

Stiva d.d.

Trg Stjepana Radića 1/III
10 000 Zagreb, Kroatien

Vertreten durch Moot Court Team 5:

Fabienne Rimlinger

Katerina Stoykov

Marc Vogelsang

Malou Middendorp

Einschreiben

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

30. April 2008

Klageantwort

Polar Technology AS, Vallegata, 0456 Oslo, Norwegen

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 6

gegen

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 5

stellen wir namens und mit Vollmacht der Beklagten folgende

Rechtsbegehren:

1. Die Schiedsklage ist vollumfänglich abzuweisen.
2. Widerklageweise sei die Klägerin zur Leistung von Schadenersatz in der Höhe von EUR 1'560'386.- zu verpflichten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS	V
ENTSCHEIDVERZEICHNIS	VII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VIII
BEGRÜNDUNG.....	1
A. FORMELLES	1
1. Vollmacht	1
2. Zuständigkeit	1
3. Fristwahrung.....	1
B. MATERIELLES	1
1. Einleitung	1
2. Anspruch auf Ziehung der Bankgarantie	2
2.1 Bankgarantie als selbständiger Garantievertrag „auf erstes Anfordern“	2
2.2 Keine materielle Prüfung durch das Schiedsgericht	3
3. Kein Anspruch auf Rückgabe der Garantieurkunde	4
4. Prozessführungsverbot	4
4.1 Unzulässige Intervention an ausländischen Gerichten	5
4.2 Eventualiter: Unangemessenheit eines Prozessverbotes	6
4.3 Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs 1 ZGB	6
4.4 Schlussfolgerung	7
5. Eventualiter: Materielle Berechtigung zur Ziehung der Bankgarantie	7
5.1 Bestellung einer Gewährleistungsgarantie	8
5.2 Auslegung der Garantiebeschaffungsabrede	8
5.3 Ziehungsberechtigung infolge Schlechterfüllung	9
5.3.1 Vertragliche Leistungspflichten der Klägerin	9
5.3.2 Keine Abnahme des Werkes durch die Beklagte	9
5.3.2.1 <i>Nicht gesetzestreue Anwendung des Begriffes der Abnahme</i>	9
5.3.2.2 <i>Der gesetzliche Begriff der Abnahme</i>	10
5.3.3 Keine Genehmigung infolge Schlechterfüllung des Vertrages	10
5.3.3.1 <i>Fehlerhafte Montage der Anlage</i>	10
5.3.3.2 <i>Keine repräsentativen Garantieläufe</i>	11
5.3.3.3 <i>Geschuldeter dreitägiger Garantietestlauf</i>	12
5.3.4 Ausbleiben der Genehmigung	12
5.3.4.1 <i>Keine inhaltlich mitverständene Genehmigung vom 15. Dezember 2005</i>	13
5.3.4.2 <i>Keine stillschweigende Genehmigung i. S. v. Art. 370 Abs. 2 OR</i>	13
5.3.4.3 <i>Keine Genehmigung nach Übergabe des Schwefelschmelztanks am 6. Mai 2006</i>	13
5.3.4.4 <i>Keine Genehmigung durch Fristenablauf</i>	13
5.3.4.5 <i>Keine Genehmigung durch Zahlung der Klägerin nach Ziff. 5.2.5.5 des Vertrages</i>	14
5.4 Recht zur Ziehung der Bankgarantie	14
6. Ziehungsberechtigung aus Schuldnerverzug	14
6.1 Leistungsverzögerung durch die Klägerin	15
6.2 Schadenersatz durch Schuldnerverzug	15
6.2.1 Erlittener Verzugsschaden	15
6.2.2 Kausalität und Verschulden	16
6.3 Ziehung der Bankgarantie zur Befriedigung der Ansprüche aus Schadenersatz	16
7. Widerklageweiser Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 103 Abs. 1 OR trotz vertraglicher Freizeichnungen	16
7.1 Widersprüchliche und unzulässige Freizeichnungen	17
7.2 Keine Wegbedingung der Haftung für Mangelfolgeschäden	17
7.3 Nichtigte Haftungsbeschränkungen auf 15% des Gesamtpreises	18

8. Subeventualiter: Gewährleistung trotz Vertragserfüllung.....	18
8.1 Umfang der Gewährleistungsgarantie	18
8.2 Vertraglich definierter Begriff der Genehmigung.....	18
8.3 Die Materialgarantie.....	19
8.4 Anspruch auf Schadenersatz trotz Vertragsgenehmigung.....	19
9. Schlussfolgerung.....	19

Literaturverzeichnis

ANDRES BÜSSER:

Einreden und Einwendungen der Bank gegenüber dem Zahlungsanspruch
des Begünstigten, Freiburg 1997
(zitiert: BÜSSER, N. ...)

CLAUS-WILHELM CANARIS:

Die Bankgarantie, in: Claus-Wilhelm Canaris/Wolfgang
Schilling/Peter Ulmer (Hrsg.), Grosskommentar Handelsgesetzbuch, 4. Auflage,
Berlin 2005
(zitiert: CANARIS, N. ...)

JÜRGEN DOHM:

Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985
(zitiert: DOHM, N. ...)

PETER GAUCH:

Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996
(zitiert: GAUCH, N. ...)

PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY:

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003
(zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. ...)

THEO GUHL:

Das Schweizerische Obligationenrecht, §§ 1-47, 9. Auflage, Zürich 2000
(zitiert: GUHL/KOLLER, § ... N. ...)

HEINRICH HONSELL:

Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage, Bern 2006
(zitiert: HONSELL BT, S. ...)

HEINRICH HONSELL:

in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar,
ZGB I, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel 2002
(zitiert: HONSELL, S. ..., N. ...)

BEAT KLEINER:

Bankgarantie - Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiege-
schäftes, 4. Auflage, Zürich 1990
(zitiert: KLEINER, N. ...)

JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ:

in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Urs Bertschinger/Peter Breitschmid/Ivo Schwander
(Hrsg.), OR: Handkommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002
(zitiert: HK KOSTKIEWICZ, OR..., S. ...)

VAGIAS PANAGIOTOPOULOS:

Die Rückforderung unbegründeter Zahlungen bei einer Bankgarantie „auf erstes Anfordern“, München 2007

(zitiert: PANAGIOTOPOULOS, S. ...)

HEINZ REY

Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 2008

(zitiert: REY, Rz. ...)

MARCO STACHER:

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

(zitiert: STACHER ZZZ, S. ... Rz. ...)

DERS.:

You Don't Want to Go There – Antisuit Injunctions in International Commercial Arbitration, in: ASA Bulletin, Volume 23, No.1, 2005, 645ff.

(zitiert: STACHER, S. ...)

FRIEDRICH VON WESTPHALEN:

Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2005

(zitiert: VON WESTPHALEN, S. ...)

Entscheidverzeichnis

BGE 113 II 434	Urteil der I. Zivilabteilung, 17. November 1987
BGE 103 II 105	Urteil der I. Zivilabteilung, 17. Mai 1977
BGE 116 II 450	Urteil der I. Zivilabteilung, 12. Juli 1990
BGE 116 II 441	Urteil der I. Zivilabteilung, 19. Juni 1990
BGE 115 II 456	Urteil der I. Zivilabteilung, 23. November 1989
ZR 85 (1986), 48	Urteil der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichtes, 9. Mai 1985
SJZ 2000, 224	Urteil des Aargauer Handelsgerichts, 11. Dezember 1998

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	publizierter Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts
Bspw.	Beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
f.	der (die, das) folgende
ff.	die folgenden
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	EURO
i.c.	in casu
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
KS ...	Klageschrift der Gruppe ...
m.a.W.	mit anderen Worten
N.	Note, Randnummer
Nr.	Nummer
NYÜ	New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1985 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 02.277.12), Stand am 3. Januar 2007
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220), Stand am 1. Mai 2007
Rs	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Seite
u.a.	Unter anderem
UN-Kaufrecht	Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, (SR 0.221.211.1), Stand am 30. Mai 2006
Z.B.	Zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, (SR 210), Stand am 1. Januar 2008
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Schulthess Verlag
Ziff.	Ziffer

Begründung

A. FORMELLES

1. Vollmacht

- 1 Die unterzeichnete Moot Court Gruppe 5 ist gehörig beauftragt und bevollmächtigt.

