

Moot Court Team 1

Matthias Emery
Thomas Gugger
Philippe Lutz
Patrick Neher

Einschreiben

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Selnaustrasse 32
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

11. Dezember 2017

Klageschrift

Fall 54699-2017

In Sachen

G-Funivie S.r.l.

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 1

gegen

DoubleM Bahnen AG

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

Beklagte

Vertreten durch Moot Court Team [...]

Klägerin und Beklagte
Gemeinsam „**die Parteien**“

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

„1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 4'320'000.00, zzgl. gesetzl. MWST nebst Zinsen zu 5% seit dem 26. Mai 2017, zu bezahlen;

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. gesetzl. MWST) zulasten der Beklagten.

und die folgenden prozessualen Anträge:

3. Der Antrag der Beklagten, das Verfahren zweizuteilen und in einem Vorentscheid zuerst über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts urteilen zu lassen, sei abzuweisen;

4. Auf die Verrechnungseinrede der Beklagten sei nicht einzutreten.“

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	II
Literaturverzeichnis.....	IV
Entscheidverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	VIII
I. Einleitung	1
II. Prozessualer Teil	1
1. Anwendbares Recht.....	1
2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts.....	1
2.1. Die objektive und subjektive Schiedsfähigkeit liegt vor.....	1
2.2. Eine massgebliche Schiedsvereinbarung liegt vor	1
2.3. Die Schiedsvereinbarung ist formell gültig.....	2
2.4. Die Schiedsvereinbarung ist materiell gültig	3
2.4.1. Schweizerisches Rechts ist anwendbar	3
2.4.2. Die Schiedsvereinbarung ist unabhängig vom Subunternehmervertrag zu beurteilen	3
2.4.3. Die Essentialia einer Schiedsvereinbarung liegen vor	3
2.4.4. Der Konsens über die Schiedsvereinbarung bestand	4
2.5. Tragweite der Schiedsklausel.....	5
2.5.1. Der KV ist von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel umfasst.....	5
2.5.2. Die Parteien sind von der subjektive Tragweite der Schiedsklausel erfasst	6
3. Das Schiedsgericht ist nicht für die Verrechnungseinrede zuständig	6
3.1. Die Verrechnungseinrede ist nicht von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel erfasst	6
3.2. Die Verrechnungseinrede wurde nicht formgültig geltend gemacht.....	7
3.3. Die Gebühr und der Kostenvorschuss wurden nicht geleistet.....	8
III. Materieller Teil.....	9
1. Die Klägerin hat einen Anspruch auf CHF 4'320'000.00, zzgl. gesetzl. MWST und Zinsen zu 5% seit dem 26. Mai 2017 aus Vorvertrag	9
1.1. Beim Kooperationsvertrages handelt es sich um einen Vorvertrag	9

1.1.1.	Die essentialia sind im Vorvertrag bestimmt	9
1.1.2.	Die Parteien verfügten über Rechtsfolgewillen.....	10
1.2.	Der Kooperationsvertrags wurde nicht in einen Verhandlungsvertrag gewandelt.....	12
1.3.	Die Kündigung der Beklagten nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV war vertragswidrig	13
1.4.	Die Kündigung des Kooperationsvertrages vom 12. August 2016 (K-12) stellt keinen gültigen Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR dar	14
1.4.1.	Die Klägerin war bzgl. Vertragsschluss nicht nach Art. 102 OR in Verzug.....	14
1.4.2.	Eine Mahnung ist ausgeblieben.....	15
1.4.3.	Es bestand kein Verfalltag.....	15
1.5.	Die Klägerin war bzgl. Vorarbeiten nicht nach Art. 102 OR in Verzug.....	15
1.5.1.	Eine Mahnung ist ausgeblieben.....	15
1.5.2.	Der Verfalltag ist nicht verstrichen	16
1.5.3.	Die Klägerin hatte ein Leistungsverweigerungsrecht	16
1.6.	Die Beklagte ist nach Art. 377 OR zurückgetreten	16
1.6.1.	Art. 377 OR ist auf den Vorvertrag anwendbar	16
1.6.2.	Die Kündigung ist als Rücktritt i.S.v. Art. 377 OR zu qualifizieren	17
1.6.3.	Die Klägerin hat einen Anspruch auf volle Schadloshaltung nach Art. 377 OR	17
2.	Eventualiter hat die Beklagte einen Anspruch auf Schadenersatz aufgrund Art. 97 OR aus Verhandlungsvertrag	18
2.1.	Die Beklagte beging eine Vertragsverletzung.....	18
2.2.	Die Klägerin erlitt einen Schaden	19
2.3.	Die Beklagte ist kausal für den Schaden verantwortlich.....	19
2.4.	Die Beklagte hat den Schaden verschuldet	20
2.5.	Fazit.....	20
IV.	DEN RECHTSBEGEHREN IST ZU ENTSPRECHEN	20

Literaturverzeichnis

- ARROYO MANUEL (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn 2013 (zitiert: *Practitioner's Guide* - BEARBEITER, Art. XX IPRG N. YY). [N. 37]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern 2006 (Zitiert: BERGER/KELLERHALS, *Schiedsgerichtsbarkeit*, N. XX). [N. 31/38]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *Widerklage und Verrechnung nach den Swiss Rules of International Arbitration*, in: Francois Bohnet/Pierre Wessner (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Basel/Genf/München 2005, 207 ff. (zitiert: BERGER/KELLERHALS, *Verrechnung*, S. XX). [N. 34]
- BUCHER EUGEN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988 (zitiert: BUCHER, S. XX). [N. 65]
- GABELLON ADRIEN, *Le précontrat développements et perspectives*, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg 338, Genf/Zürich/Basel 2014 (=Dissertation Universität Freiburg 2014) (zitiert: GABELLON, N. XX). [N. 66]
- GABRIEL SIMON/WICKI JODOK, *Vorvertragliche Schiedszuständigkeit*, in: *ASA Bulletin*, Band 27, Ausgabe 2, Juni 2009, S. 236 ff. (zitiert: GABRIEL/WICKI, S. XX). [N. 19]
- GABRIEL SIMON/MEIER KATALIN, *Set-Off Defenses in Arbitration – Conclusions from a Swiss Civil Law Perspective*, in: *Indian Journal of Arbitration Law*, Band 5, Ausgabe 2, 2017, S. 55 ff. (GABRIEL/MEIER, S. XX). [N. 41/44/46]
- GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, (zitiert: GAUCH, N. XX). [N. 92/93/96/97]
- GAUTSCHI GEORG, *Der Werkvertrag, Artikel 363-379 OR, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse 3*, 2 Aufl. Bern 1967 (zitiert: GAUTSCHI, Art. XX OR, N. YY). [N. 97]
- GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, *International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives*, 3. Aufl., Zürich 2016 (zitiert: GIRSBERGER/VOSER, N. XX). [N. 25]
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Aufl., Zürich 2000 (zitiert: GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, §XX N. YY). [N. 51]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Basel 2013 (zitiert: BSK IPRG - BEARBEITER/-IN, Art. XX N. YY). [N. 6/9/10/17/34]

- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, A,rt. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zitiert: BSK OR I - BEARBEITER/-IN, Art. XX N. YY). [N. 50/73/90/94]
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2014 (zitiert: HUGUENIN, N. XX). [N. 14/41/78/100/104/109/112]
- KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht Band I, 6. Aufl., Bern 2002 (zitiert: KELLER, S. XX). [N. 110]
- KOLLER ALFRED, Bernischer Appellationshof 03.02.1983, ZBJV 1985, 345, in: BR 1988 Band 3, S. 67 f. (zitiert: KOLLER, N. XX). [N. 90]
- MONN VALENTIN, Die Verhandlungsabrede, Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Zürich 2010 (zitiert: MONN, N. XX). [N. 101]
- PAVIC VLADIMIR, Jurisdiction of an Arbitral Tribunal over Set-Off under Swiss Rules of International Arbitration, in Nathalie Voser(Hrsg.), ASA Special Series No. 44, 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration (zitiert: PAVIC, S. XX). [N. 37/44]
- STACHER MARCO, Einführung in die Internationale Schiedsgerichtbarkeit Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015 (Zitiert: STACHER, N. XX). [N. 10/15]
- STÖCKLI, HUBERT: Das Synallagma im Vertragsrecht. Begründung-Abwicklung-Störung, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg 271, (=Habilitationsschrift Universität Freiburg 2006) (zitiert: STÖCKLI, N. XX). [N. 87]
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017 (zitiert: SUTTER-SOMM, N. XX). [N. 38]
- WYSS LUKAS, Aktuelle Zuständigkeitsfragen im Zusammenhang mit internationalen kommerziellen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, in: Jusletter 25. Juni 2012 (zitiert: WYSS, N. XX). [N. 14]
- ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich 2013 (zitiert: SRIA Commentary, BEARBEITER/-IN, Art. XX SRIA N. YY). [N. 48]

Entscheidverzeichnis

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGE 96 II 192	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Oktober 1970 [N. 97]
BGE 98 II 305	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Oktober 1972 [N. 50]
BGE 106 II 131	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. Juni 1980 [N. 104]
BGE 116 Ia 56	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. März 1990 [N. 25]
BGE 117 II 273	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Juni 1991 [N. 90]
BGE 122 III 426	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Juni 1996 [N. 73]
BGE 129 III 535	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Mai 2003 [N. 82]
BGE 130 III 66	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003 [N. 9/14]
BGE 135 IV 56	Urteil der Strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Februar 2009 [N. 110]
BGE 140 III 134	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Februar 2014 [N. 28]
BGE 142 III 239	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 18. Februar 2016 [N. 14/N.15]

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGer 4C.120/1999	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. April 2000 [N. 97]
BGer 4C.40/2003	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Mai 2003 [N. 28]
BGer 4C.58/2004	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Juni 2004 [N. 88]

BGer 4C.222/2004	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. September 2004 [N. 106]
BGer 4C.409/2005	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. März 2006 [N. 63]
BGer 4C.45/2007	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. April 2007 [N. 109]
BGer 4A_335/2013	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. November 2013 [N. 72]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	amtlich publiziertes Urteil des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
B-n	Beweismittel der Beklagten mit entsprechender Nummer
BR	Baurecht
BSK	Basler Kommentar
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende/folgende (Plural)
gem.	gemäss
gesetzl.	gesetzlich
h.L.	herrschende Lehre
HV	Hauptvertrag vom 13. April 2016 zwischen der Beklagten und der Stadt Zürich (K-4)
i.c.	in casu
i.d.H.v.	in der Höhe von
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
K-n	Beweismittel der Klägerin mit entsprechender Nummer

KV	Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016 (K-1)
lit.	litera
MWST	Mehrwehrtsteuer
N.	Randnummer
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
S.	Seite
sog.	sogenannt
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration/Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung) vom 01. Juni 2012
SV	Subunternehmervertrag
SVE I	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 25. April 2016
SVE II	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 10. Mai 2016
SVE III	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 30. Mai 2016
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenverbandes
Ziff.	Ziffer
zzgl.	zuzüglich

I. Einleitung

1 Vorliegend geht es um einen Schadenersatzanspruch der Klägerin aus einem am 12. Januar
2016 mit der Beklagten abgeschlossenen KV.

2 Die Parteien, der Sachverhalt und die Anspruchsgrundlagen wurden bereits in der Eingabe
vom 26. Mai 2017 geschildert. Diese Eingabe sowie die damit eingereichten Beweismittel
werden zum integrierenden Bestandteil der vorliegenden Klagebegründung erklärt.

3 Die vorliegende Klagebegründung ergänzt und vertieft die Eingabe vom 26. Mai 2017.

4 Für die Darstellung anerbietet die Klägerin den vollen Beweis. Die Darstellung der Beklag-
ten insbesondere in der Einleitungsantwort vom 30. Juni 2017 wird generell bestritten, so-
weit sie vorliegend nicht im Einzelnen anerkannt wird.

II. Prozessualer Teil

1. Anwendbares Recht

5 Gem. Art. 9 Abs. 3 KV ist materielles Schweizer Recht anzuwenden (K-1). Verfahrens-
rechtlich kommen die zwingenden Bestimmungen des 12. Kapitel des IPRG und die SRIA
zur Anwendung.

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

6 Die Voraussetzungen für die Zuständigkeit sind die formelle Gültigkeit der Schiedsverein-
barung (Art. 178 Abs. 1 IPRG), deren materiell gültiges Zustandekommen nach dem an-
wendbaren Recht (Art. 178 Abs. 2 IPRG) und der Fortbestand der Vereinbarung (BSK
IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186, N. 54).

2.1. Die objektive und subjektive Schiedsfähigkeit liegt vor

7 Es ist unbestritten, dass es sich beim vorliegenden Rechtsverhältnis um ein vermögens-
rechtliches i.S.v. Art. 177 Abs. 1 IPRG handelt. Demnach liegt die objektive Schiedsfähig-
keit vor. Auch ist die Partei- und Prozessfähigkeit der Beteiligten und somit die subjektive
Schiedsfähigkeit gegeben.

2.2. Eine massgebliche Schiedsvereinbarung liegt vor

8 Die massgebliche Schiedsvereinbarung ist geregelt in Art. 8 SVE III (K-9). Es ist festzu-
halten, dass diese Schiedsvereinbarung gültig zustande gekommen ist. Dies ergibt sich aus
den folgenden Gründen:

2.3. Die Schiedsvereinbarung ist formell gültig

- 9 Die formelle Gültigkeit einer Schiedsklausel liegt nach Art. 178 Abs. 1 IPRG vor, wenn die Schiedsvereinbarung in Textform besteht. Als Textform gilt jegliche beim Empfänger eingetroffene, visuell wahrnehmbare und physisch reproduzierbare Form (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N. 13). Von der Textform müssen die Parteien (subjektive Tragweite), die eigentliche Abrede über die schiedsgerichtliche Streiterledigung, sowie das dem entsprechenden Streiterledigungsverfahren unterworfenene Rechtsverhältnis (objektive Tragweite) erfasst sein (BGE 130 III 66 E. 3.1 S. 70).
- 10 Die Parteien können für die Schiedsklausel eine strengere Form als die in Art. 178 Abs. 1 IPRG vorgesehene vereinbaren (STACHER, N. 68). Gem. 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 (BSK IPRG -GRÄNICHER, Art. 178 N. 15).
- 11 Art. 8 SVE III (K-9) wie auch der identische Art. 8 SVE II (B-3), stellen eine schriftliche Abrede über die Prorogation der Gerichtsbarkeit an ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich dar. Aus der Einbindung in den Vertragsentwurf geht hervor, dass die subjektive Tragweite die potentiellen Vertragsparteien erfassen soll. Die Formulierung „Alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag“ grenzt die objektive Tragweite auf einen bestimmaren Kreis von Streitigkeiten ein. Alle wesentlichen Elemente der Schiedsabrede wurden folglich formgültig i.S. der Textform gem. Art. 178 Abs. 1 IPRG erfasst.
- 12 Vertraglich vorgesehen ist in Art. 9 KV (K-1) und den SV-Entwürfen (K-7/B-3/K-9/), dass „etwaige Änderungen oder Modifizierungen dieses Vertrages“ durch die Parteien zu unterzeichnen sind. Die Beklagte erklärt im E-Mail vom 30. Mai 2016 (B-4) ausdrücklich, mit der betreffenden Änderung bzgl. der Schiedsklausel einverstanden zu sein. Somit liegt die Schiedsklausel auch i.S. des Parteiwillens formell gültig vor.

2.4. Die Schiedsvereinbarung ist materiell gültig

2.4.1. Schweizerisches Rechts ist anwendbar

13 Die Schiedsvereinbarung ist nach Art. 178 Abs. 2 IPRG materiell gültig, wenn sie dem schweizerischen Recht entspricht.

