

Moot Court Team 5

Natascha Figoutz
Christian Kabashi
Ozan Yildirim
Elie Comfort

Einschreiben

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

19. März 2018

Klageantwort

Swiss Rules Fall Nr. 54699-2017

In Sachen

DoubleM Bahnen AG

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

G-Funivie S.r.l.

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 6

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 im Auftrag der Beklagten stellen wir folgenden

PROZESSUALEN ANTRAG

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

und folgende

RECHTSBEGEHREN

In Übereinstimmung mit Art. 3(7) der Swiss Rules of International Arbitration der Swiss Chambers' Arbitration Institution («**Swiss Rules**») stellen wir namens und mit Vollmacht der Beklagten folgende Rechtsbegehren:

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

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Entscheidverzeichnis.....	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
I. Das Schiedsgericht ist für die Beurteilung der Ansprüche unzuständig	1
1. Die Parteien haben keine gültige Schiedsklausel vereinbart	1
a. Es bestand kein Konsens über eine Schiedsvereinbarung	1
i. Die Schiedsvereinbarung ist restriktiv auszulegen.....	1
ii. Der Austausch der Entwürfe begründet keinen Rechtsfolgewillen.....	1
iii. Die back-to-back-Klausel führt nicht zu einer Übernahme der Schiedsklausel.	3
b. Die Schiedsklausel ist abhängig vom SVE.....	3
2. Eventualiter: Die Schiedsklausel hat keine Anwendung auf Ansprüche aus dem KV ..	4
a. Die Schiedsklausel gilt nach dem Parteiwillen nicht für Ansprüche aus dem KV ...	4
a. Ein enger Zusammenhang zwischen KV und SV ist zu verneinen.....	4
b. Die Schiedsklausel gilt nach dem objektivierten Parteiwillen nicht für Ansprüche aus dem KV.....	5
II. Eventualiter: Die Verrechnungseinrede ist zu hören.....	5
1. Es besteht kein Verrechnungsverzicht hinsichtlich der Konventionalstrafe	5
a. Das Partieverhalten widerspricht einem Verrechnungsverzicht	6
b. Die Erfüllungsmodalitäten des HV begründen keinen Verrechnungsverzicht	6
2. Die Verrechnungseinrede wurde formgültig erhoben	7
3. Es besteht keine Pflicht zur Leistung einer Einschreibgebühr	7
4. Es ist kein separater Kostenvorschuss zu leisten	8
III. Der KV ist kein Vorvertrag	8
1. Der KV ist als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren	8
a. Es kam kein Konsens über alle essentialia zustande	8
i. Die Bankgarantien sind ein wesentlicher Bestandteil des Vertrags	8
ii. Die Bankgarantien wurden weder bestimmt noch bestimmbar gemacht.....	9
b. Der KV statuiert keine Abschluss-, sondern lediglich eine Verhandlungspflicht....	10
i. Der KV behält weitere Verhandlungen vor	10
ii. Die Exklusivitätsklausel spricht für das Vorliegen eines Verhandlungsvertrags.	12
iii. Der KV sieht keine Einigungspflicht vor.....	12

2.	Eventualiter: Sollte es sich beim KV um einen Vorvertrag gehandelt haben, muss er in einen Verhandlungsvertrag umgedeutet werden.....	13
a.	Die Abschlusspflicht aus dem Vorvertrag entfiel	13
b.	Es besteht keine Nachverhandlungspflicht	13
IV.	Die Beendigung des KV war rechtmässig.....	14
1.	Die auflösende Bedingung von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV ist eingetreten.....	14
a.	Die Parteien konnten sich nicht über den Umfang des Fremdleistungsanteils einigen	14
b.	Der Ausfall der Bedingung kann nicht gem. Art. 156 OR fingiert werden.....	14
2.	Eventualiter: Die Beklagte ist nach Art. 107 OR vom Vertrag zurückgetreten.....	16
a.	Die Klägerin hat ihre Leistung nicht korrekt angeboten.....	16
b.	Die Beklagte hat ihre Leistung korrekt angeboten.....	17
c.	Es erfolgte eine unverzügliche Rücktrittserklärung	17
3.	Eventualiter: Die Beklagte kann nach Art. 366 Abs. 1 OR auf die gesamte Leistung verzichten.....	18
i.	Aufgrund Unteilbarkeit der Arbeitsleistungen liegt ein Gesamtverzug vor	18
ii.	Die Klägerin ist mit der gesamten Leistung in Verzug.....	18
V.	Die Klägerin hat keinen Anspruch auf den geforderten Betrag.....	19
1.	Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadenersatz aus Verletzung der Verhandlungspflichten	19
a.	Die Beklagte hat die Verhandlungspflicht aus dem KV nicht verletzt.....	19
b.	Die Beklagte versties nicht gegen die Exklusivitätsklausel des KV.....	20
c.	Der Klägerin erwächst aus dem KV kein Anspruch auf entgangenen Gewinn.....	20

