

Polar Technology AS
Vallegata
0456 Oslo
Norwegen

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

KLAGESCHRIFT

In Sachen

Polar Technology AS
Klägerin
vertreten durch die Moot Court Gruppe 4

gegen

Stiva d.d.
Beklagte

Rechtsbegehren

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, zu unterlassen, die Fjordbank AS aus der Anzahlungs-
garantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 in Anspruch zu nehmen.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, das Original der Anzahlungs-
garantie Nr. 233384-
550338 vom 16. September 2004 an die Fjordbank AS herauszugeben.
3. Die Beklagte sei zu verurteilen, die am Bezirksgericht in Zagreb (Prozessnummer
4R.5694) gegen die Fjordbank AS sowie bei allen sonstigen kroatischen Gerichten an-
hängigen Klagen in Bezug auf die Anzahlungs-
garantie Nr. 233384-550338 vom 16.
September 2004 zurückzunehmen.
4. Es sei festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin sämtliche Kosten zu erstatten hat,
die der Klägerin und der Fjordbank AS aus oder im Zusammenhang mit den gerichtli-
chen Verfahren mit Bezug auf die Anzahlungs-
garantie Nr. 233384-550338 vom 16.
September 2004 in Norwegen vor dem Einzelrichter am Bezirksgericht in Oslo (Pro-
zessnummer 02-35450) und dem Bezirksgericht in Oslo (Prozessnummer 02-54670),
dem Einzelrichter am Bezirksgericht in Zagreb (Prozessnummer 4R.5694), dem Ober-
gericht in Zagreb (Prozessnummer 5Q.6779) und allen sonstigen kroatischen Gerich-
ten entstanden sind und noch entstehen werden.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis.....	VII
Zeitschriftenverzeichnis	X
Entscheidungsverzeichnis.....	XI
A. Unterlassungsanspruch der Klägerin	1
I. Einleitung	1
II. Unterlassungsanspruch.....	1
1. Anspruchsgrundlage	1
2. Garantiefall als Suspensivbedingung.....	1
III. Qualifikation als Anzahlungsgarantie	2
1. Auslegung	2
a) Willensprinzip.....	2
b) Vertrauensprinzip.....	2
aa) Inhalt des Vertrags (K-1)	3
aaa) Wortlaut	3
bbb) Systematik.....	3
bb) Inhalt der Bankgarantie (K-3).....	3
aaa) Wortlaut	3
bbb) Entstehungsgrund der Bankgarantie	4
ccc) Verhalten nach Vertragsabschluss	4
c) Zwischenfazit.....	5
2. Umfang der Anzahlungsgarantie	5
a) Allgemein.....	5
b) Gewährleistungsansprüche	6
c) Verzugsansprüche	6
3. Fazit	6
IV. Freizeichnungsklauseln	6
1. Rechtsungenügende Darstellung	6
2. Kein Widerspruch.....	7
3. Zulässigkeit der Freizeichnungsklauseln.....	7
a) Allgemeines	7
b) Vereinbarkeit der Freizeichnungsklauseln mit Art. 100 Abs. 1 OR.....	7
c) Vereinbarkeit der Freizeichnungsklauseln mit Art. 20 Abs. 1 OR.....	8
d) Vereinbarkeit der Freizeichnungsklauseln mit Art. 27 Abs. 2 ZGB	9
4. Auswirkungen auf die geltend gemachten Mängelansprüche	9
5. Fazit	9
V. Nichtbestehen der Ansprüche.....	9
1. Gewährleistungsansprüche	9
2. Verzugsansprüche.....	10
3. Fazit	11
VI. Der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“	11
1. Allgemeines	11
2. Voraussetzung: Offenbarer Rechtsmissbrauch.....	12
3. Fazit	12
VII. Schlussfazit.....	12
B. Herausgabe der Bankgarantie	13
I. Einleitung	13
II. Rückgabeanspruch nach Erlöschen der Garantieverpflichtung.....	13
III. Rückgabeanspruch bei fehlender Voraussetzung.....	14

IV.	Schlussfazit.....	14
C.	Prozessführungsverbot.....	14
I.	Einleitung	14
II.	Anspruchsgrundlage.....	14
III.	Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung.....	15
1.	Wirksame Schiedsvereinbarung	15
2.	Gleichheit der Prozesse und Rechtsschutzinteresse	15
a)	Gleicher Streitgegenstand	16
b)	Gleiche Parteien	16
c)	Rechtsschutzinteresse	16
aa)	Allgemeines	16
bb)	Verhältnismässigkeit.....	17
cc)	Vorsorgliche Massnahme (Rechtsschutzinteresse i.e.S.).....	18
IV.	Verpflichtungscharakter der Schiedsvereinbarung	18
V.	Gründe gegen ein Prozessführungsverbot?	19
1.	Unzulässiger Eingriff und internationale Rücksichtnahme	19
2.	Vereinbarkeit mit dem LugÜ?	20
3.	Nichtanerkennung des Entscheids	20
4.	Fazit	20
VI.	Schlussfazit.....	20
Anhang	21

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
ASA	Bulletin der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (Basel)
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 mit seitherigen Änderungen
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
bzw.	beziehungsweise
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf («Wiener Kaufrecht»; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) vom 11. April 1980 (SR 0.221.211.1)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
engl.	englisch
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	und folgend(e)
Fn.	Fussnote
ggü.	gegenüber
Hrsg.	Herausgeber
i. Ue.	im Üechtland
i.c.	in casu
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
IHK	Internationale Handelskammer
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) mit seitherigen Änderungen (SR 291)
Kap.	Kapitel
LS	Loseblattsammlung
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung ge-

	richtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11)
m.a.W.	mit anderen Worten
Mio.	Million(en)
N.	Note
Nr.	Nummer
NYÜ	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche («New Yorker Übereinkommen») vom 10. Juni 1958 (SR 0.277.12)
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
SchO	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung) gültig seit Januar 2006
sog.	so genannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
u.E.	unseres Erachtens
vs.	versus
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Frankfurt am Main)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 mit seitherigen Änderungen (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
ZHK	Zürcher Handelskammer
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976 mit seitherigen Änderungen (LS 271)
zugl.	zugleich
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zit. CHK-Bearbeiter/in)

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

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988

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

DOHM JÜRGEN, Bankgarantie im internationalen Handel, Bern 1985

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

HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozessrecht und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1990

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

HORN NORBERT, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Die Bankgarantie im internationalen Umfeld, Berner Bankrechtstag 1997, Bern 1997, S. 98 ff.

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

JEGHER GION, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse, Diss. Basel 2002

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

KURTH JÜRGEN, Inländischer Rechtsschutz gegen Verfahren vor ausländischen Gerichten, Berlin 1989

LÉVY LAURENT, Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators, in: GAILLARD EMMANUEL (Hrsg.), Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, New York 2005, S. 115 ff.

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

HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht VI/1, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zit. BK-WEBER)

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, 2. Aufl., München 2001, S. 4210 ff.

OESCH THOMAS, Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, Diss. Basel 1978

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

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

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

UZELAC ALAN/KEGLEVIĆ ANA, Country Report of Croatia, in: OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in Zentraleuropa, Arbitration in Central Europa, Band. 23, Wien/Graz 2005

VOGEL OSKAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006

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.

Zeitschriftenverzeichnis

SCHÜTZE ROLF A., Zur Nichtrückgabe von Garantieurkunden nach Erlöschen der Garantieverpflichtung, WM Nr. 52 vom 25. Dezember 1982, S. 1398 ff.

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

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

Entscheidverzeichnis

Schiedssprüche

Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer, Resolution of the Board of Arbitration of September 20, 1994, in the Zurich Chamber of Commerce Arbitration No. 240/93 in the matter of A vs. B, unpubliziert (zit. ZHK-Schiedssache Nr. 240/93)

International Chamber of Commerce (Geneva), Arbitration case No. 8307/FMS/KGA, Interim Award of 14 May 2001 in the arbitration procedure among [A] and [B] and [C], unpubliziert (zit. IHK-Schiedssache Nr. 8307)

Zürcher Handelskammer, Nr. 525, Beschluss vom 16. Februar 2004 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Schiedsverfahren zwischen Klägerin A. gegen Beklagte 1 – 5, Deutschland/Österreich, unpubliziert (zit. ZHK-Schiedssache Nr. 525)

Urteile staatlicher Gerichte

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. November 1968 = BGE 94 II 161

BGH, Urteil vom 12. März 1984 = WM 1984, S. 1245 ff.

BGH, Urteil vom 11. Dezember 1986 = WM 1987, S. 367 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 9. Februar 1995 = BGE 121 V 40

Kreisgericht Bern-Laupen, Entscheid vom 29. Januar 1999, CISG online Nr. 701 (zit. CISG online Nr. 701)

EuGH, Urteil vom 27. April 2004 in der Sache C-159/02, Turner vs. Grovit (zit. Turner vs. Grovit)

A. Unterlassungsanspruch der Klägerin

I. Einleitung

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

II. Unterlassungsanspruch

1. Anspruchsgrundlage

- 2 In deutscher Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Auftraggeberin ggü. der Begünstigten aus Vertrag oder aus § 812 BGB einen Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme einer Bankgarantie auf erstes Anfordern hat, „wenn der durch die Garantie gesicherte Anspruch nicht besteht und auch nicht mehr entstehen kann“ (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1986 = WM 1987, S. 367 ff., S. 369; s. auch BGH, Urteil vom 12. März 1984 = WM 1984, S. 1245 ff., S. 1247). § 812 BGB regelt die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und entspricht daher Art. 62 ff. OR. In der Schweiz ist ein Unterlassungsanspruch aus Art. 62 ff. OR indessen nicht anerkannt (VON WESTPHALEN/JUD, S. 476). U.E. kann – analog zum deutschen Recht – der Vertrag des Valutaverhältnisses als Anspruchsgrundlage herangezogen werden (s. auch VON WESTPHALEN/JUD, S. 488).

2. Garantiefall als Suspensivbedingung

- 3 Zunächst ist festzuhalten, dass der Garantiefall eine aufschiebende Bedingung i.S.v. Art. 151 OR darstellt (SPAINI, S. 31; VON WESTPHALEN/JUD, S. 470). Vom Eintritt dieser Bedingung hängt das Forderungsrecht der Begünstigten ab (SPAINI, S. 31; s. auch Art. 151 Abs. 2 OR). Solange die Bedingung nicht eingetreten ist, besteht daher kein Forderungsrecht (BUCHER, S. 510); die Inanspruchnahme ist m.a.W. unberechtigt. Die Garantiefallgeberin hat in diesem Fall ggü. der Begünstigten einen Anspruch auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie, wenn es im Grundverhältnis an den Voraussetzungen für eine berechtigte Inanspruchnahme der Bankgarantie fehlt (DOHM, Rz. 118; ZOBL, S. 50).
- 4 Nach dem Gesagten wird die Bankgarantie berechtigt in Anspruch genommen, wenn der Garantiefall eingetreten ist. Dies ist der Fall, wenn die Auftraggeberin ihre Leistung im Valutaverhältnis nicht ordnungsgemäss erbringt und die betreffende Leistungsstörung vom Sicherungszweck umfasst ist (SPAINI, S. 30).

- 5 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche nicht von der Bankgarantie (K-3) erfasst sind, weil es sich um eine Anzahlungs- und nicht, wie von der Beklagten behauptet, um eine Erfüllungsgarantie handelt.

III. Qualifikation als Anzahlungsgarantie

- 6 Die bezüglich der Auslegung des Parteiwillens wesentlichen Punkte fliessen aus dem Valutaverhältnis der Parteien, also dem Vertrag (K-1). Dieses umfasst eine sog. Sicherungsabrede (PANAGIOTOPOULOS, S. 19), welche statuiert, dass die (valutavertragliche) Leistung durch eine Garantie gesichert werden soll (s. K-1, Ziff. 3.1.1).
- 7 Ziff. 3.1.1 des Vertrags beauftragt die Klägerin, eine Bankgarantie bei der Fjordbank gemäss Vertrag (K-1) in Auftrag zu geben, was vertragsgemäss erfolgte (s. Beschluss Nr. 2, Ziff. 1). Da der Garantiefall in der Bankgarantie umschrieben wird, ist es unerlässlich, selbige zur Ermittlung des valutavertraglichen Parteiwillens heranzuziehen (SPAINI, S. 30).

