

Klageantwort Gruppe 2

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

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 2
Lara Elliott
Julian Gower
Mihai Vladescu
Isabelle Wirth

KLAGEANTWORT

In Sachen

Polar Technology A.S.
Klägerin
vertreten durch die Moot Court Gruppe 3

gegen

Stiva d.d.
Beklagte
vertreten durch die Moot Court Gruppe 2

betreffend

Forderungen

Rechtsbegehren:

„1. *Die Schiedsklage sei abzuweisen.*

2. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.“*

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS.....	V
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VII
1. EINLEITUNG	1
2. SICHERUNGSZWECK DER BANKGARANTIE	1
2.1. BEGRIFF DER BANKGARANTIE.....	1
2.2. ARTEN UND SICHERUNGSZWECK VON BANKGARANTIEN	2
2.2.1. <i>Anzahlungs- oder Rückzahlungsgarantie</i>	2
2.2.2. <i>Erfüllungsgarantie</i>	2
2.3. QUALIFIKATION DER VORLIEGENDEN BANKGARANTIE	2
2.3.1. <i>Die Bankgarantie als Erfüllungsgarantie</i>	2
2.3.2. <i>Sicherungszweck der umfassenden Erfüllungsgarantie</i>	6
2.4. FAZIT	7
3. NICHTERFÜLLUNG DES WERKVERTRAGES	7
3.1. ABNAHMEVORAUSSETZUNGEN	7
3.2. BERECHTIGUNG ZUR NICHTABNAHME	8
3.2.1. <i>Einwand der ungenügenden Stabilität</i>	8
3.2.2. <i>Nichtabnahme am 15. Dezember 2005</i>	10
3.2.3. <i>Nichtabnahme am 6. Mai 2006</i>	11
3.2.4. <i>Nichtabnahme am 3. Januar 2007</i>	13
3.3. WEITERE VORGEBRACHTE ARGUMENTE ZUR BEGRÜNDUNG DES RECHTSMISSBRAUCHS ..	13
3.4. ABLEHNUNG DER FREIZEICHNUNGSKLAUSELN	13
3.5. FAZIT	14
4. HERAUSGABE DER BANKGARANTIE	15
4.1. KONKRETE RECHTSLAGE	15
4.2. WIDERLEGUNG DER ÜBRIGEN ARGUMENTE DER KLÄGERIN.....	15

5. ABSEHEN VOM PROZESSFÜHRUNGSVERBOT	16
5.1. KEIN ANSPRUCH AUF EIN PROZESSFÜHRUNGSVERBOT AUS DER SCHIEDSKLAUSEL	16
5.2. ABLEHNUNG EINER ANTI-SUIT INJUNCTION	18
5.3. KEIN ANSPRUCH AUF EIN PROZESSFÜHRUNGSVERBOT AUS RES IUDICATA.....	19
5.4. WEITERE VORGEBRACHTE ARGUMENTE ZUR BEGRÜNDUNG DES ANSPRUCHS AUF EIN PROZESSFÜHRUNGSVERBOT	19

LITERATURVERZEICHNIS

ABDULLA, ZINA, in KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE/STUCKI, BLAISE (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland, Den Haag 2004

BESSON, SÉBASTIEN, in ZUBERBÜHLER, TOBIAS ET AL. (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, Zürich 2005

BÜHLER, THEODOR, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997

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

DOHM, JÜRGEN, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985

EGGER, WALTHER, Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien Zürich, SJZ 1990, S. 15 ff.

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

Zitiert: GAUCH

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER/SCHMID, JÖRG/REY, HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2003

Zitiert: GAUCH ET AL.

GOTTRAU, NICOLAS, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in WESTPHALEN, FRIEDRICH, Die Bankgarantie im internationalen Verkehr, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2005

KOLLER, ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Auflage, Zürich 1995

Zitiert: KOLLER, Nachbesserungsrecht

KOLLER, ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2006

Zitiert: KOLLER, OR AT

LÖW, FRANZISKA, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, Englischen und Schweizer Rechts, Diss. Univ. Basel, Basel 2002

REDFERN, ALAN/HUNTER, MARTIN, Law and Practice of Commercial Arbitration, 4. Auflage, London 2004

RIEMER, HANS MICHAEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB), 2. Auflage, Bern 2003

SCHWENZER, INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006

SEGESSER, GEORG/KURTH, CHRISTOPH, in KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE/STUCKI, BLAISE (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland, Den Haag 2004

SPAINI, MAURO, Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Diss. Univ. Freiburg, Dietikon 2000

VOGEL, OSCAR/SPÜHLER, KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts des Schweiz, 8. Auflage, Bern 2006

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AS	Aksjeselskap (Aktiengesellschaft)
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
d.d.	deoničarsko društvo (Aktiengesellschaft)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
et. al.	et alii = und andere
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
f.	und folgende (Seite)
ff.	und folgende (Seiten)
gem.	gemäss
GestG	Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KS	Klageschrift der Moot Court Gruppe 3
N	Note, Randziffer
NYÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung Gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (SR 0.275.11)
Nr.	Nummer

OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936 (SR 220)
OR AT	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil
S.	Seite
SchO	Schweizerische Schiedsordnung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Univ.	Universität
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer

1. Einleitung

Zunächst wird die Beklagte darlegen, dass die von der Fjordbank AS am 16. September 2004 zugunsten der Beklagten ausgestellte Bankgarantie Nr. 2333384-550338 eine unabhängige, umfassende Erfüllungsgarantie ist, und anschliessend den genauen Sicherungszweck derselben festlegen [2]. 1

Des Weiteren ist zu zeigen, dass der Werkvertrag von der Klägerin nicht vollumfänglich erfüllt wurde und die Abnahme des Werkes durch die Beklagte rechtmässig abgelehnt wurde. Somit war die Inanspruchnahme der Bankgarantie Nr. 2333384-550338 berechtigt, und die Klägerin kann folglich keinen Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie Nr. 2333384-550338 geltend machen [3]. 2

Hiernach wird die Beklagte nachweisen, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Herausgabe des Originals der Bankgarantie Nr. 2333384-550338 vom 16. September 2004 hat [4]. 3

Zuletzt wird die Beklagte darlegen, dass die Klägerin, auch keinen Anspruch geltend machen kann, wonach die Beklagte sämtliche an kroatischen Gerichten anhängige Klagen gegen die Fjordbank AS bezüglich der Bankgarantie Nr. 2333384-550338 zurückzuziehen hätte [5]. 4

2. Sicherungszweck der Bankgarantie

2.1. Begriff der Bankgarantie

Unter einer Bankgarantie ist die von einer Bank oder eines anderen, mit einer Bank vergleichbaren Instituts eingegangene Verbindlichkeit, nach welcher dem Begünstigten im Falle, dass ein Dritter nicht die ihm gegenüber übernommenen Verpflichtungen erfüllen sollte, eine bestimmte Geldsumme „auf erstes Anfordern“ oder auf Anfordern unter Berücksichtigung der in der Garantie vorgesehenen Bedingungen, ausgezahlt wird, zu verstehen (vgl. GOTTRAU, S. 429 f.). 5

Im vorliegenden Fall wird von der Klägerin nicht bestritten, dass die Fjordbank AS am 16. September 2004 eine unabhängige Bankgarantie über 4'400'000 Euro für den Fall ausgestellt hat, dass die Klägerin nicht vollständig oder rechtzeitig die vertraglich mit der Beklagten eingegangenen Verpflichtungen erfüllen würde (K-3), weshalb nicht weiter zu begründen ist, dass es sich bei besagtem Dokument um eine nichtakzessorische und nicht 6

um eine akzessorische Bankgarantie handelt. Weiter ist – mangels gegenteiliger Argumentation der Klägerin in ihrer Einleitungsanzeige und in ihrer Klageschrift – unstrittig, dass es sich bei besagter Bankgarantie um eine Bankgarantie „auf erstes Anfordern“ mit dokumentarischer Klausel handelt. Hingegen ist strittig, ob eine Anzahlungs- respektive Rückzahlungsgarantie oder aber eine Erfüllungsgarantie vorliegt, und wie weit der Sicherungszweck dieser Garantie reicht. Die Klägerin macht in ihrer Klageschrift geltend, es handle sich bei besagter Bankgarantie um eine Anzahlungsgarantie (KS N 43 ff.). Die Argumentation der Klägerin ist allerdings unzutreffend, wie die Beklagte im Folgenden erläutern wird.

