

Moot Court Team 2
Anastasija Baumeler
Emilie Benz
Gian-Andri Savoldelli

EINSCHREIBEN
Sekretariat des Schiedsgerichtshofes der
Swiss Chambers` Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Löwenstrasse 11
Postfach
CH-8021 Zürich

Zürich, den 11.12.2017

KLAGESCHRIFT

Verfahren Nr. 54699-2017

In Sachen

G-Funivie S.r.l.
Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

DoubleM Bahnen AG
Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team (...)

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

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Prof. Dr. Hubert Gran-Saert

Sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Dr. Anna Gallese

Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Falco Eck

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Fristen, folgende

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 4'320'000.00, zzgl. gesetzliche MWST und 5% Verzugszins seit 26. Mai 2017, zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzliche MWST) zulasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Judikaturverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XIII
A. Anwendbares Recht	1
B. Zuständigkeit des Schiedsgerichtes	1
I. Gültigkeit der Schiedsklausel	1
1. <i>Formelle und materielle Vorschriften</i>	<i>1</i>
2. <i>Subjektive und objektive Schiedsfähigkeit</i>	<i>2</i>
3. <i>Ungültige Einrede, die Schiedsvereinbarung sei nicht zustande gekommen</i>	<i>2</i>
II. Tragweite der Schiedsklausel	3
1. <i>Einleitendes.....</i>	<i>3</i>
2. <i>Die Schiedsklausel findet auch auf den Vorvertrag Anwendung.....</i>	<i>4</i>
III. Fazit	4
C. Einrede der Verrechnung.....	4
I. Einleitendes.....	4
II. Auf die Verrechnungseinrede anwendbares Recht.....	5
III. Materielle Zulässigkeit der Verrechnung nach OR	5
IV. Fazit	7
V. Eventualiter.....	7
1. <i>Die Verrechnungserklärung ist rechtsmissbräuchlich</i>	<i>7</i>
2. <i>Fazit</i>	<i>7</i>
D. Qualifikation Vertrag K-1	7
I. Der Vertrag ist als Vorvertrag zu qualifizieren	7
II. Fazit	9
E. Ungerechtfertigte Kündigung der DMB	9
I. Kein Vorliegen eines Kündigungsgrundes gemäss Art. 8 lit. g Vertrag K-1	9

1.	<i>Grundlegendes</i>	9
2.	<i>Die Beklagte missachtet das back-to-back Prinzip</i>	9
3.	<i>Fehlende Kooperationsbereitschaft der Beklagten bzgl. der Fremdleistungsreduktion</i>	11
4.	<i>Fazit</i>	13
II.	<i>Ungerechtfertigte Kündigung nach Art. 107 OR</i>	13
1.	<i>Kein Vorliegen eines Schuldnerverzuges</i>	13
2.	<i>Fazit</i>	16
III.	<i>Eventualiter</i>	16
1.	<i>Einrede des hypothetischen Gläubigerverzugs</i>	16
2.	<i>Fazit</i>	17
IV.	<i>Subeventualiter</i>	17
1.	<i>Die Reaktionszeit war nicht ausreichend</i>	17
2.	<i>Fazit</i>	18
F.	Schadenersatz	18
I.	<i>Auf das positive Interesse</i>	18
1.	<i>Vorliegen einer Schadenersatzpflicht</i>	18
2.	<i>Die nicht gerechtfertigte Kündigung</i>	19
3.	<i>Die Verletzung der Exklusivitätsklausel</i>	19
4.	<i>Schadenersatzpflicht gemäss Art. 97 Abs. 1 OR</i>	20
II.	<i>Fazit</i>	20

Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und Interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006.

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

N [7, 8, 13, 18, 19, 20]

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.

(ZIT. BERGER, § ... N ...)

N [76]

DERNBURG HEINRICH, Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Recht – mit besonderer Rücksicht auf preussische und französische Gesetzgebung, 2. Auflage, 1868 Heidelberg.

(zit. DERNBURG, S. ...)

N [23]

Dudenredaktion (o. J.), auf Duden Online, URL:
<http://www.duden.de/node/713429/revisions/1380643/view>.

(zit. Duden)

N [29]

ESCHER ARNOLD/VON TUHR ANDREAS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II, 3. Auflage, Zürich 1984.

(zit. ESCHER/VON TUHR, § ... S. ...)

N [85]

FASEL URS, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien 2000.

(zit. FASEL, S. ... § ...)

N [94]

GAUCH PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch, Band 5: Obligationenrecht, Art. 114-126 OR: AEPLI VIKTOR, Das Erlöschen der Obligation, 3. Auflage, Zürich 1991.

(zit. ZK OR V-AEPLI, Art. ... N ...)

N [23, 34, 35]

GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg. Zürcher Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch, Band 5/e1: Das Obligationenrecht, Art. 68-96 OR: SCHRANER MARIUS, Die Erfüllung der Obligation, 3. Auflage, Zürich 2000.

(zit. ZK OR V/1e-SCHRANER, Art. ... N ...)

N [86]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 10. Auflage, Zürich 2014.

(zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N ...)

N [70, 85, 86, 99, 111]

GIRSBERGER DANIEL et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004.

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

N [2]

HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI/1/5, Art. 97-109 OR: WEBER ROLF H., Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000.

(zit. BK OR-WEBER, Art. ... N ...)

N [72, 83]

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI/1/7/2, Art. 120-126 OR: ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Das Erlöschen der Obligation, Bern 2012.

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

N [23, 25]

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar Zivilgesetzbuch Band I:

Art. 1-9 ZGB, Bern 2012.

(zit. BK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

N [68]

HONSELL HEINRICH et al. (Hrsg), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Auflage,
Basel 2013.

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

N [2, 9, 15]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar

Obligationenrecht Band I: Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015.

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

N [25, 26, 85, 94, 103]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar
Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2015.

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

N [34, 50, 54]

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

(zit. HUGUENIN, N ...)

N [110]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar Obligationenrecht,
Art. 18, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Auflage,
Zürich/Basel/Genf 2014.

(zit. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. ... N ...)

N [86]

KOLLER ALFRED, Schweizerische Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2017

(zit. KOLLER, § ... N ...)

N [71, 83, 91, 94]

MÜLLER CHRISTIANE, Vertragsmanagement: Der Subunternehmervertrag, Die back-to-back Vereinbarung im Streiflicht von Risikomanagement und Durchsetzungsmöglichkeiten im Kontext von öffentlichen Ausschreibungen, Band 96, Zürich 2016.

(zit. MÜLLER, S. ...)

N [48]

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ (Hrsg.), Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssysteme und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, SSA Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht Band/Nr. 72, 2011

(zit. SSA 72-BEARBEITER/IN, N ...)

N [60]

Judikaturverzeichnis

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

4. Februar 1920

BGE 46 II 77

N [83]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. Oktober 1942

BGE 68 II 220

N [91]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

19. Februar 1957

BGE 83 II 26

N [27]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

16. Januar 1961

BGE 87 II 24

N [27]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

3. Oktober 1972

BGE 98 II 305

N [40, 44]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

17. Mai 1977

BGE 103 II 102

N [85]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
15. März 1990
BGE 116 Ia 56
N [8, 13]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
6. März 1992
BGE 118 II 32
N [40, 44]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
11. November 1993
BGE 119 II 449
N [54]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
26. April 1995
BGE 121 III 118
N [54]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
21. November 1996
BGE 123 III 165
N [54]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
16. Mai 2003
BGE 129 III 535
N [76, 83]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
25. Juni 2003
BGE 129 III 493
N [68]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

