wider Erwarten der Meinung sein, dass die Beklagte die Anlage nicht gültig abgenommen habe, sei die Klage auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie trotzdem gutzuheissen. Die Anlage hat als abgenommen zu gelten, weil die Spätestfrist gemäss Ziff. 5.2.5.4 i.V.m. Ziff. 5.2.6 des Vertrages abgelaufen ist.
- 34 Zwar bezieht sich diese Klausel auf Fälle, in denen kein Garantielauf durchgeführt werden kann, weil sich die Erstellung der Anlage verzögert hat. Da die Klägerin die Anlage fertig gestellt hat, ist dies hier nicht der Fall. Würde man aber dem genauen Wortlaut des Vertrages folgen, würde eine Lücke im Vertrag entstehen, der nicht im Sinne beider Parteien sein konnte. Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages grundsätzlich vom Willen der Parteien auszugehen und nicht von unrichtigen Bezeichnungen oder Ausdrucksweisen, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wurden, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. Sinn und Zweck der Klausel sollte sein, dass die Klägerin nicht bis in alle Ewigkeit zu ihren Lasten für Fehler der Beklagten einzustehen hat, sollte es den Parteien nicht möglich sein, eine Garantiefahrt durchzuführen. Somit sollte der Fall, dass der Garantielauf aus anderen Gründen als der Verzögerung der Erstellung der Anlage nicht durchgeführt werden konnte, analog anwendbar sein, soweit die Klägerin dies nicht zu vertreten hat. Dies führt dazu, dass die Verantwortlichkeiten und Haftungen der Klägerin aus den Verfahrensgarantien 20 Monate ab Inkrafttreten des Vertrages als erfüllt zu betrachten sind.
- 35 Der Vertrag ist am 3. Juli 2004 in Kraft getreten, somit gilt die Anlage seit dem 3. März 2006 als abgenommen.

### 2.2.3.4 Schlussfolgerung

- 36 Die Parteien haben am 15. Dezember 2005 (**Beilage K-4**) vereinbart, dass die Beklagte den Garantielauf vom 27. November 2005 bis 1. Dezember 2005 als erfolgreichen Garantielauf akzeptiert (Rz. 5 der Vereinbarung) und die Anlage zum 6. Mai 2006 abgenommen ist (Ziff. 1 letzter Absatz).
- Zudem gilt die Anlage entsprechend Ziff. 5.2.5.4 des Vertrages, jedenfalls seit dem 3. März 2006, als abgenommen.

#### **2.2.4 Zwischenfazit**

- 37 Aus den obigen Erläuterungen wird der Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie durch den Garantievertrag und zusätzlich durch den Valutavertrag festgestellt. Der sog. garantiengesicherte Leistungserfolg beinhaltet die Abnahme der Schwefelsäureanlage durch die Beklagte. Erst bei deren Nichteintritt kann die Anzahlungsgarantie in Anspruch genommen werden. Da die Abnahme i.c. aber doch erfolgt ist, ist der Garantieabruf vom 4. Oktober 2006 durch die Beklagte folglich nicht zulässig. Wir haben es mit einer Anzahlungsgarantie und nicht mit einer Erfüllungsgarantie zu tun. D.h., selbst wenn sich die Beklagte darauf beruft, dass Mängel an der Anlage bestehen, wären diese – sowohl Gewährleistungs- als auch Verzugsansprüche – nicht vom Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie erfasst, sondern werden bei der Materialgarantie nach Ziff. 5.1 des Valutavertrages berücksichtigt. Der Beklagten stehen diese geltend gemachten Ansprüche somit schon aus rein rechtlichen Gründen aus dem Vertrag nicht zu.