2.2. Arten und Sicherungszweck von Bankgarantien

2.2.1. Anzahlungs- oder Rückzahlungsgarantie

Die Beklagte ist mit der Klägerin grundsätzlich einig, dass Anzahlungs- bzw. Rückzahlungsgarantien die Sicherung einer vom Besteller an einen Unternehmer geleisteten An- oder Vorauszahlung bezwecken: Die Bankgarantie sichert die Ansprüche des Bestellers für den Fall, dass der Unternehmer nicht leistet und auch nicht in der Lage ist, die bereits erfolgte An- oder Vorauszahlung zurückzuerstatten, welche in diesen Fällen an den Besteller im Umfang der Bankgarantie ausbezahlt wird (vgl. DOHM, S. 37 N 23 sowie KS N 44). 7

2.2.2. Erfüllungsgarantie

Wie die Klägerin richtig bemerkte, sichert eine umfassende Erfüllungsgarantie, zusätzlich zur fristgerechten Sach- oder Dienstleistung, die Mängelfreiheit der zu erbringenden Leistung (BÜSSER, N 392). Kommt der Unternehmer seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nach, so kann die Bankgarantie vom Besteller in Anspruch genommen werden (vgl. GOTTRAU, S. 438). 8

2.3. Qualifikation der vorliegenden Bankgarantie

2.3.1. Die Bankgarantie als Erfüllungsgarantie

Die Beklagte wird nun die Ansicht der Klägerin, wonach die vorliegende Bankgarantie Nr. 2333384-550338 (K-3) als Anzahlungsgarantie zu betrachten ist, widerlegen, und ihrerseits darlegen, weshalb die vorliegende Bankgarantie als eine umfassende Erfüllungsgarantie zu qualifizieren ist. 9

Die Bankgarantie wird tatsächlich in ihrer Präambel als Anzahlungsgarantie bezeichnet. **10**
Jedoch darf die Qualifikation einer Bankgarantie nicht alleine auf deren Bezeichnung abgestützt werden. Vielmehr muss hierzu der Inhalt des Hauptvertrages (K-1) sowie die Absicht bei Vertragsschluss festgestellt und herbeigezogen werden (GAUCH ET AL., N 1038). I.c. kann daher aus der Bezeichnung der Bankgarantie Nr. 2333384-550338 als Anzahlungsgarantie nicht gefolgert werden, es handle sich bei der vorliegenden Bankgarantie (K-3) eindeutig um eine Anzahlungsgarantie.

Dies gilt auch, wenn eine Bank, die sich gut mit Bankgarantien auszukennen hat, diese als **11**
Anzahlungsgarantie bezeichnet, denn auch die Besten irren. Aus der Bezeichnung alleine darf auch in diesem Fall nicht auf die Art der Bankgarantie geschlossen werden. Vielmehr ist diese auch bei einer solchen Konstellation mittels Auslegung der Bankgarantie zu ermitteln.

Die Klägerin macht in KS N 46 ff. geltend, die Formulierungen der Bankgarantie (K-3), **12**
wonach „die Rückzahlung des geleisteten Betrages bis zur Höhe von 4'400'000 Euro“ (d.h. 20% des Gesamtauftragsvolumens) bei „nicht vollständig oder nicht rechtzeitig“ erbrachter „Lieferung und Leistung“ gesichert werde, einzig den Schluss zulasse, es handle sich i.c. um eine Anzahlungsgarantie. Diese Argumentation ist allerdings insofern unzutreffend, als dass die Bankgarantie – wie von der Klägerin in KS N 46 bestätigt – von „Lieferung und Leistung“ spricht. Eine solche Lieferungs- und Leistungspflicht ist auf *alle* vertraglichen Pflichten gerichtet, und nicht, wie von der Klägerin suggeriert, einzig auf die Lieferungs- und Leistungspflicht. Sie beinhaltet auch eine umfassende Garantie bezüglich der Funktionsfähigkeit und Mängelfreiheit der Schwefelschmelzanlage. Vertraglich wurde nicht das Erstellen irgendeiner Anlage vereinbart, sondern das Erstellen einer funktionsfähigen, gewisse spezifizierte Leistungen erbringenden Schwefelschmelzanlage (siehe auch K-1, 5.2 Verfahrensgarantien sowie Anhang 10). So verpflichtete sich die Klägerin in 5.2.1 des Hauptvertrages (K-1), die Anlage so auszulegen und zu konstruieren, dass sie „die in Anhang 10 des Hauptvertrages aufgeführten Verfahrensgarantien erreicht“. Folglich wurden spezifische Zusicherungen gemacht, welche durch eine Bankgarantie, die Lieferung und Leistung abdeckt, garantiert wurden. Daher kann die Bankgarantie nicht wie von der Klägerin behauptet (KS N 46) eine Anzahlungsgarantie darstellen, sondern sie ist vielmehr als eine umfassende Erfüllungsgarantie zu qualifizieren.

Des Weiteren macht die Klägerin in KS N 49 geltend, die vorliegende Bankgarantie müsse **13** als Anzahlungsgarantie qualifiziert werden, da die Garantiehöhe [4'400'000 Euro] 20% des Gesamtauftragsvolumens von 22'000'000 Euro darstelle und daher „objektiv betrachtet für eine Erfüllungsgarantie am oberen Rand zu liegen“ scheint, und dass solch hohe Garantiequoten zudem nur bei Anzahlungsgarantien Sinn machen. Allerdings lässt die Klägerin offen, weshalb Garantiequoten von 20% bei Erfüllungsgarantien ihrer Ansicht nach unsinnig sind, und widerspricht sich mit ihrer Argumentation zudem gleich selber, indem sie implizit eingesteht, dass eine Bankgarantie im Umfang von 20% des Gesamtauftragsvolumens sehr wohl auch bei Erfüllungsgarantien vorkommen kann, da solche Garantiequoten von 20% für Erfüllungsgarantien noch üblich sind, auch wenn am oberen Rand. Dies bedeutet nun gleichzeitig, dass eine solche Garantiequote grundsätzlich sinnvoll sein kann, und es daher auf die Umstände ankommt, unter denen eine Bankgarantie vereinbart worden ist. Gerade im vorliegenden Fall ist eine Erfüllungsgarantie im Umfang von 20% des Gesamtvolumens sehr wohl angebracht, da einerseits tatsächlich eine Anzahlung der Beklagten im Umfang der Bankgarantie an die Klägerin gesichert wird, gleichzeitig aber zusätzlich noch eine Sicherheit für die gehörige Erfüllung des Vertrages seitens der Klägerin geschaffen wurde, d.h. der Beklagten wurde in Form ebendieser Erfüllungsgarantie eine Sicherheit gegeben, dass die von der Klägerin errichtete Schwefelschmelzanlage die vertraglich vereinbarte Leistung erbringen würde.