8. Juli 2003

BGE 129 III 675

N [5, 8]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

29. September 2006

4C.202/2006

N [68]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. September 2007

4A_220/2007

N [15]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

7. November 2011

BGE 138 III 29

N [8]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

20. Juli 2012

4A_220/2012

N [42]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

4. Juni 2013

4A_56/2013

N [14]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

11. Juli 2014

BGer 4A_91/2014

N [112]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

18. Februar 2016

4A_84/2015

N [9, 10]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
BAV	Bundesamt für Verkehr
BGB	(DE) Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
B-1	Korrespondenz vom 10. Mai 2016
B-2	Auszug aus dem Entwurf des Subunternehmervertrages vom 10. Mai. 2016 mit Mark Up
B-3	Auszug aus dem Entwurf des Subunternehmervertrages vom 10. Mai 2016
B-4	Korrespondenz vom 30. Mai 2016
B-5	Auszug aus dem Entwurf des Subunternehmervertrages vom 30. Mai 2016 mit Mark Up
B-6	Korrespondenz vom 21. Juni 2016
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken
DE	Deutschland
d.h.	das heisst
DMB	DoubleM Bahnen AG
E.	Erwägung
et al	et alii, und weitere
EPC	Engineering-Procurement-Construction
f./ff.	folgende/fortfolgende
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
GF	G-Funivie S.r.l.
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich

h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291
i.S.v.	im Sinne von
K-1	Auszug aus dem Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016
K-2	Appendix I zum Kooperationsvertrag (K-1) vom 15. Februar 2016
K-4	Auszug aus dem Hauptvertrag vom 13. April 2016
K-5	Auszug aus dem Fidic Silver Book
K-6	Korrespondenz vom 25. April 2016 von DMB an GF
K-7	Auszug aus dem Entwurf des Subunternehmervertrages vom 25. April 2016
K-8	Auszug aus dem besonderen Vertragsbestimmungen (Art. 4.2 und Art. 14.2) zum Entwurf des Subunternehmervertrages vom 30. Mai 2016
K-9	Auszug aus dem Entwurf des Subunternehmervertrages vom 30. Mai 2016
K-10	Auskaufangebot vom 29. Juni 2016
K-11	Korrespondenz vom 6. Juli 2016
K-12	Kündigungsschreiben vom 12. August 2016
K-13	Screenshot von stanzerpost.ch vom 22. August 2016
lit.	litera (Buchstabe)
MWST	Mehrwertsteuer
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
Nr.	Nummer
o. J.	ohne Jahr
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
S.	Seite
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration, Fassung vom 1. Juni 2012
S.r.l.	Società a responsabilità limitata
SSA	Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht

TP-Bahnen	Hergiswiler TP-Bahnen
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
zzgl.	zuzüglich

A. Anwendbares Recht

- 1 In prozessualer Hinsicht ist das zwölfte Kapitel des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) sowie die Internationale Schiedsordnung der Swiss Chambers`Arbitration Institution in der Fassung von 2012 (Swiss Rules) anwendbar. In materieller Hinsicht kommt Schweizer Recht, unter Ausschluss des UN-Kaufrechts zur Anwendung (Verfahrensbeschluss Nr. 1, Ziff. 10).

B. Zuständigkeit des Schiedsgerichtes

- 2 Grundsätzlich entscheidet das Schiedsgericht nicht von Amtes wegen über seine Zuständigkeit, sondern nur, wenn die beklagte Partei durch Erhebung einer Unzuständigkeitseinrede diese in Frage stellt (BSK IPRG-SCHOT/COURVOISIER, Art 186, N 88). Gemäss Art. 186 Abs. 1 IPRG ist das Schiedsgericht sodann befugt, unter Vorbehalt einer gerichtlichen Nachkontrolle, selbst über die Zuständigkeit zu entscheiden (ZK IPRG-HEINI, Art. 186 N 1).
- 3 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes wird durch die Beklagte, mit Begründung, dass der Subunternehmervertrag gar nie gültig zustande gekommen ist, bestritten (Einleitungsantwort der Beklagten, Ziff. 11 f.).
- 4 Damit eine gültige Schiedsklausel zustande kommt, ist neben den materiellen und formellen Vorschriften auch eine objektive und subjektive Schiedsfähigkeit notwendig. Nachfolgend wird dargelegt, wieso das Schiedsgericht, entgegen der Behauptung der Beklagten, unbestrittenermassen für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeiten zuständig ist.

I. Gültigkeit der Schiedsklausel

1. Formelle und materielle Vorschriften
- 5 Die Schiedsvereinbarung ist gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG gültig, wenn sie einer der dort genannten Rechtsordnungen entspricht. Ist die Gültigkeit nach schweizerischem Recht zu beurteilen, so wird neben der Schriftlichkeit und der Einigkeit über die essentialia negotii auch der Parteiwille gefordert, bestehende und künftige Streitigkeiten an einem Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Dabei müssen die Rechtsstreitigkeiten, welche der schiedsgerichtlichen Beurteilung unterworfen sind, ebenso wie das Schiedsgericht selbst, hinreichend bestimmt sein (BGE 129 III 675 E. 2.3).

6 Da die Parteien für die Schiedsklausel keine abweichende Rechtsordnung festgelegt haben und sowohl der Kooperationsvertrag (K-1, Ziff. 9) als auch sämtliche Entwürfe der Subunternehmerverträge (K-7, Ziff. 9; B-2, Ziff. 7; K-9, Ziff. 7) schweizerischem Recht unterstehen, ist dieses auch für die Schiedsklausel massgebend. Bei der vorliegend verwendeten Schiedsklausel handelt es sich um eine Mustervorlage der SRIA, welche die, nach Schweizer Recht, geforderten Voraussetzungen enthält. Die materiellen und formellen Voraussetzungen sind demzufolge erfüllt.

2. Subjektive und objektive Schiedsfähigkeit

7 Ob eine Prozesspartei an eine Schiedsvereinbarung gebunden ist, ergibt sich auch ihrer Parteifähigkeit im Schiedsverfahren (BERGER/KELLERHALS, N 491). Schiedsvereinbarungen wirken grds. nur zwischen den an ihrem Abschluss beteiligten Parteien (BERGER/KELLERHALS, N 492). Die Beklagte bringt indessen vor, dass der Subunternehmervertrag, welcher eine Schiedsklausel enthält, nicht unterschrieben wurde und somit keine Parteistellung begründet würde (Einleitungsantwort der Beklagte, Ziff. 11).

8 Die Beklagte übersieht dabei, dass sich die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes, sowohl in der Frage, ob die Parteien überhaupt ein Schiedsverfahren wollten als auch, welche Streitigkeiten überhaupt in der Zuständigkeit des Schiedsgerichts sein sollen, grds. nach dem Parteiwillen richtet (BERGER/KELLERHALS, N 464). Der Parteiwille ist mittels Auslegung zu ermitteln, analog zu Art. 18 Abs. 1 OR ist also der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien massgebend, womit nach dem tatsächlich erzielten, natürlichen Konsens zu forschen ist (BERGER/KELLERHALS, N 415). Gemäss ständiger Rechtsprechung des BGer ist der Abschluss einer Schiedsvereinbarung, da die Parteien auf eine Beurteilung der Streitigkeiten durch ein staatliches Gericht verzichten, nicht leichthin anzunehmen und der Parteiwille ist restriktiv auszulegen (BGE 138 III 29 E. 2.3.1; BGE 129 III 675 E. 2.3; BGE 116 Ia 56 E. 3b).

3. Ungültige Einrede, die Schiedsvereinbarung sei nicht zustande gekommen

9 Gemäss Art. 178 Abs. 3 IPRG stellt die Schiedsvereinbarung eine autonome, vom Vertrag getrennte Vereinbarung dar und weist damit eine rechtliche Selbständigkeit gegenüber diesem auf (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178, N 1). So stellte auch das BGer jüngst fest, dass aufgrund dieser Autonomie eine reine Berufung darauf, der Vertrag sei nicht zustande gekommen, die Schiedsvereinbarung nicht beeinträchtigt, sofern sich die fehlende Zustimmung nicht auf die Schiedsklausel ausweitet. So wäre eine Schiedsklausel beispielsweise nicht anwendbar, wenn eine Partei gar nicht in der Lage wäre, zu verhandeln.

In diesem Fall würde sich die fehlende Berechtigung sowohl auf den Vertrag als auch auf die Schiedsvereinbarung ausweiten (BGer 4A_84/2015 E. 3.2.1).

