

Moot Court Team 8

Anna Giger
Manuel Bearth
Norina Frehner
Okan Yildiz

Einschreiben

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Löwenstrasse 11
Postfach
CH-8021 Zürich

11. Dezember 2017

Klageschrift

Schiedsgericht der Swiss Chambers' Arbitration Institution
Fall Nr. 54699-2017

In Sachen

G-Funivie S.r.l.

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

vertreten durch Moot Court Team 8

gegen

DoubleM Bahnen AG

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team [...]

Klägerin

Beklagte

Sehr geehrter Herr Vorsitzender

Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 4'320'000.00, zzgl. gesetzlicher MWST, zu bezahlen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	V
Literaturverzeichnis	VIII
Entscheidungsverzeichnis.....	XIII
A. Anwendbares Recht.....	1
B. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
I. Entstehung der gültigen Schiedsklausel.....	1
1. Die Schiedsklausel ist formell gültig.....	1
2. Die Schiedsklausel ist materiell gültig	2
II. Der KV fällt unter die objektive Tragweite der Schiedsklausel.....	3
III. Die Verrechnungseinrede kann nicht gehört werden	4
1. Vertragliche Wegbedingung der Forderung	4
2. Nichtbestehen der Forderung.....	5
3. Eventualiter: Gegenseitigkeit der Forderungen liegt nicht vor.....	5
4. Eventualiter: Kostenregelung	5
a) Ein Kostenvorschuss müsste von der Beklagten gezahlt werden	6
b) Die Beklagte müsste eine Gebühr zahlen	6
IV. Fällung eines Sachentscheids	7
C. Qualifikation des KV	8
I. Der KV ist als Vorvertrag zu qualifizieren	8
1. Ein Bindungswille war vorhanden.....	8
a) Gemeinsames Vorgehen geplant.....	8
b) Exklusivitätsklausel	8
c) Grundlegende Bestimmungen als Gegenstand des Vertrages	8
2. Die wesentlichen Vertragspunkte wurden bestimmt	9
3. Nach Treu und Glauben liegt ein Vorvertrag vor	9
II. Der KV bleibt ein Vorvertrag.....	10
D. Unzulässige Kündigung des KV	11
I. Keine Kündigung gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. g KV	11
1. Bestehen einer Einigung i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV	11
2. Eventualiter: Treuwidriges Verhalten der Beklagten	12
II. Keine Kündigung aufgrund von Art. 107 OR.....	13

1.	Missachtung der Vorschriften nach Art. 102 ff. OR	14
a)	Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts	14
b)	„Plus petitio“	15
c)	Keine Trennung von Mahnung und Nachfristansetzung	15
d)	Die Kündigung wurde verspätet vorgenommen	16
aa)	Berechnung der Fälligkeit	16
bb)	Missachtung der Unverzüglichkeit.....	16
2.	Eventualiter: Verschulden der Beklagten am Verzug.....	17
E.	Die Klägerin hat Anspruch auf das positive Interesse aus dem KV	17
I.	Verletzung von Pflichten aus dem KV durch die Beklagte.....	17
1.	Bestehen einer positiven Vertragsverletzung (Art. 4 lit. c und Art. 5 KV)	17
2.	Verletzung einer Unterlassungspflicht	18
3.	Unmöglichkeit des Abschlusses des Subunternehmvertrages	18
II.	Vorliegen von Schaden, Verschulden, Kausalität	18
III.	Eventualiter: Verletzung der Exklusivitätsklausel	19
IV.	Eventualiter: Pflichtwidriger Abbruch der Vertragsverhandlungen	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage (Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit)
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; amtliche Sammlung
BGer	Schweizerisches Bundesgericht in Lausanne
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CEO	Chief Executive Officer
CH	Confederatio Helvetica (Schweizerische Eidgenossenschaft)
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Zürich/Basel/Genf)
c/o	care of = wohnhaft bei (Zustellanweisung)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EIZ	Europa Institut an der Universität Zürich
et al.	et alii = und andere
etc.	et cetera
f./ff.	und folgende (Seite/Randnummer etc.)/und folgende (Seiten/Randnummern etc.)
GF	G-Funivie S.r.l.
grds.	grundsätzlich
Habil.	Habilitation
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptvertrag vom 13. April 2016 (nach [K-4] Einleitungsbegehren)
i.c.	in casu
IJAL	Indian Journal of Arbitration Law

inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
Komm.	Kommentar
KUKO	Kurzkommentar (Basel)
KV	Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016 (nach [K-1] Einleitungsbegehren)
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft
lit.	litera = Buchstabe
m.Nw.	mit Nachweis(en)
m.V.	mit Verweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MWST	Mehrwertsteuer
N	(Rand-)Note(n)
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar (Zürich)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
Rz	Randziffer(n)
s.	siehe
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration
S.r.l.	Società a responsabilità limitata
St.	Sankt
SV	Subunternehmervertrag
u.a.	und andere(s); unter anderem/n
vgl.	vergleiche
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

ZK Zürcher Kommentar (Zürich)
zzgl. zuzüglich

Literaturverzeichnis

Grundlagenliteratur

ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, Zürich 2013

(zit.: Practitioner's Guide, BEARBEITER/IN, ...)

Rz [31]

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012 (zit.: BERGER B., N ...)

Rz [28]

BERGER PETER KLAUS, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Berlin/New York

1992 (zit.: BERGER P. K., ...)

Rz [31, 33]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht,

2. Aufl., Zürich 1988 (zit.: BUCHER, ...)

Rz [90]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner

Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N ...)

Rz [48]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: HUGUENIN, N ...)

(zit.: HUGUENIN, N ...)

Rz [10, 17, 28, 51, 70, 86, 89]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen

Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3 Aufl., Bern 2009 (zit.: KOLLER, § ... Rz ...)

Rz [51]

MERZ HANS, Vertrag und Vertragsabschluss, 2. überarbeitete Aufl., Freiburg 1992 (zit.: MERZ,

N ..., ...)

Rz [90]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration,
2. Aufl., London 2007 (zit.: POUDRET/BESSON, N ...)

Rz [8]

SCHENKER URS, Unternehmenskauf, Rechtliche und Steuerliche Aspekte, Bern 2016 (zit.:
SCHENKER U., ...)

Rz [43, 49]

SCHNYDER ANTON K./PORTMANN WOLFGANG/MÜLLER-CHEN MARKUS, Ausservertragliches
Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit.: SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N
...)

Rz [90]

ZAUGG NIKLAUS J., Verfahrensgliederung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Wir-
kungsweise von Teil- und Zwischenschiedssprüchen unter dem 12. Kapitel IPRG in:
LBR-Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 84, 65-90, Zürich 2014 (zit.:
ZAUGG, N ...)

Rz [36]

Kommentare

AEBI-MÜLLER REGINA E./CARONI PIO/EMMENEGGER SUSAN ET AL. (Hrsg.), Berner Kommentar
zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht (Art. 1-9), Band I,
Bern 2012 (zit. BK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

Rz [63, 66]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,
Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-183 OR, Zürich 2016 (zit.: CHK
OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

Rz [17]

GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/
VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL, Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bun-
desgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl.,
Zürich 2004 (zit.: ZK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

Rz [3, 9]

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar, Obligationenrecht, Basel 2014 (zit.: KUKO OR-
BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

Rz [55, 74, 87, 88, 92]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilge-
setzbuch I (Art. 1-456), 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. ... N
...)

Rz [61]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Bas-
ler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEAR-
BEITER/IN, Art. ... N ...)

Rz [8, 9, 34]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar,
Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEI-
TER/IN, Art. ... N ...)

Rz [50, 52, 71, 77, 80, 90]

KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, IPRG/LugÜ. Bundesgesetz
über das Internationale Privatrecht, Lugano Übereinkommen und weitere Erlasse, Zürich
2015 (zit.: OFK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

Rz [8]

KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND
(Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. überarbeitete
Aufl., Zürich 2016 (zit.: OFK OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

Rz [48, 49]

KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages. Art. 19-22 OR, Band VI, (1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a), Bern 1991 (zit.: BK OR-KRAMER, Art. ... N ...)

Rz [41]

WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Bern 2000 (zit.: BK OR-WEBER, Art. ... N ...)

Rz [74, 75, 81, 83, 91]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit.: Komm. SRIA-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

Rz [7, 22]

Zeitschriften

DUBISSON MICHAEL, Arbitration in Subcontracts for International Projects, J. Int'l Arb. 1984/3, 197-211 (zit.: DUBISSON, ...)

Rz [12]

GABRIEL SIMON/MEIER KATALIN, Set-Off Defenses in Arbitration – Conclusions from a Swiss Civil Law Perspective in: IJAL 2016/2, 55-71 (zit.: GABRIEL/MEIER, ...)

Rz [30]

JÖRG FLORIAN S./PETER THOMAS, Letter of Intent: Wirkungen nach Schweizer Recht, Bratschi Wiederkehr & Buob, Newsletter 02/2010, 1-3 (zit.: JÖRG/PETER, ...)

Rz [44]

KLUWER LAW (Hrsg.), Extraits d'un arrêt du 12 novembre 1991 de la Ière Cour civile Tribunal federal (en la cause B. Moser contre BMY, division de Harsco Corporation, ASA Bulletin 1992, 264-267 (zit.: ASA Bulletin 1992, ...)

Rz [38]

RÜEGG JONAS, Die Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch in: ZBGR 98/2017, 69-83
(zit.: RÜEGG, ...)

Rz [47]

SCHMID PASCAL, Die Verrechnung vor staatlichen Gerichten in: Jusletter 15. September 2008
(zit.: SCHMID, Rz ...)