Literaturverzeichnis

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

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

[N 9, 10, 25]

BERGER KLAUS PETER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis*, Berlin 1992.

(zit. BERGER, *Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, S. ...)

[N 29, 32]

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

(zit. BERGER, *Set-Off*, S. ...)

[N 28]

BUCHER EUGEN, *Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages*, in: Bucher Eugen/Saladin Peter (Hrsg.), *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern/Stuttgart 1979, S. 169 ff.

(zit. BUCHER, S. ...)

[N 45]

FARNSWORTH E. ALLAN, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, *Columbia Law Review* 87/1987, S. 217 ff.

(zit. FARNSWORTH, S. ...)

[N 76]

FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996.

(zit. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, S. ... N ...)

[N 9]

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

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

[N 4]

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

(zit. GAUCH, N ...)

[N 55]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration: Comparative and swiss perspectives, 3. Auflage, Zürich 2016.

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

[N 12, 14]

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

(zit. GÖKSU, N ...)

[N 4]

GROSS FELIX, Seilbahnlexikon: Technik, Relikte und Pioniere aus 150 Jahren Seilbahngeschichte, Berlin 2011.

(zit. GROSS, S. ...)

[N 71]

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

(zit. GUTMANS, S. ...)

[N 47, 57]

HERRMANN GEROLD, «Does the world need additional uniform legislation on arbitration?», in: Arbitration Insights Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration, in: Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis (Hrsg.), Kluwer Law International 2007, S. 221-255.

(zit. HERRMANN, S. ...)

[N 16]

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

(zit. HERZOG, S. ...)

[N 50, 51]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014.

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

[N 75]

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

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

[N 7]

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 ...)

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

(zit. HUGUENIN, N ...)

[N 20, 39]

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

(zit. JAHN, S. ...)

[N 45, 52, 75]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, International Arbitration – Law and Practice in Switzerland, 3. Auflage, Oxford 2015.

(zit. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N ...)

[N 9]

KNAPP CHARLES L., Enforcing the Contract to Bargain, New York University Law Review 44/1969, S. 673 ff.

(zit. KNAPP, S. ...)

[N 76]

KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991.

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

[N 23, 43]

LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse, édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, Lausanne 1989.

(zit. LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. ... N ...)

[N 9]

LE GOFF PIERRICK, Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen, Diss. Univ. Marburg, Berlin 2005, 236 ff.

(zit. LE GOFF, S. ...)

[N 42]

LUTTER MARCUS, Der Letter of Intent: zur rechtlichen Beurteilung von Absichtserklärungen, 3. Auflage, Köln 1998.

(zit. LUTTER, S. ...)

[N 40]

MAYER PIERRE, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Revue de l'arbitrage, Nancy 1998.

(zit. MAYER, S. ... N ...)

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

(zit. MONN, N ...)

[N 38, 43, 45, 50, 52, 67, 75, 76]

MOURRE ALEXIS (Hrsg.), Les cahiers de l'arbitrage, 2/2/2004, Paris 2004, S. 59 ff.

(zit. MOURRE, S. ...)

[N 15]

MÜLLER CHRISTIANE, Vertragsmanagement: der Subunternehmervertrag: die back-to-back Vereinbarung im Streiflicht von Risikomanagement und Durchsetzungsmöglichkeiten im Kontext von öffentlichen Ausschreibungen, Diplomarbeit Univ. Zürich, Zürich 2016.

(zit. MÜLLER CHRISTIANE, S. ...)

