

Moot Court Team 8

Anna Giger
Manuel Bearth
Norina Frehner
Okan Yildiz

Einschreiben

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

19. März 2018

Klageantwort

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

In Sachen

G-Funivie S.r.l.

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 9

gegen

DoubleM Bahnen AG

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 8

Klägerin und Beklagte
gemeinsam «**die Parteien**»

betreffend

Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016

Sehr geehrter Herr Vorsitzender

Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgenden

prozessualen Antrag:

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

und folgende

Rechtsbegehren:

- «1. Auf die Schiedsklage sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten;*
- 2. Eventualiter sei die Schiedsklage abzuweisen;*
- 3. Eventualiter sei die Forderung der Klägerin mit der Schadenersatzforderung in der Höhe von CHF 1'000'000.00, zzgl. gesetzlicher MWST, zu verrechnen;*
- 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Klägerin.»*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis.....	VIII
Entscheidungsverzeichnis	XIV
A. Prozessuales.....	1
I. Das Schiedsgericht ist nicht zuständig.....	1
1. Der Zuständigkeitsentscheid ist als Vorentscheid zu fällen.....	1
2. Die Schiedsklausel ist nicht gültig.....	1
3. Die Schiedsklausel ist nicht auf den KV anwendbar	3
II. Eventualiter: Die Einrede der Verrechnung ist zu hören	5
B. Materielles	7
I. Qualifikation des KV	7
1. Der KV ist kein Vorvertrag.....	7
2. Der KV ist nicht einem Werkvertrag gleichzusetzen	8
3. Der KV ist als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren.....	9
4. Eventualiter: Der KV als Vorvertrag wandelte sich durch Konversion in einen Verhandlungsvertrag.....	10
II. Kündigung des KV.....	11
1. Der KV als Verhandlungsvertrag wurde gekündigt	11
a) Der KV wurde nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV gekündigt.....	11
b) Eventualiter: Der KV wurde nach Art. 107 Abs. 2 OR gekündigt	12
aa) Die nicht gehörige Leistung stellt eine schwerwiegende Vertragsverletzung dar	12
bb) Eine Nachfristansetzung war nicht nötig	13
cc) Die Kündigung erfolgte rechtzeitig	13
2. Der KV als Vorvertrag wurde gekündigt.....	14
a) Der KV wurde nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV gekündigt.....	14
b) Eventualiter: Der KV wurde nach Art. 107 Abs. 2 OR gekündigt	14
aa) Die nicht gehörige Leistung stellt eine schwerwiegende Vertragsverletzung dar	14
bb) Eine Nachfristansetzung war nicht nötig	15
cc) Die Kündigung erfolgte rechtzeitig	15
3. Der KV als Werkvertrag wurde nach Art. 366 Abs. 1 OR gekündigt.....	15

a) Die Klägerin befindet sich im Verzug.....	15
b) Die Beklagte traf kein Selbstverschulden.....	16
c) Die Beklagte trat gültig nach Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurück.....	16
d) Die Klägerin konnte sich nicht nach Art. 366 Abs. 2 OR exkulpieren.....	16
4. Mit der Beendigung des KV wird auch die Exklusivitätsklausel hinfällig.....	16
III. Die Forderung der Klägerin ist abzuweisen	17
1. Es liegt kein Schaden vor.....	17
2. Es besteht kein Anspruch auf das positive Interesse	17
a) Kein Anspruch aus Art. 377 OR.....	18
b) Kein Anspruch aus Art. 378 Abs. 2 OR.....	18
c) Kein Anspruch aus Art. 97 OR.....	19
IV. Eventualiter: Die Forderung der Klägerin ist zu verrechnen.....	19
Anhang I	21

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle juristische Praxis – Pratique juridique Actuelle (St. Gallen)
Allg.	Allgemeine (Vertragsbedingungen)
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage (Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit)
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Bes.	Besondere (Vertragsbedingungen)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; amtliche Sammlung
BGer	Schweizerisches Bundesgericht in Lausanne
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CH	Confederatio Helvetica (Schweizerische Eidgenossenschaft)
CHF	Schweizer Franken
c/o	care of = wohnhaft bei (Zustellanweisung)
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review (Columbia)
Diss.	Dissertation
dRSK	digitaler Rechtsprechungs-Kommentar
E.	Erwägung(en)
erg.	ergänzt
erw.	erweitert
etc.	et cetera
EUROSTAT	Statistische Amt der Europäischen Union
EZB	Europäische Zentralbank
f./ff.	und folgende (Seite/Randnummer etc.)/und folgende (Seiten/Randnummern etc.)

FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
gem.	gemäss
GF	G-Funivie S.r.l.
gl. A.	gleicher Ansicht
H	Heft
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptvertrag vom 13. April 2016 (nach [K-4] Einleitungsbegehren)
inkl.	inklusive
IPOL	Directorate-General for Internal Policies
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.	im Sinne; in Sachen
ISDC	Institut suisse de droit compare (Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JCL	Journal of Contract Law (Australien)
JdT	Journal des tribunaux – Droit Fédéral (Lausanne)
Komm.	Kommentar
KS	Klageschrift vom 11. Dezember 2017 zu Swiss Rules Fall Nr. 54699-2016 von Moot Court Team 9
KUKO	Kurzkommentar (Basel)
KV	Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016 (nach [K-1] Einleitungsbegehren)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheid
lit.	litera = Buchstabe
LU	Kanton Luzern
m.V.	mit Verweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MWST	Mehrwertsteuer
N	(Rand-)Note(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung

o.Ä.	oder Ähnliches
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
RIDC	La Revue internationale de droit comparé (Frankreich)
Rz.	Randziffer(n)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtsammlung)
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration
S.r.l.	Società a responsabilità limitata
St.	Sankt
SV	Subunternehmervertrag
u.a.	unter anderem
überarb.	überarbeitet
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume = Volumen
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Revisionen, Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision, Anträge auf Zulassung der Sprungrevision, Berufungen in Patentsachen
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
zzgl	zuzüglich

Literaturverzeichnis

Grundlagenliteratur

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit.: BERGER/KELLERHALS, N ...).

Rz. [16]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit.: BUCHER, ...).

Rz. [24]

FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit.: FURRER/MÜLLER-CHEN, ...).

Rz. [63]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. überarb. und erw. Aufl., Zürich 2011 (zit.: GAUCH, N ...).

Rz. [44, 73, 94]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG, EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, EMMENEGGER, N ...).

Rz. [40]

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

Rz. [32, 54, 64, 69, 90, 108]

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M., Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020, Projet relatif à und nouvelle partie générale, Zürich 2013 (zit.: OR 2020-BEARBEITERIN, Art. ..., N ...).

Rz. [54, 57]

MÜLLER CHRISTOPH, Swiss Case Law in International Arbitration, 2. überarb. Aufl., Zürich 2010 (zit.: MÜLLER, ...).

Rz. [27]

SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004 (zit.: SCHUMACHER, N ...).

Rz. [25]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. erg. Aufl., Bern 2016 (zit.: SCHWENZER, Rz. ...).

Rz. [30]

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Bd. II, Zürich 1984 (zit.: VON TUHR/ESCHER, ...).

Rz. [69]

Kommentare

AEPLI VIKTOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilbd. V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, 3. Aufl., Zürich 1991 (zit.: ZK OR-AEPLI, Art. ... N ...).

Rz. [24]

ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, Den Haag 2013 (zit.: Practitioner's Guide SRIA-BEARBEITER/IN, ...).

Rz. [8]

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

Rz. [47]

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

Rz. [88]

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

Rz. [3, 4]

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

Rz. [12, 40, 83]

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

Rz. [56]

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

Rz. [4, 27, 28]

Zeitschriften

FARNSWORTH E. ALLAN, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, in: 87 (1987) Colum. L. Rev., 217-294 (zit.: FARNSWORTH, Colum. L. Rev. 1987, ...).

Rz. [68]

FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD, Traité de l'arbitrage commercial international in: La Revue internationale de droit comparé (RIDC), Vol. 49 No. 1, Frankreich 1997, 269-271 (zit.: FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, RIDC 1997, N ...).

Rz. [8]

GABRIEL SIMON/WICKI JODOK, Vorvertragliche Schiedszuständigkeit, in: Bulletin ASA, Bd. 27 (2009), H 2, 236-255, Basel 2009 (zit.: GABRIEL/WICKI, Bulletin ASA 2009, ...).

Rz. [7, 8]

GAUCH PETER, Von den wesentlichen Vertragspunkten in: recht 1991, 45-52, Bern 1991
(zit.: GAUCH, recht 1991, Ziff. ...).

Rz. [31]

KOLLER ALFRED, Nachträgliche Leistungsunmöglichkeit auf Seiten des Unternehmers, in: AJP
2013, 1765-1772 (zit.: KOLLER, AJP 2013, ...).

Rz. [98]

LANGENEGGER FLAVIO/VISCHER MARKUS, Bindungswirkung einer Schiedsklausel vor Abschluss des Hauptvertrags, Kommentar zum Urteil 4A_84/2015 vom 18. Februar 2016, in: dRSK, publiziert am 28. Juni 2016 (zit.: LANGENEGGER/VISCHER, dRSK 2016, Rz. ...).

Rz. [7]

PATERSON JEANNIE MARIE, The Contract to Negotiate in Good Faith: Recognition and Enforcement, in: Journal of Contract Law 1996, 120-140 (zit.: PATERSON, JCL 1996, ...).

Rz. [45]

SPIRO KARL, Können übermässige Verpflichtungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, in: ZBJV 1952, 449-553 (zit.: SPIRO, ZBJV 1952, ...).

Rz. [89]

STOFFEL WALTER A., La promesse de contracter en droit suisse, in: Serie ISDC (Hrsg.) Pouvoir exécutif et pouvoir législatif: La responsabilité pré- et postcontractuelle, droit international public et privé. Vol. 5 (Recueil des travaux présentés aux deuxièmes journées juridiques yougoslavo-suissees) Belgrade 1986, 131-151 (zit.: STOFFEL, ISDC 1986, ...).

Rz. [35]

VON SEGESSER GEORG, Arbitrating Pre-Closing Disputes in Merger and Acquisition Transactions, in: KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/ALEXANDRA JOHNSON (Hrsg.), Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, ASA Special Series No. 24, Basel 2005, 17-54 (zit.: VON SEGESSER, ASA Special Series No. 24 2005, ...).

Rz. [7]

Festschriften und Sammelwerke

BÜHLER MICHA/STACHER MARCO, Chapter 13, Part IV: Costs in International Arbitration in: ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, Den Haag 2013, 1371-1391 (zit.: BÜHLER/STACHER, Rz. ...).