Rz [33]

Festschriften und Sammelwerke

ISLER PETER R., Letter of Intent, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions V (EIZ
– Europa Institut Zürich Band/Nr. 48), Zürich 2004, 1-31 (zit. ISLER, ...)

Rz [41, 46]

Dissertationen und Habilitationen

EGELER SIMONE, Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht, in: SCHWANDER
IVO/OBENDAHL KERSTIN/VON AAKEN ANNE, St. Galler Studien zum internationalen
Recht, Band 16, 137 ff., Diss., St. Gallen 1994 (zit.: EGELER, ...)

Rz [7]

MONN VALENTIN, Die Verhandlungsabrede, Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Ver-
handlungspflichten, Diss., Zürich 2010 (zit.: MONN, N ...)

Rz [89, 94]

SCHALLER JEAN-MARC, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Habil.,
Zürich/St. Gallen 2010 (zit.: SCHALLER, N ...)

Rz [70]

SCHENKER FRANZ, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizeri-
schen Obligationenrecht, Diss., Freiburg 1988 (zit.: SCHENKER F., N ...)

Rz [75]

ZIMMERLI CHRISTOPH P., Die Verrechnung im Prozess und in der Schiedsgerichtsbarkeit, Diss.,
Basel 2002 (zit.: ZIMMERLI, ...)

Rz [23]

Entscheidverzeichnis

Entscheide des Handelsgerichts des Kantons Zürich

HGer Zürich, Geschäfts-Nr. 140189, Urteil vom 30.11.2016

Rz [56, 63]

HGer Zürich, Geschäfts-Nr. 160287 Urteil vom 09.02.2017

Rz [81]

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGE 46 II 77

(Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 04. Februar 1920)

Rz [74]

BGE 98 II 305

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 03. Oktober 1972)

Rz [48]

BGE 103 II 102

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 17. Mai 1977)

Rz [80]

BGE 116 Ia 56

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 15. März 1990)

Rz [19]

BGE 118 II 32

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 06. März 1992)

Rz [51, 60]

BGE 120 II 55

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 02. September 1994)

Rz [2]

BGE 121 III 495

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 16. Oktober 2001)

Rz [36]

BGE 128 III 50

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 16. Oktober 2001)

Rz [7]

BGE 128 III 271

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 12. Februar 2002)

Rz [91]

BGE 129 III 35

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 07. Mai 2002)

Rz [42]

BGE 129 III 675

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 08. Juli 2003)

Rz [9, 11, 17]

BGE 133 III 406

(Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 6. Juni 2007)

Rz [41]

BGE 138 III 329

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 27. März 2012)

Rz [9]

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGer Urteil 4P.124/2001

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 07. August 2001)

Rz [8]

BGer Urteil 4C.40/2003

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 19. Mai 2003)

Rz [19]

BGer Urteil 4C.60/2004

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 02. Juni 2004)

Rz [42]

BGer Urteil 4C.409/2005

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 21. März 2006)

Rz [45]

BGer Urteil 4A_27/2010

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 30. August 2010)

Rz [70]

BGer Urteil 5A_449/2014

(Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 02. Oktober 2014)

Rz [52]

BGer Urteil 4A_84/2015

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 18. Februar 2015)

Rz [11, 19]

A. Anwendbares Recht

1 Laut Verfahrensbeschluss Nr. 1 Ziff. 10 f. ist in materieller Hinsicht schweizerisches Recht und
in prozessualer Hinsicht das 12. Kapitel des IPRG als *lex arbitri* und die SRIA anwendbar.

B. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

2 Bestreitet eine Partei die Zuständigkeit des Schiedsgerichts durch Unzuständigkeitseinrede, so
wird die Zuständigkeit vom Schiedsgericht geprüft (BGE 120 II 55 E. 3b.bb). Die Zuständigkeit
wird von der Beklagten bestritten.

3 Die Zuständigkeit ist zu bejahen, wenn die Schiedsklausel materiell und formell gültig ist und
die schiedsfähige Streitsache und die schiedsfähigen Parteien von der Vereinbarung umfasst
werden (ZK-HEINI, Art. 186 N 6 m.w.H).

4 Weder die objektive noch die subjektive Schiedsfähigkeit ist bestritten oder fraglich. Die fol-
genden Ausführungen befassen sich daher ausschliesslich mit der Gültigkeit der Schiedsklausel
und deren objektiver Tragweite.

5 Die Klägerin beantragt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts in einem Sachentscheid zu beur-
teilen (Rz 34 ff.).

I. Entstehung der gültigen Schiedsklausel

6 Die Gültigkeit der Schiedsklausel wird von der Beklagten mangels Zustandekommen des SV
bestritten (Einleitungsantwort, Ziff. 11).

7 Nach Art. 178 Abs. 3 IPRG und in Übereinstimmung mit Art. 21(2) SRIA werden Schiedsklau-
seln bzgl. ihrer Gültigkeit unabhängig vom Entstehen des materiellen Hauptvertrages beurteilt
(BGE 128 III 50 E. 2b.bb). Dies gilt auch, wenn die Vereinbarungen im selben Schriftstück
vorhanden sind (EGELER, 135). Somit kann die Schiedsklausel auch entstehen, wenn der ihr
zugrundeliegende Vertrag ungültig war oder gar nie zustande kam (Komm. SRIA-BER-
GER/PFISTERER, Art. 21 N 10). Im Folgenden wird die Schiedsklausel autonom beurteilt.

1. Die Schiedsklausel ist formell gültig

8 Die formelle Gültigkeit beurteilt sich ausschliesslich nach Art. 178 Abs. 1 IPRG, wonach eine
Schiedsklausel in Textform bestehen muss (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 6). Darunter
fallen auch E-Mails, da diese dauerhaft abgespeichert werden können (BSK IPRG-GRÄNICHER,
Art. 178 N 13). Alle SV-Entwürfe [K-7], [K-9], [B-2], [B-3], [B-5] enthalten eine Schiedsklau-
sel. Die Schiedsklauseln sind daher visuell wahrnehmbar, physisch reproduzierbar und erfüllen
die formellen Anforderungen (OFK IPRG-KOSTKIEWICZ, Art. 178 N 8). Auch stimmte die Be-
klagte per E-Mail den Schiedsklauseln aus [B-2] und [B-3] zu (vgl. [B-4]), was ebenfalls das

Texterfordernis erfüllt. Indem beide Parteien die Entwürfe mit den Schiedsklauseln austauschten, ist das beidseitige Formerfordernis gewahrt (POUDRET/BESSON, N 193). Eine Unterzeichnung ist generell nicht erforderlich (BGer Urteil 4P.124/2001 vom 07.08.2001, E. 2c).

2. Die Schiedsklausel ist materiell gültig

- 9 Im Sinne des *favor validatis* beurteilt sich die materielle Gültigkeit nach einem der drei genannten Rechte in Art. 178 Abs. 2 IPRG (ZK-VOLKEN, Art. 178 N 53). Das auf den KV anwendbare Recht ist schweizerisches Recht (Art. 9 KV; ZK-VOLKEN, Art. 178 N 51). Dieser steht in direktem Zusammenhang mit den SV-Entwürfen (Rz 40 ff.). Für die Beurteilung der Entstehung und für die Prüfung der Voraussetzung, wonach eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung bzgl. der wesentlichen Vertragspunkte bestehen muss, sind mithin Art. 1 ff. OR massgebend (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 30). Gefordert werden die Willenseinigung, Streitigkeiten schiedsgerichtlich entscheiden zu lassen (BGE 138 III 329 E. 2.2.3 f.), und die Bestimmung der zu beurteilenden Rechtsstreitigkeiten (BGE 129 III 675 E. 2.3; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 34).
- 10 Die Parteien tauschten mehrfach SV-Entwürfe aus, die immer eine Schiedsklausel enthielten. Die Schiedsklauseln in [B-2] und [B-3] konnten als Antrag der Klägerin verstanden werden. Durch die unveränderte Übernahme in ihren Entwurf [B-5] stimmte die Beklagte dieser konkludent zu. Zusätzlich bestätigte die Beklagte die Annahme der Schiedsklausel per E-Mail [B-4]. Die Parteien stimmten in ihren Äusserungen überein, verstanden sich in diesem Sinn und einigten sich in diesem Verständnis. Es besteht ein tatsächlicher Konsens über die Beurteilung von Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht (HUGUENIN, N 245).
- 11 Es kann zusätzlich in jedem Fall ein normativer Konsens ermittelt werden, wobei der Wille nach dem Vertrauensprinzip eruiert und so ausgelegt wird, wie ihn „der jeweilige Empfänger nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstehen durfte und musste“ (BGE 129 III 675 E. 2.3). Die Klägerin konnte in gutem Vertrauen davon ausgehen, dass eine Schiedsvereinbarung auch dem Willen der Beklagten entsprach, da beim Austauschen von Vertragsentwürfen, in welchen die Schiedsklausel angepasst und in den weiteren Entwürfen unverändert beibehalten wurden (vgl. Rz 10), ein Bindungswille und somit das Entstehen der Schiedsklausel angenommen werden kann (BGer Urteil 4A_84/2015 vom 18.02.2015, E. 3.2.1). Der Umstand, dass eine Schiedsklausel erstmals von der Beklagten eingebracht wurde, deutet zusätzlich auf ihren Willen hin, eine Schiedsklausel im SV haben zu wollen.
- 12 Nach dem Back-to-back-Prinzip kann mithin davon ausgegangen werden, dass die Bedingungen des HV, welcher ebenfalls eine Schiedsklausel enthält, auf den SV übernommen werden sollten. Wie dargelegt, nahm die Beklagte in den ersten SV-Entwurf [K-7] somit auch eine

Schiedsklausel auf. Zusätzlich gab sie zu verstehen, dass dies ihrer Meinung nach dem Back-to-back-Prinzip entspreche (vgl. [K-6]), was von der Klägerin auch nie in Frage gestellt wurde. Die Beklagte machte in den Verhandlungen nie den Anschein, dass sie auf irgendeine Weise mit der Schiedsklausel nicht einverstanden wäre. Aufgrund der Position der Beklagten zwischen dem Klienten als Besteller und der Klägerin als Subunternehmerin konnte auch davon ausgegangen werden, dass die Beklagte die Divergenzen zwischen dem HV und SV besonders gering halten wollte (DUBISSON, 198).

