

Moot Court Team 7

Julia Pellissier
Una Paunovic
Sebastian Suter
Yves Jaquenod

EINSCHREIBEN

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

11. Dezember 2017

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 54699-2017

In Sachen

G-Funivie S.r.l.

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 7

gegen

DoubleM Bahnen AG

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

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

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

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

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Entscheidungsverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XIII
I. Formeller Teil	1
1. Anwendbares Recht	1
2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
2.1. Gültigkeit der Schiedsklausel	1
a) Autonomie-Grundsatz der Schiedsklausel	1
b) Materielle und formelle Gültigkeitserfordernisse sind gegeben	2
2.2. Tragweite der Schiedsklausel	3
a) Der Kooperationsvertrag ist von der Schiedsklausel erfasst	3
b) Die Verrechnungseinrede ist von der Schiedsklausel erfasst	4
II. Materieller Teil	6
1. Beim KV handelt es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag	6
2. Der Kooperationsvertrag erfüllt die Voraussetzungen eines Vorvertrages	7
2.1. Verpflichtung zum Abschluss eines Hauptvertrages	8
2.2. Die essentialia negotii des Vorvertrages liegen vor	9
3. Ungültiger Rücktritt der Beklagten	10
3.1. Ungültiger Rücktritt aufgrund Ziff. 8 lit. g KV	10
a) Bankgarantie	10
b) Umfang der Fremdleistungen	12
3.2. Ungültiger Rücktritt aufgrund Art. 107 OR	14
3.3. Zwischenfazit	15
4. Eventualiter: Anspruch auf positives Interesse aus Art. 377 OR	15
5. Der Klägerin steht ein Anspruch auf das positive Vertragsinteresse aus dem KV zu	16
5.1. Anspruchsgrundlage	16
5.2. Einstufentheorie	16
5.3. Pflichtverletzung	17
a) Kontrahierungspflicht und Verhandeln nach Treu und Glauben	17
b) Verletzung der Exklusivitätsklausel Art. 98 Abs. 2 OR	17
5.4. Schaden	18

5.5. Kausalzusammenhang.....	19
5.6. Verschulden	19
5.7. Verletzungsfolgen	19
6. Eventualiter: Schadenersatz wegen Verletzung der Verhandlungspflicht	19
III. Fazit:.....	20
IV. Ersuchen um Gutheissung der gestellten Rechtsbegehren.....	20

Literaturverzeichnis

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

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

N [4, 16, 20]

BUCHER EUGEN, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in:

Eugen Bucher/Peter Saladin (Hrsg.), Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern/Stuttgart 1979, S. 169-195, S. 193.

(zit. BUCHER, S. ...)

N [99]

COTTI LUKAS, Das vertragliche Konkurrenzverbot: Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, Freiburg 2001.

(zit. COTTI, N...)

N [99, 102]

FELLMANN WALTER/ MÜLLER KARIN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband, Die einfache Gesellschaft, Artikel 530- 544 OR, Bern 2006.

(zit. BK OR, FELLMANN/MÜLLER, N...)

N [33]

GABRIEL SIMON/MEIER KATALIN, Set-off Defenses in Arbitration – Conclusions from a Swiss Civil Law Perspective, in IJAL, 2017 Vol. 5, Issue 2, p. 55 et seqq.

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

N [29]

GABRIEL SIMON/WICKI JODOK, Vorvertragliche Schiedszuständigkeit, in ASA Bulletin June 2009 Vol. 27, No. 2, S.236-255.

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

N [14]

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

(zit. GAUCH, N ...)

N [35, 91]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

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

N [57, 59]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration in Switzerland, 2nd edition, Zürich 2012.

(zit. GIRSBERGER/VOSER, N....)

N [18]

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

(zit. HERZOG, N ...)

N [59, 85, 86, 91, 98]

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. Auflage, Bern 2010

(zit. Honsell OR, N...)

N [74]

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

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

N [2, 3, 4, 6, 9, 10, 24, 25, 26]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar
Obligationenrecht I, Art. 1-183 OR, 6. Auflage, Basel 2015.

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

N [41, 44, 91, 96, 99, 108]

HONSELL HEINRICH/VOGT NIEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar Obliga-
tionenrecht II, Art. 530-964 OR, 6. Auflage, Basel 2015.

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

N [33]

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

(zit. HUGUENIN, N ...)

N [11, 44, 76, 94, 104]

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer
Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA,
Bürgschaft, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.

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

N [49]

KELLERHALS FRANZ/BERGER THOMAS, Widerklage und Verrechnung nach den Swiss Rules of
International Arbitration, in FS Francois Knoepfler Bohnet François/Wessner Pierre
(Hrsg.), S. 207 ff., Basel/Genf/München 2005

(zit. KELLERHALS/BERGER, Widerklage und Verrechnung, S. ...)

N [29]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des
allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Bern 2017.

(zit. KOLLER, N ...)

N [87]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bd. I, Bern 2012

(zit. KOLLER BT, Art. ... N...)

N [76]

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, 3. Auflage, Bern 1986.

(zit. BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. ... N...)

N [18]

LÖFFELMANN PETER/KORBION HERMANN (Hrsg.), Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag, in: FS für Horst Locher, Düsseldorf 1990, S. 35 ff.

(zit. FS LOCHER, S. ...)

N [91]

MONN VALENTIN, Die Verhandlungsabrede: Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Zürich/Basel/Genf 2010.

(zit. MONN, N...)

N [47, 53, 95, 99, 110, 111]

MÜLLER CHRISTIANE, Vertragsmanagement: Der Subunternehmervertrag, Die Back-to-back Vereinbarung Im Streiflicht von Risikomanagement und Durchsetzungsmöglichkeiten im Kontext von öffentlichen Ausschreibungen, Zürich/Basel/Genf 2016.

(zit. MÜLLER, S. ...)

N [35]

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Auflage inkl. Supplement zur 2. Auflage, Zürich 1999.

(zit. RÜEDE/HADENFELDT, N ...)

N [4]

SCHLOSSER PETER, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage,
Tübingen 1989.

(zit. SCHLOSSER, N ...)

N [10, 11, 20]

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

(zit. SCHUMACHER, N ...)

N [71]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 7. Auflage,
Bern 2016.

(zit. SCHWENZER, N ...)

N [82]

THOUVENIN FLORENT, Der Kooperationsvertrag: Kooperationen im Grenzbereich von
Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Bern 2017.

(zit. THOUVENIN, N ...)

N [33, 39]

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

(zit. Komm. SRIA-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [24, 25, 28]

Entscheidverzeichnis

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

13. September 1955

BGE 81 II 346

N [72]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

7. Mai 1968

BGE 94 II 122

N [33]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

3. Oktober 1972

BGE 98 II 305

N [41, 102, 112]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

7. März 1975

BGer JdT 124 (1976) I 163

N [85]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

4. Juni 1985

BGE 111 II 156

N [104]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

19. Dezember 1989

BGE 115 II 464

N [91]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
15. März 1990
BGE 116 Ia 56
N [4]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
13. Juni 1991
BGE 117 II 273
N [57, 91]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
6. März 1992
BGE 118 II 32
N [48, 51, 94]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom
19. Mai 2003
4C.40/2003
N [4]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. D. d.o.o. gegen Bank C. sowie Schiedsgericht
der Zürcher Handelskammer (staatsrechtliche Beschwerde) 4P.67/2003 vom
8. Juli 2003
BGE 129 III 675
N [4]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. A. AG gegen B. N.V. sowie Schiedsgericht
der Zürcher Handelskammer (staatsrechtliche Beschwerde) 4P.162/2003 vom
21. November 2003
BGE 130 III 66
N [18]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. März 2006

BGer 4C_409/2005

N [47]

Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom

6. August 2012

BGE 138 III 681

N [20]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

2. Oktober 2013

BGer 4A_305/2013

N [11]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

18. September 2015

BGer 4A_390/2015

N [97]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
B-2	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 10.Mai 2016 (MarkUp, Auszug)
B-3	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 10.Mai 2016 (Auszug)
B-4	Korrespondenz vom 10.Mai 2016
B-5	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 30. Mai 2016 (MarkUp, Auszug)
B-6	Korrespondenz vom 21. Juni 2016 von GF an DMB
Bd.	Band
bez.	bezüglich
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht
CS	Credit Suisse AG
d.h.	das heisst
DMB	DoubleM Bahnen
E.	Erwägung
et al.	Et alii, und weitere
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende/die Folgenden
FS	Festschrift
gem.	gemäss
GF	G-Funivie S.r.l.
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptvertrag vom 13. April 2016
i.c.	in casu (im vorliegenden Fall)
i.S.v.	im Sinne von
IJAL	Indian Journal of Arbitration Law

inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR. 291
JdT	Journal des tribunaux – Droit fédéral
K-1	Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016
K-2	Appendix I: Umfang der Leistungen von GF vom 1. April 2016
K-3	Nachtrag zum Appendix I vom 1. April 2016
K-4	Hauptvertrag vom 13. April 2016 (Auszug)
K-7	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 25. April 2016 (Auszug)
K-9	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 30. Mai 2016
K-10	Auskaufsangebot vom 29. Juni 2016
K-11	Korrespondenz vom 6. Juli 2016
K-12	Kündigungsschreiben vom 12. August 2016
K-13	Screenshot von stanserpost.ch vom 22. August 2016
Klient	Stadt und Kanton Zürich
Komm.	Kommentar
KV	Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016
lit.	litera (Buchstabe)
m.w.H	mit weiteren Hinweisen
MWST	Mehrwertssteuer
N/N.	Note(n); Fussnote(n); Randnote(n)
No.	Number/Nummer
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
S.	Seite
S.r.l	Società a responsabilità limitata
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechtes
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration, Fassung vom 1. Juni 2012
TP	TP-Bahnen AG
Vol.	Volume
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer.

zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
zzgl.	zuzüglich

I. Formeller Teil

1. Anwendbares Recht

- 1 Das IPRG gilt als *lex arbitri*. Materiell ist Schweizer Recht anwendbar (Art. 9 Abs. 3 des KV, K-1), sowie Art. 9 Abs. 2 des Subunternehmervertrag-Entwurfs vom 25. April 2016 [K-7] bzw. Ziff. 8 der Subunternehmervertrag-Entwürfe vom 10. und 30. Mai 2016 [B-2, B-3, B-5, K-9], wobei in den letzten zwei Beilagen die Schiedsordnung der Swiss Rules als geltend bezeichnet wird.

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 2 Die Beklagte erhebt in ihrer Einleitungsantwort unter Ziff. 11 ff. die Unzuständigkeitseinrede. Das Schiedsgericht prüft seine Zuständigkeit nicht von Amtes wegen, sondern erst nach Erheben der Unzuständigkeitseinrede, seitens der beklagten Partei (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 88 f.).
- 3 Die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts ist zu bejahen, wenn eine gültige Schiedsklausel zustande gekommen ist, welche schiedsfähige Streitparteien (subjektive Schiedsfähigkeit) und einen schiedsfähigen Streitgegenstand (objektive Schiedsfähigkeit) umfasst (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 54). Die subjektive und objektive Schiedsfähigkeit (Art. 177 IPRG) sind unbestrittenermassen gegeben. Beim Streitgegenstand handelt es sich um Ansprüche vermögensrechtlicher Natur und die Fähigkeit der Parteien eine Schiedsklausel abzuschliessen steht nicht in Frage (BSK IPRG-MABILARD/BRINER, Art. 177 N 2 f.). Vielmehr ist fraglich, ob die Schiedsklausel gültig zustande gekommen ist. Denn die Beklagte macht geltend, dass die im Subunternehmervertrag enthaltene Schiedsklausel ungültig sei, weil dieser nie zustande gekommen ist.

2.1. Gültigkeit der Schiedsklausel

a) Autonomie-Grundsatz der Schiedsklausel

- 4 Mit der Behauptung die Schiedsklausel sei mangels Gültigkeit des Subunternehmervertrages ungültig, ignoriert die Beklagte, den von der Rechtsprechung festgehaltenen und in Art. 178 Abs. 3 IPRG verankerten *Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung* (BGE 116 Ia 56 E. 3b.; BGE 129 III 675 E. 2.3; Urteil vom 19. Mai 2003 4C.40/2003; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 Abs. 3 N 90; RÜEDE/HADENFELDT, N 87). Dieser Grundsatz besagt, dass die Schiedsklausel und der Hauptvertrag unabhängig voneinander zu beurteilen sind (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 Abs. 3 N 89). Der Grundsatz findet sich auch in Art. 21 Ziff. 2 SRIA wieder, welcher festhält, dass eine Schiedsklausel selbst dann Gültigkeit

erlangen kann, wenn der Hauptvertrag ungültig ist (BGE 116 Ia 56 E. 3b; BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit, N 618).

- 5 Die im Subunternehmervertrag enthaltene Schiedsklausel kann aufgrund ihrer Selbständigkeit als gültig qualifiziert werden, da ihr Vorliegen im Verlauf der Verhandlungen nie streitig war. Unbeachtlich ist dabei, dass die Parteien sich über den Abschluss des Hauptvertrages nicht einigen konnten. Die Schiedsklausel war nie streitig, weil sie im Laufe der Verhandlungen nicht substantiell geändert wurde [K-9, B-2 und B-3]. Schliesslich kann entgegen der Behauptung der Beklagten die Schiedsklausel gem. Art. 21 Ziff. 2 SRJA selbst dann Gültigkeit erlangen, wenn der Subunternehmervertrag als ungültig zu betrachten ist.
- 6 Weiter kann aus dem Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung abgeleitet werden, dass die Schiedsklausel ihre Verbindlichkeit auch hinsichtlich zukünftiger Streitigkeiten entfaltet, ohne dass eine zusätzliche bestätigende Parteivereinbarung erforderlich wäre (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 89). Diese Regel stellt ausserhalb des französischen Rechtsgebiets eine Selbstverständlichkeit dar (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 93). Indem die Beklagte im Moment des Streites die Gültigkeit der Schiedsklausel in Frage stellt, missachtet sie den Grundsatz der Autonomie und verlangt dadurch eine nachträgliche Bestätigung der Schiedsklausel. Die Missachtung dieser Regel steht dem Sinn und Zweck der Schiedsklausel, welche dazu dient einen Streitschlichtungsmechanismus im Moment des Konfliktes auszulösen, entgegen.
- 7 Da der Autonomie-Grundsatz nicht ausgeschlossen wurde, steht seiner Wirkung nichts entgegen. Vielmehr wird dieser durch die Wahl der Schiedsordnung und den Wortlaut der Schiedsklausel als gegeben erachtet.

b) Materielle und formelle Gültigkeitserfordernisse sind gegeben

- 8 Dadurch dass die Beklagte die Gültigkeit der Schiedsklausel bestreitet, verkennt sie die Rechtsnatur der Schiedsklausel als Prozessvertrag, deren Abschluss durch Vorliegen der formellen und materiellen Gültigkeitserfordernisse erfüllt ist.
- 9 In formeller Hinsicht hat die Schiedsvereinbarung Schriftlichkeit aufzuweisen, um so dem Beweis zugänglich zu sein (Art. 178 Abs. 1 IPRG). Die Schiedsklausel schriftlich in den Vertragsentwürfen enthalten. Dem Erfordernis der Schriftlichkeit wird durch den Austausch der Vertragsentwürfe per E-Mail genüge getan (BSK IPRG- GRÄNICHER, N 13).
- 10 Für die materielle Gültigkeit ist der übereinstimmende Wille der Parteien gem. Art. 1 Abs. 1 OR in Bezug auf den Abschluss der Vereinbarung vorausgesetzt (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 30; SCHLOSSER, N 385). Dabei ist insb. auf den Rechtsbindungswillen hinsichtlich der Schiedsklausel einzugehen.

- 11 Der übereinstimmende gegenseitige Wille der Parteien besteht mit anderen Worten, wenn sich die Willensäußerungen einen Konsens bilden (HUGUENIN, N 140). Es gelten die allgemeinen Auslegungsgrundsätze für Willensäußerungen (BGer 4A_305/2013, E 3.2.2; SCHLOSSER, N 390)
- 12 Der übereinstimmende Wille der Parteien liegt i.c. offensichtlich vor, weil die Beklagte die Schiedsklausel in die Verhandlungen einbrachte [K-7, Punkt 9] und darauffolgend den Antrag der Klägerin, schriftlich per E-Mail bestätigte:
- 13 “abgesehen davon [den Meinungsverschiedenheiten über Umfang der Leistung und Banksicherheit] *sind wir weitgehend mit euren (kosmetischen) Änderungen einverstanden*” [B-4]. Somit kann ein verbindlicher Konsens im Zeitpunkt der Verhandlungen aufgrund des Emailverkehrs zwischen den Parteien festgestellt werden.
- 14 Differenziert zu betrachten ist, ob und wie der Austausch von Erklärungen über die Schiedsvereinbarung vom Rechtsbindungswillen der Parteien getragen wird. Dabei erfolgt der Austausch der Erklärung innerhalb der Entwürfe des Subunternehmervertrages (B-2, B-3, K-9). Anders als sonst fällt die Manifestation des Rechtsbindungswillens nicht mit der Erfüllung von Formvorschriften zusammen, sondern muss durch eine Analyse der Umstände erfolgen (GABRIEL/WICKI, S. 254). Eine solche Formvorschrift stellt beim Subunternehmervertrag die Unterschrift dar, mit welchem der Rechtsbindungswille zum Ausdruck gebracht werden soll. Bei der Schiedsvereinbarung hingegen wird der Rechtsbindungswille aufgrund der vorliegenden Umstände durch den unveränderten Austausch der Schiedsklausel in den Vertragsentwürfen zwischen den Parteien ausgedrückt. Denn dadurch, dass die Beklagte die Schiedsklausel als erste in die Verhandlungen einbrachte [K-7, Punkt 9] und diese im Laufe der Verhandlungen nie inhaltlich änderte [K-9, B-2 und B-3], muss davon ausgegangen werden, die Parteien wünschten zu diesem Zeitpunkt, im Falle einer Streitigkeit, die Entfaltung der rechtlichen Wirkungen der Schiedsklausel. Wie oben dargelegt, wurde die Schiedsklausel auch explizit in einer E-Mail von der Beklagten bestätigt (N 13). Spätestens damit brachte die Beklagte ihren Willen den staatlichen Rechtsweg auszuschliessen zum Ausdruck und gab ihren Rechtsbindungswillen kund, sodass eine gültige Schiedsvereinbarung im Subunternehmervertrag zustande gekommen ist.

