

Musterargumentarium Zürcher Moot Court 2017/18

Inhaltsverzeichnis

Inhalt

I.	Vorbemerkungen	3
1.	PARTEIEN UND DRAMATIS PERSONAE	3
2.	CHRONOLOGIE DER EREIGNISSE.....	3
3.	RECHTSBEGEHREN	4
4.	LEX ARBITRI / ANWENDBARES RECHT	5
II.	Streitfrage i): Kam eine gültige Schiedsklausel (in den SV- Entwürfen) zustande?	6
1.	ARGUMENTE DER KLÄGERIN.....	6
1.1.	Formelle Gültigkeit	6
1.2.	Materielle Gültigkeit.....	7
1.3.	Objektive und subjektive Tragweite	8
2.	ARGUMENTE DER BEKLAGTEN	9
2.1.	Formgültigkeit	9
2.2.	Materielle Gültigkeit.....	10
2.3.	Objektive und subjektive Tragweite	11
III.	Streitfrage ii): Ist die Einrede der Verrechnung der Beklagten zu hören?	12
1.	ARGUMENTE DER KLÄGERIN.....	12
2.	ARGUMENTE DER BEKLAGTEN	14
IV.	Streitfrage iii): Wie ist der Kooperationsvertrag zu qualifizieren? .	16
1.	ARGUMENTE DER KLÄGERIN.....	16
2.	ARGUMENTE DER BEKLAGTEN	18
2.1.	Der Kooperationsvertrag ist ein Verhandlungsvertrag	18

V.	Streitfrage iv): War die DMB berechtigt, den Kooperationsvertrag zu kündigen?	19
1.	ARGUMENTE DER KLÄGERIN.....	19
1.1.	Keine Kündigung gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. g KV.....	19
1.2.	Kein Rücktritt nach Art. 107 OR	19
2.	ARGUMENTE DER BEKLAGTEN	21
2.1.	Kündigungsrecht nach Art. 8 Abs. 1 lit. g des Kooperationsvertrages... 21	
2.2.	Eventualiter: Rücktrittsrecht nach Art. 107 OR	21
VI.	Streitfrage v): Hat GF Anspruch auf das positive Interesse aus dem Kooperationsvertrag?	23
1.	ARGUMENTE DER KLÄGERIN.....	23
2.	ARGUMENTE DER BEKLAGTEN	24

I. Vorbemerkungen

1. PARTEIEN UND DRAMATIS PERSONAE

1. **G-Funivie S.r.l. ("Klägerin")**: Die Klägerin ist eine Gesellschaft des italienischen Rechtes mit Sitz in Verona, Italien, die sich auf den Bau von Seilbahninfrastruktur spezialisiert hat.
2. **DoubleM Bahnen AG ("Beklagte" oder "DMB")**: Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft des schweizerischen Rechtes mit Sitz in Zürich, Schweiz, ebenfalls spezialisiert auf den Bau von Seilbahninfrastruktur.
3. **Stadt und Kanton Zürich** (nicht Partei, der "**Klient**"): Das Gemeinwesen hat das Projekt zum Bau der Seilbahn Landiwiese-Zürichhorn (das "**Projekt**") öffentlich ausgeschrieben und ist mit der Beklagten ein entsprechendes Vertragsverhältnis über die Errichtung der Seilbahn Landiwiese-Zürichhorn (der "**Hauptvertrag**", K-4), eingegangen.
4. **AFAG-Bauplanung AG und TP-Bahnen AG** (nicht Parteien): Die Beklagte hat diese Gesellschaften als Vertragspartner bzw. Subunternehmer zur Erfüllung des Hauptvertrages herbeigezogen.

2. CHRONOLOGIE DER EREIGNISSE

5. Ende 2015: Der Klient schreibt das Projekt international aus (Einleitungsanzeige, Rz. 5).
6. 12. Januar 2016: Die Parteien unterzeichnen den Kooperationsvertrag (K-1).
7. 15. Januar 2016: Das Angebot der Beklagten zuhanden des Klienten wird eingereicht. Das Volumen des Angebotes liegt bei CHF 60'000'000.00; die Klägerin hat bei der Erstellung des Angebotes mitgewirkt.
8. 15. Februar 2016: Appendix I zum Kooperationsvertrag (K-2) wird abgeschlossen. Dieser hält den Umfang der von der Klägerin zu erbringenden Fremdleistungen bei 45% (d.h. CHF 27'000'000.00) fest.
9. 1. April 2016: Auf Anregung des Klienten wird das Angebot der Klägerin modifiziert, sodass neu AFAG-Bauplanung AG einen Teil der Fremdleistungen übernehmen wird. Einvernehmlich reduzieren die Parteien das Volumen der Fremdleistung in einem neuen Appendix I auf 40%, d.h. auf CHF 24'000'000.00 (K-3).

10. 8. April 2016: Die Beklagte erhält den Zuschlag vom Klienten.
11. 13. April 2016: Der Hauptvertrag (K-4) zwischen der Beklagten und dem Klienten wird unterzeichnet. In der Folge beginnen die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien, ausgehend vom Kooperationsvertrag.
12. 12. August 2016: Die Beklagte richtet ein Schreiben an die Klägerin, in dem sie die Kündigung des Kooperationsvertrages erklärt (K-12), nachdem der anvisierte Subunternehmervertrag nicht über das Stadium von drei Entwürfen („**SV-Entwürfe**“) je vom 25. April, 10. Mai und 30. Mai (K-7, B-3, K-9) hinausgekommen war.
13. 22. August 2016: Auf stanserpost.ch gibt TP-Bahnen AG die Kooperation mit der Beklagten für das Projekt bekannt (K-13).
14. 26. Mai 2017: Die Klägerin reicht die Einleitungsanzeige ein und stellt ein Klagebegehren.
15. 30. Juni 2017: Die Beklagte reicht ihre Einleitungsantwort ein, schliesst auf die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts, eventualiter auf die Abweisung der Klage, subeventualiter wird die Verrechnungseinrede erhoben.
16. 10. Juli 2017: Die Klägerin nimmt zur Verrechnungseinrede Stellung.
17. 15. September 2017: Das Schiedsgericht konstituiert sich mit Verfügung Nr. 1.
18. 16. Oktober 2017: Die Beklagte reicht eine Erwiderung zur Stellungnahme vom 10. Juli 2017 ein.
19. 20. Oktober 2017: Mit Verfügung Nr. 2 ergänzt das Schiedsgericht den Sachverhalt.
20. 11. Dezember 2017: Frist zur Einreichung der Klageschrift.
21. 19. März 2018: Frist zur Einreichung der Klageantwort.
22. 7. und 8. Mai 2018: Mündliche Verhandlung.

3. RECHTSBEGEHREN

23. In der Einleitungsanzeige vom 26. Mai 2017 hat die Klägerin das folgende Rechtsbegehren gestellt:

"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."

24. Die Klägerin hat im Rechtsbegehren in der Einleitungsanzeige den gesetzlichen Verzugszins noch nicht angesprochen. Die Klageänderung durch Weiterung um den Verzugszins ist in der Klageschrift gemäss Art. 20(1) Swiss Rules (vorbehalten eines anderen Entscheides des Schiedsgerichtes) noch zulässig.
25. Mit der Einleitungsantwort vom 30. Juni 2017 hat die Beklagte den folgenden prozessualen Antrag gestellt:

"Das Verfahren sei in zwei Phasen aufzuteilen und das Schiedsgericht soll in einem Vorentscheid gemäss Art. 186 Abs. 3 IPRG über seine Unzuständigkeit befinden."

26. Weiter hat die Beklagte in derselben Rechtschrift das folgende Rechtsbegehren gestellt:

"1. Auf die Schiedsklage sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten;

2. Eventualiter sei die Schiedsklage abzuweisen;

3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Klägerin."

27. Nicht in Form eines Rechtsbegehrens hat die Beklagte die Einrede der Verrechnung erhoben, welche sich aus der Einleitungsantwort (Ziff. 26) ergibt. Hier gilt, dass die Beklagte im Sinne von Art. 3(5) i.V.m. Art. 3(9) Swiss Rules die Möglichkeit hat, das Rechtsbegehren im Sinne einer Korrektur, oder gestützt auf Art. 20(1) Swiss Rules im Sinne einer Weiterung unter Vorbehalt einer anderen Entscheidung des Schiedsgerichtes, die Verrechnungseinrede noch nachträglich in der Klageantwort formulieren könnte.