- 13 Aufgrund der genannten Gründe durfte und musste die Klägerin davon ausgehen, dass die Beklagte den Ausschluss staatlicher Gerichtsbarkeit wollte. Es liegt ein normativer Konsens vor.
- 14 Es muss auch ein Konsens bzgl. der vom Schiedsgericht zu beurteilenden Rechtsstreitigkeiten bestehen (Rz 9). In den übereinstimmenden Schiedsklauseln [K-9], [B-2], [B-3], [B-5] wurden diese genannt. Durch Auslegung (Rz 17 ff.) der objektiven Tragweite kann ein normativer Konsens darüber ermittelt werden, was die Parteien nach den Schiedsklauseln durch das Schiedsgericht beurteilt haben wollten.
- 15 Die autonome Auslegung der Schiedsklausel ergibt mithin, dass die Schiedsklausel auch ohne Bestehen des SV gültig zustande gekommen ist.

II. Der KV fällt unter die objektive Tragweite der Schiedsklausel

- 16 Entgegen der Behauptungen der Beklagten (Einleitungsantwort, Ziff. 12) ist davon auszugehen, dass die gültige Schiedsklausel auch auf den KV und auf Ansprüche daraus anwendbar ist.
- 17 Die Klägerin macht den Anspruch von CHF 4'320'000.00 aus dem KV geltend (Einleitungsanzeige, Ziff. 29). Es liegt ein Auslegungstreit bzgl. der objektiven Tragweite der Schiedsklausel vor (vgl. HUGUENIN, N 276). Primär ist auf den Wortlaut abzustellen. Dieser wird durch Tatsachen ergänzt, welche den Willen der Parteien erkennbar machen. Darunter fällt das Verhalten der Parteien, die Begleitumstände, die Interessenlage und der Zweck des Vertragsschlusses (vgl. CHK OR-KUT, Art. 18 N 10 ff.). Dies muss so ausgelegt werden, wie es „der jeweilige Empfänger nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstehen durfte und musste“ (BGE 129 III 675 E. 2.3).
- 18 U.a. umfasst die Schiedsklausel „alle [...] Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag“ ([K-9], Ziff. 8). Die Formulierung wurde weit gefasst und schliesst die Möglichkeit, dass Ansprüche aus dem KV erfasst sind, nicht aus. Wenn man die Änderungshistorie der Schiedsklausel betrachtet, kann sogar vielmehr davon ausgegangen werden, dass der KV mitumfasst werden sollte. Anfangs war die Tragweite weniger weit gefasst (vgl. [K-7], Ziff. 9) und wurde im Verlauf ausgeweitet (vgl. z.B. [B-3] und [B-5], Ziff. 8). Dieses Verhalten zeigt, dass die Parteien bewusst eine Erweiterung auf den KV wählten.

- 19 Es besteht kein Grund zur restriktiven Auslegung einer Schiedsklausel, sobald deren Gültigkeit bejaht werden konnte (BGer Urteil 4C.40/2003 vom 19.05.2003, E. 5.3). Wenn die Schiedsklausel keine Einschränkung der Tragweite der Schiedsklausel aufweist, ist anzunehmen, dass die Parteien eine „umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts wünschen“ (BGE 116 Ia 56 E 3b). Schliessen die Parteien gleich mehrere Verträge, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen, so fallen alle Verträge unter die Schiedsgerichtsbarkeit, wenn in einem Vertrag eine entsprechende Klausel vorhanden ist. Eine isolierte Beurteilung des KV würde mithin wenig Sinn machen (vgl. zum Ganzen: BGer Urteil 4A_84/2015 vom 18.02.2016, E. 5.2.3). Im vorliegenden Fall ergibt sich der sachliche Zusammenhang aus der Natur des KV. Dieser ist, wie in Rz 40 ff. aufgezeigt, als Vorvertrag zu qualifizieren und enthält alle wesentlichen Vertragspunkte des abzuschliessenden SV. Eine unterschiedliche Gerichtsbarkeit für Streitigkeiten aus den beiden Verträgen kann nicht Ziel und Wille der beiden Parteien gewesen sein.
- 20 Über die vom Schiedsgericht zu beurteilenden Streitigkeiten liegt ein normativer Konsens vor, wonach die Ansprüche aus dem KV in die Schiedsklausel fallen.

III. Die Verrechnungseinrede kann nicht gehört werden

- 21 Aus folgenden Gründen darf das Schiedsgericht die Verrechnungseinrede nicht hören.
- 1. Vertragliche Wegbedingung der Forderung**
- 22 Werden der Klägerin ihre Begehren zugesprochen, so erhebt die Beklagte eventualiter eine Verrechnungseinrede über angeblichen Schadenersatz. Verrechnungseinreden können allerdings nicht gehört werden, wenn die Parteien die Regel von Art. 21(5) SRIA einschränken (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 33). Im KV wurde vereinbart, dass die gemeinsam zu tragenden externen Kosten von den Parteien definiert werden müssen (Art. 7 Abs. 2 KV). *E contrario* bedeutet dies, dass alle nicht definierten Kosten als allein zu tragende Kosten zu behandeln sind. Die Parteien entfernten die Ziff. 6 in [K-9] übereinstimmend aus dem SV-Entwurf (vgl. [B-2 bzw. B-3]). Diese besagte, dass die Beklagte von der Klägerin Schadenersatz verlangen könne, falls die Beklagte einen Milestone verpassen sollte und dies durch Umstände, welche die Klägerin zu vertreten hat, verursacht würde. Abgesehen vom mangelnden Verschulden der Klägerin an der Konventionalstrafe (vgl. Rz 25 ff.), ist aufgrund der fehlenden Festsetzung als gemeinsam zu tragender Kostenpunkt anzunehmen, dass die Konventionalstrafe aus dem HV mithin ein von der Beklagten allein zu tragender Kostenpunkt ist. Die Verrechnung der Konventionalstrafe wurde somit vertraglich ausgeschlossen.
- 23 Zudem wird die Klägerin als Verrechnungsgegenpartei vor einer überraschenden Ausdehnung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts geschützt (ZIMMERLI, 175 ff.). Durch die Streichung von

Ziff. 6 in [B-2] und sodann [B-5] drückten die Parteien aus, dass die Konventionalstrafe nur von der Beklagten getragen werden soll. Daraus folgt, dass auch eine Verrechnungseinrede nicht geltend gemacht werden kann. Die Beklagte dehnt nun die schiedsgerichtliche Zuständigkeit überraschend auf ihre Konventionalstrafe aus, die sie der Klientin schuldet, obwohl die Parteien diese zuvor einvernehmlich ausschlossen.

24 Da die Konventionalstrafe nicht unter die externen Kosten fällt, kann die Beklagte dies auch nicht von der Klägerin fordern und die Beklagte kann Ihre Forderung nicht verrechnen.

2. Nichtbestehen der Forderung

25 Der Schadenersatz in der Höhe von CHF 1'000'000.00 kann mangels Verschulden der Klägerin nicht geltend gemacht werden. Die Vertragsverzögerungen sind ihr nicht anzurechnen, da die Beklagte keine KV-konformen Vertragsentwürfe ausarbeitete (Rz 69 ff.).

26 Die Beklagte behauptet zu Unrecht, die Klägerin trage am Verpassen des ersten Milestones ein Verschulden. Die Klägerin stellte am 6. Juli 2016 mit ihrer Korrespondenz [K-11] jedoch klar, dass sie Vorschläge für Ersatz-Subunternehmen zur Hand hatte. Dies hätte es ermöglicht, den ersten Milestone zu erreichen. Jedoch ignorierte dies die Beklagte aus für die Klägerin unerklärlichen Gründen komplett. Folglich trägt die Klägerin auch kein Verschulden am Verpassen des zweiten Milestones und somit an der Konventionalstrafe von CHF 1'000'000.00.

27 Der Schaden kann mangels Verschulden der Klägerin nicht auf diese überwältzt werden.

3. Eventualiter: Gegenseitigkeit der Forderungen liegt nicht vor

28 Selbst wenn das Schiedsgericht die eben genannten Punkte abweisen würde, kann die Forderung mangels Gegenseitigkeit nicht verrechnet werden. Nach Art. 120 Abs. 1 OR kann eine Forderung nur bei Gegenseitigkeit verrechnet werden. Gegenseitigkeit ist gegeben, wenn die Verrechnende die Gläubigerin der Verrechnungsforderung und die Verrechnungsgegnerin Gläubigerin der Hauptforderung ist (HUGUENIN, N 762). Die Forderungen müssen also zwischen denselben Parteien bestehen (BERGER B., N 1366 ff.). Die Beklagte aber beabsichtigt, eine Forderung zu verrechnen, die zwischen der Beklagten und der Klientin besteht.