[N 34, 42]

MÜLLER CHRISTOPH, Swiss Case Law in International Arbitration, 2. Auflage, Zürich 2010

(zit. MÜLLER CHRISTOPH, S. ...)

[N 12]

NICKLISCH FRITZ, Der Experte im Verfahren: Erkenntnisse aus nationalen und internationalen Verfahren vor Schiedsgericht und staatlichen Gerichten, München 2004.

(zit. NICKLISCH, S. ...)

[N 8, 37, 42]

PAIR LARA MICHAELA, Consolidation in International Commercial Arbitration, The ICC and Swiss Rules, Diss. Univ. St. Gallen, Den Haag 2011.

(zit. PAIR, S. ...)

[N 16]

PAVIC VLADIMIR, Jurisdiction of an Arbitral Tribunal over Set-Off under Swiss Rules of International Arbitration, in Nathalie Voser (Hrsg.), ASA Special Series No. 44, 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration

(zit. PAVIC, S. ...)

[N 28]

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

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

[N 13, 15]

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

(zit. SAXER, S. ...)

[N 68]

SCHÄRER HEINZ, in: In Sachen Baurecht: zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Pierre Tercier (Hrsg.), Freiburg 1989, 27 ff.

(zit. SCHÄRER, S. ...)

[N 38]

SCHLOSSER RALPH, Les lettres d'intention: portée et sanction des accords précontractuels, in: Bénédicte Jérôme et al. (Hrsg.), Responsabilité civile et assurance, Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi, Lausanne 2000.

(zit. SCHLOSSER, S. ...)

[N 36, 39]

SCHMID PASCAL, Die Verrechnung vor staatlichen Gerichten, in: Jusletter 9/2008.

(zit. SCHMID, N ...)

[N 28]

SCHMIDT SUSANNE, Der Abbruch von Vertragsverhandlungen im deutsch-schweizerischen Handels- und Wirtschaftsverkehr, Diss. Univ. Konstanz, Konstanz 1994.

(zit. SCHMIDT, S. ...)

[N 46]

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

(zit. SCHUMACHER, N ...)

[N 8]

SCHÜTZE ROLF A., *Ausgewählte Probleme des deutschen und internationalen Schiedsverfahrensrechts*, Köln 2006.

(zit. SCHÜTZE, S. ...)

[N 16]

SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), *Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit: Heymanns Kommentar*, 3. Auflage, Köln 2018.

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

[N 26, 31]

SEÇKIN, Ahmed Recai, *La Réalisation de la Condition Suspensive et Ses Effets Juridiques*, Diss. Univ. Genf, Genf 1939

(zit. SEÇKIN, S. ...)

[N 47]

SINK CHARLES M./ SYKES JEFFREY A., *Contractual and Negotiated Limitations on Remedies or Damages*, in: *Construction Damages and Remedies*, Mosley Alexander W. (Hrsg.), Chicago 2013, S. 340 ff.

(zit. SINK/SYKES, S. ...)

[N 24]

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Auflage, Basel 2013.

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

[N 7]

STIPPL CHRISTOPHER, *International Multi-Party Arbitration: The Role of Party Autonomy*, in: *American Review of International Arbitration* 7/1996, S. 51 ff.

(zit. STIPPL, S. ... N ...)

[N 16]

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015.

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

[N 25]

WEIGAND FRANK-BERND, Practitioner's handbook on international commercial arbitration, 2. Auflage, Oxford 2009.

(zit. WEIGAND, N ...)

[N ...]

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

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

[N 31]

Silvia Aloizi, Valentina Za (2016): <<https://www.reuters.com/article/us-italy-banks-ecb/italy-bank-troubles-test-ecbs-mettle-idUSKCN0WO1HN>>

(besucht am 19. März 2018)

[N 60]

Quaestio Capital (2016): <<http://www.quaestiocapital.com/sites/default/files/Comunicato%20Stampa%20Quaestio%2030%2006%2016%20Veneto%20Banca.pdf>>

(besucht am 19. März 2018)

[N 60]

