

Moot Court Team 6

Marius Bättig
Remo Di Marco
Severin Egloff
Florian Prantl

Einschreiben

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

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 6

gegen

DoubleM Bahnen AG

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

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

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Klägerin reichen wir vorliegende Klage ein und stellen folgende

Rechtsbegehren:

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

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Entscheidungsverzeichnis.....	XII
Abkürzungsverzeichnis	XVI
I. Das Schiedsgericht ist für die Beurteilung der Ansprüche zuständig	1
1. Die Parteien haben eine gültige Schiedsklausel vereinbart	1
a) Die Schiedsklausel erfüllt das Formerfordernis	1
b) Die Schiedsklausel ist vom SV-Entwurf unabhängig.....	1
c) Es bestand ein Konsens über die Schiedsvereinbarung	2
2. Die Schiedsklausel ist auf Ansprüche aus dem Kooperationsvertrag anwendbar.....	3
a) Zwischen dem KV und dem SV besteht ein enger Zusammenhang	3
b) Alle Ansprüche sollen nach dem Parteiwillen unter die Schiedsklausel fallen.....	4
II. Die Verrechnungseinrede ist nicht zu hören.....	4
1. Bezüglich Konventionalstrafen besteht ein Verrechnungsverzicht.....	4
2. Die Verrechnungseinrede wurde nicht formgerecht erhoben.....	6
III. Eventualiter: Leistung der Gebühr und des Kostenvorschusses	6
1. Es besteht eine Pflicht zur Leistung einer Einschreibgebühr	6
2. Die Beklagte hat einen separaten Kostenvorschuss zu leisten	7
IV. Der Kooperationsvertrag ist als Vorvertrag zu qualifizieren	8
1. Die <i>essentialia</i> sind in Appendix I hinreichend bestimmt	9
2. Die Parteien verpflichten sich zum Abschluss eines Subunternehmervertrages.....	9
a) Aus dem Wortlaut geht eine Kontrahierungspflicht hervor	9
b) Es besteht eine unbedingte Kontrahierungspflicht mit Zuschlag	9
c) Das <i>back-to-back</i> -Prinzip schliesst einen Verhandlungsvertrag aus	10
3. Der Vorvertrag hat sich nicht in einen Verhandlungsvertrag gewandelt	11
V. Der Kooperationsvertrag wurde nicht rechtmässig gekündigt.....	12
1. Die Beklagte kann nicht nach Art. 107 OR zurücktreten.....	12
a) Die Beklagte kann nicht auf die gesamte Leistung verzichten.....	12
i) Es besteht kein Verzug der Gesamtleistung.....	12
ii) Ein Gesamtverzicht ist nicht möglich	13
b) Die Beklagte verlangt die Annahme eines nicht vorvertragskonformen Angebots ..	14
c) Eventualiter: Der Rücktritt erfolgte nicht unverzüglich	15
2. Eventualiter: Der Bedingungsausfall ist nach Art. 156 OR zu fingieren	16

VI. Die Klägerin hat Anspruch auf das positive Interesse	18
1. Die Klägerin hat Anspruch auf volle Schadloshaltung aus Art. 377 OR	18
2. Eventualiter: Anspruch wegen Verletzung der Verhandlungspflichten	19
3. Keine vertragliche Wegbedingung des Schadenersatzes	20

Literaturverzeichnis

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

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

N [20]

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

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

N [13, 24]

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

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

N [27, 33]

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

(zit.: *BRÜGGEMANN*, ...)

N [46]

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

(zit.: *BÜHLER/JARVIN*, N ...)

N [32]

BÜHLER THEODOR, *Zürcher Kommentar, Band V: Das Obligationenrecht, Teilband 2d, Der Werkvertrag: Art. 363–379 OR*, 3. Auflage, Zürich 1998.

(zit.: *ZK OR-BÜHLER*, Art. ... N ...)

N [76]

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

(zit.: EHRAT, N ...)

N [40]

FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMANN BERTHOLD, International Commercial Arbitration, Den Haag 1999.

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

N [7]

FURRER ANDREAS/ SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1–183 OR, 3. Auflage, Zürich 2016.

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

N [6]

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

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

N [32, 33, 34]

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

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

N [4, 8, 9]

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

(zit.: GAUCH, N ...)

N [44, 78]

GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014.

(zit.: GÖKSU, N ...)

N [20]

GRIERSON JACOB/VAN HOOFT ANNET, Arbitrating under the 2012 ICC Rules, Alphen aan den Rijn 2012.

(zit.: GRIERSON/VAN HOOFT, ...)

N [24]

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

(zit.: GUTMANS, ...)

N [40, 75]

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

(zit.: HENRICH, ...)

N [54]

HERZOG NICOLAS R., Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Diss. Univ. Zürich, Zürich 1999.

(zit.: HERZOG, N ...)

N [46, 48, 54, 76]

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Zürich 2014.

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

N [36]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013.

(zit.: BSK IPRG-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)

N [1, 2, 4, 7]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6. Auflage, Basel 2015.

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

N [48, 61, 69, 84, 87]

HÜRLIMANN ROLAND, Koordination komplexer Bauverträge – was die Praxis lehrt, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2005, Freiburg (Schweiz) 2005, 205 ff.

(zit.: HÜRLIMANN, ...)

N [44]

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

(zit.: ISLER, ...)

N [44]

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

(zit.: JAHN, ...)

N [38, 73]

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

(zit.: KNELLWOLF, ...)

N [39]

KUONEN NICOLAS, La responsabilité précontractuelle: Analyse historique: étude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels: théorie générale en droit suisse, Diss. Univ. Freiburg (Schweiz), Zürich 2007.

(zit.: KUONEN, ...)

N [84]

LI-KOTOVTCHIKHINE XIAO-YING, Note – Cour d'appel de Paris (première Ch.) 23 novembre 1999, Revue de l'arbitrage, 3/2000, Paris 2000, 501 ff.

(zit.: LI-KOTOVTCHIKHINE, ...)

N [14]

MONN VALENTIN, Die Verhandlungsabrede: Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Diss Univ. Freiburg, Zürich 2010.

(zit.: MONN, N ...)

N [70, 74, 81, 84]

PETER HANSJÖRG, Das bedingte Geschäft: seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht: mit Bemerkungen zum genehmigungsbedürftigen Geschäft im römischen Recht, Habil. Univ. Bern, Zürich 1994.

(zit.: PETER, ...)

N [39]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Auflage, London/Zürich 2007.

(zit.: POUDRET/BESSON, N ...)

N [4, 7, 16]

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

(zit.: SAXER, ...)

N [44]

SCHENKER FRANZ, Verzug des Unternehmers, Verzug des Planers – Fälle und Fallen, in: HUBERT STÖCKLI (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2017 ...für alle, die bauen, Freiburg (Schweiz) 2017, 73 ff.

(zit.: SCHENKER, ...)

N [51]

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

(zit.: SCHUMACHER, ...)

N [44]

SECRÉTAN ROGER, L'article 156 du code des obligations et la condition potestative, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), *Aequitas und Bona Fides*, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1955.

(zit.: SECRÉTAN, ...)

N [70]

STOLZKE SEBASTIAN, *Aufrechnung und Widerklage in der Schiedsgerichtsbarkeit*, Diss. Univ. Köln, Köln 2006.

(zit.: STOLZKE, ...)

N [27]

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

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

N [20]

WERZ JEAN-CLAUDE, *Delay in Construction Contracts: a Comparative Study of Legal Issues under Swiss and Anglo-American Law*, Diss. Univ. Freiburg (Schweiz), Freiburg (Schweiz) 1994.

(zit.: WERZ, ...)

N [51]

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

(zit.: WIRTH, ...)

N [24]

ZELLWEGER-GUTKNECHT, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*,
Band VI: Das Obligationenrecht, Abteilung 1: Allgemeine Bestimmungen, Teilband 7,
Unterteilband 2, Verrechnung Art. 120–126 OR, Bern 2012.

(zit.: BK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. ... N ...)

N [20]

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

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

N [4, 20, 24, 31, 32]

Entscheidungsverzeichnis

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

04. September 2017

BGer 4A_141/2017

N [62]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

30. März 2015

BGE 141 III 106

N [49, 50, 51, 52, 53, 76, 77]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

02. September 2014

BGer 4A_96/2014

N [78]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

27. Februar 2014

BGE 140 III 134

N [4, 6]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

02. Oktober 2013

BGer 4A_305/2013

N [6]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

30. September 2013

BGer 4A_220/2013

N [40]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
04. September 2013
BGer 4A_297/2013
N [36]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
20. September 2011
BGer 4A_232/2011
N [62, 66]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
10. Dezember 2007
BGer 4A_290/2007
N [34]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
21. März 2006
BGer 4C.409/2005
N [36]

Omenex v. Hugon, Cour de cassation, première chambre civile vom
25. Oktober 2005
Revue de l'Arbitrage 1/2006, 103 ff.
(zit.: *Omenex v. Hugon*)
N [4]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
29. Dezember 2004
BGer 4C.278/2004
N [70]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

23. Juni 2004

BGer 4C.58/2004

N [66]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. November 2003

BGE 130 III 66

N [6]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

08. Juli 2003

BGE 129 III 675

N [13]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

07. August 2001

BGer 4P.124/2001

N [2]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

13. Juni 1991

BGE 117 II 273

N [69, 70, 76]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

24. September 1990

BGE 116 II 436

N [62]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

15. März 1990

BGE 116 Ia 56

N [13]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
14. März 1989
BGE 115 II 50
N [48]

