

Moot Court Team 7

David Alain Bloch
Daniel Decurtins
Cheyenne Durrer
Anna Willi

LSI

Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

30. April 2008

KLAGEANTWORT

In Fall Nr. 600098-2007

Polar Technology AS,

Vallegata, 0456 Oslo, Norwegen

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 8

gegen

Stiva d.d.,

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 7

betreffend

Forderung

stellen wir namens und mit Vollmacht der Beklagten folgendes

Rechtsbegehren:

Die Schiedsklage sei abzuweisen.

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|------|--|----|
| I. | Einleitung..... | 1 |
| II. | Erste Streitfrage: Berechtigte Inanspruchnahme der Bankgarantie..... | 1 |
| 1. | Klagbarer Anspruch..... | 1 |
| 1.1 | Abstraktheit der Bankgarantie..... | 1 |
| 1.2 | Zwischenfazit..... | 3 |
| 2. | Schuldnerverzug als Rechtsgrund für die Garantiezuhung..... | 3 |
| 2.1 | Nichterfüllung..... | 3 |
| 2.2 | Inverzugsetzung..... | 5 |
| 2.3 | Voraussetzung des Schadenersatzes: Natürlicher Kausalzusammenhang..... | 6 |
| 2.4 | Zwischenfazit..... | 6 |
| 3. | Mängelhaftung als Rechtsgrund für die Garantiezuhung..... | 6 |
| 3.1 | Mangelhafte Anlage..... | 7 |
| 3.2 | Zwischenfazit..... | 9 |
| 4. | Mängelhaftung als Rechtsgrund für die Garantiezuhung nach erfolgter Abnahme..... | 9 |
| 4.1 | Argumente der Klägerin..... | 9 |
| 4.2 | Gegenargumente der Beklagten..... | 9 |
| 4.3 | Weiterführende Argumente der Beklagten..... | 9 |
| 4.4 | Zwischenfazit..... | 11 |
| 5. | Ungültige Freizeichnung..... | 11 |
| 5.1 | Argumente der Klägerin..... | 12 |
| 5.2 | Gegenargumente der Beklagten..... | 12 |
| 5.3 | Weiterführende Argumente der Beklagten..... | 13 |
| 5.4 | Zwischenfazit..... | 14 |
| 6. | Fazit..... | 14 |
| III. | Zweite Streitfrage: Keine Pflicht zur Herausgabe der Bankgarantie..... | 14 |
| 1. | Argumente der Klägerin..... | 14 |
| 2. | Gegenargumente der Beklagten..... | 14 |
| 2.1 | Bei Abhängigkeit der zweiten Streitfrage von der ersten Streitfrage..... | 14 |
| 2.2 | Bei Eigenständigkeit der zweiten Streitfrage: Kein Rechtsschutzinteresse..... | 15 |
| 3. | Fazit..... | 16 |
| IV. | Dritte Streitfrage: Keine Rücknahme der in Kroatien hängigen Klagen..... | 16 |
| 1. | Prozessführungsverbot (Antisuit-Injunction)..... | 16 |
| 1.1 | Argumente der Klägerin..... | 16 |
| 1.2 | Gegenargumente der Beklagten..... | 16 |
| 1.3 | Zwischenfazit..... | 17 |
| 2. | Bei Abhängigkeit der dritten Streitfrage von der ersten Streitfrage..... | 17 |
| 3. | Bei Eigenständigkeit der dritten Streitfrage: Kein Rechtsschutzinteresse..... | 18 |
| 3.1 | Argumente der Klägerin..... | 18 |
| 3.2 | Gegenargumente der Beklagten..... | 18 |
| 3.3 | Zwischenfazit..... | 19 |
| 4. | Weitere Gründe gegen das Aussprechen eines Prozessführungsverbotes..... | 19 |
| 4.1 | Argumente der Klägerin..... | 19 |
| 4.2 | Gegenargumente der Beklagten..... | 19 |
| 4.3 | Weiterführende Argumente der Beklagten..... | 20 |
| 4.4 | Zwischenfazit..... | 20 |
| 5. | Fazit..... | 20 |

LITERATURVERZEICHNIS

- BECKER Hermann. „Kommentar zu Art. 184 – 551 OR.“ In *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band VI (Obligationenrecht), 2. Abteilung (Die einzelnen Vertragsverhältnisse), hrsg. von Max Gmür. Bern 1934.
Zitiert: BK-BECKER
- BERTI Stephen V. „Kommentar zu Art. 183 IPRG.“ In *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Anton K. Schnyder, Stephen V. Berti. 2. Aufl. Basel 2007.
Zitiert: BSK-BERTI
- BRINER Robert. „Kommentar zu Art. 177 IPRG.“ In *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Anton K. Schnyder, Stephen V. Berti. 2. Aufl. Basel 2007.
Zitiert: BSK-BRINER
- BUOL Martina. „Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung.“ In *Schriftenreihe zum Obligationenrecht 52*, hrsg. von Hans Giger, Heinrich Honsell und Anton K. Schnyder. Zürich 1996.
Zitiert: BUOL
- CLAVEL Sandrine. „Anti-Suit Injunctions et Arbitrage.“ In *Revue de l'Arbitrage*, hrsg. von Comité français de l'arbitrage. 669-706. 2001.
Zitiert: CLAVEL
- DEIXLER-HÜBNER Astrid. *Die Nebenintervention im Zivilprozess*. Wien 1993.
Zitiert: DEIXLER-HÜBNER
- DOHM Jürgen. *Bankgarantien im internationalen Handel*. Bern 1985.
Zitiert: DOHM
- EGGER Walter H. „Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien.“ In *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 62, 12-19. 1990.
Zitiert: EGGER
- FAWCETT J.J. „General Report.“ In *Declining Jurisdiction in Private International Law. Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law Athens, August 1994*, hrsg. von J.J. Fawcett, 1-70. Oxford 1995.
Zitiert: FAWCETT
- GAUCH Peter. *Der Werkvertrag*. 4. Aufl. Zürich 1996.
Zitiert: GAUCH
- GAUCH Peter/SCHLUEP R. Walter/SCHMID Jörg/REY Heinz. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. 7. Aufl. Zürich 1998.
Zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY

- GAUTSCHI Georg. „Kommentar zu Art. 363 – 379 OR.“ In *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band VI (Obligationenrecht), 2. Abteilung (Die einzelnen Vertragsverhältnisse), 3. Teilband (Der Werkvertrag), hrsg. von Arthur Meier-Hayoz. Bern 1967.
Zitiert: BK-GAUTSCHI
- GEIMER Reinhold/SCHÜTZE Rolf A. *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zum EuGVÜ und um Lugano-Übereinkommen*. München 1997.
Zitiert: GEIMER/SCHÜTZE
- GERHARD Frank. „L’*exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé*.“ In *Schweizer Studien zum internationalen Recht* 112, hrsg. von der Schweizerischen Vereinigung für internationales Recht. Zürich 2000.
Zitiert: GERHARD
- GOTTWALD Peter. „Grenzen zivilgerichtlicher Massnahmen mit Auslandswirkung.“ In *Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65 Geburtstag*, hrsg. von Walter F. Lindacher u.a., 119-130. Bielefeld 1989.
Zitiert: GOTTWALD
- GULDENER Max. *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. 2. Aufl. Zürich 1958.
Zitiert: GULDENER
- HABSCHEID J. Walther. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*. 2. Aufl. Basel/Frankfurt am Main 1990.
Zitiert: HABSCHEID
- HARTLEY Trevor C. „Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation.“ In *The American Journal of Comparative Law* 35, 487-511. 1987.
Zitiert: HARTLEY
- HAU Wolfgang Jakob. „Positive Kompetenzkonflikte im Internationalen Zivilprozessrecht.“ In *Studien zum vergleichenden und internationalen Recht – Comparative and International Law Studies* 32, hrsg. von Bernd von Hoffmann und Erik Jayme. Frankfurt am Main 1996.
Zitiert: HAU
- HOCHSTRASSER Michael. „Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter.“ In *Zürcher Studien zum Privatrecht* 196. Zürich 2006.
Zitiert: HOCHSTRASSER
- HUGUENIN Claire. *Obligationenrecht, Besonderer Teil*. 2. Aufl. Zürich 2004.
Zitiert: HUGUENIN
- HÜRLIMANN Roland. *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*. Fribourg 1984.
Zitiert: HÜRLIMANN
- JEGHER Gion. *Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse im Internationalen Zivilverfahrensrecht*. Zürich 2003.
Zitiert: JEGHER

KÄLIN Walter/EPINEY Astrid/CARONI Martina/KÜNZLI Jörg. „Völkerrecht. Eine Einführung.“ In *Stämpfli-Skripten zum öffentlichen Recht*. 2. Aufl. Bern 2006.

Zitiert: KÄLIN

KOLLER Alfred. „Zeit und Ort der Erfüllung.“ In *Das Schweizerische Obligationenrecht*, hrsg. von Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder und Jean Nicolas Druey. 9. Aufl. Zürich 2000.

Zitiert: KOLLER

KRAMER A. Ernst. „Kommentar zu Art. 19 – 22 OR.“ In *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band VI (Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 2. Teilband (Inhalt des Vertrages), hrsg. von Arthur Meier-Hayoz. Bern 1991.

Zitiert: BK-KRAMER

KURTH Jürgen. „Inländischer Rechtsschutz gegen Verfahren vor ausländischen Gerichten.“ In *Schriften zum Internationalen Recht* 44, Berlin 1989.

Zitiert: KURTH

LIATOWITSCH Manuel. „Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland.“ In *Schriftenreihe für internationales Recht* 98, hrsg. von Karl Spiro u.a. Basel 2002.

Zitiert: LIATOWITSCH

LIONNET Klaus/LIONNET Annette. *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 3. Aufl. Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005.

Zitiert: LIONNET/LIONNET

MAACK Martina. „Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr.“ In *Schriften zum Prozessrecht* 152, Berlin 1999.

Zitiert: MAACK

ROESLE A. Eugen. „Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien.“ In *Schriften zum Bankenwesen* 26, Zürich 1983.

Zitiert: ROESLE

SCHLOSSER Peter. *Kommentar zur Zivilprozessordnung* 9, hrsg. von Friedrich Stein, Martin Jonas. 22. Aufl. Tübingen 2002.

Zitiert: SCHLOSSER

SCHÖNLE Herbert. „Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien.“ In *Schweizerische Juristen-Zeitung* 79, hrsg. von Peter Forstmoser, Heinz Aepli. 53 ff. 1983.

Zitiert: SCHÖNLE

SCHWENZER Ingeborg. „Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung.“ In *Haftung aus Vertrag*, hrsg. von Alfred Koller, 99-126. St. Gallen 1998.