#### **2.3 Unzulässige Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie**

- 38 In der Schweiz gilt gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB das Verbot des offenbaren Rechtsmissbrauchs. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Beklagte die Anzahlungsgarantie am 4. Oktober 2006 zu Unrecht abgerufen hat, obwohl die Abnahme erfolgt ist und ob der Klägerin infolgedessen ein Unterlassungsanspruch zusteht.
- 39 Zu diesem Fall gibt es zwei Lehrmeinungen, die im Folgenden behandelt werden. Es wird zum einen über die rechtsmissbräuchliche und zum anderen über die zweckwidrige Inanspruchnahme der Garantie diskutiert.

##### **2.3.1 Rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf**

- 40 Die Garantie ist durch den Begünstigten laut Art. 2 Abs. 2 ZGB und der Schweizer Lehre und Rechtsprechung rechtsmissbräuchlich abgerufen, wenn der Missbrauch offensichtlich, d.h. klar und eindeutig unzweifelhaft, und mit „liquiden“ Beweismitteln sofort nachweisbar ist (BGE 122 III 321 ff.). „Liquide“ bedeutet, dass die zu beweisende Tatsache durchschlagend belegt und klar erwiesen sein muss. Der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs wird objektiv ausgelegt und führt zur Missachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben, so dass dem Begünstigten der Zugang zum Rechtsschutz verwehrt bleibt (VON WESTPHALEN/JUD S. 193 ff., 470 ff.;

LÖW, S. 56, 69 ff.). Laut der einen Meinung verhält sich der Begünstigte also missbräuchlich, wenn er die ihm formal zustehende Rechtsposition – aufgrund der Unabhängigkeit der Garantie – offensichtlich missbraucht (DOHM, N 233). Er hat zwar ein formal scheinbar bestehendes Recht auf den Garantieabruf, jedoch kann ein solcher Abruf rechtsmissbräuchlich erfolgen, wenn er nach Treu und Glauben keinen klagbaren Anspruch auf den gesicherten Leistungserfolg besitzt (BÜSSER, N 1530).

### **2.3.2 Zweckwidriger Garantieabruf**

- 41 Demgegenüber besteht beim zweckwidrigen Abruf der Garantie überhaupt kein Recht darauf, weil entweder der Begünstigte den Nichteintritt des gesicherten Leistungserfolges behauptet, der vom Sicherungszweck der Garantie nicht gedeckt ist oder weil der Abruf wie in diesem Fall trotz vertragskonformer Leistung durch den Garantierauftraggeber erfolgt ist. Letzteres wird ein materiell zweckwidriger Garantieabruf genannt (BÜSSER, N 1137, 1337 ff.).
- 42 Wir vertreten die Meinung von BÜSSER, da der Beklagten zum Zeitpunkt des Garantieabrufes kein formal scheinbar bestehendes Recht zusteht. Die Schwefelsäureanlage ist wie vereinbart abgenommen worden, weshalb ebenso das Garantieabrufsrecht dahinfällt. Weil die Abnahme Gegenstand des vertraglich gesicherten Leistungserfolges ist, ist der Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie endgültig erfüllt worden.

### **2.3.3 Rechtsfolgen**

- 43 Wir haben festgestellt, dass die Anzahlungsgarantie am 4. Oktober 2006 durch die Beklagte materiell zweckwidrig abgenommen worden ist und daher ein gültiger Rechtsgrund für die Zahlung fehlt. Da die Klägerin dies aufgrund des Eintritts des gesicherten Leistungserfolges nachweisen kann, folgt daraus nicht nur das Recht, sondern die zwingende Pflicht der Garantiebank, in ihrem Verhältnis zur Klägerin die Zahlung zu verweigern. Dies muss bei einem gerichtlichen Zahlungsverbot als einstweiliger Rechtsschutz oder bei offensichtlich missbräuchlichem oder zweckwidrigem Garantieabruf geschehen (BÜSSER, N 1510; ZOBL, S. 45). I.c. ist beides gegeben.
- 44 Der Garantiebank werden zwar wegen der Unabhängigkeit der Anzahlungsgarantie alle Einreden und Einwendungen aus dem Deckungs- und Valutaverhältnis ausgeschlossen, jedoch

ist die Einwendung des Rechtsmissbrauchs bzw. der Zweckwidrigkeit aus dem Garantievertrag zulässig (ZOBL, S. 39, 43).

