

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

LSI
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

30. April 2008

Sehr geehrte Damen und Herren

Hiermit wird die

Klageantwort

in Sachen

Polar Technology AS
vertreten durch Moot Court Team 9:
Barnet Mirjam, Caprez Gabriela, Jenny Christian, Terler Doris

Klägerin

gegen

Stiva d.d.
vertreten durch Moot Court Team 8:
Bernet Florian, Füglistaller Patric, Koletsis Marco, Wetli Andrea

Beklagte

betreffend

unberechtigte Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte

fristgerecht, am 30. April 2008 (N 2.8 Beschluss Nr. 1), mit folgenden Anträgen eingereicht, wobei Vormerk zu nehmen ist, dass die Anträge durch Konstituierungsbeschluss Nr. 1 des Schiedsgerichts vom 14. Dezember 2007 eingeschränkt und vorliegend in gekürzter Fassung übernommen und entsprechend *ergänzt* wurden:

Die Schiedsklage sei abzuweisen. Insbesondere

1. sei der Antrag der , dass die Beklagte die Ziehung der Bankgarantie zu unterlassen habe, abzuweisen und festzustellen, dass
 - 1.1. die Inanspruchnahme der Bankgarantie, welche als allumfassende Erfüllungsgarantie zu qualifizieren ist, aufgrund des Sicherungszwecks gerechtfertigt war, zumal
 - 1.1.1. die Anlage nicht abgenommen wurde, die Klägerin somit noch nicht vollständig erfüllt hat und damit Schuldnerverzug vorliegt,
 - 1.1.2. eventualiter, wenn dennoch abgenommen worden ist, die Schäden aufgrund der Gewährleistung geltend gemacht werden könnten,
 - 1.1.3. keine gültige Freizeichnung vorliegt,
 - 1.2. eventualiter, auch bei Vorliegen einer Anzahlungsgarantie der Sicherungszweck den Schuldnerverzug umfasst und für die rechtmässige Inanspruchnahme der Bankgarantie genügt,
 - 1.3. die Beklagte nicht rechtsmissbräuchlich vorgegangen ist und damit der Grundsatz der Abstraktheit der Bankgarantie nicht durchbrochen wurde,
2. sei der Antrag der Klägerin auf Rückgabe der Garantieurkunde abzuweisen,
 - 2.1. weil nicht alle Ansprüche aus dem Vertrag befriedigt wurden,
 - 2.2. weil die Beklagte im Gegensatz zur Klägerin ein berechtigtes Interesse hat, die Garantieurkunde zu behalten,
 - 2.3. wobei auch festzustellen ist, dass die Beklagte nicht dazu verpflichtet werden kann, mit der Klägerin einen Erlassvertrag zu schliessen,
3. sei der Antrag der Klägerin, dass die Beklagte die anhängigen Klagen am Bezirksgericht in Zagreb sowie bei allen sonstigen kroatischen Gerichten in Bezug auf die Bankgarantie vom 16. September 2004 zurückzunehmen hat, abzuweisen sowie dem Antrag auf Prozessführungsverbot nicht zu entsprechen, weil
 - 3.1. die Beklagte ein Interesse daran hat, die Garantiesumme in einem Prozess in Kroatien zu sichern,
 - 3.2. die Klägerin keinen Anspruch auf ein Prozessführungsverbot hat,
 - 3.3. wichtige Gründe für das Abstandnehmen des Schiedsgerichts von einem Prozessführungsverbot bestehen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|--|----|
| BEGRÜNDUNG DER ANTRÄGE | 5 |
| I. Sachverhalt | 5 |
| II. Rechtliches | 6 |
| A. Vertrag im Valutaverhältnis | 6 |
| B. Zu den Anträgen | 6 |
| 1. Kein Unterlassungsanspruch | 6 |
| 1.1. Qualifizierung als Erfüllungsgarantie | 6 |
| 1.1.a. Art und Sicherungszweck | 6 |
| 1.1.b. Bezeichnung der Garantie | 6 |
| 1.1.c. Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie | 7 |
| 1.1.d. Garantieklausel | 7 |
| 1.1.e. Valutierungsklausel | 7 |
| 1.1.f. Elemente einer allumfassenden Erfüllungsgarantie | 8 |
| 1.1.g. Fazit | 9 |
| 1.1.1 Nichterfüllung / Schuldnerverzug (103 OR) | 9 |
| 1.1.1.1. Keine Erfüllung der vertraglichen Pflichten durch die Klägerin | 9 |
| 1.1.1.2. Folglich: Anspruch aus Schuldnerverzug | 13 |
| 1.1.1.2.1. Schaden | 13 |
| 1.1.1.2.2. Kausalität und Verschulden | 13 |
| 1.1.1.2.3. Fazit | 13 |
| 1.1.2. Ansprüche aus Gewährleistung: Mangelfolgeschäden (Art. 368 Abs. 2 OR) | 13 |
| 1.1.2.1. Schaden | 14 |
| 1.1.2.2. Mangelhaftigkeit | 14 |
| 1.1.2.3. Keine Genehmigung gemäss Art. 370 Abs. 1 OR | 14 |
| 1.1.2.5. Fazit | 15 |
| 1.1.3. Ungültige Freizeichnung | 15 |
| 1.2. Eventualiter: Anzahlungsgarantie | 16 |
| 1.3. Kein Rechtsmissbrauch | 16 |
| 1.3.1. Kein Rechtsmissbrauch: Sicherungszweck und Nichterfüllung | 17 |
| 1.3.1.1. Kein Rechtsmissbrauch bei allumfassender Erfüllungsgarantie | 17 |
| 1.3.1.2. Kein Rechtsmissbrauch auch bei Vorliegen einer Anzahlungsgarantie | 18 |

| | |
|---|--------|
| 1.3.2. Garantie oder Leistung? | 18 |
| 1.3.3. „Extend or Pay“ - Aufforderung | 18 |
| 1.3.4. Zwischenfazit | 19 |
| 1.4. Fazit | 19 |
| 2. Keine Rückgabe der Garantiekunde an die Fjordbank AS | 19 |
| 2.1. Befriedigung aller Ansprüche | 19 |
| 2.2. Interessen am Besitz der Garantiekunde | 19 |
| 2.3. Erlassvertrag | 20 |
| 2.4. Fazit | 20 |
| 3. Abweisung eines Prozessführungsverbots | 20 |
| 3.1. Anspruch der Beklagten auf Durchführung eines Prozesses in Kroatien | 21 |
| 3.1.1. Rechtsschutzinteresse der Beklagten | 21 |
| 3.1.2. Keine Missbräuchlichkeit der Klagen in Kroatien | 21 |
| 3.1.3. Irrelevanz der Kosten bezüglich Berechtigung zum Klagen | 21 |
| 3.2. Kein Anspruch der Klägerin auf Durchführung eines Prozessführungsverbots | 21 |
| 3.2.1. Irrelevanz der Schiedsklausel | 21 |
| 3.2.2. Zulässigkeit der vorsorglichen Massnahme in Kroatien | 22 |
| 3.2.3. Irrelevanz der Res iudicata | 23 |
| 3.2.4. Entkräftung von weiteren klägerischen Argumenten | 23 |
| 3.3. Gründe für die Abstandnahme von einem Prozessführungsverbot | 24 |
| 3.4. Fazit | 25 |
| LITERATURVERZEICHNIS | 26 |
| ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS | 28 |

Begründung der Anträge

I. Sachverhalt

Vorliegend hat die Klägerin mit der Beklagten am 3. Juli 2004 einen Vertrag über den Umbau einer bestehenden Schwefelsäureanlage in Kroatien geschlossen. Im September 2005 wurde die Anlage mechanisch fertig gestellt und in Betrieb genommen. Darauf wurden von der Klägerin nach vorheriger Ankündigung bei der Beklagten drei Garantietestläufe durchgeführt. Die Beklagte verweigerte ihre Mitwirkung mit der Begründung, die Anlage sei nicht stabil genug, um einen repräsentativen Testlauf durchzuführen. Die Klägerin nahm darauf die Garantietestläufe selbst, ohne die Mitwirkung der Beklagten, vor. Sie wies im November und Dezember 2005 die erforderlichen Werte nach. In der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 einigten sich die Klägerin und die Beklagte, dass erstere einen neuen Schwefelschmelztank liefert, zumal bei diesem zum alten Bestand gehörenden Schmelztank Schwierigkeiten aufgetreten sind. Im Gegenzug würde die Beklagte den letzten der im Dezember 2005 erfolgten Garantieläufe als gültig anerkennen und die Anlage abnehmen. In der Folge lieferte die Klägerin den Schmelztank am 6. Mai 2006. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, dass die Anlage noch nicht abgenommen worden ist. Am 4. Oktober 2006 versuchte die Beklagte, die Bankgarantie in der Höhe von EUR 4'400'000.- in Anspruch zu nehmen.

Daraufhin erwirkte die Klägerin ein Abrufverbot vor einem norwegischen Gericht. Das derzeitige Hauptverfahren wurde gemäss Beschluss vom 17. Oktober 2007 bis zum Entscheid des Schiedsverfahrens ausgesetzt.

Die Beklagte erwirkte am 14. Februar 2007 bei einem kroatischen Gericht ein Arrestbefehl. Die Klägerin hat gegen den negativen Einspruchsentscheid Berufung eingelegt. Die Garantiesumme wurde von der Fjordbank noch nicht ausbezahlt.

II. Rechtliches

A. Vertrag im Valutaverhältnis

- 1 Aufgrund der Ausführungen der Klägerin wird darauf geschlossen, dass diese von einem werkvertraglichen Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Beklagten ausgeht (N 38, 47 und 56 der Klageschrift). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Werk- bzw. Werklieferungsvertrages nicht (Einleitungsantwort, N 14), weshalb Art. 363ff. OR anwendbar sind.