Maxum Foundations Inc v. Salus Corporation, United States Court of Appeals, Fourth Circuit
vom
28. Dezember 1985
779 F2d 974
Verfügbar auf: <https://openjurist.org/779/f2d/974/maxum-foundations-inc-v-salus-corporation-maxum-foundations-inc> (besucht am 08. Dezember 2017)
(zit.: *Maxum v. Salus*, N ...)
N [10]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
01. März 1983
BGE 109 II 20
N [69]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
25. Januar 1972
BGE 98 II 113
N [76]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
29. Juni 1943
BGE 69 II 243
N [62]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ArbInt.	Arbitration International (London) (siehe dazu im Literaturverzeichnis bei BERGER KLAUS PETER)
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage (franz.: Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit) (Alphen aan den Rijn) (siehe dazu im Literaturverzeichnis bei GABRIEL SIMON/WICKI JODOK)
BGE	amtlich publizierter Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK OR	Berner Kommentar zum Obligationenrecht (siehe dazu im Literaturverzeichnis bei HAUSHEER HEINZ)
BSK IPRG	Basler Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (siehe dazu im Literaturverzeichnis bei HONSELL et al.)
BSK OR I	Basler Kommentar zum Obligationenrecht I (siehe dazu im Literaturverzeichnis bei HONSELL et al.)
bzw.	beziehungsweise
Ch.	Chambre
CHF	Schweizer Franken
CHK OR	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht (siehe dazu im Literaturverzeichnis bei FURRER)
de	deutsch
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
et al.	et alii/aliae/alia (lat.: und andere)
f./ff.	und folgende Seite/n
franz.	französisch
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber/-in
HV	Hauptvertrag (vgl. K-4)
i.H.v.	in Höhe von
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von

ICC	International Chamber of Commerce
IJAL	Indian Journal of Arbitration Law (Jodphur) (siehe im Literaturverzeichnis bei GABRIEL SIMON/MEIER KATALIN)
Inc	Incorporation
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
JR	Juristische Rundschau (Berlin) (siehe im Literaturverzeichnis bei BRÜGEMANN DIETER)
Komm.	Kommentar
KUKO OR	Kurzkommentar zum Obligationenrecht (siehe dazu im Literaturverzeichnis bei HONSELL HEINRICH)
KV	Kooperationsvertrag (vgl. K-1)
lat.	lateinisch
lit.	litera (lat.: Buchstabe)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mio.	Million
MWST	Mehrwertsteuer
N	Randnummer
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
s.	siehe
SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration
SV	Subunternehmvertrag (vgl. K-7, B-3, B-2, K-9, B-5)
u.a.	unter anderem
Univ.	Universität
v.	versus
vgl.	vergleiche

z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert
ZK OR	Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht (siehe dazu im Literaturverzeichnis bei BÜHLER)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
zzgl.	zuzüglich

I. Das Schiedsgericht ist für die Beurteilung der Ansprüche zuständig

1. Die Beklagte bestreitet den Bestand einer gültigen Schiedsklausel und somit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Einleitungsantwort der Beklagten, N 11). Das Schiedsgericht ist zuständig, sofern eine gültige Schiedsvereinbarung vorliegt, welche sowohl die schiedsfähigen Parteien als auch die schiedsfähige Streitsache umfasst (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 54). Entgegen der Behauptung der Beklagten sind diese Voraussetzungen erfüllt.

1. Die Parteien haben eine gültige Schiedsklausel vereinbart

a) Die Schiedsklausel erfüllt das Formerfordernis

2. Die Schiedsvereinbarung muss gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG schriftlich getroffen werden. Die Willenserklärung muss beim Empfänger in visuell wahrnehmbarer und physisch reproduzierbarer Form eintreffen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 13). Eine Unterschrift der Parteien wird nicht gefordert. Es reicht, wenn die Vereinbarung aus Schriftstücken hervorgeht (BGer 4P.124/2001, E. 2c).
3. Mit Art. 8 des dritten SV-Entwurfs (K-9) liegt eine durch Text nachweisbare Schiedsvereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten vor. Die fehlende Unterzeichnung des SV-Entwurfs hindert die formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nicht.

b) Die Schiedsklausel ist vom SV-Entwurf unabhängig

4. Gemäss Art. 178 Abs. 3 IPRG kann gegen eine Schiedsvereinbarung nicht eingewendet werden, der Hauptvertrag sei ungültig. Dieser Autonomiegrundsatz (*«principle of separability»*) findet sich auch in Art. 21 Abs. 2 Satz 2 Swiss Rules und besagt, dass die Schiedsvereinbarung eine eigenständige, vom Hauptvertrag unabhängige Abrede darstellt (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 90; Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 10). Art. 178 Abs. 3 IPRG bezieht sich dem Wortlaut nach zwar nur auf die Gültigkeit und nicht auf die Existenz des Hauptvertrages als solches (POUDRET/BESSON, N 169). Der Autonomiegrundsatz ist jedoch so zu verstehen, dass der Hauptvertrag auch hinsichtlich seines Zustandekommens nicht das gleiche Schicksal wie die Schiedsvereinbarung haben muss (BGE 140 III 134, E. 3.3.2). So kann der Hauptvertrag als noch nicht abgeschlossen gelten, während die darin enthaltene Schiedsvereinbarung bereits zustande gekommen ist (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 90; GABRIEL/WICKI, 246 ff.; Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 10). Die Gültigkeit der Schiedsklausel wird durch die Inexistenz des Hauptvertrages nicht beeinflusst (*Omenex v. Hugon*, 103).
5. Die Beklagte behauptet folglich zu Unrecht (vgl. Einleitungsantwort, N 11), dass ein fehlendes Zustandekommen des SV per se auch die darin enthaltene Schiedsklausel betrifft. Der Autonomiegrundsatz ermöglicht einen vom Hauptvertrag unabhängigen Konsens über die Schiedsvereinbarung.

c) Es bestand ein Konsens über die Schiedsvereinbarung

6. Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung folgt den für die Auslegung privater Willenserklärungen allgemein geltenden Grundsätzen (BGE 140 III 134, E. 3.2). Dabei ist in erster Linie der übereinstimmende tatsächliche Wille der Parteien massgebend (BGE 130 III 66, E. 3.2). Kann ein solcher nicht festgestellt werden, sind die Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 140 III 134, E. 3.2). Danach ist der mutmassliche Parteiwille so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 140 III 134, E. 3.2). Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGer 4A_305/2013, E 3.2.2). Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut. Hinzu kommen ergänzende Tatsachen, die eine Schlussfolgerung auf den Parteiwillen zulassen, wie z.B. Umstände bei Vertragsschluss, das Verhalten der Parteien davor und danach, sowie der Vertragszweck und die Interessenslage der Parteien (CHK OR-KUT, Art. 18 N 10 ff.).
7. Im vorliegenden internationalen Kontext besteht kein Anlass für eine restriktive Auslegung der Schiedsklausel. Deshalb hat die Auslegung ergebnisneutral zu erfolgen (vgl. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N 480; POUURET/BESSON, N 304; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 52):
8. Die Beklagte selbst war es, die eine Schiedsklausel in Art. 9 Abs. 3 des ersten SV-Entwurfs (K-7) vorgeschlagen hat. Damit hat sie für die Klägerin in erkennbarer Weise die Bereitschaft zum Ausdruck gebracht, allfällige Streitigkeiten zwischen den Parteien der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen. Die Klägerin hat ihrerseits in Art. 8 des zweiten SV-Entwurfs (B-2) die von der Beklagten vorgeschlagene Schiedsklausel i.S. der Musterschiedsklausel der SCAI konkretisiert. Im Mark-Up Modus konnte die Beklagte diese Änderung einsehen. Am 30.05.16 hat die Beklagte den Vertragsentwurf (B-5) retourniert. Dabei hat sie einige Änderungen an den Hauptpunkten des Vertragsentwurfs vorgenommen. *Die Schiedsklausel in Art. 8 hat die Beklagte jedoch nicht mehr bearbeitet, sondern tel quel wieder an die Klägerin zurückgeschickt.* Dies ist als eine Zustimmung zur Schiedsklausel zu verstehen, denn Änderungen im Mark-Up Modus müssen Punkt für Punkt durch den Bearbeiter genehmigt werden, damit diese wieder in der normalen Formatierung erscheinen. Eine solche «*Änderungsbestätigung*» hat die Beklagte somit bezüglich der Schiedsklausel vorgenommen (B-5). Dieser Austausch des Vertragsentwurfs mit der nunmehr unveränderten Schiedsklausel zeigt den Willen der Beklagten dem Art. 8 des SV-Entwurfs und somit einer umfassenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts ab diesem Zeitpunkt zuzustimmen (vgl. GABRIEL/WICKI, 252). Dies wird in der dazugehörigen Korrespondenz (B-4) bestätigt, in der sich die Beklagte mit den übrigen Änderungen – und somit auch der Schiedsklausel – einverstanden erklärte.

9. Ein starkes Indiz für den Rechtsfolgewillen der Parteien an einer Schiedszuständigkeit sind überdies gemeinsame Interessen der Parteien (GABRIEL/WICKI, 252). Diese liegen vor: Die Streitigkeit über einen branchenunüblichen Bau von Fundamenten in 10 Meter Seetiefe erfordert ein hohes Mass an Fachwissen, welches auf Grund der Wahlfreiheit der Schiedsrichter gewährleisten werden kann. Zudem liegt es im Interesse der Beklagten, dass ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich – am gleichen Ort wie die Beklagte selbst ihren Sitz hat – zuständig ist.
10. Des Weiteren verpflichtete sich die Beklagte gemäss Art. 4 lit. a KV die Bestimmungen des HV *back-to-back* in den SV zu übernehmen. Die Beklagte und der Klient vereinbarten in Art. 8 HV eine Schiedsklausel. Daraus ergibt sich, dass die Beklagte nach dem *back-to-back*-Prinzip (s. N 44) verpflichtet ist, gegenüber der Klägerin den gleichen Streitbeilegungsmechanismus wie im HV zu gewähren (vgl. *Maxum v. Salus*, N 13).
11. Aus obigen Gründen durfte die Klägerin in guten Treuen davon ausgehen, dass die im Entwurf enthaltene Schiedsklausel von einem hauptvertragsunabhängigen Rechtsfolgewillen der Beklagten getragen ist.

