

**Moot Court Team 4**

Ahmeti Blerina  
Cabuterra Tatiana  
Tahiri Edita

**EINSCHREIBEN**

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

19. März 2018

**Klageantwort**

Swiss Rules Fall Nr. 54699-2017  
In Sachen

**G-Funivie S.r.l.**

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

vertreten durch Moot Court Team 5

**Klägerin**

gegen

**DoubleM Bahnen AG**

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 4

**Beklagte**

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

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

betreffend

**KV vom 12. Januar 2016**

stellen wir namens und im Auftrag der Beklagten folgenden

**Prozessualen Antrag**

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

In Übereinstimmung mit Art. 3(7) der Swiss Rules of International Arbitration der Swiss Chambers' Arbitration Institution („Swiss Rules“) stellen wir namens und mit Vollmacht der Beklagten folgende

**Rechtsbegehren**

1. Auf die Schiedsklage sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten;
2. Eventualiter sei die Schiedsklage abzuweisen;
3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Klägerin.

Mit nachstehender

**Begründung**

## Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>III</b>
<b>Entscheidungsverzeichnis</b> .....	<b>VII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XII</b>
<b>I. Prozessuales</b> .....	<b>1</b>
<b>1. Das Schiedsgericht ist im vorliegenden Verfahren nicht zuständig</b> .....	<b>1</b>
1.1 Die Schiedsvereinbarung ist ungültig .....	1
a. Die Schiedsklausel ist restriktiv auszulegen.....	1
b. Die Beklagte hat der Schiedsvereinbarung nicht zugestimmt.....	1
c. Der Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung ist gewahrt .....	2
d. Die <i>back-to-back</i> Klausel bezieht sich nicht auf die Schiedsvereinbarung .....	3
1.2 Eventualiter: Die Schiedsklausel erfasst keine Ansprüche aus dem KV .....	3
<b>2. Die Verrechnungseinrede ist zu hören</b> .....	<b>4</b>
2.1 Die Verrechnungseinrede kann jederzeit hervorgebracht werden .....	4
2.2 Die Verrechnungseinrede ist nicht im Rechtsbegehren aufzuführen.....	4
2.3 Eine Einschreibgebühr ist nicht geschuldet.....	5
<b>II. Materielles</b> .....	<b>6</b>
<b>1. Der KV stellt einen Verhandlungsvertrag dar</b> .....	<b>6</b>
1.1 Die essentialia negotii sind nicht hinreichend bestimmt.....	7
1.2 Der KV begründet keinen Kontrahierungszwang .....	8
1.3 Es besteht kein Vorvertrag .....	10
1.4 Eventualiter: Der Vorvertrag verwandelt sich in einen Verhandlungsvertrag.....	10
<b>2. Die Beklagte ist zur Kündigung berechtigt</b> .....	<b>11</b>
2.1 Die Beklagte war berechtigt den KV nach Art. 8 zu beenden .....	11
a. Der Schweregrad für einen Rücktritt wurde erreicht .....	11

b.	Die Klausel wurde rechtmässig angerufen.....	13
c.	Der Bedingungseintritt erfolgt gemäss Treu und Glauben.....	13
2.2	Eventualiter: Die Beklagte kündigte den KV rechtmässig nach Art. 107 OR.....	14
a.	Der Subunternehmervertragsentwurf entspricht inhaltlich dem KV.....	14
b.	Die Klägerin gerät durch ausbleibenden Beginn der Werkarbeiten in Verzug.....	15
c.	Die Rücktrittserklärung der Beklagten erfolgt rechtzeitig .....	16
d.	Die Beklagte kann auf die ganze Leistung verzichten .....	17
<b>3.</b>	<b>Die Klägerin hat keinen Anspruch auf das positive Interesse.....</b>	<b>17</b>
3.1	Die Beklagte hat keine vertraglichen Pflichten verletzt.....	17
3.2	Die Kausalität kann nicht nachgewiesen werden.....	18
3.3	Die Klägerin hat keinen Anspruch aus dem SV.....	19
3.4	Jegliche Haftung ist wegbedungen worden.....	19
3.5	Die Klägerin ist nicht schadlos zu halten.....	20

## Literaturverzeichnis

BAUMANN HANNES, Aspekte der Verrechnung in der Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1999

[N 23, 24]

BK OR, HAUSHEER HEINZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/1/5, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000

(zit.: BK OR-BEARBEITERIN)

[N 131]

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

(zit.: BSK IPRG-BEARBEITERIN)

[N 10, 27]

BSK OR, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015

(zit.: BSK OR-BEARBEITERIN)

[N 9, 86, 87, 98, 107, 129]

BUCHER EUGEN/SALADIN PETER (Hrsg.), Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Bern/Stuttgart 1979

[N 44]

CERUTTI ROMEO, Der Untervertrag, Diss. Freiburg 1990

[N 94, 95]

FISCHER WILLI/BRÄGGER FRANZISKA, Vertragsgestaltung und Vertragsmanagement, Einführung in die Kautelarjurisprudenz, Allgemeiner Teil, Zürich/Basel/Genf 2010

[N 47, 51, 53]

GABRIEL SIMON/WICKI JODOK, Vorvertragliche Schiedszuständigkeit, ASA-Bulletin 2/2009

[N 6]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011

[N 135]

HEUSSEN BENNO, Letter of Intent, Absichtserklärung, Geheimhaltungsvereinbarung, Optionen, Vorverträge, 2. Aufl., Köln 2014

[N 47, 55]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014

[N 7, 41]

ISLER PETER, Letter of Intent, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, Zürich/Basel/Genf 2014

[N 47, 48, 50, 51, 117, 118, 122]

JAHN HOLGER, Der Letter of Intent, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 2957, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1998

[N 47, 48, 56]

JAUN MANUEL, Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht, Konzeptionelle Erfassung, Voraussetzungen und Schranken der Rechtsfindung contra verba legis, Bern 2001

[N 71]

JENTSCH VALENTIN, Transaktionsvereinbarungen bei öffentlichen Übernahmen, Inhalt, Zulässigkeit und Durchsetzung, in: ALEXANDER S. K. et al (Hrsg.), Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2015

[N 122]

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Die Planung und die Haftung mehrerer, in: Die Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, STÖCKLI HUBERT/SIEGENTHALER THOMAS (Hrsg.), Zürich 2013

[N 105]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, IPRG/LugÜ: Kommentar: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse, Zürich 2015

(zit. OFK IPRG/LugÜ-KOSTKIEWICZ)

[N 2]

KUKO OR, HONSELL HEINRICH (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Art. 1-1186 OR, Basel 2014

(zit.: KUKO OR-BEARBEITERIN)

[N 50, 129]

LANGENEGGER FLAVIO/VISCHER MARKUS, *Bindungswirkung einer Schiedsklausel vor Abschluss des Hauptvertrags*, in: *dRSK*, 06/2016

[N 7, 9, 11]

LENDI MARTIN/NEF URS CH./TRÜMPY DANIEL, *Das private Baurecht der Schweiz*, Zürich 1994

[N 104, 135]

LUTTER MARCUS, *Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen*, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1998

[N 48, 53, 55]

MEYER STEPHAN D./SCHUPPLI BENEDIKT, «Smart Contracts» und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht, 03/2017, 204-224

[N 83]

MONN VALENTIN, *Die Verhandlungsabrede: Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten*, in: *Serie: Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität, Fribourg*, Zürich/Basel/Genf 2010

[N 47, 48, 53, 55, 56, 59, 60, 68, 114]

NICKLISCH FRITZ, *Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandgeschäft*, in: *NJW*, München 1985, 2361-2370

[N 14]

REITHMANN CHRISTOPH/MARTINY DIETER, *Internationales Vertragsrecht, Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 8. Aufl., Köln 2015

[N 21]

SCHENKER URS, *Unternehmenskauf, Rechtliche und steuerliche Aspekte*, Bern 2016

[N 118, 122, 124]

STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015

[N 12]

STOLZKE SEBASTIAN, Aufrechnung und Widerklage in der Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 2006

[N 32, 34]

SYNATSCHKE DAGMAR, Die Unzuständigkeitserklärung des Schiedsgerichts: Eine Studie zur internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Jena 2006

[N 18]

TSCHÄNI RUDOLF/FREY HAROLD/MÜLLER DOMINIQUE, Streitigkeiten aus M&A-Transaktionen, Zürich/Basel/Genf 2013

[N 124]

VON SEGESSER GEORG, Pre-closing disputes in: KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/ JOHNSON ALEXANDRA (eds.), Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, ASA Swiss Arbitration Association, Conference of January 21, ASA special series no. 24, Basel 2005

[N 51, 124]

WIRTH MARKUS, Rechtsbegehren in internationalen Schiedsverfahren: wie bestimmt müssen sie sein?, in: FS für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Bern 2005

[N 27, 28]

ZIMMERLI CHRISTOPH, Die Verrechnung im Zivilprozess und in der Schiedsgerichtsbarkeit, Basel/Genf/München 2003

[N 23, 25]

ZK OR, SCHMID JÖRG (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2015

(zit.: ZK OR I-BEARBEITERIN)

[N 84]