B. Zu den Anträgen

- 2 *Ad N 1 - 3:* Für den Aufbau der Klageantwort wird auf die Anträge verwiesen. Soweit möglich wird dabei der Einfachheit halber dem Aufbau der Klageschrift gefolgt.

1. Kein Unterlassungsanspruch

1.1. Qualifizierung als Erfüllungsgarantie

1.1.a. Art und Sicherungszweck

- 3 *Ad N 24 et 25:* Um den Sicherungszweck der Garantie zu bestimmen, muss zunächst die Art der Garantie ermittelt werden. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei der vorliegenden Bankgarantie um eine reine Anzahlungsgarantie handelt und somit Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen sind. Dem ist im Folgenden zu widersprechen. Die Klägerin legt in ihrer Klageschrift nicht dar, wieso eine Gewährleistung i.S. einer Gewährleistungsgarantie nicht beinhaltet ist. Die Beklagte stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass über die Anzahlungsgarantie hinaus zusätzlich eine Erfüllungsgarantie inklusive Gewährleistungsgarantie vereinbart wurde (Einleitungsantwort, N 12). Eine Kombination beider Garantiearten ist durchaus möglich (Westphalen, S. 14), vor allem wenn die Garantie nicht ganz klar eine Gewährleistung ausschliesst.
- 4 Die Anzahlungsgarantie sichert den Begünstigten insofern ab, dass er seine geleisteten Voraus- oder Anzahlungen bei nicht vertragsgemässer Leistung durch den Garantiefauftraggeber zurückbekommt (Dohm, N 23; Horn, S. 115 N 283). Demgegenüber kann die Erfüllungsgarantie unterschiedlich ausgestaltet sein. So kann sie in Form einer Lieferungs- oder Leistungsgarantie oder aber als allumfassende Erfüllungsgarantie ausgestaltet sein, welche auch die Gewährleistungsgarantie beinhaltet, womit auch Mängel nach der Erfüllung vom Sicherungszweck erfasst werden (Dohm, N 19 ff.; Westphalen, S. 15; Horn, S. 115 f. N 285).

1.1.b. Bezeichnung der Garantie

- 5 *Ad N 26:* Die Garantieurkunde (K-3) ist als Anzahlungsgarantie bezeichnet, wie dies von der Klägerin richtig festgehalten wird. Die Bezeichnung alleine kann jedoch nach dem Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ für die Abgrenzung der Garantieart nicht entscheidend sein

(Art. 18 OR). Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Garantie eine Anzahlungsgarantie umfasst, aber sie bestreitet, dass es sich um eine reine Anzahlungsgarantie handelt.

Die Tatsache, dass die Beklagte den Titel der Bankgarantie als Anzahlungsgarantie belassen hat, kann nicht dahingehend gedeutet werden, dass sie von einer reinen Anzahlungsgarantie ausgeht, weil sie gutgläubig davon ausgehen durfte, dass darüber hinaus eine allumfassende Erfüllungsgarantie vorliegt. Darauf wird auch im Folgenden eingegangen (s. hinten: N 8ff.).

1.1.c. Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie

Ad N 27: Die Ausführungen der Klägerin wären nur insofern relevant, als eine Anzahlungsgarantie vorliegen würde. Unseres Erachtens liegt jedoch eine über die Anzahlungsgarantie hinausgehende allumfassende Erfüllungsgarantie vor (s. hinten: insb. N 11ff.).

1.1.d. Garantieklausel

Ad N 28: Laut Garantieklausel sichert die Bankgarantie den Fall, dass die Klägerin die Leistungen und Lieferungen aus dem Vertrag vom 3. Juli 2004 (act. K-1) nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erfüllt. Damit ist nicht nur eine Nichtleistung, sondern auch eine Schlechterfüllung gemeint. Dies ist damit zu begründen, dass der Begriff Leistungen und Lieferungen weiter auszulegen ist, als die Klägerin dies vornimmt. Unter diesen Begriff fällt auch die Materialgarantie, welche auch eine im Vertrag vereinbarte Leistung der Klägerin an die Beklagte nach der Abnahme darstellt. Der Begriff der Leistung kann somit nicht nur als Beendigung der mechanischen Fertigstellung verstanden werden. Dies wird durch die Tatsache bekräftigt, dass die Garantieurkunde durch die Materialgarantie befristet ist (N 3.1.1 act.K-1) und mir ihr verlängert wurde (act. B-3; s. hinten: N 11f.). Somit spricht auch die Garantiefallklausel für eine allumfassende Erfüllungsgarantie. Zudem ist nicht erfüllt worden (s. hinten: N 14ff.).

1.1.e. Valutierungsklausel

Ad N 29 et 30: Die Klägerin stützt ihre Argumentation auch auf das Vorhandensein einer Valutierungsklausel und die Höhe der Garantiesumme, welche der Anzahlung der Beklagten von 20% des Gesamtvertragspreises entspricht. Das Vorhandensein einer Valutierungsklausel sowie die Garantiesumme in Höhe der Anzahlung schliessen jedoch eine Kombination von Erfüllungsgarantie- und Anzahlungsgarantie nicht aus. Zudem beweist eine Valutierungsklausel alleine nie das Vorliegen einer reinen Anzahlungsgarantie, da Valutierungsklauseln zwar bei Anzahlungsgarantien üblich sind, jedoch auch bei anderen Garantiearten auftreten (Dohm, N 171).

Bei Anzahlungsgarantien ist das Garantiesubstrat von 20% des Gesamtpreises im Rahmen des Üblichen. Die vorliegende Erfüllungsgarantie, welche eine Summe von 20% des Gesamtvertragspreises abdeckt, bewegt sich zwar für diese Garantieart an der oberen Grenze, liegt je-

doch noch im Rahmen des Möglichen. Dies ist auch damit zusammenhängend, dass die unserer Meinung nach vorliegende Erfüllungsgarantie auf einer Anzahlungsgarantie beruht und somit ein Prozentsatz von 20 nicht unüblich ist (Dohm, N 22; Büsser, S. 111). Die systematische Einordnung der Verpflichtung, eine Garantie zu stellen, unter dem Punkt Zahlungsbedingungen im Vertrag vom 3. Juli 2004 bekräftigt das Vorliegen einer reinen Anzahlungsgarantie nicht (N 3.1.1 act. K-1). Vielmehr ist hier der Bezug auf die Materialgarantie zur Definition der Laufzeit massgebend, welche trotz der systematischen Einordnung erkennen lässt, dass nicht von einer reinen Anzahlungsgarantie ausgegangen werden soll (s. nachfolgend N 11ff.).

1.1.f. Elemente einer allumfassenden Erfüllungsgarantie

- 11 Es ist des Weiteren auszuführen, weshalb nicht von einer reinen Anzahlungsgarantie ausgegangen werden kann, sondern eine allumfassende Erfüllungsgarantie vorliegt: Es macht keinen Sinn, eine Anzahlungsgarantie durch die Dauer der Materialgarantie zu befristen (N 3.1.1. act. K-1; K-4). Dies würde dem Institut der reinen Anzahlungsgarantie widersprechen, da diese keine darüber hinaus gehenden Gewährleistungsansprüche deckt. Die Parteien haben jedoch eine die Abnahme überdauernde Garantiefrist vereinbart, da die Materialgarantie erst ab Abnahme zu laufen beginnt. Folglich ist anzunehmen, dass sich die Klägerin nun zum eigenen Schutz auf den Standpunkt stellt, eine reine Anzahlungsgarantie vereinbart zu haben und sich der eigentliche Konsens nicht nur auf eine Anzahlungsgarantie erstreckt, da beide Parteien dieser Befristung durch die Materialgarantie zugestimmt haben. Es ist somit ersichtlich, dass die Parteien nicht nur eine Anzahlungsgarantie ausgehandelt haben, sondern darüber hinaus auch eine die Gewährleistungsansprüche beinhaltende Erfüllungsgarantie.
- 12 Dafür spricht ebenfalls die Tatsache, dass die Klägerin gemäss ihrem Schreiben vom 16. Juni 2006 (act. B-3) und dem Beschluss Nr. 2 N 4 gewillt war, kurz vor Ablauf der Bankgarantie eine neue Garantie auszustellen. Die Klägerin hat damit klar gemacht, dass sie die Garantie erstreckt, weil die Gewährleistungsfrist der Materialgarantie verlängert wurde. Da eine reine Anzahlungsgarantie nur die Mängel bis zur Abnahme deckt, kann die vorliegende Garantie gar nicht als solche verstanden werden. Wäre nur eine derartige vereinbart worden, würde diese Handlung überhaupt keinen schlüssigen Sinn ergeben, da die Befristung und die erfolgte Verlängerung durch die Materialgarantie dem Institut der Anzahlungsgarantie widersprechen. Zudem beweist das Schreiben vom 16. Juni 2006 (act. B-3) die Bereitschaft der Klägerin, die Garantie bei Materialgarantieverlängerung zu erstrecken, was wiederum beweist, dass diese gar nie von einer reinen Anzahlungsgarantie ausgegangen ist, da sie damit die Beklagte in punkto Gewährleistungsansprüche absichert. Die Klägerin widerspricht somit mit ihrem Verhalten ihren vorgebrachten Behauptungen.