2.2. Tragweite der Schiedsklausel

a) Der Kooperationsvertrag ist von der Schiedsklausel erfasst

- 15 Zu prüfen ist, ob der KV von der Schiedsklausel erfasst ist. Die Beklagte stellt sich in Ziff. 13 ihrer Einleitungsantwort auf den Standpunkt, dieser sei von der Beurteilung des Schiedsgerichts zu entziehen, da er selbst keine Schiedsklausel enthalte.

- 16 Für die Beurteilung der Tragweite einer Schiedsvereinbarung, beim Vorliegen von mehreren zusammenhängenden Verträgen, ist der übereinstimmende Parteiwille massgeblich (BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit, N 464.).
- 17 Der KV und der Subunternehmervertrag sind zusammenhängende Verträge, da der KV den ersten vertraglichen Zusammenschluss darstellt, der sich auf den Abschluss des Subunternehmervertrages richtet.
- 18 Da zwischen den Parteien kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille festgestellt werden kann, ist der mutmassliche Parteiwille zu ermitteln, welcher anhand des Vertrauensprinzips zu beurteilen ist (BGE 130 III 66 E. 3.2; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 67, GIRSBERGER/VOSER, N 933). Gemäss dem Vertrauensprinzip muss davon ausgegangen werden, dass die Parteien eine sachgemässe Lösung anstreben.
- 19 Im Lichte von Treu und Glauben wäre der Ausschluss des KV stossend, da dieser mit dem Subunternehmervertrag in engem Zusammenhang steht und die Streitigkeiten der Parteien sich um diesen drehen. Der Zweck des Schiedsgerichts kann nicht erreicht werden, wenn ein wichtiger Streitgegenstand von dessen Kognition entzogen wird. Zusätzlich wäre der Ausschluss des KV mit dem mutmasslichen Willen der Parteien nicht vereinbar.
- 20 Der mutmassliche Wille lässt sich anhand des von den Parteien gewählten Wortlaut erkennen. Wählen die Parteien eine Formulierung, die von “aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag” spricht (BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit, N 466), so kann nach allgemeiner Auffassung davon ausgegangen werden, dass die Parteien alle Ansprüche, die sich aus dem vom Vertrag geregelten Sachverhalt ergeben oder diesen unmittelbar berühren, der umfassenden und ausschliesslichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts zuweisen wollen (BGE 138 III 681 E. 4.4; SCHLOSSER, N 540).
- 21 Die Schiedsklausel des Subunternehmervertrag-Entwurfs vom 30. Mai 2016 [K-9] enthält eine solche Formulierung namentlich: *“alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag (...) sind durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers’ Arbitration Intitution zu entscheiden”*.
- 22 Somit darf angenommen werden es entspräche dem mutmasslichen Willen der Parteien, wenn auch Ansprüche, welche sich aus dem KV [K-1] ergeben, von der Tragweite der Schiedsklausel erfasst werden.

b) Die Verrechnungseinrede ist von der Schiedsklausel erfasst

- 23 Die Beklagte macht in ihrer Einleitungsantwort unter Ziff. 26 ff. eventualiter die Verrechnungseinrede geltend und behält sich unter Ziff. 31 vor, die Forderung vor einem staatlichen Gericht

geltend zu machen. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist ausschliesslich das Schiedsgericht für die Beurteilung der Verrechnungseinrede zuständig. Diese ausschliessliche Zuständigkeit und insb. die Notwendigkeit der Trennung des Verfahrens entgegenzuwirken wird im Folgenden begründet.

- 24 Art. 21 Ziff. 5 SRIA sieht die Zuständigkeit des Schiedsgerichts selbst dann vor, wenn die Verrechnungseinrede nicht Teil der Schiedsklausel ist, oder ausserhalb der Vereinbarung über die Zuständigkeit fällt (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 32). Dies widerspiegelt die in der herrschenden Lehre vertretene liberale Auffassung in Bezug auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichts (m.w.H. Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 32). Mit einer Schiedsvereinbarung streben die Parteien eine speditive Streitbeilegung an und dieser Effizienzgedanke ist der gewählten Schiedsordnung inherent (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 85).
- 25 Mit der Wahl der Swiss Rules haben die Parteien auch eine unbeschränkte Zuständigkeit in Bezug auf die Verrechnungseinrede gewollt (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 33). Dies entspricht dem Grundsatz *le juge de l'action est le juge de l'exception* (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 85; BGE 63 II 133 E. 3.c.).
- 26 Zusätzlich steht es dem Prinzip der Prozessökonomie entgegen, das Verfahren zwischen dem staatlichen Gericht und dem Schiedsgericht zu trennen. Es besteht die Gefahr eines unkoordinierten Parallelverfahrens, welches zu widersprüchlichen Urteilen über denselben Streitgegenstand zwischen denselben Parteien führen könnte (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 11).
- 27 Die Klägerin lässt sich im Sinne der Prozessökonomie und in der festen Überzeugung, dass dieses Schiedsgericht für sämtliche Rechtsfragen zwischen den Parteien zuständig sein sollte, darauf ein, den Vorwurf in der Sache zu verhandeln, bestreitet die Verrechnung materiell aber als unbegründet. Aus der folgenden Begründung ist aber wegen der eventualiter geltend gemachter Verrechnungseinrede ein Kostenvorschuss durch die Beklagte zu leisten.
- 28 Die Verrechnungseinrede wird immer dann zum Streitwert hinzugerechnet, wenn sie einen zusätzlichen Aufwand für das Gericht bedeutet. Dieser Aufwand führt zur Rechtfertigung eines Kostenvorschusses (Komm. SRIA-STACHER, Appendix B, N 6).
- 29 Die Eventualverrechnung ist eher atypisch, da sie nicht frei von Widersprüchen ist, weil üblicherweise, wer die Verrechnung erklärt die Hauptforderung anerkennt und sie mittels Opferung seiner eigenen Forderung tilgen will (KELLERHALS/BERGER, Widerklage und Verrechnung, S. 223). Bei Erhebung der Eventualverrechnung bestreitet der Verrechnende die Hauptforderung und erhebt die Verrechnung als Verteidigungsmittel. Die verrechnende Partei verlangt vom

Schiedsgericht, dass es die Verrechnungsforderung erst und nur dann beurteilt, wenn die Hauptforderung durch das Gericht bestätigt wurde. Dies führt dazu, dass sowohl die Hauptforderung, wie auch später die Verrechnungsforderung vom Schiedsgericht überprüft werden. Ein solcher Mehraufwand rechtfertigt einen Kostenvorschuss. Denn die materiell rechtliche Löschungswirkung der Verrechnung kann nur eintreten, wenn das Gericht auch tätig wird (GABRIEL/MEIER, S.69). Die Leistung eines Vorschusses ist gerechtfertigt, denn mit einer eventualiter geltend gemachten Verrechnung versucht die Beklagte das Schiedsgericht um das Prozessrisiko für ein selbständiges Geltendmachen ihres Verrechnungsanspruchs zu umgehen und ihre Position im Prozess zu verbessern (GABRIEL/MEIER, S.69).

- 30 Die Beklagte macht in ihrer Einleitungsantwort [Ziff. 26] eventualiter die Verrechnung in der Höhe von CHF 1 Mio. geltend. Damit verursacht sie diesem Gericht wie oben gezeigt einen Mehraufwand und rechtfertigt den Kostenvorschuss.
- 31 Die Anschuldigung des überspitzten Formalismus ist deshalb zurückzuweisen und die Beklagte zur Leistung eines Kostenvorschusses i.S.v. Art. 41(2) SRIA zu verpflichten.