14 Rechtsprechung und Lehre wenden auf die Frage nach dem Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung die allgemeinen vertraglichen Grundsätze an (BGE 142 III 239 E. 5.2.1 S. 253; BGE 130 III 66 E. 3.1 S. 70 f.; WYSS, N. 6). Ihr Zustandekommen bedarf demnach eines Konsenses, d.h. eines Austausches übereinstimmender Willenserklärungen nach Art. 1 Abs. 1 OR bzgl. aller essentialia negotii (HUGUENIN, N. 167 ff./201 ff.). Des Weiteren müssen die Parteien ihren Willenserklärungen rechtliche Verbindlichkeit zukommen lassen wollen, mithin über einen sog. Rechtsbindungswillen verfügen (HUGUENIN, N. 52).

2.4.2. Die Schiedsvereinbarung ist unabhängig vom Subunternehmervertrag zu beurteilen

15 Nach Art. 178 Abs. 3 IPRG und Art. 21 Ziff. 2 SRIA ist das rechtliche Schicksal einer Schiedsvereinbarung unabhängig vom Bestehen des Hauptvertrages, in dem sie festgehalten wurde. Dies gilt nach Rechtsprechung des BGer auch wenn der Hauptvertrag erst gar nicht zustande gekommen sein sollte (BGE 142 III 239 E.3.2.1 S. 244 ff.; STACHER, N. 65). Die Frage nach dem Zustandekommen einer Schiedsklausel ist somit separat vom Zustandekommen des restlichen Vertrages zu behandeln.

16 Der unter N. 11 der Einleitungsantwort vorgebrachte Einwand der Beklagten, die Schiedsklausel aus Art. 8 SVE III (K-9) sei aufgrund des Nicht-Zustandekommens des SV nicht gültig, ist aufgrund der Autonomie der Schiedsklausel vom restlichen Vertrag somit unbeachtlich.

2.4.3. Die Essentialia einer Schiedsvereinbarung liegen vor

17 Die essentialia der Schiedsvereinbarung umfassen die Prorogation der Gerichtsbarkeit an ein Schiedsgericht, die Bestimmbarkeit der Parteien und die Bezeichnung der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfenen Streitigkeiten (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N. 30).

18 Die von den Parteien im SVE II (B-3) gewählte Schiedsklausel entspricht weitestgehend der Musterklausel der SRIA (SRIA S. 45). Sie enthält folglich die Prorogation und die Bezeichnung der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfenen Streitigkeiten. Die Bestimmbarkeit der Parteien ist durch die Verhandlung und den Austausch der Schiedsvereinbarung zwischen Klägerin und Beklagten gegeben.

2.4.4. Der Konsens über die Schiedsvereinbarung bestand

19 Gerade das Austauschen von sich zunehmend konkretisierenden Schiedsklauseln in Vertragsentwürfen, welche in der letzten Fassung ohne Änderung übernommen werden, ist als ausserordentlich gewichtiges Indiz für einen Konsens über die vorvertragliche Geltung einer Schiedsvereinbarung zu betrachten (GABRIEL/WICKI, S. 252).

20 Nach Art. 4 lit. a KV (K-1) sahen die Parteien vor, die Bestimmungen des HV (K-4) zu spiegeln. Dieser legte in Art. 8 HV die Einsetzung eines Schiedsgerichts in Zürich und die Verhandlungssprache Deutsch für allfällige Streitigkeiten fest. In einem nächsten Schritt sah der von der Beklagten festgelegte Art. 9 Abs. 3 SVE I (K-7) direkt die Institution eines Schiedsgerichts mit Sitz in Zürich und die Verhandlungssprache Deutsch vor. Die Klägerin nahm darauf im SVE II finale Änderungen vor (B-2).

21 Die Beklagte übernahm in Art. 8 SVE III gleichlautend die Schiedsklausel aus Art. 8 SVE II (B-5). Im E-Mail vom 30. Mai 2016 erklärte sie überdies ausdrücklich, mit der betreffenden Änderung einverstanden zu sein (B-4). Es erfolgte somit ein Austausch sich gegenseitig konkretisierender Schiedsklauseln. Daraus folgt, dass bzgl. der Schiedsvereinbarung ein Konsens und Rechtsbindungswillen bestand. Ein Austausch bzgl. aller essentialia übereinstimmender Willenserklärungen hat stattgefunden.

22 Bei der Beurteilung des Konsenses muss insbesondere den Interessen der beiden Parteien Rechnung getragen werden (GABRIEL/WICKI, S. 252). Dazu gehört die einheitliche Beurteilung aller möglichen Streitgegenstände, die Rechtssicherheit bzgl. dem anwendbarem Recht und der Beizug fachlich versierter Schiedsrichter.

23 I.c. handelt es sich um ein Dreiecksverhältnis zwischen Parteien mit unterschiedlicher nationaler Herkunft. Die klare Regelung des anwendbaren Rechts und die Bündelung allfälliger Streitigkeiten waren somit im Interesse der Parteien. Die rechtlichen Besonderheiten bei der Erstellung von Grossprojekten erfordern den Beizug von fachlich spezialisierten

Schiedspersonen. Folglich war es im Interesse beider Parteien, die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes festzulegen.

24 Die Schiedsklausel ist mithin auch materiell gültig zustande gekommen.

2.5. Tragweite der Schiedsklausel

2.5.1. Der KV ist von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel umfasst

25 Gültig zustande gekommene Schiedsvereinbarungen sind im Zweifelsfall weit auszulegen und umfassen vermutungshalber alle im Konnex stehenden Ansprüche, sofern die Parteien keine Einschränkung des Geltungsbereichs formuliert haben (GIRSBERGER/VOSER, N. 308). Wurde eine Schiedsabrede getroffen, ist gem. BGer davon auszugehen, dass die Parteien „eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts wünschen“ (BGE 116 Ia 56 E. 3b S. 58).

26 Wie bereits dargelegt (N. 24), liegt eine gültig zustande gekommene Schiedsklausel vor. Die Parteien wählten unter Art. 8 SVE III (K-9) die folgende offene Formulierung: „Alle Streitigkeiten Meinungsverschiedenheiten und Ansprüche im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag“. Weder aus den Vertragsentwürfen noch aus der Korrespondenz der Parteien geht hervor, dass der Geltungsbereich der Schiedsklausel in Bezug auf Ansprüche aus dem KV eingeschränkt werden sollte. Aufgrund des Wortlauts und des Fehlens einer Einschränkung dieser Schiedsklausel, kann eine besonders weitreichende objektive Tragweite der Schiedsklausel angenommen werden.

27 Die bereits im KV(K-1) und dessen Appendixes (K-2/K-3) enthaltenen essentialia (N. 17 ff.) wurden im SVE II (K-7) konkretisiert. Die Beklagte erwähnte im E-Mail vom 30. Mai 2016 zudem, am KV festhalten zu wollen (B-4). Der KV und der angestrebte SV sollten den gleichen Sachverhalt regeln. Die Ansprüche aus dem KV stehen somit in unmittelbarem Zusammenhang mit dem SV.

28 Nach ständiger Rechtsprechung des BGer darf nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien eine unsachgemässe Regelung anstrebten (BGE 140 III 134 E. 3.2 S. 139). Eine Aufsplitterung verschiedener im Zusammenhang stehender Ansprüche auf staatliche Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit nicht sachgemäss und eine Bündelung mithin im Interesse der Parteien. So werden auch bei Rahmenverträgen alle Ansprüche aus Folgeverträgen vom Geltungsbereich der Schiedsklausel erfasst (BGer 4C.40/2003 E. 5.2 ff.).

29 Demnach umfasst die Schiedsvereinbarung sinnvollerweise auch Streitigkeiten die sich aus dem KV ergeben. Denn die Parteien können für den Fall des Zustandekommens des SV kaum gewollt haben, dass Ansprüche aus dem SV durch ein Schiedsgericht geprüft werden, während solche aus dem KV der staatlichen Gerichtsbarkeit unterworfen bleiben.

