

Moot Court Team 1

Matthias Emery
Thomas Gugger
Philippe Lutz
Patrick Neher

Einschreiben

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

19. März 2018

Klageantwort

Fall 54699-2017

In Sachen

G-Funivie S.r.l.

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

DoubleM Bahnen AG

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

Beklagte

Vertreten durch Moot Court Team 1

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

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir innerhalb der gesetzten Frist folgende

Rechtsbegehren:

„1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei;

2. eventualiter, soweit das Schiedsgericht die Klage gutheisst, ist dieser Anspruch mit der Forderung der Beklagten i.d.H.v. CHF 1'000'000.- zzgl. Zins von 5% seit 15. April 2017 zu verrechnen;

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. gesetzl. MWST) zulasten der Klägerin;

und die folgenden prozessualen Anträge:

4. es sei auf die Klage mangels Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht einzutreten;

5. eventualiter, falls das Schiedsgericht seine Zuständigkeit annimmt, sei die Verrechnungseinrede der Beklagten zu hören.“

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	II
Literaturverzeichnis.....	V
Entscheidungsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	VIII
I. Einleitung.....	1
II. Prozessualer Teil.....	1
1. Das Schiedsgericht ist nicht zuständig.....	1
1.1. Die Schiedsvereinbarung ist weder gültig noch zustande gekommen.....	1
1.1.1. Die Schiedsklausel ist formell nicht gültig.....	1
1.1.2. Die Schiedsklausel ist nicht zustande gekommen.....	2
1.2. Der KV wäre nicht von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel umfasst.....	2
1.3. Fazit.....	3
2. Eventualiter: Das Schiedsgericht ist für die Verrechnungseinrede zuständig.....	3
2.1. Die prozessualen Voraussetzungen sind erfüllt.....	4
2.1.1. Die Verrechnungseinrede ist gem. Art. 21 Ziff. 5 SRJA zu hören.....	4
2.1.1.1. Verrechnungseinreden sind unbeschränkt zulässig.....	4
2.1.1.2. Es liegt kein Verrechnungsverzicht vor.....	4
2.1.2. Die Verrechnungseinrede wurde formgültig geltend gemacht.....	5
2.1.3. Die Leistung der Gebühr und des Kostenvorschusses ist entbehrlich.....	6
2.1.3.1. Die Verrechnungseinrede ist unabhängig vom Kostenvorschuss zu hören.....	6
2.1.3.2. Die Einschreibgebühr ist nur bei Erheben einer Widerklage zu leisten.....	7
2.1.4. Zwischenfazit.....	7
2.2. Die materiellen Voraussetzungen sind gegeben.....	8
2.2.1. Es bestehen beidseitige Forderungen.....	8
2.2.2. Beide Forderungen sind fällig und gleichartig.....	8
2.2.3. Beide Forderungen sind wechselseitig.....	8
2.2.4. Es wurde eine Verrechnungserklärung abgegeben.....	9
2.2.5. Zwischenfazit.....	9
2.3. Fazit.....	9

III.	Materieller Teil.....	9
1.	Der KV ist ein Verhandlungsvertrag.....	9
1.1.	Der KV ist originär als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren.....	9
1.1.1.	Abgrenzung des Vorvertrages von Verhandlungsabreden.....	9
1.1.2.	Kein Rechtsbindungswillen bzgl. Abschluss eines Hauptvertrages.....	9
1.1.2.1.	Der Inhalt des KV ist typisch für einen Verhandlungsvertrag	10
1.1.2.2.	Die Bezeichnung des KV ist typisch für einen Verhandlungsvertrag.....	11
1.1.2.3.	Das Parteiverhalten ist typisch für einen Verhandlungsvertrag	11
1.1.3.	Fazit.....	11
1.2.	Eventualiter: Der KV wandelte sich in einen Verhandlungsvertrag	11
2.	Die Kündigung der Beklagten nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV war gerechtfertigt.....	12
3.	Die Kündigung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV war nicht rechtsmissbräuchlich.....	13
4.	Es besteht keine Schadenersatzpflicht aus Art. 97 Abs. 1 OR bei Verhandlungsvertrag ..	13
4.1.	Die Beklagte beging keine Vertragsverletzung.....	14
4.1.1.	Der Abbruch der Vertragsverhandlungen war nicht pflichtwidrig	14
4.1.2.	Die Beklagte hat die Exklusivitätsklausel nicht verletzt.....	14
4.1.2.1.	Die Verhandlungen mit TP-Bahnen fanden erst nach der Kündigung statt ...	14
4.1.2.2.	Die Exklusivitätsklausel bestand nicht über das Ende des KV hinaus	14
4.1.2.3.	Fazit.....	15
4.1.3.	Die Abweisung der Bankgarantie war keine Vertragsverletzung	15
4.1.3.1.	Die Bankgarantie der Veneto Banca war nicht ausreichend	15
4.1.3.2.	Die Abweisung war verhältnismässig	15
4.1.3.3.	Fazit.....	16
4.2.	Der Schaden wäre auch bei rechtmässigem Alternativverhalten eingetreten	16
4.3.	Die Klägerin hat keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn aus dem SV.....	16
4.4.	Fazit.....	17
5.	Eventualiter: Die Beklagte trat analog zu Art. 107 Abs. 2 OR zurück	17
5.1.	Die Klägerin war in Verzug	17
5.1.1.	Es liegt eine Erfüllungsverweigerung der Klägerin vor.....	17
5.1.2.	Die Klägerin musste nicht besonders in Verzug gesetzt werden	18
5.1.3.	Im Zeitpunkt der Kündigung lag keine Leistungsunmöglichkeit vor	18

5.1.4.	Es liegt kein hypothetischer Gläubigerverzug vor	18
5.1.5.	Zwischenfazit	18
5.2.	Eine Nachfristansetzung war analog zu Art. 108 Ziff. 1 OR nicht notwendig	19
5.3.	Der Rücktritt analog zu Art. 107 Abs. 2 OR wurde erklärt.....	19
5.4.	Die Klägerin erhob keine Einrede der verspäteten Verzichtserklärung.....	19
5.5.	Fazit.....	19
6.	Die Beklagte trifft keine Schadenersatzpflicht aus Art. 97 Abs. 1 OR bei Vorvertrag.....	19
6.1.	Es liegt keine Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR vor	20
6.2.	Der Schaden wäre auch bei rechtmässigem Alternativverhalten eingetreten	20
6.3.	Subeventualiter: Der Schaden beträgt nicht CHF 4'320'000.-	20
IV.	Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen	20

Literaturverzeichnis

- ARROYO MANUEL (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn 2013 (zitiert: *Practitioner's Guide*-BEARBEITER, Art. XX IPRG N. YY). [N. 30]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl., Bern 2015 (zitiert: BERGER/KELLERHALS, N. XX). [N. 36, 39]
- GABELLON ADRIEN, *Le précontrat développements et perspectives*, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg 338, Genf/Zürich/Basel 2014 (=Dissertation Universität Freiburg 2014) (zitiert: GABELLON, N. XX). [N. 66]
- GARNER BRYAN A., *Black's Law Dictionary*, 5. Aufl., St. Paul 2016 (zitiert: GARNER, N. XX). [N. 79]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 10 Aufl., Zürich 2014 (zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. XX). [N. 83]
- HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zitiert: BK-WEBER, Art. XX N. YY). [N. 133, 141]
- HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Art. 363-366 OR, Bern 1998 (zitiert: BK-KOLLER, Art. XX N. YY). [N. 132]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Basel 2013 (zitiert: BSK IPRG-BEARBEITER/-IN, Art. XX N. YY). [N. 5, 22]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zitiert: BSK OR-BEARBEITER/-IN, Art. XX N. YY). [N. 30, 53, 55, 57, 59, 60, 63, 67, 73, 79, 101, 154, 167]
- HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2014 (zitiert: HUGUENIN, N. XX). [N. 72]
- JAHN HOLGER, *Der Letter of Intent*, Europäische Hochschulschriften Reihe II Rechtswissenschaft Bd. 2957., Frankfurt a.M. et al 2000 (= Dissertation Universität München 1999) (zitiert: JAHN, S. XX). [N. 75]
- KNAPP CHARLES L., *Enforcing the Contract to Bargain*, in *New York University Law Review* 673 (1969) (zitiert: KNAPP, N. XX). [N. 90]
- MEIER-HAYOZ ARTHUR (Hrsg.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Art. 19-22 OR, Bern 1991 (zitiert: BK-KRAMER, Art. XX N. YY). [N. 79]