- 10 Folglich ist es zwar nicht üblich, dass die Parteien sich durch den Austausch von unverbindlichen Vertragsentwürfen, welche eine Schiedsklausel enthalten, direkt an ein Schiedsgericht binden. Eine Ausnahme kann aber dann vorliegen, wenn die ausgetauschten Entwürfe eine Schiedsklausel enthalten und die Parteien diese anpassen, sie jedoch in den folgenden Entwürfen unverändert bestehen lassen (BGer 4A_84/2015 E. 3.2.1).
- 11 Die Klägerin hat mit dem Entwurf für den Subunternehmervertrag B-2 unter Ziff. 8 eine umfassende Schiedsklausel in den anfänglichen Entwurf der Beklagten K-7 eingearbeitet. Die Beklagte erarbeitete daraufhin einen weiteren Entwurf B-5, welcher zahlreiche Änderungen enthielt, die Schiedsklausel in Ziff. 8 jedoch unberührt lies. Das lässt folglich keinen Zweifel offen, dass die Beklagte sich mit der Schiedsklausel einverstanden gab. Das lässt sich daran erkennen, dass sie die Klägerin mit Schreiben vom 29. Juni 2016 (K-10) ausdrücklich aufforderte, ihren Entwurf zu unterzeichnen und dass sie im Schreiben vom 30. Mai 2016 (B-2) ihr ausdrückliches Einverständnis zu den von der Klägerin getätigten Änderungen gibt.
- 12 Eine fehlende Zustimmung zur Schiedsklausel kann folglich nicht angenommen werden, womit eine gültige Schiedsvereinbarung in den Subunternehmerverträgen getroffen wurde.

II. Tragweite der Schiedsklausel

1. Einleitendes

- 13 Sobald feststeht, dass die staatliche Gerichtsbarkeit derogiert werden soll, besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Grund für eine restriktive Auslegung mehr. Durch eine Vereinbarung einer Schiedsklausel wird viel mehr davon ausgegangen, dass die Parteien dem Schiedsgericht eine umfassende Kompetenz erteilen möchten. Inhalt und Tragweite einer Schiedsklausel sind deshalb extensiv auszulegen (BERGER/KELLERHALS, N 422). Mit einer umfassenden Zuständigkeit wird vor allem auch auf die autonome Bedeutung einer Schiedsklausel verwiesen. So ist im Zweifel zu vermuten, dass die Parteien nicht nur Streitigkeiten über die Erfüllung ihrer gegenseitigen Vertragspflichten, sondern auch die Frage des Zustandekommens oder der Auflösung ihres Vertrages durch ein Schiedsgericht entschieden haben wollten (BERGER/KELLERHALS, N 423; BGE 116 Ia 56 E. 3b).
- 14 Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärung der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGer 4A_56/2013 E. 4.2).

2. Die Schiedsklausel findet auch auf den Vorvertrag Anwendung

- 15 Die Formulierung von Art. 8 im SV-Entwurfs (K-9) erfasst «Alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag». Nach Treu und Glauben muss diese Formulierung also so verstanden werden, dass die Parteien nicht wünschten, die aus ihrer vertraglich geregelten Beziehung resultierenden Ansprüche unter verschiedenen Rechtstiteln einerseits vor dem Schiedsgericht und andererseits vor staatlichen Gerichten geltend zu machen. Vielmehr ist im Sinne des mutmasslichen Parteiwillens davon auszugehen, dass die Parteien alle Ansprüche, die sich aus dem vom Vertrag geregelten Sachverhalt ergeben oder diesen unmittelbar berühren, der ausschliesslichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts zuweisen wollten (vgl. BGer 4A_220/2007 E. 6.2; BSK IPRG-WENGER/SCHOTT, Art. 178 N 35).

III. Fazit

- 16 Nach dem dargelegten ist klar erstellt, dass die Parteien sich bei Streitigkeiten auf eine Beurteilung derselben durch ein Schiedsgericht geeinigt haben. Die fehlende Unterzeichnung des SV-Entwurfes mag aufgrund der Autonomie der Schiedsvereinbarung nichts daran zu ändern.

C. Einrede der Verrechnung

I. Einleitendes

- 17 Die Klägerin erhebt Einspruch gegen die geltend gemachte Verrechnungseinrede der Beklagten (Einleitungsantwort, Ziff. 26; Stellungnahme zur Einleitungsantwort, Ziff. 1 ff.).
- 18 Das Schiedsgericht hat die prozessuale Zulässigkeit der Verrechnungseinrede zu prüfen, sofern die Klägerin dagegen Einspruch erhebt. Da der geltend gemachte Anspruch der Beklagten lediglich zur Verrechnung gestellt wird (Einleitungsantwort, Ziff. 26 ff.), hat das Schiedsgericht vorgängig zusätzlich über die materielle Zulässigkeit der Kompensation zu befinden (BERGER/KELLERHALS, N 1109).
- 19 Die Frage der prozessualen Zulässigkeit bzgl. der Deckung der Einrede durch die Schiedsklausel, der formgerechten Eingabe, der Leistung der Gebühr und des Kostenvorschusses kann deshalb offengelassen werden, da der Verrechnungsanspruch bei der Betrachtung der materiellen Begründetheit scheitert wie nachfolgend aufgezeigt wird (BERGER/KELLERHALS, N 479 ff.).

II. Auf die Verrechnungseinrede anwendbares Recht

- 20 Die Forderungen aus dem Kooperationsvertrag (K-1) und dem damit verbundenem Hauptvertrag (K-4) sowie den Subunternehmerentwürfen (K-7; K-9; B-2; B-3; B-5) werden nach den Swiss Rules beurteilt. Da weder die Swiss Rules noch das 12. Kapitel des IPRG die materielle Zulässigkeit genau regeln, ist gemäss Art. 187 Abs. 1 IPRG das Recht anzuwenden, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt. Die Beurteilung erfolgt nach dem Recht, welches am engsten mit der Hauptforderung verknüpft ist (BERGER/KELLERHALS, N 1109).
- 21 Im vorliegenden Fall entsteht die Hauptforderung der Klägerin, Schadenersatz in der Höhe von CHF 4'320'000.00, aus dem Kooperationsvertrag (K-1). In diesem gültig zustande gekommenen Vertrag haben die Parteien ausdrücklich vereinbart, dass der Vertrag dem materiellen schweizerischen Recht untersteht (K-1, Ziff. 9). Damit gelten die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts bzgl. der Verrechnungseinrede (Art. 120-126 OR).

III. Materielle Zulässigkeit der Verrechnung nach OR

- 22 Nachfolgend wird aufgezeigt, dass weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Verrechnung vorliegt.
- 23 Keine wechselseitigen Forderungen liegen bei Delegationsverhältnissen vor, d.h. wenn rechtsgeschäftlich die Fähigkeit verliehen wird, in eigenem Namen mit Wirkung für Dritte zu handeln (BK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 120 N 159). Folglich kann weder die Vertreterin ihre Schuld gegenüber einem Dritten mit einer Forderung des Vertretenen gegen Dritte verrechnen, noch der Schuldner des Vertretenen mit seiner Forderung gegen die Vertreterin (ZK OR-AEPLI, Art. 120 N 35; DERNBURG, S. 380).
- 24 Die Beklagte hat die Klägerin gegenüber dem Klienten vertreten (K-4, Ziff. 5). Die Klägerin verlangt Schadenersatz auf positives Interesse [112]. Die Beklagte möchte die Konventionalstrafe in Höhe von CHF 1'000'000.00 (B-7) des Klienten mit der Forderung der Klägerin verrechnen. Es liegt keine Gegenseitigkeit der Forderungen vor, da die Parteien nicht beide gleichzeitig Gläubiger der einen und Schuldner der anderen sind, d.h. die Konventionalstrafe der Beklagten (B-7) kann nicht mit der Forderung der Klägerin (Einleitungsanzeige, Ziff. 29) verrechnet werden. Dementsprechend liegt keine gesetzliche Verrechnung vor.