## **Entscheidungsverzeichnis**

### **Publizierte Bundesgerichtsentscheide**

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

14. Februar 1979

BGE 105 III 11

[N 61]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

03. Oktober 1972

BGE 98 II 305

[N 44]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

15. Dezember 1977

BGE 103 III 97

[N 63]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

06. März 1992

BGE 118 II 32

[N 126]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

15. März 1990

BGE 116 Ia 56

[N 3]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

8. Juli 2003

BGE 129 III 675

[N 2]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

7. November 2011

BGE 138 III 29

[N 2]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

12. September 2016

BGE 142 III 626

[N 24]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

6. Juli 1920

BGE 46 II 248

[N 100]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

28. März 2017

BGE 143 III 157

[N 72]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

23. September 2003

BGE 129 III 702

[N 74]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

31. August 2005

BGE 132 III 24

[N 73]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

4. März 1991

BGE 117 II 109

[N 72]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

17. Dezember 1969

BGE 95 II 433

[N 81]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

16. Oktober 2001

BGE 128 III 50

[N 3]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

20. Dezember 1995

BGE 121 III 495

[N 10]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

23. November 2015

BGE 141 III 549

[N 25]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

30. März 2015

BGE 141 III 106

[N 110]

**Nicht publizierte Bundesgerichtsentscheide**

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

02. Juli 2001

BGer 4C.36/2001

[N 51]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

04. September 2013

BGer 4A\_297/2013

[N 44]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. März 2006

BGer 4C.409/2005

[N 42]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. März 2003

BGer 4P.2/2003

[N 39, 40]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

02. September 2014

BGer 4A\_96/2014

[N 105]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

20. September 2012

BGer 4A\_109/2012

[N 81]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

20. September 2011

BGer 4A\_232/2011

[N 107]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

30. März 2015

BGer 4A\_232/2014

[N 110]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

15. Dezember 2005

BGer 4C.281/2005

[N 86]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

31. März 2008

BGer 4D\_8/2008

[N 135]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

25. Oktober 2010

BGer 4A\_279/2010

[N 3]

### **Andere Entscheide**

Urteil des United States Court of Appeals, Ninth Circuit

22. Februar 1996

Rennick v. O.P.T.I.O.N. Care, 77 F.3d 309 (No. 93-17105)

[N 55]

**Abkürzungsverzeichnis**

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CFO	Chief financial officer
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich/Basel/Genf)
CS	Credit Suisse
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
dRSK	Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar
E.	Erwägung(en)
EA	Einleitungsantwort der Beklagten vom 30. Juni 2017
ES	Erwiderung der Beklagten zur Stellungnahme der Klägerin
f./ff.	und folgende/r
FS	Festschrift
gem.	gemäss
h.L.	herrschende Lehre

Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptvertrag
i.S.v.	im Sinne von
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
KS	Klageschrift
KUKO	Kurzkommentar Obligationenrecht
KV	Kooperationsvertrag
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987= Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
lit.	litera
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen)
mind.	mindestens
MWST	Mehrwertsteuer
N	Note(n); Randnote(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Prof.	Professor/-in
S.	Seite
s.o.	siehe oben
SCAI	Swiss Chambers Arbitration Institution

SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration vom Juni 2012, Swiss Chambers' Arbitration Institution, The Swiss Chambers of Commerce Association for Arbitration and Mediation
SV	Subunternehmervertrag
u.a.	unter anderem
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZKB	Zürcher Kantonalbank
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
zzgl.	zuzüglich



## I. Prozessuales

### 1. Das Schiedsgericht ist im vorliegenden Verfahren nicht zuständig

#### 1.1 Die Schiedsvereinbarung ist ungültig

- 1 Wie die Klägerin bereits festgestellt hat, ist die formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nicht zu beanstanden (KS, N 5). Die materielle Gültigkeit ist jedoch mittels Auslegung der Willenserklärungen zu ermitteln, wobei nachfolgende Grundsätze zu beachten sind.
  - a. Die Schiedsklausel ist restriktiv auszulegen
- 2 Die Klägerin stellt korrekterweise fest, dass die Auslegung der Willenserklärungen der Schiedsvereinbarung nach den allgemein geltenden Grundsätzen zu erfolgen hat (KS, N 6; BGE 138 III 29 E. 2.2.3; OFK IPRG/LugÜ-KOSTKIEWICZ, Art. 178 N 4). Sie übersieht in ihrer Argumentation allerdings die Besonderheiten, welche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Auslegung einer Schiedsvereinbarung aufgrund deren Rechtsnatur zu beachten sind (BGE 129 III 675 E. 2.3).
- 3 Eine streitige Schiedsvereinbarung ist nämlich restriktiv auszulegen (BGer 4A\_279/2010 E. 3.1; BGE 128 III 50 E. 2c/aa). Dem Verzicht auf ein staatliches Gericht kommt eine erhebliche Tragweite zu. Einerseits sind mit dem Verzicht besonders hohe Kosten und eine Einschränkung des Rechtsmittelwegs verbunden (BGE 116 Ia 56 E. 3b).
- 4 Aus den aufgezeigten Gründen ist eine Auslegung allein nach den allgemeinen Grundsätzen nicht gerechtfertigt.
  - b. Die Beklagte hat der Schiedsvereinbarung nicht zugestimmt
- 5 Die Klägerin geht davon aus, die Beklagte habe der Schiedsvereinbarung konkludent zugestimmt, indem sie ihrer Präzisierung im SV-Entwurf (B-3) nicht widersprochen habe (KS, N 7).
- 6 Dabei handelt sich um eine sehr extensive und nicht gerechtfertigte (oben N 1) Auslegung, wenn die Klägerin bereits aufgrund des Austausches von Vertragsentwürfen auf einen Konsens bzgl. einzelner Vertragspunkte schliesst (GABRIEL/WICKI, S. 249).
- 7 Denn gerade bei bedeutenden Verträgen ist es nicht unüblich, dass im Laufe von Verhandlungen diverse Vertragsentwürfe ausgetauscht, Klauseln modifiziert, weggelassen, konkretisiert oder ersetzt werden (HUGUENIN, N 202). Hierbei werden einzelne Aspekte häufig bewusst

aber auch unbewusst offengelassen oder erst später wiederaufgenommen, weil andere Punkte höhere Priorität geniessen (LANGENEGGER/VISCHER, N 17).

- 8 Weder im Schreiben vom 10. Mai 2016 (B-4) noch aus demjenigen vom 30. Mai 2016 äussert sich die Beklagte zur sprachlich präzisierten Schiedsklausel. Der fehlende Einwand ergibt sich daraus, dass die Parteien in wesentlichen Vertragsaspekten, namentlich dem Leistungsumfang und der Erfüllungsgarantie keine Einigung finden können. Dass in einem solchen Falle die Vertragspunkte von höherer Priorität besondere Beachtung erhalten, entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung. Die Schiedsvereinbarung stellt gem. Art. 4 (e contrario) des KVs (K-1) keinen wesentlichen Vertragspunkt dar.
- 9 Würde nämlich jedem Austausch von unangetasteten Klauseln ein Konsens unterstellt werden, dann würden die vorvertraglichen Instrumentarien ihrem Sinnesgehalt entleert und das Vertrauensprinzip überspannt (LANGENEGGER/VISCHER, N 17). Ausserdem ist das Schweigen auf eine Offerte grundsätzlich als Ablehnung zu deuten und nicht wie es die Klägerin vorbringt (KS, N 7) als Zustimmung (BSK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6 N 4).

c. Der Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung ist gewahrt

- 10 Entgegen der klägerischen Auffassung übersieht die Beklagte keinesfalls den Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung gemäss Art. 178 Abs. 3 IPRG (KS, N 8). Dieser besagt zwar, dass die Schiedsvereinbarung autonom und unabhängig vom Hauptvertrag sei (BGE 121 III 495 E. 5a). Doch schliesst dies nicht aus, dass der Gültigkeit des Hauptvertrages dieselben Gründe wie derjenigen der Schiedsvereinbarung entgegenstehen können (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 90).
- 11 Daher ist das (Nicht-) Zustandekommen des SV durchaus als Indiz zur Auslegung der Schiedsvereinbarung beizuziehen. Grundsätzlich entscheiden die Parteien in der Praxis am Ende der Vertragsverhandlungen, ob sie dem Ergebnis insgesamt zustimmen oder nicht (LANGENEGGER/VISCHER, N 17). Sollten einzelne Klauseln vor Vertragsschluss eine rechtliche Bindung bewirken, vereinbaren dies die Parteien explizit (LANGENEGGER/VISCHER, N 17). Die Parteien haben nichts dergleichen vereinbart, weshalb weder die Schiedsvereinbarung noch der SV eine Bindungswirkung entfalten.
- 12 Anbei ist noch festzuhalten, dass die fehlende Unterschrift des Hauptvertrages, anders als die Klägerin hervorbringt (KS, N 8), als Indiz zu deuten ist, dass noch kein Konsens besteht (STACHER, N 72). Hiervon ist insb. bei langandauernden Verhandlungen, wie zwischen der Klägerin und der Beklagten, auszugehen (STACHER, N 72).

