

Polar Technology AS

Vallegata
0456 Oslo
Norwegen

Vertreten durch:
Fabienne Rimlinger
Katerina Stoykov
Marc Vogelsang
Malou Middendorp

Einschreiben
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

12. März 2008

Klageschrift

In Sachen

Polar Technology AS, Vallegata, 0456 Oslo, Norwegen

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

betreffend

Forderung

stellen wir namens und mit Vollmacht der Klägerin folgende

Rechtsbegehren

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, zu unterlassen, die Fjordbank AS aus der Anzahlungsgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 in Anspruch zu nehmen.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, das Original der Anzahlungsgarantie 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 anhängigen Klagen in Bezug auf die Anzahlungsgarantie 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 gerichtlichen Verfahren mit Bezug auf die Anzahlungsgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 in Norwegen vor dem Einzelrichter am Bezirksgericht in Oslo (Prozessnummer 02-35450) und dem Bezirksgericht in Oslo (Prozessnummer 02-54670), dem Einzelrichter am Bezirksgericht in Zagreb (Prozessnummer 4R.5694), dem Obergericht in Zagreb (Prozessnummer 5Q.6779) und allen sonstigen kroatischen Gerichten entstanden sind und noch entstehen werden.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	IV
Entscheidungsverzeichnis.....	VI
Abkürzungsverzeichnis	VII
Begründung	1
a. Formelles.....	1
1. Vollmacht	1
2. Zuständigkeit.....	1
3. Fristwahrung.....	1
b. Materielles.....	1
Rechtsbegehren 1: Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie.....	1
1. Vertragsauslegung.....	1
2. Vertragsinhalt.....	1
3. Vertragsqualifikation	2
3.1 Werkvertrag i.S.v. Art. 363ff. OR.....	2
3.2 Werklieferungsvertrag i.S.v. 365 Abs. 1OR.....	2
3.2.1 Abgrenzung zum Arbeitsvertrag i.S.v. Art. 319ff. OR.....	2
3.2.2 Abgrenzung zum Kaufvertrag mit Montagepflicht	3
4. Ordentliche Erfüllung des Vertrages	3
4.1 Die Vollendung des Werkes	3
4.2 Korrelation der Begriffe der Abnahme und Ablieferung	4
4.3 Vertragliche Verwendung des Begriffes der Abnahme	4
4.4 Abnahme des Werkes und ordentliche Erfüllung.....	4
4.5 Die Genehmigung des Werkes	5
5. Haftung.....	6
5.1 Mängelrüge	6
5.2 Verfahrensgarantie.....	6
5.3 Materialgarantie – Befreiungswirkung der Genehmigung.....	6

5.4 Freizeichnungsklausel.....	7
5.4.1 Umfang der Freizeichnungsklausel.....	8
5.4.2 Wirksamkeit der Freizeichnungsklausel	8
6. Inanspruchnahme der Bankgarantie.....	9
6.1 Ansprüche nicht vom Sicherungszweck umfasst.....	9
6.2 Eventualiter: Keine Ansprüche aus Werkvertrag.....	11
6.3 Keine Ziehung im Rahmen des Werkvertrages.....	12
6.4 Eventualiter: Keine Ansprüche aus Kaufvertrag mit Montagepflicht.....	12
6.4.1 Sachmängelhaftung	14
6.4.2 Konsequenzen für die Bankgarantie.....	15
6.5 Eventualiter: Keine Ansprüche aus Innominatkontrakt.....	15
Rechtsbegehren 2: Herausgabe der Bankgarantie.....	16
Rechtsbegehren 3: Rückzug der anhängigen Klagen	16

LITERATURVERZEICHNIS

PETER GAUCH:

Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996

(zitiert: GAUCH, N. ...)

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

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003

(zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. ...)

DANIEL GUGGENHEIM:

Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4. Auflage, Genf 2000

(zitiert: GUGGENHEIM, S. ...)

THEO GUHL:

Das Schweizerisches Obligationenrecht, §§ 1-47, 9. Auflage, Zürich 2000

(zitiert: GUHL/KOLLER, § ... N. ...)

HEINRICH HONSELL:

Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil, 8. Auflage, Bern 2006

(zitiert: HONSELL BT, S. ...)

HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER:

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977
und Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Auflage, Basel 2003

(zitiert: BSK ZGB II - BEARBEITER/-IN, Art. ... N. ...)

HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER/STEPHEN V. BERTI:

Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht

2. Auflage, Zürich 2007

(zitiert: BSK IPRG - BEARBEITER/-IN, Art. ...N. ...)

GION JEGHER:

Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse, Zürich 2002

(zitiert: JEGHER, S. ...)

BEAT KLEINER:

Bankgarantie - Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäfts, 4. Auflage, Zürich 1990

(zitiert: KLEINER, N. ...)

JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/URS BERTSCHINGER/PETER BREITSCHMID/IVO SCHWANDER:

OR – Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002

(zitiert: HK-BEARBEITER/-IN, Art. ... N. ...)

FRANZISKA LÖW:

Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz, in: Schriftenreihe für internationales Recht, Band 101, Basel 2002

(zitiert: LÖW, S. ...)

THOMAS RÜEDE / REIMER HADENFELDT:

Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage, Zürich 1993

(zitiert: RÜEDE/HADENFELDT, S...)

HERBERT SCHÖNLE:

Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien, SJZ 79 (1983), S. 53ff. und 73ff.

(zitiert: SCHÖNLE, S. ...)

THEODOR SOERGEL:

Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldenrecht III/ I, Stuttgart 1997

(zitiert: SOERGEL - BEARBEITER § ... N. ...)

OSCAR VOGEL / KARL SPÜHLER:

Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006

(zitiert: VOGEL/SPÜHLER, S. ...N. ...)

