

Moot Court Team 5

Natascha Figoutz
Christian Kabashi
Ozan Yildirim
Elie Comfort

Einschreiben

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

11. Dezember 2017

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 54699-2017

In Sachen

G-Funivie S.r.l.

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

DoubleM Bahnen AG

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Klägerin und Beklagte
Gemeinsam „die Parteien“

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Prof. Dr. Hubert Gran-Saert,
sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Dr. Anna Gallese,
sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Falco Eck,

namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

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

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Entscheidungsverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
I. Anwendbares Recht	1
II. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
1. Die Schiedsklausel in den SV-Entwürfen kam gültig zustande	1
2. Die Schiedsklausel ist anwendbar auf die klägerischen Ansprüche aus dem KV	2
III. Verrechnungseinrede	4
1. Die Beklagte hat die Verrechnungseinrede nicht im Klagebegehren erhoben	4
2. Die Beklagte hat die Gebühr nicht bezahlt	5
3. Die Beklagte hat keinen Kostenvorschuss geleistet	6
4. Eventualiter: Die Konventionalstrafe kann nicht auf die Klägerin abgewälzt werden ..	7
a. Die Klägerin hat die Reduktion des Leistungsumfangs frühzeitig vorgeschlagen	7
b. Die Klägerin war nicht zur Unterzeichnung des Vertrags verpflichtet	7
c. Fazit	8
IV. Qualifikation des KV	8
1. Der KV ist ein Vorvertrag	8
a. Die wesentlichen Punkte sind bestimmt	8
b. Der Vertrag begründete eine Pflicht zum Abschluss des SV	9
c. Der KV ist noch kein Hauptvertrag	10
2. Der Vorvertrag hat sich nicht in einen Verhandlungsvertrag gewandelt	10
3. Fazit	11
V. Die Beklagte hat den KV unrechtmässig beendet	11
1. Die Beklagte war nicht zur Kündigung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV berechtigt	11
a. Die Tragweite von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV ist teleologisch zu reduzieren	11
b. Eventualiter: Die Beklagte hat den Eintritt der Bedingung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV gem. Art. 156 OR treuwidrig herbeigeführt	12
i. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV fällt in den Anwendungsbereich von Art. 156 OR	12
ii. Treuwidrigkeit ist gegeben	13
iii. Kausalität ist gegeben	14
iv. Fazit	14
2. Die Beklagte war nicht zum Rücktritt nach Art. 107 OR berechtigt	15

VI. Die Beklagte schuldet der Klägerin Schadenersatz i.H.v. CHF 4'320'000.00	16
1. Die Beklagte schuldet das positive Interesse aus Art. 97 Abs. 1 OR.....	16
a. Die Beklagte hat den Vorvertrag schlecht erfüllt	16
b. Die Beklagte verletzte die Exklusivitätsklausel des KV	17
c. Durch die Pflichtverletzungen ist der Klägerin ein Schaden entstanden	18
d. Die Pflichtverletzungen waren kausal für den Schaden	18
e. Die Beklagte hat den Schaden schuldhaft verursacht.....	18
f. Es kann direkt auf Schadenersatz aus dem Hauptvertrag geklagt werden.	19
g. Der geforderte Schadenersatz fällt nicht unter Art. 7 bzw. Art. 8 Abs. 1 KV.....	19
h. Fazit	20
2. Eventualiter: Die Beklagte schuldet das positive Interesse aus Art. 377 OR	20
Ersuchen um Entsprechung der gestellten Rechtsbegehren	20

Literaturverzeichnis

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2.

Auflage, Zürich 1988

(zit. BUCHER, N ...)

N [95]

FURRER/MÜLLER-CHEN, Obligationenrecht – allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2012

(zit. FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. ... N ...)

N [83]

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

(zit. GAUCH, N ...)

N [37, 78, 98]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014

(zit. GAUCH et al., N ...)

N [77, 89]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.),

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, 3.

Auflage, Basel 2013

(zit. BSK IPRG-BEARBEITERIN, Art. ... N ...)

N [2, 3, 8, 16]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.),

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, 6. Auflage,

Basel 2015

(zit. BSK OR I-BEARBEITERIN, Art. ... N ...)

N [36, 40, 41, 43, 51, 54, 57, 73, 90, 91, 97]

HONSELL HEINRICH, Kurzkomentar: Obligationenrecht, Basel 2014

(zit. KUKO OR-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [36, 45, 73, 74, 77]

HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage,
Zürich/Basel/Genf 2014
(zit. HUGUENIN, N...)
N [47, 55, 57, 88, 89]

KRAMER ERNST A., *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI:*
Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband
1a: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991
(zit. BK OR-KRAMER, Art. ... N ...)
N [41, 53, 69]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, *IPRG/LugÜ: Kommentar: Bundesgesetz über das*
Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse, Zürich 2015
(zit. OFK IPRG/LugÜ-KOSTKIEWICZ, Art. ... N ...)
N [3, 5, 6]

SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage,
Bern 2016
(zit. SCHWENZER, N ...)
N [87]

SÉCRÉTAN ROGER, *L'article 156 du code des obligations et la condition potestative*, in:
Aequitas und bona fides : Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel
1955
(zit. SÉCRÉTAN, S. ...)
N [60]

TORGGLER HELLWIG et al., *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit: Deutschland – Österreich –*
Schweiz, 2. Auflage, Baden-Baden/Zürich 2017
(zit. TORGGLER et al., N ...)
N [7, 12]

WALDER HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, *Zivilprozessrecht: nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte*, 5. Auflage, Zürich 2009
(zit. WALDER/GROB § ... N ...)
N [20]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), *Swiss Rules of International Arbitration: Commentary*, 2. Auflage, Zürich 2013
(zit. Swiss Rules-BEARBEITERIN, Art. ... N ...)
N [18, 25]

Entscheidverzeichnis

Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

7. Oktober 1933

BGE 59 I 177

N [8]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

13. April 1943

BGE 69 II 139

N [99]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

6. Juni 1951

BGE 77 II 135

N [69]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

17. September 1975

BGE 101 II 323

N [54]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

1. März 1983

BGE 109 II 20

N [60]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

13. Juni 1991

BGE 117 II 273

N [44, 60, 97]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
6. März 1992
BGE 118 II 32
N [36, 91]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
29. Juli 1994
BGE 120 II 248
N [90]

Urteil des eidgenössischen Versicherungsgerichts vom
18. November 1996
BGE 122 V 415
N [88]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 1996
BGE 123 III 165
N [54]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
18. Juli 2000
BGE 126 III 388
N [87]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
30. Mai 2001
BGE 127 III 515
N [51]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. August 2001
BGer 4P.124/2001
N [8]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
17. Mai 2002
BGE 128 III 265
N [54]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. März 2003
BGE 129 II 264
N [91]

Uni-Kod v. Ouralkali, première chambre civile de la Cour de cassation vom
30. März 2004
(zit. Uni-Kod-Entscheid)
N [8]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
1. März 2005
BGE 131 III 280
N [54]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
5. August 2005
BGE 131 III 606
N [13]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. Dezember 2005
BGer 4C.281/2005
N [61]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. Dezember 2005
BGE 132 III 359
N [87]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Juli 2007
BGE 133 III 527
N [62]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. März 2009
BGE 135 III 295
N [63]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
6. August 2012
BGE 138 III 681
N [12]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2012
BGE 138 III 714
N [3]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
4. September 2013
BGer 4A.297/2013
N [36, 45]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. Februar 2014
BGer 4A.449/2013
N [61]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. Februar 2014
BGE 140 III 134
N [12]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

2. September 2014

BGer 4A.96/2014

N [99]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
B	Beilage der Beklagten
BGE	amtlich publizierte Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	nicht amtlich publizierte Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
c/o	care of
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
CPC	Code de procédure civile (Frankreich)
CS	Credit Suisse
dZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
E.	Erwägung
et al.	et alii, und andere
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende/die folgenden
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptvertrag zwischen der Beklagten und dem Klienten vom 13. April 2016 (K-4)
i.H.	in Höhe
i.H.v.	in Höhe von
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
K	Beilage der Klägerin
Kap.	Kapitel
KUKO	Kurzkomentar
KV	Kooperationsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten vom 12. Januar 2016 (K-1)
lit.	litera
LugÜ	Lugano Übereinkommen vom 1. Januar 2011 (SR 0.275.12)
MWST	Mehrwertsteuer
N	Randnote
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
p.q.	pro Quartal
s.	siehe
S.	Seite
SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration, Fassung vom 1. Juni 2012
S.r.l.	Società a responsabilità limitata

SV der zu schliessende Subunternehmervertrag zwischen der Klägerin und der
Beklagten
vgl. vergleiche
ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit. zitiert
ZKB Zürcher Kantonalbank
ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 27)
zzgl. zuzüglich

I. Anwendbares Recht

- 1 In prozessualer Hinsicht ist das zwölfte Kapitel des IPRG als lex arbitri sowie die SRIA, in materieller Hinsicht ist Schweizer Recht anwendbar (Art. 9 Abs. 3 K-1).

II. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 2 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts wird nicht von Amtes wegen, sondern lediglich auf Erhebung der Unzuständigkeitseinrede hin geprüft (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 88). Die Beklagte bestreitet in ihrer Einleitungsantwort die Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Einleitungsantwort der Beklagten, N 11 ff.). Wie darzulegen sein wird, ist dies unbegründet.
- 3 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist zu bejahen, wenn eine gültige Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien besteht, die einen objektiv schiedsfähigen Streitgegenstand und subjektiv schiedsfähige Parteien umfasst (BSK IPRG- SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 54). Objektiv schiedsfähig ist nach Art. 177 Abs. 1 IPRG jede vermögensrechtliche Angelegenheit. Subjektive Schiedsfähigkeit ist gegeben, wenn die Parteien partei- und prozessfähig sind (OFK IPRG/LugÜ-KOSTKIEWICZ, Art. 177 N 10; BGE 138 III 714 E. 3.2). Beides ist vorliegend unstrittig, weshalb sich die folgenden Ausführungen auf das gültige Zustandekommen der Schiedsklausel beschränken.

1. Die Schiedsklausel in den SV-Entwürfen kam gültig zustande

- 4 Die Beklagte macht geltend, dass sich die Klägerin nicht auf die Schiedsklausel des SV-Entwurfs vom 30. Mai 2016 (K-9) berufen könne, weil der SV nie gültig zustande kam. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Schiedsklausel formell und materiell gültig ist, womit die Parteien gemeinsam ihr Verhältnis aus dem KV der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweizerischen Handelskammern unterworfen haben.
- 5 Gemäss der zwingenden Bestimmung von Art. 178 Abs. 1 IPRG hinsichtlich der formellen Gültigkeit hat eine Schiedsvereinbarung schriftlich oder in einer Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht. Das Erfordernis der Textform wird auch durch moderne Kommunikationsmittel wie E-Mail gewahrt, solange die entsprechenden Willenserklärungen auf dem Datenträger selbst visuell wahrnehmbar und physisch reproduzierbar sind (OFK IPRG/LugÜ-KOSTKIEWICZ, Art. 178 N 8). Die Textform wurde durch die Parteien erfüllt, indem sie die Schiedsklausel in die verschiedenen SV-Entwürfe einbezogen haben, welche die Klägerin und die Beklagte via E-Mail im Rahmen der Vertragsverhandlungen austauschten (K-7, K-9, B-3).
- 6 Materiell kommt eine Schiedsvereinbarung durch rechtsgeschäftliche Einigung zwischen den Parteien zustande, wobei die Auslegung der Willenserklärungen den allgemein geltenden

Grundsätzen folgt (OFK IPRG/LugÜ-KOSTKIEWICZ, Art. 178 N 14). Als erster Antrag für die Vereinbarung einer Schiedsklausel ist Art. 9 des ersten SV-Entwurfs der Beklagten vom 25. April 2016 (K-7) zu sehen, der für allfällige Streitigkeiten aus dem Vertrag ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich vorsieht. Dieser Passus entspricht wörtlich Art. 8 HV (K-4) und wurde als Ausfluss des in Art. 4 lit. a KV (K-1) statuierten back-to-back-Prinzips, das die Übernahme aller Bestimmungen des HV in den KV vorschreibt, in den SV aufgenommen.

- 7 Die Schiedsklausel wurde sodann von der Klägerin in Art. 8 ihres SV-Entwurfs vom 10. Mai 2016 (B-3) in den Wortlaut der Musterschiedsklausel der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Swiss Rules) abgeändert. In der darauffolgenden E-Mail der Beklagten an die Klägerin vom 30. Mai 2016 (B-4) wurde dieser Änderung nicht widersprochen. Auch im angehängten dritten SV-Entwurf der Beklagten (B-5) wurde die Musterschiedsklausel nicht abgeändert. Eine Schiedsvereinbarung ist gültig, wenn sich eine Partei zu einem schriftlichen Abschlussangebot nicht äussert und Schweigen nach der Verkehrssitte als Zustimmung betrachtet wird (TORGLER et al., N 559). Indem die Beklagte nichts gegen die Aufnahme der Musterschiedsklausel der Swiss Rules einwendete, sondern sie in ihrem anschliessenden SV-Entwurf unberührt liess, hat sie diese konkludent angenommen.
- 8 Die Beklagte macht geltend, dass die Schiedsklausel der SV-Entwürfe nicht anwendbar sei, da gar nie ein gültiger SV zustande kam. Dabei übersieht sie jedoch den in Art. 178 Abs. 3 IPRG statuierten und im internationalen Schiedsrecht geltenden Grundsatz des Autonomieprinzips, wonach die Schiedsvereinbarung hinsichtlich aller Gültigkeitsaspekte einer vom HV unabhängigen Beurteilung zu unterziehen ist (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 90; BGE 59 I 177 S. 179; Uni-Kod-Entscheid). Daraus folgt, dass das Schiedsgericht auch für Streitigkeiten aus Verträgen mit Schiedsklauseln zuständig sein kann, wenn der Vertrag selbst gar nicht zustande gekommen ist. Sodann ist bei der Übermittlung oder Aushändigung von Schriftstücken ausreichend, dass die Schiedsvereinbarung aus den Schriftstücken hervorgeht; eine Unterschrift ist nicht erforderlich (BGer 4P.124/2001 E. 2c).
- 9 Folglich haben sich die Parteien trotz Nichtzustandekommens des Vertrags über die Aufnahme der Musterschiedsklausel der Swiss Rules in die SV-Entwürfe geeinigt und damit ihr Verhältnis der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung unterstellt, womit die Schiedsvereinbarung gültig zustande gekommen ist.

2. Die Schiedsklausel ist anwendbar auf die klägerischen Ansprüche aus dem KV

- 10 Weiter behauptet die Beklagte, die Schiedsklausel sei nicht auf die Klage anwendbar, da sich der Anspruch der Klägerin auf den KV stütze, der selbst keine Schiedsklausel enthält. Aufgrund dessen bestreitet die Beklagte die Anwendung der Schiedsgerichtsbarkeit. Im Folgenden wird

aufgezeigt, weshalb dies unzutreffend ist und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auch unter diesem Aspekt zu bejahen ist.

- 11 Das Begehren der Klägerin beläuft sich auf CHF 4'320'000.00. Wie im materiellen Teil ausführlich darzulegen sein wird, entspricht dieser Betrag dem Erfüllungsinteresse des KV. Hätte die Beklagte den KV nämlich korrekt erfüllt, wäre der SV abgeschlossen worden, in welchem die Gewinnmarge der Klägerin dem geforderten Betrag entspricht. Somit stützt sich der klägerische Anspruch nur insoweit auf den KV, als aus diesem Vorvertrag direkt auf die Erfüllung des SV geklagt werden kann. Der eigentliche Anspruch bezieht sich nach der Einstufentheorie, die noch zu erläutern sein wird (N 91), auf die aus dem SV fliessende Gewinnmarge.
- 12 Wie bereits verdeutlicht wurde, ist die Schiedsklausel in den Entwürfen des HV gültig zustande gekommen. Zur Beantwortung der Frage, welche Streitigkeiten zwischen den Parteien der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen sind, mithin der Frage nach dem Umfang der Schiedsklausel, ist deren Auslegung erforderlich. In der Regel ist die Schiedsklausel weit auszulegen, da die Parteien ihre Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis bewusst der staatlichen Gerichtsbarkeit entziehen und durch ein privates Schiedsgericht entscheiden lassen (TORGLER et al., N 589). Mit dem Einbezug der Musterschiedsklausel der Swiss Rules unterstellten die Schiedsparteien «alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit [dem] Vertrag, einschliesslich über dessen Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung» (Art. 8 B-3) der Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration. Laut dem Bundesgericht ist diese Klausel nach dem mutmasslichen Parteiwillen so auszulegen, dass die Parteien alle Ansprüche, die sich aus dem vom Vertrag geregelten Sachverhalt ergeben oder diesen unmittelbar berühren, der ausschliesslichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts zuweisen wollten (BGE 140 III 134 E. 3.3.2; BGE 138 III 681 E. 4.4).
- 13 Wie bereits erwähnt, haben sich die Parteien im Rahmen der Entwürfe des SV auf die Aufnahme der Musterschiedsklausel der Swiss Rules mit Bezug auf alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem SV geeinigt (Art. 8 B-3, Art. 8 B-5). Die Klägerin stützt ihre Ansprüche auf den KV, welcher, wie noch auszuführen sein wird, als Vorvertrag zum SV zu qualifizieren ist. Der Abschluss des SV ist mithin das Endziel des KV. Schon alleine aufgrund dieser Konstellation ist offenkundig, dass die beiden Verträge nicht nur unmittelbar zueinander in Verbindung stehen, sondern auch denselben Sachverhalt betreffen, nämlich das Projekt zum Bau einer Seilbahn über den Zürichsee. Zur Bestimmung des mutmasslichen Parteiwillens ist darauf abzustellen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glauben unter den gegebenen Umständen gewollt und ausgedrückt hätten (BGE 131 III 606 E. 4.1). In Anbetracht der dargelegten Kon-

stellation konnte im Zeitpunkt der Verhandlungen über den SV dem mutmasslichen Willen sowohl der Klägerin als auch der Beklagten nur entsprechen, dass nach Vereinbarung einer Schiedsklausel auch gegenseitige Ansprüche aus dem Vorvertrag, der seinerseits den Abschluss des SV vorsieht, darin eingeschlossen sind. Es wäre nämlich abwegig und würde vernünftigem Handeln widersprechen, wenn die Parteien nach Unterstellung ihres Verhältnisses unter die weit gefasste Musterschiedsklausel der Swiss Rules die Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Vorvertrag dann doch wieder der Zuständigkeit des Schiedsgerichts entzögen.