- MONN VALENTIN, Die Verhandlungsabrede, Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Zürich 2010 (zitiert: MONN, N. XX). [N. 68, 69, 71, 72, 73, 78, 90, 115]
- RISKE OLIVIER, La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen : perspectives pour l'ordre juridique suisse : analyse historique, comparative et prospective, Basel 2016 (zitiert: RISKE, N. XX). [N. 79]
- STACHER MARCO, Einführung in die Internationale Schiedsgerichtbarkeit Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015 (Zitiert: STACHER, N. XX). [N. 8]
- TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl. Zürich 2013 (Zitiert: TSCHÄNI/DIEM/WOLF, S. XX). [N. 70]
- ZIMMERLI CHRISTOPH, Die Verrechnung im Zivilprozess in: Die Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 65, Basel, Genf, München 2003 (zitiert: Zimmerli, S. XX). [N. 48]
- ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich 2013 (zitiert: SRIA Commentary-BEARBEITER/-IN, Art. XX SRIA N. YY). [N. 28, 39, 42, 43]

Entscheidverzeichnis

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGE 69 II 243	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Juni 1943 [N. 132]
BGE 76 II 300	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 24. Oktober 1950 [N. 158]
BGE 110 II 141	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Mai 1984 [N. 150]
BGE 125 III 257	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 24. Juni 1999 [N. 97]
BGE 137 III 16	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. November 2010 [N. 58]

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGer 4C.58/2004	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Juni 2004 [N. 132, 141, 150]
BGer 4C.409/2005	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. März 2006 [N. 70]
BGer 4A_452/2007	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Februar 2008 [N. 20, 21, 22]
BGer 4A_61/2009	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. März 2009 [N. 123]
BGer 4A_84/2015	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 18. Februar 2016 [N. 14, 16]
BGer 4A_141/2017	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. September 2017 [N. 158]
BGer 4A_150/2017	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Oktober 2017 [N. 22]

Entscheid des Zürcher Handelsgerichts

HGer ZH HE170111	Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 24. Juli 2017 [N. 117]
------------------	---

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	amtlich publiziertes Urteil des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
Bes. V.	Besondere Vertragsbestimmungen
BK	Berner Kommentar
B-n	Beweismittel der Beklagten mit entsprechender Nummer
BSK	Basler Kommentar
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
f./ff.	folgende/folgende (Plural)
gem.	gemäss
gesetzl.	Gesetzlich
grds.	Grundsätzlich
HGer ZH	Handelsgericht des Kantons Zürich
i.c.	in casu
i.d.H.v.	in der Höhe von
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
K-n	Beweismittel der Klägerin mit entsprechender Nummer
KS	Klageschrift

KV	Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016 (K-1)
lit.	litera
LoI	letter of intent
MWST	Mehrwehrtsteuer
MoU	Memorandum of Understanding
N.	Randnummer
Nr.	Nummer
o.g.	oben genannte
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
S.	Seite
s.	siehe
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration/Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung) vom 01. Juni 2012
SV	Subunternehmervertrag
SVE-I	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 25. April 2016
SVE-II	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 10. Mai 2016
SVE-III	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 30. Mai 2016
u.a.	unter anderem
v.a.	vor allem
VB 2	Verfahrensbeschluss 2 vom 20. Oktober 2017
vgl.	vergleiche
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
Zzgl.	zuzüglich

I. Einleitung

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

2 Die Parteien, der Sachverhalt und die Anspruchsgrundlagen wurden bereits in der Eingabe vom 30. Juni 2017 geschildert. Diese Eingabe sowie die damit eingereichten Beweismittel werden zum integrierenden Bestandteil der vorliegenden Klageantwort erklärt.

3 Die vorliegende Klageantwort ergänzt und vertieft die Eingabe vom 30. Juni 2017.

4 Für die Darstellung anerbietet die Beklagte den vollen Beweis. Die klägerische Darstellung wird generell bestritten, soweit sie vorliegend nicht im Einzelnen anerkannt wird.

II. Prozessualer Teil

1. Das Schiedsgericht ist nicht zuständig

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

6 Es ist vorliegend keine Schiedsvereinbarung zustande gekommen. Dies ergibt sich aus den folgenden Gründen:

1.1. Die Schiedsvereinbarung ist weder gültig noch zustande gekommen

1.1.1. Die Schiedsklausel ist formell nicht gültig

7 Die Klägerin macht geltend, dass die in Art. 178 Abs. 1 IPRG vorgeschriebene Form der Schiedsvereinbarung eingehalten wurde (KS, N. 6).

8 Die Parteien können für die Schiedsklausel strengere Formvorschriften vorsehen als die in Art. 178 Abs. 1 IPRG genannten (STACHER, N. 68).

9 Vorliegend wurde in Art. 9 KV vereinbart und in den SV-Entwürfen (K-7; B-3; K-9) vorgesehen, dass etwaige Änderungen oder Modifizierungen dieses Vertrages schriftlich zu erfolgen haben und durch die Parteien zu unterzeichnen sind.

10 Da ein etwaiger SV den KV ersetzen soll, handelt es sich um eine Modifizierung des KV. Vorliegend ist der SV nicht gültig zustande gekommen, jedoch sieht der gültig zustande gekommene KV vor, dass alle zukünftigen Vertragserweiterungen der einfachen Schriftlichkeit unterliegen (K-9).

- 11 Da die Klägerin den KV ja gerade in der objektiven Tragweite der streitigen Schiedsvereinbarung
sieht (KS, N. 15 f.), muss die Schiedsklausel als Vertragsweiterung des KV betrachtet werden,
womit die von beiden Parteien gewollte, strengere Formvorschrift *auch* für die Schiedsklausel gilt.
- 12 Es handelt sich dabei um einen Formvorbehalt i.S.v. Art. 16 Abs. 1 OR, welche auch für den SV
gelten muss. Dies zeigt sich auch im Fakt, dass die Parteien in den SV-Entwürfen jeweils Platz für
Unterschriften vorsahen.
- 13 Es ist festzuhalten, dass keine Schiedsklausel das gewillkürte Formerfordernis erfüllt.

1.1.2. Die Schiedsklausel ist nicht zustande gekommen

- 14 Die Klägerin verweist auf die Autonomie der Schiedsklausel vom Vertrag (KS, N. 9). Die Schieds-
klausel ist auch unter dem Autonomiegesichtspunkt jedoch nur gültig, wenn der fehlende Rechts-
bindungswille der Parteien sich nicht auch auf die Schiedsklausel erstreckt (BGer 4A_84/2015
E. 3.2.1). Selbst gem. Klägerin ist es unüblich, dass eine Schiedsklausel rein durch den Austausch
von Vertragsentwürfen zustande kommt (KS, N.10). Sie ist auf dieser Meinung zu beharren.
- 15 Dass die Parteien bzgl. der Schiedsklausel, nicht aber bzgl. SV-Inhalt, Rechtsbindungswillen besas-
sen und so die von ihnen selbst aufgestellte Formvorschrift überwand, müsste folglich durch
triftige Gründe untermauert werden.
- 16 Gem. Klägerin kann ein triftiger Grund im Austausch von Entwürfen, in welchen die Schiedsklau-
sel in den folgenden Entwürfen unverändert übernommen wird, bestehen (KS, N. 10). Dabei han-
delt es sich jedoch lediglich um ein Indiz, für einen Rechtsbindungswillen (BGer 4A_84/2015
E. 3.2.1).
- 17 Vorliegend wurde im Voraus *explizit und in einem separaten Vertrag* ein Formvorbehalt für die
Schiedsklausel vereinbart (N. 9 ff.). Nach Art. 16 OR liegt der Rechtsbindungswille der Parteien
erst vor, wenn der Formvorbehalt erfüllt wurde. Dies kann nicht durch ein einzelnes Indiz, nament-
lich durch den wiederholten Austausch von Vertragsentwürfen umgestossen werden, da dies im
Widerspruch zum Wortlaut von Art. 9 KV stünde und zu einer Aushöhlung der Vermutung aus
Art. 16 Abs. 1 OR führte. Der Austausch von Verträgen ist klar der Verhandlungsphase zuzuord-
nen, wobei davon auszugehen ist, dass „Nothing is agreed until everything is agreed“.
- 18 Die Schiedsklausel ist also mangels Rechtsbindungswillen nicht zustande gekommen.

1.2. Der KV wäre nicht von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel umfasst

- 19 Die Schiedsklausel in SVE-III umfasst „Alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder An-
sprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag“ (K-9).