ENTSCHEIDVERZEICHNIS

BGE 83 II 401 Sentenza della I. Corte Civile, 11. Iuglio 1957

BGE 115 II 456 Urteil der I. Zivilabteilung, 23. November 1989

BGE 118 II 142 Urteil der I. Zivilabteilung, 17. Februar 1992

ZR 85 (1986) Nr. 23 Obergericht ZH, II. Zivilkammer, 9. Mai 1985

ZR 86 (1987) Nr. 40 Handelsgericht ZH, 19. Juni 1986

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	publizierter Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts
Bspw.	Beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
f.	der (die, das) folgende
ff.	die folgenden
EUR	EURO
i.c.	in casu
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
m.a.W.	mit anderen Worten
N.	Note, Randnummer
Nr.	Nummer
NYÜ	New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1985 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 02.277.12), Stand am 3. Januar 2007
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220), Stand am 1. Mai 2007
Rz.	Randziffer
S.	Seite
u.a.	Unter anderem

UN-Kaufrecht	Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, (SR 0.221.211.1), Stand am 30. Mai 2006
Z.B.	Zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, (SR 210), Stand am 1. Januar 2008
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
Ziff.	Ziffer

BEGRÜNDUNG

A. FORMELLES

1. VOLLMACHT

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

2. ZUSTÄNDIGKEIT

- 2 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ergibt sich aus dem Parteiwillen. Die Schiedsklausel des Vertrages vom 3. Juli 2004 bestimmt, dass alle sich aus dem Vertrag ergebenden Streitigkeiten, nach der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern, von drei Schiedsrichtern endgültig entschieden werden. Als Sitz des Schiedsgerichts wurde Zürich/Schweiz vereinbart (K-1, Ziff. 16.2). Das angerufene Schiedsgericht ist demnach im vorliegenden Fall zuständig.

3. FRISTWAHRUNG

- 3 Die Frist zur Einreichung der Klage ist gemäss Konstituierungsbeschluss des Schiedsgerichts vom 14. Dezember 2007 der 12. März 2008, 24.00 Uhr. Diese Frist wurde gewahrt.

B. MATERIELLES

RECHTSBEGEHREN 1: UNTERLASSUNG DER INANSPRUCHNAHME DER BANKGARANTIE

1. VERTRAGSAUSLEGUNG

- 4 Das Zustandekommen des Vertrages mittels Konsens gemäss Art. 1 OR wird nicht bestritten. Die rechtliche Qualifikation des Vertrages bedarf hingegen entsprechend ihrer Bedeutung als Anspruchsgrundlage einer Auslegung. Der vorliegende Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten ist nach Wortlaut, Vertragszweck und Verkehrsübung zu beurteilen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 1206ff.).

2. VERTRAGSINHALT

- 5 Zwischen der Klägerin und der Beklagten wurde am 3. Juli 2004 ein Vertrag geschlossen, worin sich die Klägerin verpflichtete, im Auftrag der Beklagten die bestehende Schwefelsäureanlage in Karlovac, Kroatien, umzubauen (K-1). Gegenstand dieses Vertrages sind das Erstellen von Ingenieursdienstleistungen, die Lieferung von Anla-

geteilen und Material sowie die Durchführung von De- und Neumontage und die Inbetriebnahme der existierenden Schwefelsäureanlage durch die Klägerin (K-1, Ziff. 1.1). Hierfür wurde ein Gesamtpreis in der Höhe von EUR 22'000'000.00 vereinbart (K-1, Ziff. 2.1).

3. VERTRAGSQUALIFIKATION

3.1 Werkvertrag i.S.v. Art. 363ff. OR

- 6 Beim Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung gemäss Art. 363 OR. Der gesetzliche Begriff der „Herstellung“ umfasst dabei auch die Befestigung, Erhaltung oder Veränderung eines bereits bestehenden Werkes (GAUCH, N. 28), m.a.W. einen Umbau oder eine Renovation.

3.2 Werklieferungsvertrag i.S.v. 365 Abs. 1 OR

- 7 Im Rahmen des Werkvertrages stellt die Bestellerin die Materialien zur Verfügung. Beim Werklieferungsvertrag gemäss Art. 365 Abs. 1 OR hingegen benutzt der Unternehmer eigenes Material zur Herstellung des Werkes (GAUCH, N. 121). Grundsätzlich sind die Bestimmungen des Werkvertrages für den Werklieferungsvertrag anwendbar, mit Ausnahme der Rechtsgewährleistung bezüglich des Materials, welche sich in diesem Fall nach Art. 192 ff. OR richtet (HUGUENIN BT, N. 606).
- 8 Die Klägerin verpflichtete, sich Anlageteile und Material zu liefern (K-1, Ziff. 1.1). Folglich ist der Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten vom 3. Juli 2004 als Werklieferungsvertrag zu qualifizieren, da als Vertragsgegenstand ein entgeltlicher Umbau der bestehenden Anlage vereinbart wurde (K-1, Präambel), mit dem geschuldeten Erfolg, dass die vorgeschriebenen Garantiewerte erreicht werden (K-1, Ziff. 5.1 und 5.2) und das Material von der Klägerin zur Verfügung gestellt sowie verrechnet wird. Ferner weist der Vertrag typische Werklieferungsvertragselemente wie Ingenieursdienstleistungen auf (K-1, Ziff. 1.1).

3.2.1 Abgrenzung zum Arbeitsvertrag i.S.v. Art. 319ff. OR

- 9 In Abgrenzung zum Arbeitsvertrag schuldete die Klägerin einen Erfolg und nicht bloss ein sorgfältiges Tätigwerden (GAUCH, N. 21). Im vorliegenden Vertrag wurden Garantiewerte vereinbart, welche von der Klägerin erreicht werden sollen (K-1, Ziff. 5.2.5.2), wodurch ein konkretes Ergebnis zu erreichen ist. Folglich liegt kein Arbeitsvertrag vor.

3.2.2 Abgrenzung zum Kaufvertrag mit Montagepflicht

- 10 Vom Kaufvertrag mit Montagepflicht unterscheidet sich der Werkvertrag dadurch, dass bei Ersterem die Montage eine untergeordnete Nebenpflicht, bei Letzterem eine Hauptpflicht darstellt (HONSELL BT, S. 272). Die Natur des Werkvertrages verlangt, dass die Arbeitsleistung gegenüber der Lieferung von Sachgegenständen derart überwiegt, dass diese in den Hintergrund tritt und lediglich als Mittel zur Erzielung des geschuldeten Erfolges dient. Im Ergebnis ist die Materiallieferung als Erfolgsanteil, beispielsweise als Teil einer ganzen Anlage, zu werten (GAUCH, N. 133).
- 11 Die Abgrenzung von einem Werkvertrag zu einem Kaufvertrag mit Montagepflicht ist anhand des überwiegenden Gewichts der Arbeitsleistung seitens der Klägerin in Bezug zur Materiallieferung vorzunehmen. Durch den Umbau sowie De- und Neumontage wurde das verwendete Material individuell auf die Bedürfnisse der Beklagten abgestimmt, so dass es sich nicht um einen Kaufvertrag mit Montagepflicht handeln kann, sondern nach Verkehrsübung eindeutig ein Werklieferungsvertrag anzunehmen ist (HUGUENIN BT, N. 611). Nicht als gegenteiliger Beweis anzuführen ist die vertraglich vereinbarte Preisdifferenz der Entlohnung für Materiallieferung und Montagearbeit. Weder die getrennt getroffene Vergütungsabrede, noch die preislich erheblich überwiegenden Importlieferungen und Ingenieursdienstleistungen (K-1, Ziff. 2.1) sind von rechtlicher Relevanz (GAUCH, N. 133).
- 12 Deswegen ist nach teleologischer Auslegung des Vertrages im vorliegenden Fall von einem Werklieferungsvertrag nach Art. 365 Abs. 1 OR auszugehen. Anwendung findet demnach das allgemeine Werkvertragsrecht nach den Bestimmungen Art. 363 ff. OR, wobei sich die Rechtsgewährleistung des Werkstoffes nach Art. 192 ff. OR richtet.