30 Der KV ist demnach entgegen den Behauptungen der Beklagten vom objektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung umfasst.

2.5.2. Die Parteien sind von der subjektive Tragweite der Schiedsklausel erfasst

31 Die subjektive Tragweite bezeichnet die Parteien, welche an die Schiedsvereinbarung gebunden sind. Schiedsvereinbarungen wirken grundsätzlich inter partes (BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit, N. 492).

32 Die Schiedsvereinbarung ist zwischen der Klägerin und Beklagten zustande gekommen, weshalb sich auch die subjektive Tragweite auf diese Parteien erstreckt.

3. Das Schiedsgericht ist nicht für die Verrechnungseinrede zuständig

3.1. Die Verrechnungseinrede ist nicht von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel erfasst

33 Die objektive Tragweite umfasst „alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag, einschliesslich über dessen Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung [...]“ (K-9).

34 Der angebliche Schaden der Beklagten entstand aus einem anderen Rechtsverhältnis, namentlich dem HV zwischen der Beklagten und der Klientin (B-7/K-4). Beruht die Verrechnungseinrede nicht auf dem gleichen Rechtsverhältnis, ist zu prüfen, ob die Verrechnungsforderung in die objektive Tragweite der Schiedsklausel fällt (BERGER/KELLERHALS, Verrechnung, S. 215). Demnach ist auf den konkret geäusserten Parteiwillen, allenfalls auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen (BSK IPRG - SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N. 83).

35 Die Klausel bzgl. der Abwälzung von Konventionalstrafen wurde im zweiten Entwurf durch die Kläger gestrichen (K-9). Im SVE III übernahm die Beklagte die Änderung (B-5) und erklärte sich im E-Mail vom 30. Mai 2016 mit allen Änderungen, abgesehen von der Reduktion und der Erfüllungssicherheit, ausdrücklich als einverstanden (B-4).

36 Demnach steht die fragliche Forderung der Beklagten gem. explizitem Parteiwillen nicht im Konnex des SV und ist nicht von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel erfasst.

37 Nach Art. 21 Ziff. 5 SRJA ist das Schiedsgericht zwar auch zuständig für die Beurteilung von Verrechnungen welche nicht unter die Schiedsvereinbarung fallen. Der Ausschluss der Abwälzung von Konventionalstrafen ist jedoch als Limitierung dieser Norm zu betrachten, weshalb eine solche Verrechnung von Konventionalstrafen implizit von Art. 21 Ziff. 5 SRJA ausgeschlossen wurde (PAVIC, S 48; Practitioner's Guide - JENNY RETO M., Art. 21 IPRG N. 478/484) und ist somit vom Schiedsgericht nicht zu hören.

3.2. Die Verrechnungseinrede wurde nicht formgültig geltend gemacht

38 Die Verrechnungseinrede ist in der Einleitungsantwort (Art. 3 Ziff. 10 SRJA) und in der gleichen Form wie die Klage geltend zu machen (Art. 18 Ziff. 3 SRJA, BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit, N. 1108). Dies bedeutet, dass die Verrechnung ebenfalls als Rechtsbegehren festzuhalten ist (Art. 19 Ziff. 3. i.V.m. Art. 18 Ziff. 2 lit. d SRJA). Sie muss demzufolge so genau formuliert sein, dass sie bei einer allfälligen Guttheissung ohne Weiteres vom Gericht in ein Urteil umformuliert werden kann (SUTTER-SOMM, N. 1032).

39 Die Beklagte hat weder in ihrer Einleitungsantwort noch in der Erwiderung zur Stellungnahme die Verrechnungseinrede als eigenständiges Rechtsbegehren eingebracht. Sie beschränkte sich vielmehr darauf, im Fliesstext der Einleitungsantwort festzuhalten, dass sie die Verrechnung im Falle der Guttheissung der Klage geltend machen würde.

40 Ein Eventualantrag ist ebenfalls als Rechtsbegehren festzuhalten, hat er doch genau den gleichen Stellenwert wie das Hauptbegehren auch und müsste ebenfalls in ein Urteil umformuliert werden können. Des Weiteren ist der Eventualantrag nicht annähernd genügend genau formuliert und bräuchte weitere Erläuterungen, um in ein Urteil umformuliert werden zu können (siehe Einleitungsantwort N. 26 ff.). I.c. kann die Verrechnungsforderung im Fliesstext nicht als ein Rechtsbegehren qualifiziert werden.

41 Die Eventualverrechnung im Prozess bietet im Gegensatz zur rein materiellrechtlichen Verrechnung für die verrechnende Partei den Vorzug, dass keine Anerkennung der Hauptforderung impliziert wird (GABRIEL/MEIER, S. 69). Dies erlaubt die bedingte Geltendmachung eines Gestaltungsrechts, welches im schweizerischen Rechtssystem eigentlich nicht bedingt geltend gemacht werden kann (HUGUENIN, N. 76). Die erhöhte Anforderung an den Modus

des Einbringens in das Verfahren ist, entgegen der Behauptung der Beklagten, kein überspitzter Formalismus, sondern ein notwendiges Mittel, um der Gegenpartei Sicherheit über den Prozessgegenstand zu bieten.

42 Die Verrechnungseinrede wurde demnach von der Beklagten nicht formgültig geltend gemacht und ist somit vom Schiedsgericht nicht zu hören.

3.3. Die Gebühr und der Kostenvorschuss wurden nicht geleistet

43 Nach Art. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 1 Ziff. 1 Appendix B SRIA ist bei der Erhebung einer Widerklage eine Einschreibgebühr zu leisten.

44 Die Eventualeinrede der Verrechnung unterscheidet sich dadurch von der blossen Verrechnung, dass der Verrechnende gerade nicht das eigentliche Gestaltungsrecht geltend macht und damit die Gegenforderung akzeptiert, sondern sie bloss eventualiter gegenüber dem Schiedsgericht erwähnt. Das Schiedsgericht ist damit gezwungen, die Verrechnung in der Sache zu prüfen. Dadurch kann die Arbeitslast des Schiedsgerichts erheblich erhöht werden (GABRIEL/MEIER, S. 67). Die Zulässigkeit der Verrechnung einer nicht zusammenhängenden Forderung ist insbesondere problematisch, wenn die Verrechnung als verdeckte Widerklage daherkommt und von geringerem Geldwert als die Hauptforderung ist (PAVIC, S. 50). Vor diesem Hintergrund ist die Anwendung der Gebührenregelung für Widerklagen auf derartige Verrechnungseinreden folgerichtig.

45 Vorliegend ist die zur Verrechnung eingebrachte Forderung illiquide, da der Bestand nur mit Beweiserhebung durch die Beklagte festgestellt werden kann. Dies weil die Gegenforderung weder bereits gerichtlich beurteilt, noch von der Klägerin anerkannt wurde (BERGER/KELLERHALS, Verrechnung, S. 215). Dies auferlegt dem Schiedsgericht somit erheblichen Aufwand. Die Eventualeinrede der Verrechnung unterscheidet sich in diesem Punkt nicht von einer Widerklage. Die Erhebung einer Gebühr für das Einbringen einer Widerklage, ist vor dem Hintergrund der damit entstehenden Arbeitslast zu sehen.

46 Weiter ist zwischen einer bedingten und einer unbedingten Verrechnung zu unterscheiden. Bedingt ist eine Verrechnung, wenn sie prozessual als Eventualbegehren gestellt wurde. Durch die Bedingtheit der Verrechnungseinrede handelt es sich nicht nur um eine materielle Fragestellung, sondern hauptsächlich um eine prozessuale, wodurch sich die Abhängigkeit

der Geltendmachung der Einrede von einer Gebühreuzahlung rechtfertigt (GABRIEL/MEIER, S. 70).

47 Aufgrund der Illiquidität der Verrechnungsforderung und der bedingten Geltendmachung der Verrechnung besteht bzgl. ihrer Natur und dem Arbeitsaufwand kein Unterschied zur Widerklage. Vor diesem Hintergrund ist Art. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 1 Ziff. 1 Appendix B SRIA auf die Verrechnungseinrede der Beklagten analog anzuwenden.