- 14 Darüber hinaus ist die Aussage der Beklagten, wonach der KV selbst keine Schiedsklausel enthält, zwar korrekt, jedoch wurde in Art. 4 lit. a KV das zuvor angesprochene back-to-back-Prinzip hinsichtlich der Bestimmungen des HV zwischen der Beklagten und dem Klienten statuiert. Der HV enthält seinerseits in Art. 8 eine unbestimmte Schiedsklausel. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint es als absolut sinnvoll, die Vereinbarung, das vertragliche Verhältnis der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen, auf den SV zu übertragen, da so das gleiche Streitbeilegungsverfahren wie im HV oder zumindest ein analoger Ausschluss staatlicher Gerichtsbarkeit für denselben Sachverhalt zur Anwendung kommt. Auch dadurch wird ersichtlich, dass die Schiedsklausel auf die klägerischen Ansprüche aus dem KV anwendbar ist.

III. Verrechnungseinrede

- 15 Die Beklagte erhebt eventualiter für den Fall, dass das Schiedsgericht die Schadenersatzklage der Klägerin (s. N 76 ff.) gutheisst, die Verrechnungseinrede. Sie will damit eine angebliche Forderung, die ihr gegenüber der Klägerin zusteht, verrechnen. Wie darzulegen sein wird, ist dieses Vorgehen aus diversen Gründen unzulässig.
- 16 Die prozessuale Zulässigkeit der Einrede der Verrechnung beurteilt sich nach dem Recht der *lex arbitri* oder nach entsprechender Parteivereinbarung (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 81). Vorliegend kommt aufgrund der entsprechenden Schiedsklausel die internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern zur Anwendung. Laut Art. 21(5) Swiss Rules ist das angerufene Schiedsgericht im Falle der Beurteilung einer Verrechnungseinrede auch dann zuständig, wenn die zur Verrechnung gestellten Forderungen nicht unter die Schiedsvereinbarung fallen oder Gegenstand einer anderen Schiedsvereinbarung sind. Ungeachtet der Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist die Verrechnungseinrede nicht zu hören, da die Beklagte bei der Erhebung unerlässliche formelle Anforderungen missachtet.

1. Die Beklagte hat die Verrechnungseinrede nicht im Klagebegehren erhoben

- 17 Die Beklagte hat besonderen Wert darauf gelegt, zu betonen, dass sie die Forderung nicht widerklageweise, sondern als Verrechnungseinrede geltend macht, um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht zu präjudizieren. Letztere ist mithin jedoch nicht abhängig von der Form

der eingegebenen Einrede, sondern vom gültigen Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung, das – wie zuvor ausgeführt wurde – zu bejahen ist.

- 18 Nach Art. 19(3) Swiss Rules sind Art. 18(2)(b) bis (d) Swiss Rules auch auf Widerklagen und Verrechnungseinreden anwendbar, womit für letztere grösstenteils die gleichen Formvorschriften gelten wie für die Klage selbst (Swiss Rules-BERGER/PFISTERER, Art. 19 N 8). Gemäss Art. 19(3) i.V.m. Art. 18(2)(d) Swiss Rules ist eine zur Verrechnung gestellte Forderung somit in einem entsprechenden Klagebegehren zu erheben.
- 19 Die Beklagte dagegen erhob die Verrechnungseinrede nicht als eigenständiges Begehren, sondern nur im Fliesstext ganz zum Schluss ihrer Einleitungsantwort, womit sie gegen Art. 19(3) i.V.m. Art. 18(2)(d) Swiss Rules versties.
- 20 Sodann gilt, wie auch der Beklagten bekannt sein dürfte, sowohl im schweizerischen als auch in vielen weiteren kontinentaleuropäischen Zivilprozessordnungen (Art. 58 ZPO, § 308 dZPO, Art. 4 CPC) der Dispositionsgrundsatz, wonach das Gericht nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen darf. Daher muss der Kläger im Rechtsbegehren konkret, klar und bestimmt bezeichnen, was er will (WALDER/GROB, § 11 N 1). Daraus ergibt sich e contrario, dass im Fliesstext einer Rechtschrift verborgene und daher formungültige Rechtsbegehren vom Gericht der Partei nicht zugesprochen werden können. Folglich ist die Verrechnungseinrede der Beklagten mangels formgültiger Eingabe von vornherein nicht zu hören.

2. Die Beklagte hat die Gebühr nicht bezahlt

- 21 Laut Art. 1.3 Appendix B Swiss Rules ist für die Einreichung einer Widerklage eine Einschreibgebühr nach Art. 1.1 Appendix B Swiss Rules zu leisten. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass diese Bestimmung auch bei Verrechnungseinreden greift.
- 22 Die Beklagte argumentiert, dass sich der Wortlaut von Art. 1.3 Appendix B Swiss Rules bloss auf Widerklagen beziehe und Einreden somit nicht erfasst würden. Mittels teleologischer Auslegung drängt sich jedoch eine analoge Anwendung der Klausel für die Erhebung der Verrechnungseinrede auf, da diese im Kern denselben Zweck verfolgt wie eine Widerklage. Die Beklagte hat die Verrechnungseinrede bloss aus formellen Gründen nicht in Form einer Widerklage erhoben, nämlich weil sie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestreitet. Mit der Erhebung der Verrechnungseinrede möchte die Beklagte jedoch genau dasselbe Ziel erreichen, wie es mit einer entsprechenden Widerklage der Fall wäre, und zwar die Durchsetzung einer eigenen Forderung aus einem Verhältnis, das nicht von der Schiedsklausel gedeckt ist. Deshalb muss die Beklagte auch für die Verrechnungseinrede eine Gebühr bezahlen.
- 23 Art. 1.1 Appendix B Swiss Rules sieht eine Abstufung der Einschreibgebühren nach der Höhe des Streitwerts vor. Für die Bestimmung des Streitwerts werden laut Art. 2.4 Appendix B

Swiss Rules die Forderungen aus Klagen und Widerklagen zusammengezählt. Diese Bestimmung findet nach dem Wortlaut ebenso auf Verrechnungseinreden Anwendung, es sei denn, es wird kein bedeutender Mehraufwand generiert.

- 24 Die Beklagte behauptet, die Verrechnungseinrede generiere keinen Mehraufwand, da sie nur eventualiter für die Gutheissung der Klage erhoben wird und die Klage aufgrund einer angeblich klaren Rechtslage ohnehin nicht gutzuheissen sei.
- 25 Entgegen der Behauptungen der Beklagten ist die Klage aufgrund der im materiellen Teil darzulegenden Punkte ohne weiteres gutzuheissen. Die Beurteilung, ob ein bedeutender Mehraufwand besteht, hängt jedoch ohnehin nicht davon ab, ob die Klage gutgeheissen wird. Ein solcher Mehraufwand ist vielmehr bereits zu bejahen, wenn der Anspruch der Beklagten von der Klägerin bestritten wird und infolgedessen überprüft werden muss (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI Art. 3 N 18). Wie später auszuführen sein wird, wird der Anspruch von der Klägerin bestritten. Somit ist ein durch die Verrechnungseinrede entstehender Mehraufwand zu bejahen.
- 26 Die der Klage zugrundeliegende Forderung beträgt CHF 4'320'000.00; diejenige aus der Verrechnungseinrede CHF 1'000'000.00. Der Streitwert summiert sich demnach auf CHF 5'320'000.00. Nach Art. 1.1 Appendix B muss dafür eine Gebühr i.H.v. CHF 6'000.00 entrichtet werden, was die Klägerin bereits getan hat (Einleitungsanzeige, N 35). Für die formgerechte Eingabe ihrer Verrechnungseinrede hätte die Beklagte eine Gebühr in der gleichen Höhe leisten müssen. Da sie dies unterlassen hat, ist das Schiedsverfahren nach Art. 1.5 Appendix B Swiss Rules hinsichtlich des Begehrens der Beklagten nicht weiterzuführen, was zur Folge hat, dass die Verrechnungseinrede abgewiesen werden muss.