II. Materieller Teil

1. Beim KV handelt es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag

- 32 Wie im Folgenden aufzuzeigen ist, ist der KV als schuldrechtlicher Vertrag zu qualifizieren. Das Näheverhältnis zwischen den Parteien rechtfertigt jedoch eine Auslegung des Kooperationsvertrages im Lichte des Gesellschaftsrechtes.
- 33 In der Lehre und Rechtsprechung wird der gemeinsame Zweck und Mittel als zentrales Merkmal für die Abgrenzung von Vertrag und Gesellschaft verstanden (BGE 94 II 122 E. 3). Die neuere Lehre, setzt dem Merkmal des gemeinsamen Zwecks ein Doppeltes voraus: Auf der einen Seite die Übereinstimmung des übergeordneten Ziels und auf der anderen Seite die gemeinsame Zweckverfolgung (THOUVENIN, N 759 ff.; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 470; BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 530 N 4). Für die Qualifikation des KV muss unterschieden werden zwischen der Periode während der Evaluierungsphase und der Periode nach Einholung des Auftrages. Es handelt sich beim KV nämlich, um einen bedingten Vertrag (Art. 151 Abs. 1 OR), der unmittelbar auf die Einreichung der Offerte und mittelbar auf den Abschluss des Werkvertrages gerichtet ist.
- 34 Für die Qualifikation des KV muss unterschieden werden zwischen der Periode während der Evaluierungsphase und der Periode nach Einholung des Auftrages. Es handelt sich beim KV um einen bedingten Vertrag (Art. 151 Abs. 1 OR), der unmittelbar auf die Einreichung der Offerte und mittelbar auf den Abschluss des Werkvertrages gerichtet ist.

- 35 Während der Evaluierungsphase, also vor Abschluss des HV sind die Parteien als Bietergemeinschaft verbunden, die eine einfache Gesellschaft darstellt, mit dem Ziel eine gemeinsame Offerte einzureichen (GAUCH, N 246). Das Verhältnis wandelt sich nach Eintritt der Bedingung, d.h. der Einholung des Auftrages, von einer einfachen Gesellschaft zu einem schuldrechtlichen Vertrag. Die Abgrenzung nach Eintritt der Bedingung d.h. der Einholung des Auftrages erweist sich jedoch weiter als schwierig. Denn die Parteien verfolgen ein gemeinsames Ziel und erbringen Arbeitsleistungen in ähnlichem Umfang so dass eine einfache Gesellschaft angekommen werden könnte (MÜLLER, S. 58).
- 36 Gerade durch das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot zeigt sich die gesellschaftsähnliche Zusammenarbeit zwischen den Parteien. Die Abrede sieht vor, dass auch nach Beendigung des Kooperationsvertrages die Beklagte an ein Konkurrenzverbot gebunden ist. Dies führt im Resultat dazu, dass die Parteien sich vertraglich daran binden das Projekt entweder gemeinsam oder gar nicht auszuführen was wiederum für eine einfache Gesellschaft spricht.
- 37 Ausdruck für die Zweckverfolgung auf eigene Kosten ist, dass während den Vertragsverhandlungen feststand, dass das Entgelt in Form einer Vergütung i.S.v. Art. 363 OR und nicht als Gewinnverteilung i.S.v. Art. 532 OR geleistet werden würde [K-1, Präambel, lit. D]. Es handelt sich um einen schuldrechtlichen Vertrag, da die vertraglichen Vereinbarungen vollständig und hinreichend bestimmt sind im Unterschied zu den Pflichten der Gesellschafter, die durch Gesellschaftsbeschlüsse oder Entscheidungen der Geschäftsführung konkretisiert werden.
- 38 Dennoch begründet das gemeinsame Ziel ein Näheverhältnis zwischen den Parteien, das dem Innenverhältnis einer Gesellschaft nahekommt.
- 39 Im Endergebnis kann festgehalten werden, dass die Verpflichtung der Parteien nicht isoliert, sondern als Summe betrachtet werden sollten, da sie ein gemeinsames Ziel verfolgen. Dieser Schluss lässt auf die gesellschaftsähnliche Zusammenarbeit zwischen den Parteien schliessen, welches auch nach der Übernahme des Seilbahnbaus fortbesteht (THOUVENIN, N 724 ff.). So ist auch die vermeintliche Kündigung und die Verletzung der Exklusivitätsklausel im Lichte eines gesellschaftsähnlichen Näheverhältnisses auszulegen.

2. Der Kooperationsvertrag erfüllt die Voraussetzungen eines Vorvertrages

- 40 Die Beklagte macht in Ihrer Einleitungsantwort unter Ziff. 16 f. geltend, es handle sich beim KV um einen reinen Verhandlungsvertrag und bestreitet zu Unrecht, dass ein Vorvertrag nach Art. 22 OR vorliegt.

41 Die Qualifikation als Vorvertrag setzt voraus, dass sich die Parteien nach dem übereinstimmenden Willen zum Abschluss eines späteren Hauptvertrages verpflichten wollten und die wesentlichen Bestimmungen dieses späteren Hauptvertrages bereits im Vorvertrag bestimmt oder bestimmbar sind (BGE 98 II 305, E. 1).

42 Die Parteien vereinbarten einen KV aufgrund dessen sie sich verpflichten den künftigen Subunternehmervertrag abzuschliessen. Der KV erfüllt gem. nachfolgender Begründung die Voraussetzungen eines Vorvertrages und ist klar von einem reinen Verhandlungsvertrag abzugrenzen.

2.1. Verpflichtung zum Abschluss eines Hauptvertrages

43 Mittels eines Vorvertrags verpflichten sich die Parteien zum Abschluss eines künftigen schuldrechtlichen Hauptvertrages (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 1).

44 Ein Vorvertrag ist gerade dann sinnvoll, wenn die Parteien anstatt einen Hauptvertrag mit einer Bedingung zu verknüpfen und dessen Inhalt auszuformulieren, einen bedingten Vorvertrag abzuschliessen und die Detailregelung des Hauptvertrages vom Bedingungseintritt abhängig machen wollten (HUGUENIN, N 154). Die Parteien wollen sich dabei nicht mit letzter Konsequenz an das Endergebnis des Hauptvertrages binden (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 18).

45 Werden die Bestimmungen des KV gem. dem Vertrauensprinzip ausgelegt, zeigt sich, dass die Klägerin anhand mehrerer Passagen des KV [K-1] davon ausgehen durfte, dass sie sich mit der Beklagten zum Abschluss des Hauptvertrages im Fall des Zuschlags des Projekts verpflichtet hatte.

- a) Lit. D der Präambel: „Sollte die DMB den Zuschlag für das Projekt erhalten, wird DMB mit dem Klienten einen *Hauptvertrag abzuschliessen*.“
- b) Ziff. 4: „Erhält DMB den Zuschlag (...), *so schliessen* DMB und GF einen *Subunternehmervertrag* (...) „
- c) Ziff. 5: DMB *verpflichtet sich*, den *Subunternehmervertrag* exklusiv mit GF *abzuschliessen* (...)

46 Diese Formulierungen lassen keine Zweifel daran, dass sich die Parteien zum Abschluss eines Hauptvertrages rechtlich verbindlich verpflichten wollten. Mit dem KV sollte eine bedingte Verpflichtung zum Abschluss eines Subunternehmervertrages und die “grundlegenden Bestimmungen für die weitere Zusammenarbeit” [K-1, Ziff. 1] festgehalten werden. Daraus wird ersichtlich, dass die Parteien sich nicht im Detail an die Bestimmungen des KV binden wollten, sondern lediglich einen Rahmen für den späteren Subunternehmervertrag festlegten.

47 Im Gegensatz dazu ist der Verhandlungsvertrag als Schuldvertrag zu verstehen, welcher nur die Vereinbarung einer Verhandlungspflicht zum Gegenstand hat (MONN, N 360). Im Unterschied

zum Vorvertrag sind die Parteien dabei lediglich verpflichtet, nach Treu und Glauben Verhandlungen über einen zukünftigen Hauptvertrag zu führen, nicht aber einen solchen Vertrag abzuschliessen (BGer 4C_409/2005, E. 2.3).