2. Die Schiedsklausel ist auf Ansprüche aus dem Kooperationsvertrag anwendbar

12. Entgegen der Ansicht der Beklagten fallen auch Ansprüche aus dem KV unter die objektive Tragweite der Schiedsvereinbarung (vgl. Einleitungsantwort, N 12 f.):
 - a) **Zwischen dem KV und dem SV besteht ein enger Zusammenhang**
13. Steht das Vorliegen einer Schiedsabrede fest, so besteht kein Anlass zu einer besonders restriktiven Auslegung mehr. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass die Parteien eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts wünschen, wenn sie schon eine Schiedsabrede getroffen haben (BGE 129 III 675, E. 2.3; BGE 116 Ia 56, E. 3b). Bei der Bestimmung der objektiven Tragweite ist besonders auf das Verhältnis zwischen den verschiedenen Verträgen zu achten (BERGER/KELLERHALS, N 514).
14. Die massgebliche Schiedsklausel in Art. 8 SV-Entwurf (K-9) hält fest, dass «alle Streitigkeiten [...] aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag [...] durch ein Schiedsverfahren [...] zu entscheiden [sind]». Mit der Formulierung «im Zusammenhang» wird der Wille der Parteien zum Ausdruck gebracht, die Schiedsklausel für das gesamte Rechtsverhältnis rund um den SV – einschliesslich des KV – gelten zu lassen. Der KV stellt einen Vorvertrag dar (s. N 35 ff.) und endet mit Inkrafttreten des SV (Art. 8 lit. e KV). Der SV mit seinen Bestimmungen würde quasi an die Stelle des KV treten und diesen ersetzen. Die gültig zustandegekommene Schiedsklausel findet auch deshalb Anwendung, da sich im KV keinerlei Hinweise auf einen anderen Streitbeilegungsmechanismus finden. Des Weiteren folgt das französische

Kassationsgericht einem «*approche économique*» und wendet Schiedsklauseln auch auf wirtschaftlich zusammenhängende Verträge an (LI-KOTOVTCHIKHINE, 507 ff.). Der KV und der SV regeln beide das gleiche Bauvorhaben zwischen den gleichen Parteien. Daraus ergibt sich offensichtlich eine äusserst enge wirtschaftliche Konnexität. Streitigkeiten aus dem KV stehen somit in direktem Zusammenhang mit dem SV.

15. Im Lichte der extensiven Anwendung einer gültig zustande gekommenen Schiedsklausel wird der KV deshalb von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel umfasst.

b) Alle Ansprüche sollen nach dem Parteiwillen unter die Schiedsklausel fallen

16. Die Parteien können die Tragweite einer Schiedsvereinbarung frei bestimmen; insbesondere können sie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auch auf einzelne bestimmte Fragen beschränken. Solche Beschränkungen bergen aber das Risiko sich widersprechender Urteile (zum Ganzen: POUURET/BESSON, N 305).
17. Eine weite Auslegung einer Schiedsklausel beugt dem Risiko vor, dass ein staatliches Gericht und ein Schiedsgericht in ähnlichen Fällen zuständig sind und widersprüchliche Urteile fällen. Auch unter diesem Aspekt ist die objektive Tragweite der Schiedsklausel weit zu definieren. *Es kann nicht im Interesse der Beklagten gewesen sein, dass ein staatliches Gericht für Streitigkeiten aus dem KV und ein Schiedsgericht für Streitigkeiten aus dem SV zuständig ist.* Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Parteien mit der Wahl einer Musterschiedsklausel sämtliche Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht ausgetragen haben wollen.
18. Die Beklagte behauptet folglich zu Unrecht, das Schiedsgericht sei unzuständig. Wie oben aufgezeigt wurde, ist eine gültige Schiedsklausel vereinbart worden, welche alle Ansprüche zwischen den Parteien erfasst. Die Schiedsklausel ist demzufolge auch auf Ansprüche aus dem KV anwendbar.

II. Die Verrechnungseinrede ist nicht zu hören

1. Bezüglich Konventionalstrafen besteht ein Verrechnungsverzicht

19. Die Beklagte erhob eventualiter – im Falle der Gutheissung der klägerischen Forderung – die Verrechnungseinrede (Einleitungsantwort, N 26 ff.).
20. Bei der Verrechnungseinrede der Beklagten handelt es sich jedoch um eine Forderung, welche aufgrund eines gültigen Verrechnungsverzichts nicht zu hören ist. Die Parteien können die Verrechnungsmöglichkeit und somit die Anwendung von Art. 21 Abs. 5 Swiss Rules limitieren oder ganz ausschliessen (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 33; Practitioner's Guide-JENNY, Art. 21 N 22). Vereinbaren die Parteien einen materiell rechtlichen Verrechnungsverzicht i.S.v. Art. 126 OR, impliziert dies *immer* auch einen Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit und somit eine Limitierung von Art. 21 Abs. 5 Swiss Rules (WEHRLI/STACHER, 371; in

Bezug auf den gleichlautenden Art. 377 Abs. 1 ZPO: GÖKSU, N 617). Der Verrechnungsverzicht ist an keine Form gebunden, kann also insbesondere auch konkludent erfolgen (GÖKSU, N 616). Für einen Verrechnungsverzicht sprechen *konkrete Erfüllungsmodalitäten* (BK ORZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 126 N 20 m.w.N.).

21. Eine solche Erfüllungsmodalität ergibt sich aus dem HV: Die Beklagte vereinbarte mit dem Klienten gemäss Art. 6 Abs. 5 HV, dass eine allfällige Konventionalstrafe direkt mit dem Gesamtpreis verrechnet wird. Dadurch reduziert sich der geschuldete Gesamtpreis des Klienten um den Betrag der Konventionalstrafe (vgl. B-7). Der klägerische Leistungsanspruch berechnet sich wiederum gemäss Appendix I (K-2) stets als prozentualer Anteil des Gesamtpreises. Eine Konventionalstrafe durch den Klienten wirkt sich demzufolge indirekt auf den Wert der klägerischen Fremdleistung und somit auf die zu erwartende Gewinnmarge aus. Dies zeigt sich auch in Art. 4 lit. d KV, wonach die Zahlung für die klägerische Fremdleistung von der Zahlung des Klienten an die Beklagte abhängig ist. Daraus ergibt sich, dass die Konventionalstrafe nicht verrechnungsweise geltend gemacht werden kann. Wäre dem nicht so, könnte die Beklagte eine Konventionalstrafe gleich zwei Mal abwälzen: Erstens indirekt über eine kleinere Gewinnmarge der Klägerin und zweitens direkt durch Verrechnung mit dem bereits geschmälernten Leistungsanspruch der Klägerin. Dies entsprach offensichtlich nicht der Intention der Parteien: Organisiert in einem stillen Konsortium (Einleitungsantwort, N 5) sollten ausgesprochene Konventionalstrafen anteilmässig durch die Kooperation getragen werden. So sieht Art. 7 Abs. 2 KV explizit vor, dass externe gemeinsame Kosten – wie z.B. eine Konventionalstrafe gegenüber dem Klienten – von den Parteien gemeinsam im Verhältnis ihres Arbeitsumfanges zu verteilen sind.
22. Diese Auffassung ergibt sich ferner auch aus der ersatzlosen Streichung von Art. 7 SV (vgl. K-7, B-2, B-5), welcher einen allfälligen Schadenersatzanspruch der Beklagten gegenüber der Klägerin im Zusammenhang mit vom Klienten unter dem HV ausgesprochenen Konventionalstrafen vorsah. Die Klägerin hat diese Bestimmung gestrichen, weil Konventionalstrafen auf oben beschriebene Weise abgerechnet werden. Ihren Rechtsbindungswillen bezüglich der Streichung von Art. 7 SV hat die Beklagte in der Korrespondenz gegenüber der Klägerin kundgetan, indem sie die Unterschrift des dritten SV-Entwurfs (K-9) verlangte (K-10).
23. Für eine Verrechnung mit dem Leistungsanspruch des einzelnen Subunternehmers bleibt deshalb kein Platz mehr. Es entsprach dem Willen der Parteien, die Verrechnung der vom Klient gegenüber der Beklagten ausgesprochenen Konventionalstrafen mit der Vergütung der Kläge-

rin auszuschliessen. Somit liegt ein Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit für den verrechnungsweise geltend gemachten Schadenersatzanspruch im Zusammenhang mit der Konventionalstrafe vor.

2. Die Verrechnungseinrede wurde nicht formgerecht erhoben

24. Eine Verrechnungseinrede muss gemäss Art. 3 Abs. 10 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 lit. f Swiss Rules als Rechtsbegehren erhoben werden. Ein genügend substantiiertes Rechtsbegehren ist *conditio sine qua non* für die korrekte Identifizierung des Streitgegenstandes (Komm. SRIA-BÄRTSCHI/PETTI, Art. 3 N 9; vgl. auch BERGER/KELLERHALS, N 1205 ff.). Das Erfordernis der Bestimmtheit ergibt sich aus dem Gebot zur Gewährung des rechtlichen Gehörs. Dieses verlangt, dass die Gegenpartei erkennt, was von ihr verlangt wird, damit sie sich zielgerichtet dagegen verteidigen kann (WIRTH, 14). Das Rechtsbegehren sollte deshalb in Form einer spezifizierten Liste gestellt werden (GRIERSON/VAN HOOFT, 77 bezüglich dem sehr ähnlichen Art. 4 Abs. 3 lit. d ICC Rules).
25. Die Beklagte hat in ihrer Einleitungsantwort gleich zu Beginn drei Rechtsbegehren gestellt. Das Begehren, vermeintliche Ansprüche der Beklagten mit den Ansprüchen der Klägerin zu verrechnen, ist darin aber nicht enthalten. Somit ist für die Klägerin nicht klar, ob die im Fliesstext erhobene Verrechnungseinrede als Rechtsbegehren erhoben wurde und zum Streitgegenstand gehört oder nicht. Die Beklagte argumentiert, sie habe die Verrechnungseinrede bewusst nicht als eigenständiges Rechtsbegehren erhoben, um Aufwand und Formalismus klein zu halten (Erwiderung zur Stellungnahme, N 2 ff.). Mit diesen Erläuterungen verstärkt die Beklagte die Unklarheit, ob die Verrechnungseinrede nun zum Streitgegenstand gehört oder nicht. Auch aus diesem Grund darf die Verrechnungseinrede nicht gehört werden.