Zusätzlich ist zu bedenken, dass im Vertrag eine pro rata Zahlung vereinbart worden ist **14** (K-1, Ziff. 3). Bei einer solchen Zahlungsmodalität muss die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass die Unternehmerin im Extremfall zwar alle Zahlungen erhalten hat, aber ihre vertraglich eingegangenen Verpflichtungen nur spärlich und mangelhaft erfüllt. Die Höhe der vereinbarten Garantiesumme bezweckte gerade, genau diesem Szenario vorzubeugen. Dass nun ebendieser Fall i.c. eingetreten ist, zeugt von der Angemessenheit der vereinbarten Garantiequote von 20 %. Daher ist die i.c. vorliegende Bankgarantie Nr. 2333384-550338 (K-3) aus Sinn und Zweck der Urkunde viel eher als Erfüllungsgarantie denn als Anzahlungsgarantie zu qualifizieren.

Die Klägerin macht unter KS N 50 zudem geltend, dass die Qualifikation der Bankgarantie **15** als Erfüllungsgarantie zur Folge hätte, dass die Klägerin für Bagatellmängel in vollem Umfang der Bankgarantie in Höhe von 4'400'000 Euro belangt werden könnte, was von ihr aber niemals beabsichtigt worden sei und für sie zudem unzumutbar wäre.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Sicherungszweck von Erfüllungsgarantien **16**
Bagatellmängel nicht mitumfasst, da die Inanspruchnahme einer Bankgarantie wegen
solcher Bagatellmängel an einer Anlage rechtsmissbräuchlich wäre (DOHM, N 241). Zudem
ist festzuhalten, dass bei Mängeln nicht zwingend die ganze Summe der Bankgarantie in
Anspruch genommen werden muss. Je nach Umfang des geltend gemachten Anspruches
kann eine Summe *bis* zum Maximalbetrag der Bankgarantie, i.c. 4'400'000 Euro, geltend
gemacht werden. Des Weiteren ist zu bedenken, dass das Ausstellen einer Bankgarantie
zwischen Klägerin und Beklagten vertraglich vereinbart wurde, und dass die Klägerin nun
nicht einfach behaupten kann, sie hätte das alles nicht so gewollt. Insbesondere auch, da die
Bankgarantie durch die Fjordbank AS in Auftrag der Klägerin ausgestellt wurde. Folglich
sind obige Argumente der Klägerin haltlos und nicht stichhaltig.

Zur Argumentation der Klägerin ist anzufügen, dass gemäss Konstituierungsbeschluss des **17**
Schiedsgerichts das Tatsachenfundament der geltend gemachten Forderungen nicht
untersucht werden muss, weshalb auch die von der Klägerin in N 34 – 40 vorgebrachten
Erwägungen und Behauptungen bezüglich der Höhe der Schäden und wer diese zu tragen
habe zum gegenwärtigen Zeitpunkt des Verfahrens irrelevant sind. Angesichts der
Behauptungen der Klägerin muss jedoch festgehalten werden, dass die Beklagte Schäden
weit über 4'400'000 Euro geltend macht (Einleitungsantwort, Ziff. 18). Diese Summe legt
die Annahme nahe, dass die Inanspruchnahme der Bankgarantie i.c. nicht aufgrund von
Bagatellmängeln erfolgte.

Gegen eine Erfüllungsgarantie spricht auch nicht das Argument des Bestehens einer **18**
Materialgarantie. So soll die Bankgarantie die Materialgarantie verstärken und ist daher als
Zugeständnis der Klägerin an die Beklagte zu verstehen, sodass die Beklagte
unproblematisch ihre Ansprüche geltend machen kann. Die Beklagte erhebt schliesslich
keine Ansprüche aus Vertrag zur Leistung von Schadenersatz für Mangelschäden, sondern
beruft sich einzig auf die umfassende Erfüllungsgarantie.

Aus obiger Argumentation folgt, dass die vorliegende Bankgarantie (K-3) nicht als **19**
Anzahlungsgarantie qualifiziert werden kann. Viel eher ist sie als umfassende
Erfüllungsgarantie zu betrachten, wie im Folgenden dargelegt wird:

Insbesondere für eine umfassende Erfüllungsgarantie spricht die Tatsache, dass die Klägerin aus eigenem Antrieb zusicherte, die Bankgarantie zu verlängern, als sie bereits behauptete, gehörig erfüllt zu haben, und die Abnahme der gesamten Anlage verlangte (vgl. B-3). 20

Das Vorhaben der Klägerin, gleichzeitig sowohl Bank- als auch Materialgarantie zu verlängern, deutet darauf hin, dass die Materialgarantie funktional unter den Sicherungszweck der Bankgarantie fällt. Ansonsten hätte die Klägerin die Verlängerung der Bankgarantie zu diesem Zeitpunkt sicherlich nicht mehr in Betracht gezogen. Mit dieser gleichzeitigen Verlängerung tat sie aber kund, dass auch ihrer Ansicht nach zwischen der Materialgarantie und der Bankgarantie ein unmittelbarer inhaltlicher Zusammenhang besteht, und dass die Materialgarantie mithin ein Element der Bankgarantie darstellt, die für sich alleine gar nicht verlängert werden konnte. Die grammatikalische Auslegung des Dokuments B-3 untermauert dies, da die Verlängerung der Materialgarantie als logische Schlussfolgerung aus der Verlängerung der Bankgarantie erscheint. 21

Folglich ist die vorliegende Bankgarantie Nr. 2333384-550338 (K-3) aus obigen Gründen als umfassende Erfüllungsgarantie zu qualifizieren. 22

2.3.2. Sicherungszweck der umfassenden Erfüllungsgarantie

Der Eintritt des materiellen Garantiefalles ist vom Inhalt des Hauptvertrages (K-1) abhängig. Oft werden die einzelnen Ereignisse, welche die Zahlungspflicht der Bank auslösen sollen, nur sehr nebulös in der Bankgarantie umrissen. Daher ist es in diesen Fällen unerlässlich, die Voraussetzungen, die den Eintritt eines Garantiefalles auslösen, aus den sichergestellten Leistungen im Valutaverhältnis herzuleiten (SPAINI, S. 141). 23

Folgt man dem Wortlaut der Bankgarantie, so tritt der Sicherungsfall dann ein, wenn die Auftraggeberin (die Klägerin) „die im Vertrag [K-1] vereinbarten Lieferungen und Leistungen nicht vollständig und rechtzeitig erbracht hat“. Erst durch die Abnahme anerkennt die Bestellerin (die Beklagte), dass der Vertrag erfüllt wurde. 24

Zudem ist festzuhalten, dass nach Auslegung des Vertrages sowie von Dokument B-3 die Materialgarantie als Bestandteil der Erfüllungsgarantie zu betrachten ist (s.o., N 21). Daher beinhaltet der Sicherungszweck der umfassenden Erfüllungsgarantie i.c. nicht einzig, dass 25

der Unternehmer die von ihm geschuldete Leistung vollständig und rechtzeitig erbringt (sog. Lieferungs- und Leistungsgarantie), sondern sichert, dass der Besteller mängelfrei und rechtzeitig die geschuldete Leistung erbringt.