4. Eventualiter: Kostenregelung

29 Selbst wenn der Gerichtshof die Verrechnungseinrede unter die objektive Tragweite der Schiedsklausel fassen würde, so wäre die Verrechnung mangels gezahlter Gebühr und Kostenvorschuss ohnehin nicht zu hören.

a) *Ein Kostenvorschuss müsste von der Beklagten gezahlt werden*

- 30 Die Beklagte bestreitet, der Kostenvorschusspflicht nach Art. 41(1) SRIA nachkommen zu müssen. Danach sollen die Parteien den vom Gerichtshof geforderten Kostenvorschuss zu gleichen Teilen hinterlegen. Die Kosten umfassen u.a. Verwaltungskosten und Honorare, die sich nach dem Streitwert richten (Art. 6 Appendix B SRIA). Verrechnungseinreden werden zu den Klagen und Widerklagen bei der Bestimmung des Streitwertes hinzugezählt, wenn sie einen Mehraufwand erfordern (Art. 2.4 Appendix B SRIA). Durch die Verrechnungseinrede wird der Streitwert auf CHF 5'320'000.00 ausgeweitet, weshalb entsprechende Kostenvorschüsse zu leisten sind. Durch eine eventualiter erhobene Verrechnungseinrede kann die Beklagte ihre eigene Position im Prozess verbessern. Sie verlangt in anderen Worten, dass der Gerichtshof nach prozessuaalem Recht tätig wird. Dadurch, dass das Schiedsgericht einen solchen Antrag in Betracht zieht, rechtfertigt sich der Kostenvorschuss (GABRIEL/MEIER, 70).
- 31 Art. 2.4 Appendix B SRIA verlangt einen bedeutenden Mehraufwand, damit die Verrechnung zum Streitwertwert hinzugezählt werden kann. Da die Verrechnungsforderung noch nicht rechtskräftig festgestellt wurde und von der Klägerin bestritten wird (BERGER P. K., 326), wird das Schiedsgericht einen Mehraufwand haben. Zudem müsste das Schiedsgericht zusätzlich noch das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Klienten beurteilen und die Voraussetzungen des Schadenersatzes prüfen (Practioner's Guide, ZUBERBÜHLER, 626).
- 32 Der Gerichtshof hat noch nicht zum Kostenvorschuss aufgefordert. Durch die antizipierte Verweigerung der Beklagten (Erwiderung der Beklagten zur Stellungnahme der Klägerin, Ziff. 6) ist dies aber auch nicht nötig. Ihre Begründung, ein Eventualiterbegehren werde ohnehin nicht zum Zug kommen müssen, ist zudem unzulänglich. Es ist davon auszugehen, dass die Begehren der Klägerin gutgeheissen werden. Demnach rechtfertigt sich eine Einstellung oder Aussetzung des Verfahrens bzgl. der Verrechnungseinrede.

b) *Die Beklagte müsste eine Gebühr zahlen*

- 33 Nach Art. 1.3 Appendix B SRIA muss eine Einleitungsgebühr auch bei einer Widerklage bezahlt werden. Die Beklagte machte mehrmals deutlich, dass sie anstelle einer Widerklage nur eine Verrechnung eventualiter geltend machen würde. Allerdings kommt die Einrede der Beklagten - ungeachtet der Bezeichnung und in Anbetracht der Tatsache, dass Widerklage und Verrechnung sich ohnehin sehr nahestehen (vgl. BERGER P. K, 325) - einer Widerklage in der Sache deutlich näher als einer Verrechnung. Eine Widerklage zielt auf Verurteilung des Klägers ab (vgl. SCHMID, Rz 25). Die Verrechnungsforderung wurde bisher gerichtlich noch nicht festgestellt. Es handelt sich daher um eine erstmals geltend gemachte Schadenersatzforderung, was an sich in der Sache eine eigenständige Klage darstellt. Auch wenn die Beklagte behauptet, den

Aufwand gering halten zu wollen (Erwiderung zur Stellungnahme, Ziff. 2), ist dies praktisch nicht möglich, da zuerst alle Voraussetzungen der Forderung vom Gerichtshof geprüft werden müssten. Es rechtfertigt sich daher, eine Gebühr nach Art. 1.1 Appendix B SRJA zu verlangen.

IV. Fällung eines Sachentscheids

- 34 Die Beklagte beantragt in Ziff. 15 der Einleitungsantwort, den Zuständigkeitsentscheid als Vorentscheid nach Art. 186 Abs. 3 IPRG zu treffen. Triftige Gründe führen dazu, den Entscheid über die Zuständigkeit erst mit dem Sachentscheid zu treffen (vgl. BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 21). Bei der Beurteilung der Zuständigkeit muss gleichzeitig auch über die objektive Tragweite der Schiedsklausel entschieden werden. Die Beklagte bestreitet, dass der KV von der Schiedsklausel mitumfasst ist. Die Schiedsklausel besagt allerdings, dass „Ansprüche aus oder im Zusammenhang“ mit dem SV umfasst werden. Die Beklagte behauptet fälschlicherweise, es handle sich beim KV nur um einen Verhandlungsvertrag. Demnach müssten andere Ansprüche geltend gemacht werden als dies bei einem Vorvertrag (was der KV nach Meinung der Klägerin ist, vgl. Rz 40 ff.) der Fall ist. Es muss somit durch den Gerichtshof abgeklärt werden, ob der KV zu den SV-Entwürfen in einem vor- oder verhandlungsvertraglichen Zusammenhang steht.
- 35 Die Qualifikation des KV ist auch entscheidend für die Zusprechung der Rechtsbegehren der Klägerin, da sie ihre Ansprüche aus diesem ableitet.
- 36 Dies sind materiellrechtliche Fragen, welche durch die Ablehnung der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen (vgl. BGE 121 III 495 E. 6) in der Schiedsgerichtsbarkeit schon im Zuständigkeitsentscheid eingehend verhandelt werden müssen (vgl. ZAUGG, N 191).
- 37 Die Beantwortung dieser Fragen ist im weiteren Verlauf des Verfahrens so eng verknüpft mit den Rechtsbegehren beider Parteien, dass nicht getrennt in einem Vorverfahren über oben genannte Fragen entschieden werden kann.
- 38 Weiter kann die Zuständigkeit mittels Vorentscheid ermittelt werden, wenn eine ernstzunehmende Unzuständigkeitseinrede vorliegt. Sie darf also nicht dilatorisch motiviert sein (BGE vom 12. November 1991 in ASA Bulletin (1992), 266). Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten ist offensichtlich unbegründet, da sie die autonome Beurteilung der Schiedsklausel und die darunterfallenden Rechtsstreitigkeiten verkennt, ohne auf diese auch nur einzugehen. Die Beklagte würde somit das Verfahren unnötig verzögern, da wie dargelegt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts klar gegeben ist (Rz 2 ff.).
- 39 Da die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten rein dilatorischer Natur ist, wird beantragt, einen Sachentscheid zu fällen.

C. Qualifikation des KV

I. Der KV ist als Vorvertrag zu qualifizieren

40 Entgegen den Behauptungen der Beklagten in Ziff. 16 der Einleitungsantwort wurde ein rechtlich verbindlicher Vorvertrag zwischen den Parteien geschlossen

1. Ein Bindungswille war vorhanden

41 Die Erklärungen der Parteien zum Vertragsschlusszeitpunkt (12. Januar 2016) weisen nach dem Vertrauensprinzip (vgl. BGE 133 III 406 E. 2.2) einen Bindungswillen für die Kernklauseln auf (ISLER, 11; BK OR-KRAMER, Art. 22 N 56 f.). Dies ist aus folgenden Umständen ableitbar:

a) Gemeinsames Vorgehen geplant

42 Die Parteien reichten nach lit. D der Präambel KV ein gemeinsames Gebot für das Projekt des Klienten ein. Ergänzend zu dem sahen die Parteien in Art. 3 KV vor, dass die Klägerin die Fremdleistung als Subunternehmerin ausführen soll, wenn die Beklagte den HV mit der Klientin schliessen würde. Sie sahen somit – wie schon ein paar Jahre zuvor – ein gemeinsames Vorgehen vor, welches in einem Hauptvertrag enden sollte. Die Absicht, einen Hauptvertrag abzuschliessen, war mithin gegeben und somit auch das Hauptziel eines Vorvertrags (zur Kontrahierungspflicht: BGE 129 III 35 E. 6.1; BGer Urteil 4C.60/2004 vom 02.06.2004, E. 5.2.1). Es ist der Klägerin unverständlich, zu welchem Zweck sie ein zweites Mal mit der Beklagten einen Kooperationsvertrag abschliessen sollte, wenn kein ernsthafter Bindungswillen und damit das Ziel, den SV abzuschliessen, bestanden hätte.

b) Exklusivitätsklausel

43 Hinzu kommt, dass die Parteien in Art. 5 KV eine Exklusivitätsklausel vereinbarten. In dieser verpflichtete sich die Beklagte, den SV exklusiv mit der Klägerin abzuschliessen. Eine Exklusivitätsklausel bindet von Natur aus den Vertragspartner, mit welchem man diese abschliesst und stellte daher ein erhebliches Risiko für die Beklagte dar (vgl. SCHENKER U., 121). Denn durch die Bindung an die Klägerin durfte die Beklagte keine Verhandlungen mit anderen potentiell in Frage kommenden Subunternehmern führen und riskierte damit, das Ziel einen SV abzuschliessen, nicht zu erreichen. Da die Beklagte sich auf diese Klausel einliess, konnte die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sie einen Bindungswillen hatte. Denn das Eingehen des obgenannten Risikos hätte für sie sonst keinen Sinn gemacht.

c) Grundlegende Bestimmungen als Gegenstand des Vertrages

44 Als Gegenstand des Vertrages wurden die grundlegenden Bestimmungen für die weitere Zusammenarbeit bezeichnet (Art. 1 KV) und nicht bloss Eckpunkte, wie sie in weniger verbindlichen Verträgen erwähnt werden (JÖRG/PETER, 2).

