

**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 19.03.2018

**KLAGEANTWORT**

**Verfahren Nr. 54699-2017**

In Sachen

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

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 3

gegen

**DoubleM Bahnen AG**  
Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team 2

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 Angeklagten stellen wir, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Fristen, folgenden

### **Prozessualen Antrag**

Das Verfahren sei in zwei Phasen aufzuteilen und das Schiedsgericht soll in einem Vorentscheid gemäss Art. 186 Abs. 3 IPRG über die Frage der Zuständigkeit befinden.

Und folgende

### **Rechtsbegehren**

1. Auf die Schiedsklage sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten;
2. Eventualiter sei die Schiedsklage abzuweisen;
3. Subeventualiter sei auf die Verrechnungseinrede zu hören;
4. alles unter Kosten- Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Klägerin.

# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Judikaturverzeichnis.....	VIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XIV
<b>A. Prozessualer Antrag .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts .....</b>	<b>1</b>
I. Es liegt keine gültige Schiedsklausel vor.....	1
1. <i>Die formellen Voraussetzungen sind nicht gegeben .....</i>	<i>1</i>
2. <i>Die materiellen Voraussetzungen sind nicht gegeben.....</i>	<i>2</i>
3. <i>Fazit.....</i>	<i>3</i>
II. Eventualiter: Die Schiedsklausel findet auf K-1 keine Anwendung .....	3
1. <i>Definition des Gerichtsstandes.....</i>	<i>3</i>
2. <i>Die Ansprüche aus K-1 sind von der Tragweite der Schiedsklausel nicht erfasst.....</i>	<i>3</i>
3. <i>Fazit.....</i>	<i>4</i>
<b>C. Eventualiter: Verrechnung.....</b>	<b>5</b>
I. Beurteilung der Verrechnung durch das Schiedsgericht.....	5
II. Formgerechte Erhebung der Verrechnungseinrede .....	5
III. Die Beklagte braucht keine Einschreibgebühr und zusätzlichen Kostenvorschuss zu leisten .....	5
IV. Materielle Begründetheit der Verrechnung.....	6
V. Materielle Zulässigkeit der Verrechnung nach OR.....	7
<b>D. Qualifikation des K-1 als Vorvertrag ist unbeachtlich .....</b>	<b>8</b>
<b>E. Rechtmässige Kündigung der Beklagten.....</b>	<b>8</b>
I. Kündigungsrechts nach Art. 8 lit. g des K-1 .....	8
1. <i>Fortbestehen des Kündigungsrecht gemäss Art. 8 lit. g des K-1 .....</i>	<i>8</i>
2. <i>Die Parteien konnten sich nicht auf den Umfang der Fremdleistungen einigen .....</i>	<i>10</i>
3. <i>Fazit.....</i>	<i>10</i>
II. Rechtmässige Kündigung des Vorvertrages K-1 nach Art. 377 OR .....	10

1.	<i>Grundsätzliches</i> .....	10
2.	<i>Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes</i> .....	11
3.	<i>Die Schadenersatzpflicht entfällt</i> .....	13
4.	<i>Keine Vergütung für bereits geleistete Arbeit der Klägerin</i> .....	13
5.	<i>Rücktrittserklärung auf Berufung eines wichtigen Grundes</i> .....	14
6.	<i>Fazit</i> .....	14
II.	Eventualiter:.....	14
1.	<i>Rechtmässige Kündigung gemäss Art. 107 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR</i> .....	14
2.	<i>Fazit</i> .....	15
<b>F.</b>	<b>Kein Anspruch auf Schadenersatz</b> .....	<b>15</b>
I.	Der Vertrag wurde rechtmässig gekündigt .....	15
II.	Kein Anspruch aus Art. 107 Abs. 2 OR .....	15
1.	<i>Grundsätzliches</i> .....	15
2.	<i>Kein Vorliegen von Verzug</i> .....	16
3.	<i>Fazit</i> .....	16
III.	Kein Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR.....	16
1.	<i>Die Exklusivitätsklausel wurde nicht verletzt</i> .....	16
2.	<i>Das Erfordernis einer Schweizer Grossbank als Garantie</i> .....	17
3.	<i>Die Klägerin hat den Schaden selber zu verantworten</i> .....	17
IV.	Eventualiter: Reduktion des Schadenersatzes.....	18

## Literaturverzeichnis

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

(zit. BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration, N ...)

N [5]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2013.

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

N [1, 20]

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

(zit. BEARBEITER/IN, N ...)

N [33]

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

(zit. GAUCH, N ...)

N [46, 48, 57, 61, 63]

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 [67]

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

(zit. HERZOG, N ...)

N [45]

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

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

N [1, 3, 5, 7, 14]

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

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

N [26, 30, 73]

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 [40, 49, 55]

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

(zit. HUGUENIN, N ...)

N [66]

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. ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. ... N ...)

N [38, 39]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/STUCKI BLAISE, The Swiss Rules of International Arbitration, ASA Special Series No. 22, Zürich 2004.

(zit. BEARBEITER/IN, S. ...)

N [22]

KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts, Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Auflage, Bern 1984.

(zit. KUMMER, S. ...)

N []

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 [53]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/ MÜLLER CHRISTOPH/ PHILIPP ABEGGER (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2nd Edition, Zürich 2013.

(zit. Bearbeiter/in, Art. N ...)

N [21, 22]

## **Judikaturverzeichnis**

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

13. November 1928

BGE 54 II 429

N [41]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

13. April 1943

BGE 69 II 139

N [46]

Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

28. Oktober 1960

BGE 86 II 417

N [41]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vom

22. Januar 1963

BGE 89 II 30

N [46]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vom

6. Februar 1979

BGE 105 II 75

N [49]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vom

15. März 1990

BGE 116 Ia 56

N [8, 9, 15]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
22. Mai 1990  
BGE 116 II 431  
N [49]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
11. November 1993  
BGE 119 II 449  
N [55]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
25. April 1995  
BGE 121 III 118  
N [55]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
13. Dezember 1995  
BGE 121 III 467  
N [60]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
29. Juli 1996  
BGE 122 III 420  
N [40]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
21. November 1996  
BGE 123 III 165  
N [55]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
4. Februar 1997  
BGE 123 III 110  
N [28]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

2. Dezember 1997

BGE 124 III 25

N [60]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

6. September 2000

4C.26/2000

N [49]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

15. Dezember 2000

4C.262/2000

N [32]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

30. März 2001

BGE 127 III 310

N [60]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

4. April 2001

BGE 127 III 199

N [75]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

14. Juni 2001

BGE 127 III 543

N [26]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

7. August 2001

4P.124/2001

N [5]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

10. September 2002

4C.387/2001

N [57]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

16. Mai 2003

BGE 129 III 535

N [68]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

8. Juli 2003

BGE 129 III 675

N [9]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. November 2003

BGE 130 III 66

N [9, 37]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

5. August 2005

BGE 131 III 606

N [37]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

31. August 2005

BGE 132 III 24

N [37]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

27. April 2007

4C.393/2006

N [57]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

29. Februar 2008

4A\_452/2007

N [16]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

31. März 2008

4D\_8/2008

N [57]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

6. April 2010

BGE 136 III 186

N [37]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

7. November 2011

BGE 138 III 29

N [7]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. Mai 2012

4A\_51/2012

N [27]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

20. September 2012

4A\_109/2012

N [40]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

2. Oktober 2012

BGE 138 III 659

N [38]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

4. Juni 2013

4A\_56/2013

N [37, 40]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

20. Februar 2014

4A\_385/2013

N [85]