2. Zuständigkeit

- 2 Das angerufene Schiedsgericht ist zuständig. Die Beklagte ernennt als ihren Schiedsrichter Dr. X.

3. Fristwahrung

- 3 Die durch den Konstituierungsbeschluss des Gerichts angesetzte Frist zur Einreichung der Klageantwort vom 30. April 2008, 24.00 Uhr, wurde gewahrt.

B. MATERIELLES

1. Einleitung

- 4 Zunächst wird die Beklagte aufzeigen, dass auf das klägerische Rechtsbegehren nicht einzutreten ist, da das Gericht zu keiner materiellen Prüfung berechtigt ist [2]. Zudem wird die Beklagte darlegen, dass sie nicht zur Herausgabe des Originals der Bankgarantie Nr. 233384-550338 verpflichtet werden kann [3]. Des Weiteren sei das Begehren der Klägerin bezüglich eines Prozessführungsverbots betreffend des Verfahrens am Bezirksgericht in Zagreb (Prozessnummer 4R.5694) gegen die Fjord Bank AS sowie an allen sonstigen kroatischen Gerichten in Bezug auf die Bankgarantie Nr. 233384-550388 abzuweisen [4].
- 5 Sollte das Gericht wider Erwarten auf eine materielle Prüfung eintreten, wird die Beklagte darlegen, dass es sich bei der vorliegenden Bankgarantie nicht, wie durch die Klägerin behauptet, um eine reine Anzahlungsgarantie handelt, sondern vielmehr von einer Gewährleistungsgarantie auszugehen ist [5]. Im Folgenden wird die Beklagte aufzeigen, dass infolge des Schuldnerverzugs der Klägerin der materielle Sicherungsfall eingetreten und die Ziehung der Bankgarantie gerechtfertigt war [6]. Sie wird weiter die Ungültigkeit von pauschalisierten Schadenersatzzahlungen und der zahlreichen Freizeichnungen darlegen. Zusätzlich wird die Beklagte infolge ungültiger Freizeich-

nung widerklageweise einen Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe von EUR 1`560`386.- geltend machen [7].

- 6 Sollte das Gericht wider Erwarten von einer Vertragserfüllung der Klägerin ausgehen, was entschieden bestritten wird, wird die Beklagte subeventualiter aufzeigen, dass ihr aus der Gewährleistungsgarantie ein Anspruch auf Auszahlung der Garantiesumme von EUR 4`400`000.- zuzustehen ist und die Klägerin widerklageweise zu einer Schadenersatzzahlung von EUR 1`560`386.- zu verpflichten ist [8].

2. Anspruch auf Ziehung der Bankgarantie

- 7 Zwischen der Klägerin und der Beklagten wurde am 3. Juli 2004 ein gültiger Vertrag geschlossen, worin sich die Klägerin verpflichtete, die bereits bestehende Schwefelsäureanlage der Beklagten in Karlovac, Kroatien umzubauen. Ebenso wurde eine Anzahlung von 20% des Gesamtpreises durch die Beklagte sowie die Bestellung einer Bankgarantie durch die Klägerin vertraglich vereinbart (K-1, Ziff. 3.1.1). Eine solche Garantie wurde durch die Fjordbank im Auftrag der Klägerin am 16. September 2004 gestellt (K-3). Die Beklagte nahm mit Schreiben vom 4. Oktober 2006 die Bankgarantie berechtigterweise in Anspruch.

2.1 Bankgarantie als selbständiger Garantievertrag „auf erstes Anfordern“

- 8 Die Bankgarantie ist eine sog. Interzessionsgarantie. Der Begünstigte hat demnach einen selbständigen, vom vertraglichen Valutaverhältnis unabhängigen Anspruch gegenüber der Garantiebank (PANAGIOTOPOULOS, S. 14; DOHM S. 29 N. 1). Die Pflicht der Bank zur Herausgabe der Garantie besteht somit unabhängig von allfälligen Ansprüchen des Begünstigten aus dem Valutavertrag (BÜSSER, N. 114).
- 9 Im Rahmen internationaler Vertragsverhältnisse wird die Bankgarantie meistens als Garantievertrag „auf erstes Anfordern“ ausgestaltet (VON WESTPHALEN, S. 1). Die Bank verpflichtet sich dabei, den geforderten Betrag bis zur Höhe der vereinbarten Garantiesumme auf erstes Anfordern durch den Begünstigten sofort zu leisten, ohne dagegen Einreden aus dem Grundverhältnis geltend machen zu können (PANAGIOTOPOULOS, S. 22). Erforderlich ist bloss eine in sich schlüssige Behauptung des Begünstigten, dass ein Garantiefall eingetreten sei (CANARIS, N. 1130). Gerade darin liegt der Sinn und Zweck der Bankgarantie „auf erstes Anfordern“: Der Begünstigte soll schnell und ohne langwierige Beweiserhebungen über seine Berechtigung die vereinbarte Garantiesumme erhalten (PANAGIOTOPOULOS, S. 28; DOHM, N. 71).

- 10 Ein solcher Garantievertrag ist vorliegend gegeben, da sich die Fjordbank wörtlich „unwiderruflich zur Rückzahlung des an den Verkäufer geleisteten Betrages bis zur Höhe von EURO 4.4 Mio. auf [...] erste schriftliche Anforderung“ verpflichtete (K-3).
- 11 Die Beklagte muss demnach lediglich eine schriftliche Erklärung einreichen, in welcher auf das vertragswidrige Verhalten der Klägerin hingewiesen wird (K-3). Mit der Anforderung der Garantiesumme gegenüber der Fjordbank vom 4. Oktober 2006 hat die Beklagte diese Bedingung erfüllt (Beschluss Nr. 2, N. 3). Die Beklagte ist somit unabhängig von ihren Ansprüchen aus dem Valutavertrag berechtigt, die Bankgarantie zu ziehen und kann nicht verpflichtet werden, dies zu unterlassen. Ein solcher Unterlassungsanspruch kann auch nicht, wie durch die Klägerin geltend gemacht, auf der Einwendung des Rechtsmissbrauchs bzw. der Zweckwidrigkeit der Inanspruchnahme durch die Bank gründen (KS 6, Rz. 43). So bemerkt die Klägerin zwar richtigerweise die beschränkte Kognition der Bank (KS 6, Rz. 44f.) bezüglich einer missbräuchlichen Inanspruchnahme, jedoch kann diese nicht zu dem ihr von der Klägerin auferlegten Überprüfungsumfang verpflichtet werden. Andernfalls würde der Bank faktisch die Rolle eines „Schiedsgerichts“ zuteil, welches erst nach aufwändigen Abklärungen über die Auszahlung der Garantiesumme entscheiden könnte. Die Abklärungspflicht ist auf das Minimum zu reduzieren, d.h. nur bei offensichtlichem Rechtsmissbrauch bzw. evidenten Zweckwidrigkeit darf die Bank die Ziehung der Garantie verweigern (KLEINER, N. 21.41). Sogar wenn entgegen der Sachlage ein Rechtsmissbrauch bzw. eine Zweckwidrigkeit der Ziehung angenommen würde, was durch die Beklagte entschieden bestritten wird, so wäre der Rechtsmissbrauch bzw. die Zweckwidrigkeit nicht derart offensichtlich, dass die Bank von sich aus die Zahlung verweigern könnte.

2.2 Keine materielle Prüfung durch das Schiedsgericht

- 12 Eine materielle Prüfung des Gerichts, wie sie die Klägerin anstrebt, entsagt jeglichem Sinn und Zweck einer Bankgarantie „auf erstes Anfordern“. So ist dem Grundsatz „erst zahlen dann prozessieren“ (statt vieler: ZR 85 (1986), 48) Folge zu leisten, da ja gerade die Umkehr der Prozessrollen Zweck der Garantievereinbarung ist (DOHM, 230 N. 230) Daraus folgt, dass eine materielle Überprüfung erst nach Auszahlung der Garantiesumme im Rahmen eines Rückforderungsprozesses erfolgen kann. Es sei somit auf die überflüssigen Ausführungen der Klägerin nicht einzugehen und die diesbezügliche Klage abzuweisen.