Rz. [27]

WIRTH MARKUS, Rechtsbegehren in internationalen Schiedsbegehren – wie bestimmt müssen sie sein?, in: Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte – Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2004 (zit.: WIRTH, ...).

Rz. [28]

Dissertationen

GABELLON ADRIEN, Le précontrat – Développements et perspectives, Diss., Freiburg 2014 (zit.: GABELLON, ...).

Rz. [40, 74]

GLOOR SIMONE, Das vertragliche Übernahmeverschulden Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme, Diss., Luzern 2011 (zit.: GLOOR, N ...).

Rz. [111]

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

Rz. [44, 48, 53, 56, 63, 64]

Medienpublikationen

BACHES ZOÉ, Schweizer Recht als Exportprodukt – Was ein neues staatliches Gericht für international agierende Unternehmen dem Standort bringen könnte, NZZ vom 1. Juli 2017, 29 (zit.: BACHES, NZZ ...).

Rz. [8]

«Der Steuerzahler soll Monte dei Paschi retten – was heisst das nun?», NZZ vom 23. Dezember 2016 (zit.: Der Steuerzahler, NZZ vom 23.12.2016, ...).

Rz. [66]

IPOL BRIEFING, European Parliament, PE 602.094, The orderly liquidation of Veneto Banca and Banca Popolare di Vicenza, 2017 (zit.: IPOL BRIEFING, ...).

Rz. [66]

«Staatliche Beihilfen: Kommission genehmigt Beihilfe für den Marktaustritt der Banca Popolare di Vicenza und der Veneto Banca gemäß dem italienischen Insolvenzrecht, einschließlich des Verkaufs einiger Teile von Intesa Sanpaolo», Europäische Kommission – Pressemitteilung vom 25. Juni 2017, Brüssel (zit.: Europäische Kommission, 2017).

Rz. [66]

Entscheidverzeichnis

Entscheide des Bundesgerichtshofes

BGH Urteil vom 18. Dezember 1997 VII ZR 342/96
(Urteil des VII. Zivilsenats vom 18. Dezember 1997)
(zit.: BGH, NJW 1998, 1493, 1494)
Rz. [109]

Entscheide des Obergerichts des Kantons Luzern

Urteil des Obergerichts Luzern vom 10.01.2012 (1B 11 28); LGVE 2012 I, Nr. 13
(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 10. Januar 2012)
Rz. [85]

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGE 107 II 439
(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 10. November 1981)
Rz. [86]

BGE 110 II 141
(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 15. Mai 1984)
Rz. [85]

BGE 110 II 287
(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 23. August 1984)
Rz. [8]

BGE 117 II 273
(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 13. Juni 1991)
Rz. [73]

BGE 118 II 32
(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 06. März 1992)
Rz. [30, 39]

BGE 120 II 35

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 27. Januar 1994)

Rz. [89]

BGE 123 III 110

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 04. Februar 1997)

Rz. [110]

BGE 124 III 155

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 07. Oktober 1997)

Rz. [111]

BGE 124 III 57

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 17. November 1997)

Rz. [89]

BGE 126 III 182

(Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 23. Dezember 1999)

Rz. [55]

BGE 129 III 675

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

Rz. [7, 8]

BGE 130 III 591

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 13. August 2004)

Rz. [24]

BGE 133 III 311

(Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 08. März 2007)

Rz. [54]

BGE 135 III 295

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 20. März 2009)

Rz. [47]

BGE 137 III 16

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 16. November 2010)

Rz. [24]

BGE 138 III 322

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

Rz. [88]

BGE 142 III 239

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 18. Februar 2016)

Rz. [12]

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGer Urteil aus JdT 124 (1976) I, 163-166

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 07. März 1975)

Rz. [54]

BGer Urteil 4A_452/2007

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 29. Februar 2008)

Rz. [15]

BGer Urteil 4A_603/2009

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 09. Juni 2009)

Rz. [69]

BGer Urteil 4A_608/2011

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 23. Januar 2012)

Rz. [111]

BGer Urteil 4A_297/2013

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 04. September 2013)

Rz. [38]

BGer Urteil 4A_122/2014

(Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 16. Dezember 2014)

Rz. [85]

A. Prozessuales

1 Grundsätzlich gelten alle Äusserungen der Klägerin als bestritten, sofern diese nachfolgend nicht ausdrücklich anerkannt werden.

I. Das Schiedsgericht ist nicht zuständig

1. Der Zuständigkeitsentscheid ist als Vorentscheid zu fällen

2 Wie in Ziff. 15 Einleitungsantwort statuiert, beantragt die Beklagte weiterhin, dass das Schiedsgericht in einem Vorentscheid gem. Art. 186 Abs. 3 IPRG über seine Unzuständigkeit befindet.

3 Da die Klägerin in keiner Weise auf den prozessualen Antrag eingeht, hat sie entweder nichts gegen einen Vorentscheid einzuwenden oder aber keine triftigen Gründe, die dagegen sprechen (vgl. BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 121).

4 Ein Vorentscheid über die Zuständigkeit ist ausserdem angezeigt, da die Unzuständigkeitseinrede offensichtlich nicht dilatorisch motiviert ist (vgl. BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 119). Eine Verzögerung des Verfahrens ist für die Beklagte genauso kosten- und zeitaufwändig und damit problematisch, wie für die Klägerin. Eine Überprüfung der Unzuständigkeit in einem Vorentscheid ist einerseits als Grundsatz in Art. 21(4) SRIA vorgesehen und andererseits in finanzieller und zeitlicher Hinsicht sowie aus Gründen der Effizienz gerade sinnvoll (vgl. Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 28). Denn der Entscheid über die Zuständigkeit wird bei Zusammenlegen der Zuständigkeitsfrage mit dem Verfahren über die eigentliche Sache erst am Schluss gemeinsam mit dem Entscheid über die Leistung gefällt (vgl. BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 120). Es würde also die eingeklagte Leistung beurteilt werden, obwohl dies bei Unzuständigkeit des Schiedsgerichts nicht nötig wäre, was zusätzliche Aufwände für beide Parteien zur Folge hätte.

5 Weshalb die Unzuständigkeitseinrede ernst zu nehmen und ihr stattzugeben ist, wird nachfolgend dargelegt.

2. Die Schiedsklausel ist nicht gültig

Zu Rz. 1-6 der Klageschrift (nachfolgend «Zu Rz. ...»): nicht bestritten

Zu Rz. 8, 11 f., 16 und 18: bestritten

6 Wie die Klägerin in Rz. 7 KS richtig schildert, bestimmt sich das Zustandekommen der Schiedsvereinbarung als Vertrag nach dem von den Parteien gewählten Recht. Die Klägerin schildert in Rz. 8 KS zudem zutreffend, dass bei nicht klar ersichtlichem tatsächlichen Parteiwillen der mutmassliche Parteiwille nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden muss. Der mutmassliche Parteiwille spricht allerdings aus nachfolgenden Gründen gegen das Zustandekommen einer Schiedsklausel.

- 7 Gem. Bundesgericht sollen die Parteien vor einer voreiligen Annahme der Schiedsklausel geschützt werden und sich den damit verbundenen Konsequenzen bewusst sein. Deshalb darf das Zustandekommen einer Schiedsklausel nur zurückhaltend angenommen werden (BGE 129 III 675 E. 2.3 m.w.N.; vgl. LANGENEGGER/VISCHER, dRSK 2016, Rz. 13). Gerade dieser Schutzgedanke würde missachtet werden, wenn das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung aufgrund des Austausches der drei SV-Entwürfe ([K-7], [B-2] bzw. [B-3], [K-9] bzw. [B-5]) anerkannt werden würde. Denn der Abschluss einer Schiedsklausel durch den blossen Austausch von in materieller Hinsicht unverbindlicher Vertragsentwürfe, wie dies von den Parteien vorgenommen wurde, ist nicht verkehrsmässig. Allein aus diesem Verhalten kann kein Rechtswille abgeleitet werden. Aufgrund des Vertrauensprinzips und der restriktiven Praxis über das Zustandekommen von Schiedsklauseln, darf die Klägerin nicht vom Abschluss einer gültigen Schiedsabrede ausgehen (vgl. GABRIEL/WICKI, Bulletin ASA 2009, 249). Wäre eine Schiedsklausel gewollt gewesen, hätten die geschäftserfahrenen Parteien diese zur Sicherheit praxisgemäss mittels eines «letter of intent» oder einer ähnlichen Vereinbarung festgelegt (vgl. VON SEGESSER, ASA Special Series No. 24 2005, 35).
- 8 Der Autonomiegrundsatz gem. Art. 178 Abs. 3 IPRG ist nicht einschlägig. Der SV als Hauptvertrag ist aufgrund der Uneinigkeiten bzgl. der Bankgarantien sowie dem Leistungsumfang *nicht zustande gekommen*. Ohne die Einigung über die wesentlichen Punkte entsteht kein Vertrag (BGE 110 II 287 E. 2.b). In solchen Fällen, in denen das Gericht feststellt, dass der Hauptvertrag aufgrund des mangelnden Konsenses nicht besteht, beschlägt dies auch das Bestehen der Schiedsklausel und das Schiedsgericht muss sich für unzuständig erklären (vgl. Practitioner's Guide SRIA-JENNY, Art. 21 N 8; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, RIDC 1997, N 411). Ein objektiv begreifliches und erkennbares Interesse der Parteien an der Schiedsgerichtsbarkeit liesse eine Schiedsklausel ausnahmsweise auch ohne einen Hauptvertrag entstehen (vgl. GABRIEL/WICKI, Bulletin ASA 2009, 254). Ein solches Interesse hat aus den folgenden Gründen aber weder die Beklagte noch die Klägerin. Da vor dem Abschluss des SV noch keine engen vertraglichen Bindungen bestanden, ist ein Gerichtsverfahren noch nicht übermässig kompliziert. Ausserdem sind die getätigten Ausgaben noch so gering, dass sich die Aufwendungen und Kosten eines Schiedsverfahrens nicht lohnen würden. Die Kosten eines Schiedsverfahrens gestalten sich höher als jene eines staatlichen Verfahrens (BGE 129 III 675 E. 2.3; vgl. BACHES, NZZ, 29). Ein effizienter und kostengünstiger privater Vergleich war möglich gewesen, was die Beklagte in ihrem Schreiben vom 29. Juni 2016 ([K-10]) mit der Entschädigungszahlung von CHF 25'000.00 angestrebt hatte. Es konnte somit aufgrund der oben aufgeführten Gründe nicht im Interesse der Parteien gewesen sein, sich schon vor Abschluss des SV einer

Schiedsklausel zu unterstellen. Der Dissens über den SV beschlägt als Ausnahme zum Autonomiegrundsatz auch den Bestand der Schiedsklausel.