4. LEX ARBITRI / ANWENDBARES RECHT

28. Auf den Kooperationsvertrag ist nach Art. 9 Abs. 3 materielles schweizerisches Recht anwendbar (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 1, Ziff. 10). Auf den Hauptvertrag (K-4) ist schweizerisches Recht anwendbar, weil die Beklagte und der Klient ihre Sitze in der Schweiz haben und es dementsprechend an einem Anknüpfungspunkt für das IPRG fehlt.

29. Ziff. 8 Abs. 4 des dritten und letzten Subunternehmervertrags-Entwurfs vom 30. Mai 2016 (K-9) sieht als Sitz des Schiedsgerichts Zürich vor. Die Klägerin hat ihren Sitz in Italien, weshalb das 12. Kapitel des IPRG als *lex arbitri* Anwendung findet (Art. 176 Abs. 1 IPRG). Die Swiss Rules sind als Schiedsordnung vereinbart worden (K-9, Ziff. 8).

II. Streitfrage i): Kam eine gültige Schiedsklausel (in den SV-Entwürfen) zustande?

30. Zu prüfen ist, ob durch den Austausch der drei nicht unterzeichneten SV-Entwürfe eine gültige Schiedsklausel im Sinne von Art. 178 Abs. 1 IPRG zustande gekommen ist. Die Schiedsklauseln liegen in zwei Fassungen vor, je in Art. 9 bzw. Art. 8 der SV-Entwürfe vom 25. April, 10. Mai und 30. Mai 2016 (Beilagen K-7, B-3, K-9). Die Fassungen in den Entwürfen vom 10. und 30. Mai sind identisch und entsprechen der Musterklausel der Swiss Rules.
31. Die objektive bzw. die subjektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes bzw. der Parteien ist nicht bestritten.

1. ARGUMENTE DER KLÄGERIN

1.1. Formelle Gültigkeit

32. Formgültig kommt die Schiedsvereinbarung zustande, wenn ihr Bestand durch Text nachweisbar ist. Als solche Form gilt jede beim Empfänger eingetroffene, visuell wahrnehmbare und physisch reproduzierbare Form¹. Nicht erforderlich ist eine Unterschrift, wie bei der einfachen Schriftlichkeit nach Art. 12 ff. OR.
33. Vorliegend haben die Parteien Vertragsentwürfe ausgetauscht. Eine erste Fassung lag in dem von der Beklagten eingebrachten SV-Entwurf vom 25. April 2016 (K-7) bereits vor, welcher im Wesentlichen der Schiedsklausel des Hauptvertrages vom 13. April 2016 (K-4) entsprach. Zwischen dem ersten und dem zweiten SV-Entwurf vom 10. Mai 2016 (B-3) hat die Klägerin eine Anpassung der Schiedsklausel vorgeschlagen und die ursprüngliche Fassung mit der Musterklausel der Swiss Rules ersetzt. Diesen Wortlaut der Schiedsklausel ist in der Folge im dritten SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 (K-9) nicht mehr verändert worden. Die Nachweisbarkeit durch Text ist bei Word-Dokumenten ohne weiteres gegeben, weshalb vorliegend die Formvorschriften eingehalten sind.

¹ BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 13.

1.2. Materielle Gültigkeit

34. Die materielle Gültigkeit liegt dann vor, wenn sie nach einer der drei in Art. 178 Abs. 2 IPRG benannten Rechtsordnungen gegeben ist (gewähltes Recht; auf den Hauptstreitgegenstand anwendbares Recht gemäss Art. 187 IPRG; schweizerisches Recht). Vorliegend liegen sowohl im Kooperationsvertrag als auch in allen SV-Entwürfen Rechtswahlklauseln zugunsten des schweizerischen Rechtes vor (Art. 9 Abs. 3 Kooperationsvertrag, K-1; Ziff. 9 Abs. 2 SV-Entwurf vom 25. April 2016, K-7; Ziff. 7 Abs. 2 SV-Entwürfe vom 10. und 30. Mai 2016, B-3, K-9). Somit ist allein das schweizerische Recht für die materielle Gültigkeit der vorliegenden Schiedsabrede zu konsultieren.
35. Umstritten ist vorliegend, ob ein Schiedswillen bzw. Konsens über die Schiedsabrede vorlag. Nach Art. 178 Abs. 3 IPRG und Art. 21(2) Swiss Rules ist das rechtliche Schicksal der Schiedsklausel unabhängig vom Hauptvertrag zu beurteilen. Dies gilt nach Rechtsprechung des Bundesgerichtes auch für den Fall, in welchem der Hauptvertrag gar nicht erst zustande kommt.² Eine Schiedsklausel kann demnach selbst dann gültig zustande kommen, wenn es am Austausch der übereinstimmenden Willenserklärungen für einen Hauptvertrag in diesem Geschäft fehlt (Grundsatz der Autonomie der Schiedsklausel, "*separability*").
36. Die *essentialia negotii* einer Schiedsabrede umfassen die **Prorogation der Gerichtsbarkeit eines Schiedsgerichtes**, die **Bestimmbarkeit der Parteien** (subjektive Tragweite) und die **Bezeichnung sowie die Bestimmbarkeit der Streitsache** (objektive Tragweite). Dies ist in Bezug auf die im letzten SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 (K-9) vorliegende Fassung der Schiedsklausel der Fall. Diese entspricht im Übrigen der Musterklausel der Swiss Rules (siehe oben, Rz. 33).
37. Im E-Mail vom 30. Mai 2016 (B-4) erklärte sich die Beklagte mit den "*kosmetischen Änderungen*" für einverstanden. Das umfasst auch den Wortlaut der Schiedsklausel, was wiederum bestätigt wird, indem der an diesem Tag von der Beklagten präsentierte dritte SV-Entwurf die Schiedsklausel im Vergleich zur Vorversion nicht verändert hat (vgl. B-3 und K-9). Weiter hat die Beklagte die Klägerin im Schreiben vom 29. Juni 2016 (K-10) aufgefordert, den Vertrag gemäss Stand vom 30. Mai 2016 (K-9) zu unterschreiben und damit unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass alles darin Enthaltene – inklusive der Schiedsabrede – ihrem Willen entspreche. Zuletzt ist die erste Fassung der Schiedsklausel gemäss SV-Entwurf vom 25. April 2016 (K-7) überhaupt erst durch die Beklagte in die Verhandlung eingebracht worden. Ihre Behauptung, es

² BGE 142 III 239 E. 3.2.1.

fehle am Schiedswillen sowie an einem Konsens über die Schiedsabrede, entbehrt damit jeder Grundlage.

38. Das Vorliegen eines Schiedswillens ist auch durch das vorvertraglich vereinbarte *back-to-back*-Prinzip gedeckt. Die Parteien haben im Kooperationsvertrag den Willen geäußert, alle Bestimmungen und Grundsätze des Hauptvertrages zwischen der Beklagten und dem Klienten auch für den zwischen ihnen abzuschliessenden Subunternehmervertrag gelten zu lassen (Art. 4 lit. a des Kooperationsvertrages). Dies muss auch für die Prorogation des Schiedsgerichtes gelten, welche in Art. 8 des Hauptvertrages vorliegt (vgl. K-4).
39. Die Parteien haben nach dem Gesagten einen rechtsgeschäftlichen Schiedswillen.

1.3. Objektive und subjektive Tragweite

40. Die subjektive Tragweite der Schiedsklausel umfasst die Klägerin wie auch die Beklagte, welche sowohl Partei des Kooperationsvertrages als auch Verhandlungspartner im Zusammenhang mit den SV-Entwürfen gewesen sind. Die subjektive Tragweite ist insofern unproblematisch und wird auch nicht bestritten.
41. Ist das gültige Zustandekommen einer Schiedsklausel festgestellt, so ist deren objektive Tragweite hernach weit auszulegen, weil angenommen werden kann, die Parteien wollten einen umfassenden Streitbeilegungsmechanismus für alle Streitpunkte aus dem Rechtsverhältnis vorsehen. Alles andere würde zu einer unsachgemässen Aufsplitterung zwischen staatlicher und Schiedsgerichtsbarkeit führen.³ Massgebend ist in erster Linie der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien.⁴ Kann ein solcher nicht festgestellt werden, ist die Schiedsvereinbarung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.⁵
42. Ausgangspunkt dieser Auslegung ist der Wortlaut:

Alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag, einschliesslich über dessen Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung [...]