3. Kein Anspruch auf Rückgabe der Garantieurkunde

- 13 Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Bankgarantie, wie nachfolgend dargelegt werden wird, um eine Gewährleistungsgarantie, welche am 16. Juni 2006 um weitere zwei Jahre verlängert wurde (B-3). Folglich ist zum Prozesszeitpunkt die Garantiefrist noch nicht abgelaufen. Zusätzlich trat der materielle Sicherungsfall ein, doch erfolgte bis anhin keine Auszahlung. Gestützt auf internationale Usancen ist jedoch gerade der Fristablauf oder die vollständige Erledigung des Sicherungszwecks Bedingung für die Rückgabe der Urkunde (DOHM, 53 N. 61).
- 14 Zum gleichen Schluss führt der Vertragstext der Garantie (K-3), der explizit die Rückgabe der Garantieurkunde erst „nach Verfall oder bei Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus der Garantie“ verlangt. Weiter stellt auch das Missbrauchsrisiko kein Grund zur Rückgabe der Urkunde dar, da aufgrund der inhärenten Missbrauchsgefahr jeder Bankgarantie, die Urkunde jederzeit zurückgefordert werden könnte. Dies würde aber gerade dem Sinn der Bankgarantie widersprechen.
- 15 Daraus folgt, dass die Beklagte entgegen des klägerischen Begehrens (KS 6, Rz. 2) nicht zur Herausgabe der Bankgarantie verpflichtet werden kann. Der entsprechende Antrag sei abzuweisen.

4. Prozessführungsverbot

- 16 Im Valutavertrag vom 3. Juli 2004 vereinbarten die Parteien folgende Schiedsklausel (K-1, Ziff. 16.2): „Alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten werden nach der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern von drei gemäß dieser Ordnung ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden werden (sic). Sitz ist Zürich/Schweiz.“
- 17 Vorliegend ergibt sich die Streitigkeit aus dem betreffenden Vertrag, da es sich um die im Valutavertrag vereinbarte Bankgarantie (K-1, Ziff. 3.1.1) handelt.
- 18 Kurz nach der Zahlungsaufforderung der Beklagten gegenüber der Fjordbank vom 4. Oktober 2006 erwirkte die Klägerin gegen die Fjordbank eine einstweilige Verfügung durch ein norwegisches Gericht, welche der Bank untersagte, die Garantie zu leisten (Einleitungsanzeige, Rz. 11). Daraufhin erwirkte die Beklagte am 14. Februar 2007 ihrerseits einen Arrestbefehl gegenüber der Fjordbank auf ihre Zahlungsverpflichtung durch ein kroatisches Gericht (Einleitungsanzeige, Rz. 11, 12).

- 19 Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte damit entgegen der Schiedsklausel gehandelt hätte, indem die Streitigkeit vor ein nationales Gericht verschoben wurde.
- 20 Die Klägerin fordert den Ausspruch eines Prozessführungsverbots gegenüber der Beklagten, womit diese angehalten werden soll, ihre angeblich ungerechtfertigte Prozessführung vor einem ausländischen Gericht einzustellen.
- 21 Im Folgenden wird die Beklagte darlegen, weshalb dieses Rechtsbegehren der Klägerin abzuweisen ist.

4.1 Unzulässige Intervention an ausländischen Gerichten

- 22 Jede Art eines Prozessführungsverbotest verstösst in eklatanter Weise gegen die Zuständigkeit der anderen nationalen Gerichtsstände. Wie die Klägerin bereits zutreffend ausführte, liegt es nicht in der Kompetenz eines durch den Willen der Parteien konstituierten Schiedsgerichtes, einem nationalen Gericht Prozesse zu verbieten (KS 6, Rz. 65, mit Hinweis auf LÉVI, S. 128). Weiter kann nicht mit STACHER, ZZZ, S. 72 Rz. 36 argumentiert werden, es werde ja nur Druck auf die Gegenpartei, nicht aber auf die ausländischen Gerichte ausgeübt. Wie in dieser Quelle ebenfalls ausgeführt, berücksichtigt die Argumentationsweise, welche i.c. von der Klägerin übernommen wurde, nur die formellen Aspekte, nicht aber die Auswirkungen eines Prozessverbotes. Es ist m.a.W. illusorisch, die Beklagte ohne Druckmittel gegen dieselbe zu einem Unterlassen der Prozessführung vor ausländischen Gerichten zu verpflichten, ohne dabei Einfluss auf das ausländische Gericht nehmen zu müssen.
- 23 In common-law Staaten ist die Ausfällung einer sog. anti-suit injunction möglich, d.h. den Prozessparteien wird analog dem Prozessverbot untersagt, die gleiche Streitsache an anderen Gerichten anhängig zu machen resp. weiterzuführen (STACHER, ZZZ, S. 61 Rz. 2). Hierzu beschloss das HOUSE OF LORDS paradoxerweise gerade in dem von der Klägerin angeführten Entscheid *West Tankers Inc v. RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA and others* (HOUSE OF LORDS, [2007] UKHL 4, KS 6, Rz. 67), den Fall dem EuGH zur Beurteilung vorzulegen, wodurch ersichtlich wird, dass das HOUSE OF LORDS nicht mehr ohne weiteres anti-suit injunctions erlauben möchte.
- 24 Dieser Entscheid des HOUSE OF LORDS ist auch insofern als stichhaltiges Argument gegen Prozessverbote zu erachten, als dass der EuGH im Entscheid TURNER (Rs. C-159/02) durch nationale Gerichte ausgesprochene Prozessverbote als nicht vereinbar mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens erachtet, welcher dem Brüsseler Übereinkommen vom 27. September 1968 innewohnt. Wären nun Schiedsgerichte zur Ausfällung derartiger Prozessverbote fähig, nationale Gerichte hingegen nicht, so würde dies zu einer ungerech-

fertigten Privilegierung der Schiedsgerichte gegenüber den nationalen europäischen Gerichtsständen führen.

- 25 Daraus folgt, dass kein Anspruch seitens der Klägerin auf ein Prozessverbot besteht, da ein solches per se innerhalb der europäischen Rechtsordnung nicht zulässig ist. Weiter erscheint daher auch die Frage nach der Angemessenheit eines Prozessverbotes als obsolet.

4.2 Eventualiter: Unangemessenheit eines Prozessverbotes

- 26 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten von der Zulässigkeit eines Prozessverbotes ausgehen, so wird die Beklagte hiernach darlegen, aus welchen Gründen im vorliegenden Fall ein Prozessverbot in grobem Masse unangemessen ist. Wie die Klägerin zutreffend ausführte, nützt es keiner Partei, wenn zwei sich widersprechende Urteile in Kroatien resp. Norwegen gefällt werden. Gerade aus diesem Konsens bezüglich der Vermeidung von widersprechenden Urteilen sowie aus dem Wunsch nach einem neutralen Gerichtsstand legitimiert sich das Schiedsgericht. Indem die Beklagte durch die Anerkennung des Schiedsgerichts die Bereitschaft erklärte, zur Verhinderung sich widersprechender Entscheide beizutragen, zeigte sie deutlich, dass die von der Klägerin befürchtete Gefahr der Behinderung des Schiedsgerichts durch das kroatische Gericht offensichtlich inexistent ist.
- 27 Weiter ist zu beachten, dass Art. 2 Abs. 3 NYU die nationalen Gerichte explizit anweist, bei Anhängigmachung einer durch Abrede vor einem Schiedsgericht zu beurteilenden Streitsache die klagende Partei nach der Einrede der beklagten Partei auf das Schiedsverfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Schiedsvereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist. Folglich könnte die Klägerin ohnehin jeden Prozess mittels Einrede stoppen, der von der Beklagten an einem Gerichtsstand im Geltungsbereich des NYU angestrebt wird.
- 28 Daraus folgt wiederum, dass die Verhängung eines derart umstrittenen Rechtsinstituts wie dasjenige des Prozessverbotes im Hinblick auf die i.c. fehlende Gefahr für die Wirkung des Schiedsgerichtsurteil in grobem Masse unverhältnismässig und sinnlos ist, zumal die Beklagte wie bereits oben ausgeführt selber ein intensives Interesse an einem eindeutig klärenden Urteil hat.