48 D.h. die Beklagte hätte für ihre Verrechnungseinrede eine Einschreibegebühr bezahlen müssen (Art. 1 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Ziff. 3 Appendix B SRIA analog). Durch das Nichtbezahlen der Gebühr und des Kostenvorschusses ist die entsprechende Verrechnungseinrede der Beklagten vom Schiedsgericht nicht zu hören (SRIA Commentary - STACHER, Appendix B N. 1).

49 Aus diesen Gründen ist die Einrede der Beklagten nicht vom Schiedsgericht zu beurteilen. Rein sorgfaltshalber ist festzuhalten, dass ein Verrechnungsanspruch auch nicht existiert.

III. Materieller Teil

1. Die Klägerin hat einen Anspruch auf CHF 4'320'000.00, zzgl. gesetzl. MWST und Zinsen zu 5% seit dem 26. Mai 2017 aus Vorvertrag

1.1. Beim Kooperationsvertrages handelt es sich um einen Vorvertrag

50 Die Beklagte bestreitet, dass es sich beim KV um einen Vorvertrag handelt. Ein Vorvertrag i.S.v. Art. 22 OR verpflichtet die Vertragsparteien, einen künftigen Vertrag, den sog. Hauptvertrag, abzuschliessen (BSK OR - ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N. 1). Dazu bedarf der Vorvertrag einer Regelung der objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte des Hauptvertrages (BSK OR - ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N. 2). Die besagten essentialia müssen bestimmt oder bestimmbar sein (BGE 98 II 305 E. 1 S. 307).

1.1.1. Die essentialia sind im Vorvertrag bestimmt

51 Die Bestimmung der essentialia eines Vorvertrages richtet sich nach dem abzuschliessenden Hauptvertrag (GUHL/KOHLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 16). Da dieser nach dem Parteiwillen eine objektiv garantierbare Leistung in Form der Erstellung von Masten und Fundamenten (detaillierter K-2/K-3) umfasst, liegt ein Werkvertrag nach Art. 363 OR vor. Die wesentlichen Punkte umfassen somit die Erstellung des Werkes und die Leistung des Werklohns (Art. 363 OR).

- 52 Das herzustellende Werk wurde durch den Nachtrag zu Appendix I bestimmt und umfasst Vorbereitungs-, Konstruktions- und Nachbearbeitungsarbeiten (K-2/K-3). Gem. der Beklagten konnte man sich bzgl. des Fremdleistungsanteils von 40% und damit der Höhe des Werklohnes gerade nicht einigen, da die Klägerin eine Reduktion auf 25% beantragt hat (N. 18 f. Einleitungsantwort). Der Fremdleistungsanteil von 40% stand jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits fest und war im Nachtrag zu Appendix I (K-3) verankert.
- 53 Der Werklohn definiert sich ebenfalls über den im Nachtrag zum Appendix I (K-3) statuierten Anteil von 40% (CHF 24'000'000.00) am Gesamtvolumen (CHF 60'000'000) des Projektes. Somit sind die objektiv wesentlichen Vertragspunkte definiert.
- 54 Die Sicherheiten sind entgegen den Behauptungen der Beklagten unter N. 16 der Einleitungsantwort aufgrund Art. 4 lit. c KV bestimmbar. Dieser besagt, dass die Klägerin durch den HV zwischen der Beklagten und dem Klienten verlangten Sicherheiten bereitzustellen hat. Die Erfüllungssicherheit und die Vorauszahlung sind gem. Art. 4.2 und 14.2 Besonderen Vertragsbestimmungen HV von einer Bank mit Sitz in der Schweiz oder einem Mitgliedstaat der EU zu stellen. Im Licht von Art. 4 lit. a KV erfasst Art. 4 lit. c KV die Garantien nach Art. 4.2 und 14.2 Besondere Vertragsbestimmungen HV global. Daraus folgt, dass die Parteien auch eine Spiegelung bzgl. der zulässigen Garantiegeber wollten. Demnach waren die Erfüllungs- und Vorauszahlungssicherheit ab dem Abschluss des HV unter Verweis auf Art. 4.2 und 14.2 Besondere Vertragsbestimmungen HV bestimmt.
- 55 Beim back-to-back Prinzip steht die richtige Erfüllung des Hauptvertrages durch die Subunternehmerin im Zentrum. Eine weitere Eingrenzung der Kriterien, unter welchen der Vertrag als erfüllt gilt, widerspricht folglich dem back-to-back Prinzip. Eine solche Beschränkung wurde i.c. auch nicht vor Abschluss des KV, sondern erst nach Abschluss des HV kenntlich gemacht. Demzufolge sind die Sicherheiten mit Abschluss des KV bestimmbar und mit Abschluss des HV bestimmt. Gefordert ist namentlich die Leistung der Sicherheiten durch eine Bank mit Sitz in der Schweiz oder einem Mitgliedstaat der EU.
- 56 Demnach waren sowohl die objektiv wie auch subjektiv wesentlichen Vertragspunkte des Werkvertrages durch KV, Appendix I und Verweis auf den HV bestimmbar.

1.1.2. Die Parteien verfügten über Rechtsfolgewillen

- 57 Für den Rechtsfolgewillen der Parteien bzgl. der essentialia negotii sprechen die Formulierungen von Art. 3 und 4 KV als Konditionalformeln, die für den Fall des Abschlusses des

- HV mit der Klientin einerseits die Ausführung der Fremdleistung durch die Klägerin und andererseits den bedingten Abschluss des SV vorsehen (K-1).
- 58 Die Exklusivitätsklausel in Art. 5 KV sieht den Abschluss des SV mit der Klägerin vor und räumt ihr zudem ein Vetorecht gegen Vertragsverhandlungen mit Dritten ein (K-1). Vorliegend besteht das Exklusivitätsinteresse ausschliesslich im verbindlichen Abschluss mit der Klägerin, was auf einen starken Bindungswillen der Parteien schliessen lässt.
- 59 Die Beklagte äusserte in ihrem E-Mail vom 30. Mai 2016, dass sie am KV und dessen Appendix I festhält und notfalls Leistungen aus dem KV direkt einfordern würde (B-4). Damit zog sie den KV als Grundlage für Forderungen aus dem SV heran. Dies spricht dafür, dass der KV auch nach dem Verständnis der Beklagten mit Rechtsbindungswillen bzgl. der Bestimmungen über den Werkvertrag abgeschlossen wurde.
- 60 Art. 8 KV hält die Umstände fest, unter denen der Vertrag dahinfällt. Bei einem Letter of Intent wäre eine solche Bestimmung redundant, da das Instrument keine Verbindlichkeit bezeugen würde. Die Klausel muss sinnvollerweise so ausgelegt werden, dass die Parteien bzgl. des Abschlusses des SV gebunden sind.
- 61 Zudem hatte die Beklagte in ihrem Schreiben vom 29. Juni 2016 (K-10) eine pauschale Entschädigung von CHF 25'000 für die getätigten Aufwendungen und bisher angefallenen Kosten angeboten. Daraus folgt, dass die Beklagte dem KV eine Bindungskraft zusprach, die über die eines blossen Verhandlungsvertrages hinausgeht. Im selben Schreiben anerkannte die Beklagte ihre Verpflichtungen aus dem KV. Durch diese beiden Handlungen kommt zum Ausdruck, dass die Beklagte den KV als Vorvertrag auffasste.
- 62 Die Parteien haben sich im Hinblick auf den Zuschlag darauf geeinigt, Vorbereitungshandlungen zu tätigen, namentlich bzgl. der Weiterbildung von Mitarbeitern, der Weiterentwicklung technischer Spezifikationen und der Vornahme von Planungshandlungen (Art. 5 Abs. 2 KV). Diese Massnahmen stellen beträchtliche Dispositionen dar, die wenig Sinn ergeben würden, wäre der künftige Vertragsabschluss der Willkür der Parteien unterstellt. Dem KV den Bindungscharakter eines Vorvertrages zu verleihen dürfte folglich im Interesse beider Parteien gewesen sein.
- 63 Letters of Intent beinhalten für gewöhnlich eine Klausel, welche die Verbindlichkeit ausschliesst (BGer 4C.409/2005 E. 2.3.1). Der KV enthält keine derartige Klausel. Vielmehr

enthält der KV Bestimmungen denen die Parteien zweifelsohne Verbindlichkeit zusprachen, wie die Bestimmungen über die Zusammenarbeit während der Evaluationsphase (Art. 2 KV), die Exklusivität (Art. 5 KV) und die Vertraulichkeit (Art. 6 KV) (K-1). Der Umstand, dass die Parteien diese Bestimmungen nicht klar von den anderen abgeschieden haben, sondern ohne Hinweis auf mangelnden Rechtsfolgewille in ein Dokument integriert, zeigt, dass sie dem gesamten Vertrag und somit auch den Bestimmungen über Werk und Entgelt Verbindlichkeit beimassen.