- 9 Selbst bei einer autonomen Beurteilung der Schiedsklausel wäre diese ohne die Komplexität des SV nicht angebracht. Denn ohne den SV als Hauptvertrag wären die Konsequenzen einer schiedsgerichtlichen Beurteilung für das Verhandlungsstadium, wie eben erwähnt, prozessökonomisch nicht sinnvoll und nicht tragbar. Der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit konnte somit nicht Wille der Parteien gewesen sein.
- 10 Es geht aus obigen Gründen hervor, dass keine gültige Schiedsklausel entstanden ist.

3. Die Schiedsklausel ist nicht auf den KV anwendbar

- 11 Falls das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommt, dass eine Schiedsklausel zustande gekommen ist, so ist das Schiedsgericht, dennoch nicht für die Beurteilung der Klage zuständig. Die Beklagte hält an ihren Ausführungen in Rz. 12 f. Einleitungsantwort fest.

Zu Rz. 20-22: bestritten

- 12 Das von der Klägerin in Rz. 20 KS genannte Urteil (BGE 142 III 239) ist nicht einschlägig. Das Bundesgericht bezieht sich darin auf einen Rahmenvertrag. Dieser unterscheidet sich jedoch von einem Verhandlungsvertrag und auch von einem Vorvertrag, sollte sich das Gericht wider Erwarten für einen solchen entscheiden, da der Rahmenvertrag u.a. nach Abschluss von ihm nachfolgenden Verträgen weiter besteht (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 29; vgl. auch Rz. 41 KS). Ausserdem wurde in dieser Entscheidung die Anwendbarkeit der Schiedsklausel im Rahmenvertrag auf *nachfolgende* Verträge und nicht auf vorgängig abgeschlossene Verträge anerkannt (vgl. BGE 142 III 239 E. 5.2.3). Die Schiedsklausel aus den SV-Entwürfen kann somit nicht auf den vorher entstandenen KV angewendet werden.
- 13 Die Behauptung der Klägerin in Rz. 22 KS, es werde vom KV und vom SV derselbe Zweck, nämlich die Realisierung des Bauprojekts, verfolgt und somit die «Group of Contracts»-Theorie angewendet, wird bestritten. Der Zweck des KV als Verhandlungsvertrag (vgl. Rz. 44) ist es, die Verhandlungen im Hinblick auf den Abschluss des SV zu regulieren. Als Vorvertrag, sollte ein solcher wider Erwarten vorliegen, besteht der Zweck des KV in der Willensabgabe zu einem Hauptvertrag (vgl. Rz. 74). Nur der Zweck des SV liegt in der Realisierung des Bauprojekts. Somit liegen verschiedene Zwecke vor, weshalb keine Anwendung der Schiedsklausel infolge der «Group of Contracts»-Theorie auf den KV zulässig ist.

Zu Rz. 23 f.: bestritten

- 14 Gem. Art. 8 Abs. 1 lit. e KV tritt der KV bei Abschluss des SV ausser Kraft. Ein paralleles Bestehen der beiden Verträge ist mithin explizit ausgeschlossen. Aus diesem Grund kann es nie

Wille der Parteien gewesen sein, mit einer Änderung der objektiven Tragweite der Schiedsklausel (vgl. [B-2] bzw. [B-3]) deren Anwendungsbereich auf den KV zu erstrecken. Es ist sinnwidrig, eine Schiedsvereinbarung in einem zeitlich nachfolgenden Vertrag über einen früheren Vertrag zu erfassen, vor allem, wenn letzterer mit Entstehung des neuen ausser Kraft tritt. Die Tatsache, dass die Parteien im KV keine Schiedsklausel vereinbart haben, zeigt auf, dass dieses Vertragsverhältnis gerade nicht der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt werden sollte. Der KV erreicht ausserdem die Komplexität und finanzielle Tragweite nicht, welche die Unterstellung unter die Schiedsklausel sinnvoll machen würden (vgl. Rz. 8 f.). So ist es im vorliegenden Fall verständlich und nachvollziehbar, dass die Parteien den KV nicht der staatlichen Gerichtsbarkeit entziehen wollten.

- 15 Aus der Klausel «[...] im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag [...]» (vgl. Ziff. 8 SV-Entwurf [K-9] bzw. [B-5]) kann zudem - v.a. unter Berücksichtigung des Parteiwillens (vgl. Rz. 14) - nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass auch Ansprüche aus anderen Verträgen, wie dem KV, darunter fallen. Vielmehr ist damit gemeint, dass auch Streitigkeiten über das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages sowie über die aus der Vertragsbeendigung allenfalls resultierenden Ansprüche oder Ansprüche aus unerlaubter Handlung darunter fallen (vgl. BGer Urteil 4A_452/2007 vom 29.02.2008, E. 2.5.1 f.). Eine solche Auslegung ergibt sich auch, wenn der Wortlaut der Schiedsklausel in Ziff. 8 SV-Entwurf ([K-9] bzw. [B-5]) genauer betrachtet wird. Durch das Wort «einschliesslich» wird klar, dass es sich bei der Ergänzung «Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung» um eine Konkretisierung des Inhalts der Schiedsklausel handelt. Mithin fallen Ansprüche aus anderen Verträgen nicht unter diese Klausel.
- 16 Auf die Ausführungen in Rz. 23 KS über die nationale Sachverhaltsregelung in der ZPO wird nicht weiter eingegangen, da sie keine Relevanz für den vorliegenden internationalen Sachverhalt aufweisen und die angegebene Quelle voraussetzt, dass in den verschiedenen Verträgen verschiedene Schiedsklauseln vorliegen (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 478). Der KV selber enthält allerdings keine Schiedsklausel.
- 17 Obwohl die Klägerin sich vorgängig nicht dazu geäußert hat, ist klarzustellen, dass die Schiedsklausel nicht back-to-back aus dem HV auf den KV übertragen werden kann. Da bei Abschluss des KV noch keine Informationen zum HV vorhanden waren, kann der Wille zur back-to-back Übernahme der Schiedsklausel noch nicht bestanden haben. Klauseln, wie die Schiedsvereinbarung, welche einen eigenen Vertrag darstellen und aufgrund ihrer weitläufigen Konsequenzen restriktiv gehandhabt werden (vgl. Rz. 7), können durch das back-to-back-Prinzip nicht übernommen werden. Eine Schiedsklausel sollte aus diesem Schutzgedanken heraus

für jede Vereinbarung einzeln ausgearbeitet werden; vor allem, wenn wie vorliegend zwei Verträge mit verschiedenen Parteien, Umständen, Kosten etc. vorhanden sind.

- 18 Der KV fällt aus diesen Gründen nicht unter den Anwendungsbereich der Schiedsklausel.
19 Aus den in Rz. 6-18 aufgeführten Gründen ist das Schiedsgericht unzuständig. Darüber ist in einem Vorentscheid zu befinden.

II. Eventualiter: Die Einrede der Verrechnung ist zu hören

- 20 Sollte sich das Schiedsgericht bzgl. der vorliegenden Klage wider Erwarten für zuständig befinden und die Forderung der Klägerin bejahen, fällt die zu verrechnende Schadenersatzforderung (Rz. 107-109) ebenfalls unter die Schiedsklausel, da die Beklagte diese aus den Folgen der Schlechterfüllung des KV geltend macht (gl. A. Ziff. 7 Stellungnahme vom 10. Juli 2017).

Zu Rz. 25-27: nicht bestritten

Zu Rz. 28: bestritten

- 21 Die Verrechnungseinrede ist, entgegen der Behauptung der Klägerin in Ziff. 6 ff. Stellungnahme vom 10. Juli 2017, schon aus Kosten- und Praktikabilitätsgründen unter die Schiedsklausel zu stellen. Es ist im Interesse beider Parteien, dass die Verrechnungseinrede und die Hauptsache vom gleichen Gericht beurteilt werden. Eine separate Einforderung des Schadenersatzanspruchs bei einem staatlichen Gericht wäre unsinnig.
- 22 Die Beklagte behält sich bei Abweisung der Zuständigkeit bzw. der Klage weiterhin vor, die Forderung vor einem staatlichen Gericht geltend zu machen.
- 23 Die Behauptungen der Klägerin in Rz. 28 KS und in Ziff. 7 Stellungnahme vom 10. Juli 2017, dass keine Gegenseitigkeit bestehe, gehen fehl. Die zu verrechnende Forderung beruht nicht auf einer vertraglich festgelegten Konventionalstrafe zwischen der Klägerin und der Beklagten. Die Beklagte macht mit der Verrechnungseinrede den Ersatz des Schadens geltend, welcher ihr entstanden ist, da die Klägerin den KV nicht eingehalten hat (vgl. Rz. 109). Somit ist das Argument der Klägerin, dass eine Konventionalstrafe nirgendwo aufgeführt sei, irrelevant und es tut auch nichts zur Sache, dass die Konventionalstrafe aus dem SV-Entwurf gestrichen wurde.
- 24 Der Vollständigkeit halber soll aufgeführt werden, dass Forderungen, die zur Verrechnung gestellt werden, fällig und klagbar sein müssen (BUCHER, 436). Die Fälligkeit von einem Schadenersatzanspruch entsteht mit Eintritt des Schadens (vgl. BGE 130 III 591 E. 3.1; BGE 137 III 16 E. 2.4.1 f.). Der Klient macht am 15. April 2017 gegenüber der Beklagten die Konventionalstrafe von CHF 1'000'000.00 geltend, indem er die Anrechnung des Betrags auf den geschuldeten Gesamtpreis des Projekts erklärt ([B-7]). Die Fälligkeit tritt somit mit Entstehung des Schadens am 15. April 2017 ein. Eine Schadenersatzforderung ist keine unvollkommene Obligation, womit sie klagbar ist (vgl. ZK OR-AEPLI, Art. 120 N 85).

25 Die Klägerin wurde von der Beklagten, wie dies das Handeln nach der allgemeinen Sorgfaltpflicht verlangt (vgl. SCHUMACHER, N 882), auf das Regressrisiko für eine Konventionalstrafe mehrfach hingewiesen ([K-7], [K-10] und [K-12]), wobei die Klägerin dies jeweils zur Kenntnis genommen hat.

Zu Rz. 30: bestritten

26 Die Behauptung der Klägerin, Art. 1.3 Appendix B SRIA könne analog auf eine Eventualverrechnung angewendet werden (Ziff. 12 f. Stellungnahme vom 10. Juli 2017), ist unverständlich. Der Wortlaut von Art. 1.1 und 1.3 Appendix B SRIA ist klar; die Einleitungsgebühr erfasst nur Widerklagen. Auch unter dem Gesichtspunkt, dass eine Eventualverrechnung vom Schicksal der Klage abhängt und die Gebühr nie zurückerstattet wird (vgl. Art. 1.1 Appendix B SRIA), würde diese Gebühr bei Nichtbehandlung der Eventualverrechnung zu einer widersprüchlichen und unangebrachten Kostenverteilung führen. Des Weiteren hätte das Schiedsgericht die Beklagte auf die zu zahlende Gebühr analog zu Art. 3(5) SRIA hinzuweisen. Dies ist vorliegend nicht geschehen.