4.3 Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs 1 ZGB

- 29 Überdies behauptet die Klägerin, dass die Beklagte entgegen den Bestimmungen der Schiedsabrede gehandelt habe, indem sie am 14. Februar 2007 vor einem kroatischen Gericht einen Arrestbefehl gegen die Fjordbank in Bezug auf die Zahlungsverpflichtung der Fjordbank erwirkte. Die Streitigkeit sei somit entgegen der Vereinbarung im Valutavertrag

vor ein nationales Gericht verschoben worden (Ks 6, Rz. 61). Der Wortlaut der Schiedsabrede besagt jedoch nur, dass das Schiedsgericht über die sich aus dem Vertrag ergebenden Streitigkeiten *endgültig* entscheiden wird. Diese Klausel wird durch die Beklagte auch nicht verletzt, wie nachfolgend dargelegt wird.

- 30 Kurz nach der Zahlungsaufforderung der Beklagten gegenüber der Fjordbank vom 4. Oktober 2006 erwirkte die Klägerin eine einstweilige Verfügung durch ein norwegisches Gericht gegen die Fjordbank, welche dieser untersagte die Garantie zu leisten (Einleitungsanzeige, Rz. 11). Durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung vor dem norwegischen Gericht hat die Klägerin die Beklagte dazu veranlasst, ihrerseits die Streitsache vor ein nationales Gericht zu verlagern, um ihren berechtigten Anspruch auf die Bankgarantie durchzusetzen.
- 31 Die Ausführungen der Klägerin in Bezug auf die Missachtung der Schiedsabrede (KS 6, Rz. 62-64) können also umgekehrt dieser gleichermassen vorgehalten werden. Die Klägerin gibt damit eine Erklärung ab, die ihrem Verhalten widerspricht und missachtet somit den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB (HONSELL, S. 42, N. 43). Das Verfahren vor dem norwegischen Gericht befand sich am 20. Oktober 2007 im Hauptsacheverfahren. Dies verdeutlicht die Tatsache, dass sich die Klägerin über ihr eigenes Verhalten hinwegsetzte und die Beklagte des gleichen Verhaltens beschuldigte.

4.4 Schlussfolgerung

- 32 Ungeachtet der rechtlichen Zulässigkeit eines Prozessverbotes stehen die Vorteile eines solchen, i.c. allein prozessökonomische, in keinem Verhältnis zu den schwerwiegenden Nachteilen. Daher ist in jedem Fall von der Verhängung eines Prozessverbotes Abstand zu nehmen.

5. Eventualiter: Materielle Berechtigung zur Ziehung der Bankgarantie

- 33 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss gelangen, dass die Bank zur Zahlungsverweigerung berechtigt war, so wird die Beklagte nachstehend aufzeigen, dass der garantiegesicherte Leistungserfolg zum Zeitpunkt der Garantieziehung noch nicht eingetreten war und die Beklagte auch deshalb weiterhin einen Anspruch auf die Auszahlung der Garantiesumme hat.

5.1 Bestellung einer Gewährleistungsgarantie

- 34 Wie nachfolgend ausgeführt wird, ist entgegen der Behauptungen der Klägerin von einer Gewährleistungsgarantie auszugehen (KS 6, Rz. 4ff.). Eine solche sichert das Erbringen und darüber hinaus die Mängelfreiheit von vertraglich vereinbarten Leistungen und Lieferungen in bestimmter Qualität durch den Garantierauftraggeber, vorliegend die Klägerin (BÜSSER, 392). Während die von der Klägerin behauptete Anzahlungsgarantie nur die Rückleistungen von Anzahlungen bei ausbleibender Leistung gewährt (KLEINER, N. 14.02) Das Bestehen einer Gewährleistungsgarantie wird anhand des im Valutavertrag gesicherten Leistungserfolges bestimmt. Als Auslegungsmittel desselben dient vornehmlich der aus der Abrede ersichtliche Sicherungszweck der vereinbarten Garantie (BÜSSER, N. 1371f.), sowie der Wortlaut derselben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 1206). Im Rahmen der Erfüllungsgarantie bzw. der Gewährleistungsgarantie wird der Sicherungszweck durch den Tatbestand der Nicht- oder Schlechterfüllung umschrieben (VON WESTPHALEN, 11, 15).

5.2 Auslegung der Garantiebeschaffungsabrede

- 35 In der durch die Parteien vereinbarten Garantiebeschaffungsabrede wird die gestellte Garantie zwar als Anzahlungsgarantie betitelt. Wie von der Klägerin jedoch richtigerweise festgestellt genügt dieser Wortlaut den Anforderungen einer vollständigen Auslegung nicht (Ks 6, Ziff. 8), da die unterschiedlichen Garantiebezeichnungen in der Verkehrsübung uneinheitlich verwendet werden (BÜSSER, N. 1376). Deswegen ist vielmehr der Kontext der Garantieabrede zu beachten (BGE 113 II 434, 438).
- 36 Die von der Klägerin und der Beklagten gemeinsam getroffene Garantiebeschaffungsabrede (K-3) besagt vorliegend ausdrücklich, dass die Bankgarantie bis Ende der Materialgarantie gültig sein soll. Der Umstand, dass diese somit über die Valutavertragserfüllung hinaus bis zum Ende der vertraglich vereinbarten Gewährleistungsfrist gültig ist, stützt die Annahme, dass vorliegend von einer Gewährleistungsgarantie auszugehen ist (BÜSSER, 393; VON WESTPHALEN, 16). Dies wird zusätzlich durch den Umstand bestärkt, dass die Gültigkeit der Gewährleistungsgarantie während 30 Monaten nach Inkrafttreten des Valutavertrages besteht und die Materialgarantie um den gleichen Zeitraum verlängert wurde wie die Bankgarantie (B-3). Aufgrund dieser langen Dauer kann nur davon ausgegangen werden, dass die Parteien die Gültigkeit der Garantie auf jeden Fall bis zur Erfüllung aller valutavertraglichen Verpflichtungen sichern wollten.

5.3 Ziehungsberechtigung infolge Schlechterfüllung

37 Die zwischen den Parteien vereinbarte Gewährleistungsgarantie sichert die Beklagte wie oben bereits ausgeführt gegen die Schlechterfüllung des Vertrages. Folglich wird die Beklagte darlegen, dass sie aufgrund des Nichteintritts des gesicherten Leistungserfolges, entgegen der Behauptungen der Klägerin (KS 6, Rz. 1), sehr wohl zur Ziehung der Bankgarantie berechtigt war.

5.3.1 Vertragliche Leistungspflichten der Klägerin

38 Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag vom 3. Juli 2004 ist, wie die Klägerin richtigerweise angeführt hat, als Werklieferungsvertrag nach Art. 363ff. OR zu qualifizieren (KS 6, Rz. 4). Die Klägerin verpflichtete sich zum Umbau der bestehenden Schwefelsäureanlage bestehend aus De- und Neumontage sowie zur Lieferung von Material und zur Inbetriebnahme des Werkes (K-1, Ziff. 1.1). Des Weiteren wurde vertraglich vereinbart, dass die Klägerin zum Nachweis der geschuldeten Verfahrensgarantien (K-1, Ziff. 5.2.1) einen Garantietestlauf durchzuführen hat (K-1, Ziff. 5.2.5). Im Falle des Erreichens der Garantiewerte während des Garantielaufs erklärte sich die Beklagte im Gegenzug bereit, die Anlage durch Unterzeichnung eines Abnahmeprotokolls abzunehmen (K-1, 5.2.5.2). Ferner vereinbarten die Parteien, dass die Abnahme der Anlage durch die Beklagte neben der Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls zusätzlich durch Fristablauf fingiert werden (K-1, Ziff. 5.2.5.4) oder durch Zahlung einer Entschädigung seitens der Klägerin erfolgen kann (K-1, 5.2.6).