- 20 Bei der Formulierung „aus oder im Zusammenhang mit“ erstreckt sich die objektive Tragweite der Schiedsklausel – entgegen den durchwegs phantasiereichen Behauptungen der Klägerin (KS, N. 15) – gem. BGer lediglich auf „[...] Streitigkeiten über das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages sowie über die aus der Vertragsbeendigung allenfalls resultierenden Ansprüche oder Ansprüche aus unerlaubter Handlung.“ (BGer 4A_452/2007 E. 2.5.1). Andere Verträge zwischen den Parteien sind selbst dann nicht erfasst, wenn zwischen ihnen und dem die Schiedsklausel enthaltenden Vertrag eine gewisse Konnexität besteht. Eine solche fehlt insb. dann, wenn die Verträge unterschiedlich lautende Schiedsklauseln enthalten (BGer 4A_452/2007 E. 2.5.2).
- 21 Der KV weist zwar eine gewisse sachliche, nicht aber regelungstechnische Konnexität zu den SV-Entwürfen auf. Er ist ein eigenständiger Vertrag und enthält nicht nur keine anderslautende, sondern gar keine Schiedsklausel. Hätten die Parteien – wie gem. Klägerin (KS, N. 15) – den KV ebenfalls der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen und die unterschiedlichen Zuständigkeiten für KV und SV beseitigen wollen, so hätten sie bereits dort eine Schiedsklausel vereinbart, oder ihn zumindest in den Schiedsklauseln der SV-Entwürfe erwähnt (vgl. BGer 4A_452/2007 E. 2.5.3). Dies wurde aber in keinem SV-Entwurf festgehalten. Im Gegenteil: explizit wurde mit dem Wortlaut „im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag“ ausschliesslich auf den *Subunternehmervertrag* Bezug genommen.
- 22 Selbst wenn Praktikabilitätsüberlegungen für eine, den KV umfassende objektive Tragweite der Schiedsklausel sprächen, kann diese nicht nach einseitigem, *wortlautwidrigem* Gutdünken auf solche erweitert werden (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N. 35a; BGer 4A_452/2007 E. 2.5; vgl. BGer 4A_150/2017 E. 3.5.1).
- 23 Es kann somit – entgegen den klägerischen Behauptungen – *nicht* gesagt werden, die Parteien hätten nach Treu und Glauben und dem mutmasslichen Parteiwillen auch den KV der ausschliesslichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts zuweisen wollen (KS, N. 15).
- 24 Der KV ist folglich gem. dem eindeutigen Wortlaut der fraglichen Schiedsklausel und dem Parteiwillen, nicht von deren objektiven Tragweite erfasst.

1.3. Fazit

- 25 Das Schiedsgericht ist nicht für die Beurteilung der Klage zuständig.

2. Eventualiter: Das Schiedsgericht ist für die Verrechnungseinrede zuständig

- 26 Erachtet sich das Schiedsgericht wider Erwarten als zuständig, ist auch die Verrechnungseinrede der Beklagten zu hören.

2.1. Die prozessualen Voraussetzungen sind erfüllt

2.1.1. Die Verrechnungseinrede ist gem. Art. 21 Ziff. 5 SRIA zu hören

27 In der Klageschrift wird keine Stellung zur formellen Gültigkeit der Verrechnungseinrede genommen.

2.1.1.1. Verrechnungseinreden sind unbeschränkt zulässig

28 Gem. Art. 21 Ziff. 5 SRIA ist das Schiedsgericht auch zuständig für die Beurteilung von Verrechnungen, welche nicht unter die Schiedsvereinbarung fallen. Mit der Übereinkunft, Streitigkeiten der Schiedsbarkeit und den SRIA zu unterstellen, vereinbaren die Parteien gleichzeitig, dass Verrechnungseinreden ohne Einschränkungen zulässig sind (SRIA Commentary-BERGER/PFISTERER Art. 21 N. 33).

29 In der annahmehalber gültigen Schiedsklausel in Art. 8 SVE-III unterstellen die Parteien das Verfahren den SRIA (K-9). Sie haben dementsprechend eingewilligt, Verrechnungseinreden unbeschränkt durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen. Dies bedeutet, dass die Verrechnungseinrede unabhängig von der vereinbarten objektiven Tragweite der Schiedsklausel vom Schiedsgericht zu hören ist. Da es sich um eine Musterklausel der SRIA handelt, kann nicht – wie von der Klägerin in der Stellungnahme zur Einleitungsantwort unter N. 6 ff. behauptet – entgegengehalten werden, dass Verrechnungseinreden aus einem anderen Rechtsverhältnis vom Wortlaut her ausgeschlossen wären bzw. dass diese nicht im Zusammenhang mit dem SV ständen. Das Argument, die Verrechnungseinrede sei nicht zu hören, weil sie einem anderen Rechtsverhältnis entstamme und deshalb vom objektiven Geltungsbereich nicht gedeckt sei, geht aus diesen Gründen ins Leere.

2.1.1.2. Es liegt kein Verrechnungsverzicht vor

30 Art. 21 Ziff. 5 SRIA kann zwar vertraglich wegbedungen werden (Practitioner's Guide-JENNY, Art. 21 N. 478, 484), ein solcher Verrechnungsverzicht i.S.v. Art. 126 OR darf jedoch nicht leicht hin angenommen werden. Vielmehr muss er als Ergebnis einer Auslegung nach Treu und Glauben erscheinen (BSK OR-PETER, Art. 126 N. 5).

31 In Art. 6 SVE-I wurde der Schadenersatzanspruch der Beklagten gegenüber der Klägerin für durch sie verursachte Konventionalstrafen zulasten der Beklagten vertraglich festgehalten (K-7). In SVE-II wurde diese Klausel durch die Klägerin gestrichen (B-2). Vor dem Hintergrund des gesetzlichen Schadenersatzanspruchs aus Art. 97 OR wäre die Klausel sowieso redundant gewesen. Aus dem Streichen einer redundanten Bestimmung kann nicht auf den Verzicht auf Schadenersatz, geschweige denn auf einen Verrechnungsverzicht geschlossen werden.

32 Des Weiteren hat sich die Beklagte bloss mit den *kosmetischen* Änderungen als einverstanden erklärt (B-4). Da ein Verrechnungsverzicht weitreichende Beschränkungen der Rechte der Beklagten mit sich zieht, kann ein Verrechnungsverzicht mitnichten als eine rein „kosmetische“ Änderung betrachtet werden.

33 Die Vertragsentwürfe waren zudem nach dem Willen der Parteien vom formgültigen Abschluss abhängig. Explizite und implizite Vereinbarungen in denselben sind somit nicht in Kraft getreten und entfalten keine Wirkung zwischen den Parteien.

34 Ein Verrechnungsverzicht entspricht demnach *nicht* dem Parteiwillen. Hätten die Parteien einen Verrechnungsverzicht bzgl. Konventionalstrafen gewollt, hätten sie dies explizit in den SV integriert und nicht durch die blosse Streichung eines Artikels zum Ausdruck gebracht. Nach Treu und Glauben liegt kein Verrechnungsverzicht der Beklagten vor.

2.1.2. Die Verrechnungseinrede wurde formgültig geltend gemacht

35 Gem. Klägerin hätte die Beklagte die Verrechnung bereits in der Antwort zur Einleitungsanzeige als eigenständiges Rechtsbegehren aufführen müssen (Stellungnahme zur Einleitungsantwort, N. 9 ff.). Dem ist nicht zu folgen.

36 Der Wortlaut von Art. 3 Ziff. 10 SRIA besagt, dass Verrechnungseinreden *grundsätzlich* mit der Einleitungsantwort zu erheben sind. Eine spätere Verrechnungserklärung wird also ausdrücklich nicht ausgeschlossen. Verrechnungseinreden können auch noch in der Klageantwort erhoben werden (SRIA Commentary-BERGER/PFISTERER, Art. 19 N. 9; BERGER/KELLERHALS, N. 1220). Es ist zwar üblich, die einzelnen Rechtsbegehren schon in der Einleitungsantwort zu stellen, jedoch können diese auch erst in der Klageantwort geltend gemacht werden (BERGER/KELLERHALS, N. 1220).

37 Die Beklagte erhebt die Verrechnungseinrede in der vorliegenden Klageantwort formgültig als Rechtsbegehren i.S.v. Art. 19 Ziff. 3 i.V.m. Art. 18 Ziff. 2 lit. d SRIA (s. Rechtsbegehren). Überdies hat sie ihre Verrechnungsabsicht bereits in der Einleitungsantwort unter N. 26 ff. erstmals deutlich gemacht, obwohl sie dazu gem. SRIA nicht einmal verpflichtet gewesen wäre. Durch die Erwähnung in der Einleitungsantwort bot die Beklagte der Klägerin die Möglichkeit, sich bereits in der Klageschrift eingehend mit der Einrede zu befassen, war doch aufgrund der umfassenden Ausführungen mit einer späteren Geltendmachung i.S. eines Rechtsbegehrens zu rechnen. Die Beklagte wählte dieses Vorgehen, um den Aufwand des Schiedsgerichtes zu reduzieren und einen weiteren Schriftenwechsel i.S.v. Art. 22 SRIA zu vermeiden.

38 Des Weiteren missachtet die Klägerin, dass sich die von ihr zitierten Art. 18 und 19 SRIA auf die Klageschrift bzw. auf die Klageantwort und *nicht* auf die Einleitungsantwort beziehen.