27 Es ist ausserdem unzutreffend, dass die Beklagte für das Eventualbegehren einen Kostenvorschuss leisten muss (vgl. Ziff. 14 Stellungnahme vom 10. Juli 2017). Zu einer solchen Zahlung besteht keine Pflicht, denn der Streitwert der Eventualverrechnungseinrede in Höhe von CHF 1'000'000.00 übersteigt denjenigen des Hauptbegehrens in Höhe von CHF 4'320'000.00 nicht (vgl. BÜHLER/STACHER, Rz. 9; Komm. SRIA-STACHER, Appendix B: Schedule of Costs, Rz. 7). Selbst wenn eine Zahlung erforderlich wäre, liegt es im Ermessen des Schiedsgerichts, das Risiko, nicht bezahlt zu werden, einzugehen (MÜLLER, 146). Das Schiedsgericht hätte eine Zahlungsaufforderung erlassen, sofern es die Nachzahlung als nötig erachtet hätte. Eine Zahlungsaufforderung des Schiedsgerichts hat die Beklagte jedoch nicht erhalten. Auch diese Beanstandung der Klägerin ist mithin nicht zu hören.

28 Die Klägerin bringt in Ziff. 9 f. Stellungnahme vom 10. Juli 2017 vor, dass die Einrede nicht formgerecht geltend gemacht worden sei. Darauf ist nicht weiter einzugehen, da gem. Lehre auf einen solchen angeblichen «Formmangel» vom Schiedsgericht aufmerksam gemacht werden muss (so u.a. Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 18 N 14; WIRTH, 6). Das Schiedsgericht hat jedoch in keiner Weise darauf hingewiesen und/oder um Ergänzung des Rechtsbegehrens gefordert, weshalb die Einrede der Beklagten in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden ist. Da es sich hierbei lediglich um reine Formalitäten handelt, wurde dem Wunsch der Klägerin entsprochen und die Eventualverrechnung in das Rechtsbegehren aufgenommen.

29 Die Einrede der Verrechnung ist aufgrund der obigen Gründe entgegen den Behauptungen der Klägerin zu hören.

B. Materielles

I. Qualifikation des KV

1. Der KV ist kein Vorvertrag

Zu Rz. 31-33, 36, 42: bestritten

- 30 Entgegen den Ausführungen in Rz. 42 KS hatten die Parteien sich im KV noch nicht über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte geeinigt. Zudem verkennt die Klägerin, dass im Vorvertrag auch die subjektiv wesentlichen Punkte des Hauptvertrages bestimmt sein müssen (vgl. BGE 118 II 32 E. 3.a f.; SCHWENZER Rz. 26.05).
- 31 Die Bankgarantien in Art. 4 lit. c KV sind subjektiv wesentliche Punkte, da nach Treu und Glauben erkennbar war, dass die Beklagte für den SV-Abschluss eine Sicherheitsleistung benötigt (vgl. GAUCH, recht 1991, Ziff. 3 und 9). Der KV verweist nur auf den noch nicht abgeschlossenen HV, womit die Anforderungen an die Garantieleistungen noch unbekannt waren.
- 32 Aus lit. C und D Präambel KV lässt sich schliessen, dass der zukünftige SV als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Im KV müssten somit die Leistungen in Form der Herstellung eines Werkes und der Vergütung als objektiv wesentliche Punkte bestimmt sein (vgl. Art. 363 OR; vgl. HUGUENIN N 3138, 3189). Es wird jedoch lediglich erkennbar, dass die Klägerin als Subunternehmerin eine Fremdleistung für das Projekt erbringen soll. Der genaue Inhalt der Leistung sowie der Werkpreis sind nicht ersichtlich.
- 33 Art. 8 Abs. 1 lit. g KV zeigt ebenfalls auf, dass sich die Parteien erst noch über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte einigen mussten (vgl. Rz. 45).
- 34 Die Klägerin geht in Rz. 36 KS davon aus, dass Appendix I Bestandteil des KV sei. Appendix I war jedoch explizit als integraler Bestandteil des SV bestimmt (Ziff. 2 aller SV-Entwürfe) und *e contrario* kein Bestandteil des KV, zumal der SV und der KV nie gleichzeitig bestehen können (Art. 8 Abs. 1 lit. e KV). Appendix I wurde zwar, wie die Klägerin richtig erklärt, zur nachträglichen Präzisierung der wesentlichen Punkte des KV geschaffen (Ziff. 11 der Einleitungsanzeige; vgl. hierzu Rz. 49), ist aber nicht Bestandteil von diesem. Nicht der KV, sondern Appendix I bestimmt, welche Leistungen die Klägerin erbringen und wie hoch sie dafür vergütet werden sollte. Somit sind die wesentlichen Punkte im KV weder bestimmt noch bestimmbar.
- 35 Um sich vorvertraglich zu binden, müssen beide Parteien den festen Willen haben, sich gegenseitig den Abschluss eines Vertrages zu versprechen (STOFFEL, ISDC 1986, 148). Ein solcher lag bei den Parteien entgegen den Aussagen in Rz. 33 KS nicht vor. Es bestand ein Risiko, dass Teilbereiche des Projekts vertraglich nicht gedeckt werden würden, zumal die Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses des KV nicht wussten, welche Leistungen die Parteien übernehmen würden. Der KV enthielt nämlich bereits alle Absprachen der Parteien zu diesem Zeitpunkt

(Art. 9 KV), was das Bestehen weiterer vorgängiger Besprechungen bzgl. subunternehmerischen Leistungen ausschliesst. Ein Wille zu einer vorvertraglichen Bindung konnte demnach nicht existieren. Eine weitere Ungewissheit lag darin, dass die Parteien zum Zeitpunkt des KV-Abschlusses nicht wussten, ob die Beklagte den Zuschlag erhalten würde. Eine vorvertragliche Bindung wäre mithin vorschnell gewesen.

36 Aus den obgenannten Gründen ist der KV kein Vorvertrag.

2. Der KV ist nicht einem Werkvertrag gleichzusetzen

Zu Rz. 35-40: bestritten

37 Damit der KV nach der Einstufentheorie mit einem Werkvertrag gleichgesetzt werden könnte, müsste dieser ein Vorvertrag sein (vgl. Rz. 37 KS). Dies wurde oben bereits bestritten.

38 Selbst wenn das Gericht unerwarteterweise einen Vorvertrag anerkennen sollte, lässt sich der KV nicht nach der Einstufentheorie einem Werkvertrag gleichsetzen (vgl. BGer Urteil 4A_297/2013 vom 04.09.2013, E. 3.2.1).

39 Die SV-Entwürfe zeigen auf, wie der Werkvertrag tatsächlich zwischen den Parteien gestaltet worden wäre. Vergleicht man diese mit dem KV, so unterscheiden sich die Inhalte, die Bestimmtheit und der Verpflichtungsgrad eklatant (vgl. auch Rz. 46). Der KV regelt die Pflichten der Parteien grundlegender und weniger bestimmt als die SV-Entwürfe dies tun. Die von der Einstufentheorie verlangte «Identität» der beiden Verträge (BGE 118 II 32 E. 3b) fehlt. Dies zeigt, dass der KV noch nicht genügend konkret war, um einen Werkvertrag zu sein.

40 Zusätzlich spricht der Parteiwille gegen eine Gleichsetzung des KV mit einem Werkvertrag (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1080 f. m.w.H.). Steht der Abschluss des Hauptvertrages unter einer Bedingung, so ist dies ein Indiz dafür, dass die Parteien den Vorvertrag nicht mit dem Hauptvertrag gleichsetzen wollten. Der KV ist mithin nicht einem Werkvertrag gleichzusetzen, da der Abschluss des SV als eigentlicher Werkvertrag unter der Bedingung des Zuschlags stand (vgl. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 17 m.w.H.). Eine Bindung der Parteien vor dem Zuschlag in Form eines Werkvertrages wäre sinnlos gewesen, da zu grosse Unsicherheiten bestanden (vgl. Rz. 35). Eine automatische Gleichsetzung mit dem Werkvertrag würde den Parteiwillen ebenfalls verkennen (vgl. GABELLON, N 148), da die Tatsache, dass die Parteien einen Vorvertrag abgeschlossen haben, einen geschwächten Bindungswillen aufzeigt (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 18).

41 Zudem sprachen die Parteien nie von einem *Werkvertrag*, sondern nur von der *Unterzeichnung* des zukünftigen Werkvertrages (Aufforderung zur Unterzeichnung in [K-10] und Verweigerung in [K-11]). Eine Unterzeichnung des SV und der gegenseitige Austausch von SV-Entwürfen wäre nicht nötig gewesen, wenn der KV schon ein Werkvertrag gewesen wäre.

42 Art. 8 Abs. 1 lit. e KV sieht vor, dass der KV bei Entstehung des SV dahinfällt. Würde es sich beim KV um einen Werkvertrag handeln, wäre eine solche Klausel sinnlos, da der Inhalt eines Werkvertrages bereits hinreichend bestimmt ist.

43 Der KV kann aus den eben genannten Gründen nicht einem Werkvertrag gleichgesetzt werden.

3. Der KV ist als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren

44 Durch einen Verhandlungsvertrag verpflichten sich die Parteien, über den Abschluss des künftigen Hauptvertrages zu verhandeln (MONN, N 365; GAUCH, N 983 ff.).

45 Art. 4 KV definiert, über welche Punkte und nach welchen Bedingungen die Parteien verhandeln müssen. Die Verhandlungspflicht wird damit genügend konkretisiert (vgl. PATERSON, JCL 1996, 128). Auch Art. 8 Abs. 1 lit. g KV ist Ausdruck der Verhandlungspflicht und hält fest, dass sich die Parteien noch in Verhandlungen über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte befinden und der KV nur die Grundlage für zukünftige Verhandlungen schaffen sollte. Selbst die Klägerin anerkennt, dass die Parteien sich in Verhandlungen befanden (Rz. 66 KS: «Abbruch der Verhandlungen»; [K-11]: «Verhandlung in <guten Treuen>»). Die Parteien waren sich bewusst, dass allenfalls keine Einigung bzgl. Umfang und Preis der Fremdleistung zustande kommen würde und schufen durch Art. 8 Abs. 1 lit. g KV eine Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen. Die Möglichkeit, vom Vertrag zurücktreten zu können, war sinnvoll, da nach dem Zuschlag weitere Verhandlungen über die wesentlichen Vertragspunkte geführt werden mussten und der Ausgang der Verhandlungen noch nicht absehbar war. Eine Vertragsauflösung erfolgt zudem «[...] ohne jegliche Vergütung zwischen den Parteien [...]» (Art. 8 Abs. 1 KV). Grössere Investitionen, welche über die reine Verhandlungsleistung hinausgehen, wurden mit hin nicht vom Parteiwillen umfasst.

