

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

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 4
Christian Arnold
Désirée Bysäth
David Shilling
Peter Strickler

LSI
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

30. April 2008

KLAGEANTWORT

In Sachen

Polar Technology AS, Vallegata, 0456 Oslo, Norwegen

Klägerin

vertreten durch die Moot Court Gruppe 5

gegen

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Gruppe 4

betreffend

Forderung

stellen wir namens und mit Vollmacht der Beklagten folgende

Rechtsbegehren

1. Die Schiedsklage sei abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis.....	VII
Urteilsverzeichnis.....	IX
A. Kein Unterlassungsanspruch der Klägerin	1
I. Einleitung	1
1. Ungenügend geltend gemachter Anspruch.....	1
2. Weiteres Vorgehen	1
II. Bestehen von Verzugs- und Gewährleistungsansprüchen.....	1
1. Qualifikation des Valutaverhältnisses	1
2. Keine Abnahme	1
a) Begriff.....	1
b) Keine fingierte Abnahme.....	2
c) Keine stillschweigende Abnahme.....	2
d) Fazit	2
3. Verzugsansprüche.....	2
a) Allgemeines	2
b) Keine Fertigstellung der Anlage (keine Vollendung).....	3
aa) Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit.....	3
bb) Fälligkeit der Forderung	4
cc) Fehlende Einreden der Klägerin	4
dd) Mahnung	4
ee) Fazit	4
c) Verzug bei der Mängelbehebung vor Vollendung.....	4
aa) Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit.....	4
bb) Fälligkeit der Forderung	5
cc) Fehlende Einreden	5
dd) Mahnung	5
ee) Fazit	5
d) Eventualiter: Verzug nach Vollendung.....	5
aa) Teilverzug durch Nichtdurchführung der Garantieläufe	5
bb) Verzug bei der Mängelbehebung.....	5
aaa) Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit.....	5
bbb) Fälligkeit der Forderung.....	6
ccc) Fehlende Einreden der Klägerin	6
ddd) Mahnung	6
cc) Fazit	6
e) Unerhebliche Freizeichnungsklausel	6
4. Gewährleistungsansprüche	7
a) Einleitung.....	7
b) Mängel	7
c) Abnahme des Werkes aber fehlende Genehmigung.....	7
d) Keine Befreiungswirkung i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR	7
e) Keine gültige Freizeichnung.....	8
aa) Ungenügend substantiierte Ausführungen.....	8
bb) Ausgenommene Gewährleistungsansprüche	8
cc) Teilnichtigkeit der Freizeichnungsklausel.....	8
f) Fazit	9
5. Gesamtfazit.....	9
III. Qualifikation und Umfang der Bankgarantie	9

1.	Qualifikation als Erfüllungsgarantie.....	9
a)	Vertrauensprinzip.....	10
b)	Auslegung des Vertrags (K-1).....	10
aa)	Systematik.....	10
bb)	Verhalten der Klägerin nach Vertragsschluss.....	10
c)	Auslegung der Bankgarantie (K-3).....	11
aa)	Bezeichnung.....	11
bb)	Sicherungszweck.....	12
cc)	Höhe des Betrages.....	12
dd)	Keine Wechselseitigkeit.....	12
d)	Zwischenfazit.....	13
2.	Von der Bankgarantie gedeckte Ansprüche.....	13
3.	Berechtigte Inanspruchnahme.....	13
IV.	Der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“.....	13
1.	Allgemeines.....	13
2.	Kein offenkundiger Rechtsmissbrauch.....	14
a)	Erfüllungsgarantie.....	14
b)	Eventualiter: Anzahlungsgarantie.....	15
3.	Fazit.....	16
V.	Schlussfazit.....	16
B.	Herausgabe der Bankgarantie.....	16
I.	Ungenügend geltend gemachter Anspruch.....	16
II.	Kein Rückgabeanspruch aufgrund der Garantieurkunde.....	16
III.	Kein Rückgabeanspruch aufgrund des Valutaverhältnisses.....	17
IV.	Fazit.....	17
C.	Prozessführungsverbot.....	17
I.	Einleitung.....	17
II.	Ungenügend geltend gemachter Anspruch.....	17
III.	Kein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot.....	18
1.	Fehlende Anspruchsgrundlage.....	18
2.	Nicht erfüllte Voraussetzungen.....	18
a)	Fehlende Gleichheit der Prozesse.....	18
aa)	Verschiedenheit der Parteien.....	19
bb)	Verschiedenheit der Streitgegenstände.....	19
b)	Fazit.....	20
3.	Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“.....	20
4.	Gründe gegen ein Prozessführungsverbot.....	20
IV.	Schlussfazit.....	20

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
f./ff.	und folgend(e) Seite(n)
ggü.	gegenüber
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. Ue.	im Üechtland
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) mit seitherigen Änderungen (SR 291)
m.a.W.	mit anderen Worten
N.	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) mit seitherigen Änderungen (SR 220)
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 mit seitherigen Änderungen (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
zugl.	zugleich
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006

BÜSSER ANDRES, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie, Freiburg i. Ue. 1997, zugl. Diss. Freiburg i. Ue. 1997

CANARIS CLAUS-WILHELM, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Berlin 1988

DEIXLER-HÜBNER ASTRID, Die Nebenintervention im Zivilprozess, Wien 1993

DOHM JÜRGEN, Bankgarantie im internationalen Handel, Bern 1985

EGGER WALTER H., Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien, in: SZW 1990, S. 12 ff.

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I und II, 8. Auflage, Zürich 2003

GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, V/2d, Art. 363-379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK-BÜHLER)

HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht VI/2, Art. 363-366 OR, Bern 1998 (zit. BK-KOLLER)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar zum internationalen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER(IN))

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK OR I-BEARBEITER(IN))

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 2006

KLEINER BEAT, Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, 4. Aufl., Zürich 1990

LIATOWITSCH MANUEL, Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland, Diss. Zürich 2002

MEIER-HAYOZ ARTHUR (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht VI/2, Art. 363-379 OR, 2. Aufl., Bern 1967 (zit. BK-GAUTSCHI)

MEIER-HAYOZ ARTHUR (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht VI/1, Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit. BK-KRAMER)

NIELSEN JENS, Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften, in: SCHIMANSKY HERBERT/BUNTE HERMANN-JOSEF/LWOWSKI HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Bankrechtshandbuch, Band III, München 2001, S. 4210 ff.

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993

SIEHR KURT, National Report Switzerland, in: FAWCETT J.J. (Hrsg.), Declining Jurisdiction in Private International Law, Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law [Athens, August 1994], Oxford 1995, S. 381 ff.

SPAINI MAURO, Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Dietikon 2000, zugl. Diss., Freiburg i. Ue. 1999

STACHER MARCO, Prozessführungsverbote zur Verhinderung von sich widersprechenden Entscheidungen, in: ZZZ 2006, S. 61 ff.

THUOR PETER/SCHNYDER BERHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002

VON WESTPHALEN FRIEDRICH GRAF/JUD BRIGITTA (Hrsg.), Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2005

ZOBL DIETER, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Personalsicherheiten, Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld, Berner Bankrechtstag 1997, Bern 1997, S. 23 ff.

Urteilsverzeichnis

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. März 1973 in Sachen X. AG gegen Lloyd's Underwriters = BGE 99 II 67ff

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. November 1989 = BGE 115 II 456 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Februar 1992 in Sachen Willi L. gegen Peter S. = BGE 118 II 142 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. November 1995 in Sachen Siegfried Aktiengesellschaft gegen The Wellcome Foundation Ltd. = BGE 121 III 474 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Januar 1997 in Sachen Erben E. gegen M. = BGE 123 III 16 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. September 2003 = BGer 4C.136/2003

A. Kein Unterlassungsanspruch der Klägerin

I. Einleitung

1 Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie ggü. der Beklagten hat.

