

Polar Technology AS
Vallegata
0456 Oslo
Norwegen

LSI
Zürcher
Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

12. März 2008

Sehr geehrte Damen und Herren

Hiermit wird die

Klageschrift

in Sachen

Polar Technology AS
vertreten durch Moot Court Team 8:
Bernet Florian, Füglistaller Patric, Koletsis Marco, Wetli Andrea

Klägerin

gegen

Stiva d.d.
vertreten durch Moot Court Team [...]

Beklagte

betreffend

unberechtigte Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte

fristgerecht, am 12. März 2008, mit folgenden Anträgen eingereicht, wobei Vormerk zu nehmen ist, dass die Anträge durch Konstitutionierungsbeschluss Nr. 1 des Schiedsgerichts vom 14. Dezember 2007 eingeschränkt und vorliegend in gekürzter Fassung übernommen und entsprechend *ergänzt* wurden:

1. Die Beklagte sei zu verurteilen zu unterlassen, die Fjordbank AS aus der Bankgarantie Nr. 233384-550338 vom 16. September 2004 in Anspruch zu nehmen.
In diesem Zusammenhang sei insbesondere festzustellen,
 - 1.1. *dass die von der Beklagten erhobenen Ansprüche vom vereinbarten Sicherungszweck der Bankgarantie nicht umfasst sind, da eine reine Anzahlungsgarantie vorliegt,*
 - 1.2. *dass der vereinbarte Vertrag erfüllt wurde und darum die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche aus rein rechtlichen Gründen nicht bestehen, zumal sicherlich keine Gewährleistungsgarantie vorliegt,*
 - 1.3. *eventualiter, dass auch bei Annahme einer die Gewährleistungsgarantie umfassenden Erfüllungsgarantie die Garantie gar nicht oder stark vermindert in Anspruch genommen werden darf.*
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 *sowie der Beklagten ein Prozessführungsverbot aufzuerlegen.*

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Ausserdem wird darauf hingewiesen, dass im Folgenden rein rechtlich argumentiert wird, wobei von den Tatsachenbehauptungen der Beklagten ausgegangen wird, obwohl diese von der Klägerin bestritten werden, sofern sie im Folgenden nicht ausdrücklich anerkannt werden.

Inhaltsverzeichnis

BEGRÜNDUNG DER ANTRÄGE	4
A. SACHVERHALT	4
B. RECHTLICHES.....	5
I. <i>Formelles</i>	5
a. Anwendbares Recht.....	5
b. Konstituierung des Schiedsgerichts	5
c. Frist.....	5
II. <i>Materielles</i>	5
a. Vertrag im Valutaverhältnis.....	5
b. Zu den Anträgen	6
1. Unterlassungsanspruch.....	6
1.1. Keine Ziehungsberechtigung wegen Vorliegen einer reinen Anzahlungsgarantie.....	6
1.1.1. Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft	6
1.1.2. Art der Garantie: Anzahlungsgarantie	7
1.1.3. Nichtberechtigung der Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie.....	8
1.1.4. Rechtsfolge.....	9
1.2. Keine Ziehungsberechtigung wegen erfolgter Erfüllung und Mängelfreiheit des Werks. 10	
1.2.1. Erfüllung.....	10
1.2.2. Mängelfreiheit des Werks durch Abnahme	12
1.2.2.1. Abnahme durch Einhalten der in der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 getroffenen Abrede	13
1.2.2.2. Abnahme durch Akzept des Garantietestlaufs vom 27.11. - 1.12.2005	14
1.2.3. Falls Erfüllung durch Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistungen abgelehnt wird: Fiktion der Erfüllung durch Genehmigung	15
1.2.4. Falls Erfüllung gänzlich abgelehnt wird: Fehlende Kausalität zwischen allfälligem Verzug und Schaden	15
1.2.5. Folgen der Erfüllung und der Mängelfreiheit des Werks.....	16
1.2.6. Rechtsfolge.....	16
1.3. Eventualiter: Keine oder stark verminderte Ziehungsberechtigung bei allumfassender Erfüllungsgarantie	17
2. Herausgabe der Garantiekunde an die Fjordbank AS	19
3. Prozessführungsverbot	19
3.1. Institut des Prozessführungsverbots	19
3.2. Aussprechen eines Prozessführungsverbots	20
3.3. Rechtsfolge.....	23
c. Einwand der Beklagten bezüglich der Gültigkeit des Verfahrens.....	24
LITERATURVERZEICHNIS	25
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	27

Begründung der Anträge

A. Sachverhalt

Vorliegend hat die Klägerin mit der Beklagten am 3. Juli 2004 einen Vertrag über den Umbau einer bestehenden Schwefelsäureanlage in Kroatien geschlossen. Im September 2005 wurde die Anlage mechanisch fertig gestellt und in Betrieb genommen. Darauf wurden von der Klägerin, wie vertraglich vereinbart, nach vorheriger Ankündigung bei der Beklagten drei Garantietestläufe durchgeführt. Die Beklagte verweigerte ihre Mitwirkung mit der Argumentation, die Anlage sei nicht stabil genug um einen repräsentativen Testlauf durchzuführen. Die Klägerin nahm darauf die Garantietestläufe selbst, ohne die Mitwirkung der Beklagten, vor. Sie wies im November und Dezember 2005 die erforderlichen Werte nach. In der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 einigten sich die Klägerin und die Beklagte, dass erstere einen neuen Schwefelschmelztank liefert, zumal bei diesem zum alten Bestand gehörenden Schmelztank Schwierigkeiten aufgetreten sind. Im Gegenzug würde die Beklagte den letzten der im Dezember 2005 erfolgten Garantieläufe als gültig anerkennen und die Anlage abnehmen. In der Folge lieferte die Klägerin den Schmelztank am 6. Mai 2006. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, dass die Anlage noch nicht abgenommen worden ist. Am 4. Oktober 2006 versuchte die Beklagte, die Bankgarantie in der Höhe von EUR 4'400'000.- in Anspruch zu nehmen.

Daraufhin erwirkte die Klägerin ein Abrufverbot vor einem norwegischen Gericht. Das derzeitige Hauptverfahren wurde gemäss Beschluss vom 17. Oktober 2007 bis zum Entscheid des Schiedsverfahrens ausgesetzt.

Die Beklagte erwirkte am 14. Februar 2007 bei einem kroatischen Gericht ein Arrestbefehl. Die Garantiesumme wurde von der Fjordbank noch nicht ausbezahlt.

B. Rechtliches

I. Formelles

a. Anwendbares Recht

Bei Abschluss eines Vertrages steht es den Parteien frei, ein Recht zu wählen (Art. 33 Abs. 1 SchO). Vorliegend haben sich die Parteien Schweizer Recht unter Ausschluss des einheitlichen UN-Kaufrechts entschieden. Streitigkeiten sollen durch ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich nach der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer entschieden werden (Ziff. 16.1 und 16.2 act. K-1). 1

b. Konstituierung des Schiedsgerichts

Das Schiedsgericht wurde durch die Parteien vertragsgemäss konstituiert (Ziff. 16.2 act. K-1), indem die Klägerin in der Einleitungsanzeige Ziff. 30 Frau Prof. Y. und die Beklagte in der Einleitungsantwort Ziff. 22 Dr. X als Schiedsrichter bestellten, welche Herrn Dr. A als ihren Obmann wählten. 2

c. Frist

Durch Konstitutionierungsbeschluss Nr. 1 des Schiedsgerichts, wurde die Frist zur Abgabe der Klageschrift auf den 12. März 2008 festgesetzt und durch die Klägerin eingehalten. 3

II. Materielles

a. Vertrag im Valutaverhältnis

Bei einem Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer gegenüber dem Besteller, gegen Entgelt ein Werk herzustellen und es an ihn abzuliefern. Die Herstellung umfasst eine Arbeitsleistung, wobei auch der Erfolg zum Gegenstand der geschuldeten Leistung gehört (Gauch, N 19). Liefert der Unternehmer zusätzlich zur Herstellung den Werkstoff, so handelt es sich um einen Werkliefervertrag (Art. 365 Abs. 1 OR). 4

Im vorliegenden Fall hat die Klägerin der Beklagten versprochen, ihre Schwefelsäureanlage für 22 Mio. Euro umzubauen und zu modernisieren. Die geschuldeten Ingenieur- und Montagedienstleistungen sind Arbeitsleistungen, die der Modernisierung der Anlage und der Verlängerung der Lebensdauer um zehn Jahre, also dem Werkerfolg, dienen. Da die Lieferung der Ersatzteile von der Unternehmerin übernommen wurde, handelt es sich um einen Werkliefervertrag. Dies wird, wie aus Ziff. 14 der Einleitungsantwort hervorgeht, von der Beklagten nicht bestritten. Damit sind Art. 5

363 ff. OR anwendbar.

b. Zu den Anträgen

1. Unterlassungsanspruch

- 6 Wenn die Inanspruchnahme aufgrund des Grundverhältnisses unberechtigt erfolgt, kann der Garantierauftraggeber vom Begünstigten die Unterlassung der Geltendmachung der Garantie verlangen (Dohm, N 118; Zobl, S. 50; Canaris, S. 792).