3. Die Beklagte hat keinen Kostenvorschuss geleistet

- 27 Gemäss Art. 41(2) Swiss Rules hat eine beklagte Partei, wenn sie Widerklage erhebt oder es nach den Umständen angemessen erscheint, für die in Art. 38(a), (b) und (c) beschriebenen Kosten einen Vorschuss zu leisten.
- 28 Die Beklagte hebt in ihrer Erwiderung zur Stellungnahme hervor, dass sie keinen Kostenvorschuss leisten müsse, weil die Verrechnungseinrede keinen Mehraufwand generiere.
- 29 Wie zuvor ausgeführt, ist ein bedeutender Mehraufwand jedoch zu bejahen. Davon abgesehen ist der Einwand der Beklagten ohnehin unbegründet, da sich weder aus dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck von Art. 41(2) Swiss Rules ergibt, dass ein Mehraufwand durch die Verrechnungseinrede erforderlich ist, um eine Verpflichtung zur Leistung eines Kostenvorschusses anzunehmen. Vielmehr sind darüber hinaus noch andere Umstände zu berücksichtigen, die eine Gleichbehandlung zwischen Widerklage und Verrechnungseinrede gebieten: Schliesslich verfolgt die Verrechnungseinrede hier denselben Zweck wie eine Widerklage und wurde nur aus

formellen Gründen nicht als solche erhoben. Folglich ist die Verrechnungseinrede auch unter diesem Aspekt formungültig eingegangen.

4. Eventualiter: Die Konventionalstrafe kann nicht auf die Klägerin abgewälzt werden

30 Sollte das Schiedsgericht doch auf die Verrechnungseinrede der Beklagten eintreten, so kann die Konventionalstrafe mangels Verschulden der Klägerin nicht auf sie abgewälzt werden.

31 Die Beklagte behauptet, der enttäuschende Vertragsverhandlungsprozess habe dazu geführt, dass sie die beiden Milestones verpasste und infolge dessen die Konventionalstrafe entrichten musste. Das Nichteinhalten des Terminplans sei nach der Beklagten auf das Verhalten der Klägerin zurückzuführen, weshalb sie von ihr Schadenersatz für die Konventionalstrafe verlangt. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, wieso dies unbegründet ist.

a. Die Klägerin hat die Reduktion des Leistungsumfangs frühzeitig vorgeschlagen

32 Der erste Milestone bestand unter anderem darin, die geologischen Voruntersuchungen für die Mastfundamente im See vorzunehmen. Da es der Klägerin nicht möglich war, diese durchzuführen, bat sie die Beklagte am 10. Mai 2016 darum, den Leistungsumfang zu reduzieren und die geologischen Voruntersuchungen einem anderen Subunternehmer aufzutragen. Die Beklagte lehnte dies mit der Begründung ab, die kurzfristige Suche nach einem anderen Subunternehmer werfe das ganze Projekt über den Haufen. Diese Behauptung ist haltlos, da zwischen dem Vorschlag am 10. Mai 2016 und dem ersten Milestone am 1. Oktober 2016 beinahe fünf Monate liegen und geologische Voruntersuchungen sowie das anschliessende Einholen der Konzession durchschnittlich drei bis vier Monate in Anspruch nehmen. In den ein bis zwei Monaten, die noch übrig geblieben wären, hätte die Beklagte mit Hilfe der Klägerin genug Zeit gehabt, um für die ausfallenden Leistungen einen Ersatzunternehmer zu finden. Ausserdem brauchte die Beklagte nach der Vertragsbeendigung scheinbar auch nur zehn Tage, um die Klägerin vollständig durch die TP-Bahnen AG zu ersetzen. Der Einwand der Beklagten, der Einbezug eines weiteren Subunternehmers Sorge für zusätzlichen Kontroll- und Koordinierungsaufwand, war also unzutreffend. Hätte sich die Beklagte folglich an der korrekten Erfüllung des Vertrags interessiert, hätte sie die vorhandene Zeit für die Suche nach einem entsprechenden Ersatzunternehmer genutzt, anstatt auf Leistungen zu beharren, die die Klägerin nicht erbringen konnte.

b. Die Klägerin war nicht zur Unterzeichnung des Vertrags verpflichtet

33 Wie noch ausführlich darzulegen sein wird (N 78 ff.), wick die Beklagte mit dem von ihr im dritten SV-Entwurf verankerten Grossbankenerfordernis vom back-to-back-Prinzip ab, das durch die beiden Parteien in Art. 4 lit. a KV vereinbart wurde. Somit war die Klägerin nicht zur

Unterzeichnung dieses Entwurfs verpflichtet, weshalb ihr die anschliessende Verzögerung der Verhandlungen nicht zum Vorwurf gemacht werden kann.

c. Fazit

- 34 Die Beklagte hemmte den Verhandlungsprozess selbst, indem sie sich unkooperativ bei der Bestimmung des Leistungsumfangs zeigte und vom back-to-back-Prinzip abwich. Folglich ist die Konventionalstrafe dem unredlichen Verhalten der Klägerin zuzurechnen und die Schadenersatzforderung abzuweisen.

IV. Qualifikation des KV

1. Der KV ist ein Vorvertrag

- 35 Die Beklagte führt aus, der KV sei nicht als rechtlich verbindlicher Vorvertrag zustande gekommen. Sie begründet dies damit, dass sich die Parteien nicht über die wesentlichen Punkte des zu schliessenden SV einigen konnten. Im Folgenden ist aufzuzeigen, dass es sich beim KV entgegen den Behauptungen der Beklagten um einen Vorvertrag handelt.

a. Die wesentlichen Punkte sind bestimmt

- 36 Ein Vorvertrag nach Art. 22 OR ist ein schuldrechtlicher Vertrag, der eine oder beide Parteien verpflichtet, einen forderungsbegründend wirkenden Vertrag inter partes abzuschliessen (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 3; BGer 4A.297/2013 E. 3.2.1). Ausschlaggebendes Merkmal ist somit die Kontrahierungspflicht (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 1). Nach dem Bestimmtheitserfordernis muss ein Vorvertrag die objektiv sowie subjektiv wesentlichen Punkte des zu schliessenden Hauptvertrags bestimmen oder zumindest bestimmbar machen (BGE 118 II 32 E. 3b). Zur Bestimmung der wesentlichen Punkte des Hauptvertrags ist dessen Rechtsnatur entscheidend.
- 37 Der Werkvertrag gem. Art. 363 OR verpflichtet den Unternehmer zur Herstellung und Ablieferung eines Werks und den Besteller zur Leistung einer Vergütung. Diese Pflichten entsprechen gleichzeitig den objektiv wesentlichen Elementen eines Werkvertrags. Letzterer kann auch in Form des Bauwerkvertrags abgeschlossen werden. Dabei verspricht der Bauunternehmer, der auch als Subunternehmer auftreten kann, die Leistung von Bauarbeiten mit oder ohne Lieferung von Werkstoff (GAUCH, N 205, 207; vgl. Art. 1 SIA-Norm 118). Der geplante SV verpflichtet die Klägerin zur Ausführung der in Appendix I aufgeführten Vorbereitungs-, Konstruktions- und Nachbereitungsarbeiten, bei welchen es sich um Bauarbeiten i.S.v. Art. 1 SIA-Norm 118 handelt. Dagegen schuldet die Beklagte der Klägerin die Zahlung der Gewinnmarge von CHF 4'320'000.00 bzw. 18% der Fremdleistungen.

38 Somit sind die objektiv wesentlichen Punkte des SV bestimmt, weshalb er als Bauwerkvertrag qualifiziert wird. Subjektiv wesentliche Punkte wurden von keiner der beiden Parteien vorbehalten. Demzufolge ist ein Konsens über die essentialia zustande gekommen.

b. Der Vertrag begründete eine Pflicht zum Abschluss des SV

39 Von der Beklagten wird weiter vorgebracht, dass keine Abschlusspflicht, sondern lediglich eine Pflicht zur gemeinsamen Verhandlung hin auf einen SV begründet wurde. Dazu führt sie aus, der KV habe den Verhandlungsstand vom 12. Januar 2016 als Ausgangslage festgehalten, wobei aber beide Parteien wussten, dass der SV erst nach Unterzeichnung des HV zwischen Beklagter und Klienten abgeschlossen werden konnte. Im Folgenden wird dargelegt, dass der KV eine unmittelbare Abschlusspflicht im Hinblick auf den SV begründet.

40 Es gibt mehrere Formen der Selbstbindung im vorvertraglichen Stadium, denen eine Pflicht zum Vertragsabschluss fehlt. Vorfeldvereinbarungen sind Abreden der Parteien in Bezug auf spezifische Pflichten im Verhandlungsstadium. Im Gegensatz zum Vorvertrag wird das Verhandlungsergebnis hier nicht festgeschrieben, sondern nur die Verhandlungen selbst thematisiert (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 27).

41 Ebenfalls können Aufzeichnungen des bisherigen Verhandlungsergebnisses festgehalten werden. Solche Aufzeichnungen werden auch als „memorandum of understanding“ bezeichnet (BK OR-KRAMER, Art. 22 N 63) und verpflichten die Parteien nicht zum Abschluss eines Vertrags (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 28).