1. Ungenügend geltend gemachter Anspruch

2 Die Klägerin legt nicht dar, auf welchen Rechtstitel sie ihren Anspruch ggü. der Beklagten auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Garantiesumme stützt. Diese Frage ist von zentraler Bedeutung, denn die Beklagte stützt ihren Anspruch auf Inanspruchnahme auf das Garantieverhältnis. Die Klägerin ist indessen nicht Partei dieses Verhältnisses.

2. Weiteres Vorgehen

3 Die Beklagte wird nun darlegen, dass ihre geltend gemachten Gewährleistungs- und Verzugsansprüche bestehen, die Freizeichnungsklauseln ungültig sind und daher ihr Anspruch auf die Garantiesumme berechtigt ist.

II. Bestehen von Verzugs- und Gewährleistungsansprüchen

1. Qualifikation des Valutaverhältnisses

4 Dass vorliegend ein Werk- bzw. Werklieferungsvertrag vorliegt, wurde bereits in Ziff. 14 der Einleitungsantwort festgehalten. Die Ausführungen der Klägerin (Klageschrift, insbesondere Rz. 6 ff.) zur Vertragsqualifikation erübrigen sich somit, da der Vertragstyp unstrittig ist.

2. Keine Abnahme

a) Begriff

5 Gemäss Ziff. 5.2.6 des Vertrags (K-1) bedeutet Abnahme, „dass STIVA die ANLAGE als Erfüllung der nach diesem Vertrag übernommenen Verpflichtungen anerkennt, mit Ausnahme der Verpflichtung gemäss Artikel 5.1“. Der vertragliche Begriff der Abnahme knüpft mithin grundsätzlich an den Zeitpunkt an, an dem die Verfahrensgarantien erfolgreich nachgewiesen worden sind (K-1, Ziff. 5.2.5.2).

6 Der gesetzliche Begriff der Abnahme knüpft an die Vollendung an; die Nichtvollendung bewirkt, dass das Werk nicht abgenommen werden kann (GAUCH, Rz. 101). Diese kann wiederum erst angenommen werden, wenn die Garantieläufe erfolgreich durchgeführt worden sind (s. auch GAUCH, Rz. 102).

7 Aus diesen Gründen ist der vertragliche mit dem gesetzlichen Begriff der Abnahme identisch.

b) Keine fingierte Abnahme

- 8 Obwohl die Klägerin nicht behauptet hat, dass eine fingierte Abnahme gemäss Ziff. 5.2.5.4 des Vertrags (K-1) vorliegt, möchte die Beklagte nachfolgend aufzeigen, dass diese Klausel vorliegend nicht anwendbar ist. Die Abnahme wäre aufgrund der Klausel spätestens 20 Monate seit Inkrafttreten des Vertrags (K-1) erfolgt. Da der Vertrag am 3. Juli 2004 in Kraft trat (B-1), würde dies bedeuten, dass die Abnahme spätestens auf den 3. März 2006 fingiert würde.
- 9 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Abnahme durch das klägerische Verhalten verzögert wurde (s. hiernach Rz. 16 f.) und Ziff. 5.2.5.4 des Vertrags (K-1) nicht anwendbar ist. Im Übrigen widerspricht diese Klausel dem Grundsatz, wonach die Nichtvollendung bewirkt, dass das Werk nicht abgenommen werden kann (GAUCH, Rz. 101; BGE 118 II 142 ff. E. 4.; 115 II 456 ff. E. 4). Zur Nichtvollendung s. Rz. 6 und 14.

c) Keine stillschweigende Abnahme

- 10 Die Klägerin macht in Rz. 49 der Klageschrift geltend, die Abnahme habe mit Übergang der Betriebsobhut auf die Beklagte stillschweigend stattgefunden. Die Abnahme ist u.E. nicht erfolgt, weil das Werk am 8. September 2005 nicht vollendet war (s. hiervor Rz. 6).

d) Fazit

- 11 Die Anlage wurde weder aufgrund der fingierten Abnahme gemäss Vertrag (K-1) noch stillschweigend abgenommen.

3. Verzugsansprüche**a) Allgemeines**

- 12 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass das Werk entgegen der klägerischen Meinung (Klageschrift, Rz. 13) noch nicht vollendet ist und daher Verzugsansprüche bestehen (s. hiernach Rz. 14 ff.). Für den Fall, dass das Gericht die Ansicht der Beklagten verwirft, sei auf Rz. 27 ff. verwiesen.
- 13 Nach Art. 102 Abs. 1 OR bedarf der Verzug vier Voraussetzungen, die kumulativ gegeben sein müssen: 1. Die Erfüllung muss trotz Leistungsmöglichkeit ausgeblieben sein; 2. Die Forderung muss fällig sein; 3. Es dürfen keine Einreden der Schuldnerin vorhanden sein; 4. Der Schuldner muss durch Mahnung in Verzug gesetzt worden sein (HUGUENIN, Rz. 647).

b) Keine Fertigstellung der Anlage (keine Vollendung)**aa) Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit**

- 14 Zunächst ist festzuhalten, dass die mechanische Fertigstellung i.S.v. Ziff. 4 des Vertrages (K-1) entgegen der klägerischen Auffassung (Klageschrift, Rz. 13) nicht mit der Vollendung des Werkes gleichgesetzt werden kann (s. hiervor Rz. 5 f.). Somit ist auch der Behauptung der Klägerin zu widersprechen, wonach Garantieläufe nur in Zusammenhang mit Mängelrechten zu beachten seien (Klageschrift, Rz. 19). Der „Garantielauf“ vom 27.11. bis 01.12.2005 kann nicht als Garantelauf i.S.v. Ziff. 5.2.5 des Vertrags (K-1) qualifiziert werden, weil zuerst eine ausreichende Stabilität der Produktionswerte erreicht werden muss (Einleitungsantwort, Ziff. 4). Tatsächlich zeigten sich bereits knapp vier Wochen nach der mechanischen Fertigstellung erste Deformierungen in den Schwefelfiltern (Einleitungsantwort, Ziff. 3). Schliesslich hat sich die Klägerin im Fax vom 16. Dezember 2005 (K-7) auch ausdrücklich damit einverstanden erklärt, „in einem dreitägigen Betrieb die Verfahrensdaten nachzuweisen“ (s. auch B-1 a.E.; ferner Rz. 16).
- 15 Der klägerischen Ansicht, wonach die **Vereinbarung (K-4)** in Bezug auf die Garantieläufe und den Schwefelschmelztank nicht zu beachten sei (Klageschrift, Rz. 28), muss widersprochen werden. Das betreffende Dokument stellt eine Ergänzung des Vertrages vom 3. Juli 2004 (K-1) dar. Dies zeigt sich bereits dadurch, dass die Möglichkeit einer Vertragsergänzung im Vertrag selbst (K-1, Ziff. 1.1, Abs. 4) vorgesehen wurde. Ferner wird in den Ziff. 7 und 8 der Vereinbarung auf Rechte und Pflichten aus dem Vertrag (K-1) verwiesen.
- 16 Zu den **Testläufen** vom 27.11. bis 01.12.2005 ist Folgendes festzuhalten: Nach Ansicht der Beklagten waren diese Testläufe rein informellen Charakters. Tatsächlich hat Herr Hrovat den Annex 2 (K-4) unterschrieben. Allerdings schrieb die Klägerin im Fax vom 16. Dezember 2005 (K-7), sie würde in einem dreitägigen Betrieb die Verfahrensdaten nachweisen. Die Beklagte interpretiert dies als Änderungsvertrag zur Vereinbarung (K-4), wonach das unterschriebene Protokoll irrelevant oder höchstens als Garantelauf mit rein informellem Charakter zu interpretieren sei. Weil die Klägerin im Fax (K-7) „in einem dreitägigen Betrieb die *Verfahrensdaten*“ nachzuweisen verspricht und in der Vereinbarung (K-4) in Bezug auf den ordentlichen Garantelauf gleichzeitig vom Nachweis aller „vertraglichen *Verfahrensgarantien*“ spricht, ging die Beklagte nach Treu und Glauben davon aus, dass es sich bei diesem zweiten Garantelauf um den vertraglich vereinbarten Garantelauf (K-1, Ziff. 5.2.5) handeln würde.