45 Alle soeben genannten Elemente (Rz 42-44) weisen aufgrund des vorhandenen Bindungswillens auf einen Vorvertrag hin (BGer Urteil 4C.409/2005 vom 21.03.2006, E. 2.3.1).

2. Die wesentlichen Vertragspunkte wurden bestimmt

46 Unter dem Titel „Hauptbestimmungen des Subunternehmervertrages“ wurden in Art. 4 KV klar die *essentialia negotii* angesprochen, die für den SV gelten sollten (ISLER, 11). Über die objektiv wesentlichen Punkte, Preis und Umfang der Fremdleistung (lit. b), einigte man sich im Appendix [K-2] bzw. [K-3]. Der festgelegte Preis war dabei nie Grund zur Diskussion. Betreffend den Umfang der Fremdleistung einigten sich die Parteien am 1. April 2016 auf 40% Fremdleistungsanteil der Klägerin.

47 Obwohl der Vorvertrag auch ohne Regelung der Garantieleistung hätte abgeschlossen werden können, wurde in Art. 4 KV lit. c die Garantieleistung, die durch die Klägerin geleistet werden sollte, explizit erwähnt. Es kann somit angenommen werden, dass diese einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt darstellte (analog zu RÜEGG, 82). Lit. c verweist auf die Regelungen des HV, in welchem die Voraussetzungen für die Erfüllungsgarantie in Art. 4.2 der Besonderen Vertragsbestimmungen klar definiert wurden. Durch den Verweis war dieser Punkt mithin genügend bestimmt.

48 Diese Vereinbarungen bezüglich den objektiv und subjektiv wesentlichen Punkten deutet auf einen Vorvertrag hin (OFK OR-DASSER, Art. 22 N 7; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1084; BGE 98 II 305 E. 1).

3. Nach Treu und Glauben liegt ein Vorvertrag vor

49 Ein weiterer Hinweis für das Vorliegen eines Vorvertrags ist das Fehlen einer Unverbindlichkeitsklausel. Gerade bei dem Vorhandensein einer Exklusivitätsklausel (wie in Art. 5 KV) sollte klar aufgezeigt werden, wann etwas unverbindlich geregelt sein soll (OFK OR-DASSER, Art. 22 N 7; SCHENKER U., 116). Da beide Parteien branchenerfahrene Vertragspartner sind, war ihnen das wohl bewusst. Zudem waren sie, wie erwähnt, auch früher schon zusammen geschäftlich tätig gewesen. Das Fehlen einer solchen Klausel lässt vermuten, dass beide Parteien, auch die Beklagte, den Vertrag als verbindlichen Vorvertrag erachteten.

50 Selbst wenn also die Beklagte keinen Vorvertrag abschliessen wollte, konnte die Klägerin aus den eben genannten Umständen von einem normativen Konsens ausgehen. Ihr Verständnis der Abreden als Vorvertrag ist aufgrund des Vertrauensprinzips geschützt (BSK OR I-WIEGAND, Art 18 N 8).

51 Dass aber auch die Beklagte von einem Vorvertrag ausging, zeigt sich unter anderem auch aus ihrer E-Mail vom 30. Mai 2016 [B-4]. Darin forderte sie die Klägerin auf, den im Appendix I

des KV [K-3] festgelegten Umfang der Fremdleistungen zu erbringen und sie warnte, bei Ausbleiben der Leistung diese direkt aus dem KV einzufordern. Das Verhalten der Beklagten ist widersprüchlich, indem sie einerseits den KV als rechtlich nicht verbindlich (Einleitungsantwort, Ziff. 16) und daher als Verhandlungsvertrag bezeichnet, andererseits aber die Fremdleistungen direkt daraus einforderte. Denn ein Verhandlungsvertrag unterscheidet sich vom Vorvertrag dahingehend, dass die wesentlichen Punkte noch nicht genügend bestimmt sind und daher nicht direkt eingefordert werden können. Direktes Einklagen auf die vereinbarten Leistungen aus einem Vorvertrag ist hingegen möglich (sog. Einstufentheorie; KOLLER, § 22 Rz 24; HUGUENIN, N 155 m.V. BGE 118 II 32 E. 3c).

- 52 Alle soeben genannten Punkte sprechen dafür, dass es sich beim KV um einen Vorvertrag handelt, auch wenn die Parteien in lit. A der Präambel KV von einem “Memorandum of Understanding” sprachen. Es ist aufgrund dieser Formulierung nicht automatisch von einer solchen, nicht verbindlichen, Vereinbarung auszugehen. Es gilt diese in „Gesamtheit der vertraglichen Regelungen“ auszulegen und nicht nur nach dessen direktem Wortlaut (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 38). Die blosse Vertragsbezeichnung führt nicht automatisch zu einer rechtlichen Qualifikation nach dieser Bezeichnung. Erst der Gesamtzusammenhang ergibt den wahren Sinn einer Vertragsklausel (vgl. BGer Urteil 5A_449/2014 vom 02.10.2014) und der Gesamtzusammenhang deutet aus den obgenannten Gründen eindeutig auf einen Vorvertrag hin.

II. Der KV bleibt ein Vorvertrag

- 53 Die Klägerin bestreitet hiermit, dass sich der KV aufgrund der Reduktionsanfrage des Fremdleistungsanteils in einen Verhandlungsvertrag gewandelt haben soll (wie dies die Beklagte in Ziff. 18 f. der Einleitungsantwort fordert).
- 54 Der Vorschlag, dass die Klägerin ihren Fremdleistungsanteil auf 25% kürzen würde, ist nämlich nur als solcher zu verstehen. Der Vorschlag deutet nicht auf einen Dissens hin und ändert nichts an der Qualifikation des Vertrages. Wie in der E-Mail der Klägerin vom 10. Mai 2016 [B-1] erwähnt wurde, sollte diese Fremdleistungskürzung eine Effizienzsteigerung mit sich bringen. So müsste keine komplizierte Know-how Aneignung stattfinden und die Klägerin könnte sich voll auf ihre Kernstärke, das Mastenbauen, fokussieren. Die Effizienzsteigerung sah die Klägerin im Interesse aller.
- 55 Die Klägerin hätte durchaus ein eigenes Subunternehmen engagieren können, da sich aus vorliegendem Werkvertrag keine persönliche Leistungspflicht ergibt. Das zu erstellende Werk war nicht derart mit der Persönlichkeit der Klägerin verknüpft, dass sich daraus eine persönliche Leistungspflicht ergab. Denn sonst hätte für das gleiche Projekt mit dem gleichen Werk nicht sogleich eine neue Subunternehmerin (die TP-Bahnen AG) gefunden werden können (KUKO

OR-LEHMANN, Art. 364 N 11). Allerdings wollte die Klägerin der Beklagten die Möglichkeit zur Einflussnahme geben und sie damit zumindest etwas von der Exklusivitätsklausel in Art. 5 KV lösen, denn diese untersagte der Beklagten, ein neues Subunternehmen ohne Einwilligung der Klägerin hinzuzuziehen. Die Klägerin empfindet es als sehr schade, verwendet die Beklagte diese Geste der Freundschaft nun gegen sie.

56 Ausserdem spricht eine neue Festlegung des Fremdleistungsanteils nicht gegen den ursprünglichen Bindungswillen der Parteien, da die vertragliche Zusammenarbeit jederzeit angepasst werden kann (HGer Zürich, Geschäfts-Nr. 140189, Urteil vom 30.11.2016, E. 2.1.3.4b).

57 Wiederum kann auch hier auf das widersprüchliche Verhalten der Beklagten hingewiesen werden (vgl. Rz 51). Die Beklagte berief sich auf die Möglichkeit, die Fremdleistungen direkt aus dem KV bzw. dessen Appendix einzuklagen, falls die Klägerin nicht leisten würde (vgl. [B-4]). Damit sahen sie den KV als rechtlich verbindlichen Vorvertrag. Die E-Mail, in welcher die Beklagte dies forderte, verfasste sie am 30. Mai 2016, *nachdem* die Klägerin den Vorschlag der Fremdleistungsreduktion auf 25% am 10. Mai 2016 (in [B-1] und [B-3]) erstmals erwähnt hatte. Indem sie sich auf eine direkte Leistungspflicht berief, ging sie selbst nach dem Vorschlag noch von einem Vorvertrag aus.

58 Es kann mithin nicht davon gesprochen werden, dass sich der KV im Nachhinein in einen Verhandlungsvertrag verwandelt hat, da die Klägerin lediglich einen Vorschlag zur Änderung der Fremdleistung machte. Dies ist im Rahmen eines Vorvertrags durchaus zulässig.

D. Unzulässige Kündigung des KV

I. Keine Kündigung gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. g KV

59 Entgegen der Behauptungen der Beklagten war eine Kündigung gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. g KV nicht möglich.

1. Bestehen einer Einigung i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV

60 Wie in Rz 40 ff. bereits erläutert, wurde zwischen den Parteien ein Vorvertrag abgeschlossen, welcher sich nicht, wie von der Beklagten behauptet, in einen Verhandlungsvertrag umgewandelt hat. Da ein Vorvertrag nur gültig ist, wenn der wesentliche Inhalt des Hauptvertrags genügend bestimmt oder bestimmbar umschrieben ist, muss davon ausgegangen werden, dass eine Einigung bzgl. der Fremdleistung bestand (vgl. BGE 118 II 32 E. 3b). In diesem Zusammenhang kann durch die Auslegung des KV belegt werden, dass einer Kündigung aufgrund von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV nicht gefolgt werden kann.