- 45 Dass sich die Beklagte auf die Auszahlung der Garantiesumme beruft und die Klägerin daraufhin in einem Rückforderungsprozess klagen soll (vgl. Rz. 11 der Einleitungsantwort), ist demzufolge abzulehnen. Der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“ (DOHM, N 71) kann der Klägerin nicht entgegengehalten werden, da die Garantiebank die Zahlung nach der Inanspruchnahme durch die Beklagte nach den oben genannten Voraussetzungen verweigern muss.
- 46 Demnach hat die Beklagte keine Ansprüche gegen die Klägerin und kann die Anzahlungsgarantie nicht in Anspruch nehmen. Aufgrund des materiell zweckwidrigen Garantieabrufes steht der Klägerin ein klagbarer Unterlassungsanspruch zu (ZOBL, S. 50).

#### ***2.4 Keine Gewährleistungsansprüche***

- 47 Wie geschildert, umfasst der Zweck der Bankgarantie nur die Deckung für den Fall, dass die Anlage nicht oder nicht rechtzeitig abgenommen wurde. Sollte das Gericht jedoch wider Erwar-ten zum Schluss kommen, dass es sich bei der Bankgarantie nicht um eine Anzahlungs-, son-dern um eine Erfüllungsgarantie handle und damit auch allfällige Gewährleistungsansprüche der Beklagten abgedeckt sind, seien die Ansprüche der Beklagten trotzdem abzuweisen. Im Folgenden wird die Klägerin darlegen, dass eine Haftung für die geltend gemachten Ansprüche ausgeschlossen ist.
- 48 Ziff. 5 des Valutavertrages regelt ausdrücklich, welche Gewährleistungen und Garantien die Beklagte zugute hat. Der Gewährleistungspflicht des Unternehmers entsprechen die Mängel-rechte des Bestellers (SPAINI, S. 272). Art. 368 Abs. 2 OR sieht vor, dass der Besteller, sollte das Werk an Mängeln leiden, sowohl Nachbesserung, als auch Minderung, Wandelung und Ersatz des Mangelfolgeschadens verlangen kann.
- 49 I.c. verlangt die Beklagte Schadenersatz aus Schuldnerverzug. Bei den Schäden, die die Beklagte in Rz. 18 der Einleitungsantwort geltend macht, handelt es sich um Mangelfolgeschä-den, das heisst, die Gewährleistungsgarantie bezieht sich auf Schäden, die ihre Ursache in Mängeln des abgelieferten Werkes haben (SPAINI, S. 284).

- 50 Nach Ziff. 13.4 des Vertrages ist „jede weitergehende Haftung von POLAR, die nicht ausdrücklich in diesem Vertrag geregelt ist, [...] ausgeschlossen, insbesondere jede Haftung für indirekte Schäden oder Folgeschäden jeder Art einschliesslich direkter oder indirekter Mängel-  
folgeschäden, wie zum Beispiel Produktionsverlust oder entgangener Gewinn“.
- 51 Die Beklagte wendet jedoch ein, dass es sich bei den Freizeichnungsklauseln im Vertrag um widersprüchliche und unzulässige Regeln handle und diese folglich keine Rechtswirkungen entfalten würden. Dem ist nicht zuzustimmen.
- 52 Solche Freizeichnungsklauseln, wie sie die Parteien vertraglich vereinbart haben, sind Ausdruck der Vertragsinhaltsfreiheit nach Art. 19 Abs. 1 OR (SCHMID, S. 108). Demnach kann der Inhalt des Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.
- 53 Die Schranken sind in Art. 100 OR umschrieben. Aus dem Wortlaut und Zweck ergibt sich, dass die Bestimmungen zwingender Natur sind (HOCHSTRASSER, N 86). Das Gesetz sichert ein Mindestmass an Vertragsgerechtigkeit zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten, was regelmässig auf einen Schutz der schwächeren Partei hinausläuft. Art. 100 Abs. 1 OR erklärt eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, für nichtig. Ein zum Voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann sodann gemäss Art. 100 Abs. 2 OR unter anderem dann nach Ermessen des Gerichts als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teils stand.
- 54 Die Schäden, die die Beklagte geltend macht, fallen in keine der beiden Kategorien. Weder hatte die Klägerin die Absicht, die fraglichen Schäden zu verursachen, noch kann ihr grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Ausserdem stand die Verzichtende (i.c. die Beklagte) nicht im Dienst der Klägerin, sondern umgekehrt.
- 55 Die Klausel wurde somit innerhalb des vom Gesetz Erlaubten verfasst und ist nicht nichtig. Mit der Unterzeichnung des Vertrages hat sich die Beklagte mit der Haftungsbeschränkung einverstanden erklärt. Sie kann sich folglich nicht darauf berufen, dass die Freizeichnungen unzulässig seien.