Zitiert: SCHWENZER

- SIEHR Kurt. „Switzerland.“ In *Declining Jurisdiction in Private International Law. Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law Athens, August 1994*, hrsg. von J.J. Fawcett, 381-399. Oxford 1995.
Zitiert: SIEHR
- SPAINI Mauro. *Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten*. Dietikon 2000.
Zitiert: SPAINI
- STACHER Marco. „Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung. Merkmale und Wesen der verpflichtenden und der gestaltenden Elemente der Schiedsvereinbarung.“ In *St.Galler Studien zum internationalen Recht* 36, hrsg. von Ivo Schwander und Ernst-Ulrich Petersmann. Zürich/St.Gallen 2007.
Zitiert: STACHER
- VISCHER Frank. *Zürcher Kommentar zum IPRG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*. Hrsg. von Daniel Girsberger, Anton Heini, Max Keller, Jolanta Kren Kostkiewicz, Kurt Siehr, Frank Vischer, Paul Volken. 2. Aufl. Zürich 2004.
Zitiert: VISCHER
- VOGEL Oscar/SPÜHLER Karl. *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*. 8. Aufl. Bern 2005.
Zitiert: VOGEL/SPÜHLER
- VON SEGESSER Georg/KURTH Christoph. „Interim Measures.“ In *International Arbitration in Switzerland. A Handbook for Practitioners*, hrsg. von Gabrielle Kaufmann-Kohler und Blaise Stucki, 69-87. Den Haag 2004.
Zitiert: VON SEGESSER/KURTH
- VON WESTPHALEN Friedrich. „Das Rechtsverhältnis: Bank – Begünstigter bei einer Direktgarantie.“ In *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, hrsg. von Friedrich von Westphalen und Brigitta Jud, 111-242. 3. Aufl. Frankfurt am Main 2005.
Zitiert: VON WESTPHALEN
- WEBER Rolf H. „Kommentar zu Art. 97 – 109 OR.“ In *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band VI (Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 5. Teilband (Die Folgen der Nichterfüllung), hrsg. von Heinz Hausheer. Bern 2000.
Zitiert: BK-WEBER
- WIEGAND Wolfgang. „Kommentar zu Art. 1 – 529 OR.“ In *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand. 3. Aufl. Basel 2003.
Zitiert: BSK-WIEGAND
- WIRTH Markus. „Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland.“ In *ASA Bulletin*, hrsg. von Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit, 31-45. 2000.
Zitiert: WIRTH

VERTRAGSVERZEICHNIS

Konvention vom 4. November zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101, ratifiziert durch 46 Staaten (Stand Mai 2007), in Kraft seit dem 3. September 1953, von der Schweiz ratifiziert am 28. November 1974, für die Schweiz in Kraft seit dem 28. November 1974.

Zitiert: EMRK

Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, SR 0.277.12, ratifiziert durch 142 Staaten (Stand Januar 2007), in Kraft seit dem 7. Juni 1959, von der Schweiz ratifiziert am 1. Juni 1965, für die Schweiz in Kraft seit dem 30. August 1965.

Zitiert: NYÜ

ENTSCHEIDVERZEICHNIS

SCHIEDSSPRÜCHE

Schiedsgericht der Internationalen Handelskammer, Schiedssache Nr. 5946 (1990), Yearbook of Commercial Arbitration XVI – 1991, S. 97 ff.

Zitiert: IHK-Schiedssache Nr. 5946

Schiedsgericht der Internationalen Handelskammer Genf, Schiedssache Nr. 8307/FMS/KGA vom 14. Mai 2001.

Zitiert: IHK-Schiedssache Nr. 8307

Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer, Schiedssache Nr. 240/93 vom 20. September 1994.

Zitiert: ZHK-Schiedssache Nr. 240/93

Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer, Schiedssache Nr. 525 vom 16. Februar 2004.

Zitiert: ZHK-Schiedssache Nr. 525

BUNDESGERICHTSENTSCHEIDE

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Juni 1974, BGE 100 II 145 ff.

Zitiert: BGE 100 II 145 E. 4.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. September 1976, BGE 102 II 264 ff.

Zitiert: BGE 102 II 264 E. 4

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. März 1978, BGE 104 II 99 ff.

Zitiert: BGE 104 II 104 E. 3

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Juni 1981, BGE 107 II 161 ff.

Zitiert: BGE 107 II 167 E. 7c

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Februar 1982, BGE 108 II 77 ff.

Zitiert: BGE 108 II 77 E. 1a

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. März 1986, BGE 112 II 107 ff.

Zitiert: BGE 112 II 112 E. 3c

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Oktober 1989, BGE 115 II 479 ff.

Zitiert: BGE 115 II 479 E. 2d

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Juni 1992, BGE 118 II 353 ff.

Zitiert: BGE 118 II 356 E. 3b

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil des Kassationshofes vom 21. November 1996, BGE 122 IV 322 ff.

Zitiert: BGE 122 IV 327 E. 3b

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

| | |
|-------|--|
| Abs. | Absatz |
| Art. | Artikel |
| AS | aksjeselskap, norwegisch (Bokmål) für Aktiengesellschaft |
| ASA | Swiss Arbitration Association |
| Aufl. | Auflage |
| B-1 | Brief der Klägerin an die Beklagte bezüglich Verlauf der Vertragsabwicklung vom 7. März 2006 |
| B-2 | Brief der Klägerin an die Beklagte bezüglich Umbau Schwefelsäureanlage vom 29. März 2006 |
| B-3 | Brief der Klägerin an die Beklagte bezüglich Verlängerung der Material- und Bankgarantie vom 16. Juni 2006 |
| BGE | Bundesgerichtsentscheid |
| d.d. | dioničko društvo, kroatisch für Aktiengesellschaft |
| d.h. | das heisst |
| E-1 | Einleitungsanzeige der Klägerin vom 20. Oktober 2007 |
| E-2 | Einleitungsantwort der Beklagten vom 16. November 2007 |
| E-3 | Konstituierungsbeschluss des Schiedsgerichts vom 14. Dezember 2007 |
| E-4 | Beschluss Nr. 2 des Schiedsgerichts vom 18. Januar 2008 |
| E. | Erwägung |
| EMRK | Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101) |
| EuGVÜ | Übereinkommen der Europäischen Union vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen |
| EUR | Euro |
| f. | folgende |
| ff. | fortfolgende |
| hrsg. | herausgegeben |
| IHK | Internationale Handelskammer |
| IPRG | Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291) |

| | |
|--------|--|
| i.c. | in casu |
| i.S. | im Sinne |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| K-1 | Vertrag zwischen Klägerin und Beklagter vom 3. Juli 2004 |
| K-2 | Anhang 2: Rahmenbedingungen und Anhang 10: Prozessgarantien |
| K-3 | Anzahlungsgarantie Nr. 233384-550338 über den Umbau der bestehenden Schwefelsäureanlage in Karlovac, Kroatien |
| K-4 | Vereinbarung zwischen Klägerin und Beklagter mit Bericht über 3. Garantielauf (27. November – 1. Dezember 2005) vom 15. Dezember 2005 |
| K-5 | Bericht über 1. Garantielauf (13. – 18. November 2005) vom 22. November 2005 |
| K-6 | Bericht über 2. Garantielauf (18. – 22. November 2005) vom 23. November 2005 |
| K-7 | Fax der Klägerin an die Beklagte bezüglich Vereinbarungsänderung vom 16. Dezember 2005 |
| KS | Klageschrift vom Moot Court Team 8 vom 12. März 2008 |
| Mio. | Million(en) |
| N | Randnote(n) |
| Nr. | Nummer |
| NYÜ | Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, abgeschlossen in New York (SR 0.277.12) |
| OR | Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220) |
| Rn. | Randnummer bezüglich der Klageschrift des Moot Court Teams 8 |
| SchO | Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern vom Januar 2006 |
| vgl. | vergleiche |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) |
| Ziff. | Ziffer |
| ZHK | Zürcher Handelskammer |

I. EINLEITUNG

In einem ersten Teil wird die Beklagte darlegen, dass sie die Bankgarantie mit gültigem Rechtsgrund in Anspruch genommen hat und sie darum nicht daran gehindert werden darf, die Garantiesumme zu ziehen. (4 – 74, im Folgenden beziehen sich die angegebenen Nummern in den Klammern – ohne Vormerk „Rn.“ – auf die Randnummern in der vorliegenden Klageantwort). 1

In einem zweiten Teil wird die Beklagte zeigen, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Herausgabe des Originals der Bankgarantie hat (75 –85). 2

Zuletzt wird die Beklagte nachweisen, dass gegen sie kein Prozessführungsverbot ausgesprochen werden darf (86 –114). 3

II. ERSTE STREITFRAGE: BERECHTIGTE INANSPRUCHNAHME DER BANKGARANTIE

In der Folge wird die Beklagte aus zwei alternativen Gründen darlegen, warum die Inanspruchnahme der Bankgarantie gerechtfertigt gezogen wurde. Erstens macht sie geltend, dass aufgrund der Abstraktheit der Bankgarantie kein Rechtsgrund für die Ziehung der Bankgarantie bestehen muss (6 – 14). 4

Zweitens geht sie darauf ein, dass selbst bei Erfordernis eines Rechtsgrundes zur Inanspruchnahme der Bankgarantie solche vorliegen. Einerseits rechtfertigt die Beklagte die Ziehung mit Schuldnerverzug (15 – 36), andererseits mit Mängelhaftung ohne erfolgte Abnahme (37 – 50), wie auch mit erfolgter Abnahme (51 – 62). Diese beiden Rechtsgründe werden auch durch eine Freizeichnung nicht unwirksam, da die Beklagte aufzeigt, dass Freizeichnungsklauseln selbst nicht angewendet werden können (63 – 73). 5

1. KLAGBARER ANSPRUCH

Aufgrund der Abstraktheit der Bankgarantie kann die Klägerin nicht aus Vertragsverletzung im Valutaverhältnis klagen. Selbst wenn für die Ziehung kein Rechtsgrund vorläge, berührt dies nicht die Ziehungsberechtigung der Beklagten. Somit hat die Klägerin keinen klagbaren Anspruch auf Unterlassung. 6

1.1 Abstraktheit der Bankgarantie

1.1.1 Argumente der Klägerin

Die Klägerin anerkennt die abstrakte Ausgestaltung des Bankgarantieinstituts Da der Garantievertrag „grundsätzlich ohne Nachweis über bestehende Schuld im Valutaverhältnis von der ziehungsberechtigten Person in Anspruch genommen werden“ könne (Rn. 9 KS) und er zudem als selbständige Sicherheit gelte, kommen bei der Klägerin auf den ersten Blick keine Zweifel betreffend Abstraktheit der Bankgarantie auf. 7

Als einzigen Grund, der die Abstraktheit der Bankgarantie durchbreche, nennt die Klägerin die zeitliche Dringlichkeit „raschen Rechtsschutz“ herzustellen. (Rn. 84 KS) Sie ist der Meinung, dass nun 8

im Schiedsverfahren zu klären ist, ob die Inanspruchnahme rechtsmissbräuchlich erfolgte. Zudem erwähnt sie in ihrer Klageschrift zwar die Form der dokumentären Bankgarantie, verpasst es aber, darin eine Relativierung der Abstraktheit zu sehen (Rn. 20 KS).