1.1. Keine Ziehungsberechtigung wegen Vorliegen einer reinen Anzahlungsgarantie

- 7 Vorerst ist aufzuzeigen, dass eine Anzahlungsgarantie vorliegt, um in einem zweiten Schritt zu begründen, dass die Beklagte die Bankgarantie unberechtigterweise versucht hat, in Anspruch zu nehmen.

1.1.1. Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft

- 8 Unter den allgemeinen Begriff der Garantie fallen alle Arten von Leistungsversprechen, bei welchen jemand für die Schuld bzw. Leistung eines andern einsteht, wenn diese nicht getilgt bzw. erbracht wird und ein sog. Garantiefall eintritt (Zobl, S. 25; Canaris, S. 748). Dies kann sowohl eine Bürgschaft nach Art. 492 ff. OR (Bühler, S. 117; Kleiner, N 18.05) als auch ein Garantievertrag i.S.v. Art. 111 OR sein. Die Unterscheidung ist für die Inanspruchnahme von zentraler Bedeutung. Die Bezeichnung als Garantievertrag oder Bürgschaft alleine ist nach dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* für die Abgrenzung nicht entscheidend (OR 18), sondern es bedarf einer Auslegung des Sicherungsgeschäfts (Zobl, S. 35). Bei Garantieerklärungen von Banken, die einen Auslandvertrag sichern, wird grundsätzlich ein Garantievertrag vermutet (Zobl, S. 35; Horn, S. 92 f., N 218; BGE 117 II 78; BGE 113 II 438).
- 9 Der Garantievertrag i.S.v. Art. 111 OR ist im Gegensatz zur Bürgschaft kein akzessorisches Leistungsversprechen, welches grundsätzlich ohne Nachweis über eine materiell bestehende Schuld im Valutaverhältnis von der ziehungsberechtigten Person in Anspruch genommen werden könnte. Der Garantievertrag gilt als selbstständige und somit abstrakte Sicherheit (Streule, S. 99; Horn, S. 86, N 198). Er besteht folglich unabhängig vom Bestehen eines anderen Rechtsgeschäfts (von Westphalen, S. 31). Dennoch richtet sich der Sicherungszweck des Garantievertrages nach dem Grundverhältnis (Kleiner, N 18.04 f.; Zobl, S. 50), zumal er nur im vereinbarten Kontext und für ein bestimmtes Risiko in Anspruch genommen werden darf (Kleiner, N 18.05;

Spaini, S. 137).

Vorliegend hat die Klägerin mit der Beklagten einen Vertrag über den Umbau einer Schwefelsäureanlage in Karlovac, Kroatien vereinbart (s. oben: Ziff. 4). Die Fjordbank hat sich im Folgenden verpflichtet, die Garantiesumme in der Höhe von EUR 4'400'000.- zu leisten, wenn die Leistungen der Klägerin nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erbracht werden. Da die Fjordbank mit der Garantie den vorliegenden Auslandsvertrag zwischen der norwegischen Klägerin und der kroatischen Beklagten sichert, besteht grundsätzlich die Vermutung zugunsten eines Garantievertrages. Die Formulierung "auf erstes Anfordern" deutet ebenfalls auf einen Bankgarantievertrag i.S.v. Art. 111 OR hin, da das Grundverhältnis offenbar nicht überprüft werden muss. Das Sicherungsgeschäft endet sodann nicht beim Erlöschen der Hauptschuld, sondern dauert bis Ende Materialgarantie, was auch für eine fehlende Akzessorietät und damit für einen Bankgarantievertrag i.S.v. Art. 111 OR spricht (act. K-3). 10

Weder die Klägerin noch die Beklagte bestreiten das Vorliegen eines Bankgarantievertrags. Demzufolge ist die vorliegende Bankgarantie als Garantievertrag gemäss Art. 111 OR zu qualifizieren. Im Folgenden wird vereinfacht von Bankgarantie gesprochen. 11

1.1.2. Art der Garantie: Anzahlungsgarantie

Grundsätzlich sichern Bankgarantien einen Anspruch aus dem Grundverhältnis, wobei jedoch verschiedene Erscheinungsformen unterschieden werden. Man unterscheidet bezüglich des Sicherungsgegenstandes insbesondere Anzahlungs- und Erfüllungsgarantien. 12

Die Anzahlungsgarantie sichert den Begünstigten insofern ab, dass er seine geleisteten Voraus- oder Anzahlungen bei nicht vertragsgemässer Leistung durch den Garantierauftraggeber zurückbekommt (Dohm, N 23; Horn, S. 115, N 283). Der Zweck der Anzahlung liegt darin, die Vertragstreue oder Ernsthaftigkeit der anzahlenden Partei zu beweisen, den Vertrag auch wirklich zu wollen. Die Garantie auf den Anzahlungsbetrag soll das Risiko absichern, dass der Garantierauftraggeber die erhaltene Anzahlung nicht für die Vorfinanzierung des betreffenden Vertrages verwendet respektive dass er das Leistungsversprechen, das gegeben wurde, hält. Gewährleistungspflichten werden davon nicht erfasst (von Westphalen, S. 13 f.; Horn, S. 115, N 283). Bei Anzahlungsgarantien ist es üblich, eine Valutierungsklausel zu vereinbaren, wodurch das Inkrafttreten der Verbindlichkeit, die sogenannte Valutierung, davon abhängig gemacht wird, ob auf dem Konto des Garantierauftraggebers tatsächlich eine Überwei- 13

sung eingegangen ist (Spain, S. 268).

- 14 Demgegenüber kann die Erfüllungsgarantie unterschiedlich ausgestaltet sein. In Form einer Lieferungsgarantie oder Leistungsgarantie deckt sie nicht das volle Gewährleistungsrisiko des Begünstigten ab, sondern nur die *ordnungsgemässe* Erfüllung (Dohm, N 19). Das bedeutet, dass diese Garantie den Tatbestand abdeckt, dass der Bankgarantiegeber die versprochene Leistung nicht vertragsgemäss, mangelhaft oder verspätet erbringt (Spain, S. 232). Mangels anderer Abrede tritt das Ende der Lieferungs- bzw. Leistungsgarantie spätestens mit der Abnahme ein. Damit Mängel nach der Erfüllung innerhalb einer bestimmten Frist gedeckt werden, muss grundsätzlich eine sogenannte Gewährleistungsgarantie erstellt werden. Liefer-, Leistungs- und Gewährleistungsgarantien können jedoch auch in einer einzigen allumfassenden Erfüllungsgarantie zusammengefasst werden (Dohm, N 19 ff.; von Westphalen, S. 15; Horn, S. 115 f., N 285).
- 15 Bei allen Garantiearten muss in einer Garantiefallklausel festgelegt werden, welche Ereignisse den Eintritt des Garantiefalles auslösen (Spain, S. 266).
- 16 Bezüglich vorliegendem Fall ist zunächst festzuhalten, dass die Garantieurkunde unmissverständlich als Anzahlungsgarantie bezeichnet ist (act. K-3). Die Garantiesumme von EUR 4'400'000.- entspricht ausserdem der Anzahlung von 20 % des Gesamtpreises (act. K-3 und Ziff. 3.1.1 act. K-1), was für eine Anzahlungsgarantie charakteristisch ist. Eine Valutierungsklausel mit Bezug auf den Umstand, dass die Garantie erst bei Eingang der Anzahlung in Kraft tritt, ist grundsätzlich nur bei Anzahlungsgarantien üblich. Zudem ist zu bemerken, dass die Bankgarantie in casu lediglich auf die Materialgarantie Bezug nimmt, um die Laufzeit der Garantie zu definieren. Das bedeutet, dass durch die Materialgarantie nur die Geltungsdauer, nicht aber der Sicherungsinhalt bestimmt wird. Dieser erstreckt sich laut Bankgarantie nämlich lediglich auf die Lieferungen und Leistungen und nicht auf allfällige Gewährleistungsansprüche, was eine Gewährleistungsgarantie von vornherein ausschliesst.
- 17 Unter Berücksichtigung der vorangehenden Ausführungen liegt in casu eine Anzahlungsgarantie vor.