1. Auslegung

a) Willensprinzip

- 8 Art. 18 Abs. 1 OR umschreibt das sog. Willensprinzip, wonach die tatsächlichen und übereinstimmenden Willenserklärungen massgebend sind. Es kommt dann zur Anwendung, wenn „die erste, empirische Phase der Interpretation“ (BK-KRAMER, Art. 18 N. 67) ergibt, „dass die Parteien bei Vertragsschluss in allen Punkten tatsächlich einig waren“ (BK-KRAMER, Art. 18 N. 67).
- 9 I.c. kann diese empirische Phase der Interpretation nicht mehr nachgewiesen werden, da aufgrund der Differenzen bezüglich der Bankgarantie kein sog. „natürlicher Konsens“ (BK-KRAMER, Art. 1 N. 122) vorliegt. Das Willensprinzip kann somit nicht angewandt werden.

b) Vertrauensprinzip

- 10 In einem zweiten Schritt muss nun mittels objektiverer Auslegung der mutmassliche Parteiwille ermittelt werden (HUGUENIN, Rz. 264). Das Schiedsgericht hat demnach zu beurteilen, „in welchem Sinn die Erklärung in der konkreten Situation vom (aufmerksamen) Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte“ und musste (BK-KRAMER, Art. 18 N. 67; s. ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 207).

aa) Inhalt des Vertrags (K-1)**aaa) Wortlaut**

- 11 Da im vorliegenden Vertrag aufgrund des Wortlauts nicht liquide argumentiert werden kann, welche Art von Bankgarantie vereinbart wurde, hilft diese Auslegungsmethode nicht weiter.

bbb) Systematik

- 12 Ein Indiz für das Bestehen einer Anzahlungsgarantie ergibt sich aus der systematischen Auslegung des Vertrags (K-1). In Ziff. 3.1.1 wird eine *Anzahlung* in Höhe von 20 % des Gesamtpreises statuiert. Diese Anzahlung erfolgt gegen eine Anzahlungsrechnung und die Bankgarantie. Die unter Ziff. 3.1.1 erwähnte Bankgarantie bezieht sich wie die Anzahlungsrechnung auf die Anzahlung.

bb) Inhalt der Bankgarantie (K-3)

- 13 Wie bereits hiavor in Rz. 6 f. erläutert, kann die Bankgarantie als Vertrag zwischen der Fjordbank und der Beklagten zur Ermittlung des valutavertraglichen Parteiwillens herangezogen werden. Die Ausführungen beschränken sich daher auf die Auslegung der Bankgarantie.

aaa) Wortlaut

- 14 Die Bankgarantie wird im Titel des Dokuments als „Anzahlungsgarantie“ bezeichnet. Grundsätzlich ist die Bezeichnung noch nicht alleine für die Qualifikation massgebend (Art. 18 Abs. 1 OR). Da die Fjordbank als Bank jedoch mit dem Garantiegeschäft als vertraut gelten darf, muss jedoch davon ausgegangen werden können, dass sie mit der Bezeichnung „Anzahlungsgarantie“ auch eine solche meinte. Weiter musste die Empfängerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass eine Anzahlungsgarantie gemeint war, als sie die Urkunde erhielt; denn Anhaltspunkte, dass etwas anderes gemeint sein könnte, sind weder aus der Garantieurkunde noch aus dem Vertrag (K-1) ersichtlich.
- 15 Die Bankgarantie enthält in Abs. 1 folgende Klausel: „Nach diesem Vertrag [= Valutaverhältnis] haben Sie sich verpflichtet, an den Verkäufer *eine Anzahlung* in Höhe von Euro 4.400.000,00, entsprechend 20 % des Gesamtpreises, zu leisten, *für die* [= Anzahlung] der Verkäufer eine Garantie [...] zu stellen hat.“ Daraus ist ersichtlich, dass sich die Garantie auf die Anzahlung und nicht etwa auf weitere Ansprüche bezieht, womit auch der Sicherungszweck, nämlich die „Absicherung des Risikos der Nichtrückgabe von Anzahlungen“ (NIELSEN, § 121 Rz. 30; DOHM, Rz. 23), definiert wurde. Die Tatsache, dass die Garantiesumme

genau der Anzahlung entspricht, deutet ebenfalls auf eine Anzahlungsgarantie hin (SPAINI, S. 263; DOHM, Rz. 23; BÜSSER, Rz. 401; VON WESTPHALEN/JUD, S. 439).

- 16 Abs. 2 der Bankgarantie kann u.E. nicht zur Ermittlung des Sicherungszwecks herangezogen werden. Dort wird statuiert, dass die Beklagte die Bankgarantie dann ziehen kann, wenn sie (nach erfolgter schriftlicher Aufforderung an die Klägerin) erklärt, diese [= die Klägerin] habe ihre vertraglichen Leistungen „nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erbracht“. Bei dieser Erklärung handelt es sich um eine „zahlungsauslösende Bedingung“ (KLEINER, Rz. 17.05, 17.08) und nicht um die Umschreibung des Sicherungszwecks der Bankgarantie. Im Übrigen steht Abs. 2 nicht in Widerspruch zur Anzahlungsgarantie; denn deren Sicherungszweck besteht gerade darin, dass die Begünstigte die Anzahlung zurückerhält, wenn die Auftraggeberin ihre vertraglichen Leistungen nicht ordnungsgemäss erfüllt (DOHM, Rz. 23).

bbb) Entstehungsgrund der Bankgarantie

- 17 Die Klägerin wird aufgrund des Valutaverhältnisses (K-1, Ziff. 3.1.1) verpflichtet, die Fjordbank mit der Erstellung einer Bankgarantie zu beauftragen (s. hiervor Rz. 6). Da die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgegangen ist, dass sie gemäss Ziff. 3.1.1 beauftragt ist, eine Anzahlungsgarantie in Auftrag zu geben, hat sie die dazu erforderlichen Formulare von der Fjordbank auch entsprechend ausgefüllt. In der Folge stellte die Fjordbank die verlangte Anzahlungsgarantie aus (s. Beschluss Nr. 2, Ziff. 1).

ccc) Verhalten nach Vertragsabschluss

- 18 Auch „das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss, insbesondere Erfüllungshandlungen, kann Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsabschluss zulassen“ (HUGUENIN, Rz. 275 mit Verweisungen).
- 19 Fjordbank hat gemäss Beschluss Nr. 2 (Ziff. 1) die Bankgarantie (K-3) „so ausgestaltet, wie die Klägerin sie in Auftrag gegeben hat“. Daraufhin wurde sie der Beklagten zugestellt. Hätte die Beklagte nach dem Valutaverhältnis davon ausgehen dürfen, dass eine Erfüllungsgarantie vereinbart worden war (was von der Klägerin bestritten wird), so hätte sie in der Garantieurkunde einen Antrag zur Änderung des Vertrags erblicken müssen. Zumindest hätte sie sich fragen müssen, ob die ihrer Ansicht nach falsche Bezeichnung nicht auf einem Irrtum beruhe. D.h., die Beklagte hätte in jedem Fall einen Einwand erheben müssen. Wenn die Beklagte behauptet, die Garantieurkunde betreffe nur das Garantieverhältnis und ändere nichts am Va-

lutaverhältnis (worin ihrer Meinung nach eine Erfüllungsgarantie vereinbart worden ist), so ist dem entgegenzuhalten, dass der Garantietext insbesondere bei Unklarheiten sehr wohl zur Auslegung des Valutaverhältnisses herangezogen werden kann (s. hiavor Rz. 6 f.).

- 20 In Ziff. 3.1.1 ist bloss von einer „Bankgarantie“ die Rede. Deren Inhalt wird nicht näher beschrieben. Die Art der Garantie ist somit nicht ohne weiteres ersichtlich. Nach Auffassung der Klägerin ergibt sich aus der Systematik, dass eine Anzahlungsgarantie gemeint war (s. hiavor Rz. 12). Diese Auffassung hat sie der Beklagten auch indirekt, nämlich durch den Garantietext, zum Ausdruck gebracht. (Gemäss Ziff. 1 des Beschlusses Nr. 2 ist Fjordbank bei der Ausgestaltung der Garantie kein Fehler unterlaufen.)
- 21 Die Klägerin durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beklagte mit der Anzahlungsgarantie einverstanden war, denn nach internationalen Gepflogenheiten erfolgt bei Bankgarantien keine ausdrückliche Annahme (KLEINER, Rz. 16.02; DOHM, Rz. 165). Wenn im Vertrag (K-1) eine Erfüllungsgarantie vereinbart worden wäre, hätte die Beklagte (im Rahmen einer Obliegenheit) den Widerspruch unverzüglich mit Meldung an die Fjordbank oder an die Klägerin beseitigen müssen (s. auch DOHM, Rz. 165). Da sie dies unterlassen hat, muss sie die Anzahlungsgarantie gegen sich gelten lassen (Art. 6 OR; KLEINER, Rz. 16.02; DOHM, Rz. 165).

c) **Zwischenfazit**

- 22 Sowohl die Auslegung des Vertrags wie auch der daraus entstandenen Bankgarantie führen zum Ergebnis, dass die von der Fjordbank ausgestellte Bankgarantie eine Anzahlungsgarantie darstellt. Selbst wenn aus dem Vertrag hervorginge, dass eine Erfüllungsgarantie vereinbart worden ist, müsste die Beklagte die Anzahlungsgarantie gegen sich gelten lassen. Die Behauptung der Beklagten, wonach eine Erfüllungsgarantie vereinbart wurde (Einleitungsantwort, Ziff. 12), erweist sich damit als unbegründet.

2. **Umfang der Anzahlungsgarantie**

a) **Allgemein**

- 23 Die Anzahlungsgarantie sichert das Risiko der „Nichtrückgabe von Anzahlungen trotz Nichtlieferung bzw. Nichtleistung“ (NIELSEN, § 121 Rz. 30). Sie garantiert m.a.W. den Anspruch des Werkbestellers „auf Rückgabe der Anzahlung für den Fall, dass der Verkäufer (Hersteller) – gleichwohl aus welchen Gründen – seinen Liefer- und Leistungsverpflichtungen

nicht nachkommt“ (NIELSEN, § 121 Rz. 36; ähnlich DOHM, Rz. 23). Der Garantiefall tritt ergo nur ein, wenn der Tatbestand der Nichtlieferung bzw. Nichtleistung eingetreten ist (NIELSEN, §121 Rz. 37). SPAINI geht sogar einen Schritt weiter und setzt für den Eintritt des Garantiefalls noch voraus, dass der Hersteller „nicht mehr in der Lage sein sollte [...], die im Voraus geleistete Werklohnanzahlung ‚ordnungsgemäss‘ zurückzuerstatten“ (SPAINI, S. 267).

b) Gewährleistungsansprüche

- 24 Anzahlungsgarantien decken keine Gewährleistungsansprüche (NIELSEN, § 121 Rz. 37; VON WESTPHALEN/JUD, S. 14). Wie hiervor ausgeführt, handelt es sich i.c. um eine Anzahlungsgarantie, woraus folgt, dass die von der Beklagten geltend gemachten Gewährleistungsansprüche nicht von der Bankgarantie (K-3) umfasst sind.

c) Verzugsansprüche

- 25 In Ziff. 12 der Einleitungsantwort macht die Beklagte weiter geltend, dass, sollte die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche scheitern, Verzugsansprüche „auf jeden Fall von der Bankgarantie umfasst“ seien. Dieser Auffassung ist zuzustimmen (s. auch VON WESTPHALEN/JUD, S. 14). Die Klägerin stellt sich denn auch nicht auf den Standpunkt, dass Verzugsansprüche nicht von der Anzahlungsgarantie gedeckt sind; vielmehr macht sie geltend, dass die Beklagte gar keinen Anspruch aus Verzug hat (s. hiernach Rz. 48 ff.).

3. Fazit

- 26 Sofern die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche überhaupt bestehen, sind sie nicht vom Umfang der Anzahlungsgarantie gedeckt.

IV. Freizeichnungsklauseln

1. Rechtsungenügende Darstellung

- 27 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die von der Beklagten in Bezug auf die Freizeichnungsklauseln vorgebrachten Argumente nicht hinreichend substantiiert begründet worden sind. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet, „dass die klägerischen Rechtsbehörden [sic] in solchem Masse bestimmt sein müssen, dass der Beklagte in die Lage versetzt wird, auf alle Teile und Aspekte der Klage zu antworten“ (BERGER/KELLERHALS, Rz. 1096).
- 28 Auch wenn vorliegend die Rollenverteilung umgekehrt ist, muss dieser Grundsatz Geltung beanspruchen; die Beklagte bringt in Ziff. 16 der Einleitungsantwort ohne jegliche Begrün-

dung vor, dass die Freizeichnungsklauseln widersprüchlich und unzulässig seien. Die Klägerin muss dazu Stellung nehmen können.

2. Kein Widerspruch

29 Aus den nicht genügend substantiierten Ausführungen der Beklagten in Ziff. 16 der Einleitungsantwort leitet die Klägerin ab, dass nach Ansicht der Beklagten die pauschalierten Schadenersatzzahlungen in Widerspruch zu den Freizeichnungsklauseln stehen.

30 Tatsächlich können die in Ziff. 5.2.5.5 des Vertrags (K-1) festgelegten Schadenersatzzahlungen die in Ziff. 13.3 festgelegte Haftung von maximal 15 % der Gesamtvertragspreise übersteigen. Für diesen Fall sieht Ziff. 13.4 vor, dass die Klägerin auch für den 3,3 Mio. Euro übersteigenden Betrag haftet; Ein Widerspruch ist mithin nicht erkennbar.