d. Die *back-to-back* Klausel bezieht sich nicht auf die Schiedsvereinbarung

- 13 Die Klägerin bringt vor, die Schiedsvereinbarung sei Ausfluss des *back-to-back* Prinzips, welches die gesamthafte Übernahme aller Bestimmungen des HV vorschreibt (KS, N 6). Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen und stellt keine sachgerechte Lösung dar.
- 14 Pauschalverweisungen, wie die *back-to-back* Klausel in Art. 4 lit. a des KVs (K-1), besagen nur, dass eine gewisse Koordination zwischen dem SV und dem HV gewünscht ist (NICKLISCH, S. 2369). In solchen Fällen ist mittels Auslegung zu prüfen, ob bzw. inwiefern gewissen Bestimmungen des HV im SV zu übernehmen sind (NICKLISCH, S. 2369). Zu beachten sind die konkreten Vertragsbestimmungen, u.a. also auch die Konkretisierung der Pauschalverweisung sowie der Gesamtkontext und das bisherige Verhalten der Parteien in der Vertragspraxis (NICKLISCH, S. 2366).
- 15 Das *back-to-back* Regelung wird in Art. 4 lit b-d des KVs (K-1) konkretisiert und auf bestimmte materielle Vertragspunkte beschränkt. Hierzu zählen der Fremdleistungsanteil (lit. b), die Bankgarantien (lit. c) und die Auszahlung der Entschädigung der Klägerin (lit. d).
- 16 Als prozessrechtliche Vorschrift ist die Schiedsklausel nicht erfasst. Hierfür spricht zudem die bisherige Vertragspraxis der Parteien. Denn bereits im Jahre 2014 enthielt der damalige KV keine Schiedsvereinbarung (Verfügung 2, Ziff. 4). Die Berufung auf das *back-to-back* Prinzip vermag somit nicht die fehlenden Willenserklärungen der Parteien zu ersetzen.

## 1.2 Eventualiter: Die Schiedsklausel erfasst keine Ansprüche aus dem KV

- 17 Sollte die Beklagte wider Erwartens von der Gültigkeit der Schiedsklausel ausgehen, erfasst diese entgegen der Behauptungen der Klägerin (KS, N 10 ff.), keine Ansprüche aus dem KV.
- 18 Die Klägerin beruft sich auf die Schiedsklausel im SV-Entwurf vom 30. Mai 2016 (K-9). Der KV (K-1) selbst enthält jedoch keine Schiedsklausel. Bei solchen Vertragsgeflechten ist jeweils für jedes Vertragsverhältnis, auch solchen die wirtschaftlich oder rechtlich zusammenhängen, gesondert zu prüfen, ob bzw. inwiefern diese von der Schiedsklausel erfasst werden (SYNATSCHKE, S. 59 f.).
- 19 Es ist somit eine Auslegung nach den allgemeinen Regeln nach Art. 18 OR vorzunehmen. Der Wortlaut der Schiedsvereinbarung erfasst „*alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag, einschliesslich über dessen Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung*“. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Zustandekommen des Vertrages explizit nicht erwähnt wird, was darauf hinweist, dass die Schiedsklausel sich nicht auf Unstimmigkeiten bzgl. des Zustandekommens des SVs erstreckt.

- 20 Der Klägerin entgeht des weiteren, dass der KV und der zu schliessende SV nicht unmittelbar im Zusammenhang zueinander stehen, damit etwaige Ansprüche aus dem KV gestützt auf die Schiedsklausel vor dem Schiedsgericht geltend gemacht werden können. Der KV verfolgt den Zweck die Parteien auf einen möglichen Zuschlag auf Seiten der Klientin vorzubereiten (Art. 1 KV). Der SV sollte hingegen das Bauprojekt an sich zum Gegenstand haben. Die Verträge verfolgen somit unterschiedliche Ziele.
- 21 Die klägerische Seite übersieht zudem, dass sich eine Schiedsklausel nicht rückwirkend auf zuvor vereinbarte Verträge erstrecken kann. Sie erfasst im Zweifel lediglich solche über später abgeschlossene Verträge (REITHMANN/MARTINY, N 8.274).

## 2. Die Verrechnungseinrede ist zu hören

- 22 Entgegen der klägerischen Ansicht ist die Verrechnungseinrede aus nachfolgenden Gründen zu hören.

### 2.1 Die Verrechnungseinrede kann jederzeit hervorgebracht werden

- 23 Den klägerischen Ausführungen, wonach gemäss Art. 21(5) Swiss Rules eine Verrechnungseinrede vom Schiedsgericht auch dann zu beurteilen ist, wenn sie nicht unter die Schiedsklausel fällt (KS, N 16), ist zuzustimmen (ZIMMERLI, S. 204). Sie verkennt im Folgenden jedoch, dass die Verrechnungseinrede aufgrund ihrer materiell-rechtlichen Natur jederzeit im Prozess geltend gemacht werden kann (BAUMANN, S. 19) und zwingend zu berücksichtigen ist (TORGGLER, N 458).
- 24 Die Verrechnungseinrede stellt nämlich ein Verteidigungsmittel dar und ist vom Schicksal der Hauptklage abhängig (BAUMANN, S. 3). Sie bewirkt folglich keine Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 62 ZPO (BGE 142 III 626 E. 8.4).
- 25 Zudem sollten sich nicht mehrere Gerichte aufgrund der Gefahr widersprüchlicher Urteile parallel mit identischen Verrechnungsforderungen befassen (BGE 141 III 549 E 6.5). Ferner würde es auch aus prozessökonomischer Sicht keinen Sinn machen, die Verrechnungseinrede in einem separaten Verfahren zu beurteilen (ZIMMERLI, S. 212).

### 2.2 Die Verrechnungseinrede ist nicht im Rechtsbegehren aufzuführen

- 26 Aus klägerischer Sicht wird argumentiert, dass die Verrechnungseinrede als Klagebegehren aufzuführen sei und eine entsprechende Unterlassung einen Verstoss gegen den Dispositionsgrundsatz darstelle (KS, N 17 ff.).

- 27 Ein Rechtsbegehren hat lediglich summarisch umschrieben zu sein (WIRTH, S. 7; BSK IPRG-PFISTER, Art. 181 N 12). Es reicht also völlig aus, wenn Details nachträglich noch eingereicht werden (WIRTH, S. 7). Die Klägerin führt zwar korrekterweise aus, dass das Rechtsbegehren bestimmt sein muss, doch sind keine übertriebenen Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen (WIRTH, S. 15).
- 28 Schliesslich kommt dem Schiedsgericht die Pflicht zu, bei ungenügend bestimmtem Rechtsbegehren die Parteien darauf hinzuweisen und ihnen die Gelegenheit zur Verbesserung einzuräumen (WIRTH, S. 16; BERGER/KELLERHALS N 1110 ff.).
- 29 Die Klägerin hat die Verrechnungseinrede nicht im Rechtsbegehren aufgeführt, weil sie ohnehin die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestreitet. Um den Vorwurf einer Einlassung zu verhindern, reicht die Beklagte auch keine Widerklage ein, da diese allenfalls als Einlassung gedeutet werden könnte.
- 30 Das Rechtsbegehren der Klägerin ist ausreichend bestimmt formuliert, insoweit sie die Zuständigkeit bestreitet und nur im Falle eines Zuständigkeitsentscheids des Schiedsgerichts die Abweisung der Schiedsklage verlangt. Aufgrund dieser und den bereits genannten Argumenten hat die Verrechnungseinrede, nicht als Rechtsbegehren aufgeführt zu werden.

### 2.3 Eine Einschreibgebühr ist nicht geschuldet

- 31 Der klägerischen Auffassung nach lässt sich mittels teleologischer Reduktion aus Art. 1.3 Appendix B Swiss Rules ableiten, dass bei der Verrechnungseinrede ebenfalls eine solche Einschreibgebühr zu entrichten sei, zumal die Widerklage und die Verrechnungseinrede denselben Zweck verfolgen würden (KS, N 22). Dabei verkennt die Klägerin aber wesentliche Unterschiede der beiden Instrumente.
- 32 Während durch die Verrechnung die Beklagte eine Klage abwehrt, wird mit der Widerklage ein von der Klage unabhängiger eigener Angriff geführt (STOLZKE, S. 153). Die Widerklage begründet also ein von der Hauptklage eigenständiges Prozessrechtsverhältnis und zieht die Schiedshängigkeit des Anspruchs nach sich (STOLZKE, S. 141).
- 33 Die Verrechnungseinrede hingegen dient, wie bereits erläutert, lediglich als materiellrechtliches Verteidigungsmittel.
- 34 Lediglich aufgrund derselben Zweckverfolgung (KS, N 22) kann die Klägerin daher kein Analogieschluss von der Widerklage auf die Verrechnungseinrede ziehen. Denn eine analoge Anwendung von Klagevorschriften auf die Verrechnungseinrede ist aufgrund ihrer Rechtsnatur (N 2), von Beginn an auszuschliessen (STOLZKE S. 152). Die Anwendung von

Art. 1.3 i.V.m. Art. 1.1 Appendix B Swiss Rules ist somit nicht zulässig. Daher wäre eine Einschreibgebühr für die Verrechnungseinrede nicht sachgerecht.