46 Auch durch einen Vergleich des KV mit den SV-Entwürfen zeigt sich, dass die Parteien aus dem KV keine Pflichten entstehen lassen wollten, die weiter als Verhandlungspflichten gehen. Dem Wortlaut nach hätte die Klägerin sich erst im SV «verpflichtet», die Arbeiten auszuführen (Ziff. 3 aller SV-Entwürfe). Davor war lediglich von einem «soll[en]» die Rede (Art. 3 KV).

47 Aus den vorhergehenden Ausführung wird klar, dass die allfällige Verwendung des Begriffs «Vorvertrag» in einzelnen SV-Entwürfen nicht mit dem Willen der Parteien übereinstimmen konnte und ein gemeinsames Missverständnis nach Art. 18 Abs. 1 OR vorlag (BGE 135 III 295 E. 5.2; KUKO OR-WIEGAND/HURNI, Art. 18 N 36 ff.).

48 Die Parteien formten im KV einen Rahmen, innerhalb welchem verhandelt werden musste (vgl. MONN, N 363 m.w.H.).

49 Die Parteien hatten sich in Präambel lit. E KV darauf geeinigt, dass die Klägerin 45% des Arbeitsumfangs übernehmen sollte. Am 1. April 2016 wurde der Fremdleistungsanteil schriftlich

i.S.v. Art. 9 Abs. 2 KV auf 40% ([K-3]) abgeändert. Welche Leistungen in diesen 40% genau enthalten sein sollten, sollte in Appendix I konkretisierend festgehalten werden und war Gegenstand der Verhandlungspflicht aus dem KV. Appendix I entstand am 15. Februar 2016 als Zwischenergebnis der SV-Verhandlungen und sollte als integraler Bestandteil des SV erst mit dessen Abschluss gültig werden (vgl. Rz. 34). Der Inhalt des KV ist bloss rahmengebend. Zudem wurde festgelegt, dass die Klägerin als einzige Subunternehmerin für diese Fremdleistung eingesetzt werden sollte (Präambel lit. E KV).

- 50 Der Rahmen der Bankgarantie als subjektiv wesentlicher Vertragspunkt (vgl. Rz. 30 f.) ergibt sich aus Art. 4 lit. a und c KV i.V.m. Ziff. 2 HV. Danach sind die Anforderungen des HV an die Bankgarantien massgebend; die Allg. Vertragsbedingungen des FIDIC Silver Book und die Bes. Vertragsbedingungen des HV sind integraler Bestandteil des HV (Ziff. 2 HV). Die Allg. Vertragsbedingungen des FIDIC Silver Book legen fest, dass der *Besteller* der Garantieinstitution *zustimmen* muss und dass diese Bank den Bes. Vertragsbestimmungen des HV entsprechen muss (Art. 4.2 Allg. Vertragsbestimmungen des FIDIC Silver Book). Die Bes. Vertragsbestimmungen des HV wiederholen dies insofern, als dass der Klient als Besteller eine Bankgarantie der Beklagten als Unternehmerin ablehnen kann. Die Bankgarantie erfordert damit nach dem back-to-back-Prinzip implizit eine Zustimmung der Beklagten in der Position der Bestellerin gegenüber der Klägerin und berechtigte die Beklagte zur Ablehnung der Veneto Banca.
- 51 Aus den oben dargelegten Gründen ist der KV als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren.

4. Eventualiter: Der KV als Vorvertrag wandelte sich durch Konversion in einen Verhandlungsvertrag

- 52 Sollte das Schiedsgericht den KV wider Erwarten als Vorvertrag qualifizieren, so wandelte sich dieser infolge Unwirksamkeit in einen Verhandlungsvertrag. Obwohl die Klägerin dies nie bestritten hat, wird im Folgenden gezeigt, wie die Wandlung in den Verhandlungsvertrag erfolgte.
- 53 Mit der E-Mail vom 10. Mai 2016 ([B-1]) stellte sich heraus, dass die Klägerin die vereinbarte Leistung von 40% nicht erbringen konnte. Somit fehlte eine Einigung über die objektiv wesentlichen Punkte. Dadurch wurde der Vorvertrag nachträglich unwirksam (vgl. MONN, N 636).
- 54 Es erfolgte eine Konversion in einen Verhandlungsvertrag (vgl. BGE 133 III 311 E. 3.4) und die Pflicht zum Abschluss des Vertrages wurde durch die Pflicht zum Verhandeln ersetzt (vgl. BGer JdT 124 (1976) I, 165). Hierzu musste das inhaltsungültige Rechtsgeschäft das Ersatzgeschäft inhaltlich mitumfassen und auch dessen Erfordernisse erfüllen (HUGUENIN, N 441a; vgl. OR 2020-HUGUENIN, Art. 35 N 6). Ein Vorvertrag erfordert die Bestimmung der wesentlichen Vertragspunkte des HV (Rz. 30). Diese umfassen den Rahmen des Verhandlungsvertrages und gehen sogar darüber hinaus.

- 55 Zudem darf das Ersatzgeschäft in seiner Wirkung nicht über jene des inhaltsungültigen Rechtsgeschäfts hinausgehen und keine strengeren Verpflichtungen beinhalten, also höchstens ein *aliud* darstellen (BGE 126 III 182 E. 3b). Der Verhandlungsvertrag bindet weniger stark als der ursprüngliche Vorvertrag (Rz. 46).
- 56 Darüber hinaus darf eine Konversion nicht erfolgen, wenn sie die Nichtigkeit begründende Norm umgehen soll (BK OR-KRAMER, Art. 20 N 387). Der Vorvertrag wird unwirksam, weil der Konsens nachträglich wegfällt (Art. 1 OR *e contrario*; vgl. MONN, N 636). Da i.S. des *favor negotii* auch bei Art. 1 OR eine vertragsfreundliche Auslegung angestrebt wird, befürwortet er geradezu eine Konversion.
- 57 Die Konversion muss schliesslich dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen (OR 2020-HUGUENIN, Art. 35 N 7). Wäre zu Beginn bekannt gewesen, dass die Klägerin Mühe mit gewissen Teilen der Fremdleistung hatte, so hätten die Parteien bestimmt keinen bindenden Vorvertrag geschlossen. Vielmehr hätten die Parteien sich aufgrund der guten persönlichen Dynamik zu einem Verhandeln nach Treu und Glauben verpflichtet. Da die Parteien auf einen Zuschlag hofften, hätten beide ein Interesse daran gehabt, dass der KV nicht gänzlich dahinfällt, sondern dass sie immer noch im rechtlichen Rahmen eines Verhandlungsvertrages verhandeln.
- 58 Durch die Konversion wandelt sich der KV somit in einen Verhandlungsvertrag, dessen Zweck es ist, Verhandlungen über die *essentialia negotii* des SV zu führen.

II. Kündigung des KV

1. Der KV als Verhandlungsvertrag wurde gekündigt

a) Der KV wurde nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV gekündigt

Zu Rz. 42 f. und 50: bestritten

- 59 Art. 8 Abs. 1 lit. g KV ermöglicht es, sich vom KV (vgl. Rz. 45) zu lösen, sollte keine Einigung bzgl. des Umfangs und/oder Preis für die Fremdleistungen erreicht werden. Die Klägerin behauptet unzutreffenderweise, dass sich die Parteien in Appendix I über den Preis und Umfang geeinigt hätten. Appendix I ist aber nicht Teil des KV (vgl. Rz. 34). Die Klägerin machte mehrfach deutlich, dass sie nur 25% des Fremdleistungsanteils übernehmen würde. Dies lag weit ausserhalb des vereinbarten Rahmens von 40% Fremdleistungsanteil (vgl. Rz. 48-50).
- 60 Es kann der Beklagten nicht vorgehalten werden, eine Einigung verunmöglicht zu haben, indem sie die Reduktion auf 25% Fremdleistung nicht akzeptierte. Die Klägerin hat diesbezüglich ein falsches Verständnis, was sich auch in ihren Äusserungen in Rz. 50 KS zeigt. Sie vergleicht die erstmalige Reduktion von 45% auf 40% fälschlicherweise mit ihrem eigenen Reduktionsbegehren auf 25%. Die Reduktion auf 40% war für den Klienten allerdings eine Voraussetzung für den Zuschlag des Projekts ([K-3]; Ziff. 12 f. Einleitungsanzeige). Forderungen des Klienten

bzgl. des Leistungsumfangs mussten gem. Art. 2 KV beachtet werden. Es kann der Beklagten also nicht vorgehalten werden, dass sie auch die zweite von der *Klägerin* verlangte Reduktion hätte akzeptieren müssen, da diese für den Zuschlag nicht mehr nötig war. Die beiden Reduktionen können somit nicht verglichen werden.

61 Eine Einigung lag daher nicht vor und die Beklagte trat rechtmässig nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV vom Vertrag zurück.

b) Eventualiter: Der KV wurde nach Art. 107 Abs. 2 OR gekündigt

Zu Rz. 46-53: bestritten

62 Eine Anwendung von Art. 366 OR ist sachfremd, da dies eine werkvertragliche Bestimmung ist, der KV jedoch als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren ist (vgl. Rz. 44-51).

aa) Die nicht gehörige Leistung stellt eine schwerwiegende Vertragsverletzung dar

63 Liegt eine derart schwerwiegende Vertragsverletzung vor, dass die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar erscheint, so lassen sich Art. 107 ff. OR auch auf eine Schlechterfüllung nach Art. 97 OR anwenden (FURRER/MÜLLER-CHEN, 573 f; MONN, N 1059).

Zu Rz. 47-50: bestritten

64 Ein Verhandlungsvertrag verpflichtet die Parteien zum Verhandeln nach Treu und Glauben innerhalb des vereinbarten Rahmens (vgl. Rz. 49 f.; MONN, N 362 f.). Gehöriges Verhandeln setzt voraus, dass ein Verhandlungsvorschlag seriös ist und so gestaltet wird, dass die Gegenpartei diesen voraussichtlich annehmen wird (MONN, N 791). Wie nachfolgend dargelegt, entsprechen die durch die Klägerin angebotenen Verhandlungsleistungen in Form der bearbeiteten SV-Entwürfen nicht dem vereinbarten Verhandlungsrahmen und die Beklagte war entgegen der Aussage in Rz. 47 KS nicht zur Annahme verpflichtet (vgl. Art. 91 OR; vgl. HUGUENIN, N 977).