3. Zulässigkeit der Freizeichnungsklauseln

a) Allgemeines

31 Im Folgenden sollen nun die einzelnen Freizeichnungsklauseln des Vertrags (K-1) zwischen der Klägerin und der Beklagten auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gesetz geprüft werden. Da Verzugsansprüche offensichtlich nicht bestehen (s. hiernach Rz. 54), werden nur diejenigen Freizeichnungsklauseln berücksichtigt, die sich auf die Mängelhaftung der Klägerin beziehen.

b) Vereinbarkeit der Freizeichnungsklauseln mit Art. 100 Abs. 1 OR

32 Nachfolgend wird die Vereinbarkeit der Freizeichnungsklauseln mit Art. 100 Abs. 1 OR geprüft. Nach dieser Bestimmung sind Vereinbarungen nichtig, welche die Haftung für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit zum Voraus ausschliessen. Absicht liegt vor, wenn der Vertrag willentlich nicht erfüllt wird, wobei eine Schädigungsabsicht nicht erforderlich ist (OESCH, S. 57; BK-WEBER, Art. 100 N. 92). Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn „jene elementaren Vorsichtsgebote unbeachtet [bleiben], die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgt hätte [...]“ (BGE 121 V 40 ff. E. 3. b); BK-WEBER, Art. 100 N. 95).

33 **Freizeichnungsklausel 1:** „Für Mängel, die sich aus unsachgemässer Konstruktion, Unbrauchbarkeit der Werkstoffe oder nicht einwandfreier Ausführung ergeben sollten, haftet Polar nach ihrer Wahl durch unentgeltlich Reparatur der fehlerhaften Teile oder Ersatzlieferung“ (K-1, Ziff. 5.1).

34 Die Haftung wird nicht ausgeschlossen; der Klägerin wird lediglich ein Wahlrecht eingeräumt. Daher ist diese Vertragsbestimmung mit Art. 100 Abs. 1 OR vereinbar.

- 35 **Freizeichnungsklausel 2:** „Diese Haftung [gemeint ist die Materialgarantie] ist begrenzt auf Mängel, die innerhalb von 12 Monaten nach Abnahme der Anlage auftreten und umgehend gerügt werden“ (K-1, Ziff. 5.1).
- 36 Gemäss Art. 371 Abs. 2 OR verjähren die Mängelansprüche bei unbeweglichen Bauwerken mit Ablauf von fünf Jahren 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 die fünfjährige Verjährungsfrist i.c. nur für grobes Verschulden.
- 37 **Freizeichnungsklausel 3:** „Sollten sich Versand, Montage oder Inbetriebnahme der Anlage ohne Schuld von Polar verzögern, so erlischt die vorgenannte Haftung spätestens 28 Monate nach Inkrafttreten des Vertrages“ (K-1, Ziff. 5.1).
- 38 Der Eintritt der Wirkung der Freizeichnungsklausel wird vom fehlenden Verschulden der Klägerin abhängig gemacht. Daher ist diese Klausel mit Art. 100 Abs. 1 OR vereinbar.
- 39 **Freizeichnungsklausel 4:** „Jede weitergehende Haftung von Polar, die nicht ausdrücklich in diesem Vertrag geregelt ist, ist ausgeschlossen, insbesondere jede Haftung für indirekte Schäden oder Folgeschäden jeder Art einschliesslich direkter oder indirekter Mängel-Folgeschäden, wie zum Beispiel Produktionsverlust oder entgangener Gewinn“ (K-1, Ziff. 13.4).
- 40 Die Klägerin garantiert die Mängelfreiheit der gelieferten Teile und nimmt auch die Haftung für unsachgemässe Konstruktion auf sich (K-1, Ziff. 5.1), d.h., sie haftet für grobe Fahrlässigkeit (und auch für rechtswidrige Absicht). Auch für Mangelfolgeschäden, die aus grober Fahrlässigkeit resultiert sind, wird die Klägerin entgegen der Klausel einstehen müssen. Die Beweislast liegt für das fehlende Verschulden bei der Klägerin (GAUCH, Rz. 1891; Art. 97 Abs. 1 OR). Aufgrund der Freizeichnungsklausel stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass sie lediglich beweisen muss, nicht grobfahrlässig oder absichtlich gehandelt zu haben. Dieser Beweis gestaltet sich schwierig (negativa non sunt probanda), weshalb an die Substantiiertheit der Vorbringen der Beklagten erhöhte Anforderungen zu stellen sind. Im Übrigen handelt es sich bei der Bemessung des Verschuldensgrades um eine Beweisfrage.

c) Vereinbarkeit der Freizeichnungsklauseln mit Art. 20 Abs. 1 OR

- 41 Freizeichnungsklauseln, die einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen, sind gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig. Für Unmöglichkeit oder Widerrechtlichkeit bestehen in casu keine Anhaltspunkte, ebenso wenig für einen sonstigen Verstoss gegen die guten Sitten.

d) Vereinbarkeit der Freizeichnungsklauseln mit Art. 27 Abs. 2 ZGB

42 Art. 27 Abs. 2 ZGB ist ein Anwendungsfall der Sittlichkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 656). Die Bestimmung kann durch Freizeichnungsklauseln namentlich dann verletzt sein, „wenn die Überlegenheit des sich freizeichnenden Schuldners derart ist, dass [der Gläubiger] praktisch nicht anders kann, als die vom Schuldner diktierte Freizeichnung zu akzeptieren [...]“ (OESCH, S. 117).

43 Da die Beklagte ihre in Ziff. 16 der Einleitungsantwort hervorgebrachten Argumente nicht rechtsgenügend dargelegt hat, ist es der Klägerin nicht möglich, auf allfällige Vorbringen im Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 2 ZGB einzugehen.

4. Auswirkungen auf die geltend gemachten Mängelansprüche

44 Die Beklagte macht in Ziff. 7 ihrer Einleitungsantwort geltend, dass die Sollkapazität von 1‘650 t/d und die vereinbarte Dampfmenge von 84‘000 kg/h infolge der Mängel (s. Ziff. 6 der Einleitungsantwort) nicht erreicht wurde. Der daraus resultierende entgangene Gewinn stellt einen indirekten Mangelfolgeschaden i.S.v. Ziff. 13.4 des Vertrages (K-1) dar, wofür die Klägerin wegen der Freizeichnungsklausel 4 (s. hiervor Rz. 39 f.) nur aus grobem Verschulden haftet. Der Verschuldensgrad stellt eine Beweisfrage dar und kann nicht bestimmt werden.

5. Fazit

45 Die Freizeichnungsklauseln sind im Rahmen von Art. 20 Abs. 1 OR, Art. 100 Abs. 1 OR sowie Art. 27 Abs. 2 ZGB gültig und somit grundsätzlich zulässig.

V. Nichtbestehen der Ansprüche**1. Gewährleistungsansprüche**

46 Die Gewährleistungsansprüche wurden von der Beklagten nicht substantiiert vorgebracht. Insbesondere sind die unter Ziff. 17 der Einleitungsantwort aufgeführten Behauptungen, wonach das Verschulden und der Kausalzusammenhang ohne weiteres gegeben sein sollen, nicht nachvollziehbar. Aus diesem Grund ist es unmöglich, den Umfang der geltend gemachten Ansprüche abzuschätzen.

47 Im Übrigen sei für den Umfang der Gewährleistungsansprüche auf die obigen Ausführungen (s. hiervor Rz. 24 f.) verwiesen.

2. Verzugsansprüche

- 48 Zunächst schliessen wir uns der Meinung der Beklagten an, wonach ein Werk- bzw. Werklieferungsvertrag vorliegt (s. Einleitungsantwort, Ziff. 14). Es kommen somit die Art. 363 ff. OR zur Anwendung. Herstellungsverzug gemäss Art. 366 Abs. 1 OR liegt vor, „wenn sich der Unternehmer mit der Herstellung des geschuldeten Werkes pflichtwidrig verspätet und vom Besteller, soweit erforderlich, gemahnt wird“ (CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER Art. 366 OR N. 1; s. auch Art. 102 OR). GAUCH unterscheidet zwischen dem Verzug mit der Ablieferung des Werkes und demjenigen vor Eintritt des Ablieferungstermins (GAUCH, Rz. 658). Da im vorliegenden Fall der Ablieferungstermin bereits überschritten wurde (s. Einleitungsanzeige, Ziff. 3), fällt der Verzug vor Eintritt des Ablieferungstermins ausser Betracht. Allenfalls könnte ein Verzug mit der Ablieferung des Werkes vorliegen, womit sich die Rechtslage nach den allgemeinen Verzugsregeln von Art. 102 ff. OR bestimmt (GAUCH, Rz. 659).
- 49 Nach den Regeln des Allgemeinen Teils des OR gelten für den Verzug des Schuldners vier Voraussetzungen, welche kumulativ erfüllt 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 (Art. 102 Abs. 1 OR; HUGUENIN, Rz. 647).
- 50 In Bezug auf den Verzug des Unternehmers beim Werkvertrag bedeutet die erste Voraussetzung nun, dass „der Unternehmer trotz Eintritt des Ablieferungstermins das Werk pflichtwidrig noch nicht vollendet oder das vollendete Werk pflichtwidrig noch nicht abgeliefert hat“ (GAUCH, Rz. 659).
- 51 Unbestritten ist i.c., dass die Klägerin „Mechanische Fertigstellung“ i.S.v. Ziff. 4 des Vertrages (K-1) erklärt hat (Einleitungsanzeige, Ziff. 4 bzw. Einleitungsantwort, Ziff. 2). Eine pflichtwidrige Nichtvollendung ist aus folgenden Gründen zu verneinen:
- 52 Gemäss Einleitungsanzeige (Ziff. 4) wurde die Anlage am 2. September 2005 „formal angeheizt“ und gemäss Einleitungsantwort (Ziff. 3) am 8. September 2005 „in Betrieb genommen“. Ein Werk ist nach BGE 94 II 161 ff. E. 2. c) dann vollendet, „wenn alle im Vertrag vorgesehenen Arbeiten ausgeführt sind [...]“, wobei GAUCH festhält, dass die Vollendung von der Mängelfreiheit zu unterscheiden ist. Ein Werk kann mit einem Werkmangel behaftet und trotzdem vollendet sein (GAUCH, Rz. 106).

- 53 Die Beklagte behauptet, die Anlage weise schwerwiegende Mängel auf (Einleitungsantwort, Ziff. 6) und könne daher nicht abgenommen werden; sie stützt ihren Verzugsanspruch m.a.W. auf bestehende Mängel am Werk. Die fehlende Abnahme hindert aber nicht die Vollendung, sondern höchstens die Mängelfreiheit des Werkes (GAUCH, Rz. 106). Im vorliegenden Fall kann also kein Verzug aufgrund fehlender Abnahme, sondern möglicherweise ein Werkmangel vorliegen; Damit wären nicht die Verzugsregeln (Art. 102 ff. OR), sondern höchstens die Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) anwendbar.
- 54 Ein Verzug und damit Verzugsansprüche sind mithin zu verneinen, weil der Vertrag von Seiten der Klägerin erfüllt wurde.

3. Fazit

- 55 Soweit auf die durch die Beklagte vorgebrachten Ansprüche eingegangen werden kann ist deren Bestand zu verneinen.

VI. Der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“

- 56 Nachfolgend soll aufgezeigt werden, dass die Überprüfung des Sicherungszwecks vor Auszahlung der Garantiesumme im vorliegenden Fall mit dem Mechanismus der Bankgarantie vereinbar ist.

1. Allgemeines

- 57 Für alle Bankgarantien gilt der Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“ (VON WESTPHALEN/JUD, S. 467 f.), was bedeutet, dass die Begünstigte ihren Anspruch ggü. der Garantiebank 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). Insofern ist den Ausführungen der Beklagten zuzustimmen (s. Einleitungsantwort, Ziff. 10).
- 58 Der Grundsatz erfährt jedoch eine Ausnahme, wenn die 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 Garantieforderunggeberin hat einen Anspruch ggü. der Begünstigten auf ein Abrufverbot als einstweiligen Rechtsschutz; dieser letztere Anspruch ergibt sich aus dem Valutaverhältnis (EGGER, S. 15). Dieser Durchbruch des Unabhängigkeitsprinzips einer Bankgarantie lässt sich dadurch

rechtfertigen, als es sich bei dem diesbezüglich einschlägigen Art. 2 Abs. 2 ZGB um zwingendes Recht handelt, welches nicht zum Voraus wegbedungen werden kann (ZOBL, S. 43).