2.4. Fazit

Es ist daher festzuhalten, dass der Sicherungszweck der vorliegenden Bankgarantie Nr. 2333384-550338, als umfassende Erfüllungsgarantie ausgelegt, Sach- und Gewährleistungsansprüche auch nach der Abnahme deckt, und als Lieferungs- und Leistungsgarantie qualifiziert, der Sicherungszweck solange bestehen bleibt, bis die Anlage als abgenommen zu gelten hat. **26**

I.c. sind daher die von der Beklagten geltend gemachten Mängel vom Sicherungszweck der Bankgarantie umfasst, da die Anlage noch nicht gültig abgenommen wurde, wie im Folgenden aufgezeigt wird, und diese Mängel daher sogar bei Annahme einer Lieferungs- und Leistungsgarantie geltend gemacht werden könnten. **27**

3. Nichterfüllung des Werkvertrages

3.1. Abnahmevoraussetzungen

Wie die Klägerin geht die Beklagte davon aus, dass es sich beim Vertrag, welcher am 3. Juli 2004 von den Parteien geschlossen wurde, um einen Werklieferungsvertrag handelt und deshalb die Bestimmungen über den Werkvertrag gemäss Art. 363 ff. OR mutatis mutandis zur Anwendung gelangen (KS N 12). **28**

Zur Erfüllung eines Werkvertrags (Art. 363/367 OR) gehört, wie von der Klägerin richtig bemerkt (KS N 10), immer die Abnahme des Werkes, was i.c. wiederum zur Folge hätte, dass der Beklagten keinen Anspruch auf Auszahlung der Bankgarantie Nr. 2333384-550338 zustehen würde, sofern die Bankgarantie Nr. 2333384-550338 nur als Lieferungs- und Leistungsgarantie qualifiziert wird. **29**

I.c. handelt es sich unbestrittenermassen um eine unabhängige Bankgarantie. Die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme gehen aus ihr selbst hervor. Aus dem Wortlaut der Bankgarantie abgeleitet, bedeutet dies, dass, falls die Klägerin nicht rechtzeitig und vollständig ihre Lieferung und Leistung aus dem Hauptvertrag (K-1) erbringt, die Beklagte die Auszahlung der durch die Bankgarantie gesicherten Summe verlangen kann. Weiter ist **30**

zu bemerken, dass im Zusammenhang mit unabhängigen Bankgarantien der Grundsatz „zuerst zahlen, dann prozessieren“ zur Anwendung gelangt (EGGER, SJZ 1/90, S. 15). Dieser Grundsatz wird nur im Falle einer offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie durchbrochen (Löw, S. 69). Wie die Klägerin unter KS N 55 ff. zutreffend festhielt, liegt im schweizerischen Recht Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB dann vor, wenn die Inanspruchnahme der Bankgarantie trotz vertragsgemässer Erfüllung seitens der Klägerin erfolgte. Die Beklagte wird daher im Folgenden darlegen, dass der Werkvertrag nicht erfüllt wurde (N 33 ff.) und keine Abnahme stattgefunden hat (N 39 ff.), weshalb das Verhalten der Beklagten auch nicht rechtsmissbräuchlich war (N 63). Ihr steht somit die Inanspruchnahme der Bankgarantie zu.

Es soll nachfolgend, entgegen der Ansicht der Klägerin (KS N 16 f.), festgehalten werden, **31** dass die Klägerin nicht alle aus dem Vertrag geschuldete Leistungen für die Abnahme der Anlage – insb. die Durchführung der Garantieläufe – erbracht hatte und deshalb zu keiner Zeit eine gültige Abnahme des Werkes stattfand.

Die Klägerin behauptet zunächst, die aus dem Hauptvertrag (K-1) geschuldeten Leistungen **32** für eine gültige Abnahme vollumfänglich erbracht zu haben. Dies ist jedoch aus den nachfolgenden Gründen abzulehnen.

3.2. Berechtigung zur Nichtabnahme

3.2.1. Einwand der ungenügenden Stabilität

Obschon weder von der Beklagten noch von der Klägerin bestritten wurde, dass die Anlage **33** die vereinbarten Leistungsdaten in den drei durchgeführten Garantieläufen erreichte, kann daraus nicht geschlossen werden, dass die Garantieläufe vertragskonform durchgeführt wurden, denn damit die Garantieläufe als abgenommen gelten können, müssen gemäss Hauptvertrag (K-1 Ziff. 5.2.5) noch weitere Voraussetzungen als nur die einmalige Erreichung gewisser vereinbarten Leistungsergebnisse erfüllt sein (KS N 16).

Vorab ist die einseitige Durchführung der Garantietestläufe seitens der Klägerin. Diese **34** könnte gleichwohl einwenden, dass sie sich zu der vertragswidrigen (siehe K-1, Ziff. 5.2.5.1), Durchführung der Testläufe veranlasst sah, da die Mitarbeiter der Beklagten von der Geschäftsführung die Anweisung erhielten, bei den Testläufen nicht mitzuwirken.

Dem kann entgegengehalten werden, dass, um aussagekräftige Garantieläufe vorzulegen, 35 die Anlage sinnvollerweise vorab für eine gewisse Zeit eine bestimmte Stabilität aufweisen muss – andernfalls wären die Garantieläufe für einen längeren Normalbetrieb schlicht nicht repräsentativ, sondern nur ein momentaner Nachweis der Leistungsfähigkeit der Anlage im noch ungebrauchten Zustand. Diese Zusicherung einer gewissen Stabilität ergibt sich aus ungeschriebener Nebenpflicht zum Hauptvertrag (KOLLER, OR AT, § 2 N 77). Nebenpflichten lassen sich aus ergänzender Vertragsauslegung i.V.m. dem Vertrauensprinzip und dem daraus resultierenden hypothetischen Konsens der Parteien herleiten (KOLLER, OR AT, § 20 N 22). I.c. durfte die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin die ausreichende Stabilität der Anlage als Voraussetzung eines aussagekräftigen Garantietestlaufs sicherstellen würde. Diese Nebenpflicht wurde seitens der Klägerin verletzt.

Des Weiteren kann vorgebracht werden, dass die Beklagte, wenn der Durchführung der 36 Garantieläufe zugestimmt hätte, sie dadurch bei der Klägerin ein falsches schutzwürdiges Vertrauen erweckt hätte, wonach sie den momentanen Zustand der Anlage inkl. aller vorliegenden Mängel toleriert, ja sogar gutheisst. Die zahlreichen Mängelrügen und die nicht vorgenommene Abnahme der Anlage belegen, dass dies nicht dem tatsächlichen Willen der Beklagten entsprach. Folglich musste sie ihre Mitarbeiter dazu weisen, bei den Testläufen nicht mitzuwirken. Jegliches anderes Verhalten wäre als *venire contra factum proprium* aufzufassen gewesen, d.h. als rechtmisbräuchliches Verhalten zu werten.

Die Beklagte war somit nicht gehalten, bei solchen nicht aussagekräftigen 37 Garantietestläufen mitzuwirken. Folglich waren die einseitig durchgeführten Testläufe der Klägerin nicht vertragskonform. Daher sind auch die Voraussetzungen für die Erfüllung des Werklieferungsvertrages nicht gegeben.