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
ASA	Swiss Arbitration Association
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
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
B-7	Schreiben des Klienten über die Konventionalstrafe vom 15. April 2017
bzgl.	bezüglich
CFO	Chief Financial Officer
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
f./ff.	folgende/fortfolgende
Hrsg.	Herausgeber
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
K-1	Auszug aus dem Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016
K-2	Appendix I zum Kooperationsvertrag (K-1) vom 15. Februar 2016
K-3	Nachtrag zum Appendix I vom 1. April 2016

K-4	Auszug aus dem Hauptvertrag vom 13. April 2016
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-11	Korrespondenz vom 6. Juli 2016
K-12	Kündigungsschreiben vom 12. August 2016
lit.	litera (Buchstabe)
MWST	Mehrwertsteuer
N	Note
No.	Number
Nr.	Nummer
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	SRIA Swiss Rules of International Arbitration, Fassung vom 1. Juni 2012
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
zzgl.	zuzüglich

## **A. Prozessualer Antrag**

- 1 Nach Art. 186 Abs. 1 IPRG entscheidet das Schiedsgericht selber über seine Zuständigkeit. Gemäss Art. 186 Abs. 2 IPRG ist die Unzuständigkeitseinrede vor der Einlassung auf die Hauptsache zu erheben und damit so früh als möglich (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 100). Als Einrede gilt jede Erklärung einer Partei, aus welcher hervorgeht, dass es das Schiedsgericht ganz oder teilweise als nicht zuständig erachtet (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 92), sie kann explizit oder implizit erfolgen (BERGER/KELLERHALS, N 590).
- 2 Die Beklagte hat die Unzuständigkeitseinrede bereits in der Einleitungsantwort der Beklagten vom 30. Juni 2017 erhoben und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts damit vor Einlassung auf die Hauptsache explizit und schriftlich bestritten. Die Beklagte hält diesbezüglich aus den Gründen, welche nachfolgend dargelegt werden, weiterhin daran fest.

## **B. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts**

### **I. Es liegt keine gültige Schiedsklausel vor**

- 3 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts setzt eine gültige Schiedsklausel voraus (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 54). Entgegen der Behauptung der Klägerin (Klageschrift, N 2) ist eine solche jedoch nicht gegeben, was im Folgenden erläutert wird.
  1. Die formellen Voraussetzungen sind nicht gegeben
- 4 Wie die Klägerin richtigerweise feststellt, ist eine Schiedsklausel gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG in Textform zu verfassen (Klageschrift, N 3). Der Bestand einer Schiedsklausel in den Entwürfen der Subunternehmerverträge (K-7; K-9; B-2; B-3; B-5) wird im Folgenden auch nicht bestritten, lediglich die Gültigkeit.
- 5 Gemäss Art. 2 Abs. 2 NYÜ ist unter einer schriftlichen Abrede eine Schiedsklausel zu verstehen, welche unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist. Die neuere Rechtsprechung in der Schweiz tendiert teilweise dazu, diese Vorschrift grosszügig auszulegen, womit der schlichte Nachweis in Textform bereits ausreichend ist (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 15; BGer 4P. 124/2001 E. 2c). Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Parteien sowohl im Kooperationsvertrag (K-1) als auch in den Entwürfen der Subunternehmerverträge (K-7; B-3; K-9) festgelegt haben, dass etwaige Änderungen oder Modifizierungen schriftlich zu erfolgen haben und *zu unterzeichnen* sind (vgl. K-1, Art. 9; K-9, Art. 8; B-2 Art. 7, B-3 Art. 7; B-5, Art. 7). Gemäss Art 11 Abs. 2 OR darf, wo das Gesetz

eine gewisse Form vorsieht, keine abgeschwächte Form verwendet werden. Im Umkehrschluss ist gleichzeitig aber davon auszugehen, dass die Parteien durchaus eine strengere Form vorsehen dürfen (BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration, N 436). Im Sinne von Art. 16 Abs. 2 OR behalten sich die Parteien damit ausdrücklich eine modifizierte Schriftform vor, bei welcher der blosser Nachweis *ohne Unterzeichnung* keine Gültigkeit erlangt. Vielmehr ist gemäss der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit eine Unterzeichnung zwingend notwendig.

6 Die formellen Voraussetzungen sind folglich nicht erfüllt, da die Schiedsklausel als auch der Entwurf des Subunternehmervertrages (K-9) nicht unterzeichnet wurden.

2. Die materiellen Voraussetzungen sind nicht gegeben

7 Gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG beurteilt sich die Gültigkeit einer Schiedsklausel in inhaltlicher Hinsicht nach dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht (BGE 138 III 29 E. 2.2.2). Im vorliegenden Fall wurde im entsprechenden Abschnitt (K-9, Art. 8) nichts vereinbart, womit sich das anwendbare Recht nach jenem des Hauptvertrages richtet und somit Schweizer Recht zur Anwendung gelangt. Nach Schweizer Recht bedarf es übereinstimmender Willensäusserungen über die essentialia negotii, womit auch die zu unterwerfenden Rechtsstreitigkeiten zu definieren sind (BSK IPRG- GRÄNICHER, Art. 178 N 30).

8 Gemäss der Schiedsklausel (K-9, Art. 8) werden „alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag“ erfasst. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Schiedsklausel jedoch restriktiv auszulegen, da mit der Wahl eines Schiedsgerichtes im Vergleich zu staatlichen Gerichten regelmässig höhere Kosten entstehen und der Rechtsmittelweg eingeschränkt ist (BGE 116 Ia 56 E. 3b).

9 Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung richtet sich nach den für die Auslegung privater Willenserklärungen allgemein geltenden Grundsätzen. Massgebend ist in erster Linie das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien zu den ausgetauschten Erklärungen (BGE 130 III 66 E. 3.2). Ist das tatsächliche Verständnis nicht zu eruieren, so sind die Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie der Empfänger nach den gesamten Umständen und im guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 116 Ia 56 E. 3b; BGE 129 III 675 E. 2.3).

10 Wie die Klägerin wahrheitsgetreu formuliert (Klageschrift, N 7) wurde der Bestand der Schiedsklausel während den Verhandlungen nicht bestritten. Die Beklagte forderte die

Klägerin mit Schreiben vom 29. Juni 2016 (K-10) diesbezüglich auch ausdrücklich auf, den Vertrag (K-9) zu unterschreiben. Nach dem Vertrauensprinzip musste die Klägerin das so verstehen, dass eine Unterzeichnung für die Beklagte ein essentielles Kriterium für eine vertragliche Bindung darstellt. Es erscheint widersprüchlich, dass die Klägerin sich weigert, den vertraglichen Pflichten aus dem Vertrag (K-1) nachzukommen und entscheidende Abreden, welche getroffen wurden, missachtet, um sich im gleichen Zuge auf eine einzelne Passage (K-7, N 9; K-9, N 8; B-5, N 8) eines Vertrages zu berufen, welcher nicht unterzeichnet wurde. Nach dem Vertrauensprinzip hätte es für die Klägerin klar sein müssen, dass die im Subunternehmervertrag (K-9) enthaltenen Abreden ohne Unterzeichnung keine Gültigkeit erlangen.