61 Bei alleiniger Betrachtung des Wortlauts von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV könnte man den Schluss ziehen, dass im vorliegenden Fall eine darauf gestützte Kündigung möglich war. Gemäss dem

vom Bundesgericht angewandten Methodenpluralismus ist jedoch nicht von einer Hierarchie der Auslegungsmethoden auszugehen und es darf nicht alleine auf den Wortlaut abgestellt werden. Es ist aber unbestritten, dass v.a. der teleologischen Auslegung einen hohen Stellenwert zugemessen werden muss (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 10).

62 Wie in Art. 4 lit. a KV vorgesehen, einigten sich die Parteien in Appendix I [K-2] bzw. [K-3] über den Umfang und den Preis der Fremdleistung und liessen diesen durch Unterschrift zum Vertragsbestandteil werden. Ziel und Zweck der Kündigungsklausel in Art. 8 Abs. 1 lit. g KV war es, den Parteien *vor* Einigung über die Fremdleistung in Appendix I eine Kündigungsmöglichkeit zu verschaffen. Eine Kündigung zu einem beliebigen Zeitpunkt, mitunter *nach* Einigung in Appendix I, kann aus nachfolgenden Gründen nicht im Sinne der Parteien gewesen sein:

63 Art. 9 KV lässt eine inhaltliche Änderung des KV (worunter auch die Änderung der Fremdleistung zu verstehen ist) nur unter der Voraussetzung zu, dass diese schriftlich und unterzeichnet ist. Dieser Umstand zeigt auf, dass ein einseitiger Vorschlag zur Änderung nichts am Bestand des bereits abgeschlossenen KV (inkl. Appendix I) ändern sollte (vgl. HGer Zürich, Geschäfts-Nr. 140189, Urteil vom 30.11.2016, E. 2.1.3.4b). Die vereinbarte Leistung hätte, wie von der Beklagten erkannt, notfalls auch eingeklagt werden können (vgl. Rz 51). Würde bei jedem Änderungsvorschlag über Umfang und Preis ein Kündigungsgrund i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV angenommen, hätte die Verpflichtung zum Vertragsabschluss im KV keinen Sinn ergeben und jede Partei hätte den KV durch einen Änderungsvorschlag ohne Weiteres aufheben lassen können. Dies kann nicht dem ursprünglichen Parteiwillen entsprochen haben und lässt sich nach Treu und Glauben und unter dem Vorliegen des dargelegten Bindungswillens der Parteien (vgl. Rz 41 ff.) nicht vertreten. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV ist mithin nach Treu und Glauben restriktiv auszulegen (vgl. BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 116). Der Vorschlag zur Änderung der Fremdleistung berechtigte die Beklagte mithin nicht zur Kündigung.

2. Eventualiter: Treuwidriges Verhalten der Beklagten

64 Falls das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommt, dass ein Kündigungsgrund nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV vorlag, so ist die Kündigung dennoch unwirksam. Die Beklagte führte den Kündigungsgrund treuwidrig absichtlich herbei, um die vertraglichen Verpflichtungen des KV umgehen zu können. Dieses Vorgehen genießt keinen Rechtsschutz.

65 Bei solch grossen Bauvorhaben kommt es oft vor, dass unbekannte Probleme auftauchen oder anfangs noch nicht ersichtlicher Mehraufwand zur Erfüllung aufkommt. Dies musste auch der Beklagten bei Vertragsabschluss bekannt gewesen sein. Dass die vorliegende umstrittene

Fremdleistung sehr komplex war, ist auch aus der Aussage von Marius Bucher, CEO der TP-Bahnen AG, ersichtlich (vgl. [K-13]).

- 66 Der Grundsatz von Treu und Glauben beinhaltet die allgemeine Verhaltenspflicht, den Vertragszweck zu fördern und alles zu unterlassen, was diesem entgegensteht (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 132). Im vorliegenden Fall wäre es für die Beklagte möglich und zumutbar gewesen, auf die Anliegen der Klägerin einzugehen und mit ihr zusammen eine Lösung zu finden. So war eine Neuverhandlung des gesamten SV mit einer neuen Vertragspartnerin alleine sicherlich aufwendiger und komplizierter, als es der Beizug eines zusätzlichen Subunternehmers für einen nur kleinen Teil des ganzen Projekts gewesen wäre. Die Klägerin bot denn auch der Beklagten explizit ihre Hilfe an. Eine Einigung zum damaligen Zeitpunkt wäre wirtschaftlich auch im Interesse der Beklagten gewesen, da sie so ohne grossen Mehraufwand einer Konventionalstrafe entgangen wäre. Hätte die Beklagte mithin ein Interesse am weiteren Bestand des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin gehabt, wäre eine Lösung aus objektiver Sicht möglich gewesen. Nach Treu und Glauben wäre die Beklagte folglich verpflichtet gewesen, mit der Klägerin gemeinsam eine Lösung zu finden und ihr bei der Umsetzung zu helfen.
- 67 Da die Beklagte jedoch schon zu diesem Zeitpunkt nicht mehr an einem SV mit der Klägerin interessiert war (und möglicherweise mit den TP-Bahnen AG schon einen neuen Verhandlungspartner hatte), ignorierte sie die Anliegen der Klägerin und führte so zu einer Blockade der Verhandlungen. Damit glaubte sie, eine Kündigungsmöglichkeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV provozieren zu können. Dies lässt sich auch aus dem Umstand herleiten, dass zwischen der Bekanntgabe des SV-Abschlusses mit der TP-Bahnen AG am 21. August 2016 (vgl. [K-13]) und der Kündigung am 12. August 2016 [K-12] nur knapp neun Tage lagen. Wie bereits in Ziff. 27 der Einleitungsanzeige und auch in Rz 92 erläutert, kommt dabei die Vermutung auf, dass diese Verhandlungen nicht erst nach der Kündigung aufgenommen wurden. Angesichts der Tatsache, dass für die Aushandlung des SV mit der Klägerin mehrere Monate benötigt wurden, erscheint eine vollständige Vereinbarung innert neun Tagen realitätsfremd.
- 68 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte in ihrem Verhalten, welches gegen die vertragliche Treuepflicht und gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst, nicht zu schützen ist. Eine Kündigung ist folglich nicht gültig zustande gekommen.

II. Keine Kündigung aufgrund von Art. 107 OR

- 69 Die Behauptung der Beklagten, der KV sei gemäss Art. 107 OR rechtmässig gekündigt worden, wird bestritten. Die Kündigung ist in verschiedenster Weise unwirksam.

1. Missachtung der Vorschriften nach Art. 102 ff. OR

a) Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts

- 70 Obwohl die Leistungen des Vorvertrags „Zug um Zug“ erfüllt werden mussten und die Beklagte ihre Leistung wie nachfolgend aufgezeigt wird (Rz 71 ff.) nicht ordnungsgemäss anbot, forderte die Beklagte die Leistung der Klägerin. In einem solchen Fall war die Klägerin zur Leistungsverweigerung gemäss Art. 82 OR berechtigt, ohne damit in Verzug zu geraten (vgl. HUGUENIN, N 929). Die Einrede musste ausserprozessual noch nicht geltend gemacht werden. Es reichte aus, dass die Klägerin die Leistung verweigerte (vgl. SCHALLER, N 147 ff.). Durch die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts der Klägerin, war es der Beklagten mithin nicht möglich, die Klägerin in den Schuldnerverzug zu setzen (vgl. SCHALLER, N 457; BGer Urteil 4A_27/2010 vom 30.08. 2010, E. 3.3).
- 71 Mittels des KV verpflichteten sich die Parteien zum Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrags (vgl. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 1). Dabei wurden die grundlegenden Bestimmungen in diesem Vorvertrag vereinbart. Wie aus dem KV ersichtlich ist, war auch die Garantiefrage für die Parteien eine subjektiv wesentliche Regelung, weshalb sie im KV wie nachfolgend aufgezeigt wird unter dem Punkt „Hauptbestimmungen“ genügend bestimmt festgelegt wurde (vgl. auch Rz 47).
- 72 Grundsätzlich sollten die Bestimmungen des HV „back-to-back“ in den SV übernommen werden (Art. 4 lit. a KV). Diese Regelung wurde bzgl. der Bankgarantien durch Art. 4 lit. c KV („[...] die unter dem HV verlangten Garantien und Zusicherungen bereitstellen wird [...]“) spezifiziert. Die besonderen Bestimmungen des HV (Art. 4.2.) sehen die Möglichkeit vor, für die Leistung der Erfüllungsgarantie eine Bank mit Sitz in der Schweiz oder in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union wählen zu können. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Garantie der Veneto Banca nicht unter die im HV geregelte Wahlmöglichkeit fallen soll, ist Italien doch Mitglied der Europäischen Union. So besagt die Bestimmung Art. 4 lit. c KV nur, “[...] dass GF die unter dem HV verlangten Garantien [...]” leisten müsse. Dass die Wahl der Beklagten einen Einfluss haben sollte, ist weder nach Wortlaut, noch nach Sinn und Zweck dieser Regelung ersichtlich. Die Klägerin musste und konnte mithin nach Treu und Glauben immer davon ausgehen, ihre Hausbank als Garantin verwenden zu können. Sie hatte denn auch schon Anfang Mai 2016 zur Unterzeichnung bereite Garantieverträge mit der Veneto Banca ausgehandelt.
- 73 Auch der Umstand, dass die Beklagte schon vor Abschluss des Vorvertrags um die Hausbank der Klägerin wusste und sie auch in einem Telefonat vom 20. April 2016 auf eine Garantieleistung der Veneto Banca hingewiesen wurde, unterstützt die obige Auslegung der Bestimmung

von Art. 4 lit. c KV. Die Beklagte liess die Klägerin zu diesem Zeitpunkt durch ihr Schweigen nie an der Möglichkeit ihrer Wahl zweifeln. Sie versties gegen das Vertrauensprinzip, indem sie erst am 30. Mai 2016, also eineinhalb Monate nach Erlass des HV, eine andere Bank verlangte, die nicht mehr den vereinbarten Konditionen entsprach. Zudem wurde der Klägerin bis zum Entwurf vom 30. Mai 2016 [K-9] nie eine, wie von der Beklagten vorgeschlagen, Liste mit wählbaren Banken zugestellt.