III. Eventualiter: Leistung der Gebühr und des Kostenvorschusses

26. Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten die Verrechnungseinrede hören, so hat die Beklagte die Einschreibgebühr sowie einen entsprechenden Kostenvorschuss zu leisten:

1. Es besteht eine Pflicht zur Leistung einer Einschreibgebühr

27. In analoger Anwendung und teleologischer Auslegung von Art. 1.3 Appendix B Swiss Rules ist auch für eine Verrechnung eine Einschreibgebühr nach Art. 1.1 Appendix B Swiss Rules zu entrichten. Sowohl Verrechnung wie auch Widerklage verfolgen mit der Geltendmachung eines Gegenanspruchs, welcher die Klageforderung teilweise oder ganz ausgleicht, das gleiche Ziel (vgl. STOLZKE, 7). Beide Institute « [...] are meant to avoid circuitry of action» und weisen eine «intrinsic functional similarity» auf (BERGER, 58 f.).
28. Die gleiche Zielsetzung beider Institute führt dazu, dass zusätzlich zum Hauptanspruch weitere Ansprüche zu prüfen sind. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb nur für die Widerklage eine

Gebühr entrichtet werden soll. Im Gegenteil ist es angezeigt, auch für Verrechnungsforderungen eine Einschreibegebühr zu entrichten, da sonst der Verrechnende für die Geltendmachung eigener Forderungen von der Einschreibegebühr des Klägers profitieren könnte. Darüber hinaus rechtfertigt sich eine Gleichbehandlung auch dadurch, dass Art. 19 Abs. 3 Swiss Rules in formeller Hinsicht für beide Institute die gleichen Regeln vorsieht.

29. Da die Beklagte die Einschreibegebühr nicht bezahlt hat, ist ihr gemäss Art. 3 Abs. 5 Swiss Rules eine entsprechende Frist zur Zahlung anzusetzen. Sollte die Zahlung nicht fristgerecht erfolgen, ist gemäss Art. 1.5 Appendix B das Schiedsverfahren bezüglich der Verrechnungseinrede nicht weiterzuführen.

2. Die Beklagte hat einen separaten Kostenvorschuss zu leisten

30. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist für die von ihr eventualiter erhobene Verrechnungseinrede aufgrund eines erheblichen Mehraufwands ein separater Kostenvorschuss zu leisten (vgl. Erwiderung zur Stellungnahme, N 6). Da die Beklagte sich weigert diesen Kostenvorschuss zu leisten, ist die Einrede nicht zu hören:
31. Gemäss Art. 2.4 Appendix B Swiss Rules werden Klagen und Verrechnungseinreden für die Bestimmung des Streitwertes zusammengezählt, es sei denn, das Schiedsgericht komme zum Schluss, dass die Verrechnungsansprüche keinen bedeutenden Mehraufwand erfordern. Führt die Erhebung der Verrechnungseinrede aber aufgrund eines bedeutenden Mehraufwandes zu einer Erhöhung des Streitwertes, können gemäss Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules separate Kostenvorschüsse festgesetzt werden (vgl. Komm. SRIA-STACHER, Art. 41 N 11; Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 19 N 16).
32. Ein bedeutender Mehraufwand gemäss Art. 2.4 Appendix B Swiss Rules ist dann zu bejahen, wenn die Verrechnungsforderung vom Kläger bestritten wird, sodass diese Forderung – neben der klägerischen Forderung – ebenfalls beurteilt werden muss (Komm. SRIA-STACHER, Appendix B N 6). Andere Schiedsordnungen sehen eine ähnliche Regelung vor, so z.B. Art. 37 Abs. 7 ICC Rules: «[...] such set-off shall be taken into account [...] in the same way as a separate claim insofar as it may require the arbitral tribunal to consider additional matters» (vgl. GABRIEL/MEIER, 66). «Additional matters» i.S.v. Art. 37 Abs. 7 ICC Rules liegen vor, wenn die Verrechnungsforderung nicht mit der Hauptforderung verknüpft ist oder sogar aus einem anderen Vertragsverhältnis stammt (BÜHLER/JARVIN, N 15.1096).
33. Die Verrechnungsforderung der Beklagten wird von der Klägerin in der Sache bestritten. Aus der Einleitungsantwort wird nicht ersichtlich, dass die vermeintliche Schadenersatzforderung sich aus der mit dem KV begründeten Rechtsbeziehung zwischen Klägerin und Beklagter ergeben soll. Es fehlt vielmehr gänzlich an einer Verknüpfung der Verrechnungsforderung mit

der klägerischen Forderung, da der aufgrund der Konventionalstrafe erlittene Schaden abschliessend durch die im HV niedergelegte Erfüllungsmodalität geregelt ist (s. N 21). Am Rechtsverhältnis des HV ist die Klägerin jedoch nicht beteiligt. Die Rechtslage ist somit alles andere als klar, weshalb das Schiedsgericht einen bedeutenden zusätzlichen Aufwand hat, soll es die Umstände rund um diesen konstruierten Schadenersatzanspruch in den Entscheid mit einbeziehen. Aufgrund dieses Mehraufwandes erhöht sich der Streitwert gemäss Art. 2.4 Appendix B Swiss Rules auf CHF 5.32 Mio. Diese Streitwerterhöhung durch die Verrechnungseinrede rechtfertigt – wie bei einer Streitwerterhöhung aufgrund Widerklage – zur Ansetzung separater Kostenvorschüsse gemäss Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules (vgl. BERGER, 81 bezugnehmend auf die alten ICC Rules; sowie GABRIEL/MEIER, 67 bezugnehmend auf Art. 37 Abs. 3 ICC Rules).

34. Indem die Beklagte die Verrechnungseinrede als (sub-)eventualiter Standpunkt vorbringt, beruft sie sich in erster Linie auf Prozessrecht (GABRIEL/MEIER, 68; BGer 4A_290/2007, E. 8.3.1). Durch die Einrede der Eventualverrechnung wendet sich die Beklagte an das Schiedsgericht, um ihre eigene Stellung im Prozess zu verbessern. Dadurch macht sie sich dessen Dienstleistung zu Nutze, um dem Risiko im Zusammenhang mit einer unbedingten Verrechnungseinrede zu entgehen (vgl. GABRIEL/MEIER, 68). Erklärt die Beklagte nun, den Kostenvorschuss nicht zu leisten, rechtfertigt es sich deshalb gerade in diesem Fall die Verrechnungseinrede nicht zu hören und das Verfahren in Bezug auf das Begehren i.S.v. Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules nicht weiterzuführen (so auch GABRIEL/MEIER, 69; BERGER, 81).

IV. Der Kooperationsvertrag ist als Vorvertrag zu qualifizieren

35. Die Beklagte bringt vor, dass sich die Parteien bei Abschluss des KV am 12.01.16 nicht auf alle *essentialia* des zu schliessenden SV einigen konnten. Deshalb bestehe kein verbindlicher Vorvertrag, sondern lediglich ein Verhandlungsvertrag (Einleitungsantwort, N 16).
36. Ein Vorvertrag i.S.v. Art. 22 OR ist ein Vertrag, der zumindest eine Partei zum Abschluss eines in der Zukunft liegenden Vertrages, des sog. Hauptvertrages, verpflichtet (BGer 4A_297/2013, E. 3.2.1). Ob es sich um einen Vorvertrag mit Kontrahierungspflicht handelt, muss im Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden (BGer 4C.409/2005, E. 2.3.1; ISLER, 13). Der Vorvertrag muss dabei die *essentialia* des zu schliessenden Hauptvertrages bereits hinreichend bestimmen (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 2). Daneben ist entscheidend, ob die Parteien einen entsprechenden *Bindungswillen* gezeigt haben (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 5).

1. Die *essentialia* sind in Appendix I hinreichend bestimmt

37. Im Appendix I (K-2 und K-3) sind die *essentialia* des zu schliessenden Werkvertrages nach Art. 363 OR hinreichend bestimmt worden. Der erste wesentliche Bestandteil liegt mit der Einigung über den detaillierten Fremdleistungskatalog vor. Auch der zweite wesentliche Bestandteil, die Pflicht zur Leistung einer Vergütung durch die Beklagte, ist durch den vereinbarten prozentualen Anteil von 40 % am Gesamtpreis (K-3) festgelegt.