4. ORDENTLICHE ERFÜLLUNG DES VERTRAGES

4.1 Die Vollendung des Werkes

- 13 Die Vollendung eines Werkes ist Voraussetzung für dessen ordentliche Erfüllung und Abnahme (BGE 118 II 142, S. 149). Die Parteien vereinbarten eine vertraglich geregelte Fertigstellungszeit von 14 Monaten ab Inkrafttreten des Vertrages sowie eine zusätzliche Karenzfrist von 4 Wochen (K-1, Ziff. 4). Die mechanische Fertigstellung der Anlage (per definitionem „der Zeitpunkt der Erklärung der Anheizbereitschaft der Anlage durch Polar“), welche der Vollendung des Werkes gleichzusetzen ist, wurde der Beklagten schriftlich am 7. September 2005 durch die Klägerin mitgeteilt (Einlei-

tungsantwort, Ziff. B.2). Nicht von rechtlicher Relevanz ist, dass bis am 8. September 2005 kein Garantielauf erfolgte, da die Vollendung des Werkes nach Art. 367 OR keine Mängelfreiheit bedingt.

4.2 Korrelation der Begriffe der Abnahme und Ablieferung

- 14 Zur ordentlichen Erfüllung der Hauptpflicht im Werklieferungsvertrag muss der Unternehmer das Werk nicht nur vollenden, sondern auch an den Besteller abliefern. Die Literatur und das Gesetz sprechen von „Ablieferung“ oder „Abnahme“ (Art. 370 Abs. 1 OR und Art. 371 Abs.2 OR). Die Abnahme und die Ablieferung sind als korrelative Begriffe zu verstehen (GAUCH, N. 97). Im Sinne des Gesetzes fallen sie somit zeitlich zusammen. Sie beschreiben denselben Vorgang, einerseits aus dem Blickwinkel des Bestellers und andererseits aus demjenigen des Unternehmers (GAUCH, N. 97). Im Folgenden wird nur noch vom Begriff der Abnahme gesprochen.

4.3 Vertragliche Verwendung des Begriffes der Abnahme

- 15 Es bleibt darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Abnahme im Vertragsverhältnis zwischen den beiden Parteien missverständlich, also nicht gemäss dessen gesetzlicher Bedeutung angewandt wurde. Aufgrund des Sachverhalts und nach teleologischer Auslegung des Vertrages ist festzustellen, dass die Parteien den Begriff der „Abnahme“ und den der „Genehmigung des bereits abgenommenen Werkes nach Art. 370 OR“ nicht in ihrem eigentlichen Sinn angewandt haben. Die Begriffe wurden mitunter vertauscht oder unsachgemäss verwendet. Dies ist durch den Umstand zu erklären, dass umgangssprachlich der Begriff der „Abnahme“ häufig mit dem der „Genehmigung“ gleichgesetzt wird.
- 16 Im Gegensatz dazu unterlässt bspw. das deutsche Recht diese Unterscheidung, indem die Abnahme durch Ausdruck des Bestellers als vertragsgemässe Leistung anerkannt werden muss (SOERGEL - TEICHMANN, § 640 BGB N. 2).
- 17 Es gilt jedoch aufgrund der Abrede der Parteien die schweizerische Regelung, bei welcher nach dem Wortlaut von Art. 370 OR zwischen Abnahme und Genehmigung deutlich zu unterscheiden ist.

4.4 Abnahme des Werkes und ordentliche Erfüllung

- 18 Unter dem Begriff der Abnahme ist Übermittlung des Werkes durch den Unternehmer in die Verfügungsgewalt des Bestellers zu verstehen (GUHL/KOLLER, § 47 N. 17). Da zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Werklieferungsvertrag besteht, d.h. der

Werkstoff durch die Klägerin geliefert und auf dem Grund der Beklagten verarbeitet wurde, ist gemäss Akzessionsprinzip (*superficies solo cedit*) nach Art. 642 Abs. 2 ZGB keine Eigentumsübertragung im eigentlichen Sinne notwendig (HUGUENIN BT, N. 610). Das Eigentum ging vielmehr mit dem Realakt der Verbauung an die Beklagte über.

- 19 Grundsätzlich erfolgt die Abnahme seitens des Bestellers durch die ausdrückliche oder konkludente Mitteilung des Unternehmers über die Vollendung des Werkes (GAUCH, N. 92). Die Abnahme erfordert aber weder einen besonderen Abnahmewillen seitens des Bestellers, noch eine explizite Willenserklärung (GAUCH, N. 98). Die Inbetriebnahme der Anlage am 8. September 2005 durch die Beklagte (Einleitungsantwort, Ziff. B.3) impliziert vorliegend die Abnahme des Werkes nach Art. 367 OR (BGE 115 II 456, S. 459. Erwiesen ist damit, dass die Klägerin ordentlich erfüllt hat und der vertraglich geregelte Anspruch auf einen Garantelauf nur unter dem Gesichtspunkt der Mängelrechte in Zusammenhang mit der Vertragsgenehmigung durch die Beklagte zu betrachten ist.

4.5 Die Genehmigung des Werkes

- 20 Die Genehmigung eines Werkes erfolgt ausdrücklich oder stillschweigend und ist gemäss Art. 670 OR an keine Form gebunden. Sie unterscheidet sich insofern klar von der Abnahme, als der Besteller bei der Genehmigung gegenüber dem Unternehmer den Willen erklärt, das abgenommene Werk als vertragsgemäss erstellt anzusehen (BGE 115 II 456, S. 459). Die vom Besteller ergangene Genehmigung unterliegt der Unwiderrufbarkeit (GAUCH, N. 2071). Die Auslegung erfolgt unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls.
- 21 In dem am 3. Juli 2004 zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag wird die Genehmigung unter der Bedingung eines erfolgreichen Garantelaufs mit anschliessender Unterzeichnung eines Abnahmeprotokolls festgelegt (K-1, Ziff. 5.2.5.2). In der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 ist ein solch erfolgreicher Garantelauf aufgeführt (K-4, Annex 2). Dieses Dokument wurde von der Beklagten unterzeichnet. Die Genehmigung ist nach Auslegung des Vertrages in der Vereinbarung als mitverständener Inhalt stillschweigend enthalten (GAUCH, N. 2082).
- 22 Nach Massgabe des Art. 370 Abs. 1 OR hat die Klägerin mit der offensichtlichen Genehmigung der Beklagten vertragsgemäss erfüllt. Die Befreiungswirkung der Geneh-

migung umfasst sämtliche Mängelrechte, sofern die Mängel nicht geheim gehalten oder arglistig verschwiegen wurden.