1.1.3. Nichtberechtigung der Inanspruchnahme der Anzahlungsgarantie

- 18 Eine Bankgarantie kann als Garantie auf erstes Anfordern ausgestaltet sein. Dabei ist die Bank verpflichtet, auf erstes Anfordern durch Abgabe einer vereinbarten Erklärung des Ziehungsberechtigten, diesem die garantierte Summe auszus zahlen (Dohm N 1, Streule S. 83 ff.; Canaris, S. 749). Um allfälligen Missbrauch einzuschränken, ist es

möglich, eine bedingte Garantie, auch dokumentäre Garantie genannt, zu vereinbaren und damit die Inanspruchnahme von gewissen Voraussetzungen abhängig zu machen. Eine solche Voraussetzung kann bereits eine bloße Erklärung oder Bestätigung in schriftlicher Form sein, in welcher der Ziehungsberechtigte erklärt, dass der Garantierauftragsgeber seine vertraglich vereinbarten Leistungen nicht erfüllt hat (Dohm, N 41; Bühler, S. 121).

Zudem kann die Garantie nur im vereinbarten Kontext und für ein bestimmtes Risiko in Anspruch genommen werden (Kleiner, N.18.05; Spaini, S. 137). Der Sicherungszweck wird also vom Grundverhältnis bestimmt (Kleiner, N 18.04 f.; Zobl, S. 50), denn nicht alle Leistungsstörungen, die im Grundverhältnis auftreten, berechtigen den Ziehungsberechtigten, die Bankgarantie zu beanspruchen. Der Abruf einer Garantie aufgrund eines nicht vom Garantiezweck erfassten Sachverhalts ist zweckwidrig (Spaini, S. 137). 19

Die vorliegende Anzahlungsgarantie statuiert, dass die Garantiezahlung auf erstes schriftliches Auffordern hin zu erfolgen hat. Diese Aufforderung muss die Erklärung enthalten, dass der Garantiefall eingetreten ist. Es liegt somit eine dokumentäre Garantie vor (act. K-3). 20

Die Anzahlungsgarantie hat - wie vorgängig erwähnt - den Zweck, sicherzustellen, dass der Garantierauftraggeber die erhaltene Anzahlung für die Vorfinanzierung des betreffenden Vertrages verwendet, respektive das Leistungsversprechen, das gegeben wurde, hält. Indem die Klägerin mit der Modernisierung der Schwefelsäureanlage begann und die Arbeiten bis zur Vollendung des Werks, der mechanischen Fertigstellung, ausführte (Einleitungsanzeige Ziff. 3 und 4), ist die Klägerin ihren Verpflichtungen diesbezüglich nachgekommen. Dies ergibt sich aus der systematischen Auslegung des Vertrages, weil die Leistungen und Lieferungen in Ziff. 1.1 mit der Mechanischen Da die Garantie nur wegen Verletzung des Sicherungsinhaltes der Anzahlungsgarantie gezogen werden darf, ist der Versuch der Inanspruchnahme durch die Beklagte zweckwidrig. 21

1.1.4. Rechtsfolge

Da es sich vorliegend um eine Anzahlungsgarantie handelt, ist die Inanspruchnahme der Garantie von deren Zweckbestimmung nicht umfasst. Die Beklagte hat folglich unberechtigterweise versucht, die Bankgarantie zu ziehen, weshalb der Klägerin ein Unterlassungsanspruch bezüglich der Inanspruchnahme der Bankgarantie durch die Beklagte zusteht. 22

1.2. Keine Ziehungsberechtigung wegen erfolgter Erfüllung und Mängelfreiheit des Werks

- 23 Sollte das Gericht wider Erwarten nicht von einer Anzahlungsgarantie ausgehen, wird im Folgenden dargelegt, weshalb keinesfalls eine Gewährleistungsgarantie vorliegt (Definition s. oben Ziff. 14 f.).
- 24 Laut Bankgarantie tritt der Garantiefall ein, wenn die Klägerin die Lieferungen und Leistungen gemäss dem Vertrag vom 3. Juli 2004 nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erbringt. Im entsprechenden Vertrag werden die Lieferungen und Leistungen, auf welche sich die vorliegende Bankgarantie bezieht, in Ziff. 1 umschrieben. Davon sind jedoch die in Ziff. 5 desselben Vertrages genannten Gewährleistungspflichten weder Bestandteil noch wird in Ziff. 1 darauf verwiesen.
- 25 Einziger Anknüpfungspunkt der Bankgarantie an die Gewährleistung bildet die Geltungsdauer, welche bis Ende der Materialgarantie dauert. Die absolute Befristung der Ziehungsbefugnis auf den 3. Januar 2007 entkräftet dieses Argument wieder (act. K-3). Es wäre paradox, wenn eine allfällige Gewährleistungsgarantie nicht die gesamte Gewährleistungsdauer abdecken würde. Der Zweck i.S. einer Gewährleistungsgarantie ist somit der Garantiekunde nicht zu entnehmen. Die Parteien haben zwar vereinbart, dass eine neue Garantie ausgestellt wird. Diese ist jedoch nicht ausgestellt und auch noch nicht von der Bank genehmigt worden, da sich die Klägerin noch nicht um die Ausstellung einer neuen Garantie gekümmert hat (Ziff. 4 Beschluss Nr. 2). Ein allfälliger Zweckwechsel der Garantie, bezogen auf das Schreiben (act. B-3), wäre erst beim Aushändigen einer neuen Garantie und Zustimmung der Bank erfolgt. Wie bereits dargelegt, darf die Laufzeit der Garantie jedoch nicht mit dem Sicherungszweck der Bankgarantie verwechselt werden. Dieser umfasst nämlich schon aufgrund des Wortlautes der Bankgarantie die Gewährleistungsansprüche nicht (act. K-3).
- 26 Eine die Gewährleistung umfassende Garantie ist somit in casu ausgeschlossen, weshalb die Ziehungsberechtigung, welche auf dem Grundverhältnis beruht, spätestens mit der vertragsgemässen Erfüllung erlischt.

1.2.1. Erfüllung

- 27 Die gesetzlichen Begriffe „Abnahme“, „Ablieferung“ und „Übergabe“ sind im Werkvertragsrecht als Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten zu verstehen (Gauch, N 86).
- 28 Für die Erfüllung der Leistungspflichten bei Bauarbeiten auf Grund und Boden des

Bestellers sind kumulative Voraussetzungen erforderlich. Die Arbeiten am Werk sind zu vollenden und der Besteller durch den Unternehmer auf die Fertigstellung aufmerksam zu machen. Zudem muss ersterer die tatsächliche Gewalt über die Sache innehaben (Gauch, N 92f.).

Zunächst ist auf die Vollendung der Arbeiten am Werk einzugehen: Die Klägerin hat sich im Rahmen des Werkvertrags verpflichtet, die Schwefelsäureanlage der Beklagten für 22 Mio. Euro umzubauen und zu modernisieren. Die geschuldeten Leistungen bestehen in Ingenieur- und Montagedienstleistungen sowie in der Lieferung von Anlagenteilen und der Inbetriebnahme der Anlage (Ziff. 1.1 act. K-1). Zudem haben die Parteien vereinbart, dass die im Vertrag festgesetzten Garantiewerte in einem Garantietestlauf nachgewiesen werden müssen (Ziff. 5.2.2 act. K-1). Nach erfolgreichem Nachweis dieser Werte sollten Klägerin und Beklagte das Testlaufprotokoll unterschreiben. Die Klägerin trifft damit die vertragliche Pflicht, die Durchführung dieses Testlaufs anzubieten. Damit erfüllt die Klägerin ihre vertraglich geschuldeten Leistungspflichten vollständig. Sollte die Beklagte aber ungerechtfertigt ihre Mitwirkung verweigern und damit die Abnahme verhindern, so hindert das die Erfüllung des Vertrags durch die Klägerin nicht. Die Klägerin hat auf die Mitwirkung der Beklagten schliesslich keinen Einfluss und muss für diese auch nicht die Verantwortung übernehmen, sofern sie nicht gerechtfertigt ist. Dass Erfüllung und "Abnahme" im Sinne dieses Vertrags nicht dasselbe bedeuten, ergibt sich auch aus der Auslegung von Ziff. 5.2.6 des Vertrags (Ziff. 5.2.6 act. K-1). Nach diesem gilt die Anlage mit erfolgreicher Durchführung des Garantielaufs als "abgenommen", wobei gemäss Wortlaut unter der "Abnahme" die *Anerkennung* der Erfüllung aller vertraglichen Pflichten, *nicht aber die Erfüllung* direkt zu verstehen ist (s. unten: Ziff. 33).