2. Die Parteien verpflichten sich zum Abschluss eines Subunternehmervertrages

a) Aus dem Wortlaut geht eine Kontrahierungspflicht hervor

38. Der Wortlaut des KV als Anknüpfungspunkt der Vertragsauslegung (s. N 6) spricht für das Bestehen einer Kontrahierungspflicht: In Art. 4 KV heisst es: «Erhält DMB den Zuschlag für das Projekt, und wurde der HV zwischen DMB und dem Klienten abgeschlossen, so schliessen DMB und GF einen Subunternehmervertrag [...]». Es wird nicht an die vorgelagerten *Verhandlungen* über einen SV als gewolltes Ziel angeknüpft, sondern direkt an *Abschluss* dieses Vertrages. Die gewollte Kontrahierungspflicht verdeutlicht sich zudem durch die vereinbarte Exklusivitätsklausel in Art. 5 KV. Diese Klausel schliesst konkurrierende Mitbewerber der Parteien in Bezug auf das ausgeschriebene Projekt ausdrücklich aus (vgl. JAHN, 53). Art. 5 KV untersagt nicht bloss das Führen von Verhandlungen mit anderen Unternehmen, sondern verpflichtet darüber hinaus die Beklagte den SV exklusiv mit der Klägerin *abzuschliessen*.

b) Es besteht eine unbedingte Kontrahierungspflicht mit Zuschlag

39. Der Wille zum späteren Kontrahieren ergibt sich des Weiteren aus Art. 8 KV: Die Beendigung des Vertrages wird vom Eintritt eines der in Art. 8 Abs. 1 lit. a–g KV genannten Ereignisse abhängig gemacht, weshalb der KV ein resolutiv bedingter Vertrag i.S.v. Art. 154 Abs. 1 OR darstellt (vgl. PETER, 11 f.). Die Parteien wollen den Fortbestand der rechtsgeschäftlichen Wirkung nur, wenn diese im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 12.01.16 ungewissen, zukünftigen Ereignisse ausbleiben (vgl. KNELLWOLF, 123). Der Fortbestand des KV untersteht einem Schwebezustand, wobei der entscheidende Zeitpunkt für dessen Ende im Projektzuschlag durch den Klienten besteht (vgl. Art. 2, Art. 3 und Art. 4 KV, Wegfall von Art. 8 Abs. 1 lit. b–d und f KV). Da die *essentialia* in diesem Zeitpunkt hinreichend bestimmt sind (s. N 37) und auf Grund der Auslegung des Art. 8 Abs. 1 lit. g KV (s. N 40 ff.) sowie des *back-to-back*-Prinzips (s. N 44) kann der Fortbestand der rechtsgeschäftlichen Wirkung des KV nur in der Verpflichtung zum Abschluss des SV und somit in einer Kontrahierungspflicht bestehen:

40. In Art. 8 Abs. 1 lit. g KV wird festgehalten, dass der Vertrag endet, wenn die Parteien sich nicht auf den Umfang und/oder Preis für die Fremdleistung einigen können. Diese resolutive Potesta-

tivbedingung begründet faktisch ein vertragliches Rücktrittsrecht der Parteien (vgl. zum Ganzen EHRAT, N 21 und 48 ff.). Obwohl die Bedingung in lit. g durch die gescheiterten Vertragsverhandlungen am 12.08.16 nach ihrem Wortlaut als eingetreten erscheint, ist sie nach ihrer wirklichen Bedeutung bereits ausgefallen (vgl. dazu GUTMANS, 82 f.). So dient als primäres Auslegungsmittel zwar der Wortlaut (s. N 6), jedoch ist für dessen Bedeutung weniger der unmittelbare Wortsinn, als die systematische Stellung im gesamten Vertragsgefüge ausschlaggebend (BGer 4A_220/2013, E. 4.4.5).

41. Art. 8 Abs. 1 lit. g KV verweist in systematischer Auslegung direkt auf Art. 4 lit. b KV, wonach der Umfang der Fremdleistungen im Appendix I festzulegen ist. Das Rücktrittsrecht soll dem Fall Rechnung tragen, dass die Parteien nicht einmal im *Hinblick auf den Projektzuschlag* zu einer ersten Einigung finden, und somit der Appendix I gar nie unterzeichnet würde. Eine solche Einigung kam jedoch bereits am 15.02.16 zustande (K-2). Die restlichen zu verhandelnden Vertragspunkte, die erst nach Abschluss des HV bekannt werden, wurden durch das *back-to-back*-Prinzip «vorgespurt» (s. N 44 ff.). Darin zeigt sich der Wille der Parteien, den lit. g nicht über den Zuschlag hinaus gelten zu lassen.
42. Denn es war auch im Interesse der Beklagten als Generalunternehmerin sicherzustellen, dass sich die Klägerin nach erfolgtem Zuschlag und damit verbundenem Baustart *ihren Verpflichtungen aus dem KV nicht entzieht*. Die Beklagte hat so für sich Planungssicherheit geschaffen und gleichzeitig das Risiko von Verzugs- und Haftungsfolgen nach Art. 6 HV minimiert. Der KV kann deshalb nach Projektzuschlag nur noch durch Absprache der Parteien (lit. a) oder durch Inkrafttreten des SV (lit. e) beendet werden. Dies zeigt, dass es den Parteien bei der Schliessung des KV nicht um eine bloss bedingte Verpflichtung zum Verhandeln ging, sondern – im Falle des Zuschlags durch den Klienten – *konkret um eine Kontrahierungspflicht*.

c) Das back-to-back-Prinzip schliesst einen Verhandlungsvertrag aus

43. Weiter argumentiert die Beklagte, dass der KV den bestehenden Verhandlungsstand als Ausgangslage festgehalten hat, wobei aber für beide Parteien klar war, dass der SV erst nach Unterzeichnung des HV fertiggestellt werden konnte (Einleitungsantwort, N 17).
44. Dieser Einwand der Beklagten geht fehl. Mit dem Abschluss des KV verfolgten die Parteien nicht nur den Zweck, den aktuellen Verhandlungsstand festzuhalten. Vielmehr verfolgt der KV gemäss Art. 1 lit. ii das Ziel, die grundlegenden Bestimmungen für *die weitere Zusammenarbeit* festzuhalten, sollte die Beklagte den Zuschlag erhalten. Aus diesem Grund bestimmt Art. 4 lit. a KV, dass der SV die Bestimmungen des HV zwischen der Beklagten und dem Klienten *back-to-back* übernehmen wird. Die Parteien bringen mit dem Abschluss einer solchen Klausel zum Ausdruck, dass sie eine inhaltlich *weitreichende Abstimmung* des SV mit dem HV

wollen (vgl. SAXER, 56; GAUCH, N 155). Mit Art. 4 lit. c KV wird die in Art. 4 lit. a KV enthaltene Pauschalklausel dahingehend konkretisiert, dass die Klägerin «[...] die unter dem HV verlangten Garantien und Zusicherungen bereitstellen wird [...]». Dieser Verweis ist als eine spezifische Koordinationsklausel zu verstehen. Damit bezeugen die Parteien ihren Willen, dass sie in diesem konkreten Punkt – der Erfüllungs- und Vorauszahlungssicherheiten – eine abschliessende Regelung durch eine gezielte Koordination wünschen (vgl. SAXER, 59; HÜRLIMANN, 214; SCHUMACHER, N 887 f.). Durch das *back-to-back*-Prinzip wird der Inhalt des zu schliessenden SV «*vorgespart*», damit die Parteien nach Zuschlag ohne weitere zeitraubende Verhandlungen die fehlenden Vertragspunkte *back-to-back* aus dem HV übernehmen können und ein rascher Baustart ermöglicht wird (K-6).

45. Aus dem Vorliegen der *essentialia*, der Auslegung des lit. g und dem vereinbarten *back-to-back*-Prinzip zeigt sich, dass die Parteien mit dem Abschluss des KV nicht bloss den Verhandlungsstand i.S. eines Verhandlungsvertrages festhalten wollten. Vielmehr wollten sie sich im Falle eines Zuschlags binden, in dem sie sich zum Abschluss eines weiteren Vertrags verpflichteten.

3. Der Vorvertrag hat sich nicht in einen Verhandlungsvertrag gewandelt

46. Die Beklagte behauptet, dass sich durch das Angebot der Klägerin, den Fremdleistungsanteil zu reduzieren, der Vorvertrag in einen Verhandlungsvertrag gewandelt habe (Einleitungsantwort, N 18 f.). Dabei übersieht sie, dass durch die im Vorvertrag enthaltene Kontrahierungspflicht eine Nachverhandlungspflicht mitbegründet wurde (vgl. HERZOG, N 100). Der KV stellt als Vorvertrag eine Vorstufe zum SV dar (sog. *pactum praeparatorium*), welcher die Parteien dazu verpflichtet, dem zu schliessenden SV entgegenstehende Hindernisse einvernehmlich auszuräumen (BRÜGGEMANN, 204).
47. Die Klägerin war also aufgrund der im KV angelegten Zusammenarbeit dazu verpflichtet, der Beklagten jegliche Umstände mitzuteilen, welche sich auf den zu schliessenden Vertrag auswirken. Durch das Angebot, den Fremdleistungsanteil zu reduzieren, ist die Klägerin dieser Anzeigepflicht (s. N 53) nachgekommen. Damit besteht eine Nachverhandlungs- und Anpassungspflicht aus dem Vorvertrag. Den durch den Zuschlag unbedingt begründeten Kontrahierungswillen hat die Klägerin durch dieses Angebot in keiner Weise aufgegeben. Dies durfte die Beklagte nach dem Vertrauensprinzip auch nicht so verstehen, hat die Klägerin doch stets betont, wie sehr sie sich dem Projekt verpflichtet fühle, und nichts lieber täte, als den KV durch einen finalen SV zu ersetzen (B-6; K-11). Das zur Disposition stellen des Fremdleistungsanteils ändert nichts an der vereinbarten Kontrahierungspflicht, sondern wird durch die damit einhergehende Nachverhandlungspflicht geradezu verlangt.