56 Somit hat die Beklagte keinerlei Gewährleistungsansprüche zugute und darf, sollte das Gericht bei der Bankgarantie von einer Erfüllungsgarantie ausgehen, diese nicht in Anspruch nehmen.

### **3 Herausgabe des Originals der Garantieerklärung**

57 Die Beklagte und die Garantiebank haben vereinbart, dass das Original der Garantieerklärung „nach Verfall oder bei Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus der Garantie“ der Garantiebank auszuhändigen sei (Beilage K-3). Der Wortlaut „Verfall“ ist so zu verstehen, dass ein Fixtermin festgelegt worden ist. Darüber hinaus kann nicht mehr geleistet werden, d.h. das Original der Anzahlungsgarantie ist dann der Garantiebank zurückzugeben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2980).

58 Die Klägerin hat eine Garantie mit einer Laufzeit bis zum Ende der Materialgarantie gestellt. Die Verpflichtung der Garantiebank erlischt laut Garantievertrag spätestens am 3. Januar 2007. Da jedoch die Materialgarantie um zwei Jahre verlängert wird, wird auch die Anzahlungsgarantie entsprechend verlängert (**Beilage B-3**). Die Frist ist also noch nicht abgelaufen, weshalb der Verfall laut Garantievertrag nicht eingetreten ist.

59 Viel relevanter ist die Herausgabe des Originals der Garantie bei Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus der Garantie. Da die Parteien eine Anzahlungsgarantie vereinbart haben (siehe oben Rz. 4 ff.), handelt es sich bei diesen Ansprüchen nach der hier vertretenen Meinung alleine um die vertragskonforme Abnahme der Schwefelsäureanlage. Wie unter Rz. 17 ff. geschildert, ist die Abnahme der Schwefelsäureanlage fristgerecht erfolgt und somit sind die vertraglich übernommenen Verpflichtungen der Klägerin erfüllt worden. Das bedeutet, dass alle Ansprüche aus der Anzahlungsgarantie befriedigt sind und der Sicherungsfall auch in Zukunft nicht mehr eintreten kann. Mit der Befriedigung der Ansprüche sind die Garantieverpflichtungen erloschen und die Beklagte hat das Original der Anzahlungsgarantie herauszugeben.