³ Vgl. BGE 138 III 681 E. 4.4.; BGer 4C.40/2003 E. 5.2ff.; BGE 140 III 135 E. 3.2; BGE 116 Ia 56 E. 3b; GIRSBERGER/VOSEER, *International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives*, N 308; wohl auch BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Rz. 485 ff.

⁴ BGE 130 III 66 E. 3.2 S. 71 m.w.H.

⁵ BGE 140 III 134 E. 3.2.

43. Die offene Formulierung der Schiedsklausel in Ziff. 8 des SV-Entwurf vom 30. Mai 2017 (K-9) umfasst alle Meinungsverschiedenheiten *im Zusammenhang mit dem Subunternehmervertrag*, dessen Vorläufer der Kooperationsvertrag ist. Dass die Schiedsklausel auch auf den Kooperationsvertrag anwendbar ist, gilt umso mehr als dass die *essentialia negotii* des Subunternehmervertrages mit dem Kooperationsvertrag ja bereits vorliegen. Dies ergibt sich schon aus der Natur des Kooperationsvertrages als "Vorvertrag" (siehe unten, Rz. 80 ff.). Dieser will ja gerade nicht ein eigenständiger Vertrag sein, sondern dem Abschluss des eigentlichen "Hauptvertrages" zudienen. Sein Schicksal ist folgerichtig untrennbar mit dem Hauptvertrag, d.h. vorliegend dem Subunternehmervertrag bzw. den SV-Entwürfen, verbunden. Jede andere Lösung hätte nämlich zur Folge, dass es zu der oben angesprochenen, von den Parteien vermutlich nicht gewollten Aufsplitterung zwischen staatlicher und Schiedsgerichtsbarkeit kommen würde. Es wäre dann zu unterscheiden zwischen Ansprüchen aus der Kontrahierungspflicht gemäss Kooperationsvertrag und Ansprüchen aus dem Verhandlungsverlauf im Hinblick auf den Subunternehmervertrag (bspw. *culpa in contrahendo*); diese Abgrenzung kann juristisch kaum sauber vollzogen werden.
44. Nach dem Gesagten ist das Schiedsgericht für Ansprüche aus dem Kooperationsvertrag zuständig.

2. ARGUMENTE DER BEKLAGTEN

2.1. Formgültigkeit

45. Das Zustandekommen der Schiedsvereinbarung und der Verzicht auf den staatlichen Richter darf nicht leichthin angenommen werden. Es ist daher eine restriktive Auslegung geboten.⁶
46. Die Parteien können für die Schiedsklausel eine strengere Form als die in Art. 178 Abs. 1 IPRG vorgesehene vereinbaren.⁷ Ist ein Formvorbehalt vorgesehen, so wird angenommen, er gelte auch für die darin enthaltene Schiedsklausel.⁸
47. Die Klägerin behauptet, durch Austausch der SV-Entwürfe sei eine formell gültige Schiedsklausel zustande gekommen, indem namentlich die nach Art. 178 Abs. 1 IPRG massgebende Formvorschrift (Nachweisbarkeit durch Text) erfüllt worden ist. Dabei verkennt die Klägerin, dass die Parteien bezüglich des Kooperations-

⁶ Statt vieler BGE 128 III 58, 129 III 680 f.

⁷ STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, N 68.

⁸ BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, N 437.

vertrages – der als Grundlage für dieses Schiedsverfahren von der Klägerin selbst angerufen wird – in Art. 9 Abs. 2 einen Formvorbehalt der einfachen Schriftlichkeit gemäss Art. 12 OR vorgesehen haben. Diese geht weiter als die Formvorschrift gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG und sieht insbesondere die Unterzeichnung durch beide Parteien vor, was vorliegend eben gerade nicht geschehen ist. Nach Art. 16 Abs. 1 OR wird vermutet, dass die Parteien vor der Einhaltung der vereinbarten Form nicht verpflichtet sein wollen. Besteht dieser Formvorbehalt nur im Hauptvertrag, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob er sich auch auf die Schiedsklausel erstreckt.⁹

48. Anhaltspunkte, um von der Vermutung in Art. 16 Abs. 1 OR abzuweichen, sind vorliegend keine ersichtlich. Damit haben die Parteien zwar wohl über eine Schiedsklausel *für den vorgesehenen Subunternehmervertrag* diskutiert, aber zu einer Ergänzung des Kooperationsvertrages um diese Schiedsklausel ist es vorliegend nicht gekommen.¹⁰
49. Dieser Eindruck wird dadurch weiter bestärkt, dass die Schiedsklauseln alle integraler Bestandteil der SV-Entwürfe (K-7, B-3, K-9) waren, bei denen jeweils am Ende Unterschriftsseiten figurierten. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Parteien, die ein solches Dokument verhandeln, durch den Inhalt erst gebunden sein möchten, wenn sie die vorbereiteten Unterschriftsseiten signieren.¹¹
50. In Ermangelung der Schriftform ist der – unbestrittenermassen gültig zustande gekommene – Kooperationsvertrag somit nicht durch eine Schiedsklausel ergänzt worden. Alle Rechtswirkungen aus dem Kooperationsvertrag unterliegen somit der ordentlichen Gerichtsbarkeit.
51. Nach dem Gesagten fehlt es dem Schiedsgericht deshalb mangels formgültiger Schiedsklausel an der Zuständigkeit.

2.2. Materielle Gültigkeit

52. Weiter haben die Parteien keinen Konsens über die Schiedsabrede erzielt. Auch wenn die Schiedsabrede grundsätzlich autonom vom restlichen Vertragswerk existiert, kann dennoch nicht angenommen werden, dass eine Partei ihren Anspruch auf die staatliche Gerichtsbarkeit leichtfertig aufgegeben hätte.

⁹ BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 15

¹⁰ Vgl. GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 653 ff.

¹¹ Vgl. auch BGE 121 III 38 E. 3.

53. Vorliegend ist das Projekt als Gesamtes zu betrachten. Gegenüber dem Klienten hatte die Beklagte im Hauptvertrag in Ziff. 8 bereits auf die staatliche Gerichtsbarkeit verzichtet. Es wäre deshalb nur folgerichtig gewesen, eine gleiche Gerichtsbarkeit für alle konnexen Werkverträge im Zusammenhang mit dem Projekt zu treffen.
54. Ein solcher konnexer Werkvertrag mit der Klägerin kam aber eben gerade nicht zustande. Die beabsichtigte Schiedsklausel, die auch von der Beklagten in der Tat im SV-Entwurf vom 25. April 2016 (K-7) zuerst aufgeworfen wurde, ist im Lichte des *back-to-back*-Prinzips zu verstehen, wonach die Beklagte eine spiegelbildliche Übernahme aller Pflichten aus dem Hauptvertrag gewünscht hätte. Insbesondere sollte ein „Rosinenpicken“ vermieden werden, bzw. eine Aufspaltung von Risiko und Nutzen.
55. Demnach hätte ein Konsens zwischen Klägerin und Beklagter nur dann vorliegen können, wenn sie sich bezüglich *aller* Pflichten wie sie sich aus dem Hauptvertrag ergeben geeinigt hätten. Dass ein Konsens für einzelne Pflichten separat zustande kommt, muss aufgrund der besonderen Natur des *back-to-back*-Prinzips ausgeschlossen werden. Die Beklagte hätte der Schiedsabrede – wie auch dem Rest des Subunternehmervertrages – nur dann zustimmen können, wenn die Klägerin den *ganzen* Subunternehmervertrag spiegelbildlich zum Hauptvertrag akzeptiert hätte. Nach Auffassung der Beklagten, wie auch im Schreiben vom 29. Juni 2016 geäussert (K-10), lag mit dem dritten SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 ein solcher Entwurf vor, der dem *back-to-back*-Prinzip nachgekommen wäre. Die Klägerin hat diesen jedoch explizit abgelehnt (K-11).
56. Durch jede andere Auslegung würde man hier nachträglich einen Konsens konstruieren, wo nachweisbar kein Konsens vorlag und nicht einmal durch das Vertrauensprinzip hätte angenommen werden dürfen (vgl. K-10 und K-11).