- 25 Um eine vertragliche Verrechnung zu bejahen, hätte ein Konsens bestehen müssen (BSK OR I-PETER, Art. 120 N 1; vgl. BK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 120 N 316). Damit ein Vertrag zustande kommt, müssen sich die Parteien über alle wesentlichen Elemente des Geschäfts geeinigt haben. Diese konstituierenden Elemente sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 N 1 ff.).
- 26 Gemäss dem Vertrauensprinzip ist nicht bloss gebunden, wer eine explizite Erklärung seines Vertragswillens abgibt, sondern auch, wer dem Anschein zufolge diesen Vertragswillen besitzt und daher mangels Gegenerklärung behaftet wird (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 6 N 1).
- 27 Die dabei zugrundeliegenden Willensäusserungen sind so auszulegen, wie die Gegenpartei sie nach Treu und Glauben hat verstehen dürfen und auch tatsächlich verstanden hat (BGE 87 II 24 E. 2). Dabei ist der tatsächliche Verzichtswille nicht von Relevanz, sondern ob der Gläubiger einen Verrechnungsverzicht ableiten konnte oder nicht (BGE 83 II 26 E. 1).
- 28 Es wurde ein Verrechnungsermächtigungsvertrag bzw. -klausel (K-7, Ziff. 7) seitens der Beklagten unterbreitet. Gemäss Ziff. 7 des ersten Entwurfs für einen Subunternehmervertrag (K-7), war die Beklagte berechtigt von der Klägerin Schadenersatz zu verlangen, wenn sie gegenüber dem Klienten aufgrund verpasster Milestones gemäss Appendix II (bzw. Appendix A) haftbar wird.
- 29 Im Gegenentwurf der Klägerin (B-2; B-3) wird die Ziff. 6 bzw. Ziff. 7 des K-7 gestrichen. In der darauffolgenden Korrespondenz zwischen den Parteien, erklärt sich die Beklagte «weitgehend» mit den «kosmetischen Veränderungen» einverstanden (B-4). «Weitgehend» bedeutet «umfassend» oder «umfangreich» (Duden). Zudem bleibt die Streichung der Ziff. 6 des K-7 im letzten Gegenentwurf des Subunternehmervertrages (K-9; B-5) der Beklagten bestehen.
- 30 Vorliegend ist das Vertrauensprinzip anzuwenden. Dies hat zu Folge, dass mangels einer Gegenerklärung der Beklagten bzgl. der Streichung der Ziff. 7 des K-7 ein Wille bestand, keine Verrechnungsermächtigung bzw. -klausel abzuschliessen. Zudem ist das Vertrauensverhältnis aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehungen der Parteien weit auszulegen (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 3). Des Weiteren musste die Beklagte einen Verrechnungsverzicht der Klägerin gemäss Treu und Glauben ableiten.

IV. Fazit

31 Da wie oben aufgezeigt [24] die Gegenseitigkeit der Forderungen der Parteien fehlt, liegt keine gesetzliche Verrechnung vor. Indem die Klägerin die Ziff. 7 in K-7 strich, legte sie deutlich dar, dass sie keine vertragliche Verrechnung vereinbaren möchte. Die Beklagte erklärte sich mit dieser Änderung einverstanden (vgl. B-4). Es liegt kein Konsens über die Vereinbarung eines Verrechnungsermächtigungsvertrages vor. Vielmehr haben die Parteien sich einstimmig darüber geeinigt, dass sie keine vertragliche Verrechnung vereinbaren möchten. Folglich ist aufgrund der fehlenden materiellen Begründetheit nicht auf die von der Beklagten erhobene Verrechnungseinrede zu hören.

V. Eventualiter

32 Sollte entgegen den obengenannten Argumenten einen Konsens über einen Verrechnungsermächtigungsvertrag bejaht werden, macht die Klägerin die Rechtsmissbräuchlichkeit der Verrechnungserklärung geltend.

1. Die Verrechnungserklärung ist rechtsmissbräuchlich

33 Der Schadenersatz in Höhe von CHF 4'320'000.00 zzgl. MWST ergibt sich aufgrund der unrechtmässigen Kündigung der Beklagten, welche sich dabei auf vertragswidrige Argumente stützt [vgl. 102 ff.].

34 Die der Verrechnung zugrundeliegende Hauptforderung entstand aufgrund des rechtswidrigen Verhaltens der Verrechnenden. Deshalb ist ihre Tilgung durch Verrechnung rechtsmissbräuchlich (ZK OR-AEPLI, Art. 120-126 N 88 ff.; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 27 ff.).

2. Fazit

35 Die Rechtsfolge einer gemäss Art. 2 ZGB rechtsmissbräuchlichen Verrechnung liegt im Ausbleiben der Verrechnungswirkung (ZK OR-Aepli, Art. 120-126 N 93). Die Verrechnung bleibt folglich wirkungslos.

D. Qualifikation Vertrag K-1

I. Der Vertrag ist als Vorvertrag zu qualifizieren

36 Der Vorvertrag (K-1) muss eine geeignete Anspruchsgrundlage darstellen, damit die Klägerin die mit dem Rechtbegehren geltend gemachte Forderung erfolgreich durchsetzen kann. Der Vertrag kann als eine geeignete Anspruchsgrundlage für allfällige Kompensationen dienen.

- 37 Gemäss Art. 1 OR bedarf es zum Abschluss eines Vertrages gegenseitig übereinstimmende Willensäusserungen der beteiligten Parteien.
- 38 Da die Parteien den Vertrag zusammen ausgearbeitet und mit ihren jeweiligen Unterschriften versehen haben, ist von ausdrücklichen Willenserklärungen beiderseits auszugehen. Es gibt auch keinerlei Hinweise auf Form- oder Inhaltsmängel. Zwischen der Klägerin und der Beklagten ist somit ein gültiger Vertrag zustande gekommen, den sie mit «Kooperationsvertrag» betitelten. Zur Vermeidung von Unklarheiten wird dieser Vertrag als K-1 oder Vorvertrag – wie nachfolgend unter [42] erläutert wird – bezeichnet.
- 39 Die Hauptbestandteile des Vertrages bilden die grundlegenden Bestimmungen während zwei Phasen (K-1, Ziff. 1-5). Die Evaluierungsphase bildet die erste Phase und die effektive Zusammenarbeit während des Projektes die zweite. Dabei formulierten die Parteien bereits detaillierte Bestimmungen, unter anderem auch bezüglich des Leistungsumfanges der Klägerin (vgl. K-2).
- 40 Grundsätzlich sind damit die wesentlichen Inhalte (*essentialia negotii*) des gewünschten Vertrages gegeben (BGE 98 II 305 E. 1; BGE 118 II 32 E. 3b), da die Leistungen der Klägerin umfassend beschrieben und die von der Beklagten zu leistende Vergütung bezeichnet sind.
- 41 An der Eigenständigkeit des Vertrages in Bezug auf das eigentliche Projekt an sich, also den Bau der Standseilbahn über den Zürichsee, bestehen jedoch Zweifel, da sich der gesamte Inhalt des Vertrages auf den Zeitpunkt des Abschlusses eines künftigen Subunternehmervertrages (K-7, B-3, K-9) und der darauffolgenden Zusammenarbeit bezieht.
- 42 Dies lässt darauf schliessen, dass es beim Vertragsinhalt hauptsächlich um die Pflicht der Parteien geht, mit der jeweils anderen einen Vertrag über die Fremdleistung seitens der Klientin zum Projekt einzugehen (*pactum de contrahendo*). Es handelt sich somit um einen Vorvertrag (vgl. BGer 4A_220/2012 E. 5.1).
- 43 Des Weiteren wird der Vorvertrag (K-1) bei Abschluss eines Subunternehmervertrages von diesem abgelöst und fällt dahin. Der Vorvertrag (K-1) ist somit komplett abhängig vom Abschluss oder Nicht-Abschluss eines weiteren Vertrages. Sollte der Subunternehmervertrag nicht abgeschlossen werden, entfällt der Zweck des Vorvertrages (K-1). Sollte der Subunternehmervertrag aber abgeschlossen werden, fällt der Vorvertrag (K-1) dahin. Im Vorvertrag (K-1) findet sich zusätzlich ein Katalog von Beendigungsgründen für diesen Vertrag.

44 Zur Qualifizierung als Vorvertrag muss der Inhalt des Vertrages bestimmt oder zumindest bestimmbar sein (BGE 118 II 32 E. 3b; BGE 98 II 305 E. 1). Der Inhalt des Vertrages ist insofern bestimmt, da die Parteien im Appendix I (K-2) eine genau umschriebene Auflistung der geschuldeten Leistungen und den dafür zu entrichtenden Gesamtpreis aufgeführt haben.

II. Fazit

45 Die Parteien haben sich im vorliegenden Vertrag (K-1) basierend auf gegenseitige übereinstimmende Willensäusserungen auf einen bestimmten Vertragsinhalt geeinigt. Aufgrund des auf den Abschluss eines weiteren Vertrages gerichteten Zwecks ist der Vertrag K-1 als Vorvertrag zu qualifizieren.