Die Klägerin hat die Anlage mechanisch fertig gestellt und formal angeheizt, was durch die Beklagte nicht bestritten wird (Ziff. 2 Einleitungsantwort). Obwohl die Klägerin jeweils fünf Tage vor der Durchführung eines Testlaufs zur Mitwirkung der Beklagten aufgefordert hatte, lehnte diese eine solche drei Mal ab. Gegen den Einwand der Beklagten, dass die Anlage über längere Zeit mit Vollast betrieben werden müsse, um die für einen Testlauf notwendige minimale Anlagestabilität zu erreichen (Ziff. 4 Einleitungsantwort), ist vorzubringen, dass dies nicht Sinn und Zweck von Ziff. 5.2.5 des Vertrags vom 3. Juli 2004 (act. K-1) sein kann. Nach dieser Vertragsbestimmung sollte der Testlauf bereits zwei Monate nach der mechanischen Fertigstellung erfolgen. In einer derart kurzen Zeitspanne kann aber die Anlage unmöglich

"über längere Zeit mit Volllast betrieben werden". Der Fakt, dass innerhalb desselben Monats drei Testläufe durchgeführt wurden, welche die vereinbarten Werte ausgewiesen haben, spricht dagegen, dass die Anlage gravierend instabil gewesen ist. Die ausgewiesenen Toleranzabweichungen in den Testergebnissen erscheinen ausserdem als sehr gering, was ebenfalls für eine hohe Stabilität der Anlage zu diesem Zeitpunkt spricht (act. K-4, K-5 und K-6). Die von der Beklagten behaupteten Mängel an der Anlage (Ziff. 6 Einleitungsantwort) traten erst viel später - unter der Obhut der Beklagten - auf, so dass sie zu diesem Zeitpunkt die Stabilität der Anlage nicht gefährden konnten. Schliesslich leuchtet es nicht ein, wieso die Beklagte am 15. Dezember 2005 die Obhut über die Anlage übernahm, obwohl die Anlage ihres Erachtens instabil war. Aus dem Gesagten folgt, dass die Beklagte die Mitwirkung bei der Annahme unberechtigt verweigert hat. Damit hat die Klägerin alle vertraglichen Leistungspflichten erfüllt. Auch hat die Klägerin der Beklagten die Vollendung des Werks angezeigt (Ziff. 2 Einleitungsantwort). Die Anlage ging ausserdem am 15. Dezember 2005 in die Betriebsobhut der Beklagten über, womit diese spätestens dann die tatsächliche Gewalt über das Werk übernahm.

- 31 Damit sind alle vertraglichen Leistungspflichten der Klägerin seit dem 15. Dezember 2005 erfüllt.

1.2.2. Mängelfreiheit des Werks durch Abnahme

- 32 Ein Werk ist mangelhaft, wenn es im *Zeitpunkt der Abnahme* vom vertraglich vereinbarten Zustand abweicht (Gauch, N 1356 und N 1451; vgl. Art. 367 Abs. 1 OR). Dazu gehören einerseits die vertraglich ausdrücklich und stillschweigend vereinbarten Eigenschaften und andererseits diejenigen Eigenschaften, die nach Treu und Glauben vom Besteller auch ohne besondere Absprachen erwartet werden dürfen (Gauch, N 1434).
- 33 Wie unter Ziff. 29 ausgeführt, ergibt sich aus dem Wortlaut, dass "Abnahme" im Sinne dieses Vertrags Anerkennung der Erfüllung aller nach dem Vertrag erfassten Pflichten - ausser der Materialgarantie - bedeutet (Ziff. 5.2.6 act. K-1). Insbesondere die Pflichten aus der Mängelhaftung nach Art. 368 OR fallen darunter. Damit entspricht die "Abnahme" im Sinne des Vertrags der Genehmigung nach Art. 370 Abs. 1 OR (Gauch, N 107). Das Werk gilt nach erfolgter Abnahme als mangelfrei und alle bestehenden Mängel, die nicht unter die Materialgarantie fallen, werden durch die Abnahme geheilt (Kommentar-Bühler, Art. 370, N 9 f.). Die Abnahme bzw. Genehmigung des Werks kann auf drei Arten erfolgen (Ziff. 5.2.6 act. K-1). Mit der Verein-

barung vom 15. Dezember 2005 kommt noch eine weitere Abnahmemöglichkeit dazu, auf welche im Folgenden eingegangen wird. (Ziff. 1 act. K-4).

1.2.2.1. Abnahme durch Einhalten der in der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 getroffenen Abrede

Es ist darzulegen, dass die Abnahme bzw. Genehmigung durch Einhaltung der in der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 getroffenen Abmachungen erfolgte. 34

In dieser Vereinbarung verpflichtete sich die Klägerin, einen Schwefelschmelztank zu liefern. Nach Inbetriebnahme des neuen Schmelztanks hatte die Klägerin in einem dreitägigen Testlauf nachzuweisen, dass ca. 60 t / h der Dampfproduktion für die Kondensationsturbine zur Verfügung stehen. Mit Erfüllung dieser Pflichten sollte auch die Abnahme der Gesamtanlage als erfolgt gelten (Ziff. 1 und 5 act. K-4).

Diese Vereinbarung ändert den ersten Vertrag (Ziff. 5.2.6 act. K-1) in dem Sinne ab, dass der Katalog der Fälle, in denen die Gesamtanlage als abgenommen gilt, um diese zusätzliche Möglichkeit erweitert wird.

Es ist auszuführen, weshalb die oben behandelte Vereinbarung durch das Faxschreiben vom 16. Dezember 2005 (act. K-7) entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. Ziff. 5 Einleitungsantwort) nicht abgeändert wurde. 35

Mit dem Fax bestätigte die Klägerin ein Telefongespräch, in welchem sie der Beklagten versprach, einen dreitägigen Testlauf bezüglich der gesamten Anlage durchzuführen. Diese Zusicherung ist nach Vertrauensprinzip auszulegen. Danach gilt die Willenserklärung so, wie sie vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 126 III 380). 36

Die Beklagte hatte nach Treu und Glauben und im Rahmen des Üblichen davon auszugehen, dass die Klägerin als ein ökonomisch orientiertes Unternehmen nicht bereit wäre, sich ohne Gegenleistung die Abnahme zu erschweren. Die Erschwerung bestünde darin, dass die Abnahme von einem weiteren Gesamttestlauf abhängig gemacht würde. Die Klägerin würde somit einen Schwefelschmelztank liefern, ohne eine Gegenleistung, welche in der Abnahme der Gesamtanlage besteht, zu erhalten (Ziff.1 act. K-4). Dadurch, dass die Beklagte nun nach ihrer Mitwirkungsverweigerung endlich verpflichtet wurde, das bereits erstellte und den Garantiewerten entsprechende Werk zu akzeptieren, hat die Klägerin in der Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 (act. K-4) eine äquivalente Gegenleistung ausgehandelt. Deswegen ist davon auszugehen, dass sie diese Vertragsposition nicht wieder gänzlich aufgibt und sich in eine 37

schlechte Position manövriert.

- 38 Deshalb war es für die Beklagte erkennbar, dass es sich bei dem im Faxschreiben zugesicherten dreitägigen Gesamttestlauf nur um einen informellen Testlauf handeln kann, der keineswegs eine Leistungspflicht der Klägerin darstellt. Zudem durfte die Klägerin davon ausgehen, dass die Beklagte einen weiteren Testlauf nicht als Abnahmevoraussetzung betrachten würde, weil die Beklagte mit Unterschreiben des am 27.11.- 1.12.2005 erfolgten Testlaufs gegenüber der Klägerin signalisierte, dass die damals erzielten Werte von ihr akzeptiert werden und aus ihrer Sicht ein weiterer Testlauf zum Nachweis aller Verfahrensdaten nicht erforderlich sei.

Deshalb wurden durch dieses Faxschreiben keinerlei neuen Pflichten begründet.

- 39 Der Schwefelschmelztank wurde am 6. Mai 2006 geliefert (Ziff. 7 Einleitungsanzeige). Es hat ein dreitägiger Testlauf stattgefunden, in dem nachgewiesen wurde, dass ca. 60 t / h der Dampfproduktion für die Kondensationsturbine zur Verfügung stehen (Ziff. 8 Beschluss Nr. 2). Deshalb hat die Klägerin ihre sich aus dem Vertrag vom 15. Dezember 2006 ergebenden Pflichten erfüllt. Damit wurde die Gesamtanlage spätestens am 6. Mai 2006 abgenommen (Ziff. 1 und 5 K-4) und nach 370 Abs. 1 genehmigt.