### 3. Fazit

- 11 Da weder die formellen noch die materiellen Voraussetzungen gegeben sind, ist keine gültige Schiedsklausel zustande gekommen.

## **II. Eventualiter: Die Schiedsklausel findet auf K-1 keine Anwendung**

- 12 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, die Schiedsklausel sei gültig zustande gekommen, wird nachfolgend dargelegt, weshalb die Ansprüche der Klägerin, welche sie basierend auf dem Vertrag K-1 geltend macht, nicht von der Schiedsklausel erfasst sind.

### 1. Definition des Gerichtsstandes

- 13 Gemäss Art. 5 Abs. 1 IPRG können die Parteien für bestehende oder zukünftige Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Im hier relevanten Vertrag K-1 wurde diesbezüglich keine Abrede getroffen, womit die gesetzlichen Vorgaben zur Geltung kommen.
- 14 Gemäss Art. 112 Abs. 1 IPRG sind für Klagen aus Vertrag die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz der Beklagten zuständig. Der Wohnsitz einer juristischen Person wird fiktiv auf den statutarischen bzw. gesellschaftsrechtlich definierten Sitz gelegt (BSK IPRG-AMSTUZ/WANG, Art. 112 N 8). Da die Beklagte ihren Sitz in Zürich hat (K-1, Präambel lit. b), ist der gesetzlich definierte Gerichtsstand für den Vertrag K-1 Zürich.

### 2. Die Ansprüche aus K-1 sind von der Tragweite der Schiedsklausel nicht erfasst

- 15 Gemäss der Klägerin besteht kein Zweifel daran, dass die von ihr geltend gemachten Ansprüche aus dem Vertrag K-1 von der Schiedsklausel erfasst sind. Obwohl auch das Bundesgericht die Meinung vertritt, eine Schiedsklausel sei nach deren Zustandekommen

nicht restriktiv auszulegen (BGE 116 Ia 56 E. 3b), legt die Klägerin die objektive Tragweite einer Schiedsklausel indessen sehr weit aus.

- 16 Gemäss Bundesgericht *kann* sich eine Schiedsklausel auch auf anderweitig vereinbarte Abreden erstrecken, wenn diese keine Streitbeilegungsklausel enthalten, muss dies aber nicht. Entgegen der Annahme der Klägerin (Klageschrift, N 13) deutet die Formulierung «alle (...) Ansprüche auf oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag» (B-2, Art. 8; B-3, Art. 8; K-9, Art. 8) keinesfalls darauf hin, dass auch Ansprüche aus dem Vertrag K-1 von der Schiedsklausel erfasst sind. Gemäss Bundesgericht erstrecken sich solche Formulierungen vielmehr auf die Frage des Zustandekommens, der Wirksamkeit und der allenfalls aus der Beendigung des Vertrages resultierenden Ansprüchen, nicht aber aus Ansprüchen, welche aus anderen Verträgen resultieren (BGer 4A\_452/2007 E. 2.5.1).
- 17 Obwohl zweifelsohne eine gewisse Konnexität zwischen den Verträgen besteht, bleibt darauf hinzuweisen, dass die Parteien im Vertrag K-1 bezüglich des Gerichtsstandes absichtlich keine Abrede getroffen haben und der gesetzlich definierte Gerichtsstand des Vertrages K-1, aus welchem sich die Ansprüche der Klägerin definieren, somit Zürich ist.
- 18 Weiter führt die Klägerin aus, dass die Schiedsklausel auch mit einer objektivierten Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zum gleichen Schluss führen würde (Klageschrift, N 17). Diesbezüglich ist wiederum anzumerken, dass die gesamten Ansprüche der Klägerin auf einer Klausel basieren, die sich in einem nicht unterzeichneten Vertrag befindet. Den Ausführungen der Klägerin bezüglich Treu und Glauben (Klageschrift, N 17) kann die Beklagte nicht folgen, lässt doch die Klägerin die Tatsache einfach aussen vor, dass der Vertrag K-1 welcher «die vollständige Vereinbarung zwischen den Parteien und sämtliche (...) Absprachen» enthält, im gegenseitigen Einverständnis unterzeichnet wurde.

### 3. Fazit

- 19 Die Schiedsklausel aus den Entwürfen der Subunternehmerverträge (B-2; B-3; K-9) findet auf die Ansprüche aus dem Vertrag K-1 keine Anwendung, da sich die Tragweite der Schiedsklausel nicht auf diesen erstreckt und die Parteien im Vertrag K-1 implizit eine andere Verabredung getroffen haben.

## **C. Eventualiter: Verrechnung**

### **I. Beurteilung der Verrechnung durch das Schiedsgericht**

20 Gemäss Art. 21 Abs. 5 SRIA ist das Schiedsgericht zur Beurteilung von Verrechnungseinreden auch dann zuständig, wenn die zur Verrechnung gestellte Forderungen nicht unter die Schiedsklausel fallen (BERGER/KELLERHALS, N 484). Die Argumentation der Klägerin, welche die Ansprüche als «verfahrensfremd» bezeichnet und daher nicht zu beurteilen (Klageschrift, N 22) sind haltlos, da das Schiedsgericht verpflichtet ist jegliche Verrechnungseinreden zu prüfen.

### **II. Formgerechte Erhebung der Verrechnungseinrede**

21 Eine Verrechnungseinrede ist spätestens mit der in der Klageantwort als Klagebegehren aufzuführen (BÄRTSCHI/ PETTI, Swiss Rules of International Arbitration, Art. 3 N 16). Die Verrechnungseinrede der Beklagten ist in den Rechtsbegehren der Klagenantwort aufgeführt. Der von der Klägerin geltend gemachte Formmangel hat somit niemals bestanden (Klageschrift, N 24 f.).

### **III. Die Beklagte braucht keine Einschreibgebühr und zusätzlichen Kostenvorschuss zu leisten**

22 Eine Verrechnungseinrede hat grundsätzlich nicht die gleichen Anforderungen zu erfüllen wie eine Widerklage (STACHER, Swiss Rules of International Arbitration, Art. 21 N 33: «*a set-off defence does not particularly need to meet the same jurisdictional standards as a counterclaim*»). Eine Einschreibgebühr ist nur für Klagen und Widerklagen erforderlich (PETER, ASA Special Series No. 22, S. 13). Denn die Widerklage ist, im Gegensatz zur Verrechnung, ein Mittel zum Gegenangriff, deren geltend gemachte Forderungen auch ohne die ursprüngliche Klage im konkreten Verfahren Bestand hat. Die Verrechnungseinrede dient im Gegensatz lediglich der Verteidigung und hat ohne Zuspruch der Forderung der Klägerin keinen Bestand im Verfahren (KUMMER, S. 116-117; PETER, ASA Special Series No. 22, S. 9). Demnach können nicht die gleich hohen Anforderungen an die Verrechnungseinrede gestellt werden.