1.1.g. Fazit

Auf Grund der obigen Ausführungen liegt nicht nur eine reine Anzahlungsgarantie, sondern auch eine darüber hinaus gehende Erfüllungsgarantie vor, welche sowohl Verzugs- als auch Gewährleistungsansprüche beinhaltet. 13

1.1.1 Nichterfüllung / Schuldnerverzug (103 OR)

1.1.1.1. Keine Erfüllung der vertraglichen Pflichten durch die Klägerin

Entgegen ihren Behauptungen hat die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten nicht erfüllt. Die Abnahme kann vertragsgemäss innert zwei Monaten nach mechanischer Fertigstellung mit Durchführung eines erfolgreichen fünftägigen Garantietestlaufs, nach Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls (N 5.2.5 act. K-1), erfolgen. Abnahme in diesem Sinne bedeutet, dass die Klägerin die Erfüllung der nach dem Vertrag übernommenen Verpflichtungen mit Ausnahme derjenigen nach N 5.1 des Vertrags (N 5.2.6 act. K-1) anerkennt. Die Abnahme kann ausserdem eintreten, wenn die Frist von 20 Monaten ab Inkrafttreten des Vertrags abgelaufen ist und in dieser Zeit kein Garantietestlauf stattfinden konnte, weil sich die Erstellung der Anlage ohne Verschulden der Klägerin verzögert oder eine Entschädigung für Nichterreichen der garantierten Testwerte erfolgt ist (N 5.2.6 i.V.m. N 5.2.5.5f. act. K-1). 14

Die Klägerin hat drei Testläufe durchgeführt, für die aus Sicht der Beklagten die erforderlichen Gegebenheiten fehlten (s. hinten: N 25); sie hat deshalb keinen dieser Testläufe unterschrieben. Die Klägerin hat die Anlage wegen einer Vertragsverletzung verschuldeterweise (s. unten: N 26/ 30) nicht rechtzeitig erstellt, weshalb der Fristablauf nach mechanischer Fertigstellung nicht abnahmerelevant war. Es wurde auch keine Entschädigungszahlung geleistet. Deshalb ist keine der drei vorgesehenen Abnahmemöglichkeiten eingetreten. 15

Ad N II: Durch die vertraglich vorgesehene Regelung der Abnahme wurden die sonst bei Bauwerkverträgen allgemein üblichen Erfüllungsregeln, wonach für die Erfüllung lediglich die Vollendung der Arbeiten, eine Mitteilung des Unternehmers an den Besteller und die Einräumung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erforderlich ist (Gauch, N 92f.), abgeändert. Die drei explizit vorgesehenen Abnahmemöglichkeiten lassen keinen Raum für eine weitere, nicht vertraglich vorgesehene Möglichkeit (vgl. N 5.2.6 act. K-1). Es ist gegen den Vertragsinn und Treu und Glauben, vertraglich spezifischere Abnahmemöglichkeiten zu vereinbaren und dann trotzdem die gesetzlichen Grundkonstellationen anzurufen (BGE 115 II 456, 459). Deshalb ist die Argumentation der Klägerin, dass mit der Übergabe der Betriebsobhut über das Werk die Anlage als abgenommen zu gelten habe, nicht zutreffend. Eine stillschweigende Abnahme durch zweckgemässen Gebrauch des Werks kommt deshalb auch nicht in Betracht. 16

- 17 Die hier vertraglich vorgesehene Abnahme ist nicht zu verwechseln mit der Genehmigung nach Art. 370 Abs. 1 OR. Diese hat die Funktion, den Unternehmer grösstenteils von der Haftung wegen Gewährleistungsansprüchen zu befreien. I.c. erstreckt sich die Wirkung der Abnahme gerade nicht auf Gewährleistungsansprüche. Sie sind nämlich von der Materialgarantie umfasst, die von der Abnahme ausgeschlossen ist (N 5.1 et 5.2.6 act. K-1).
- 18 In der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (act. K-4) verpflichtete sich die Klägerin, einen Schwefelschmelztank zu liefern. Mit mechanischer Fertigstellung und erfolgreichem Probetrieb des Schmelztanks sollte auch die Abnahme der Gesamtanlage als erfolgt gelten. Die Beklagte hätte dann auch den Garantietestlauf vom 27.11. - 1.12.2005 als erfolgreichen Testlauf anzuerkennen (N 5 act. K-4).
- 19 *Ad N 17:* Mit dem Fax vom 16. Dezember 2005 (act. K-7) bestätigte die Klägerin ein Telefongespräch, in welchem sie mit der Beklagten vereinbart hatte, in Abänderung des Vertrags vom 15. Dezember 2005 (act. K-4), einen dreitägigen Testlauf mit der Gesamtanlage durchzuführen. Die Erklärung ist nach Vertrauensprinzip auszulegen. Danach gilt sie so, wie sie vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 126 III 375, 380). Die Beklagte konnte nach dem eindeutigen Wortlaut der Erklärung davon ausgehen, dass jetzt für die Abnahme die Durchführung eines Testlaufs mit der Gesamtanlage erforderlich sei, nicht mehr bloss ein Probetrieb, bei welchem nur der Schwefelschmelztank geprüft wird (act. K-7). Die Argumentation der Klägerin, dass die Anlage in diesem Fall geschenkt sei (Einleitungsanzeige N 9) trifft nicht zu, denn die Lieferung des Schwefelschmelztanks ist nicht gratis erfolgt, da die Beklagte im Gegenzug zu dessen Lieferung alle offenen Arbeiten als erledigt erklären musste (N 8 act. K-4). Ausserdem sollte man sich auf diese vom Geschäftsführer unterschriebene Nachricht (act. K-7) verlassen können. Die Argumentation der Klägerin stellt somit eine reine Schutzbehauptung dar. Wenn die Klägerin tatsächlich der Auffassung war, dass es sich bloss um einen informellen Testlauf handle, hätte sie dies sicherlich zumindest irgendwo und irgendwann erwähnt, denn sie hat mehrmals mit der Beklagten korrespondiert. Im Gegenteil bestätigt die Klägerin im Schreiben vom 7. März 2006 (act. B-1), einen dreitägigen Testlauf durchzuführen, und hält im Schreiben vom 29. März 2006 (act. B-2) sogar ausdrücklich fest, dass es ihres Erachtens nun möglich sei, einen dreitägigen Testlauf mit einer genügend stabilen Anlage durchzuführen. Die Klägerin würde dies wohl im zweit genannten Schreiben nicht erwähnen, wenn sie nicht selbst glauben würde, dass noch ein Testlauf mit der Gesamtanlage nötig wäre, um die Abnahme durchzuführen. Deswegen ist mindestens von einem normativen Konsens auszugehen. Somit ist für die Abnahme neu ein dreitägiger Testlauf mit der Gesamtanlage erforderlich.

Auch die Formerfordernisse zur Abänderung des Vertrages vom 3. Juli 2004 (act. K-1) sind eingehalten worden. Dieser kann nur durch ein schriftliches Dokument mit Datum abgeändert werden, das alle Ergänzungen und Konsequenzen beschreibt und von beiden Vertragspartnern unterzeichnet worden ist (N 17.4 act. K-1). Das Faxschreiben erfüllt die Schriftform, die Datierung und die inhaltlichen Anforderungen. Es ist jedoch nur vom Absender unterzeichnet. Nach Art. 13 Abs. 1 OR ist für einen Vertrag, für den ein gesetzlicher Schriftformvorbehalt besteht, die Unterschrift aller Personen notwendig, die durch ihn verpflichtet werden. Es muss folglich nur die Erklärung der sich verpflichtenden Partei schriftlich sein (BGE 101 II 222, 231). Bei einseitigen Verträgen bzw. freiwilligen Zugeständnissen einer Vertragspartei ist somit keine Unterschrift der begünstigten Partei erforderlich. Diese Regel ist sinnvoll und es ist naheliegend, sie auch hier analog anzuwenden, weil das Erfordernis der Unterschrift primär den Schutz der sich verpflichtenden Partei bezweckt. Die begünstigte Partei muss in solchen Fällen regelmässig – wie auch in diesem Fall – nicht geschützt werden.

Das vorliegende Faxschreiben bestätigt ein Telefongespräch zwischen den Geschäftsführern beider Parteien (kaufmännisches Bestätigungsschreiben), in dem eine Einigung bezüglich Testlauf erzielt wurde. Sollte das Fax vom Inhalt der Einigung abweichen, so hätte die Beklagte die Möglichkeit gehabt, dies der Klägerin mitzuteilen. Da dies nicht geschehen ist, hat es konstitutive Wirkung erlangt (BGE 114 II 250, 252).

Ad N 6: Die Beklagte hat den Testlauf vom 27.11. - 1.12.2005 entgegen den klägerischen Ausführungen nicht akzeptiert. Zwar hat sie im Rahmen der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (act. K-4) den Testlauf unterschrieben, aber die tatsächliche Anerkennung sollte erst bei Lieferung und Probetrieb des Schwefelschmelztanks erfolgen, was wie oben dargelegt dahingehend abgeändert wurde, dass die Akzeptanz nun von einem dreitägigen Probetrieb mit der Gesamtanlage abhängig ist (s. vorne: N 19). Die Gültigkeit der Unterzeichnung des Testlaufs vom 27.11. - 1.12.2005 war also vom Eintritt einer Bedingung abhängig. Das Abhängigmachen der Verbindlichkeit einer einzelnen Vertragsforderung von einer Bedingung ist zulässig (Gauch, OR AT, N 4188). Eine aufschiebende Bedingung liegt vor, wenn die Verbindlichkeit der Vertragsforderung vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird (Art. 151 Abs. 1 OR).