65 Der Rahmen des Verhandlungsvertrags beinhaltet einen Leistungsumfang der Klägerin von 40% (vgl. Rz. 49). Ihr Angebot, nur 25% zu leisten, ist eine nicht gehörige Leistung.

66 Die Beklagte konnte die Bankgarantien ohne weiteres ablehnen (vgl. Rz. 50). Trotzdem soll aufgeführt werden, weshalb die Veneto Banca als Sicherheitsinstitution nicht genügt. Sie war seit längerem als Krisenbank in aller Munde (Der Steuerzahler, NZZ vom 23.12.2016). 2014 stand die Veneto Banca unter Beobachtung der EZB und schrieb seither nur Verluste. Ihre finanzielle Lage verbesserte sich auch 2015 nicht (IPOL BRIEFING, 3). 2017 wurde öffentlich bekannt gegeben, dass die Bank nach dem nationalen Insolvenzverfahren abgewickelt werden würde (Europäische Kommission, 2017). Eine solche Bank kann ihren Zweck als Garantin der Sicherheitsleistung nicht erfüllen. Beim Projekt der Parteien im Jahre 2014 war die Veneto Banca als Sicherheitsgarantin nicht problematisch, da sie Ende 2013 den Stress-Test noch

bestand (vgl. Anhang I). Im Jahre 2016 war die Veneto Banca jedoch eine inakzeptable Sicherheitsgarantin und stellte somit eine schlechte Verhandlungsleistung dar.

67 Die Beklagte war unter Zeitdruck, da bei Verpassen der Milestones Konventionalstrafen drohten (Ziff. 6 HV) und sie an die Klägerin gebunden war (Art. 5 KV). Die Vertragsverletzung durch die Klägerin war daher schwerwiegend und machte eine Fortsetzung des KV unzumutbar. Dies berechnigte die Beklagte vom KV nach Art. 107 Abs. 2 OR zurückzutreten.

bb) Eine Nachfristansetzung war nicht nötig

Zu Rz. 60: bestritten

68 Die Klägerin hatte mehrfach darauf hingewiesen, dass sie nicht bereit sei, die KV-konforme Leistung von 40% zu erbringen. Die E-Mail vom 6. Juli 2016 ([K-11]) war die endgültige Verweigerung einer gehörigen Leistung. Durch die telefonischen Versuche (Ziff. 13 Verfahrensbeschluss Nr. 2) wurden auch die letzten Verhandlungsmöglichkeiten, die Meinungsverschiedenheiten zu bereinigen, ausgeschöpft (vgl. FARNSWORTH, Colum. L. Rev. 1987, 283). Diese scheiterten einmal mehr, weil die Klägerin auf einen nicht KV-konformen SV beharrte. Aufgrund von diesem unkooperativen Verhalten der Klägerin erwies sich die in Art. 107 Abs. 1 OR verlangte Nachfrist als unnütz. Als die Beklagte am 12. August 2016 kündigte, war sie somit vorgängig nicht verpflichtet gewesen, eine Nachfrist anzusetzen (Art. 108 Ziff. 1 OR).

cc) Die Kündigung erfolgte rechtzeitig

69 Der Beklagten kann nicht entgegengehalten werden, dass eine Kündigung zu spät erfolgt sei. Massgebend ist, ob die Klägerin auf die Aufrechterhaltung des Vertrages ab dem 6. Juli 2016 in gutem Glauben vertrauen konnte (vgl. BGer Urteil 4A_603/2009 vom 09.06.2010, E. 2.7). Die Beklagte hat ab Kenntnis der Reduktionsforderungen klar kommuniziert (vgl. [B-4]), dass sie einen Vertrag mit 25% Fremdleistung und der Veneto Banca als Garantieinstitution nicht akzeptieren könne. Es kann ihr also nicht vorgeworfen werden, dass sie das Vertrauen der Klägerin in das Zustandekommen des SV enttäuscht hätte, indem sie erst am 12. August 2016 kündigte. Es musste der Klägerin bewusst sein, dass aufgrund des Drucks durch die Milestones nicht ziellos weiter verhandelt werden konnte. Die Schlüsselpersonen traten zwischen dem 6. Juli 2016 und dem 12. August 2016 ohnehin nicht in Kontakt (Ziff. 13 Verfahrensbeschluss Nr. 2) und konnten somit keine Verhandlungen führen. Die Beklagte durfte sich zudem eine gewisse Bedenkzeit nehmen (VON TUHR/ESCHER, 153). Dadurch, dass die Beklagte vom Vertrag zurücktritt, teilt sie den Verzicht auf die Leistung konkludent mit (vgl. HUGUENIN, N 957). Die Kündigung erfolgte am 12. August 2016 rechtzeitig.

70 Wie in Rz. 62-69 aufgeführt, trat die Beklagte am 12. August 2016 rechtsgültig nach Art. 107 Abs. 2 OR vom KV zurück.

2. Der KV als Vorvertrag wurde gekündigt

a) Der KV wurde nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV gekündigt

Zu Rz. 42 f., 45: bestritten

71 Sollte das Schiedsgericht den KV wider Erwarten als Vorvertrag qualifizieren, wurde trotzdem gültig nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV gekündigt, denn der Konsens bzgl. eines Fremdleistungsanteils von 40% bestand nur *anfänglich* ([K-3]). Die Klägerin verkennt die Tatsache, dass die ursprüngliche Einigung *nachträglich* wegfiel. Zweck der Klausel war es, die Beklagte davor zu schützen, dass sie gegenüber dem Klienten in Verzug gerät (vgl. Ziff. 6 HV), falls keine Einigung mit der Klägerin erreicht werden konnte. Dieser Schutz musste sich in einem Vorvertrag folgerichtig auf das Eintreten eines *nachträglichen* Dissens beziehen, da eine Einigung über Umfang und Preis für die Vertragsentstehung vorausgesetzt wird. Zum Zeitpunkt der Kündigung lag ein Dissens bzgl. des Fremdleistungsanteils vor (vgl. [K-11]). Dieser legitimierte die Beklagte zum Rücktritt vom KV gem. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV.

b) Eventualiter: Der KV wurde nach Art. 107 Abs. 2 OR gekündigt

Zu Rz. 46-52: bestritten

72 Der KV wurde am 12. August 2016 korrekt nach Art. 107 ff. OR gekündigt.

73 Art. 107 Abs. 2 OR kann, wie bereits erläutert (Rz. 63), als Rechtsfolge auf Art. 97 OR angewendet werden. Die gesetzlichen Vorgaben des Auflösungsrechts nach Art. 107 ff. OR sind entgegen den Behauptungen in Rz. 52 f. KS erfüllt. Deshalb geht der Rücktritt nach Art. 107 ff. OR der Kündigung nach Art. 377 OR vor (GAUCH, N 579; zur Kündigung des Vorvertrages nach Art. 377 OR vgl. BGE 117 II 273 E. 4.a m.w.H.).

aa) Die nicht gehörige Leistung stellt eine schwerwiegende Vertragsverletzung dar

74 Die Leistung im Vorvertrag ist die Abgabe der vertragskonformen Willensabgabe zum Abschluss des Hauptvertrages (vgl. GABELLON, N 278 f.).

75 Beim KV als Vorvertrag hat die Klägerin sich verpflichtet, eine Willenserklärung über 40% Fremdleistung (vgl. [K-3]) zu erbringen; der Werklohn dafür ist CHF 24'000'000.00. Die Willensabgabe der Klägerin, nur 25% zu leisten, ist somit eine nicht gehörige Leistung.

76 Die Garantieeinrichtung bedarf der Zustimmung der Beklagten, da die Allg. Vertragsbedingungen des FIDIC Silver Book und die Bes. Vertragsbestimmungen des HV back-to-back gelten (vgl. dazu Rz. 50). Die Beklagte hatte mithin das Recht, die Bankgarantien abzulehnen. Zudem wusste die Klägerin mit Sicherheit, dass die Veneto Banca nicht vom Willen der Beklagten erfasst werden würden (vgl. Rz. 66).

77 Das Angebot der Klägerin in [B-2] bzw. [B-3] zum Abschluss des SV mit einem Fremdleistungsanteil von 25% und der Veneto Banca als Sicherheitsgarantin entspricht nicht einer KV-

konformen Willenserklärung und stellt damit eine schwerwiegende Schlechtleistung dar (vgl. Rz. 63, 67).

bb) Eine Nachfristansetzung war nicht nötig

Zu Rz. 60: bestritten

78 Die Klägerin erklärte in der E-Mail vom 10. Mai 2016 ([B-1]) erstmals, dass sie die Willenserklärung über den Fremdleistungsanteil von 40% und eine taugliche Bank als Sicherheitsgarantin nicht abgeben würde und bestätigte dies final in der E-Mail vom 6. Juli 2016 ([K-11]). Eine Nachfristansetzung war nach Art. 108 Ziff. 1 OR nicht erforderlich (vgl. 68).

cc) Die Kündigung erfolgte rechtzeitig

79 Die Kündigung erfolgte am 12. August 2016 rechtzeitig (vgl. Rz. 69).

80 Die Beklagte trat, wie in Rz. 72-79 erläutert, wirksam nach Art. 107 Abs. 2 OR vom KV zurück.

3. Der KV als Werkvertrag wurde nach Art. 366 Abs. 1 OR gekündigt

81 Sollte es sich beim KV wider Erwarten um einen Vorvertrag handeln, der einem Werkvertrag gleichzusetzen ist (Rz. 34-38 KS), so wurde dieser entgegen den Argumentationen in Rz. 46-53 KS rechtsgültig nach Art. 366 Abs. 1 OR gekündigt.

a) Die Klägerin befindet sich im Verzug

82 Bei einem Werkvertrag sind die wesentlichen Vertragspunkte bereits bestimmt und es besteht die vertragliche Pflicht zur Ausführung der Fremdleistung. Die Klägerin anerkennt in Rz. 50 KS, dass sie «[...] an den eigentlichen Inhalt und somit an ihren Leistungsumfang von 40% gebunden [sei]. Dies auch aus der allgemeinvertragsrechtlichen Regelung <pacta sunt servanda>.»