2.3. Objektive und subjektive Tragweite

57. Laut Bundesgericht umfasst die Formulierung „*im Zusammenhang mit*“ weitere Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag, sowie dessen Zustandekommen oder Beendigung, nicht jedoch Streitigkeiten aus anderen Verträgen, auch wenn diese mit ersterem verbunden sind.¹² Die Parteien unterliessen es überdies bewusst, Formulierungen wie „alle Streitigkeiten [...] Ansprüche *und Verträge*“ oder „aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag *sowie dem Kooperationsvertrag*“ in ihre Schiedsklausel aufzunehmen.

¹² BGer 4A_452/2007 E. 2.5.2.

58. Dass der Kooperationsvertrag in der Schiedsklausel keine Erwähnung findet ist von grosser Bedeutung, war es doch die Klägerin, welche die modifizierte Schiedsklausel der SCAI in die Verhandlungen einbrachte (vgl. B-2). Es wäre an ihr gewesen, ausdrücklich Streitigkeiten aus dem Kooperationsvertrag einzuschliessen, hätte sie dies gewollt. Sie hat sich diese Formulierung deshalb entgegenhalten zu lassen («*in dubio contra stipulatorem*»; vgl. BGer 5C.271/2004, E. 2).
59. Nach dem Gesagten muss davon ausgegangen werden, dass die Parteien eine Unterstellung der Ansprüche und Forderungen aus dem Kooperationsvertrag unter die Schiedsabrede nicht gewünscht haben.

III. Streitfrage ii): Ist die Einrede der Verrechnung der Beklagten zu hören?

60. Die Beklagte hat im Fliesstext ihrer Einleitungsantwort vom 30. Juni 2017 die Einrede der Verrechnung erhoben (Einleitungsantwort, Ziff. 26). Es ist zwischen den Parteien umstritten, ob das Schiedsgericht diese Einrede hören darf.
61. Die Umstände und Hintergründe der zur Verrechnung gebrachten Forderung werden hier nur kurz skizziert, weil das Schiedsgericht die zu beantwortenden Rechtsfragen rund um die Verrechnungseinrede zunächst auf die Zuständigkeit beschränkt hat. Vorfrageweise ist jedoch dennoch kurz aufzuzeigen, auf welchem materiellen Rechtsgrund die zur Verrechnung gebrachte Forderung beruht, sodass sie unter die objektive Tragweite der Schiedsklausel subsumiert oder eben von dieser ausgeschlossen werden kann (*pro memoria*: Die Einrede wird nur eventualiter erhoben, sofern das Schiedsgericht die Zuständigkeit des Schiedsgerichts anerkennt).

1. ARGUMENTE DER KLÄGERIN

62. Wie oben gezeigt, haben die Parteien eine Schiedsabrede über alle Forderungen aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis getroffen (siehe Rz. 40 ff.). Dieses betrifft insbesondere den Kooperationsvertrag, aber auch den sich anbahnenden Subunternehmervertrag als Erweiterung der im Kooperationsvertrag niedergelegten Bestimmungen.
63. Die Klägerin hält zunächst fest, dass die Konventionalstrafe ihren Ursprung nicht in diesem Rechtsverhältnis hat, sondern auf den Hauptvertrag (konkret auf Ziff. 6

Abs. 3, vgl. K-4) zurückgeht. Sie ist demnach in erster Linie eine Angelegenheit zwischen der Beklagten und dem Klienten.

64. Zu prüfen wäre allenfalls, ob diese Konventionalstrafe eine Reflexwirkung auf das Rechtsverhältnis zwischen Klägerin und Beklagter haben könnte, bspw. indem die Klägerin sich zur solidarischen Mithaftung für diese Konventionalstrafe verpflichtet hätte, sei es vertraglich, oder weil die Parteien als einfache Gesellschaft nach Art. 530 OR und Art. 544 Abs. 3 OR aufgetreten sind.
65. Letzteres kann ausgeschlossen werden. Es liegt in der Natur eines "stillen Konsortiums" wie dem vorliegenden, dass sich nur der Generalunternehmer – in diesem Fall die Beklagte – gegenüber dem Klienten verpflichtet. Die Klägerin ist nie in einer Weise gegenüber dem Klienten aufgetreten, welche den Eindruck erweckt hätte, sie handle in solidarischer Haftungsgemeinschaft mit der Beklagten. Sie ist denn auch nicht Partei des Hauptvertrages (K-4), der ausschliesslich zwischen der Beklagten und dem Klienten geschlossen wurde.
66. Weiter ist der Subunternehmervertrag nie zustande gekommen. Vorvertraglich waren die Parteien durch den Kooperationsvertrag gebunden, jedoch hat dieser materiell-rechtlich nur soweit verbindliche Wirkung entfaltet, als dass der Abschluss des Subunternehmervertrages geboten war, die vertragliche Leistungspflicht war also allein eine Kontrahierungspflicht für einen Subunternehmervertrag. Dieser Vertrag ist aber aufgrund der Vertragsverletzungen der Beklagten nie erfüllt worden, wie unten gezeigt wird (siehe Rz. 106 ff.).
67. Die SV-Entwürfe haben sodann einzig Rechtswirkung durch das Zustandekommen der Schiedsabrede entfaltet; weitergehende Abreden, die nicht vom Grundsatz der Autonomie der Schiedsklausel profitieren, sind indes nie verbindlich geworden. Selbst wenn die SV-Entwürfe inhaltlich zu beachten wären (bspw. als Konkretisierung der Pflichten aus dem Kooperationsvertrag), so ergibt sich was folgt: Die Mittragung einer Konventionalstrafe im Sinne einer internen Schuldübernahme war im ersten SV-Entwurf vom 25. April 2016 in Ziff. 6 explizit vorgesehen (K-7). Im nächsten SV-Entwurf vom 10. Mai 2016 (B-3) ist diese Klausel entfernt worden und wurde im SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 nicht wiedereingesetzt (K-9). Es ergibt sich aus dem Gesagten, dass die Parteien in den Verhandlungen einen Haftungsausschluss sowie einen Verrechnungsverzicht für genau diesen Fall verabredet hatten, und die Entrichtung einer Konventionalstrafe unter dem Hauptvertrag keine Reflexwirkung auf den Kooperationsvertrag haben sollte.

68. Mangels Rechtspflicht aus dem Kooperationsvertrag, für allfällige Konventionalstrafen unter dem Hauptvertrag aufkommen zu müssen, kann die Verrechnungseinrede nicht von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel gedeckt sein.
69. Die Einrede scheidet überdies schon aus formellen Gründen. Die Verrechnungseinrede ist in der Einleitungsantwort in derselben Form wie die Klage geltend zu machen (Art. 3(10) Swiss Rules), was insbesondere bedeutet, dass sie im Rechtsbegehren zu erheben ist (Art. 3(3)(f), siehe auch Art. 19(3) i.V.m. Art. 18(2) Swiss Rules betreffend den Anforderungen an die Klageantwort). Als Leitfaden gilt, dass sie im Rechtsbegehren gemäss Art. 18(2)(d) Swiss Rules so formuliert sein muss, dass sie ohne weiteres in ein Urteil umformuliert werden kann. Die Erhebung der Verrechnungseinrede im Fliesstext genügt den Formanforderungen der Swiss Rules nicht.¹³
70. Nach dem Gesagten ist die Verrechnungseinrede nicht durch das Schiedsgericht zu hören.

2. ARGUMENTE DER BEKLAGTEN

71. Entgegen den Behauptungen der Klägerin ergibt sich die zur Verrechnung eingebrachte Forderung nicht aus dem Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Klienten (d.h. dem Hauptvertrag). Richtig hält die Klägerin fest, dass die Beklagte zwar unter dem Hauptvertrag zur Zahlung einer Konventionalstrafe angehalten worden ist (vgl. B-7). Dies hat bei der Beklagten zu einer Erhöhung der Passiven, mithin also zu einem Schaden geführt. Im vorliegenden Verfahren zur Verrechnung gestellt wird also nicht die Konventionalstrafe nach Ziff. 6 Abs. 3 des Hauptvertrages, sondern die Ersatzforderung gegen die Klägerin für den dadurch entstandenen Schaden.
72. Die Forderung ist demnach eine Forderung auf Schadenersatz infolge des Verzuges der Klägerin, den Subunternehmervertrag abzuschliessen. Der Rechtsgrund ergibt sich mithin aus Art. 106 Abs. 1 OR (Verzugsschaden). Dass sich die Klägerin im Verzug befunden hatte, wird unten aufgezeigt (siehe Rz. 99 ff.). Eventualiter, falls das Schiedsgericht wider Erwarten erkennt, dass die Klägerin sich nicht im Verzuge befand, so hat sie sich jedoch treuwidrig verhalten und damit ihre Pflichten aus dem Kooperationsvertrag verletzt. Diesfalls wäre sie aus Art. 97 OR haftbar. Die Beklagte braucht diesen Punkt hier jedoch nicht weiter zu

¹³ BERGER/PFISTER in: ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Swiss Rules of International Arbitration – Commentary, 2. A., 2014, Art. 18 N 13, Art. 19 N 8.

erläutern, da das Schiedsgericht die Fragestellungen einstweilen auf die formellen Aspekte der Einrede beschränkt hat.