42 Im vorliegenden Fall kommen keine Vereinbarungen ohne Vorvertragscharakter infrage, da das Verhandlungsergebnis bereits fixiert ist: Artikel 3 KV ermächtigt und verpflichtet die Klägerin nämlich, im Falle eines Zuschlags gegenüber der Beklagten von Seiten der Klientin, unmittelbar zur Durchführung der Fremdleistungen. Ausserdem sind, wie vorgängig erwähnt, alle wesentlichen Punkte des SV bereits im KV geregelt. Deshalb kommen weder Vorfeldvereinbarungen noch Aufzeichnungen des bisherigen Verhandlungsergebnisses in Betracht.

43 Ferner spielt es keine Rolle, dass die Parteien ihren KV als „memorandum of understanding“ bezeichnen. Schliesslich ist bei der Auslegung aller vorvertraglichen Übereinkünfte auf den in Art. 18 Abs. 1 OR festgehaltenen Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ zu achten. Entscheidend ist demnach, was die Vertragspartner im konkreten Fall tatsächlich übereinstimmend wollten bzw. welcher Sinn ihren Äusserungen normativ zukam, und nicht eine eventuell falsche Bezeichnung (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 44).

44 Der Einwand der Beklagten, den Parteien sei klar gewesen, dass der SV erst nach Unterzeichnung des HV zwischen Beklagter und Klientin fertiggestellt werden sollte, ist irrelevant. Diesem Umstand haben sie nämlich bereits damit Rechnung getragen, dass der KV nur unter

der Bedingung gilt, dass der HV zwischen der Beklagten und der Klientin abgeschlossen wird; einen Vorvertrag von einer Bedingung abhängig zu machen ist schliesslich zulässig (vgl. BGE 117 II 273 E. 3b). Zudem tangiert die Fertigstellung des SV die Qualifikation des KV als Vorvertrag nicht im Geringsten, denn ein Vorvertrag zeichnet sich gerade dadurch aus, dass er noch nicht der endgültige Hauptvertrag ist, sondern noch einige zu verhandelnde Punkte vorbehalten.

c. Der KV ist noch kein Hauptvertrag

45 Der KV regelt die grundlegenden Bestimmungen für die weitere Zusammenarbeit der Parteien. Er weist ausdrücklich auf den noch zu schliessenden SV hin und behält dabei präzisere Angaben, wie die genaue Umsetzung des back-to-back-Prinzips, vor. Die Leistungspflicht beim Vorvertrag besteht in der Willenserklärung zum Abschluss des Hauptvertrags (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 11). Das BGer bejaht in solchen Fällen eine Existenzberechtigung für Vorverträge (BGer 4A.297/2013 E. 3.2.1). Folglich ist noch kein Werkvertrag zustande gekommen, womit die Anwendung werkvertraglicher Normen nicht infrage kommt.

2. Der Vorvertrag hat sich nicht in einen Verhandlungsvertrag gewandelt

46 Eventualiter beruft sich die Beklagte darauf, dass sich der Vorvertrag in einen Verhandlungsvertrag gewandelt habe. Sie begründet dies damit, dass die Klägerin ihren Leistungsumfang und damit einen objektiv wesentlichen Punkt zur Disposition stellte und damit über einen notwendigen Bestandteil des Vertrags kein Konsens mehr bestand. Dies ist abzuweisen, wie nachfolgend auszuführen sein wird.

47 Nach Art. 1 ff. OR kommt ein Vertrag durch Konsens über die wesentlichen Vertragspunkte zustande und kann in der Folge auch nur durch erneuten Konsens abgeändert, ersetzt oder aufgelöst werden (vgl. HUGUENIN, N 245 ff.). Wie zuvor ausgeführt wurde, war ein solcher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhanden, womit ein Vorvertrag zustande kam.

48 Dadurch, dass die Klägerin um Reduktion ihrer Fremdleistungen bat, hat sie den wesentlichen Vertragsinhalt nicht zur Disposition gestellt, sondern lediglich einen Antrag gestellt, diesen nachträglich zu ändern. Der KV behält seinen Vertragscharakter, da die wesentlichen Punkte trotz des Antrags zur Änderung immer noch bestimmt sind. Der vertraglich geregelte und vom Konsens beider Parteien umfasste Fremdleistungsanteil liegt nämlich nach wie vor bei 40%. Falls die Beklagte den Antrag der Klägerin annähme, würde er sich auf 25% reduzieren, womit sich nichts an der Bestimmtheit ändern würde. Folglich ist der Fremdleistungsanteil zu keinem Zeitpunkt unbestimmt. Um den Vertragscharakter des KV aufzuheben, müssten die Parteien den Vertrag oder zumindest die fragliche Klausel konsensual aufheben.

3. Fazit

49 Der KV ist als Vorvertrag zu qualifizieren und hat sich nicht in einen Verhandlungsvertrag gewandelt.

V. Die Beklagte hat den KV unrechtmässig beendet

1. Die Beklagte war nicht zur Kündigung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV berechtigt

50 Die Beklagte beruft sich bei ihrer Kündigung auf Art. 8 Abs. 1 lit. g KV. Wie darzulegen sein wird, ist diese unrechtmässig erfolgt.

a. Die Tragweite von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV ist teleologisch zu reduzieren

51 Art. 8 Abs. 1 lit. g KV statuiert, dass der Vertrag endet, wenn die Parteien sich nicht auf den Umfang und/oder den Preis der Fremdleistungen einigen können. Er beschreibt also ein Ereignis, bei dessen Nichteintreten der bis anhin gültige Vertrag ipso iure dahinfällt (BGE 127 III 515 E. 2a). Somit liegt eine negative auflösende Bedingung nach Art. 154 Abs. 1 OR vor (BSK OR I-EHRAT, Art. 151-157 N 8, 10).

52 Die Beklagte vertritt die Auffassung, die fehlende fristgemässe Unterzeichnung des SV-Entwurfs vom 30. Mai 2016 seitens der Klägerin habe zum Eintritt der in Art. 8 Abs. 1 lit. g KV statuierten auflösenden Bedingung geführt, womit die Kündigung rechtmässig erfolgt sei. Ihr Vorgehen erweist sich – wie auszuführen ist – als nicht haltbar.

53 Wie bereits dargelegt, besagt der Wortlaut der Klausel, dass der KV ohne jegliche Vergütung zwischen den Parteien ende, wenn sich die Parteien nicht auf den Umfang und/oder den Preis der Fremdleistungen einigen können. Dabei bleibt jedoch offen, was unter „nicht einigen“ zu verstehen ist; schliesslich kann es nicht dem Zweck der Klausel entsprechen, den Parteien einen Ausweg aus dem Vertrag zu ermöglichen, wenn sie kein Interesse mehr am Vertragsschluss haben. Deshalb sind Sinn und Zweck der Klausel zu erörtern.

54 Aus Art. 18 Abs. 1 OR geht das Verbot der Buchstabenauslegung hervor, welches eine rein grammatikalische oder formalistische Auslegung von Vertragsbestimmungen untersagt (BGE 131 III 280 E. 3.1; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 37). Vielmehr sei darauf zu achten, dass der Gesamtzusammenhang, in welchem die Vertragsbestimmung steht, gewahrt wird (BGE 128 III 265 E. 3a; BGE 101 II 323 E. 1). Dies gelingt jedoch nur, wenn die einzelnen Vertragsklauseln nicht gesondert, sondern aus ihrem konkreten Sinngehalt heraus gedeutet werden (BK OR-KRAMER, Art. 1 N 106; BGE 123 III 165 E. 3a).

55 Artikel 8 KV zählt lauter Tatbestände auf, bei denen entweder der Vertragsschluss unmöglich geworden ist oder die Parteien den Vertrag einvernehmlich aufheben. Die Anordnung der Klauseln offenbart, dass die in lit. g beschriebene Verhandlungssituation eine ähnliche Intensität wie

Art. 8 Abs. 1 lit. a-f KV aufzuweisen hat. Einen der Unmöglichkeit (HUGUENIN, N 814) des Vertrags nahekommender Schweregrad erreicht Art. 8 Abs. 1 lit. g KV nur, wenn er so ausgelegt wird, dass der Vertragsschluss als völlig aussichtslos erscheint, also wie bei der Unmöglichkeit kein anderer Ausweg mehr besteht als der Abbruch der Vertragsverhandlungen. Dies ist nur der Fall, wenn beide Parteien alles ihnen Zumutbare für das Zustandekommen des Vertrags getan haben, aber immer noch unüberbrückbare Meinungsverschiedenheiten vorliegen. Die Klausel sollte demnach nur als ultima ratio greifen.