Zu Rz. 47-50: bestritten

83 Die vom vereinbarten Fremdleistungsanteil erfassten Vorbereitungsarbeiten stellen den ersten Schritt der Werkausführungen dar und hätten ungefähr zwei Monate in Anspruch genommen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Klägerin länger benötigt hätte, da sie - wie sie selber darlegte (vgl. [K-11], [B-1], [B-6]) - die Kenntnisse dafür erst noch erwerben musste. Die Klägerin durfte mit Sicherheit nicht bis zum 12. August 2016 mit den Werkausführungen zuwarten, da die verbleibende Zeit nicht mehr ausreichte, um den ersten Milestone einzuhalten (vgl. BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366 N 9). Es ist der Beklagten unverständlich, weshalb die Klägerin mit den Werkausführungen nicht begonnen hat, wenn sie sich doch ihrer Pflicht bewusst war (vgl. Rz. 50 KS). Sie verhielt sich pflichtwidrig und verschuldete den Verzug.

b) Die Beklagte traf kein Selbstverschulden

Zu Rz. 47-49: bestritten

84 Inwiefern die Beklagte durch die Ablehnung der angebotenen Bankgarantie die Verzögerung verschulden soll, ist unverständlich. So war diese Bankgarantie entgegen den Behauptungen in Rz. 48 f. KS nicht KV-konform (vgl. Rz. 66) und war für die Beklagte nicht annehmbar. Es lag mithin kein Annahmeverzug und damit auch kein Selbstverschulden der Beklagten vor.

c) Die Beklagte trat gültig nach Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurück

Zu Rz. 52: bestritten

85 Die Beklagte war berechtigt, schon vor Fälligkeit nach Art. 107 ff. OR vorzugehen (vgl. OGer LU Urteil LGVE 2012 I Nr. 13, E. 4.6). Eine Mahnung musste analog zu Art. 108 Ziff. 1 OR nicht ausgesprochen werden, da aus dem Verhalten der Klägerin hervorging, dass sie nicht leisten werde (BGer Urteil 4A_122/2014 vom 16.12.2014, E. 3.4.1; BGE 110 II 141 E. 1.b). Dasselbe gilt für die Nachfrist (vgl. Rz. 68).

d) Die Klägerin konnte sich nicht nach Art. 366 Abs. 2 OR exkulpieren

Zu Rz. 50 f.: bestritten

86 Sofern die Klägerin richtig verstanden wird, möchte sie sich mit Hilfe von Art. 366 Abs. 2 OR exkulpieren. Sie bringt in Rz. 50 KS vor, dass sie mit den Vorbereitungsarbeiten hätte beginnen können und folglich nach Art. 366 Abs. 2 OR bei einer mangelhaften oder vertragswidrigen Ausführung haftbar gewesen wäre. Nach ihrer eigenen Aussage hatte sie die Fähigkeit für die Vorbereitungshandlungen jedoch nicht (vgl. u.a. [B-1] m.V. auf [B-2]). Der Beklagten kann aus Art. 366 Abs. 2 OR nicht vorgeschrieben werden, sich auf die Zusammenarbeit mit der Klägerin einzulassen und dann bei Notwendigkeit ein Ersatzunternehmen für diese aufzustellen, da Art. 366 Abs. 2 OR keine Pflicht, sondern ein Recht der Beklagten darstellt. Es wäre vielmehr die Pflicht der Klägerin gewesen, ein eigenes Subunternehmen für ihre Leistungslücken einzubinden, wobei sie allenfalls nach Art. 101 OR gehaftet hätte (vgl. BGE 107 II 439).

87 Aus den soeben in Rz. 82-86 dargelegten Gründen trat die Beklagte wirksam nach Art. 366 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR vom KV zurück.

4. Mit der Beendigung des KV wird auch die Exklusivitätsklausel hinfällig

Zu Rz. 72: bestritten

88 In Art. 8 Abs. 2 KV wird festgehalten, dass u.a. Art. 5 KV nicht dahinfällt, wenn der KV beendet wird. Dies stellt in jenen Fällen der Beendigung, in welchen die Beklagte weiterhin an den HV gebunden bleibt, eine Persönlichkeitsrechtswidrigkeit in Form einer übermässigen Bindung als Unterfall der Sittenwidrigkeit von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19/20 OR dar (BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 8 f.). Eine übermässige wirtschaftliche Bindung liegt vor, wenn

der Vertrag «[...] den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert [...]» (BGE 138 III 322 E. 4.3.2). Indem es vom Verhalten der Klägerin abhängt, ob eine KV-konforme Einigung über Preis und Umfang zustande kommt und ob die Beklagte somit an den Klienten leisten kann, wird die Beklagte der Willkür der Klägerin ausgesetzt. Die Klausel bindet die Beklagte bzgl. des Projekts auf ewig an die Klägerin. Bei Nichteinigung innerhalb nützlicher Frist verpasst die Beklagte die Milestones (vgl. Ziff. 6 HV) und wird in Folge mit mehreren Konventionalstrafen belastet. Es war den Parteien bewusst, dass eine Nichteinigung über Umfang und Preis ein Risiko darstellt. Sinn und Zweck der Kündigung war demnach eine *vollständige* Lösung vom KV. Die Klägerin konnte kein Interesse daran haben, dass die Beklagte nach der Beendigung des KV einen Vermögensschaden durch die Konventionalstrafen erleidet. Im Falle des Fortbestandes von Art. 5 KV ist die Nichterfüllung des HV unvermeidlich, was den Unrechtsgehalt von Art. 27 Abs. 2 ZGB darstellt. Die Beklagte wird in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit übermässig beschränkt.

- 89 Es sollte bei Art. 8 Abs. 2 KV von einer flexiblen Nichtigkeit i.S. einer analogen Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR ausgegangen werden, da nur Art. 8 Abs. 2 KV aufgrund der übermässigen Bindungen einen Inhaltsverstoss aufweist. Ziel ist es, den Mangel im KV zu beseitigen und nicht den ganzen Vertrag als nichtig zu erklären (BGE 120 II 35 E. 4.a). Art. 8 Abs. 2 KV sollte so lauten, dass bei Vertragsbeendigungen, bei denen die Beklagte an den HV gebunden bleibt, auch Art. 5 KV dahinfällt. Es kann angenommen werden, dass dies dem anfänglichen hypothetischen Parteiwillen entsprach (vgl. SPIRO, ZBJV 1952, 462; BGE 124 III 57 E. 3c), da beide Parteien im Anfangsstadium der Verhandlungen im Januar 2016 kein Interesse am Dahinfallen des KV hatten, bloss weil sie die übermässige Bindung damals nicht bedacht hatten.

III. Die Forderung der Klägerin ist abzuweisen

1. Es liegt kein Schaden vor

Zu Rz. 73: bestritten

- 90 Wer einen Schaden behauptet, muss diesen auch beweisen (Art. 8 ZGB). Der Beweis der Klägerin geht fehlt (auch in Ziff. 29 Einleitungsanzeige), weil die Klägerin mangels eigener Leistung (Rz. 83) bzw. mangels gehöriger Leistungserbringung (für Verhandlungsvertrag vgl. Rz. 65 f.; für Vorvertrag vgl. Rz. 75-77) keinen entgangenen Gewinn geltend machen kann (vgl. HUGUENIN, N 873 m.V. auf Art. 82 OR).

- 91 Da es an einem Schaden fehlt hat die Klägerin keinen Anspruch auf Schadenersatz.

2. Es besteht kein Anspruch auf das positive Interesse

- 92 Sollte überhaupt ein Schaden bestehen, so ist die Forderung der Klägerin dennoch abzuweisen.

a) *Kein Anspruch aus Art. 377 OR*

93 Wird der KV wider Erwarten als Vorvertrag qualifiziert, der nicht nach Art. 107 ff. OR gekündigt wurde, so ist die Klägerin nicht nach Art. 377 OR schadlos zu halten.

Zu Rz. 54-62: bestritten

94 Die Unternehmerin hat keinen Anspruch auf Schadloshaltung, wenn ein Härtefall vorliegt und der Vertrag aus wichtigem Grund aufgelöst wird. Ein Härtefall liegt vor, wenn der wichtige Grund auf ein vorwerfbares Verhalten der Unternehmerin zurückzuführen ist, wie z.B. bei einem Vertrauensbruch, der die Fortsetzung des Vertrages für die Bestellerin unzumutbar macht (GAUCH, N 569 ff.). Vorliegend hat sich die Klägerin als Unternehmerin mit ihrer E-Mail vom 6. Juli 2016 ([K-11]) endgültig geweigert, den KV gehörig zu erfüllen. Das Verpassen des ersten Milestones war am 12. August 2016 unumgänglich. Dadurch war die Gefahr einer Konventionalstrafe unzumutbar hoch und das Vertrauensverhältnis zur Klägerin massiv gestört. Die Beklagte musste daher einen neuen Vertragspartner suchen, da sie auf ein Subunternehmen angewiesen war, welches 40% der Fremdleistung übernimmt. Solange der KV jedoch bestand, war sie nach Art. 5 KV an die Klägerin gebunden (Rz. 88 f.). Diese exklusive Bindung verunmöglichte es der Beklagten, ihren Pflichten gegenüber der Klient nachzugehen, was die Beklagte zur Beendigung des KV zwang. Die Verzögerungen sind, wie oben erwähnt, ganz der Klägerin anzurechnen, weshalb es der Beklagten unzumutbar war, den KV mit ihr fortzuführen.

95 Aus den obigen Erläuterungen geht hervor, dass ein Härtefall vorliegt und die Klägerin deshalb keinen Anspruch auf das positive Interesse aus Art. 377 OR hat.

b) *Kein Anspruch aus Art. 378 Abs. 2 OR*

96 Sollte das Schiedsgericht unerwarteterweise entscheiden, dass der KV ein Werkvertrag ist, so hat die Klägerin keinen Anspruch aus Art. 378 Abs. 2 OR.

Zu Rz. 49, 66: bestritten

97 Vorerst ist klarzustellen, dass nicht, wie behauptet, die Klägerin, sondern die Beklagte eine finanzielle Sicherheit benötigt.

98 Als Grund für die Unmöglichkeit i.S.v. Art. 378 Abs. 2 OR wird die verlangte Bankgarantie aufgeführt. Stellt man den Betrag von CHF 216'000.00, wenn den Berechnungen in Rz. 49 KS überhaupt gefolgt werden kann, dem zu erwartenden Gewinn von CHF 4'320'000.00 gegenüber, welchen die Klägerin bei gehöriger Leistung erhalten hätte, so wird klar, dass diese 5% des Gewinns nicht unmöglich zu leisten sind. Auch eine Unzumutbarkeit kann verneint werden. Selbst wenn die Klägerin gegenteiliger Meinung ist, liegt dadurch aber keine Unmöglichkeit i.S.v. Art. 378 Abs. 2 OR vor (KOLLER, AJP 2013, 1765).