1.1.2 Gegenargumente der Beklagten

Der vorliegende Ablauf des Verfahrens widerspricht dem Institut der Abstraktheit und dem dazugehörigen Grundsatz „zuerst zahlen, dann prozessieren“. Die Ausführung, dass zeitliche Dringlichkeit dazu berechtige, die Abstraktheit der Bankgarantie zu durchbrechen, ist ungenau. Zeitliche Dringlichkeit ist lediglich Voraussetzung für eine vorsorgliche Massnahme. 9

Es widerspricht aber in jeglicher Hinsicht der Abstraktheit, wenn im Schiedsverfahren geklärt werden soll, ob die Inanspruchnahme rechtsmissbräuchlich erfolgte. So wäre es konsequent, dem norwegischen Gericht zu empfehlen (in Form eines Schiedsspruches), dass die Beklagte die Bankgarantie ohne materielle Berechtigungsüberprüfung in Anspruch nehmen darf. Eine solche Überprüfung darf von der Klägerin erst im Rahmen eines Rückforderungsprozesses verlangt werden. 10

Das Argument der dokumentären Bankgarantie der Klägerin nicht nützlich. Die theoretische Abgrenzung zwischen einer bedingten und bedingungslosen Bankgarantie ist in der Praxis nicht ganz einfach (DOHM, N 41 f.; ROESLE, 14 f.). Im vorliegenden Fall kann jedoch von einer solchen Diskussion abgesehen werden, weil es unwesentlich ist, welche Dokumente bei der Ziehung der Bankgarantie vorgelegen haben müssen. 11

1.1.3 Weiterführende Argumente der Beklagten

Des Weiteren hätte die Klägerin gegen das Argument der Abstraktheit anbringen können, dass die Gestellung der Bankgarantie eine der Hauptleistungspflichten der Klägerin (SPAINI, 233) aus dem Vertrag darstellt (in Ziff. 3.1.1 K-1, in vorliegender Klageantwort wird nachfolgend bei „Vertrag“ auf K-1 verwiesen). So hätte Art. 98 Abs. 3 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR als Anspruchsgrundlage zur Beseitigung eines vertragswidrigen Zustandes gedient. Diese Unterlassungspflicht entspricht dem bankgarantietyptischen Verzichtanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten. Der Verzichtanspruch (vgl. BGE 100 II 145 E. 4; DOHM, N 118; EGGER, 19; SCHÖNLE, 74 f.) beinhaltet die Unterlassung der unberechtigten Inanspruchnahme der Bankgarantie und die Herausgabe derselben. 12

Gegen diese Argumentation kann vorgebracht werden, dass sie dem Grundsatz „zuerst zahlen, dann prozessieren“ diametral zuwiderläuft. So untermauert dieser, dass es im Sinn der Bankgarantie liegt, dem Begünstigten rasch zu seinem Geld zu verhelfen. Erst anschliessend wird im Rückforderungsprozess über den Rechtsgrund der Inanspruchnahme entschieden. Die Klägerin verlangt aber so etwas wie einen vorgezogenen Rückforderungsprozess, welcher die Bankgarantie ihres eigentlichen Sinnes und Zweckes beraubt. 13

1.2 Zwischenfazit

Somit ist im vorliegenden Verfahren aufgrund der Abstraktheit der Bankgarantie nicht zu entscheiden, ob ihre Ziehung gerechtfertigt war. 14

2. SCHULDNERVERZUG ALS RECHTSGRUND FÜR DIE GARANTIEZIEHUNG

Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten schon jetzt – im Rahmen eines vorgezogenen Rückforderungsprozesses – auf die Frage eintreten wollen, ob für die Ziehung der Bankgarantie ein Rechtsgrund vorliegt, sieht die Beklagte diesen zunächst im Schuldnerverzug der Klägerin. 15

Die Beklagte rechtfertigt die Inanspruchnahme der Bankgarantie mit den durch den Schuldnerverzug entstandenen Schäden (Ziff. 15 E-2). Als Voraussetzung nennt die Klägerin Nichterfüllung, Fälligkeit, Inverzugsetzung sowie Pflichtwidrigkeit. Sie bestreitet jedoch nur das Vorliegen der Nichterfüllung und den Eintritt der Inverzugsetzung. 16

Der in Ziff. 17 E-2 geltend gemachte Schadenersatzanspruch, der sich aus dem Schuldnerverzug ergibt, setzt nach Art. 103 Abs. 1 OR voraus, dass die Klägerin den Verzug verschuldet hat (BSK-WIEGAND, Art. 103 N 2), und dass die verspätete Erfüllung zudem adäquat kausal für den Schadeneintritt war (BSK-WIEGAND, Art. 103 N 5). 17

Gemäss Ziff. 2.8 E-3 soll auf Vorschlag der Klägerin in dieser Verfahrensphase die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche nicht tatsächlich untersucht werden. Entgegen dieser Absprache bestreitet nun die Klägerin das Vorliegen des natürlichen Kausalzusammenhangs, weshalb die Beklagte dazu Stellung nimmt, sich aber verabredungsgemäss nicht zu den übrigen Voraussetzungen Schaden und Verschulden äussert. 18

2.1 Nichterfüllung

2.1.1 Argumente der Klägerin

Die Klägerin nennt für die Erfüllung von Leistungspflichten – Definition gemäss Rn. 27 KS – folgende Voraussetzungen in Rn. 28 KS: 1. Vollendung des Werkes, 2. Mitteilung über Fertigstellung und 3. Übergang der tatsächlichen Gewalt auf den Besteller. Die letzteren beiden Voraussetzungen anerkennt auch die Beklagte als erfüllt. Allerdings bestreitet dieselbe, dass das Werk je vollendet worden ist. 19

Die Klägerin anerkennt in Rn. 29 KS die vertragliche Pflicht, die Durchführung des Testlaufs anzubieten (dazu später 28 – 29). Verweigert die Beklagte den Garantelauf ungerechtfertigt, so gilt nach Ansicht der Klägerin die Durchführung des Testlaufs – als vertragliche geschuldete Leistungspflicht – trotzdem als erfüllt. Gemäss Klägerin ist somit auf die Frage einzugehen, ob der Einwand der Beklagten gerechtfertigt ist, um die Teilnahme am Garantelauf zu verweigern. Es handelt sich dabei um den Einwand, dass die Anlage vor dem Garantelauf über längere Zeit mit Vollast betrieben werden muss, um eine minimale Anlagestabilität zu erreichen. 20

Dies verneint die Klägerin in Rn. 30 KS aus folgenden Gründen: 1. Die vertraglich vereinbarten zwei 21

Monate reichen gemäss Vertrag aus, um die Anlage längere Zeit mit Vollast zu betreiben. 2. Die drei Testläufe weisen auf eine genügende Stabilität hin. 3. Die behaupteten Mängel sind unter der Obhut der Beklagten, nach dem 15. Dezember 2005, aufgetreten so dass die Anlage zuvor stabil war. 4. Die Übernahme der Obhut durch die Beklagte ist ein Hinweis auf die Stabilität der Anlage.

2.1.2 Gegenargumente der Beklagten

Zum ersten Grund: Der Vertrag schreibt im Wortlaut von Ziff. 5.2.5 in der Tat vor, dass der Garantielauf innerhalb zweier Monate seit der mechanischen Fertigstellung stattfinden muss. Allerdings gelten für diesen Garantielauf folgende Voraussetzung (Ziff. 5.2.4.1 K-1): „Die Anlage wird unter der Führung und Verantwortung von POLAR montiert und in Betrieb genommen.“ Diese Ziffer muss teleologisch so interpretiert werden, dass sie ihren Sinn nicht verliert. Die Voraussetzungen der Montage und Inbetriebnahme ergeben nur dann einen Sinn, wenn sie einen aussagekräftigen Garantielauf ermöglichen. Ein Garantielauf wiederum ist nur dann aussagekräftig, wenn er an einer stabilisierten Anlage durchgeführt wurde, denn nur so kann er seinen Zweck, die Überprüfung der Mängelfreiheit des Werkes, erfüllen. Folglich haben die Voraussetzungen in Ziff. 5.2.4.1 K-1 den Sinn, eine Stabilisierung herbeizuführen. Auch die Klägerin spricht in ihrem Brief vom 29. März 2006 (B-2) in Abs. 3 davon, dass „im stabilen Betrieb ein dreitägiger Garantielauf durchgeführt“ werden soll. Somit gilt auch die zweimonatige Frist nur unter der Voraussetzung, dass die Anlage eine minimale Stabilität vorweist. Ist sie instabil, so muss die Klägerin unter Inkaufnahme der Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges die Stabilität der Anlage durch einen Vollastbetrieb über eine längere Zeitdauer wiederherstellen.

Nach den ersten Deformierungen in den Schwefelfilter am 2. Oktober 2005 (Ziff. 3 E-2) war diese Voraussetzung der Stabilität gemäss Ziff. 5.2.4.1 K-1 nicht erfüllt, weshalb es der Klägerin nicht möglich war, den geschuldeten Garantielauf gemäss Ziff. 5.2.5 K-1 durchzuführen. Anfangs November, also kaum ein Monat später, behauptete die Klägerin, dass sie die Anlage stabilisiert hätte (Ziff. 6 E-1) und bot die Durchführung von drei Garantieläufen an. Diese Aussage entbehrt nach so kurzer Zeit jeglicher Glaubwürdigkeit, weshalb die Beklagte zu Recht einen längeren Vollastbetrieb verlangte und die Mitwirkung an den angebotenen Garantieläufen und damit die Abnahme verweigerte.

Zum zweiten Grund: Auch die drei erfolgreichen Garantieläufe täuschen nicht darüber hinweg, dass die Anlage instabil war. Dass die Garantieläufe keine Aussage über die Stabilität der Anlage machen können, zeigt sich anschaulich am Umstand, dass sich gut ein Monat danach wieder ein Mangel in Form eines Lecks im Flüssigkeitsschlauch bildete (Ziff. 6 E-2).

Zum dritten Grund: Der entscheidende Mangel ist schon lange vor dem 15. Dezember 2005 aufgetreten (Ziff. 3 E-2). Am 10. Oktober 2005 haben sich nämlich die Schwefelschmelzfilter deformiert. Daher kann nicht behauptet werden, die Anlage sei vor dem 15. Dezember 2005 stabil gewesen.

22

23

24

25

Zum vierten Grund: Die Klägerin zieht voreilig Rückschlüsse auf die Motivation der Obhutsübernahme, ohne die Umstände dieser speziell zu würdigen. Die Übernahme der Obhut kann unter den gegebenen Umständen nicht als Hinweis auf die Stabilität der Anlage verstanden werden, sondern muss als Ergebnis einer harten Vertragsverhandlung gewertet werden. Die Situation war Ende November 2005 derart verfahren, dass nur mit einer vertragsändernden Vereinbarung (in vorliegender Klageschrift wird bei „Vereinbarung“ auf K-4 verwiesen) eine Lösung aus der vertrackten Situation gefunden werden konnte. In dieser Vereinbarung wurde ein Zug-um-Zug-Geschäft errichtet: Auf der einen Seite stellte die Klägerin einen neuen Schwefelschmelztank bereit, der die Anlage stabilisieren sollte, während auf der anderen Seite die Beklagte sich bereit erklärte, mit Abnahme des neuen Schwefelschmelztankes die Abnahme der Gesamtanlage zu akzeptieren und ab sofort die Obhut, Betrieb und Wartung der Anlage zu übernehmen. Demzufolge ist die Obhutsübernahme nicht mehr aus der Überzeugung erfolgt, dass die Anlage stabilisiert ist, sondern vielmehr das Ergebnis eines hart erarbeiteten Kompromisses.