1.2.2.2. Abnahme durch Akzept des Garantietestlaufs vom 27.11. - 1.12.2005

- 40 Gemäss Ziff. 5.2.6. des Vertrags vom 3. Juli 2004 (act. K-1) kann die Abnahme durch erfolgreiche Durchführung eines Garantietestlaufs erfolgen. Ein Garantietestlauf ist erfolgreich, wenn die garantierten Werte eingehalten werden (Ziff. 5.2.5.2 act. K-1). Diese gemessenen Werte werden durch beide Parteien in einem Protokoll festgehalten und ausgewertet (Ziff. 5.2.5.1 act. K-1). Mit Unterzeichnung des Protokolls durch die Beklagte gelten die gemessenen Werte als anerkannt. Die Abnahme mit Durchführung eines Testlaufs hängt somit massgeblich von der Mitwirkung der Beklagten ab. Die Klägerin hat nach der mechanischen Fertigstellung drei erfolgreiche Testläufe durchgeführt, nachdem sie jeweils den Beginn des Testlaufs vertragsgemäss fünf Tage im Voraus angekündigt hatte. Die Beklagte verweigerte jedoch jedes Mal ihre Mitwirkung. Deshalb konnte die Anlage vorerst nicht abgenommen werden. Zu einem späteren Zeitpunkt hat sich die Beklagte in der Vereinbarung vom 15.12.2005 (Ziff. 1 act. K-4) verpflichtet, den Testlauf vom 27.11. - 1.12.2005 bei Abnahme des Schwefelschmelztanks anzuerkennen (s. oben: 1.2.2.1.). Der Testlauf wurde sogleich unterschrieben und dem Vertrag beigelegt (Annex 2 act. K-4). Die

Unterschrift ist als Unterschrift mit Vorbehalt zu betrachten: Mit Abnahme des Schwefelschmelztanks sollte auch der Garantietestlauf vom 27.11. - 1.12.2005 anerkannt werden.

Vorliegend wurde der Schwefelschmelztank geliefert und abgenommen. Damit wurde die Unterschrift der Beklagten am 6. Mai 2006 wirksam und die Gesamtanlage abgenommen (Ziff. 5.2.6 act. K-1). 41

1.2.3. Falls Erfüllung durch Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistungen abgelehnt wird: Fiktion der Erfüllung durch Genehmigung

Das Gericht könnte wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Klägerin ihre vertraglichen Leistungspflichten dennoch nicht erfüllt hat. In diesem Fall wird die Erfüllung der Leistungspflichten fingiert: Schliesslich wird nach Ziff. 5.2.6 des Vertrages vom 3. Juli 2004 (act. K-1) bei der Abnahme der Anlage die Erfüllung jeder vertraglichen Verpflichtung durch die Beklagte anerkannt. Dass damit eine Genehmigung gemäss Art. 370 Abs. 1 OR gemeint ist, wurde bereits dargelegt (s. oben: Ziff. 1.2.2). Dies ist insofern relevant, dass allfällige Nichterfüllungen durch die Abnahme geheilt werden. Die Abnahme hat, wie oben behandelt, aus mehreren Gründen stattgefunden. Mit dieser ist also auch die Erfüllung erfolgt. 42

1.2.4. Falls Erfüllung gänzlich abgelehnt wird: Fehlende Kausalität zwischen allfälligem Verzug und Schaden

Das Gericht könnte wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Klägerin ihre vertraglichen Leistungspflichten nicht erfüllt hat. Da die Klägerin den noch ausstehenden Testlauf "ohne weiteres" nachholen könnte, wäre das Vorliegen von Schuldnerverzug zu prüfen (Gauch, N 1448 f.; Grob, S. 196; vgl. BGE 94 II 161, 165). Zur Annahme von Verzug sind neben der Nichterfüllung auch Fälligkeit, Mahnung des Schuldners (Art. 102 Abs. 1 OR) und Pflichtwidrigkeit erforderlich. 43

Die Klägerin bestreitet im jetzigen Verfahrensstadium Fälligkeit und Pflichtwidrigkeit nicht. Zur Mahnung ist folgendes darzulegen: Der Verzug nach Art. 102 Abs. 1 OR tritt erst nach der ersten Mahnung ein. Die Ausnahmebestimmung von Art. 102 Abs. 2 OR greift nicht, da kein konkreter und verbindlicher Termin vereinbart, sondern nur eine vage Prognose abgegeben wurde. Nach der Lieferung des Schmelztanks am 6. Mai 2006 (Ziff. 7 Einleitungsantwort) hat die Beklagte die Klägerin erstmals aufgefordert, den dreitägigen Testlauf mit der ganzen Maschine durchzuführen. Damit 44

wurde die Klägerin nach Art. 102 Abs. 1 OR gemahnt. Ein allfälliger Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR hätte deshalb frühestens ab dem 6. Mai eintreten können.

45 Die Klägerin bestreitet jedoch den natürlichen Kausalzusammenhang, der eine Voraussetzung für die Haftung der Klägerin aus Schuldnerverzug (Art. 103 OR) darstellt. Natürliche Kausalität liegt vor, wenn der Schaden eingetreten ist, weil sich der Schuldner im Verzug befindet. Im vorliegenden Fall ist jedoch keiner der behaupteten Schadensposten (Ziff. 18 Einleitungsantwort) eingetreten, weil die Klägerin unterlassen hat, den dreitägigen Testlauf zum Nachweis aller Garantiewerte durchzuführen. Selbst wenn der Testlauf durchgeführt worden wäre, hätte der schadensauslösende Zustand nicht verhindert werden können.

46 Der auf Verzug gestützte Schadenersatzanspruch scheidet deshalb am fehlenden natürlichen Kausalzusammenhang. Da kein Schadenersatzanspruch vorliegt, kann die Beklagte auch keinen solchen aus Art. 103 OR geltend machen.

1.2.5. Folgen der Erfüllung und der Mängelfreiheit des Werks

47 Wie in Kapitel 1.2.1 bzw. 1.2.3 dargelegt, hat die Klägerin am 15. Dezember 2005 bzw. 6. Mai 2006 ihre im Rahmen der Erfüllung erforderlichen Pflichten rechtzeitig erfüllt. Es liegt deshalb entgegen den Ausführungen der Beklagten (Ziff. 15 Einleitungsantwort) kein Verzug vor. Ein auf den Verzug zurückzuführender Schaden, der durch die Bankgarantie gedeckt wäre, existiert folglich nicht.

48 Falls das Gericht die Erfüllung durch die Klägerin nicht anerkennt, scheidet ein Anspruch der Beklagten am Fehlen der Kausalität. Damit besteht kein Schadenersatzanspruch, welcher durch die Bankgarantie gedeckt ist.

49 Das Werk gilt aus zwei verschiedenen Gründen als abgenommen und damit gemäss Art. 370 Abs. 1 OR seit dem 6. Mai 2006 als mängelfrei. Deshalb kann die Beklagte nur Mängel, welche durch die Materialgarantie (Ziff. 5.1 act. K-1) gedeckt sind, geltend machen. Diese Mängel sind aber von der Bankgarantie nicht umfasst, da keine Gewährleistungsgarantie vorliegt.

1.2.6. Rechtsfolge

50 Aufgrund der vorangehenden Ausführungen ist die Beklagte nicht berechtigt, die vorliegende Bankgarantie zu ziehen. Stattdessen hat die Klägerin einen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte.

1.3. Eventualiter: Keine oder stark verminderte Ziehungsberechtigung bei allumfassender Erfüllungsgarantie

Abschliessend ist auf den Fall einzugehen, dass das Gericht wider Erwarten von einer allumfassenden Erfüllungsgarantie ausgehen sollte. Diese umfasst sowohl diejenigen Ansprüche, die durch die Leistungs- und Lieferungsgarantie, als auch diejenigen, die durch die Gewährleistungsgarantie gedeckt sind (s. oben: 14 f. und 23 ff.).

Die folgenden Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf den Deckungsbereich einer Gewährleistungsgarantie, welcher die vertraglichen Gewährleistungspflichten erfasst.

Durch Genehmigung werden alle bestehenden, mit Ausnahme der von der Materialgarantie erfassten Mängel geheilt.

Jede weitergehende Haftung als die vertraglich vereinbarte ist ausgeschlossen (Ziff. 5.1, 13.4.act. K-1). Es ist somit darauf einzugehen, ob es sich hierbei um eine Freizeichnung handelt. Unter Freizeichnung versteht man die Beschränkung der gesetzlichen Haftung durch vertragliche Vereinbarung (vgl. Schwenger, N 24.01).