Indem die Beklagte von der Klägerin im SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 [K-9] eine nicht vertragsgemässe Garantieleistung verlangte und daran stur festhielt, fehlte es an einer ordnungsgemässen Erfüllung ihrerseits. Da die Klägerin damit zur Leistungsverweigerung nach Art. 82 OR berechtigt war, war ein Vertragsrücktritt der Beklagten nach Art. 107 Abs. 2 OR mangels Verzugs nicht wirksam.

b) *„Plus petitio“*

74 Wie aus den nachfolgenden Ausführungen (vgl. Rz 75) ersichtlich ist, ist das Schreiben vom 29. Juni 2016 [K-10] als Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR zu qualifizieren. Indem die Beklagte darin die Unterschrift des Vertragsentwurfs vom 30. Mai 2016 [K-9] forderte, verlangte sie hinsichtlich der Bankgarantie, wie oben dargelegt (vgl. Rz 71 ff.), mehr als von der Klägerin vertraglich geschuldet war. Da aus den Umständen erkennbar ist, dass die Beklagte eine vertragskonforme Leistung nicht angenommen hätte, wurde die Mahnung nicht wirksam vorgenommen (vgl. BK OR-WEBER, Art. 102 N 72; vgl. BGE 46 II 77, 85). Die Beklagte ist mithin auch in dieser Hinsicht mangels Verzugs nicht wirksam nach Art. 107 Abs. 2 OR vom KV zurückgetreten (vgl. KUKO OR-THIER, Art. 107 N 1).

c) *Keine Trennung von Mahnung und Nachfristansetzung*

75 Im Schreiben vom 29. Juni 2016 [K-10] wies die Beklagte die Klägerin auf die zeitliche Dringlichkeit hin und setzte dabei eine zehntägige Frist an, in welcher „letztmals“ die verlangte Unterschrift geleistet werden konnte. Es ist nicht klar erkennbar, ob die Beklagte mit dieser Frist die Mahnung befristen oder eine Nachfrist ansetzen wollte, da zwischen diesem Schreiben und der Kündigung keine weiteren schriftlichen Korrespondenzen mehr bestanden. Es muss mithin angenommen werden, dass dieses Schreiben von der Beklagten sowohl als Mahnung und aber auch als Nachfristansetzung gemeint war (vgl. BK OR-WEBER, Art. 107 N 102). In solchen unklaren Situationen ist die Klägerin jedoch zu schützen und es ist keine Nachfrist i.S.v. Art. 107 OR anzunehmen („*in dubio contra stipuatorem*“; vgl. BK OR-WEBER, Art. 107 N 103 m.V. SCHENKER F., N 483). Die Umstände sprechen hier für das Vorliegen einer Mahnung und folglich das Fehlen einer Nachfristansetzung. Ohne eine solche kann eine Kündigung nach

Art. 107 Abs. 2 OR nicht vorgenommen werden (BK OR-WEBER, Art. 107 N 54). Das Vorgehen der Beklagten nach Art. 102 ff. OR ist mithin auch in dieser Hinsicht mangelhaft, weshalb die Kündigung nicht zu hören ist.

d) Die Kündigung wurde verspätet vorgenommen

76 Sieht das Gericht im Schreiben der Beklagten von 29. Juni 2016 [K-10] eine Nachfrist, so ist die Kündigung der Beklagten dennoch nicht wirksam. Grund dafür ist, dass nach dem Ablauf der Nachfrist bis zur Kündigung zu lange gewartet wurde. Um den Zeitpunkt des Ablaufs der Nachfrist festlegen zu können, muss folgende Berechnung vorgenommen werden:

aa) Berechnung der Fälligkeit

77 Da die Parteien keinen bestimmten Fälligkeitstermin vereinbart haben, muss dieser aus den Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung von Treu und Glauben festgelegt werden (vgl. BSK OR I-LEU, Art. 75 N 4).

78 Um eine genügende Sicherheit und Klarheit zu gewähren, mussten die Parteien spätestens am 1. August 2016 einen abgeschlossenen SV anvisiert haben, damit mit den geologischen Vorabklärungen begonnen werden konnte. So hätten die geologischen Abklärungen zwei Monate gedauert (s. Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 9) und gemäss Appendix A. HV bis zum 1. Oktober 2016 abgeschlossen sein müssen.

79 Ein Vertragsschluss mit einem neuen Subunternehmer wäre für die Beklagte aufgrund der Exklusivitätsklausel (Art. 5 KV) nur in Frage gekommen, wenn sie das Vertragsverhältnis vorher mit der Klägerin aufgelöst hätte. Daher muss für die Festlegung des Fälligkeitszeitpunkts auch noch eine für die Kündigung i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR erforderliche Nachfrist berücksichtigt werden. Der Fälligkeitszeitpunkt ist demnach um die Dauer einer angemessenen Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR (die zehn Tage aus [K-10] scheinen dabei angemessen) früher anzusetzen. Zudem muss berücksichtigt werden, dass die Beklagte einen neuen Vertragspartner suchen musste, was ebenfalls mit einem Zeitaufwand verbunden war. Da die Beklagte, wie sie behauptet, innert neun Tagen einen neuen Vertragspartner fand, ist auch der Fälligkeitstermin noch einmal um sieben Werktage nach vorne zu verschieben. Eine Fälligkeit lässt sich somit frühestens am 7. Juli 2016 begründen (1. August 2016 - 10 Werktage Nachfrist - 7 Werktage um einen neuen Vertragspartner zu suchen).

bb) Missachtung der Unverzüglichkeit

80 Die Beklagte nahm ihre Mahnung und die bestrittene (s. Rz 75), damit verbundene Nachfrist am 29. Juni 2016 [K-10] vor. Zu diesem Zeitpunkt war die Leistung (s. Rz 79) noch nicht fällig. In einem solchen Fall tritt die Wirkung der Mahnung grds. zum Fälligkeitszeitpunkt ein (vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 8; BGE 103 II 102 E. 1a). Zwischen Ende der Nachfrist am

21. Juli 2016 (Fälligkeit am 7. Juli 2016 + zehn Werktage Nachfrist) und der Kündigung am 12. August 2016 vergingen somit mehr als drei Wochen. Dies widerspricht, wie nachfolgend festgehalten wird, dem Kriterium der „Unverzüglichkeit“ nach Art. 107 Abs. 2 OR.

81 „Unverzüglich“ i.S. des Gesetzes bedeutet ohne weitere Verzögerung, wobei dies mit Blick auf die gegenseitigen Interessen zu beurteilen ist. Gemäss Bundesgericht widerspricht ein 14-tägiges Warten schon dem Unverzöglichkeitskriterium. Lässt der Gläubiger den Schuldner trotz Nachfrist weiterarbeiten, ist auch allein in diesem Umstand ein Widerspruch zur Unverzüglichkeit zu sehen (BK OR-WEBER, Art. 107 N 145). Das Ziel dieser zeitlichen Einschränkung ist es, eine Hinauszögerung des Entscheids nach Art. 107 OR aus Spekulationsgründen von Seiten des Gläubigers zu verhindern (HGer Zürich, Geschäfts-Nr. 160287, Urteil vom 09.02.2017, E. 4.2.1).

82 Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Beklagte mit der Kündigung aus Spekulationsgründen 22 Tage lang wartete, um nicht die Gefahr einzugehen, ganz ohne Subunternehmer dazustehen. Zudem weckte das Weiterverhandeln der Beklagten bei der Klägerin das Vertrauen, weiter an das Bestehen des Vertrags zu glauben und damit, weiter Zeit und Geld in das Projekt zu investieren. Eine Kündigung i.S.v. Art. 107 OR wurde mithin auch diesbezüglich nicht wirksam vorgenommen.

2. Eventualiter: Verschulden der Beklagten am Verzug

83 Auch das treuwidrigen Verhalten und das Verschulden der Beklagten am Verzug (s. Rz 64 ff.) lassen ein Vertragsrücktritt i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR nicht zu (vgl. BK OR-WEBER, Art. 109 N 36).

E. Die Klägerin hat Anspruch auf das positive Interesse aus dem KV

I. Verletzung von Pflichten aus dem KV durch die Beklagte

84 Die Klägerin hat Anspruch auf das positive Vertragsinteresse aus dem KV, da die Beklagte den KV verschiedenartig verletzt hat.