23 Die Auslegung der Klägerin, Art. 1.3 Appendix B SRIA sei analog auf die Verrechnungseinrede anzuwenden, ist daher haltlos (Klageschrift, N 26 f.). Die Beklagte hat daher keine Einschreibgebühr zu leisten.

24 Die Beklagte fordert das Schiedsgericht auf, einen Zwischenentscheid i.S.v. Art. 32 Ziff. 1 SRIA zu fällen. Die Einrede generiert somit keinen Mehraufwand, da sie nur eventualiter für den höchst unwahrscheinlichen Fall erhoben wird, dass das Gericht die Forderung der Klägerin gutheisst. Sollte der Forderung der Klägerin nicht Folge geleistet werden, entfällt die Prüfung der Verrechnungseinrede. Von einem Mehraufwand für das Gericht kann daher zu diesem Zeitpunkt noch nicht ausgegangen werden. Ein zusätzlicher Kostenvorschuss erübrigt sich daher.

#### **IV. Materielle Begründetheit der Verrechnung**

25 Die Klägerin hat aufgrund der von ihr verschuldeten subjektiven Unmöglichkeit [48 ff.] einen Schaden bei der Beklagten in Höhe von CHF 1'000'000.00 verursacht in Form einer Konventionalstrafe des Klienten (B-7).

26 Die Forderung von CHF 1'000'000.00 der Beklagten gegen die Klägerin ergibt sich aus dem Anspruch auf Schadenersatz aus Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR.

Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, welche in einer Abnahme der Aktiven, Zunahme der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn besteht, sog. Differenzhypothese (BGE 127 III 543 E. 2b; BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 38). Die Konventionalstrafe wird an den Gesamtpreis des Projektes angerechnet (K-4, Art. 6). Der Gesamtpreis der Beklagten beträgt somit nur noch CHF 59'000'000 statt CHF 60'000'000. Es handelt sich daher um einen entgangener Gewinn in Höhe von 1'000'000. Ein Schaden ist demnach klarerweise gegeben.

27 Zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung, der damit verbundenen Unmöglichkeit und dem damit eingetretenen Schaden muss sowohl ein adäquater wie auch ein natürlicher Kausalzusammenhang bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang setzt voraus, dass die schädigende Handlung als Ursache (*conditio sine qua non*) des eingetretenen Schadens betrachtet werden kann (BGer 4A\_51/2012 E. 2.2). Das unerfüllbare Leistungsversprechen der Klägerin scheint ganz klar geeignet, eine Verzögerung hervorzurufen und damit einen finanziellen Schaden der Beklagten zu verursachen.

28 Gemäss stetiger BGer ist der adäquate Kausalzusammenhang zu bejahen, wenn das schädigende Ereignis *«nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint»* (BGE 123 III 110 E. 3a).

- 29 Die Unfähigkeit der Klägerin ihren Fremdleistungsanteil [48 ff.] zu erbringen, führt nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zwangsläufig zu einer Verzögerung eines CHF 60'000'000 Projektes und der damit verbundenen Konventionalstrafe. Sollte auch von einem Kausalzusammenhang zwischen dem strittigen Erfordernis der Garantie durch eine Schweizer Grossbank [52 ff.] und der Konventionalstrafe ausgegangen werden, kann dies keinesfalls zum Stillstand der Vertragsverhandlungen geführt haben, da es sich bei der erforderlichen Bankgarantie lediglich um einen Nebenpunkt des Vertrages handelt und nicht um die Hauptleistungspflicht einer Partei. Somit kann einzig die von der Klägerin verursachte Unmöglichkeit für das Entstehen des Schadens in Form einer Konventionalstrafe ausgegangen werden.
- 30 Der Klägerin wird es des Weiteren nicht gelingen, ein Exkulpationsbeweis zu erbringen (vgl. BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 42), da die Leistungsunmöglichkeit und der damit verbundene Schaden auf das Verhalten der Klägerin zurückzuführen ist [48 ff.].
- Nach all dem Gesagten ist der verursachte Schaden von CHF 1'000'000.00 nach Art. 97 Abs. 1 OR klar von der Klägerin zu verantworten und auch zu tragen. Somit hat die Beklagte eine Schadenersatzforderung gegenüber der Klägerin.

#### **V. Materielle Zulässigkeit der Verrechnung nach OR**

- 31 Darüber hinaus sind sämtliche Voraussetzungen der Verrechnung nach Art. 126 Abs. 1 OR gegeben, wie nachfolgend aufgezeigt wird.
- 32 Die Klägerin macht geltend, dass die explizite Berechtigung der Beklagten im Falle einer Konventionalstrafe, Schadenersatz von der Klägerin zu verlangen (K-7, Art. 7), im zweiten Subunternehmerentwurf (B-2, Art. 6) gestrichen wurde (Klageschrift, N 23). Die Klägerin verkennt, dass die Beklagte ihren Schadenersatzanspruch nicht aus Art. 6 des K-7 geltend macht, sondern aus Art. 97 OR aufgrund verschuldeter subjektiver Leistungsunmöglichkeit. Dass eine Forderung von CHF 1'000'000.00 gegenüber der Klägerin besteht wurde bereits oben ausgeführt [25 ff.]. Die Gegenseitigkeit der Forderungen ist gegeben, da die Beklagte und die Klägerin jeweils Gläubiger und Schuldner der jeweiligen Forderungen sind (vgl. BGer 4C.262/2000 E. 2c). Der Umstand, dass die Beklagte nur verrechnet, wenn wider Erwarten die Forderung von CHF 4'320'000 gutgeheissen wird, ändert an der Gegenseitigkeit der Forderung nichts.
- 33 Da Klägerin wie auch Beklagte ihre Forderungen in Schweizer Franken stellen, ist das Erfordernis der Gleichartigkeit zweifelsfrei gegeben (vgl. CHK-KILLIAS/WIGET, Art. 120 N 6).

- 34 Fälligkeit besagter Forderung trat mit der Zustellung des Briefes (B-7) am 15. April 2017 ein. Die Forderung der Beklagten ist weder einredebelastet noch ist ein gesetzlicher Verrechnungsausschluss ersichtlich.
- 35 Es liegen alle Voraussetzungen für eine Verrechnung gemäss Art. 126 OR vor.