- 35 Da für die Verrechnungseinrede aus obengenannten Gründen ohnehin keine Einschreibgebühr zu entrichten ist, spielen die Ausführungen zu Art. 2.4 Appendix B Swiss Rules keine Rolle.
- 36 Der Kostenvorschuss hat nicht geleistet zu werden
- 37 Entgegen den Behauptungen der Klägerin (KS, N 27 ff.) ist kein Kostenvorschuss zu leisten, da die Schiedsklausel ohnehin nicht zustande gekommen ist. Auch wenn wider Erwarten angenommen wird, dass eine gültige Schiedsvereinbarung bestehe, entsteht keine Verpflichtung zur Vorschussleistung (BERGER/KELLERHALS, N 312).
- 38 Gemäss Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules „soll das Schiedsgericht, sobald es bestellt ist, nach Rücksprache mit dem Gerichtshof jede Partei auffordern, einen gleichen Betrag als Vorschuss für die Kosten (...) zu hinterlegen“. Die Swiss Rules verpflichten die Parteien nicht zur Leistung eines Kostenvorschusses.
- 39 Dabei handelt es sich vielmehr um eine Obliegenheit. Dies ergibt sich aus Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules selbst, wonach das Schiedsgericht die Parteien nur zur Entrichtung eines Kostenvorschusses auffordern soll. Die Schiedsrichter sind demnach nicht verpflichtet einen Kostenvorschuss zu verlangen (BGer 4P.2/2003 E. 3).
- 40 Ferner dient der vom Schiedsgericht verlangte Kostenvorschuss nur dem Interesse des Schiedsgerichts, während beim staatlichen Verfahren dieser durch eine allfällige Parteientschädigung sichergestellt werden soll (BGer 4P.2/2003 E. 3.1). Das Schiedsgericht hat somit die Befugnis darüber zu entscheiden, ob es das Verfahren ohne das Leisten des Kostenvorschusses fortführt (BGer 4P.2/2003 E. 3.3).
- 41 Da bei Obliegenheiten die Einhaltung der Verhaltensregeln nicht eingefordert bzw. eingeklagt werden kann (HUGUENIN, N 107), kann die Klägerin nicht die Leistung eines Kostenvorschusses einfordern bzw. einklagen (TROGGELER, N 1344). Die Klägerin hat den gesamten Kostenvorschuss selbst einzuzahlen, damit das Schiedsgericht die Klage weiterhin behandelt (TROGGELER, N 1346).

## II. Materielles

### 1. Der KV stellt einen Verhandlungsvertrag dar

- 42 Die klägerische Auffassung führt schwerpunktmässig aus, dass der KV alle essentialia beinhalte und aus diesem Grund einen Vorvertrag mit Kontrahierungspflicht darstelle (KS,

N 36 ff.). Dem ist nicht zu folgen, denn die Klägerin verkennt, dass nicht allein das Vorhandensein bzw. die Bestimmtheit der essentialia massgebend ist, sondern das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens über die Rechtsnatur des KVs entscheidet (BGer 4C.409/2005 E. 2.3.1).

### 1.1 Die essentialia negotii sind nicht hinreichend bestimmt

- 43 Die Beklagte nimmt irrigerweise an, der KV enthalte alle wesentlichen Elemente des künftig zu schliessenden HVs und sei u.a. aus diesem Grund als Vorvertrag zu qualifizieren (KS, N 36 ff.).
- 44 Der Vorvertrag verpflichtet eine oder beide Parteien zum Abschluss eines künftigen HVs (BGer 4A\_297/2013 E. 3.2.1; BUCHER/SALADIN, S. 169), der in den objektiv wesentlichen Punkten mit dem Vorvertrag übereinstimmen muss (BGE 98 II 305 E. 1). Die Klägerin führt aus, der KV enthalte alle wesentlichen Vertragspunkte in Appendix I (KS, N 36 ff.). Dabei verkennt sie freilich, dass die Angaben im Appendix I (K-2) im Rahmen der Vertragsverhandlungen zwischen der Klägerin und der Beklagten festgelegt wurden und die entsprechenden Angaben im KV vom 12. Januar 2016 (K-1) selbst nicht bzw. nicht hinreichend bestimmt sind.
- 45 Der KV (K-1) ohne Appendix I umschreibt in der Präambel unter E. den Fremdleistungsanteil der Klägerin in Höhe von 45% des gesamten Projekts. Bis anhin sind keine weiteren Angaben vorhanden, weder die Art noch die genaue Umschreibung der Fremdleistungen sind aufgeführt. Deren Festlegung folgte erst einen Monat nach Unterzeichnung des KVs im Appendix I vom 15. Februar 2016 (K-2).
- 46 Dieses Vorgehen indiziert, dass die Parteien lediglich den erreichten Zwischenstand der erfolgten Verhandlungen haben festhalten wollen. Andernfalls hätten sie zum Zeitpunkt des KV-Abschlusses bereits die wesentlichen Punkte genau bestimmen müssen, um das Zustandekommen eines Vorvertrages zu ermöglichen.
- 47 Der Letter of intent (folgend Loi) gehört zu den vorvertraglichen Instrumentarien, die bei Verhandlungen komplexer Vertragswerke Anwendung findet (JAHN, S. 1; FISCHER/BRÄGGER S. 65; MONN, N 435). Er wird häufig als Vertrag qualifiziert (sog. Vertragsverhandlungsvereinbarung), da zum Zeichen des Konsenses beide Parteien unterschreiben (ISLER, S. 9 f.). Durch seine vielfältige Verwendung kann sein Inhalt von Fall zu Fall variieren (ISLER, S. 3; JAHN, S. 16; HEUSSEN, N 89 f.).
- 48 In der Regel werden im Loi nicht alle Aspekte des geplanten Vertrages festgelegt (LUTTER, S. 23). Er kann aber bereits wesentliche objektive Elemente des zu schliessenden HV enthal-

ten, die durchaus detailliert geregelt sein können (ISLER, S. 11; JAHN, S. 16). Zu nennen sind insb. der Inhalt des HV, Regelungen über das Verhalten der Parteien während den Verhandlungen, aber auch Beendigungsklauseln (ISLER, S. 4, 5, 11). Daneben sind üblicherweise Nebenkláuseln wie die Verantwortlichkeits- oder Exklusivitätsklausel enthalten (ISLER, S. 7; MONN, N 474). Die Verwendung einer Exklusivitätsklausel ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass sie sich nur zum Verhandeln verpflichten, also eine Verhandlungspflicht begründen (MONN, N 476).

- 49 Die Bestimmtheit des Vertragsinhalts ist entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 36 ff.) kein ausschlaggebendes Argument für das Vorliegen eines Vorvertrages, weil andere vorvertragliche Instrumente dasselbe Kriterium aufweisen können. Vielmehr sind der vereinbarte Inhalt und der Parteiwille massgebend, sowie auch die Begleitumstände der Vertragsverhandlungen.

## 1.2 Der KV begründet keinen Kontrahierungszwang

- 50 Ob ein Vorvertrag i.S.v. Art. 22 OR oder ein Verhandlungsvertrag vorliegt, muss mittels Auslegung ermittelt werden (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 5). Massgebend ist hierbei, in erster Linie der Wille der Parteien. Eine klare Abgrenzung zwischen den verschiedenen vorvertraglichen Rechtsfiguren ist sehr schwierig, da sich die verschiedenen typischen Elemente oft durchmischen (ISLER, S. 11).
- 51 Im Unterschied zum Vorvertrag möchte der Loi keine Verpflichtung zum Vertragsschluss begründen (ISLER, S. 11; FISCHER/BRÄGGER, S. 66). Viel eher bestätigen die Parteien über den Vertragsentwurf ernsthaft in Verhandlungen zu treten, ohne dabei einen rechtlichen Bindungswillen aufzuweisen (BGer 4C.36/2001 E. 5a; VON SEGESSER, S. 21).
- 52 Der Bindungswille ist weder aus dem Schriftstück (K-1) erkennbar, noch kann er von der Klägerin aus seinem gesamten Charakter und Wortlaut geschlossen werden. Es ist keine Formulierung enthalten, mit welcher die Beklagte ihren Willen kundtut, sich vertraglich *binden* zu wollen.
- 53 Mit dem Loi begründen die Parteien die Pflicht zu ernsthaften Verhandeln nach Treu und Glauben (FISCHER/BRÄGGER, S. 46). Sie erwarten, dass eine Einigung über das angebahte Geschäft hervorgehen wird, sind sich aber bewusst, dass ein endgültiger Vertrag noch ausgehandelt werden muss (MONN, N 439). Im Zweifel ist jedoch anzunehmen, dass keine rechtsgeschäftliche Bindung gewollt ist (LUTTER, S. 29; MONN, N 446).