64 Da sowohl die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte geregelt wurden und bzgl. dieser Punkte auch Rechtsbindungswille vorliegt, ist der KV als Vorvertrag zu einem Werkvertrag nach Art. 22 i.V.m. 363 OR zu qualifizieren.

1.2. Der Kooperationsvertrags wurde nicht in einen Verhandlungsvertrag gewandelt

65 Aufgrund der Änderungsfreiheit kann ein Vertrag durch gegenseitige Übereinkunft jederzeit angepasst werden (Bucher, S. 98 ff.). Voraussetzung für sämtliche Änderungen ist dabei der Konsens der Parteien i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR. Eine Vertragsänderung kann in der Änderung einzelner Punkte oder in einer Änderung des ganzen Vertragstypus bestehen. Die Beklagte behauptet in ihrer Einleitungsantwort, es habe ein Wandel zu einem Verhandlungsvertrag stattgefunden. Dem ist nicht zu folgen.

66 Beim Wandel eines Vorvertrages in einen Verhandlungsvertrag geht die Verbindlichkeit der Punkte welche der Verhandlung zugänglich gemacht werden sollen, unter (GABELLON, N. 679). Bei einer solchen Umwandlung würde die Leistungspflicht der Parteien neu im Verhandeln dieser Punkte bestehen.

67 Festzuhalten ist, dass die Beklagte jegliche Änderungsvorschläge bzgl. vereinbarter Fremdleistungen durch die Klägerin kategorisch zurückwies (K-10/B-4). Die schrittweise erfolgte Einengung der Bankkriterien durch die Beklagte (K-7/K-9), über deren Anforderungen man sich bereits geeinigt hatte, lehnte die Klägerin strikt ab (K-8/K-11/B-6). Es erfolgte somit keine einvernehmliche Änderung von essentialia. Das Festhalten an den Standpunkten belegt, dass die Parteien keine Umwandlung in einen Verhandlungsvertrag wollten, sondern auf ihren Ansprüchen aus dem KV beharrten.

68 Überdies beharrte sowohl die Klägerin als auch die Beklagte auf der Verbindlichkeit des ausgehandelten Vertragsinhaltes (B-4/B-6). Zu nennen ist insbesondere das Schreiben vom

29. Juni 2016, in welchem die Beklagte ihre Verpflichtungen aus dem KV anerkennt und schreibt, dass sich die Parteien bzgl. der wesentlichen Punkte bereits geeinigt haben (K- 10). Die Beklagte stellte im selben Schreiben überdies ein Ultimatum zur Unterzeichnung des SVE III mit unverändertem Fremdleistungsanteil und ein Angebot zur Entschädigung. Dies unterstreicht, dass die Beklagte den KV als verbindlich ansah.
- 69 Es bestand somit keinerlei Kooperationsbereitschaft, geschweige denn Einigkeit bzgl. der Änderung einzelner Punkte. Ergo kann auch kein Konsens über die Änderung des Vorvertrages in einen Verhandlungsvertrag bestehen. Zumal die Beklagte den Rest des Vertrages nie in Frage gestellt hat, im Gegenteil, sie bestand auf dessen Verbindlichkeit.
- 70 Der Vorvertrag hat sich demnach nicht in einen Verhandlungsvertrag gewandelt.
- 1.3. Die Kündigung der Beklagten nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV war vertragswidrig**
- 71 Mit Schreiben vom 12. August 2016 kündigte die Beklagte den KV gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. g KV (K-12). Die Beklagte machte geltend, eine Einigung i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV sei nicht zustande gekommen, was sie zur Kündigung legitimiere bzw. die Aufhebung des Vertrages zur Folge habe. Dem ist nicht zu folgen.
- 72 Ist die Auslegung eines Vertragsbestandteiles strittig, ist zunächst nach dem wirklichen Willen (Art. 18 Abs. 1 OR) und falls dieser zu keinem Ergebnis führt, anhand des mutmasslichen Parteiwillens auszulegen (BGer 4A_335/2013 E. 5.3).
- 73 Bei der Feststellung des wirklichen Willens der Parteien sind alle für die Willensabgabe relevanten Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen (BSK OR - WIEGAND, Art. 18 N. 29). In erster Linie ist nach dem Wortlaut in Anbetracht der Systematik des Vertrages vorzugehen (BGE 122 III 426 E. 5 S. 429). Das Verhalten der Parteien vor und nach dem Vertragsschluss ist auch von Bedeutung, sofern dadurch auf die Willenslage bei Vertragsschluss geschlossen werden kann (BSK OR - WIEGAND, Art. 18 N. 29).
- 74 Gem. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV endet der KV, wenn sich die Parteien „nicht auf den Umfang und/oder Preis für die Fremdleistungen einigen“ können. E contrario kann daraus geschlossen werden, dass im Falle einer Einigung bzgl. Preis und Leistungsumfang kein Ende des KV i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV eintritt. Unter einer Einigung im vertraglichen Kontext ist nach allgemeinem Verständnis der übereinstimmende Willensaustausch mit Bindungscharakter zu verstehen.

75 Bei der systematischen Auslegung ist insbesondere Art. 4 Abs. 1 lit. b KV heranzuziehen. Dieser lautet: „der Preis und der Umfang der Fremdleistungen werden von den Parteien gemeinsam in Appendix I festgelegt“. Im Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 1 lit. g KV lässt sich ableiten, dass der Beendigungsgrund lediglich eintritt, wenn sich die Klägerin und die Beklagte im Rahmen von Appendix I nicht auf den Preis oder Umfang der Fremdleistungen der Klägerin einigen können. Allfällige nachträgliche Uneinigheiten bzgl. Leistungsumfang und Preis im SV werden von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV also nicht erfasst.

76 Die Beklagte schrieb im E-Mail vom 30. Mai 2016, dass sie am Appendix I des KV festhält und die Fremdleistungen notfalls von der Klägerin direkt einfordere (B-4). Überdies hielt die Beklagte im Schreiben vom 29. Juni 2016 fest, dass bereits eine Einigung stattgefunden hat (K-10). Dies spricht dafür, dass die Parteien von einer bindenden Einigung bzgl. Umfang und Preis der Fremdleistungen der Klägerin ausgingen und folglich spätere einseitige Änderungswünsche nicht mehr beachtet werden können.

77 Aufgrund Wortlaut, systematischer Auslegung und Verhalten der Beklagten entsprach es dem wirklichen Willen der Parteien, dass sich die Einigung über Preis und Leistungsumfang auf Appendix I KV bezieht. Eine solche Einigung ist erfolgt (N. 56). Eine allfällige nachträgliche Uneinigkeit in der Vertragsverhandlung um den SV ist irrelevant. Die Beendigung des KV der Beklagten ist aufgrund Art. 8 Abs. 1 lit. g KV somit vertragswidrig und unzulässig.

