

Moot Court Team 6

Marius Bättig
Remo Di Marco
Severin Egloff
Florian Prantl

Einschreiben

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Löwenstrasse 11
Postfach 3058
CH-8021 Zürich

19. März 2018

Klageantwort

Swiss Rules Fall Nr. 54699-2017

In Sachen

G-Funivie S.r.l.

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 7

gegen

DoubleM Bahnen AG

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 6

Klägerin und Beklagte
gemeinsam "**die Parteien**"

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

1. „Auf die Schiedsklage sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten;
2. Eventualiter sei die Schiedsklage abzuweisen;
3. Subeventualiter sei der Anspruch der Klägerin mit dem Schadenersatzanspruch der Beklagten i.H.v. CHF 1'000'000 zzgl. gesetzlicher MWST zu verrechnen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Klägerin.“

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Entscheidungsverzeichnis.....	XIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XVIII
A. Auf die Schiedsklage ist nicht einzutreten.....	1
I. Das Schiedsgericht ist nicht zuständig.....	1
1. Es besteht keine gültige Schiedsklausel	1
a) Die Schiedsvereinbarung erfüllt das Formerfordernis nicht	1
b) Nach Treu und Glauben bestand kein Rechtsfolgewillen	2
2. Die Ansprüche fallen nicht unter die objektive Tragweite der Schiedsklausel	3
II. Eventualiter: Die Verrechnungseinrede ist zu hören.....	4
1. Das Schiedsgericht ist zur Beurteilung der Verrechnungseinrede zuständig	4
2. Die Beklagte hat die Verrechnungseinrede formgerecht erhoben	5
3. Die Beklagte hat keine Einschreibgebühr zu entrichten	6
4. Die Beklagte hat keinen Kostenvorschuss zu leisten	7
a) Die Verrechnungseinrede ist für die Höhe des Streitwertes unbeachtlich	7
b) Ein fehlender Kostenvorschuss ist unbeachtlich	7
B. Eventualiter: Die Schiedsklage ist abzuweisen.....	8
I. Der KV ist ein Verhandlungsvertrag.....	8
1. Die <i>essentialia</i> des zu schliessenden SV sind nicht hinreichend bestimmt.....	8
a) Die Bankgarantien sind für die Beklagte subjektiv wesentlich.....	8
b) Keine Bestimmbarkeit aufgrund von Art. 4 lit. a KV (<i>back-to-back-Prinzip</i>).....	9
c) Keine Bestimmbarkeit aufgrund von Art. 4 lit. c KV.....	9
2. Der KV begründet keine Kontrahierungspflicht.....	9
a) Der Wortlaut ist unklar	10
b) Art. 4 KV legt den Verhandlungsgegenstand fest	10
c) Das vertragliche Rücktrittsrecht schliesst eine Kontrahierungspflicht aus.....	11
3. Eventualiter: Der KV hat sich in einen Verhandlungsvertrag gewandelt	11
II. Die Beklagte ist rechtmässig vom KV zurückgetreten.....	12
1. Die Beklagte ist nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV zurückgetreten	12
a) Die Parteien haben sich nicht geeinigt.....	12
b) Die Beklagte hat sich nicht treuwidrig verhalten	12
i) Die Beklagte hat die Fremdleistungsreduktion rechtmässig abgelehnt.....	13

ii) Der Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV ist beschränkt.....	14
2. Eventualiter: Die Beklagte ist nach Art. 107 OR zurückgetreten	14
a) Der Abschluss des SV war fällig.....	14
b) Die Klägerin hat ihre Kontrahierungspflicht nicht erfüllt.....	14
i) Die Beklagte hat vorvertragskonform angeboten	14
ii) Die Beklagte befand sich nicht in Gläubigerverzug.....	15
c) Die Beklagte konnte ohne Nachfristansetzung zurücktreten	16
d) Die Berufung auf fehlende Unverzüglichkeit ist widersprüchlich	16
III. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf das positive Vertragsinteresse	16
1. Die Klägerin hat keinen Anspruch aus Verhandlungsvertrag.....	16
a) Vermeintliche Ansprüche der Klägerin sind wegbedungen.....	16
b) Die Beklagte hat ihre Verhandlungspflichten nicht verletzt	17
c) Eventualiter: Ein entgangener Gewinn ist nicht zu ersetzen.....	17
d) Die Beklagte hat die Exklusivitätsklausel nicht verletzt.....	18
2. Eventualiter: Die Klägerin hat keinen Anspruch aus Vorvertrag	19
a) Die Klägerin hat keinen Anspruch aus Art. 377 OR	19
b) Die Klägerin hat keinen Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR	20
i) Die Beklagte hat ihre vorvertraglichen Pflichten nicht verletzt.....	20
ii) Die Beklagte hat die Exklusivitätsklausel nicht verletzt	20

Literaturverzeichnis

ARROYO MANUEL (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn 2013

(zit.: *Practitioner's Guide SRIA-BEARBEITER/-IN*, Art. ... N ...)

N [29, 37]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Auflage, Bern 2015

(zit.: *BERGER/KELLERHALS*, N ...)

N [2, 4, 5, 8, 15, 16]

BERGER KLAUS PETER, *Set-Off in International Economic Arbitration*, *ArbInt* 1/1999, 53 ff.

(zit.: *BERGER*, ...)

N [38]

BRÜGGEMANN DIETER, *Causa und Synallagma im Recht des Vorvertrages*, *JR* 1968, 202 ff.

(zit.: *BRÜGGEMANN*, ...)

N [75]

BUCHER ANDREAS (Hrsg.), *Commentaire romand, Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL)*, Basel 2011

(zit.: *CR LDIP-BEARBEITER/-IN*, Art. ... N ...)

N [7]

BÜHLER MICHAEL W./JARVIN SIGVARD, *The Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC)*, in: WEIGAND FRANK-BERND (Hrsg.), *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, 2. Auflage, Oxford 2009

(zit.: *BÜHLER/JARVIN*, N ...)

N [34]

CAVIN PIERRE, *La promesse de contracter*, *SemJud* 1970, 321 ff.

(zit.: *CAVIN*, ...)

N [53]

DWORKIN RONALD, *Taking rights seriously*, London 1987

(zit.: DWORKIN, ...)

N [44]

EARLE PETER G., *The Impasse Doctrine*, in: *Chicago-Kent Law Review*, Chicago 1988, 407 ff.

(zit.: EARLE, N ...)

N [56]

EHRAT FELIX R., *Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR*, Diss. Univ. Zürich, Zürich 1990

(zit.: EHRAT, N ...)

N [52]

ESSER JOSEF, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, 4. Auflage, Tübingen 1990

(zit.: ESSER, ...)

N [44]

FARNSWORTH ALLAN E., *Precontractual Liability and Preliminary Agreements, Fair Dealing and Failed Negotiations*, in: *Columbia Law Review*, New York 1987, 217 ff.

(zit.: FARNSWORTH, ...)

N [56, 86]

FORTÚN ALBERTO, *Set-offs Are Not Counterclaims in International Arbitration*, in: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS MIGUEL ÁNGEL/ARIAS DAVID (Hrsg.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley 2010

(zit.: FORTÚN, ...)

N [32]

FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMANN BERTHOLD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996

(zit.: FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMANN, N ...)

N [2]

FURRER ANDREAS/ SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1–183 OR, 3. Auflage, Zürich 2016
(zit.: CHK OR-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)

N [3]

GABRIEL SIMON/MEIER KATALIN, Set-Off Defenses in Arbitration – Conclusions from a Swiss Civil Law Perspective, IJAL, Volume V 2016, Issue 2, 55 ff.

(zit.: GABRIEL/MEIER, ...)

N [34]

GABRIEL SIMON/WICKI JODOK, Vorvertragliche Schiedszuständigkeit, ASA Bulletin 2/2009, 236 ff.

(zit.: GABRIEL/WICKI, ...)

N [4, 12]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011

(zit.: GAUCH, N ...)

N [44, 45, 96, 97]

GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014

(zit.: GÖKSU, N ...)

N [11]

GUTMANS ALEXANDER, Die Regel der "Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion" im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), Diss. Univ. Basel 1994, Basel 1995

(zit.: GUTMANS, ...)

N [61]

HENRICH DIETER, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag: Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss, Habil. Univ. München 1962, Berlin/Tübingen 1965

(zit.: HENRICH, ...)

N [47]

HERZOG NICOLAS R., Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht,
Diss. Univ. Zürich, Zürich 1999
(zit.: HERZOG, N ...)
N [43, 75]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar,
Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 6. Auflage, Basel 2015
(zit.: BSK OR I-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)
N [4, 5, 23, 24, 38, 42, 76]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar,
Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 2. Auflage, Basel/Frankfurt/Main 1996
(zit.: aBSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
N [75]

HÜRLIMANN ROLAND, Koordination komplexer Bauverträge – was die Praxis lehrt, in: Institut
für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), schweizerische Baurechtsta-
gung 2005, Freiburg (Schweiz) 2005, 205 ff.
(zit.: HÜRLIMANN, ...)
N [72]

ISLER PETER R., Letter of Intent, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI,
Zürich/Basel/Genf 2004, 1 ff.
(zit.: ISLER, ...)
N [90]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar, Band V: Das Obliga-
tionenrecht, Teilband 1b: Kommentar zu Art. 18 OR: Auslegung, Ergänzung und Anpas-
sung der Verträge; Simulation, 4. Auflage, Zürich 2014
(zit.: ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. ... N ...)
N [47]

JAHN HOLGER, Der Letter of Intent, Diss. Univ. München 1999, Frankfurt am Main 2000

(zit.: JAHN, ...)

N [47, 52, 60]

KNELLWOLF MARKUS, Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe: Die Gefallensbedingung und ihr Verhältnis zu Wollensbedingung, Resolutivbedingung und Rücktrittsrecht: Dargestellt nach pandektistischen Grundsätzen, Diss. Univ. Zürich, Zürich 1987

(zit.: KNELLWOLF, ...)

N [52]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Bern 2017

(zit.: KOLLER, N ...)

N [41, 56]

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986

(zit.: BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. ... N ...)

N [43]

KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Inhalt des Vertrages Art. 19–22 OR, Bern 1991

(zit.: BK OR-KRAMER, Art. ... N ...)

N [39]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA et al. (Hrsg.), OFK – Orell Füssli Kommentar, Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016

(zit.: OFK OR-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)

N [80]

LUTTER MARCUS, Der Letter of Intent, Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen,
3. Auflage, Köln 1998

(zit.: LUTTER, ...)

N [47]

MATT ISABEL, Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht,
Diss. Univ. Zürich 2013, Zürich 2014

(zit.: MATT, ...)