73. In jedem Fall handelt es sich jedoch um eine Forderung auf Schadenersatz aus dem die Parteien verbindenden Rechtsverhältnis, namentlich dem Kooperationsvertrag. Die Beklagte hat bereits festgehalten, dass sie das Schiedsgericht grundsätzlich als für Forderungen aus dem Kooperationsvertrag unzuständig betrachtet. Kommt das Schiedsgericht aber wider Erwarten zum Schluss, es sei dennoch zuständig um über den Anspruch auf positives Interesse der Klägerin aus dem Kooperationsvertrag zu entscheiden, so muss auch die Verrechnungseinrede von der objektiven Tragweite gedeckt sein, ergibt sie sich doch – wie oben gezeigt – aus dem Kooperationsvertrag.
74. Weiter sieht Art. 21(5) Swiss Rules eine Erweiterung der objektiven Tragweite für Verrechnungseinreden vor, selbst wenn diese sich nicht aus dem vorliegenden Rechtsverhältnis ergeben würden. Demnach kann die Forderung selbst dann zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie sich aus einem anderen Verhältnis als aus dem Kooperationsvertrag ergäbe.
75. Aus der Streichung von Art. 6 des zweiten SV-Entwurfs (vgl. B-2), der eine Schadenersatzpflicht für Konventionalstrafen vorsah, kann nach Treu und Glauben sodann noch kein umfassender Verrechnungsverzicht abgeleitet werden, welcher Art. 21(5) Swiss Rules gar ausgeschlossen hätte. Die Beklagte akzeptierte die Streichung, weil Konventionalstrafen gemäss Art. 6 Abs. 5 des Hauptvertrages (vgl. oben, N 67) mit dem Gesamtpreis verrechnet werden und sich der klägerische Leistungsanspruch gemäss Appendix I (K-2) als prozentualer Anteil des Gesamtpreises berechnet. Konventionalstrafen hätten sich somit – *wenn denn ein SV geschlossen worden wäre* – auf die Werklohnforderung der Klägerin ausgewirkt.
76. Das Argument der Klägerin, die Einrede sei formungültig erhoben worden, grenzt zudem an überspitzten Formalismus. Mit BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. A., 2015, N 1220 ff., ist davon auszugehen, dass Art. 3(3) Swiss Rules lediglich verlangt, dass die Verrechnungseinrede chronologisch zu einem ähnlichen Zeitpunkt wie eine Widerklage zu erheben sei. Namentlich ist dies so früh wie möglich im Verfahren zu tun, jedenfalls nicht später als in der Klageantwort. Vorliegend wurde die Verrechnungseinrede mit der Einleitungsantwort im frühestmöglichen Zeitpunkt erhoben, weshalb die Beklagte den formellen Anforderungen von Art. 3(10) i.V.m. Art. 3(3)(f) Swiss Rules nachgekommen ist.

77. Im Übrigen sind die Vorschriften von Art. 3(3) Swiss Rules nur analog und sinn- gemäss, gestützt auf den Verweis in Art. 3(10) Swiss Rules, anzuwenden. Dass Art. 3(3)(f) Swiss Rules zwar explizit das Klagebegehren erwähnt, kann nur Be- deutung für Angriffsmittel haben. Verteidigungsmittel wie Einreden müssen grundsätzlich nie als Klagebegehren erhoben werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies für die Verrechnungseinrede anders sein solle.
78. Ohnehin kann der Beklagten hieraus kein Nachteil erwachsen, müsste doch das Schiedsgericht sie auffordern, ihr Rechtsbegehren im Sinne einer Korrektur der Einleitungsanzeige zu präzisieren, sollte es der Ansicht sein, ihre Vorbringen sei- en zu wenig klar formuliert (Art. 3(5) i.V.m. Art. 3(9) Swiss Rules). Alles andere käme einer Rechtsverweigerung und überspitztem Formalismus gleich.
79. Nach dem Gesagten ist die Verrechnungseinrede durch das Schiedsgericht zu hören. Alternativ kann die Beklagte das Rechtsbegehren auch in der Klageant- wort noch ausformuliert vorbringen.

IV. Streitfrage iii): Wie ist der Kooperationsvertrag zu qualifizieren?

1. ARGUMENTE DER KLÄGERIN

80. Von einem Vorvertrag im Sinne von Art. 22 OR ist dann auszugehen, wenn der Vorvertrag alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkt des Hauptver- trages in wenigstens bestimmbarer Form bereits enthält und die Parteien zum Abschluss verpflichtet. Vorliegend liegt ein Vorvertrag zu einem Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR vor, weshalb sich die zu identifizierenden objektiven Ver- tragspunkte nach dem Werkvertragsrecht bestimmen.
81. Zu den **objektiv wesentlichen Vertragsinhalten** eines Werkvertrages zählen i) das zu erstellende Werk und ii) der zu entrichtende Werklohn. Beide Elemente sind am 1. April 2016 in Appendix I festgelegt worden, wobei der Werklohn 40% des Projektwerts betrug (K-3). Dieser Appendix I kam nach einer einvernehmli- chen Vertragsänderung zustande, nachdem in einer älteren Version des Appen- dix I, datierend auf den 15. Februar 2016 (K-2), noch 45% vorgesehen waren. Ein Konsens bezüglich dieses sogenannten Fremdleistungsanteils lag demnach spätestens mit Unterzeichnung des Appendix I am 15. Februar 2016 (K-2) vor und die objektiv und subjektiv wesentlichen Elemente des zu schliessenden Werkvertrages waren bestimmbar, wenn nicht gar bestimmt. Dies anerkennt auch die Beklagte im Schreiben vom 29. Juni 2016 (K-10), wo sie den Umstand

anspricht, dass man sich auch nach ihrem Verständnis bereits im Januar 2016 auf die „*wesentlichen Punkte*“ geeinigt hat.

82. Unwesentlich ist der Versuch der Beklagten, den Fremdleistungsanteil in einem späteren Abschnitt des Verfahrens auf 25% zu reduzieren (B-1, B-3). Diese Reduktion ist als Antrag zur Vertragsanpassung zu verstehen, ist jedoch von der Klägerin nie akzeptiert worden und deshalb nicht zustande gekommen. Die Parteien waren nach wie vor an Appendix I gemäss dem Stand K-3 am 1. April 2016 gebunden.
83. Ob die Bankgarantien nach Art. 4 lit. c des Kooperationsvertrages **subjektiv wesentliche Vertragsinhalte** darstellen ist vorliegend nicht von Belang, weil sich auch hier deren Inhalt durch Art. 4 lit. a i.V.m. lit. c des Kooperationsvertrages bestimmen lässt, der wiederum auf die unter dem Subunternehmervertrag zu stellenden Bankgarantien verweist. Auch deren Inhalt war demnach für die Beklagte bestimmbar, nicht zuletzt weil sich die inhaltlichen Vorgaben *back-to-back* aus den materiellen Bestimmungen ergaben, welche die Beklagte mit dem Klienten im Hauptvertrag (K-4) aushandelte.
84. Weiter müssen die Parteien einen **Rechtsbindungswillen** bei Vertragsschluss gehabt haben. Dies wird gestützt durch eine teleologische Vertragsauslegung, insbesondere mit Verweis auf Art. 5 Kooperationsvertrag. Das darin angesprochene Exklusivitätsinteresse weist auf einen starken Bindungswillen der Parteien hin. Im E-Mail vom 30. Mai 2016 (B-4) äusserte sich die Beklagte zudem dahingehend, dass sie notfalls Leistungen aus dem Kooperationsvertrag direkt einfordern werde. Dies zeigt deutlich auf, dass beide Parteien von der rechtsverbindlichen und damit vorvertraglichen Natur der im Kooperationsvertrag geregelten Pflichten ausgegangen waren. Für den Rechtsbindungswillen spricht auch das Fehlen eines Verbindlichkeitsausschlusses, wie er für sogenannte Letter of Intents üblich ist.¹⁴
85. Weil die objektiv wesentlichen Vertragspunkte mit Appendix I (K-2, K-3) bereits bestimmt, die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte durch das *back-to-back*-Prinzip (Art. 4 lit. a, c Kooperationsvertrag) bestimmbar, und der Rechtsbindungswille aus dem Vertrag heraus offensichtlich ist, liegt ein Vorvertrag im Sinne von Art. 22 OR vor, welcher die Parteien zum Abschluss eines Werkvertrages (des Subunternehmervertrages) nach Art. 363 ff. OR verpflichtet hätte.