5. HAFTUNG

5.1 Mängelrüge

23 Die Beklagte rügt diverse, teilweise schwerwiegende Mängel (Einleitungsantwort, Ziff. 6) sowie Mangelfolgeschäden, bspw. Produktionsverlust (Einleitungsantwort, Ziff. 18).

24 Die Haftung des Unternehmers für Werkmängel richtet sich nach Art. 367ff. OR. Die Mängelhaftung, unter anderem auch als Gewährleistung bezeichnet (HONSELL BT, S. 280), tritt bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes durch den Unternehmer ein.

5.2 Verfahrensgarantie

25 Da bei Ablieferung der Anlage durch die Klägerin am 8. September 2005 noch kein Garantelauf durchgeführt worden war, ist das Werk zu diesem Zeitpunkt als mangelhaft zu werten. Der Garantelauf stellt eine sog. zugesicherte Eigenschaft dar, welche ausdrücklich im Vertrag zwischen den beiden Parteien vereinbart wurde (K-1, Ziff. 5.2.1). Die Erreichung der vorgeschriebenen Werte (K-1, Anhang 10) ist als besonderes Merkmal der Vertragsabrede zu definieren. Diese Eigenschaftsvereinbarung richtete sich nach dem Willen beider Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR), wobei vertraglich festgehalten wurde, dass das geschuldete Werk eine bestimmte zugesicherte Eigenschaft aufzuweisen hat (GAUCH, N. 1362, 1370). Der Unternehmer gibt im Rahmen des Werkvertrages eine vertraglich bindende Erklärung in Form einer Zusicherung ab, dass das Werk bestimmte Eigenschaften besitzt (GAUCH, N. 1372). Da es sich im vorliegenden Fall um ein besonderes Merkmal als Solleigenschaft der Anlage handelt, liegt eine Zusicherung im engeren Sinne vor (GAUCH, N. 1374).

26 Mit Ablauf des erfolgreichen Garantelaufs, welcher in der Vereinbarung bzw. in der Genehmigung des 15. Dezembers 2005 festgehalten und durch die Beklagte unterzeichnet wurde, gelten gemäss Vertrag vom 3. Juli 2004 die Verantwortlichkeit und Haftungen aus der Verfahrensgarantie der Klägerin als erfüllt und es können keine gegenseitigen Ansprüche mehr geltend gemacht werden (K-1, Ziff. 5.2.5.2).

5.3 Materialgarantie – Befreiungswirkung der Genehmigung

27 Bezüglich der Materialgarantie werden Sachmängelrechte, sofern die Mängel nicht geheim gehalten oder arglistig verschwiegen wurden, gemäss Art. 370 Abs. 1 OR

verwirkt. Die Befreiungswirkung der Genehmigung umfasst Mängelrechte der Beklagten für offene Mängel, welche zum Zeitpunkt der Abnahme erkennbar waren (GAUCH, N. 2084). Zudem wird das Recht der Rüge eines Mangelfolgeschadens aus entsprechenden Mängeln verwirkt (GAUCH, N. 2085). Vorbehalten bleibt einzig das Recht, Mängel geltend zu machen, die absichtlich verschwiegen wurden (GAUCH, N. 2087).

- 28 Mängel, die bereits bei Abnahme des Werkes bestanden haben, fallen unter die Befreiungswirkung von Art. 370 Abs. 1 OR. Zudem wird in der am 15. Dezember 2005 getroffenen Vereinbarung deutlich unterstrichen, dass alle bis anhin offenen Arbeiten, welche nicht Gegenstand der Vereinbarung sind, als erledigt zu gelten haben (K-4, Ziff. 8). Nicht zu beachten, ist die Abrede über die Lieferung eines neuen Schwefelschmelztanks (K-4, Ziff. 1), sowie die Durchführung eines erneuten Garantietestlaufs (K-4, Ziff. 5), da beides nicht vom Leistungsumfang des Vertrages vom 3. Juli 2004 erfasst ist (K-4, Präambel). Die Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 stellt somit ein zweites Vertragsverhältnis zwischen den Parteien dar, deren neu getroffenen Leistungsabreden nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind.
- 29 Die Mangelfolgeschäden, welche die Beklagte anführt (Einleitungsantwort, Ziff. 18), sind ebenfalls durch die Befreiungswirkung der Genehmigung sowie zusätzlich durch die Freizeichnungsklausel (K-1, Ziff. 13.4) des Vertrages abgedeckt.
- 30 Da die Beklagte kein Vorliegen versteckter oder geheimer Mängel substantiiert, ist durch die Genehmigung des Vertrages vom 3. Juli 2004 in der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 die Klägerin von jeglicher Gewährleistung bezüglich des ursprünglichen Vertragsverhältnisses entbunden.

5.4 Freizeichnungsklausel

- 31 Da die Sachgewährleistungsvorschriften dispositiver Natur sind (BGE 83 II 401, S.404), kann durch vertragliche Vereinbarung die Gewährleistungspflicht erweitert, eingeschränkt oder wegbedungen werden (HK- KOSTKIEWICZ/REICH, Art. 199 N.1).
- 32 Gemäss Ziff. 13.4 des Vertrages vom 3. Juli 2004 ist jede weitergehende Haftung, die nicht ausdrücklich vertraglich vereinbart wurde, ausgeschlossen. Insbesondere haftet die Klägerin nicht für indirekte Schäden oder Folgeschäden jeder Art, einschliesslich direkter oder indirekter Mangelfolgeschäden, wie zum Beispiel Produktionsverlust oder entgangener Gewinn.