- 17 Die eben erwähnte Garantiefahrt wurde nie durchgeführt (Einleitungsantwort, Ziff. 15). Anzeichen, dass es der Klägerin nicht möglich war, die entsprechende Testfahrt durchzuführen, sind u.E. nicht ersichtlich. Somit kann der klägerischen Auffassung, wonach eine **Abnahme** stattgefunden hat (Klageschrift, Rz. 19), nicht gefolgt werden (s. auch Rz. 8 ff.).

bb) Fälligkeit der Forderung

- 18 Der Zeitpunkt der Fälligkeit ist unklar. Laut Fax vom 16. Dezember 2005 (K-7) soll die Garantiefahrt „nach Fertigstellung des Schwefeltankes“ erfolgen. Spätestens kurz nach dem Zeitpunkt, als die Beklagte die Klägerin zur Durchführung der Testfahrt aufforderte (Einleitungsantwort, Ziff. 5), ist die Fälligkeit zu bejahen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Klägerin keinen Widerspruch einlegte, und die Beklagte daher nach Treu und Glauben davon ausging, dass die Klägerin einverstanden sei. Zum anderen war es der Beklagten nicht zumutbar, eine unbestimmte Dauer zu warten, bis die Klägerin ihren Verpflichtungen nachkommt.

cc) Fehlende Einreden der Klägerin

- 19 Bezüglich der Freizeichnungsklauseln sei auf Rz. 35 f. verwiesen. Weitere mögliche Einreden der Klägerin entziehen sich der Kenntnis der Beklagten.

dd) Mahnung

- 20 Gemäss Beschluss Nr. 2, Ziff. 2, hat die Beklagte die Klägerin mehrmals schriftlich zur Fertigstellung der Anlage aufgefordert. In den letzten Schreiben wurde die Klägerin ferner darauf aufmerksam gemacht, dass die Beklagte die Bankgarantie beanspruchen werde, falls die Klägerin die Anlage nicht sofort fertig stelle. Diese letzten Schreiben sind als Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR zu qualifizieren, da die Klägerin auf die Folgen bei Verzug (nämlich Inanspruchnahme der Bankgarantie) hingewiesen wurde.

ee) Fazit

- 21 Infolge fehlender Vollendung innert nützlicher Frist befindet sich die Klägerin in Verzug.

c) Verzug bei der Mängelbehebung vor Vollendung

aa) Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit

- 22 Die in Ziff. 6 der Einleitungsantwort erwähnten Mängel traten bereits vor Vollendung des Werkes (s. hiervor Rz. 14) auf und wurden jeweils sofort gerügt (Einleitungsantwort, Ziff. 6). Sie führten zu den in Ziff. 7 und 18 der Einleitungsantwort beschriebenen Folgen. Dass vorliegend Mängel bestehen bzw. bestanden haben, ist unbestritten (Einleitungsanzeige, Ziff. 19 f.). Diese wurden nicht vollständig behoben, obwohl die Klägerin nach Ansicht der Beklagten

dazu verpflichtet gewesen wäre. Im Übrigen ist dazu festzuhalten, dass die Frage nach dem korrekten Betrieb der Anlage eine Beweisfrage darstellt.

bb) Fälligkeit der Forderung

- 23 Gemäss Ziff. 5.1 Abs. 6 des Vertrages (K-1) gewährt die Beklagte der Klägerin eine angemessene Frist zur Behebung der Mängel. Diese Frist beginnt nach Auffassung der Beklagten mit der Bekanntgabe der Mängel zu laufen. Die Fälligkeit darf daher angenommen werden.

cc) Fehlende Einreden

- 24 Nach Auffassung der Klägerin wurden die Mängel durch ein Verschulden der Beklagten verursacht (Einleitungsanzeige, Ziff. 15) und fallen deshalb insbesondere unter Ziff. 5.1 Abs. 5 des Vertrags (K-1). Dieser Ansicht muss widersprochen werden (s. hiervor Rz. 22; Einleitungsantwort, Ziff. 3). Zu den Freizeichnungsklauseln s. hiernach Rz. 35 f.

dd) Mahnung

- 25 Die erforderliche Mahnung liegt i.c. vor (s. hiervor Rz. 20).

ee) Fazit

- 26 Die Klägerin befindet sich mit den Arbeiten zur Behebung der Mängel in Verzug.

d) Eventualiter: Verzug nach Vollendung

aa) Teilverzug durch Nichtdurchführung der Garantieläufe

- 27 Nach Auffassung der Beklagten geriet die Klägerin in Teilverzug, weil sie die Garantieläufe nicht durchführte. Es kann auf die Rz. 14 ff. verwiesen werden, auch wenn davon ausgegangen wird, dass das Werk (entgegen der Auffassung der Beklagten) vollendet ist.

bb) Verzug bei der Mängelbehebung

aaa) Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit

- 28 Die Klägerin stellt sich in Rz. 13 ihrer Klageschrift auf den Standpunkt, dass das Werk am 7. September 2005 vollendet worden sei. Daraus scheint sie implizit zu schliessen, dass jegliche Verzugsansprüche untergegangen sind. Sie verkennt dabei, dass ein Verzug auch nach Vollendung des Werkes eintreten kann.
- 29 Der klägerischen Auffassung, wonach die Vollendung auch bei Vorliegen von Mängeln eintreten kann (Klageschrift, Rz. 13), ist zuzustimmen. Liegt jedoch ein Mangel vor und verlangt die Bestellerin die Beseitigung desselben, so kann die Unternehmerin in Verzug kommen (BK-KOLLER, Art. 366 N. 18; s. auch ZK-BÜHLER, Art. 368 N. 149), wobei die allge-

meinen Verzugsregeln (Art. 102 ff. OR) angewandt werden (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N. 62).

- 30 Nach der angeblichen Vollendung am 7. September 2005 traten diverse Mängel auf, welche die Beklagte in Ziff. 6 der Einleitungsantwort i.S. einer exemplarischen Aufzählung dargestellt hat. Diese Mängel wurden trotz sofortiger Meldung an die Klägerin (Einleitungsantwort, Ziff. 6) von selbiger zumindest teilweise nicht behoben (Einleitungsanzeige, Ziff. 14).

bbb) Fälligkeit der Forderung

- 31 Da lediglich auf einen anderen Zeitpunkt der Vollendung abgestellt wird, kann für die Fälligkeit auf die obigen Ausführungen in Rz. 23 verwiesen werden.

ccc) Fehlende Einreden der Klägerin

- 32 Nach Ansicht der Klägerin werden die von der Beklagten geltend gemachten Mängel von der Befreiungswirkung der angeblichen Genehmigung (Art. 370 Abs. 1 OR) erfasst. Diese Auffassung ist unzutreffend (s. hiernach Rz. 41 f.; ferner Rz. 24).

ddd) Mahnung

- 33 Die Beklagte erachtet die erforderliche Mahnung als gegeben (s. hiervor Rz. 20).

cc) Fazit

- 34 Selbst wenn von der Vollendung des Werkes ausgegangen wird, ist Verzug zu bejahen.

e) Unerhebliche Freizeichnungsklausel

- 35 Gemäss Abs. 2 der Garantieurkunde (K-3) darf die Beklagte die Garantiesumme u.a. beanspruchen, wenn die Klägerin ihre Leistungen nicht rechtzeitig erbracht hat. Die Beklagte muss m.a.W. nicht darlegen, dass sie Schadenersatzansprüche aus Verzug hat, sondern lediglich das Bestehen von Verzug. Ziff. 13.4 des Vertrags (K-1) schliesst bloss Schadenersatzansprüche aus Verzug aus und ist daher für den Bestand eines Verzugs unerheblich.
- 36 Für den Fall, dass das Gericht der Meinung ist, dass Ansprüche bestehen müssen, leitet die Beklagte diese aus Art. 107 Abs. 2 erste Variante i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR ab und verweist auf Ziff. 18 der Einleitungsantwort. Verzugsansprüche würden zwar unter Ziff. 13.4 des Vertrags (K-1) fallen; Allerdings ist dies aus folgenden Gründen zu relativieren: 1. Die Klägerin haftet in jedem Fall für Verzug aus grobem Verschulden (Art. 100 Abs. 1 OR). 2. Mit der rechtzeitigen Erfüllung in der Garantieurkunde (K-3) kann nur Verzug gemeint sein. Der Ausschluss desselbigen durch eine Freizeichnungsklausel steht in Widerspruch dazu. 3. U.E. ist der gänzliche Ausschluss von Verzugsansprüchen sittenwidrig. Dies ergibt sich insbesondere

aus der Tatsache, dass beim Werkvertrag ein Erfolg geschuldet ist und derartige Ansprüche – wie ausdrücklich aus dem Wortlaut der Bankgarantie („rechtzeitig“; K-3, Abs. 2) ersichtlich – vom Umfang der Bankgarantie gedeckt sind.