¹⁴ BGer 4C.409/2005 E. 2.3.1.

2. ARGUMENTE DER BEKLAGTEN

2.1. Der Kooperationsvertrag ist ein Verhandlungsvertrag

86. Ein Vorvertrag nach Art. 22 OR zeichnet sich durch die Pflicht aus, auf dem Vorvertrag aufbauend einen Hauptvertrag abzuschliessen. Demgegenüber hat der gesetzlich nicht geregelte Verhandlungsvertrag lediglich die Pflicht zum Inhalt, in guten Treuen über den Abschluss des Hauptvertrages zu verhandeln. Die Verhandlungen sind allerdings ergebnisoffen und können auch abgebrochen werden, wenn es nicht zum Konsens über die *essentialia* kommt.
87. Dass ein Konsens über die *essentialia* vorlag, kann vorliegend nicht angenommen werden. So hatten die Parteien insbesondere in Bezug auf den Werklohn (Fremdleistungsanteil) als auch die Bankgarantien nach Art. 4 lit. c des Kooperationsvertrages einen Dissens. Letztere stellen einen subjektiv wesentlichen Vertragsinhalt dar, was durch die besondere Hervorhebung in Art. 4 lit. c des Kooperationsvertrages verdeutlicht wird.
88. Das *back-to-back*-Prinzip stellt eine Leitlinie dar, anhand welcher die Verhandlungen in guten Treuen zu führen sind. In keinem Fall machen sie den Vertragsinhalt – sei er wesentlich oder nicht wesentlich – auch nur annähernd bestimmbar. Sonst hätte es ja die den Hauptvertrag aushandelnde Partei alleine in der Hand, Verpflichtungen anzunehmen und auszuhandeln, die sie anschliessend auf den Subunternehmer abwälzen könnte. Es ist den Parteien klar gewesen, dass ein Konsens erst in der Zeitperiode nach dem Abschluss des Hauptvertrages gefunden werden konnte, und dass eine sinnvolle Verhandlung erst möglich ist, wenn den Parteien der Inhalt des Hauptvertrages (K-4) bekannt ist.
89. Mit dem zweiten SV-Entwurf vom 10. Mai 2016 (B-3) hat die Klägerin die noch weit auseinanderliegenden Vorstellungen und Absichten der Parteien unterstrichen, indem sie völlig überraschend eine Reduktion des Fremdleistungsanteils von 40% auf 25% verlangt hat. Dies ist ein klarer Hinweis darauf, dass sich die Parteien, insbesondere die Klägerin, noch nicht mit der Beklagten über diesen Punkt geeinigt hatten. Der Fremdleistungsanteil, d.h. mithin der Werklohn, stellt aber unstreitig einen objektiv wesentlichen Vertragsbestandteil nach Art. 363 OR dar.
90. Zudem wird in Art. 8 Abs. 1 lit. g des Kooperationsvertrages ein Kündigungsrecht festgelegt, das bei Unmöglichkeit eines Konsenses angerufen werden kann. Dass der Tatbestand des „*Nichteinigwerden*“ ein Kündigungsgrund ist, zeigt deutlich auf, dass man sich im Zeitpunkt, da der Kooperationsvertrag geschlossen

wurde, eben gerade „noch nicht einig war“. In der Konsequenz haben die Parteien also erst einen Verhandlungsvertrag verabredet, bei dem der Ausgang noch ergebnisoffen ist. Konsens hätte zum Abschluss des Subunternehmervertrages, Dissens zur Kündigung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g geführt. Vorliegend hat sich letzteres Szenario realisiert.

V. Streitfrage iv): War die DMB berechtigt, den Kooperationsvertrag zu kündigen?

91. Zu prüfen ist, ob sich ein Recht der Beklagten ergibt, entweder gestützt auf den KV selbst (Art. 8 Abs. 1 lit. g KV) oder das Gesetz (Art. 107 OR), sich von den Verpflichtungen des Vertrages zu befreien.

1. ARGUMENTE DER KLÄGERIN

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

92. Art. 8 Abs. 1 lit. g scheint auf den ersten Blick beiden Parteien Anspruch auf eine Vertragskündigung bei fehlender Einigung zu geben. Diese Bestimmung kann aber nur angerufen werden, wenn keine Einigung über die Fremdleistungen getroffen wird. Dabei ist aber zu beachten, dass der Kooperationsvertrag auf den 12. Januar 2016, die erste Fassung des Appendix I aber erst auf den 15. Februar 2016 datiert (vgl. K-2). Mit Appendix I vom 15. Februar 2016 (mit Nachtrag vom 1. April 2016, K-3) sind die Fremdleistungen aber schon verbindlich definiert worden, weshalb Art. 8 Abs. 1 lit. g des Kooperationsvertrages gegenstandslos wurde. Diese Bestimmung hätte nur dann angerufen werden können, wenn im Nachgang zum Kooperationsvertrag gar nie erst ein Appendix I geschlossen worden wäre. Dies ergibt sich auch, wenn der Vertrag systematisch ausgelegt und die Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 lit. b des Kooperationsvertrages mit einbezogen wird.

93. Dies hat natürlich das Recht der Klägerin, einen Antrag auf Reduktion des Fremdleistungsanteils und damit Vertragsänderung zu stellen, nicht beeinträchtigt.

1.2. Kein Rücktritt nach Art. 107 OR

94. In Rz. 22 ff. ihrer Einleitungsantwort vom 30. Juni 2017 hat die Beklagte eventua-

den Schuldnerverzug. In Rz. 23 macht sie sinngemäss geltend, durch Nichtunterzeichnung des dritten SV-Entwurfs vom 30. Mai 2016 (K-9), spätestens aber durch das E-Mail der Klägerin vom 6. Juli 2016 (K-11), wäre die Klägerin im Verzug gewesen.

95. Verzug ist die Nichtleistung eines Schuldners trotz **Leistungsmöglichkeit**. Unter einem Vorvertrag schulden sich beide Parteien den Abschluss des Hauptvertrages. Die geschuldete Leistung besteht somit für beide Parteien darin, den Vertragsantrag der Gegenseite anzunehmen, wenn dieser mit den Anforderungen des Vorvertrages übereinstimmt. Sie können jedoch erst dann die Annahme erklären, wenn der ihnen vorgelegte Antrag mit dem Vorvertrag übereinstimmt, vorhin besteht mithin noch gar keine Leistungsmöglichkeit.
96. Vorliegend hat die Beklagte mit dem dritten SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 (K-9) eine fehlerhafte Willenserklärung vorgelegt, die im Punkt der Bankgarantien nicht mit den Anforderungen des Kooperationsvertrages (insbesondere dem *back-to-back*-Prinzip in Art. 4 lit. a) übereinstimmte. Eine solche Willenserklärung war die Klägerin nicht verpflichtet anzunehmen und es fehlte, mangels korrekten Antrages von der Beklagten, an der Möglichkeit, einen Subunternehmervertrag durch Annahme zustande zu bringen. Es fehlte also an der Leistungsmöglichkeit, weshalb die Klägerin zu diesem Zeitpunkt gar nicht in Verzug gelangen konnte.
97. Weiter ist eine Vertragspartei nicht zur Leistung verpflichtet, wenn die andere Partei zu erkennen gibt, dass sie nicht oder nicht richtig leisten werde. In analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR liegt deshalb ein antizipierter Vertragsbruch vor. In dieser Situation kann von einem Schuldner nicht verlangt werden, mit der eigenen Leistung voranzugehen, wenn er erwarten muss, keine Gegenleistung zu erhalten. Vorliegend hat die Beklagte klargestellt, dass sie die Bankgarantien nach Art. 4.2 und Art. 14.2 der Besonderen Vertragsbedingungen nicht analog den unter dem Hauptvertrag (K-4) geltenden Bestimmungen ausgestalten werde, wie es das *back-to-back*-Prinzip verlangte. Unter dem Hauptvertrag (K-4) war die Beklagte nur verpflichtet gewesen, die Bankgarantie einer Bank mit Sitz in der EU oder der Schweiz aufzunehmen. Dieses Erfordernis ist im dritten SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 (K-9) ohne ersichtlichen Grund auf schweizerische Grossbanken eingeeengt worden, nachdem die Beklagte im ersten Entwurf vom 25. April 2016 (K-7) noch das ursprüngliche, dem Hauptvertrag (K-4) entsprechende EU-Schweiz-Sitzerfordernis übernahm. Es kann im Lichte von Art. 4 lit. a des Kooperationsvertrages nicht angehen, dass die Beklagte von der Klägerin im Subunternehmervertrag mehr verlangt, als sie selbst unter dem Hauptvertrag (K-4) zu leisten verpflichtet war.