39 Da der Prozessgegenstand gem. Art. 19 Ziff. 2 i.V.m. Art. 18 Ziff. 2 lit. c SRIA erst mit der Klageantwort definitiv bestimmt sein muss (BERGER/KELLERHALS, N. 1212), kann dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass ein früheres Einbringen der Verrechnungseinrede der Sicherheit bzgl. Prozessgegenstand dienlich gewesen wäre.

40 Die Beklagte erhebt die Verrechnungseinrede in der vorliegenden Klageantwort formgültig als Rechtsbegehren i.S.v. Art. 19 Ziff. 3 i.V.m. Art. 18 Ziff. 2 lit. d SRIA

2.1.3. Die Leistung der Gebühr und des Kostenvorschusses ist entbehrlich

2.1.3.1. Die Verrechnungseinrede ist unabhängig vom Kostenvorschuss zu hören

41 Die Klägerin macht geltend, dass der Kostenvorschuss, der aufgrund der Erhöhung des Streitwertes zu leisten sei, ausgeblieben ist. Aus diesem Grund sei die Verrechnungseinrede der Beklagten nicht zu hören (Stellungnahme Einleitungsantwort N. 14). Dem kann nicht gefolgt werden.

42 Die Verrechnungseinrede hat – anders als die Widerklage – nicht zum Ziel, einen eigenen Anspruch zu begründen. Vielmehr ist sie ein Verteidigungsmittel gegen eine Forderung, welches der Gläubiger der behaupteten Forderung zu überwinden hat. Das Leisten eines separaten Kostenvorschusses für das Erheben einer Verrechnungseinrede ist insb. dann nicht angebracht, wenn die Verrechnung grds. zur automatischen Tilgung der Hauptforderung führt. Dies ist im anzuwendenden Schweizer Recht der Fall (SRIA Commentary-STACHER, Art. 41 N. 11).

43 Vorliegend verzichtete die Beklagte gerade auf eine Widerklage und machte ihren Anspruch durch eine Verrechnung geltend. Sie wählte den Weg der Verrechnungseinrede, um nicht offensiv gegen die Klägerin vorzugehen, sondern sich defensiv gegen den vermeintlichen Anspruch der Klägerin zu schützen. Des Weiteren wurde die Verrechnungseinrede lediglich als Eventualstandpunkt geltend gemacht, was zusätzlich den defensiven Charakter der vorgenommenen Verrechnungseinrede aufzeigt. Ausserdem wäre es ungerechtfertigt, dass bei einer allfälligen Gutheissung der Klage ein Anspruch anerkannt würde, welcher höher ist, als der Anspruch nach erfolgter Verrechnung (vgl. SRIA Commentary-STACHER, Art. 41 N. 11).

44 Der Kostenvorschuss ist daher vollumfänglich und einzig durch die Klägerin zu leisten.

45 Selbst wenn das Schiedsgericht separate Kostenvorschüsse für das Erheben einer Verrechnungseinrede verlangte, ist die Verrechnungseinrede trotz Nichtleistens des Kostenvorschusses zu hören (SRIA Commentary-STACHER, Art. 41 N. 11).

46 Die Leistung eines separaten Kostenvorschusses ist im vorliegenden Fall entbehrlich. Die Verrechnungseinrede der Beklagten ist daher trotz Erhöhung des Streitwerts und der Nichtleistung des Kostenvorschusses zu hören.

2.1.3.2. Die Einschreibgebühr ist nur bei Erheben einer Widerklage zu leisten

47 Die Klägerin macht geltend, dass für eine Verrechnungseinrede analog zu einer Widerklage eine Gebühr nach Art. 1.3 Appendix B SRJA zu entrichten sei. Dies ergebe sich aus der teleologischen Auslegung (Stellungnahme zur Einleitungsantwort in N. 12 ff.). Dem kann nicht gefolgt werden.

48 Gem. Wortlaut von Art. 1 Ziff. 3 SRJA ist beim Erheben einer *Widerklage* eine Einschreibgebühr zu leisten. Eine Widerklage stellt eine selbständig zu erhebende Klage dar und ist im Gegensatz zur Verrechnungseinrede ein (Gegen-)Angriffsmittel mit dem Ziel, den Widerbeklagten zu einer Leistung zu verurteilen (ZIMMERLI, S. 116). Bei der Verrechnung wird hingegen lediglich der allfällig gutzuheissende Umfang der Klage geschmälert (vgl. ZIMMERLI, S. 120) und letztlich eventualiter der ganze oder teilweise Untergang der angeblichen klägerischen Forderung geltend gemacht. Die Verrechnungseinrede wurde nur als Eventualstandpunkt geltend gemacht, da eine Gutheissung der Klage nicht anzunehmen ist. Es kommt somit nur zur Beurteilung der Verrechnungsforderung, wenn die Klageforderung vom Gericht anerkannt wurde. Hätte die Beklagte ihre Forderung auf dem Weg der Widerklage geltend gemacht, hätte das Schiedsgericht diese so oder so überprüfen müssen und die Klägerin wäre zur Leistung verurteilt worden, auch wenn ihre Forderung abgewiesen worden wäre.

49 Der Beklagten kann auch nicht entgegengehalten werden, es sei eine Einschreibgebühr geschuldet, weil sie die Verrechnung eventualiter geltend macht, da bei einer Verrechnung sowieso nur bei einer Gutheissung der Forderung der Klägerin durch das Schiedsgericht die Verrechnung beurteilt, bzw. verrechnet wird. Die Verrechnung wurde lediglich als Eventualbegehren geltend gemacht, da das Schiedsgericht als nicht zuständig erachtet wird.

50 Die Verrechnung als Eventualbegehren weist somit keine Analogie zur Widerklage auf. Art. 1 Ziff. 3 Appendix B SRJA kann somit nicht analog auf die Verrechnung angewendet werden.

51 Die Beklagte hatte für ihre Verrechnungseinrede keine Einschreibgebühr analog zu Art. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 1 Ziff. 1 Appendix B SRJA zu leisten.

2.1.4. Zwischenfazit

52 Die prozessualen Voraussetzungen der Verrechnungseinrede sind gegeben.

2.2. Die materiellen Voraussetzungen sind gegeben

2.2.1. Es bestehen beidseitige Forderungen

53 Die Verrechnung nach Art. 120 Abs. 1 OR bedarf einer Geldforderung oder einer anderen, ihrem
Gegenstand nach gleichartigen Forderung auf beiden Seiten (BSK OR-PETER, Art. 120 N. 3).

54 Sollte das Schiedsgericht der Klägerin ein Anspruch zugestehen, bestünde auf deren Seite eine
Geldforderung.

55 Auf Seiten der Beklagten bestünde in dem Fall eine Forderung auf Schadenersatz nach Art. 97 OR
i.d.H.v. CHF 1'000'000.- zzgl. Zins seit dem 25. April 2017. Die Klägerin begann verspätet mit den
geologischen Voruntersuchungen und beging demnach eine vertragliche Schlechtleistung. Durch
Auslösung der Konventionalstrafe verursachte sie bei der Beklagten einen Schaden i.S. einer un-
freiwilligen Vermögenseinbusse. Ihr pflichtgemässes Verhalten, d.h. der Beginn mit den geologi-
schen Voruntersuchungen, lässt sich nicht hinzudenken, ohne dass der Schaden entfiele. Sie trifft
ein Verschulden, weil sie im Wissen um die Auslösung der Konventionalstrafe nicht mit den not-
wendigen Vorarbeiten begonnen hat und demnach zumindest in Kauf genommen hat, die Konven-
tionalstrafe auszulösen (vgl. BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N. 5ff.).

56 Entsprechend bestanden auf beiden Seiten Forderungen.

2.2.2. Beide Forderungen sind fällig und gleichartig

57 Zur Verrechnung muss die Hauptforderung fällig und die Verrechnungsforderung zumindest be-
reits erfüllbar sein (BSK OR-PETER, Art. 120 N. 4).

58 Forderungen auf Schadenersatz sind grundsätzlich ab Eintritt des schädigenden Ereignisses fällig
(vgl. BGE 137 III 16 E. 2.3 S. 19). Die beiden Forderungen sind folglich fällig.

59 Beide Forderungen sind Geldforderungen, die Gleichartigkeit ist demnach ohne Weiteres gegeben
(vgl. BSK OR I-PETER, Art. 120 N. 10).

2.2.3. Beide Forderungen sind wechselseitig

60 Wechselseitigkeit bedeutet, dass sich die Hauptforderung gegen den Verrechnenden richtet und die
Verrechnungsforderung gegen den Verrechnungsgegner (BSK OR-PETER, Art. 120 N. 5).

61 Die Klägerin bringt vor, dass die Konventionalstrafe sich nicht gegen sie, sondern gegen die Be-
klagte richte (KS, N. 23 ff.).