E. Ungerechtfertigte Kündigung der DMB

I. Kein Vorliegen eines Kündigungsgrundes gemäss Art. 8 lit. g Vertrag K-1

1. Grundlegendes

46 Die Beklagte kündigte am 12. August 2016 den Vorvertrag (K-1) zwischen der Klägerin und der Beklagten unrechtmässig und machte in diesem Zusammenhang Art. 8 Abs. 1 lit. g des Vorvertrages (K-1) geltend (K-12). Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. g (K-1) sind die Parteien zur Kündigung des Vertrages befugt, wenn sich die Parteien nicht auf den Umfang und/oder den Preis für die Fremdleistung einigen können.

47 Eine Einigung setzt Verhandlungen nach Treu und Glauben voraus. Die Beklagte hat in Bezug auf die Bankgarantien und der Fremdleistungsreduktion der Klägerin, welche die zentralen Streitpunkte darstellten und als Kündigungsgründe aufgeführt wurden, nicht nach Treu und Glauben verhandelt (vgl. K-10; K-12). Sie hat somit gegen das Gebot zu ernsthaften Vertragsverhandlungen verstossen, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

2. Die Beklagte missachtet das back-to-back Prinzip

48 Im Vorvertrag wurde das back-to-back Prinzip vereinbart (K-1, Ziff. 4a). Unter dem back-to-back Prinzip wird das Überbinden aller geltenden Verpflichtungen und Bedingungen aus einem Hauptvertrag auf einen Subunternehmervertrag verstanden (MÜLLER, S. 41).

49 Im Hauptvertrag zwischen dem Klienten und der Beklagten (K-4), wie auch in allen Entwürfen des Subunternehmervertrages (K-7; K-8; K-9; B-2; B-3; B-5), wird auf das FIDIC EPC/Turnkey Projects – Silver Book (K-5) verwiesen. In K-5 wird bezüglich Erfüllungs- und Vorauszahlungssicherheit vorgeschrieben, dass diese von einer Einrichtung ausgestellt sein

müssen und aus einem Land (oder einer anderen Rechtsordnung) stammen sollen, denen der Besteller zugestimmt hat [...] (K-5, S. 105, 148).

- 50 Der Klient ist der Besteller im Hauptvertrag und die Beklagte ist die Bestellerin im Vorvertrag (K-1) bzw. in den Subunternehmervertragsentwürfen. In diesen Verträgen, welche dem back-to-back Prinzip unterstehen, ist es ausdrücklich vorgeschrieben, dass es sich um eine Bank mit Sitz in der Schweiz oder einem Mitgliedstaat der Europäischen Union handeln muss. Zwar wird stets das Recht vorbehalten, das Bankinstitut abzuweisen, sollte sich dieses als nicht akzeptabel erweisen (K-4; K-7). Es muss sich dabei allerdings um schwerwiegende Gründe handeln und darf nicht der willkürlichen Gunst des jeweiligen Bestellers ausgesetzt sein. Das eingeräumte Wahlrecht würde ansonsten treuwidrig verwehrt (vgl. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 21 f.).
- 51 Der Klient hat keine weiteren Anforderungen gestellt als die breit formulierten Erfüllungs- und Vorauszahlungsbestimmungen (K-4, Besondere Vertragsbestimmungen Ziff. 4.2, 14.2). Er hat auch die Wahl der Credit Suisse seitens der Beklagten als Garantiebank nie kommentiert (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 16). Eine Liste mit einer Vielzahl von Banken der Beklagten sollte diese Wahl geringfügig einschränken (vgl. Einleitungsanzeige, Ziff. 20; B-1)
- 52 Die Beklagte hat von ihrem Wahlrecht der Bank für die Garantien Gebrauch gemacht, indem sie die Credit Suisse wählte (B-4). Dementsprechend muss nach dem back-to-back Prinzip dasselbe Wahlrecht der Klägerin zustehen, eine Bank in der Schweiz oder einem Mitgliedstaat der Europäischen Union auszuwählen.
- 53 Die Beklagte stellt hingegen die Situation so dar, als wäre eine Bankgarantie von einer der drei Schweizer Grossbanken ein geforderter Masstab des Klienten, womit dieser gemäss dem back-to-back Prinzip auch im Subunternehmervertrag umgesetzt werden müsse (B-4).
- 54 Die Willenserklärungen der Parteien sind diesbezüglich nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 11 f.). Massgebend ist, wie sie der Empfänger in gutem Treuen verstehen durfte und musste. Dabei ist stets der Gesamtzusammenhang im Auge zu behalten, d.h. die einzelnen Bestimmungen eines Vertrages oder die Äusserungen einer Vertragspartei dürfen nicht von ihrem Kontext losgelöst werden, sondern sind aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen (BGE 123 III 165 E. 3a.; BGE 121 III 118 E. 4b/aa; BGE 119 II 449 E. 3a).

- 55 Wenn die Besonderen Vertragsbestimmungen des Hauptvertrages (K-4) und des ersten Subunternehmervertragsentwurfs (K-7) nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden, sind alle Banken, welche über einen Sitz in der Schweiz oder einem Mitgliedstaat der Europäischen Union verfügen, erlaubt. Hinzu kommt, dass die besagte Liste mit einer Auswahl an Banken (K-7) der Klägerin nie zugestellt worden ist (vgl. B-1; Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 18). Eine solche Auswahl wurde erst am 30. Mai 2016 präsentiert (K-9). Die Klägerin konnte und musste nicht damit rechnen, dass die Beklagte auf dem Erfordernis einer schweizerischen Grossbank besteht. Der nachträgliche Wille der Beklagten, dass sie in Bezug auf die Erfüllungsgarantie eine absolut gleichwertige Bankgarantie der Klägerin sicherstellen wollte (B-4), ist unbeachtlich, da sie dies im ersten Subunternehmervertrag (K-7) und im Hauptvertrag (K-4) nicht erwähnt hatte.
- 56 Darüber hinaus erscheint die geforderte Bankgarantie von einer der schweizerischen Grossbanken unverhältnismässig (K-9). Für ein mittelständisches italienisches Unternehmen ist eine Garantie von schweizerischen Grossbanken finanziell nur sehr schwer tragbar (Einleitungsanzeige, Ziff. 24), wie nachfolgend aufgezeigt wird.
- 57 Die Klägerin hätte für eine Bankgarantie der Credit Suisse jeweils rund 0.15% der garantierten Summe pro Quartal als Kommission aufwenden müssen. Dabei wird nicht zwischen den beiden angeforderten Garantien (Erfüllungs- und Vorauszahlungsgarantie) unterschieden (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 17).
- 58 Die Beklagte hingegen profitiert bei der Credit Suisse von einem Sondertarif von 0.12% pro Quartal (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 17). Dies würde zum Ergebnis führen, dass die Beklagte als finanziell stärkere Partei vergünstigte Konditionen geniessen würde, währenddem die Klägerin unnötige zusätzliche Kosten zu tragen hätte.
- 59 Die Beklagten widersetzte sich dem back-to-back Prinzip, indem sie die Bestimmungen der geforderten Bankgarantien wesentlich enger auslegte als der Klient (K-9). Dies führte zum praktischen Stillstand der Verhandlungen (Einleitungsanzeige, Ziff. 22; K-11; B-4; B-5; B-6).

3. Fehlende Kooperationsbereitschaft der Beklagten bzgl. der Fremdleistungsreduktion

- 60 Mangelnde Informationen und die Ungewissheit über die zukünftige Entwicklung der Verhältnisse bergen grundsätzlich die Gefahr, dass sich die Abwicklung des Vertrages nicht so gestaltet, wie es die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erwartet haben (vgl. SSA 72-HIRSIGER, N 802). Die Klägerin reduzierte ihre Leistung im Entwurf des Subunternehmervertrages vom 10. Mai 2016 (B-2; B-3) auf 25%. Sie hat nachträglich

festgestellt, dass sie nicht die nötige Expertise und das Knowhow hat, um in der geforderten Qualität und Zeit die Stahlbetonfundamente im See erstellen zu können (K-11; B-1; B-6). Bei solchen umfangreichen Projekten muss generell damit gerechnet werden, dass in Bezug auf den Fremdleistungsanteil Veränderungen auftreten (vgl. SSA 72-HIRSIGER, N 802).