N [52]

MAYER PIERRE, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, in: JARROSSON
CHARLES/TRAIN FRANÇOIS-XAVIER (Hrsg.), Revue de l'arbitrage 1998, 359 ff.

(zit.: MAYER, ...)

N [2]

MERZ HANS, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Auflage, Freiburg (Schweiz) 1992

(zit.: MERZ, N ...)

N [51]

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

(zit.: MONN, N ...)

N [39, 40, 46, 48, 52, 53, 54, 56, 75, 86, 89]

PETER HANSJÖRG, Das bedingte Geschäft, Seine Pendenz im römischen und im schweizeri-
schen Privatrecht, Mit Bemerkungen zum genehmigungsbedürftigen Geschäft im römi-
schen Recht, Habil. Univ. Bern, Zürich 1994

(zit.: PETER, ...)

N [58]

SAXER RAINER, Der Subunternehmer und sein Vertrag, Diss. Univ. Freiburg (Schweiz), Frei-
burg (Schweiz) 1999

(zit.: SAXER, ...)

N [45]

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar, Band V: Das Obligationenrecht, Teilband 1a: Allgemeine Einleitung, einschliesslich Internationales Privatrecht, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Auflage, Zürich 1973

(zit.: ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. ... N ...)

N [45]

SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004

(zit.: SCHUMACHER, N ...)

N [50]

SPIESS HANS RUDOLF/HUSER MARIE-THERES, Norm SIA 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, in: Schweizerischer Ingenieur-und Architektenverein (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2014

(zit.: SHK SIA 118-SPIESS/HUSER, Art. ... N ...)

N [72]

STÖCKLI HUBERT, Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründungen Abwicklungen Störungen, Habil. Freiburg (Schweiz), Zürich 2008

(zit.: STÖCKLI, N ...)

N [96]

TORGGLER HELLWIG et al. (Hrsg.), Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Deutschland – Österreich – Schweiz, 2. Auflage, Wien 2017

(zit.: Handbuch-BEARBEITER/-IN, N ...)

N [27]

TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013

(zit.: TSCHÄNI/DIEM/WOLF, ...)

N [51]

VON SEGESSER GEORG, Arbitrating Pre-Closing Disputes in Mergers and Acquisition Transactions, in: KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/JOHNSON ALEXANDRA (Hrsg.), Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, ASA Special Series Nr. 24, Basel 2005

(zit.: VON SEGESSER, ...)

N [12]

WEHRLI DANIEL/STACHER MARCO, Arbitration under the Swiss Rules, in: CORDERO-MOSS GIUDITTA (Hrsg.), International Commercial Arbitration, Different Forms and their Features, Cambridge 2013, 345 ff.

(zit.: WEHRLI/STACHER, ...)

N [22]

WIRTH MARKUS, Rechtsbegehren in internationalen Schiedsverfahren – wie bestimmt müssen sie sein?, in: GREINER MONIQUE JAMETTI/BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005

(zit.: WIRTH, ...)

N [30]

WYSS LUKAS, Aktuelle Zuständigkeitsfragen im Zusammenhang mit internationalen kommerziellen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, in: Jusletter vom 25. Juni 2012

(zit.: Wyss, N ...)

N [2]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Auflage, Zürich 2013

(zit.: Komm. SRIA-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)

N [32, 36, 37, 38]

Entscheidverzeichnis

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

22. Januar 2018

BGer 4A_432/2017

N [10]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

04. Oktober 2017

BGer 4A_150/2017

N [11]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

04. September 2017

BGer 4A_141/2017

N [78]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

18. Februar 2016

BGE 142 III 239

N [2, 4, 10]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

27. Februar 2017

BGE 140 III 134

N [18]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

30. September 2013

BGer 4A_220/2013

N [47]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

07. Februar 2011

BGer 4A_482/2010

N [21]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

12. Juli 2010

BGer 4A_223/2010

N [5]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

09. Juni 2009

BGer 4A_94/2009

N [16]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

29. Februar 2008

BGer 4A_452/2007

N [16]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

16. Juli 2007

BGE 133 III 527

N [58]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

17. November 2006

BGer 4C.293/2006

N [96]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

19. Dezember 2005

BGE 132 III 379

N [86]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

15. Dezember 2005

BGer 4C.281/2005

N [58]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

31. August 2005

BGE 132 III 24

N [58]

Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

12. Juli 2005

BGer 5C.271/2004

N [19]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

01. März 2005

BGE 131 III 280

N [47]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. November 2003

BGE 130 III 66

N [3]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Kammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom

18. November 2002

OGer ZH, ZR 1/2003, 21–27

N [58]

International Chamber of Commerce Final Award von

1999

ICC Case Nr. 8547 publ. in: Collection of ICC Arbitral Awards 2001–2007, 115 ff.

N [2]

Venture Associations Corp. v. Zenith Data Systems Corp., United States Court of Appeals,
Seventh Circuit vom
18. September 1996
96 F.3d 275
Verfügbar auf: <https://openjurist.org/96/f3d/275/venture-associates-corporation-v-zenith-data-systems-corporation> (besucht am 17. März 2018)
(zit.: *Venture v. Zenith*, N ...)
N [86]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
05. Dezember 1995
BGE 121 III 453
N [76]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
06. März 1992
BGE 118 II 32
N [41]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
03. April 1990
BGE 116 II 142
N [96]

Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom
13. Februar 1989
II ZR 110/88
NJW-RR 1989, 802 f.
N [61]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
06. Februar 1979
BGE 105 II 75
N [5]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

07. März 1975

BGer JdT 124 I 163

N [53, 54, 75]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

26. September 1958

BGE 84 II 418

N [46]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung vom

29. Oktober 1892

BGE 18 824

N [56]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
aBSK OR I	Basler Kommentar zum Obligationenrecht I (s. dazu im Literaturverzeichnis bei HONSELL et al. [1996])
AG	Aktiengesellschaft
ArbInt.	Arbitration International (London) (s. dazu im Literaturverzeichnis bei BERGER)
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage (franz.: Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit) (Alphen aan den Rijn) (s. dazu im Literaturverzeichnis bei GABRIEL/WICKI)
BGE	amtlich publ. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BK OR	Berner Kommentar zum Obligationenrecht (s. dazu im Literaturverzeichnis bei MEIER-HAYOZ)
BSK OR I	Basler Kommentar zum Obligationenrecht I (s. dazu im Literaturverzeichnis bei HONSELL et al. [2015])
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken
CHK OR	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (s. dazu im Literaturverzeichnis bei FURRER/SCHNYDER)
Corp.	Corporation
CR LDIP	Commentaire romand: Loi fédérale sur le droit international privé (s. dazu im Literaturverzeichnis bei BUCHER)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
et al.	et alii/aliae/alia (lat.: und andere)
f./ff.	und folgende Seite/n
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber/-in
HV	Hauptvertrag (vgl. K-4)

i.H.v.	in Höhe von
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
ICC	International Chamber of Commerce
IJAL	Indian Journal of Arbitration Law (Jodphur) (s. dazu im Literaturverzeichnis bei GABRIEL/MEIER)
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JR	Juristische Rundschau (Berlin) (s. dazu im Literaturverzeichnis bei BRÜGGEMANN)
KS	Klageschrift
Komm.	Kommentar
KV	Kooperationsvertrag (vgl. K-1)
lat.	lateinisch
lit.	litera (lat.: Buchstabe)
LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
m.a.W.	mit anderen Worten
m.H.	mit Hinweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mio.	Million
MWST	Mehrwertsteuer
N	Randnummer
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
OFK OR	Orell Füssli Kommentar zum Obligationenrecht (s. dazu im Literaturverzeichnis bei KREN KOSTKIEWICZ)
OGer ZH	Zürcher Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
publ.	publiziert

s.	siehe
SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
SemJud	La Semaine Judicaire (Genf) (s. dazu im Literaturverzeichnis bei CAVIN)
SHK SIA 118	Stämpflis Handkommentar zur SIA Norm 118 (s. dazu im Literaturverzeichnis bei SPIESS/HUSER)
SIA	Schweizerischer Ingenieur-und Architektenverein
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
S.r.l.	Società a responsabilità limitata
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration
SV	Subunternehmvertrag (vgl. K-7, B-3, B-2, K-9, B-5)
SVO ZH	Submissionsverordnung des Kantons Zürich (LS 720.11)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
Univ.	Universität
v.	versus
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert
ZK OR	Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht (s. dazu im Literaturverzeichnis bei SCHÖNENBERGER/JÄGGI)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
zzgl.	zuzüglich

A. Auf die Schiedsklage ist nicht einzutreten

I. Das Schiedsgericht ist nicht zuständig

1. Es besteht keine gültige Schiedsklausel

1. Die Klägerin argumentiert, dass es aufgrund des Autonomiegrundsatzes für die Gültigkeit der Schiedsklausel keine Rolle spiele, ob ein gültiger SV geschlossen wurde (KS, N 4–7).
2. Damit verkennt sie, dass es – unabhängig von einem vertraglichen Ausschluss des Autonomiegrundsatzes (KS, N 7) – Konstellationen gibt, in welchen die Schiedsklausel das Schicksal des Hauptvertrages teilt (BGE 142 III 239, E. 3.2.1). Der Grund für die Inexistenz des Hauptvertrages kann auch die darin enthaltene Schiedsklausel beschlagen, womit sich das Schiedsgericht für unzuständig erklären muss (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMANN, N 411). So berührt ein offener Dissens der Parteien bezüglich des Hauptvertrags auch die darin enthaltene Schiedsklausel (BERGER/KELLERHALS, N 683), wenn in Bezug auf diese kein ausdrücklicher und hauptvertragsunabhängiger Konsens besteht (MAYER, 364; WYSS, N 8; vgl. ICC Case Nr. 8547).
3. Vorliegend besteht ein offener Dissens bezüglich des SV (s. N 57). Ob ein davon unabhängiger Konsens der Schiedsklausel vorliegt, bestimmt sich durch Auslegung, wobei die Auslegung einer Schiedsvereinbarung der für die Auslegung privater Willenserklärungen allgemein geltenden Grundsätzen folgt. Massgebend ist in erster Linie der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien (BGE 130 III 66, E. 3.2). Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut. Hinzu kommen ergänzende Tatsachen, die eine Schlussfolgerung auf den Parteiwillen zulassen, wie z.B. die Umstände bei Vertragsschluss, das Verhalten der Parteien davor und danach, sowie der Vertragszweck und die Interessenslage der Parteien (CHK OR-KUT, Art. 18 N 10 ff.).

a) Die Schiedsvereinbarung erfüllt das Formerfordernis nicht

4. Der Rechtsfolgewille der Parteien wird im Normalfall durch Erfüllung der (vereinbarten) Form in qualifiziert gültiger Weise erklärt (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 N 30; GABRIEL/WICKI, 248). Ist für einen Vertrag gemäss Art. 16 Abs. 1 OR die Anwendung einer Form vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. Die Klägerin hält fest, dass die Schiedsvereinbarung durch den Austausch der Vertragsentwürfe i.S.v. Art. 178 Abs. 1 IPRG formell gültig sei (KS, N 9). Sie verkennt dabei, dass die Parteien eine strengere Form vereinbart haben, was zulässig ist (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 436; dahingehend auch BGE 142 III 239, E. 3.3.3):
5. Der Formvorbehalt selbst bedarf keiner Form, er kann auch konkludent vereinbart werden (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 16 N 5; BERGER/KELLERHALS, N 437). Ein solch konkludenter Formvorbehalt der Schriftform ist nach der Rechtsprechung in der Zustellung von unterzeichneten Vertragsdoppeln zu erblicken (BGer 4A_223/2010, E. 2.1.1; BGE 105 II 75, E. 1).