62 Das überzeugt nicht. Die aus der Konventionalstrafe resultierende Schadenersatzforderung (N. 55)
richtet sich sehr wohl gegen die Klägerin. Die Wechselseitigkeit der Forderungen ist gegeben.

2.2.4. Es wurde eine Verrechnungserklärung abgegeben

63 Die Beklagte machte in ihrer Einleitungsantwort unter Punkt E die Verrechnungseinrede geltend. Sie hat demnach in einer einseitigen Erklärung, die bei der Klägerin eingegangen ist, die Verrechnung erklärt (vgl. BSK OR-PETER, Art. 124 N. 1). Zur Sicherheit wird im Übrigen die Verrechnung hiermit noch einmal erklärt.

2.2.5. Zwischenfazit

Die materiellen Voraussetzungen der Verrechnungseinrede sind gegeben.

2.3. Fazit

64 Ein allfälliger Anspruch der Klägerin ist mit der Schadenersatzforderung der Beklagten i.d.H.v. CHF 1'000'000.- zzgl. Zins seit dem 15. April 2017 zu verrechnen.

III. Materieller Teil

1. Der KV ist ein Verhandlungsvertrag

1.1. Der KV ist originär als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren

65 Die Klägerin behauptet in ihrer Klageschrift, dass der KV als Vorvertrag i.S.v. Art. 22 OR qualifiziere (KS, N. 41). Auch andere vorvertragsnahe Typen beinhalten von ihr genannte Elemente, weshalb ihre Ausführungen nicht ausreichend für eine solche Qualifikation sind.

1.1.1. Abgrenzung des Vorvertrages von Verhandlungsabreden

66 Die Voraussetzungen für einen Vorvertrag sind die Einigung bzgl. aller objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte und der Rechtsbindungswille bzgl. des Abschlusses eines künftigen Vertrages der Parteien (GABELLON, N. 335).

67 Neben dem Vorvertrag beziehen sich auch Verhandlungsverträge auf noch abzuschliessende Verträge (BSK OR-Zellweger- Gutknecht, Art. 22 N. 25, 28).

68 Solche Verhandlungsabreden zeichnen sich dadurch aus, dass die Parteien sich lediglich bzgl. des Vornehmens von Verhandlungen und gesondert vereinbarten Nebenpunkten gebunden sehen wollen (MONN, N. 394).

69 Die Qualifikation des KV ist demnach durch Auslegung der Willensäusserungen der Parteien vorzunehmen. Dabei ist zu prüfen, ob diese i.S. eines Vorvertrages gebunden sein wollten oder eine blosser Verhandlungsabrede vorliegt (vgl. MONN, N. 400).

1.1.2. Kein Rechtsbindungswillen bzgl. Abschluss eines Hauptvertrages

70 Es kann kein Vorvertrag vorliegen, wenn die Parteien keinen dahingehenden Rechtsbindungswillen zeigten (vgl. BGer 4C.409/2005 E. 2.3.1; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, S. 24.).

1.1.2.1. Der Inhalt des KV ist typisch für einen Verhandlungsvertrag

- 71 Für fehlenden Rechtsbindungswillen sprechen LoI typische Klauseln, wie „subject-to-contract“ Klauseln, Exklusivitätsklauseln sowie Geheimhaltungsklauseln (MONN, N. 457 ff.).
- 72 Eine subject-to-contract Klausel beinhaltet die Absicht, vor Einhaltung der vereinbarten Form bzgl. des abzuschliessenden Vertrages nicht gebunden sein zu wollen (MONN, N. 457). Der KV enthält keine standardmässige subject-to-contract Klausel. Jedoch haben die Parteien in Art. 9 Abs. 2 KV Änderungen und Modifizierungen des Vertrages der Schriftform unterstellt. Vertragsverhandlungen bei komplexen Projekten passen nicht ins ideale Verhandlungsschema von einmaligem Antrag und Akzept, sondern gestalten sich als rollender Konkretisierungsprozess (HUGUENIN, N. 202). Demnach ist der angestrebte SV als Konkretisierung der im KV anfänglich festgehaltenen Punkte und mithin als dessen Änderung oder Modifikation anzusehen. Er untersteht somit dem Formvorbehalt von Art. 9 Abs. 2 KV, was einer subject-to-contract Klausel entspricht (vgl. MONN, N. 459).
- 73 Exklusivitätsklauseln sprechen gegen eine Qualifikation als Vorvertrag, da sie kein sinnvoller Bestandteil eines solchen Vertrages sind (vgl. MONN, N. 476). Bei einem Vorvertrag ergibt sich die rechtliche Bindung an den Vertragspartner bereits aus der Durchsetzbarkeit der vertraglichen Forderungen (BSK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N. 22).
- 74 Der Fakt, dass sich die Parteien veranlasst sahen, eine explizite Exklusivitätsklausel in Art. 5 KV aufzunehmen, ist ein starkes Indiz dafür, dass sie bzgl. der festgehaltenen Leistungen noch nicht gebunden sein wollten. Exklusivität ist nur für die Verhandlung erforderlich und nach rechtsgültiger Festlegung der Parteien und ihren Pflichten nicht mehr nötig.
- 75 Geheimhaltungsabreden indizieren, dass sich die Parteien nicht bzgl. der Leistungen aus Hauptvertrag binden wollen, da sie die Effekte der Bekanntgabe der Vertragsverhandlungen bzw. des möglicherweise negativen Verhandlungsausgangs verhindern sollen (JAHN, S. 190).
- 76 Die Parteien vereinbarten unter Art. 6 KV, dass der Abschluss und Inhalt des Vertrages vertraulich zu behandeln sei. Dies zeugt davon, dass sie sich des Ausgangs der Verhandlungen noch unsicher waren und folglich keinen Vorvertrag im Sinne hatten.
- 77 Dem KV selbst lässt sich entnehmen, dass die Parteien als Zweck u.a. das Festsetzen der grundlegenden Bestimmungen *für die Evaluierungsphase und die weitere Zusammenarbeit* vorsahen (Art. 1 Abs. i. und ii. KV). Eine genügend detaillierte Ausarbeitung sämtlicher objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte des SV fällt nicht unter diesen Zweck. Dies zeigt, dass die Parteien vorhatten, die weiteren Bestimmungen des SV in bilateralen Verhandlungen zu präzisieren.

1.1.2.2. Die Bezeichnung des KV ist typisch für einen Verhandlungsvertrag

78 Als gewichtiges Auslegungsmittel hat die von den Parteien gewählte Bezeichnung zu gelten (MONN, N. 402). Dies gilt insb. da es sich auf beiden Seiten um international tätige Unternehmen handelt, die mit dem Sprachgebrauch des globalen Geschäftsverkehrs vertraut sind.

79 Die Klägerin lässt in ihrer Klageschrift beiseite, dass die Parteien den Vertrag in der Präambel A. KV explizit als „Memorandum of Understanding“ bezeichnen. Ein MoU stellt eine Unterform der LoI dar (RISKE, N. 26). Als MoU bzw. als LoI wird im internationalen Geschäftsverkehr für gewöhnlich ein Instrument bezeichnet, welches die vorgängigen Übereinkommen der Parteien festhält, die in einem folgenden Vertrag Eingang finden sollen, aber keinen Rechtsbindungswillen bezeugen soll. (GARNER, S. 1134 i.V.m. S. 1044; BK-KRAMER, Art. 22 N. 57; BSK OR-BUCHER, Art. 22 N. 26).

1.1.2.3. Das Parteiverhalten ist typisch für einen Verhandlungsvertrag

80 Die Absicht, den Vertragsinhalt später noch zu konkretisieren, schlägt sich auch im tatsächlichen Verhandlungsverlauf nieder. So wurden insgesamt drei Vertragsentwürfe (K-7; B-3; K-9) über einen Zeitraum von 35 Tagen ausgetauscht.

81 Die Beklagte hat wesentliche Konkretisierungen bzgl. der Erfüllungs- und Vorauszahlungsgarantie stipuliert (Bes. V. 4.2 und 14.2; K-7; K-9), während die Klägerin änderungsweise eine wesentliche Verringerung des festgehaltenen Fremdleistungsanteils auf 25% in die Verhandlungen einbrachte (Appendix I, B-3). Dies zeugt davon, dass beide Seiten den KV noch nicht als genügend bestimmt bzw. verbindlich ansahen.

1.1.3. Fazit

82 Wegen dem fehlenden Rechtsbindungswillen der Parteien, der sich in den Vertragsbestimmungen, der gewählten Bezeichnung und in ihrem nachgehenden Verhalten zeigt, ist der KV nicht als Vorvertrag, sondern als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren.

1.2. Eventualiter: Der KV wandelte sich in einen Verhandlungsvertrag

83 Aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit, die auch die Änderungsfreiheit umfasst (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 612), ist die Wandlung eines Vorvertrages in einen Verhandlungsvertrag möglich.