- 54 Auch dem Zeitpunkt der Unterzeichnung ist Rechnung zu tragen. Findet dies bereits im Anfangsstadium der Verhandlungen statt, so ist eine vertragliche Bindungswirkung nur schwer zu begründen (MONN, N 454)
- 55 Dass die Parteien den KV (K-1) als „memorandum of understanding“ betitelt haben ist nach Art. 18 OR völlig irrelevant und lässt keinen verlässlichen Rückschluss auf den Inhalt zu (HEUSSEN, N 36; MONN, N 449). Aber die Formulierung kann als Indiz gegen den streitigen Rechtsbindungswillen erachtet werden (LUTTER, S. 25; MONN, N 449). Nach einer amerikanischen Entscheidung soll die Bezeichnung eines Dokuments als „letter of intent“ dafürsprechen, dass keine Bindung gewollt ist (Rennick v. O.P.T.I.O.N. Care, 77 F.3d 309).
- 56 Denn ein memorandum of understanding kann als Inhalt des Loi betrachtet werden, das mit demselben kompatibel ist (JAHN, S. 20). Es manifestiert, dass ein gemeinsames übereinstimmendes Verständnis in den Verhandlungen erreicht werden konnte (JAHN, S. 21). Die Verwendung beider Begrifflichkeiten ist uneinheitlich und wahllos (JAHN, S. 21; MONN, N 434).
- 57 Dem Wortlaut des KV (K-1) nach ist Zweck und Gegenstand, «Die grundlegenden Bestimmungen für die weitere Zusammenarbeit während der Evaluierungsphase und bei Zuschlag des Klienten festzuhalten». Dies deutet unmissverständlich daraufhin, dass kein Vorvertrag geschlossen worden ist.
- 58 Die Senkung des Fremdleistungsanteils ist ein weiteres Indiz für das Bestehen eines Verhandlungsvertrags. Mit der Reduktion des Fremdleistungsanteils durch die Klägerin stellt sie selbst die wesentlichen Vertragspunkte des Vertrages wieder zur Disposition. Dies indiziert, dass sie ebenfalls von Vertragsverhandlungen ausgegangen ist.
- 59 Für die Qualifikation einer vorvertraglichen Vereinbarung sind auch die Komplexität und die wirtschaftlichen Auswirkungen des bevorstehenden Rechtsgeschäfts von Bedeutung (MONN, N 452). Bei einem komplexen oder kostspieligen Projekt wie in diesem Fall, ist eine Einigung über alle wesentlichen Vertragspunkte mit grösserer Zurückhaltung anzunehmen, als bei einem alltäglichen Geschäft (MONN, N 453).
- 60 Ausserdem impliziert ein Loi die Pflicht, die schriftlich festgehaltene Resultate als gesichert anzusehen und diese nicht mehr in Frage zu stellen (MONN, N 498). Dies erweckt gegenseitige Erwartungen an den Bestand dieser Teilvereinbarungen. Wer auf einen solchen Punkt zurückkommt, muss sich einen «*venire contra factum proprium*» vorwerfen lassen. (MONN, N 498)

### 1.3 Es besteht kein Vorvertrag

- 61 Das BGer steht dem Vorvertrag ablehnend kritisch gegenüber (BGE 105 III 11 E. 4; 103 III 97 E. 2a). Diese Ansicht rechtfertigt sich dadurch, dass der Vorvertrag dem HV gleichzusetzen ist, wenn dieselben Parteien den im Vorvertrag vorgesehenen HV zu den gleichen Bedingungen abschliessen sollen (BGE 105 III 11 E. 4; 103 III 97 E. 2a). Denn der HV wiederholt nur das, was bereits im Vorvertrag steht und ist somit zwecklos. Trifft dies nicht zu, dann ist der Vorvertrag noch kein Vertrag (GUHL/MERZ/KOLLER, S. 101).
- 62 Es ist offensichtlich, dass die Parteien bewusst keinen Vorvertrag haben eingehen wollen, weshalb sie den Vertragsschluss des SV zu einem späteren Zeitpunkt einvernehmlich vorgesehen haben. Dies wird dadurch verdeutlicht, dass die Beklagte den Hauptgegenstand des Vorvertrages erneut zur Debatte setzt und sich weigert die ursprüngliche Abmachung einzuhalten.
- 63 Das Gegenteil zu behaupten ergibt keinen Sinn, weil die Beklagte weiter vorbringt, dass trotz Bestimmtheit des vermeintlichen Vorvertrages kein HV entstanden sei. Wie in BGE 103 III 97 zu Recht ausgeführt, besteht kein vernünftiger Grund einen Unterschied zwischen dem Vorvertrag und dem HV vorzunehmen. Diese widersprüchliche Auffassung der Klägerin läuft der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zuwider.
- 64 Es ist selbsterklärend, dass ihr plausible Argumente fehlen, zumal das Bestehen des HV für sie sprechen würde.

### 1.4 Eventualiter: Der Vorvertrag verwandelt sich in einen Verhandlungsvertrag

- 65 Sollte das Schiedsgericht das Bestehen eines Vorvertrages bejahen, so wandelt sich dieser durch die erneute Aufnahme von Verhandlungen zu einem Verhandlungsvertrag.
- 66 Ein Vertrag kommt nach Art. 1 ff. OR durch Konsens über die wesentlichen Vertragspunkte zustande. Eine Änderung des Vertrages ist wie von der Klägerin zu Recht hervorgebracht nur durch erneuten Konsens möglich (KS, N 47).
- 67 Die Behauptung, dass der KV seinen Vertragscharakter behält, weil er trotz Antrags zur Änderung immer noch bestimmt ist, ist widersprüchlich und unsinnig (KS, N 48).
- 68 Sobald sich die Parteien über die wesentlichen Punkte geeinigt haben, entsteht der HV (hier der Vorvertrag), sodass das Zurückkommen auf einen bereinigten Punkt einen Antrag zur Vertragsänderung darstellt. (MONN, N 501)

- 69 Das Verhalten der Klägerin impliziert, dass sie nicht an den vermeintlichen Vorvertrag festhalten will, weil sie offenbar nicht den Umfang von 40% leisten kann. Dies hat zur Folge, dass durch die Senkung der Fremdleistung zwischen den Parteien kein Konsens mehr besteht.
- 70 Somit stellt ihr Verhalten einen Antrag auf Vertragsänderung dar und weist ihren Willen auf, vom Vorvertrag erneut in Vertragsverhandlungen zu treten. Folglich finden konsensual erneut Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien statt.

## 2. Die Beklagte ist zur Kündigung berechtigt

### 2.1 Die Beklagte war berechtigt den KV nach Art. 8 zu beenden

#### a. Der Schweregrad für einen Rücktritt wurde erreicht

- 71 Der klägerischen Auffassung, wonach die Tragweite von Art. 8 Abs. 1 lit. g des KVs (K-1) teleologisch zu reduzieren sei (KS, N 51 ff.), kann nicht gefolgt werden. Vorab ist festzuhalten, dass die teleologische Reduktion ein Auslegungsinstrument darstellt, welches der Auslegung von Gesetzesnormen vorbehalten ist (JAUN, S. 4). Die Anwendung auf eine vertragliche Bestimmung ist folglich nicht kompatibel.
- 72 Die Klägerin führt zwar richtig aus, dass eine einzelne Vertragsbestimmung nicht isoliert, sondern anhand des Vertrages in seiner Gesamtheit auszulegen ist (KS, N 54; BGE 117 II 109 E. 6. c/bb). Dennoch trägt sie diesem Auslegungsgrundsatz nicht genügend Rechnung und fixiert sich schwerpunktmässig auf den Vergleich zwischen Art. 8 Abs. 1 lit. g (K-1) und lit. a-f desselben Artikels (KS, N 54 ff). Die weiteren Umstände sowie der KV an sich werden nicht oder nicht genügend berücksichtigt. Dabei ist gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Gesamtbeurteilung im Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände vorzunehmen (BGE 143 III 157 E. 1.2.2).
- 73 Es ist insb. der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck zu berücksichtigen (BGE 132 III 24 E. 4). Wie oben dargelegt (N 42 ff.) ist der KV als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren. Dessen Zweck besteht darin, in ernsthafte Vertragsverhandlungen im Hinblick auf einen Vertragsschluss einzutreten. In diesem Sinne dient der KV den Parteien zur schriftlichen Dokumentation ihrer Verhandlungsergebnisse (Art. 9 Abs. 1 K-1), insbesondere der grundlegenden Bestimmungen (Art. 1 K-1).
- 74 Daraus folgt, dass die Beendigungsklausel in Art. 8 Abs. 1 lit. g des KV (K-1) von hoher Bedeutung für die Parteien gewesen ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dem klaren Wortlaut Vorrang zu gewähren (BGE 129 III 702 E. 2.4.1).