6. Der zweite SV-Entwurf (der *notabene* von der Klägerin erstellt wurde; B-3) und der dritte SV-Entwurf (K-9) enthalten am Schluss einen *Platzhalter für die Unterschriften* der Parteien. Sie bringen damit zum Ausdruck, nur durch Unterschrift gebunden werden zu wollen, was sich auch im E-Mail vom 30.05.16 zeigt (« [...] zur Korrektur und (hoffentlich) zur Unterschrift»; B-4). Auch gemäss Art. 9 des ersten SV-Entwurfs (K-7) haben etwaige Änderungen oder Modifizierungen des Vertrags schriftlich zu erfolgen und sind von den Parteien zu unterzeichnen. In den übrigen Vertragsentwürfen findet sich in Art. 7 dieselbe Klausel (B-3; K-9). Wenn schon eine Änderung bzw. Modifikation schriftlich unterzeichnet werden muss, kann daraus geschlossen werden, dass die Parteien erst recht für den Abschluss *konkludent* Schriftform i.S.v. Art. 13 Abs. 1 OR vereinbart haben. Schriftform wurde im Übrigen auch im KV verwendet.
7. Ob das Formerfordernis auch für die Schiedsklausel gilt, ist durch Auslegung zu eruieren (CR LDIP-TSCHANZ, Art. 178 N 114). Die Schiedsklausel ist in Art. 8 des dritten SV-Entwurfs enthalten und somit *Bestandteil* des SV (vgl. K-9). Systematisch steht sie am Schluss des SV, aber vor dem Platzhalter für die Unterschrift. Auch der Wortlaut der Schiedsklausel (vgl. Art. 8 des dritten SV-Entwurfs: «[...] mit diesem Subunternehmervertrag [...]»); K-9) spricht für eine Verknüpfung der Schiedsklausel mit dem SV. Die Schiedsklausel ist zudem nie separat zur Sprache gekommen, was ebenfalls zeigt, dass sie Teil des SV ist.
8. Das Formerfordernis gilt demnach auch für die Schiedsklausel. Vor Erfüllung der Schriftform wollten sich die Parteien i.S.v. Art. 16 Abs. 1 OR nicht verpflichten. Da der SV nie unterzeichnet wurde, äusserten die Parteien auch nie einen tatsächlich übereinstimmenden Willen, eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 437 und 683).

b) Nach Treu und Glauben bestand kein Rechtsfolgewillen

9. Auch nach einer objektivierten Auslegung durfte die Klägerin entgegen ihrer Behauptung (KS, N 10–14) nicht von einem Rechtsfolgewillen der Beklagten ausgehen.
10. Nach dem Vertrauensprinzip ist der mutmassliche Wille der Parteien so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 142 III 239, E. 5.2.1). Bei der Auslegung einer Schiedsvereinbarung ist insbesondere zu beachten, dass mit dem Verzicht auf ein staatliches Gericht die Rechtsmittelwege stark eingeschränkt werden. Im Zweifelsfall ist deshalb in Bezug auf das Zustandekommen eine restriktive Auslegung geboten (soeben: BGer 4A_432/2017, E. 3.2 m.w.N.).
11. Es stimmt zwar, dass die Parteien Schiedsklauseln unverändert ausgetauscht haben und die Beklagte sich mit den Änderungen einverstanden erklärte (KS, N 11–13). Aus einem simplen Austausch von Entwürfen einen Konsens abzuleiten, kann aber nicht angehen (vgl. GÖKSU, N 438). Insbesondere kann die Klägerin aus dem *allgemeinen* Einverständnis mit den übrigen

von ihr vorgenommenen Änderungen (KS, N 11) keinen spezifisch bindenden Verzichtswillen der Beklagten auf den Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit ableiten, zumal ein solcher nicht leichthin angenommen werden darf (BGer 4A_150/2017, E. 3.2). Die Behauptung einer *expliziten* Bestätigung der Schiedsklausel per E-Mail ist schlichtweg falsch und findet keinerlei Beleg in den Akten (KS, N 14).

12. Des Weiteren kann auch das Einbringen der Schiedsklausel in die Verhandlungen (KS, N 14) respektive eine Änderungsbestätigung im Mark-Up Modus nicht als Ausdruck des Rechtsfolgewillens verstanden werden. Ein vernünftiger Vertragspartner darf nach Treu und Glauben gerade im Verhandlungsstadium davon ausgehen, dass das blosses Einbringen von Verhandlungsvorschlägen in Vertragsentwürfen *nicht* bereits eine Äusserung des Rechtsfolgewillens darstellt und somit auch keine verbindliche Rechtsfolge nach sich zieht (vgl. GABRIEL/WICKI, 249). Zweck des Mark-Up Modus ist mithin die Nachverfolgung von Änderungsvorschlägen und die Erleichterung im elektronischen Verkehr Schritt für Schritt zum Vertragsabschluss zu gelangen. Lässt man den im Mark-Up Modus bereinigten Vertragspunkten bereits vor dem eigentlichen Vertragsschluss Rechtsbindung zukommen, führt dies zu jeglichem *Vertrauensverlust* in Vertragsverhandlungen und vereitelt geradezu deren eigentlichen Zweck. Dies gilt umso mehr für die vorliegend streitige Schiedsklausel, zumal zwischen den Parteien gerade keine Übung bestand, die staatliche Gerichtsbarkeit während ihrer Zusammenarbeit auszuschliessen (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 4). Schliesslich findet sich auch im KV, welcher das Verhandlungsverhältnis zwischen den Parteien definiert, keine Schiedsklausel (vgl. K-1). Eine solche wäre jedoch nötig, um Streitigkeiten vor der Unterzeichnung des SV der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen (vgl. VON SEGESSER, 35).
13. Nach dem Gesagten besteht sowohl nach subjektiver (s. N 4–8) als auch nach objektiver Auslegung (s. N 9–12) kein Konsens bezüglich der Schiedsklausel, weshalb diese auch vom Dissens des SV erfasst wird.

2. Die Ansprüche fallen nicht unter die objektive Tragweite der Schiedsklausel

14. Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 15–22) fallen ihre angeblichen Ansprüche auch nicht unter die objektive Tragweite der Schiedsklausel.
15. Ein Schiedsgericht ist zuständig, wenn es die Parteien vereinbaren. Die Grenzen der Zuständigkeit können von den Parteien frei definiert werden, so insbesondere auch die objektive Tragweite (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 502).
16. Der gewählte Wortlaut einer Schiedsklausel «*in relation to/in connection with*» führt nicht dazu, dass eine Schiedsklausel ohne Weiteres auf Ansprüche aus *anderen* Verträgen zwischen

den Parteien angewandt wird, unbeachtlich ob die anderen Verträge Schiedsklauseln, Gerichtsstandsklauseln oder überhaupt keine Regelung betreffend Streitbeilegung beinhalten (BERGER/KELLERHALS, N 504; vgl. BGer 4A_94/2009, E. 3; vgl. auch BGer 4A_452/2007, E. 2.5).

17. Vorliegend haben die Parteien nicht die Musterschiedsklausel der SCAI verwendet, sondern diese umformuliert («Subunternehmervertrag»). Damit bringen sie zum Ausdruck, dass nur Ansprüche aus dem SV unter die objektive Tragweite der Schiedsklausel fallen sollen – solche aus dem KV gerade nicht. Dieser steht nicht in einem genügenden Zusammenhang mit dem SV, da er zeitlich *vor* dem SV geschlossen wurde und die Basis für die Vertragsverhandlungen des SV bildet (s. N 49–52).
18. KV und SV bedingen sich darüber hinaus gegenseitig: Wird der SV abgeschlossen, tritt der KV nach Art. 8 Abs. 1 lit. e KV ausser Kraft. Bis zum Abschluss des SV regelt jedoch gerade der KV die Modalitäten rund um das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien (s. N 49–52). Im KV findet sich weder eine Gerichtsstandvereinbarung noch eine Schiedsklausel (vgl. K-1). Folglich wollten die Parteien jegliche Streitigkeiten rund um den KV und bis zur Intensivierung ihrer Zusammenarbeit durch den Abschluss des SV der staatlichen Gerichtsbarkeit unterwerfen. Eine unsachgemässe Regelung, in der es zu einer Aufsplitterung von in Zusammenhang stehenden Ansprüchen auf staatliche Gerichte und auf Schiedsgerichte kommen würde (vgl. BGE 140 III 134, E. 3.2), ist nicht möglich. Sie wird dadurch verhindert, dass es nie zu einem Nebeneinander der beiden Verträge kommen kann. Eine Bestimmung aus dem SV auf den KV anzuwenden würde dem Sinn und Zweck des abgeschlossenen KV widersprechen.
19. Zudem war es die Klägerin, welche die modifizierte Schiedsklausel der SCAI in die Verhandlungen einbrachte (vgl. B-2). Es wäre an ihr gewesen, ausdrücklich Streitigkeiten aus dem KV 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).

II. Eventualiter: Die Verrechnungseinrede ist zu hören

20. Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten seine Zuständigkeit bejahen und die klägerische Forderung gutheissen, so erhebt die Beklagte die Verrechnungseinrede. Die materielle Prüfung der Verrechnungseinrede (vgl. Einleitungsantwort, N 26–30) wird gemäss Prozessprogramm (Verfahrensbeschluss Nr. 1, N 16) in einer zweiten Phase durchgeführt. Die Verrechnungseinrede ist vom Schiedsgericht aber in jedem Fall zu hören:
 1. **Das Schiedsgericht ist zur Beurteilung der Verrechnungseinrede zuständig**
21. Die Klägerin hält selbst fest, dass die Verrechnungseinrede unter die objektive Tragweite der Schiedsklausel fällt und deshalb zu hören ist (KS, N 23–27). Ob die Verrechnungseinrede tatsächlich unter die Schiedsklausel fällt, kann aufgrund des einschlägigen Art. 21 Abs. 5 Swiss

Rules offenbleiben, da dieser unabhängig davon die schiedsrichterliche Zuständigkeit bejaht. Art. 21 Abs. 5 Swiss Rules steht somit in Übereinstimmung mit dem vom BGer auch für die Verrechnungseinrede bestätigten Grundsatz *«le juge de l'action est le juge de l'exception»* (BGer 4A_482/2010, E. 4.3.1). Die Klägerin ist von der einst vertretenen Ansicht abgerückt (vgl. Stellungnahme, N 6–8), was die Schwäche des klägerischen Standpunktes an sich zeigt.