2.2. Die essentialia negotii des Vorvertrages liegen vor

- 48 Weiter setzt der Abschluss eines Vorvertrages voraus, dass die objektiv und subjektiv wesentlichen Bestimmungen des Hauptvertrages bereits bestimmt oder bestimmbar sind (BGE 118 II 32 E. 3a).
- 49 In seiner Beziehung zum KV als Vorvertrag stellt der Subunternehmervertrag den Hauptvertrag dar, welcher als Bauwerksvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR, zwischen der Beklagten als Bestellerin und der Klägerin als Unternehmerin, zu qualifizieren ist. Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte umfassen die Herstellung des Bauwerks als Leistung des Unternehmers und die Vergütung als Leistung des Bestellers (CHK OR-HÜRLIMANN/T. SIEGENTHALER, Art. 363 N 1).
- 50 In Ziff. 4 des KV wurden die Hauptbestimmungen des zukünftigen Subunternehmervertrages festgehalten. Das Werk ist im Ganzen bestimmt, die Anteile an der Arbeit sind im Appendix 1 des KV [K-3] zumindest bestimmbar. Auch die Entgeltshöhe wurde durch die Bestimmung der Gewinnmarge bereits festgelegt.
- 51 Damit sind die objektiv wesentlichen Punkte des Hauptvertrages bereits im KV bestimmt oder zumindest bestimmbar. Gemäss Rechtsprechung des BGer (BGE 118 II 32, E. 3d) muss klar erkennbar gemacht werden, wenn objektiv unwesentliche Punkte als Bedingung zum Vertragsabschluss angesehen werden. Es ist zu klären, ob für eine Partei subjektiv wesentliche Punkte zu berücksichtigen sind.
- 52 Die Beklagte versäumte es die Bankgarantien als Bedingung für ihren Vertragswillen deutlich zu erkennen zu geben, so dass die Vermutung aus Art. 2 Abs. 1 OR gegen sie und für eine vertragliche Bindung spricht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Regelungen bez. Bankgarantien gem. dem vereinbarten back-to-back Prinzip aus dem HV zwischen der Beklagten und dem Klienten übernommen werden [K-1 Art. 4 lit. a].
- 53 Im Gegensatz dazu erschöpft sich der erklärte Geschäftswille bei einem Verhandlungsvertrag in der Begründung einer Verhandlungspflicht (MONN, N 396). Aus diesem Grund ist es nicht nötig, dass ein Verhandlungsvertrag bereits alle wesentlichen Punkte des späteren Hauptvertrages enthält.
- 54 Die Klägerin durfte nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass es sich beim KV um einen Vorvertrag handelte und damit eine rechtsgültige Verpflichtung zum Abschluss eines Hauptvertrages bestand.

3. Ungültiger Rücktritt der Beklagten

55 Der Rücktritt der Beklagten ist, wie im Folgenden gezeigt werden soll, unzulässig. Die Beklagte beruft sich dabei in erster Linie auf Ziff. 8 lit. g des KV.

3.1. Ungültiger Rücktritt aufgrund Ziff. 8 lit. g KV

56 Mit dem Wortlaut “endet mit Eintritt eines der nachfolgenden Ereignisse” stellt Art. 8 den KV [K-1] unter diverse resolutive Bedingungen i.S.v. Art. 154 Abs. 1 OR.

57 Eine Bedingung gilt als ausgefallen, wenn ihr Eintritt wider Treu und Glauben herbeigeführt worden ist (Art. 156 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4016). Erwirkte eine Vertragspartei treuwidrig den Eintritt der Bedingung (Ziff. 8 lit. g KV), so fingiert Art. 156 OR den Eintritt bzw. das Ausbleiben der Bedingung. Ob ein Bedingungseintritt treuwidrig herbeigeführt wurde, ist durch Berücksichtigung aller Umstände und anhand des Gesamtverhaltens der Parteien zu beurteilen (BGE 117 II 273 E. 5c).

58 Die Bedingung von Ziff. 8 lit. g KV [K-1] ermöglicht es den Parteien den Vertrag zu beenden, vorausgesetzt es kann keine Einigung bez. Preis und Umfang der Leistungen gefunden werden.

59 Eine Einigung kann nur gefunden werden, wenn die vorvertragliche Verhandlungspflicht im Hinblick auf den Abschluss eines Subunternehmervertrages nach Treu und Glauben wahrgenommen wird. Der blosser Austausch von Willenserklärungen oder die Abgabe eines Angebotes genügen nicht um die vorvertragliche Pflicht zu erschöpfen (HERZOG, N 397). Die Parteien sind verpflichtet die vereinbarten Bedingungen zu fördern und somit ggf. auch ihre Eigeninteressen dafür zu opfern (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4019).

60 Nachfolgend wird geprüft, ob die Beklagte den Eintritt der Bedingung, i.c. das Scheitern der Vertragsverhandlungen, wieder Treu und Glauben herbeigeführt hat.

a) Bankgarantie

61 Dass sich die Beklagte im Rahmen der Verhandlungen über die Bankgarantien wider Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verhielt und so den Eintritt der Bedingung von Ziff. 8 lit. g KV herbeiführte, zeigt sich insbesondere in der chronologischen Betrachtung der Ereignisse.

62 Die Beklagte wusste seit einem gemeinsamen Projekt im Jahre 2014, dass die Veneto Banca als Hausbank der Klägerin fungiert. Dies wurde zudem mittels Telefonat vom 20. April durch Herrn Autolitano unwidersprochen erwähnt. Die Beklagte konnte daher bereits seit Beginn der Geschäftsbeziehung davon ausgehen, dass die Veneto Banca die Sicherheiten der Klägerin leisten würde (Verfügung Nr. 2 vom 20. Oktober 2017, Nr. 15).

- 63 Nach dem BGER müssen subjektiv wesentliche Punkte deutlich zu erkennen gegeben werden, ansonsten wird die Vermutung von Art. 2 Abs. 1 OR gegen sie gehalten (siehe N 52). Die Bankgarantie gehört nicht zu den objektiv wesentlichen Vertragspunkten des Hauptvertrages und wurde von den Parteien im KV bewusst noch nicht im Detail geregelt.
- 64 Im KV wurde lediglich die Pflicht geregelt entsprechende Garantien zu stellen. Diese Vorgehensweise entspricht der Natur des KV als Vorvertrag.
- 65 Im Vertragsentwurf vom 25. April 2016 wurde das sog. Grossbankenerfordernis noch nicht erwähnt. Die Parteien übernahmen lediglich die Vereinbarung, welche die Beklagte bereits mit dem Klienten geschlossen hatte. Erst auf Initiative der Klägerin erhielt sie am 10. Mai 2016 eine nicht weiter begründete Aufzählung von gerade mal drei Schweizer Grossbanken.
- 66 Wie die weitere Kommunikation und die spätere Kündigung des Vertrages zeigen, stellt sich dieses objektiv unwesentliche Erfordernis als derart wichtig für die Beklagte heraus, dass sich die Frage stellt, wieso sie dieses Erfordernis nicht früher in die Verhandlung einbrachte.
- 67 Es entsteht der Eindruck, dass die Bankenliste der Klägerin bewusst zu einem Zeitpunkt zugestellt wurde, als den Parteien nicht mehr viel Zeit zum Abschluss des Vertrages blieb und der Verhandlungsspielraum dadurch erheblich beeinträchtigt war. Hätte die Beklagte die Bedeutung der Bankgarantie einer Schweizerischen Grossbank bereits zur Zeit der Offertstellung eingebracht, so wäre es der Klägerin immerhin möglich gewesen die höheren Kosten für die Garantie in den offerierten Preis einzubeziehen und so auf den Gesamtpreis zu überwälzen.
- 68 So blieb der Klägerin nichts anderes übrig, als die Beklagte darauf hinzuweisen, dass es für ein relativ kleines, italienisches Unternehmen schwierig und insbesondere finanziell sehr belastend wäre die Garantie durch eine Schweizer Grossbank zu stellen [K-11]. Dies wird durch einen Vergleich der Tarife schnell klar. Das Angebot der CS ist mit einem Zinssatz von 0.15% ganze 50% teurer als das Angebot der Veneto Banca von 0.1% [Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 17].
- 69 Die Beklagte macht in ihrer Einleitungsantwort in Ziff. 4 geltend, dass im KV [K-1] vereinbarte back-to-back Prinzip mache es geradezu notwendig, dass die Klägerin eine Bankgarantie von vergleichbarer Qualität stelle. Während den Verhandlungen wurde die Qualität jedoch nur am Rande erwähnt. Eine Bankgarantie bspw. der Italienischen UniCredit Group oder der Englischen Barclays kann sicherlich eine Sicherheit leisten, welche qualitativ dem Niveau einer Schweizer Grossbank entspricht. Deshalb zeigt sich das Beharren auf einer Schweizerischen Bank als völlig unbegründet.
- 70 Auch eine strikte Auslegung der Verknüpfungsklauseln rechtfertigt das Vorgehen der Beklagten, wie im Folgenden gezeigt wird, nicht.