- 61 Die Klägerin bot aktive Hilfestellung bei der Suche nach einem alternativen Subunternehmer (B-6) und erklärte ausdrücklich, dass sie einen konkreten Vorschlag habe (K-11). Die angestrebte Änderung des Leistungsumfanges erscheint zumutbar und darüber hinaus die effizientere Lösung zu sein (B-1), als weiterhin auf den 40% Fremdleistungsanteil zu bestehen (B-4; B-5). Zudem war es für die Beklagte unmöglich, das nötige Equipment für die geologischen Voruntersuchungen rechtzeitig zu beschaffen (K-11; B-6).
- 62 Des Weiteren sieht der Vorvertrag vor, dass mit dem Einverständnis der Klägerin weitere Subunternehmer hinzugezogen werden können (K-1, Ziff. 5).
- 63 Am 29. Juni 2016 stellte die Beklagte ein Auskaufangebot von CHF 25'000.00 (K-10). Dieser Betrag erweist sich bei einem Projekt mit dem Gesamtpreis von CHF 24'000'000.00 als ungewöhnlich gering und lässt vermuten, dass der Rücktritt vom Vorvertrag (K-1) für die Beklagte die weitaus attraktivere Option darstellte. Diese Vermutung bestätigt sich, wenn die kurze Zeitspanne von 10 Tagen zwischen der unrechtmässigen Kündigung des Vorvertrages (K-1) und dem Abschluss des Subunternehmervertrages mit den TP-Bahnen (K-13) beachtet wird.
- 64 Diese bemerkenswert kurze Verhandlungsphase lässt einzig den Schluss zu, dass bereits im Vorfeld Vertragsverhandlungen zwischen der Beklagten und TP-Bahnen erfolgt sind – näheres dazu in [106 ff.] – und somit der Wille zum Vertragsabschluss mit der Klägerin bereits seit geraumer Zeit nicht mehr vorhanden war. Die Klägerin hat ihrerseits immer wieder betont, dass sie nach wie vor den Vertragsabschluss anstrebe (B-6; K-11).
- 65 Die Aussage der Beklagten, einen weiteren Subunternehmer einzubinden, würde die ganze Projektstruktur komplizierter gestalten und einen erheblichen Mehraufwand in der Koordination des Bauvorhabens bedingen, ist haltlos. Denn die Beklagte ist sogar dazu bereit, eine unrechtmässige Kündigung auszusprechen, monatelange Verhandlungen abubrechen, die Exklusivitätsklausel zu verletzen [106 ff.] und einen Rechtsstreit zu riskieren, um einen Vertrag mit einem anderen Subunternehmer einzugehen.
- 66 Die Beklagte zeigte keinerlei Kompromissbereitschaft und stellte sich gegen die Verhandlungen über den Fremdleistungsanteil und dementsprechend auch gegen den Abschluss eines Subunternehmervertrages (B-4; B-5).

4. Fazit

- 67 Wie oben aufgezeigt, hat die Beklagte in Bezug auf die Bankgarantien und die Fremdleistungsreduktion nicht nach Treu und Glauben verhandelt. Sie hat das schutzwürdige Interesse der Klägerin verletzt. Eine Einigung war daher von vornherein unmöglich.
- 68 Die Geltendmachung eines Rechts ist rechtsmissbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht. Widersprüchliches Verhalten und damit Rechtsmissbrauch kann sodann auch ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen in einer gegenwärtigen, in sich völlig nicht zu vereinbarenden und darum widersprüchlichen Verhaltensweise gesehen werden (vgl. BK ZGB I- HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 278; BGer 4C.202/2006 E. 3.1; BGE 129 III 493 E. 5.1).
- 69 Die Beklagte hat die Unmöglichkeit der Einigung durch ihre treuwidrige Verhandlungsweise selbst herbeigeführt. Die von ihr ausgesprochene Kündigung gestützt auf Art. 8 lit. g des K-1 ist deshalb rechtsmissbräuchlich.

II. Ungerechtfertigte Kündigung nach Art. 107 OR

1. Kein Vorliegen eines Schuldnerverzuges

- 70 Schuldnerverzug im Sinne von Art. 102 bedeutet (zeitliche) Verzögerung in der Erbringung der fälligen und erfüllbaren Leistung durch den Schuldner, d.h. Schuldnerverzug ist die objektiv pflichtwidrige Verspätung mit der Erfüllung einer Verbindlichkeit (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2656 ff.).
- 71 Der Schuldnerverzug setzt voraus, dass die nachträgliche Erfüllung noch möglich ist (KOLLER, § 55 N 55.14 ff.), d.h. der Schuldner kann mithin nur mit einer noch möglichen Leistung in Verzug kommen.
- 72 Unmöglich ist die Leistungserbringung, wenn ihr ein unüberwindbares Hindernis entgegensteht (BK OR-WEBER, Art. 102 N 41).
- 73 Die Leistung ist vorliegend unmöglich geworden, da anzunehmen ist, dass bereits im Vorfeld Vertragsverhandlungen zwischen der Beklagten und den TP-Bahnen erfolgt sind und der Wille zum Abschluss eines Subunternehmervertrags bereits seit geraumer Zeit nicht mehr vorhanden war. Aus der vorangegangenen Korrespondenz zwischen der Klägerin und der Beklagten ist ersichtlich, dass solche Verhandlungen über Subunternehmerverträge bzw. deren Abschluss einen extremen Zeitaufwand beanspruchen (vgl. K-6; K-7; K-9; B-1; B-2; B-3; B-4; B-5; B-6). Andernfalls lässt sich der Umstand nicht erklären, dass innerhalb von 10

Tagen (K-12; K-13) seit der Kündigung bekannt wurde, dass die TP-Bahnen einen Vertrag mit der Beklagten für das Projekt abgeschlossen haben (vgl. Einleitungsanzeige, Ziff. 27).

- 74 Ein Subunternehmervertragsabschluss mit den TP-Bahnen stellt ein unüberwindbares Hindernis dar, da die Klägerin nun keine Möglichkeit mehr hat, mit der Beklagten einen Subunternehmervertrag abzuschliessen.
- 75 Die Verspätung ist pflichtwidrig, da diese unter anderem dadurch entsteht, dass die Beklagte auf ein schweizerisches Grossbankenerfordernis besteht (K-9/B-5: Besondere Vertragsbestimmungen Ziff. 4.2/14.2, B-4, B-6), welches gegen das vereinbarte back-to-back Prinzip (K-1, Ziff. 4. a.) verstösst [59].
- 76 Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Erfüllung der Forderung nun verlangen darf. Der Zeitpunkt der Fälligkeit wird in erster Linie durch die von den Parteien getroffene Vereinbarung bestimmt (BGE 129 III 535 E. 3.2.1; vgl. BERGER, § 18 N 1257).
- 77 Es wurde kein konkreter Fälligkeitstermin vereinbart.
- 78 Gemäss dem Terminplan im Appendix A (K-4) müssen die geologischen Voruntersuchungen und das Konzessionsgesuch bis zum 1. Oktober 2016 abgeschlossen bzw. eingereicht sein. Vorliegend dauert eine geologische Untersuchung durch die erschwerenden Umstände unter Wasser ca. zwei Monate. Das Einholen einer Konzession und die zeitgleiche Plangenehmigung gemäss Seilbahnverordnung macht das Verfahren somit zu einem erheblichen Aufwand. Unter günstigen Umständen entscheidet das BAV frühestens innerhalb von zwei Monaten nach Einreichung des Gesuchs. Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass das Verfahren durch Stellungnahmen des betreffenden Gemeinwesens, Einsprachen von Dritten oder durch ein Bundesamt zusätzlich verzögert wird (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 9 f.).
- 79 Nach all dem Gesagten kann man aus dem Terminplan Appendix A des Hauptvertages (K-4), welcher gemäss dem back-to-back Prinzip auch für den Subunternehmervertrag gilt (Appendix II: K-7; K-9; B-2; B-3; B-5), kein Fälligkeitsdatum ableiten, da die Beklagte in Kauf nahm, den ersten Milestone zu verpassen. Bei dem Terminplan handelt es sich somit mehr um eine „Richtschnur“, und nicht um eine Frist, die einzuhalten wäre.
- 80 Zudem ist es unter Einhaltung des vereinbarten back-to-back Prinzips (K-1, Ziff. 4. a.) vertragswidrig, die Forderung der Klägerin zu verlangen, wenn die Beklagte sich selbst nicht an den Terminplan hält (Appendix A: K- 4; Appendix II: K-7; K-9; B-2; B-3; B-5).