- 56 Wie noch auszuführen sein wird, trifft dies vorliegend nicht zu. Die Klägerin zeigte sich schliesslich kooperativ und bemühte sich, den Vertrag aufrecht zu erhalten, stiess bei der Beklagten jedoch auf fehlende Mitwirkungsbereitschaft. Dies untermauerte die Klägerin, indem sie der Beklagten anbot, sie bei der Suche nach einem alternativen Subunternehmer in Form von Ersatzvorschlägen zu unterstützen (K-11, B-6). Die Beklagte lehnte die Hilfe jedoch ab, um über zwei Monate später dennoch einen neuen Subunternehmer beizuziehen. Aus dem Verhalten der Beklagten geht hervor, dass sie sich nicht ernsthaft darum bemühte, einen SV zu schliessen. Die vorliegende Situation erreicht somit bei weitem nicht die Intensität von Art. 8 Abs. 1 lit. a-f KV.
- 57 Darüber hinaus wird eine solche Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV auch durch das Auslegungsmittel des Vertragszwecks gestützt (BSK OR I-WIEGAND Art. 18 N 30). Der Zweck eines Vorvertrags ist der Abschluss des Hauptvertrags. Da er durch eine Klausel, die den Parteien praktisch zu jeder Zeit die Kündigung ermöglicht, ernsthaft gefährdet würde, kann es nur dem Zweck der Klausel entsprechen, als letztes Mittel angerufen zu werden. Auch das Prinzip der Vertragstreue (pacta sunt servanda) (HUGUENIN, N 320) stützt zudem eine vertragsfreundliche Auslegung (favor negotii). Folglich hat die Beklagte Art. 8 Abs. 1 lit. g KV zweckentfremdet, womit die Kündigung unrechtmässig erfolgte.

b. Eventualiter: Die Beklagte hat den Eintritt der Bedingung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV gem. Art. 156 OR treuwidrig herbeigeführt

- 58 Eventualiter für den Fall, dass die Verhandlungssituation doch vom Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV gedeckt ist, hat die Beklagte ihr Recht verwehrt, sich auf die Klausel zu berufen, da sie die Verschleppung der Vertragsverhandlungen und damit den Eintritt der zur Kündigung führenden Bedingung i.S.v. Art. 156 OR treuwidrig herbeiführte.

i. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV fällt in den Anwendungsbereich von Art. 156 OR

- 59 Wie vorhin dargelegt wurde, handelt es sich bei Art. 8 Abs. 1 lit. g KV um eine auflösende Bedingung, bei der der Vertrag endet, wenn die Parteien sich nicht über Umfang und/oder Preis der Fremdleistungen einigen können. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Beklagte diese Pattsituation durch ihr eigenes Verhalten treuwidrig herbeiführte.

- 60 Artikel 156 OR sieht für Fälle, bei denen ein Kontrahent den Eintritt einer Bedingung treuwidrig vereitelt, vor, dass deren Eintritt fingiert wird. Die Bestimmung ist analog für den Fall heranzuziehen, dass der Eintritt einer auflösenden Bedingung treuwidrig herbeigeführt wird (BGE 109 II 20 E. 2a; SÉCRÉTAN, S. 357); die Bedingung gilt folglich als nicht eingetreten. Dabei ist unerheblich, ob es sich um eine Potestativbedingung handelt (BGE 117 II 273 E. 5c).
- 61 Die Anwendung von Art. 156 OR setzt zum einen treuwidriges Verhalten, also einen Verstoss gegen Treu und Glauben (BGer 4A.449/2013 E. 5.3), und zum anderen Kausalität zwischen dem treuwidrigen Verhalten und dem Eintritt der Bedingung (BGer 4C.281/2005 E. 3.5) voraus.

ii. Treuwidrigkeit ist gegeben

- 62 Um die Treuwidrigkeit zu beurteilen, muss das Verhalten der Partei, welche den Eintritt der Bedingung verursacht, unter Berücksichtigung aller Umstände sowie des Vertragsziels nach den Regeln des Vertrauensprinzips geprüft werden (BGE 133 III 527 E. 3.3.3).

a) Die Beklagte arbeitete gegen den Abschluss des SV

- 63 Insbesondere darf eine Partei die Erfüllung einer Bedingung, die zumindest teilweise in ihrer Macht steht, nicht grundlos verweigern und sich somit ihrer vertraglichen Verpflichtungen entziehen. Das Verhalten einer Partei erscheint namentlich dann als treuwidrig, wenn es gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts gerichtet ist (BGE 135 III 295 E. 5.2). Der vorliegende KV zielt auf Abschluss des SV hin. Da sich die Parteien zum Vertragsabschluss verpflichtet haben, dürfen sie also nicht gegen dieses Ziel arbeiten.
- 64 Die Beklagte aber war trotz grösster Bemühungen und zahlreicher Vorschläge der Klägerin, sie bei der Suche nach einem Ersatzunternehmer zu unterstützen, nicht bereit, von ihrer Position bezüglich des Leistungsumfangs abzuweichen. Stattdessen beharrte sie stur auf dem ursprünglichen Leistungsumfang, obwohl sie wusste, dass es der Klägerin nicht möglich war, die entsprechenden Arbeiten durchzuführen.
- 65 Am 30. Mai 2016, beinahe fünf Monate nach Unterzeichnung des KV, nahm die Beklagte zudem völlig wider Erwarten der Klägerin das Grossbankenerfordernis in den SV-Entwurf auf. Wie noch darzulegen sein wird (N 77 ff.), erweist sich dies als Missachtung des im KV vereinbarten back-to-back-Prinzips als vertragswidrig.
- 66 Darüber hinaus indiziert auch das Auskaufsangebot vom 29. Juni 2016, dass die Beklagte aktiv einen Weg suchte, um ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllen zu müssen. Eine ernsthafte Verhandlungspartnerin nämlich würde den Vertrag nicht bei minimalen Meinungsverschiedenheiten kündigen, sondern versuchen, sich lösungsorientiert zu verhalten, um den Ver-

trag aufrechterhalten zu können – vor allem, wenn die Suche nach einem weiteren Subunternehmer, wie von der Beklagten vorgebracht (B-4), anscheinend so aufwendig wäre.

67 All dies zeigt, dass die Beklagte keine Anstalten machte, den KV korrekt erfüllen zu wollen. Im Gegenteil offenbart ihr Verhalten, dass sie aktiv versuchte, die Vertragsverhandlungen zu torpedieren, um sich ihrer vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen. Ihr Verhalten verstösst somit gegen den Inhalt des KV.

b) Die Beklagte versties gegen Art. 5 KV

68 Die kurze Zeitspanne zwischen der Vertragsauflösung durch die Beklagte und der Bekanntmachung der TP-Bahnen AG als ersatzweise Subunternehmerin sowie auch das soeben dargelegte, erratische Verhalten der Beklagten weisen zudem darauf hin, dass die Beklagte vor Auflösung des Vertrags mit der Klägerin bereits in Verhandlungen mit der neuen Subunternehmerin stand. Da dies, wie noch ausführlicher darzulegen sein wird (N 83 ff.), die in Art. 5 KV statuierte Exklusivitätspflicht verletzt, versties die Beklagte auch hiermit gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts.

c) Die Beklagte verletzte die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln

69 Treuwidrig verhält sich eine Verhandlungspartnerin auch, wenn sie weiss oder wissen muss, dass der Abschluss nicht mehr infrage kommt (BGE 77 II 135 S. 137; BK OR-KRAMER, Art. 22 N 12, 14). Auch dies ist zu bejahen, da die Beklagte, wie gerade ausgeführt, kein Interesse mehr am Vertrag hatte, bereits in Verhandlungen mit einer anderen Subunternehmerin stand und dennoch die Verhandlungen fortsetzte. Durch die unredlichen, künstlich hinausgezögerten Vertragsverhandlungen hielt die Beklagte die Klägerin denn auch zum Narren, da letztere ernsthafte Vertragsverhandlungen erwartete und erwarten durfte, zu welchen die Beklagte aber nicht bereit war.

iii. Kausalität ist gegeben

70 Durch ihr treuwidriges Verhalten, namentlich ihre unehrliche, gegen den Vertrag sowie Treu und Glauben verstossende Verhandlungstaktik, bewirkte die Beklagte, dass die Parteien sich nicht auf den Umfang der Fremdleistungen einigen konnten, was i.S. der in Art. 8 Abs. 1 lit. g KV statuierten auflösenden Bedingung zur Vertragsbeendigung führt. Die Kausalität ist somit unzweifelhaft zu bejahen.

iv. Fazit

71 Die Beklagte hat den Eintritt der auflösenden Bedingung treuwidrig herbeigeführt, womit das Ausbleiben der Bedingung fingiert wird und die Kündigung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV unrechtmässig ausgesprochen wurde.