2. Voraussetzung: Offenbarer Rechtsmissbrauch

- 59 Ein offener Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn „[...] – bei objektiver Wertung des gesamten Sachverhaltes – kein Anspruch gegen die Garantieforderunggeberin zusteht, der mit der Garantie gesichert werden soll“ (CISG online Nr. 701, Ziff. 7.2). So gilt eine unberechtigte Inanspruchnahme der Garantie erst dann als rechtsmissbräuchlich, wenn die fehlende Berechtigung offenkundig oder leicht beweisbar ist und die Begünstigte demnach diesen Umstand entweder kennt oder grobfahrlässig verkennt (HORN, S. 99).
- 60 I.c. müssen die von der Beklagten geltend gemachten Verzugsansprüche – selbst wenn man ihnen die von der Beklagten gemachten Tatsachenbehauptungen unterstellt – klar als inhaltslos abgewiesen werden (s. hiervor Rz. 48 ff.). Weiter wurde klar dargelegt (s. hiervor Rz. 6 ff.), dass es sich i.c. um eine Anzahlungs- und nicht um eine Erfüllungsgarantie handelt und dass daher die von der Beklagten geltend gemachten Gewährleistungsansprüche – sofern sie überhaupt bestehen – keinesfalls von der Bankgarantie erfasst sein können.
- 61 Das offenbare Element des Rechtsmissbrauchs ist insbesondere darin zu erblicken, dass die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche schon aus rein rechtlichen Gründen nicht von der Bankgarantie erfasst sein können; Ein Beweisverfahren erübrigt sich somit.

3. Fazit

- 62 Da vorliegend ein offener Rechtsmissbrauch vorliegt, ist die Einleitung prozessualer Schritte vor Auszahlung der Garantiesumme mit der Natur der Bankgarantie vereinbar.

VII. Schlussfazit

- 63 Erstens sind die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche nicht vom Sicherungszweck der Bankgarantie erfasst (s. hiervor Rz. 26). Zweitens hat sich die Klägerin gültig freigezeichnet (s. hiervor Rz. 45). Und drittens bestehen die Ansprüche aus rein rechtlichen Gründen nicht (s. hiervor Rz. 46 ff.). Somit ist die Beklagte zu verpflichten, die Inanspruchnahme der Bankgarantie zu unterlassen.

B. Herausgabe der Bankgarantie

I. Einleitung

64 Im Folgenden soll dargelegt werden, dass die Klägerin einen Anspruch hat, wonach die Beklagte die Bankgarantie an Fjordbank herauszugeben hat. Dieser Anspruch besteht einerseits aufgrund der vertraglichen Nebenpflicht zur Rückgabe der Garantieurkunde bei Erlöschen der Garantieverpflichtung (WM Nr. 52, 1982, S. 1400), andererseits beim Fehlen der Voraussetzungen für eine berechtigte Inanspruchnahme im Grundverhältnis (DOHM, Rz. 118).

II. Rückgabeanspruch nach Erlöschen der Garantieverpflichtung

65 Die Verpflichtung zur Rückgabe der Garantieerklärung wurde vorliegend vertraglich vereinbart. In Ziff. 6 der Bankgarantie (K-3) wird festgehalten, dass das Original dieser Garantieerklärung nach Verfall oder bei Befriedigung sämtlicher Ansprüche aus der Garantie zurückzugeben ist. Die Garantie ist m.a.W. dann herauszugeben, wenn die Garantieverpflichtung erloschen ist (WM Nr. 52, 1982, S. 1400).

66 Gemäss Abs. 4 der Bankgarantie (K-3) erlöschen die daraus folgenden Verpflichtungen spätestens am 3. Januar 2007. Dieses Datum ist bereits überschritten. Die Beklagte könnte sich nun aber auf den Standpunkt stellen, dass sie die Garantie fristgerecht gezogen hat. Zwar ist unbestritten, dass die Beklagte vor dem 3. Januar 2007 die Bankgarantie zu ziehen versucht hat. Da die Ziehung der Bankgarantie jedoch als unrechtmässig zu qualifizieren ist (s. hiervor Rz. 63), kann sich die Beklagte damit nicht auf den Standpunkt stellen, die Frist eingehalten zu haben. Somit hat bis zum Verfall der Bankgarantie keine fristgerechte Inanspruchnahme stattgefunden, womit die Verpflichtungen aus der Bankgarantie erloschen sind.

67 Weiter könnte die Beklagte behaupten, die Garantie sei am 16. Juni 2006 um zwei Jahre verlängert worden, was im Dokument B-3 festgehalten wird. Gemäss Beschluss Nr. 2, Ziff. 2 hätte die Klägerin die Verlängerung der Bankgarantie bzw. die Gestellung einer neuen Bankgarantie nach Ablauf der bestehenden (K-3) bei der Fjordbank in Auftrag gegeben. Durch die unrechtmässige Inanspruchnahme der Bankgarantie erübrigte sich diese Verlängerung.

III. Rückgabeanspruch bei fehlender Voraussetzung

- 68 Ein weiterer Rückgabeanspruch ergibt sich bei fehlender Voraussetzung zur Inanspruchnahme der Bankgarantie, z.B. dann, wenn die Garantierauftraggeberin ihren Verpflichtungen korrekt nachgekommen ist (DOHM, Rz 118).
- 69 Die Klägerin ist ihren vertraglichen Pflichten nachgekommen und hat das Werk vollständig abgeliefert und montiert, wie dies hinlänglich dargelegt wurde (zum Nichtbestehen der Ansprüche s. hiervor Rz. 46 ff.). Ob Mängel vorliegen oder nicht, hat hier keine Auswirkungen auf das Erlöschen der Garantieverpflichtung, da die Klägerin gemäss Garantieerklärung nur verpflichtet ist vollständig und rechtzeitig zu liefern (K-3, Abs. 3). Somit ist die Garantieverpflichtung aufgrund der mechanischen Fertigstellung erloschen und es besteht für die Beklagte kein Grund mehr im Besitz der Garantieurkunde (K-3) zu bleiben.

IV. Schlussfazit

- 70 Die Beklagte ist sowohl aufgrund des Verfalls der Garantieerklärung als auch aufgrund des Erlöschens der Garantieverpflichtung zur Rückgabe der Bankgarantie (K-3) an die Fjordbank zu verpflichten.

C. Prozessführungsverbot

I. Einleitung

- 71 Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass die Klägerin einen Anspruch i.S. einer vorsorglichen Massnahme gegen die Beklagte hat, wonach diese die in Kroatien gegen die Fjordbank anhängigen Klagen in Bezug auf die Bankgarantie zurückzunehmen hat.

II. Anspruchsgrundlage

- 72 Gemäss Art. 26 Abs. 1 SchO kann das Schiedsgericht auf Antrag vorsorgliche oder sichernde Massnahmen nach Art. 183 IPRG anordnen, falls dies für notwendig oder angemessen erachtet wird und nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde (ZHK-Schiedssache Nr. 525, Ziff. 11). Aus Art. 183 Abs. 1 IPRG lässt sich gemäss Praxis die Befugnis der Schiedsgerichte zum Erlass von Prozessführungsverboten ableiten (IHK-Schiedssache Nr. 8307, Ziff. 2 und 9). Weiter ergibt sich diese Befugnis auch aus § 110 ZPO ZH, wie in ZHK-Schiedssache Nr. 240/93 unter Ziff. 3 festgehalten wurde.

- 73 Für die Klage auf Unterlassung ausländischer Prozessführung (engl. „antisuit injunction“) i.S. einer vorsorglichen Massnahme muss die Klägerin einen materiellen Unterlassungsanspruch nachweisen können. Ein solcher Anspruch und mit ihm die Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass eines Prozessführungsverbots kann sich dann aus Vertrag, insbesondere aus einer Schiedsvereinbarung ergeben, wenn dieser materiell und formell wirksam ist „und der Streitgegenstand vor dem forum derogatum“ unter dieselbe fällt (JEGHER, S. 127 und 133). Erhebt also eine Partei trotz gültiger Schiedsvereinbarung vor einem anderen (ausländischen) Gericht Klage, bedeutet dies aufgrund des Verpflichtungscharakter der Schiedsvereinbarung (s. hier-nach Rz. 92 f.) eine Vertragsverletzung und kann so die Grundlage für einen materiellen Unterlassungsanspruch bilden.

III. Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung

1. Wirksame Schiedsvereinbarung

- 74 Voraussetzung für die Kompetenz des Schiedsgerichts in Bezug auf eine Unterlassungsklage ist der Bestand einer wirksamen Schiedsvereinbarung, die den betreffenden Streit der Schiedsgerichtsbarkeit unterwirft (LÉVY, S. 117). Ein staatliches Gericht kommt nach Art. 183 Abs. 2 IPRG nur dann zum Zug, wenn das Schiedsgericht ein entsprechendes Ersuchen um Mitwirkung gestellt hat (JEGHER, Fn. 768), was i.c. nicht erfolgte. Die Schiedsvereinbarung ist im Vertrag (K-1) zwischen der Klägerin und der Beklagten geregelt, materiell und formell unbestritten und daher wirksam. Es gilt somit zu klären, ob der Streitgegenstand der Schiedsvereinbarung unterworfen werden kann.

2. Gleichheit der Prozesse und Rechtsschutzinteresse

- 75 Ziff. 16.2 des Vertrags (K-1) lautet: „Alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten werden nach der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern von drei gemäss dieser Ordnung ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden werden. Sitz ist Zürich/Schweiz.“
- 76 Parteien vor den kroatischen Gerichten sind die Fjordbank und die Beklagte. Die Klägerin ist als Nebenintervenientin beigetreten. Da die Fjordbank als Dritte grundsätzlich nicht von der Schiedsvereinbarung (zwischen der Klägerin und der Beklagten) erfasst wird (RÜEDE/HADENFELDT, S. 81), soll aufgezeigt werden, dass es dennoch Gründe gibt, von einer Identität der beiden Prozesse zu sprechen.

a) Gleicher Streitgegenstand

- 77 Gemäss Ziff. 16.2 des Vertrags (K-1) zwischen der Klägerin und der Beklagten sollen „alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten“ der Schiedsvereinbarung unterworfen sein. Der Streit zwischen Fjordbank und der Beklagten betrifft zwar nur das Garantieverhältnis; allerdings entstand dieses gerade aus dem Valutaverhältnis (s. Ziff. 3.1.1 des Vertrags, wonach sich die Klägerin verpflichtet, eine Bankgarantie zu Gunsten der Beklagten in Auftrag zu geben).
- 78 Ferner hängt der Ausgang des Verfahrens massgeblich vom Valutaverhältnis ab; denn daraus ergibt sich die Antwort auf die Frage, ob die Suspensivbedingung eingetreten ist oder nicht (s. hiervor Rz. 3 f. und Abs. 2 der Bankgarantie (K-3)). Streitigkeiten aus dem Valutaverhältnis sind gemäss der Schiedsvereinbarung bei einem schweizerischen Schiedsgericht vorzubringen. M.a.W.: Das kroatische Gericht ist nicht befugt im Bereich des Valutaverhältnisses zu urteilen und müsste ein diesbezügliches Urteil abwarten. Um den Arrest gegen Fjordbank auszusprechen, muss das kroatische Gericht vorgängig eine Beurteilung des Valutaverhältnisses vornehmen. Im Bereich des Valutaverhältnisses besteht somit Gleichheit der Streitgegenstände.
- 79 Schliesslich zeitigt der Ausgang des Verfahrens in Kroatien die gleichen Wirkungen wie jener des Schiedsgerichts: Fjordbank wird zur Zahlung der Garantiesumme verpflichtet oder nicht. Unterliegt die Klägerin, so hat sie an Fjordbank eine Zahlung in Höhe der Garantiesumme zu leisten.

b) Gleiche Parteien

- 80 Da die Klägerin als Nebenintervenientin vor den kroatischen Gerichten aufgetreten ist, besteht in Bezug auf Klägerin und Beklagte das Parteiverhältnis, das der Schiedsvereinbarung unterworfen sein sollte.

c) Rechtsschutzinteresse**aa) Allgemeines**

- 81 Weil die Klägerin nicht Partei des Garantieverhältnisses ist, erscheint eine Prüfung des Rechtsschutzinteresses sachgerecht.
- 82 Ein gerichtlicher Rechtsschutz ist unter folgenden Voraussetzungen notwendig: 1. Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers; 2. Unzumutbarkeit der

Fortdauer dieser Ungewissheit; 3. Unmöglichkeit der Behebung der Ungewissheit auf andere Weise, insbesondere nicht durch Leistungs- oder Gestaltungsklage (VOGEL/SPÜHLER, Kap. 7 Rz. 23).