Es kann festgehalten werden, dass die Beklagte aufgrund der bewiesenen Instabilität der Anlage berechtigt war, die Mitwirkung am Garantielauf zu verweigern. Somit wurde die Anlage entgegen der Ansicht der Klägerin nicht vollendet, weshalb die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten nicht erfüllt hat.

2.1.3 Weiterführende Argumente der Beklagten

Wenn die Klägerin in Rn. 29 KS den Garantielauf nicht als vertragliche Pflicht anerkannt hätte, könnte die Beklagte dies wie folgt begründen. Im Normalfall begründet eine Abrede über Qualitätssicherungsmassnahmen nur eine Nebenpflicht des Unternehmers, wobei der Umfang der geschuldeten Werkeigenschaft nicht erweitert wird. Dabei muss jedoch der konkrete Fall beachtet werden: Wenn nach dem Inhalt des Vertrages die Durchführung der Qualitätssicherungsmassnahmen schon aus sich heraus eine geschuldete Werkeigenschaft sind, handelt es sich um eine vertragliche Pflicht (GAUCH, N 1369).

Die Beklagte macht hier geltend, dass die Durchführung der Verfahrensgarantien für „per se“ eine geschuldete Werkeigenschaft ist, da sie mit einer Anlage, deren Kapazität nicht gesamthaft nachgewiesen wurde, nicht arbeiten kann. Da die Klägerin die Garantielläufe nicht wie vertraglich vereinbart vorgenommen hat, hat sie nicht erfüllt. Diese Voraussetzung des Schuldnerverzuges liegt somit vor.

2.2 Inverzugsetzung

Die Inverzugsetzung kann durch eine Mahnung des Schuldners gemäss Art. 102 Abs. 1 OR oder automatisch durch einen Verfalltag im Vertrag i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR geschehen.

2.2.1 Argumente der Klägerin

Nach Ansicht der Klägerin in Rn. 44 KS wurde sie erst am 6. Mai 2006 in Schuldnerverzug gesetzt, indem sie von der Beklagten gemäss Ziff. 5 E-2 aufgefordert wurde, den dreitägigen Testlauf mit der

Gesamtanlage durchzuführen. Der verabredete Verfallszeitpunkt von „voraussichtlich Ende Februar“ ist der Klägerin zu vage, um verbindlich zu sein.

2.2.2 Gegenargumente der Beklagten

Die Klägerin übersieht, dass die Beklagte Ansprüche aus Schuldnerverzug für Schaden geltend macht, der in den Jahren 2005 und 2006 entstanden ist (Ziff. 18 E-2) Es geht also nicht nur um den unterlassenen dreitägigen Garantielauf mit der Gesamtanlage, sondern auch schon um den ursprünglichen Garantielauf mit der vorher zu stabilisierenden Anlage (22). 32

Nach Ziff. 5.2.5 i.V.m. Ziff. 4 hätte der Garantielauf innerhalb von zwei Monaten nach der mechanischen Fertigstellung (14 Monate nach Vertragsschluss plus einer Gnadenfrist von vier Wochen: 1. Oktober 2005), also spätestens am 1. Dezember 2005 stattfinden müssen. Die Beklagte hat ausgeführt, dass zu diesem Zeitpunkt die vertraglichen Voraussetzung der Stabilität in Ziff. 5.2.4.1 nicht erfüllt worden waren (23), weshalb die Ende November angebotenen Garantielläufe ungültig sind. Aus diesem Grund befindet sich die Klägerin seit dem 1. Dezember 2005 im Schuldnerverzug. 33

2.3 Voraussetzung des Schadenersatzes: Natürlicher Kausalzusammenhang

2.3.1 Argumente der Klägerin

Die Klägerin verneint in Ziff. 45 KS, dass der Schuldnerverzug zu den genannten Schäden geführt hatte. Ihrer Meinung nach hätte selbst die Durchführung des Garantielaufes mit der Gesamtanlage die Schäden nicht verhindern können. 34

2.3.2 Gegenargumente der Beklagten

Diese Argumentation ist etwas kurzfristig, denn die Durchführung eines gültigen Garantielaufs setzt eine vollständige Stabilisierung der Anlage voraus (22). Hätte die Klägerin solch einen gültigen Garantielauf durchführen können, so wären die Verfahrensgarantien zweifellos erreicht worden und somit die genannten Verzugsschäden nie entstanden. Folglich ist die unterlassene Durchführung des Garantielaufs mit stabilisierter Anlage kausal für den Verzugsschaden. 35

2.4 Zwischenfazit

Demzufolge rechtfertigt die Beklagte die Inanspruchnahme der Bankgarantie mit dem Schadenersatzanspruch aus Schuldnerverzug. 36

3. MÄNGELHAFTUNG ALS RECHTSGRUND FÜR DIE GARANTIEZIEHUNG

Falls das Gericht jedoch der Ansicht ist, die Erfüllung des Vertrages hätte stattgefunden, wird die Beklagte aufzeigen, dass die Anlage aufgrund nicht erfolgter Abnahme mangelhaft geliefert und geleistet wurde. Deshalb kann die Bankgarantie mit dem Schadenersatz aus Mängelhaftung als Rechtgrund gezogen werden. 37

3.1 Mangelhafte Anlage

3.1.1 Argumente der Klägerin

Die Klägerin argumentiert in Rn. 32 und 33 KS, dass das Werk nach der Abnahme von allen Mängeln, welche nicht unter die Materialgarantie fallen, befreit ist. Daraus zieht die Klägerin den Schluss, dass nach Abnahme die Ansprüche aus Mängelhaftung nicht mehr im Sicherungszweck der Bankgarantie liegen, ausser es wird eine Gewährleistungsgarantie angenommen (Rn. 49 KS). 38

Die Klägerin führt für das Vorliegen der Abnahme zwei Gründe an: 1. Abnahme durch Einhalten der Vereinbarung, d.h. durch Abnahme des Schwefelschmelztankes (Rn. 34 – 39 KS). 2. Abnahme durch Akzept des Garantietestlaufs im Dezember 2005 (Rn. 40 – 41 KS). Nach Meinung der Beklagten sind dies aber nicht zwei verschiedene Gründe, sondern ein und derselbe. In Ziff. 5 der Vereinbarung wurde festgehalten, dass der Akzept des Garantielaufes nur unter der Bedingung wirksam wird, dass der Schwefelschmelztank abgenommen wurde. Mit dieser Abnahme gilt dann auch die Gesamtanlage als abgenommen (Ziff. 1 K-4). Es stellt sich also die Hauptfrage, in welcher Form dieser Schwefelschmelztank abgenommen werden muss. 39

Die Klägerin ist der Meinung, dass der Schwefelschmelztank mit dem in der Vereinbarung vorgesehen dreitägigen Probelauf abgenommen wurde (Rn. 39 KS). Sie anerkennt die Gültigkeit des Fax (in vorliegender Klageantwort wird bei „Fax“ auf K-7 verwiesen), in dem der Nachweis der Verfahrensdaten in einem dreitägigen Betrieb mit der Gesamtanlage verlangt wird. Allerdings legt sie ihn gegen den Wortlaut nicht als Vertragsänderung aus, sondern bringt an, dass es für die Beklagte erkennbar gewesen sei, dass sie als gewinnorientiertes Unternehmen sich selbst nie ohne Gegenleistung einen weiteren Testlauf zum Nachweis aller Verfahrensdaten auferlegt hätte (Rn. 37 – 38 KS). 40

3.1.2 Gegenargumente der Beklagten

3.1.2.1 Willensprinzip

Die Beklagte erwidert, dass die Klägerin das Fax falsch ausgelegt hat. Zunächst lässt sich dem Wortlaut der Parteiwille unmissverständlich entnehmen: Ein Garantielauf mit der gesamten Anlage ist zur Abnahme des Schwefelschmelztankes gefordert. Obwohl gemäss Lehre nur dann auf das Vertrauensprinzip zurückgegriffen werden kann, wenn der tatsächliche Wille der Parteien nicht mehr ermittelbar ist (HUGUENIN, N 264), geht die Klägerin fälschlicherweise direkt auf die Auslegung nach Treu und Glauben ein (Rn. 36 KS). 41

3.1.2.2 Vertrauensprinzip

Auch nach Treu und Glauben konnte die Beklagte davon ausgehen, dass ein Garantielauf mit der Gesamtanlage verlangt war. Wie oben schon erwähnt (22), besteht die Leistung der Klägerin nicht in der Lieferung eines neuen Schwefelschmelztankes, sondern in der Stabilisierung der Gesamtanlage. Deshalb kamen die Parteien vertraglich überein, dass die Massnahme der Stabilisierung – d.h. der Schwefelschmelztank – in einem Garantielauf mit der Gesamtanlage überprüft werden muss. Ohne 42

diese Überprüfung ist der Tank für die Beklagte wertlos. Dieser Handel ist für die Klägerin profitreich, denn die Gegenleistung, welche die Klägerin erhält, liegt in der bedingten Abnahme der unstablen Anlage, Obhutsübernahme und vorläufigen Unterlassung von Klagen. Obwohl sie mit der Leitung bereits in Verzug gekommen war, wurde ihr eine zusätzliche Frist zur Wiedergutmachung der noch nicht erfolgten Stabilisierung ohne negative Konsequenzen gewährt.