## 4 Zulässigkeit eines Prozessführungsverbot

### 4.1 Verstoss gegen die Schiedsabrede

- 60 Wie aus Ziff. 16.2 des Valutavertrages, vom 3. Juli 2004 (**Beilage K-1**), zu entnehmen ist, werden alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten vor dem vereinbarten Schiedsgericht entschieden. Die Streitigkeit betrifft i.c. die Anzahlungsgarantie, welche in Ziff. 3.1.1 des erwähnten Vertrages vereinbart wurde. Damit ist klargestellt, dass es sich um eine Streitigkeit handelt, die sich aus dem Vertrag ergibt. Folgerung davon ist, dass diese Streitigkeit vom Schiedsgericht entschieden werden muss.
- 61 Indem die Beklagte am 14. Februar 2007 vor einem kroatischen Gericht einen Arrestbefehl gegen die Fjordbank in Bezug auf die angebliche Zahlungsverpflichtung der Fjordbank aus der Anzahlungsgarantie erwirkte, verschob sie die Streitigkeit noch zusätzlich vor ein nationales Gericht. Das widerspricht der Schiedsabrede.
- 62 Um die Schiedsabrede einzuhalten, muss die Beklagte verurteilt werden, die in Kroatien anhängigen Klagen in Bezug auf die Anzahlungsgarantie zurückzunehmen. Ein solches Prozessführungsverbot hat zum Ziel, einen Prozess vor einem anderen Gericht zu unterbrechen, welcher in Missachtung einer Schiedsabrede begonnen wurde. Das Prozessführungsverbot soll sichern, dass die Schiedsabrede eingehalten wird. "If there is an arbitration agreement, it shall not be possible for a party to resort to a court" (STACHER, ASA, S. 646).
- 63 Ein Urteil der Internationalen Handelskammer (IHK-Schiedssache Nr. 8307/FMS/KGA, Rz. 9) besagt Folgendes: "Basically, a party is free to initiate an action wherever it deems it appropriate. Nevertheless, the agreement to arbitrate implies that the parties have renounced to submit to judicial courts the disputes envisaged by the arbitral clause." Weiter besagt dieses Urteil, dass ein Schiedsrichter die Macht besitzt, anzuordnen, dass die Parteien ihren Abkommen Folge leisten. Die Schiedsabrede ist ein solches Abkommen, und ihr Missbrauch muss in der gleichen Art und Weise behandelt werden, wenn es offenkundig ist, dass der eingeleitete Prozess vor einem staatlichen Gericht und damit ausserhalb des Schiedsgerichts stattfindet und deswegen missbräuchlich ist. In besagtem Fall kam ein

solches Prozessführungsverbot zur Anwendung. I.c. ist die Prozessführung der Beklagten in Kroatien deswegen missbräuchlich, weil sie die Schiedsabrede verletzt.

#### **4.2 *Keine unzulässige Intervention***

64 Prozessführungsverbote werden in Lehre und Rechtsprechung häufig als problematisch angesehen, weil durch sie die Rechtsprechung an einem anderen Gericht untersagt wird, und es fraglich ist, ob damit eine unzulässige Intervention vorliegt.

65 Auch wird befürchtet, dass das Schiedsgericht durch Erlass eines Prozessführungsverbotes einem anderen Gericht anordnet, was es zu tun hat; das liege nicht in der Kompetenz eines Schiedsgerichtes (LÉVI, S. 128). Entscheidend ist jedoch, dass es nicht einem Gericht untersagt wird, den Prozess weiterzuführen, sondern der Partei, also einer natürlichen oder juristischen Person (STACHER, ZZZ, S. 72). Das Prozessführungsverbot ist i. c. nicht an das kroatische Gericht gerichtet, sondern an die Beklagte als Partei, was keine unzulässige Intervention darstellt, da der Zwang auf die Partei und nicht auf das Gericht ausgeübt wird.

#### **4.3 *Schutz des Schiedsgerichtsverfahren / Schutz der Klägerin***

66 Ein Prozessführungsverbot lässt sich auch in Hinsicht auf den Schutz des Schiedsgerichtsverfahrens rechtfertigen: "Arbitrators should not refrain from issuing anti-suit injunctions where such measures appear necessary to protect the arbitral proceedings" (LÉVI, S. 123). Es ist einfach nachvollziehbar, dass nicht nur die Schiedsabrede im praktischen Sinn sozusagen ausser Kraft gesetzt wird, sondern auch das vereinbarte Schiedsverfahren bzw. Schiedsgericht an Stärke und Einfluss verliert, wenn zum gleichen Streitgegenstand an anderen nationalen Gerichten Prozess geführt und entschieden wird.