- 83 Sollte die Fjordbank den von der Bankgarantie gedeckten Betrag an die Beklagte auszahlen, würde dadurch mittelbar in das Vermögen und somit in die Rechtsstellung der Klägerin eingegriffen, da die Fjordbank Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen hat (Art. 402 Abs. 1 OR). Dieser Aufwendungsersatz ergibt sich aus dem Auftragsverhältnis. In der Folge würde das Konto der Klägerin entsprechend belastet (VON WESTPHALEN/JUD, S. 278; DOHM, Rz. 146). Ihre Rechtsstellung ist ungewiss; es ist nicht klar, ob sie belangt werden wird oder nicht. Vor einem Osloer Gericht hat die Klägerin eine einstweilige Verfügung gegen die Fjordbank erwirkt; das Verfahren wurde ausgesetzt, bis die Entscheidung im Schiedsverfahren ergangen ist (s. Einleitungsanzeige, Ziff. 11). Die Ungewissheit darüber, ob die einstweilige Verfügung wieder rückgängig gemacht wird oder nicht, ist unzumutbar. Ferner ist keine andere Möglichkeit zur Behebung der Ungewissheit ersichtlich. Daher ist das Rechtsschutzinteresse grundsätzlich zu bejahen.

bb) Verhältnismässigkeit

- 84 Das Rechtsschutzinteresse könnte an der Verhältnismässigkeit scheitern. HABSCHEID vertritt die Meinung, das Rechtsschutzinteresse sei dann zu verneinen, wenn der begehrte Rechtsschutz nicht „der einfachste, schnellste und zweckmässigste Weg zur Behebung der Rechtsunsicherheit ist“ (HABSCHEID, Rz. 357). JEGHER hingegen betont, dass ein Rechtsschutzinteresse nicht bereits am Vorhandensein eines anderen Rechtsbehelfs scheitern darf. Die Klägerin habe die freie Wahl, von welchem Rechtsbehelf sie Gebrauch machen wolle; es sei vielmehr vom Zweck des Rechtsschutzinteresses auszugehen, welcher darin bestehe, „zweckwidrige Prozesse zu verhindern“ (JEGHER, S. 162).
- 85 Aus Ziff. 12 der Einleitungsanzeige geht hervor, dass die Fjordbank gegen den durch das kroatische Gericht verhängten Arrest Widerspruch eingelegt hat und nach der Bestätigung desselben gegen diese Entscheidung am 19. Juni 2007 Berufung eingelegt hat.
- 86 Die Klägerin ist in diesem Verfahren Nebenintervenientin, was bedeutet, dass sie in diesem Prozess als Streitgehilfin der Fjordbank auftritt (VOGEL/SPÜHLER, Kap. 5 N. 65) und an deren Obsiegen interessiert ist (VOGEL/SPÜHLER, Kap. 5 N. 68). Somit wurden mit der Geltendmachung von Rechtsmitteln durch die Fjordbank (s. hiervor Rz. 85) bereits vergeblich die Inte-

ressen der Klägerin vertreten. Da eine Nebenintervenientin an einem Prozess so teilnimmt, wie sie ihn vorfindet und frühere Verfahrensstadien nicht wiederholt werden (VOGEL/SPÜHLER, Kap. 5 N. 74), stehen der Klägerin keine milderen Mittel in Bezug auf diese Klage zur Verfügung.

- 87 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen, dass die Klägerin die Verhältnismässigkeit aufgrund des Vorwurfs, nicht das mildeste Mittel gewählt zu haben, nicht gewahrt habe, so ist auf die Auffassung der neueren Lehre zu verweisen, wonach auf den Zweck des Rechtsschutzinteresses abzustellen sei (s. hiervor Rz. 83). Der Zweck eines Prozessführungsverbots besteht darin, zweckwidrige Prozesse zu verhindern. Da die Klägerin ggü. der Beklagten einen Anspruch auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie hat (s. hiervor Rz. 63), wird ein Prozess, welcher die Zahlungsverpflichtung der Fjordbank aus der angeblichen Zahlungsverpflichtung (aus der Bankgarantie) zum Gegenstand hat, hinfällig. Das Aussprechen eines Prozessführungsverbots verhindert also einen zweckwidrigen Prozess, womit die Verhältnismässigkeit gegeben ist.

cc) Vorsorgliche Massnahme (Rechtsschutzinteresse i.e.S.)

- 88 Voraussetzung für die vorsorgliche Massnahme ist neben dem bereits Gesagten die Gefahr eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils (ZHK-Schiedssache Nr. 525, Ziff. 15; ZHK-Schiedssache Nr. 240/93, Ziff. 4.5; BERGER/KELLERHALS, Rz. 1146).
- 89 Vorliegend ist der Nachteil darin zu erkennen, dass durch den in Kroatien geführten Prozess bereits Kosten entstanden sind und durch die Fortführung weitere Kosten entstehen werden. Im Übrigen wurde die Schiedsvereinbarung gerade deshalb unterzeichnet, um Prozesse vor ungewollten Gerichten zu vermeiden (s. auch IHK-Schiedssache Nr. 8307, Ziff. 10).
- 90 Im Entscheid ZHK-Schiedssache Nr. 525 (Ziff. 16) wurde das Rechtsschutzinteresse verneint, weil das mit dem Verfahren befasste staatliche Gericht noch nicht über seine Zuständigkeit entschieden hatte. Gemäss Einleitungsanzeige, Ziff. 12 hat das kroatische Gericht den Arrest bestätigt; das kroatische Gericht hat mithin bereits über seine Zuständigkeit entschieden.
- 91 Damit sind alle Voraussetzungen für das Rechtsschutzinteresse erfüllt.

IV. Verpflichtungscharakter der Schiedsvereinbarung

- 92 Um einen Unterlassungsanspruch geltend machen zu können, muss eine Schiedsvereinbarung materiell-rechtliche Wirkungen entfalten können. Die Ansicht, die Schiedsvereinbarung sei

lediglich als prozessrechtlichen Vertrag zu qualifizieren, gilt nach WENGER als überholt. Obwohl die Hauptwirkungen einer Schiedsvereinbarung prozessrechtlicher Natur sind, entfaltet eine Schiedsvereinbarung auch materiell-rechtliche Wirkungen (BSK-WENGER, Art. 178 N. 4). Diese Meinung wurde in ZHK-Schiedssache Nr. 525 ebenfalls vertreten.

- 93 Die materiell-rechtlichen Elemente bestehen insbesondere in gegenseitigen Leistungs- und Unterlassungspflichten der Parteien. Solche in einer Schiedsvereinbarung begründete Unterlassungspflichten sind insbesondere „das Streitentscheidungsverfahren der Drittperson nicht zu behindern und namentlich die gleiche Streitigkeit nicht einem staatlichen Gericht zu unterbreiten“ (BSK-WENGER, Art. 178 N. 4). Ein solches Versprechen und mit ihm die materiell-rechtliche Unterlassungspflicht haben die Parteien mit der Schiedsvereinbarung abgegeben. Die Beklagte hat mit der Prozessführung in Kroatien gegen diese Pflicht verstossen, da das Verfahren zu früh eingeleitet wurde (s. hiavor Rz. 78). Damit ist der materielle Unterlassungsanspruch gegeben und ein Prozessführungsverbot zulässig.

V. Gründe gegen ein Prozessführungsverbot?

1. Unzulässiger Eingriff und internationale Rücksichtnahme

- 94 Ein möglicher Vorwurf, welcher allgemein dem Erlass von Prozessführungsverboten entgegengehalten wird, ist der Vorwurf des unzulässigen Eingriffs in die Kompetenz des ausländischen Gerichtes. Der hier vorgebrachte Unterlassungsanspruch hingegen zielt in erster Linie nicht auf das mit dem in Kroatien hängigen Prozess befasste Gericht, sondern lediglich auf die Beklagte selbst (KURTH, S. 113). Wird eine indirekte Einmischung in die fremde Gerichtsbarkeit angenommen (JEGHER, S. 162 mit Verweisungen), so sollte das Prinzip der internationalen Rücksichtnahme (*comitas gentium*) berücksichtigt werden. Es gilt also, zwischen dem „öffentlichen Interesse an einer international geordneten Rechtspflege“ (JEGHER, S. 163) und dem Interesse der Partei, die zu Recht die Zuständigkeit verneint, abzuwägen.
- 95 Aus folgenden Gründen sind die Parteiinteressen (i.c. die Interessen der Klägerin) höher zu gewichten als das Interesse auf keine Einmischung in eine fremde Gerichtsbarkeit: 1. Die Beklagte hat in Kroatien einen Prozess angestrengt. Die kroatischen Gerichte haben ihre Zuständigkeit bejaht und die Beklagte dadurch darin unterstützt, die Schiedsabrede zu verletzen. Ein Staat, dessen Gerichte zu einer solchen Verletzung beitragen, „verdient [...] keinen Schutz vor indirekter Einmischung“ (JEGHER, S. 165). 2. Nicht das Prozessführungsverbot, „sondern das untolerierbare Verhalten des Auslandklägers [stellt] die eigentliche Störung des internati-

onalen Rechtsverkehrs dar“ (JEGHER, S. 165). 3. Würde das Interesse an einer international geordneten Rechtspflege höher gewichtet, hätte dies schliesslich zur Folge, dass die Interessen der verletzten Partei denjenigen der verletzenden Partei untergeordnet würden.

2. Vereinbarkeit mit dem LugÜ?

96 Das LugÜ enthält Bestimmungen, welche das Vorgehen bei Litispendenz oder konnexen Klagen sowie die „Verbindlichkeit eines Urteils eines Konventionsgerichtes für die anderen Vertragsstaaten“ regeln (ZZZ, 2006, S. 61), was der Zulässigkeit eines Prozessführungsverbots widerspricht.

97 In Turner vs. Grovit hält der EuGH fest, dass ein Prozessführungsverbot „gegen das vom Brüsseler Übereinkommen vorgesehene Zuständigkeitssystem verstosse“ (Turner vs. Grovit, Rz. 27). Die Unzulässigkeit von Prozessführungsverboten ergibt sich ebenso für das LugÜ, da es ein Parallelabkommen zum Brüsseler Übereinkommen darstellt.

98 Die Anwendung des LugÜ ist für die Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen (Art. 1 Abs. 2 Ziff. 4 LugÜ). Somit sind obige Überlegungen über die Unzulässigkeit von Prozessführungsverboten i.c. nicht von Bedeutung. Ferner ist Kroatien nicht Vertragsstaat des LugÜ.

3. Nichtanerkennung des Entscheids

99 Die Beklagte könnte sich auf den Standpunkt stellen, ein Prozessführungsverbot sei im Ergebnis wirkungslos, da das kroatische Gericht zu späterer Zeit in freier Kognition urteilen wird. Dem ist entgegen zu halten, dass das kroatische Gericht als Vertragsstaat des NYÜ den Schiedsentscheid anerkennen und bezüglich des Valutaverhältnisses den Grundsatz res judicata beachten wird (UZELAC/KEGLEVIĆ, S. 153 und 167 f.).

4. Fazit

100 I.c. sind keine Gründe gegen den Erlass eines Prozessführungsverbots ersichtlich.

VI. Schlussfazit

101 Da in einem Prozess bezüglich des Garantieverhältnisses in jedem Fall vorgängig eine Beurteilung des Valutaverhältnisses zu erfolgen hat, verletzt das gegen Fjordbank in Kroatien eingeleitete Verfahren die Schiedsabrede zwischen der Klägerin und der Beklagten. Aus diesem Grund ist die Beklagte zu verpflichten, alle in Kroatien gegen Fjordbank hängigen Klagen zurückzuziehen.

Anhang

Im Anhang sind folgende unpublizierte Schiedssprüche zu finden:

Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer, Resolution of the Board of Arbitration of September 20, 1994, in the Zurich Chamber of Commerce Arbitration No. 240/93 in the matter of A vs. B, unpubliziert (zit. ZHK-Schiedssache Nr. 240/93)

International Chamber of Commerce (Geneva), Arbitration case No. 8307/FMS/KGA, Interim Award of 14 May 2001 in the arbitration procedure among [A] and [B] and [C], unpubliziert (zit. IHK-Schiedssache Nr. 8307)

Zürcher Handelskammer, Nr. 525, Beschluss vom 16. Februar 2004 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Schiedsverfahren zwischen Klägerin A. gegen Beklagte 1 – 5, Deutschland/Österreich, unpubliziert (zit. ZHK-Schiedssache Nr. 525)

Auf die beiden ersten Entscheide verweist Dr. iur. Markus Wirth in seinem Artikel „Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland“ in ASA Bulletin 1/2000 S. 31 ff. Wir danken Herrn Dr. Markus Wirth, dass er auf unsere Mailanfrage vom 29.02.2009 reagiert hat und uns die im ASA Bulletin erwähnten Entscheide sowie ein weiteres Urteil für den Moot Court zur Verfügung gestellt hat.

*Arbitration
injunction*

Resolution
of the Board of Arbitration
of September 20, 1994

in the Zurich Chamber of Commerce Arbitration No. 240/93

in the matter of

[REDACTED] A

represented by [REDACTED]
[REDACTED]

Claimant

versus

[REDACTED] B

represented by [REDACTED]
[REDACTED]

Respondent

concerning
Provisional Measure

- I. The Claimant has with its petition dated September 13, 1994 - received on September 14, 1994 - filed a petition for an Ex Parte Injunction and Subsequent Preliminary Injunction after Hearing with the requests:

"1. B [REDACTED] be ordered to refrain from submitting or pursuing any claim arising out of, or relating to the Agreements (as defined in I 1 5 of the Request for Arbi-

tration dated 18th of November 1993), their breach, ^Atermination or invalidity by way of action, notice or any other manner against [REDACTED] to any authority or Court other than this contractually agreed Arbitration Tribunal.