84 Die Parteien wichen in den Vertragsentwürfen durch detailliertere Vorgaben bzgl. der zu leistenden Sicherheiten in Art. 4.2 und 14.2 Bes. V. (K-7; K-9) und durch die erhebliche Änderung der festgehaltenen Leistungsanteile in Appendix I SVE-II (B-3) wesentlich von den Bestimmungen des

KV ab. Die Klägerin machte mehrfach klar, dass sie sich nicht im Stande sah, den festgehaltenen Fremdleistungsanteil zu erbringen (B-1; B-6; K-11).

85 Dadurch zeigte die Beklagte und insb. die Klägerin den expliziten Willen, nicht mehr i.S. eines Vorvertrages gebunden sein zu wollen und stattdessen neu zu verhandeln.

86 Es kam zu einem Konsens, dass der KV nicht mehr als Vorvertrag gelte und man sich wieder auf Verhandlungen über den Inhalt des SV einlassen wollte. Der Vorvertrag wandelte sich mithin zu einem Verhandlungsvertrag.

2. Die Kündigung der Beklagten nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV war gerechtfertigt

87 Die Klägerin behauptet, die Kündigung vom 12. August 2016 der Beklagten nach Art. 8 lit. g KV sei unrechtmässig (KS, N. 46 ff.).

88 Nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV endet der Vertrag, wenn die Parteien sich nicht auf den Umfang und/oder Preis für die Fremdleistungen einigen können. Dies stellt die Klägerin selbst auch so dar (KS, N. 46). Die Ausführungen der Klägerin zur Bankgarantie (KS, N. 48) sind demnach ohne Belang, da diese nicht im Zusammenhang mit dem Umfang und Preis der Fremdleistungen stehen.

89 Als Einigung innerhalb eines Vertrages ist nach allgemeinem Verständnis und Art. 1 Abs. 1 OR das Austauschen übereinstimmender, von Rechtsbindungswillen getragenen Willenserklärungen zu verstehen.

90 Dass eine Einigung nach Art. 1 Abs. 1 OR vorausgesetzt wird, spricht dafür, dass die verhandlungspflichtigen Parteien innerhalb eines Verhandlungsvertrages das Recht haben, die Verhandlungen abzurechnen, wenn das Geschäft nicht bzw. nicht mehr realisierbar erscheint (Monn, N. 768). Dies ist insb. dann der Fall, wenn die Verhandlungsmöglichkeiten in vernünftiger Weise ausgeschöpft worden sind (MONN, N. 767; KNAPP, S. 685). Art. 8 Abs. 1 lit. g KV stellt demnach lediglich eine Konkretisierung des o.g. Grundsatzes dar.

91 Indem die Klägerin auf die Reduktion ihres Fremdleistungsanteils beharrte, torpedierte sie eine mögliche Einigung bzgl. Umfang des Fremdleistungsanteils. Sie lehnte weitere Diskussionen über diesen Punkt als Zeitverschwendung ab. Für sie bestand keine Alternative, da sie gar nicht in der Lage war, den vollen Fremdleistungsanteil zu erfüllen (B-1; B-6; K-11).

92 Ein weiterer Subunternehmer war für die Beklagte wegen des erhöhten Koordinationsbedarfs und Ausfallrisikos – entgegen den Behauptungen der Klägerin (KS, N. 61 f.) – nicht zumutbar.

93 Interessant ist, dass die Klägerin die fehlende Verhandlungsbereitschaft der Beklagten rügt (KS, N. 66), hat doch gerade sie kategorisch auf der Reduktion beharrt (N. 81, 84, 91) und selbst geltend

macht, dass das benötigte Equipment sehr kostspielig ist (B-1). Die Abwälzung des Fremdleistungsanteils diene somit lediglich den Interessen der Klägerin und zielte auf eine Sicherung ihres Gewinnes ab. Da die Gewinnsicherung auf Kosten des Gewinns der Beklagten ginge, kann der Beklagten keine fehlende Verhandlungsbereitschaft vorgeworfen werden.

94 Vielmehr zeigt sich daraus, dass der Vertragsabschluss durch die Klägerin verunmöglicht und die Verhandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft wurden. Es lag somit keine Einigung über Umfang und Preis des Fremdleistungsanteils i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV vor.

95 Die Beklagte hat den KV somit am 12. August 2016 vertragskonform gekündigt.

3. Die Kündigung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV war nicht rechtsmissbräuchlich

96 Die Klägerin macht geltend, die Kündigung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV sei aufgrund widersprüchlichen Verhaltens in rechtswidriger Weise erfolgt (KS, N. 67 ff.).

97 „Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gibt es allerdings keinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln. Setzt sich jemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, ist darin nur dann ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht würde“ (BGE 125 III 257 E. 2a S. 259).

98 Entgegen den Behauptungen der Klägerin (KS, N. 68) war das Beharren auf dem Fremdleistungsanteil des Appendix I KV der Beklagten gerade nicht widersprüchlich. Die Parteien haben in Art. 2 KV festgehalten, dass bei Verlangen des Klienten mit Auswirkungen auf den Leistungsumfang, dieser neu verhandelt werden soll. Gleichzeitig sollte der zu diesem Zeitpunkt festgehaltene Leistungsumfang jedoch so weit als möglich erhalten bleiben. Die Klägerin durfte folglich nicht darauf vertrauen, dass die Beklagte in wesentlichem Ausmasse zu Fremdleistungsanteilsänderungen verhandlungsbereit sei, ohne dass der Klient solche Änderungen verlangt. Durch das Verhalten der Beklagten konnte somit kein schutzwürdiges Interesse der Klägerin verletzt werden.

99 Die Kündigung des KV war somit nicht rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB.

4. Es besteht keine Schadenersatzpflicht aus Art. 97 Abs. 1 OR bei Verhandlungsvertrag

100 Die Klägerin macht keinen Schadenersatzanspruch aus Verhandlungsvertrag geltend. Aus Sorgfaltsgründen ist festzuhalten, dass ein solcher auch nicht besteht. Die nachfolgenden Ausführungen werden unter der Annahme gemacht, die Punkte unter KS N. 97 ff. wären auch bzgl. Verhandlungsvertrag aufgeführt worden.

101 Der Anspruch setzt einen Schaden voraus, welcher infolge einer nicht entschuldbaren Vertragsverletzung eintrat (BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N. 5).

4.1. Die Beklagte beging keine Vertragsverletzung

4.1.1. Der Abbruch der Vertragsverhandlungen war nicht pflichtwidrig

102 Da die Beklagte vertragskonform kündigte, ist die Beendigung keine Vertragsverletzung (N. 87 ff.).

4.1.2. Die Beklagte hat die Exklusivitätsklausel nicht verletzt

103 Die Klägerin bringt vor, die Beklagte habe die Exklusivitätsklausel gem. Art. 5 KV verletzt.

4.1.2.1. Die Verhandlungen mit TP-Bahnen fanden erst nach der Kündigung statt

104 Die Klägerin macht folgendes geltend: „anzunehmen ist, dass bereits im Vorfeld Vertragsverhandlungen [...] erfolgt sind“ (KS, N. 73). Den vorliegenden Fall als Beleg dafür zu verwenden, dass Vertragsverhandlungen offensichtlich länger dauern als zehn Tage, verfängt nicht. Es handelt sich um ein Beispiel pathologisch verlaufender Vertragsverhandlungen. Diese dauerten nur so lange, weil aufgrund der fehlenden Kooperationsbereitschaft der Klägerin keine Einigung bzgl. des Fremdleistungsanteils und den Bankgarantien erzielt werden konnte. Andere Indizien werden von der Klägerin im Übrigen nicht in substantiiertes Weise genannt, so dass diese Behauptung generell bleibt und deshalb nicht zu hören ist.

105 TP-Bahnen erklärte sich im Gegensatz zur Klägerin damit einverstanden, den ursprünglich vorgesehenen Fremdleistungsanteil zu übernehmen (K-13).

106 Im Übrigen bestanden dank den Verhandlungen mit der Klägerin bereits zeichnungsfertige Vertragsentwürfe, was die schnelle Übereinkunft mit TP-Bahnen erklärt.

107 Die Vertragsverhandlungen wurden erst *nach* der Kündigung aufgenommen.

4.1.2.2. Die Exklusivitätsklausel bestand nicht über das Ende des KV hinaus

108 Weiter bringt sie vor, dass aus Art. 8 KV ersichtlich sein soll, dass die Exklusivitätsklausel auch über die Beendigung des KV hinaus Bestand haben soll (KS, N. 106 f.).