2. Die Beklagte war nicht zum Rücktritt nach Art. 107 OR berechtigt

- 72 Im Eventualstandpunkt verlangt die Beklagte die Qualifikation des KV als Vorvertrag und macht dabei sinngemäss geltend, dass sich die Klägerin mit der fehlenden Unterzeichnung im Schuldnerverzug befinde. Dadurch sei die Beklagte berechtigt, vom Vertrag nach Art. 107 OR zurückzutreten. Im Folgenden wird dargelegt, weshalb die Regeln über den Schuldnerverzug nicht zur Anwendung kommen und die Beklagte daher nicht zum Rücktritt nach Art. 107 OR berechtigt war.
- 73 Für die Anwendung der Regeln über den Schuldnerverzug gem. Art. 102 ff. OR ist zunächst erforderlich, dass der Schuldner eine Leistung, zu der er sich verpflichtet hat, pflichtwidrig nicht erfüllt (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 1). Die Erfüllungshandlung eines Vorvertrags besteht dabei im Abschluss des Hauptvertrags. Das vorvertragliche Schuldverhältnis erlischt in diesem Fall. Die berechtigte Partei ist dabei befugt, vom Vertragspartner den Hauptvertragsschluss zu verlangen (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 3).
- 74 Wie bereits dargelegt, haben sich sowohl die Klägerin als auch die Beklagte dazu verpflichtet, einen SV zu den im KV statuierten Konditionen abzuschliessen. Daher sind beide dazu verpflichtet, auf den Abschluss dieses SV hinzuwirken, was durch Abgabe der entsprechenden Willenserklärungen geschieht (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 11). In diesem Sinne schulden sich beide Parteien jeweils gegenseitig die Unterzeichnung des SV-Entwurfs und können diese somit von der Gegenpartei fordern, sofern und solange der SV-Entwurf dem KV entspricht. Als unterschriftsreifen SV-Entwurf und angeblichen Auslöser für den Schuldnerverzug wird von der Beklagten der Entwurf vom 30. Mai 2016 angerufen. Wie noch ausführlich zu erläutern sein wird (N 77 ff.), entspricht dieser Entwurf jedoch überhaupt nicht den Vorgaben des KV, da die Beklagte das Grossbankenerfordernis in Missachtung des in Art. 4 lit. a KV festgehaltenen back-to-back-Prinzips darin aufgenommen hat.
- 75 Ungeachtet allfälliger Diskrepanzen zwischen den Parteien bezüglich des Fremdleistungsumfangs steht somit fest, dass der SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 im Punkt der Bankgarantie dem KV widerspricht. Folglich liegt kein unterschriftsreifer Vertrag vor, zu deren Unterzeichnung die Klägerin verpflichtet ist. Da keine diesbezügliche Pflicht besteht, kann die Klägerin damit auch nicht in Verzug geraten. Somit sind die Regeln über den Schuldnerverzug nicht einschlägig, weshalb sich die Beklagte für den Rücktritt nicht auf Art. 107 OR berufen kann.

VI. Die Beklagte schuldet der Klägerin Schadenersatz i.H.v. CHF 4'320'000.00

1. Die Beklagte schuldet das positive Interesse aus Art. 97 Abs. 1 OR

76 Wie darzulegen sein wird, hat die Beklagte in mehrfacher Hinsicht ihre Pflichten aus dem Vorvertrag verletzt, womit sie das positive Vertragsinteresse aus Art. 97 Abs. 1 OR schuldet.

a. Die Beklagte hat den Vorvertrag schlecht erfüllt

77 Bei der Schlechterfüllung gem. Art. 97 Abs. 1 OR erfüllt der Schuldner zwar die geforderte Hauptleistung, tut dies jedoch nicht vertragsgemäss (GAUCH et al., N 2627). Die Hauptleistungspflicht eines Vorvertrags besteht in der Mitwirkung zum Abschluss des Hauptvertrags gemäss den vorvertraglich vereinbarten Konditionen. Dies geschieht mittels Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 11). Die Beklagte verletzte ihre diesbezügliche Mitwirkungspflicht, da der aktuelle Entwurf vom 30. Mai 2016 dem KV widerspricht. Wie aufzuzeigen ist, hat die Beklagte ihre Leistungspflicht somit schlecht erfüllt.

78 In Art. 4 lit. a KV wird das back-to-back-Prinzip statuiert. Dieses sieht mittels Verweis auf den HV vor, dass dessen Vertragsbestimmungen, die für das Verhältnis Subunternehmer-Generalunternehmer relevant sind, sinngemäss auf den SV übertragen werden (vgl. GAUCH, N 155). Dem KV liegt als Allgemeine Vertragsbestimmungen das FIDIC Silver Book zugrunde, das in Art. 4.2 und Art. 14.2 vorsieht, dass die Beklagte zwei Bankgarantien zu leisten habe: eine Erfüllungsgarantie und eine Garantie für die Vorauszahlung des Klienten an die Beklagte. Diese Artikel wurden in den Besonderen Vertragsbestimmungen dahingehend angepasst, dass die ausstellende Bank ihren Sitz in der Schweiz oder in einem Mitgliedsstaat der EU haben muss.

79 Die Garantieerfordernisse wurden sodann gemäss dem back-to-back-Prinzip analog in den SV-Entwurf vom 25. April 2016 integriert. Bereits am 20. April 2016 hatte die Klägerin die Beklagte telefonisch informiert, dass man sich «für das Finanzielle an die Hausbank wenden» werde. Der Beklagten ist zudem schon seit der ersten Zusammenarbeit der Parteien im Jahr 2014 bekannt, dass die italienische Veneto Banca die Hausbank der Klägerin ist. Zusätzlich profitiert die Klägerin bei Bankgarantien ihrer Hausbank von einem attraktiven Zinssatz von 0.1% p.q., wobei sie bei einer Schweizerischen Grossbank einen deutlich höheren Zinssatz von 0.15% entrichten müsste. Diese Differenz ist für ein kleines Unternehmen wie die Klägerin essentiell.

80 Folgerichtig legte die Klägerin im zweiten SV-Entwurf vom 10. Mai 2016 ihre Hausbank als garantieausstellende Bank fest, was im Einklang mit dem back-to-back-Prinzip steht, da die Veneto Banca als italienische Bank das Erfordernis des EU-Mitgliedsstaats erfüllt.

81 Unerklärlicherweise nahm die Beklagte in den SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 die zusätzliche Bestimmung auf, wonach die Bankgarantie von einer der drei schweizerischen Grossbanken (UBS, CS, ZKB) zu stellen sei. Dieses Grossbankenerfordernis ist jedoch nicht im HV vorgesehen, womit keine Grundlage für eine derartige Klausel besteht. Vielmehr wird dadurch das back-to-back-Prinzip und damit eine zwingende Bestimmung des KV verletzt. Die Integration dieser Bestimmung kam für die Klägerin völlig überraschend, war doch der Beklagten schon seit über einem Monat bekannt, dass die Klägerin die Bankgarantien von der Veneto Banca ausstellen lassen gedenkt. Insbesondere kam von der Beklagten, trotz der diesbezüglichen Information von Seiten der Klägerin, keinerlei Form von Widerstand.

82 Die Beklagte wendet ein, dass sie ihre Bankgarantien zugunsten des Klienten von der CS ausstellen liess und dass deshalb nach dem back-to-back-Prinzip die Klägerin der Beklagten eine Bankgarantie von „vergleichbarer Güte“ abliefern müsse. Mit dieser Argumentation verkennt sie jedoch, dass sich das back-to-back-Prinzip, wie sich klar aus Art. 4 lit. a KV ergibt, auf die Bestimmungen des HV und keinesfalls auf deren Erfüllung durch die Beklagte gegenüber dem Klienten bezieht. Zudem geht es nicht an, dass die Beklagte eine der ihren vergleichbare Bankgarantie verlangt, zumal die Klägerin bei den Grossbanken im Gegensatz zur Beklagten von keinem Sondertarif profitieren würde.

b. Die Beklagte verletzte die Exklusivitätsklausel des KV

83 In Art. 5 KV verpflichtete sich die Beklagte, den SV exklusiv mit der Klägerin abzuschliessen und ohne ihre Zustimmung mit keinem anderen Unternehmen Verhandlungen über die in Appendix I definierten Fremdleistungen zu führen. Es handelt sich um eine Unterlassungspflicht i.S.v. Art. 98 Abs. 2 OR (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 19 N 15).

84 Art. 8 KV statuiert ausserdem, dass diese Pflicht auch bei einer allfälligen Beendigung des Vertrags aufrechterhalten bliebe, diese also überdauert. Ohnehin stellt sich diese Frage aber überhaupt nicht. Schliesslich erfolgte die Kündigung durch die Beklagte unrechtmässig (s. N 50 ff.), was dazu führt, dass alle Pflichten aus dem Vertrag fort dauerten.

85 Folglich verletzte die Beklagte die in Art. 5 KV statuierte Unterlassungspflicht, indem sie nach der rechtswidrigen Kündigung des KV einen SV mit der TP-Bahnen AG abschloss.