2. ^B [REDACTED] be ordered to refrain from disclosing to any third party or otherwise using any information (including but not limited to briefs, documents, testimonies, expert opinions etc) which have been made available by [REDACTED] to this Arbitration Tribunal in the proceeding IACZCC (International Arbitration Court of the Zurich Chamber of Commerce) docket no. 240/93 in any manner whatsoever outside of the said litigation procedure. ^A
3. ^B [REDACTED] be ordered to refrain from submitting or pursuing any claim which it may allege to have under the Agreements before any other Court outside the jurisdiction of an Arbitration Tribunal proceeding according to the IARZCC (International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce) in violation of para. 8.6 of the License Agreement.

All under the penalty of referral of ^B[REDACTED]'s officers to the criminal prosecution bodies for punishment in case of disobedience under art. 292 of the Swiss penal code "

whereby the claimant presented the further

Motion

- "1. The above requested injunction be issued as an ex parte temporary injunction (superprovisorische Massnahme ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei); and
 2. the ex parte injunction be subsequently confirmed after a hearing as a preliminary injunction (vorsorgliche Massnahme) for the duration of the arbitration proceedings."
- II. A photostated copy of the petition of September 13, 1994 and of all the annexes thereto are herewith sent to the respondent.
- III. The Board of arbitration takes into consideration:
1. ^AThe claimant has on November 18, 1993 amended by a letter of April 8, 1994 filed a petition to the Zurich Chamber of Commerce for an arbitration procedure, based on arbitration clauses contained in four agreements concluded between [REDACTED] and [REDACTED] ^B[REDACTED], all dated January 13, 1992. The claimant filed therewith the following claims:

"to render an enforceable interim judgment by which the Arbitration Tribunal

1. determines that ^B [REDACTED] is in breach of its obligations under the Agreements for the development and marketing of a pharmaceutical compound known as [REDACTED].
2. orders ^B [REDACTED] to pay to ^A [REDACTED] within ten days after receipt of the interim judgment of the sum of 10'000'000.- US plus interests for the time since 1 April 1993 at the rate as would be applied by New York commercial banks of prime commercial clients on unsecured loans on a six month rollover base;
3. orders ^B [REDACTED] to pay to ^A [REDACTED] any further damage which may be the result of ^B [REDACTED]'s breach of contract plus interest for the time since 1 April 1993, at the rate as would be applied by New York commercial banks for prime commercial clients on unsecured loans on a six month rollover base;
4. grants ^A [REDACTED] the permission to submit a further brief to be filed within reasonable time after the interim judgement has been rendered for the purpose of supporting its claim for additional damages which at this point in time can not yet be proven with reasonable accuracy;
5. orders ^B [REDACTED] to pay to ^A [REDACTED] for the full costs of the present Arbitration proceedings and to repay to [REDACTED] its attorney fees incurred in the course of the present legal proceedings, calculated according to the tariff decree of the Zurich Supreme Court on attorney fees as per 10 June 1987, and that an enforceable cost order is issued with the interim judgement."

2. Based on the arbitration clauses contained in the aforesaid four agreements concluded between ^A [REDACTED] and ^B [REDACTED] all dated January 13, 1992: License Agreement section 11.01, Co-marketing Agreement section 7.01, Supply Agreement section 10.01 and Trademark License Agreement section 11.01 which read as follows:

"Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this agreement, or the breach termination or invalidity thereof which the parties are unable to settle themselves in accordance with the Standard Operating Procedures adopted by the Parties shall be settled by arbitration in accordance with the Conciliation and Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce to the exclusion of any other Court. The arbitration shall be conducted in Zurich, Switzerland, in the English language, and Swiss law shall apply. The Court of Arbitration shall decide finally and exclusively and the prevailing Party may enter such decision in any Court having jurisdiction. The Court of Arbitration shall consist of three arbitrators and shall be formed in accordance with the rules of the Zurich Chamber of Commerce on international arbitration."

and

based on the order of the President of the Zurich Chamber of Commerce of December 8, 1993

an arbitral tribunal with seat in Zurich was constituted, whereby the arbitration proceeding no. 240/93 is governed by the International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce (IAR-ZCC).

In this arbitration procedure up to now the following exchange of briefs has taken place: In the sense of "Prozessökonomie" the request of June 7, 1993 with 27 annexes and the brief of August 31, 1993 with 26 annexes filed by the claimant in the Zurich Chamber of Commerce Arbitration procedure no. 229/93 were accepted as complaint of the claimant in the procedure no. 240/93 and the respondent filed on August 19, 1994 its answer. The parties have not contested the application of Swiss law, the validity of the arbitration clauses and the jurisdiction of the Zurich Board of arbitration.

3. The arbitration clauses of the four agreements named above cipher 2 do not exclude the competence of the board of arbitration to order on motion of a party provisional or conservatory measures. Art. 28 of the International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce permit to the board of arbitration to order provisional or conservatory measure in accordance with art. 183 of the Private International Law Statute.

The Zurich Civil Procedure provides in § 110 that a Court may order protective measures by a preliminary injunction if it is made credible that a party is threatened by a disadvantage not easily repairable and that in cases of special urgency a provisional order may be issued followed by a hearing of the other party whereafter the tribunal will decide whether the measure is maintained or not.

4. By the briefs exchanged in the arbitration, by the petition of the claimant of September 13, 1994 and the annexes thereto the board of arbitration has been informed of the following:

- 4.1 In addition to the aforesaid four agreements two further agreements were concluded for the development and marketing of the same pharmaceutical compound between a subsidiary of the claimant, [REDACTED] Corporation., a [REDACTED] corporation with its principal place of business in [REDACTED] on one side and the respondent. Differences of opinion arose concerning one of these agreements, the so-called "[REDACTED] Agreement" which does not contain an arbitration clause. X

X
 [REDACTED] Corporation sued the respondent in the Circuit Court of [REDACTED] County, Maryland, for breach of the [REDACTED] Agreement. The respondent raised the objection of the incompetence of the Court of [REDACTED] County by stating, that [REDACTED] X
 [REDACTED] Corporation is a subsidiary of [REDACTED] A
 [REDACTED], the claimant, that the [REDACTED] Agreement is related to the four agreements which are pending before the board of arbitration in Zurich and that following the arbitration clause in the four agreements the [REDACTED] Agreement is also subject to the exclusive arbitration jurisdiction in Zurich.

X
 On the other side the respondent did on June 28, 1993 in the procedure in the Circuit Court of [REDACTED] county file a counterclaim against [REDACTED] Corporation by claiming rescission of the [REDACTED] Agreement and by claiming compensatory and punitive damages for misrepresentation at the conclusion of the agreements and compensation for unjust enrichment. The respondent then filed on June 1, 1994 an amended answer and counterclaim in which it appeared as defendant and counterclaimant versus [REDACTED] X
 Corporation and the claimant as counterclaim-defendants.

The amended counter suit has apparently up to now not been correctly served on the claimant.

On June 14, 1994 the respondent filed with the Court in [REDACTED] a request against the claimant for the production of documents.

4.2 The USA as well as Switzerland have signed the New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards of June 10, 1958. Article II clauses 1 and 3 provide the following:

- "1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.
3. The Court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed."

The counter suit of the respondent is directed against the claimant and is based on the four agreements concluded between the parties which contain arbitration clauses and in connection therewith litigation is pending before

the board of arbitration in Zurich. The Court of Maryland is therefore not competent to grant any orders against the claimant.

As mentioned the amended counter suit before the [redacted] Court names as plaintiff [redacted] Corporation and as defendant the respondent and as counterclaimant the respondent and as counterclaim-defendants [redacted] Corporation and the claimant. According to Swiss law i.e. the Zurich Civil Procedure, such a suit is not admissible. A counter suit may only be filed against a claimant and not against co-defendants or third parties, see ZR Bd. 65 Nr. 121. In view of the fact that the claimant in the arbitration procedure is not a claimant in the Maryland procedure, it can also for this reason not be a counter defendant.

On the other hand the counterclaim is based against [redacted] Corporation on the four agreements. However, this company is not a party to the four agreements and it lacks therefore the so-called 'Passivlegitimation' for the counter complaint.

In addition, one has to note that the respondent argues on page 2 clause 4 of its answer and counter complaint, annex 2 to the petition, specifically, that the complaint of [redacted] Corporation against it based on the [redacted] Agreement should be submitted to the board of arbitration in Zurich and not to the Maryland Court as it concerned a quid pro quo for the four agreements.

The respondent takes therefore in regard to the competence of the Maryland Court an inconsistent attitude.

- 4.3 It has to be stated that according to Swiss law and according to the New York Convention the competence of the Maryland Court is not given for claims against the claimant in view of the Zurich arbitration clause and procedure. The claimant is not a party of the Maryland procedure. It follows therefrom that it is also not obligated to give informations to the aforesaid Court concerning the Zurich procedure and also not obligated to produce any evidence therefrom. To the contrary Art. 51 of the International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce contain the following provision:

"Art. 51 - Confidentiality

All participants in the proceedings must keep the proceedings and the award confidential towards third parties not concerned, and towards the public in general.

Publications on individual arbitral proceedings by participants are possible only in neutralized form and with previous permission by the President of the Zurich Chamber of Commerce "

To provide information to a non competent Court would also violate the contractual secrecy obligation contained in Art. VIII 8.06 of the Licence Agreement and Art. IV 404 of the Co-marketing Agreement.

- 4.4 From the aforesaid appears that the claimant has made sufficiently credible the facts from which it deduces its rights and the legal basis of its rights to obtain the order. The claimant has further made credible that it would be exposed to an irreparable disadvantage which can only be prevented by a protective order.

First, it would be drawn into litigation in a Court, whose competence has been excluded by the arbitration clauses contained in the agreements.

Second, the list of the documents etc., which would have to be provided to an incompetent Court, comprises the years 1988 until today which refer to the development, marketing, financing of the pharmaceutical compound which is the object of the agreements. They represent essential business secrets and there is a genuine danger that the party which wishes to separate itself from its contractual obligations and also further competitors and other third persons will receive knowledge thereof. The urgency which is requested for the granting of a provisional order is therefore given as the Maryland Court may grant any moment an order for the production of the corresponding documents etc.

- 4.5 The requested measures are in the competence of the board of arbitration and they seem appropriate in order to prevent imminent disadvantages to the petitioner.
- 4.6 Request no. 1 appears to be justified. It is based on the New York Convention of June 1958 Art. II and on the Arbitration clauses in the agreements.

Request no. 2 appears to be justified based on Art. 51 of the International Arbitration rules of the Zurich Chamber of Commerce.

Request no. 3 appears to be justified based on Art. II of the New York Convention and based on Art. VIII 8.06 of the License Agreements.

The order and the warning of a referral to the criminal judge for disobedience may therefore be issued (Art. 292 Swiss Criminal Code).

IV. The Board of arbitration resolves therefore as a Provisional Measure:

B

1. The respondent, [REDACTED], is ordered with immediate effect until the non appealable termination of the arbitration procedure Zurich Chamber of Commerce Arbitration no. 240/93

1.1 to refrain from submitting or pursuing any claim arising out of, or relating to the Agreements (as defined in I 1.5. of the Request for Arbitration dated 18th of November 1993), their breach, termination or invalidity by way of action, notice or any other manner against [REDACTED] to any authority or Court other than this contractually agreed Arbitration Tribunal. A

1.2 to refrain from disclosing to any third party or otherwise using any information (including but not limited to briefs, documents, testimonies, expert opinions etc.) which have been made available by [REDACTED] to this Arbitration Tribunal in the proceedings IACZCC (International Arbitration Court of the Zurich Chamber of Commerce) docket no. 240/93 in any manner whatsoever outside of the said litigation procedure. A

1.3 to refrain from submitting or pursuing any claim which it may allege to have under the Agreements before any other Court outside the jurisdiction of the Arbitration Tribunal in the proceeding according to the IARZCC (International Arbitration Rules of the Zurich Chamber of Commerce) in violation of para. 8.6 of the License Agreement.

2. All this under the penalty of referral of the respondents' officers to the criminal prosecution bodies for punishment (detention or fine) under art. 292 of the Swiss penal code in case of disobedience.

3. The measures of this order according to ciphers 1 and 2 remain in force until the final decision has been rendered after the hearing on the petition dated September 13, 1994.

4. The parties shall be called to the hearing concerning the petition by separate mail.

5. The notification of this resolution to the representatives of the parties and the Zurich Chamber of Commerce shall be made by telefax and thereafter by mail (return receipt requested), whereby a photostat of the petition of the claimant and the six annexes will be delivered by hand to the representative of the respondent.

Zurich, September 20, 1994

boes0434/1

The Board of Arbitration:

[Redacted]

Dr. [Redacted]

[Redacted]

Dr. [Redacted]

[Redacted]

DDr. [Redacted]

•

**International Chamber of Commerce
Arbitration case No. 8307/FMS/KGA**

[A]

vs/

[B]

[C]

Sole Arbitrator: Prof. Pierre Tercier
Place of arbitration: Geneva (Switzerland)

Interim Award

of 14 May 2001

in the arbitration procedure among

[A]

and

[B]

and

[C]

The Sole Arbitrator

considering

A. SUMMARY OF FACTS¹

[...]