Nach Art. 370 Abs. 1 OR können alle bis auf die nicht erkennbaren oder absichtlich verschwiegenen Mängel durch Abnahme geheilt werden, wodurch die gesetzlichen Rechtsbehelfe Wandlung, Minderung, unentgeltliche Verbesserung und Schadenersatz bei Verschulden, welche in Art. 368 OR enthalten sind, ausgeschlossen werden.

Im Gegensatz dazu muss nach der Konzeption des vorliegenden Vertrags - auch nachdem die Genehmigung erfolgt ist - für Mängel aus unsachgemässer Konstruktion, Unbrauchbarkeit der Werkstoffe und nicht einwandfreier Ausführung haftet werden. Dadurch findet eine Haftungserweiterung gegenüber der gesetzlichen Gewährleistungshaftpflicht statt. Allerdings haftet die Klägerin hierbei nur durch Ausführung von Reparaturarbeiten oder Ersatzlieferungen - nicht aber durch Schadenersatzzahlungen. Jede weitergehende Haftung wird nämlich in der Vereinbarung vom 3. Juli 2004 wegbedungen (Ziff. 13.4 act. K-1).

Es werden also nur Schadenersatzansprüche i.S.v. Art. 368 OR bezüglich nicht erkennbarer oder absichtlich verschwiegener Mängel durch eine vertragliche Freizeichnung ausgeschlossen, weswegen nachfolgend auszuführen ist, ob derartige vorliegen.

Der von der Beklagten geltend gemachte Schadensposten für bei Dritten angefordertes Ersatzmaterial (Ziff. 18 Einleitungsantwort) wird in casu von der Materialgarantie (Ziff.5.1 act. K-1) nicht erfasst, da die Klägerin nur eine Reparatur- bzw. Ersatzlieferungspflicht, nicht aber eine Schadenersatzpflicht trifft.

- 57 Die von der Beklagten geltend gemachten Schadensposten (Ziff. 18 Einleitungsantwort,) können grösstenteils nicht auf versteckte oder arglistig verschwiegene Mängel zurückgeführt werden, da die von der Beklagten behaupteten Mängel (Deformierungen in den Schwefelfiltern, Leck am Flüssigschwefelschlauch, Fehlfunktion am Hauptgebläse und Leckage am Flüssigschwefelschlauch) bereits vor der am 15. Dezember 2005 erfolgten Abnahme gemeldet wurden und damit offenkundig waren (Ziff. 3 und 6 Einleitungsantwort). Deshalb vermindert sich der Anspruch um ein Vielfaches. Die oben genannten Schadensposten sind insofern, dass sie auf bereits zum Zeitpunkt der Abnahme vorhandene Mängel zurückführbar sind, welche aber erst später erkannt wurden, durch Freizeichnung wegbedungen worden, da sie als indirekte Schäden oder Folgeschäden im Rahmen von Ziff. 13.4. des Vereinbarung vom 3. Juli 2004 ausgeschlossen wurden (Ziff.13.4 act. K-1)..
- 58 Eine Freizeichnung ist nach Art. 100 Abs. 1 OR gültig, sofern keine in rechtswidriger Absicht oder grober Fahrlässigkeit herbeigeführte Haftung ausgeschlossen wurde. Sollte es in einem späteren Zeitpunkt zu einem Beweisverfahren kommen, stellt sich die Frage der Beweislast für das Vorliegen des Verschuldensgrades.
- 59 Derjenige, der im Prozess eine Berechtigung behauptet, hat nach Art. 8 ZGB die rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen, von welchen die Entstehung dieser Berechtigung abhängt. Hierbei ist die prozessuale Stellung der Parteien irrelevant (Deschenaux, S.254 und 259). „So ist es bei der negativen Feststellungsklage-Klage der Beklagte, welcher die das Recht begründenden Tatsachen beweisen muss, deren Nichtvorhandensein der Kläger erklärt haben will“ (zitiert: Deschenaux, S.259 m.w.N).
- 60 In casu behauptet die Beklagte, dass Schadenersatzansprüche bestünden. Vorliegend will die Klägerin festgestellt haben, dass die Bankgarantie nicht gezogen werden darf. Folglich handelt es sich um ein negatives Feststellungsurteil, weshalb die Beklagte die rechtserheblichen Tatsachen, aus denen sie Ansprüche ableitet, beweisen muss. Die beweisbelastete Partei muss behauptete Tatsachen gehörig substantiieren (Schmid, Art. 8, N 33).
- 61 Die Beklagte behauptet in der Einleitungsantwort, dass unzulässige Freizeichnungen vorlägen und dass das Verschulden ohne weiteres gegeben sei, ohne dies zu substantiieren (Ziff. 16 und 17 Einleitungsantwort).
- 62 Da die Beklagte ihrer Substantiierungspflicht nicht nachgekommen ist, kann im jetzigen Verfahrensstadium davon ausgegangen werden, dass die Klägerin keine grobe

Fahrlässigkeit oder rechtswidrige Absicht trifft. Damit wurde Art. 100 Abs. 1 OR eingehalten und die Freizeichnung ist gültig erfolgt.

Folglich besteht kein Ziehungsanspruch. Sollte es doch noch zu einer Substantiierung kommen und daraus ein Verschulden abgeleitet werden, besteht der Ziehungsanspruch sicherlich nicht im von der Beklagten geforderten Umfang, sondern lediglich im Rahmen der auf die versteckten Mängel zurückzuführenden Schäden. 63

2. Herausgabe der Garantieurkunde an die Fjordbank AS

Wenn die Inanspruchnahme aufgrund des Grundverhältnisses unberechtigt erfolgt, kann der Garantieauftraggeber vom Begünstigten neben einer Unterlassung der Geltendmachung der Garantie auch die Rückgabe der Garantieurkunde an die Bank verlangen (Dohm, N 118; vgl. auch Canaris, N 1161 zur Anwendung von § 371 BGB, der Art. 88 Abs. 1 OR entspricht). 64

Wie oben unter Kapitel 1. ausgeführt, hat in casu die Klägerin unberechtigterweise versucht, die Bankgarantie zu ziehen.

Deshalb ist der Anspruch der Klägerin auf die Rückgabe der Garantieurkunde an die Bank gutzuheissen.

3. Prozessführungsverbot

Auf Grund folgender Ausführungen ersucht die Klägerin das Gericht, die Beklagte zu verurteilen, alle an kroatischen Gerichten anhängigen Klagen zurückzunehmen und der Beklagten ein Prozessführungsverbot aufzuerlegen. 65

3.1. Institut des Prozessführungsverbots

Ursprünglich war im common law das Instrument des Prozessführungsverbots ein Mittel, einer Partei zu verbieten, an einem ausländischen Gericht ein Verfahren zu initialisieren oder weiterzuführen. In den letzten Jahren fand das Prozessführungsverbot in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Einzug, um gleichzeitige, identische Verfahren und sich widersprechende Urteile zu vermeiden (von Segesser/ Kurth, S. 75). Dass dieses Instrumentarium auch bereits im kontinentaleuropäischen Raum verwendet wurde, sieht man am Beispiel, dass in Deutschland Schiedsgerichte Rechtsschutzgesuche, welche die Schiedsvereinbarung verletzen, auf dem Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verbieten können (Schlosser, §1029, N 30). Auch in der Schweiz kommt einem Schiedsgericht die internationale Zuständigkeit zum Erlass einer Unterlassungsklage zu, wenn dieses in einer Schiedsklausel als zuständig erklärt 66

wurde (Jegher, S. 155).