## **D. Qualifikation des K-1 als Vorvertrag ist unbeachtlich**

- 36 Die Klägerin qualifiziert den K-1 als Vereinbarung über die zu führenden Vertragsverhandlungen zum Abschluss eines Subunternehmervertrages (Klageschrift, N 30 f.) und nach Abschluss des Appendix I als Vorvertrag (Klageschrift, N 32 ff.). Die Qualifikation des K-1 als Vorvertrag i.S.v. Art. 22 OR ist in Bezug auf das Fortbestehen des vertraglich vereinbarten Kündigungsrechts gemäss Art. 8 lit. g des K-1 unbeachtlich und ermöglicht keine Schadenersatzansprüche, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

## **E. Rechtmässige Kündigung der Beklagten**

### **I. Kündigungsrechts nach Art. 8 lit. g des K-1**

1. Fortbestehen des Kündigungsrecht gemäss Art. 8 lit. g des K-1
- 37 Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt eines Vertrages in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (BGer 4A\_56/2013 E. 4.2). Im vorliegenden Fall ist dieser insofern nicht mehr gegeben, da die Klägerin das vertraglich vereinbarte Kündigungsrecht Art. 8 lit. g des K-1 bestreitet (Klageschrift, N 48). Wenn dieser, wie vorliegend, unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 136 III 186 E. 3.2.1; BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.1; BGE 130 III 66 E. 3.2).
- 38 Folglich müssen die verschiedenen Vertragsbestimmungen des K-1 nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden. Die verschiedenen Vertragsbestimmungen ergänzen einander gegenseitig. Die einzelne Vertragsbestimmung ist daher anhand des Vertrages in seiner Gesamtheit auszulegen (BGE 138 III 659 E. 4.2.1; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 472).
- 39 Die Dauer und Beendigung des K-1 sind in Art. 8 des K-1 geregelt. Art. 8 lit. g wurde nicht auf eine bestimmte Verhandlungsphase begrenzt.

Art. 4 b des K-1 bestimmt nur, dass der Preis und der Umfang der Fremdleistungen im Vorvertrag von den Parteien gemeinsam in Appendix I festgelegt werden. Er besagt jedoch nicht, dass das Kündigungsrecht gemäss Art. 8 lit. g K-1 als gegenstandslos betrachtet werden darf. Vielmehr ist nach Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip Art. 8 lit. g des K-1 so zu verstehen, dass jederzeit eine Kündigung ausgesprochen werden darf, wenn sich die Parteien bei Verhandlung bzw. Neuverhandlung der Fremdleistung nicht einigen können. Diese Verhandlungen umfassen sowohl den Vorvertrag K-1 bzw. Appendix I als auch die Entwürfe der Subunternehmerverträge, da im Rahmen einer gesamtheitlichen Auslegung sämtliche Verträge miteinzubeziehen sind. Dies schliesst die Berücksichtigung des Vertragszwecks ein, da der Zweck die Einheit des Vertrages begründet (vgl. ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 472). Der Zweck des Vorvertrages K-1 war der Abschluss eines Subunternehmervertrages und nicht der Abschluss des Appendix I. Die Klägerin durfte und musste, als sie den K-1 unterschrieb, den Art. 8 lit. g und den gesamten Vertrag so verstehen, dass der Vorvertrag jederzeit beendet werden darf, falls sich die Parteien bzgl. des Appendix I und der Subunternehmerentwürfe nicht einigen können.

40 Die Auslegung muss ausserdem sachgerecht sein, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGer 4A\_56/2013 E. 4.2; BGer 4A\_109/2012 E. 4.1; BGE 122 III 420 E. 3a). Die Argumentation der Klägerin, welche statuiert, dass das Kündigungsrecht nicht mehr fortbesteht (Klageschrift, N 48), würde die Beklagte übermässig binden und eine Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB darstellen (BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 8 ff.). Der gesamte Vertrag wäre somit gemäss Art. 20 OR nichtig (BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 19). Diese Auslegung ist nicht sachgerecht, da sie zu einer unangemessenen Lösung führt, nämlich der Nichtigkeit des Vertrages.

41 Zudem besagen die Schlussbestimmungen des K-1 (Art. 9) folgendes: *«dieser Vertrag enthält die vollständige Vereinbarung zwischen den Parteien»* und *«es existieren keine weitergehende ausdrückliche oder implizite Zusicherungen und Garantien als jene, die ausdrücklich in diesem Vertrag enthalten sind»*. Zudem haben *«etwaige Änderungen oder Modifizierungen dieses Vertrages schriftlich zu erfolgen und sind von den Parteien zu unterzeichnen»*. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip dieser Bestimmung lässt keinen Schluss zu, dass das Kündigungsrecht der Beklagten durch das Appendix I aufgehoben wurde. Die Aufhebung des Kündigungsrechts müsste ausdrücklich im K-1 vorgesehen sein oder andernfalls nachträglich schriftlich, das heisst mit Unterschrift, von den Parteien abgeändert werden. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Schliesslich liegt auch

Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 ZGB vor. Nach Lehre und Rechtsprechung kann es mit der von Art. 2 ZGB aufgestellten Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben unvereinbar sein, wenn ein Rechtsinstitut zu ihm gänzlich fremden Zwecken gebraucht wird (BGE 86 II 417 E. 2; BGE 54 II 429 E. 5). Die Klägerin verhält sich rechtsmissbräuchlich, wenn sie einerseits die Klausel des K-1 (und somit auch den gesamten Vertrag) in Frage stellt (Klageschrift, N 48), jedoch gleichzeitig unseres Erachtens ungerechtfertigte Schadenersatzansprüche daraus geltend machen möchte (Klageschrift, N 73 ff.).

2. Die Parteien konnten sich nicht auf den Umfang der Fremdleistungen einigen

42 Die Klägerin behauptet, die Leistungsreduktion sei lediglich ein Vorschlag zur zeitlichen Optimierung sowie zur Qualitäts- und Effizienzsteigerung gewesen (Klageschrift, N 66 f.). Entgegenzuhalten ist, dass die Beklagte in der Korrespondenz B-4 klargestellt hat, dass eine solche Fremdleistungsreduktion inakzeptabel sei und dass sie keinen weiteren Subunternehmer neben der Klägerin hinzuziehen wolle.

43 Die Klägerin beharrte weiterhin auf die Fremdleistungsreduktion (B-5; K-11). Daher kann nicht mehr von einem Vorschlag die Rede sein. Vielmehr stagnierte die Verhandlungssituation zwischen den Parteien vollkommen. Die Parteien konnten sich nicht über den Fremdleistungsanteil einigen. Es lag daher das Beendigungsereignis gemäss Art. 8 lit. g des K-1 vor.

3. Fazit

44 Wie oben aufgezeigt, besteht das Kündigungsrecht nach Art. 8 lit. g des K-1 nach Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip. Die Beklagte hat den Vorvertrag K-1 rechtmässig beendet, da sich die Parteien nicht auf den Umfang der Fremdleistungen einigen konnten.

## **II. Rechtmässige Kündigung des Vorvertrages K-1 nach Art. 377 OR**

1. Grundsätzliches

45 Der Vorvertrag K-1 wurde für den Abschluss eines Subunternehmervertrages abgeschlossen. Bei den Subunternehmervertragsentwürfen handelte es sich um Werkverträge. Im Werkvertragsrecht kommen die jeweiligen Normen zur Vertragsbeendigung bereits beim Vorvertrag zur Anwendung (HERZOG, N 384). Daher kommen zur Kündigung des Vorvertrages K-1 die werkvertraglichen Beendigungsregelungen zur Anwendung.

46 Art. 377 OR erfasst die vorzeitige Vertragsauflösung aus einem wichtigen Grund, der dem Besteller die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar macht (BGE 69 II 139 E. 4a; GAUCH, N 567). Der Besteller muss immer und uneingeschränkt

berechtigt sein, den Vertrag aus einem wichtigen Grund aufzulösen (vgl. BGE 89 II 30 E. 5a). Abreden, die dieses Recht aufheben oder beeinträchtigen, beschränken die Freiheit des Bestellers in sittenwidriger Weise gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB und sind deshalb unwirksam i.S.v. Art. 19 Abs. 2 OR (GAUCH, N 584).