1.4. Die Kündigung des Kooperationsvertrages vom 12. August 2016 (K-12) stellt keinen gültigen Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR dar

1.4.1. Die Klägerin war bzgl. Vertragsschluss nicht nach Art. 102 OR in Verzug

78 Voraussetzung für den Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR ist ein Verzug nach Art. 102 OR. Dieser bedingt die Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit, die Fälligkeit der Forderung und die Inverzugsetzung durch Mahnung oder durch Verstreichen des Verfalltages sowie das Fehlen eines Leistungsverweigerungsrechts (HUGUENIN, N. 912)

79 Im Schreiben vom 12. August 2016 machte die Beklagte geltend, dass sie mangels Einigung über den SV vom KV zurücktrete (K-12). Der Abschluss eines SV unter den von ihr aufgesetzten Bestimmungen wäre demnach die Forderung, die nicht erfüllt wurde. Die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages fällt unter die Bestimmung des Vertrages.

80 Im Vorvertrag müssen alle subjektiven. und objektiven wesentlichen Punkte bestimmt oder bestimmbar gemacht worden sein (N. 50). Die Bestimmungen, dass die Erfüllungsgarantie und die Sicherheit für die Vorauszahlung durch eine der drei genannten Schweizer Grossbanken gestellt werden müssen (Art. 4.2 und Art. 14.2 Besondere Vertragsbestimmungen SVE III (K-9)) wurden weder im KV explizit genannt, noch durch Verweis bestimmbar gemacht. Vielmehr wurden sie erst im besagten Vertragsentwurf unilateral durch die Beklagte in die Verhandlungen eingebracht. Der von der Beklagten angestrebte Vertrag fällt demnach aus dem durch den KV gestellten Rahmen und es besteht kein Anspruch auf Abschluss unter den genannten Konditionen.

81 Mangels Anspruch auf Vertragsabschluss des SVE III besteht diesbezüglich auch keine Forderung der Beklagten, deren Fälligkeit zu prüfen wäre.

1.4.2. Eine Mahnung ist ausgeblieben

82 Eine Mahnung stellt die eine explizite Erklärung dar, dass eine Forderung ohne Säumnis zu erfüllen sei (BGE 129 III 535 E. 3.2.2 S. 541). Da jedoch keine Forderung der Beklagten auf Abschluss des SVE III besteht, kann dies auch nicht durch das Schreiben vom 29. Juni 2016 gemahnt werden.

1.4.3. Es bestand kein Verfalltag

83 Für den Abschluss des SV wurde im KV kein Datum vereinbart (N. 7 Verfahrensbeschluss Nr. 2). Da die Beklagte den Abschluss des SVE III unilateral als Offerte in die Verhandlung einbrachte, konnte hierzu auch gar kein Verfalltag vorgesehen sein.

1.5. Die Klägerin war bzgl. Vorarbeiten nicht nach Art. 102 OR in Verzug

1.5.1. Eine Mahnung ist ausgeblieben

84 Der ausbleibende Beginn mit den geologischen Voruntersuchungen kann nicht als mitgemahnt gelten. Die Beklagte hat die Dringlichkeit des Vertragsabschlusses über den SVE III mit dem knappen Zeithorizont für den Abschluss der geologischen Voruntersuchungen begründet (K-10). Sie hat jedoch nicht den Beginn der Voruntersuchungen als Forderung an die Klägerin gestellt. Erst recht hat sie die Klägerin nicht zur Erfüllung der Voruntersuchungen ohne Säumnis angehalten.

85 Die geologischen Voruntersuchungen können demnach nicht als gemahnt gelten.

1.5.2. Der Verfalltag ist nicht verstrichen

86 Für das Erbringen der Voruntersuchungen besteht aufgrund der von den Parteien vorgesehenen Übernahme der Bestimmungen back-to-back aus dem HV der Verfalltag vom 1. Oktober 2016 (Art. 4 a KV i.V.m. Appendix I HV). Der Verfalltag war demnach zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung noch nicht verstrichen.

1.5.3. Die Klägerin hatte ein Leistungsverweigerungsrecht

87 Ist die nachleistungspflichtige Schuldnerin selber nicht erfüllungsbereit, kann sie sich nicht auf die Rechte aus Schuldnerverzug berufen (STÖCKLI, N. 233).

88 Da die Beklagte die korrekt angebotenen Bankgarantien nach Art. 4.2 und Art. 14.2 Besondere Vertragsbestimmungen (K-4) i.V.m. Art. 4 lit. a KV (K-1) nicht annimmt, erklärt sie sinngemäss die Vorauszahlung nach Art. 14.2 Besondere Vertragsbedingungen i.V.m. Art. 4 lit. a KV auch im Fall der Erfüllung der geologischen Voruntersuchungen nicht vorzunehmen. Ist die Erstellung der Banksicherheit doch zusammen mit dem Erreichen des ersten Milestones Voraussetzung für die Leistung der Vorauszahlung (Art. 14.2 Besondere Vertragsbestimmungen KV). Die Erklärung, dass eine vertragliche Leistung nicht erfüllt werde, stellt einen antizipierten Vertragsbruch dar, der unter Art. 108 Abs. 1 OR fällt und demnach einen Schuldnerverzug begründet (BGer 4C.58/2004 E. 3.3). Die Beklagte konnte demnach keinen Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR geltend machen.

89 Aufgrund des bestehenden Leistungsverweigerungsrechts konnte die Klägerin mit der Erfüllung der geologischen Voruntersuchungen nicht in Verzug sein. Da kein Verzug bestand konnte die Beklagte auch keinen Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR geltend machen.

1.6. Die Beklagte ist nach Art. 377 OR zurückgetreten

1.6.1. Art. 377 OR ist auf den Vorvertrag anwendbar

90 Enthält der parteiidentische Vorvertrag bereits sämtliche wesentlichen Punkte des Hauptvertrages, kann nach der Einstufentheorie direkt auf Erfüllung geklagt werden (BGE 118 II 32 E. 3c S. 34; KOLLER, S. 67 f.). Zudem ist nach Rechtsprechung und h.L. Art. 377 OR bereits auf den Vorvertrag anwendbar (BSK OR - ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 377 N. 7; BGE 117 II 273 E. 3b S. 275).

91 Vorliegend handelt es sich beim KV um einen parteiidentischen Vorvertrag, der bereits alle wesentlichen Punkte eines Werkvertrages beinhaltet (N. 56). Art. 377 OR ist somit auf den KV anwendbar.

1.6.2. Die Kündigung ist als Rücktritt i.S.v. Art. 377 OR zu qualifizieren

92 Im Werkvertragsrecht kann der Besteller gem. Art. 377 OR durch einseitige Willenserklärung formlos vom Verträge zurücktreten (Art. 11 OR). Entscheidend ist, dass für den Unternehmer klar zum Ausdruck kommt, dass die endgültige Vertragsauflösung im Willen des Bestellers ist (GAUCH, N. 526).

93 Vorliegend erklärte die Beklagte mit dem Kündigungsschreiben vom 12. August 2016, dass sie den KV kündigt (K-12). Da eine Kündigung auf die endgültige Beendigung eines Vertrages abzielt, war für die Klägerin klar ersichtlich, dass die Beklagte vom KV zurückzutreten wollte. Der vom Begriff des Rücktritts abweichende Wortlaut ist unbeachtlich (GAUCH, N. 526).

94 Eine Rücktrittserklärung, welche sich zu Unrecht auf einen anderen Rechtsgrund stützt, ist als Rücktritt i.S.v. Art. 377 OR auszulegen (BSK OR - ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 377 N. 8; vgl. BGE 98 II 113 E. 2 S. 115). Wie oben dargelegt, kündigte die Beklagte zu Unrecht den Vorvertrag gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. g KV (N. 77). Bei der Kündigung vom 12. August 2016 (K-12) handelt es sich somit um eine Rücktrittserklärung i.S.v. Art. 377 OR.

1.6.3. Die Klägerin hat einen Anspruch auf volle Schadloshaltung nach Art. 377 OR

95 Aufgrund des Rücktritts der Beklagten hat die Klägerin gem. Art. 377 OR einen Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und volle Schadloshaltung.