86 Auch im Falle, dass die Klausel bloss auf die Zeit vor der Kündigung anwendbar sein sollte, hat die Beklagte sie verletzt. Schliesslich ist davon auszugehen, dass sie bereits vor Kündigung des Vertrags Verhandlungen mit der TP-Bahnen AG aufgenommen hat, zumal zehn Tage zwischen der Vertragskündigung und der Bekanntmachung der TP-Bahnen AG als neue Subunternehmerin nach allgemeiner Erfahrung im Geschäftsverkehr eine unrealistisch kurze Zeitspanne bilden,

um einen definitiven SV auszuverhandeln. Somit verletzte die Beklagte auch in diesem Falle die Exklusivitätspflicht, indem sie mit der TP-Bahnen AG Vertragsverhandlungen aufnahm.

c. Durch die Pflichtverletzungen ist der Klägerin ein Schaden entstanden

87 Die Beklagte hat durch ihre Pflichtverletzungen der Klägerin einen Schaden i.H.v. CHF 4'320'000.00 verursacht. Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung und kann in Form einer Abnahme der Aktiven, einer Zunahme der Passiven oder eines entgangenen Gewinns bestehen (BGE 132 III 359 E. 4; SCHWENZER, N 14.03). Ein entgangener Gewinn liegt vor, wenn die Geschädigte ihr Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte vermehren können (SCHWENZER, N 14.13) und stellt somit ebenfalls einen, unter der Haftung auf das positive Interesse zu subsumierenden, Vermögensschaden dar, welcher zu ersetzen ist, wenn es sich dabei um einen sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt (BGE 126 III 388 E. 3.3.3). Wäre der KV von der Beklagten richtig erfüllt worden, hätten die Parteien einen SV geschlossen. Aus diesem hätte für die Klägerin eine Gewinnmarge von CHF 4'320'000.00 resultiert. Demnach ist der Klägerin insgesamt ein Schaden von CHF 4'320'000.00 entstanden.

d. Die Pflichtverletzungen waren kausal für den Schaden

88 Wie auszuführen ist, sind die zuvor beschriebenen Pflichtverletzungen (N 76 ff.) seitens der Beklagten kausal für die oben dargelegten Schadenspositionen. Die Pflichtverletzung muss sich adäquat kausal zum entstandenen Schaden verhalten (HUGUENIN, N 889). Nach der Rechtsprechung ist eine Erfolgsursache dann adäquat, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen (BGE 122 V 415 E. 2a). Wie bereits aufgezeigt wurde, verletzte die Beklagte den Vertrag, indem sie durch das Grossbankenerfordernis das vereinbarte back-to-back Prinzip verletzte und sich nicht an die Exklusivitätsklausel hielt. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung ist die Pflichtverletzung der Beklagten geeignet, einen Schaden von CHF 4'320'000.00 bei der Klägerin zu verursachen. Hätte sich die Beklagte an die vereinbarten Punkte im KV gehalten und diesen damit nicht verletzt, wäre ein entsprechender SV-Entwurf ausgearbeitet worden, welchen die Klägerin unterzeichnet hätte. Somit wäre ein gültiger SV zustande gekommen, wobei der Klägerin eine Gewinnmarge von CHF 4'320'000.00 zugestanden hätte. Folglich ist der adäquate Kausalzusammenhang gegeben.

e. Die Beklagte hat den Schaden schuldhaft verursacht

89 Verschulden setzt sowohl Urteilsfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB als auch zumindest fahrlässiges, d.h. sorgfaltswidriges Handeln voraus (HUGUENIN, N 894 f.). Die Beklagte hat den Schaden vorsätzlich verursacht. Vorsätzlich handelt der Schuldner, wenn er seine Schuldpflicht trotz des Bewusstseins seines vertragswidrigen Tuns willentlich missachtet (GAUCH et al., N 2964).

90 Das Verschulden wird vermutet, weshalb es Sache des Schuldners ist, zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 42; BGE 120 II 248 E. 2c). Es leuchtet nicht ein, weshalb die Beklagte von der Klägerin eine Garantie einer Grossbank verlangt, obwohl sie von Anfang an wusste, dass die Veneto Banca ihre Hausbank ist. Auch ist sie für die Verletzung der Exklusivitätsklausel verantwortlich, da sie bewusst gegen die in Art. 5 KV vereinbarte Unterlassungspflicht versties. Die Beklagte kann in diesem Fall unmöglich abstreiten, dass die Verhandlungen mit den TP-Bahnen AG nicht vorsätzlich erfolgten. Auch ist ihr die Verletzung gegen das back-to-back Prinzip direkt anzurechnen, da dieses ausdrücklich im KV statuiert wurde. Das Verschulden der Beklagten ist folglich ohne weiteres zu bejahen.

f. Es kann direkt auf Schadenersatz aus dem Hauptvertrag geklagt werden.

91 Wenn der Vorvertrag bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrags enthält, kann direkt auf dessen Erfüllung geklagt (BGE 118 II 32 E. 3c; BGE 129 II 264 E. 3.2.1) und damit die daraus fliessenden Leistungsstörungsrechte geltend gemacht werden. Dies betrifft nur die prozessuale Durchsetzung (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 22); der Vorvertrag wird nicht materiell in einen Hauptvertrag umgedeutet. Wie zuvor erläutert wurde (N 35 ff.), handelt es sich beim KV um einen Vorvertrag, der bereits alle essentialia des Hauptvertrages regelt. Somit kann durch die Verletzung des Vorvertrags bereits auf Erfüllung, und, daraus ergebend, auf Schadenersatz aus dem Hauptvertrag geklagt werden. Eine Klage auf Erfüllung des Vorvertrags, also auf Abschluss des Hauptvertrags, ist ohnehin sinnlos, da die Beklagte die Projektdurchführung in einem neuen Vertrag der TP-Bahnen AG übertrug.

g. Der geforderte Schadenersatz fällt nicht unter Art. 7 bzw. Art. 8 Abs. 1 KV

92 Die Beklagte gibt an, Art. 7 sowie Art. 8 Abs. 1 KV schliessen jegliche Ansprüche zwischen den Parteien aus. Nachfolgend wird dargelegt, weshalb sich diese Behauptung als haltlos erweist.

93 Artikel 7 KV statuiert, dass jede Partei ihre internen Kosten, die im Rahmen der Vorbereitung, Aushandlung und Einreichung des Gebots an den Klienten anfallen, selbst trage. Der geforderte Schadenersatz i.H.v. CHF 4'320'000.00 fällt klarerweise nicht unter diese Klausel, da er keine Kosten darstellt, die zuhanden des Gebots an den Klienten anfielen, sondern um entgangenen Gewinn aus dem Nichtabschluss des SV.

94 Artikel 8 Abs. 1 KV sieht vor, dass bei Beendigung des Vertrags jegliche Vergütungsansprüche zwischen den Parteien ausgeschlossen werden. Wie bereits ausgeführt (N 50 ff.), wurde der Vertrag unrechtmässig beendet, womit diese Klausel erst gar nie in Kraft getreten ist.

95 Falls letztere doch in Kraft getreten ist, fällt der geforderte Schadenersatz dennoch nicht darunter, da eine Freizeichnungsklausel gem. Art. 100 OR nichtig ist, wenn sie die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausschliesst. Die Freizeichnung ist dabei in

dem Umfange ungültig, als sie das erlaubte Verschuldensmass übersteigt (BUCHER, N 348). Wie zuvor dargelegt, hat die Beklagte vorsätzlich gehandelt, weshalb die Freizeichnung von den Ansprüchen nichtig ist. Somit fällt der Schadenersatzanspruch weder unter Art. 7 noch Art. 8 Abs. 1 KV und ist folglich nicht vertraglich ausgeschlossen.

h. Fazit

96 Die Beklagte schuldet der Klägerin gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz i.H.v. CHF 4'320'000.00.

2. Eventualiter: Die Beklagte schuldet das positive Interesse aus Art. 377 OR

97 Eventualiter ist der Klägerin Schadenersatz nach Art. 377 OR zuzusprechen. Danach kann der Besteller jederzeit vom Werkvertrag zurücktreten, solange das Werk unvollendet ist, allerdings nur gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers. Dies gilt auch bei vorvertraglichen Bindungen (BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 377 N 7; BGE 117 II 273 E. 3b). Die Beklagte beendete den KV mit Schreiben vom 12. August 2016 (K-12). Die Kündigung erfolgte somit offensichtlich vor Vollendung des Werks.

98 Wie bereits ausgeführt, ist die Kündigung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV sowie Art. 107 OR unrechtmässig erfolgt, da die diesbezüglichen Voraussetzungen nicht erfüllt waren. Obwohl sie den Vertrag nicht ausdrücklich nach Art. 377 OR kündigte, bleibt dieser ihre einzige Möglichkeit zu einer rechtmässigen Kündigung, zumal eine solche keiner besonderen Form bedarf (GAUCH, N 523) und ebenfalls fristlos und ex nunc erfolgt.

99 Zur vollen Schadloshaltung des Unternehmers ist die Vergütung des positiven Vertragsinteresses erforderlich; er soll so gestellt werden, als wäre der Vertrag korrekt erfüllt worden (BGer 4A.96/2014 E. 4.1). Dies umfasst auch den entgangenen Gewinn (BGE 69 II 139 E. 5a). Wie bereits erwähnt, besteht der Schaden der Klägerin in einem entgangenen Gewinn i.H. der Gewinnmarge von CHF 4'320'000.00. Ebenso kann die Kausalität zwischen der Kündigung der Beklagten und dem entgangenen Gewinn der Klägerin bejaht werden, zumal der Vertrag, woraus die Gewinnmarge resultiert hätte, ohne die Kündigung erfüllt worden wäre. Folglich schuldet die Beklagte der Klägerin Schadenersatz i.H.v. CHF 4'320'000.00 gestützt auf Art. 377 OR.

Ersuchen um Entsprechung der gestellten Rechtsbegehren

100 Aus den genannten Gründen ersuchen wir das Schiedsgericht um Entsprechung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 5