B. LEGAL DISCUSSION

I. General questions

1. The requests submitted on 21 and 22 February 2001 by [C] and [A] are Applications for conservative measures. One of them is common in so far as [C] and [A] ask for an order interrupting the proceedings initiated against both of them in [country X]. The other requests are particular since each requesting Party asks for the payment of a bank guarantee to cover part of its claims and the costs incurred in the course of these arbitration proceedings.
2. It is not contested in ICC arbitration law that arbitrators are competent to order any provisional or conservatory measures that are justified by the case. This is implicit at Art. 8 (5) 1st Par. of the 1.1.1988 ICC Rules of Arbitration that apply in the present case and has been expressly stated at Art. 23 (1) of the Rules of 1.1.1998. Such power is also recognized by Swiss law which has already been taken into consideration in these proceedings in view of the location of the place of arbitration in Geneva (see Procedural Order No. 7 of 14 July 2000 Section B2). Art. 183 ("*provisional and protective measures*") of the rules of international arbitration of the Swiss Private International Law Statute provides indeed that "*unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order provisional or protective measures*".

¹ The quotations below refer to the following documents: [C] 21.02.01 = Application for conservative measures submitted by [C] on 21 February 2001; [A] 22.02.01 = Application for conservative measures submitted by [A] on 22 February 2001; [B] 16.03.01 = [B]'s Response to the Applications for conservative measures filed by [C] and [A].

II. The requests for the interruption of the proceedings in [country X]

3. Both [C] and [A] request the Sole Arbitrator to order [B] to "*suspend and discontinue any judicial proceedings in [country X] against the parties in this arbitration having the same object of the dispute outlined in the Terms of Reference*".

[B] requests the dismissal of such request.

4. The positions of the Parties are in brief the following:

- a) [C] mainly contends that due to its precarious financial situation ([B] would be a shadow company without any assets) and consequently its probable inability to comply with the monetary orders of any award whatsoever, [B] would be trying to divert their dispute from the jurisdiction of the Sole Arbitrator (see [C] 21.02.2001 p. 1, 2 No. 1, p. 4-5). To achieve this end, [B] would have on the one hand submitted in the Royal Court of [country X] the same claims as the ones which are presented in this arbitration and defined in the Terms of Reference and on the other hand refused to contribute for the payment of the reconsidered advance on costs, so as to cause the withdrawal of all the claims (see [C] 21.02.2001 p. 4 No. 3).

According to [C], it would be justified to order [B] to suspend and discontinue the proceedings initiated in [country X] for the following reasons:

- No objection to the jurisdiction of the Sole Arbitrator would have been raised by [B] and such objection would no more be admissible.
 - By signing the Terms of Reference, [B] would have entrusted the Sole Arbitrator with the decision of all the disputes deriving from the Shareholders' Agreement.
 - The judicial action initiated by [B] in [country X] during the course of these arbitration proceedings would be a patent violation of the arbitration agreement between the Parties; the Sole Arbitrator would therefore be entitled to order [B] to comply with its contractual obligations.
- b) [A] does not specify the merits of its request for the interruption of the proceedings initiated by [B] in [country X]. It simply refers to the arguments invoked by [C] in its submission (cf. [A] 22.02.2001 p. 2 No. 3).
- c) [B] mainly contends that the [country X] action in the process of being served would be a follow up to the "Pledge dispute" which was determined by the Sole Arbitrator to be outside the scope of these arbitration proceedings. If it is true that the monetary damages whose payment is requested in [country X] are in the same amount as the ones stated in these arbitration proceedings, it must

be pointed out that the causes of action are different: in [country X], the cause of action would relate totally to the conduct of the directors of [B] Properties in the transfer of the [B] Properties' pledged shares and their fraudulent representations to engage the services of the legal administrator to participate in the conspiracy to transfer the said shares. The conduct of [B] Properties' directors and the corporate structure of [B] Properties could only be determined by the jurisdiction and in the context of the laws of the place where the company is organised *i.e.* [country X]. [B] also argues that in the action brought in the Royal Court of [country X] it requests the payment of exemplary damages what has not been claimed in these arbitration proceedings (see [B] 16.03.2001 p. 3-4).

About [C]'s argument concerning [B]'s unwillingness to contribute for the payment of the reconsidered advance on costs, [B] replies that until [C]'s recent payments, [B] had been paid ahead on the advance on costs because [C]'s and [A]'s failure to make their proportionate payments early in the proceedings (see [B] 16.03.2001 p. 1-2, 2-3).

5. In order to decide on the request submitted by [C] and [A], the Sole Arbitrator must first examine the **relations between these arbitration proceedings and the action filed in [country X]:**

a) The parties to the proceedings. They are mainly the same since [C], [A] and [B] are acting in both proceedings. The proceedings in [country X] present however a slight difference due to the fact that the joint venture [B] Properties and the late Mr. [M.] were also summoned. Having not been requested to decide against the joint venture company itself, the Sole Arbitrator shall limit its final award to the claims submitted by [B] against [C] and [A].

b) The claims submitted in the proceedings. They are mainly the same:

- In both cases, [B] requests the payment of the third of the claim towards the [E] Bank (US\$ 23'333'333) and of the settlement with the [E] Bank (US\$ 1'333'333).
- Like in these arbitral proceedings, [B] has requested in the Royal Court of [country X] the production of [B] Properties' financial statements. It has to be mentioned about this that on 10 November 2000, on the Sole Arbitrator's request, [C] submitted [B] Properties' balance sheets from 1994 until to date. In these conditions, one does not see the remaining interest of [B]'s request for disclosure in [country X], except maybe for [B] Properties' financial statements between 1991 and 1994.
- [B] has however submitted in the proceedings in [country X] two claims which were not raised in these arbitral proceedings: a request for an order that the affairs of [B] Properties are being and have been conducted in a manner which is unfairly prejudicial to the interests of [B] and a request for the payment of non quantified exemplary damages.

c) The subject-matter of the proceedings: it is not denied that in both proceedings the damage at issue is the loss which is alleged to have been suffered by [B] as a consequence of the settlement agreement concluded between [B] Properties and the [E] Bank on 22 September 1994. As mentioned above, the claims submitted by [B] with this respect are in the same amount.

6. During the course of these arbitration proceedings, [B] has **never challenged the Sole Arbitrator's jurisdiction with respect to the claims related to the damage which has allegedly been suffered as a consequence of the settlement with the [E] Bank**. On the contrary, [B] submitted these claims to the Sole Arbitrator in September 1995 when it asked for the resumption of the arbitration proceedings which had been stayed during the negotiations with the [E] Bank. The same claims were also submitted against [C] in April 1996 when [B] initiated the arbitration No. 9064 as a consequence of the ICC Court's first decision not to admit cross-claims between the Defendants. Furthermore, the Terms of Reference - in particular the description of [B]'s position by [B] itself - signed by [B] in January 1998 do not mention any objection of [B] to the Sole Arbitrator's jurisdiction over the issue of the damages linked to the [E] settlement and its background. In these conditions, the Sole Arbitrator's competence to decide on these questions cannot be now questioned by [B].

7. According to [B], the **following objections** could be raised to [C]'s and [A]'s request:

a) The cause of the suit brought in the Royal Court of [country X] would be different than the cause of the claims in the same amount submitted in this arbitration. More precisely, the action in [country X] would be based on the conduct of the directors appointed by [C] and [A] to the Board of [B] Properties. They would have behaved in a manner which was detrimental and injurious to [B], in breach of duties and obligations resulting from the [country X] law.

For the Sole Arbitrator, this argument is not persuasive. Firstly, the parallel reading of [B]'s submissions in this arbitration and [B]'s action in [country X] (see Exhibits 4-5 to [C] 21.02.2001) show that both proceedings are basically grounded on the same facts: on the one hand the alleged wrongful removal of [B]'s representative from [B] Properties' Board and on the other hand the alleged misappropriation of [B]'s shareholding in [B] Properties. Secondly, the shareholding structure of [B] Properties, its corporate organisation and the relations between the shareholders are questions directly linked to the Shareholders' Agreement which deals with them (see in particular Section 6: "*Corporate Provisions*"). Disputes arising in connection with such questions have therefore to be settled by the Sole Arbitrator as agreed by the Parties and stated in the arbitration clause contained at Section 8.7 of the Shareholders' Agreement. The fact that the [country X] companies law might be taken into consideration in parallel for the resolution of some aspects of these questions does not change this.

- b) In the action initiated in [country X], [B] claims for exemplary damages, what is not the case in this arbitration; the claims submitted in the two proceedings would therefore not be totally identical.

For the Sole Arbitrator, this difference between the arbitration proceedings and the state court proceedings does in itself not justify the initiation and the continuation of the latter. The Parties have agreed that their disputes in connection with the Shareholders' Agreement would be submitted to arbitration and would be settled by the Italian law (see Section 8.6 of the Shareholders' Agreement). They cannot now decide to commence an action in state courts under another law for the reason that it is not possible to claim for exemplary damages under the chosen Italian law.

- c) The [country X] action would be the next step of the "Pledge dispute" which was determined in the Interim Award of 7 April 2000 to be outside the scope of these arbitration proceedings.

For the Sole Arbitrator, this argument is a wrong interpretation of the Interim Award of 7 April 2001. In deciding that he had no jurisdiction to settle the issues related to the Pledge Agreement, the Sole Arbitrator meant exclusively that he was not competent to decide whether the formal conditions for the calling of the pledge were fulfilled and whether [B] had complied with the obligations secured by the pledge. It was neither expressed nor intended that the Sole Arbitrator did not have the power first to examine the context of the transfer of the pledged shares and then to rule on the conduct of [C] and [A] with this regard. Should the Sole Arbitrator's power have been so limited, the arbitration clause would then have been totally ineffective. As already mentioned, the shareholding structure, the corporate organisation and the obligations and duties of the administrators are indeed subject-matters of the Shareholders' Agreement.

8. For the above-mentioned reasons, the Sole Arbitrator considers that the action initiated by [B] in the Royal Court of [country X] for the compensation of the damages suffered as a consequence of the [E] settlement and its background **violates the arbitration clause** which is part of a binding agreement between the Parties and give to the Sole Arbitrator the sole jurisdiction to decide on these questions.
9. It remains to determine whether an arbitrator has **the power to order the particular conservative measure of refraining from initiating or pursuing an action in state courts** ("anti-suit order"). This question has already been examined by the practice which answered it positively (see *e.g.* Final Award of April 1997 in ICC case No. 8887 where it had been previously ordered to the Defendant to refrain from pursuing action in the courts of Istanbul). In its submission, [C] has quoted some precedents where judicial proceedings in concurrence with arbitration proceedings have been considered as inadmissible (see Final Award of 1989 in ICC case No. 5650) and where it has been stated that the parties should refrain from any action likely to widen or aggravate their dispute, to complicate the task of the arbitral tribunal, or make more difficult the

execution of the final award (see Partial Award of 23 December 1982 in ICC case No. 3896). On its side, [B] has not discussed the point.

Basically, a party is free to initiate an action wherever it deems it appropriate. Is such action brought with a tribunal which is not competent, it falls to this one to decide on its own jurisdiction and to find the suit inadmissible.

Nevertheless, the agreement to arbitrate implies that the parties have renounced to submit to judicial courts the disputes envisaged by the arbitral clause. If a party despite this commence a judicial action when an arbitration is pending, it not only violates the rule according to which a dispute between the same parties over the same subject can be decided by one judge only, but also the binding arbitration clause. In such a case, according to Art. II § 3 of the New York Convention which has been ratified by [country X], the judicial court has the obligation to refer the matter to the arbitral tribunal.

10. It is not contested that an arbitrator has the power to order the parties to comply with their contractual commitments. The agreement to arbitrate being one of them, its violation must be dealt with in the same manner when it is patent that the action initiated in a state court is outside the jurisdiction of such court and is therefore **abusive**. This is also a guarantee of the efficiency and credibility of international arbitration.

For the Sole Arbitrator, the judicial proceedings commenced by [B] in [country X] are abusive. [B] has never challenged the Sole Arbitrator's jurisdiction to decide on the facts and claims linked to the settlement agreement with the [E] Bank. It seems moreover that [B] has not found it opportune to mention in its action with the Royal Court of [country X] that similar proceedings were pending before an arbitral tribunal (see summons in [C] Exhibits No. 4-5). As found above, the damages at stake are the same in both proceedings. This means that two contradictory judgements might be rendered. Furthermore, the suit brought in [country X] deprives [C] and [A] of some of their due process rights, in particular and apparently their right to put forward their own claims against [B] (counter-claims). Because of this action, [C] and [A] are constrained to participate in two proceedings on the same subject-matter, to commit twice expenses for their defence and to accept disadvantages they precisely wanted to avoid when agreeing to the arbitral clause. On the opposite, should [B] be requested not to take any further action in the [country X] courts, it would not be deprived of its rights considering that the facts which are invoked in [country X] are also alleged in this arbitration. Should other causes really ground the action brought in [country X] as contended by [B], they should in principle also be admissible in this arbitration given the fact that they belong to the general framework of the relations between the shareholders.