4. Gewährleistungsansprüche

a) Einleitung

37 Geht das Gericht entgegen der Auffassung der Beklagten von der Abnahme des Werks aus, macht die Beklagte Gewährleistungsansprüche aus der Materialgarantie geltend.

b) Mängel

38 Dass noch Mängel bestehen, die nicht behoben wurden, ist unbestritten (s. hiervoor Rz. 22).

c) Abnahme des Werkes aber fehlende Genehmigung

39 Die Klägerin stellt sich in Rz. 21 der Klageschrift auf den Standpunkt, das Werk sei als genehmigt zu betrachten, da die Beklagte den Annex 2 der Vereinbarung (K-4) unterzeichnet habe, welcher einen erfolgreichen Garantielauf aufführe.

40 Dem ist entgegenzuhalten, dass die erwähnten Garantieläufe nach Auffassung der Beklagten rein informellen Charakters sind und die Unterschriften daher nicht als Genehmigung aufgefasst werden können. Die im Fax (K-7) versprochenen Garantieläufe haben nie stattgefunden (s. hiervoor Rz. 16 f.).

d) Keine Befreiungswirkung i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR

41 Gemäss Rz. 28 der Klageschrift sollen alle Mängel, welche bei der angeblichen Abnahme vom 15. Dezember 2005 bestanden haben, unter die Befreiungswirkung von Art. 370 Abs. 1 OR fallen. Dem ist (neben der fehlenden Genehmigung) entgegenzuhalten, dass die Mängel, welche die Beklagte unter Ziff. 6 f. der Einleitungsantwort aufgelistet hat, erst nach dem 15. Dezember 2005 entstanden sind. Daher fallen sie keinesfalls unter die Befreiungswirkung von Art. 370 Abs. 1 OR. Auch die Anwendbarkeit von Art. 370 Abs. 3 OR ist zu verneinen, da die Beklagte die Klägerin jeweils sofort informiert hat (Einleitungsantwort, Ziff. 6).

42 Aus den eben genannten Gründen fallen entgegen der klägerischen Meinung (Klageschrift, Rz. 29) auch die in Ziff. 18 der Einleitungsantwort geltend gemachten Mangelfolgeschäden nicht unter die Befreiungswirkung von Art. 370 Abs. 1 OR.

e) Keine gültige Freizeichnung**aa) Ungenügend substantiierte Ausführungen**

43 Die Klägerin ist in Rz. 31 ff. ihrer Klageschrift wohl auf die Gültigkeit der Freizeichnungsklauseln eingegangen, äussert sich jedoch nicht dazu, inwiefern die von der Beklagten gemachten Gewährleistungsansprüche von diesen Freizeichnungsklauseln erfasst sein sollen.

bb) Ausgenommene Gewährleistungsansprüche

44 Die Klägerin geht allein auf die in Ziff. 13.4 des Vertrags (K-1) statuierte Freizeichnungsklausel ein. Die Beklagte wird im Folgenden darlegen, dass ihre geltend gemachten Gewährleistungsansprüche nicht von dieser Freizeichnungsklausel erfasst sind.

45 Die Freizeichnungsklausel in Ziff. 13.4 des Vertrags (K-1) bezieht sich lediglich auf die Haftung, „die nicht ausdrücklich in diesem Vertrag geregelt ist“. Sie gilt somit nicht für die Materialgarantie (K-1, Ziff. 5.1).

46 In zeitlicher Hinsicht ist die Materialgarantie auf 12 Monate seit Abnahme der Anlage beschränkt (K-1, Ziff. 5.1, Abs. 2). Gemäss Art. 371 Abs. 2 OR verjähren die Mängelansprüche bei unbeweglichen Bauwerken erst fünf Jahre seit der Abnahme. Eine Verkürzung dieser Frist ist innerhalb der Grenzen von Art. 100 Abs. 1 OR zulässig (BK-GAUTSCHI, Art. 371 N. 5d). Somit gilt für grobes Verschulden die fünfjährige Verjährungsfrist. Selbst wenn man der klägerischen Ansicht folgt und eine Abnahme am 8. September 2005 annimmt (Klageschrift, Rz. 19), sind Gewährleistungsansprüche aus grobem Verschulden somit noch nicht verjährt.

47 In sachlicher Hinsicht ist die Materialgarantie auf Mängel begrenzt, „die unter der vertraglich vereinbarten Betriebsweise und den Betriebsbedingungen der ANLAGE, sowie bei ordnungsgemäsem Gebrauch entstehen“ (K-1, Ziff. 5.1, Abs. 5). Wie bereits dargelegt stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass die Mängel nicht auf ihr Verschulden zurückzuführen sind (s. auch Rz. 24). Daher fallen alle von der Beklagten in Ziff. 6 der Einleitungsantwort geltend gemachten Gewährleistungsansprüche unter die Materialgarantie.

cc) Teilnichtigkeit der Freizeichnungsklausel

48 Wie die Klägerin in Rz. 36 der Klageschrift korrekt festhält, bildet Art. 100 Abs. 1 OR die gesetzliche Schranke für die Wegbedingung der Haftung. Art. 100 Abs. 1 OR schliesst eine Abrede über den Ausschluss der Haftung bei rechtswidriger Absicht oder grober Fahrlässigkeit aus. Da die Freizeichnungsklausel in Ziff. 13.4 des Vertrags (K-1) „jede weitergehende Haftung [...], insbesondere jede Haftung für indirekte Schäden oder Folgeschäden jeder Art

[...]“ wegbedingt, verstösst sie gegen die in Art. 100 Abs. 1 OR statuierte Schranke und ist somit teilnichtig. Daher haftet die Klägerin jedenfalls für Schäden aus grober Fahrlässigkeit.

- 49 Der Grad der Fahrlässigkeit, durch welche die Schäden (Einleitungsantwort, Ziff. 6 f. und 18) verursacht wurden, stellt eine Beweisfrage dar, welche nicht Teil dieser Verfahrensphase ist (Beschluss Nr. 1, Ziff. 2.8). Das Schiedsgericht könnte das Verhalten der Klägerin in einem späteren Beweisverfahren als grobfahrlässig qualifizieren und zwar insbesondere aufgrund folgender Gründe: 1. Bei der Klägerin handelt es sich um ein „erfahrenes Ingenieurunternehmen“ (K-1, Präambel). 2. Die Fehlfunktionen sind u.E. nicht auf ein Verschulden der Beklagten zurückzuführen (Einleitungsantwort, Ziff. 3) und fallen daher nicht unter Ziff. 5.1 Abs. 5 des Vertrags (K-1). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass dies der Klägerin bewusst war und dass die Mangelfolgeschäden (Einleitungsantwort, Ziff. 18) daher mindestens auf grobe Fahrlässigkeit seitens der Klägerin zurückzuführen sind.

f) Fazit

- 50 Da das Werk nicht genehmigt wurde, die Befreiungswirkung i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR nicht greift und auch nicht einschlägig bzw. gültig freigezeichnet wurde, kann die Beklagte Gewährleistungsansprüche geltend machen.