- 75 Zudem ist gerade bei Verhandlungsverträgen die Aufnahme solcher Beendigungsklauseln üblich. Sollten die Vertragsverhandlungen ins Leere laufen, muss die Möglichkeit bestehen eine Kündigung des Verhandlungsverhältnisses auszusprechen. Art. 8 Abs. 1 lit. g (K-1) stellt demnach, wie die Klägerin zu Recht festgestellt hat (KS, N 53), bei weitem keinen Ausweg vom Vertrag dar, falls die Parteien lediglich kein Interesse mehr am Vertragsschluss haben sollten. Er dient viel mehr dem Rechtsfrieden und entspricht den Interessen beider Seiten.
- 76 Die Klausel enthält ein Beendigungsrecht nur für den Fall einer Uneinigkeit bzgl. des Umfangs und/oder des Preises der Fremdleistungen. Letztere stellen gemäss Art. 4 lit. b des KVs (K-1) Hauptbestimmungen des zu schliessenden SVs dar. Für die weiteren Vertragspunkte wurde kein Rücktrittsrecht vorgesehen, was wiederum impliziert, dass der Umfang der Fremdleistungen einen äusserst relevanten Aspekt darstellt.
- 77 Art. 9 Abs. 2 des KVs (K-1) normiert zudem, dass Änderungen und Modifizierungen des KVs schriftlich und mit Unterzeichnung der Parteien zu erfolgen haben. Der KV in seinem ganzen Gefüge lässt darauf schliessen, dass eine Änderung des Fremdleistungsanteils nicht ohne weiteres erfolgen kann. Die Klägerin missachtet durch ihre erwünschte Leistungsreduktion die Hauptbestimmungen des zu schliessenden SVs und weicht in der Folge nicht von ihrem Standpunkt ab. Genau für eine solche Situation haben die Parteien die Beendigungsklausel in Art. 8 Abs. 1 lit. g des KVs vorgesehen.
- 78 Der klägerischen Auffassung, wonach Art. 8 Abs. 1 lit. g (K-1) nach systematischer Auslegung eine *ultima ratio*-Klausel darstelle, kann keine Folge geleistet werden (KS, N 55). Zunächst berücksichtigt die Klägerin allein Art. 8 Abs. 1 (K-1) und lässt die weiteren Bestimmungen ausser Acht.
- 79 Des Weiteren führt sie aus, dass die Anrufung von lit. g desselben Artikels nur in einer der Unmöglichkeit gleichenden Situation möglich sei (KS, N 55). Sie stellt zwar richtigerweise fest, dass die Klausel nur bei Unstimmigkeiten zur Anwendung kommt (KS, N 55), doch stellt sie keine *ultima ratio* dar.
- 80 Die Beendigung des Vertrages hängt in Art. 8 Abs. 1 lit. b bis d sowie in lit. f (K-1) vom Bestehen des HVs zwischen der Beklagten und der Klientin ab. Gemäss lit. a der Vertragsbestimmung endet der KV nach Absprache der Parteien und gemäss lit. e mit Inkrafttreten des SVs. Es ist folglich nicht ersichtlich inwiefern Art. 8 (K-1) „einen der Unmöglichkeit nahekommenden“ (KS, N 55) Fall erfasst und weshalb lit. g nur als *ultima ratio* infrage kommt.
- 81 Nach der allgemeinen Lebenserfahrung und den Grundsätzen von Treu und Glauben (BGE 95 II 433 E. 2) ist Art. 8 Abs. 1 lit. g des KVs (K-1) dahingehend extensiv auszulegen, dass es dem Vertragszweck sowie den Interessen der Parteien entspricht, bei Unstimmigkeit

über die wesentlichen Vertragspunkte eine Beendigungsmöglichkeit vorzusehen. Ein anderes Ergebnis ist nicht sachgerecht und unangemessen, was die Parteien nicht gewollt haben können (BGer 4A\_109/2012 E. 4. 1).

b. Die Klausel wurde rechtmässig angerufen

- 82 Die Klägerin argumentiert mit der Vertragstreue, welche die vertragsfreundliche Auslegung der *favor negotii* stütze (KS, N 57).
- 83 Der Grundsatz *pacta sunt servanda* (KS, N 57) bindet die Parteien am Inhalt des abgeschlossenen Vertrages. Diese Vertragstreue gilt nicht absolut, denn die Schweizer Rechtsordnung sieht zahlreiche Ausnahmen vor. Eine solche Ausnahme stellt der Vertragsrücktritt dar (MEYER/SCHUPPLI, S. 217). Der KV sieht in Art. 8 (K-1) ein solches Rücktrittsrecht (Inhaltsfreiheit; Primat der Privatautonomie) vor. Insofern spricht die Beklagte ihren Rücktritt durchaus im Einklang mit der Rechtsordnung aus. Freilich ist noch beizufügen, dass die Klägerin diejenige gewesen ist, die den KV mit dem festgelegten Inhalt nicht eingehalten und somit gegen die Vertragstreue verstossen hat.
- 84 Die Klägerin missversteht zudem das Prinzip der *favor negotii*. Dieses ist nur in Zweifelsfällen anzuwenden, in denen mehrere vertretbare Ergebnisse möglich sind (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 491). Dem *favor negotii* kommt lediglich subsidiärer Charakter zu (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 491). In diesem Fall kann jedoch nicht von einem Zweifelsfall gesprochen werden, zumal die Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. g des KVs (K-1) eindeutig ausfällt. Die Beklagte hat somit gegen keine der aufgeführten Prinzipien verstossen.

c. Der Bedingungseintritt erfolgt gemäss Treu und Glauben

- 85 Sollte das Schiedsgericht dennoch davon ausgehen, dass Art. 8 Abs. 1 lit. g (K-1) eine resolutive Bedingung nach Art. 154 OR darstellt, erfolgt der Rücktritt dennoch rechtmässig. Anders als die Klägerin wiedergibt (KS, N 58 ff.), hat die Beklagte nicht gegen Art. 156 OR verstossen. Dafür muss das Aussprechen des Rücktritts ein treuwidriges Verhalten darstellen, was in diesem Fall nicht behauptet werden kann.
- 86 Kein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt namentlich vor, wenn der Verpflichtete den Bedingungseintritt zum Schutze eigener überwiegender Interessen herbeigeführt hat (BSK OR-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 6). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird vom Verpflichteten nicht verlangt seine eigenen Interessen aufzugeben (BGer 4C.281/2005 E. 3.5).
- 87 Ganz im Gegenteil darf der Verpflichtete eine Bedingung eintreten lassen, wenn die Weiterführung des Rechtsgeschäfts unzumutbar ist oder er ein ihm zustehendes Recht ausübt

(BSK OR-EHRAT/WIDMER Art. 156 N 6). Ob Letzteres im Einklang mit Treu und Glauben erfolgt, entscheidet sich nach dem verfolgten Zweck der Rechtsauübung (BSK OR-EHRAT/WIDMER Art. 156 N 6).

- 88 Die Beklagte ist vom KV zurückgetreten, weil sie keine Einigung mit der Klägerin bzgl. des Leistungsumfangs und der Bankgarantien hat erzielen können. Die Klientin verlangt die Einhaltung der im HV vereinbarten Milestones und die rechtzeitige Fertigstellung des Projekts. Für das pünktliche Erbauen der Seilbahn, wird der rechtzeitige Beginn des Projekts vorausgesetzt.
- 89 Die Klägerin offenbart jedoch Tage nach Erhalt des Zuschlags, dass sie dieser Aufgabe insb. den geologischen Untersuchungen nicht gewachsen ist (B-1), weil sie die nötige Expertise und das nötige Equipment nicht besitzt. In den darauffolgenden Wochen drehen sich die Verhandlungen nur noch um den Leistungsumfang und die Bankgarantien, dessen Erbringen die Klägerin verweigert. Das eben geschilderte Verhalten der Klägerin führt zu Verunsicherung und tiefes Misstrauen in die Verlässlichkeit ihrer Arbeitsweise. Aufgrund dieser ernsthaften Zweifel an der Zusammenarbeit rechtfertigt sich ein Abbruch der Vertragsverhandlungen erst recht.
- 90 Der Vorwurf fehlender Mitwirkungsbereitschaft (KS, N 56) ist nicht gerechtfertigt, zumal der Beklagten nicht zuzumuten ist noch einen dritten Subunternehmer heranzuziehen. Die Beklagte steht ohnehin bereits in einer Risikonahtstelle. Je mehr Subunternehmer herangezogen werden, desto komplizierter und aufwendiger gestaltet sich das Vertragsverhältnis.
- 91 Nach mehreren vergeblichen Anläufen zur Einigung sieht sich die Beklagte gezwungen den KV unverzüglich zu beenden, weil die rechtzeitige Realisierung des Projekts zunehmend gefährdet erscheint. Mit jeder weiteren Verzögerung droht der Beklagten die Konventionalstrafe, deshalb sind ihr weitere aussichtslos erscheinende Verhandlungen nicht zuzumuten. Für die Vertragserfüllung ist der Beizug eines neuen Subunternehmers, der die verlangten Anforderungen auch tatsächlich erfüllt, unerlässlich.

## 2.2 Eventualiter: Die Beklagte kündigte den KV rechtmässig nach Art. 107 OR

- 92 Sollte das Schiedsgericht zum Entschluss kommen, der KV sei als Vorvertrag zu qualifizieren, erfolgt der Rücktritt dennoch nach Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 OR rechtmässig.
- a. Der Subunternehmervertragsentwurf entspricht inhaltlich dem KV
- 93 Die Klägerin führt im Allgemeinen aus, dass es sich beim SV-Entwurf um keinen unterzeichnungsreifen Vertrag gehandelt habe, weil er gegen das *back-to-back* Prinzip verstosse. Daher

könne sie gar nicht erst in Schuldnerverzug geraten sein (KS, N 74). Dem ist nachfolgend zu widersprechen.