47 Das vertraglich vereinbarte Kündigungsrecht von Art. 8 lit. g des K-1 kann dieses Kündigungsrecht somit nicht ausschliessen, da dies die Freiheit der Beklagten in sittenwidriger Weise i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB beschränken würde und unwirksam wäre.

## 2. Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes

48 Ein wichtiger Rücktrittsgrund liegt vor, wenn ein bestimmter nachgewiesener oder unbestrittener Sachverhalt geeignet war, die Vertragsfortsetzung für den Besteller unzumutbar zu machen. Dieser wichtige Grund muss nach Vertragsabschluss eingetreten sein (GAUCH, N 573 f.).

### a. *Treuwidriges Verhandeln der Klägerin*

49 Aus dem Verhandlungsverhältnis, als rechtliche Sonderbeziehung, ergeben sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 ZGB abgeleitete Pflichten, wie etwa Aufklärungs-, Informations-, Schutz- und Mitwirkungspflichten (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 17). Treu und Glauben kann beispielsweise fordern, dass man bei Vertragsverhandlungen den Partner in gewissem Umfang über die Umstände orientiert, die seinen Entschluss, den Vertrag einzugehen oder bestimmte Bedingungen anzunehmen, beeinflussen können (BGer 4C.26/2000 E. 2bb; BGE 116 II 431 E. 3a; BGE 105 II 75 E. 2a).

50 Die Parteien befanden sich in einem Verhandlungsverhältnis zur Einreichung einer Offerte und Abschluss eines Subunternehmervertrages, nachdem sie den Zuschlag erhalten hatten (K-1, Art. 1). Es wurden monatelange Verhandlungen geführt (vgl. K-1 bis K-12). Des Weiteren handelt es sich nicht um die erste Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien. Sie haben sich bereits 2014 für ein anderes Projekt gemeinsam in einem Submissionsverfahren beworben (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 3). Sie befinden sich somit in einem besonderen Vertrauensverhältnis, welches Aufklärungs-, Informations-, Schutz und Mitwirkungspflichten begründet.

51 Im vorliegenden Fall haben die Parteien zusammen eine Offerte beim Klienten eingereicht, um den Zuschlag für das Projekt zu erhalten (Einleitungsantwort, N 6). Wie üblich bei öffentlichen Submissionsverfahren müssen in der Offerte genaue Angaben darüber gemacht werden, welche Leistungen die Unternehmer bieten und zu welchen Konditionen (vgl. § 24 ff. Submissionsverordnung Kanton Zürich). Indem die Klägerin bei der Offertstellung für ihren Teil Angaben über ihre Möglichkeiten und Fähigkeiten machte, die sie gar nicht erfüllen

kann, hat sie nicht nach Treu und Glauben verhandelt. Diese Ausgangslage verunmöglicht ernsthafte Vertragsverhandlungen und schlussendlich auch den Abschluss eines Subunternehmervertrages. Nachträglich stellte sich heraus, dass die Klägerin tatsächlich nicht im Stande ist, die vertraglich vereinbarten Fremdleistungen zu erbringen (K-11). Die Beklagte hätte bei Kenntnis dieser Umstände kaum einen Vertragsabschluss mit der Klägerin angestrebt.

52 Die weitere Aufrechterhaltung des Vorvertrages war deshalb für die Beklagte nicht mehr zumutbar. Dieser Umstand alleine stellt bereits einen wichtigen Grund für eine Kündigung gemäss Art. 377 OR dar.

*b. Erfordernis einer schweizerischen Grossbank gemäss dem back-to-back Prinzip*

53 Im Vorvertrag wurde das back-to-back Prinzip vereinbart (K-1, Art. 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). Gemäss Art. 4.2 und Art. 14.2 der Besonderen Vertragsbestimmungen (K-4) steht es dem Klienten (und somit auch der Beklagten) zu, eine angebotene Erfüllungsgarantie und Vorauszahlungssicherheit zurückzuweisen, sofern die Garantie oder das Bankinstitut für den Besteller nicht akzeptabel ist.

54 Die Klägerin stellt sich hingegen auf den Standpunkt, sie als Unternehmerin hätte die gleiche Wahlfreiheit wie die Bestellerin in Bezug auf die Bankgarantien (Klageschrift, N 53 ff.).

55 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 guten 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). Wenn die besonderen Vertragsbestimmungen des Hauptvertrages (K-4) nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden, steht es dem Besteller zu, jegliche Bankgarantie abzuweisen, welche nicht seinen Anforderungen entspricht, da diese Bestimmung den Besteller schützen soll. Die Klägerin konnte und musste damit rechnen, dass ihr als Unternehmerin nicht das gleich umfassende Wahlrecht in Bezug auf die Bankgarantie wie einer Bestellerin zur Verfügung steht.

56 Zudem wird in der Korrespondenz B-1 deutlich, dass sich die Klägerin dessen bewusst war. Die Klägerin fragte nach, ob die Veneto Banca eine akzeptable Bank für die Garantien darstellt. Dies impliziert, dass die Klägerin damit rechnen musste, ihre Hausbank könnte von

der Beklagten infolge höherer Ansprüche abgelehnt werden. Indem sich die Klägerin weigert, eine für die Beklagte akzeptable Bankgarantie zu stellen, missachtet sie das vertraglich vereinbarte back-to-back Prinzip (K-1 Art. 4a; K-4, Besondere Vertragsbestimmungen Ziff. 4.2, 14.2).

### 3. Die Schadenersatzpflicht entfällt

57 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einer verbreiteten Lehrmeinung kann bei einem Rücktritt aus einem wichtigen Grund die Schadenersatzpflicht des Bestellers ganz entfallen (GAUCH, N 571; BGer 4C.393/2006 E.3.3.3, BGer 4C.387/2001 E. 6.2 ff.). Ein derartiger Härtefall liegt gewiss dann vor, wenn der wichtige Grund auf einem vorwerfbaren Verhalten des Unternehmers beruht (BGer 4D\_8/2008 E. 3.4.1). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich der Unternehmer endgültig weigert, berechtigten Weisungen des Bestellers nachzukommen, oder durch einen sonstigen Vertrauensbruch die Vertragsfortsetzung für den Besteller unzumutbar gemacht hat. In solchen Fällen steht *ausser Zweifel*, dass der Besteller, der den Vertrag vorzeitig auflöst, von in Art. 377 OR statuierten Schadenersatzpflicht des befreit sein muss (GAUCH, N 572).

58 Indem sich die Klägerin endgültig weigert, eine genügende Bankgarantie zu stellen, kommt sie einer berechtigten Weisung der Beklagten nicht nach, das vertraglich vereinbarte back-to-back Prinzip umzusetzen. Des Weiteren liegt ein Vertrauensbruch zwischen den Parteien vor. Wie bereits oben erläutert, hat die Klägerin bei der Offertstellung unsichere Angaben über ihre Möglichkeiten und Fähigkeiten gemacht [48 ff.].