Aus dieser Überlegung ist die Beklagte aufgrund des Fax in guten Treuen davon ausgegangen, dass der Vertrag geändert wurde und neu der Nachweis der Verfahrensgarantien mit der Gesamtanlage Voraussetzung für die Abnahme des Schwefelschmelztanks ist. 43

3.1.2.3 Konsequenz

Dieser Nachweis hat nie stattgefunden, weshalb der Schwefelschmelztank noch nicht abgenommen ist. Richtig erkannt hat die Klägerin in Rn. 40 KS, dass es sich beim Akzept des Garantielaufes vom Dezember 2005 um eine Unterschrift mit Bedingung bezüglich der Tankabnahme handelt. Mit der fehlenden Abnahme ist die Bedingung nicht eingetreten, womit auch die Gesamtanlage noch nicht abgenommen wurde. 44

3.1.3 Weiterführende Argumente der Beklagten

Die Klägerin hat die Wirksamkeit des Fax nie angezweifelt. Allerdings hätte sie vorbringen können, dass gemäss Ziff. 17.4 des Vertrages eine Vertragsänderung nur dann gültig ist, wenn sie von beiden Parteien unterschrieben wurde. Dem Fax fehlt aber die Unterschrift der Beklagten, weshalb die Klägerin behauptet haben könnte, die Vertragsänderung sei damit ungültig. 45

Dies wäre allerdings formalistisch und rechtsmissbräuchlich. Dass sich die beiden Parteien einig waren, den Probetrieb auf einen Garantielauf mit der Gesamtanlage zu erweitern, geht unmissverständlich aus dem Fax hervor. Die Vertragsänderung war also auch und vor allem der Wille der Klägerin, die das Fax eigenhändig unterzeichnet hatte. Somit sind mit Ausnahme der Unterschrift der Beklagten alle in Ziff. 17.4 K-1 vorgesehenen Bedingungen für eine Vertragsänderung erfüllt: Schriftlichkeit, Datierung, Beschreibung der Änderung und Unterzeichnung. 46

Wenn jetzt die Klägerin die Vertragsänderung nicht anerkennen würde, weil einzig die Unterschrift des Beklagten fehlt, dessen Vertragswille unbestritten ist, so wäre das rechtsmissbräuchlich. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB kann nach Lehre (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 554) und Rechtsprechung auch dann noch geltend gemacht werden, wenn „ein Vertrag nicht ganz sondern nur annähernd oder zur Hauptsache erfüllt sei“ (BGE 112 II 112 E. 3c; basierend auf BGE 104 II 104 E. 3). Im zitierten Fall ging es wie vorliegend um die Erfüllung einer konnexen Vereinbarung. 47

Die Klägerin hat alle verlangten Leistungen gemäss Vertrag und Vereinbarung, mit Ausnahme des im Fax vereinbarten Garantielaufes, vollständig erbracht. Im Wissen darum, dass die Beklagte einen Garantielauf mit der Gesamtanlage durchführen wollte, hat die Klägerin ein Verhalten an den Tag 48

gelegt, wonach die Beklagte in guten Treuen auf die Vertragserfüllung vertrauen durfte. Demzufolge läge ein Rechtsmissbrauch vor, wenn die Klägerin das Fax nicht als gültig anerkennen würde.

3.2 Zwischenfazit

Somit steht dem Schadenersatzanspruch aus Mängelrüge gemäss Art. 368 Abs. 1 OR nichts mehr entgegen. Aus demselben Grund wie oben müssen die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche nicht untersucht werden (18). 49

Es darf also festgehalten werden, dass die Beklagte die Ziehung der Bankgarantie mit dem Rechtsgrund der Mängelhaftung rechtfertigen kann. 50

4. MÄNGELHAFTUNG ALS RECHTSGRUND FÜR DIE GARANTIEZIEHUNG NACH ERFOLGTER ABNAHME

Falls das Schiedsgericht der Ansicht ist, die Abnahme habe stattgefunden, wird im Folgenden auf die Qualifizierung der Bankgarantieart eingegangen. Es liegt eine Gewährleistungsgarantie vor, weshalb die Beklagte auch nach der Abnahme ihre Mängelfolgeschäden gemäss Art. 368 Abs. 1 OR geltend machen kann, welche im Zeitpunkt der Abnahme (15. Dezember 2005) nicht ersichtlich waren. Somit fällt der Rechtsgrund zur Garantieziehung auch mit erfolgter Abnahme nicht dahin. 51

4.1 Argumente der Klägerin

Die in Ziff. 3.1.1 des Vertrages genannte Bankgarantie ist als eine Gewährleistungsgarantie zu qualifizieren. Die Klägerin hingegen führt in Ziff. 16, 24 und 25 KS folgende Hinweise für eine Anzahlungsgarantie an: 1. Die Bankgarantieurkunde trägt den Titel „Anzahlungsgarantie“. 2. Die Höhe der Bankgarantie von EUR 4'400'000.- entspricht der Anzahlungssumme. 3. Die Bankgarantie tritt erst bei Eingang der Anzahlung in Kraft. 4. Gesichert ist das Ausbleiben von Lieferungen und Leistungen nach Ziff. 1 des Vertrages, worunter Gewährleistungspflichten nicht zählen. 52

4.2 Gegenargumente der Beklagten

Die Klägerin leitet diese Hinweise alle aus der Bankgarantieurkunde (in vorliegender Klageantwort wird bei „Bankgarantieurkunde“ auf K-3 verwiesen) ab, die sie selbst in ihrem Auftrag an die Fjordbank formuliert hat und in deren Entstehung die Beklagte weder rechtlich noch tatsächlich irgendwie involviert war. Obwohl die Klägerin all diese Hinweise aus einer Bankgarantieurkunde ableitet, deren Auslegung nicht diesem Schiedsgericht unterliegt, hat sie nie erklärt, warum dieses Schriftstück zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens relevant ist. 53

4.3 Weiterführende Argumente der Beklagten

4.3.1 Auslegung des Vertrages nach Vertrauensprinzip

Da das Willensprinzip hier nicht greift, bleibt also nur noch, den mutmasslichen Parteiwillen durch Auslegung des Vertrages zu ergründen (Vertrauensprinzip). Dem Wortlaut lässt sich keinen Hinweis auf die Art der Bankgarantie entnehmen. Allerdings könnte die systematische Auslegung auf eine Anzahlungsgarantie hinweisen, weil die Gestellung der Bankgarantie unter der mit der Anzahlung 54

befassten Ziff. 3.1.1 K-1 geregelt ist. Diese Auffassung greift allerdings zu kurz, denn es heisst innerhalb dieser Ziffer:

- 3.1.1 20% des Gesamtpreises als Anzahlung nach Vertragsunterschrift
Zahlung gemäss Artikel 2.1 erfolgt einerseits gegen
- + Anzahlungsrechnung
 - + Gestellung einer Bankgarantie durch POLAR, gültig bis Ende der Materialgarantie gemäss Artikel 5.1, längstens 30 Monate ab Inkrafttreten des Vertrages

Somit sind die Anzahlungsrechnung und die Bankgarantie nicht Voraussetzungen für die Anzahlung, sondern für die Bezahlung des Gesamtvertragspreises in Ziff. 2.1 K-1. Diese Lesart erklärt, dass mit der Bankgarantie der *Gesamtvertragspreis* gesichert werden wollte und deutet damit auf die für die *gesamte* Vertragsabwicklungsdauer gültige Gewährleistungsgarantie hin. Allerdings muss nachfolgend erklärt werden, warum eine Gewährleistungsgarantie unter demselben Artikel wie die Anzahlung eingeordnet ist. 55

Diese scheinbare Ungereimtheit löst sich auf, sobald man das implizite Thema der Ziff. 3.1.1 K-1 erkennt hat: die gegenseitige Sicherung von gegnerischen Vertragsleistungen. Der Unternehmer sichert seinen Werklohn durch die Anzahlung in Ziff. 3.1.1 Abs. 1 K-1, wogegen der Besteller seinerseits die mängelfreie Werklieferung durch die Gestellung einer Bankgarantie in Ziff. 3.1.1 Abs. 2 K-1 sichert. Dies spricht für eine Gewährleistungsgarantie. 56

Diese Auslegung deckt sich mit der teleologischen. Laut Vertrag soll die Bankgarantie gelten „bis Ende der Materialgarantie gemäss Artikel 5.1 K-1, längstens 30 Monate ab Inkrafttreten des Vertrages“, also bis am 3. Januar 2007. In Rn. 16 KS macht die Klägerin geltend, dass die Materialgarantie nur die Geltungsdauer der Bankgarantie, aber nicht deren Sicherungsinhalt bestimme. Damit hat die Klägerin zweifellos Recht. Allerdings kann gerade dieser Umstand Aufschluss darüber geben, welche Art der Bankgarantie man sinnvollerweise an die Geltungsdauer der Materialgarantie koppelt. Hätten die Vertragsparteien tatsächlich eine Anzahlungsgarantie angestrebt, so ergäbe diese Geltungsdauer keinen Sinn. Vielmehr hätte man das Bankgarantieende auf den Zeitpunkt der Übergabe oder Abnahme gesetzt, was der Laufdauer einer Anzahlungsgarantie entspräche. So aber spricht die Geltungsdauer eindeutig für eine Gewährleistungsgarantie. 57

Die Klägerin entgegnet dem in Rn. 25 KS, dass die absolute Befristung der Ziehungsbefugnis auf den 3. Januar 2007 dieses Argument wieder entkräftet und dass es paradox wäre, wenn die Gewährleistungsgarantie nicht die gesamte Gewährleistungsdauer abdecken würde. Diese Regelung ist aber nicht paradox, sondern notwendig. Natürlich wäre es wünschenswert, die Bankgarantiedauer direkt von der Materialgarantiedauer abhängig zu machen. Nur ist die Bankgarantie eben ein abstraktes Institut, weshalb sich eine solche verschuldensabhängige Verbindung zum Hauptvertrag definitionsgemäss verbietet. Als einzige Lösung blieb den Parteien die absolute Befristung, die man bewusst zwei Monate nach der ordentlichen Materialdauerfrist ablaufen liess, in der Meinung, dass, wenn die 58

Klägerin ihre Leistung länger als zwei Monate mit Verschulden verzögert, eine neue Bankgarantieurkunde ausgestellt würde. Genau dies ist im vorliegenden auch Fall geschehen (B-3). Somit gewinnt auch die absolute Befristung im Zusammenhang mit einer Gewährleistungsgarantie einen Sinn.