- 81 Die Fälligkeit der Forderungen lag aufgrund der obengenannten Gründe nicht vor.
- 82 Gemäss Art. 102 Abs. 2 OR wird die Schuldnerin mangels der vertraglichen Regelung eines Verfallstags durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt.
- 83 Unter Mahnung versteht man jene an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, durch die er in unmissverständlicher Weise die unverzügliche Erbringung der fälligen Leistung beansprucht (BGE 129 III 535 E. 3.2.2). Sie muss dem Schuldner inhaltlich nicht nur klar zum Ausdruck bringen, dass der Gläubiger die versprochene Leistung endgültig verlangt, sondern auch deren Quantität, Qualität und Erfüllungsort richtig bezeichnen (BK OR-WEBER, Art. 102 N 66 ff.), d.h. dass Schuld und Mahnung übereinstimmen müssen. Wird mit der Mahnung zu viel verlangt, bleibt sie wirkungslos, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Gläubiger die Annahme der effektiv geschuldeten Leistung verweigern würde (BGE 46 II 77 E. 2). Auf welche Leistung sich die Mahnung bezieht, entscheidet sich nach dem Vertrauensprinzip (KOLLER, § 55 N 55.22).
- 84 Unter Anwendung und Auslegung des Vertrauensprinzips bezieht sich die Leistung nur auf eine Bank mit Sitz in der Schweiz oder einem Mitgliedstaat der Europäischen Union (vgl. K-4, Besondere Vertragsbestimmungen Ziff. 4.2/14.2). Indem die Beklagte auf das schweizerische Grossbankenerfordernis (K-9/B-5: Besondere Vertragsbestimmungen Ziff. 4.2, 14.2, B-4, B-6) beharrte, verlangte sie mehr als im Vorvertrag (K-1 Ziff. 4. a) vereinbart wurde. Sie hat später deutlich gemacht, dass sie den Vertrag nur unter diesem (vertragswidrigen) Erfordernis abschliessen würde (K-10). Die Mahnung bleibt deshalb wirkungslos.
- 85 Des Weiteren dürfen für den Schuldner keine Unklarheiten über den Zweck und Inhalt der Mahnung resultieren (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 7), d.h. aus der Mitteilung muss bestimmt und deutlich hervorgehen, dass der Gläubiger die Vornahme der geschuldeten Leistung verlangt bzw. eine klare Willensäusserung hinsichtlich Ausübung seines Forderungsrechts ersichtlich ist (BGE 103 II 102 E. 1a; BSK OR I-Wiegand, Art. 102 N 5; ESCHER/VON TUHR, § 72 S. 136 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2703 ff.).
- 86 Ob im Einzelfall die Anforderungen an die Bestimmtheit und Deutlichkeit erfüllt sind, ist aufgrund der konkreten Umstände durch Auslegung, unter Anwendung des Vertrauensprinzips (vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 62.), zu ermitteln (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2705 f.; ZK OR-SCHRANER, Art. 75 N 34).

87 Wie bereits oben [69] erwähnt, führte die Beklagte keine ernsthaften Verhandlungen mehr. Es kann sich daher bei ihrem finalen Angebot zum Abschluss des Subunternehmervertrages (K-10), unter Auslegung und Anwendung des Vertrauensprinzips, nicht um eine Mahnung handeln, da die Beklagte gar keine Erfüllung seitens der Klägerin mehr wünscht.

88 Ihre Geltendmachung des Anspruchs im Schreiben hat lediglich den Zweck, sich von ihren Verpflichtungen des K-1 zu befreien. Dies wird umso deutlicher mit der Wortwahl der Beklagten «so schlagen wir eine einvernehmliche Aufhebung des Kooperationsvertrages vor» (K-10). Zudem bot die Beklagte eine auffallend geringe Entschädigung von CHF 25'000.00 (K-10) bei einem Gesamtpreis von CHF 24'000'000.00 (K-3; Einleitungsanzeige, Ziff. 29). Dieses «Auskaufangebot» impliziert, dass die Beklagte sich selbst bewusst ist, dass kein Rücktrittsrecht i.S.v. Art. 107 ff. OR besteht. Denn wenn ihr geltend gemachter Rücktritt tatsächlich vorläge, müsste sie gemäss Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 7 des Vorvertrages (K-1) keine Entschädigung leisten.

2. Fazit

89 Die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs i.S.v. Art. 102 OR sind aufgrund der Leistungsunmöglichkeit, der fehlenden Mahnung und der zu verneinenden Fälligkeit nicht gegeben. Die Beklagte war deshalb nicht berechtigt, den Vertrag (K-1) nach Art. 107 Abs. 2 OR zu kündigen.

III. Eventualiter

90 Selbst wenn das Schiedsgericht wider Erwarten zum Ergebnis gelangen sollte, dass Leistungsmöglichkeit, Mahnung und Fälligkeit gegeben sind, so erhebt die Klägerin eventualiter Einrede des hypothetischen Gläubigerverzugs.

1. Einrede des hypothetischen Gläubigerverzugs

91 Der sog. hypothetische Gläubigerverzug ist dem Gläubigerverzug i.S.v. Art. 91 OR gleichzustellen. Hypothetischer Gläubigerverzug liegt vor, wenn es auf Seiten des Schuldners an der Leistungsbereitschaft fehlt, aber auch der Gläubiger nicht bereit ist, die ihm obliegenden Erfüllungshandlungen vorzunehmen, und er in Gläubigerverzug geraten würde, wenn der Schuldner erfüllen würde. Bei beidseitig fehlender Erfüllungsbereitschaft ist der Schuldnerverzug ausgeschlossen (BGE 68 II 220 E. 3; KOLLER, § 55 N 55.10). Die Leistungen, vorliegend die Vertragsverhandlungen, sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Garantie einer schweizerischen Grossbank liegt nicht in den finanziellen Möglichkeiten einer italienischen GmbH im Familienbesitz (K-11; Einleitungsanzeige, Ziff. 1). Im Gegensatz zur

Beklagten bemühte sich die Klägerin stets, einen Vertragsabschluss zu erreichen (K-11; B-6), soweit das vereinbarte back-to-back Prinzip (K-1, Ziff. 4a.) eingehalten wird. Indem die Beklagte auf ihr rechtswidriges Grossbankenerfordernis (K-9/B-5: Besondere Vertragsbestimmungen Ziff. 4.2,14.2; B-4; B-6) beharrte, blieb der Klägerin nichts anderes übrig, als den Vertrag in dieser Form nicht abzuschliessen.

2. Fazit

- 92 Aufgrund der unrechtmässig fehlenden Erfüllungsbereitschaft seitens der Beklagten und der rechtmässig fehlenden Erfüllungsbereitschaft der Klägerin kann kein Schuldnerverzug i.S.v. Art. 102 ff. OR vorliegen.

IV. Subeventualiter

- 93 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten die Einrede der Klägerin nicht gutheissen, macht sie subeventualiter eine nicht ausreichende Reaktionszeit geltend.

1. Die Reaktionszeit war nicht ausreichend

- 94 Sind zur Erfüllung Vorbereitungshandlungen nötig, kommt eine angemessene Reaktionszeit hinzu, bevor der Verzug eintritt. Die Reaktionszeit berechnet sich nach Art und Umfang der Leistungsverpflichtung (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 8). Bei einem Mahngeschäft muss dem Schuldner nach der Mahnung noch so viel Zeit gelassen werden, als dies zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt notwendig ist (FASEL, S. 533 § 148). Erst wenn der Schuldner gemahnt wird, muss er die nötigen Schritte unternehmen, um dem Gläubiger die Leistung zu verschaffen (KOLLER, § 55 N 55.06).