59 Nachträglich stellte sich heraus, dass die Klägerin tatsächlich nicht im Stande ist, die vertraglich vereinbarten Fremdleistungen (K-1) zu erbringen (K-11). Das Vertrauen zwischen den Parteien ist aufgrund des Verhaltens der Klägerin komplett zerstört.

60 Der wichtige Grund zum Rücktritt, welcher den Besteller von der Schadenersatzpflicht befreien soll, muss schon im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vorgelegen haben (BGE 127 III 310 E. 4a; BGE 124 III 25 E. 3c; BGE 121 III 467 E. 5a). Die wichtigen Gründe zum Rücktritt, welche die Beklagte von der Schadenersatzpflicht befreien, lagen bereits zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vor, wie sich dies aus den Korrespondenzen (K-10; K-11; B-1; B-4; B-6) und Subunternehmervertragsentwürfen (K-8; K-9; B-2; B-3; B-5) entnehmen lässt.

### 4. Keine Vergütung für bereits geleistete Arbeit der Klägerin

61 Der Besteller hat keine Pflicht zur Vergütung der bereits geleisteten Arbeit, wenn die durch den Rücktritt verursachte Unvollständigkeit des Werkes zur Folge hat, dass der bereits

ausgeführte Teil des Werkes für den Besteller ganz oder teilweise unbrauchbar ist. In einem solchen Fall rechtfertigt es sich Art. 379 Abs. 2 OR sinngemäss zur Anwendung zu bringen, damit das vorwerfbare Verhalten des Unternehmers sich diesbezüglich nicht zum Nachteil des Bestellers auswirkt (GAUCH, N 572).

62 Von der Klägerin bzw. Unternehmerin wird weder behauptet noch bewiesen, bereits Arbeit oder irgendwelche Leistungen erbracht zu haben. Falls doch, ist der auch wie immer geartete ausgeführte Teil der Klägerin für die Beklagte unbrauchbar, da sie wie sie selbst sagt, nicht die nötigen Fachkenntnisse dafür besitzt (K-11; B-6).

#### 5. Rücktrittserklärung auf Berufung eines wichtigen Grundes

63 Der Rücktritt gilt als voraussetzlos erklärt, sofern die Auslegung nicht zweifelsfrei ergibt, dass kein wichtiger Grund vorliegt (GAUCH, N 577a). Vorliegend ist unbestreitbar, dass ein wichtiger Grund vorlag, da die Klägerin – wie bereits ausgeführt - nicht nach Treu und Glauben verhandelt hat und sich zudem weigert, das back-to-back Prinzip bzgl. der Bankgarantien zu wahren [48 ff.].

#### 6. Fazit

64 Die Beklagten hat den Vorvertrag K-1 gemäss Art. 377 OR aufgrund Vorliegen von wichtiger Gründe rechtmässig gekündigt [48 ff.]. Des Weiteren entfällt die Schadenersatzpflicht vollständig und sie hat keine Vergütung für die bereits geleistete Arbeit zu leisten.

## II. Eventualiter:

#### 1. Rechtmässige Kündigung gemäss Art. 107 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR

65 Falls das Schiedsgericht wider Erwarten die analoge Anwendung von Art. 377 OR und das Bestehen des vertraglich vereinbarte Kündigungsrechts gemäss Art. 8 lit. g des K-1 verneint, hat die Beklagte den Vorvertrag (K-1) rechtmässig gemäss Art. 107 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR beendet wie nachfolgend aufgezeigt wird.

66 Die subjektive Unmöglichkeit fällt nach der neueren Doktrin unter den Tatbestand des Schuldnerverzugs (vgl. HUGUENIN, N 841). Wie die Klägerin selbst zugegeben hat, ist sie nicht in der Lage die vertraglich vereinbarten Fremdleistungen zu erbringen (K-11). Es liegt daher eine verschuldete subjektive Unmöglichkeit seitens der Klägerin vor [48 ff.].

67 Die Klägerin gesteht zudem ein, dass die Leistungen fällig waren (Klageschrift, N 76). Die Mahnung 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.

- 68 Die Beklagte forderte die Klägerin ein letztes Mal auf, den Entwurf vom 30. Mai 2016 innerhalb von 10 Werktagen zu unterschreiben (K-9; B-5). In diesem Entwurf für einen Subunternehmervertrag stimmen die Leistungen mit Appendix I des K-1 und dem back-to-back Prinzip überein. Zudem stellt das «*Auskaufsangebot*» der Beklagten (K-10) eine unmissverständliche Aufforderung dar, die vertragskonforme Leistung nun endlich zu erbringen (vgl. BGE 129 III 535 E. 3.2.2). Dies wird überaus deutlich mit der Überschrift «*finale Angebot zum Abschluss des Subunternehmervertrages*». Eine Mahnung lag somit vor.
- 69 Der alternative Vorschlag der Beklagten für eine einvernehmliche Aufhebung mit einer Entschädigung von CHF 25'000.00 fusst einzig auf „Goodwill“ seitens der Beklagten. Da die Klägerin ihren Fremdleistungsanteil nicht erbringen kann (K-11), erübrigt sich die Nachfristenansetzung.

## 2. Fazit

- 70 Die Beklagte hat die Vorschriften von Art. 102 ff. OR befolgt und ihr stand demnach ein Rücktrittsrecht nach Art. 107 bzw. Art. 108 Ziff. 1 OR zu.

## **F. Kein Anspruch auf Schadenersatz**

- 71 Die Klägerin ist der Ansicht, ihr stünde ein Anspruch auf Ersatz eines Schadens zu (Klageschrift, 73 ff.). Nachfolgend wird dargelegt, weshalb die Klägerin diesbezüglich keine Ansprüche geltend machen kann.

### **I. Der Vertrag wurde rechtmässig gekündigt**

- 72 Wie oben dargelegt, wurde der Vertrag rechtmässig gekündigt. Allfällige Schadenersatzansprüche der Klägerin sind somit grundsätzlich ausgeschlossen.

### **II. Kein Anspruch aus Art. 107 Abs. 2 OR**

#### 1. Grundsätzliches

- 73 Der Schuldnerverzug setzt voraus, dass die zu erbringende Leistung fällig ist, eine Mahnung oder ein bestimmter Verfallstag vorliegt und keine verzugsbeseitigenden bzw. ausschliessenden Gründe gegeben sind (BSK OR-WIEGAND, Art. 102, N 3). Gemäss den Ausführungen der Klägerin (Klageschrift, N 76) sind die Leistungen des Vertrages K-1 aufgrund fehlender Parteivereinbarung sofort fällig.