96 Da es sich bei der vollen Schadloshaltung um einen Schadenersatzanspruch aus rechtmässiger Vertragsauflösung handelt, wird weder ein vertragswidriges Verwalten noch ein Verschulden der Bestellerin bzw. der Beklagten vorausgesetzt (GAUCH, N. 543). Die vorliegende Rücktrittserklärung der Beklagten allein genügt somit, um einen Anspruch aus Art. 377 OR zu begründen.

97 Nach dem eindeutigen Wortlaut der „vollen Schadloshaltung“ bezieht sich der Umfang auf das positive Vertragsinteresse (BGer 4C.120/1999 E. 5a; GAUCH, N. 546). Da durch das Rücktrittsrecht der Anspruch auf die Vergütung des Werkes untergeht, ist dem Unternehmer der Vermögensnachteil, welcher durch den Rücktritt entsteht, als Schaden zu ersetzen.

Der Klägerin steht somit ein Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses, namentlich des entgangenen Gewinnes zu (BGer 4C.120/1999 E. 5a; GAUTSCHI, Art. 377 OR N. 13). Massgebend ist die von den Parteien vereinbarte vertragliche Gewinnmarge (BGE 96 II 192 E. 6 S. 197).

98 Im Nachtrag zum Appendix I wurde im Einverständnis beider Parteien der Leistungsumfang der Klägerin auf 40% des gesamten Umfangs festgelegt (K-3), weshalb die vereinbarte Gewinnmarge der Klägerin CHF 4'320'000.00 beträgt.

99 Die Klägerin hat demnach einen Anspruch auf entgangenen Gewinn i.d.H.v. CHF 4'320'000.00 aus Art. 377 OR zzgl. gesetzl. MWST und Zinsen zu 5% seit dem 26. Mai 2017.

2. Eventualiter hat die Beklagte einen Anspruch auf Schadenersatz aufgrund Art. 97 OR aus Verhandlungsvertrag

100 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass es sich beim KV um einen Verhandlungsvertrag handelt, steht der Klägerin ein Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 97 OR zu. Dieser setzt die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, einen Schaden, einen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden sowie ein Verschulden der Schuldnerin voraus (HUGUENIN, N. 857).

2.1. Die Beklagte beging eine Vertragsverletzung

101 Die vertraglichen Verpflichtungen bei einem Verhandlungsvertrag sind u.a. verletzt, wenn die eine Partei gegen den Inhalt des Verhandlungsvertrages verstösst (MONN, N. 896).

102 In Art. 5 KV haben die Parteien vereinbart, dass sich die Beklagte verpflichtet „den Subunternehmervertrag exklusiv mit GF abzuschliessen und ohne die Zustimmung von GF mit keinen anderen Unternehmen Verhandlungen über die in Appendix I definierten Fremdleistungen zu führen“ (K-1). Diese Klausel bleibt gem. Art. 8 Abs. 2 KV auch bei einer allfälligen Beendigung des Vertrages in Kraft (K-1).

103 Am 21. August 2016 hat die TP-Bahnen ihre Beteiligung als Subunternehmerin der Beklagten am Bauprojekt vorgestellt (K-13). Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war die Beklagte, unabhängig davon, ob die Kündigung vom 12. August 2016 gültig ist, an die Exklusivitätsklausel gebunden (Art. 5 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 KV). Die TP-Bahnen übernahm Fremdleistungen aus dem Appendix I, namentlich den Bau der Stahlbetonfundamente und

der Stützen (K-13). Durch den Vertragsschluss über diese Leistungen verletzte die Beklagte folglich die vertragliche Nebenpflicht aus Art. 5 KV (K-1).

2.2. Die Klägerin erlitt einen Schaden

104 Der Schaden i.S.v. Art. 97 OR bezieht sich auf das positive Vertragsinteresse (HUGUENIN, N. 872). D.h. die Geschädigte ist so zu stellen, als ob der Vertrag durch die Schädigerin richtig erfüllt worden wäre (BGE 106 II 131 E. 5 S. 132). Dieses Erfüllungsinteresse umfasst auch den entgangenen Gewinn (HUGUENIN, N. 873).

105 Der Klägerin entstand demnach ein Schaden in Folge eines entgangenen Gewinns i.d.H.v. CHF 4'320'000.00 (N. 99).

2.3. Die Beklagte ist kausal für den Schaden verantwortlich

106 Die Vertragsverletzung der Schädigerin muss natürlich und adäquat kausal für den Schaden verantwortlich sein (BGer 4C.222/2004 E. 2.1, E. 3).

107 Die von der Beklagten vorgenommene Suche nach neuen Verhandlungspartnern und die darauffolgenden Verhandlungen mit der TP-Bahnen mit anschliessendem Vertragsschluss lassen sich nicht wegdenken, ohne dass der Vertragsschluss mit der ersten Partei sinnlos würde. Dadurch ist der Vertragsschluss mit der TP-Bahnen *conditio sine qua non* für den ausgefallenen Abschluss mit der Klägerin und somit für den entgangenen Gewinn i.d.H.v. CHF 4'320'000.00.

108 Des Weiteren führen Vertragsverhandlungen und ein anschliessender Vertragsschluss mit einer dritten Partei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung dazu, dass nicht mit der ersten Partei kontrahiert wird. Der vertragswidrige Vertragsschluss der Beklagten mit der TP-Bahnen ist demnach auch adäquat kausal für den entgangenen Gewinn der Klägerin.

109 Das Einbringen eines Änderungsvorschlages des KV, welcher zur Wahrung der Interessen aller Parteien angebracht wurde, kann nicht als ein Selbstverschulden geschweige denn als ein schweres Selbstverschulden gewertet werden (HUGUENIN, N. 1926). Da die Verletzung der Exklusivitätsklausel durch die Beklagte eine derart schwerwiegende Intensität aufweist, ist der Änderungsvorschlag der Klägerin rechtlich nicht beachtlich (vgl. BGer 4C.45/2007 E. 3.2). Der Änderungsvorschlag führte somit nicht zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs (vgl. HUGUENIN, N. 1926).

110 Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Parteien den SV aufgrund der fehlenden Verhandlungsbereitschaft der Beklagten zu einem späteren Zeitpunkt ohnehin nicht abgeschlossen hätten, da der Schaden tatsächlich durch den Vertragsschluss der Beklagten mit der TP-Bahnen entstanden ist. Die Haftung bleibt demnach auch bei einer hypothetischen Kausalität bei der Beklagten bestehen (KELLER, S. 103; BGE 135 IV 56 E. 3.1.2 S. 66).

111 I.c. ist der Schaden i.d.H.v. CHF 4'300'000.00 CHF adäquat kausal durch die Beklagte verursacht worden.

2.4. Die Beklagte hat den Schaden verschuldet

112 Das Verschulden nach Art. 97 OR setzt Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Wobei das Verschulden vermutet wird (HUGUENIN, N. 893 f.).

113 In Art. 5 KV wurde zwischen den Parteien eine Exklusivitätsvereinbarung getroffen (K-1, vgl. N. 102 f.). Der Beklagten als geschäftskundige Person musste bewusst gewesen sein, dass Verhandlungen und Vertragsschlüsse mit Dritten gegen die in Art. 5 KV vereinbarte Exklusivität verstossen und aufgrund Art. 5 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 KV auch unabhängig von einer allfälligen Beendigung des KV ihre Gültigkeit behält. Da die Beklagte trotz dieser Kenntnis mit der TP-Bahnen verhandelte und den Vertrag abschloss, versties sie mit Wissen und Willen gegen Art. 5 KV und handelte demnach vorsätzlich.

2.5. Fazit

114 Aufgrund der Verletzung der Exklusivitätsklausel durch die Beklagte hat die Klägerin demnach nach Art. 97 OR einen Anspruch auf ihren entgangenen Gewinn in der Höhe von CHF 4'320'000.00 zzgl. gesetzl. MWST und Zinsen zu 5% seit dem 26. Mai 2017.

IV. DEN RECHTSBEGEHREN IST ZU ENTSPRECHEN

Aus den genannten Gründen ersuchen wir Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 1