109 In Art. 8 Abs. 2 KV halten die Parteien folgendes fest: „Mit Beendigung tritt der Vertrag, mit Ausnahme der Art. 5, 6 und 7, ausser Kraft, und die Parteien haben keinen Anspruch auf Entschädigung, wenn DMB den Zuschlag nicht erhält oder das Projekt offiziell abgesagt wird.“

110 Gem. dem eindeutigen Wortlaut besteht die Exklusivitätsklausel also ausschliesslich über das Ende des KV hinaus, wenn dessen Beendigung aufgrund eines nicht erfolgten Zuschlages oder einer offiziellen Absage des Projektes erfolgt.

111 Auch nach teleologischer Auslegung bestand die Exklusivitätsklausel bei anderen Beendigungsgründen nicht über die Dauer des Vertrages hinaus. Wenn sich die Parteien, wie im vorliegenden Fall, nicht über den Preis bzw. Umfang der Fremdleistungen einigen können, bleibt die Beklagte der Klientin gegenüber zur Leistung verpflichtet. Zu einer Leistung, welche ohne Beizug eines Subunternehmers mit genügender Expertise nicht erbracht werden kann. Der Beendigung nachgelagerte Verhandlungen mit anderen Subunternehmern müssen in diesem Fall möglich sein.

112 Die Beendigungsgründe, welche ein Weiterbestehen der Exklusivitätsklausel zur Konsequenz haben, werden ausserdem separiert von den restlichen Beendigungsgründen aufgeführt, womit auch die Systematik für unterschiedliche Folgen spricht, sonst würde sich die Beklagte für alle Ewigkeit von einer weiteren Zusammenarbeit mit der Klientin ausschliessen.

113 Der KV wurde durch die Kündigung der Beklagten gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. g KV beendet (N. 87 ff.). Die Exklusivitätsklausel hatte somit nur bis zum Zeitpunkt der Kündigung Bestand.

4.1.2.3. Fazit

114 Die Exklusivitätsklausel in Art. 6 KV wurde von der Beklagten nicht verletzt.

4.1.3. Die Abweisung der Bankgarantie war keine Vertragsverletzung

115 Unter die Verhandlungspflicht gehört u.a. das Mitteilen von Bedingungen, von denen die Verhandlungsparteien die Einigung über einen Verhandlungsgegenstand abhängig machen (MONN, N. 765).

4.1.3.1. Die Bankgarantie der Veneto Banca war nicht ausreichend

116 Wie die Klägerin richtigerweise darlegt, hat die Beklagte aufgrund des back-to-back Prinzips das Recht, das Bankinstitut der Klägerin abzuweisen (KS, N. 50).

117 Garantierklärungen und Schuldübernahmen von ausländischen Gesellschaften können zu grossen Schwierigkeiten in der Vollstreckung führen (HGer ZH HE170111, E. 4.5).

118 Die möglichen Schwierigkeiten in der Vollstreckung der Bankgarantie waren der Beklagten angesichts der Höhe des abzusichernden Betrages und dem damit verbundenen Risiko nicht zuzumuten, weshalb die vorgeschlagene Bankgarantie der Klägerin vertragskonform abgewiesen wurde.

4.1.3.2. Die Abweisung war verhältnismässig

119 Die Differenz der Kommission zwischen der Veneto Banca und der CS beträgt für die Erfüllungsgarantie lediglich 0.05% und für die Vorauszahlungsgarantie 0.04% (VB 2, Ziff. 17). Dies macht einen Betrag von CHF 21'600.- pro Quartal aus. Bei einer erwarteten Gewinnmarge von CHF 4'320'000.- erscheint dies vernachlässigbar. Warum die Klägerin diesen verhältnismässig

kleinen Betrag nicht hätte finanzieren können, ist aus der Klageschrift nicht ersichtlich, zumal die Klägerin lediglich auf ihre frühere Aussage in ihrer Einleitungsanzeige verweist (KS, N. 56).

120 Der von der Klägerin erhobene Einwand, die Beklagte würde bei der CS einen Sondertarif genießen, ist für die Frage, ob die Abweisung eine Vertragsverletzung darstellt, irrelevant (KS, N. 58).

121 Die Abweisung der Veneto Banca durch die Beklagte war verhältnismässig.

4.1.3.3. Fazit

122 Durch die Abweisung der Bankgarantie stellte die Beklagte eine berechtigte Bedingung und beging keine Vertragsverletzung.

4.2. Der Schaden wäre auch bei rechtmässigem Alternativverhalten eingetreten

123 „Nach einem allgemein geltenden Grundsatz greift keine Haftung, wenn [...] ein rechtmässiges Alternativverhalten denselben Schaden bewirkt hätte wie das tatsächlich erfolgte rechtswidrige Verhalten“ (BGer 4A_61/2009 E. 5.2).

124 Auch durch ein pflichtgemässes Verhandeln der Beklagten, hätte die Klägerin dennoch keinen anderen, als den von ihr reduzierten Fremdleistungsanteil angenommen (B-1; B-6; K-11; vgl. N. 91). Folglich wäre der SV ohnehin nicht zustande gekommen und somit der Schaden unabhängig vom Verhalten der Beklagten entstanden.

125 Das Verhalten der Beklagten war aufgrund eines rechtmässigen Alternativverhaltens nicht kausal für den Schaden der Klägerin.

4.3. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn aus dem SV

126 Die Klägerin macht entgangenen Gewinn i.d.H.v. CHF 4'320'000.- zzgl. gesetzl. MWST sowie 5% Verzugszins gem. Art. 104 Abs. 1 OR geltend. Dies entspricht gem. ihren Ausführungen dem positiven Vertragsinteresse (KS, N. 97, 114).

127 Da die Klägerin keinen Anspruch auf den SV-Abschluss hat, kann sie erst recht keine aus diesem Vertrag hergeleiteten Ansprüche geltend machen (vgl. MONN, N. 1158).

128 Ein Schadenersatz aus hypothetischen Vorteilen und der Chance auf einen Vertragsschluss ist mit dem Verhandlungsvertrag nicht vereinbar, da die Klägerin dadurch bessergestellt würde, als bei gehöriger Erfüllung desselbigen (MONN, N. 1159).

129 Die Klägerin hat auch bei korrekter Erfüllung des Verhandlungsvertrages keinen Anspruch auf den Abschluss des SV, aus welchem sie einen Gewinn i.d.H.v. CHF 4'320'000.- hätte erzielen können. Sie hat mithin kein Anspruch auf entgangenen Gewinn aus dem SV.

4.4. Fazit

130 Die Klägerin hat keinen Schadenersatzanspruch aus Verhandlungsvertrag.

5. Eventualiter: Die Beklagte trat analog zu Art. 107 Abs. 2 OR zurück

131 Kommt das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss, dass es sich beim KV um einen partei-identischen Vorvertrag handelt, hat die Beklagte diesen analog zu Art. 107 Abs. 2 OR gekündigt.

5.1. Die Klägerin war in Verzug

5.1.1. Es liegt eine Erfüllungsverweigerung der Klägerin vor

132 Bei einer vorgängigen Erfüllungsverweigerung kann gem. BGer nach Art. 107 Abs. 2 OR analog vorgegangen werden, da diese auch immer eine vorzeitige Ablieferungsverweigerung darstellt (BK-KOLLER, Art. 366 OR; N. 22; BGE 69 II 243 E. 4 S. 244; BGer 4C.58/2004 E. 3.3).

133 Eine Erfüllungsverweigerung liegt vor, wenn der Leistungspflichtige ausdrücklich erklärt, dass er die vereinbarte Leistung weder erfüllen will noch kann. Vorzeitig ist die Erfüllungsverweigerung, wenn sie vor der Fälligkeit erklärt wird (BK-WEBER, Art. 102 OR N. 148).

134 Die Klägerin weigerte sich wiederholt, die in Appendix I festgehaltenen Fremdleistungen in den SV zu integrieren. Dies äusserte sich insb. dadurch, dass sie eine wesentliche Reduktion des Fremdleistungsanteils verlangte und daran festhielt (B-1; B-6; K-11).

135 Aus dem Schreiben vom 21. Juni 2016 geht hervor, dass die Klägerin den Fremdleistungsanteil von 40% auf 25% reduzieren will. Sie brachte weiter vor, dass es „Fakt ist, dass“ sie „die Fundamente kaum innert der geforderten Zeit und mit der geforderten Qualität erstellen“ könne. Nach Ansicht der Klägerin wären weitere Diskussionen folglich Zeitverschwendung (B-6).

136 Des Weiteren geht bereits aus dem Schreiben vom 10. Mai 2016 hervor, dass die Reduktion des Fremdleistungsanteils insb. aufgrund des sehr kostspieligen Equipments verlangt wird (B-1). Daraus muss geschlossen werden, dass die Klägerin in retrospektiver Betrachtung den reduzierten Teil der Leistungen als nicht genügend gewinnbringend erachtet. Die Klägerin ist deshalb im Wegfall des Leistungserbringungswillens nicht zu schützen.