98. Es konnte deshalb von der Klägerin nicht verlangt werden, einen weiteren, vierten SV-Entwurf anzubieten, solange der antizipierte Vertragsbruch Bestand hatte. Um diese Situation zu bereinigen, haben die Parteien auch nach dem 30. Mai 2016 noch korrespondiert, ohne dass jedoch die Beklagte von ihrer widerrechtlichen Position abgerückt wäre (siehe bspw. K-11, B-6, Verfügung Nr. 2 Ziff. 11). Auf jeden Fall aber konnte die Klägerin in dieser Situation, da die Beklagte die Abgabe einer Willenserklärung zu vorvertragskonformen Konditionen verweigerte, nicht in Verzug geraten.
99. Selbst wenn der Beklagten zu folgen und die Klägerin in Verzug geraten wäre, so hat sie es doch versäumt den Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR unverzüglich auszuüben, wie es das Gesetz verlangt. Im Schreiben vom 29. Juni 2016 (K-10) hat die Beklagte der Klägerin eine „Nachfrist“ von zehn Werktagen zur Unterzeichnung des dritten SV-Entwurfs (K-9) gesetzt. Diese wäre am 13. Juli 2016 abgelaufen. Jedoch hat die Beklagte sodann mit der Erklärung des „Rücktritts“ nach Art. 107 Abs. 2 OR bis zum 12. August 2016 zugewartet. In keinem Fall genügt dies der Anforderung der Unverzüglichkeit, wie sie sich aus Art. 107 Abs. 2 OR ergibt.¹⁵
100. Die Klägerin ist auch nicht durch Ablauf eines Verfalltages in Verzug geraten, da ein solcher unter dem Kooperationsvertrag nicht existiert (vgl. Ziff. 7 des Verfahrensbeschluss Nr. 2).

2. ARGUMENTE DER BEKLAGTEN

2.1. Kündigungsrecht nach Art. 8 Abs. 1 lit. g des Kooperationsvertrages

101. Art. 8 Abs. 1 lit. g des Kooperationsvertrages sieht ein Kündigungsrecht vor, wenn es den Parteien nicht gelingt, sich auf den Umfang der Fremdleistungen zu einigen. Genau dieser Fall ist im Sommer 2016 jedoch immer deutlicher zutage getreten, hat doch die Klägerin immer wieder auf der Reduktion auf 25% beharrt (vgl. K-11, B-1, B-6). Die Beklagte war deshalb berechtigt, dass für diesen Fall festgehaltene Wahlrecht in diesem Sinne auszuüben und die Kündigung *ex nunc* des Vertrages zu erwirken.

2.2. Eventualiter: Rücktrittsrecht nach Art. 107 OR

102. Die Beklagte hat mit dem dritten SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 (K-9) einen Vertragsentwurf angeboten, welcher die Eckpunkte des Kooperationsvertrages, ins-

¹⁵ CHK-FURRER/WEY, OR 107, N 37.

besondere den vorab in Appendix I festgelegten Fremdleistungsanteil, und das *back-to-back*-Prinzip berücksichtigt hat. Die Klägerin als Schuldnerin war also zur Leistung eingeladen, indem sie den dritten SV-Entwurf entweder annehmen, oder aber mit minimalen, konstruktiven Korrekturen retournieren sollte. Es geschah jedoch weder das Eine noch das Andere, und auch als die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 29. Juni 2016 (K-10) im Sinne einer Mahnung zur Leistung, d.h. zur Unterzeichnung des dritten SV-Entwurfs, anhielt, leistete die Klägerin dem keine Folge. Durch Mahnung vom 29. Juni 2016 (K-10) ist die Klägerin damit in Verzug gesetzt worden. Mit demselben Schreiben hat die Beklagte eine Nachfrist zur Erfüllung von zehn Werktagen gesetzt, welche von der Klägerin nicht eingehalten worden ist.

103. Die Ansetzung einer Nachfrist nach Art. 107 Abs. 1 OR vor Ausübung der Wahlrechte ist nicht erforderlich, wenn ein Fall nach Art. 108 OR vorliegt. Vorliegend kann die Beklagte sich sowohl auf Art. 108 Ziff. 1 als auch Ziff. 2 OR berufen: Mit dem E-Mail vom 6. Juli 2016 (K-11) hat die Klägerin mehr als deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie den dritten SV-Entwurf und damit einen dem Kooperationsvertrag entsprechenden Vertragsantrag der Beklagten nicht annehmen werde (*„der Entwurf vom 30. Mai ist [...] immer noch inakzeptabel“*; *„da wir unter diesem Zeitdruck wohl nicht in der Lage sind, rechtzeitig das nötige Equipment und das Knowhow (...) zu beschaffen“*). Es ist also deutlich geworden, dass die Klägerin als Schuldnerin die Leistung nicht gehörig erbringen würde, wodurch Art. 108 Ziff. 1 OR erfüllt wird.
104. Art. 108 Ziff. 2 OR wird sodann aus den folgenden Gründen erfüllt: Es ist richtig, dass kein konkreter Verfallstag verabredet worden ist. Allerdings ergibt sich aus Treu und Glauben, dass ein Verhandlungsvertrag nicht ohne jegliche zeitliche Vorgabe existieren kann. Vorliegend ergeben sich zeitliche Begrenzungen insbesondere aus dem Appendix A des Hauptvertrages (K-4), welcher den Terminplan und die zu erreichenden Milestones des Projektes regelt. Der Klägerin war dieser Terminplan natürlich bekannt. Insbesondere wusste sie auch um das Nahen des ersten Milestones am 1. Oktober 2016, namentlich der geologischen Voruntersuchungen. Weil es einer in der Industrie erfahrenen Unternehmung bekannt sein dürfte, dass solche Untersuchungen in den konkreten Umständen rund zwei Monate dauern (Ziff. 9, Verfahrensbeschluss Nr. 2), wäre der späteste Zeitpunkt für einen Abschluss des Subunternehmervertrages der 1. August 2016 gewesen. Nach Treu und Glauben ist dieses Datum als Verfallstag anzunehmen. Jedenfalls wäre der Abschluss des Subunternehmervertrages nach dem 1. August 2016 für die Beklagte ohnehin nutzlos geworden, weil eine termingerechte Erfüllung des Hauptvertrages (K-4) nicht mehr möglich wäre.

105. Nach dem Gesagten ist die Klägerin seit dem 29. Juni 2016 durch Mahnung, spätestens aber seit dem 1. August 2016 durch einen Verfalltag nach Treu und Glauben im Verzug. Zum Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR war die Beklagte ohne Ansetzung einer Nachfrist berechtigt, weil die Tatbestände von Art. 108 Ziff. 1, 2 OR durch das Verhalten der Klägerin erfüllt worden sind.