Eventualiter: Für den Fall, dass das Schiedsgericht den erbrachten Einwand der 38 ungenügenden Stabilisation nicht anerkennt und das Verhalten der Beklagten als Verstoß der Mitwirkungsobliegenheit wertet, kann die Klägerin daraus immer noch keinen Anspruch auf rechtzeitige Erfüllung des Vertrages geltend machen, d.h. die Beklagte ist nicht zur Abnahme verpflichtet und kann folglich die Auszahlung der in der Bankgarantie Nr. 2333384-550338 gesicherten Leistung verlangen (BGE 119 II 440).

3.2.2. Nichtabnahme am 15. Dezember 2005

Die Klägerin behauptet in KS N 17, dass gestützt auf Ziff. 5 des Vertrages vom 15. Dezember 2005 (K-4) zu diesem Zeitpunkt eine Abnahme erfolgte. Diese Ziffer kann allerdings nicht so ausgelegt werden, dass der Grossteil der Anlage per se am 15. Dezember 2005 als abgenommen zu gelten hat. **39**

Folgt man dem genauen Wortlaut der Ziff. 5 wird ersichtlich, dass es sich hierbei nicht um eine Abnahmebestimmung in eigentlichem Sinn handelt, sondern dass K-4, Ziff. 5 lediglich besagt, dass die Beklagte bei der Abnahme, welche unter Ziff. 1 definiert ist, den erfolgten Garantielauf durch ein Abnahmeprotokoll als gültig anzuerkennen hat. Es ist daher festzuhalten, dass ein Abnahmeprotokoll (K-4, Annex 2) zwar von der Beklagten unterzeichnet wurde, aber seine „rechtliche Wirkung“ erst dann eintritt, wenn die Abnahme im Sinne von K-4, Ziff. 1 erfolgt ist. **40**

Die Klägerin behauptet weiter, dass der geringe Wertanteil des nachträglich vereinbarten Schwefelschmelztanks an der Gesamtanlage ein weiteres Indiz dafür sei, dass die Beklagte dazu verpflichtet gewesen wäre, die Gesamtanlage am 15. Dezember 2005 abzunehmen (KS N 19). **41**

Die Parteien haben in K-4, Ziff. 1 einstimmig vereinbart, dass eine Abnahme erst erfolgen soll, wenn der neue Schwefelschmelztank eingebaut ist, was voraussichtlich am 6. Mai 2006 der Fall sein sollte. Dies ist jedoch, entgegen der Ansicht der Klägerin, ein Indiz dafür, dass dem Schwefelschmelztank von den Parteien eine gewisse Wichtigkeit eingeräumt wird, denn der Abnahmezeitpunkt der *Gesamtanlage*, welcher zugleich die Erfüllung des Werkvertrags zur Folge hätte, wird vom Einbau des Schwefelschmelztanks abhängig gemacht. **42**

Die Klägerin macht in KS N 20 weiter geltend, es sei eine stillschweigende Abnahme durch die Beklagte erfolgt. Von einer solchen kann jedoch nur ausgegangen werden, wenn einerseits keine ausdrückliche Abnahmeregelung vorliegt oder andererseits eine vorhandene Regelung ungenau bzw. unvollständig ist und daraus nicht klar ersichtlich wird, was damit gemeint wurde. I.c. fehlt weder eine ausdrückliche Abnahmeregelung noch ist diese unvollständig. In K-4, Ziff. 1 ist der Zeitpunkt der Abnahme genau festgelegt, nämlich sobald der Schwefelschmelztank eingebaut ist. **43**

Die Anlage kann folglich nicht als am 15. Dezember 2005 abgenommen gelten. 44

3.2.3. Nichtabnahme am 6. Mai 2006

Die Klägerin macht in KS N 22 weiter geltend, dass die Gesamtanlage spätestens am 6. Mai 2006 als abgenommen zu gelten hat. 45

Wie die Klägerin zutreffenderweise festhielt, wurde am 6. Mai 2006 der Schwefelschmelztank wie vertraglich vereinbart in die bestehende Anlage eingebaut und seine Funktionstüchtigkeit gemäss Ziff. 5 des Vertrags vom 15. Dezember 2005 (K-4) durch einen erfolgreichen Probetrieb festgestellt. Die Klägerin leitet daraus ab, dass die Gesamtanlage gemäss K-4, Ziff. 1 nun, d.h. am 6. Mai 2006, als abgenommen zu gelten habe. 46

Die Klägerin hat jedoch in ihrer Argumentation unterlassen, das nach dem Abschluss des Vertrags vom 15. Dezember 2005 geführte Telefonat vom 16. Dezember 2005 inkl. des schriftlichen Bestätigungsschreibens zu berücksichtigen. Der dort vereinbarte dreitägige Garantelauf der Gesamtanlage *inklusive* des neu eingebauten Schwefelschmelztanks scheint nach Ansicht der Klägerin für die Voraussetzung einer Abnahme unerheblich zu sein. Aber dieses Schreiben bestätigt die mündliche *Abänderung* des Vertrages vom 15. Dezember 2005 und setzt daher auch neue Voraussetzungen für die Abnahme der Anlage: erst nach einem neuerlichen dreitägigen Garantietestlauf der *Gesamtanlage*, inklusive des neuen Schwefelschmelztankes. 47

Obschon die Klägerin in der Einleitungsanzeige geltend macht, dass dieser dreitägige Garantietestlauf als rein informeller Probelauf zu betrachten ist und daher keinen neuen Abnahmetermin statuiert, ist dieser aufgrund allgemeiner Auslegungsregeln nicht als solchen zu werten, sondern hat als gültige vertragliche Vereinbarung zu gelten, welche es vermag, den Vertrag vom 15. Dezember 2005, und insb. Ziff. 1, im Sinne des Bestätigungsschreibens vom 16. Dezember 2005 abzuändern. 48

Es ist stossend, ein einseitig abgefasstes Bestätigungsschreiben nach dem Erklärungsprinzip auszulegen, denn hierbei wird nur auf den abgefassten Wortlaut Bezug genommen (RIEMER, § 5 N 17). 49

Eine Auslegung aufgrund des Willensprinzips führt i.c. auch nicht zu einem befriedigenden Ergebnis, denn dieses gelangt nur zur Anwendung, wenn feststeht, dass der Erklärungsempfänger (i.c. die Beklagte) den wirklichen Willen des Erklärenden (Klägerin) erkannte und ihn daher richtig verstanden hat. **50**

I.c. hat aber die Beklagte den wirklichen Willen der Klägerin, den Garantietestlauf als rein informeller Probetrieb zu sehen, nicht richtig erkannt, denn sie ging von der Annahme aus, dass die Anlage erst als abgenommen zu gelten hat, wenn dieser Garantietestlauf von der Klägerin erfolgreich durchgeführt wurde (GAUCH ET AL., N 206). **51**

Daher muss die Auslegungsregel des Vertrauensprinzips herangezogen werden. Diese besagt, dass Willenserklärungen so auszulegen sind, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften. **52**

Die Beklagte durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass diesem Testlauf eine erhöhte Bedeutung zukommt, wenn ein neuer dreitätiger Garantielauf inkl. Schmelztank vereinbart wurde und dieser sogar durch ein Bestätigungsschreiben der Klägerin festgehalten wurde. Zudem erscheint es sinnvoll, entgegen der Behauptung der Klägerin (KS N 26), einen Testlauf durchzuführen, wenn ein wichtiger Bestandteil einer ganzen Anlage ersetzt wird, um nachzuweisen, dass jener neu eingebaute Bestandteil, i.c. der Schwefelschmelztank, mit der Gesamtanlage harmoniert. **53**