99 Mangels Unmöglichkeit hat die Klägerin somit keinen Anspruch aus Art. 378 Abs. 2 OR.

c) *Kein Anspruch aus Art. 97 OR*

100 Aus dem KV kann die Klägerin keine Ansprüche nach Art. 97 OR ableiten.

Zu Rz. 70-72: bestritten

101 Die Nennung von Art. 368 OR in Rz. 70 KS ist der Beklagten gänzlich unverständlich.

102 Entgegen der Behauptungen der Klägerin in Rz. 72 KS wurde die Exklusivitätsklausel nicht verletzt, da Art. 5 KV mit der Kündigung vom 12. August 2016 hinfällig wurde (vgl. Rz. 88 f.). Die Behauptungen, dass schon vor Vertragsbeendigung Verhandlungen mit einem neuen Unternehmen geführt wurden, stützen sich auf keinerlei Beweise. Ein Vertragsabschluss mit der TP-Bahnen AG konnte nach der Kündigung des KV schnell erzielt werden ([K-13]). Die Vertragsverhandlungen mussten unter dem bestehenden Zeitdruck schnell vorangetrieben werden. Da die Beklagte durch die Verhandlungen mit der Klägerin schon klare Vorstellungen hatte, welche Leistungen ein Subunternehmen zu erbringen hat und bereits vorgefertigte Dokumente bestanden, waren die Verhandlungen glücklicherweise von kurzer Dauer. Das Projekt war von grossem öffentlichem Interesse; eine Beteiligung daran schenkt sehr viel Aufmerksamkeit (vgl. [K-13])). Deshalb konnte rasch ein neues, interessiertes Subunternehmen gefunden werden.

103 Die Informationspflicht wurde nicht verletzt, da die Beklagte der Klägerin von Anfang an mitgeteilt hat, dass die Vertragsverhandlungen vorangetrieben werden müssen ([K-6]) und welche Leistungen vom SV mitumfasst sein müssen ([K-7]). Im Auskaufangebot vom 29. Juni 2016 ([K-10]) legte die Beklagte dar, dass sie sich bei Nichteinigung gezwungen sehe, den Vertrag aufzulösen. Von einer überraschenden Vertragsauflösung kann mithin keine Rede sein.

104 Die Klägerin behauptet, dass «[...] die Beklagte ihre Mitwirkungspflicht [verletzt], indem sie die Bankgarantie der Klägerin nicht akzeptier[t] [...]» (Rz. 72 KS). Dies ist grundlegend falsch, weil die Veneto Banca als Sicherheitsgarantin inakzeptabel ist (vgl. Rz. 66).

105 Die Klägerin kann mangels pflichtwidrigen Verhaltens der Beklagten keine Ansprüche aus Art. 97 OR ableiten.

106 Die Klägerin hat aus den in Rz. 93-105 aufgeführten Gründen weder aus Art. 377 OR noch aus Art. 378 Abs. 2 OR und auch nicht aus Art. 97 OR einen Anspruch auf das positive Interesse. Die Klage ist abzuweisen.

IV. Eventualiter: Die Forderung der Klägerin ist zu verrechnen

107 Die Beklagte fordert eventualiter, sollte die Klage gutgeheissen werden, die Verrechnung der Forderung der Klägerin mit dem eigenen Anspruch auf Ersatz des negativen Schadens in Form der Konventionalstrafe von CHF 1'000'000.00 (vgl. [B-7]).

108 Die Beklagte hat aus Art. 109 Abs. 2 OR Anspruch auf das negative Interesse aus dem KV. Sie ist so zu stellen, als ob der KV mit der Klägerin nie bestanden hätte (vgl. HUGUENIN, N 963).

- 109 Die Klägerin hat durch ihr pflichtwidriges Verhalten (Rz. 75-77 bzw. Rz. 83) das Einhalten der Milestones verhindert. Dadurch erlitt die Beklagte einen konkreten Schaden (vgl. BGH, NJW 1998, 1493, 1494) in Form der Konventionalstrafe von CHF 1'000'000.00 (vgl. Rz. 23 f.).
- 110 Die Vertragsverletzung der Klägerin war natürlich und adäquat kausal für den Schaden. Ohne das pflichtwidrige Verhalten der Klägerin wäre der Schaden nicht eingetreten. Zudem war die Vertragsverletzung «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet» (vgl. BGE 123 III 110 E. 3.a), den Geschäftsgang zu verzögern und somit durch das Verpassen der Milestones die Konventionalstrafe hervorzurufen, da die Beklagte nach Art. 5 KV an die Klägerin gebunden war (vgl. Rz. 88 f.).

Zu Rz. 50: bestritten

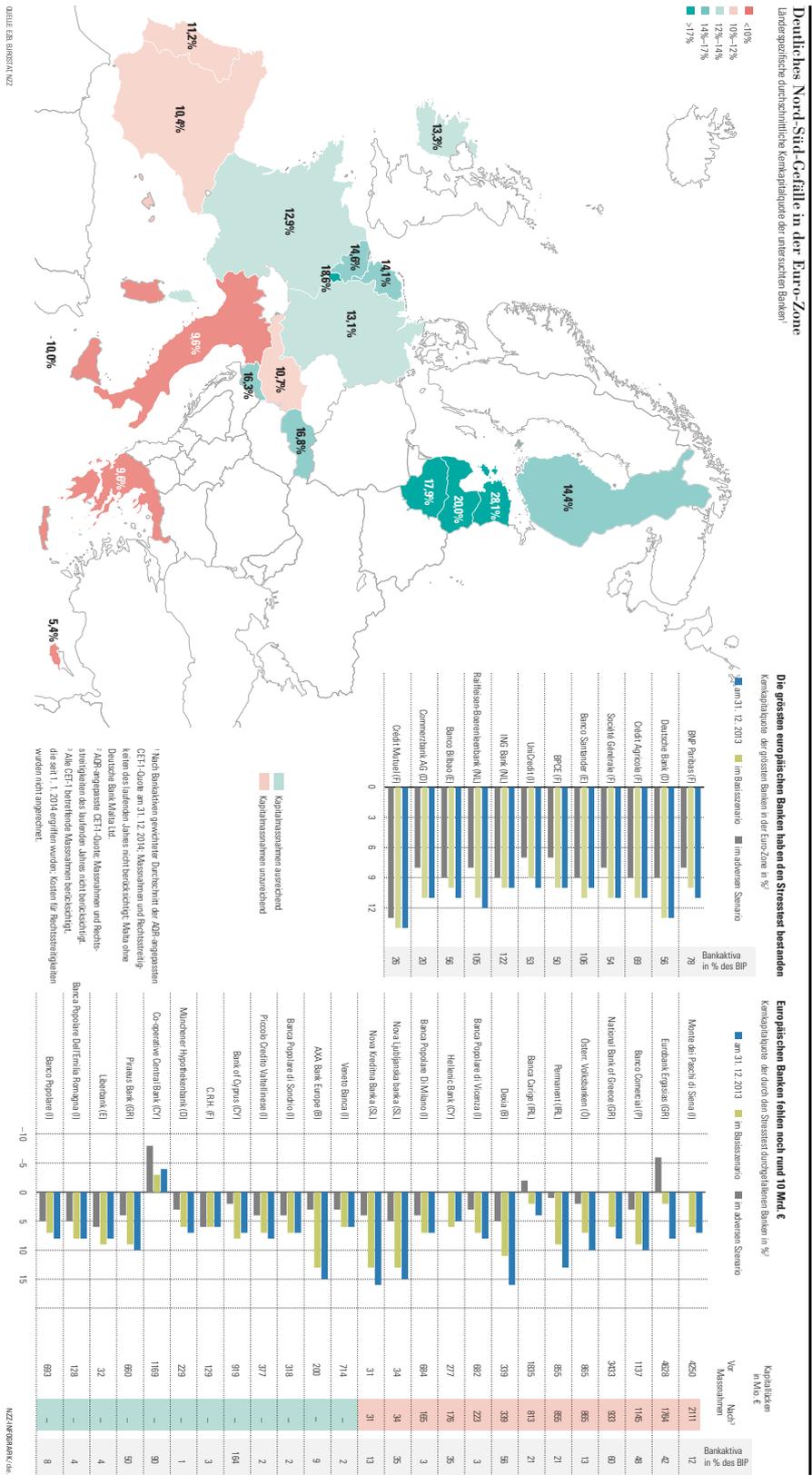
- 111 Die Klägerin hat den Schaden verschuldet. An der Pflicht zur Erbringung der Fremdleistung von 40% und mithin am Verschulden der Klägerin ändert sich nichts, selbst wenn die Klägerin über ihr fehlendes Know-How informiert. Die Klägerin muss die Folgen des mangelnden Know-Hows selbst tragen, denn ein Unternehmen darf keine Verträge eingehen, deren Leistungen seine Kompetenzen überschreiten (vgl. BGer Urteil 4A_608/2011 vom 23.01.2012, E. 5.3.1). Die Klägerin wusste, dass die Fundamente unter Wasser gebaut werden mussten (Ziff. 5 Einleitungsanzeige). Obwohl sie die Fähigkeiten dazu nicht hatte, verpflichtete sie sich zur mangelfreien Ausführung der Leistung. Die Klägerin hat daher vor dem Vertragsabschluss ihre Fähigkeiten nicht selbstkritisch eingeschätzt und es trifft sie ein Übernahmeverschulden (vgl. GLOOR, N 170). Eine Exkulpation (vgl. Art. 97 OR) ist nicht möglich, da die Bekanntgabe des nicht vorhandenen Know-Hows erst *nach* Vertragsabschluss erfolgte. Die Beklagte konnte mithin vor KV-Abschluss nicht darüber entscheiden, ob sie die aus dem fehlenden Know-How resultierenden Risiken in Kauf nehmen möchte (vgl. BGE 124 III 155 E. 3.b).
- 112 Die Klägerin hat die Konventionalstrafe zudem verschuldet, als sie nicht auf das Auskaufangebot (vgl. [K-10]) eingegangen ist. Sie hatte nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) die Pflicht, den Schaden der Beklagten möglichst klein zu halten. Das Auskaufangebot hätte die Parteien vom Vertrag und damit von Art. 5 KV entbunden. Somit hätte die Beklagte ein neues Subunternehmen suchen und damit die Milestones einhalten können.
- 113 Aus den obigen Erläuterungen geht hervor, dass der Beklagten ein Anspruch in Höhe von CHF 1'000'000.00 zusteht. Die Forderung der Klägerin ist mit dieser zu verrechnen.

Wir bitten das Schiedsgericht, den gestellten Rechtsbegehren nachzukommen,

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 8

Anhang I



EZB/EUROSTAT/NZZ, «Deutliches Nord-Süd-Gefälle in der Euro-Zone», online gefunden am 19.03.2018 unter: http://nzz-files-prod.s3-website-eu-west-1.amazonaws.com/files/9/9/0/nzz-27_1.18411990.10_1.18411990.14-wi-EZB_1.18411990.PDF; Rz. [66]