67 Der Zweck einer Schiedsabrede und deren Schutz durch ein Prozessführungsverbot wird in einem Fall des House of Lords (House of Lords, [2007] UKHL 4, Rz. 29) folgendermassen beschrieben: "The purpose of arbitration (enshrined in most modern arbitration legislation) is that disputes should be resolved by a consensual mechanism outside any court structure, subject to no more than limited supervision by the courts of the place of arbitration (...). It is not uncommon for persons bound by the clause to seek to avoid its application. Antisuit injunctions

issued by the courts of the place of arbitration represent a carefully developed tool which has proved a highly efficient means to give speedy effect to clearly applicable arbitration agreements." Wie diesem neuen Entscheid zu entnehmen ist, kann es durchaus gerechtfertigt sein, die Schiedsabrede durch ein Prozessführungsverbot zu schützen. Der Zweck der Schiedsabrede, Streitigkeiten ausserhalb von nationalen Gerichten (was schliesslich gemeinsam verabredet wurde) zu führen, wird von der Beklagten ausser Kraft gesetzt, indem sie in Kroatien prozessiert.

68 Dadurch, dass die Beklagte vor dem staatlichen Gericht in Kroatien prozessiert, entstehen den beiden Parteien zusätzliche Kosten. Daneben ist die Klägerin klar benachteiligt, da sie aus Norwegen kommt und nicht aus Kroatien, und somit weder mit der Sprache noch dem Recht Kroatiens vertraut ist. Gerade um solche Nachteile zu vermeiden, wurde eine Schiedsabrede vereinbart, damit Konflikte auf neutralem Boden (mit für beiden Parteien unbekanntem angewandten Recht) ausgetragen werden können. In dieser Sache hielt das House of Lords ausserdem fest (House of Lords, [2007] UKHL 4, Rz. 17): "But perhaps the most important consideration is the practical reality of arbitration as a method of resolving commercial disputes. People engaged in commerce choose arbitration in order to be outside the procedures of any national court. They frequently prefer the privacy, informality and absence of any prolongation of the dispute by appeal which arbitration offers."

69 Festzustellen ist demnach, dass die Vorteile der Schiedsabrede grösstenteils verloren gehen, weil die Beklagte in Kroatien zum gleichen Streitgegenstand prozessiert. Auch nimmt es damit der Schiedsabrede und dem Schiedsverfahren den Sinn; ein Prozessführungsverbot würde das verhindern können, und den Zweck der Schiedsabrede sicherstellen.

#### ***4.4 Angemessenheit eines Prozessführungsverbot***

70 In der Frage, ob Prozessführungsverbote angemessen sind oder nicht, kommt LÉVI zu folgendem Schluss: Sie sind nur dann angemessen, wenn sie notwendig erscheinen, um das Schiedsverfahren zu schützen, namentlich wenn eine Partei versucht, die Autorität des Schiedsgerichts zu untergraben (LÉVI, S. 128). Indem die Beklagte zu einem Streitgegenstand, der nach Schiedsabrede durch das Schiedsgericht beurteilt werden sollte, sich an ein kroatisches Gericht wandte, versucht sie, die Autorität des Schiedsgerichts zu un-

tergraben. Dies, weil das Schiedsgericht an Autorität verliert, wenn sich die Beklagte auch noch einem anderen Gericht zuwendet; laut Schiedsabrede jedoch hat das Schiedsgericht darüber zu entscheiden, ob die Bankgarantie zurecht in Anspruch genommen wurde, und kein anderes Gericht.

- 71 Weil, wie oben unter 4.2 festgestellt, das Prozessführungsverbot an die Beklagte und nicht an das Gericht gewandt ist, ist es auch nicht unangemessen vom Schiedsgericht, ein solches Verbot zu erlassen; stellt es doch keine unangemessene Anweisung an das kroatische Gericht dar, sondern eine Anweisung an die Beklagte. Durch die Schiedsabrede vereinbarten die Parteien, dass das Schiedsgericht bei allfälligen Streitigkeiten ein Urteil fällt, und somit den Parteien Anweisungen erteilt.