Es kann daher festgehalten werden, dass gemäss dem Vertrauensprinzip die Anlage durch die Beklagte erst abgenommen werden muss, wenn die Klägerin den dreitätigen Garantielauf inkl. Schwefelschmelztank durchgeführt hat, was jedoch i.c. nicht erfolgt ist. **54**

Des Weiteren kann vorgebracht werden, dass es auch zum gleichen Ergebnis führt, wenn man die Unklarheitsregel (*in dubio contra stipulatorem*) anwenden würde. Diese Regel kommt dann zur Anwendung, wenn wie hier eine unklare Bestimmung einseitig von der einen Partei verfasst worden ist. Sie besagt, dass im Zweifel diejenige Bedeutung vorgezogen werden muss, welche für den Verfasser ungünstiger ist. **55**

I.c. war die Klägerin Verfasserin des Bestätigungsschreibens. Der für sie ungünstigste Fall würde dann eintreten, wenn die Beklagte dazu berechtigt wäre, die umfassende **56**

Erfüllungsgarantie in Anspruch zu nehmen – d.h. dann, wenn das Werk als nicht abgenommen und der Vertrag als nicht erfüllt zu gelten hat. Dies bedingt, dass der neue Garantietestlauf der Gesamtanlage als gültige Voraussetzung für die Abnahme gelten muss. Da i.c. dieser Testlauf unterblieben ist, wurde der Vertrag nicht erfüllt und die Beklagte war nicht dazu gehalten, die Anlage abzunehmen. Folglich war die Beklagte zur Inanspruchnahme der umfassenden Erfüllungsgarantie berechtigt.

Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass auch ein mangelhaftes Werk vom 57
Besteller abgenommen werden sollte, falls die Mängel an der Anlage nur geringfügig sind (KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 64; der sogar der Meinung ist, dass *jeder* noch so kleiner Mangel zur Ablehnung der Abnahme berechtigt). Es ist bereits festgehalten worden (N 16), dass die i.c. vorliegenden Mängel an der Anlage keineswegs geringfügig sind.

3.2.4. Nichtabnahme am 3. Januar 2007

Die Klägerin beruft sich weiter auf die fingierte Werkabnahme am 3. Januar 2007, welche 58
im Hauptvertrag unter Ziff. 5.2.5.4. (K-1) vereinbart wurde (KS N 27). Diese fingierte Abnahme kommt jedoch nur zur Anwendung, wenn die Erstellung der Anlage (d.h. mechanische Fertigstellung) ohne Verschulden der Klägerin verzögert oder verunmöglicht wurde. Die mechanische Fertigstellung ist jedoch zweifelsfrei und unstrittig erfolgt, weshalb die Voraussetzungen gemäss Ziff. 5.2.5.4. (K-1) nicht erfüllt sind. Somit kann auch nicht von einer fingierten Abnahme gesprochen werden.

3.3. Weitere vorgebrachte Argumente zur Begründung des Rechtsmissbrauchs

Zwar hat die Klägerin in KS N 62 richtig erkannt, dass in den meisten Ländern zum Erlass 59
einer einstweiligen Verfügung gegen den Abruf einer Bankgarantie Rechtsmissbrauch vorliegen muss. Allerdings kann daraus nicht geschlossen werden, dass bei der Anwendung einer anderen Rechtsordnung der Tatbestand des Rechtsmissbrauches gleich begründet wird. Die Verfügung des Gerichtes in Oslo stellt keine für das Schiedsgericht massgebliche oder gar bindende Beurteilung des Rechtsmissbrauches dar.

3.4. Ablehnung der Freizeichnungsklauseln

Die Freizeichnungsklauseln haben ihre Grundlage in Art. 100 f. OR. Da aber das 60
Schweizerische Bundesgericht die Inhaltskontrolle der Freizeichnungsklausel offen gelassen hat, ist es notwendig, die Klausel durch Auslegung auf ihre Zulässigkeit zu

beurteilen (SCHWENZER, S. 105). Es gelten dennoch die allgemeinen Schranken der Rechtsordnung, festgehalten in Art. 19 f. OR und 27 Abs. 2 ZGB. Auch kann gem. Art. 100 Abs. 2 OR kein vom Unternehmer absichtlich oder grobfahrlässig verursachter Schaden von einer Freizeichnungsklausel wegbedingt werden.

Grundsätzlich gilt, dass eine Freizeichnungsklausel einer Garantie nicht widersprechen darf **61** (GAUCH, N 2566), d.h., dass die freigezeichneten Ansprüche der Beklagten gegenüber der Klägerin auch nicht von der i.c. ausgestellten Bankgarantie abgedeckt werden dürfen. Es ist bereits dargelegt worden (N 26), dass die ausgestellte Bankgarantie Nr. 233384-550338 (K-3) eine umfassende Erfüllungsgarantie darstellt und daher jegliche Schadenersatzansprüche bis zur Höhe der Garantiesumme im Rahmen ebendieser Bankgarantie geltend gemacht werden können. Folglich hat die Klägerin durch ihren Versuch der Freizeichnung von den erwähnten Schadenersatzansprüchen ein widersprüchliches Verhalten an den Tag gelegt; die Freizeichnungsklauseln im Hauptvertrag (K-1) sind daher nicht weiter zu beachten.

In diesem Zusammenhang kann festgehalten werden, dass entgegen der Behauptung der Klägerin (KS N 21) die Beklagte nie in einen Abnahme- bzw. Gläubigerverzug geriet, denn dieser setzt voraus, dass der Schuldner (die Klägerin) gehörig erfüllt, was i.c. jedoch aus obig erwähnten Gründen nicht der Fall war. Die Gläubigerin (die Beklagte) war somit nicht dazu gehalten, die Anlage abzunehmen und geriet folglich nicht in Gläubigerverzug gemäss Art. 91 OR. **62**

3.5. Fazit

Es ist bereits definiert worden (N 30), dass ein Rechtsmissbrauch der Beklagten dann **63** vorliegen würde, wenn die Inanspruchnahme der Bankgarantie trotz der Erfüllung des Hauptvertrages (K-1) erfolgte (LÖW, S. 58). Aufgrund dessen, dass i.c. der Sicherungszweck der umfassenden Erfüllungsgarantie nicht mehr eintreten kann, wenn der Werkvertrag durch erfolgte Abnahme erfüllt wurde, kann gesagt werden, dass eine Inanspruchnahme der umfassenden Erfüllungsgarantie trotz Abnahme als rechtsmissbräuchlich anzusehen wäre. Jedoch erfolgte gemäss obigen Ausführungen (N 39 ff.) nie eine gültige Abnahme der Anlage, weshalb der Sicherungsfall eintrat und die Beklagte somit einen Anspruch auf die Auszahlung der Garantiesumme hatte. Folglich handelte sie nicht rechtsmissbräuchlich, und die Klägerin ist nicht dazu berechtigt, einen

Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der umfassenden Erfüllungsgarantie geltend zu machen.