22. Sollte die Klägerin im Verlauf des Verfahrens dennoch vorbringen, es bestehe ein materiell-rechtlicher Verrechnungsverzicht und damit ein Ausschluss von Art. 21 Abs. 5 Swiss Rules (vgl. WEHRLI/STACHER, 371), so ist dieser Einwand nicht zu hören:
23. Es trifft zu, dass die Parteien gemäss Art. 126 OR auf die Verrechnung im Voraus verzichten können. Ein Verrechnungsverzicht darf allerdings nicht leichthin angenommen werden, sondern es ist im Rahmen der Auslegung nach Treu und Glauben zu prüfen, ob ein Verzicht vorliegt (BSK OR I-PETER, Art. 126 N 5).
24. Aus der Streichung von Art. 6 des zweiten SV-Entwurfs (vgl. B-2), der eine Schadenersatzpflicht für Konventionalstrafen vorsah, kann nach Treu und Glauben noch kein umfassender Verrechnungsverzicht abgeleitet werden. Die Beklagte akzeptierte die Streichung, weil Konventionalstrafen gemäss Art. 6 Abs. 5 HV 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. Ein allfälliger Verzicht wäre somit beschränkt auf die Verrechnung der unter dem HV ausgesprochenen Konventionalstrafe mit den klägerischen Werklohnforderungen aus dem SV (vgl. BSK OR I-PETER, Art. 126 N 2). Für eine Ausweitung des Verrechnungsverzichts auf die von der Klägerin *gestützt auf den KV* geltend gemachte Schadenersatzforderung, welche mithin nur das positive Interesse umfasst, finden sich keinerlei Indizien. Aus diesen Umständen einen umfassenden Verrechnungsverzicht abzuleiten kann nicht angehen, da die Beklagte im Falle eines Scheiterns der Verhandlungen nach Treu und Glauben niemals einen solchen vereinbart hätte.
25. Da ein vermeintlicher im SV enthaltener Verrechnungsverzicht die vorliegende Konstellation zweier Schadenersatzforderungen nicht erfasst, liegt im Ergebnis auch kein Ausschluss bzw. keine Limitierung von Art. 21 Abs. 5 Swiss Rules vor.

2. Die Beklagte hat die Verrechnungseinrede formgerecht erhoben

26. Sollte die Klägerin im Verlauf des Verfahrens geltend machen, die Verrechnungseinrede sei nicht formgültig eingegeben worden, wie sie dies in ihrer Stellungnahme angedeutet hat, so darf dieser Einwand nicht gehört werden (vgl. Stellungnahme, N 9–11).

27. Die Einleitungsanzeige i.S.v. Art. 3 Swiss Rules kann sich auf die Darstellung der wesentlichen Sachverhaltselemente beschränken und hat lediglich die in Art. 3 Abs. 3 Swiss Rules genannten Angaben zu enthalten. Eine substantiierte Klageschrift ist noch nicht erforderlich (Handbuch-MEYER/VOCK, N 446).
28. Die Beklagte hat in ihrer Einleitungsantwort in einer Überschrift das Rechtsbegehren der Verrechnung gestellt (vgl. Einleitungsantwort, zwischen N 25 und 26). Inwiefern dieses unklar formuliert sein sollte, ist nicht ersichtlich. Zudem findet sich in den Swiss Rules keine Vorschrift die verlangt, dass Rechtsbegehren *zwingend* am Anfang des Schriftsatzes und in einer Liste gestellt werden müssen.
29. Darüber hinaus muss eine Verrechnungseinrede gemäss Art. 3 Abs. 10 Swiss Rules zwar grundsätzlich mit der Einleitungsantwort erhoben werden. Der Beklagten ist es aber nicht gänzlich untersagt, die Verrechnungseinrede erst mit der Klageantwort i.S.v. Art. 19 Swiss Rules zu erheben (Practitioner's Guide SRIA-REITER, Art. 3 N 36). Da die Beklagte die Verrechnungseinrede in vorliegendem Schriftsatz wiederum erhebt, ist diese auf jeden Fall zu hören.
30. Auch hat das Schiedsgericht die Pflicht, die Parteien auf ein ungenügend bestimmtes Rechtsbegehren hinzuweisen und ihnen Gelegenheit einzuräumen, die Begehren zu verbessern (WIRTH, 157). Falls das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen sollte, die Verrechnungseinrede sei formell mangelhaft erhoben worden, so hätte es die Pflicht, die Beklagte darauf hinzuweisen und ihr Gelegenheit zu geben, ihr Rechtsbegehren erneut zu stellen.

3. Die Beklagte hat keine Einschreibgebühr zu entrichten

31. Sollte die Klägerin im Verlauf des Verfahrens geltend machen, die Beklagte hätte eine Einschreibgebühr zu entrichten, wie sie dies in ihrer Stellungnahme angedeutet hat, so darf dieser Einwand nicht gehört werden (vgl. Stellungnahme, N 12 f.).
32. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 1.3 Appendix B Swiss Rules hat nur die Einreichung einer Widerklage Gebührenfolgen. Im Falle einer Ausweitung von Art. 1.3 Appendix B Swiss Rules *contra legem* auf Verrechnungseinreden wäre dies für die verrechnende Partei gänzlich unvorhersehbar. Die Verrechnende wäre zu einer Handlung verpflichtet, welche bei Unterlassung zu der schwerwiegenden Konsequenz einer Sistierung des Verrechnungsbegehrens gemäss Art. 1.5 Appendix B Swiss Rules führt. Eine solch erhebliche Rechtsunsicherheit darf auf keinen Fall hingenommen werden. Zudem ist die Widerklage ein reines Angriffsinstrument, während die Verrechnung nur der Verteidigung dient (vgl. FORTÚN, 453 m.w.N.). Die Verrechnung ist des Weiteren von der Hauptforderung abhängig (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 19 N 14 f.). Es besteht aufgrund erheblicher Unterschiede zwischen den beiden Instrumenten kein Bedürfnis für Verrechnungseinreden eine Einschreibgebühr zu verlangen.

4. Die Beklagte hat keinen Kostenvorschuss zu leisten

33. Die Klägerin argumentiert, die Beklagte hätte einen separaten Kostenvorschuss i.S.v. Art. 42 Abs. 2 Swiss Rules zu leisten (KS, N 28–31). Entgegen dieser Ansicht ist die Festsetzung eines separaten Kostenvorschusses aber gerade nicht angezeigt.

a) Die Verrechnungseinrede ist für die Höhe des Streitwertes unbeachtlich

34. Gemäss Art. 2.4 Appendix B Swiss Rules werden Verrechnungseinreden für die Bestimmung des Streitwertes nicht dazugezählt, es sei denn, die Beurteilung der Verrechnungsansprüche erfordert einen *bedeutenden Mehraufwand*. Andere Schiedsordnungen sehen eine ähnliche Regelung vor, so z.B. Art. 37 Abs. 7 ICC Rules: «[...] such set-off shall be taken into account [...] insofar as it may require the arbitral tribunal to consider additional matters» (vgl. GABRIEL/MEIER, 66). «Additional matters» i.S.v. Art. 37 Abs. 7 ICC Rules liegen vor, wenn die Verrechnungsforderung *nicht mit der Hauptforderung verknüpft ist* bzw. aus einem anderen Vertragsverhältnis stammt (vgl. BÜHLER/JARVIN, N 15.1096).

35. Die Verrechnungsforderung ist mit der Hauptforderung äusserst eng verbunden. So fordert die Klägerin einen Schadenersatz aus Verletzung des KV (KS, N 92 ff.). Die Beklagte verrechnet einen Anspruch, den sie *ebenfalls* aus Verletzung des KV ableitet. Die Klägerin hat den KV durch das Abweichen von bereits fixierten Verhandlungspunkten verletzt (s. N 61 f.). Dies war adäquat kausale Ursache für den Verzug der Beklagten und den daraus resultierenden Schaden durch die Konventionalstrafe (vgl. dazu Einleitungsantwort, N 26–31). Da das Schiedsgericht bei der Beurteilung des klägerischen Anspruchs sowieso das ganze Vertragsverhältnis rund um den KV zu untersuchen hat, entsteht durch die Beurteilung des Verrechnungsanspruchs kein bedeutender Mehraufwand. Daher ist die Verrechnungseinrede für die Bestimmung des Streitwertes i.S.v. Art. 2.4 Appendix B Swiss Rules irrelevant.

b) Ein fehlender Kostenvorschuss ist unbeachtlich

36. Da dem Schiedsgericht kein Mehraufwand entsteht und sich der Streitwert nicht erhöht, ist die Festsetzung einer separaten Kostenvorschusspflicht i.S.v. Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules nicht angemessen (vgl. Komm. SRIA-STACHER, Art. 41 N 11 wonach separate Kostenvorschüsse für Verrechnungseinreden in den meisten Fällen *unangemessen* sind).

37. Die Verrechnungseinrede hat im Übrigen selbst dann beurteilt zu werden, wenn ein separater Kostenvorschuss erhoben, dieser aber nicht bezahlt wurde (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 19 N 16; Practitioner's Guide SRIA-ZUBERBÜHLER, Art. 41 N 13). Diese Regel ist angemessen, weil der Verrechnende gerade keine Geldzahlung verlangt, sondern die Verrechnungseinrede als blosses Verteidigungsinstrument verwendet (Komm. SRIA-STACHER, Art. 41 N 11).

38. Würde das Gericht die Hauptforderung anerkennen, ohne die Verrechnungseinrede zu berücksichtigen, so würde es – aufgrund der materiellrechtlichen Wirkung der Verrechnung nach schweizerischem Recht (vgl. BSK OR I-PETER, Art. 124 N 5) – *eine Forderung zusprechen, welche in dieser Höhe gar nicht mehr existiert* (Komm. SRIA-STACHER, Art. 41 N 11). Zudem hätten sich u.U. die Vollstreckungsbehörden mit der Verrechnung zu beschäftigen. Dies sollte auf jeden Fall vermieden werden, da die Parteien das Schiedsgericht zur Beurteilung ihrer Ansprüche einsetzen wollten (vgl. BERGER, 82). Aus diesen Gründen hat das Schiedsgericht die Verrechnungseinrede unabhängig eines geleisteten Kostenvorschusses zu hören.