1. Bestehen einer positiven Vertragsverletzung (Art. 4 lit. c und Art. 5 KV)

85 Da die Kündigung wie in Rz 59 ff. erläutert, nicht rechtsgültig erfolgte, besteht der KV und seine Bestimmungen noch.

86 Die Beklagte legte der Klägerin am 30. Mai 2016 einen Entwurf für den SV vor und verlangte, dass sie diesen unterschreibe. Allerdings enthielt dieser Entwurf nicht die abgemachte Klausel bzgl. der zu leistenden Garantien. Wie in Rz 72 ff. bereits erläutert, war die Einschränkung auf die Wahl von drei Schweizer Banken für die Leistung der Garantien, eine unzulässige Einschränkung der offenen Klausel des HV. Indem die Beklagte der Klägerin den Entwurf mit

dieser Abänderung bzw. Einschränkung vorlegte, verletzte sie Art. 4 lit. c KV und gab eine ungültige Willenserklärung ab, was als Schlechtleistung zu qualifizieren ist (HUGUENIN, N 847). Hieraus macht die Klägerin das positive Vertragsinteressen geltend (Art. 97 OR).

87 Durch den Abschluss eines Subunternehmervertrags mit der TP-Bahnen AG am 21. August 2016 [K-13] verletzte die Beklagte diese Klausel, die sie verpflichtet, exklusiv mit der Klägerin einen SV abzuschliessen (Art. 5 Teilsatz 1 KV). Da eine Pflichtverletzung vorliegt, kann die Klägerin auch hieraus ein positives Vertragsinteresse nach Art. 97 OR geltend machen (KUKO OR-THIER, Art. 97 N 4).

2. Verletzung einer Unterlassungspflicht

88 Durch den Abschluss des Subunternehmervertrages mit der TP-Bahnen AG verletzte die Beklagte auch den Art. 5 Teilsatz 2 KV, welcher besagt, dass die Beklagte ohne Zustimmung der Klägerin mit keinem anderem Unternehmen „Verhandlungen über die in Appendix I definierten Fremdleistungen“ führen darf. Wie erwähnt, besteht durch die ungültige Kündigung der Vorvertrag noch und die Klägerin hätte ihre Zustimmung für Verhandlungen mit anderen Unternehmen auch ab dem 12. August 2016 gegeben müssen. Diese erteilte sie aber weder explizit noch implizit. Die Beklagte verletzte somit die Unterlassungspflicht nach Art. 5 Teilsatz 2 KV und wird schadenersatzpflichtig. Die Beklagte hat deshalb das positive Vertragsinteresse aus Art. 98 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 OR zu ersetzen (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 13).

3. Unmöglichkeit des Abschlusses des Subunternehmervertrages

89 Da die Beklagte mit der TP-Bahnen AG bereits kontrahiert hat, ist es der Klägerin nicht mehr möglich, den SV mit der Beklagten zu schliessen. In einer solchen Situation, in der die Nichterfüllung der Schuldspflicht endgültig ist, kann eine objektive Leistungsunmöglichkeit fingiert werden (MONN, N 1052). Unmöglichkeit trat somit zum Zeitpunkt ein, in dem die Beklagte einen Subunternehmervertrag mit den TP-Bahnen AG abschloss [K-13]. Dies verunmöglichte eine gegenseitige Willenserklärung zwischen der Beklagten und der Klägerin komplett und machte einen Vertragsschluss zwischen der Beklagten und der Klägerin sinnlos. Die geschuldeten Leistungen, die Abgabe einer Willenserklärung und der Abschluss des SV, können infolge Zweckfortfalls nicht mehr erbracht werden (MONN, N 1056). Mithin kann die Klägerin i.S.v. Art. 97 OR das positive Vertragsinteressen verlangen (HUGUENIN, N 902).

II. Vorliegen von Schaden, Verschulden, Kausalität

90 Die Klägerin kann aus den soeben genannten Gründen die Verletzung der vorvertraglichen Pflichten nach Art. 97 f. OR geltend machen und daraus das positive Vertragsinteressen fordern (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 41). Die Klägerin soll so gestellt werden, wie

wenn der Vorvertrag korrekt erfüllt worden wäre, insbesondere da die Beklagte mit der TP-Bahnen AG einen neuen Subunternehmervertrag im Rahmen üblicher Bedingungen geschlossen hat (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 60). Die Klägerin hat somit das Recht, die Stellung zu erhalten, die sie hätte, wenn die Beklagte mit ihr den SV geschlossen hätte (vgl. dazu MERZ, N 311, 156), denn dann hätte sie ihr Vermögen entsprechend dem Gewinn vermehren können (SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 35). In diesem Fall hätte sie eine Gewinnmarge von CHF 4'320'000.00 erhalten (wie bereits in Ziff. 29 des Einleitungsgesuchs erläutert; Ersatz entgangener Gewinn: BUCHER, 343).

- 91 Die Beklagte verhielt sich mit der Verletzung der Verpflichtung aus dem Vorvertrag pflichtwidrig, wobei das Verschulden nach Art. 97 f. OR vermutet wird (BGE 128 III 271 E. 2aa; für Art. 98 Abs. 2 OR: BK OR-WEBER, Art. 98 N 114 m.Nw.). Eine Exkulpation dürfte aufgrund der Sachlage für die Beklagte schwierig sein. Für die Beklagte war voraussehbar, dass durch ihr Verhalten, genauer gesagt dem Eingehen eines Subunternehmervertrags mit der TP-Bahnen AG sowie die Missachtung von Regelungen aus dem KV bzgl. der Bankgarantien, der SV mit der Klägerin nicht abgeschlossen werden konnte und der Klägerin somit ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns entstehen würde.

III. Eventualiter: Verletzung der Exklusivitätsklausel

- 92 Selbst wenn das Schiedsgericht die Verletzung der vorvertraglichen Pflichten durch die Beklagte und den daraus entstehenden Anspruch aus Art. 97 f. OR verneint bzw. diese verneint, weil sie die Kündigung für gültig und somit den Vorvertrag als nicht mehr geltend erachtet, kann die Klägerin ein positives Vertragsinteresse aus Art. 98 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 OR geltend machen (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 13). Die Beklagte verletzte ihre vorvertraglichen Pflichten durch das Missachten der in Art. 5 KV vereinbarten Unterlassungspflicht in der Phase vor der vermeintlichen Kündigung am 12. August 2016. Wie bereits in Ziff. 27 der Einleitungsanzeige und Rz 67 erläutert, sind das schnelle Engagieren der TP-Bahnen AG als neue Subunternehmerin und das lange Zuwarten mit dem Aussprechen der Kündigung starke Indizien dafür, dass die Beklagte bereits vor der Kündigung des KV Verhandlungen mit der TP-Bahnen AG geführt hat. Es lässt sich anders nicht erklären, dass 10 Tage nach Kündigung des KV ein Zeitungsartikel über die Zusammenarbeit mit der TP-Bahnen AG erscheinen konnte. Es kann kaum möglich sein, dass die Beklagte während dieser kurzen Zeitspanne ein Angebot ausschreiben, ein neues Unternehmen finden, mit diesem verhandeln und sich einigen konnte, in Anbetracht der Tatsache, dass sich die Verhandlungen mit der Klägerin über Monate hinzogen.

93 Das Verschulden wird wie in Rz 91 erläutert, vermutet und, dass aus dem heimlichen Verhandeln mit einem anderen Unternehmen ein Schaden für die Klägerin, in Höhe des entgangenen Gewinns, entsteht, war für die Beklagte voraussehbar.

IV. Eventualiter: Pflichtwidriger Abbruch der Vertragsverhandlungen

94 Falls das Schiedsgericht den KV wider Erwarten als Verhandlungsvertrag qualifizieren sollte, hat die Klägerin gemäss Art. 97 OR trotzdem einen Anspruch auf den entgangenen Gewinn aufgrund des pflichtwidrigen Abbruchs der Vertragsverhandlungen durch die Beklagte. Ein Verhandlungsvertrag verpflichtet die Parteien zu Vertragsverhandlungen (MONN, N 360). Bricht eine Partei die Verhandlungen einseitig ab bzw. bemüht sie sich nicht aktiv um eine Einigung, bis die Verhandlungen endgültig gescheitert sind, verletzt sie diese Pflicht (MONN, N 910 f.). Ein Verhandlungsabbruch entspricht dabei einer pflichtwidrigen Verweigerung von Verhandlungen (MONN, N 908). Der Vertragsabbruch äussert sich u.a. darin, dass die Beklagte den Zweck der Verhandlungen absichtlich untergräbt, indem sie der Klägerin eine eingeschränkte Bankenwahl für die Leistung der Sicherheit, die über das Back-to-back-Prinzip hinausgeht (vgl. Rz 74) unterbreitet (vgl. MONN, N 915 und 777 ff.). Die Versuche der Klägerin trotzdem weiter zu verhandeln (vgl. [B-6], [K-11]), ignoriert die Beklagte und reicht am 12. August 2016 die Kündigung ein [K-12], wodurch sie die Verhandlungen definitiv einseitig abbricht. Zu dieser Zeit ist es aufgrund der Fälligkeit der Forderung (vgl. Rz 77 ff.) zwar möglich zu argumentieren, dass die Einigung aussichtslos war. Allerdings hat die Beklagte diese Hinauszögerung der Verhandlungen eben gerade durch das Unterbreiten der eingeschränkten Bankenwahl verschuldet (vgl. Rz 70 ff.) und kann sich somit nicht darauf berufen. Sie hat die Verhandlungen pflichtwidrig abgebrochen. Die Beklagte ist somit gehalten, den Aufwand für die Vertragsverhandlungen (MONN, N 1110) und v.a. den entgangenen Gewinn (MONN, N 1119) zu entschädigen. Der Schaden beträgt wie in Rz 90 erläutert CHF 4'320'000.00 in Form von entgangenem Gewinn.

Wir bitten das Schiedsgericht, den gestellten Rechtsbegehren nachzukommen,

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 8