5.3.2 Keine Abnahme des Werkes durch die Beklagte

39 Gemäss den klägerischen Ausführungen bedingt die rechtmässige Inanspruchnahme der Bankgarantie das Eintreten eines formellen Sicherungsfalles (KS 6, Rz. 17). Im Folgenden wird nun erörtert, dass dieser eingetreten ist, da die Anlage unmöglich durch die Beklagte abgenommen worden sein kann.

5.3.2.1 Nicht gesetzestreue Anwendung des Begriffes der Abnahme

40 Die Parteien definierten den Begriff der Abnahme im Sinne einer Anerkennung der Vertragserfüllung durch die Beklagte (K-1, Ziff. 5.2.6). Die Beklagte schliesst sich bezüglich der Verwendung des Begriffes den Ausführungen der Klägerin an und verweist auf den nicht gesetzestreuen Gebrauch im Vertrag (KS 6, Rz. 19). Wie die Klägerin richtigerweise festgestellt hat, ist der vertraglich geregelte Begriff der Abnahme nicht gemäss seiner gesetzlichen Bedeutung zu verstehen, sondern bezieht sich auf die eigentliche Genehmi-

gung des Werkes. Dies wird insbesondere in der Erwägung bezüglich der Anerkennung der vertraglichen Erfüllung deutlich. So erfolgt diese gesetzlich mit der Werksgenehmigung nach Art. 370 Abs. 1 OR. Im Folgenden werden die Begriffe der „Abnahme“ und derjenige der „Genehmigung“ nur noch gemäss deren gesetzlicher Bedeutung angewandt.

5.3.2.2 Der gesetzliche Begriff der Abnahme

- 41 Unter dem Begriff der Abnahme ist die Übermittlung bzw. die Ablieferung des Werkes durch den Unternehmer in die Verfügungsgewalt des Bestellers zu verstehen (GUHL/KOLLER, § 47 N. 17). Voraussetzung dafür bildet die Vollendung bzw. die mechanische Fertigstellung des Werkes, welche jedoch keine Mängelfreiheit bedingt.
- 42 Die Ablieferung der Anlage erfolgte mit Bekanntgabe der mechanischen Fertigstellung und die Übergabe derselben in die Verfügungsgewalt der Beklagten am 7. September 2005. Dies wird in der Folge auch nie bestritten.
- 43 Davon deutlich zu unterscheiden ist jedoch die Abnahme der Gesamtanlage gemäss der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005. Aufgrund des Ausbleibens des geschuldeten Garantietestlaufes der Klägerin ist diese nie erfolgt.

5.3.3 Keine Genehmigung infolge Schlechterfüllung des Vertrages

- 44 Entschieden bestritten wird, dass das Werk jemals durch die Beklagte genehmigt worden ist. Eine Genehmigung hätte die Willenserklärung der Beklagten über die vertragsgemässe Erfüllung durch die Klägerin bedeutet (BGE 115 II 456, 459). Diese ist aber unter keinen Umständen erfolgt, da durch die offensichtliche Schlechterfüllung der Klägerin eine solche Genehmigung diametral entgegengesetzt zu den Interessen der Beklagten stünde. Nachfolgend wird die mangelhafte Leistungserbringung durch die Klägerin bewiesen, welche die Nichtgenehmigung seitens der Beklagten impliziert.

5.3.3.1 Fehlerhafte Montage der Anlage

- 45 Bereits rund vier Wochen nach Inbetriebnahme der Anlage traten Deformierungen in den Schwefelfiltern auf. Entschieden zurückzuweisen sind die Behauptungen der Klägerin, diese seien auf eine nicht sachgemässe Handhabung der Anlage durch die Beklagte zurückzuführen. Im weiteren Betriebsverlauf zeigten sich aufgrund der fehlerhaften Montage seitens der Klägerin immer mehr teilweise schwerwiegende Mängel:
- So entstand am 31. Dezember 2005 beim Flüssigschwefelschlauch ein Leck.
 - Am 8. Februar 2006 funktionierte das Hauptgebläse der Anlage nicht richtig.
 - Am 18. April 2006 wies der Flüssigschwefelschlauch erneut ein Leck auf.

- Am 16. Mai 2006 musste das Heissluftgebläse ausser Betrieb genommen werden.
 - Etc.
- 46 Diese Mängel führten dazu, dass in den Jahren 2005 und 2006 weder die Sollkapazität von 1650 t/d erreicht, noch der vertraglich vereinbarte Dampf von 84'000 kg/h produziert werden konnte. Aufgrund dieser Instabilität der Anlage konnten, wie nachfolgend aufgezeigt wird, auch keine repräsentativen Garantieläufe zum Nachweis der Verfahrensgarantien durch die Klägerin durchgeführt werden.

5.3.3.2 Keine repräsentativen Garantieläufe

- 47 Die erfolgreiche Durchführung eines Garantietestlaufs stellt eine sog. zugesicherte Eigenschaft dar. Die Erreichung der vorgeschriebenen Werte ist als besonderes Merkmal der Vertragsabrede zu definieren und wird dementsprechend zugehörig zum Erfolg durch den Unternehmer mitgeschuldet. Bleibt ein einwandfreier Nachweis dieser Werte aus, ist von einer Schlechterfüllung des zugrunde liegenden Vertrags auszugehen.
- 48 Die vertraglich vereinbarte Durchführung eines Garantielaufes (K-1, Ziff. 5.2.5) hat unter normalen Betriebsbedingungen an fünf aufeinanderfolgenden Tagen zu erfolgen, wobei die entsprechenden Werte zum Nachweise der Verfahrensgarantien erreicht werden müssen (Anhang 10). Der Garantielauf muss zusätzlich innerhalb von 2 Monaten nach mechanischer Fertigstellung durchgeführt werden.
- 49 In der Zeit zwischen 13. November 2005 bis 1. Dezember 2005 wurden durch die Klägerin zwar drei Testläufe durchgeführt, in welchen die Verfahrensgarantien auch kurzfristig nachgewiesen werden konnten. Da sich die Beklagte weder bezüglich der Analysen und Messmethoden noch zu sonstigen Standards und Normenfestlegungen äusserte und sich nicht an der Auswertung der gemessenen Werte beteiligte, wie vertraglich vereinbart gewesen wäre (K-1, Ziff. 5.2.5.1), ist von einer informellen Durchführung seitens der Klägerin auszugehen. So würde eine Gültigkeit dieser Testläufe, welche die Mitwirkung (K-1, Ziff.5.2.5.1) durch die Beklagte fordert, a fortiori auch deren Einverständnis zur Durchführung umfassen.
- 50 Da aufgrund der Instabilität der Anlage im vorliegenden Fall ohnehin keine aussagekräftigen Garantieläufe hätten durchgeführt werden können, wurde die Zustimmung zur Zusammenarbeit durch die Beklagte zu Recht verweigert. So müsste die Anlage längere Zeit unter Volllast und frei von technischen Mängeln betrieben werden um den Beweis ihrer Funktionstüchtigkeit zu erbringen. Um die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens aufrechtzuerhalten, muss dessen Produktionskapazität voll ausgelastet werden

können. Die Beklagte ist somit im normalen Betriebsalltag darauf angewiesen, dass die Verfahrensgarantien auch unter Ausnutzung der vollen Leistungsfähigkeit der Maschinen technisch einwandfrei nachgewiesen werden können. Dies wurde zudem explizit im Vertrag vereinbart (K-1, Ziff.5.2.2), da unter dem Begriff der normalen Betriebsbedingungen, entgegen der Behauptung der Klägerin (KS 6, Rz. 24), auch der Betrieb unter Volllast zu subsumieren ist. Da die Anlage zu keiner Zeit über eine längere Periode frei von technischen Defekten und mit Volllast betrieben wurde, sind den durchgeführten Testläufen sowieso keinerlei Bedeutung und Aussagekraft beizumessen. Es ist somit unhaltbar der Beklagten ein unkooperatives, vertragswidriges Verhalten vorzuwerfen, verschuldete doch die Klägerin die einen erfolgreich durchführbaren Garantietestlauf verunmöglichenden Umstände.