4. Herausgabe der Bankgarantie

4.1. Konkrete Rechtslage

Die Beendigung einer Bankgarantie ist privatautonomer Natur und deshalb von den Parteien selbst festzulegen (BÜHLER, S.148). Sie ist also einerseits im Hauptvertrag, aber vor allem in der jeweiligen Bankgarantiekunde selbst geregelt. **64**

Laut dem Garantieschein (K-3) geht die Garantie bei Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus dem Garantievertrag, bei Verfall oder bei einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme unter. Die Inanspruchnahme der umfassenden Erfüllungsgarantie durch die Beklagte ist oben (N 30) als nicht rechtsmissbräuchlich erwiesen worden. Die Beklagte war berechtigt, die übereilten Garantieläufe, und somit auch die Abnahme des Werkes, abzulehnen. Daraus folgte ein berechtigter Anspruch zur Ziehung der Bankgarantie. **65**

Da die Klägerin ihre Leistung nicht vollumfänglich erbracht hatte, die Gültigkeitsfrist der Bankgarantie noch nicht abgelaufen war und die Inanspruchnahme der Bankgarantie nicht rechtsmissbräuchlich erfolgte, besteht gegenüber der Beklagten kein Anspruch auf die Herausgabe des Garantiescheins. **66**

4.2. Widerlegung der übrigen Argumente der Klägerin

Die Klägerin begründet die Herausgabepflicht dadurch, dass der Garantieschein ein wichtiges Beweismittel darstellen soll (KS N 75). Die Beklagte ist indessen bereit, ihr eine Kopie des Dokuments zuzustellen. Es ist völlig abwegig zu behaupten, die Beklagte könne durch Vorlegung dieses Dokumentes alleine unzählige weitere, sogenannt rechtsmissbräuchliche Prozesse über die Klägerin bringen – wobei zu bemerken ist, dass die Beklagte das hiesige Schiedsverfahren *nicht* eingeleitet hat. Die Klägerin übersieht ausserdem, dass die Beklagte aufgrund des Prinzips des *litis pendens*, die auch in der Schiedsgerichtsbarkeit wirkt, keine anderen Prozesse gegen sie anstrengen darf. **67**

Weiter behauptet die Klägerin in KS N 84-87, dass der Garantievertrag fällig ist und sie deshalb die Beklagte auf Leistung – sprich Herausgabe – einklagen kann. Auch diese Behauptung ist abzulehnen, denn der Garantievertrag hat nur bindende Wirkung auf den **68**

Promittenten, i.c. die Fjordbank AS (GAUCH ET AL., N 4091). Die Bankgarantie schafft auch bei Verfall keine neue Rechte des Dritten (der Klägerin), dessen Leistung der Promittent (die Fjordbank AS) im Rahmen des Garantievertrags dem Promissar (der Beklagten) versprochen hat (GAUCH ET AL., N 4156). Die Klägerin hat als Dritte gar nicht das Recht dazu, irgendetwas aus dem Garantievertrag einzuklagen.

Die Fälligkeit des Garantievertrags hat zur Folge, dass der Promissar (die Beklagte) vom Promittenten (der Fjordbank AS) die Erbringung der versprochenen Garantieleistung prozessrechtlich durchsetzen kann, sollte der Dritte seine Leistung nicht erbringen. I.c. ist die Garantieleistung tatsächlich fällig; dieser Begriff ist jedoch nicht mit dem Erlöschen der vertraglichen Verpflichtungen gleichzusetzen, wie es die Klägerin anzunehmen scheint. **69**

5. Absehen vom Prozessführungsverbot

5.1. Kein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot aus der Schiedsklausel

Die Gültigkeit der Schiedsklausel im Hauptvertrag (K-1) ist i.c. von der Beklagten unbestritten. Die Beklagte hat sich durch diese Klausel verpflichtet, bei jeder aus dem Hauptvertrag entstehende Streitigkeit vor einem Schiedsgericht zu prozessieren (REDFERN/HUNTER, N 1-39; ABDULLA, S. 19); es ist offensichtlich, dass die Beklagte dieser Verpflichtung nachgekommen ist. **70**

Die Klägerin versucht nun, diese Schiedsklausel als Rechtsgrundlage für ein Prozessführungsverbot gegen die Beklagte zu missbrauchen. Die Beklagte führt vor dem Bezirksgericht Zagreb einen Prozess gegen die Fjordbank AS, um die Bezahlung der ihr zugunsten ausgestellten Bankgarantie zu erreichen. Der Zweck einer Bankgarantie ist es, die Zahlung des von dem Garantiegeber geschuldeten Betrages vor einer prozessualen Auseinandersetzung zu gewährleisten (EGGER, SJZ 1/90, S. 13). Die Zahlung der Garantiesumme muss daher bei formell korrekter Inanspruchnahme durch die Begünstigte (die Beklagte) sofort erfolgen (EGGER, SJZ 1/90, S. 15); dies folgt aus der Unabhängigkeit der Bankgarantie. An der Inanspruchnahme beteiligt sind lediglich die Begünstigte (die Beklagte) und diejenige Bank, welche die Garantie ausstellte (die Fjordbank AS). Die Klägerin als Auftraggeberin der Bank ist somit nicht daran beteiligt. **71**

Nun ist eine Schiedsklausel als Verzicht auf das elementare Grundrecht der Rechtsweggarantie, wie sie in Art. 6 EMRK festgehalten ist (REDFERN/HUNTER, N1-39), **72**

notwendigerweise der Beschränkung unterworfen, dass sie nur zwischen denjenigen Parteien bindend sein soll, welche die Klausel unterschrieben haben, und nur für diejenigen Streitigkeiten angerufen werden darf, welche von den Parteien explizit für die Schlichtung durch ein Schiedsgericht vorgesehen sind (ABDULLA, S. 20). Das Vereinbaren einer Schiedsklausel ist unter keinen Umständen als Absage der Parteien an ihr Recht auf ein Gang vor ein staatliches Gericht zu verstehen, sondern nur als Versprechen, unter bestimmten, im voraus festgelegten Umständen, ein anderes Forum für die Schlichtung ihrer Streitigkeit zu wählen.

I.c. ist die Klägerin am Prozess in Kroatien, den sie verbieten will, nicht einmal Partei. Sie brüskiert sich in KS N 107 völlig zu Unrecht, die Beklagte habe in Zagreb gegen sie geklagt. Die Klägerin ist im umstrittenen Prozess lediglich Nebenintervenientin. In der Sache bezieht sich der Prozess auch nicht auf den Hauptvertrag oder gar die Hauptsache des Schiedsverfahrens, denn diese behandelt in erster Linie das Valutaverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten; die Fjordbank AS ist hieran nicht beteiligt. Es darf nicht sein, dass eine Einwilligung, bezüglich einer eng umschriebenen Sache vor einem Schiedsgericht zu prozessieren, plötzlich auf alle mögliche Streitigkeiten ausgedehnt wird, welche irgendwie und egal wie entfernt mit dem Hauptvertrag in Verbindung gebracht werden können. Das oben erwähnte Unabhängigkeitsprinzip der Bankgarantie lässt diese als eigenen Vertrag dastehen, ohne jeglichen Konnex zum Hauptvertrag. Sie wurde von der Fjordbank AS im Auftrag der Klägerin zugunsten der Beklagten geschlossen; die Beteiligung der Klägerin an der Inanspruchnahme der Bankgarantie ist nicht vorgesehen. **73**