3.2. Aussprechen eines Prozessführungsverbots

- 67 Die Parteien sind befugt, im Rahmen einer Schiedsklausel zu vereinbaren, dass Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht beigelegt werden. Durch eine Schiedsklausel kann ein staatliches Gerichtsverfahren ausgeschlossen und stattdessen die Vertragspflicht statuiert werden, ein Schiedsgericht zur Beilegung der von der Schiedsklausel erfassten Streitigkeiten einzuberufen (Redfern, N 3-09; Stacher, N 178).
- 68 Die Schiedsklausel kann ausdrücklich vorsehen, dass das Schiedsgericht als einzige Instanz auch über vorsorgliche Massnahmen entscheidet (von Segesser/ Kurth, S. 70). Ansonsten ist es nicht ausgeschlossen, vorsorgliche Massnahmen bei einem staatlichen Gericht zu beantragen, solange das Schiedsgericht noch nicht bestellt ist (Walter/ Bosch/ Brönnimann, S. 143). Sobald aber das Schiedsgericht konstituiert ist, entfaltet dieses eine derogatorische Wirkung gegenüber der Zuständigkeit von staatlichen Gerichten. Das Schiedsgericht muss die Lispendenzeinrede bezüglich der Rechtshängigkeit von sich über die Schiedsklausel hinwegsetzenden Klagen nicht beachten. (Jegher, S. 160).
- 69 Wie aus Art. II Abs. 1 NYÜ hervorgeht, anerkennen die Vertragsstaaten des New Yorker Übereinkommens die Autonomie von Schiedsklauseln und infolge dessen die Schiedsgerichtsbarkeit (Redfern, N 1-32).
- 70 Verletzt eine Partei die Schiedsklausel, indem sie entgegen der schiedsvertraglichen Vereinbarung an einem ausländischen staatlichen Gericht Klage erhebt, könnte ein materieller Unterlassungsanspruch, welcher es ermöglicht, auf die Untersagung ausländischer Prozessführung zu klagen, entstehen. (Jegher, S.127, S.160) Ein derartiger klagbarer Unterlassungsanspruch i.S. einer anti suit-injunction erfordert nebst erfasstem Streitgegenstand und schiedsgerichtlicher Zuständigkeit, dass eine materiell und formell wirksame Schiedsvereinbarung vorliegt (Vgl. Final Award of April 1997 in ICC Case No. 8887 und ICC Case No. 8307; Gaillard S. 313; Stacher, S. 89; Jegher, S. 133).
- 71 Die Schiedsklausel ist zur Bestimmung ihrer materiellen Gültigkeit i.S.v. Art. 178 Abs. 2 IPRG nach Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie von den Parteien in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (Stacher, N 178; BGE 126 III 380; Jegher, S. 45). Dabei ist auf den objektiven Sinn der Schiedsklausel abzustellen

(Gauch/ Schluop/ Schmid/ Rey, N 209), wobei nach der schiedsgerichtlichen Praxis von einer weitläufigen Auslegung auszugehen ist (Gaillard, S.308, m.w.N.).

Die formelle Gültigkeit ist nach Art. 178 Abs. 1 IPRG zu bestimmen (Jegher, S. 46). 72
Zudem ist ein Rechtsschutzinteresse erforderlich, welches allgemein gegeben ist, wenn die Durchsetzung des materiellen Rechts den begehrten Rechtsschutz erfordert (Jegher, S. 161). Damit im Rahmen eines transnationalen Prozesses ein genügendes Rechtsschutzinteresse besteht, darf das Rechtsschutzziel des Klägers nicht auf einfachere, schnellere und zweckmässigere Weise erreichbar sein (Jegher, S. 163).

Ein Prozessführungsverbot wird auch durch den Grundsatz *ne bis in idem* (*bis de eadem re ne sit actio*) bekräftigt. Nach Vogel/ Spühler sind zwei Verfahren identisch, wenn die Parteien und der Streitgegenstand gleich sind (Vogel/ Spühler, § 38, N 5). Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht Klageidentität jedoch auch dann, wenn die Interessen identisch und voneinander untrennbar sind (Vogel/ Spühler, § 38, N 6a; EuGH 19.5.1998, i.S. Drouot/CMI, Slg. 1998-5,3075ff.). Auch nach der Schweizerischen Bundesgerichtspraxis reicht es für die Klageidentität aus, wenn der zu entscheidende Anspruch aus demselben Rechtsgrund und aufgrund desselben Sachverhalts besteht (Vogel/ Spühler, § 38, N 24; BGE 121 III 477; BGE 125 III 242).

Umstritten ist, welche Stellung einer Nebenintervention in einem Verfahren beige- 73
messen wird. Nach der Nebenpartei-theorie wird sie als Nebenpartei eingestuft und daraus abgeleitet, dass der Nebenpartei die gleichen Rechte wie einer Hauptpartei zukommen (Deixler-Hübner, S. 136).

Vorliegend haben die Parteien gemäss der Vereinbarung vom 3. Juli 2004 beschlos- 74
sen, dass alle sich aus diesem Vertragsverhältnis ergebenden Streitigkeiten von einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz unter Anwendung des materiellen Schweizer Rechts beurteilt werden, womit die schiedsgerichtliche Zuständigkeit gegeben ist (Nr. 16.1 und 16.2 act. K-1). Als die Beklagte versuchte, die Bankgarantie ungerechtfertigt zu beanspruchen (s. oben: Kapitel 1.), erwirkte die Klägerin beim zuständigen Gericht in Oslo eine einstweilige Verfügung, die der Fjordbank untersagte, die Anzahlungsgarantie zu leisten. Die Beklagte erwirkte daraufhin einen Arrestbefehl bei einem kroatischen Gericht. Insoweit, dass bloss vorsorgliche Massnahmen erlassen wurden, werden diese mit dem Entscheid des Schiedsgerichts hinfällig (Vogel/ Spühler, § 61, N 223a). Für alle weiteren Verfahren ist auf Grund nachfolgender Begründung ein Pro-

zessführungsverbot zu erlassen.

- 75 Die Ziehungsberechtigung der Bankgarantie ist als Streitigkeit, die sich aus dem Vertrag ergibt, von der Schiedsklausel erfasst, weil diese zweifelsfrei Teil der vertraglichen Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Klägerin ist (Ziff. 3.1.1 act. K-1). Die Bankgarantie, obwohl sie durch die Fjordbank ausgestellt wurde, ist nämlich eine das Valutaverhältnis betreffende Vereinbarung der beiden Parteien, da alle aus dem Vertragsverhältnis hervorgehenden Streitigkeiten unter die Schiedsklausel fallen. Da Kroatien ein Mitgliedstaat des New Yorker Übereinkommens ist, sind die kroatischen Gerichte verpflichtet, der Schiedsvereinbarung Rechnung zu tragen. Ansonsten wird Art. II Abs. NYÜ verletzt, sobald das Schiedsgericht bestellt ist.
- 76 In casu liegt eine formell gültige Schiedsvereinbarung vor, da sie schriftlich durch den Vertrag vom 3. Juli 2004 vereinbart wurde (Ziff.16.2 act. K-1). Sie genügt auch in materieller Hinsicht, da sich im Rahmen einer Auslegung der Schiedsklausel nach Vertrauensprinzip ergibt, dass die Klägerin die Schiedsklausel dahingehend verstehen durfte und musste, dass alle Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis nur durch ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz beurteilt würden, dementsprechend also die Zuständigkeit der kroatischen Gerichte derogiert wird (Schlosser, §1029, N 18; Kellerhals, N 644).
- 77 Auch ein Rechtsschutzinteresse ist vorhanden, weil durch die Erhebung eines Prozessführungsverbots verhindert werden kann, dass unnötige Kosten und ein doppeltes Prozessrisiko entstehen, da ansonsten ein weiteres gerichtliches Verfahren laufen würde, obwohl nur das schweizerische Schiedsgericht zuständig wäre (Stacher, S.96, in Fussnote 511; Stacher S. 91; Jegher, S. 163). Dadurch, dass ein Urteil herbeigeführt würde, welches wohl überhaupt keine Rechtskraft entfalten würde, da der schiedsgerichtliche Entscheid bezüglich der Streitsache nach der Schiedsklausel vorgeht, ist eine Weiterführung der ausländischen Prozesse rein schikanös und damit missbräuchlich. Auch der Zweck der Schiedsklausel würde insofern völlig ausgehöhlt, als zusätzlich ein staatliches Gericht die Streitigkeit beurteilen würde, da die Schiedsvereinbarung dann nutzlos würde (Stacher, S. 90).
- 78 Diese Rechtsschutzziele sind nicht auf einfachere, schnellere und zweckmässigere Weise erreichbar, weil die alternativ zur Verfügung stehenden Rechtsmittel weniger effektiv sind, was nachfolgend begründet wird. Bezüglich der Rückforderungsklage ist nämlich zu bemerken, dass diese nur schwer und aufwendig beweisbar ist, weswegen sie dem Parteiinteresse nicht genügt. In Bezug auf das blosses Einbringen von

Einwänden im ausländischen Verfahren ist anzumerken, dass die oben genannten Nachteile dadurch nicht beseitigt werden.