5.3.3.3 *Geschuldeter dreitägiger Garantietestlauf*

- 51 Am 15. Dezember 2005 setzten die Parteien eine neue Vereinbarung über die Lieferung eines neuen Schwefelschmelztanks auf, um einen Anlagestillstand für die Reparatur zu vermeiden (K-4). Gemäss dieser Vereinbarung verpflichtete sich die Klägerin, mit der mechanischen Fertigstellung der Gesamtanlage und einem dreitägigen Garantietestlauf, in dem die Verfahrensdaten nachzuweisen sind, das Werk abzuliefern (K-4, Ziff. 1). Mit erfolgreicher Durchführung dieses neu angesetzten Garantielaufes erklärte sich die Beklagte im Gegenzug dazu bereit, die Gesamtanlage abzunehmen, womit u.a. der Garantielauf vom 27. November bis 1. Dezember 2005 nachträglich akzeptiert wird (K-4, Ziff. 5).
- 52 Entgegen der Behauptung der Klägerin (KS 6, Rz. 22) handelt es sich bei diesem neuen Testlauf nicht um einen bloss informellen Probetrieb. Dies ergibt sich zusätzlich aus dem Fernschreiben vom 16. Dezember 2005 (K-7), worin sich die Klägerin dazu verpflichtete die Verfahrensdaten in einem solchen dreitägigen Testlauf nachzuweisen. Im Schreiben der Klägerin vom 7. März 2006 (B-1) sowie vom 29. März 2006 (B-2) ist explizit von einem Garantielauf die Rede. Ein solcher blieb aber durch die Klägerin geschuldet.

5.3.4 *Ausbleiben der Genehmigung*

- 53 Aufgrund dieser vertraglichen Schlechterfüllung, insbesondere das Fehlen anerkannter Garantieläufe, kann unmöglich von einer Genehmigung durch die Beklagte ausgegangen werden. Die Ausführungen der Klägerin lassen darauf schliessen, dass selbst sie keinen eindeutigen Genehmigungszeitpunkt herzuleiten vermag. Im Folgenden wird die Auswahlendung aus verschiedenen vermeintlichen Genehmigungsdaten widerlegt.

5.3.4.1 Keine inhaltlich mitverständene Genehmigung vom 15. Dezember 2005

54 Die Klägerin (KS 5, Rz. 21) geht fälschlicherweise von einer inhaltlich mitverständenen Genehmigung der Anlage durch die beklagte Unterzeichnung der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 aus. Die Begründung, dass dieser Vereinbarung die Bedeutung eines Abnahmeprotokolls zukommen würde, widerspricht jedoch klar deren Wortlaut. So ist explizit von einem nachträglichen Akzept des Garantietestlaufes i. S. einer Suspensivbedingung der Vertragsgenehmigung die Rede (K-4, Ziff. 5). Die Genehmigung kann somit unmöglich zum Zeitpunkt der Unterzeichnung erfolgt sein, da infolge des Ausbleibens des Garantietests selbst die Ablieferung des Gesamtwerkes geschuldet blieb.

5.3.4.2 Keine stillschweigende Genehmigung i. S. v. Art. 370 Abs. 2 OR

55 Nahezu absurd ist die Behauptung, der Beklagten eine stillschweigende Genehmigung des Werkes nach Art. 370 Abs. 2 OR infolge Unterlassens der Anzeigepflicht gemäss Art. 367 Abs. 1 OR zu attestieren (KS 6, Rz. 27), rügte die Beklagte jegliche Mängel doch umgehend, womit sie ihre Anzeigepflicht vollumfänglich erfüllte. Zudem würde eine bloss Verletzung der Prüfungspflicht nicht, wie durch die Klägerin behauptet, die gesetzliche Vermutung der Genehmigung auslösen (GAUCH, N. 2149).

56 Des Weiteren führt die Klägerin aus, dass die Garantietests der Überprüfung des Werkes nach Art. 367 Abs. 2 OR gleichzusetzen sind. Offensichtlich scheint sie jedoch dabei die Prüfung des Werkes bezüglich der Mängelfreiheit mit der vertraglichen Abrede eines Garantietests zu verwechseln. Auf diese Ausführungen wird somit nicht weiter eingegangen.

5.3.4.3 Keine Genehmigung nach Übergabe des Schwefelschmelztanks am 6. Mai 2006

57 Am 6. Mai 2006 erfolgte die Übergabe des Schwefelschmelztanks. Der dreitägige Garantietest blieb jedoch geschuldet. Dieser war jedoch Voraussetzung zur Übernahme i.S. der Abnahme des Werkes durch die Beklagte. So ist zur Ablieferung des Werkes sowohl die mechanische Fertigstellung als auch ein Nachweis der Verfahrensgarantien notwendig (K-4, Ziff. 1; K-7), weshalb weder die Gesamtanlage durch die Beklagte aufgrund der fehlenden Abnahme, noch daraus resultierend der Garantietest vom 27. November 2005 bis 1. Dezember 2005 genehmigt worden sein kann.

5.3.4.4 Keine Genehmigung durch Fristenablauf

58 Gemäss des Vertrages vom 3. Juli 2004 könnte eine Genehmigung der Anlage auch durch einen Fristablauf fingiert werden (K-1, Ziff. 5.2.6). Die Frist bestimmt sich nach

Ziff. 5.2.5.4 des Vertrages, welche wortwörtlich besagt: „Sollte sich die Erstellung der Anlage aus Gründen, die Polar nicht zu vertreten hat, verzögern und kann deswegen kein Garantelauf durchgeführt werden, gelten Polars Verantwortlichkeiten und Haftungen aus den Verfahrensgarantien 20 Monate ab Inkrafttreten dieses Vertrages als erfüllt.“

- 59 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass diese Spätestfrist von Ziff. 5.2.6 i.V.m. Ziff. 5.2.5.4 des Vertrages abgelaufen sei und die Anlage somit als genehmigt zu gelten habe (KS 6, Rz. 33). Sie verkennt dabei, dass die Nichtdurchführung eines gültigen Garantelaufs aufgrund der Verzögerung der mechanischen Fertigstellung der Gesamtanlage dem Verschulden der Klägerin zuzurechnen sind. Somit tritt der Fristablauf nach Ziff. 5.2.5.4 des Vertrages gar nicht erst ein, wodurch keine Genehmigung fingiert worden sein kann.
- 60 Zudem ist anzumerken, dass der Klägerin ein Fristberechnungsfehler unterlaufen ist (KS 6, Rz. 35). So würde eine fingierte Genehmigung niemals am 3. März 2006 erfolgen. Vielmehr ergäbe sich mit Beachtung der verkehrüblichen 30 Tagen pro Monat, das Genehmigungsdatum des 23. Februar 2006.

5.3.4.5 Keine Genehmigung durch Zahlung der Klägerin nach Ziff. 5.2.5.5 des Vertrages

- 61 Die Ziff. 5.2.5.5 verpflichtet die Klägerin bei Verschulden der Nichtdurchführung eines erfolgreichen Garantelaufs zu vertraglich geregelten Schadenersatzzahlungen an die Beklagte. Hätte die Klägerin eine solche Zahlung getätigt, würde auch hier wieder i.S. der Ziff. 5.2.6 des Vertrages die Genehmigung fingiert werden. Da eine solche Zahlung ausgeblieben ist, gilt die Gesamtanlage nach wie vor als nicht genehmigt.