- 71 Allgemeine Verknüpfungsklauseln sind sehr undifferenziert und so dass deren Auslegung oftmals problematisch, da der Wille der Parteien nicht richtig rekonstruiert werden kann. Anders verhält es sich bei punktuellen Verknüpfungsklauseln die durch ihre Begrenzung auf ein Themengebiet den Willen der Parteien besser wiedergeben (SCHUMACHER, N 887ff.).
- 72 Der Kooperationsvertrag sieht zwei Arten von Verknüpfungsklauseln vor. In einer Pauschalklausel, Ziff. 4 lit. a des KV, vereinbarten die Parteien, dass in den Subunternehmervertrag back-to-back die Bestimmungen aus dem HV übernommen werden. In Bezug auf die Bankgarantien wird in Ziff. 4 lit. c eine weitere, punktuelle Verknüpfung vorgenommen und so explizit bestätigt, dass die Klägerin nur die unter dem HV verlangten Garantien zu stellen hat. Individuelle Abreden gehen solcher allgemeiner Natur vor (BGE 81 II 346, E.2), weshalb der Disput bez. der Bankgarantien primär unter Beachtung von Ziff. 4 lit. c KV gelöst werden muss.
- 73 Der HV verlangt in Ziff 4.2 [K-4] der besonderen Vertragsbestimmungen eine Erfüllungssicherheit von einer Bank mit Sitz in der Schweiz oder einem Mitgliedstaat der EU. Es ist anzumerken, dass die genannten Kriterien eine relativ freie Wahl der Bank ermöglichen. Die Klägerin ist von diesen Wahlmöglichkeiten ausgegangen. Die Veneto Banca mit Sitz in Montebelluna, Italien erfüllt diese Kriterien. Von einer determinierten Liste mit drei Schweizer Grossbanken ist keine Rede im HV.
- 74 Ziff. 4.2 Teil 2 der besonderen Vertragsbestimmungen des HV besagt: “Der Klient behält sich vor, eine angebotene Erfüllungsgarantie zurückzuweisen, sofern die Garantie oder das Bankinstitut für ihn nicht akzeptabel ist.” Die Auslegung der Beklagten, dass sie mit einer solchen Klausel zur praktisch freien Wahl einer Bank ermächtigt wird, führt zu einem Widerspruch der Klausel 4.2 der besonderen Vertragsbestimmungen. Es ist klar verankert, dass die Garantie auch durch eine Bank mit Sitz in der EU gestellt werden kann, und nicht bloss durch eine Schweizerische Grossbank. So dass sich Abs. 1 und Abs. 2 der Klausel im Vertragsentwurf vom 30. Mai 2016 [K-9] in Wortlaut und Zweck klar widersprechen.
- 75 Wie gezeigt, verhielt sich die Beklagte treuwidrig und entgegen dem vereinbarten back-to-back Prinzip, indem sie versuchte die Klägerin unter Druck zu setzen, die Bankenliste zu akzeptieren, obwohl sie wusste, dass die Klägerin damit rechnete, und aufgrund der vereinbarten Verknüpfungsklauseln auch damit rechnen durfte, die Sicherheit durch ihre Hausbank stellen zu dürfen.

b) Umfang der Fremdleistungen

- 76 Auch in Bezug auf die von der Klägerin geforderte Leistungsreduktion geht der Vorwurf der ungetreuen Verhandlungsführung, welchen die Beklagte in Ziff. 20 der Einleitungsantwort erhebt, fehl. Der Begriff ungetreue Verhandlungsführung kann schon aufgrund seines Wortlautes definiert werden, namentlich muss es sich dabei um einen Verstoss gegen Treu und Glauben

handeln im Zeitpunkt der Verhandlung (HUGUENIN, N 3174; HONSELL N 286; KOLLER BT, Art. 363 N 274). Somit kann eine Vertragsverletzung nur angenommen werden, falls die Klägerin den Leistungsumfang wider Treu und Glauben verändert hätte.

- 77 Es musste der Beklagten aufgrund der aussergewöhnlichen Herausforderungen, welche die Erstellung der Masten im Wasser unbestritten darstellt, bewusst gewesen sein, dass Anpassungen der vertraglichen Leistungen unter Umständen nötig sein würden. Der Vorschlag der Klägerin einen spezialisierten Ersatz-Subunternehmer beizuziehen [K-11], erscheint als sinnvolle Lösung, welche eine rechtzeitige Ausführung garantieren würde. Die Klägerin hat der Beklagten mehrmals verschiedene Vorschläge gemacht, mit dem klaren Willen den vorgegebenen Terminplan mit Hilfe eines Ersatz-Subunternehmers einzuhalten. Die Klägerin hat alle möglichen Schritte eingeleitet, um den Vertrag an die technisch anspruchsvolle Lage anzupassen und die eigenen Pflichten zu erfüllen. Die Beklagte ging überhaupt nicht auf diese konstruktiven Vorschläge ein und hatte selbst keine eigenen Vorschläge, wie das Problem termingerecht gelöst werden könnte. Der Klägerin dann eine Vertragsverletzung vorzuwerfen, ist nicht gerechtfertigt.
- 78 Ausserdem müsste der Beklagten zu diesem Zeitpunkt die rechtzeitige Erfüllung gegenüber dem Klienten eine Priorität sein, statt aus Gründen des Kontrollaufwands die eigene Verspätung zu riskieren, wobei die Klägerin auch zu diesem zusätzlichen Aufwand ihre Unterstützung anbot [B-6]. Die Beklagte führt in K-10 den Terminplan des Vertrages mit dem Klienten [Appendix A. des Hauptvertrags] als Begründung für den Rücktritt an. Demzufolge hätte die erste Vertragsleistung; nämlich die geologische Voruntersuchung und die Einreichung des Konzessionsgesuchs, bis zum 1. Oktober erfüllt werden sollen. Mit einer Rechnung von ca. 2 Monaten (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 9.) für die Abklärungen und mindestens zwei Monaten für das Konzessionsverfahren (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 10), wäre die Beklagte ohnehin schon im Verzug, als sie den Vertrag mit der Klägerin kündigt (am 12. August 2016).
- 79 Obwohl die Beklagte behauptet sie könne “dieses Terminziel nicht mit GF erfüllen” [K-10] ist eher davon auszugehen, dass sie dieses Ziel überhaupt nicht mehr rechtzeitig erfüllen konnte.
- 80 Aus werkvertraglicher Perspektive ist anzumerken, dass die Pflicht zur persönlicher Ausführung nur besteht, sofern es auf die persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften des Werkunternehmers ankommt (Art. 364 Abs. 2 OR). Da der Bau von Fundamenten im Wasser nicht zur Kernkompetenz der Klägerin gehört, kann es folglich nicht auf die Kompetenzen des Werk-/Subunternehmers ankommen, womit die Verweigerung eines Ersatz-Subunternehmers treuwidrig ist und somit den Eintritt der Bedingung aus Ziff. 8 lit. g KV [K-1] herbeigeführt hat.

3.2. Ungültiger Rücktritt aufgrund Art. 107 OR

- 81 Eventualiter beruft sich die Beklagte unter Ziff. 22 ff. ihrer Einleitungsantwort darauf, nach den Voraussetzungen des Art. 107 OR zum Rücktritt vom KV berechtigt gewesen zu sein.
- 82 Voraussetzung für einen Rücktritt i.S.v. Art. 107 OR ist, dass sich die Gegenseite nach den Regeln von Art. 102 ff. OR in Verzug befindet. In erster Linie muss eine Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit vorliegen und die geschuldete Leistung fällig sein (SCHWENZER, N 65.01).
- 83 Um zu bestimmen ob eine Leistungspflicht verletzt wurde, müssen vorrangig die Rechte und Pflichten des KV bestimmt werden.
- 84 Wie bereits (N 43 ff.) ausgeführt verpflichtet der Vorvertrag die Parteien zum Abschluss eines Subunternehmervertrages. Der KV legt den Rahmen für die Verhandlungen fest, welcher im Hinblick auf den Abschluss des Subunternehmervertrages den konkreten Verhältnissen und Bedürfnissen der Parteien angepasst werden muss. Die Beklagte macht in Ziff. 17 der Einleitungsantwort selbst geltend, dass die Detailregelungen des Vorvertrages noch nicht definitiv feststehen, und bez. des Subunternehmervertrages noch ein gewisser Verhandlungsspielraum verbleiben sollte.
- 85 Die vorvertragliche Kontrahierungspflicht verlangt eine zielgerichtete Mitwirkung beider Parteien im Hinblick auf den Abschluss des betreffenden Hauptvertrages, etwa durch Abgabe von Vertragsanträgen oder einer Auseinandersetzung mit den Vorschlägen der Gegenseite nach dem Prinzip von Treu und Glauben (BGer JdT 124 (1976) I 163, E.4). Die einzelnen Vertragspunkte bedürfen der Nachverhandlung um Hindernisse einvernehmlich auszuräumen und der Situation vor Vertragsschluss im Interesse beider Parteien gerecht zu werden (HERZOG, N 99).
- 86 Fraglich ist, ob aus dem KV bereits werkvertragliche Leistungen, wie die geologischen Voruntersuchungen, gefordert werden können, so wie dies die Beklagte in Ziff. 28 der Einleitungsantwort verlangt. Vertragsgegenstand des Vorvertrages ist jedoch nicht die dem Hauptvertrag vorbehaltene Leistungsdurchführung, sondern der zu erschaffende Hauptvertrag selbst (HERZOG, N 88). Die im KV umschriebenen werkvertraglichen Leistungen stellten deshalb zu keinem Zeitpunkt verbindliche Pflichten dar. Der Vorwurf die geologischen Voruntersuchungen seien von der Klägerin nicht ausgeführt worden, gehen fehl, da sie nicht zu den Leistungspflichten des KV gehören. Hätten die Parteien werkvertragliche Pflichten begründen wollen, so hätte direkt ein bedingter Subunternehmervertrag abgeschlossen werden müssen.
- 87 Weiter ist auf die Frage der Fälligkeit einzugehen. Nach dem dispositiven Gesetzesrecht von Art. 75 OR kann eine Leistung sogleich gefordert werden, wenn sie nicht nach Vertrag oder durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt ist. Der gesetzliche Begriff "sogleich" ist

jedoch stets unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu beurteilen (BSK-LEU, OR I Art. 75 N5). Ausgeschlossen ist der Verzug im Falle eines hypothetischen Gläubigerverzugs. Dies ist der Fall, wenn sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger einer Leistung nicht bereit sind die Erfüllungshandlung vorzunehmen (KOLLER, N 55.10).