#### ***4.5 Klagbarer Unterlassungsanspruch beinhaltet Prozessführungsverbot***

- 72 Wie in Rz. 4 ff. erläutert, hat die Klägerin einen Anspruch darauf, dass die Beklagte es unterlässt, die Bankgarantie einzulösen. Dies ist ein Grund, ein Prozessführungsverbot zu erlassen, ja sogar eine zwingende Schlussfolgerung; wenn das laut Schiedsabrede zuständige Gericht, das Schiedsgericht, feststellt, dass die Beklagte die Bankgarantie nicht beziehen darf, würde es keinen Sinn machen, ihr weiterhin zu erlauben, in Kroatien zu diesem Streitgegenstand Prozess zu führen. Würde das Schiedsgericht kein Prozessführungsverbot erlassen, würde es sich selbst der Gefahr aussetzen, dass das Urteil und seine Wirkung vom Urteil des kroatischen Gerichtes behindert wird.

- 73 Ausserdem ist es nicht nötig, dass das kroatische Gericht über den Arrestbefehl entscheidet, weil wenn die Beklagte die Bankgarantie nicht beziehen darf (wie unter Rz. 4 ff. dargelegt wurde), besteht auch keine Zahlungsverpflichtung der Fjordbank mehr.

#### ***4.6 Generelle Vorteile eines Prozessführungsverbot***

- 74 Die Vorteile, wenn eine Partei nicht an zwei Gerichten prozessiert, sind, dass die Ressourcen der Justizapparate nicht stärker in Anspruch genommen werden, und die Prozessökonomie gefördert wird, was für beide Parteien wünschenswert ist (STACHER, ZZZ, S. 61).

75 Daneben besteht die Gefahr von sich widersprechenden Urteilen nicht, wenn das Schiedsgericht ein Prozessführungsverbot erlässt (STACHER, ZZZ, S. 61). Wenn nämlich das Schiedsgericht entscheidet, dass die Beklagte keinen Anspruch darauf hat, die Bankgarantie zu beziehen, jedoch kein Prozessführungsverbot erlässt, und das Gericht in Kroatien der Beklagten Recht geben würde, würde ein Arrestbefehl gegen die Fjordbank vorliegen. Die beiden Urteile würden sich dann in der Wirkung widersprechen (was eine unbefriedigende Situation darstellen würde, und zwar für beide Parteien), denn wenn die Beklagte die Bankgarantie nicht beziehen darf, nützt es auch nichts, die Summe der Bankgarantie bei der Fjordbank verarrestieren zu lassen.

#### ***4.7 Schlussfolgerung***

76 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass folgende Gründe dafür sprechen, dass das Schiedsgericht die Beklagte verurteilt, die am Bezirksgericht in Zagreb gegen die Fjordbank AS sowie bei allen sonstigen kroatischen Gerichten anhängigen Klagen in Bezug auf die Anzahlungsgarantie zurückzunehmen: Die Beklagte verstößt durch das Prozessieren vor anderen Gerichten als dem Schiedsgericht gegen die Schiedsabrede. Zum Schutz des Schiedsverfahrens und um den Zweck und die Vorteile der Schiedsabrede zu sichern, ist es weder unzulässig noch unangemessen, ein solches Verbot zu erlassen. Es erscheint sogar als ein Muss, um die Autorität des Schiedsgerichts zu sichern und um sich widersprechende Urteile zu verhindern. Deswegen beinhaltet der Anspruch der Klägerin darauf, dass die Beklagte es unterlässt, die Bankgarantie zu beziehen, auch den Anspruch, dass die Beklagte die anhängigen Klagen in Kroatien zurücknimmt; es sind keine überzeugenden Gründe vorhanden, wieso das Schiedsgericht vom Aussprechen eines Prozessführungsverbotes Abstand nehmen sollte.