5.4 Recht zur Ziehung der Bankgarantie

- 62 Durch das Ausbleiben des geschuldeten gültigen Garantelaufs gilt die Gesamtanlage weder als abgenommen noch als durch die Beklagte genehmigt. Somit ist der Vertrag vom 3. Juli 2004 als nicht gehörig erfüllt zu betrachten. Aufgrund dessen kann der Beklagten auch keine rechtsmissbräuchliche Ziehung der Bankgarantie unterstellt werden, da diese infolge der Leistungsverzögerung der Klägerin, wie nachfolgend dargelegt, zur Ziehung berechtigt war.

6. Ziehungsberechtigung aus Schuldnerverzug

- 63 Bis heute weigerte sich die Klägerin, den zugesicherten dreitägigen Garantelauf (K-4, K-7) durchzuführen. Nun verzichtet die Beklagte auf dessen Durchführung und fordert stattdessen die Auszahlung der Garantiesumme infolge der Leistungsverzögerung der Klägerin.

6.1 Leistungsverzögerung durch die Klägerin

- 64 Leistungsstörungen bezüglich des Zeitpunkts der Leistungserbringung unterliegen der Sonderregelung von Art. 102ff. OR (HK KOSTKIEWICZ, OR 97, 102). Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR ist die Fälligkeit der Leistung Voraussetzung des Schuldnerverzugs (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 2161, 2169). Die Fälligkeit und somit der Zeitpunkt des Verzugseintritts wird nach Art. 102 Abs. 1 OR durch die Mahnung des Gläubigers eingeleitet (BGE 103 II 102, 105). Eine Mahnung besteht in einer ausdrücklichen und einer unmissverständlich an den Schuldner gerichteten Erklärung des Gläubigers, die geschuldete Leistung zu erbringen. Sie bedarf des Empfangs und ist sowohl ohne bestimmte Form als auch ohne Ansetzung einer Frist gültig (SJZ 2000, 224).
- 65 Dass eine solche Mahnung durch die Beklagte bei der Klägerin eingegangen ist, stellt eine unbestrittene Tatsache dar (Beschluss Nr. 2, Ziff. 2). Folglich befindet sich die Klägerin im Schuldnerverzug.

6.2 Schadenersatz durch Schuldnerverzug

- 66 Bei Verzug des Unternehmers bezüglich der Ablieferung des Werkes sind gemäss neuer Rechtsprechung die allgemeinen Bestimmungen nach Art. 103f. OR massgebend (BGE 116 II 452; GAUCH, N. 659). Befindet sich der Schuldner in Verzug, so haftet er aufgrund verspäteter Erfüllung gemäss Art. 103 Abs. 1 OR für Verzugsschaden. Der Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens setzt sich aus dem effektiv erlittenen Schaden (*damnum emergens*) und dem entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) zusammen (HK KOSTKIEWICZ, OR 97, 109). Der effektiv erlittene Schaden umfasst alle Vermögensverminderungen des Gläubigers, die ihm durch die Vertragsverletzung erwachsen sind (BGE 116 II 441, 443f.).
- 67 Voraussetzungen zur Geltendmachung des Schadenersatzes bilden der Schaden des Gläubigers, der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Verzug und dem Schaden, sowie die fehlende Exkulpation des Schuldners bezüglich seines Verschuldens. Diese Voraussetzungen sind kumulativ zu erfüllen und werden nachfolgend einzeln dargelegt.

6.2.1 Erlittener Verzugsschaden

- 68 Folgende Schäden werden aufgrund des Verzugs der Klägerin geltend gemacht:
- Die Anlage hat in den Jahren 2005 und 2006 lediglich 79,58% der Sollkapazität von 1'650 t/d produziert. Die Beklagte beziffert den daraus entstandenen entgangenen Gewinn mit EUR 3'356'610.-.

- Da die Anlage nicht mit dem Normalbetrieb von 1`650 t/d betrieben werden kann, wird die Produktionsrate von 84`000 kg/h für die Dampfproduktion nicht erreicht. Die Beklagte musste in der Folge extern teuren Strom einkaufen. Den dadurch entstandenen Schaden beziffert die Beklagte mit EUR 2`192`120.-.
 - Die Klägerin musste verschiedene Male Ersatzmaterial bei Dritten anfordern. Die Kosten für dieses Ersatzmaterial belaufen sich auf EUR 161`096.-.
 - Da die Anlage aufgrund ihrer Fehlfunktionen oft stillstand bezahlte die Beklagte nutzlos gewordene Lohnkosten in der Höhe von EUR 250`560.-.
- 69 Dies ergibt einen erlittenen Verzugsschaden der Beklagten von EUR 5`960`386.-. Die Beklagte behält sich vor, diesen Schaden in einem späteren Schriftsatz zu substantiieren.

6.2.2 Kausalität und Verschulden

- 70 Die Unterlassung der Klägerin, den Garantietestlauf durchzuführen, ist adäquat kausal zum Schadenseintritt, da die pflichtgemässe Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel (conditio cum qua non; Rey Rz. 595), so bedingt doch ein erfolgreicher Garantietestlauf eine funktionstüchtige Anlage, frei von technischen Mängeln. Der adäquate Kausalzusammenhang ist somit ohne weiteres gegeben. Ein Verschulden der Klägerin liegt ebenfalls vor und bedarf keiner weiteren Ausführung, da die Klägerin die Durchführung eines solchen Testlaufs schlichtweg verweigert.

6.3 Ziehung der Bankgarantie zur Befriedigung der Ansprüche aus Schadenersatz

- 71 Die Beklagte ist aufgrund des erlittenen Verzugsschadens zur Ziehung der Bankgarantie zur Befriedigung ihrer Ansprüche berechtigt, da diese vom Sicherungszweck der Gewährleistungsgarantie umfasst sind. Die auszahlende Summe beträgt jedoch lediglich EUR 4.400.000.00.-, die Beklagte erlitt aber einen Verzugsschaden in Höhe von EUR 5`960`386.-. Somit bleibt eine Differenz von EUR 1`560`386.-, welche die Beklagte, nebst vollumfänglicher Auszahlung der Garantiesumme, widerklageweise geltend macht.

7. Widerklageweiser Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 103 Abs. 1 OR trotz vertraglicher Freizeichnungen

- 72 Die Beklagte wird in der Folge aufzeigen, dass die klägerischen, widersprüchlichen und unzulässigen Freizeichnungen bezüglich der Gewährleistung nicht greifen, weswegen die Klägerin widerklageweise zur Schadenersatzzahlung zu verpflichten ist.

7.1 Widersprüchliche und unzulässige Freizeichnungen

- 73 Der Vertrag vom 3. Juli 2004 sieht pauschalisierte Schadenersatzzahlungen sowie zahlreiche Freizeichnungen vor. Solche basieren auf der Vertragsinhaltsfreiheit der Parteien gemäss Art. 19 Abs. 1 OR, werden jedoch durch zwingende Vorschriften des Rechts begrenzt. Bei Unklarheit oder Widerspruch solcher Freizeichnungsklausel ist deren Umfang oder Gültigkeit durch entsprechende Auslegung festzustellen (GAUCH, N. 2552). Freizeichnungsklauseln sind im Zweifelsfalle eng und somit zu Gunsten der Beklagten auszulegen (GAUCH, N. 2555).
- 74 Die Beklagte wird folgend darlegen, dass die vertraglich vereinbarten Freizeichnungen der Klägerin im vorliegenden Fall keine Gültigkeit haben und die Beklagte deswegen einen Anspruch auf Schadenersatz geltend macht.