- 94 Ein Untervertrag richtet sich nach dem Inhalt des Hauptvertrages zwischen der Klientin und der Erstunternehmerin (CERUTTI, N 19). Zur Risikoabwälzung werden in Untervertragsverhältnissen häufig sog. Verbindungs- und Verknüpfungsklauseln aufgenommen (CERUTTI, N 210). Eine solche Klausel befindet sich in Art. 4 lit. a KV. Sie sieht eine *back-to-back* Übernahme der Bestimmungen des HVs für den SV vor.
- 95 Da der Untervertrag grundsätzlich aber unabhängig vom Hauptvertrag ist (CERUTTI, N 234), kann die Erstunternehmerin mit der Subunternehmerin einen Vertrag zu besseren oder schlechteren Bedingungen eingehen (CERUTTI, N 235). Daher schliesst eine im Hauptvertrag enthaltene Verknüpfungsklausel nicht aus, dass der Untervertrag davon abweicht. Die Beklagte ist somit dazu befugt, der Klägerin spezifischere Anforderungen zum Erbringen der Erfüllungsgarantie zu stellen, ohne dabei gegen das *back-to-back*-Prinzip zu verstossen.
- 96 Dies gerechtfertigt sich auch durch die Tatsache, dass die Beklagte als Erstkontrahentin das Nahtstellenrisiko trägt (N 90) und eine möglichst ausgeglichene Risikoverteilung anstrebt.
- b. Die Klägerin gerät durch ausbleibenden Beginn der Werkarbeiten in Verzug
- 97 Obwohl die Klägerin diesbezüglich keine Ausführungen hervorbringt, ist nachfolgend aufzuzeigen, weshalb die Klägerin dennoch in Verzug geraten ist.
- 98 Zielt ein Vorvertrag auf den Abschluss eines Vertrages hin, für welchen ein gesetzliches Rücktrittsrecht vorgesehen ist, kann der Vorvertrag gestützt auf die einschlägigen Normen beendet werden (BSK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 66). Da der zu schliessende SV einen Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR darstellt, sind trotz sich widersprechender Ausführungen der Klägerin diese Bestimmungen anwendbar.
- 99 Gemäss Art. 366 Abs. 1 OR kann der Besteller, ohne den Lieferungstermin abzuwarten, vom Vertrage zurücktreten, wenn der Unternehmer sich ohne Schuld des Bestellers im Herstellerverzug befindet. Der Unternehmer gerät in Verzug, sofern er das Werk nicht rechtzeitig beginnt, den Beginn in vertragswidriger Weise verzögert oder sich mit der Herstellung so erheblich im Rückstande befindet, dass eine rechtzeitige Ablieferung des Werks nicht voraussehen ist.
- 100 Ein Herstellerverzug, der in vertragswidriger Weise verzögert wird, liegt bspw. vor, wenn der Unternehmer sich nicht an ein Zeitprogramm hält und dadurch Zwischentermine verpasst (BGE 46 II 248 E. 2). Die Beklagte hat von der Klientin in Appendix A einen Terminplan mit den Milestones erhalten.

- 101 Der erste Milestone ist auf den 1. Oktober 2016 datiert. Bis dahin müssen die geologischen Voruntersuchungen für den Bau der Mastenfundamente abgeschlossen und das Gesuch um Konzession im Bundesamt für Verkehr eingereicht sein (B-7).
- 102 Für diese Voruntersuchungen sind aufgrund des erschwerten Umstandes des Unterwasserbodens mind. zwei Monate einzuplanen (Verfügung 2, Nr. 9). Hinzu kommt eine Wartezeit von mind. zwei weiteren Monaten nach Einreichung des Gesuchs um eine Konzession (Verfügung 2, Ziff. 10). Insb. sind die geologischen Vorabklärungen diesem Gesuch beizulegen (Verfügung 2, Ziff. 10). Bestenfalls ist also mit einer Dauer von mind. vier Monaten zu rechnen.
- 103 Die Klägerin offenbart der Beklagten am 30. Mai 2016, dass die oben aufgeführten Arbeiten ihre Expertise übersteigen und das Equipment sehr kostspielig sei (B-1). Für das Erkennen des mangelhaften Know-Hows und den fehlenden finanziellen Mitteln kann die Klägerin nicht knapp drei Monate (seit 15. Februar 2016, Appendix I) gebraucht haben.
- 104 Denn der KV verpflichtet die Parteien in Art. 2 (Verfügung 2, Ziff. 5) zu Vorbereitungsmaßnahmen. Somit hätte die Klägerin bereits früher zu dieser Erkenntnis kommen sollen und ihre Mitarbeiter dementsprechend weiterbilden müssen. Dadurch hat die Klägerin den Beginn der Arbeiten auf eine vertragswidrige Weise verzögert (LENDI/NEF/TRÜMPY, S. 143).
- Da die Klägerin bis zur Kündigung seitens der Beklagten mit den geologischen Untersuchungen immer noch nicht begonnen hat, ist das Einhalten des ersten Milestones vom 1. Oktober 2016 nicht mehr möglich. Daher ist sie in Verzug geraten.

c. Die Rücktrittserklärung der Beklagten erfolgt rechtzeitig

- 105 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dienen die Art. 102-107 OR als Ergänzung zum Rücktrittsrecht nach Art. 366 Abs. 1 OR (BGer 4A\_96/2014 E. 3.1; KRAUSKOPF, S. 802 ff.).
- 106 Die Beklagte setzt der Klägerin am 29. Juni 2016 zur Unterzeichnung des SVs eine Frist von zehn Tagen an. Eine Mahnung nach Art. 102 Abs. 1 OR ist bereits erfolgt, obwohl diese wie auch die Nachfrist nach Art. 107 Abs. 1 OR, sich durch den nicht mehr aufholbaren Rückstand, entbehrlich gewesen sind (Art. 102 Abs. 2 OR, Art. 108 OR).
- 107 Die Rücktrittserklärung der Beklagten erfolgt dann am 12. August 2016. Ein Rücktritt hat i.d.R. unverzüglich zu erfolgen (BSK OR-WIEGAND, Art. 107 N 14). Finden vor dem Rücktritt weitere Verhandlungen statt, die sich zu Gunsten des Unternehmers auswirken können, erfolgt die nachfolgende Rücktrittserklärung dennoch hinreichend klar und nicht verspätet (BGer 4A\_232/2011 E. 5.1 f.).
- 108 Es ist von Juni bis August 2016 zu zahlreichen mündlichen Verhandlungen gekommen (Verfügung 2, Nr. 11, 13), die auf eine Einigung abgezielt haben. Die Rücktrittserklärung erfolgt hinreichend klar und rechtzeitig.



d. Die Beklagte kann auf die ganze Leistung verzichten

- 109 Obwohl die Klägerin dieses Argument nicht hervorbringt, ist näher auf den Umfang des Leistungsverzichts einzugehen.
- 110 Auf eine ganze Leistung kann verzichtet werden, wenn diese eine Einheit bildet. Dies ist anzunehmen, wenn hervorgeht, dass die Bestellerin alle Leistungen in einer Hand gelegt wissen will (BGE 141 III 106 E. 16.2.1). Dabei ist der Vertragszweck, die Interessenlage und Zumutbarkeit der Parteien zu berücksichtigen (BGer 4A\_232/2014 E. 16.2.1).
- 111 Die Beklagte wählt die Klägerin als Subunternehmerin für die Werkarbeiten, die sie selbst nicht erbringen kann. Des Weiteren ist sie selbst bereits eine Unternehmerin im Verhältnis zur Klientin und trägt das Risiko für etwaige Verspätungen, Mängel etc. (N X). Demnach ist es der Beklagten ein Anliegen, dass sämtliche Arbeiten durch die Klägerin selbst verrichtet werden, zumal der Beizug eines weiteren Subunternehmers zu komplizierten Vertragsverhältnissen und erheblichem Mehraufwand führen würde (B-4).

### 3. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf das positive Interesse

Entgegen der klägerischen Meinung (KS, N 84) hat die Beklagte keinerlei vertraglichen Pflichten verletzt.