- 33 Die Freizeichnungsklausel (K-4, Ziff. 13.4) ist entgegen der Behauptung der Beklagten weder ungenügend bestimmt noch unwirksam. Da die Klausel vorliegend in den allgemeinen Vertragsbedingungen enthalten ist, erfolgt ihre Auslegung nach den allgemeinen Auslegungsmethoden (GAUCH, N. 201). Dazu gehört unter anderem die Unklarheitsregel (HONSELL BT, S. 87), welche besagt, dass im Streitfall eine restriktive Auslegung dieser Klausel zum Nachteil der Klägerin, als Verfasserin des Vertrages vom 3. Juli 2004, vorzunehmen ist (BGE 118 II 142, S. 145), um das Bestehen einer solchen und deren allfälligen Umfang festzustellen.

5.4.1 Umfang der Freizeichnungsklausel

- 34 Da die Parteien in dieser Freizeichnungsklausel die Haftung nicht völlig ausschliessen (umfassende Wegbedingung), liegt eine beschränkte Wegbedingung der Haftung vor (GAUCH, N. 2541). Die Haftungsbeschränkung der Abrede erfolgt unmittelbar (GAUCH, N. 2551), da eine gänzliche Wegbedingung der Gewährleistung für gewisse Mängel vorgenommen wird und nicht lediglich eine Verschärfung der Anforderungen an die Mängelrüge bestimmt wurde. Der Umfang der Mängelhaftung wurde durch die Klägerin somit unmittelbar beschränkt wegbedungen und ist somit genügend bestimmt.

5.4.2 Wirksamkeit der Freizeichnungsklausel

- 35 Eine vertragliche Beschränkung der Haftung kann nur innerhalb der Schranken der Rechtsordnung gemäss Art. 19 Abs. 1 OR erfolgen, was auch für die vertraglich vereinbarte Mängelhaftung gilt (BGE 118 II 142, S. 144).
- 36 Eine gesetzliche Schranke bildet Art. 100 Abs. 1 OR, wonach eine zum voraus vereinbarte Abrede über den Ausschluss der Haftung bei rechtswidriger Absicht oder grober Fahrlässigkeit nichtig ist. Eine solche Vereinbarung wurde zwischen den Vertragsparteien jedoch nicht getroffen, da keine vollumfängliche Wegbedingung der Haftung der Klägerin vorliegt.
- 37 Die Doktrin bejaht teilweise aber auch eine analoge Anwendung des Kaufvertragsrechts gemäss Art. 199 OR als *lex specialis* zum Art. 100 Abs. 1 OR. Demnach ist die Haftung bezüglich arglistiger verschwiegener Mängel nur dann gewährleistet, wenn diese zum Zeitpunkt der Genehmigung des Werkes bereits bestanden haben (GAUCH, N. 2581). Eine Haftung bezüglich arglistig verschwiegener Mängel wird aber durch die vorliegende Freizeichnungsklausel (K-1, Ziff. 13.4) nicht ausgeschlossen,

sondern entspricht gerade der vertraglich vereinbarten Gewährleistung. Ausgeschlossen wird nur eine weitergehende Haftung, was nicht dem Inhalt von Art. 199 OR widerspricht. Ein Ausschluss weiterer, nicht vertraglich geregelter Haftungen, insbesondere die Beschränkung der Gewährleistung von Mängelfolgeschäden, ist demnach legitim.

- 38 Zusätzlich wird die Gültigkeit der Klausel durch den Konsens der Vertragsparteien getragen (Art. 1. Abs. 1. OR) und ist unter dem Gesichtspunkt der Vertragsautonomie nach Art. 19 Abs. 1 OR zulässig.

6. INANSPRUCHNAHME DER BANKGARANTIE

6.1 Ansprüche nicht vom Sicherungszweck umfasst

- 39 Die Beklagte versuchte am 4. Oktober 2006 mit Hilfe des als „Bankgarantie“ bezeichneten Dokumentes K-3 eine Zahlung über EUR 4'400'000.00 seitens der Fjordbank auszulösen.
- 40 Eine Bankgarantie stellt ein Zahlungsverprechen der Bank i.S.v. Art. 111 OR dar (KLEINER, N. 12.03), im Falle des Eintretens bestimmter Ereignisse, z.B. Nicht- oder Schlechterfüllung eines Vertrages, dem durch die Garantie Begünstigten einen bestimmten Betrag auszuzahlen. Aufgrund des jeweiligen Sicherungszweckes wird zwischen verschiedenen Arten von Bankgarantien unterschieden, u.a. zwischen Lieferungs- oder Leistungsgarantie (*performance-bond*) und Anzahlungsgarantie (*advance payment-bond*) (KLEINER, N.14.01).
- 41 Die Lieferungs- oder Leistungsgarantie sichert das Erbringen der vereinbarten Leistungen an sich oder in bestimmter Qualität (KLEINER, N. 14.02). Dabei wird jedoch normalerweise nicht das ganze Gewährleistungsrisiko gesichert, insbesondere nicht die Mängelfreiheit bzw. die Beseitigung von Mängeln innerhalb der Gewährleistungsfrist. Hierzu dient eine zusätzliche Gewährleistungsgarantie, welche separat erstellt werden muss (DOHM, N. 20).
- 42 Eine Anzahlungsgarantie hingegen schützt nur die Rückleistung von Anzahlungen für den Fall einer ausbleibenden Leistung (KLEINER, N. 14.02).
- 43 Dies geschieht entweder „auf erstes Verlangen“, also allein durch eine Zahlungsaufforderung seitens der Begünstigten, oder „auf Vorlage von Dokumenten“, d.h. bei-

spielsweise zusätzlich eines Expertengutachtens, einer Schulderkennung, einem Schiedsgerichtsurteil (GUGGENHEIM, S. 324).