7.2 Keine Wegbedingung der Haftung für Mangelfolgeschäden

- 75 Die durch die Beklagte geltend gemachten Mangelfolgeschäden beziffern sich auf eine Summe von EUR 5'960'386.-. Gemäss Vertrag würde sich die Klägerin jedoch von jeglicher Haftung für Folgeschäden jeder Art gänzlich freizeichnen (K-1, Ziff. 13.4).
- 76 Jedoch ist i.c. das Fehlen des Erreichens der Garantiewerte infolge des Ausbleibens des geschuldeten Testlaufs als Ursache der geltend gemachten Mangelfolgeschäden zu qualifizieren. So greift die unmittelbare Haftungsfreizeichnung seitens der Klägerin gerade nicht, da die Nichtexistenz dieser Mängel ausdrücklich mittels vertraglicher Verpflichtung zur Erreichung der Verfahrensgarantien von der Klägerin zugesichert wurde (K-1, Ziff. 5.2.1). Die Klägerin erklärte dadurch eine Haftungsübernahme bezüglich der zugesicherten Garantiewerte (K-1, Ziff. 5.2.5.5; GAUCH, N. 2565).
- 77 Mit dieser vertraglich vereinbarten Haftungsübernahme durch die Klägerin, steht eine Freizeichnung von einer ebensolchen Haftung in einem offensichtlichen Widerspruch (GAUCH, N. 2565). Ein solcher Widerspruch führt sowohl zur Ungültigkeit der Freizeichnung als auch zur Freistellung von der vertraglichen Haftungsübernahme (GAUCH, N. 2565). Somit haftet die Klägerin für das Fehlen der qualifiziert zugesicherten Eigenschaft im Rahmen der Mängelhaftung nach Art. 367 ff. OR i.V.m. Art. 103 Abs. 1 OR.
- 78 Art. 368 Abs. 1 OR gesteht dem Werkbesteller Schadenersatz zu, wenn die Annahme des Werkes dem Besteller, wie im vorliegenden Fall aufgrund schwerer Mängel, billigerweise nicht zugemutet werden kann. Die Beklagte macht folglich gemäss Art. 368 Abs. 3 OR einen Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe von EUR 5'960'386.- geltend. Wobei EUR 4'400'000.- durch die Auszahlung der Bankgarantiesumme abgedeckt wären. Folg-

lich macht die Beklagte widerklageweise einen Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe EUR 1'560'386.- geltend. Das damit erforderliche Verschulden seitens der Klägerin ist wie oben bereits dargelegt ohne weiteres gegeben.

7.3 Nichtige Haftungsbeschränkungen auf 15% des Gesamtpreises

- 79 Die Gesamthaftung der Klägerin würde sich gemäss Vertrag auf maximal 15% des Gesamtpreises beschränken, was EUR 3'300'000.- entspräche (K-1, Ziff. 2.1 i.V.m. Ziff. 5.2 i.V.m. Ziff. 5.2.7). Dies widerspricht jedoch der sich aus Ziff 5.2.5.5 ergebenden Summe der maximalen Haftungsbeträgen der einzelnen Posten von 5'350'000 EUR.
- 80 Diese Widersprüchlichkeit beinhaltet eine objektive Unmöglichkeit der Erfüllung der garantierten Schadenersatzauszahlungen. So ist die Beschränkung der Haftung auf 15% des Gesamtpreises nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig, da sie zur Unmöglichkeit der Auszahlung der Garantiesumme nach Ziff. 5.2.5.5 des Vertrages führen würde. Dies berührt aber aufgrund der im Vertrag enthaltenden salvatorischen Klausel keineswegs die Gültigkeit der übrigen Vertragsbedingungen (K-1, Ziff. 17.2).

8. Subeventualiter: Gewährleistung trotz Vertragserfüllung

- 81 Falls das Gericht wider Erwarten die Vertragserfüllung durch die Klägerin bejaht, was durch die Beklagte entschieden bestritten wird, sind die erlittenen Schäden in der Höhe von EUR 5'960'386.-. vollumfänglich von der Gewährleistungsgarantie erfasst und werden in diesem Rahmen abgegolten. Der Schadensüberschuss von EUR 1'560'386.- wird diesbezüglich separat über die Materialgarantie abgegolten (K-1, Ziff. 5.1) und widerklageweise von der Beklagten geltend gemacht.

8.1 Umfang der Gewährleistungsgarantie

- 82 Die Gewährleistungsgarantie sichert nicht nur die Erfüllung des Vertrages, sondern darüber hinaus auch die Leistung in einer bestimmten Qualität. Folglich kann die Bankgarantie auch zur Befriedigung von Ansprüchen – insbesondere zur Beseitigung von Mängeln im Rahmen der Materialgarantie – herangezogen werden.

8.2 Vertraglich definierter Begriff der Genehmigung

- 83 Die vertragliche Abnahme ist zwar als Genehmigung i.S.d. Gesetzes nach Art. 370 Abs. 1 OR zu verstehen, jedoch unterliegt die Ausgestaltung derselben aufgrund der dispositiven Natur dieser Norm dem Parteiwillen (BGE 115 II 456, 459). So wurde die Wegbedingung der Mängel infolge Abnahme bzw. Genehmigung vertraglich nicht verein-

bart, sondern lediglich der Eigentums- und Gefahrenübergang geregelt (K-1, 5.2.6). Ausdrücklich nicht miteinbezogen wurde jedoch eine Haftungsbefreiung der Klägerin. Dies lässt darauf schliessen, dass der Parteiwille beiderseits auf eine Haftung trotz Genehmigung gerichtet war, was insbesondere auch durch die Verlängerung der Materialgarantie (B-3) deutlich wird.

8.3 Die Materialgarantie

84 Die Klägerin verpflichtete sich im Rahmen der Materialgarantie zum Ersatz von Schäden welche innerhalb von 12 Monaten nach Abnahme bzw. Genehmigung des Werkes geltend gemacht werden (K-1, Ziff. 5.1). Die Materialgarantie wurde durch die Parteien am 16. Juni 2006 um zwei Jahre verlängert. Folglich beträgt die Frist zur Mängelrüge 36 Monate ab Abnahme.

85 Geht man von der durch die Klägerin frühestens geltend gemachten Genehmigung am 15. Dezember 2005 aus, so ist die Frist noch lange eingehalten, da sich diese bis am 29. November 2008 unter Berücksichtigung von 30 Tagen pro Monat erstreckt. Für spätere Genehmigungsdaten gilt die Einhaltung der Frist a fortiori.

8.4 Anspruch auf Schadenersatz trotz Vertragsgenehmigung

86 Somit kann die Beklagte, sollte das Gericht wider Erwarten von einer Vertragsgenehmigung ausgehen, den erlittenen Schaden in Höhe von EUR 5'960'386.- trotzdem geltend machen. Die diesem Begehren widersprechenden klägerischen Freizeichnungen, insbesondere die Befreiung der Haftung für Mängelfolgeschäden, sind aufgrund der oben stehenden Ausführungen ungültig (Rz. 72ff.). Die Beklagte hat demnach auch im Falle einer Vertragsgenehmigung Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens von EUR 5'960'386.-. Die Beklagte ist somit zur Ziehung der Bankgarantie in Höhe von EUR 4'440'000.- berechtigt, wobei dadurch partiell die Ansprüche aus der Materialgarantie direkt befriedigt werden können. Die ausbleibende Differenz von EUR 1'560'386.- kann selbstständig und unabhängig von der Bankgarantie im Rahmen der Materialgarantie (K-1, Ziff. 5.1) geltend gemacht werden. Die Klägerin sei somit widerklageweise zur Zahlung von EUR 1'560'386.- zu verpflichten.

9. Schlussfolgerung

87 Die Grundforderung, welche die Beklagte zur Ziehung der Bankgarantie gegenüber der Fjordbank berechtigt hat und immer noch berechtigt, ist dem Grundsatz wie auch der Höhe nach ausgewiesen. Damit ist bewiesen, dass die Bankgarantie zu Recht in Anspruch ge-

nommen worden ist (Rz. 58). Zusätzlich ist erstellt worden, dass die Beklagte weder die Bankgarantie an die Klägerin herauszugeben hat (Rz. 15), noch ihr ein Prozessführungsverbot auferlegt werden kann (Rz. 25). Aus Art. 3 NYU ergibt sich im Falle einer Gutheissung des beklagtischen Begehrens der Anspruch der Beklagten auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung in Norwegen und im weiteren der Auszahlung der Garantiesumme.

88 Überdies macht die Beklagte widerklageweise einen Anspruch auf Schadenersatz in Höhe von EUR 1`560`386.- geltend (Rz. 74).

Gestützt auf diese Ausführungen ersuchen wir Sie höflich um die Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung namens der Beklagten

Moot Court Team 5