V. Der Kooperationsvertrag wurde nicht rechtmässig gekündigt

1. Die Beklagte kann nicht nach Art. 107 OR zurücktreten

a) Die Beklagte kann nicht auf die gesamte Leistung verzichten

48. Wenn die Beklagte zur Begründung ihres Rücktritts eine drohende Konventionalstrafe anführt (Einleitungsantwort, N 24; K-12), so bringt sie zum Ausdruck, dass die Klägerin mit ihren Leistungen aus dem zu schliessenden SV in Verzug sei. Dabei kann eine Partei vom Vorvertrag qua Vorwirkung stets dann zurücktreten, wenn ihr bei geschlossenem Hauptvertrag ein Rücktrittsrecht zustünde (HERZOG, N 379; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 22 N 66). Damit kommt der Herstellerverzug i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR als werkvertragsspezifischer Anwendungsfall von Art. 107-109 OR (BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366 N 20; BGE 115 II 50, E. 2a) zur Anwendung. Ein von der Beklagten beabsichtigter Gesamtverzicht kommt bei teilbaren Leistungen jedoch nur dann in Betracht, wenn auch eine Gefährdung der nicht vom Verzug betroffenen Teilleistung vorliegt.

i) Es besteht kein Verzug der Gesamtleistung

49. Bei Herstellerverzug des Unternehmers ist vorab zu prüfen, ob dessen zu erbringende Leistung teilbar ist. Dies ist zu bejahen, sofern sie im technischen Sinne, sowie im Hinblick auf die Interessenslage und den Vertragszweck teilbar ist (BGE 141 III 106, E. 16.2).
50. Eine Leistung ist im technischen Sinne teilbar, sofern sie ohne Wertverlust zerlegbar ist. Das BGE bejaht dies bereits dann, wenn für die verschiedenen Leistungsteile unterschiedliche Zwischentermine vereinbart wurden (BGE 141 III 106, E. 16.2.1). Die Klägerin verpflichtete sich zum Bau der Fundamente inkl. geologischer Voruntersuchungen einerseits, sowie zum Bau der Masten andererseits (Einleitungsanzeige, N 5; K-2). Die Teilbarkeit dieser Leistungen ergibt sich bereits daraus, dass dafür jeweils unterschiedliche Ablieferungstermine vereinbart werden sollten (Appendix II SV, K-9). Weiter wurden in Appendix I KV sowohl die verschiedenen Leistungen einzeln aufgelistet, als auch die davon abhängige Gegenleistung in Prozent festgehalten. Mit der Zusammenfassung der Leistungen in Appendix I KV verfolgten die Parteien entsprechend keinen besonderen Zweck (vgl. BGE 141 III 106, E. 16.2.1). So kann die Herstellung der Masten unabhängig von geologischen Voruntersuchungen und Fundamentbau durch unterschiedliche Unternehmer erfolgen. Dies zeigt sich auch darin, dass mit dem Zuzug der AFAG bereits einvernehmlich eine Teilung der klägerischen Leistung erfolgte (K-3).
51. Da die klägerische Gesamtleistung teilbar ist, bleibt zu prüfen, ob einzelne Teile der Leistung nicht vom angeblichen Verzug erfasst sind (SCHENKER, 88; BGE 141 III 106, E. 16.2). Selbst wenn sich die Klägerin bezüglich der durchzuführenden geologischen Voruntersuchungen im Verzug befand (Einleitungsantwort, N 28), trifft dies keineswegs auf die restlichen Leistungen

zu. Der erste Milestone – Abschluss der geologischen Voruntersuchungen – bezieht sich ausschliesslich auf den *Fundamentbau*. Nicht erfasst von diesem Milestone und somit vom Verzug ausgeschlossen sind die restlichen Konstruktionsarbeiten im Zusammenhang mit dem *Mastenbau* (K-2). So verschieben sich auch die entsprechenden Ablieferungstermine respektive Milestones gemäss der in Art. 5 Abs. 3 des dritten SV-Entwurfs (K-9) enthaltenen Verlängerungsklausel (vgl. WERZ, 87 ff.). Ein Verzug der Gesamtleistung liegt deshalb nicht vor.

ii) Ein Gesamtverzicht ist nicht möglich

52. Schliesslich ist auch die Vertragserfüllung der nicht vom Verzug betroffenen Teilleistung durch die Klägerin nicht gefährdet. Ob eine unzumutbare Gefährdung vorliegt, ist nach den Umständen zu beurteilen, namentlich im Hinblick auf die Gründe der erfolgten Pflichtverletzung (BGE 141 III 106, E. 16.2.2 m.w.N.). Der angebliche Herstellerverzug bezüglich der geologischen Voruntersuchungen betrifft einzig den Bereich des Fundamentbaus, in welchem der Klägerin aufgrund der Branchenunüblichkeit die nötige Expertise fehlt (vgl. Einleitungsanzeige, N 7). Daraus kann jedoch keineswegs auf eine Gefährdung in Bezug auf den Mastenbau geschlossen werden, in welchem die Klägerin doch spezialisiert ist (B-1). Die Beklagte hatte insbesondere im Zeitpunkt der Kündigung am 12.08.16 keinen Grund zur Annahme, dass die Konstruktionsarbeiten rund um den Mastenbau nicht rechtzeitig fertiggestellt würden (vgl. BGE 141 III 106, E. 16.2.2).
53. Der Hauptgrund für die Verzögerung liegt hingegen vielmehr in der fehlenden Kooperationsbereitschaft der Beklagten. Die Klägerin war gemäss Art. 2 KV nicht verpflichtet, Vorbereitungshandlungen vorzunehmen, welche bei fehlendem Zuschlag unnütz geworden wären. In Bezug auf den branchenunüblichen Fundamentbau war es der Klägerin also gerade nicht zuzumuten, umfangreiches Know-How zu erwerben, weil sie für entsprechendes Wissen auch in zukünftigen Projekten keine Verwendung hätte (vgl. BGE 141 III 106, E. 16.2.3). Als infolge Zuschlag der HV geschlossen wurde und *erst damit* der konkrete Terminplan für das Projekt feststand, schlug die Klägerin der Beklagten – i.S. einer gemeinsamen Effizienzsteigerung – umgehend und mehrfach vor, einen weiteren Subunternehmer beizuziehen und bot hierfür ihre Hilfe an (B-1; B-6; K-11) (vgl. Art. 365 Abs. 3 OR). Die Beklagte ihrerseits zeigte sich in keiner Weise kompromissbereit (vgl. B-4; Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 11; K-11). Die Beklagte hätte es somit in der Hand gehabt, mittels frühem Zuzug eines Subunternehmers sicherzustellen, dass die geologischen Voruntersuchungen mit einer Arbeitsdauer von zwei Monaten (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 9) rechtzeitig begonnen und damit das Konzessionsgesuch fristgerecht eingereicht worden wäre. Es ist dabei nicht nachvollziehbar, inwiefern es der Beklagten – obschon im gegenseitigen Interesse – nicht zumutbar gewesen wäre, einen weiteren

Subunternehmer beizuziehen. Insbesondere kann ein allfälliger Koordinationsaufwand der Beklagten – ohne weitergehende Substantiierung – (vgl. B-4) einem Zuzug eines Dritten nicht entgegenwirken (vgl. BGE 141 III 106, E. 16.2.1). Im Hinblick auf die Expertise der Klägerin und die Ursache des Verzugs kann nicht von einer unzumutbaren Gefährdung bei den Arbeiten betreffend dem Mastenbau ausgegangen werden, womit ein Gesamtverzicht nicht zulässig ist. Ein Rücktritt der Beklagten nach Art. 366 Abs. 1 OR ist somit unzulässig.

b) Die Beklagte verlangt die Annahme eines nicht vorvertragskonformen Angebots

54. Sollte sich die Beklagte jedoch – unabhängig von einem Verzug und wie in Einleitungsantwort N 23 f. angedeutet – auf eine vermeintliche Erfüllungsverweigerung der Klägerin berufen, kann auch diesem Begehren keine Folge geleistet werden. Wer sich auf ein derartiges Rücktrittsrecht beruft, muss sich selber in Übereinstimmung mit dem Vorvertrag verhalten. M.a.W. kann derjenige nicht vom Vorvertrag zurücktreten, der seinem Kontrahenten ein Angebot zum Abschluss des Hauptvertrags unterbreitet, welches jedoch inhaltlich nicht mit dem Vorvertrag konform ist (HERZOG, N 370; HENRICH, 197).
55. Gemäss Art. 4 lit. a und c KV wollten die Parteien in Bezug auf die Erfüllungs- und Vorauszahlungssicherheiten eine möglichst weitreichende Angleichung des SV an den HV (s. N 44). Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die von der Beklagten gestellten Forderungen nicht dem *back-to-back*-Prinzip entsprachen und deshalb kein vorvertragskonformes Angebot erfolgte.
56. Bezüglich den vom Unternehmer zu leistenden Sicherheiten besteht unter den allgemeinen Vertragsbedingungen (K-5) ein Zustimmungserfordernis des Bestellers. Dieses wurde in den besonderen Vertragsbestimmungen des HV durch ein *einzelfallbezogenes Ablehnungsrecht konkretisiert*. Der «Bankenpool» der Beklagten wurde nur örtlich leicht begrenzt. Ihr verblieb bei der Wahl des Bankinstituts bewusst eine grosse Freiheit, da der Klient schliesslich immer die Möglichkeit hatte, den Vorschlag im Einzelfall zurückzuweisen.
57. Die Beklagte hingegen schränkte den zur Auswahl stehenden «Bankenpool» in den besonderen Vertragsbestimmungen (K-7) bereits zum Voraus durch eine «Liste von Banken» und später durch das Grossbankenerfordernis (B-5) ein. Darüber hinaus behielt die Beklagte zusätzlich ein *einzelfallbezogenes Ablehnungsrecht*. Damit findet die im HV zwischen Klient und Beklagter gewählte Konkretisierung der allgemeinen Vertragsbedingungen im SV keinerlei Niederschlag mehr. Das *back-to-back*-Prinzip bzw. die durch Art. 4 lit. a i.V.m. Art. 4 lit. c KV erreichte Verknüpfung der beiden Verträge sollte jedoch gerade sicherstellen, dass die Beklagte den SV insbesondere in Bezug auf die Bankgarantien unter den gleichen Bedingungen schliessen kann, wie die Beklagte ihrerseits mit dem Klienten. Aus diesem Grund sind nicht nur die allgemeinen

Vertragsbedingungen für sich, sondern insbesondere auch die Art und Weise der zwischenparteilichen Konkretisierung in den besonderen Vertragsbestimmungen vom *back-to-back*-Prinzip erfasst. Die durch das Grossbankenerfordernis geforderte Einschränkung der Wahlmöglichkeit und die damit verbundene Pauschablehnung aller anderen Banken entspricht nicht der im HV gewählten Konkretisierung und verletzt daher Art. 4 lit. a und Art. 4 lit. c KV.