- 95 Es vergeht über einen Monat, bis die unrechtmässige Kündigung ausgesprochen wird (K-10; K-12). In dieser Zeit hatten die Parteien Mühe, einander telefonisch zu erreichen, und zwar wegen Ferienabwesenheiten der Schlüsselpersonen. All dies hat die Kommunikation erheblich verzögert (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 13). Dieser Umstand alleine begründet bereits eine Verlängerung der Reaktionszeit. Des Weiteren dauert das Einholen einer Bankgarantie, welche eine Voraussetzung für den Vertragsabschluss darstellt, bei einem CHF 60'000'000.00 Projekt bzw. CHF 24'000'000.00 Fremdleistungsanteil mehrere Wochen (B-6). Aufgrund der obengenannten Umstände war die zur Verfügung gestellte Reaktionszeit unzureichend.

2. Fazit

96 Die Klägerin befand sich aufgrund der ungenügenden Reaktionszeit nach der Mahnung nicht in Verzug. Die Beklagte war deshalb nicht berechtigt, den Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR zu kündigen.

F. Schadenersatz

I. Auf das positive Interesse

1. Vorliegen einer Schadenersatzpflicht

97 Die Beklagte wendet ein (Einleitungsantwort, Ziff. 25), dass der Klägerin basierend auf dem Vorvertrag (K-1), respektive der Beendigung desselben, kein Vergütungsanspruch zusteht. Eine Vergütung ist eine für Dienstleistungen in Geld zu entrichtende Gegenleistung (vgl. Art. 611 Abs. 1 BGB); insofern ist der Beklagten beizupflichten.

98 Ihr entgeht jedoch, dass die Parteien mit den genannten Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 des Vorvertrages (K-1) lediglich klarstellen wollten, dass der Vorvertrag primär dem Abschluss eines weiteren Vertrages und nicht der realen Erfüllung des Projektes, also dem Umfang der Leistungen der Klägerin (K-2) und der damit entstehenden Entschädigung für Aufwendungen, dient.

99 Eine fehlende Erzwingbarkeit der realen Erfüllung bedeutet jedoch nicht, dass bei Nichterfüllung der vertraglich geregelten Inhalte – hier also dem Abschluss eines weiteren Vertrages – keine Schadenersatzpflicht ausgelöst werden soll (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1081).

100 Dass die Beklagte sich dessen bewusst war und dies ihrem Willen entsprochen hat, lässt sich aufgrund der von ihr mehrmals angedrohten Überwälzung der Konventionalstrafe auf die Klägerin (K-10, K-12) in Form von Schadenersatz deutlich feststellen.

101 Die von der Beklagten erwähnten Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 des Vorvertrages (K-1, erwähnt in: Einleitungsantwort, Ziff. 25) sind für die Beurteilung einer Schadenersatzpflicht also irrelevant, da es sich bei dem von der Klägerin geforderten Betrag weder um externe Kosten noch um Vergütungen handelt. Vielmehr ist nach dem vorne Ausgeführten auf die allgemeinen Regeln von Art. 97 OR zu verweisen, wie nachfolgend dargelegt wird.

2. Die nicht gerechtfertigte Kündigung

102 Wie vorne dargelegt [69] war die Kündigung der Beklagten basierend auf Art 8 lit. g des Vorvertrages (K-1) nicht gerechtfertigt.

103 Wenn die von der Schuldnerin, hier die Beklagte, geforderte Leistung nicht mehr erbracht werden kann, liegt Unmöglichkeit vor. Eine Leistung wird nachträglich unmöglich, wenn sie durch Vertrag oder Obligation begründet wird und erst zu einem späteren Zeitpunkt unmöglich wird. Ob die Unmöglichkeit aufgrund eines rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisses eintritt, ist nicht relevant (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 7 ff.). Subjektiv ist eine Unmöglichkeit, wenn die Leistung zwar an sich möglich ist, die Schuldnerin, welche die Leistung versprochen hat, dazu aber nicht mehr in der Lage ist (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 11).

104 Die Beklagte hat mit der nicht gerechtfertigten Kündigung des Vorvertrages (K-1) und dem anschliessenden Abschluss eines Subunternehmervertrages mit den TP-Bahnen ihre gemäss Vorvertrag (K-1) zu erbringende Leistung verunmöglicht. Die Unmöglichkeit trat nach Begründung des Vertrages ein und betrifft lediglich die Beklagte. Es liegt folglich ein Fall der nachträglichen, subjektiven Unmöglichkeit vor.

105 Massgebend für die Rechtsfolgen ist, ob die Unmöglichkeit verschuldet ist oder nicht. Wie unter [73 f.] aufgeführt, hat die Beklagte die Verantwortung für die Unmöglichkeit ihrer Leistungspflicht vollumfänglich zu übernehmen.

3. Die Verletzung der Exklusivitätsklausel

106 Die im Vorvertrag enthaltene Exklusivitätsklausel verpflichtet die Beklagte, den Subunternehmervertrag ausschliesslich mit der Klägerin abzuschliessen, respektive mit ihr über die in Appendix I (K-2) definierten Fremdleistungen zu verhandeln.

107 Wie im Vorvertrag (K-1) unter Ziff. 8 ersichtlich ist, hat die Exklusivitätsklausel auch über eine Beendigung des Vorvertrages hinaus Bestand. Über die Gültigkeit der Klausel sind deshalb keine weiteren Ausführungen nötig.

108 Gemäss stanserpost.ch vom 22. August 2016 (K-13) hat die Beklagte zu diesem Zeitpunkt bereits einen Subunternehmervertrag mit den TP-Bahnen abgeschlossen, nur 10 Tage nachdem die Beklagte den Vorvertrag nicht rechtmässig gekündigt hat [67 ff.].

109 Ob es der Beklagten gelungen ist, sich mit den TP-Bahnen in nur 10 Tagen über das zu einigen, was die Parteien während mehreren Monaten nicht erreicht haben, ist fraglich. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erscheint es jedoch nicht glaubwürdig, womit davon

auszugehen ist, dass die Beklagte bereits vor dem 12. August 2016 mit den TP-Bahnen Verhandlungen geführt und folglich gegen die Exklusivitätsklausel verstossen hat.

110 Ein Verstoss gegen eine Exklusivitätsabrede entspricht einer Vertragsverletzung, namentlich der Verletzung einer Unterlassungspflicht. Die Verletzung einer Unterlassungspflicht ist der positiven Vertragsverletzung zuzuordnen. Diese umfasst die Schlechterfüllung und die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten (HUGUENIN, N 846 f.). Welcher Fallgruppe die Verletzung der Exklusivitätsabrede zuzuordnen ist, spielt vorliegend ebenfalls keine Rolle, da sich die Rechtsfolgen, wie nachfolgend dargelegt [111 ff.], nach Art. 97 Abs. 1 OR richten.

4. Schadenersatzpflicht gemäss Art. 97 Abs. 1 OR

111 In Erweiterung der grammatikalischen Auslegung erfasst Art. 97 OR neben der Unmöglichkeit der Leistung auch die positive Vertragsverletzung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2616).

112 Die Rechtsfolgen für eine verschuldete Unmöglichkeit der Leistung als auch für die Verletzung einer Unterlassungspflicht sind die gleichen. Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, welche in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn bestehen kann (BGer 4A_91/2014 E. 6.3.2).

113 Zu ersetzen ist der Schaden, welcher vorliegend dem entgangenen Gewinn in der Höhe von 4'320'000.00, zzgl. gesetzlicher MWST sowie 5% Verzugszins gemäss Art. 104 Abs. 1 OR entspricht.

II. Fazit

114 Aufgrund der durch die Beklagte verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung und des Verstosses gegen die Exklusivitätsklausel, was eine positive Vertragsverletzung darstellt, ist die Beklagte gegenüber der Klägerin zum Ersatz des Schadens zu verpflichten. Der Schaden entspricht wie vorne dargelegt dem entgangenen Gewinn in der Höhe von CHF 4'320'000.00 zzgl. Gesetzlicher MWST und Verzugszinsen von 5%.

Ersuchung um Gutheissung der Rechtsbegehren

115 Wir ersuchen Sie, verehrtes Schiedsgericht, unsere gestellten Rechtsbegehren aufgrund der vorangegangenen Begründung gutzuheissen.

Hochachtungsvoll,

Moot Court Team 2