- 44 Zur Bürgschaft grenzt sich die Bankgarantie durch ihre fehlende Akzessorietät zum Valutaverhältnis ab (KLEINER, N. 5.01), d.h. sie sichert die Leistung „gleichgültig, ob diese tatsächlich geschuldet und erzwingbar ist“ (DOHM, N. 5.10). Die Bank ist jedoch verpflichtet zu prüfen, ob die Inanspruchnahme seitens des Begünstigten die Zahlungsvoraussetzungen der Bankgarantie in persönlicher, formaler und zeitlicher Hinsicht erfüllt (LÖW, S. 47).
- 45 Weiter muss sie, falls die Auftraggeberin einen Rechtsmissbrauch durch den Begünstigten geltend macht, deren Beweise prüfen (DOHM, N. 145). Ist der Rechtsmissbrauch evident, so ist die Bank zur Zahlungsverweigerung verpflichtet (DOHM, N. 146).
- 46 Das Dokument K-3 ist eine Bankgarantie, da es auch ohne die Schuldanerkennung der Klägerin einen Rechtsöffnungstitel darstellt. Die Bankgarantie selbst ist aufgrund ihres Wortlautes als „unwiderruflich“ und als „Garantie auf erstes Verlangen“ ausgestaltet. Ebenfalls hat sie die Form einer Anzahlungsgarantie, da die Anzahlung der Beklagten über EUR 4'400'000.00 an den „Kaufpreis“ als die zu sichernde Forderung genannt und explizit nur die Rückerstattung derselben Summe garantiert wird.
- 47 Der Sicherungszweck beschränkt sich jedoch „nur“ auf die „vollständige“ und „pünktliche“ Lieferung des Werkes, garantiert aber nicht, dass dieses fehlerfrei ist bzw. die abgemachten Vorgaben erfüllt sind. Daraus folgt, dass ab dem Moment der vollständigen und pünktlichen Vertragserfüllung die Ziehung der Garantiesumme durch die Beklagte nicht mehr möglich ist (LÖW, S. 12f.). Diese Tatsache unterstreicht zusätzlich die Eigenschaft der Bankgarantie als Anzahlungs- und nicht als Leistungsgarantie.
- 48 Die Beklagte versuchte die Bankgarantie mit dem Argument zu ziehen, die Klägerin habe ihr einen weiteren Testlauf mit dem neuen Schwefelschmelztank versprochen. Dies ist jedoch nicht von Bedeutung, da sich die Bankgarantie ausschliesslich auf das Vertragsverhältnis vom 3. Juli 2004 bezieht. Des Weiteren machte die Beklagte geltend, dass der erste Testlauf nicht massgebend sei und die im Vertrag vereinbarten Werte nicht erreicht wurden, was von der Klägerin entschieden bestritten wird.
- 49 Diese Forderungen stellen jedoch, sofern sie entgegen der Ansicht der Klägerin überhaupt existieren, reine Gewährleistungsansprüche dar. Das gesamte Material wurde

geliefert und alle nötigen Arbeiten an der Anlage durchgeführt. Die Anlage, d.h. das Werk, ist demnach wie bereits erwähnt vollendet. Die Vollendung des Werkes wurde von der Beklagten auch konkludent bestätigt, indem sie ab dem 8. September 2005 die Anlage selbst betrieb (Einleitungsantwort, Ziff. B. 3), wodurch eine stillschweigende Abnahme erfolgte.

50 Der zu ersetzende Schwefelschmelztank kann hierbei nicht als Gegenargument verwendet werden, da er nicht vom Leistungsumfang des am 3. Juli 2004 geschlossenen Vertrages erfasst ist und die geforderten Werte auch mit dem „alten“ Schwefelschmelztank erreicht wurden (K-5).

51 Darüber hinaus erscheint der zweckwidrige Abruf einer Garantie als rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB (ZR 86 19 Nr. 40, S. 92.). Wie oben bereits dargelegt, zog die Beklagte die Bankgarantie entgegen deren Zweck und somit rechtsmissbräuchlich.

52 Die von der Beklagten geltend gemachte Bankgarantie deckt demzufolge die Ansprüche nicht, welche sie geltend macht. Durch die Ziehung handelte die Beklagte rechtsmissbräuchlich.

6.2 Eventualiter: Keine Ansprüche aus Werkvertrag

53 Selbst für den Fall, dass von einer Qualifikation der Bankgarantie als Leistungsgarantie ausgegangen wird, was von der Klägerin bestritten wird, besitzt die Beklagte aus folgenden Gründen keinen Anspruch auf Ziehung der Bankgarantie:

54 Aus dem Umstand, dass eine Bankgarantie „bedingungslos“, d.h. in Form der „Zahlung auf erstes Verlangen“ ausgestaltet ist, ergibt sich keineswegs eine Berechtigung des Begünstigten, bei ordnungsgemässer Erfüllung der Verpflichtungen des Schuldners die Garantie abzurufen (DOHM, N. 34). Eine solche Inanspruchnahme ist rechtsmissbräuchlich und verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB.

55 Voraussetzung für die Annahme eines Rechtsmissbrauches ist zunächst, dass der Garantiefall nicht eingetreten ist (DOHM, N. 231). Ferner muss dem Begünstigten unter „keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantie zustehen“ (DOHM, N. 233) bzw. der materielle Garantiefall darf offensichtlich nicht eingetreten sein (SCHÖNLE, S. 59). Als drit-

te Voraussetzung gilt die „Offenkundigkeit“, d.h. der Rechtsmissbrauch muss sofort beweisbar sein (ZR 85 (1986) Nr. 23, 48; SCHÖNLE, S. 74).

- 56 Dass der materielle Garantiefall, i.c. die Nicht- oder Schlechterfüllung des zwischen Klägerin und Beklagten geschlossenen Vertrages nicht eingetreten ist, wurde bereits dargelegt. Ebenfalls hat die Beklagte in der Abmachung vom 15. Dezember 2005 (K-4) das Werk genehmigt und somit die Gewährleistungsansprüche auf verdeckte Mängel beschränkt (vgl. 4.5).
- 57 Diese beiden Tatsachen, die Erreichung der vereinbarten Werte (K-4) und die Genehmigung durch die Beklagte (K-4), führen zum Schluss, dass jegliche Inanspruchnahme der Bankgarantie offenkundig ohne irgendeinen rechtlichen Grund erfolgte. Der Beweis kann von der Klägerin mittels der eingereichten Dokumente (insbesondere K-4) geführt werden.

6.3 Keine Ziehung im Rahmen des Werkvertrages

- 58 Jede Inanspruchnahme der Bankgarantie war spätestens ab dem 15. Dezember 2005 rechtsmissbräuchlich. Daher steht der Klägerin ein Anspruch gegen die Beklagte auf Unterlassung der Geltendmachung der Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 zu.

6.4 Eventualiter: Keine Ansprüche aus Kaufvertrag mit Montagepflicht

- 59 Unter der Voraussetzung, dass eventualiter ein Kaufvertrag mit Montagepflicht angenommen würde, was durch die Klägerin bestritten wird, ist ebenfalls von einer missbräuchlichen Inanspruchnahme der Bankgarantie auszugehen.
- 60 Anzuwenden ist dabei gemäss Vertrag der Parteien (K-1, Ziff. 16. 1) die schweizerische Rechtsordnung. Nicht zu berücksichtigen ist dabei das einheitliche UN-Kaufrecht (Wiener Kaufrecht), da die Parteien die Anwendung des Übereinkommens in oben genannter Rechtswahlklausel ausdrücklich ausgeschlossen haben.
- 61 Ein Kaufvertrag mit Montagepflicht liegt vor, wenn die Montage des Kaufgegenstandes im Verhältnis zum Kauf eine untergeordnete Nebenpflicht darstellt, m.a.W. nur dazu dient, den Kaufgegenstand gebrauchsfertig zu machen (BSK OR I - ZINDEL/PULVER, Art. 363 N. 22). Beispiele für einen derartigen Kaufvertrag ist die Lieferung und Installation einer Tonanlage, eines (vorfabrizierten) Schwimmbekens oder einer Deckenbeleuchtung (GAUCH, N. 130). Spielt die Montagepflicht eine derart un-

tergeordnete Nebenpflicht, dass die Lieferung der Sache bezüglich der Arbeitsleistung überwiegt, ist das Kaufvertragsrecht nach Art. 184 ff. OR anwendbar. Die Montagevermag bezüglich der kaufrechtlichen Natur des Vertrages nichts zu ändern (GAUCH, N. 132).

- 62 Der Kaufvertrag verpflichtet den Verkäufer, den Kaufgegenstand dem Käufer zu übergeben und diesem das Eigentum daran zu beschaffen. Der Käufer wiederum verpflichtet sich zur Zahlung des Kaufpreises. Die Erfüllung des Kaufvertrages richtet sich nach Art. 184 Abs. 1 OR, welche die Besitz- und Eigentumsübertragung am Kaufgegenstand i.S.v. Art. 922 ZGB vom Verkäufer an den Käufer fordert (Tradition).
- 63 Eine vollkommene Sachherrschaft nach Art. 922 ZGB ist dann gegeben, wenn sämtliche Aspekte des Besitzes, wie die physische oder wirtschaftliche Nutzung des Gegenstands durch den Käufer, verwirklicht wurden (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 107). Um vollständig erfüllen zu können, ist die Klägerin zusätzlich verpflichtet der Beklagten das Eigentum am Kaufgegenstand zu übertragen.
- 64 Wird trotz gegenteiliger Beweislage die Annahme getroffen, der Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten vom 3. Juli 2004 sei als Kaufvertrag mit Montagepflicht nach Art. 184 ff. OR zu qualifizieren, wäre dieser folgendermassen zu werten:
- 65 Da es sich beim vorliegenden Kaufgegenstand um eine individuell auf die Beklagte abgestimmte Sache handelt, ist von einer Speziesschuld auszugehen. Bei Speziesschulden erfüllt der Verkäufer durch die Einräumung von Besitz und Eigentum (KELLER/SIEHR, S. 17).
- 66 Die mechanische Fertigstellung der Anlage wurde der Beklagten am 7. September 2005 mitgeteilt (Einleitungsantwort, Ziff. B. 2). Die Inbetriebnahme der Anlage durch die Beklagte am 8. September 2005 (Einleitungsantwort, Ziff. B. 3) stellt den Zeitpunkt dar, in welchem die tatsächliche Gewalt über die Kaufsache übergang und der Besitz übertragen wurde.
- 67 Auch wenn bis zu diesem Zeitpunkt kein Garantelauf erfolgte, bewirkt die Fertigstellung Erfüllung, selbst wenn sie die vorausgesetzten und zugesicherten Eigenschaften im Sinne eines erfolgreichen Garantietestlaufs nicht aufweist (KELLER/SIEHR, S. 17).
- 68 Die Fertigstellung, welche die Vollendung des Werkes bedeutet (K-1, Definitionen) erfolgte demnach innerhalb der vereinbarten Lieferungsfrist (K-1, Ziff. 4), so dass

keinerlei Ansprüche nach Art. 190 Abs. 1 OR aufgrund Nichterfüllung geltend gemacht werden können.

- 69 Voraussetzung für die Abnahme ist gemäss Ziff. 5.2.6. des Vertrages vom 3. Juli 2004 die Gefahr- und Eigentumsübertragung. Da es sich hierbei um den Bau einer Anlage handelt und die Lieferung verbaut wurde, ging das verwendete Material mit Realakt der Verbauung gemäss Akzessionsprinzip und dem Grundsatz „*superficies solo cedit*“ nach Art. 642 Abs. 2 ZGB direkt in das Eigentum der Beklagten über.
- 70 Der Gefahrenübergang kann durch Parteivereinbarung festgelegt werden, da Art. 185 OR dispositives Recht darstellt. Nach Ziff. 5. 2. 6 des Vertrages vom 3. Juli 2004 findet der Gefahrenübergang zum Zeitpunkt der Abnahme der Anlage durch die Beklagte statt. Am 15. Dezember 2005 erfolgte die Übergabe der Betriebsobhut an die Beklagte, welche gleichzeitig auch die Gefahrenübertragung (Gefahrenübergang) darstellt. Somit gilt die Anlage als abgenommen, was die Erfüllung des Vertrages bedeutet.

6.4.1 Sachmängelhaftung

- 71 Bezüglich der geltend gemachten Sachmängel seitens der Beklagten (Einleitungsantwort, Ziff. 6f.) ist Folgendes festzustellen:
- 72 Voraussetzung für Sachmängelhaftung ist das Vorliegen eines Sachmangels (bzw. das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften oder das Nichtvorhandensein von allgemein vorauszusetzenden Eigenschaften). Zusätzlich muss der Sachmangel bereits vor dem Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorliegen und der Käufer darf über den Mangel keine Kenntnis haben. Des Weiteren ist durch den Käufer die Mängelrüge zu erheben, wobei alle Fristen gewahrt werden müssen (HUGUENIN BT, N. 266).
- 73 Die Anlage wurde durch die Beklagte am 15. Dezember 2005 abgenommen. Da die Anlage den Gefahrenübergang am Kaufgegenstand an die Beklagte bedingt, sind nur solche Mängel zur Rüge zugelassen, welche zumindest bereits im Keim (HUGUENIN BT, N. 281) am Abnahmedatum des 15. Dezembers 2005 bestanden haben. Bezüglich des Vorbestehens solcher Mängel fehlt eine angemessene Substantiierung durch die Beklagte. Somit kann davon ausgegangen werden, dass diese Mängel erst zu einem späteren Zeitpunkt ihren Ursprung fanden. Sollten jedoch Mängel gerügt werden, die am Abnahmedatum bereits bestanden haben, so fallen diese unter die Materialgarantie des Vertrages vom 3. Juli 2004, welche gemäss Ziff. 5.1 eine Laufzeit von 12 Monaten besitzt (entsprechend Art. 201 Abs. 1 OR).