58. Daran ändert auch nichts, wenn die Beklagte vorbringt, dass sie gegenüber dem Klienten ihre Sicherheiten durch zwei Bankgarantien der CS gestellt hat, weshalb es aufgrund des *back-to-back*-Prinzips zwingend sei, dass die Klägerin ihrerseits Sicherheiten von *vergleichbarer Qualität* zu stellen habe (Einleitungsantwort N 4 und 5).
59. In der Schweiz und EU bestehen weitaus mehr Banken mit «vergleichbarer» Qualität als die von der Beklagten geforderten. Selbst wenn die Wahlfreiheit der Beklagten faktisch eingeschränkt gewesen sein sollte – was jedoch keinerlei Stütze in den Beilagen findet (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 16) – ist dies nicht vom *back-to-back*-Prinzip erfasst: Die tatsächliche Stellung bzw. Interessenlage zwischen den Parteien des HV kann nicht auf dem Wege des *back-to-back*-Prinzips auf die Parteien des SV übertragen werden. Gewollt ist nur, aber immerhin, den Parteien in beiden Vertragsverhältnissen eine möglichst *identische rechtliche Stellung* zu gewährleisten. Art. 4 Abs. 1 lit. c KV spricht gerade deshalb von den «verlangten», und nicht den «geleisteten» Garantien.
60. Da die Beklagte der Klägerin selbst kein vorvertragskonformes Angebot unterbreitete, konnte sie nicht unter Berufung auf Art. 107 OR vom KV zurücktreten.

c) Eventualiter: Der Rücktritt erfolgte nicht unverzüglich

61. Aufgrund der verspäteten Rücktrittserklärung ist der Rücktritt der Beklagten auch dann abzuweisen, wenn das Gericht den obigen Ausführungen nicht folgen sollte:
62. Ein Leistungsverzicht nach Art. 107 Abs. 2 OR muss dem Schuldner nach Ablauf der Nachfrist i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR unverzüglich (BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 14), oder aber bereits im Zusammenhang mit der Nachfristansetzung (BGE 116 II 436, E. 3) erklärt werden. Das Erfordernis der Unverzüglichkeit schützt die Interessen des Schuldners und soll u.a. spekulatives Zuwarten des Gläubigers nach Fristablauf auf Kosten des Schuldners verhindern (vgl. BGer 4A_232/2011, E. 5.3; BGE 69 II 243, E. 5). Es geht darum, klare Verhältnisse und Sicherheit für den Schuldner zu schaffen (BGer 4A_141/2017, E. 4.2).
63. Die Beklagte erklärte ihren Rücktritt vom KV erst am 12.08.16 (K-12), also *über einen Monat* nach Verstreichen der in K-10 gesetzten Nachfrist. Durch das Fortführen der Verhandlungen zwischen Ansetzung der Nachfrist und Kündigung (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 13) schuf die Beklagte bei der Klägerin Ungewissheit über die weitere Zusammenarbeit. Schliesslich war

auch aus K-10 nicht ersichtlich, dass die Beklagte bei Fristablauf einseitig auf die Leistung zu verzichten gedenke. Sie schlug bloss die einvernehmliche Aufhebung des SV vor.

64. Wenn lediglich 10 Tage nach der Kündigung (K-12) die Zusammenarbeit der Beklagten mit den TP-Bahnen bekannt geworden ist (vgl. K-13), ist davon auszugehen, dass die Klägerin bereits vor ihrer Rücktrittserklärung mit den TP-Bahnen Verhandlungen aufgenommen hatte. Dies wiederum legt die Vermutung nahe, dass sich die Beklagte während der Zeit bis zum Ausspruch der Kündigung nach einer Möglichkeit umsah, einen anderen Subunternehmer beizuziehen und so – auf Kosten der Klägerin – mit der Rücktrittserklärung *bewusst zuwartete*.
65. Unter diesen Umständen durfte die Beklagte mit ihrer Rücktrittserklärung nicht über einen Monat zuwarten, weshalb der am 12.08.2016 erklärte «Rücktritt» mangels Unverzüglichkeit unwirksam ist.
66. Sollte sich die Beklagte im Zusammenhang mit einer vermeintlichen Erfüllungsverweigerung der Klägerin hingegen darauf berufen, eine Nachfristansetzung sei vorliegend nicht nötig gewesen, so entbindet sie auch dies nicht von Ihrer Pflicht, den Rücktritt unverzüglich nach Bekanntwerden einer möglichen antizipierten Vertragsverletzung zu erklären (vgl. BGer 4A_232/2011, E. 5.3; BGer 4C.58/2004, E. 3.4).
67. Wenn sich die Beklagte also in der Einleitungsantwort N 24 darauf beruft, dass mit K-11 für sie klar war, dass jedes weitere Zuwarten sinnlos sei, so hätte ein Rücktritt konsequenterweise spätestens als Reaktion auf K-11 unverzüglich erfolgen müssen. Jedoch verstrich zwischen K-11 und dem Rücktritt (K-12) über einen Monat. Ein allfälliges Rücktrittsrecht aufgrund Erfüllungsverweigerung hatte die Beklagte somit zu diesem Zeitpunkt bereits verwirkt.

2. Eventualiter: Der Bedingungsausfall ist nach Art. 156 OR zu fingieren

68. Die Beklagte argumentiert, der KV sei *ipso iure* durch den Eintritt der Potestativbedingung (s. N 40 ff.) gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. g KV beendet worden (Einleitungsantwort, N 20 f.). Der Bedingungsausfall ist jedoch gemäss Art. 156 OR zu fingieren, sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, beim KV handle es sich um einen Verhandlungsvertrag:
69. In analoger Anwendung von Art. 156 OR gilt eine Resolutivbedingung als nicht eingetreten, sofern der Bedingungseintritt wider Treu und Glauben herbeigeführt wurde (BGE 109 II 20, E. 2a). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies auch für Potestativbedingungen (BGE 117 II 273, E. 5c). Verlangt wird ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des bedingt Verpflichteten und dem Bedingungseintritt sowie ein Verstoss gegen Treu und Glauben (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 5).

70. Aus der Natur der Potestativbedingung ergibt sich grundsätzlich das gute Recht der Beklagten, sich nicht mit der Klägerin zu einigen. Dieses Recht endet jedoch dort, wo diese Entscheidungsfreiheit missbraucht wird (BGer 4C.278/2004, E. 3.2). Ein Missbrauch der Entscheidungsfreiheit wird dann von Art. 156 OR erfasst, wenn er durch treuwidriges Verhalten i.S.v. Art. 2 ZGB erfolgt (BGer 4C.278/2004, E. 3.2; vgl. SECRETAN, 358). Als Massstab an das Verhalten dient eine am Vertrauensprinzip orientierte Auslegung des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts, wobei das Verhalten namentlich dann als treuwidrig erscheint, wenn es gegen den *Inhalt dieses Rechtsgeschäfts* gerichtet ist (BGE 117 II 273, E. 5c). Der Verhandlungsvertrag beinhaltet die Pflicht, die Verhandlungen mit dem Partner in Richtung einer Einigung voranzutreiben (MONN, N 761). Die Verhandlungspflicht nach Treu und Glauben intensiviert sich mit Vorschreiten der Verhandlungen (vgl. MONN, N 767).
71. Die Beklagte verhielt sich diametral entgegen ihren Verhandlungspflichten und stellte *erst im fortgeschrittenen Verhandlungsstadium* das Grossbankenerfordernis. Die Beklagte wusste aufgrund früherer Geschäftsbeziehungen zur Klägerin bereits von Beginn an, dass die Veneto Banca die Hausbank der Klägerin ist. Die Klägerin erwähnte nach Abschluss des HV und im Hinblick auf die kommenden Verhandlungen zum SV telefonisch gar noch einmal explizit, dass sie sich für das Finanzielle an ihre Hausbank wenden würde (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 15). Sprach die Beklagte im ersten SV-Entwurf (K-7) noch von einer Liste potentieller Banken, welche jedoch der Klägerin nie zugestellt wurde (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 18), so stellte sie schliesslich *erst* und völlig überraschend am 30.05.16 (K-9) das Grossbankenerfordernis.
72. Das Vorgehen der Beklagten erfolgte gezielt im Wissen darum, dass es für die Klägerin in zweierlei Hinsicht nicht möglich sein würde, dieses Erfordernis zu erfüllen. Einerseits war es für die Klägerin zu einem solch späten Zeitpunkt nicht mehr möglich, innert nützlicher Frist die geforderte Garantie auszuhandeln (vgl. B-6). Andererseits hätte die Klägerin für eine Bankgarantie der CS jeweils 0.15% der garantieren Summe pro Quartal aufwenden müssen, da nicht davon auszugehen ist, dass sie bei der CS einen Sondertarif erhalten hätte. Bei der Veneto Banca dagegen hätte sie von einem 50% günstigeren Tarif profitieren können (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 17). Für die Beklagte war klar, dass es für ein mittelständiges italienisches Unternehmen nicht möglich sein würde, diese erheblichen Mehrkosten zu tragen.
73. Des Weiteren besteht auch gerade unter der Prämisse des Verhandlungsvertrages eine Pflicht, Verhandlungspunkte, welche durch unvorhersehbare Umstände erschüttert wurden, neu auszuhandeln (vgl. JAHN, 158 f.). Die Klägerin versties gegen diese Pflicht, indem sie starr am Fremdleistungsanteil festhielt und in keiner Weise auf die berechtigten Argumente für eine Reduktion des Fremdleistungsanteils der Klägerin einging (s. N 53).