#### 3.1 Die Beklagte hat keine vertraglichen Pflichten verletzt

- 112 Die Klägerin wirft der Beklagten vor Art. 5 des KVs verletzt zu haben, indem sie die TP Bahnen AG als Subunternehmerin beigezogen hat (KS, N 83, 84).
- 113 Zu Recht führt die Klägerin vor, dass die Exklusivitätsklausel auch nach Beendigung des KV fort-dauert (KS, N 84). Dies ergibt sich jedoch nicht aus der vermeintlich ungerechtfertigten Kündigung, sondern vielmehr aus dem von den Parteien vereinbarten Wortlaut (Art. 5 i.V.m. 8 KV).
- 114 Ist das Verbot zeitlich nicht beschränkt, fällt seine geltungserhaltende Reduktion durch Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen in Betracht (Art. 20 Abs. 2 OR, Art. 27 ZGB; MONN, N 475; BGE 114 II 163)
- 115 Der Wortlaut des Art. 5 i.V.m. 8 (K-1) geht entgegen dem tatsächlichen Willen der Beklagten insofern zu weit, dass auch nach Scheitern der Verhandlungen, die Beklagte keinen weiteren Subunternehmer beiziehen darf.
- 116 Die Parteien haben mit dieser Vereinbarung viel mehr sicherstellen wollen, dass während der Exklusivitätsphase keine Verhandlung mit Dritten geführt werden. Damit ist der Zeitraum zwischen der Aufnahme von ernsthaften Vertragsverhandlungen und dem endgültigen Ab-

schluss des Vertrages gemeint. Ansonsten wird die Vertragserfüllung gegenüber der Klientin verunmöglicht. Dies kann nicht dem Willen der Beklagten entsprochen haben.

- 117 Denn Sinn und Zweck einer Exklusivitätsklausel ist es den Abschluss des HVs zu erleichtern, nicht jedoch die verpflichteten Parteien in ihrem Handlungsspielraum zu blockieren (ISLER, S. 7).
- 118 In der Praxis wird deshalb vorgesehen, dass die Exklusivität wegfällt sobald eine Partei die Verhandlungen offiziell abbricht (SCHENKER, S. 122; ISLER, S. 7). Dies ist insoweit sachgerecht und von grosser Bedeutung, als die Exklusivität auf die Zeit beschränkt wird, in welcher tatsächlich eine Einigung noch möglich ist (SCHENKER, S. 123).
- 119 Die Verhandlungen scheitern aufgrund der Herabsetzung des Leistungsumfangs durch die Klägerin. Der Vertragsschluss mit der TP B AG findet erst nach Beendigung der Vertragsverhandlungen statt. Die Tragweite der Klausel muss aufgrund des hypothetischen Parteiwillens auf diejenige Zeit reduziert werden, in welcher ein Vertragsschluss noch möglich gewesen ist. Aus diesem Grund ist sie nach der Kündigung durch die Beklagte am 12. August 2016 entfallen.
- 120 Die unrechtmässige Behauptung, dass die Beklagte bereits vor Kündigung Verhandlungen mit der TP AG aufgenommen hat (KS, N 86), ist nicht stichhaltig. Es handelt sich um eine reine Spekulation, die mangels plausibler Argumente hervorgebracht wird.
- 121 Entgegen der Meinung der Klägerin (KS, N 86) ist es nach allgemeiner Erfahrung im Geschäftsverkehr nicht ausgeschlossen, in einer solch kurzen Zeitspanne einen SV abzuschliessen. Vor allem dann nicht, wenn der Leistungsumfang feststeht, der Subunternehmer auch tatsächlich leistungsfähig ist und die getroffenen Vereinbarungen eingehalten werden. Ausserdem ist der SV-Entwurf durch die Verhandlungen mit der Klägerin schon so reif, dass er lediglich zur Unterzeichnung vorgelegt werden kann. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, die diesen Vorwurf rechtfertigen.
- 122 Ferner ist die Klägerin darauf hinzuweisen, dass sich aus der Exklusivitätsklausel kein Recht auf Abschluss des Vertrages, sondern nur auf dessen exklusive Verhandlung ergibt (SCHENKER, S. 123; ISLER, S. 7; JENTSCH, N 1219). Sie verhindert nur parallele Verhandlungen, nicht jedoch das Umschwenken auf die Konkurrenz (SCHENKER, S. 123)

### 3.2 Die Kausalität kann nicht nachgewiesen werden

- 123 Die Klägerin behauptet zu Unrecht die irrtümlich angenommenen Pflichtverletzungen seien kausal für den entstandenen Schaden i.H.v. CHF 4'320'000.00 i.S. eines entgangenen Gewinnes (KS, N 87, 88).

- 124 Bei der Geltendmachung des positiven Vertragsinteresses ist der Nachweis eines entgangenen Gewinnes und insb. der Kausalität sehr schwierig (VON SEGESSER, S. 53; TSCHÄNI/FREY/MÜLLER, S. 24) Es muss nämlich vorgewiesen werden, dass bei Einhaltung der Exklusivität der Vertrag zustande gekommen wäre. Dies stellt sich jedoch in der Praxis als schlicht unmöglich heraus (SCHENKER, S. 123).
- 125 Selbst durch Einhaltung aller seitens der Klägerin gerügten Pflichtverletzungen (KS, N 76 ff.), gelingt es ihr nicht nachzuweisen, dass ein Vertrag tatsächlich zustanden gekommen wäre. Hinzu kommt noch die Tatsache, dass alle Indizien gegen eine Einigung sprechen. Darunter fallen insb. der Dissens über den Leistungsumfang, sowie die Weigerung durch die Beklagte das Grossbankenerfordernis zu erfüllen. Folgerichtig kann davon ausgegangen werden, dass kein Vertrag zustande gekommen wäre. Dadurch entfällt die Kausalität.

### 3.3 Die Klägerin hat keinen Anspruch aus dem SV

- 126 Auf Erfüllung kann nur direkt geklagt werden, wenn der Vorvertrag bereits alle wesentlichen Elemente des HVs enthält (BGE 118 II 32 E. 3c).
- 127 Wie bereits aufgeführt (N 50 ff.) ist der KV als Verhandlungsvertrag i.S. eines Loi zu qualifizieren. Ausserdem kann von keiner Bestimmtheit die Rede sein, wenn kein Konsens über den Fremdleistungsanteil vorliegt. Aus diesem Grund ist eine direkte Klage nicht möglich.

### 3.4 Jegliche Haftung ist wegbedungen worden

- 128 Nachfolgend wird dargelegt, weshalb zuwider der Auffassung der Klägerin ihr anscheinender Anspruch i.H.v. CHF 4'320'000.00 (KS, N 87, 88) von Art. 8 des KV (K-1) erfasst wird.
- 129 Die Wegbedingung eines vertraglichen Schadenersatzanspruches wird mittels einer Haftungsfreizeichnung begründet (BSK OR-WIEGAND, Art. 100 N 1). Ob eine solche gewollt gewesen ist, muss mittels Auslegung ermittelt werden (KUKO OR-THIER, Art. 100 N 3).
- 130 Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 KV besagt, dass mit Eintritt einer der aufgelisteten Ereignisse der Vertrag, „ohne jegliche Vergütung zwischen den Parteien“ endet. Darunter zu verstehen ist u.a. auch ein allfälliger Schadenersatzanspruch i.S.v. entgangener Gewinn.
- 131 Diese Vereinbarung wird ausdrücklich im Vertrag aufgenommen und stellt eine gewollte Haftungsbeschränkung dar (BK OR-WEBER, Art. 100 N 77).
- 132 Art. 100 OR ist entgegen der Auffassung der Klägerin nicht einschlägig, weil weder die Haftung einer rechtswidrigen Absicht noch einer groben Fahrlässigkeit wegbedungen werden

sollte. Des Weiteren wurde wie bereits deutlich gemacht, in keinerlei Hinsicht eine vertragliche Pflicht verletzt (N 112 ff).

- 133 Der verzweifelte Versuch der Klägerin, die Beklagte als Sündenbock darzustellen und von ihr vollen Schadenersatz auf eine ihr unmögliche Leistung zu verlangen, zeugt schlichtweg von Unredlichkeit.

### 3.5 Die Klägerin ist nicht schadlos zu halten

- 134 Die Klägerin führt eventualiter aus, die Beklagte sei nach Art. 377 OR zurückgetreten und habe die Klägerin schadlos zu halten (KS, N 97 ff.). Wie oben dargelegt (N 92 ff.), ist die Beklagte gemäss Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 OR zurückgetreten. Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten diesbezüglich der Klägerin Folge leisten, hat die Klägerin keinen Anspruch auf Schadenersatz.
- 135 Der jederzeitige Rücktritt nach Art. 377 OR stellt ein fristloses Kündigungsrecht dar, d.h. eine Vertragsaufhebung mit Wirkung ex nunc (LENDI/NEF/TRYMPI, S. 128). Auf die Schadloshaltung ist zu verzichten, wenn die Kündigung aus wichtigem Grund erfolgte (GAUCH, N 419). Ein solcher wichtiger Grund liegt vor, wenn der kündenden Person die Weiterführung des Vertrages nicht zumutbar ist und sie diese Situation nicht selbst verschuldet hat (BGer 4D\_8/2008).
- 136 Wie bereits ausführlich dargelegt (N 71 ff.), hat sich die Klägerin vehement gegen den Abschluss des SV ausgesprochen, obwohl dieser den vereinbarten Konditionen entsprochen hat. Zudem hat sie diese Situation durch ihre Leistungsreduktion selbst verschuldet. Der Klägerin ist die weitere Aushandlung des SV nicht zuzumuten gewesen (N 91).

Abschliessend ersuchen wir Sie, die eingangs gestellten Rechtsbegehren gutzuheissen.

Mit vorzüglicher Hochachtung,

Moot Court Team