Die Akzeptanz des Garantietestlaufs tritt erst bei Eintritt eines ungewissen Ereignisses, nämlich der Lieferung und Prüfung des Schwefelschmelztanks bzw. der Prüfung der Gesamtanlage mit Schmelztank (s. vorne: N 19), ein. Damit handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung. Mit Unterzeichnen der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (act. K-4) wurde also der Garantietestlauf unter Vorbehalt der aufschiebenden Bedingung akzeptiert. Diese ist nicht

eingetreten, weil die Klägerin zwar den Schwefelschmelztank geliefert, aber nicht die gesamte Anlage getestet hat. Deshalb hat keine Abnahme stattgefunden.

- 24 *Ad N 7 et 9:* Auch der Passus "alle Verfahrensgarantien können erreicht werden", der sich im Vorspann des Vertragstextes vom 15. Dezember 2005 befindet und durch die Klägerin angeführt wird, kann daran nichts ändern, denn der Passus wird im Vertrag dahingehend konkretisiert, dass der Akzept nur bei der richtigen Erfüllung des Vertrags eintritt (N 1 act. K-4).
- 25 *Ad N 5, 8 et 9:* Die Beklagte hat die Testläufe vom 13. - 18.11.2005 und 18. - 22.11.2005 entgegen den klägerischen Ausführungen trotz Erreichen der Verfahrenswerte zu Recht nicht unterschrieben, da die Anlage zu diesem Zeitpunkt nicht genügend stabil war. Es ist Sinn und Zweck eines Testlaufs, aussagekräftige Resultate aufzuzeigen, die gewährleisten, dass die Beklagte eine funktionstüchtige Anlage erhält. Deswegen widerspricht es dem Vertrag vom 3. Juli (act. K-1), nach welchem der Testlauf spätestens zwei Monate nach der mechanischen Fertigstellung zu erfolgen habe, nicht. Eine bloss Momentaufnahme zu einem Zeitpunkt, in dem die Anlage instabil ist, ist nicht genügend aussagekräftig. Instabilität definiert sich gerade dadurch, dass die Leistung einer Anlage gemessen an einer (längeren) Zeitperiode grossen Schwankungen unterliegt. So kann es durchaus vorkommen, dass zum Zeitpunkt des Testlaufes die Verfahrensgarantien eingehalten worden sind, was jedoch nicht repräsentativ ist. Es handelt sich beim Einwand der Beklagten um keine zusätzliche, vom Vertrag nicht erfasste Rahmenbedingung, sondern um eine notwendige Voraussetzung für den effektiven und aussagekräftigen Nachweis der Verfahrensgarantien.
- 26 Richtigerweise hätte die Erklärung der Anheizbereitschaft („mechanische Fertigstellung“ gemäss K-1) erst erfolgen dürfen, als die Anlage auch tatsächlich anheizbereit gewesen wäre und damit die hierfür erforderlichen technischen Voraussetzungen für eine genügende Stabilität vorhanden gewesen wären. Die Klägerin hat zwar die Anheizbereitschaft erklärt, aber die Voraussetzungen für die Anheizbereitschaft nicht vorher geschaffen. Sie hat die Anlage nicht rechtzeitig in genügender Qualität erstellt und deshalb kein gehöriges Erfüllungsangebot gemacht. In diesem unfertigen Zustand der Anlage war das Durchführen eines Testlaufs komplett verfehlt. Dass die Anlage nicht die genügende Stabilität aufwies, ist insbesondere darin erkennbar, dass die Werte der Produktionsmenge und der Dampfproduktion sehr bald nach der Durchführung der nicht akzeptierten Testläufe mit der Schwefelsäureanlage nicht mehr erreicht werden konnten und eine Reihe gravierender Mängel auftrat. Deshalb kann der Klägerin eine Vertragsverletzung, nämlich die Nicht- bzw. nicht rechtzeitige Erfüllung der vertraglichen Pflichten, vorgeworfen werden. Eine Erfüllung hat somit nicht stattgefunden.

1.1.1.2. Folglich: Anspruch aus Schuldnerverzug

Zur Annahme von Verzug sind neben der Nichterfüllung auch Fälligkeit und Mahnung des Schuldners erforderlich (Art. 102 Abs. 1 OR). Unter Fälligkeit ist der Zeitpunkt zu verstehen, von dem an die Erfüllung verlangt werden darf (BK-Weber, Art. 102 N 53). Vom Erfordernis der Mahnung kann nach Art. 102 Abs. 2 OR abgesehen werden, wenn ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde. Dafür genügt, dass sich der Fälligkeitszeitpunkt kalendermässig genau berechnen lässt (Schwenzer, N 65.11). 27

Die Erklärung der Anheizbereitschaft, hatte innert 14 Monaten nach Inkrafttreten des Vertrags vom 3. Juli 2004 zu erfolgen (N 4 act. K-1). Der Verfalltag ist kalendermässig genau bestimmbar; die Frist ist am 3. September 2005 abgelaufen. Damit kann die Beklagte die Erfüllung der Erstellungspflicht fordern. Ein Gläubigerverzug (Art. 91 OR), der den Schuldnerverzug unterbrechen könnte, kann nicht ausgelöst worden sein, da kein gehöriges Angebot vorliegt (s. vorne: N 26). Schuldnerverzug und somit eine Vertragsverletzung liegt vor. 28

1.1.1.2.1. Schaden

Unter dem Verspätungsschaden ist die Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand bei rechtzeitiger Erfüllung und dem durch die Verspätung verursachten verminderten Vermögensstand, inkl. eines entgagnenen Gewinns, zu verstehen (BK-Weber, Art. 103 N 15). I.c. liegt ein Verspätungsschaden von EUR 5'960'386 vor (vgl. N 18 Einleitungsantwort). 29

1.1.1.2.2. Kausalität und Verschulden

Das Vorliegen der Kausalität und des klägerischen Verschuldens kann im jetzigen Verfahrensstadium durch diese nicht bestritten werden. Zur Überprüfung wäre ein in diesem Stadium ausgeschlossenes Beweisverfahren erforderlich (N 2.8 Beschluss Nr. 1). Kausalität und Verschulden können daher als gegeben betrachtet werden (N 17 Einleitungsantwort). 30

1.1.1.2.3. Fazit

Da sich die Klägerin im Schuldnerverzug befindet und die Voraussetzungen von Art. 103 Abs. 1 OR gegeben sind, hat die Beklagte einen Anspruch auf Ersatz von EUR 5'960'386. 31

1.1.2. Ansprüche aus Gewährleistung: Mangelfolgeschäden (Art. 368 Abs. 2 OR)

Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten erfüllt hat, ist darzulegen, dass die Klägerin einen Schadenersatzanspruch aus Art. 368 Abs. 2 OR hat. 32

Ad N 11: Es ist der Behauptung zu widersprechen, dass eine Haftung für Mängel, die nach dem Zeitpunkt der Erfüllung aufgetreten sind, auszuschliessen sei, weil die Anlage nicht mehr 33

im Einflussbereich der Klägerin stand. Genau auf diesen Fall ist die Mängelhaftung des Unternehmers nach Art. 368 OR zugeschnitten. Sie tritt an Stelle der auf Herstellung und Ablieferung eines mängelfreien Werks gerichteten Forderung des Bestellers (BGE 100 II 30, 32f.).

1.1.2.1. Schaden

- 34 Unter dem Mangelfolgeschaden ist die Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand ohne Mängel und dem durch den Eintritt von Mängeln verminderten Vermögensstand zu verstehen. Dabei sind auch Drittkosten bei Selbstverbesserung erfasst (ZK-Bühler, Art. 368 N 172; BGE 116 II 305, 314).
- 35 Die Schadenssumme beträgt EUR 5'960'386.- (s. vorne: N 29). Die darin eigerechneten Kosten für Ersatzmaterial von EUR 161'096.- sind als Drittkosten wegen nicht erfolgter Reparatur erfasst. Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Praxis kann der Mangelfolgeschaden bei Verschulden zusätzlich zum in Art. 368 Abs. 2 OR verankerten Wahlrecht auf Wandlung, Minderung oder Nachbesserung geltend gemacht werden (ZK-Bühler, Art. 368 N 166/ 168/ 170).

1.1.2.2. Mangelhaftigkeit

- 36 Ein Werk ist mangelhaft, wenn es im Zeitpunkt der Übergabe vom vertraglich vereinbarten Zustand abweicht (Gauch, N 1356 und N 1451; vgl. Art. 367 Abs. 1 OR). Dazu gehören einerseits die vertraglich vereinbarten Eigenschaften und andererseits diejenigen Eigenschaften, die nach Treu und Glauben vom Besteller auch ohne besondere Absprachen erwartet werden dürfen (Gauch, N 1434).
- 37 Im vorliegenden Fall wurde ausdrücklich vereinbart, dass die vertraglich festgelegten Garantiewerte (vgl. Anhang 10 act. K-2) eingehalten und mit einem Garantietestlauf nachgewiesen werden müssen (N 5.2.5.2. act. K-1). Dies ist der Klägerin jedoch bezüglich Dampferzeugung und Kapazität nicht gelungen (N 18 Einleitungsantwort). Deshalb ist das Werk auf Grund der von der Beklagten geltend gemachten Mängel (N 6 Einleitungsantwort) mangelhaft. Das Vorliegen des Tatsachenfundaments dieser Mängel kann im jetzigen Verfahrensstadium durch die Klägerin nicht bestritten werden (N 2.8 Beschluss Nr. 1).

1.1.2.3. Keine Genehmigung gemäss Art. 370 Abs. 1 OR

- 38 Wenn das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt wird, ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht grundsätzlich befreit (Art. 370 Abs. 1 OR). Die Genehmigung besteht in einer Erklärung des Bestellers, dass das abgelieferte Werk mängelfrei sei (Gauch, N 2070). Da die Abnahme vorliegend keine Genehmigung darstellt (s. vorne: N17), ist keine solche erfolgt.