137 Die Klägerin kann und will die Fertigstellung des Werkes nicht erfüllen. Es handelt sich somit um eine Erfüllungsverweigerung.

138 Die Beklagte wollte mit ihrem finalen Angebot vom 29. Juni 2016 sicherstellen, dass die Erfüllungsverweigerung definitiv ist (K-10). Sie stellte der Klägerin eine zehntätige Frist, um sich doch noch leistungsbereit zu zeigen (vgl. KOLLER, N. 363). Die Klägerin machte in ihrer Antwort klar, dass ihre Erfüllungsverweigerung bestimmt und endgültig ist (K-11).

139 Da sich der Besteller keinen Teilverzicht vom Unternehmer aufdrängen lassen muss (KOLLER, N. 339), kann dem auch nicht entgegengehalten werden, dass die Klägerin lediglich die Erfüllung für einen Teil der im Nachtrag zum Appendix I vereinbarten Leistungen verweigert (K-11; B-6).

140 I.c. liegt eine bestimmte und endgültige Erfüllungsverweigerung bzgl. des Fremdleistungsanteils gem. Nachtrag zum Appendix I der Klägerin vor.

5.1.2. Die Klägerin musste nicht besonders in Verzug gesetzt werden

141 Gem. BGer stellt die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Leistung eine antizipierte Vertragsverletzung dar (BGer 4C.58/2004 E. 3.3), welche ein besonderes in Verzug setzen entbehrlich macht (BK-WEBER, Art. 102 OR N. 148).

142 Durch die Erfüllungsverweigerung der Klägerin (N. 132 ff.) wird – entgegen ihren Behauptungen – weder die Fälligkeit der Forderung, noch ein Fälligkeitstermin oder eine Mahnung vorausgesetzt (KS, N. 77 ff.).

143 Da keine Mahnung notwendig ist, geht die Einrede der ungenügenden Reaktionszeit der Klägerin (KS, N. 94) ebenfalls ins Leere.

5.1.3. Im Zeitpunkt der Kündigung lag keine Leistungsunmöglichkeit vor

144 Gem. Klägerin bestehe aufgrund der Verhandlungen und des Vertragsschlusses zwischen der Beklagten und TP-Bahnen, die angeblich vor der Kündigung stattgefunden haben, eine Leistungsunmöglichkeit (KS, N. 72 ff.).

145 Da die Verhandlungen und der Vertragsschluss der Beklagten mit der TP-Bahnen nach der Kündigung erfolgten (s. N. 104 ff.), lag keine von der Beklagten verursachte Unmöglichkeit vor.

5.1.4. Es liegt kein hypothetischer Gläubigerverzug vor

146 Die Klägerin führt aus, dass der hypothetische Gläubigerverzug den Schuldnerverzug ausschliesse (KS, N. 91).

147 Der SVE-II der Klägerin ist weder in Bezug auf Fremdleistungsanteil (N. 134) noch auf Bankgarantien (N. 116) kongruent mit dem KV. Der Vertragsentwurf stellte demnach keine korrekt angebotene Leistung dar. Wäre die Leistung konform zum KV angeboten worden, hätte die Beklagte sich nicht veranlasst gesehen, diese abzulehnen.

148 Mangels korrektem Leistungsangebot durch die Klägerin konnte kein Gläubigerverzug vorliegen.

5.1.5. Zwischenfazit

149 Die Klägerin befindet sich analog zu Art. 102 OR im Schuldnerverzug.

5.2. Eine Nachfristansetzung war analog zu Art. 108 Ziff. 1 OR nicht notwendig

150 Wenn die Erfüllungsverweigerung vor der Fälligkeit erklärt wird und bestimmt und endgültig ist, erübrigt sich eine Fristansetzung analog zu Art. 108 Ziff. 1 OR (BGer 4C.58/2004 E. 3.3; BGE 110 II 141 E. 1.b. S. 143 f.).

151 Eine Nachfristansetzung war aufgrund der endgültigen und bestimmten Erfüllungsverweigerung (N. 132 ff.) somit analog zu Art. 108 Ziff. 1 OR nicht erforderlich.

5.3. Der Rücktritt analog zu Art. 107 Abs. 2 OR wurde erklärt

152 Die Klägerin verzichtete darauf, in ihrer Klageschrift bzgl. der Verzichtserklärung der Beklagten i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR analog Stellung zu nehmen.

153 Rein sorgfaltshalber ist festzuhalten, dass diese rechtskonform vorgenommen wurde.

154 Bei der Verzichtserklärung handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige, rechtsgestaltende und formfreie Erklärung, welche unmissverständlich klar macht, dass der Gläubiger endgültig auf seine Leistung verzichtet (BSK OR-WIEGAND, Art. 107, N. 15.).

155 Vorliegend kündigte die Beklagte den KV (K-12). Aus dem Begriff „Kündigung“ gehen die Lösung bzw. der Rücktritt vom Vertrag und der Verzicht auf die Leistung der Klägerin klar hervor.

156 Die Kündigung der Beklagten ist eine Verzichtserklärung i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR analog.

5.4. Die Klägerin erhob keine Einrede der verspäteten Verzichtserklärung

157 Die Klägerin bringt nicht vor, dass die Verzichtserklärung verspätet erfolgt sei.

158 Trotzdem ist festzuhalten, dass sich der Schuldner bei einer eindeutigen Erfüllungsverweigerung wider Treu und Glauben verhält, wenn er dem Gläubiger entgegenhält, die Verzichtserklärung sei nicht unverzüglich erfolgt (BGer 4A_141/2017 E. 4.3.2; BGE 76 II 300 E. 2 S. 305).

159 Da eine eindeutige Erfüllungsverweigerung der Klägerin vorliegt (N. 132 ff.), wäre eine allfällige Einrede der Verspätung widersprüchlich und ein Verstoss gegen Treu und Glauben.

5.5. Fazit

160 Die Beklagte ist analog zu Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 108 Ziff. 1 OR rechtskonform vom Vertrag zurückgetreten. Die Klägerin hat somit keinen Anspruch auf CHF 4'320'000.-.

6. Die Beklagte trifft keine Schadenersatzpflicht aus Art. 97 Abs. 1 OR bei Vorvertrag

161 Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte ihr CHF 4'320'000.00.- zzgl. gesetzl. MWST sowie 5% Verzugszins gem. Art. 104 Abs. 1 OR aus Art. 97 Abs. 1 OR aus Vorvertrag schulde (KS, N. 113 f.). Dem kann aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden.

6.1. Es liegt keine Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR vor

162 Die Kündigung der Beklagten war gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR analog vertragskonform (N. 131 ff.). Da die Kündigung rechtmässig erfolgte, wurde im Übrigen auch die Pflicht, den SV einzugehen, nicht verletzt. Weiter liegt keine Verletzung der Exklusivitätsklausel vor (N. 103 ff.). Auch eine Vertragsverletzung aufgrund Festhaltens an den Bankgarantien liegt nicht vor (N. 115 ff.).

163 Die Beklagte beging keine Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR.

6.2. Der Schaden wäre auch bei rechtmässigem Alternativverhalten eingetreten

164 Sinngemäss zu den Ausführungen beim Verhandlungsvertrag, hätte die Klägerin den Vertrag nicht ohne die Reduktion des Fremdleistungsanteils schliessen wollen (B-1; B-6; K-11; vgl. N. 134 ff.), selbst wenn die Beklagte keine allfällige Vertragsverletzung begangen hätte. Der Schaden der Klägerin wäre somit ohnehin eingetreten.

165 Folglich war das Verhalten der Beklagten aufgrund eines rechtmässigen Alternativverhaltens nicht kausal für den Schaden der Klägerin.

6.3. Subeventualiter: Der Schaden beträgt nicht CHF 4'320'000.-

166 Sollte das Schiedsgericht die Kausalität bejahen, ist festzuhalten, dass der Schaden nicht – wie von der Klägerin behauptet – CHF 4'320'000.- beträgt (KS, N. 113 f.).

167 Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögenseinbusse (BSK OR-KESSLER, Art. 97 N. 38).

168 Die Klägerin verzichtete aus eigenem Antrieb auf die Erbringung der 15% Fremdleistung, weil sie sich das nötige Knowhow dafür nicht aneignen wollte, sie die Investitionen für das nötige Equipment nicht tätigen wollte und sich auf den Mastenbau fokussieren wollte. Dies hätte ihrer Ansicht nach die „effizientere Lösung“ dargestellt (B-1).

169 Die Vermögensminderung war somit zumindest im Bereich des entgangenen Gewinns, welcher aus der Erbringung der 15% Fremdleistung resultiert hätte, freiwillig und damit kein Schaden i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR. Der entgangene Gewinn beträgt folglich maximal CHF 2'700'000.- (vgl. Appendix I SVE-II, B-2).

IV. Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 1