## 2. Kein Vorliegen von Verzug

- 74 Nach Art. 102 Abs. 1 OR wird der Schuldner erst durch eine Mahnung in Verzug gesetzt. Gemäss der Klägerin hat sich eine solche gemäss den Vorschriften von Art. 108 Abs. 1 OR jedoch als unnütz erwiesen, da gemäss der Ansicht der Klägerin eine Leistungsverweigerung seitens der Beklagten vorliegen soll. Dazu ist anzumerken, dass die Beklagte durchaus bereit war, zu leisten. So wurde die Klägerin auch mit dem Schreiben vom 29. Juni 2016 (K-10) ausdrücklich aufgefordert, den Vertrag zu unterschreiben.
- 75 Das Kündigungsschreiben (K-12), welches von der Klägerin als Leistungsverweigerung gewertet wird, ist alleine darauf zurück zu führen, dass die Klägerin sich über einen geraumen Zeitraum geweigert hat, selber ihren vertraglichen Pflichten nachzukommen (K-11). Gemäss Art. 82 OR muss derjenige, welcher bei zweiseitigen Verträgen den anderen zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits selber erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat. Bei synallagmatischen Verträgen sind die Leistungen also grundsätzlich Zug um Zug zu erbringen (BGE 127 III 199 E. 3bb).
- 76 Da die Klägerin weder selber erfüllt hat, noch die Erfüllung ordnungsgemäss anbietet und es sich auch nicht aus dem Inhalt oder der Natur des Vertrages ergibt, dass die Klägerin später zu leisten hat, kann kein Verzug vorliegen.

## 3. Fazit

- 77 Da die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges gemäss Art. 102 ff. OR nicht erfüllt sind, entfällt ein allfälliger Anspruch aus Art. 107 Abs. 2 OR

### **III. Kein Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR**

#### 1. Die Exklusivitätsklausel wurde nicht verletzt

- 78 Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte habe die Exklusivitätsklausel verletzt. Die Beklagte hat den Vertrag mit der Klägerin, wie oben ausgeführt, jedoch rechtmässig beendet. Gemäss den Bestimmungen im Vertrag K-1 (K-1, Art. 8) bleibt die Exklusivitätsklausel auch über das Bestehen des Vertrages K-1 hinaus in Kraft, es sei denn, die Klägerin zeigt sich mit einer Änderung einverstanden.
- 79 Mit Schreiben vom 10. Mai 2016 (B-1) teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie könne die Fremdleistungen nicht wie vertraglich abgemacht (K-2) erbringen, und schlug vor, einen anderen Subunternehmer miteinzubeziehen. Die Klägerin bestreitet somit nicht,

Fremdleistungen an einen anderen Subunternehmer zu übertragen, weil sie selber nicht in der Lage ist, diese zu erbringen.

80 Dass die Beklagte, wie von der Klägerin behauptet (K-12), bereits vor der Kündigung des Vertrages K-1 mit den TP-Bahnen Verhandlungen geführt hat, ist eine reine Annahme der Klägerin, nicht erwiesen und wird von der Beklagten bestritten.

## 2. Das Erfordernis einer Schweizer Grossbank als Garantie

81 Die Klägerin wertet das von der Beklagten geforderte Grossbankenerfordernis als Verletzung der vertraglichen Nebenpflichten und unterstellt ihr, nicht mehr an einem Abschluss des Vertrages interessiert gewesen zu sein. Sie verkennt dabei die Tatsache, dass die Beklagte sehr wohl an einem Abschluss interessiert gewesen ist. Dies lässt sich daran erkennen, dass die Beklagte die Klägerin mehrmals und ausdrücklich aufforderte, den Vertrag zu unterzeichnen (B-4; K-10).

82 Zudem entspricht die von der Beklagten geforderte Bankgarantie den Regelungen welche die Parteien getroffen haben (K-1, Art. 4a i.V.m. K-4, Art. 4). Wie in den besonderen Vertragsbestimmungen ebenfalls ersichtlich ist (K-4, Besondere Vertragsbestimmungen 4.2, 14.2), behält sich der Klient vor, Bankgarantien jederzeit abzulehnen. Diese Regelung wurde zwar zwischen der Beklagten und dem Klienten getroffen, die analoge Anwendbarkeit gemäss back-to-back Prinzip, welche von den Parteien gemäss Vertrag K-1 vereinbart wurde, lässt aber auch eine Anwendung auf die rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen den Parteien zu.

83 Die Klägerin musste aus diesen Gründen jederzeit damit rechnen, dass die von ihr vorgelegten Bankgarantien abgewiesen werden können. Es ist daher nicht zu vertreten, dass die Klägerin sich dermassen gegen die Forderungen der Beklagten wehrt, die Bankgarantien bei einer Schweizer Grossbank abzuschliessen (K-11) und das Zustandekommen des Subunternehmervertrags von dieser Vorgabe abhängig macht.

## 3. Die Klägerin hat den Schaden selber zu verantworten

84 Wie oben dargelegt, wirft die Klägerin der Beklagten vor (Klageschrift, N 90), nicht mehr an einem Abschluss interessiert gewesen zu sein. Die von ihr geforderte Reduktion (B-1) des Fremdleistungsanteils ihrerseits erwähnt sie dabei jedoch nicht. Dieser, für das Projekt massgebliche Punkt stellt ein wesentlich grösseres Hindernis für den Abschluss der Subunternehmerverträge dar, als das von der Beklagten geforderte Grossbankenerfordernis.

85 Der von der Klägerin behauptete Schaden in Form des entgangenen Gewinnes und der kausalen Ursache dafür lässt sich folglich nicht einfach so beantworten. Gemäss

bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird der Kausalzusammenhang unterbrochen, wenn zu einer an sich adäquaten Ursache eine andere Ursache hinzutritt, die einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass erstere nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint (BGer 4A\_385/2013 E. 5). Die von der Klägerin geforderte Reduktion ihres Fremdleistungsanteils (B-1) stellt folglich eine ebenso erhebliche Ursache für das Nichtzustandekommen des Vertrages dar.

- 86 Die alleinige Rückführung des Nichtzustandekommens des Subunternehmervertrages auf das von der Beklagten geforderte Grossbankenerfordernis erscheint folglich als nicht gerechtfertigt, womit die Voraussetzungen von Art. 97 Abs. OR für einen Schadenersatzanspruch der Klägerin nicht gegeben sind.

#### **IV. Eventualiter: Reduktion des Schadenersatzes**

- 87 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss gelangen, die Beklagte schulde der Klägerin Schadenersatz aus Art. 107 Abs. 2 oder aus Art. 97 Abs. 1 OR, ist der von der Klägerin geforderte Betrag zu reduzieren.
- 88 Die Klägerin führt aus (Klageschrift, N 80) sie hätte einen Gewinn von voraussichtlich CHF 4.32 Millionen erwirtschaftet. Dies hätte aber vorausgesetzt, dass sie einen Fremdleistungsanteil von 45% des Projektes übernommen hätte.
- 89 Wie die Klägerin selber bestätigt, wäre ihr das nicht möglich gewesen (B-1; B-6). Die Klägerin wäre lediglich in der Lage gewesen, einen Fremdleistungsanteil von 25% zu tragen. Dies vorausgeschickt, hätte ein allfällig entgangener Gewinn nicht der Summe von CHF 4.32 Millionen entsprochen. Die Schadenersatzsumme, die gesamthaft als bestritten gilt, ist somit entsprechend dem ihr angeblich möglich gewesenen prozentualen Anteil zu reduzieren, soweit überhaupt darauf einzugehen ist.

#### **Antrag auf Gutheissung der Rechtsbegehren**

Wir ersuchen Sie, sehr geehrtes Schiedsgericht, den eingangs gestellten Rechtsbegehren basierend auf den vorstehend erfolgten Begründungen stattzugeben.

Hochachtungsvoll

Moot Court Team 2