1.1.2.4. Kausalität und Verschulden (s. vorne: N 30) 39

1.1.2.5. Fazit

Die Beklagte kann einen Mangelfolgeschaden nach Art. 368 Abs. 2 OR geltend machen, wenn das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommt, dass erfüllt wurde. 40

1.1.3. Ungültige Freizeichnung

Ad N 33 - 38: Der Klägerin ist zu widersprechen, dass sie sich gültig freigezeichnet hat. Es trifft nicht zu, dass die Freizeichnungsklauseln (N 13 act. K-1) nicht gegen Art. 100 Abs. 1 OR verstossen, weil sich die Klägerin pauschal freigezeichnet hat, ohne auf den Verschuldensgrad Bezug zu nehmen. Dabei fand u.a. eine pauschale Haftungsreduktion auf eine bestimmte Summe statt (N 5.2.7. act. K-1), sowie die Abmachung, dass diese für die Mängel aus der Materialgarantie (Konstruktionsfehler, Materialfehler) nur durch unentgeltliche Reparatur oder Ersatzlieferung haftet (N 5.1 act. K-1). Letzteres stellt eine Einschränkung der Mängelrechtsbehelfe nach Art. 368 Abs. 2 OR dar, weil sowohl Minderung als auch Ersatz des Mangelfolgeschadens wegfallen. Da die Freizeichnung nicht auf einen Verschuldensgrad begrenzt ist, wird auch die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vertraglich wegbedungen, was Art 100 Abs. 1 OR widerspricht. Die Haftung bei schwerem Verschulden nach Art. 100 Abs. 1 OR ist zwingend und kann nicht durch Vereinbarung eingeschränkt werden (BGE 115 II 474, 479). 41

Verstösst eine Haftungsbeschränkung gegen Art. 100 Abs. 1 OR, so ist sie nichtig. Nach einem Teil der Lehre ist sie total unwirksam, also auch im Rahmen des leichten Verschuldens (Buol, N 509; Schwenger, N 24.08). Nach anderer Auffassung ist die Beschränkung der Haftung nur in dem Umfang ungültig, als sie das erlaubte Verschuldensmass übersteigt (BSK-Wiegand, Art. 100 OR, N 4 m.w.N.). Die erste Ansicht stützt sich auf die rechtspolitische Überlegung, dass die Lösung durch eine geltungserhaltende Reduktion einen "Anreiz liefere, Übermässiges zu vereinbaren" (Schwenger, N 28.08 i.V.m. N 32.45). Von diesem Hintergrund ausgehend erscheint es falsch, wenn die Klägerin sich im Nachhinein auf die teilweise Aufrechterhaltung der Freizeichnung berufen kann. Die Klägerin beantragt dem Gericht deshalb, der ersten Ansicht zu folgen. Damit wären alle Freizeichnungsklauseln des Vertrags vom 3. Juli 2004 vollständig nichtig und unbeachtlich. 42

Sollte das Gericht aber den Lehrmeinungen der geltungserhaltenden Reduktion folgen, so muss - sofern die Klägerin dies beantragt - in einem Beweisverfahren darüber entschieden werden, ob schweres oder leichtes Verschulden vorliegt. Die Beweislast würde nach Art. 97 Abs. 1 OR auf der Seite der Klägerin liegen (Gauch, N 1891 m.w.N.). Im jetzigen Verfahrensstadium hingegen, in dem die Klägerin das von der Beklagten behauptete Tatsachen- 43

fundament nicht bestreitet (N 2.8. Beschluss Nr. 1), geht die Beklagte davon aus, dass zumindest grobe Fahrlässigkeit gegeben ist und die Freizeichnungsklausel somit nicht greift. Die Klägerin kann nicht behaupten, den Prozess auf rein rechtlicher Ebene gewinnen zu können, da sie die Behauptung der Beklagten in einem Beweisverfahren zu widerlegen hat.

- 44 Die Freizeichnungsklausel greift somit nie bzw. im jetzigen Verfahrenstadium nicht. Sie steht einem Schadenersatzanspruch der Beklagten aus Art. 103 Abs. 1 bzw. Art. 368 Abs. 2 OR nicht entgegen.

1.2. Eventualiter: Anzahlungsgarantie

- 45 *Ad N 27:* Der Klägerin ist beizupflichten, dass der Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie die Erbringung der Lieferungen und Leistungen umfasst (Büsser, S. 399). Die Garantieklausel umfasst ihrem Wortlaut nach die nicht vollständige bzw. nicht rechtzeitige Lieferung oder Leistung (act. K-3). Damit genügt auch das Vorliegen der reinen Anzahlungsgarantie, falls das Gericht entscheidet, dass der Beklagten Verzugsansprüche zustehen (s. vorne: N 27ff.).

1.3. Kein Rechtsmissbrauch

- 46 Die Klägerin behauptet, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich erfolgte. Das Institut des Rechtsmissbrauchs wird als ultima ratio verwendet und ist im Zweifel zu verneinen (BSK-Honsell, Art. 2 N 29).
- 47 *Ad N 12 - 13 et 20 - 21:* Den Ausführungen der Klägerin ist vollumfänglich beizupflichten. Die Bankgarantie ist ein abstraktes Rechtsinstitut und die Abstraktheit der Bankgarantie, insbesondere die Bankgarantie auf erstes Anfordern, macht deutlich, dass diese sofort und ohne Nachweis der materiellen Berechtigung gezogen werden kann (Streule, S. 83). Die Unabhängigkeit der Bankgarantie kann somit nur bei Vorliegen von Rechtsmissbrauch durchbrochen werden (Löw, S. 54/ 69). Es ist zu betonen, dass dies nicht dazu führen kann, dass die Schwelle zur Annahme des Rechtsmissbrauchs tiefer gesetzt wird als üblich. Dies gilt auch bezüglich der Offensichtlichkeit, welche für den Rechtsmissbrauch im Schweizer Recht erforderlich ist (Löw, S. 69f.). Während KLEINER gar eine arglistige oder in Schädigungsabsicht erfolgte Inanspruchnahme der Bankgarantie voraussetzt (Kleiner, N 21.44/ 21.49), ist nach DOHM Rechtsmissbrauch gegeben, wenn der Begünstigte keinen vernünftigen und redlichen Grund hat, die Bankgarantie abzurufen (Dohm, N 227/ 233). Grundsätzlich ist unserer Ansicht nach die Meinung von KLEINER zutreffender, da die Bankgarantie eine abstrakte Sicherung darstellt. Da die Bankgarantie vom Valutaverhältnis grundsätzlich unabhängig ist, darf nicht danach gefragt werden, ob die Begünstigte einen vernünftigen Grund hat die Garantie zu ziehen. Dies hätte zur Folge, dass immer eine Vorbeurteilung gefordert würde und somit eine Beurteilung

lung erfolgen müsste, um die Berechtigung der Begünstigten zu bejahen.

Offensichtlichkeit ist nach herrschender Lehre gegeben, wenn keinerlei Zweifel an der unberechtigten Inanspruchnahme bestehen, also wenn der Rechtsmissbrauch augenscheinlich, eindeutig oder gewiss ist (Löw, S. 27; Kleiner, N 21.52; Dohm, N 227/ 233/ 235; Zobl, S. 44/ 70; BSK-Honsell, Art. 2 N 48). Der Begünstigte ist berechtigt, die Bankgarantie auch dann in Anspruch zu nehmen, wenn der Auftraggeber den Zahlungsanspruch, wegen das Grundverhältnis betreffenden Tatsachen, bestreitet. Für die rechtsmissbräuchliche Ziehung der Garantie reicht es also nicht, wenn die Berechtigung der Inanspruchnahme zwischen den Parteien im Grundverhältnis strittig ist (Löw, S. 78f.; Dohm, N 229; BSK-Honsell, Art. 2 N 48). Sogar eine im Hinblick auf das Grundverhältnis unberechtigte Inanspruchnahme begründet nicht automatisch einen rechtsmissbräuchlichen Abruf der Bankgarantie (Löw, S. 70/ 81; Dohm, N 231). 48

1.3.1. Kein Rechtsmissbrauch: Sicherungszweck und Nichterfüllung

1.3.1.1. Kein Rechtsmissbrauch bei allumfassender Erfüllungsgarantie

Ad N 10 et 18: Die Klägerin behauptet, dass die Bankgarantie nicht für den Vertrag vom 15. Dezember 2005 (K-4) errichtet wurde, sondern nur für den Vertrag vom 3. Juli 2004. Dies ist für den vorliegenden Fall nicht relevant. Die Beklagte wollte die Bankgarantie gar nicht ziehen, weil der Vertrag vom 15. Dezember 2005 (K-4) verletzt wurde, sondern weil eine sich aus dem Vertrag vom 3. Juli 2004 (K-1) ergebende Pflichtverletzung vorliegt. 49

Ad N 22: Es ist klar, dass sich die Klägerin auf den Standpunkt stellt, dass die Erfüllung und somit die Abnahme der Anlage zweifelsfrei erfolgt ist, um damit eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte ableiten zu können. 50

Der Beklagten kann weder Arglist noch Schädigungsabsicht vorgeworfen werden. Auch die Tatsache, dass die Klägerin behauptet, sie hätte vertragsgemäss erfüllt und eine Abnahme sei gültig erfolgt, begründet noch keinen Rechtsmissbrauch seitens der Beklagten, welcher die unabhängige Inanspruchnahme der Bankgarantie einschränken würde (s. vorne: N 47). 51

Die Bankgarantie ist unseres Erachtens rechtmässig gezogen worden, da entgegen der Behauptung der Klägerin Nichterfüllung und somit Verzug vorliegt (s. vorne: N 14ff.). Die Garantie sichert gemäss Garantieklausel zwangsläufig die nicht rechtzeitige Erfüllung. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs ist somit unhaltbar. 52

Sollte wider Erwarten doch erfüllt worden sein, wäre die Beklagte auf Grund unserer Ausführungen materiell berechtigt gewesen, die Bankgarantie zu ziehen, da von einer allumfassenden Erfüllungsgarantie auszugehen ist (s. vorne: N 3ff.), womit auch Ansprüche nach der Abnahme vom Sicherungszweck der Garantie erfasst werden (s. vorne: N2f.). Bereits der Umstand, 53

dass die Beklagte vorliegend für sich eine gerechtfertigte Inanspruchnahme begründen kann und der Anspruch darum strittig ist, bedeutet, dass sicherlich keine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie gegeben ist, selbst wenn das Gericht zum Schluss kommen würde, dass die Leistungen der Klägerin als erfüllt zu betrachten sind.