74. Dieses Verhalten lässt zum Schluss kommen, dass die Beklagte zu gar keiner Einigung gelangen wollte und *die Verhandlungen bloss zum Schein führte*. So stellte die Beklagte kurz nach Kündigung des KV die Beteiligung der TP-Bahnen – welche sämtliche von der Klägerin zu erbringenden Fremdleistungen erbringen soll – am Projekt vor (K-13). Die Beklagte hatte wohl mit den TP-Bahnen eine günstigere Alternative gefunden und suchte nun nach einer Möglichkeit, der vertraglichen Verhandlungspflichten zu entfliehen. Dabei verhielt sie sich in Bezug auf die Vertragsverhandlungen geradezu destruktiv und in der *alleinigen Absicht* den Bedingungseintritt und somit die Beendigung des Vertrages herbeizuführen. Ein derartiger Missbrauch der vertraglichen Entscheidungsfreiheit widerspricht in krasser Weise den Verhandlungspflichten und somit dem Inhalt des Verhandlungsvertrags und kann als treuwidriges Verhalten keinen Schutz verdienen (vgl. MONN, N 803).
75. Nach dem Gesagten ist offensichtlich, dass das Verhalten adäquat kausale Folge für den Bedingungseintritt war (vgl. GUTMANS, 132). Als Rechtsfolge ist der Ausfall der treuwidrig herbeigeführten Bedingung (Art. 8 Abs. 1 lit. g KV) zu fingieren (vgl. GUTMANS, 217 ff.).

VI. Die Klägerin hat Anspruch auf das positive Interesse

1. Die Klägerin hat Anspruch auf volle Schadloshaltung aus Art. 377 OR

76. Da die Beklagte nicht zur Kündigung des KV nach Art. 107 OR berechtigt war, ist das Kündigungsschreiben (K-12) als Rücktritt i.S.v. Art. 377 OR zu verstehen. Das Rücktrittsrecht nach Art. 377 OR steht dem Besteller eines Werkes auch dann zu, wenn er sich nur vorvertraglich zum Abschluss eines Werkvertrages verpflichtet hat (BGE 117 II 273, E. 4a; HERZOG, N 348 f.). Dabei gilt, dass zu Unrecht auf andere Rechtsgründe gestützte Rücktrittserklärungen als Rücktritte i.S.v. Art. 377 OR zu verstehen sind, sofern der Besteller unmissverständlich zum Ausdruck brachte, den Vertrag so oder so vorzeitig beenden zu wollen (BGE 141 III 106, E. 16.2.4; BGE 98 II 113, E. 3; ZK OR-BÜHLER, Art. 377 N 24).
77. Die Beklagte macht mit Schreiben vom 12.08.16 (K-12) geltend, dass Ihr aufgrund Zeitdrucks keine andere Möglichkeit bleibe, als den KV zu kündigen. Sie stützt ihre Rücktrittserklärung unberechtigterweise auf Art. 8 Abs. 1 lit. g KV (s. N 68 ff.) respektive Art. 107 OR (s. N 48 ff.). Wenige Tage später kontrahierte die Beklagte mit TP-Bahnen und zeigte auch damit unmissverständlich ihren Willen, den Vertrag aufzulösen (vgl. K-13). Aus dem Verhalten der Beklagten muss der Schluss gezogen werden, dass sie den KV mit der Klägerin *um jeden Preis* beenden wollte. Die zu Unrecht erfolgte Kündigung ist folglich als eine Kündigung i.S.v. Art. 377 OR zu verstehen (vgl. BGE 141 III 106, E. 16.2.4).
78. Als Folge einer Kündigung nach Art. 377 OR ist dem Unternehmer im Rahmen des positiven Vertragsinteresse auch ein entgangener Gewinn zu ersetzen (BGer 4A_96/2014, E. 4.1). Sofern

der Vertrag demnach aufgelöst wird, bevor eine vergütungspflichtige Arbeitsleistung erfolgte, ist der Unternehmer so zu stellen, wie wenn er gegen Ausführung der gesamten Werkarbeit die gesamte Vergütung erhalten hätte (GAUCH, N 547).

79. Die Beklagte hat den KV gekündigt, noch bevor die Klägerin eine vergütungspflichtige Leistung erbringen konnte. Folglich ist die Klägerin so zu stellen, wie wenn sie sämtliche Fremdleistungen erbracht und die volle Vergütung hierfür erhalten hätte. Im Nachtrag zu Appendix I (K-3) haben sich die Parteien geeinigt, dass der Wert der Fremdleistungen der Klägerin am Projekt 40% beträgt. Bei einem Gesamtpreis des Projekts von CHF 60 Mio. (Art. 4 HV) und einer Gewinnmarge von 18% (vgl. K-2) beträgt der infolge Kündigung nach Art. 377 OR entgangene Gewinn der Klägerin somit CHF 4.32 Mio.

2. Eventualiter: Anspruch wegen Verletzung der Verhandlungspflichten

80. Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, es bestehe bloss ein Verhandlungsvertrag, so hat die Klägerin dennoch Anspruch auf das positive Vertragsinteresse:
81. Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht bewirkt werden, so hat der Schuldner gemäss Art. 97 Abs. 1 OR für den daraus entstandenen Schaden Ersatz zu leisten. Die Erfüllung einer Verhandlungspflicht wird *objektiv unmöglich*, wenn der Schuldner gegen eine Exklusivabrede verstösst und den Vertrag mit einem Dritten abschliesst (MONN, N 1056).
82. Die Beklagte schloss mit TP-Bahnen statt mit der Klägerin den SV (vgl. K-13). Dies tat sie unter Verletzung ihrer Verhandlungspflichten und unter treuwidriger Herbeiführung der in Art. 8 Abs. 1 lit. g KV statuierten Bedingung (s. N 68 ff.). Die Erfüllung der Verhandlungspflicht der Parteien ist somit durch die Beklagte *verschuldet objektiv unmöglich geworden*.
83. Des Weiteren verpflichtete sich die Beklagte gemäss Art. 5 KV ohne die Zustimmung der Klägerin mit keinen anderen Unternehmen Verhandlungen über die in Appendix I festgehaltenen Fremdleistungen zu führen. Indem die Beklagte mit TP-Bahnen über den SV verhandelte und diesen schliesslich mit ihr abgeschlossen hat (vgl. K-13), verletzte sie die Exklusivabrede und demzufolge auch den KV.
84. Wird die geschuldete Leistung nachträglich unmöglich, so erleidet der Gläubiger einen Schaden im Wert der ausgebliebenen Primärleistung (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 38a). Der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn die Verhandlungspflicht erfüllt worden wäre (MONN, N 1058). Ein Schadensposten bei der Verletzung von Verhandlungspflichten ist der entgangene Gewinn aus dem angebahnten Geschäft (MONN, N 1118 f.). Ob Schadenersatz aus entgangenem Gewinn geschuldet ist, beurteilt sich anhand des Verhandlungsfortschritts und der Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Abschlusses des Vertrages (KUONEN, N 1956).

85. Die Parteien waren mit ihren Verhandlungen kurz vor Abschluss des SV. Die Beklagte selber schreibt mit E-Mail am 25.04.16 (K-6) vom «bevorstehenden Projektstart». Auch unterbreitete die Klägerin einen unterschriftsreifen Entwurf (vgl. B-1 und B-3). Hätte die Beklagte nicht starr am Grossbankenerfordernis festgehalten, wäre einem Abschluss des SV nichts im Wege gestanden. Bei Abschluss des SV hätte die Klägerin wie ausgeführt (s. N 79) einen Gewinn i.H.v. CHF 4.32 Mio. erzielt. Dieser ist deshalb der Klägerin zu ersetzen.

3. Keine vertragliche Wegbedingung des Schadenersatzes

86. Entgegen der Auffassung der Beklagten (Einleitungsantwort, N 25) wurde die Schadenersatzpflicht nicht vertraglich wegbedungen. Vielmehr wurde eine Entschädigungspflicht in Art. 8 Abs. 2 KV ausdrücklich festgehalten:
87. Bei einer Auslegung des KV ausgehend vom Wortlaut (s. N 6) ist zu beachten, dass der KV «Kosten» (Art. 7 Abs. 2 KV), «Vergütung» (Art. 8 Abs. 1 KV) und «Entschädigung» (Art. 8 Abs. 2 KV) klar trennt. Vom allgemeinen Sprachgebrauch (vgl. BSK OR-WIEGAND, Art. 18 N 19) ausgehend sind mit «Kosten» Ausgaben in Zusammenhang mit der Vertragserfüllung gemeint. Mit «Vergütung» ist die Bezahlung für Arbeitsaufwand, während mit «Entschädigung» eine Schadloshaltung gemeint ist.
88. Der von der Beklagten angerufene Art. 7 Abs. 2 KV bezieht sich lediglich auf «externe gemeinsame Kosten» aber nicht auf Ansprüche zwischen den Parteien (s. N 21). Ebenfalls nicht einschlägig ist Art. 8 Abs. 1 KV der sich auf eine «Vergütung» zwischen den Parteien bezieht. In systematischer Betrachtung ist nur dann keine Vergütung geschuldet, wenn der KV aufgrund einer der in Art. 8 Abs. 1 KV genannten Gründe endet. Vorliegend ist der Vertrag aber gerade *nicht* i.S.v. Art. 8 Abs. 1 KV beendet worden. Zudem ist mit «Vergütung» nicht «Schadenersatz» gemeint, weshalb auch in dieser Hinsicht Schadenersatz gefordert werden kann.
89. Demgegenüber haben gemäss Art. 8 Abs. 2 KV die Parteien nur dann «[...] keinen Anspruch auf Entschädigung, wenn DMB den Zuschlag nicht erhält oder das Projekt offiziell abgesagt wird». *E contrario* muss gelten, dass in allen anderen Fällen Schadenersatz gefordert werden kann. Da die Beklagte den KV unrechtmässig beendet hat, kann gemäss Art. 8 Abs. 2 KV eine entsprechende Entschädigung – sprich Schadenersatz – gefordert werden.

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

Hochachtungsvoll

Moot Court Team 6