4.3.2 Verhalten der Partei nach Vertragsschluss

Natürlich könnte der Beklagten vorgeworfen werden, dass ihr Untätigbleiben nach Erhalt der fehlerhaften Bankgarantie auf einen Konsens hindeute, denn „das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss, insbesondere Erfüllungshandlungen, kann Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsabschluss zulassen“ (HUGUENIN, N 275). 59

Die Beklagte hat die Bankgarantie zu spät geprüft, um deren Fehlerhaftigkeit vorher zu bemerken. Sie hat jedoch sofort erkannt, dass die Bankgarantie als Anzahlungsgarantie bezeichnet wurde. Nach dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* ging die Beklagte jedoch davon aus, dass die Falschbezeichnung den Konsens bezüglich der Gewährleistungsgarantie nicht zu ändern vermochte. Zudem sollte das Gericht zwischen einer Handlung und einer Unterlassung unterscheiden. Es ist richtig, dass die Beklagte untätig blieb, nachdem sie erkannt hatte, dass die Bankgarantie nicht ganz in ihrem Sinn ausgestellt wurde. Es muss aber davon ausgegangen werden, dass ein Untätigbleiben weniger zu gewichten ist als ein Tätigwerden. Nur aus dieser Unterlassung allein konnte die Klägerin nicht darauf vertrauen, dass die Beklagte ihren Willen geändert hatte. 60

Hingegen ist nachfolgendes Tätigwerden der Klägerin sehr aufschlussreich. So spricht die erwähnte Bereitschaft der Klägerin, die Bankgarantie zu verlängern, für eine Gewährleistungsgarantie. Die Klägerin behauptet zwar in Rn. 25 KS, das Schreiben B-3 beinhalte noch keinen Zweckwechsel von einer Anzahlungs- zu einer Gewährleistungsgarantie, weil die neue Bankgarantie noch nicht ausgestellt worden sei. Dieser Einwand ist aber für den vorliegenden Fall unerheblich. Denn wenn sowohl Klägerin wie Beklagte ohne grossen Aufhebens eine Verlängerung der Bank- und Materialgarantie beschliessen, so folgt daraus, dass beide Parteien implizit von einer Gewährleistungsgarantie ausgegangen sein müssen. Denn eine Anzahlungsgarantie zu verlängern, welche nach der Ansicht der Klägerin mit erfolgter Abnahme nicht mehr gezogen werden kann, ist schlichtweg sinnwidrig. 61

4.4 Zwischenfazit

Sowohl nach Auslegung des Vertrages als auch nach dem Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss handelt es sich vorliegend um eine Gewährleistungsgarantie. 62

5. UNGÜLTIGE FREIZEICHNUNG

Die Klägerin argumentiert in Rn. 58 – 63 KS, dass die von der Beklagten als Rechtsgrund für die Bankgaranzieziehung geltend gemachten Schadenersatzansprüche vertraglich wegbedingt worden seien. Diesem Argument widerspricht die Beklagte, da sie die Freizeichnung für widersprüchlich und unzulässig hält (Ziff. 16 E-2). 63

5.1 Argumente der Klägerin

Die Klägerin begründet den fehlenden Rechtsgrund erstens in Rn. 57 KS damit, dass die Mängel grösstenteils schon vor der Abnahme bestanden und offenkundig waren und daher durch die Abnahme „geheilt“ wurden. Zweitens legt sie in Rn. 58 – 63 KS dar, dass die Freizeichnung gemäss Art. 100 Abs. 1 OR gültig sei, da die Beklagte es unterlassen habe, das Verschulden zu substantiieren. 64

5.2 Gegenargumente der Beklagten

Zum ersten Grund: Die geltend gemachten Mängel zeigen sich grösstenteils nicht vor der behaupteten Abnahme vom 15. Dezember 2005, sondern gemäss Ziff. 6 E-2 nach diesem Datum. Nur die Deformierungen in den Schwefeldiltern sind mit dem 2. Oktober 2005 vorher entstanden (Ziff. 3 E-2). Dieser Mangel wird aber in Ziff. 6 E-2 gar nicht genannt, womit alle geltend gemachten Mängel nach der behaupteten Abnahme aufgetreten sind und nicht durch die Abnahme geheilt wurden. 65

Zum zweiten Grund: Die Beklagte geht mit der Klägerin einher, dass Art. 100 OR der Freizeichnung widerspricht. Gemäss Art. 100 OR darf die vertragliche Haftung des Schuldners nur für leichte Fahrlässigkeit, nicht für grobe Fahrlässigkeit und absichtliche Schädigung ausgeschlossen werden (KOLLER, S. 246). Art. 100 Abs. 1 OR widerspricht Ziff. 13 des Vertrages, worin die Haftungsbeschränkungen geregelt sind: Die Haftung der Klägerin ist danach auf 15% des Gesamtvertragspreises beschränkt. In Ziff. 13.4 K-1 wird zudem die Haftung für Mangelfolgeschäden ausgeschlossen. Weil die Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit ungültig ist, so ist auch die Beschränkung der Haftung auf eine bestimmte Summe, nämlich auf EUR 3.3 Mio. ungültig (so BGE 115 II 479 E. 2d; 102 II 264 E. 4; BSK-WIEGAND, Art. 100 OR N 4), wenn dabei in der Beschränkungsklausel nicht auf die Verschuldensfrage eingegangen wird. Da bei der Wegbedingung der Mangelfolgeschäden auch keine diesbezüglichen Äusserungen gemacht wurden, gilt für diese dasselbe. 66

Die Rechtsfolgen einer ungültigen Freizeichnung sind strittig: Eine Freizeichnungsklausel „für jedes Verschulden“ ist i.S.v. Art. 19 und 20 OR grundsätzlich nichtig (HOCHSTRASSER, N 163). Daher ist hier zu prüfen, welche Folgen die Nichtigkeit im konkreten Fall hat: Die nichtige Freizeichnung kann nach dem hypothetischen Parteiwillen ersatzlos gestrichen oder auf das erlaubte oder Mass reduziert werden (HOCHSTRASSER, N 176 f.). Hier spricht der Schutzzweck von Art. 100 Abs. 1 OR für die ersatzlose Streichung von Ziff. 13 des Vertrages. Denn es ist nicht zu unterstützen, dass durch eine Reduktion auf das erlaubte Mass ein Anreiz geschaffen wird, Übermässiges zu vereinbaren (HOCHSTRASSER, N 177; SCHWENZER, N 32.45; HÜRLIMANN, N 264 f.). Somit ist Ziff. 13 des Vertrages nicht anwendbar. 67

Die herrschende Lehre vertritt eine Reduktion auf das erlaubte Mass (HOCHSTRASSER, N 177; BK-KRAMER, Art. 19-20 N 357 f.; BK-WEBER, Art. 100 OR N 156 ff.). Darum macht die Beklagte eventualiter eine Reduktion auf das erlaubte Mass geltend. Dann wäre die Freizeichnung gemäss Art. 100 Abs. 1 OR ungültig und zwar in dem Umfang, in dem sie von der Haftung für Vorsatz oder grobe 68

Fahrlässigkeit freizeichnet (Art. 20 Abs. 2 OR; BSK-WIEGAND, Art. 100 OR N 4; HOCHSTRASSER, N 167). Diesbezüglich ist die Verschuldensfrage zu prüfen.

Wände man diese Regel auf den vorliegenden Fall an, müssten die Mängel mindestens grobfahrlässig verschuldet worden sein, damit die Freizeichnungsklausel dahinfällt. Es ist somit entscheidend, wem die Beweislast für das Verschulden auferliegt. Die Klägerin legt in Rn. 58 – 63 lediglich dar, dass die Beklagte gemäss Art. 8 ZGB ein Grobverschulden seitens der Klägerin hätte nachweisen müssen. Sie schliesst sich damit der Meinung des Bundesgerichts an, welches die Beweislast für das Vorliegen von Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit beim Gläubiger ortet. Demnach hätte die Beklagte die Beweislast zu tragen (BGE 107 II 167 E. 7c; so auch BK-GAUTSCHI, Art. 368 N 25 und BK-BECKER, Art. 368 N 13). Ihrer Meinung nach hätte die Klägerin das Verschulden darlegen müssen. Sie stützt sich dabei auf WIEGAND, welcher aufzeigt, dass die beim Gläubiger (hier die Beklagte) liegende Beweislast dazu führen kann, dass der Schuldner (hier die Klägerin) für sein Verschulden nicht einzustehen hat. Folgedessen ist eine Umkehr der Beweislast (entgegen Art. 97 OR) nicht akzeptabel (BSK-WIEGAND, Art. 100 N 5). Die Beklagte schliesst sich dieser Meinung an, da es unbillig wäre, eine ungültige Freizeichnungsklausel gemäss Ziff. 13 K-1 zu verfassen und dann die Beweislast für das Verschulden der Geschädigten aufzuerlegen. Die Klägerin hat ihr Nichtverschulden somit ungenügend substantiiert dargelegt und muss für die Schäden der Beklagten aufkommen.

5.3 Weiterführende Argumente der Beklagten

Die Beklagte wird durch Auslegung darlegen, dass die vertragliche Freizeichnung gemäss Ziff. 13 des Vertrages widersprüchlich und somit ungültig ist.

Bei der Verfahrensgarantie sind zur Abgeltung mangelnder Kapazität Schadenersatzzahlungen aufgelistet, welche an die Beklagte ausbezahlt werden müssen, sobald zwei Garantieläufe fehlgeschlagen sind. Dabei handelt es sich insgesamt um eine Summe von EUR 5.35 Mio., wenn man die pauschalisierte Schadenersatzzahlung von 15% des Gesamtvertragspreises unter dem Punkt „Emission“ dazuzählt. Bei der Auslegung einer Haftungsbeschränkung ist nicht nur auf den Wortlaut der Vereinbarung, sondern auch auf die Systematik des Vertrages zu achten. (BUOL, N 204). Da es sich um eine Aufzählung verschiedener Schadensposten handelt, ergibt eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, dass die Beklagte alle Schadensposten zusammenzählen durfte. Denn so würde auch ein vernünftiger und korrekter Mensch den Vertrag verstehen dürfen und müssen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 209). Da gemäss Ziff. 13.2 und 13.3 K-1 die Gesamthaftung aus dem Vertrag auf 15% des Gesamtvertragspreises beschränkt ist, liegen – wie schon in Ziff. 16 E-2 erwähnt – widersprüchliche Freizeichnungen vor und sind somit ungültig.

Aufgrund der aufgezeigten Widersprüchlichkeit ist Ziff. 13 des Vertrages ungültig, so dass die Beklagte berechtigt war, die Bankgarantie in ihrem gesamten Umfang zu ziehen.

5.4 Zwischenfazit

Die von der Beklagten als Rechtsgrund für die Bankgaranzieziehung geltend gemachten Schadenersatzansprüche sind vertraglich nicht gültig wegbedingt worden, da die Haftungsbeschränkungen in Ziff. 13 des Vertrages einerseits aufgrund von Art. 100 Abs. 1 OR und andererseits aufgrund von Widersprüchlichkeit nicht anwendbar sind. Die Beklagte war somit berechtigt, die Bankgarantie in ihrem gesamten Umfang zu ziehen. 73

6. FAZIT

Die Inanspruchnahme der Bankgarantie erfolgte mit einem Rechtsgrund, weil ein materieller Garantiefall vorliegt. Die Bankgarantie wird innerhalb ihres Sicherungszwecks in Anspruch genommen, denn es liegt eine Schlechterfüllung in Form eines Schuldnerverzuges – eventualiter in Form eines mangelhaften Werkes – vor. Daneben hat sich die Klägerin von der Haftung für den vorgebrachten Rechtsgrund auch nicht gültig freigezeichnet. Folglich darf die Beklagte die Bankgarantie in Anspruch nehmen. 74

III. ZWEITE STREITFRAGE: KEINE PFLICHT ZUR HERAUSGABE DER BANKGARANTIE

In der Folge wird die Beklagte aufzeigen, weshalb sie im Rahmen dieses Schiedsgerichtsprozesses nicht dazu verpflichtet werden kann, das Original der Bankgarantie herauszugeben. 75