11. In these conditions, the Sole Arbitrator orders [B] **to refrain from pursuing the action it initiated against [C] and [A] in the Royal Court of [country X]**.
12. [C] and [A] having not requested the Sole Arbitrator to order penalties should [B] not abide by the injunction not to pursue its action in [country X], this question has not to

be examined here. It falls therefore to the requesting Parties to take the necessary measures for the enforcement of this Award. Should such measures not be successful, relief for the damages suffered as a consequence of the breach to the agreement to arbitrate might be sought in this arbitration.

[...]

Given these conclusions

The Sole Arbitrator decides

1. *[B] is to refrain from pursuing the action it initiated against [C] and [A] in the Royal Court of [country X].*

[...]

Geneva, 14 May 2001

Prof. Pierre Tercier (Sole Arbitrator)

Zürcher Handelskammer

Nr. 525

Beschluss

vom **16 Februar 2004**

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

im Schiedsverfahren zwischen

Klägerin A.

Klägerin

gegen

Beklagte 1 – 5, Deutschland/Oesterreich

Beklagte

I. Prozessuales

- 1 Mit Datum vom 22. Dezember 2003 hat die Klägerin einen Antrag auf Durchführung eines Schiedsverfahrens bei der Zürcher Handelskammer eingereicht. Zusätzlich zu den materiellen Rechtsbegehren enthält dieser Antrag folgendes Begehren um

Erlass vorsorglicher Massnahmen

"1. *Es sei die Beklagte 2 im Sinne einer vorsorglichen Massnahmen (sic!) unter Anordnung einer Ungehorsamsstrafe ("Astreinte") von CHF 5'000.00 pro Verzugstag erstmals zahlbar sieben Tage ab Zustellung des gutheissenden Urteils über dieses Rechtsbegehren anzuweisen, das im [Land X] angestrebte Klageverfahren Z. v. S. gegen die Klägerin unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 2 unverzüglich sistieren zu lassen.*

2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 2."*

- 2 Weiter enthält der Antrag auf Durchführung eines Schiedsverfahrens die folgenden

prozessualen Anträge

- 3 Mit Beschluss vom 20. Januar 2004 hat das Schiedsgericht die Parteien über seine Konstituierung orientiert und der Beklagten 2 Frist bis zum 4. Februar 2004 angesetzt, um schriftlich zum klägerischen Begehren um vorsorgliche Massnahmen Stellung zu nehmen. Den übrigen Beklagten wurde eine Vernehmlassung freigestellt.
- 4 Die Beklagte 2 reichte am 4. Februar 2004 fristgerecht ihre Stellungnahme zum klägerischen Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme ein, mit folgenden Anträgen:
- "1. Auf das Begehren der Klägerin um Erlass einer vorsorglichen Massnahme sei nicht einzutreten.
 2. Eventualiter sei das Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme abzuweisen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."
- 5 Keine der übrigen Beklagten reichte innert Frist eine Vernehmlassung ein.

II. Begehren um vorsorgliche Massnahmen

- 6 Die Klägerin beantragt, was im englischen Sprachgebrauch eine "antisuit injunction" genannt wird. Das Schiedsgericht soll im Sinne eines vorsorglichen Rechtsschutzes zugunsten der Klägerin die Beklagte 2 anweisen, ein von letzterer in [Land X] gegen die Klägerin angestrebtes Klageverfahren "unverzüglich sistieren zu lassen".
- 7 Im betreffenden Klageverfahren geht es unter anderem um ... Die Klägerin hat nach ihren eigenen Angaben im Verfahren [im Land X] die Zuständigkeit der [dortigen] Gerichte bestritten und gestützt auf die Schiedsklausel verlangt, dass die Streitsache dem zuständigen Schiedsgericht unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte unterbreitet werde. Ebenfalls nach Angabe der Klägerin hat das Gericht [im Land X] in dieser Angelegenheit eine Verhandlung für den 22. März 2004 angesetzt.
- 8 Die Klägerin begründet ihr Massnahmebegehren mit einem drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil in Form erheblicher Kosten,

die ihr entstehen würden, wenn sie das Verfahren [im Land X] fortzusetzen gezwungen ist. Weiter macht sie die wahrscheinliche Begründetheit ihres Hauptbegehrens sowie die Verhältnismässigkeit und Zulässigkeit der von ihr verlangten Massnahme geltend.

- 9 Die Beklagte 2 widersetzt sich dem klägerischen Massnahmebegehren im wesentlichen mit folgenden Argumenten:

Auf das Begehren sei nicht einzutreten, weil zunächst kein rechtlich schützenswertes Interesse am Erlass der beantragten Massnahme bestünde und die Frage der Zuständigkeit des Gerichts [im Lande X] schon bei demselben rechtshängig sei. Das Begehren sei jedenfalls abzuweisen, weil kein materieller Hauptsacheanspruch dargelegt worden sei, zu dessen vorsorglichem Schutz die angebehrte Massnahme notwendig wäre. Bei der Schiedsabrede – soweit sich die Klägerin darauf berufe – handle es sich nicht um einen materiellen Anspruch, der wie eine Forderung einem Leistungsurteil zugänglich wäre und damit auch Objekt vorsorglichen Rechtsschutzes werden könnte.

- 10 Weiter macht die Beklagte 2 geltend, die Klägerin hätte nicht darzulegen vermocht, dass ihr ein schwer wiedergutzumachender Nachteil drohe. Die von der Klägerin ins Feld geführten, befürchteten Rechtskosten seien nicht substantiell und sodann sei auch noch überhaupt nicht glaubhaft gemacht, dass die Klägerin diese Kosten schliesslich selbst zu tragen hätte. Schliesslich sei die beantragte Massnahme unverhältnismässig und es dürfe jedenfalls die beantragte Astreinte nicht schon im Erkenntnisentscheid festgelegt werden.
- 11 Gemäss Art. 28 der hier anwendbaren Internationalen Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer (ISchO) kann das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei, sofern dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde, vorsorgliche oder sichernde Massnahmen gemäss Art. 183 IPRG anordnen. Die letztere Bestimmung stipuliert die konkurrenzierende Zuständigkeit der staatlichen Gerichte und des Schiedsgerichtes für vorsorgliche oder sichernde Massnahmen. Ein ausdrücklicher Ausschluss eines Parteiantrags auf Erlass vorsorglicher oder sichernder Massnahmen wurde vorliegend nicht geltend gemacht.
- 12 Ob ein schweizerisches Schiedsgericht in einem internationale Schiedsverfahren eine vorsorgliche Verfügung auf Unterlassung ausländischer Prozessführung erlassen kann, ist umstritten. Festzustellen ist, dass derartige Begehren in letzter Zeit immer häufiger gestellt werden und auch

schweizerische Schiedsgerichte entsprechende Verfügungen gelegentlich erlassen haben¹.

- 13 Das Schiedsgericht ist entgegen den Ausführungen der Beklagten 2 der Auffassung, dass Schiedsvereinbarungen nicht nur eine prozessuale sondern auch eine materiell-rechtliche Komponente aufweisen, letzteres insofern, als zwei dem Privatrecht unterworfenen Subjekte gewisse gegenseitige Tätigkeits- und Unterlassungsverpflichtungen eingehen. Sie verpflichten sich, bei der Konstituierung des Schiedsgerichtes zusammenzuwirken, sich dem Schiedsurteil zu unterziehen und alles zu unterlassen, was das Schiedsverfahren behindern könnte, insbesondere denselben Streit einem staatlichen Gericht vorzulegen².
- 14 Es ergibt sich, dass der materiell-rechtliche Anspruch, den die Klägerin im Rahmen der Hauptsachenprognose im vorliegenden speziellen Fall glaubhaft zu machen hat, der Anspruch auf Streiterledigung *ausschliesslich* durch ein Schiedsgericht ist. Angesichts von Art. IV.15. des eingereichten Erbteilungsvertragsentwurfes, welcher die Erledigung "*aller sich aus oder im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertrag ergebenden Streitigkeiten, einschliesslich solche über sein gültiges Zustandekommen*" durch ein Schiedsgericht "*unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte*" vorsieht, erachtet das Schiedsgericht den für die verlangte vorsorgliche Massnahme relevanten Hauptanspruch als glaubhaft gemacht.
- 15 Erforderlich für die Gewährung der angebehrten Massnahme ist jedoch zusätzlich, wie auch von der Klägerin anerkannt, ein *drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil*. Im Rahmen dieser Nachteilsprognose sind die Interessen beider Parteien gegeneinander abzuwägen. Im speziellen Kontext der Zulässigkeit vorsorglicher Verfügungen auf Unterlassung ausländischer Prozessführung wird diese Interessenabwägung zu Recht unter der allgemeinen Prozessvoraussetzung eines *genügenden Rechtsschutzinteresses* abgehandelt³.

¹ Siehe dazu Markus Wirth, Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, ASA Bulletin 2000/1 S. 31 ff., 36/37. Für eine neuere Gesamtdarstellung des Themas siehe Gion Jegher, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse, Diss. Basel, Schulthess Verlag 2003.

² Wenger, N4 zu Art. 178 in: Internationales Privatrecht, Basel 1996.

³ Siehe Jegher, op. cit., S. 100 ff.

- 16 Mit der neueren Rechtslehre hält das Schiedsgericht dafür, dass das erforderliche Rechtsschutzinteresse an einer vorsorglichen Verfügung auf Unterlassung, bzw. in casu Sistierung, einer Prozessführung [im Land X] nur besteht, wenn das Interesse der Abwehrklägerin das öffentliche Interesse an einer international geordneten Rechtspflege, eingeschlossen die Anerkennung der Souveränität der Gerichte [im Land X], überwiegt (sogenannte Comity-Erwägungen). Ein überwiegendes Interesse der Abwehrklägerin ist grundsätzlich jedenfalls solange zu verneinen, als der ausländische Staat bzw. das mit dem (zu unterlassenden) Verfahren befasste ausländische Gericht über den dort erhobenen Einwand der Abwehrklägerin gegen das ausländische Verfahren noch nicht entschieden hat⁴. Nach den Angaben der Klägerin selbst findet eine diesbezügliche Verhandlung erst am 22. März 2004 statt.
- 17 In diesem Zusammenhang ist ergänzend auch festzuhalten, dass das Ziel, die Abwehrklägerin nicht in ungerechtfertigter Weise mit Rechtskosten für das Verfahren [im Lande X] zu belasten, auch ohne den Rechtsbehelf einer vorbeugenden antisuit injunction erreicht werden kann. Verneint das ausländische Gericht eine eigene Zuständigkeit, was aufgrund der Schiedsklausel eigentlich zu erwarten wäre, sollte die Klägerin als mit der Zuständigkeitseinrede obsiegende Partei die mit dem Verfahren verbundenen Kosten vom ausländischen Gericht zugesprochen erhalten. Andernfalls ist eine Schadenersatzklage im Rahmen des vorliegenden Schiedsverfahrens denkbar⁵. Bejahte auf der andern Seite das ausländische Gericht seine Zuständigkeit und führte dieses somit ein aus schweizerischer Sicht (lex arbitri) unberechtigtes Verfahren weiter, könnte die Klägerin nachträglich erneut ein Begehren um vorsorgliche Verfügung auf Unterlassung der Weiterführung des ausländischen Verfahrens stellen. Es wäre dannzumal die Voraussetzung eines genügenden Rechtsschutzinteresses erneut zu prüfen.
- 18 Mithin ist auf das klägerische Begehren um Erlass einer vorsorglichen Prozessunterlassungsverfügung bzw. eines Sistierungsbefehles wegen zur Zeit mangelnden Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten. Damit erübrigt sich auch eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die von der Klägerin

⁴ Jegher, op. cit., S. 180

⁵ Wenger, op. cit., N 69 zu Art. 178

anbegehrte Androhung einer Ungehorsamsstrafe für den Fall einer Widerhandlung gegen die Verfügung (Astreinte) von einem Schiedsgericht ausgesprochen werden kann.

- 19 Nur der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass ein vorsorgliches Prozessführungsverbot durch die frühere Rechtshängigkeit des unerwünschten Prozesses [im Lande X] grundsätzlich nicht blockiert wird. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil ausländische Erkenntnisverfahren auf inländische Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes generell keine Sperrwirkung auszuüben vermögen⁶.

III. Prozessuale Anträge der Klägerin

IV. Beschluss des Schiedsgerichtes

- 20 Gestützt auf die obigen Erwägungen erlässt das Schiedsgericht folgenden

Beschluss

1. Auf das klägerische Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird wegen zur Zeit mangelnden Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten.
2. ...
3. Über die Tragung der Kosten dieses Massnahmeverfahrens wird später entschieden.
4. Diese Verfügung wird den Parteien per Fax, bestätigt durch eingeschriebenen Brief zugestellt, mit Kopie an die Zürcher Handelskammer.

⁶

Siehe Jegher, op. cit, S. 180 N 903 mit zahlreichen Verweisen

Zürich, 16. Februar 2004

Das Schiedsgericht:
