

**Moot Court Team 7**

David Alain Bloch  
Daniel Decurtins  
Cheyenne Durrer  
Anna Willi

**LSI**

Zürcher Handelskammer  
Bleicherweg 5  
Postfach 3058  
CH-8022 Zürich

12. März 2008

**KLAGESCHRIFT**

In Fall Nr. 600098-2007

**Polar Technology AS,**

Vallegata, 0456 Oslo, Norwegen

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 7

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 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.

## INHALTSVERZEICHNIS

I. Einleitung.....	1
II. Vermögensrechtlicher Anspruch .....	1
III. Unzulässigkeit der Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie .....	2
1. Untersuchung des Rechtsgrundes .....	2
1.1 Abstraktheit der Bankgarantie.....	2
1.2 Klage aus dem Valutaverhältnis heraus .....	2
1.3 Relativierung der Abstraktheit der Bankgarantie .....	3
1.4 Zwischenfazit .....	4
2. Inanspruchnahme ausserhalb des Sicherungszweckes.....	5
2.1 Vorgebrachter Rechtsgrund der Beklagten .....	5
2.1.1 Übernahme/Übergabe .....	5
2.1.2 Schuldnerverzug .....	6
2.1.3 Ergebnis .....	7
2.2 Bankgarantie.....	7
2.2.1 Vertragliche Grundlagen.....	7
2.2.2 Anzahlungsgarantie .....	7
2.2.3 Anzahlungsgarantie besteht bis zur Übergabe .....	9
2.2.4 Anzahlungsgarantie besteht bis zur Abnahme .....	10
2.2.5 Beklagtische Auslegung als Erfüllungsgarantie.....	10
2.2.6 Liquiditätsfunktion der Bankgarantie .....	12
2.3 Zwischenfazit .....	12
3. Inanspruchnahme aufgrund freigezeichneter Ansprüche.....	12
3.1 Geltend gemachte Schadenersatzansprüche.....	12
3.2 Vorliegen von Haftungsbeschränkungen .....	13
3.3 Inhalt der Haftungsbeschränkungen .....	13
3.3.1 Freizeichnung von Mängelfolgeschäden .....	13
3.3.2 Freizeichnung durch pauschalisierte Verfahrensgarantien .....	14
3.4 Wirksamkeit der Haftungsbeschränkungen .....	15
3.4.1 Eindeutigkeit der Freizeichnungen.....	15
3.4.2 Gesetzliche Schranke von Art. 100 Abs. 1 OR.....	15
3.4.3 Beweislast des Verschuldensgrades .....	16
3.5 Zwischenfazit .....	17

---

4. Fazit.....	17
IV. Herausgabe des Originals der Anzahlungsgarantie .....	18
1. Herausgabepflicht aus Vertrag und Rechtsprechung.....	18
2. Fazit.....	19
V. Rücknahme der in Kroatien hängigen Klagen.....	19
1. Prozessführungsverbot.....	19
2. Fazit.....	20

## LITERATURVERZEICHNIS

- BECKER Hermann. „Kommentar zu Art. 184 – 551 OR.“ In *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band VI (Obligationenrecht), 2. Abteilung (Die einzelnen Vertragsverhältnisse), hrsg. von Max Gmür. Bern 1934.  
Zitiert: BK-BECKER
- BUOL Martina. „Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung.“ In *Schriftenreihe zum Obligationenrecht 52*, hrsg. von Hans Giger, Heinrich Honsell und Anton K. Schnyder. Zürich 1996.  
Zitiert: BUOL
- BÜSSER Andres. „Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten. Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie.“ In *Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz* 165, hrsg. von Peter Gauch. Freiburg 1997.  
Zitiert: BÜSSER
- CANARIS Claus-Wilhelm. „Bankvertragsrecht.“ In *Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 5, Teil 1, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling und Peter Ulmer, N 1102-1162. 4. Aufl. Berlin 2005.  
Zitiert: CANARIS
- DOHM Jürgen. *Bankgarantien im internationalen Handel*. Bern 1985.  
Zitiert: DOHM
- EGGER Walter H. „Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien.“ In *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 62, Nr. 1 (1990): 12-19.  
Zitiert: EGGER
- FURRER Rolf. *Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht*. Zürich 1973.  
Zitiert: FURRER
- GAUCH Peter. *Der Werkvertrag*. 4. Aufl. Zürich 1996.  
Zitiert: GAUCH
- GAUCH Peter/SCHLUEP R. Walter/SCHMID Jörg/REY Heinz. *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. 7. Aufl. Zürich 1998.  
Zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY
- GAUTSCHI Georg. „Kommentar zu Art. 363 – 379 OR.“ In *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band VI (Obligationenrecht), 2. Abteilung (Die einzelnen Vertragsverhältnisse), 3. Teilband (Der Werkvertrag), hrsg. von Arthur Meier-Hayoz. Bern 1967.  
Zitiert: BK-GAUTSCHI

HABSCHEID J. Walther. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Aufl. Basel/Frankfurt am Main 1990.

Zitiert: HABSCHEID

HOCHSTRASSER Michael. „Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter.“ In *Zürcher Studien zum Privatrecht* 196, Zürich 2006.

Zitiert: HOCHSTRASSER

HUGUENIN Claire. *Obligationenrecht, Besonderer Teil*. 2. Aufl. Zürich 2004.

Zitiert: HUGUENIN

HÜRLIMANN Roland. *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*. Fribourg 1984.

Zitiert: HÜRLIMANN

KLEINER Beat. *Bankgarantie. Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*. 4. Aufl. Zürich 1990.

Zitiert: KLEINER

KRAMER A. Ernst. „Kommentar zu Art. 19 – 22 OR.“ In *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band VI (Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 2. Teilband (Inhalt des Vertrages), hrsg. von Arthur Meier-Hayoz. Bern 1991.

Zitiert: BK-KRAMER

KUHN Moritz W. „Wegbedingung der Haftung für Lieferverzug, Gewährleistung sowie Mangelfolgeschäden in Kaufverträgen.“ In *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts. Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, hrsg. von Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann, Roger Zäch und Dieter Zobl. Zürich 2003.

Zitiert: KUHN

LÖRTSCHER Thomas. „Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht. Unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.“ In *Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht* 22, hrsg. von Peter Forstmoser. Zürich 1977.

Zitiert: LÖRTSCHER

LÖW Franziska. „Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts.“ In *Schriftenreihe für internationales Recht* 101, hrsg. von Karl Spiro u.a. Basel 2002.

Zitiert: LÖW

NIELSEN Jens. „Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften.“ In *Bankrechts-Handbuch* III, hrsg. von Herbert Schimanski, Hermann-Josef Bunte und Hans-Jürgen Lwowski, 1977-2069. 3. Aufl. München 2007.

Zitiert: NIELSEN

ROESLE A. Eugen. „Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien.“ In *Schriften zum Bankenwesen*, Band 26, Zürich 1983.

Zitiert: ROESLE

SCHMID Jörg. „Freizeichnungsklauseln.“ In *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts. Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, hrsg. von Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann, Roger Zäch und Dieter Zobl. Zürich 2003.

Zitiert: SCHMID

SCHWENZER Ingeborg. „Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung.“ In *Haftung aus Vertrag*, hrsg. von Alfred Koller, 99-126. St. Gallen 1998.

Zitiert: SCHWENZER

SPAINI Mauro. *Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten*. Dietikon 2000.

Zitiert: SPAINI

VOGEL Oscar/SPÜHLER Karl. *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*. 8. Aufl. Bern 2005.

Zitiert: VOGEL/SPÜHLER

VON WESTPHALEN Friedrich. „Funktion und Unterscheidungsformen der Bankgarantie.“ In *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, hrsg. von Friedrich von Westphalen und Brigitta Jud, 1-29. 3. Aufl. Frankfurt am Main 2005.

Zitiert: VON WESTPHALEN Funktion

VON WESTPHALEN Friedrich. „Das Rechtsverhältnis: Bank – Begünstigter bei einer Direktgarantie.“ In *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, hrsg. von Friedrich von Westphalen und Brigitta Jud, 111-242. 3. Aufl. Frankfurt am Main 2005.

Zitiert: VON WESTPHALEN Rechtsverhältnis

WEBER Rolf H. „Kommentar zu Art. 97 – 109 OR.“ In *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band VI (Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 5. Teilband (Die Folgen der Nichterfüllung), hrsg. von Heinz Hausheer. Bern 2000.

Zitiert: BK-WEBER

WIEGAND Wolfgang. „Kommentar zu Art. 1 – 529 OR.“ In *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand. 3. Aufl. Basel 2003.

Zitiert: BSK-WIEGAND

ZINDEL Gaudenz G./PULVER Urs. „Kommentar zu Art. 1 – 529 OR.“ In *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand. 3. Aufl. Basel 2003.

Zitiert: BSK-ZINDEL/PULVER

## VERTRAGSVERZEICHNIS

Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, SR 0.277.12, ratifiziert durch 142 Staaten (Stand Januar 2007), in Kraft seit dem 7. Juni 1959, von der Schweiz ratifiziert am 1. Juni 1965, für die Schweiz in Kraft seit dem 30. August 1965.



## ENTSCHEIDVERZEICHNIS

Appellationsgericht des Kt. BS, Urteil vom 19. Mai 1989, BJM, Nr. 4 (1991): 186.  
Zitiert: AppG in BJM 1991, 186.

Bundesgerichtshof in Zivilsachen (BGH), Urteil vom 2. Februar 1989, NJW, 42. Jg./Heft 23 (1989), 1. Halbband, S. 1482.  
Zitiert: BGH in NJW 1989, 1482.

Europäischer Gerichtshof, Urteil der rechten Kammer vom 8. Dezember. 1987, Rechtssache 144/86, Sammlung der Rechtsprechung. 1987, S. 04861.  
Zitiert: EuGH am 8. Dezember. 1987.

Genfer Cour de Justice, première section, audience du 17. mai 1984, Semjud., 106<sup>e</sup> année/no 29 (1984): 463.  
Zitiert: Genfer Cour de Justice in Semjud. 1984, 463; 1958, 614.

Obergericht des Kt. ZH, Beschluss der II. Zivilkammer vom 1. November 1988, ZR, Band 88/Nr. 60 (1989): 185.  
Zitiert: ZR 1989, 185.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. März 1914, BGE 40 II 133 ff.  
Zitiert: BGE 40 II 134.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 4. Februar 1920, BGE 46 II 77 ff.  
Zitiert: BGE 46 II 77 E. 2.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Mai 1969, BGE 95 II 333 ff.  
Zitiert: BGE 95 II 333 E. 6a.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Juni 1974, BGE 100 II 145 ff.  
Zitiert: BGE 100 II 145 E. 4.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Juni 1981, BGE 107 II 161 ff.  
Zitiert: BGE 107 II 161 E. b/c.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. November 1982, BGE 108 II 314 ff.  
Zitiert: BGE 108 II 314 E. 4.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. April 1987, BGE 113 II 264 ff.  
Zitiert: BGE 113 II 264 E. 2b.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. November 1989, BGE 115 II 456 ff.  
Zitiert: BGE 115 II 456 E. 2 und 4.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Dezember 1990, BGE 116 II 639 ff.

Zitiert: BGE 116 II 639 E. 2c.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Juli 1991, BGE 117 II 259 ff.  
Zitiert: BGE 117 II 259 E. 2a.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. November 1995, BGE 121 III 474 ff.

Zitiert: BGE 121 III 474 E. 4.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Juni 1998, BGE 125 III 241 ff.  
Zitiert: BGE 125 III 241 E. 1.

**ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

Abs.	Absatz
AppG	Appellationsgericht
Art.	Artikel
AS	aksjeselskap, norwegisch (Bokmål) für Aktiengesellschaft
Aufl.	Auflage
B-1	Brief der Klägerin an die Beklagte bezüglich Verlauf der Vertragsabwicklung vom 7. März 2006
B-2	Brief der Klägerin an die Beklagte bezüglich Umbau Schwefelsäureanlage vom 29. März 2006
B-3	Brief der Klägerin an die Beklagte bezüglich Verlängerung der Material- und Bankgarantie vom 16. Juni 2006
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGH	Bundesgerichtshof
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel; bis 1953: AGE)
BS	Basel
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.d.	dioničko društvo, kroatisch für Aktiengesellschaft
d.h.	das heisst
E-1	Einleitungsanzeige der Klägerin vom 20. Oktober 2007
E-2	Einleitungsantwort der Beklagten vom 16. November 2007
E-3	Konstituierungsbeschluss des Schiedsgerichts vom 14. Dezember 2007
E.	Erwägung
etc.	et cetera
EUGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro

f.	folgende
ff.	fortfolgende
hrsg.	herausgegeben
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i.c.	in casu
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
K-1	Vertrag zwischen Klägerin und Beklagter vom 3. Juli 2004
K-2	Anhang 2: Rahmenbedingungen und Anhang 10: Prozessgarantien
K-3	Anzahlungsgarantie Nr. 233384-550338 über den Umbau der bestehenden Schwefelsäureanlage in Karlovac, Kroatien
K-4	Vereinbarung zwischen Klägerin und Beklagter mit Bericht über 3. Garantielauf (27. November – 1. Dezember 2005) vom 15. Dezember 2005
K-5	Bericht über 1. Garantielauf (13. – 18. November 2005) vom 22. November 2005
K-6	Bericht über 2. Garantielauf (18. – 22. November 2005) vom 23. November 2005
K-7	Fernschreiben der Klägerin an die Beklagte bezüglich Vereinbarungsänderung vom 16. Dezember 2005
kg/h	Kilogramm pro Stunde
Kt.	Kanton
Mio.	Million(en)
N	Randnummer
NJW	Neue juristische Wochenschrift
no	numéro(s)
Nr.	Nummer
NYÜ	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Abgeschlossen in New York am 10. Juni 1958 (SR 0.277.12)

---

ObG	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
resp.	respektiv
s.	siehe
SchO	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern
Semjud.	La Semaine Judiciaire (Genève)
t	Tonne
t/d	Tonne pro Tag
t/h	Tonne pro Stunde
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

## **I. Einleitung**

- 1 Vorangehend weist die Klägerin den vermögensrechtlichen Anspruch aller drei Rechtsbegehren nach (5-9, im Folgenden beziehen sich die angegebenen Nummern in den Klammern auf die Randnummern in der vorliegenden Klageschrift).
- 2 In einem ersten Teil wird die Klägerin darlegen, dass die Beklagte ihre Anzahlungsgarantie ohne gültigen Rechtsgrund in Anspruch genommen hat und sie darum zur Unterlassung der Ziehung der Garantie zu verurteilen ist (10-88).
- 3 In einem zweiten Teil wird die Klägerin zeigen, dass die Beklagte zu verurteilen sei, das Original der Anzahlungsgarantie aus vertraglichen Ansprüchen herauszugeben (89-96).
- 4 Schliesslich verlangt die Klägerin in einem dritten Teil, dass die Beklagte sämtliche in Kroatien anhängigen Klagen in Bezug auf die Anzahlungsgarantie zurückzunehmen hat. Sie stützt sich dabei auf die Annerkennung und Vollstreckung der Streitfrage 1 (97-106).

## **II. Vermögensrechtlicher Anspruch**

- 5 Aus dem Konstituierungsbeschluss vom 14. Dezember 2007 in Ziff. 2.2 geht hervor, dass sich dieses Verfahren nach Kapitel 12 IPRG richtet. Gemäss Art. 177 IPRG kann jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein. Nachfolgend wird dargelegt, dass alle drei Rechtsbegehren auf einem vermögensrechtlichen Anspruch beruhen.
- 6 Im ersten Rechtsbegehren (10-88) stellt der Auslagerungsanspruch (gemäss Art. 402 Abs. 2 OR), welcher der Fjordbank als Beauftragte (wohl auch nach norwegischem Recht) gegenüber der Klägerin zusteht, eine drohende erhebliche Vermögenseinbusse dar. Da die Klägerin die Auszahlung der Garantiesumme verhinderte, besteht die Leistungspflicht gegenüber der Fjordbank zurzeit nicht. Der vermögensrechtliche Anspruch der Klägerin besteht in der drohenden Forderung der Fjordbank gegenüber der Klägerin.
- 7 Bei der Herausgabe des Originals der Anzahlungsgarantie (89-96) handelt es sich um einen Anspruch, der mindestens für die Klägerin ein in Geld bestimmbares Interesse darstellt, da die Klägerin riskiert, dass die Beklagte weitere Prozesse gegen sie anstrengen wird, was Risiken und Kosten beinhaltet. Die Beklagte hat ja schon bewiesen, dass sie gerne aussichtslose Prozesse führt. Somit ist das Original der Anzahlungsgarantie an die Klägerin herauszugeben.
- 8 Schliesslich besteht auch das dritte Rechtsbegehren (97-106) aus einem vermögensrechtlichen Anspruch. Die Klägerin hatte in der Einleitungsanzeige in Ziff. 29 erklärt, dass sie verpflichtet ist, die Fjordbank schadlos halten zu müssen und dieser daher die Kosten erstatten muss, welche die

Fjordbank zur gerichtlichen Verteidigung in Kroatien aufbringt. Dass es sich dabei um einen vermögensrechtlichen Anspruch i.S.v. Art. 177 IPRG handelt, ist somit erstellt.

- 9 Demnach liegt in allen drei Rechtsbegehren ein vermögensrechtlicher Anspruch vor.

### **III. Unzulässigkeit der Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie**

- 10 In der Folge wird die Klägerin aus zwei alternativen Gründen darlegen, warum die Anzahlungsgarantie ohne Rechtsgrund gezogen wurde. Einerseits macht sie für die Ziehung der Garantie Ansprüche geltend, die ausserhalb des vereinbarten Sicherungszweckes liegen (27,36,64). Andererseits hat sich die Klägerin von den geltend gemachten Ansprüchen vollumfänglich vertraglich freigezeichnet (65-87). Bevor jedoch auf den Rechtsgrund eingegangen wird, rechtfertigt die Klägerin die Überprüfung der materiellen Berechtigung zur Inanspruchnahme der abstrakten Anzahlungsgarantie (11-25).

#### **1. UNTERSUCHUNG DES RECHTSGRUNDES**

##### **1.1 Abstraktheit der Bankgarantie**

- 11 In der Einleitungsantwort vom 16. November 2007 schreibt die Beklagte in Ziff. 10, „dass die Beklagte gemäss vertraglicher Vereinbarung und internationaler Gepflogenheiten berechtigt ist, die Bankgarantie ohne Nachweis des tatsächlichen Schadeneintritts zu ziehen“. Diese Ansicht wird grundsätzlich auch in der Lehre vertreten (anstelle vieler DOHM, N 32 f.).
- 12 Gegen dieses rigore Abstellen auf die Abstraktheit der Bankgarantie bringt die Klägerin zwei gewichtige Einwände an: die Erwägungen sind erstens nicht relevant (13-15) und zweitens unrichtig (16-24).

##### **1.2 Klage aus dem Valutaverhältnis heraus**

- 13 Zum ersten verkennt die Beklagte, dass die Unabhängigkeit der Anzahlungsgarantie vom Valutaverhältnis nur im Garantieverhältnis wirkt. Denn dem Schiedsgericht liegen Rechtsbegehren aus dem Valutaverhältnis zur Beurteilung vor. Die Parteien haben durch den Vertrag vom 3. Juli 2004 (nachfolgend „Vertrag“ genannt) das Valutaverhältnis begründet. Die Stellung einer Bankgarantie ist eine der Hauptleistungspflichten der Klägerin (SPAINI, 233) aus dem Vertrag (Ziff. 3.1.1), welcher sie mit dem Auftrag an die Fjordbank nachgekommen ist. Ungeachtet der Bankgarantieart und ihrem konkreten Sicherungszweck, kann die Klägerin darauf vertrauen, dass die Beklagte die Bankgarantie nicht ohne Berechtigung in Anspruch nimmt. Die Inanspruchnahme der Bankgarantie nur in Fällen des Nichteintritts des garantierten Erfolges stellt eine Verhaltenspflicht dar (vgl. BSK-WIEGAND Art. 97 N 34). Daraus resultiert eine Unterlassungspflicht, die Bankgarantie nicht unberechtigt in

Anspruch zu nehmen. Die Anzahlungsgarantie wird unberechtigterweise durch das Schreiben vom 4. Oktober 2006 (E-2, Ziff. 9) gezogen. Art. 98 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR ist die Anspruchsgrundlage zur Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes. Der Beseitigungsanspruch wurde vertraglich nicht wegbedingt und setzt dabei kein Verschulden der Beklagten voraus (BK-WEBER Art. 98 N 108).

- 14 Diese allgemein obligationenrechtliche Unterlassungspflicht entspricht dem bankgarantietyptischen Verzichtsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten. Der Verzichtsanspruch (vgl. BGE 100 II 145 E. 4; DOHM, N 118; EGGER, 19; SCHÖNLE, 74f.) beinhaltet die Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie und die Herausgabe derselben (89-96).
- 15 Demzufolge ist das Argument der Abstraktheit der Anzahlungsgarantie nicht relevant, weil sich der klagbare Anspruch aus dem Valutaverhältnis ergibt.

### **1.3 Relativierung der Abstraktheit der Bankgarantie**

- 16 In der Einleitungsantwort geht die Beklagte einerseits auf die Unabhängigkeit der Bankgarantie, andererseits auf Inanspruchnahme der Garantie ohne Erbringung eines Nachweises des tatsächlichen Schadenseintritts, ein. Im Gegensatz zum oben erwähnten Grundsatz der Abstraktheit einer Bankgarantie wird in der Lehre auch immer wieder darauf hingewiesen, dass eine solche abstrakte Garantie ein hohes Missbrauchsrisiko mit sich bringt. Zudem bestätigt die Praxis, dass unbedingte Zahlungsverprechen in Anspruch genommen werden, weil der Begünstigte unerfahren oder unsicher ist und seine Rechtsposition nicht aufgeben will. (DOHM, N 34 ff.)
- 17 Die Bank ist gesetzlich dazu verpflichtet, sich in die Interessen ihres Kunden zu stellen und muss ihn deshalb auch bei Inanspruchnahme durch den Begünstigten benachrichtigen. Somit hat die Bank, als Garantiegeber, den Auftrag, an den Begünstigten nur auszuzahlen, wenn die Bedingungen im Garantietext erfüllt sind und die Inanspruchnahme unberechtigt ist. (DOHM, N 138 ff.; )
- 18 Was im Schweizer Recht hervorragend durch den Grundsatz in Art. 2 ZGB Ausdruck findet, gilt international gesehen als ethisch überragendes Prinzip: Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten wird nicht geduldet und durchdringt auch den abstrakt-autonomen Charakter der Bankgarantie. Rechtsmissbrauch darf angenommen werden, wenn der Begünstigte „bei objektiver Wertung des gesamten Sachverhalts unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt sein kann“, die Bankgarantie zu ziehen (DOHM, N 241.) Gemäss DOHM verlangt das Schweizerische Zivilprozessrecht bei objektiver Betrachtungsweise nur eine Glaubhaftmachung der Ansprüche und Behauptungen durch den Antragssteller (sinngemäss auch die Rechtsprechung in ZR 1989, 185; BJM 1991,186).
- 19 Die internationale Rechtsprechung (z.B. im Entscheid des Genfer Cour de Justice in Semjud. 1984, 463) bezieht sich vielfach auf die Gutgläubensregeln (in der Schweiz ergibt sich der gute Glaube aus Art. 3 ZGB).



- 20 Sinnvollerweise wäre die Beklagte dem Prozess in Norwegen als Nebenintervenientin beigetreten und hätte dies im Rahmen des Verfahrens vorbringen können. Da das norwegische Gericht aber bereits die einstweilige Verfügung bereits erlassen hat, macht dies zum jetzigen Zeitpunkt wenig Sinn, weil wir uns einerseits bereits im Valutaverhältnis befinden, andererseits das norwegische Gericht die einstweilige Verfügung erlassen hat.
- 21 Daraus folgt, dass das norwegische Gericht die Abstraktheit der Bankgarantie nicht vollends respektiert hat und ähnlich der Schweizer Rechtsprechung einen Rechtsmissbrauch erkannt hat.
- 22 Grundsätzlich stimmt es, dass die Anzahlungsgarantie unabhängig vom Valutaverhältnis ausgestellt wurde. Die Lehre ist der Meinung, dass Anführungen von weiteren Verträgen, besonders dem Grundvertrag, im Garantievertrag zu vermeiden sind und sieht die Schwere des Rückgriffs auf das Valutaverhältnis (bezüglich der sichergestellten Leistung) als Gradmesser für die Akzessorietät des Garantieverhältnisses (NIELSEN, N 86; KLEINER, N 5.19 f.)
- 23 Durch die Nennung im Garantievertrag (K-3) der Zahlungsklausel „auf erstes Anfordern“ und zusätzlicher Angabe einer Effektivklausel, nämlich der Bedingungsstellung an die Inanspruchnahme, besteht ein „unpraktikabler Fremdkörper“, was schliesslich zu Unklarheit und Widersprüchlichkeit führt. Die Lehre ist sich bezüglich der Frage, welche Bedingung mehr gewichtet, resp. welche Klausel zu erfüllen ist, nicht ganz einig. Dabei einen Mittelweg zu wählen, wobei aber nicht der volle Beweis, aber doch ein gewisser Anhaltspunkt zum Garantiefall gemacht wird, würde zwar aus prozessrechtlichen Überlegungen Sinn machen, doch ist eine solche „Glaubhaftmachung“ dem materiellen Recht nicht bekannt und wäre für die Banken eine fast unlösbare und demnach unpraktikable Lösung (CANARIS, N 1131).
- 24 Da die theoretische Abgrenzung zwischen einer bedingten und bedingungslosen Garantie in der Praxis nicht ganz einfach ist, muss auf das Vertrauensprinzip und vor allem den Willen der Parteien abgestellt werden. So macht es Sinn, in Anbetracht der Parteiwillen, von einer selbständigen Anzahlungsgarantie mit Zahlung gegen Vorlage bestimmter Dokumente (detaillierte Darlegung des Schadens, die Nicht- oder Schlechterfüllung durch die Klägerin, auszugehen, dabei aber im übrigen die bekannten Regeln zur Garantie „auf erstes Anfordern“ zu respektieren (s. auch DOHM, N 41 f.; ROESLE, 14 f.).

#### **1.4 Zwischenfazit**

- 25 Folglich sind die Einwände über die Abstraktheit der Anzahlungsgarantie nicht relevant und zudem unrichtig. Deshalb ist es nicht nur zulässig, sondern auch erforderlich, dass der der Ziehung zu Grunde liegende Rechtsgrund auf seine Gültigkeit mit dem Vertrag überprüft wird.

## 2. INANSPRUCHNAHME AUSSERHALB DES SICHERUNGSZWECKES

26 Die Klägerin wird darlegen, dass die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche (28-36) keinesfalls vom Sicherungszweck umfasst sind (37-64). Der Sicherungszweck deutet unmissverständlich auf eine Anzahlungsgarantie hin, zu deren Geltendmachung der Beklagten die nötigen Ansprüche aufgrund erfolgter Ablieferung oder Genehmigung der Anlage fehlen (28-35, 49-55).

### 2.1 *Vorgebrachter Rechtsgrund der Beklagten*

27 Die Beklagte nimmt die Anzahlungsgarantie in Anspruch wegen Uneinigkeit über das weitere Vorgehen zur Herstellung des vertragsgemässen Zustandes der Anlage (Ziff. 9 E-2). Einerseits macht sie Schadenersatz aus Schuldnerverzug (Ziff. 15 E-2) geltend und andererseits Schadenersatz aus Mängelfolgeschäden (Ziff. 6 i.V.m. Ziff. 18 E-2). Ohne auf das Tatsachenfundament der Schadenersatzansprüche näher eingehen zu wollen, muss der Schadenersatzanspruch aus Schuldnerverzug nur schon aus rechtlichen Gründen zurückgewiesen werden.

#### 2.1.1 *Übernahme/Übergabe*

- 28 Im Folgenden wird unter „Anlage“ die Schwefelschmelzanlage verstanden und als „Gesamtanlage“ wird die Schwefelschmelzanlage inklusive Schwefelschmelztank verstanden. Der Schuldnerverzug scheidet daran, dass er nur vor Ablieferung des Werkes gerügt werden kann (BSK-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 3; BGE 117 II 259 E. 2a).
- 29 Die Auslegung des Vertrages ergibt, dass die Parteien das von ihnen verwendete Wort „Ablieferung“ oder „Abnahme“ nicht in seiner gesetzlichen Bedeutung verstanden, sondern mit der „Abnahme“ eine Genehmigung des abgelieferten Werkes gemeint haben (GAUCH, N 107). Der Klarheit halber sei hier festgehalten, dass der im Vertrag verwendete Begriff „Abnahme“ der gesetzlichen Genehmigung i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR entspricht und die vertragliche Übergabe/Übernahme der gesetzlichen Ablieferung/Abnahme i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR gleichsteht. Folglich ist die Abnahme für den Schuldnerverzug unbeachtlich, die Übergabe dagegen entscheidend.
- 30 Das Bundesgericht definiert den Rechtsbegriff der Abnahme (vertraglich: Übergabe) wie folgt: „Die Abnahme des Werkes setzt voraus, dass es vollendet ist, und der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat. Ob es mängelfrei ist, spielt dagegen keine Rolle“ (BGE 115 II 456, E. 2 und 4). Ein besonderer Wille des Bestellers ist dafür nicht erforderlich (BSK-ZINDEL/PULVER, Art. 370 N 3). Eine Übernahme kann auch stillschweigend erfolgen, indem das Werk gemäss seinem Zweck gebraucht wird (sinngemäss BGE 113 II 264 E. 2b).
- 31 Vorliegend erklärte die Klägerin am 7. September 2005 „Mechanische Fertigstellung“ (B-1) und am Tag darauf wurde die Schwefelschmelzanlage von der Beklagten in Betrieb genommen (Ziff. 3 E-2). Zudem ging am 15. Dezember 2006 die Anlage in die Betriebsobhut der Beklagten über, wie in der Vereinbarung festgelegt wurde (Ziff. 6 K-4). Der neue Schwefelschmelztank wurde am 6. Mai

2006 übergeben (Ziff. 7 E-1) und aus den Schadenersatzforderungen der Beklagten ist zu entnehmen, dass die Anlage in den Jahren 2005 und 2006 79.58% der Sollkapazität produziert hat, woraus zu schliessen ist, dass auch der neue Schwefelschmelztank 2006 in Betrieb genommen wurde (Ziff. 18 E-2). Beide Werke gelten also zweifelsfrei als übergeben, einerseits durch Erklärung der „Mechanischen Fertigstellung“ seitens der Klägerin, andererseits durch konkludente Übernahme seitens der Beklagten, indem sie die Werke bestimmungsgemäss betrieben hat. Dafür spricht ferner auch der Umstand, dass die Beklagte selber „schwerwiegende Mängel“ beanstandet (Ziff. 6 E-2), welche per definitionem nicht vor Ablieferung und Vollendung des Werkes existieren können (ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 2; HUGENIN, N 469, 472). Demzufolge muss der von der Beklagten geltend gemachte Schaden nicht als Verzugsschaden, sondern als Mängelschaden betrachtet werden (Art. 368 OR).

### 2.1.2 Schuldnerverzug

- 32 Es kann der Beklagten nicht zum Vorteil gereichen, wenn sie die Übergabe aberkennt und nur aus Schuldnerverzug klagen kann. Denn der Schuldnerverzug ist gar nie eingetreten. Dabei scheitert dieser erstens daran, dass die Klägerin von der Beklagten nie in Verzug gesetzt wurde. Im Verzug würde sich die Klägerin gemäss Art. 102 Abs. 1 und 2 OR nur befinden, wenn entweder ein bestimmter Verfalltag vertraglich verabredet wurde, oder wenn die Beklagte der Klägerin eine Mahnung gesendet hätte.
- 33 Der Vertrag verlangt, dass die mechanische Fertigstellung der Anlage bis am 1. Oktober 2008 erfolgen soll (Ziff. 4) und dass die Verfahrensgarantien innerhalb von zwei Monaten nach der mechanischen Fertigstellung nachgewiesen werden müssen (Ziff. 5.2.5). Tatsächlich erklärte die Klägerin, wie die Beklagte in der Einleitungsantwort schreibt (Ziff. 2), am 7. September 2005 „Mechanische Fertigstellung“ und führte die Garantieläufe zugegebenerweise mit minimaler Verzögerung von 6 Tagen vom 13. November bis am 1. Dezember 2005 durch. Die Beklagte wird zustimmen, dass sie sich beim Schuldnerverzug nicht auf diese geringe Verzögerung stützt, womit festgehalten werden kann, dass die Klägerin aus dem Hauptvertrag nie in Verzug gesetzt wurde.
- 34 In der Vereinbarung finden sich zwar Angaben zum Übergabetermin der Gesamtanlage, jedoch nur sehr vage Annahmen: „voraussichtlich Anfang Februar 2006“ (Ziff. 1 K-4), und später „könnte die Umstellung [...] Anfang April vorgenommen werden“ (B-1). Obwohl sich die Übergabe des Schwefelschmelztanks auf den 6. Mai 2006 verzögerte (Ziff. 7 E-1), können diese überaus unbestimmten Angaben gemäss Lehre und Rechtsprechung keinesfalls als Verfalltag i. S. v. Art. 102 Abs. 2 OR ausgelegt werden. So werden ebenfalls Formulierungen wie „un délai de deux à trois mois“ (Semjud. 1958, 614) und „in ca. 5-8 Wochen“ (BGE 40 II 134; GAUCH, N 648) als zu unbestimmt angesehen, um den Schuldner in Verzug zu setzen. Somit wurde die Klägerin nie durch einen Verfalltag in Verzug gesetzt.

35 Ebenso wenig wurde die Klägerin durch die Beklagte gemahnt. Zwar wird die Beklagte die in Ziff. 5 der Einleitungsantwort beschriebene Aufforderung als Mahnung geltend machen wollen: „Der vereinbarte dreitägige Garantielauf wurde jedoch trotz Aufforderung der Beklagten an die Adresse der Klägerin nie durchgeführt.“ Gemäss WIEGAND (Art. 102 N 6) ist aber eine Mahnung dann wirkungslos, wenn sie zuviel fordert und davon ausgegangen werden kann, dass der Gläubiger die effektiv geschuldete Leistung nicht akzeptieren würde (BGE 46 II 77 E. 2; BK-WEBER, Art. 102 N 72). I.c. besteht genau die beschriebene Situation: Die Beklagte fordert einen Garantielauf, der durch Nachweisung der Verfahrensgarantien die Genehmigung (vertraglich: Abnahme) der Gesamtanlage bezweckt, während die Klägerin den vertragsgemässen informellen Testlauf liefern will, da die Genehmigung (vertraglich: Abnahme) schon am 6. Mai 2006 erfolgt ist (Ziff. 7 E-1). Somit ist dargelegt, dass die Beklagte mehr als den informellen Testlauf fordert, also „zuviel fordert“ und sich nicht mit einem einfachen Testlauf zufrieden geben will (Ziff. 5 E-2). Folglich ist diese Aufforderung als Mahnung wirkungslos und die Klägerin nie in Verzug gesetzt worden.

### 2.1.3 Ergebnis

36 Bilanzierend kann die Beklagte für die Ziehung der Anzahlungsgarantie nur den Rechtsgrund des Mängelschadens heranziehen. Im Folgenden ist nun zu klären, ob die Haftung des Mängelschadens im Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie liegt.

## 2.2 Bankgarantie

### 2.2.1 Vertragliche Grundlagen

37 Der Vertrag äussert sich in Ziff. 3.1.1 zur Gestellung einer Bankgarantie. Da der Vertrag bezüglich Bankgarantieinhalt Auslegungsspielraum zulässt, drängt sich die Frage auf, ob zur Auslegung des Sicherungszweckes auch die Bankgarantie herangezogen werden darf.

38 Die Gestellung einer Bankgarantie ist vertraglich Hauptleistungspflicht der Klägerin (SPAINI, 233). Bezüglich dieser Leistung bestand Konsens. Es kann nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgegangen werden, dass der hypothetische Parteiwille der Beklagten auf eine Anzahlungsgarantie gerichtet war (45). Zudem muss die Bankgarantie dem Parteiwillen der Beklagten entsprechen, da über den Grundsatz der formalen Auftrags- und Garantiestrenge (CANARIS, N 1133) die Bankgarantie der Leistung entsprechend entstanden ist.

### 2.2.2 Anzahlungsgarantie

39 Die Klägerin wird im Folgenden darlegen, dass es sich bei der Bankgarantie um eine Anzahlungsgarantie handelt und die Ansprüche aus Mängelfolgeschäden nicht im Sicherungszweck einer solchen liegen.

- 40 Der Hauptzweck einer Bankgarantie als Sicherungsgeschäft ist ihr Sicherungszweck. So hat der Garant dem Garantiebegünstigten für den Eintritt eines bestimmten Erfolges oder für die Fortdauer eines bestimmten Zustandes einzustehen (anstelle vieler CANARIS, N 1102). Zur konkreten Bestimmung des Sicherungszweckes kann auf den Sicherungsgegenstand (anhand einer Typisierung der geläufigen Bankgarantieverträge) abgestellt werden, sowie auf die dem Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zugrunde liegenden Verträge.
- 41 „Die Anzahlungsgarantie dient zum einen dem Zweck, die Ernsthaftigkeit des Bestellers den Vertrag auch wirklich durchführen zu wollen und die entsprechende Investition auch zu tätigen, unter Beweis zu stellen; zum anderen ist eine angemessene Anzahlung erforderlich, um die notwendigen Aufwendungen des Exporteurs, wie Materialbeschaffung, Vorauszahlungen an Subunternehmer etc. abzusichern“ (WESTPHALEN Funktion, 13). „Sie sichert die Rückzahlung vorausgeleisteter Anzahlungen, falls der Anzahlungsempfänger seine Vertragsleistung nicht oder nicht richtig erbringt“ (BÜSSER, N 399).
- 42 Anhand der grammatikalischen Auslegungsmethode geht aus der Bankgarantie (K-3) hervor, dass es sich um eine Anzahlungsgarantie handelt, da dies in der Überschrift so festgehalten wurde.
- 43 Die Stellung einer Bankgarantie wurde im Vertrag (Ziff. 3.1.1) vereinbart. Die Bankgarantie (K-3) wurde für eine Höchstsumme von EUR 4.4 Mio. ausgestellt. „Anzahlungsgarantien werden in der Regel in der Höhe der Anzahlung erteilt, weil das Risiko des Bestellers (nur) in Höhe dieser Zahlungen besteht“ (DOHM, 37, N 23; vgl. auch BÜSSER, N 401). Da die Summen der Anzahlung sowie des Sicherungsbetrages der Bankgarantie dieselben sind, kann gemäss einer teleologischen Auslegung gesagt werden, dass es sich um eine Anzahlungsgarantie handelt.
- 44 Zur spezifischen Qualifizierung der Bankgarantie kann im Sinn einer systematischen Auslegung ihr vertraglicher Kontext berücksichtigt werden. Ziff. 3 des Vertrages regelt die Zahlungsbedingungen. Ziff. 3.1.1 die Anzahlung, welche die Beklagte der Klägerin zu tätigen hatte, und ihre Modalitäten. Die Klägerin sollte nämlich vorab eine Anzahlsrechnung sowie eine Bankgarantie stellen, bevor die Beklagte zur Anzahlung schreiten sollte.
- 45 Daraus kann nach dem Vertrauensprinzip geschlossen werden, dass die Beklagte die Bankgarantie als Anzahlungsgarantie im Rahmen einer Offerte durch ihre Anzahlung akzeptierte. Die Festlegung des Bankgarantietypus ist essentialia negotii des Bankgarantievertrages, denn der Hauptzweck der Bankgarantie besteht in ihrem Sicherungszweck. Anhand der Garantietypen werden ihre Sicherungszwecke differenziert (SPAINI in anderem Zusammenhang, 240). In der Praxis wurden verschiedene Typen von Bankgarantien etabliert, welche jeweils unterschiedliche Risiken abdecken. D.h. je nach Typus (z.B. Bietungsgarantie, Ausführungsgarantie, Zahlungsgarantie, Gewährleistungsgarantie, Anzahlungsgarantie, usw.) wird ein anderer Garantiefall gesichert. Da es um den Vertragsgegenstand geht und dieser vom Konsens abhängig ist, sind die verschiedenen Formen der Garantien untereinander nicht einfach austauschbar (CANARIS, N 1105). Nach dem Grundsatz der formalen Garantiestren-

ge (CANARIS, N 1133) ist für die Bestimmung des Garantietypus zudem voll auf die Garantieurkunde abzustellen. Dies wegen des grossen Missbrauchsrisikos der Garantien „auf erstes Anfordern“ sowie des Vertrauensschutzes des Garanten wie auch des Begünstigten (16). Darum ist bei der Abfassung einer Anzahlungsgarantie stets besonderer Wert darauf zu legen, dass eine klare Abgrenzung gegenüber der Ausführungsgarantie vereinbart wird. In diesem Sinne kann die Klägerin davon ausgehen, dass die Beklagte wissen musste, welche Garantie sie annahm.

- 46 In Ziff. 13.3 des Vertrages hat die Klägerin die Gesamthaftung der aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag entstehenden Schaden auf 15% der Gesamtvertragspreise, auf EUR 3.3 Mio. beschränkt. Eine Erfüllungsgarantie sichert dem Begünstigten einen Schadensersatz (57) in der Höhe der Garantiesumme, falls der materielle Sicherungsfall, Schlecht- oder Nichterfüllung/Gewährleistungshandlungen, eintritt. Schon aufgrund dieser Betrachtungsweise wird ersichtlich, dass es sich nicht um eine Erfüllungsgarantie handeln kann, denn es wäre unsinnig sich einerseits bis auf 15% freizuzeichnen und andererseits den Schaden bis auf 20% durch eine Garantie decken zu lassen. In der Konsequenz würde das heissen, dass eine gerechte Inanspruchnahme der Erfüllungsgarantie durch die Freizeichnung umgangen würde.
- 47 Die Klägerin erwirkte in Oslo eine einstweilige Verfügung, die es der Fjordbank AS untersagte, auf die Bankgarantie zu leisten. Das heisst in Norwegen konnte glaubhaft gemacht werden, dass Rechtsmissbrauch vorliegt (20, 21). Rechtsmissbrauch setzt eine Inanspruchnahme der Bankgarantie ausserhalb ihres Sicherungszweckes vor.
- 48 Gemäss den oben gemachten Ausführungen handelt es sich bei der Garantie Nr. 233384-550338 um eine Anzahlungsgarantie, welche zur Rückerstattung der getätigten Anzahlung dient, durch welche die gemachten Schadensersatzansprüche jedoch per definitionem nicht gedeckt sind (27-36).

### 2.2.3 *Anzahlungsgarantie besteht bis zur Übergabe*

- 49 Die Anzahlungsgarantie sichert nur (und ausschliesslich) die Rückerstattung des Zahlungsbetrages (nach BÜSSER in N 399 müsste sie daher „Anzahlungsrückerstattungs-Garantie“ heissen). „Garantiefall der Anzahlungsgarantie ist der Tatbestand der Nichtlieferung bzw. Nichtleistung“ (NIELSEN, N 40). Daraus resultiert, dass nach Übergabe die Anzahlungsgarantie nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Wie bereits dargelegt, wurde die Gesamtanlage bereits von der Beklagten übernommen (28-31). Da diese übergeben wurde, ist der Sicherungszweck der Anzahlungsgarantie entfallen.
- 50 Da die Anlage übergeben wurde, ist die Anzahlungsgarantie nicht mehr in Anspruch nehmbar.

#### 2.2.4 *Anzahlungsgarantie besteht bis zur Abnahme*

- 51 Falls das Gericht der Auffassung sein sollte, die Anzahlungsgarantie bestehe bis zur Abnahme des Werkes, wird im Folgenden aufgezeigt, dass das Werk genehmigt wurde. Zuerst wird die Klägerin auf die Abnahme der Anlage, anschliessend auf die Abnahme der Gesamtanlage eingehen.
- 52 Durch Akzept der Garantieläufe ist die Abnahme der Anlage erfolgt. Gemäss Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (K-4) wurden während des Betriebes der Anlage alle Verfahrensgarantien erreicht. Die Beklagte war gemäss Ziff. 5 der Vereinbarung bereit, bei der Übergabe der Anlage die Garantieläufe - durchgeführt vom 27. November bis 01. Dezember 2005 - zu akzeptieren. Damit hat die Beklagte die Anlage abgenommen.
- 53 Zudem bringt die Klägerin an, dass die Parteien in Ziff. 5.2.5.4 i.V.m. 5.2.6 des Vertrages eine Spätestfrist vereinbart haben, bei der die Abnahme der Anlage 20 Monate nach Inkrafttreten des Vertrages fingiert wird, also vorliegend am 3. Januar 2006. Auch darum gilt die Anlage als abgenommen.
- 54 Bezüglich der Abnahme der Gesamtanlage wurde in der Vereinbarung (K-4) in Ziff. 5. festgelegt, dass nach Inbetriebnahme des neuen Schwefelschmelztanks über drei Tage nachgewiesen wird, dass ca. 60t/h der Dampfproduktion für die Kondensationsturbine zur Verfügung stehen. Welche Bedeutung ein vereinbarter Testlauf hat, ist durch Auslegung des Parteiwillens zu ermitteln (BSK-ZINDEL/PULVER, Art. 367, N 30). Denn die Klägerin wollte mit diesem Testlauf nie die Verfahrensgarantie verlängern. Dies ergibt sich einerseits aus Ziff. 1 der Vereinbarung, die besagt, dass die Übernahme mit mechanischer Fertigstellung und erfolgreichem Probebetrieb voraussichtlich Anfang Februar 2006 erfolgen würde, und dass damit auch die Abnahme der Gesamtanlage als erfolgt gelte. Bei einem Probebetrieb kann noch nicht von einer Verlängerung der Verfahrensgarantie gesprochen werden. Für einen informellen Testlauf spricht andererseits, dass die Klägerin der Beklagten den Schwefelschmelztank kostenlos zur Verfügung gestellt hat. Nach Vertrauensgrundsatz ergibt sich, dass es sich um einen informellen Testlauf handelt und nicht um eine Verlängerung der Verfahrensgarantie. Es handelte sich hierbei um eine reine Geste guten Willens, den die Beklagte nicht zu würdigen weiss, indem sie behauptet, es handle sich bei diesem Testlauf um einen Garantielauf. Zudem bringt die Klägerin an, dass die Gesamtanlage nur schon aufgrund der Tatsache abgenommen ist, weil die Beklagte Mängelrechte i.S.v. Art. 367 OR geltend macht (s. Ziff. 6 E-2).
- 55 Da die Abnahme für die Gesamtanlage erfolgt ist, liegt eine Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie ausserhalb des Sicherungszwecks vor.

#### 2.2.5 *Beklagtische Auslegung als Erfüllungsgarantie*

- 56 Im Widerspruch zu den obigen Ausführungen beschreibt die Beklagte die Sicherung als eine Erfüllungsgarantie (Ziff. 12 E-2).

- 57 Eine Erfüllungsgarantie sichert den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung. Die Erfüllungsgarantie beginnt mit Vertragsschluss. Die Terminologie ist nicht konsequent (BÜSSER, 111, N 392), es kann darunter eine Lieferungs-, Leistungs- oder eine Gewährleistungsgarantie verstanden werden, sowie auch deren Kombinationen. Die Klägerin nimmt zur Kenntnis, dass die Beklagte (Ziff. 12 E-2) die Gewährleistungsgarantie als Teil der Erfüllungsgarantie qualifiziert. Eine solche Interpretation der zu behandelnden Bankgarantie kann jedoch auf dem Wege aller Auslegungsmethoden beim besten Willen nicht erreicht werden.
- 58 Um dem Argument zuvorzukommen, bei der Gewährleistungsklausel (Ziff. 5.1 K-1) handle es sich um einen eigenständigen Sicherungsvertrag (vgl. KLEINER, N 10.05 ff.), welcher eigentlich zur Stellung der Bankgarantie geführt habe, wird folgendermassen Stellung genommen: Einerseits wird in Ziff. 5.1 des Vertrages eine Leistungspflicht der Klägerin statuiert, die vertragskonforme Beschaffenheit der Anlageteile und des Materials während einer bestimmten Zeitspanne zu gewährleisten. Eine wesentliche Eigenschaft der Bankgarantie ist es jedoch gerade, aus Sicht des Garanten eine fremde Leistung abzusichern. Andererseits handelt es sich nicht um eine eigenständige Sicherungsabrede, da die Zusicherung in Ziff. 5.1 „eine Präzisierung der Eigenschaften des zu erbringenden Leistungsobjektes (Schwefelsäureanlage) und des Leistungsinhaltes (Gewährleistung über eine bestimmte Zeitspanne) ist“ (KLEINER, 10.05). Wird jedoch an die Beschaffenheit der Anlageteile und des Materials an die vertraglich vereinbarte Betriebsweisen und Betriebsbedingungen der Anlage, sowie den ordnungsgemässen Gebrauch (Ziff. 5.1 K-1) angeknüpft, und nicht an ungewisse, zukünftige Ereignisse, liegt keine Garantie, aber eine Gewährleistung vor. Aus diesen Gründen führte die Materialgarantie (Ziff. 5.1 K-1) nicht zur Anzahlungsgarantie, sondern die Vereinbarung unter Ziff. 3.1.1 des Vertrages.
- 59 Die Gewährleistung bildet Bestandteil des Leistungsversprechens seitens der Klägerin aus dem Vertrag und stellt keinen eigenen Sicherungsvertrag dar und hat nicht zur Stellung einer Bankgarantie geführt. Gewährleistungsansprüche sind nicht von der gestellten Anzahlungsgarantie gedeckt.
- 60 Das Argument, bei der vorliegenden Bankgarantie könnte es sich um eine Gewährleistungsgarantie handeln, weil im Schreiben vom 16. Juni 2006 (B-3) zusammen mit der Materialgarantie (Ziff. 5.1 K-1) auch die Bankgarantie (K-3) verlängert wurde, ist nicht zu befolgen. Die Klägerin stimmt zwar zu, dass „die Dauer der Gewährleistungsgarantien von der jeweiligen valutavertraglichen Gewährleistungsfrist abhängt“ (BÜSSER, N 398). Die Verlängerung der Bankgarantie im Zusammenhang mit der Materialgarantie geschah jedoch aus Druck seitens der Beklagten. Dieser lag vor, da es unsinnig ist, nach Übergabe/Abnahme die Anzahlungsgarantie zu verlängern.
- 61 Aus oben genannten Gründen handelt es sich um eine Anzahlungsgarantie.



### 2.2.6 Liquiditätsfunktion der Bankgarantie

- 62 In Ziff. 10 der Einleitungsantwort macht die Beklagte geltend, Zweck einer Bankgarantie sei es gerade, dem Garantiebegünstigten eine Sicherheit zu gewähren, auf die er sofort greifen kann, ohne vorgängig einen langwierigen Forderungsprozess führen zu müssen. Die Klägerin wird darlegen, dass die Liquiditätsfunktion der Bankgarantie durchaus beschränkbar ist.
- 63 Der Zweck der Bankgarantie besteht aus ihrem Sicherungszweck sowie aus der Liquiditätsfunktion (BÜSSER, N 523ff.). Die Liquiditätsfunktion findet Niederschlag im Ausdruck „erst bezahlen, dann prozessieren“. Doch „die Liquiditätsfunktion einer Bankgarantie kann nicht unbeschränkt wirken, denn sie wird durch ihren kompensatorischen Sicherungszweck eingeschränkt“ (BÜSSER, N 524). Solange die Ziehung der Bankgarantie also im Sicherungszweck der jeweiligen Bankgarantieart liegt, gilt diese Maxime. Da, wie dargelegt (50, 55), die Beklagte die Bankgarantie in Anspruch nimmt, ohne dass der materiell gesicherte Garantiefall sich verwirklicht hätte, muss die Liquiditätsfunktion in diesem Sinne beschränkt werden. „Erst bezahlen, dann prozessieren“ gilt i.c. nicht.

### 2.3 Zwischenfazit

- 64 Die Bankgarantie wurde ausserhalb ihres Sicherungszweckes und somit ohne Rechtsgrund in Anspruch genommen.

## 3. INANSPRUCHNAHME AUFGRUND FREIGEZEICHNETER ANSPRÜCHE

- 65 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten die Bankgarantie als Erfüllungsgarantie qualifizieren, so ist wohl die Mängelfolgehaftung vom Sicherungszweck umfasst. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Bankgarantie ohne Rechtsgrund gezogen wurde, denn mit den folgenden Ausführungen wird erwiesen, dass die Mängelfolgeansprüche vertraglich freigezeichnet worden sind.

### 3.1 Geltend gemachte Schadenersatzansprüche

- 66 Die Beklagte führt in Ziff. 13 – 18 der Einleitungsantwort vier Ansprüche an, die sie in materieller Hinsicht überhaupt berechtigen, die Bankgarantie gegenüber der Fjordbank zu ziehen. Die Beklagte macht Schadenersatz aus Schuldnerverzug geltend (Ziff. 15 E-2). Daraus beziffert sie einen Gesamtschaden von EUR 5'960'386.- und listet vier Schadenskomponenten auf (Ziff. 18 E-2):

- entgangener Gewinn            - nur 79.58% der Sollkapazität von 1'650 t/d            EUR 3'356'610.-
- externer Strom                 - Produktion von 84'000 kg/h nicht erreicht            EUR 161'096.-
- Ersatzmaterial                 - Kauf von Dritten    EUR 250'560.-
- nutzlose Lohnkosten           - Stillstand aufgrund Fehlfunktionen                    EUR 2'192'120.-

### 3.2 *Vorliegen von Haftungsbeschränkungen*

- 67 Gemäss Vertrag hat sich die Klägerin in Ziff. 13.4 von jeglicher nicht ausdrücklich genannten Haftung freigezeichnet. Insbesondere ausgeschlossen ist jede Haftung für indirekte Schäden oder Folgeschäden (direkte/indirekte Mängelfolgeschäden), worunter „Produktionsverlust“ und „entgangener Gewinn“ als Beispiele explizit genannt werden. Folglich beschränkt sich die Gesamthaftung der Klägerin gemäss Ziff. 13.4 i.V.m. Ziff. 13.1 auf die Materialgarantie in Ziff. 5.1 und die Verfahrensgarantie in Ziff. 5.2.
- 68 Bei Nichterfüllen der Verfahrensgarantie bestehen zahlreiche pauschalisierte Schadenersatzzahlungen in Ziff. 5.2.5.5 des Vertrags, wovon betreffend die von der Beklagten geltend gemachten Schäden folgende zwei relevant sind. Unter Ausschluss weiterer Rechte und Ansprüche seitens der Beklagten muss die Klägerin für jedes volle 1% Minderkapazität EUR 150'000.00, maximal aber EUR 750'000.00, und für jede volle 1,5 t/h Minderproduktion an Dampf EUR 50'000.00, höchstens aber EUR 250'000.00, bezahlen.
- 69 Schliesslich enthält der Vertrag auch mittelbare Haftungsbeschränkungen (LÖRTSCHER, 175; SCHMID, 310; SCHWENZER, 123). Zu nennen sind davon die zeitlichen Begrenzungen der beiden Haftungen, wobei nur die nicht verlängerte Verfahrensgarantie hier von Relevanz ist. So erlischt die Verfahrensgarantie nach Ziff. 5.2.5.4 spätestens 20 Monate nach Inkrafttreten des Vertrages, falls die Klägerin kein Verschulden an einer Verzögerung trifft.

### 3.3 *Inhalt der Haftungsbeschränkungen*

- 70 Im Folgenden wird die Klägerin nachweisen, dass alle von der Beklagten geltend gemachten Schadenersatzansprüche (66) durch die soeben dargelegten Haftungsbeschränkungsklauseln (67-69) freigezeichnet wurden.

#### 3.3.1 *Freizeichnung von Mängelfolgeschäden*

- 71 Zunächst ist aber zu klären, ob die Beklagte ihre Schadenersatzansprüche aus Schuldnerverzug oder aus der Mängelhaftung geltend macht. Das ist insofern entscheidend, als dass der Vertrag ausdrücklich nur von Mängelfolgeschäden freigezeichnet hat, die Beklagte sich aber auf Verzugsschaden abstützt. Die Klägerin hingegen hat oben (28-31) aufgezeigt, dass der Beklagten die Klage auf Verzugsschaden infolge Übergabe gar nicht mehr offensteht, und es sich demnach um eine Klage auf Mängelfolgeschaden nach Art. 368 Abs. 2 OR handeln muss.
- 72 Der Vertrag wiederum schliesst in Ziff. 13.4 jede Art von Mängelfolgeschäden aus. Ein Mängelfolgeschaden ist von einem Werkmangel des übergebenen Werkes verursacht worden, gründet jedoch nicht im Mangel selbst, sondern tritt als weitere Folge des Werkmangels hinzu (BSK-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 69). Im Zusammenhang mit Art. 368 Abs. 1 und 2 OR definiert sich ein

Mangelfolgeschaden dadurch, dass er trotz Wandelung, Minderung oder tadelloser Nachbesserung verbleibt oder verbleiben würde (GAUCH, N 1864).

- 73 Ein geradezu klassischer Mangelfolgeschaden ist der entgangene Gewinn, der sogar explizit als Beispiel angeführt wird: Der Besteller erleidet einen Erwerbsausfall, weil die Produktion durch den Mangel beeinträchtigt wird (GAUCH, N 1870). Eine andere Folge des durch den Mangel verursachten Produktionsausfalles ist der Kauf von externem Strom als Ersatz, der zusätzlich die Passiven vermehrt hat. Als Mangelfolge ist auch der Erwerb von zusätzlichem Ersatzmaterial einzuordnen, das durch den Werkmangel beschädigt worden ist wie beispielsweise die deformierten Schwefelfilter oder der Flüssigschwefelschlauch. Die nutzlos gewordenen Lohnkosten hingegen sind schon mit dem entgangenen Gewinn abgegolten. Das Vermögen der Beklagten steht mit Eintritt des Mangels nicht schlechter da, als es sich ohne Eintritt des Mangels präsentiert hätte: Die Lohnkosten mussten in jedem Fall bezahlt werden und ihre Nutzlosigkeit äussert sich erst durch den entgangenen Gewinn.
- 74 Bilanzierend kann festgehalten werden, dass sich die Klägerin von der Haftung für die Mängelfolgeschäden „entgangener Gewinn“, „externer Strom“ und „Ersatzmaterial“ vertraglich befreit hat und Lohnkosten keinen Schaden darstellen.

### 3.3.2 *Freizeichnung durch pauschalisierte Verfahrensgarantien*

- 75 Der durch Produktionsausfall entgangene Gewinn könnte einzig über die Verfahrensgarantie ausgeglichen werden, wenn das Gericht wider Erwarten die Anlage als nicht abgenommen erachtet. Die Verfahrensgarantie enthält jedoch eine Schadenersatzpauschale für Kapazität und Produktion unter Ausschluss weiterer Rechte und Ansprüche. Abgesehen davon, dass der geforderte Schadenersatz von EUR 3'356'610.00 den erlaubten Maximalwert von EUR 750'000.00 bei Weitem übersteigt, fehlen die Voraussetzungen für einen Zugriff auf die Verfahrensgarantie. Ansprüche aus der Verfahrensgarantie können gemäss Ziff. 5.2.5.5 des Vertrages nur dann eingefordert werden, wenn zwei Garantiläufe fehlgeschlagen sind. Zwei fehlgeschlagene Garantiläufe haben jedoch nie existiert. Im Gegenteil konnte die Klägerin mit jedem ihrer drei Garantiläufe nachweisen, dass die geforderte Sollkapazität von 8250 t in fünf Tagen durch die Werte 8551 t, 8420 t und 8556.3 t mehrfach übertroffen wurde. Dasselbe gilt für die Dampfproduktion, die die Werte 86.5 t/h, 87.5 t/h und 87.6 t/h gegenüber verlangten 84 t/h vorweisen konnte. Der Beklagten bleibt somit auch die Geltendmachung der Verfahrensgarantie verwehrt.
- 76 Auch wenn das Schiedsgericht zum Schluss kommen würde, dass zwei fehlgeschlagene Garantiläufe vorliegen, darf die Beklagte die Bankgarantie maximal im Umfang von EUR 1'000'000.00 in Anspruch nehmen. Dieser Betrag setzt sich aus den pauschalisierten Schadenersatzzahlungen von Minderkapazität und Dampfproduktionsausfall (EUR 750'000.00 und EUR 250'000.00) zusammen. Für die anderen Schadenskomponenten sind keine Verfahrensgarantien vorgesehen. Demzufolge würde

ein klagbarer Anspruch auf Unterlassung der Inanspruchnahme der Erfüllungsgarantie bestehen, sollte die Beklagte mehr als EUR 1'000'000.00 geltend machen.

### 3.4 *Wirksamkeit der Haftungsbeschränkungen*

77 Diesen Ausführungen wird die Beklagte entgegenhalten, dass alle haftungsbeschränkenden Regelungen widersprüchlich und unzulässig sind (Ziff. 16 E-2). Doch die Klägerin wird in der Folge darlegen, dass die genannten Haftungsbeschränkungen durchaus eindeutig (78) und rechtswirksam (86) sind.

#### 3.4.1 *Eindeutigkeit der Freizeichnungen*

78 Es gibt überhaupt keine Zweifel über die Eindeutigkeit der Freizeichnungsklausel. Zwar können die verschiedenen wegbedingten Schäden in Ziff. 13.4 des Vertrages durchaus irritieren. Doch die Parteien haben klarerweise beschlossen, dass die Klägerin ausser für den direkten/unmittelbaren Schaden für jeglichen weiteren Schaden nicht haftet. Der Klarheit halber werden die freigezeichneten Schäden explizit genannt: indirekter/mittelbarer Schaden, direkter/unmittelbarer Mangelfolgeschaden und indirekter/mittelbarer Mangelfolgeschaden. Dies wäre eigentlich überflüssig gewesen, denn Art. 368 OR unterscheidet nicht zwischen direktem und indirektem Mangelfolgeschaden (ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 68). Da diese verwirrende Überflüssigkeit dem Sinn des Paragraphen aber nicht entgegensteht, enthält die Klausel keine Widersprüchlichkeit.

#### 3.4.2 *Gesetzliche Schranke von Art. 100 Abs. 1 OR*

79 Zunächst wendet die Klägerin ein, dass es zumindest strittig ist, ob Art. 100 OR überhaupt auf unmittelbare und mittelbare Mängelfolgeschäden angewendet werden kann (KUHN in REY, 445). Auch SCHWENZER (SCHWENZER, 121) spricht sich dafür aus, dass im gewerblichen Bereich Haftungsbeschränkungen grosszügiger zu behandeln sind. Obwohl auch dem gewerblichen Gläubiger unbestrittenermassen ein Anspruch auf den gesetzlichen Mindestschutz zusteht, so müssen doch Ausschluss der Haftung für Sachschäden und sämtliche Vermögensfolgeschäden hier in grösserem Umfang als im Konsumbereich zu akzeptieren sein. Dies begründet SCHWENZER mit dem oft unvorhersehbaren Ausmass solcher Schäden und damit, dass der Gläubiger oft selber gegen solche Schäden versichert ist. Sollte es sich ergeben, dass Art. 100 OR trotzdem anwendbar ist, so sind die genannten Freizeichnungsklauseln auf ihre Rechtmässigkeit zu prüfen.

80 Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR dürfen nur leichte und mittlere Fahrlässigkeit vertraglich wegbedingt werden, während eine Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz nichtig ist. Diese Klausel (Ziff. 13.4) nimmt aber nicht zu den unterschiedlichen Verschuldensgraden Stellung, sondern bedingt alle Mängelfolgeschäden weg. Nach der salvatorischen Klausel in Ziff. 17.2 des Vertrages („Sollte zwingendes Recht der Anwendung einzelner Bedingungen dieses Vertrages entgegenstehen,

berührt das nicht die Gültigkeit der übrigen Bedingungen.“) wird i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR nicht der ganze Vertrag nichtig, sondern es entsteht eine Teilnichtigkeit in Bezug auf die Freizeichnungsklausel (GAUCH, 680, N 2576; SCHWENZER, 122; BK-WEBER, Art. 100 N 160; implizit auch BK-WIEGAND, Art. 100 N 4; unter Auflagen auch HOCHSTRASSER, N 175). Die salvatorische Klausel äussert sich jedoch nicht zum vorliegenden Fall, in dem eine Bedingung sowohl vertragskonformen wie auch vertragswidrigen Inhalt hat. Ein Blick auf die Lehre zeigt, dass die Sache strittig ist. So wird eine solche Klausel nach herrschender Lehre auf das erlaubte Mass reduziert (BK-WIEGAND, Art. 100 N 4; GAUCH, N 2576; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 710 ff. sprechen von „modifizierten Teilnichtigkeit“; ebenso BK-WEBER, Art. 100 N 160). Eine weitere Teilmeinung favorisiert die Reduktion auf das übliche Mass (SCHWENZER, 121; BK-KRAMER, Art. 19-20 N 376 ff.) und eine letzte Teilmeinung spricht sich für die ersatzlose Streichung der Freizeichnung aus, weil damit dem Anreiz, Übermässiges zu vereinbaren, entgegengewirkt werden kann (BUOL, N 500; HÜRLIMANN, N 274).

- 81 Im vorliegenden Fall ist aber der erstgenannten geltungserhaltenden Reduktion den Vorzug zu geben, denn HOCHSTRASSER nennt die Faustregel, „dass eine von gleich starken Vertragspartnern individuell ausgehandelte und objektiv angemessene Freizeichnung auf das erlaubte Mass zu reduzieren ist.“ Aus dem Missbrauch einer Machtposition entstandene Freizeichnungen seien „auf das übliche Mass zu reduzieren, eventuell ersatzlos zu streichen“ (HOCHSTRASSER, N 180). Jedoch finden sich weder in der Einleitungsantwort der Beklagten noch in ihren Beweisen Anhaltspunkte, dass sich die Klägerin gegenüber der Beklagten in einer Machtposition befunden hätte. Im Gegenteil sind sich die beiden Vertragsparteien ebenbürtig, weshalb die Freizeichnungen auf das erlaubte Mass gemäss Art. 100 Abs. 1 OR reduziert werden müssen.
- 82 So anerkennt die Klägerin an dieser Stelle, dass die Haftungsbeschränkungsklauseln teilnichtig sind und nur geltend gemacht werden dürfen, wenn die Klägerin nur leichte oder mittlere Fahrlässigkeit trifft.

### 3.4.3 Beweislast des Verschuldensgrades

- 83 Dass sich die Klägerin nun keiner groben Fahrlässigkeit zu Schulden kommen lassen hat, wird im Folgenden dargelegt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 100 Abs. 1 OR in Bezug auf Wegbedingung des Mangelfolgeschadens in Art. 368 Abs. 2 OR liegt es an der Beklagten als Bestellerin, den Verschuldensgrad zu beweisen (BGE 107 II 161, 167 E. b/c; 108 II 314 E. 4).
- 84 Zwar kritisieren namhafte Autoren diese Rechtsprechung und sind der Meinung, dass der Schuldner nach dem Prinzip von Art. 97 Abs. 1 OR in einem Exkulpationsbeweis belegen muss, dass er kein Verschulden trägt (GAUCH, N 1891, S. 504; BSK-WIEGAND, Art. 100 N 5; SCHWENZER, 113). Sie führen als Begründung an, dass der Verschuldensbeweis erfahrungsgemäss schwer zu erbringen sei, was zu einer faktischen Haftungsbefreiung des Schuldners von grober Fahrlässigkeit und Vorsatz führen würde. Diese Autoren verkennen aber, dass der Schadenersatzanspruch aus Art. 368 Abs. 2

OR nicht als allgemeiner vertraglicher Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR behandelt werden kann, denn sonst wäre die Nennung dieser Schadenersatzpflicht in Art. 368 OR überflüssig. Im Gegenteil stellen Art. 367 – 371 OR eine besondere Schadenersatzordnung dar (GAUCH, N 1876) und Art. 368 Abs. 2 OR folgt damit eigenen Beweisregeln. So soll nach BECKER der Besteller, das Unternehmerverschulden nicht nur behaupten, sondern dann auch beweisen, wenn er mehr als den unmittelbaren Schaden verlangt – nämlich zusätzlich zur Wandelung, Minderung oder Nachbesserung auch noch Schadenersatz des (mittelbaren) Folgeschadens (BECKER, 368 N 13; gleicher Ansicht BK-GAUTSCHI, Art. 368 N 25; FURRER, 79). Somit liegt die Beweislast bei der Beklagten.

- 85 Die Beklagte ist bisher ihrer Beweispflicht überhaupt nicht nachgekommen. Im Gegensatz dazu hat die nicht beweisbelastete Klägerin mehrere Hinweise für ihre Unverschuldetheit geliefert, welche von der Beklagten pauschal und ohne Begründung abgelehnt werden (Ziff. 3 E-2). Es muss also festgehalten werden, dass die Beklagte keinerlei Beweise besitzt, um ein Verschulden der Klägerin in Form von grober Fahrlässigkeit belegen zu können.
- 86 Nach den Regeln des Konstituierungsbeschlusses (Ziff. 2.8 E-3) verzichten die Parteien auf die Einreichung weiterer Beweismittel. Vor diesem Hintergrund wird klar, dass es der Beklagten unmöglich ist, im Rahmen dieses Verfahrens den Beweis zu erbringen, dass die Klägerin unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausseracht gelassen hat, was sich jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen aufdrängen musste (BGE 95 II 333 E. 6a). Dies gilt umso mehr darum, weil sie nicht einmal einen Hinweis geben kann, worin diese grobe Fahrlässigkeit bestanden haben soll, die zu dem voraussehbaren Schaden geführt hat. Da den Beweisregeln zufolge die Beklagte die Folgen der Beweislosigkeit tragen muss, kristallisiert sich die Vermutung, dass der Klägerin keine grobe Fahrlässigkeit zugemutet werden kann, heraus. Dies wiederum bedeutet, dass sich die Freizeichnungsklauseln in jedem Fall innerhalb der gesetzlichen Schranken befinden.

### **3.5 Zwischenfazit**

- 87 Die Beklagte hat somit die Ziehung der Bankgarantie aufgrund von Ansprüchen verlangt, welche vertraglich wegbedingt worden sind und es ermangelt ihr an einem gültigen Rechtsgrund.

## **4. FAZIT**

- 88 Die Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie erfolgt ohne Rechtsgrund, weil kein materieller Garantiefall vorliegt. Die Garantie wird ausserhalb ihres Sicherungszwecks in Anspruch genommen und daneben hat sich die Klägerin vom vorgebrachten Rechtsgrund gültig freigezeichnet. Folglich darf die Beklagte die Bankgarantie nicht in Anspruch nehmen.

#### IV. Herausgabe des Originals der Anzahlungsgarantie

##### 1. HERAUSGABEPFLICHT AUS VERTRAG UND RECHTSPRECHUNG

- 89 Die Gültigkeitsdauer der Anzahlungsgarantie wurde im Vertrag (Ziff. 3.1.1) bis zum Ende der Materialgarantie festgelegt. Die vertraglich festgelegte maximale Gültigkeitsdauer beträgt ab Inkrafttreten des Vertrages am 3. Juli 2004 maximal 30 Monate, d.h. die Garantie ist am 3. Januar 2007 abgelaufen. Der Garantievertrag (K-3) besagt dasselbe.
- 90 Die Klägerin kann von der Beklagten „aufgrund ergänzender Auslegung des zwischen ihnen bestehenden Vertrages Herausgabe der Urkunde verlangen“ (CANARIS, N 1161).
- 91 Da der Hinfall der Garantieverpflichtung nicht ausdrücklich an die Rückgabe der Garantieurkunde geknüpft ist, gilt die Vereinbarung der Rückgabepflicht nur als Ordnungsvorschrift. Die Verweigerung der Rückgabe der Garantieurkunde kann keinesfalls zu einer Verlängerung der befristeten Gültigkeitsdauer einer Garantie führen (KLEINER, N 25.03). Gemäss Lehre (WESTPHALEN Rechtsverhältnis, 137 ff.) ist es selbstverständlich, dass wenn ein bestimmtes Verfallsdatum in der Garantieurkunde genannt wird und dieses auch bereits verstrichen ist, die Urkunde zwar zurückgegeben werden muss, jedoch die Übergabe nur noch deklaratorischen Wert besitzt.
- 92 Wie oben ausgeführt (7), handelt es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch. Da die Klägerin eine zukünftige missbräuchliche Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie fürchten muss, ist sie in ihrem Begehren zu schützen.
- 93 Das Schweizer Bundesgericht hat bis anhin keine Rechtsprechung zur Herausgabe der Anzahlungsgarantie entwickelt, weshalb auf die Jurisprudenz anderer Länder in rechtsvergleichender Sicht zurückgegriffen wird und sich insbesondere an deutschem und französischem Recht orientiert wird (LÖW, 27). Ebenfalls sind die Regeln über die Bürgschaft anwendbar, da wie oben dargelegt (16-24) die Abstraktheit der Bankgarantie relativ ist. Wie auch bei der Bankgarantieurkunde handelt es sich bei der Bürgschaftsurkunde nicht um ein Wertpapier.
- 94 Der BGH ist der Ansicht, dass der Hauptschuldner vom Gläubiger die Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde an den Bürgen verlangen kann, sofern der Sicherungszweck weggefallen ist (BGHZ in NJW 1989, 1482). Begründet wird dieser Anspruch damit, dass die vertraglichen Absprachen dahingehend auszulegen seien oder dass die gesetzlichen Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung es so verlangen. Der BGH bezeichnet die Klage „als durch den Wegfall des Sicherungszweckes aufschiebend bedingter Rückgewährungsanspruch schlüssig“. Die Parteien hatten vertraglich vereinbart, dass der Hauptschuldner eine Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen habe, womit der Gläubiger die Bürgschaftsurkunde durch eine Leistung des Hauptschuldners erlangt hat. Bei Wegfall des Sicherungszweckes ist der Hauptschuldner deshalb berechtigt die Rückgewähr der Sicherheit und deshalb auch die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die Bürgin zu verlangen.
- 95 Diesem Urteil folgend, kann die Klägerin die Garantieurkunde von der Beklagten herausverlangen.

## 2. FAZIT

- 96 Die Klägerin fordert die Herausgabe der Garantieurkunde aufgrund vertraglicher Ansprüche. Dieser Anspruch wird durch deutsche Rechtsprechung zur Bürgschaft in analoger Weise unterstützt.

## V. Rücknahme der in Kroatien hängigen Klagen

### 1. PROZESSFÜHRUNGSVERBOT

- 97 Wie bereits aufgezeigt wurde, besteht wenig Rechtsprechung bezüglich der „Anhebung des Hauptprozesses im Zusammenhang mit einstweiligen Zahlungsverbotsverfügungen an die Bank“ (DOHM, N 379.). Ebenso wenig gibt es solche zu Arrestbefehlen, welche angebliche Zahlungsverpflichtungen betreffen.
- 98 Im Rahmen des in Kroatien hängigen Verfahrens wird darüber gestritten, ob eine Forderung seitens der Beklagten gegenüber der Fjordbank besteht. Dazu muss überprüft werden, ob eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Bankgarantie vorliegt. Mit der Schiedsklausel aus dem Vertrag (Ziff. 16.2 K-1) werden sich aus diesem Vertrag ergebende Streitigkeiten dem Schiedsgericht unterstellt. Streitigkeiten aus einem anderen Rechtsverhältnis, wie z.B. dem Garantieverhältnis zwischen der Beklagten und der Fjordbank, werden von dieser Schiedsabrede nicht erfasst (VOGEL/SPÜHLER, 413, N 28). Grundsätzlich kann das Verfahren in Kroatien der staatlichen Gerichtsbarkeit unterliegen. Wo sich die Behandlung von Streitigkeiten aus dem Valutaverhältnis ergeben, muss jedoch auf ein Schiedsgericht verwiesen werden, da die Behandlung von Streitigkeiten aus dem Valutaverhältnis der Schiedsgerichtsbarkeit unterstehen. I.c. ist zur Überprüfung des Rechtsmissbrauches auf das hier laufende Verfahren zu verweisen. Insoweit liegt bezüglich der Streitfrage über die Berechtigung der Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie ein Prozesshindernis vor.
- 99 Des Weiteren könnte aufgrund klageidentischer Streitpunkte (*res iudicata*) ein Prozesshindernis bestehen (VOGEL/SPÜHLER, 416, N 42). Das Bundesgericht definiert den Identitätsbegriff nicht in engem Sinne und umschreibt ihn als „eine abgeurteilte Sache, die vorliegt falls der Anspruch dem Richter aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird“ (VOGEL/SPÜHLER, 8 N 24; BGE 121 III 474 E. 1; 125 III 241 E. 1; auch in diesem Sinne der EuGH am 8. Dezember 1987).
- 100 Ein Urteil in der Schweiz hat endgültigen und verbindlichen Charakter. Die Unabänderlichkeit tritt ein, wenn dieses nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann. Dies wird als formelle Rechtskraft bezeichnet. Die als materielle Rechtskraft bezeichnete Verbindlichkeit des Urteils besteht für die gleichen Parteien und ihre Rechtsnachfolger in späteren Prozessen. Es ist sowohl



eine „identische Klage ausgeschlossen“ wie auch „das Ersturteil präjudiziell für Vorfragen des Zweiturteils“ ist (VOGEL/SPÜHLER 227 N 67 f.; HABSCHEID, N 486 f.).

- 101 Im vorliegenden Verfahren wird über die Berechtigung der Beklagten zur Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie entschieden (10-88). Es liegt in dieser Sache vor kroatischem Gericht eine abgeurteilte Sache vor, da es um denselben Anspruch gestützt auf denselben Sachverhalt geht. Kroatische Gerichte dürfen in diesem Sinne nicht noch einmal über diese Frage entscheiden.
- 102 Gemäss dem NYÜ über die Annerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche gilt für die meisten Anerkennungs Voraussetzungen die umgekehrte Beweislast. Gemäss Art. III NYÜ anerkennt jeder Mitgliedsstaat die Schiedssprüche, welche i.S.v. Art. I Abs. 3 NYÜ von einem Schiedsgericht eines anderen Vertragsstaates über Handelssachen (gemäss seinem innerstaatlichen Recht) gefällt wurden. Art. IV NYÜ schreibt als einzige weitere Voraussetzung vor, dem Antrag auf Anerkennung und Vollstreckung den Schiedsspruch und die Schiedsvereinbarung beizulegen.
- 103 Wie für das Verfahren in Norwegen, gilt der Schiedsspruch auch für das Verfahren in Kroatien als verbindlich. Gemäss Lehre hat der Schiedsspruch i.S. einer „Vorfrage“ eindeutig Wirkung auf die Tatbestände in Norwegen und Kroatien. Gemäss NYÜ, aber auch der Lehrmeinung von DOHM, gilt der Schiedsspruch zwingend in jeder Weise zu vollstrecken (DOHM, N 381, 392).
- 104 Die angeführten Gründe führen zu einem partiellen Prozessführungsverbot, d.h. ein Prozessführungsverbot in Kroatien für Streitfragen, welche der Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Vertrag unterliegen. Dies gilt ungeachtet dem Fehlen einer Streitverkündung der Klägerin gegenüber der Fjordbank gemäss Art. 193ff. OR in diesem Verfahren, welche eine Verbindlichkeit dieses Urteils auch für die Fjordbank konstituiert hätte.
- 105 Aufgrund materieller Rechtskraft (res iudicata) des Schiedsspruchs sowie der Tatsache, dass Kroatien das NYÜ anzuwenden hat, hat die Beklagte, ihre Klagen in Kroatien zu unterlassen. Daraus stellen wir das Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verurteilen die in Kroatien hängigen Klagen zurückzunehmen.

## 2. FAZIT

- 106 Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Klägerin ein partielles Prozessführungsverbot aufgrund eines Schiedsspruches betreffend der ersten Streitfrage zusteht und dass die Beklagte zu verurteilen sei, die hängigen Klagen an allen kroatischen Gerichten zurückzunehmen.

Hochachtungsvoll, Moot Court Team 7:

David Alain Bloch  
Daniel Decurtins  
Cheyenne Durrer  
Anna Willi