88 Der KV sieht in Ziff. 4 lediglich vor, dass der Subunternehmervertrag im Falle eines Zuschlages durch den Auftraggeber abgeschlossen werden soll. Wann genau dieser Vertragsgegenstand fällig wird, wurde nicht vereinbart (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 7). Grundsätzlich könnte der Abschluss des Subunternehmervertrages nach Art. 75 OR, also ab dem Zuschlag durch den Klienten, verlangt werden. Tatsächlich verweigert die Klägerin die Unterschrift des Vertrages mit den von der Beklagten geforderten Bedingungen, welche wie oben dargelegt (siehe N 56 ff.) gegen den KV, das back-to-back Prinzip und Treu und Glauben verstossen. Auf der anderen Seite verweigerte aber auch die Beklagte den Abschluss eines Subunternehmervertrages. Die Klägerin erfüllte ihre Pflicht aus dem KV, indem sie die Vertragsverhandlungen im Gegensatz zur Beklagten konstruktiv und kompromissbereit (siehe N 76 ff.) und bis zum widerrechtlichen Abbruch der Verhandlungen durch die Beklagte, gewillt war einen Subunternehmervertrag abzuschliessen.

89 Indem die Beklagte sich ebenfalls weigerte einen Subunternehmervertrag zu unterzeichnen, welcher für die Klägerin erfüllbar gewesen wäre, lag ein hypothetischer Gläubigerverzug vor, womit der Verzug nach Art. 102 OR ausgeschlossen ist und die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach Art. 107 OR damit nicht erfüllt sind.

3.3. Zwischenfazit

90 Eine Kündigung i.S.v. Ziff. 8 lit. g KV und Art. 107 OR ist wie gezeigt ungültig, da die angerufenen Kündigungsgründe nicht vorliegen, bzw. durch treuwidriges Verhalten herbeigerufen wurden.

4. Eventualiter: Anspruch auf positives Interesse aus Art. 377 OR

91 Falls das Gericht zum Schluss kommt, dass der Rücktritt der Beklagten gerechtfertigt ist, so ist der Klägerin das positive Interesse aus Art. 377 OR zu gewähren. Bei sofort künd- oder auflösbaren Vertragstypen, namentlich im Werkvertrags und Auftragsrecht, wirken die jeweiligen Normen zur Vertragsbeendigung bereits auf den Vorvertrag (HERZOG, N 348; zum Auftragsrecht BGE 115 II 464 E. 2a.). Das in Art. 377 OR vorgesehene Rücktrittsrecht, welches seinem Wesen nach ein ex nunc wirkendes Kündigungsrecht ist, steht dem Besteller jederzeit zu, solange das Werk nicht vollendet ist, mithin auch bereits vor Inangriffnahme der Arbeiten durch den Unternehmer und selbst bei vorvertraglicher Bindung, wodurch das Rücktrittsrecht in Bezug auf die Abschlusspflicht ausgeübt wird (BGE 117 II 273 E. 4a; GAUCH, N 389; FS LOCHER,

S. 36). Wenn die Parteien den Art. 377 OR nicht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen haben, wie dies im vorliegenden Verhältnis der Fall ist, so kann ein Rücktritt des Bestellers unter Zahlung der vollen Schadloshaltung im Sinne von Art. 377 OR akzeptiert werden (HERZOG, N 348). Mit der Kündigung wird der Vertrag ex nunc aufgelöst und der kündigende Besteller ist zur vollen Schadloshaltung im Sinne des positiven Interesses zu verpflichten (BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 377 N 12).

5. Der Klägerin steht ein Anspruch auf das positive Vertragsinteresse aus dem KV zu.

92 Indem die Beklagte ihre aus dem KV entstandene Pflicht zum Abschluss eines Subunternehmervertrages nicht nachgekommen ist, hat sie die Klägerin so zu stellen, als wäre diese gehörig erfüllt worden, womit der Klägerin das positive Vertragsinteresse im Umfang von CHF 4'320'000 zzgl. MWST zusteht.

5.1. Anspruchsgrundlage

93 Durch den KV waren die Parteien zum Abschluss eines Subunternehmervertrages verpflichtet. Die Beklagte verhinderte durch ihr Verhalten den Abschluss dieses Vertrages, wodurch sie gegen ihre vorvertragliche Hauptpflicht versties.

5.2. Einstufentheorie

94 Liegt ein ausreichend bestimmter Vorvertrag vor, so stellt sich die Frage, ob zuerst auf den Abschluss des Hauptvertrages geklagt werden muss, bevor Ansprüche aus dem Hauptvertrag geltend gemacht werden können. Entsprechend der momentanen Rechtsprechung des BGer gilt die Einstufentheorie (HUGUENIN, N 155). Demnach wird für den Fall, dass die Parteien und Vertragsbedingungen des Vor- und Hauptvertrages identisch sind, eine eigene Klage aus Vorvertrag zugelassen, welche direkt auf Erfüllung des Hauptvertrages gerichtet ist (BGE 118 II 32, E.3c).

95 Dem Gläubiger steht dabei die Wahl zwischen Schaden- und Realersatz offen (BSK OR I, Zellweger Gutknecht, Art. 22 N 43). Realerfüllung i.S.v. Art. 97 OR kann jedoch nicht verlangt werden, wenn eine verhandlungspflichtige Partei die Verhandlungen abbricht, da davon ausgegangen werden kann, dass sie auf ihrer Erfüllungsverweigerung beharrt (MONN, N 1054).

96 Da keine Sondervorschriften für die Verletzung von Vorverträgen existieren sind auf allfällige Leistungsstörungen die Art. 97 ff. OR anzuwenden (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 41). Es muss aus diesem Grund geprüft werden ob die Voraussetzungen der Vertragshaftung nach Art. 97 OR gegeben sind.

5.3. Pflichtverletzung

a) Kontrahierungspflicht und Verhandeln nach Treu und Glauben

- 97 Art. 22 OR begründet die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages. Das wesentliche Merkmal des Vorvertrages ist insofern das Recht einer oder beider Parteien den Abschluss des Hauptvertrages zu verlangen (BGE 4A_390/2015). Wie bereits unter N 55 ff. dargelegt, trat die Beklagte mit Schreiben vom 12. August 2016 nicht rechtsgültig vom KV zurück. Indem sie die Vertragsverhandlungen für die Klägerin mit stark einschränkenden Vertragsbedingungen führte, verhinderte sie das Zustandekommen eines Subunternehmervertrages und versties damit gegen ihre Kontrahierungspflicht aus Vorvertrag.
- 98 Die Beklagte weigert sich in verschiedenster Hinsicht auf die Vorschläge der Klägerin einzugehen und gefährdet damit selbst die rechtzeitige Erfüllung des Projektes (HERZOG, N 312). Wären die Verhandlungen durch die Beklagte von Anfang an nach Treu und Glauben geführt worden, hätte der Terminplan eingehalten werden können. Es entsteht sowohl bei der Leistungsreduktion wie auch bei der Bankgarantie der Eindruck, die Beklagte würde die Verhandlungen und die Gestaltungsmöglichkeiten der Klägerin stark beeinträchtigen wollen und dadurch die Möglichkeit eines Rücktritts provozieren. Aus klägerischer Sicht gibt es denn auch keinen Grund, weshalb die Leistungsreduktion und Beauftragung eines weiteren Unternehmens im Zusammenhang mit dem Submissionsverfahren auf Wunsch des Klienten [K-3] so problemlos verlief, die Beklagte jedoch eine zweite Leistungsreduktion so vehement ablehnte. Verdeutlicht wird dies auch durch das "Auskaufsangebot" [K-10]. Die Summe von 25'000 CHF ist im Vergleich zum Volumen des Projekts eine lächerliche Summe, die so tief ansetzt, dass sogar mit einem erheblichen Verhandlungsspielraum nach oben ein nicht annähernd akzeptables Ergebnis erreicht werden könnte. Die Beklagte zeigt damit implizit, dass sie nicht mehr am Vertragsschluss mit der Klägerin interessiert ist.