5. Gesamtfazit

- 51 Für den Fall, dass das Gericht der Auffassung der Beklagten folgt, wonach keine Abnahme stattgefunden hat, macht die Beklagte Verzug geltend (s. hiervor Rz. 21 und 26).
- 52 Sollte das Gericht der klägerischen Auffassung folgen, wonach eine Abnahme stattgefunden hat, macht die Beklagte Verzug (s. hiervor Rz. 34) und Gewährleistungsansprüche (s. hiervor Rz. 50) geltend.

III. Qualifikation und Umfang der Bankgarantie

1. Qualifikation als Erfüllungsgarantie

- 53 Die Beklagte wird im Folgenden darlegen, dass es sich vorliegend um eine Erfüllungsgarantie handelt. Die Erfüllungsgarantie hat mehrere Unterarten (VON WESTPHALEN/JUD, S. 438 f.). Von diesen ist i.c. insbesondere die Gewährleistungsgarantie relevant, weil sie das Risiko abdeckt, dass die Sache Mängel aufweist (VON WESTPHALEN/JUD, S. 439). Die Begründung für das Vorliegen der Erfüllungsgarantie ist daher unter dem Aspekt der Gewährleistungsgarantie zu sehen.

a) Vertrauensprinzip

- 54 Stellt sich nachträglich heraus, dass sich die Parteien bei Vertragsschluss nicht in allen Punkten einig waren, so kommt das Vertrauensprinzip zur Anwendung, wonach „Willenserklärungen so auszulegen [sind], wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten“ (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 207).
- 55 Da i.c. die Klägerin den Vertrag (K-1; s. Beschluss Nr. 2, Ziff. 5) und Fjordbank die Garantieurkunde verfasst hat (KLEINER, Rz. 16.01), sind beide Dokumente so auszulegen, wie sie die Beklagte verstehen durfte und musste.

b) Auslegung des Vertrags (K-1)**aa) Systematik**

- 56 Die Garantie wird immer im Zusammenhang mit der Materialgarantie erwähnt (K-1, Ziff. 3.1.1; K-3, Abs. 1; B-3). Die Beklagte fasste dies nach Treu und Glauben so auf, dass sie die Garantiesumme hätte beanspruchen dürfen, wenn die Klägerin ihren Pflichten aus der Materialgarantie nicht nachgekommen wäre. Sie durfte dies auch so auffassen, weil die Dauer der Gewährleistungsgarantien von der jeweiligen valutavertraglichen Gewährleistungsfrist abhängt (BÜSSER, Rz. 398).

bb) Verhalten der Klägerin nach Vertragsschluss

- 57 Auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss „kann Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsabschluss zulassen“ (HUGUENIN, Rz. 275).
- 58 Die Anzahlungsgarantie sichert das Risiko der Nichtrückgabe der Anzahlung für den Fall, dass der Verkäufer nicht liefert, bzw. nicht leistet (NIELSEN, § 121 Rz. 37). Die Klägerin schreibt in Rz. 49 ihrer Klageschrift, dass die geltend gemachten Forderungen der Beklagten reine Gewährleistungsansprüche darstellen. Weiter ist zu lesen, dass „jede Inanspruchnahme der Bankgarantie [...] spätestens ab dem 15. Dezember 2005 rechtsmissbräuchlich“ gewesen wäre (Klageschrift, Rz. 58). Nach Ansicht der Klägerin hat sich der Tatbestand, der die Inanspruchnahme der Garantiesumme gerechtfertigt hätte, nach dem 15. Dezember 2005 somit gar nicht mehr verwirklichen können. Dennoch wollte die Klägerin die Bankgarantie verlängern, wie sie in einem Bestätigungsschreiben vom 16. Juni 2006 (B-3) erklärt. In diesem Bestätigungsschreiben (B-3) ist daher entweder ein Verstoss gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB oder aber eine Bestätigung der Ansicht der Beklagten zu erblicken. Auf Grund von Art. 3 Abs. 1 ZGB und einer fehlenden Stellungnahme der Klägerin ist letzteres anzunehmen.

- 59 Die Tatsache, dass die Bankgarantie gemäss Bestätigungsschreiben vom 16. Juni 2006 (B-3) zusammen mit der Materialgarantie um zwei Jahre verlängert wird, stellt nach Ansicht der Beklagten ebenfalls ein Indiz für eine Erfüllungsgarantie dar (s. hiervor Rz. 56).
- 60 Dass die Beklagte die neue Garantieurkunde nicht ausgehändigt erhalten hat (Beschluss Nr. 2, Ziff. 4), ist als irrelevant zu betrachten, denn diese Verhaltensweise stand unter dem Einfluss des Rechtsstreits (s. auch Beschluss Nr. 2, Ziff. 4).
- 61 Sollte eingewendet werden, dass dem Dokument B-3 keine Rechtswirkung zukomme, weil die Beklagte keine Bestätigung abgegeben hat, so ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Bestätigungsschreiben wirken grundsätzlich konstitutiv und zwar auch ohne ausdrückliche Annahme (Art. 6 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 1163 mit Verweisungen).

c) Auslegung der Bankgarantie (K-3)

- 62 Die Klägerin geht nicht explizit darauf ein, ob die Garantieurkunde zur Ermittlung des Parteiwillens im Valutaverhältnis herangezogen werden darf. Aus ihren Ausführungen ergibt sich implizit, dass sie dies für zulässig hält. Dem ist zuzustimmen (s. auch SPAINI, S. 30).

aa) Bezeichnung

- 63 Die Klägerin schreibt in Rz. 39 ihrer Klageschrift, die Beklagte habe „mit Hilfe des als ‚Bankgarantie‘ bezeichneten Dokumentes K-3“ die Garantiesumme beanspruchen wollen. Tatsächlich ist das Dokument K-3 jedoch mit „Anzahlungsgarantie“ betitelt. Die Beklagte geht im Folgenden davon aus, dass der Klägerin in Rz. 39 ein Fehler unterlaufen ist.
- 64 Weiter hat sich die Klägerin mit der Tatsache, dass die Garantieurkunde als „Anzahlungsgarantie“ bezeichnet wird, nicht auseinandergesetzt. Die Beklagte schliesst daraus, dass der Bezeichnung keine weitere Bedeutung zukomme (Art. 18 Abs. 1 OR; s. auch BÜSSER, Rz. 387).
- 65 Die Klägerin könnte der Beklagten jedoch vorwerfen, sie habe bei Erhalt des als „Anzahlungsgarantie“ bezeichneten Dokuments nicht reagiert. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Die Beklagte ist im Bereich der Bankgeschäfte als nicht geschäftsgewandt zu bezeichnen, da sie sich nicht „in der täglichen Praxis mit Sicherungsgeschäften auseinandersetzt“ (BGer 4C.136/2003, E. 2.4.2). Da sich die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Typen von Bankgarantien lediglich international „herausgebildet“ hat (NIELSEN, § 121, Rz. 30), m.a.W. also nirgends normiert ist, gestaltet sich die Differenzierung für den diesbezüglich nicht geschäftsgewandten Vertragspartner als sehr schwierig. Dies wird noch durch die Tatsache unterstützt, dass die Bankgarantie in einer der Beklagten fremden Sprache verfasst wurde. Aus

diesen Gründen mass die Beklagte der Bezeichnung „Anzahlungsgarantie“ keine allzu grosse Bedeutung zu und vertraute auf den Inhalt der Garantieurkunde.

bb) Sicherungszweck

- 66 Die Klägerin schreibt in Rz. 47 ihrer Klageschrift, der Sicherungszweck sei auf vollständige und pünktliche Lieferung des Werkes beschränkt. Indessen werde nicht garantiert, dass es fehlerfrei sei bzw. die vereinbarten Vorgaben erfüllt seien. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden, denn die Vollständigkeit ist von der Vollendung zu unterscheiden: Die Unternehmerin hat ihre Leistung u.E. vollständig erbracht, wenn alle Ansprüche der Bestellerin aus dem Vertragsverhältnis erloschen sind. Zu diesen Ansprüchen gehört neben der Rechtzeitigkeit auch die Mängelfreiheit (GAUCH, Rz. 605). Das Werk ist frei von Mängeln, wenn es die vertraglich vereinbarten Eigenschaften aufweist (GAUCH, Rz. 605). Vollständigkeit setzt m.a.W. Mängelfreiheit voraus, Vollendung hingegen nicht (GAUCH, Rz. 106).
- 67 Der Sicherungszweck deutet somit entgegen der klägerischen Auffassung nicht auf eine Anzahlungs-, sondern auf eine Erfüllungsgarantie hin.