Entscheidverzeichnis

Entscheide des Bundesgerichts

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
29. März 1949
BGE 75 II 137
[N 71]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
29. Oktober 1957
BGE 83 II 398
[N 18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
3. Oktober 1972
BGE 98 II 305
[N 51]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. Juni 1977
BGE 103 II 190
[N 33]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
6. März 1992
BGE 118 II 32
[N 33]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
2. September 1993
BGE 119 II 380
[N 9]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. Dezember 1995
BGE 121 III 495
[N 9]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
3. Juli 2000
BGE 126 III 361
[N 18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2001
BGE 128 III 50
[N 3, 9]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
8. Juli 2003
BGE 129 III 675
[N 3]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. März 2008
BGer 5A.207/2007
[N 18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
29. Februar 2008
BGer 4A.452/2007
[N 11]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
25. Oktober 2010
BGer 4A.279/2010
[N 3]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. November 2011
BGE 138 III 29
[N 3]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. Februar 2014
BGE 140 III 134
[N 3]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
30. März 2015
BGE 141 III 106
[N 71]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
18. Februar 2016
BGE 142 III 239
[N 5]

Entscheide ausländischer Gerichte

Urteil des United States Court of Appeals Fifth Circuit
National Labor Relations Board v. Text-Tan, INC.
24. Mai 1963
veröffentlicht: <<https://www.leagle.com/decision/1963790318f2d4721687>>
(besucht am 19. März 2018)
(zit. NLRB v. Text-Tan, Inc.)
[N 54]

Urteil des House of Lords

Nova (Jersey) Knit Ltd. v. Kammgarn. GMBH

16. Februar 1977

veröffentlicht: <<http://swarb.co.uk/nova-jersey-knit-ltd-v-kammgarn-spinnerei-gmbh-hl-1977/>>

(besucht am 19. März 2018)

(zit. Nova Knit Ltd. v. Kammgarn GMBH)

[N 15]

Urteil des Court of Appeal

Aevtra Refining and Marketing Inc. v. Exmar NV

22. Juli 1994

veröffentlicht: <<https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/law-report-case-summaries-5428719.html>>

(besucht am 19. März 2018)

(zit. Aevtra Refining and Marketing Inc. v. Exmar NV)

[N 28]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AirbInt	Arbitration International (London)
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
BGE	amtlich publizierter Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
B-n	Beweismittel der Beklagten mit entsprechender Nummer
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVB	Besondere Vertragsbestimmungen
bzw.	beziehungsweise
c/o	care of
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
et al.	Et alii/aliae/alia
EZB	Europäische Zentralbank
f./ff.	folgende/ die folgenden Seiten
franz.	französisch
gem.	gemäss
ggf.	gegebenenfalls
GMBH	Genossenschaft mit beschränkter Haftung
GOG ZH	Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Zürich (LS 211.1)
Hrsg.	Herausgeber/-in
HV	Hauptvertrag zwischen Klienten und Beklagter vom 13. April 2016
ICC	International Chamber of Commerce

inc.	incorporated
inkl.	inklusive
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-n	Beweismittel der Klägerin mit entsprechender Nummer
Knit	Knitting
Komm.	Kommentar
KS	Klageschrift des Moot Court Teams 6 vom 11. Dezember 2017
KV	Kooperationsvertrag (vgl. K-1)
lit.	litera
Ltd	Limited
MWST	Mehrwertsteuer
N	Randnummer
No.	number
Nr.	Nummer
NLRB	National Labor Relations Board
NV	New Vanguard
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
p.q.	per quarter (pro Quartal)
S.	Seite
SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration, Fassung vom 1. Juni 2012
S.r.l.	Società a responsabilità limitata
SV	Subunternehmervertrag
SVE	Subunternehmervertragsentwurf/-entwürfe
SVE I	Subunternehmervertragsentwurf vom 28. April 2016
SVE II	Subunternehmervertragsentwurf vom 10. Mai 2016
SVE III	Subunternehmervertragsentwurf vom 30. Mai 2016
Univ.	Universität

unveröff.	unveröffentlicht
v.	versus
VB	Veneto Banca
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
zzgl.	zuzüglich

I. Das Schiedsgericht ist für die Beurteilung der Ansprüche unzuständig

1 Die Klägerin vertritt unzutreffenderweise die Ansicht, es liege eine gültige Schiedsvereinbarung vor, die die Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründe. Die Schiedskonvention erweist sich jedoch, als ungültig, weshalb sich das Schiedsgericht in einem Vorentscheid i.S.v. Art. 186 Abs. 3 IPRG i.V.m. Art. 21 Abs. 4 SRIA für unzuständig zu erklären hat.