- 54 *Ad N 23*: Entsprechend dem Grundsatz zuerst zahlen, dann prozessieren (Zobl, S. 26) versucht die Beklagte gutgläubig und zu Recht, die Garantie zu ziehen, da ein materieller Garantiefall vorliegt. Falls sich herausstellen sollte, dass die Ansprüche der Beklagten materiell nicht bestünden, kann die Klägerin das Geld immer noch in einem Rückforderungsprozess zurückfordern. Sobald jedoch – wie in casu – vieles auf eine zu Recht erfolgte Ziehung hindeutet, kann diese nicht mit der Missbräuchlichkeitseinrede verhindert werden. Ansonsten würde Sinn und Zweck der Bankgarantie vollends ausgehöhlt, da es diese gerade ermöglichen soll, losgelöst vom Valutaverhältnis den vom Sicherungsbereich umfassten Geldbetrag zu ziehen (Westphalen, S. 2). Strittig ist nur das Grundverhältnis. Offensichtlichkeit ist nicht gegeben.

1.3.1.2. Kein Rechtsmissbrauch auch bei Vorliegen einer Anzahlungsgarantie

- 55 Selbst bei Annahme einer Anzahlungsgarantie kann nicht von Rechtsmissbrauch gesprochen werden. Dies ist damit zu begründen, dass die Beklagte nur auf Grund der Garantieurkunde genügend Anhaltspunkte hatte, die Garantie anders zu interpretieren (s. vorne: N11ff.). Denn für die eindeutige Qualifikation als Anzahlungsgarantie enthält die Garantieurkunde zu viele Ungereimtheiten. Die Streitigkeit wegen nachvollziehbaren Tatsachen beweist, dass das Vorliegen einer reinen Anzahlungsgarantie alles andere als offensichtlich ist. Zudem genügt die bloße Meinungsverschiedenheit über die Art der vorliegenden Garantie nicht, der Beklagten Rechtsmissbrauch vorwerfen zu können. Der Rechtsmissbrauch ist somit abzulehnen.

1.3.2. Garantie oder Leistung?

- 56 *Ad N 14*: Entgegen den Behauptungen der Klägerin hat diese noch nicht alle vertraglich vereinbarten Leistungen erbracht. Es steht nämlich nach wie vor ein Garantietestlauf aus (s. vorne: N 19). Ein weiteres Missbrauchselement liegt nach der Klägerin darin, dass zwei Leistungen in Anspruch genommen werden, obwohl die Beklagte nur auf eine Leistung Anspruch hat. Gegen dies ist vorzubringen, dass in unserem Fall ein Schaden entstanden ist (s. vorne: N 29), so dass keine Bereicherung vorliegen würde und dass dies deshalb per se nicht als Rechtsmissbrauch qualifiziert werden kann.

1.3.3. „Extend or Pay“ - Aufforderung

- 57 *Ad N 19*: Die Beklagte weist diese Unterstellung klar von sich, Es geht nirgends hervor, dass die Beklagte eine „Extend or Pay“ - Aufforderung gestellt hat. Die Klägerin hat dies gemäss

Art. 8 ZGB zu beweisen.

1.3.4. Zwischenfazit

Auf Grund der obigen Ausführungen wurde die Bankgarantie berechtigterweise gezogen. 58

1.4. Fazit

Aufgrund der vorangehenden Ausführungen muss der klägerische Antrag auf Unterlassen der Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte abgewiesen werden. 59

2. Keine Rückgabe der Garantieurkunde an die Fjordbank AS

Im Folgenden wird dargelegt, dass weder aus Verfall noch aus Befriedigung der vertraglichen Leistungspflichten der Klägerin ein Anspruch zukommt, die Rückgabe der Garantieurkunde von der Beklagten an die Fjordbank zu verlangen bzw. diese zum Abschluss eines Erlassvertrages zu verpflichten. 60

2.1. Befriedigung aller Ansprüche

Ad N 40 et 41: Aufgrund der noch nicht erfolgten Erfüllung (s. vorne: N 14ff.) ist der Garantiefall bereits eingetreten. Die Beklagte machte folglich die Bankgarantie geltend und hat ein Interesse, im Besitz der Garantieurkunde zu bleiben, um ihre Stellung im jetzigen Verfahren zu beweisen. 61

2.2. Interessen am Besitz der Garantieurkunde

Ad N 42 - 46: Die Beklagte stellt zwar richtig fest, dass das Verfallsdatum der Urkunde am 3. Januar 2007 eingetreten ist. Dies spielt jedoch keine Rolle, da die Garantie durch die Beklage bereits am 4. Oktober 2006 fristgerecht und ordnungsgemäss geltend gemacht wurde (N 10 Einleitungsanzeige). 62

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Bankgarantie durch das Schreiben vom 16. Juni 2006 mit der Materialgarantie verlängert wurde (act. B-3). Wenn die Beklagte die Garantiesumme nicht bis zum 3. Januar 2007 gezogen hätte, wäre eine neue Garantie mit neuem Verfalldatum ausgestellt worden (N 4 Beschluss Nr. 2). Da die Beklagte die Garantie jedoch vor Ablauf des Verfalldatums der aktuellen Garantieurkunde geltend gemacht hat, hat sich das Ausstellen einer neuen Garantieurkunde erübrigt. Würde man der Argumentation der Klägerin beipflichten, müsste parallel zur Rückgabe der alten Garantieurkunde der Beklagten eine neue Urkunde ausgestellt werden, da sie theoretisch immer noch einen Anspruch aus der neu vereinbarten Verlängerung der Garantie hätte. 63

Zudem ist anzumerken, dass mit der von der Klägerin geforderten Garantieurkunde keinerlei neue Ansprüche mehr geltend gemacht werden können, da eine Auszahlung auf Grund des 64

Verfallsdatums nicht mehr stattfinden kann. Die Auslegung der Verfallsdatumsklausel ergibt auch, dass die Ungültigkeit der Garantieurkunde nicht von deren Rückgabe abhängig ist, wenn das Verfallsdatum überschritten wird. Es ist ersichtlich, dass die Geltendmachung der Inanspruchnahme aus der Garantieurkunde nach Ablauf der Frist nicht mehr möglich ist (act. K-3). Somit überwiegt das Interesse der Beklagten, die Bankgarantie als Beweismittel zu behalten.

- 65 *Ad N 47-50:* Der Klägerin kommt kein Interesse zu, die Garantieurkunde zurückzubekommen (s. vorne: N 63f.). Die Rückgabe der Garantieurkunde würde stattdessen eine Einbusse der Position der Beklagten im laufenden Verfahren bedeuten, zumal sich die Klägerin plötzlich auf den Standpunkt stellen könnte, durch die Rückgabe sei auch der Anspruch aus der Bankgarantie erloschen. Somit hat die Beklagte nach wie vor ein berechtigtes Interesse am Besitz der Garantieurkunde.

2.3. Erlassvertrag

- 66 *Ad N 51 et 52:* Bei einem Erlassvertrag erklärt der Begünstigte gegenüber der Bank ausdrücklich oder konkludent, in Zukunft auf die Inanspruchnahme der Bankgarantie zu verzichten (Westphalen, S. 140). Nach Art. 19 OR erlaubt es der Grundsatz der Vertragsfreiheit den Parteien, ihre Rechtsverhältnisse einvernehmlich und nach ihrem Willen auszugestalten, wobei es die darin enthaltene Abschlussfreiheit auch ermöglicht, einen Vertrag nicht abzuschliessen zu müssen (BSK-Huguenin, Art. 19 N 2/ 8).
- 67 Die Beklagte will die Bankgarantie aus legitimen Gründen (s. vorne: N 46ff.) in Anspruch nehmen und äussert dies auch ausdrücklich (N 9 Einleitungsantwort). Deswegen will sie keinen Erlassvertrag abschliessen. Das Gericht sollte davon absehen, der Beklagten – wie dies die Klägerin fordert – einen Erlassvertrag aufzuzwingen, denn dies würde in grober Weise gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit und die Abschlussfreiheit (Art. 19 OR) verstossen, da dieser Bereich der Parteidisposition überlassen werden muss. Zudem wäre ein solcher „Erlassvertrag“ gar kein Vertrag mehr, da ein Vertrag von Konsens getragen werden muss und nicht einseitig diktiert werden kann (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR). Im Endeffekt kann sowieso kein Erlassvertrag aufgezwungen werden, da nicht erfüllt wurde (s. vorne: N 14ff.).

2.4. Fazit

- 68 Auf Grund der vorangehenden Ausführungen muss der klägerische Antrag der Klägerin auf Rückgabe der Garantieurkunde an die Fjordbank AS abgewiesen werden.