B. Eventualiter: Die Schiedsklage ist abzuweisen

I. Der KV ist ein Verhandlungsvertrag

39. Es ist aufgrund des Parteiwillens und der konkreten Umstände im Einzelfall zu beurteilen, ob den in Appendix I (K-2) festgehaltenen Fremdleistungen vorvertragliche Bindungswirkung i.S. eines Konsens über die *essentialia* zukommt (KS, N 49) oder ob es sich dabei um ein unverbindliches Festhalten von Verhandlungsergebnissen handelt (MONN, N 609 m.w.N.). Die Bindungswirkung liegt nicht vor, wenn es neben den festgehaltenen Punkten an einer Einigung in subjektiv wesentlichen Vertragspunkten fehlt (BK OR-KRAMER, Art. 22 N 66).

1. Die essentialia des zu schliessenden SV sind nicht hinreichend bestimmt

40. Entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 51 f.) fehlt es im KV an einer Einigung über sämtliche subjektiv wesentlichen Vertragspunkte (vgl. MONN, N 628 m.w.N.), da die Bankgarantien weder durch Art. 4 lit. a noch durch Art. 4 lit. c KV bestimmbar sind:

a) Die Bankgarantien sind für die Beklagte subjektiv wesentlich

41. Subjektiv wesentlich ist ein Punkt, der für eine Partei so wichtig ist, dass sie den Vertrag ohne Einigung darüber nicht schliessen würde (KOLLER, N 6.18). Die subjektive Wesentlichkeit muss für die Gegenseite erkennbar sein (BGE 118 II 32, E. 3d).
42. Für die Beklagte ist eine qualitativ genügende Bankgarantie aufgrund des hohen Haftungsrisikos im Zusammenhang mit solchen Grossprojekten (vgl. Art. 6 HV) ein subjektiv wesentlicher Vertragspunkt. Ohne eine Einigung darüber war sie nicht bereit, den SV abzuschliessen (B-4; K-10). Bereits zu Beginn der SV Verhandlungen hat sie dies durch die Liste von zulässigen Banken (K-7) und später durch das Grossbankenerfordernis deutlich zu erkennen gegeben (B-5; vgl. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 2 N 4). Die von Art. 2 Abs. 1 OR aufgestellte Vermutung kommt deshalb nicht zum Tragen (KS, N 52).

b) Keine Bestimmbarkeit aufgrund von Art. 4 lit. a KV (*back-to-back-Prinzip*)

43. Bestimmbarkeit liegt dann vor, wenn der Vertragsinhalt ohne erneute Einigung ermittelt werden kann, weshalb die Parteien eine zulässige Bestimmungsart anlässlich des Vertragsschlusses vereinbaren müssen (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 167 ff.; HERZOG, N 217 f.).
44. Bei Art. 4 lit. a KV handelt es sich nicht um eine direkte Verknüpfungsklausel, sondern um eine im Futurum formulierte Vorgabe, die i.S. eines Verhandlungsrahmens vorgibt, *wie* der erst noch zu schliessende SV im Falle eines Zuschlages ausgestaltet werden soll (s. N 49–52). Entsprechend verstehen beide Parteien Art. 4 lit. a KV durchgehend als ein «Prinzip» (Einleitungsanzeige, N 10, N 23 f.; K-11; Einleitungsantwort, N 3 f.; B-6). Bei einem Prinzip handelt es sich allgemeinsprachlich um einen Grundsatz. Im Rechtssinne gebietet es, ein Ziel so weit wie möglich zu erreichen, wobei es jedoch an der *Bestimmbarkeit der Anwendungsfälle* fehlt (vgl. DWORKIN, 22 ff.; ESSER, 50 f.). Nehmen die Parteien am 12.01.16 pauschal Bezug auf einen künftigen Hauptvertrag, ist dies viel zu undifferenziert, um daraus einen Rückschluss auf eine konkret gewollte Bankgarantie zu erlauben (vgl. GAUCH, N 155 m.w.N.). Eine starre Übernahme sämtlicher Bestimmungen des HV kann nicht dem Verständnis der Klägerin entsprechen haben, zumal gerade sie die im HV enthaltene Konventionalstrafe nicht übernehmen wollte (vgl. SV-Entwurf 2).

c) Keine Bestimmbarkeit aufgrund von Art. 4 lit. c KV

45. Art. 4 lit. c KV bezieht sich auf die unter dem HV verlangten Garantien: Es lag im Interesse der Beklagten bereits zu Beginn der Zusammenarbeit sicherzustellen, dass sie von ihrem Subunternehmer die gleiche *Art und Anzahl* der Garantien erhält, wie sie selbst gegenüber dem Klienten leistet (sog. Nahtstellenrisiko, vgl. SAXER, 54; GAUCH, N 146). Die Art und Anzahl der verlangten Garantien ergeben sich ausschliesslich aus dem FIDIC Silver Book (K-5) und beinhalten eine Erfüllungssicherheit und eine Vorauszahlungssicherheit (vgl. Einleitungsanzeige, N 18). Des Weiteren muss der Besteller gemäss Art. 4.2 Abs. 2 und Art. 14.2 Abs. 2 des FIDIC Silver Book (K-5) dem gewählten Bankinstitut zustimmen bzw. es genehmigen (vgl. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 59 ff.). Die so begründete Abhängigkeit der konkret vorgeschlagenen Bankgarantie vom Einverständnis der Beklagten verunmöglicht eine Bestimmung des subjektiv wesentlichen Vertragspunktes durch Art. 4 lit. c KV im Vornhinein.

2. Der KV begründet keine Kontrahierungspflicht

46. Über die fehlenden *essentialia* hinaus kann sich auch aus den Erklärungen der Parteien ergeben, dass sich diese nicht auf die Äusserung eines vorvertraglichen Bindungswillens erstreckt, sondern ein bestimmter Inhalt einzig als Ergebnis der Verhandlungen zu gelten habe (MONN, N 612 m.w.N.; BGE 84 II 418, E. 3):

a) Der Wortlaut ist unklar

47. Für die Bedeutung eines Wortes ist primär dessen systematische Stellung im Vertragsgefüge massgebend (BGer 4A_220/2013, E. 4.4.5). Dies lässt die Klägerin gänzlich ausser Acht und stellt nur auf die verwendeten Worte ab (mehrfache Hervorhebung der Begriffe «abschliessen» und «Vertrag», KS, N 45). Eine solche «reine Buchstabenauslegung» ist nicht statthaft (vgl. BGE 131 III 280, E. 3.1). Darüber hinaus besteht mit der Bezeichnung des KV durchaus ein *Indiz* für den fehlenden vorvertraglichen Bindungswillen (vgl. HENRICH, 70; LUTTER, 115). So wurde dieser als «Memorandum of Understanding» bezeichnet. Ein solches verpflichtet gerade nicht zum Abschluss eines weiteren Vertrags, sondern dient lediglich dem Festhalten einer Geschäftsgrundlage (JAHN, N 21 f.). Entgegen der klägerischen Auffassung (KS, N 46) lässt der Wortlaut für sich keinen eindeutigen Rückschluss auf den tatsächlichen Willen der Parteien zu, womit eine gesamtheitliche Betrachtung des KV unter Einbezug ergänzender Auslegungsmittel erforderlich ist (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 386; s. N 3):

b) Art. 4 KV legt den Verhandlungsgegenstand fest

48. Im Gegensatz zu einem Vorvertrag beinhaltet ein Verhandlungsvertrag *nur* die Pflicht zum Verhandeln (MONN, N 412). Dabei müssen die Parteien den Gegenstand der Verhandlungen festlegen (MONN, N 413).
49. Unter Art. 4 KV «Hauptbestimmungen des Subunternehmervertrages» finden sich gerade keine ausformulierten und *tel quel* in den HV zu übernehmende Regelungen. Aus dem Verständnis der Parteien von Art. 4 lit. a KV als Prinzip (s. N 44) sowie aufgrund der fehlenden Übernahme der in Art. 4 lit. d KV vereinbarten pay-when-paid Klausel in den SV zeigt sich, dass die Parteien mit Art. 4 KV lediglich *einzelne Verhandlungsgegenstände* festlegen wollten.
50. Art. 4 lit. b KV bestimmt schliesslich, dass Preis und *Umfang* der Fremdleistungen in einem Appendix I gemeinsam festgelegt werden. Anstatt ursprünglicher Bestimmung am 12.01.16 stellten die Parteien den Fremdleistungsanteil zur Disposition und erhoben ihn somit zum Verhandlungsgegenstand. Die von der Klägerin bereits zu Beginn der SV Verhandlungen verlangte Kürzung des Fremdleistungsanteils zeigt, dass es auch nicht ihrem Verständnis des KV entsprach, einen SV mit genau gleichem Leistungsumfang – wie in Appendix I (K-2) definiert – abzuschliessen. Zudem bezeichnet lit. E Präambel KV den Appendix I (K-2) als eine «Beschreibung der Fremdleistungen», was auf ein bloss deskriptives Festhalten des Verhandlungsstandes hindeutet. Eine Unterzeichnung ist dabei nicht untypisch (SCHUMACHER, N 2091).
51. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 4 KV bloss den Verhandlungsgegenstand festlegt und es sich beim Appendix I (K-2) um eine dem Vertragsschluss vorgehende, selbständig erklärte Einigung in Sachpunkten i.S. einer Punktation handelt (vgl. TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 25; MERZ,

N 307). Dieser fehlt es am endgültigen Verpflichtungswillen (vgl. ZK OR-JÄGGI, Art. 2 N 14), weshalb der KV keine vorvertraglich bindende Bestimmung des SV enthält.

c) Das vertragliche Rücktrittsrecht schliesst eine Kontrahierungspflicht aus

52. Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. g KV endet der Vertrag ohne Vergütung, wenn sich die Parteien nicht auf den Umfang und/oder Preis für die Fremdleistungen einigen können. Dadurch besteht eine vollständige Verhandlungspflicht, in dem die Parteien für den Fall gescheiterter Verhandlungen eine Ersatzregelung vorsehen, wie das bestehende Verhandlungsverhältnis zu liquidieren ist und die Kosten zu verteilen sind (MONN, N 136). Des Weiteren ist einer «Nichteinigung» inhärent, dass es i.S. einer *Willenserklärung* – im Rahmen der Verhandlungspflichten – im Belieben der Parteien liegt, zu bestimmen, wann sie sich auf eine solche berufen wollen. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV gilt somit als Gestaltungsrecht (vgl. MATT, 81 m.w.N.). Da der Anwendungsfall von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV nicht von einer Entschädigung gemäss Art. 8 Abs. 2 KV ausgenommen ist, wird der KV *ex tunc* und damit einhergehender Rückabwicklung aufgelöst (vgl. EHRAT, N 40). Aus der Natur dieser Wirkungen ergibt sich, dass es sich dabei um eine resolutive Potestativbedingung handelt, die als vertragliches Rücktrittsrecht ausgestaltet ist (EHRAT, N 48; KNELLWOLF, 132 f.). Da ein Vorvertrag jedoch *unverrückbar* zum Abschluss eines Vertrages verpflichtet, ist ein solcher aufgrund des vorliegenden Rücktrittrechts begriffsnötig ausgeschlossen (vgl. JAHN, 29).