Deshalb erscheint eine Ausdehnung der Schiedsklausel auf die Fjordbank AS als unzulässig, weshalb eine Beurteilung des Prozessgegenstandes durch das Schiedsgericht abzuweisen ist. Der Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie, welche das Unabhängigkeitsprinzip durchbrechen würde, ist bereits abgewiesen worden (N 30 ff.). **74**

Auf die weitere Argumentation der Klägerin erübrigt es sich gänzlich einzugehen: diese beruft sich (KS, N 95 u. 96) nicht nur auf das NYÜ, welches gemäss der von ihr hochgehaltenen Schiedsklausel gar nicht zur Anwendung kommt (siehe K-1, N 16.1), sondern sogar noch auf das schweizerische Gerichtstandsgesetz, welche in Art. 1 GestG ausdrücklich die Anwendbarkeit in internationalen Streitigkeiten ausschliesst. Des Weiteren **75**

schliesst die Schiedsklausel auch die Anwendung der Zürcherischen Prozessordnung aus, weshalb auch die von der Klägerin in KS N 67 vorgebrachte Feststellungs- und Unterlassungsklagen nicht zulässig sind (vgl. VOGEL/SPÜHLER, S. 411). Die Ausführungen der Klägerin zu diesen Fragen sind somit von Anfang an diskreditiert, völlig abwegig und nicht weiter zu beachten.

5.2. Ablehnung einer *Anti-suit Injunction*

Der Beklagten stehen keine Möglichkeiten zu, die Durchsetzung eines 76
Prozessführungsverbot (*anti-suit injunction*) im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme zu verhindern; der Erlass solcher Massnahmen steht im Ermessen des Gerichts. Es gibt jedoch zwingende Gründe, von einem solchen Schritt abzusehen.

Es ist oben (N 72 ff.) ausführlich dargelegt worden, dass sich die Beklagte durch die 77
Schiedsklausel in ihren Grundrechten eingeschränkt hat, indem sie bezüglich bestimmter Streitigkeiten auf den ihr zustehenden Gang vor ein ordentliches staatliches Gericht verzichtete. Ebenso ist erwähnt worden, dass die in Zagreb anhängigen Klagen nicht unter diese Klausel fallen (N 74). Ein Prozessführungsverbot würde die Beklagte somit unzulässigerweise weiter in ihren Grundrechten beschränken. Dies kann nicht der Sinn und Zweck einer vorsorglichen Massnahme sein, welche in erster Linie das Verhältnis der Parteien während dem Hauptverfahren regeln soll (SEGESSER/KURTH, S. 72). Das Grundrecht des fairen Verfahrens vor einem unabhängigen, unparteiischen, auf Gesetz beruhendem Gericht, wie es in Art. 6 EMRK festgehalten ist, stellt einen der elementarsten und wichtigsten Grundbausteine eines Rechtsstaates dar und darf unter keinen Umständen unterbunden werden. Wenn nun also dieses Grundrecht so bedeutend ist, dass es für den Staat als unantastbar erscheint, so soll dies erst recht auch für ein auf Privatrecht und Vertrag beruhendes Schiedsgericht gelten.

Weiter ist zu bedenken, dass Art. 27 Abs. 2 ZGB dem Einzelnen die übermässige 78
Einschränkung seiner Freiheit durch privatrechtliches Handeln verbietet; analog dazu sollte ein von den Parteien selbst aufgestelltes Schiedsgericht keine Massnahmen erlassen, welche die Grundrechte ebendieser Parteien übermässig einschränken.

Zusätzlich ist in Erinnerung zu rufen, dass die Beklagte nicht die Einzige wäre, deren 79
Grundrechte durch ein Prozessführungsverbot eingeschränkt würden. Die Fjordbank AS ist

natürlich ebenfalls am Verfahren in Kroatien beteiligt; es ist ihr Geld, welches in Form der umfassenden Erfüllungsgarantie den Streitgegenstand ausmacht. Oben (N 73) ist ausgeführt worden, dass die Fjordbank AS nicht an der Schiedsklausel beteiligt ist; dies führt dazu, dass sie bei einer *anti-suit injunction* gegenüber der Beklagten praktisch gänzlich von einem Verfahren ausgeschlossen würde, dass immerhin in massgeblicher Weise ihr Vermögen betrifft. Ein solcher Ausschluss würde nicht nur das Grundrecht der Fjordbank AS auf Beurteilung ihrer Streitsache durch ein staatliches Gericht tangieren, sondern verstösst auch gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Dieser Umstand sollte vom Schiedsgericht bei der Beurteilung des Erlasses vorsorglicher Massnahmen berücksichtigt werden.

Weiter ist festzuhalten, dass die Bankgarantie Nr. 2333384-550338 (wie oben bereits 80 erwähnt; N 69) fällig ist; dies berechtigt die Beklagte zur prozessrechtlichen Durchsetzung ihrer Ansprüche daraus. Ein Verbot dieser Durchsetzung in Form einer *anti-suit injunction* wäre stossend und unhaltbar.

5.3. Kein Anspruch auf ein Prozessführungsverbot aus *res iudicata*

Wie die Klägerin zutreffend bemerkt hat (KS N 98 ff.), verbietet der Grundsatz der 81 *res iudicata* einen zweiten Prozess – ob Schiedsverfahren oder vor einem staatlichen Gericht – über eine von einem zuständigen Gericht abgeurteilte Sache zu führen (BESSON, Art. 32 N 18 f.; KS N 98). Damit dieses Verbot greift, muss jedoch ein gültiges, d.h. rechtskräftiges, Urteil über die Sache vorliegen.

Die Klägerin versucht i.c., aus einem zukünftigen Schiedsurteil ein Prozessführungsverbot 82 mittels der *res iudicata* abzuleiten – ein Argument, welches nicht standhält. Es ist nicht möglich, einen Rechtsanspruch in der Gegenwart auf das keinesfalls gewisse Eintreten eines zukünftigen Ereignisses abzustellen; des weiteren ist es eher wahrscheinlich, dass bis zum Ergehen des Schiedsurteils das Verfahren in Zagreb abgeschlossen und jenes Urteil rechtskräftig sein wird.

5.4. Weitere vorgebrachte Argumente zur Begründung des Anspruchs auf ein Prozessführungsverbot

Die Aussage der Klägerin, die Beklagte prozessiere gegen sie in „Staaten mit ineffizienter 83 Justiz“ ist nicht nur unwahr, sondern auch herabwürdigend und einer angesehen Firma in einem seriösem Schiedsverfahren unwürdig. Es ist daher nicht weiter darauf einzugehen.

Des Weiteren ist ein Weiterzug des Schiedsurteils an das Schweizerische Bundesgericht **84** nach Art. 32 SchO immer möglich, weshalb die nebulösen Vorwürfe der Klägerin in KS N 115, die Beklagte würde sie nach einer für die Klägerin ungünstige Urteilsfällung weiterhin mit Prozessen schikanieren, vor denen sie sich nicht schützen könne, sowohl unbegründet als auch zutiefst beleidigend sind. Die Klägerin hat keinen Anlass zu einer solchen Aussage; die Beklagte hat weder das hiesige Schiedsverfahren eingeleitet noch in Zagreb gegen sie geklagt.

Zuletzt ist noch zu bemerken, dass die in KS N 120 festgehaltenen Aussagen der Klägerin **85** erstens lächerlich sind und zweitens von einer versuchten Beeinflussung – um nicht zu sagen Nötigung – des Schiedsgerichts zeugen und weder zu beachten noch Ernst zu nehmen sind.