1. ARGUMENTE DER KLÄGERIN

Einerseits stützt die Klägerin ihr Begehren auf Rückgabe der Bankgarantie in Rn. 64 KS auf die Anerkennung einer unberechtigten Inanspruchnahme der Bankgarantie durch das Schiedsgericht. Sie ist der Meinung, dass aufgrund angeblich unberechtigter Inanspruchnahme, die Bankgarantiekunde zurückzugeben sei. Diese Darstellung lässt auf ein von der ersten Streitfrage abhängiges Rechtsbegehren schliessen. Andererseits versucht sie Rückgabe der Bankgarantie unabhängig von der ersten Streitfrage aus der Anspruchsgrundlage von Art. 88 Abs. 1 OR herzuleiten. Die Beklagte wird in der Folge sowohl auf den abhängigen (77 – 78) wie auch auf den eigenständigen (79 – 84) Anspruch eingehen. 76

2. GEGENARGUMENTE DER BEKLAGTEN

2.1 Bei Abhängigkeit der zweiten Streitfrage von der ersten Streitfrage

Diese Abhängigkeit muss aber verneint werden. Gemäss Ziff. 16.2 K-1 ist das Schiedsgericht nur zu Auslegung des Hauptvertrages berechtigt, darf sich aber nicht zu anderen Verträgen äussern. Die Rückgabe der Bankgarantie wird aber in der Bankgarantiekunde geregelt, welche als vertragsfremd qualifiziert wurde (53). Daraus muss geschlossen werden, dass auch ein für die Beklagte negativer Entscheid in der ersten Streitfrage nie eine Rückgabepflicht der Bankgarantie zum Inhalt haben kann. Über die Auslegung der Bankgarantiekunde und die darin enthaltene Rückgabepflicht hat letzten Endes das norwegische Gericht zu entscheiden. Was für eine Schlussfolgerung dieses dann aus dem 77

Entscheid zur ersten Streitfrage zieht, ist allein seine Sache. Die zweite Streitfrage als abhängig von der ersten Streitfrage zu erklären, hiesse, das Schiedsgericht implizit zur Missachtung der Kompetenz des norwegischen Gerichtes aufzufordern.

Deshalb kann die zweite Streitfrage nur unabhängig von der ersten Streitfrage betrachtet werden. 78

2.2 Bei Eigenständigkeit der zweiten Streitfrage: Kein Rechtsschutzinteresse

Grundsätzlich wurde von den Parteien vereinbart, dass man sich zum jetzigen Zeitpunkt des Verfahrens nicht mehr zur formellen Prüfung äussert. Es gilt hierbei jedoch einzuwenden, dass die formelle Überprüfung von Relevanz ist, weil es der Klägerin an Rechtsschutzinteresse fehlt. 79

Gemäss VOGEL/SPÜHLER ist ein Rechtsschutzinteresse, welches sich bei Leistungsklagen aus dem gemachten Anspruch ergibt, vorhanden, wenn „die Durchsetzung des materiellen Rechts gerichtlichen Schutz nötig macht“ (VOGEL/SPÜHLER, 190). 80

Gegen ein solches kann eingewendet werden, dass ein Missbrauchsrisiko gar nicht bestehen kann, da die Fjordbank den Garantiebetrug nie nach dem Verfalldatum auszahlen würde. Zwar besteht im anglo-amerikanischen Rechtskreis Unklarheit darüber, ob jetzt die Inanspruchnahme oder nur der Garantiefall vor diesem Datum eintreten muss (DOHM, N 267). Der Wortlaut der Bankgarantie selbst macht aber unmissverständlich klar, dass die Inanspruchnahme nur bis zum Verfalldatum entgegen- 81
genommen werden kann (Abs. 4 K-3).

Zudem reicht ein Missbrauchsrisiko für ein Rechtsschutzinteresse nicht aus. Die Klägerin kann aus der Herausgabe der Bankgarantieurkunde für sich selber keine solchen Rechte ableiten kann, weil der Rückgabe nur deklaratorischen Charakter zukommt. Eine Rückgabe würde einzig einen Verzicht auf die Forderung aus der Sicht der Begünstigten indizieren (Abs. 4 K-3, so auch VON WESTPHALEN, 137 ff.). Die Prozesskosten, die bei einem Missbrauch der Bankgarantieurkunde anfallen könnten, sind rein hypothetisch und spielen hierbei keine Rolle. So fehlt es der Klägerin zusätzlich an einer unmittelbaren Bedrohung durch mögliches widerrechtliches Verhalten der Beklagten, da gar keine Möglichkeit mehr besteht, die Bankgarantieurkunde noch einmal zu unberechtigt zu ziehen (HABSCHEID, N 363; GULDENER, 252). 82

Die Beklagte empfindet es zudem als Unterstellung, dass sie sich nicht dem „kaufmännischen Anstand“ entsprechend verhalten würde. Natürlich wird sie das vom Schiedsgericht ausgesprochene Urteil i.S.v. Art. 32 Abs. 2 SchO anerkennen und die Bankgarantie im Fall eines für die Beklagte negativen Entscheids nicht mehr ziehen (LIONNET/LIONNET, 417; zum Loyalitätsprinzip SCHLOSSER, 400 f.). 83

Den Ausführungen folgend scheint es unsinnig, dass die Klägerin die Rückgabe der Bankgarantieurkunde beansprucht. Erstens ist zu erwarten, dass das Gericht bei eigenständigem Anspruch erst gar nicht darauf eintreten wird, weil der Klägerin kein Rechtsschutzinteresse zukommt. 84

3. FAZIT

Das zweite Rechtsbegehren der Klägerin ist abzuweisen.

85

IV. DRITTE STREITFRAGE: KEINE RÜCKNAHME DER IN KROATIEN HÄNGIGEN KLAGEN

1. PROZESSFÜHRUNGSVERBOT (ANTISUIT-INJUNCTION)

1.1 Argumente der Klägerin

Die Klägerin hat gemäss Art. 20 Ziff. 1 SchO das dritte Rechtsbegehren ergänzend geändert. Das ursprüngliche war auf ein Prozessführungsverbot der in Kroatien in Bezug auf die Bankgarantie anhängigen Klagen gerichtet. Die Klägerin fordert nun zusätzlich ein allgemeines Prozessführungsverbot i.S.v. Art. 183 Abs. 1 IPRG (hier eigentlich Art. 26 Abs. 1 SchO zutreffend). Sie stützt das Rechtsbegehren auf diese Norm und differenziert nicht zwischen dem Prozessführungsverbot der in Kroatien anhängigen Klagen gegen die Fjordbank in Bezug auf die Bankgarantie und einem allgemeinen Prozessführungsverbot. D.h. die Klägerin qualifiziert das Prozessführungsverbot in jedem Fall als vorsorgliche Massnahme.

86

1.2 Gegenargumente der Beklagten

1.2.1 *Kein Prozessführungsverbot in der Schweiz*

Ein Prozessführungsverbot ist ein Rechtsinstitut, welches ursprünglich aus dem angelsächsischen Raum stammt (vgl. VON SEGESSER/KURTH, 74; CLAVEL, 672; FAWCETT, 63). Dort ist diese Massnahme verbreitet, vor allem zwischen England und den USA (z.B. LIATOWITSCH, 146; MAACK, 23). Doch das Prozessführungsverbot ist ein äusserst umstrittenes Institut (GEIMER/SCHÜTZE, 109).

87

In der Schweizerischen Rechtsordnung gibt es keine *antisuit-injunction* (LIATOWITSCH, 151; STACHER, 93; SIEHR, 397; GERHARD, 227, für ganzen Kontinent). Bei uns werden diese Fälle von der Prozessvoraussetzung der *res iudicata* und der *Litispandez* abgedeckt (LIATOWITSCH, 151). Die zwei einzigen schweizerischen Schiedsurteile, welche WIRTH (S. 37) schreibt und welche ein Prozessführungsverbot ausgesprochen haben, sind von der Moot Court Gruppe 4 ins Internet gestellt worden. Im ersten Fall stützte sich das Gericht auf das Argument, dass die Schiedsklausel die Vertragspflicht beinhaltet, nicht ausserhalb des schiedsrechtlichen Verfahrens zu klagen (Ziff. 8 IHK-Schiedssache Nr. 8307). Im zweiten Fall enthielt der Vertrag eine Vertraulichkeitsklausel, aus der dasselbe abgeleitet wurde (Ziff. 4.3 ZHK-Schiedssache Nr. 240/93), was aber nicht auf den vorliegenden Vertrag zutrifft. Im zusätzlich angefügten Urteil der Klageschrift der Moot Court Gruppe 4 wird in Ziff. 12 ZHK-Schiedssache Nr. 525 sogar explizit festgehalten, dass diese Praxis umstritten ist. Somit stehen der herrschenden Lehre nur vereinzelte unpublizierte Fälle gegenüber, in denen in die Schiedsklausel ein Prozessführungsverbot hineingelesen wird. Zu den Gründen, warum in der Schweiz diesem Institut mit Skepsis begegnet werden muss, wird sich die Beklagte in 105 – 113 äussern.

88

In dieser Ausgangslage ist es unsinnig, überhaupt über dieses Rechtsbegehren zu diskutieren. Da die *antisuit-injunction* ein Institut der Commonwealth-Länder ist und in der Schweiz bis jetzt keinen

89

Eingang in die Rechtsordnung gefunden hat, ist das Rechtsbegehren über ein Prozessführungsverbot abzulehnen.

1.2.2 *Keine Verletzung der Schiedsklausel*

Die Klägerin führt den materiellen Anspruch implizit auf die Verletzung der Schiedsklausel zurück (Rn. 67 und 74 KS). Durch das kroatische Verfahren wird die Schiedsabrede nicht verletzt. Es handelt sich dabei sowohl um verschiedene Parteien (Klägerin gegen Beklagte – Beklagte gegen Fjordbank) wie auch um einen unterschiedlichen Streitgegenstand (berechtigte Inanspruchnahme der Bankgarantie aus dem Valutaverhältnis – missbräuchliche Garantieziehung aus der Garantieurkunde).

1.3 **Zwischenfazit**

Weil das Prozessführungsverbot in der Schweiz unbekannt ist und die Schiedsklausel zudem nicht verletzt wird, ist auf das Rechtsbegehren nicht einzutreten.

2. BEI ABHÄNGIGKEIT DER DRITTEN STREITFRAGE VON DER ERSTEN STREITFRAGE

Antisuit-injunctions können als Sachurteile oder als vorsorgliche Massnahmen entschieden werden (MAACK, 23). Nicht wie von der Klägerin vorgebracht (Rn. 82 KS), handelt es sich i.c. um einen Sachentscheid, welcher vom Schiedsgericht in dieser Frage gefällt werden soll, da es im vorliegenden Stadium des Verfahrens zu spät wäre, vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Als Sachurteil aber muss die antisuit-injunction einen eigenständigen materiellen Unterlassungsanspruch aus dem Vertrag ableiten.

Die Klägerin könnte anbringen, dass auch die von WIRTH erwähnten Urteile ein Prozessführungsverbot in Form einer vorsorglichen Massnahme verhängen. Der Unterschied zum vorliegenden Verfahren besteht darin, dass die zitierten Urteile in Form eines vorläufigen Schiedspruches ausgesprochen wurden (S. 1 ZHK-Schiedssache Nr. 240/93: „concerning Provisional Measure“; S. 1 ZHK-Schiedssache Nr. 525: „betreffend vorsorgliche Massnahmen“). Von der Klägerin wird aber gemäss ihrem Betreff „unberechtigte Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte“ (S. 2 KS) ein definitives, materiellrechtliches Verfahren angestrebt, in dem ein Prozessführungsverbot nur noch als Sachurteil gefällt werden kann.