3. Eventualiter: Der KV hat sich in einen Verhandlungsvertrag gewandelt

53. Sollte das Schiedsgericht den KV als Vorvertrag qualifizieren, so macht die Beklagte eine Wandlung des KV in einen Verhandlungsvertrag geltend. Einigen sich die Parteien auf eine Kontrahierungspflicht, so umfasst diese mehr, als die durch einen Verhandlungsvertrag begründete Pflicht zum Verhandeln (vgl. MONN, N 627). Entfällt aber infolge der Unwirksamkeit des Vorvertrages die Kontrahierungspflicht, so tritt eine Verhandlungspflicht als «subsidiäre Ersatzvereinbarung» an Stelle der Kontrahierungspflicht. Ein Vorvertrag, welcher sich als unwirksam erweist, kann m.a.W. in eine vertragliche Verhandlungspflicht umgedeutet werden (vgl. BGer JdT 124 I 163, E. 2 und dazu: CAVIN, 334; MONN, N 637 f.).
54. Die Klägerin behauptet selbst treffend, dass der Fremdleistungsanteil *essentialia negotii* des Vorvertrags und durch seine Bestimmtheit in Appendix I (K-2) Wesensmerkmal eines Vorvertrags (KS, N 48 ff.) sei. Beharrt sie nun nachträglich auf einer Reduktion desselben (K-11) und stellt damit seine anfängliche Bestimmtheit in Frage, so wird deutlich, dass sich die Parteien im KV über die wesentlichen Punkte doch nicht einig geworden sind. Dies führt zur Unwirksamkeit des Vorvertrages (MONN, N 636; vgl. BGer JdT 124 I 163, E. 2). Ersatzweise muss darauf geschlossen werden, dass eine Verhandlungspflicht an Stelle der Kontrahierungspflicht tritt.

Dies, weil die Klägerin selbst betont hat, dass sie sich weiterhin dem Projekt verpflichtet fühle und zu weiterverhandeln gedenke (B-6; K-11). Sie kann von der Beklagten daher nur, aber immerhin, verlangen, über den Abschluss des SV *zu verhandeln*.

II. Die Beklagte ist rechtmässig vom KV zurückgetreten

1. Die Beklagte ist nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV zurückgetreten

55. Entgegen der Auffassung der Klägerin (KS, N 112) war eine Einigung der Parteien in Bezug auf die Fremdleistungen nicht mehr möglich, womit die Beklagte nach Art. 8 Abs. 1 lit g KV zurücktreten konnte (s. N 57–58). Ferner ist auch Art. 156 OR nicht anwendbar (s. N 59–65).

a) Die Parteien haben sich nicht geeinigt

56. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV haben die Parteien das vertragliche Recht vom KV zurückzutreten (s. N 52), sofern sie sich nicht auf Umfang und/oder Preis der Fremdleistungen einigen können. Da ausgehend vom Wortlaut unter «Einigung» (lat. *consensus*) eine «bindende Willenseinigung» (BGE 18, 828) und somit ein Konsens i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR (KOLLER, N 6.02) zu verstehen ist, besteht dieses Recht bis zum eigentlichen Abschluss des SV, da erst dann ein solcher vorliegt. Die Einigung ohne Verpflichtungswillen in Appendix I (K-2; s. N 52) hindert somit die Anwendbarkeit von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV nicht. Begrenzt durch die Verhandlungspflichten ist ein Rücktritt dann möglich, wenn *alle Verhandlungsmöglichkeiten in vernünftiger Weise ausgeschöpft wurden* und eine Einigung über die Fremdleistungen nicht zustande kommt (sog. «*impasse*», vgl. FARNSWORTH, 282; MONN, N 767 m.w.N.). Ob noch Aussicht auf Einigung besteht, beurteilt sich nach Faktoren wie etwa der Geschichte und Dauer der Verhandlungen, sowie der Bedeutung der Vertragspunkte, über welche Uneinigkeit herrscht (sog. «*taft-factors*», EARLE, N 411).

57. Der Fremdleistungsanteil war als objektiv wesentlicher Vertragspunkt (vgl. Art. 363 OR) zentrales Element des zu schliessenden SV. Auch nach Austausch von drei SV-Entwürfen kamen die Parteien nach über drei Monaten Verhandlungen mit zahlreichen E-Mails, vier Telefonkonferenzen sowie einem persönlichen Meeting (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 11) zu keiner Einigung. Die Beklagte war folglich berechtigt, das Vertragsverhältnis mit Schreiben vom 12.08.16 (K-12) zu beenden.

b) Die Beklagte hat sich nicht treuwidrig verhalten

58. Mit der Potestativbedingung in Art. 8 Abs. 1 lit. g KV wurde ein Element der Unsicherheit eingebaut, weshalb Art. 156 OR restriktiv anzuwenden ist (vgl. BGer 4C.281/2005, E. 3.5). Während Vertragsverhandlungen besteht die Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten (BGE 132 III 24, E. 6.1.2). Entgegen der Auffassung der Klägerin (KS, N 59) wird *nicht* verlangt, eigene berechnete Interessen zu opfern (BGE 133 III 527, E. 3.3.3). Stichhaltige und

triftige Gründe, die zum Eintritt der Bedingung führen, schliessen die Anwendung von Art. 156 OR aus (OGer ZH, ZR 1/2003, 24; PETER, 235).

i) Die Beklagte hat die Fremdleistungsreduktion rechtmässig abgelehnt

59. Die Klägerin argumentiert sinngemäss, die Beklagte hätte sich durch die Ablehnung der Nachverhandlungen der Fremdleistungen treuwidrig verhalten (KS, N 76–80).
60. Obwohl den im Appendix I (K-2) festgehaltenen Fremdleistungen keine vorvertragliche Bindungswirkung zukommt, so besteht doch eine vertragliche Fixierung des Verhandlungsstandes (s. N 51; JAHN, 158). Die Festlegung im Appendix I (K-2) hatte den Zweck, die Leistungen der Klägerin für den Fortgang der Verhandlungen i.S. einer Punktation festzuschreiben (vgl. Art. 1 lit. ii KV). Über das bereits Fixierte soll deshalb grundsätzlich auch nicht mehr verhandelt werden (JAHN, 158). Eine Nachverhandlung ist nur dann möglich, wenn sich Umstände herausstellen, welche die Grundlagen des bestehenden Verhandlungsverhältnisses erschüttern und die Klägerin hierfür eine stichhaltige Begründung liefert (JAHN, 160).
61. Die Klägerin erblickt in den Herausforderungen des Fundamentbaus solche Umstände (KS, N 77 f.). Entgegen ihrer Ansicht ist aber der Bau dieser Fundamente – obschon grundsätzlich branchenunüblich – gerade in vorliegendem Fall kein Novum. So wurde bereits zweifach – in den Jahren 1939 und 1959 – ein vergleichbares Projekt am selben Standort realisiert und dokumentiert (Einleitungsanzeige, N 3). Insbesondere die technischen Spezifikationen der von der Klägerin zu erbringenden Leistungen waren bereits mit der Ausschreibung des Projekts bekannt (vgl. § 16 SVO ZH). Gemäss Art. 2 Abs. 2 KV hätte sich die Klägerin spätestens während der Evaluierungsphase und *zumindest grundlegend* mit den technischen und zeitlichen Anforderungen des Fundamentbaus auseinandersetzen können und müssen. Ein redlicher und seriöser Geschäftspartner muss sich im Voraus vergewissern, ob er in der Lage ist, die versprochene Leistung zu erbringen (GUTMANS, 149 m.H. auf BGH NJW-RR 1989, 803). Dass die Klägerin dies unterlassen hat, ist ihr selbst anzulasten und mag Nachverhandlungen nicht zu rechtfertigen.
62. Durch den Beizug eines weiteren Subunternehmers hätte sich die Projektstruktur verkompliziert, was einen erheblichen Mehraufwand an Koordination seitens der Beklagten zur Folge gehabt hätte. Der klägerische Vorwurf, die Beklagte wäre nach Art. 364 Abs. 2 OR zum Beizug verpflichtet gewesen (KS, N 80), geht dabei fehl. Die Norm verpflichtet die Beklagte lediglich, den Beizug eines weiteren Subunternehmers durch die Klägerin selbst und auf deren Verantwortung zu dulden, was diese genau nicht wollte (B-6).

63. Wie dargelegt, hatte die Beklagte gute Gründe, nicht auf die vorgeschlagene Reduktion einzugehen. Ein Verhandeln nach Treu und Glauben verlangt nicht, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin für deren Versäumnis einsticht und ihre berechtigten Interessen an der Beibehaltung der bereits fixierten Projektstruktur aufgibt.

ii) Der Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV ist beschränkt

64. Die Klägerin argumentiert, die Beklagte habe wider Treu und Glauben die angebotenen Garantien nicht akzeptiert, weshalb die Bedingung i.S.v. Art. 156 OR als ausgefallen zu gelten habe (KS, N 57 und N 61–75). Das klägerische Vorbringen scheidet bereits daran, dass Art. 8 Abs. 1 lit. g KV nur eine Nichteinigung bezüglich Umfang und Preis der Fremdleistungen umfasst. Allfällig treuwidriges Verhalten im Zusammenhang mit den Bankgarantien kann deshalb von Vornherein nicht unter den Tatbestand von Art. 156 OR fallen (s. aber N 84–86).

2. Eventualiter: Die Beklagte ist nach Art. 107 OR zurückgetreten

65. Sollte das Schiedsgericht den KV als Vorvertrag qualifizieren, konnte die Beklagte – entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 81–89) – nach Art. 107 OR zurücktreten:

a) Der Abschluss des SV war fällig

66. Die Verbindlichkeit hat gemäss Art. 102 Abs. 1 OR fällig zu sein. Die Fälligkeit bestimmt sich gemäss Art. 75 OR durch Vertrag oder durch die Natur des Rechtsverhältnisses.