VI. Streitfrage v): Hat GF Anspruch auf das positive Interesse aus dem Kooperationsvertrag?

1. ARGUMENTE DER KLÄGERIN

106. Weil die Beklagte den Kooperationsvertrag weder nach Art. 8 Abs. 1 lit. g kündigen, noch von ihm gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR zurücktreten konnte, muss ihre „Kündigung“, die sie am 12. August 2016 erklärte (K-12) als Rücktritt nach Art. 377 OR verstanden werden.¹⁶
107. Es ist dabei nicht wesentlich, ob ein Vorvertrag zu einem Werkvertrag oder schon ein Werkvertrag vorliegt, weil Art. 377 OR auf beide Anwendung findet.¹⁷ Die Klägerin kann somit das Vertragsinteresse unter dem Vorvertrag, das identisch mit dem positiven Interesse des Subunternehmervertrages gewesen wäre, direkt einfordern (sogenannte „Einstufentheorie“).¹⁸ Sie muss nicht zuerst auf Abschluss eines (vorliegend bereits durch Zeitablauf völlig gegenstandslos gewordenen) Hauptvertrages klagen, und dann gestützt auf dessen Erfüllung oder positives Interesse verlangen, wie es etwa die Zweistufentheorie suggerieren würde.
108. Ein Rücktritt nach Art. 377 OR steht dem Besteller jederzeit offen, jedoch hat er den Unternehmer schadlos zu halten. Dies bedeutet, dass er ihm das positive Vertragsinteresse zu ersetzen hat, der Unternehmer ist also so zu stellen, als wäre der (Vor-)Vertrag richtig erfüllt worden. Massgebend ist die von den Parteien vereinbarte Gewinnmarge¹⁹, welche im vorliegenden Rechtsstreit CHF 4'320'000 beträgt (18% auf den Fremdleistungsanteil der Klägerin, von insgesamt 40% des gesamten Projektvolumens von CHF 60'000'000.00, vgl. K-3).
109. Eventualiter ergibt sich der Anspruch auch aus Art. 97 OR, ist doch der Klägerin durch Vertragsbruch der Beklagten Schaden (d.h. entgangener Gewinn im oben

¹⁶ Vgl. BGE 98 II 113 E. 2.

¹⁷ BGE 117 II 272 E. 3b.

¹⁸ BGE 118 II 32.

¹⁹ BGE 117 II 272 E. 3b.

substantiierten Umfang) entstanden. Insbesondere folgende Verhaltensweisen der Beklagten sind als Verletzung vertraglicher Pflichten zu beurteilen:

- a. Verletzung des *back-to-back*-Prinzips in Art. 4 lit. a des Kooperationsvertrages.
- b. Nichtgewährung derselben Konditionen für die Bankgarantien der Klägerin wie unter dem Hauptvertrag (K-4) im Sinne von Art. 4 lit. c des Kooperationsvertrages.
- c. Verletzung der Exklusivität nach Art. 5 und der Vertraulichkeit nach Art. 6 des Kooperationsvertrages: Wie sich aus K-13 ergibt, hat die Beklagte schon am 22. August 2016 einen Subunternehmervertrag mit TP-Bahnen AG abgeschlossen, dies nur zehn Tage nach der „Kündigung“ des Kooperationsvertrages (bzw. dem Rücktritt nach Art. 377 OR, siehe oben Rz. 106 ff.). Diese zeitliche Nähe kann nichts Anderes bedeuten, als dass die Beklagte bereits vorher, d.h. noch während der unbestrittenen Geltungsdauer des Kooperationsvertrages bis zum 12. August 2016, mit TP-Bahnen AG als Drittpartei verhandelt hat. Dies stellt eine klare Verletzung von Art. 5 und Art. 6 des Kooperationsvertrages dar.

110. In der Summe sind diese Vertragsverletzungen kausal für das Nichtzustandekommen des Subunternehmervertrages und damit den entgangenen Gewinn der Klägerin. Diese ist damit berechtigt, das positive Interesse unter Art. 97 OR von der Beklagten einzufordern.

2. ARGUMENTE DER BEKLAGTEN

111. Die Parteien haben in Art. 8 Abs. 2 des Kooperationsvertrages im Sinne einer Saldoklausel vorgesehen, dass sie nach Beendigung des Vertrages keine weiteren gegenseitigen Ansprüche mehr haben sollten, selbstredend natürlich unter Ausschluss solcher, die sich aus absichtlicher oder grobfahrlässiger Vertragsverletzung ergeben würden (Art. 100 OR). Wäre Art. 377 OR anwendbar, so wäre dieser mit Art. 8 Abs. 2 des Kooperationsvertrages gültig wegbedungen worden, handelt es sich doch dabei um rein dispositives Recht.²⁰ Die Anspruchsregelung wird weiter unterstrichen durch Art. 7 Abs. 1 des Kooperationsvertrages. Kosten und Aufwendungen im Hinblick auf das Projekt sind unter einem Verhandlungsvertrag üblicherweise von den Parteien selbst zu tragen.

²⁰ CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, OR 377, N 7.

112. Ohnehin gibt ein Verhandlungsvertrag wie der vorliegende Kooperationsvertrag keinen Anspruch auf das positive Interesse. Aus der Verhandlungspflicht allein kann noch kein Anspruch auf den hypothetischen Gewinn des später abzuschliessenden Hauptvertrages abgeleitet werden, beinhaltet dieser doch keine Pflicht auf Abschluss des Hauptvertrages.
113. Soweit es die Behauptung der Klägerin betrifft, die Beklagte habe den Kooperationsvertrag verletzt, so wird dies von der Beklagten bestritten. Im Einzelnen gilt dazu was folgt:
- a. Das *back-to-back*-Prinzip nach Art. 4 lit. a des Kooperationsvertrages wurde nicht verletzt. Die Beklagte hat der Klägerin im dritten SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 (K-9) exakt dieselben Konditionen angeboten, welche sie selbst unter dem Hauptvertrag (K-4) eingegangen ist. Die Parteien sind sich diesbezüglich, mit Ausnahme der Bankgarantien und des sogenannten "Grossbankenerfordernis", einig (K-10a, K-11).
 - b. Soweit es das Grossbankenerfordernis betrifft, so ergibt sich aus der durch das *back-to-back*-Prinzip beabsichtigten Risikoallokation zweifelsfrei, dass die Bankgarantien unter dem Subunternehmervertrag qualitativ gleichwertig mit den Bankgarantien des Hauptvertrages (K-4) hätten sein sollen. Vorliegend hat die Beklagte unter dem Hauptvertrag eine Bankgarantie der Credit Suisse aufgenommen. Die von der Klägerin angebotene Bankgarantie der Veneto Banca erfüllt die Äquivalenzanforderung in keiner Weise. Aus öffentlichen Marktinformationen ergibt sich, dass die Veneto Banca im Sommer 2016 (also just wenige Wochen nachdem sie die Bankgarantien gemäss Klägerin aufgenommen hätte) in finanzielle Schwierigkeiten geraten ist, und 2017 gar in den Konkurs gefallen ist.²¹ Die Ausführungen der Klägerin, welche der Beklagten die Bankgarantie einer insolventen Bank angeboten hatte, sind deshalb nicht weiter zu beachten.
 - c. Der Vorwurf der Verletzung der Exklusivitäts- und Vertraulichkeitsklauseln (Art. 5, 6 des Kooperationsvertrages) wird von der Beklagten bestritten. Die Klägerin substantiiert diesen Vorwurf auch durch keine weiteren Beweismittel, ausser dem Screenshot einer Kurzmeldung der stanserpost.ch (K-13). Sie verkennt, dass die Verhandlungen durchaus in derart kurzer Zeit erfolgreich abgeschlossen werden können, wenn nur der Vertragspartner willig ist. So hat ein ausgefertigter Vertragsentwurf mit dem dritten SV-Entwurf

²¹ <http://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/zerschlagung-kriselnde-veneto-banken-nicht-mehr-zu-retten-/19975838.html>

(K-9) bereits seit dem 30. Mai 2016 vorgelegen, zudem ist die Beklagte im August 2016 bereits unter hohem Zeitdruck gestanden. Die sogenannte "kurze" Zeitspanne zwischen dem 12. und 22. August 2016 ist insofern kein ausreichendes Indiz dafür, dass die Beklagte irgendwelche Pflichten unter dem Kooperationsvertrag verletzt hätte.

114. Mangels einer Vertragsverletzung ist der Tatbestand von Art. 97 OR nicht erfüllt und die Klägerin kann daraus auch keine Ansprüche ableiten.

Zürich, 13. April 2018