3. Abweisung eines Prozessführungsverbots

3.1. Anspruch der Beklagten auf Durchführung eines Prozesses in Kroatien

3.1.1. Rechtsschutzinteresse der Beklagten

Es besteht ein Sicherheitsinteresse der Beklagten an der Verarrestierung des Garantiebetrages in Kroatien. Dies so lange, als das endgültige Urteil des Schiedsgerichts bei Gutheissung der Klage noch nicht vollstreckt ist (Walter et al., S. 154). Ansonsten könnte die Klägerin versuchen, die Garantiesumme ungerechtfertigterweise von der Bank zu fordern, da die absolute Frist zur Inanspruchnahme durch die Beklagte abgelaufen ist. 69

3.1.2. Keine Missbräuchlichkeit der Klagen in Kroatien

Ad N 55: Die Beklagte versuchte die Garantie nicht rechtsmissbräuchlich zu ziehen (s. vorne: N 49ff.). Darum hat sie ein Rechtsschutzinteresse an der Sicherstellung des Vermögens (s. vorne: N 69), weshalb die Klagen in Kroatien nicht zweckwidrig und somit nicht missbräuchlich sind (BSK-Honsell, Art. 2 N 56). 70

3.1.3. Irrelevanz der Kosten bezüglich Berechtigung zum Klagen

Ad N 56 et 57: Dass Kosten aus einem Verfahren entstehen, ist kein Grund für die Rücknahme von Klagen, da in jedem Verfahren Kosten entstehen, welche grundsätzlich die unterliegende Partei tragen muss. Wenn deswegen ein Verfahren nicht geführt werden dürfte, wäre der jederzeit bestehende Anspruch auf gerichtliche Beurteilung beeinträchtigt (Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 29a BV). Auch deswegen spricht sich die Schweizer Lehre gegen ein Prozessführungsverbot aus (Meier, S. 160). I.c. fände durch ein Prozessführungsverbot also eine Einschränkung von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 29a BV, auch losgelöst von der Kostenfrage, statt. 71

3.2. Kein Anspruch der Klägerin auf Durchführung eines Prozessführungsverbots

3.2.1. Irrelevanz der Schiedsklausel

Ad N 59 - 63: Das dem angloamerikanischen Raum entspringende Prozessführungsverbot erfordert eine materiell und formell wirksame Schiedsvereinbarung, welche den Streitgegenstand erfasst, so dass schiedsgerichtliche Zuständigkeit vorliegt (Vgl. ICC Case No. 8887; ICC Case No. 8307; Gaillard, S. 313; Stacher, S. 89; Jegher, S. 133). 72

Es ergibt sich aus der Vereinbarung vom 3. Juli 2004 (N 16.2 act. K-1) und nicht aus dem Konstituierungsbeschluss Nr. 1 vom 14. Dezember 2007, dass Streitigkeiten dieses Vertrags von einem Schiedsgericht zu beurteilen sind. Hierbei handelt es sich um eine formell und materiell gültige Schiedsklausel. Diese ist dahingehend zu verstehen, dass sie bloss Streitigkeiten aus dem Valutaverhältnis zwischen den Vertragsparteien der Vereinbarung vom 3. Juli 2004 (act. K-1) erfasst. Der Behauptung der Klägerin, dass die Streitigkeit in Kroatien ebenfalls von der Schiedsklausel erfasst sei, ist zu widersprechen. Das Verfahren in Kroatien erfasst nämlich 73

nur eine in der Schiedsklausel aufgeführte Streitpartei (N 16.2 act. K-1) – die Beklagte.

- 74 Grundsätzlich bindet die Schiedsvereinbarung nur die betreffenden Vertragsparteien. Die Vereinbarung ist jedoch nicht bindend für sonstige Dritte welche keine Vertragspartner oder Rechtsnachfolger sind, insbesondere Bürgen oder Garantieübernehmer, auch wenn ihre Rechte von dem zu entscheidenden Rechtsverhältnis abhängen. Zudem würde für die Ausdehnung auf Dritte vorausgesetzt, dass die Partei welche unter die Schiedsklausel fallen würde, bei Abschluss oder Erfüllung des Vertrages ein Verhalten an den Tag legt, welches nach Treu und Glauben so zu verstehen ist, dass die Drittpartei dem Hauptvertrag beitreten und sich somit an die Schiedsklausel binden will (ZPO-Schlosser, N 33; Berger/Kellerhals, N 521).
- 75 In casu ist somit die Fjordbank als Garantieübernehmer nicht von der Klausel umfasst. Ausserdem hat die Fjordbank bei Abschluss oder Erfüllung nie ein Verhalten an den Tag gelegt, wodurch sich eine Bindung an die Schiedsklausel rechtfertigen würde.
- 76 Es spielt dabei keine Rolle, ob die Klägerin dem Verfahren als Nebenintervenientin beitrifft. Ausserdem kommt ihr sowieso keine Parteistellung zu (s. hinten: N 80). Der Streitgegenstand wird entgegen den klägerischen Ausführungen nicht von der Schiedsklausel umfasst, weil das summarische Arrestverfahren (vgl. hierzu: Spühler/Gehri, S.200f.) in Kroatien eine sich bloss aus dem Bankgarantieverhältnis (K-3) ergebende Streitigkeit betrifft.

3.2.2. Zulässigkeit der vorsorglichen Massnahme in Kroatien

- 77 Die Verarrestierung von Vermögenswerten kann als vorsorgliche Massnahme trotz Schiedsklausel vor staatlichen Gerichten beantragt werden, solange das Schiedsgericht nicht konstituiert ist (Walter et al., S.143). Dies resultiert auch aus der Logik, dass diese Massnahmen möglichst schnell erfolgen müssen was nur bei einem staatlichen Verfahren gewährleistet ist. Auch nach der Entscheidung des Gerichts ist bei Gutheissung der Schiedsklage eine vorsorgliche Massnahme solange möglich und sinnvoll als noch keine Vollstreckung des ergangenen Urteils erfolgt ist (Walter et al., S.154).
- 78 Es ist zu betonen, dass es sich beim kroatischen Verfahren noch nicht um ein Arrestprosequierungsverfahren handelt, bei welchem über die Zusprechung der Forderung, für die der Arrest erwirkt wurde, entschieden wird. In casu erhebt die Fjordbank als Schuldnerin Berufung auf den für sie negativen Einspruchsentscheid betreffend die Gültigkeit des Arrests. Da aus dem Sachverhalt und somit auch aus den Ausführungen der Klägerin nicht hervorgeht, dass die Beklagte, als Gläubigerin der Garantiesumme, zu irgendeinem Zeitpunkt prosequiert hat, ist nach den allgemeinen Beweisregeln davon auszugehen, dass dies auch nicht erfolgt ist, da nur die Beklagte ein Prosequierungsverfahren einleiten könnte (vgl. analog: Art. 279 SchKG). Die Parteien befinden sich wie erwähnt noch im Stadium, in dem um die Gültigkeit der vorsorgli-

chen Massnahme, die bei staatlichen Gerichten beantragt werden kann, gestritten wird. Somit ist das Verfahren zulässigerweise eingeleitet worden (N 16.2 act. K-1).

3.2.3. Irrelevanz der Res iudicata

Ad N 59: Einem materiell rechtskräftigen Urteil steht die Bindungswirkung der abgeurteilten Sache (res iudicata) entgegen, weswegen eine identische Klage über diese Rechtssache ausgeschlossen ist. Eine abgeurteilte Sache hat zusätzlich präjudizielle Wirkung für Vorfragen des Zweiturteils. Zwei Verfahren sind nämlich identisch, wenn die Parteien und der Streitgegenstand gleich sind (Vogel/Spühler, § 40 N 67ff./ § 38 N 5; BGE 71 II 284) 79

Nach der Vertretertheorie und Gehilfentheorie kommt der Klägerin als Nebenintervenientin in casu keine Parteirolle zu. Die als Mindermeinung vertretene Nebenparteiheorie, nach welcher ihr Parteistellung zukommen könnte, ist hingegen rein formaler Natur und es lassen sich keinerlei rechtliche Folgen daraus ableiten (Deixler-Hübner, S.136ff.; sinngemäss :Walder-Richli, § 13 N 1). Der Streitgegenstand ist mangels Identität des Anspruchs bzw. des Rechtsgrunds nicht identisch, da im summarischen Arrestverfahren geprüft wird, ob Vermögenswerte zu sichern sind (s. vorne: N 77ff.) und im Entscheid des Schweizerischen Schiedsgerichts hingegen, ob die Ziehungsvoraussetzungen der Bankgarantie vorliegen, wobei die Situation im Valutaverhältnis geklärt wird. Auf Grund der unterschiedlichen Streitgegenstände beeinträchtigt das kroatische Urteil den schiedsgerichtlichen Entscheid nicht und es können somit keine widersprüchlichen Urteile ergehen. Mangels Parteiidentität und nicht identischem Streitgegenstand fehlt deshalb ein enger Zusammenhang. Die bloss summarische Prüfung reicht auch nicht aus, um präjudizielle Wirkung für einen materiell prüfenden Entscheid bezüglich Ziehungsvoraussetzungen der Bankgarantie zu entfalten, da keine materiell rechtlichen Fragen im blossen Arrestverfahren geklärt werden. Der Beklagten muss es nach wie vor möglich sein, ihre Prozesse in Kroatien fortzuführen, da keine res iudicata und keine präjudizielle Wirkung vorliegen. 80

3.2.4. Entkräftung von weiteren klägerischen Argumenten

Zudem erfordert das Prozessführungsverbot als vorsorgliche oder sichernde Massnahme i.S.v. Art. 183 Abs. 1 IPRG einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil (Berger/Kellerhals, N 1146; Gaillard, S.308). 81

Deswegen ist einem allfälligen Einwand der Klägerin, wonach für sie durch das Verfahren in Kroatien ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entstünde, entgegenzuhalten, dass sie einen allfälligen Vermögensschaden in einem Rückforderungsprozess zurückfordern könnte und dass bloss Gelder gesichert werden, deren Zuteilung zurzeit sowieso schiedsgerichtlich geprüft wird. Damit steht nach wie vor ein Rechtsbehelf zur Verfügung, so dass ein reiner – 82

rückgängig machbarer – Vermögensschaden entsteht, welcher nach Schweizer Recht im Bankgarantiekonnex keinen erheblichen Nachteil darstellt (Löw, S.133f.).