cc) Höhe des Betrages

- 68 Erfüllungsgarantien decken i.d.R. 5 bis 20 % des Vertragswertes (BÜSSER, Rz. 393; DOHM, Rz. 22; VON WESTPHALEN/JUD, S. 439). Wenn die Klägerin in Rz. 46 ihrer Klageschrift behauptet, dass die Garantiesumme der Anzahlungssumme entspricht, hat dies somit nichts zu bedeuten, entspricht die Garantiesumme doch gerade 20 % des Gesamtpreises (K-3, Abs. 1).

dd) Keine Wechselseitigkeit

- 69 Die Klägerin behauptet in Rz. 46 ihrer Klageschrift, dass die Anzahlung die zu sichernde Forderung sei, und stützt dies auf Abs. 1 der Bankgarantie (K-3). Tatsächlich wurde dieser Passus von der Beklagten nach Treu und Glauben jedoch dahingehend verstanden, dass sie zuerst die Anzahlung zu leisten habe und dann als Gegenleistung die Garantieurkunde erhalte. Der Passus ist mithin nicht im Sinne der Wechselseitigkeit, sondern in zeitlicher Hinsicht zu verstehen. Sollte das Gericht die Auffassungen beider Parteien als gleichwertig erachten, so verweist die Beklagte auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach „Vertragsbestimmungen, die in guten Treuen [d.h. nach dem Vertrauensprinzip] verschieden aufgefasst werden können, [...] zu Ungunsten des Vertragspartners auszulegen [sind], der den Vertrag verfasst hat“ (BGE 99 II 67 ff. E. 3 a.E.). Verfasser der Garantie war Fjordbank im Auftrag der Klägerin. Daher ist dem Wortlaut die Bedeutung beizumessen, wie sie die Beklagte verstanden hat.

d) Zwischenfazit

70 Sowohl die Auslegung des Vertrags (K-1) als auch der Garantiekunde (K-3) führen zum Ergebnis, dass i.c. eine Erfüllungsgarantie mit besonderer Ausprägung in Form einer Gewährleistungsgarantie vorliegt.

2. Von der Bankgarantie gedeckte Ansprüche

71 Die Erfüllungsgarantie deckt das Risiko, dass die gesicherte Leistung überhaupt nicht oder mangelhaft erbracht wird (BÜSSER, Rz. 391; DOHM, Rz. 20 f.; NIELSEN, § 121 Rz. 41 f.; VON WESTPHALEN/JUD, S. 439). M.a.W.: Sowohl Gewährleistungs- als auch Verzugsansprüche sind von der Erfüllungsgarantie umfasst.

72 Sollte das Gericht von einer Anzahlungsgarantie ausgehen, macht die Beklagte geltend, dass die Anzahlungsgarantie auch Verzugsansprüche deckt – jedenfalls solche, die nicht durch Nichtbeheben von Mängeln entstanden sind (VON WESTPHALEN/JUD, S. 14).

3. Berechtigte Inanspruchnahme

73 Der Garantiefall stellt eine aufschiebende Bedingung i.S.v. Art. 151 OR dar (SPAINI, S. 31; VON WESTPHALEN/JUD, S. 470). Vom Eintritt dieser Bedingung hängt das Forderungsrecht der Begünstigten ab (SPAINI, S. 31; s. auch Art. 152 Abs. 2 OR). Die Bankgarantie wird somit berechtigt in Anspruch genommen, wenn der Garantiefall eingetreten ist. Dies ist der Fall, wenn der Auftraggeber seine Leistung im Valutaverhältnis nicht ordnungsgemäss erbringt und die betreffende Leistungsstörung vom Sicherungszweck umfasst ist (SPAINI, S. 30).

74 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die von ihr geltend gemachten Ansprüche von der Bankgarantie (K-3) erfasst sind, weil es sich um eine Erfüllungsgarantie handelt. Da Mängel- und Verzugsansprüche mithin vorliegen (s. hiervor Rz. 51 f.), ist der Garantiefall i.c. eingetreten und die Inanspruchnahme berechtigt. Ein Unterlassungsanspruch seitens der Klägerin ist deshalb zu verneinen (DOHM, Rz. 118; ZOBL, S. 50).

IV. Der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“

75 Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass die Überprüfung des Sicherungszwecks vor Auszahlung der Garantiesumme i.c. nicht mit dem Mechanismus der Bankgarantie vereinbar ist.

1. Allgemeines

76 Für alle Bankgarantien gilt der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“ (VON WESTPHALEN/JUD, S. 467 f.), was bedeutet, dass der Begünstigte seinen Anspruch ggü. der Garantie-

bank geltend machen kann, „ohne dass es nötig wäre, zuvor etwaige Meinungsverschiedenheiten über die Abwicklung des Grundvertrages zu klären oder insoweit gar ein Prozess- oder Schiedsverfahren einzuleiten“ (DOHM, Rz. 71; VON WESTPHALEN/JUD, S. 466).

- 77 Der Grundsatz erfährt jedoch eine Ausnahme, wenn der Begünstigte die Garantiesumme offensichtlich rechtsmissbräuchlich in Anspruch nehmen will (Art. 2 Abs. 2 ZGB; EGGER, S. 15; CANARIS, Rz. 1152; s. auch VON WESTPHALEN/JUD, S. 442; DOHM, Rz. 353). Diesfalls kann die Garantiebank die Zahlung verweigern (VON WESTPHALEN/JUD, S. 472) und der Garantiefallgeber hat einen Anspruch ggü. dem Begünstigten auf ein Abrufverbot als einstweiligen Rechtsschutz; Letzteres ergibt sich aus dem Valutaverhältnis (EGGER, S. 15).

2. Kein offenbarer Rechtsmissbrauch

a) Erfüllungsgarantie

- 78 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beklagte keinen Anspruch hat, die Bankgarantie, sollte diese als Erfüllungsgarantie qualifiziert werden, zu ziehen (Klageschrift, Rz. 53).
- 79 Ferner sei die Inanspruchnahme der Bankgarantie dann rechtsmissbräuchlich, wenn der Garantiefall nicht eingetreten sei und unter „keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantie“ bestehe. Schliesslich hält die Klägerin fest, dass der Rechtsmissbrauch sofort beweisbar sein muss (Klageschrift, Rz. 55). Dieser Ansicht ist zuzustimmen (DOHM, Rz. 241; EGGER, S. 15).
- 80 Die erste Voraussetzung, wonach der materielle Garantiefall nicht eingetreten sei, da weder Nicht- noch Schlechterfüllung vorliegt, trifft nach Auffassung der Beklagten nicht zu. Wie bereits dargelegt, stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, das Werk sei noch nicht vollendet und es liege Verzug vor. Eventualiter liegen bei Abnahme Schlechterfüllung und Verzug vor (s. hiavor Rz. 51 f.).
- 81 Weiter setzt die Klägerin die Offenkundigkeit des Rechtsmissbrauchs voraus und begründet diese lediglich mit der Tatsache, dass die vereinbarten Verfahrenswerte (K-4) erreicht wurden bzw. das Werk als genehmigt zu betrachten ist (Klageschrift, Rz. 21 f.). Nach Auffassung der Beklagten bedeutet die Vereinbarung (K-4) keinesfalls, dass die Beklagte auf die Geltendmachung von Gewährleistungs- und Verzugsansprüchen verzichtet hat. Wie bereits dargelegt (s. hiavor Rz. 16) stellt die Vereinbarung (K-4) i.V.m. der entsprechenden Ergänzung (K-7) vielmehr die Verpflichtung der Klägerin dar, die versprochenen Testläufe und mit ihnen die Vollendung des Werks vorzunehmen. Die Klägerin begründet also m.a.W. nicht gehörig,

weshalb unter „keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantie“ besteht.