Demnach kann festgehalten werden, dass, auch wenn das Gericht der Auffassung ist, es bestehe ein Unterlassungsanspruch der Klägerin i.S. der ersten Streitfrage, dieser Anspruch kein Prozessführungsverbot in Form einer vorsorglichen Massnahme enthält.

So konzentriert sich die Klägerin denn auch im Widerspruch zu ihrer eigenen Qualifizierung des Verbotes als vorsorgliche Massnahme auf die Prozessvoraussetzungen, wie wenn es sich um einen eigenständigen Anspruch handeln würde. Sie erklärt die notwendigen Voraussetzungen wie Zuständigkeit, formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsklausel und Rechtsschutzinteresse als gegeben (Rn. 74 – 78 KS).

3. BEI EIGENSTÄNDIGKEIT DER DRITTEN STREITFRAGE: KEIN RECHTSSCHUTZINTERESSE

Im Folgenden wird auf das Rechtsschutzinteresse eingegangen. Die weiteren formellen Voraussetzungen bleiben unbehandelt, da sie nicht strittig sind. Das Rechtsschutzinteresse ist gegeben, wenn der begehrte Rechtsschutz nicht auf einfachere, zweckmässigere oder schnellere Art erreicht werden kann (HABSCHEID, 201 und 205). 96

3.1 Argumente der Klägerin

Die Klägerin führt die Entstehung unnötiger Kosten, ein doppeltes Prozessrisiko sowie Missbräuchlichkeit der Gerichtsverhandlungen in Kroatien als Rechtsschutzinteresse an (Rn. 77 KS). Sie bestreitet im Folgenden, dass die Rückforderungsklage oder die Einrede in einem nachfolgenden Verfahren geeigneter sind, die genannten Rechtsschutzziele zu erreichen (Rn. 78 KS). 97

3.2 Gegenargumente der Beklagten

Der Klägerin wird beigestimmt, dass eine Rückforderungsklage nicht den Rechtsschutzzielen dienen kann. Der vorliegende Prozess ist ja schon ein vorgezogener Rückforderungsprozess (13), weil letztendlich entschieden wird, ob die Bankgarantie mit oder ohne materiellen Rechtsgrund gezogen wurde. Zudem würde in einer Rückforderungsklage nicht über ein Prozessführungsverbot gestritten werden, da die Ansprüche aus der Bankgarantie aus Sicht der Beklagten schon befriedigt wären, sondern lediglich über die Rückzahlung der Garantiesumme. Sollte die Ziehung rechtmässig gewesen sein, so steht der Klägerin sowieso die Rückforderungsklage nicht mehr offen. 98

Die prozesshindernde Einrede hingegen sieht die Beklagte als ein einfacheres, zweckmässigeres und schnelleres Mittel, um unnötige Kosten, doppeltes Prozessrisiko und Missbräuchlichkeit des Verfahrens zu vermeiden. 99

Gemäss Art. II Ziff. 3 NYÜ hat das Gericht auf Antrag einer der Parteien sie auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, wenn die Parteien eine Schiedsabrede vereinbart haben. Die Klägerin kann als Nebenintervenientin im kroatischen Prozess die prozesshindernde Einrede der Unzuständigkeit des staatlichen Gerichtes geltend machen (HABSCHEID, 206; VOGEL/SPÜHLER, 416; KURTH, 76). Als Nebenintervenientin kann sie „alle Prozesshandlungen mit Wirksamkeit für die Partei vornehmen“ (DEIXLER-HÜBNER, 150). 100

Die prozesshindernde Einrede im kroatischen Verfahren ist gegenüber dem Prozessführungsverbot die schnellere und einfachere Art, weil so das ausländische Gericht für die Vollstreckung des Urteils aufgrund von Art. III NYÜ verantwortlich ist. Somit entgeht die Klägerin dem Risiko der Nicht-Vollstreckung des Urteils. Hingegen bei einem Prozessführungsverbot liegt es nach Art. 32 Abs. 2 SchO an der Beklagten, ob dieses auch vollstreckt wird, denn dem Schiedsgericht stehen keine Zwangsvollstreckungsmittel zur Verfügung (HAU, 213; zu den Zwangsvollstreckungsmitteln vgl. BSK-BERTI, Art. 183 N 9 und 16 ff.) Wie die Beklagte in Rn. 79 KS treffend ausführt, ist das Urteil zudem an die Person und nicht an das ausländische Gericht gerichtet (z.B. HAU, 214; HARTLEY, 101

506), weshalb bei Nicht-Befolgung des Urteils durch die Beklagte die Klägerin das Prozessführungsverbot zusätzlich im kroatischen Prozess als Einrede vor Gericht aufbringen muss.

Beim Einwand, es würden unnötige Kosten entstehen, muss klargestellt werden, dass diese Behauptung zu undifferenziert ist. Die Kosten zusätzlicher Verfahren teilen sich in Gerichts- und Anwaltskosten auf. Da Gerichtskosten im Fall einer erfolgreichen Einrede von der verlierenden Bestellerin (in diesem Verfahren die Beklagte) übernommen werden müssen, bleiben nur die Anwaltsentschädigungen als unnötige Kosten. Doch auch diese müssen nach der IHK-Schiedssache Nr. 5946 von der Partei übernommen werden, welche bei einem staatlichen Gericht klagt, obwohl eine Schiedsabrede besteht 102

Das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin ist nicht gegeben, da sie dasselbe Resultat auf einfachere und zweckmässiger Weise erreichen könnte und die unnötigen Kosten nicht ersichtlich sind. Zu diesem Schluss kommen auch zahlreiche Autoren, die dem Prozessführungsverbot kategorisch ein Rechtsschutzinteresse absprechen, weil es auf noch nicht existierende Prozesse gerichtet ist (z.B. GEIMER/SCHÜTZE, 346; KURTH, 72; JEGHER, 103). 103

3.3 Zwischenfazit

Falls die Klägerin versucht, das Prozessführungsverbot als eigenständigen Anspruch geltend zu machen, hat das Schiedsgericht aufgrund fehlenden Rechtsschutzinteressens nicht darauf einzutreten. 104

4. WEITERE GRÜNDE GEGEN DAS AUSSPRECHEN EINES PROZESSFÜHRUNGSVERBOTES

Falls das Gericht jedoch zur Auffassung gelangt, dass der Unterlassungsanspruch der Klägerin i.S. der ersten Streitfrage einen Anspruch auf ein Prozessführungsverbot enthält, nimmt die Beklagte zusätzlich Stellung zur Frage, ob es trotzdem Gründe gebe, weshalb das Schiedsgericht vom Aussprechen eines Prozessführungsverbot Abstand nehmen sollte. 105

4.1 Argumente der Klägerin

In Rn. 79 KS stellt die Klägerin dem Prozessführungsverbot das Prinzip der internationalen Rücksichtnahme entgegen. Für sie überwiegt aber das Rechtsschutzinteresse aus drei Gründen: 1. Vor dem heutigen liberal-rechtstaatlichen Hintergrund hat der Schutz des Einzelnen Vorrang. 2. Auch das kroatische Gericht nahm keine Rücksicht auf die schweizerische Justizhoheit. 3. Das Prinzip ist nicht bindendes Völkergewohnheitsrecht. 106

4.2 Gegenargumente der Beklagten

Das Prozessführungsverbot widerspricht dem Prinzip der internationalen Rücksichtnahme (GOTTWALD, 123 umschreibt dieses als „Pflicht zur gegenseitigen Achtung (comity)“), denn die Massnahme wird bisweilen als Eingriff in die Justizhoheit und Souveränität fremder Staaten empfunden (LIATOWITSCH, 147; MAACK, 47; HARTLEY, 506), was völkerrechtswidrig ist (HAU, 215). 107

Das NYÜ reduziert die Überprüfung der Zuständigkeit ausländischer Gerichte stark. In diesem Sinne 108

ist die *antisuit-injunction* abzulehnen, da jedes Gericht aus Kompetenz-Kompetenz über die eigene Zuständigkeit entscheidet.

Zum ersten Grund: Die Beklagte führt dagegen an, dass der Schutz des Einzelnen durch ein Prozessführungsverbot nicht erheblich vergrößert wird (101), denn es handelt sich um eine Frage der Vollstreckung. Zudem wiegt dieser kleine Zusatz an Schutz des Einzelnen den Grundsatz der internationalen Rücksichtnahme nicht auf, welcher durch die Einmischung in deren Justizhoheit Kroatiens verletzt wird. 109

Zum zweiten Grund: Dagegen wendet die Beklagte ein, dass das kroatische Gericht aus Dringlichkeit vorerst eine vorsorgliche Massnahme ausgesprochen hat. Daher blieb höchst wahrscheinlich noch keine Zeit die eigene Zuständigkeit zu überprüfen. Falls dies geschehen wäre, hätte das Gericht sicherlich die Schiedsabrede berücksichtigt, zumal die Klägerin die prozesshindernde Einrede auch geltend machen wird. 110

Zum dritten Grund: Obwohl das Prinzip der internationalen Rücksichtnahme kein bindendes Völkerrecht ist, steht dem Völkerrecht immer noch der Grundgedanke der souveränen Staaten als Subjekte zu Grunde (anstelle vieler KÄLIN, 11). Diesem Grundsatz folgend sollte zurückhaltend über den Eingriff in eine fremde Justizhoheit geurteilt werden. 111

4.3 Weiterführende Argumente der Beklagten

Ein weiterer Grund, warum von einem Prozessführungsverbot abgesehen werden sollte, liegt in seiner Unvereinbarkeit mit Art. 6 EMRK, der den Justizgewährungsanspruch statuiert. Ein Prozessführungsverbot widerspricht dem Justizgewährungsanspruch in dem Sinn, dass dem Einzelnen der Zugang zu einem eventuell zuständigen Gericht verwehrt bleibt. Das Recht auf ein faires Verfahren darf nicht von einem staatlich anerkannten Urteil schon von vornherein ausgeschlossen werden. 112

4.4 Zwischenfazit

Folglich ist ein Prozessführungsverbot, auch falls es Teil des Unterlassungsanspruches i.S. der ersten Streitfrage ist, nicht auszusprechen. 113

5. FAZIT

Weil in der Schweiz dieses Rechtsinstitut nicht existiert, es sich aus der ersten Streitfrage nicht ergibt und bei Eigenständigkeit des Rechtsbegehrens kein Rechtsschutzinteresse vorhanden ist, soll auf dieses Begehren nicht eingetreten werden. Falls doch, so ist es aus Gründen der internationalen Rücksichtnahme abzuweisen. 114

Hochachtungsvoll, Moot Court Team 7:

David Alain Bloch
Daniel Decurtins
Cheyenne Durrer
Anna Willi