Folglich liegen die Voraussetzungen für ein Prozessführungsverbot nicht vor.

3.3. Gründe für die Abstandnahme von einem Prozessführungsverbot

83 *Ad N 64 - 66:* Selbst wenn das Gericht wider Erwarten ein Prozessführungsverbot aussprechen könnte, sollte es Abstand davon nehmen, wie es auch im Sinne der Klägerin ist. Es ist den Ausführungen der Klägerin bezüglich Abstandnahme von einem Prozessführungsverbot beizupflichten und ergänzend Folgendes anzumerken:

Mit dem Prozessführungsverbot entsteht ein indirekter Zwang gegen ein ausländisches Gericht, indem einer Partei verboten wird zu prozessieren. Das Gericht entscheidet im Rahmen seiner Souveränität, ob es dieses Verbot gegen die eine Partei beachtet oder ob es trotzdem den Prozess durchführt, so dass die Entscheidung letztlich bei ihm liegt. Dies wirkt sich im Ergebnis gleichermassen wie ein direktes Verbot auf die Souveränität eines ausländischen Gerichts aus, da die Rechtssprechung des ausländischen Gerichts zu unterbinden versucht wird (Stacher, S. 104; vgl. Jegher, S.162 m.w.N). Zudem ist in der Schweiz ein Prozessführungsverbot nicht direkt gegen eine Partei durchsetzbar, da hierfür eine strafrechtliche Sanktion erforderlich wäre welche an ihre Gebietsgrenzen gebunden wäre (StGB-Popp, Art. 3 N 3).

84 Da beide Parteien keinen Sitz in der Schweiz haben und die anti-suit injunction sich nicht in der Schweiz auswirkt, besteht kein genügender Anknüpfungspunkt einer Sanktion an die schweizerischen Gebietsgrenzen.

85 Des Weiteren ist vorzubringen, dass mit einem Prozessführungsverbot der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 29a BV) verletzt wird, da die Anrufung eines staatlichen Gerichtes sanktioniert würde.

86 Auf jeden Fall ist entsprechend der comity-Praxis englischer Gerichte internationale Rücksichtnahme geboten (Jegher, S. 96). Nach dieser Praxis darf eine anti-suit injunction nur ausgesprochen werden, wenn England ein genügendes Interesse am Rechtsstreit hat oder einen genügende Verbindung dazu besitzt (Jegher, S. 97). Auch aus Schweizer Optik ist es nicht nötig, ein Prozessführungsverbot auszusprechen, sofern keine Beeinträchtigung des schweizerischen ordre public durch sich widersprechende Entscheide droht (Stacher, S. 100).

In casu ist der schweizerische ordre public nicht einmal tangiert und die Schweizer Eidgenossenschaft hat keinerlei Interesse an diesem Rechtsstreit, da der Entscheid des schweizerischen Schiedsgerichts im Ausland Wirkung entfaltet und es sich um zwei internationale Parteien handelt. Deswegen ist auf Grund einer gebotenen, internationalen Rücksichtnahme, analog der englischen comity-Praxis, von einem Prozessführungsverbot abzusehen.

Zudem könnte die Klägerin in einem allfälligen Prosequierungsverfahren die Einrede vorbringen, die Streitigkeit werde von der Schiedsklausel umfasst. Es würde ihr damit eine mildere Massnahme zustehen, das kroatische Verfahren zu verhindern, weswegen ein Prozessführungsverbot unverhältnismässig wäre. Würde das kroatische Gericht trotz Schiedsklausel und Einrede seitens der Klägerin die Zuständigkeit für sich beanspruchen, wäre auch ein Prozessführungsverbot nutzlos. Dies, da Art. V Ziff. 1 lit. c NYÜ staatlichen Gerichten die Anerkennung von Schiedsurteilen auf Antrag der Parteien überlässt, sofern die Streitsache nicht von der Schiedsklausel umfasst ist, was in diesem Fall – bei Ablehnen der Einrede – aus Sicht des kroatischen Gerichtes der Fall wäre. 87

Es ist ebenfalls anzumerken, dass der EuGH die Anwendbarkeit von anti-suit injunctions in einem neueren Entscheid wegen einer Kollision mit der im LugÜ verankerten Respektierung der Souveränität der Gerichte der LugÜ- Vertragsstaaten abgelehnt hat (RS.C-159/02, 17b). Das Schiedsgericht sollte dies trotz Nichtanwendbarkeit des LugÜ bei seiner Entscheidfindung mitberücksichtigen. Denn das Gedankengut des LugÜ, betreffend der Respektierung anderer Rechtssysteme und Rechtspflegeorgane (Stacher, S. 239), da der Schweizer Gesetzgeber und die Schweiz als LugÜ - Vertragsstaat dieses Gedankengut akzeptiert haben. Deswegen sollte ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz, das materielles Schweizer Rechts anwendet, diesem Entscheid Rechnung tragen und sich völkerrechtsfreundlich positionieren. 88

3.4. Fazit

Die Anträge auf Rücknahme der in Kroatien hängigen Klagen und auf Aussprechen eines Prozessführungsverbots sind abzulehnen. 89

Wir ersuchen Sie, geehrte Damen und Herren, hiermit höflichst, unter Berücksichtigung der vorangehenden Ausführungen, im Sinne der Anträge zu entscheiden.

Mit freundlichen Grüssen

Moot Court Team 8:

Bernet Florian, Füglistaller Patric, Koletsis Marco, Wetli Andrea

Literaturverzeichnis

BERGER Bernhard / KELLERHALS Franz, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006

BÜHLER Theodor, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Teilband 2d, Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 1997 (zit.: ZK-Bühler)

BUOL Martina, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Zürich 1996

BÜSSER Andreas, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Diss. der Universität Freiburg, Freiburg 1997

DEIXLER-HÜBNER Astrid, Die Nebenintervention im Zivilprozess, Habilitation der Universität Linz, Wien 1993

DOHM Jürgen, Bankgarantie im internationalen Handel, Bern 1985

GAILLARD Emmanuel, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, Bern 2005

GAUCH Peter, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996 (zit.: Gauch)

GAUCH Peter/ SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/ REY Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht AT, 8. Auflage, Zürich 2003 (zit.: Gauch, OR AT)

HONSELL Heinrich, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, Basel 2006 (zit.: BSK-Honsell)

HORN Norbert, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage, Berlin 1997

HUGUENIN Claire, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007 (zit.: BSK-Huguenin)

JEGHER Gion, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse im Internationalen Zivilverfahrensrecht der Schweiz, Diss. der Universität Basel, Zürich 2003

KLEINER Beat, Bankgarantie, 4. Auflage, Zürich 1990

LÖW Franziska, Missbrauch von Bankgarantien, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts, in: Schriftreihe für Internationales Recht, Band 101, Basel 2002

MEIER Isaak, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2.Auflage, Zürich 2005

POPP Peter /LEVANTE Patrizia, in: Kommentar zum Strafrecht I, 2. Auflage, Basel 2007 (zit.: StGB-Popp)

SCHLOSSER Peter, in: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, Tübingen 1994 (zit.: ZPO-Schlosser)

SCHWENZER Ingeborg, Obligationenrecht AT, 3. Auflage, Bern 2003

SPÜHLER Karl / GEHRI Myriam, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 4. Auflage, Zürich 2007

STACHER Marco, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Diss. der Universität St. Gallen, Zürich/ St. Gallen 2007

STREULE Markus, Bankgarantie und Bankbürgschaft, in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 98, Diss. der Universität Zürich, Zürich 1987

VOGEL Oscar/ SPÜHLER Karl, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Auflage, Bern 2006

VON WESTPHALEN Graf, Recht der internationalen Wirtschaft, Die Bankgarantie im internationalen Verkehr, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2005 (zit.: Westphalen)

WALDER-RICHLI Hans Ulrich, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 1996

WALTER Gerhard/ BOSCH Wolfgang/ BRÖNNIMANN Jürgen, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991 (zit.: Walter et al.)

WEBER Rolf, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Bern 2000 (zit.: BK-Weber)

WIEGAND Wolfgang, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht I, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007 (zit.: BSK-Wiegand)

ZOBL Dieter, Die Bankgarantie im Schweizerischen Recht, in: Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstag 1997

Abkürzungsverzeichnis

| <u>Abkürzung:</u> | <u>Definition:</u> |
|-------------------|--|
| Abs. | Absatz |
| act. | actorum |
| Art. | Artikel |
| BGE | Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts |
| bzw. | beziehungsweise |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EUR | Euro |
| f. | folgende |
| ff. | fortfolgende |
| i.S. | im Sinne |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| ICC | International Chamber of Commerce |
| insb. | insbesondere |
| IPRG | Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (SR 291) |
| lit. | litera |
| LugÜ | Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11) |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| N | Randziffer |
| No. | Number |
| Nr. | Nummer |
| OR | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR 220) |
| S. | Seite |
| s. | siehe |
| vgl. | vergleiche |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210) |
| Ziff. | Ziffer |

| | |
|--------|---|
| zit. | zitiert |
| NYÜ | Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12) |
| et al. | und andere |
| EMRK | Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101) |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) |