- 74 Mit Hinweis auf die fehlende Substantiierung durch die Beklagte ist jedoch anzunehmen, dass sämtliche aufgeführten Mängel (Einleitungsantwort, Ziff. 6f.) erst im Hinblick auf das zweite Vertragsverhältnis in Verbindung mit dem Einbau des Schwefelschmelztanks, gemäss Vereinbarung vom 15. Dezember 2005, massgebend sind. Die genannten Mängel sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens und somit auch nicht zu prüfen.
- 75 Bezüglich der aufgeführten Schäden (Einleitungsantwort, Ziff. 18, implizit Ziff. 7) ist auf die vertraglich vereinbarte Freizeichnungsklausel (K-1, Ziff. 13. 4) zu verweisen und jegliche Haftung zu verneinen. Betreffend Gültigkeit dieser Klausel wird auf die Ausführungen in 5.4 verwiesen.
- 76 Somit trat der materielle Garantiefall auch in dieser Konstellation nicht ein.

6.4.2 Konsequenzen für die Bankgarantie

- 77 In Bezug auf die Bankgarantie führt dies zum gleichen wie bereits in 6.1 ausgeführten Ergebnis, namentlich dass diese Inanspruchnahme ohne materiellen Garantiefall i.c. offenkundig rechtsmissbräuchlich ist.

6.5 Eventualiter: Keine Ansprüche aus Innominatkontrakt

- 78 Falls ein gemischtes Vertragsverhältnis (sog. Innominatkontrakt) angenommen würde, was durch die Klägerin bestritten wird, besteht ebenfalls keine Grundlage zur Inanspruchnahme der Bankgarantie. Von einem gemischten Vertragsverhältnis wird ausgegangen, wenn die Montage in ihrem Verhältnis zur Sachlieferung als gleichwertig angesehen wird (GAUCH, N. 131). Die Regelung dieses Innominatkontraktes besteht in der sinngemässen Anwendung des Werkvertragsrechtes gemäss Art. 363 ff. OR und des Kaufvertragsrechtes nach Art. 184ff. OR (GAUCH, N. 131). Somit sind betreffend Gewährleistung der Sachlieferung die Bestimmungen des Kaufvertragsrechtes und bezüglich der Montagearbeit die Regelung des Werkvertrages massgebend. In beiden Fällen wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

RECHTSBEGEHREN 2:

HERAUSGABE DER BANKGARANTIE

- 79 Die Beklagte ist aus folgenden Gründen zu verpflichten, die Bankgarantie zurückzugeben:
- 80 Wird wie in 6.1 ausgeführt von einer Anzahlungsgarantie ausgegangen, sind keine der geltend gemachten Ansprüche durch die Bankgarantie gedeckt. Hingegen ist im Falle einer Qualifikation der Bankgarantie als Leistungsgarantie die Ziehung derselben rechtsmissbräuchlich, wie bereits in 6.2 dargelegt. Somit besteht keine rechtskonforme Verwendung für die Garantie mehr. Die Klägerin hingegen hat ein berechtigtes Interesse, dass die missbräuchliche Ziehung der Garantie nicht weiter versucht werden kann. Aus diesen Ausführungen folgt, dass die Klägerin einen Anspruch auf Herausgabe der Bankgarantie durch die Beklagte hat.

RECHTSBEGEHREN 3:

RÜCKZUG DER ANHÄNGIGEN KLAGEN

- 81 Wie unter Rechtsbegehren 1 dargelegt, hat die Beklagte keinen Anspruch auf Abruf der Bankgarantie. Daraus folgt die Verpflichtung in Form eines Prozessverbotes, die anhängigen Klagen zurückzuziehen und keine neuen einzureichen.
- 82 Massgebend hierfür ist das New Yorker Übereinkommen. Gemäss Art. I Ziff. 1 NYÜ muss eine Rechtsstreitigkeit zwischen juristischen oder natürlichen Personen vorliegen, welche vor einem Schiedsgericht geklärt wird. Weiter muss der Schiedsspruch im Hoheitsgebiet eines anderen Staates als demjenigen ergangen sein, in welchem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird.
- 83 Sowohl Kläger als auch Beklagte sind juristische Personen in einer Rechtsstreitigkeit vor einem vertraglich konstituierten Dreierschiedsgericht (K-1, Ziff. 16.2). Der Schiedsspruch i.S.v. Art. I Ziff. 2 NYÜ ergeht von einem Schweizer Schiedsgericht, demnach in einem anderen Hoheitsgebiet als demjenigen, in welchem um die Vollstreckung nachgesucht wird.

- 84 Gemäss Art. III NYÜ ist der für Kroatien “ausländische” schweizerische Schiedsspruch anzuerkennen und als wirksam anzusehen, jedoch nur falls kein Versagungsgrund gemäss Art. V NYÜ in Frage kommt.
- 85 Ob ein solcher Versagungsgrund gemäss Art. V Ziff. 1 NYÜ vorliegt, ist vom Anerkennungsbeklagten zu beweisen (BSK IPRG - PATOCCHI/JERMINI Art. 194 N. 55) und somit nicht Sache der Klägerin. Versagungsgründe gemäss Art. V Ziff. 2 NYÜ sind vom Amtes wegen zu prüfen (BSK IPRG - PATOCCHI/JERMINI Art. 194 N. 55), liegen jedoch, ebenso wie solche nach Art. V Abs.1 NYÜ, nach Ansicht der Klägerin nicht vor.
- 86 Der schweizerische Schiedsspruch ist somit von Kroatien grundsätzlich anzuerkennen und als wirksam zu betrachten.
- 87 Aus dem Umstand, dass ein nach schweizerischem *lex arbitri* gefällter Schiedsspruch aber nicht zwangsläufig von ausländischen *leges fori derogati* anerkannt wird (JEGHER, S. 53), ist der Beklagten ein Prozessführungsverbot aufzuerlegen.
- 88 Zwar steht der Klägerin im Falle eines weiteren Prozesses durch die Beklagte an einem ausländischen Gericht die Einrede auf Berücksichtigung der Schiedsvereinbarung nach Art. II Ziff. 3 NYÜ zu, doch gilt diese zum einen nur in den Vertragsstaaten des NYÜ, zum anderen muss die Einrede in jedem Verfahren erneut rechtzeitig erhoben und die Schiedsvereinbarung durch das ausländische Gericht auf ihre Gültigkeit i.S.v. Art. II Ziff. 1 und 2 NYÜ überprüft werden (JEGHER, S. 54).
- 89 Folglich vermag nur ein Prozessführungsverbot die nötige Sicherheit für die Klägerin gegen weitere Prozesse zu bieten.

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

Mit vorzüglicher Hochachtung namens der Klägerin

Moot Court Team 5