Obwohl eine anti-suit injunction durch das Prinzip der internationalen Rücksichtnahme beschränkt wird, überwiegt das Rechtsschutzinteresse, weil entsprechend der Grundausrichtung des heutigen Zivilprozessrechts die Durchsetzung von Individualinteressen gegenüber einer übertrieben staatlichen Rücksichtnahme im Vordergrund steht (Jegher, S. 162). Letztere wäre übertrieben, da Kroatien selbst auch keine Rücksicht auf die Schiedsvereinbarung nahm. Zudem wurde das Prinzip der internationalen Rücksichtnahme nur indirekt verletzt, da es sich gegen einen Privaten richtet, indem es ihm verbietet ihm Ausland zu prozessieren und damit die ausländischen Gerichte nur mittelbar tangiert (Jegher, S. 166). Das Prinzip stellt keine verbindliche Norm des Völkergewohnheitsrechts dar, weswegen aus ihm kein Anspruch gegen ein Prozessführungsverbot abgeleitet werden kann (Jegher, S. 166). 79

Ein Prozessführungsverbot ist erst recht auszusprechen, da sogar der Grundsatz ne bis in idem verletzt wurde. Es wurden sowohl im Verfahren in Kroatien als auch im vorliegenden Schiedsverfahren Ansprüche betreffend der Bankgarantie, welche die Klägerin am 16. September 2004 mit der Fjordbank AS abgeschlossen hat, geltend gemacht, womit ein identischer Streitgegenstand vorliegt, zumal es in beiden Verfahren um die Ziehungsberechtigung der Bankgarantie geht. 80

Parteiidentität im klassischen Sinne liegt zwar nicht vor, da sich das von der Beklagten eröffnete Verfahren in Kroatien gegen die Fjordbank richtet. Die Klägerin ist aber durch den in der Sache hervorgehenden Entscheid auch betroffen, da sie die Garantieauftraggeberin der Fjordbank ist. Folglich tritt sie als Nebenintervenientin dem kroatischen Verfahren bei. Nach der Nebenpartei-theorie erhält sie dadurch Parteistellung. Selbst wenn die Nebenpartei-theorie rein formalaspektlicher Natur ist und sich daraus keine Rechtsansprüche wie zum Beispiel die Zeugenfunktion ableiten lassen, genügt es, dass das überwiegende Prozessführungsinteresse auf Seiten der Klägerin als Nebenpartei und nicht auf Seiten der Fjordbank als Hauptpartei liegt. Somit liegt zumindest Interessenidentität bezüglich der Streitsache vor, was nach der Praxis genügt. 81

3.3. Rechtsfolge

Auf Grund der vorhergegangenen Ausführungen ist ein Prozessführungsverbot gegen die Beklagte auf Unterlassung des Prozessierens aller vertragsbetreffenden Streitigkeiten auszusprechen. Derartige sichernde Massnahmen sind vom Gericht auf Art. 82

183 Abs. 1 IPRG abzustützen. Damit ist der Antrag der Klägerin vom Schiedsgericht gutzuheissen.

c. Einwand der Beklagten bezüglich der Gültigkeit des Verfahrens

- 83 An dieser Stelle soll nun auch auf die Argumentation der Beklagten eingegangen werden, dass eine Prüfung der materiellen Berechtigung zur Ziehung der Bankgarantie erst nach Auszahlung der Garantiesumme im Rahmen eines Rückforderungsprozesses erfolgen müsste (Ziff. 10 und 11 Einleitungsantwort).
- 84 Es entspricht der mit dem Institut der Bankgarantie zusammenhängenden Risikoverteilung, dass der Garantief Auftraggeber grundsätzlich das Insolvenzrisiko der ziehungsberechtigten Partei tragen muss. Bei zeitlicher Dringlichkeit jedoch kann durch vorsorgliche Massnahmen, wie beispielsweise Zahlungs- und Abrufverbote, ein rascher Rechtsschutz gewährt werden. Grundsätzlich schliesst daran ein ordentliches Verfahren an, in dem die vorsorgliche Massnahme entweder bestätigt oder aufgehoben wird (Vogel/ Spühler, S.359, N 223a und 223b). Die erlassenen Eilmassnahmen bleiben aufrechterhalten, bis ein Gericht die tatsächliche Berechtigung des Begünstigten, die Garantie zu ziehen festgestellt beziehungsweise geklärt hat (Löw, S. 122 und 127).
- 85 Kann der Garantief Auftraggeber ausnahmsweise - wie dies in unserem Fall in Oslo geschehen ist - beim Gericht eine vorsorgliche Massnahme erwirken, so kann die ziehungsberechtigte Partei die Garantie vorerst faktisch nicht ziehen. In casu ist somit im jetzigen Verfahren, die Berechtigung der Inanspruchnahme zu überprüfen. Vorliegend befindet sich der Streit im Hauptsacheverfahren. Das norwegische Gericht hat das Verfahren aber am 17. Oktober 2007 ausgesetzt, bis eine Entscheidung im Schiedsverfahren ergangen sein wird (Ziff. 11 Einleitungsanzeige). Das Schiedsgericht überprüft nun die Frage der Zulässigkeit der Ziehung der Bankgarantie. Dies muss bzw. kann in der vorliegenden Fallkonstellation nicht in einem Rückforderungsprozess geschehen, weil die Ziehung der Bankgarantie aufgrund der einstweiligen Verfügung bis zum Urteil des Schiedsgerichts und damit auch des norwegischen Gerichts vorerst verhindert wird.
- 86 In casu hat somit die Beurteilung der materiellen Berechtigung zur Inanspruchnahme der Garantie im schiedsgerichtlichen Verfahren zu erfolgen.

Literaturverzeichnis

BERGER Berhard/ KELLERHALS Franz, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006

BÜHLER Theodor, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997 (zit.: Bühler)

BÜHLER Theodor, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2d, Zürich 1997 (zit.: Kommentar – Bühler)

CANARIS Claus-Wilhelm, Bankvertragsrecht, 3. Auflage, Berlin 1988/ 1989

DEIXLER-HÜBNER Astrid, Die Nebenintervention im Zivilprozess, Habilitation der Universität Linz, Wien 1993

DESCHENAUX Henri, in Schweizerisches Privatrecht II, Basel 1967

DOHM Jürgen, Bankgarantie im internationalen Handel, Bern 1985

GAUCH Peter, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996 (zit.: Gauch)

GAUCH Peter/ SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/ REY Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht AT, 8. Auflage, Zürich 2003 (zit.: Gauch, OR AT)

GROB Walter, Qualitätsmanagement, Sachverhalt und schuldrechtliche Aspekte, Diss. der Universität Freiburg, Freiburg 1995

HORN Norbert, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage, Berlin 1997

JEGHER Gion, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse im Internationalen Zivilverfahrensrecht der Schweiz, Zürich 2003

KLEINER Beat, Bankgarantie, 4. Auflage, Zürich 1990

LÖW Franziska, Missbrauch von Bankgarantien, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts, in: Schriftreihe für Internationales Recht, Basel 2002

REDFERN Alan/ HUNTER Martin, Law and Practice of International Commerce Arbitration, London 2003

SCHLOSSER Peter, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, Tübingen 1994

SCHMID Hans, Art. 8, in: Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, Basel 2006

Gaillard Emmanuel, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, Bern 2005

SCHWENZER Ingeborg, Obligationenrecht AT, 3. Auflage, Bern 2003

SPAINI Mauro, Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Diss. der Universität Freiburg i. Ue., Dietikon 2000

STACHER Marco, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Diss. Nr. 3279 der Universität St. Gallen, Zürich/ St. Gallen 2007

STREULE Markus, Bankgarantie und Bankbürgschaft, in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 98, Diss. der Universität Zürich, Zürich 1987

VOGEL Oscar/ SPÜHLER Karl, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Auflage, Bern 2006

VON SEGESSER Georg/ KURTH Christoph, in: International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, Niederlande 2004

VON WESTPHALEN Graf, Recht der internationalen Wirtschaft, Die Bankgarantie im internationalen Verkehr, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2005

WALTER Gerhard/ BOSCH Wolfgang/ BRÖNNIMANN Jürgen, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991

ZOBL Dieter, Die Bankgarantie im Schweizerischen Recht, in: Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstag 1997

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung:

Abs.
Act.
Art.
bzw.
BGE
Dr.
EuGH
f.
ff.
ICC
IPRG
i.S.
i.S.v.
Mio.
N
No.
Nr.
OR

Prof.
S.
s.
SchO.

UN-Kaufrecht
vgl.
ZGB
Ziff.

Definition:

Absatz
actorum
Artikel
beziehungsweise
Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
Doktor
Europäischer Gerichtshof
folgende
fortfolgende
International Chamber of Commerce
Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (SR. 291)
im Sinne
im Sinne von
Millionen
Randziffer
Number
Nummer
Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des
Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR. 220)
Professor/ Professorin
Seite
siehe
Internationale Schiedsgerichtsordnung der Schweizerischen
Handelskammer
United Nations Kaufrecht
vergleiche
Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR. 210)
Ziffer