b) Verletzung der Exklusivitätsklausel Art. 98 Abs. 2 OR

- 99 Nebst der positiven Kontrahierungspflicht, kann in einem Vorvertrag auch eine negative Verpflichtung, bestimmte Vertragsschlüsse mit Dritten zu unterlassen vereinbart werden (BUCHER, S. 193; COTTI, N 388; ähnlich MONN N806f.). Die Exklusivitätsklausel in Ziff. 5 des KV verpflichtet die Beklagte den Subunternehmervertrag mit der Klägerin abzuschliessen und insbesondere keine Verhandlungen mit anderen Unternehmen zu führen. Die Unterlassungspflicht stellt eine vertragliche Nebenpflicht dar, deren Verletzung in Art. 98 Abs. 2 OR speziell geregelt wird (BSK OR I-WIEGAND, Art. 98 N 9) und zu einem Schadenersatzanspruch berechtigt.
- 100 In Ziff. 8 des KV [K-1] ist festgehalten, dass die Exklusivitätsklausel auch nach einer Beendigung des KV weiterhin in Kraft bleiben soll, es spielt also in dieser Frage keine Rolle, ob der

KV durch die Beklagte gültig gekündigt wurde. Es ist jedoch anzunehmen, dass die Beklagte bereits während der Dauer des KV, sicherlich aber innerhalb der Gültigkeit der Exklusivitätsklausel, Verhandlungen mit den TP-Bahnen aufnahm. Diese Ansicht lässt sich auf einen Artikel der “Stanserpost” vom 22. Oktober 2016 [K-13] stützen. Zu diesem Zeitpunkt wurde offensichtlich bereits ein Vertrag zwischen der Beklagten und TP unterschrieben.

- 101 Zwischen der Kündigung des KV durch die Beklagte am 12. August 2016 [K-12] und der Bekanntmachung des neuen Subunternehmers durch die “Stanserpost” [K-13] vergingen jedoch lediglich 10 Tage, woraus ersichtlich wird, dass die Verhandlungen zwischen der Beklagten und den TP Bahnen bereits zu einem Zeitpunkt stattfanden, als die Exklusivklausel noch gültig war. Daraus ergibt sich insofern nicht bloss eine Verletzung der Exklusivitätsklausel von Ziff. 5 KV, sondern auch dass die Beklagte nicht mehr an einem Abschluss interessiert war.
- 102 Die Exklusivitätsklausel soll nahe am Gesellschaftsvertrag ausgelegt werden, (siehe N 32 ff.) da der KV als gesellschaftsähnlich zu qualifizieren ist, welches eine besondere Vertrauensbeziehung zwischen der Klägerin und dem Beklagten begründet (BGE 98 II 305 E.2a; COTTI, N 607). Die besondere Vertrauensbeziehung und die Hürde der Vertragsauflösung, welche durch das gesellschaftsähnliche Wesen der Parteibeziehung gestellt werden, bestärken die Pflicht der Beklagten den Vertragsschluss mit den TP-Bahnen zu unterlassen.
- 103 Die Verletzung der Exklusivitätsklausel stellt im Lichte des Gesellschaftsrechts somit einen einschneidenden Bruch der Vertrauensbeziehung zwischen der Beklagten und der Klägerin dar. Andernfalls hätte sie alles Zumutbare unternommen um die Verhandlungen zum Abschluss des HV zu führen und sie hätte es ebenfalls unterlassen mit TP einen Vertrag abzuschliessen.

5.4. Schaden

- 104 Der Schaden kann im Sinne der Differenzhypothese in einer Abnahme der Aktiven, Zunahme der Passiven oder entgangenem Gewinn (*iucrum cessans*) bestehen (HUGUENIN, N 867). Indem die Beklagte entschied den KV nicht einzuhalten und das Projekt mit einem alternativen Unternehmen durchzuführen, erlitt die Klägerin eine Umsatzeinbusse im Umfang ihres Anteils am Projekt. Die Klägerin hatte somit auch keine Ausgaben und erlitt dadurch einen Schaden im Umfang des Gewinns, welcher durch das Projekt hätte erwirtschaftet werden sollen (BGE 111 II 156, E 3.). Die erwartete Gewinnmarge der Beklagten beträgt CHF 4.32 Mio (Berechnung in der Einleitungsanzeige lit. D Ziff. 29). Da sich die Ansprüche der Klägerin aus dem KV ergeben, rechtfertigt sich die Berechnung des Schadens anhand der in diesem Vertrag [K-3, Appendix I] vorgesehenen Summe.

5.5. Kausalzusammenhang

- 105 Indem die Beklagte entschied, den KV nicht einzuhalten und das Projekt mit einem alternativen Unternehmen durchzuführen entging der Beklagten der gesamte Gewinn. Die Klägerin durfte aufgrund des KV fest mit der Durchführung des Projektes rechnen. Infolgedessen nahm sie auch keine weiteren Projekte an und betrieb keine Akquisitionsarbeit, wodurch sie während der gesamten Projektperiode einen vollständigen Umsatzausfall erlitt.
- 106 Dieser Schaden hätte verhindert werden können, wenn die Beklagte ihre Bedingungen zum Vertragsschluss von Anfang an offen dargelegt und mit der Klägerin im Hinblick auf den Abschluss des Subunternehmervertrages kooperiert hätte.

5.6. Verschulden

- 107 Kann eine Pflichtverletzung nachgewiesen werden, ergibt sich daraus i.d.R., dass die in der betreffenden Situation von einem durchschnittlichen Vertragspartner zu erwartende Sorgfalt nicht aufgewendet wurde. Die Beklagte versties gegen ihre vorvertragliche Kontrahierungspflicht und die Exklusivitätsklausel Art. 5 KV [K-1], womit sie den KV schuldhaft verletzte.

5.7. Verletzungsfolgen

- 108 Da die Beklagte ihrer vorvertraglichen Abschlusspflicht nicht nachgekommen ist, liegt eine Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 OR vor. Zudem begründet die Verletzung der Exklusivitätsklausel die Verletzung einer Nebenpflicht (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 32). Sowohl im Falle einer Nichterfüllung, als auch bereits durch die Verletzung einer Nebenpflicht, hat der Geschädigte nach der herrschenden Lehre einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse (BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 46). Die Klägerin ist i.c. also so zu stellen als wäre der KV richtig erfüllt worden. In diesem Sinne ist der Beklagten das positive Vertragsinteresse zuzusprechen.

6. Eventualiter: Schadenersatz wegen Verletzung der Verhandlungspflicht

- 109 Selbst wenn das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommt es handle sich beim KV nicht um einen Vorvertrag, sondern um einen Verhandlungsvertrag, steht der Klägerin der Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR zu.
- 110 Die Statuierung einer allgemein umrissenen Pflicht zu künftigen Vertragsverhandlungen kann einen Schadenersatzanspruch auslösen. In diesen Fällen handelt es sich um eine Verhandlungspflicht, welche über die Pflicht zum ernsthaften Verhandeln nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hinausgeht (MONN, N 756). Der Anspruch auf Schadenersatz ergibt sich aus dem Zweck der Verhandlungsabrede, nämlich der Beschränkung eines jederzeitigen Verhandlungsabbruchs. Denn durch die Begründung der Verhandlungsabrede beschränken die Parteien ihre

eigene Freiheit, sich „at any time and for any reason“ aus den Verhandlungen zurückzuziehen (MONN, N 758).

- 111 Die Verletzung dieser Verhandlungspflicht besteht, wenn die verhandlungspflichtige Partei weder berechtigt war die Verhandlungen abzubrechen, noch dartun kann, dass die Verhandlungspflicht erloschen ist (MONN, N 945).
- 112 Die Beklagte hat ihre Pflicht nicht konform ausgeübt, da bis zur vollständigen Einigung nur noch die Verhandlung über zwei Punkte; nämlich bez. der Banksicherheit und dem Leistungsumfang fehlten. Eine Übereinstimmung wäre möglich gewesen, weshalb die Klägerin davon ausgehen konnte die Beklagte würde die Verhandlungen weiterführen. Freilich konnte die Klägerin auch aufgrund der zu anfangs bestehenden Bietergemeinschaft, welches sich als Gesellschaftsvertrag durch ein besonderes Vertrauensverhältnis auszeichnet (BGE 98 II 305 E.2), in guten Treuen annehmen, dass der Beklagte seine Verhandlungspflicht wahrnehmen und es zum Abschluss des HV kommen würde. Der Klägerin steht daher aufgrund der Unregelmässigkeiten bei der vertraglichen Abwicklung des HV das positive Vertragsinteresse gem. Art. 97 ff. OR zu.

III. Fazit:

Damit ist gezeigt, dass der Klägerin Schadenersatz CHF 4'320'000.00, zzgl. gesetzlicher MWST gem. Rechtsbegehren aus Art. 97 Abs.1 zusteht.

IV. Ersuchen um Gutheissung der gestellten Rechtsbegehren

Aufgrund der erwähnten Gründe ersuchen wir das Schiedsgericht, den gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 7