67. Im KV selbst wurde kein Fälligkeitstermin vereinbart (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 7). Aus der Abfolge der zu erbringenden Leistungen ergibt sich aber, dass die Pflicht zum Abschluss des SV nach Zuschlag besteht (so auch *ausdrücklich* KS, N 88). Um den ersten Milestone am 01.10.16 (vgl. B-7) zu erreichen, waren geologische Voruntersuchungen nötig, welche ca. zwei Monate dauern (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 9). Somit hätte man spätestens am 01.08.16 mit den Arbeiten beginnen müssen, was ein Abschluss des SV vor dem 01.08.16 bedingt hätte. Demnach war der Abschluss des SV am Tag der Kündigung des KV, dem 12.08.16, fällig.

b) Die Klägerin hat ihre Kontrahierungspflicht nicht erfüllt

68. Der Klägerin zufolge konnte die Beklagte nicht mit dem Argument vom KV zurücktreten, die Klägerin weigere sich die geologischen Voruntersuchungen durchzuführen (KS, N 82–86). Dieser Vorwurf geht fehl, da die Beklagte vom Vertrag zurücktrat, weil sich die Klägerin geweigert hat, *den SV abzuschliessen* (Einleitungsantwort, N 22–24; K-11; K-12). Der verzugsbegründende Tatbestand lag in der Weigerung zur Annahme des dritten SV-Entwurfs (K-9).

i) Die Beklagte hat vorvertragskonform angeboten

69. Entgegen der Auffassung der Klägerin (KS, N 73 f.) verstösst das im dritten SV-Entwurf (K-9) enthaltene Grossbankenerfordernis nicht gegen Art. 4 lit. a und c KV:

70. Die in Art. 4 lit. c KV «unter dem HV verlangten Garantien und Zusicherungen» ergeben sich aus Art. 4.2 und 14.2 der *allgemeinen Bestimmungen* des FIDIC Silver Book (K-5). Der Besteller muss dabei dem gewählten Bankinstitut zustimmen bzw. es genehmigen (s. N 45). Mit dem Grossbankenerfordernis macht die Beklagte als Bestellerin einzig von dem in den allgemeinen Bestimmungen vorgesehenen Genehmigungsrecht *im Vorhinein* Gebrauch.
71. Die Klägerin durfte nicht von der unter dem HV gewährten Wahlmöglichkeit ausgehen (KS, N 73). Da der Klient das Genehmigungserfordernis mit einem nachträglichen und einzel-fallbezogenen Ablehnungsrecht in Art. 4.2 Abs. 3 der *besonderen* Vertragsbestimmungen des HV konkretisierte, bleibt gänzlich unklar, wie gross die der Beklagten verbleibende Auswahl an Bankinstituten wirklich war (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 16). Im Gegenteil muss davon ausgegangen werden, dass der Klient bloss qualitativ hochwertige Bankgarantien akzeptierte.
72. Darüber hinaus gebietet das in Art. 4 lit. a KV festgehaltene *back-to-back*-Prinzip, dass die Klägerin eine Bank mit vergleichbarer Qualität stellt. Dies ergibt sich insbesondere aus der Stellung der Beklagten als Bindeglied zwischen Klient und ausführendem Subunternehmer und den damit verbundenen Risiken einer qualitativ minderwertigen Garantie (s. N 42). Das *back-to-back*-Prinzip hat gerade den Zweck, eine ungleiche Risikoverteilung zu Lasten des Generalunternehmers zu verhindern (vgl. HÜRLIMANN, 210). Die Klägerin kann gestützt darauf keine Rechte aus dem HV ableiten (so auch SHK SIA 118-SPIESS/HUSER, Art. 29 N 31).
73. Der dritte SV Entwurf (K-9) mit dem darin enthaltenen Grossbankenerfordernis entsprach den Bestimmungen von Art. 4 lit. a und c KV. Die Beklagte hat der Klägerin somit ein vorvertragskonformes Angebot unterbreitet, das die Klägerin zu Unrecht nicht annahm.

ii) Die Beklagte befand sich nicht in Gläubigerverzug

74. Die Klägerin bringt in unterschiedlichen Zusammenhängen vor, die Beklagte hätte gegen ihre vorvertragliche Nachverhandlungspflicht verstossen, indem sie mit Anpassungen am Fremdleistungsanteil hätte rechnen müssen. Auf die Reduzierungsangebote sei die Beklagte zu Unrecht nicht eingegangen, womit in der Nichtannahme des SV-Entwurfs der Klägerin (B-3) *verzugshindernd* ein hypothetischer Gläubigerverzug vorläge (KS, N 77, 84 f. und 87 f.).
75. Eine derartige Nachverhandlungspflicht besteht im Vorvertrag nur in Bezug auf *unwesentliche* und *offen gelassene* Vertragspunkte (HERZOG, N 99 ff. m.H. auf BRÜGGEMANN, 205 f.; aBSK OR I-BUCHER, Art. 22 N 44; auch MONN, N 631 ff.). So behandelt auch das von der Klägerin angeführte Urteil den Fall eines nicht bestimmbar bzw. offen gelassenen Mietzinses im Mietvorvertrag (BGer JdT 124 I 163, E. 4; KS, N 85). Der Fremdleistungsanteil gilt jedoch als objektiv wesentlicher Vertragspunkt des KV und wurde auch keineswegs offengelassen. Im Ge-

genteil haben sich die Parteien auf den Umfang von 40% geeinigt (K-3). Die Klägerin argumentiert widersprüchlich, wenn sie einerseits den Fremdleistungsanteil zur Begründung eines Vorvertrags bezieht, nur um sogleich zu behaupten, dieser könne später im Rahmen einer Nachverhandlungspflicht beliebig wieder in Frage gestellt werden. Entsprechend liegt in der Ablehnung des Angebots (B-3) kein Gläubigerverzug.

c) Die Beklagte konnte ohne Nachfristansetzung zurücktreten

76. Art. 107 Abs. 2 OR verlangt eine Mahnung, sowie das Ansetzen einer angemessenen Nachfrist. Angemessen ist eine Nachfrist, wenn der Schuldner eine realisierbare Gelegenheit zur Nacherfüllung erhält (vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 9). Die Ansetzung einer Nachfrist ist gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR dann nicht erforderlich, wenn der Schuldner eine eindeutige Erklärung der Leistungsverweigerung abgibt (vgl. BGE 121 III 453, E. 4b).
77. Mit Einschreiben vom 29.06.16 hat die Beklagte die Klägerin ausdrücklich gemahnt, den SV-Entwurf zu unterzeichnen und eine Nachfrist von 10 Tagen angesetzt (vgl. K-10). Während dieser Zeit hätte die Klägerin die Möglichkeit gehabt, Abklärungen zu treffen und den SV-Entwurf zu unterzeichnen. Mit E-Mail vom 06.07.16 (vgl. K-11) wurde hingegen *endgültig* klar, dass die Klägerin die unter dem KV verlangten Leistungen nicht erbringen würde. Der Rücktritt (K-12) verlangte somit nach Art. 108 Ziff. 1 OR keine erneute Nachfristansetzung.

d) Die Berufung auf fehlende Unverzüglichkeit ist widersprüchlich

78. Sollte die Klägerin im Verlauf des Verfahrens argumentieren, die Beklagte sei nicht unverzüglich vom KV zurückgetreten, so darf dieser Einwand nicht gehört werden. Widersprüchlich und gegen Treu und Glauben verhält sich jener Schuldner, der seine eigene Leistung klar, definitiv und bedingungslos verweigert und sich dann auf die fehlende unverzügliche Verzichtserklärung des Gläubigers beruft (BGer 4A_141/2017, E. 4.3.2).
79. Die Klägerin erklärte bereits mit E-Mail vom 21.06.16, dass sie den SV nicht mit dem vereinbarten Fremdleistungsanteil abschliessen werde (B-6). Auch nach dem finalen Angebot der Beklagten weigerte sich die Klägerin beharrlich, ihre Leistungspflichten aus dem KV wahrzunehmen und den SV abzuschliessen (s. N 77; K-11). In einem solchen Fall kann sie sich nicht auf fehlende Unverzüglichkeit berufen.

III. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf das positive Vertragsinteresse

1. Die Klägerin hat keinen Anspruch aus Verhandlungsvertrag

a) Vermeintliche Ansprüche der Klägerin sind wegbedungen

80. Ob eine Haftungsbeschränkung vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. OFK OR-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 100 N 4; s. N 3).

81. Gemäss Art. 8 Abs. 1 KV endet der KV mit Eintritt der genannten Ereignisse ohne Vergütung zwischen den Parteien. Mit «Vergütung» kann nur der Werklohn der Klägerin gemeint sein: Abgesehen vom erwarteten Werklohn sind *keine anderweitigen Zahlungen* der Beklagten an die Klägerin vorgesehen. Art. 7 KV bestimmt, dass interne Kosten von jeder Partei (Abs. 1) und externe Kosten anteilmässig (Abs. 2) getragen werden. Entsprechend spricht auch die Klägerin in Art. 3 des zweiten SV-Entwurfs (B-2) von einem «Werklohn» und meint damit die Zahlung für die Erbringung der vereinbarten Leistungen (vgl. Art. 363 OR).

82. Art. 8 Abs. 1 KV bezieht sich explizit auf die in lit. a–g genannten Beendigungsgründe, weshalb bei einer Nichteinigung nach lit. g *keine* Vergütung für die Erstellung des Werkes verlangt werden kann. Eine solche verlangt die Klägerin jedoch, wenn sie CHF 4.32 Mio. fordert.

b) Die Beklagte hat ihre Verhandlungspflichten nicht verletzt

83. Nach klägerischer Ansicht wäre ein Konsens bezüglich der strittigen Punkte noch möglich gewesen (KS, N 112). Die Beklagte verletze daher mit Kündigung des KV ihre Verhandlungspflichten, weshalb der Klägerin ein Anspruch auf Schadenersatz zustehe (KS, N 109–112).