- 82 Nach Ansicht der Beklagten fehlt es folglich am offenbaren Element des Rechtsmissbrauchs, da dieser i.c. genau nicht „in die Augen springend [und] unzweifelhaft“ ist (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 58). Schliesslich ist bereits die Qualifikation der Bankgarantie (K-3) strittig (s. hiervor Rz. 53 ff.); zudem sind sich die Parteien über die Bedeutung der Verfahrenswerte und die Genehmigung des Werks – somit über das vorgebrachte „Beweisstück“ (K-4) – uneinig (s. hiervor Rz. 14 ff.). Daher spricht nichts dafür, dass es für ein Gericht auf den ersten Blick erkennbar wäre, dass die Bankgarantie rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen wurde.
- 83 Unabhängig von diesen Ausführungen stellt eine Inanspruchnahme der Bankgarantie bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien des Grundverhältnisses, bspw. über das Erreichen der zugesicherten Werte, keine offensichtlich missbräuchliche, sondern höchstens eine unberechtigte Inanspruchnahme dar; Dies auch dann, wenn diese Werte tatsächlich erreicht wurden. Eine derartige Position seitens der Beklagten kann nicht als „völlig unvertretbar und abwegig“ und somit als offenbar rechtsmissbräuchlich angesehen werden (DOHM, Rz. 232).

b) Eventualiter: Anzahlungsgarantie

- 84 Sollte das Schiedsgericht entgegen der Auffassung der Beklagten (s. hiervor Rz. 70) dem klägerischen Standpunkt folgen, wonach die Bankgarantie (K-3) als reine Anzahlungsgarantie zu qualifizieren sei, ist dem Folgendes entgegenzuhalten:
- 85 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Bankgarantie sichere lediglich „vollständige“ und „pünktliche“ Lieferung des Werks (Klageschrift, Rz. 47), womit ein Abruf der Garantie aufgrund von Gewährleistungsansprüchen zweckwidrig und somit rechtsmissbräuchlich sei (Klageschrift, Rz. 51). Die Beklagte schliesst sich der Ansicht der Klägerin an, wonach Gewährleistungsansprüche nicht vom Sicherungszweck einer Anzahlungsgarantie erfasst sind und ein zweckwidriger Abruf einer Bankgarantie u.U. rechtsmissbräuchlich sein könnte.
- 86 Wie bereits dargelegt, stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, es liege in jedem Fall Verzug vor (s. hiervor Rz. 51 f.). Verzugsansprüche sind grundsätzlich vom Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie erfasst (s. hiervor, Rz. 72), was auch die Klägerin implizit festhält (Klageschrift, Rz. 47); Eine zweckwidrige Inanspruchnahme fällt ausser Betracht.

87 Selbst wenn das Schiedsgericht den Argumenten der Beklagten bezüglich des Verzugs nicht folgt und eine zweckwidrige Inanspruchnahme aufgrund von Gewährleistungsansprüchen annimmt, gilt der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“ noch nicht als durchbrochen. In Rz. 51 der Klageschrift wird zwar dargelegt, dass ein zweckwidriger Abruf rechtsmissbräuchlich sei, auf das Element der Offenkundigkeit, welches eine Voraussetzung für den Durchbruch dieses Grundsatzes darstellt (s. hiervor Rz. 79), wird jedoch nicht eingegangen. An dieser Stelle sei auf die Ausführungen zur Offenkundigkeit bei Annahme einer Erfüllungsgarantie verwiesen (s. hiervor Rz. 82).

3. Fazit

88 Da i.c. kein offenkundiger Rechtsmissbrauch vorliegt, ist die Einleitung prozessualer Schritte vor Auszahlung der Garantiesumme mit der Natur der Bankgarantie nicht vereinbar.

V. Schlussfazit

89 Erstens bestehen die von der Beklagten geltend gemachten Verzugs- und Gewährleistungsansprüche. Zweitens sind diese Ansprüche vom Sicherungszweck der Bankgarantie umfasst. Drittens wurde nicht gültig freigezeichnet. Und viertens wurde der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“ nicht durchbrochen, da die Bankgarantie nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen wurde. Folglich besteht kein Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie (K-3) ggü. der Fjordbank.

B. Herausgabe der Bankgarantie

I. Ungenügend geltend gemachter Anspruch

90 Die Klägerin macht einen Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantie geltend, ohne sich dabei auf einen Rechtstitel zu stützen. Weiter enthält die klägerische Argumentation (Klageschrift, Rz. 79 f.) keine Quellenangaben, weshalb die Behauptungen nicht überprüft werden können.

II. Kein Rückgabeanspruch aufgrund der Garantieurkunde

91 Gemäss Abs. 5 der Bankgarantie (K-3) soll die Garantieurkunde nach Verfall oder nach Auszahlung der Garantiesumme Fjordbank zurückgegeben werden.

92 Zur Auszahlung ist es i.c. noch nicht gekommen, sodass kein Anspruch auf Rückgabe aus Befriedigung sämtlicher Ansprüche abgeleitet werden kann.

- 93 Zwar ist die Garantie am 3. Januar 2007 erloschen; die Beklagte müsste das Original deshalb eigentlich zurückgeben. Allerdings nahm die Beklagte mit Schreiben vom 4. Oktober 2006 die Garantiesumme fristgerecht in Anspruch (Einleitungsantwort, Ziff. 9). Allein aufgrund des klägerischen Verhaltens ist es bisher nicht zur Auszahlung gekommen (Einleitungsanzeige, Ziff. 11). Es wäre daher unbillig, der Klägerin aufgrund des Verfalls den Anspruch auf Rückgabe der Garantieurkunde einzuräumen. Ferner ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin beabsichtigte, die Bankgarantie (K-3) um zwei Jahre zu verlängern (B-3). Damit zeigte sie, dass der Verfalltag vom 3. Januar 2007 nicht mehr relevant sein sollte.

III. Kein Rückgabeanspruch aufgrund des Valutaverhältnisses

- 94 Fehlen die Voraussetzungen für eine berechtigte Inanspruchnahme im Valutaverhältnis, z.B. weil die Garantieauftraggeberin ihren Verpflichtungen nachgekommen ist, so hat die Garantieauftraggeberin ggü. der Begünstigten einen Anspruch auf Herausgabe der Garantieurkunde (DOHM, Rz. 118).
- 95 I.c. ist der Garantiefall eingetreten (s. hiervor Rz. 74) und die Inanspruchnahme deshalb berechtigt. Ein Rückgabeanspruch ist mithin zu verneinen.

IV. Fazit

- 96 Weder aufgrund der Garantieurkunde noch des Valutaverhältnisses lässt sich ein Rückgabeanspruch ableiten.

C. Prozessführungsverbot

I. Einleitung

- 97 Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass die Klägerin keinen Anspruch gegen die Beklagte hat, wonach diese die in Kroatien gegen die Fjordbank anhängigen Klagen in Bezug auf die Bankgarantie zurückzunehmen hat.

II. Ungenügend geltend gemachter Anspruch

- 98 Zunächst führt die Klägerin aus, weshalb ausländische Schiedssprüche in Kroatien anzuerkennen seien (Klageschrift, Rz. 81 bis 86). Die Beklagte betrachtet diese Ausführungen als unstrittig und stimmt ihnen zu.
- 99 Ferner leitet die Klägerin „aus dem Umstand, dass ein nach schweizerischem *lex arbitri* gefällter Schiedsspruch [...] nicht zwangsläufig von ausländischen *leges fori derogati* anerkannt wird“ den Anspruch auf ein Prozessführungsverbot ab (Klageschrift, Rz. 87). Sie äus-

sert sich damit weder zur Anspruchsgrundlage, noch zur Befugnis des Schiedsgerichts, solche Massnahmen zu erlassen, noch zu den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Prozessführungsverbot u.U. ausgesprochen werden kann.