84. Entgegen ihrer Ansicht war es aber klar, dass die Verhandlungen der Parteien in einer Sackgasse festgefahren waren (zum «*impasse*» s. N 56 f.). Einerseits war die Klägerin auch nach *monatelangen Verhandlungen* nicht bereit, von ihren Forderungen in Bezug auf die Fremdleistungen abzurücken (s. N 61 f.). Andererseits war der Beklagten nicht zumutbar (s. N 58), die Bankgarantien der Klägerin zu akzeptieren:

85. Die Veneto Banca befand sich im Sommer 2016 in einer finanziellen Krise, welche im darauffolgenden Jahr zum Konkurs führte. Zur Zeit der Vertragsverhandlungen war sie negativ in den Schlagzeilen. Dabei trifft zwar zu, dass die Beklagte das Grossbankenerfordernis erst im dritten SV-Entwurf (K-9) stellte (KS, N 65). Dies tat sie aber – in Ausübung ihres Genehmigungsrechts – nur, um schneller zu einer Einigung zu gelangen. Eine Pflicht, die Garantie eines maroden Bankinstituts zu akzeptieren, ergibt sich entgegen klägerischer Sicht auch nicht aufgrund vermeintlicher Mehrkosten eines schweizerischen Instituts (KS, N 68). Diese belaufen sich im Vergleich zu den Garantien der Veneto Banca auf CHF 12'000 (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 17). Bei einer erwarteten Gewinnmarge von CHF 4.32 Mio. ist dieser Betrag verschwindend gering, womit der Einwand zum Scheinargument verkommt. Der Verhandlungsabbruch war keineswegs vertragsverletzend, sondern die Konsequenz der Uneinigkeit der Parteien.

c) Eventualiter: Ein entgangener Gewinn ist nicht zu ersetzen

86. Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, die Beklagte hätte ihre Verhandlungspflichten verletzt, so hat die Klägerin dennoch keinen Anspruch auf Schadenersatz:

Die Klägerin macht als Schaden den *entgangenen Gewinn aus dem SV* geltend. Dies impliziert aber, dass die Parteien eine Einigung erzielt und einen profitablen Vertrag geschlossen hätten (vgl. MONN, N 1119 und N 1156 f.). Ob und gegebenenfalls mit welchem Gewinn ein Geschäft getätigt worden wäre, ist jedoch im Verhandlungsvertrag aufgrund der fehlenden Abschlusspflicht ungewiss, weshalb ein entgangener Gewinn grundsätzlich nicht zu ersetzen ist (FARNSWORTH, 263; vgl. auch *Venture v. Zenith*, N 8). Ein solcher ist nur dann ersatzfähig, wenn es sich um einen üblichen oder sonst wie *sicher* in Aussicht stehenden Gewinn handelt (BGE 132 III 379, E. 3.3.3).

87. Die Parteien befanden sich mit den Verhandlungen zum SV in einer Sackgasse (s. N 57 f.). Der hypothetische Gewinn aus dem SV ist somit weder sicher in Aussicht gestanden, noch ist im Verhandlungsvertrag ein solcher üblich. Vielmehr versucht die Klägerin mit ihrer Schadenersatzforderung aus der vermeintlichen Verletzung der Verhandlungspflichten eine Verletzung eines Werkvertrags herzuleiten. Da aber der KV nicht einmal zum Abschluss eines SV verpflichtet, kann erst recht nicht Ersatz eines entgangenen Gewinns gefordert werden.

d) Die Beklagte hat die Exklusivitätsklausel nicht verletzt

88. Sollte die Klägerin die notwendige Differenzierung vornehmen und vorbringen, die Beklagte habe die Exklusivitätsklausel gemäss Art. 5 KV auch unter der Prämisse eines Verhandlungsvertrags verletzt, ist dies nicht zu hören.
89. Art. 5 KV schliesst Parallelverhandlungen mit Drittunternehmen über die im Appendix I (K-2) definierten Fremdleistungen aus (vgl. MONN, N 474). Dieses Verhandlungsverbot soll gemäss Art. 8 Abs. 2 KV auch bei Beendigung des KV weitergelten. Bei einem zeitlich unbeschränkten Verbot ist jedoch eine geltungserhaltende Reduktion durch Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen vorzunehmen (Art. 20 Abs. 2 OR und Art. 27 ZGB; vgl. MONN, N 475):
90. Sinn und Zweck des vereinbarten Verhandlungsverbots war es, *zu Gunsten der Klägerin* den Wettbewerb auszuschliessen (vgl. ISLER, 7). Es sollte verhindern, dass die Beklagte einen günstigeren Subunternehmer sucht, um ihre Chancen auf einen möglichen Zuschlag zu erhöhen. Ein solcher Ausschluss macht somit nur für die Zeit während der Evaluierungsphase (vgl. Art. 1 lit. i KV) und bis zu einem möglichen Zuschlag Sinn. Denn nach Zuschlag hatte sich die Beklagte als Generalunternehmerin gegenüber dem Klienten zur Durchführung des Projektes verpflichtet. Führen die Vertragsverhandlungen in dieser Situation entgegen der Intention der Parteien doch nicht zum Abschluss eines Subunternehmervertrages, muss es der Beklagten offenstehen, über die zu erbringenden Fremdleistungen mit einem anderen Unternehmen einen Vertrag zu schliessen. Andernfalls hätte die Beklagte keine Möglichkeit mehr gehabt, ihre Verpflichtungen gegenüber dem Klienten wahrzunehmen.

91. Darüber hinaus war es die Klägerin selbst, welche in drei E-Mails darauf beharrt hat, den Fremdleistungsanteil zu reduzieren und entsprechend einem weiteren Subunternehmer zu übertragen (B-1; B-6; K-11). Damit hat sie den Verhandlungen mit anderen Unternehmen i.S.v. Art. 5 KV konkludent *zugestimmt*.
92. Unabhängig von der Anwendbarkeit von Art. 5 KV nach Beendigung des KV stellt die Klägerin die Vermutung auf, dass aufgrund der geringen zeitlichen Differenz zwischen Rücktritt am 12.08.16 und der Bekanntmachung der TP-Bahnen als neuen Subunternehmer am 22.08.16 (K-13), die Beklagte bereits vor dem 12.08.16 Verhandlungen geführt hat (KS, N 101). Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es war der Beklagten durchaus möglich, innerhalb von zehn Tagen einen neuen Subunternehmer beizuziehen. Sie konnte diesem den ausgearbeiteten dritten SV-Entwurf (K-9) vorlegen, ohne durch weitere Vertragsverhandlungen Zeit zu verlieren.
- 2. Eventualiter: Die Klägerin hat keinen Anspruch aus Vorvertrag**
93. Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten das Vorliegen eines Vorvertrags bejahen, so hat die Klägerin auch in diesem Fall keinen Anspruch aus dessen Verletzung:
- a) Die Klägerin hat keinen Anspruch aus Art. 377 OR**
94. Die Beklagte behauptet sinnwidrig, ihr stünde – eventualiter für den Fall, dass die Beklagte rechtmässig zurückgetreten sei – das positive Interesse gemäss Art. 377 OR zu (KS, N 91). Art. 377 OR findet genau dann *keine* Anwendung, wenn der Besteller aufgrund eines anderweitigen Rücktrittsrechts rechtmässig vom Werkvertrag zurücktritt und dies auch so kundtut, was vorliegend der Fall ist (s. N 56 ff.).
95. Sollte das Gericht jedoch wider Erwarten zu einem anderen Schluss kommen, so kann der Klägerin auch dann kein Anspruch auf Schadloshaltung nach Art. 377 OR zustehen:
96. Der Besteller kann den Vertrag jederzeit aus einem «wichtigen Grund» kündigen (statt vieler: GAUCH, N 571 m.w.N.). Ein solcher liegt vor, wenn der gegebene Sachverhalt geeignet ist, die Vertragsfortsetzung für den Besteller unzumutbar zu machen (GAUCH, N 573). Dies ist u.A. der Fall, wenn das Vertrauensverhältnis derart gestört ist, dass die Auflösung des Vertragsverhältnisses der einzige Ausweg ist (vgl. BGE 116 II 142, E. 5c). Die Pflicht zur Schadloshaltung entfällt dann, wenn dieser wichtige Grund durch das Verhalten des Unternehmers selber gesetzt wurde (BGer 4C.293/2006, E. 3.3.3; STÖCKLI, N 541).
97. Die Beklagte befand sich in einem straffen Zeitplan und musste bei Verzögerungen mit Konventionalstrafen rechnen (vgl. K-10; K-12). In Bezug auf den 1. Milestone musste sie bereits zum Rücktrittszeitpunkt am 12.8.16 von einer Verzögerung ausgehen (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 9). Gerade weil die Beklagte als Generalunternehmerin nach Art. 5 und 6 HV die Verantwortung für das *gesamte Fortschreiten des Projektes* hatte, war es ihr *nicht mehr*

zuzumuten, weiterhin auf die Klägerin als Subunternehmerin angewiesen zu sein. Erst recht nicht, da die durch den KV begründete Vertrauensbeziehung zwischen den Parteien (KS, N 102) durch den überraschenden Reduktionswunsch der vereinbarten Fremdleistung (B-1; B-3) massiv gestört wurde. Hinzu kommt, dass die AFAG als sog. Anschlussunternehmerin (vgl. GAUCH, N 219 f.) für ihre Tätigkeit auf die Untersuchungsergebnisse angewiesen war.

98. Die Verzögerungen im Projektstart und das gestörte Vertrauensverhältnis sind nur deshalb entstanden, weil sich die Klägerin zu Unrecht weigerte ihre Pflichten aus dem KV wahrzunehmen (s. N 70–74). Die Beklagte sah sich alleine aufgrund des klägerischen Verhaltens zur Kündigung geradezu gezwungen, weshalb ihre Pflicht zur Schadloshaltung entfällt.

b) Die Klägerin hat keinen Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR

99. Entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 92–108) verletzte die Beklagte ihre vorvertraglichen Pflichten nicht.

i) Die Beklagte hat ihre vorvertraglichen Pflichten nicht verletzt

100. Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe ihre Kontrahierungspflicht verletzt (KS, N 97). Sie verkennt dabei, dass die Beklagte – wie ausgeführt (s. N 66–80) – den Vorvertrag gemäss Art. 107 OR rechtmässig beendet hat, womit auch die Kontrahierungspflicht dahinfällt.

101. Des Weiteren argumentiert die Klägerin sinngemäss, die Beklagte habe ihre Pflicht zur einvernehmlichen Ausräumung von Hindernissen verletzt und so die Möglichkeit eines Rücktritts provoziert (KS, N 98). Wie ausgeführt (s. N 75) hat die Beklagte diese Pflichten nicht verletzt.

ii) Die Beklagte hat die Exklusivitätsklausel nicht verletzt

102. Die Ausführungen zur Verletzung der Exklusivitätsklausel gelten sinngemäss (s. N 89–93). In ihren Ausführungen (KS, N 100) verkennt die Klägerin, dass Art. 8 Abs. 2 KV im Zusammenhang mit den in Art. 8 Abs. 1 KV festgehaltenen Beendigungsgründen gesehen werden muss. Art. 5 KV soll nur dann in Kraft bleiben, wenn der KV aufgrund von Art. 8 Abs. 1 KV aufgelöst wird. Da der KV aber durch den Rücktritt der Beklagten nach Art. 107 OR (s. N 66–80) aufgelöst wurde, greift Art. 8 Abs. 2 KV nicht. Folglich hat die Beklagte die Exklusivitätsklausel nicht verletzt.

Aus diesen Gründen bitten wir Sie, sehr geehrtes Schiedsgericht, um antragsgemässes Vorgehen.

Hochachtungsvoll

Moot Court Team 6