III. Kein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot

1. Fehlende Anspruchsgrundlage

- 100 Wie bereits erwähnt fehlt es in der Klageschrift an einem Rechtstitel, worauf die Klägerin den Anspruch auf ein Prozessführungsverbot stützen könnte.
- 101 Einen möglichen Rechtstitel stellt die Schiedsabrede in Ziff. 16.2 des Vertrags (K-1) dar. Die Beklagte leitet aus Rz. 86 der Klageschrift ab, dass die Klägerin von der Wirksamkeit der Schiedsabrede ausgeht und betrachtet diesen Punkt als unstrittig.
- 102 Die Beklagte bestreitet indessen, dass sich aus der Abrede ein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot ableiten lässt. Dies leitet sie aus der Tatsache ab, dass Schiedsabreden nach wohl h.M. in der Schweiz als reine Verträge des Prozessrechts betrachtet werden (RÜEDE/HADENFELDT, S. 46). Eine (positive) schuldrechtliche Pflicht zur Anrufung eines Schiedsgerichts lässt sich mithin nicht begründen (BERGER/KELLERHALS, Rz. 296; ähnlich RÜEDE/HADENFELDT, S. 80). Vielmehr steht der beklagten Partei die (prozesshindernde) Einrede der Schiedsvereinbarung zu, wenn vor einem staatlichen Gericht geklagt wird. D.h., die Beklagte kann erfolgreich die Zuständigkeit des staatlichen Richters ablehnen (BERGER/KELLERHALS, Rz. 296; ähnlich RÜEDE/HADENFELDT, S. 80).

2. Nicht erfüllte Voraussetzungen

- 103 Die Beklagte ist sich bewusst, dass auch Meinungen bestehen, wonach eine Schiedsabrede materiellrechtliche Wirkungen entfaltet (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N. 4). Wenn die Klägerin indessen aus dem blossen Umstand, dass ein nach schweizerischem lex arbitri gefällter Schiedsspruch u.U. im Ausland nicht anerkannt wird, ein Prozessführungsverbot ableitet, verkennt sie, dass gewisse Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

a) Fehlende Gleichheit der Prozesse

- 104 Es gilt der Grundsatz, wonach Verträge grundsätzlich nur inter partes gelten. Deshalb werden Dritte grundsätzlich nicht von der Schiedsabrede erfasst (RÜEDE/HADENFELDT, S. 81).
- 105 Gemäss Ziff. 16.2 des Vertrags (K-1) sollen „alle aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten“ unter die Schiedsabrede fallen.

106 Nach dem Gesagten gilt der Vertrag als verletzt, wenn sich die eine Vertragspartei mit dem Streitgegenstand, welcher der Schiedsabrede unterworfen wurde, an ein anderes als das vereinbarte Gericht wendet. M.a.W.: Es muss Gleichheit zwischen dem staatlichen Prozess und demjenigen, welcher der Schiedsabrede unterworfen wurde, bestehen.

aa) Verschiedenheit der Parteien

107 Parteien am Prozess in Kroatien sind die Beklagte und Fjordbank. Die Klägerin ist diesem Prozess als Nebenintervenientin beigetreten, was indessen nichts an der Tatsache zu ändern vermag, dass sich der Prozess allein gegen Fjordbank richtet; Die Klägerin übt in diesem Verfahren nur ein fremdes Prozessführungsrecht aus. Sie ist somit lediglich eine beteiligte Dritte aber keine Hauptpartei (DEIXLER-HÜBNER, S. 145). Daran vermag auch der Umstand, dass die Klägerin im Falle einer Niederlage für die Garantiesumme aufkommen werden muss, nichts zu ändern. Denn dieses Risiko ist die Klägerin bewusst eingegangen, als sie Fjordbank den Auftrag zur Ausstellung einer Garantieurkunde erteilte.

bb) Verschiedenheit der Streitgegenstände

108 Zwei Streitgegenstände sind identisch, wenn sie auf demselben Rechtsgrund und demselben Streitgegenstand beruhen (BGE 121 III 474 ff. E. 4. a)). M.a.W.: Der Entstehungsgrund für beide Ansprüche muss identisch sein (BGE 123 III 16 ff. E. 2. a) a.E.).

109 Der kroatische Prozess bezieht sich auf Ansprüche, die sich aus dem Garantieverhältnis ergeben, während die Klägerin ihren Unterlassungsanspruch nur auf das Valutaverhältnis stützen kann, da sie nicht Partei des Garantieverhältnisses ist. Die Klägerin könnte nun einwenden, dass das Valutaverhältnis erst zum Entstehen des Garantieverhältnisses geführt habe. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Die Ansprüche, welche die Beklagte aus dem Garantieverhältnis geltend macht, entstanden erst durch das Ausstellen der Garantieurkunde. Das Valutaverhältnis bildete m.a.W. nicht den Entstehungsgrund. Ferner können mit der Formulierung „alle aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten“ (K-1, Ziff. 16.2) nur jene Streitigkeiten gemeint sein, welche das Valutaverhältnis betreffen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass Fjordbank nicht Partei der (valutavertraglichen) Schiedsabrede ist. Wie erwähnt stützt die Beklagte ihre ggü. Fjordbank geltend gemachten Ansprüche auf das Garantieverhältnis. Es liegt m.a.W. keine „sich aus diesem Vertrag ergebende Streitigkeit“ i.S.v. Ziff. 16.2 des Vertrags (K-1) vor, sondern eine sich aus dem Garantieverhältnis ergebende Streitigkeit.

b) Fazit

110 Aufgrund der Verschiedenheit der Prozesse stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Schiedsabrede nicht verletzt zu haben.

3. Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“

111 Sollte trotz obiger Ausführungen eine Verletzung der Schiedsabrede bejaht werden, so stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass diese Verletzung rechtmässig war. Die Rechtmässigkeit ergibt sich aus der Tatsache, dass bei Bankgarantien der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“ gilt. Wie in Rz. 73 f. bereits dargelegt wurde, hat die Beklagte die Garantiesumme nicht ungerechtfertigt und schon gar nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich zu ziehen versucht. (Ein Prozessführungsverbot wäre nur mit dem Mechanismus von Bankgarantien vereinbar, wenn ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch vorläge.)

112 Die Beklagte handelte daher rechtmässig, als sie die Summe beanspruchte. Weiter handelte sie rechtmässig, als sie in Kroatien einen Prozess gegen Fjordbank anstrebte, bevor sich das Schiedsgericht mit der Sache befasste. Denn Zweck des Grundsatzes „erst zahlen, dann prozessieren“ ist es eben gerade, dass zuerst die Garantiesumme ausbezahlt und dann das Valutaverhältnis einer Beurteilung durch eine richterliche Instanz zugeführt wird.

4. Gründe gegen ein Prozessführungsverbot

113 Unabhängig von den obigen Ausführungen bleibt noch zu betonen, dass die Schweiz „kein den *antisuit injunctions* vergleichbares Institut“ kennt (LIATOWITSCH, S. 151; SIEHR, S. 397). Vielmehr sind ausländische Parallelverfahren mittels *res iudicata* bzw. *Litispandez* erfasst und „deren Durchsetzung [...] auf der Ebene der Anerkennung und Vollstreckung abgesichert“ (LIATOWITSCH, S. 151). Ausserdem stellt der Erlass von Prozessführungsverboten einen – wenn auch möglicherweise indirekten – Eingriff in die Zuständigkeit ausländischer Gerichte dar, was „schweizerischen zivilprozessualen, [...] staatsrechtlichen und -politischen Grundsätzen widerspricht“ (LIATOWITSCH, S. 151). Somit ist der Erlass von *antisuit injunctions* nicht zulässig (LIATOWITSCH, S. 152; s. auch STACHER, S. 78 f.).

IV. Schlussfazit

114 Nach dem Gesagten ist ein Anspruch der Klägerin auf ein Prozessführungsverbot zu verneinen. Daher ist ihr diesbezügliches Rechtsbegehren, soweit es begründet ist, abzuweisen.