1. Die Parteien haben keine gültige Schiedsklausel vereinbart

a. Es bestand kein Konsens über eine Schiedsvereinbarung

2 Die Klägerin stellt richtigerweise fest, dass der Konsens der Parteien über die Schiedsvereinbarung infrage steht (KS, N 6). Entgegen ihrer Ansicht führt eine fehlerfreie Auslegung der Schiedsklausel aber zu keinem Konsens.

i. Die Schiedsvereinbarung ist restriktiv auszulegen

3 Die Klägerin führt aus, die Schiedsvereinbarung unterliege einer ergebnisneutralen Auslegung (KS, N 7). Dem ist nicht zu folgen. Ein Schiedsverfahren führt im Vergleich zu staatlichen Gerichtsverfahren regelmässig zu höheren Kosten und mit dem Verzicht auf ein staatliches Gericht geht eine starke Einschränkung der Rechtsmittelwege einher (BGer 4A.279/2010 E. 3.1). Dabei wird insbesondere das verfassungs- und konventionsmässige Recht auf ein gesetzlich geschaffenes Gericht beeinträchtigt (Art. 30 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Abs. 1 EMRK; BGE 128 III 50 E. 2c aa). Ein solcher Verzichtswille kann nicht leichthin angenommen werden, weshalb die Schiedsvereinbarung nach herrschender bundesgerichtlicher Rechtsprechung einer restriktiven Auslegung unterliegt (BGE 138 III 29 E. 2.3.1). Dies wurde in diversen Fällen internationaler Ausrichtung bestätigt (vgl. BGE 140 III 134 E. 3.2; BGE 129 III 675 E. 2.3; BGer 4A.279/2010 E. 3.1). Somit besteht im vorliegenden Sachverhalt sehr wohl Anlass für eine restriktive Auslegung der Schiedsklausel.

ii. Der Austausch der Entwürfe begründet keinen Rechtsfolgewillen

4 Ein Konsens aus dem Austausch von Vertragsentwürfen zu Verhandlungszwecken ist zu verneinen, wenn der Vertrag letztlich nicht zustande kommt. Allein aus dem Umstand, dass die Schiedsklausel in den Entwürfen nie bestritten wurde (KS, N 8), kann die Klägerin nicht darauf schliessen, dass die Parteien eine vorvertragliche Schiedszuständigkeit begründen wollten (vgl. GÖKSU, N 438). Dies ergibt sich aus dem Vertrauensprinzip, da keine Partei beim unverbindlichen Verschicken von Entwürfen damit rechnen muss, dass einzelne Teile des Vertrags bereits Gültigkeit erlangen (zum Ganzen: GABRIEL/WICKI, S. 249)

5 Eine Schiedszuständigkeit in einem solchen Fall wäre nur begründet, wenn qualifizierende Umstände vorlägen. Darunter fallen Konstellationen, in denen die Parteien in der Vergangenheit

bereits mehrere Verträge abgeschlossen haben, die dieselbe Schiedsklausel beinhalten, in denen sie ein objektiv nachvollziehbares Interesse an der schiedsgerichtlichen Unterstellung des Sachverhaltes geltend machen oder in denen der Wortlaut der ausgetauschten Vertragsentwürfe auf den gemeinsamen Willen der Parteien deutet, eine Schiedskonvention unabhängig vom Ausgang der Verhandlungen einzugehen (zum Ganzen: BGE 142 III 239 E. 3.2.1).

- 6 Solch qualifizierende Umstände sind vorliegend zu verneinen. Zwar sind die Parteien früher bereits einmal vertraglich in Kontakt getreten, jedoch wurde in diesem Vertragsverhältnis keine Schiedsabrede getroffen (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 3 f.). Ferner haben die Parteien in den verschiedenen SVE (B-2, B-5) die sich in der Entwicklungsphase befindende Schiedsklausel dahingehend konkretisiert, «alle Streitigkeiten [...] aus oder im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag [...] der Schiedsgerichtsbarkeit [zu unterstellen].» Die Präzisierung auf «Subunternehmervertrag» bezweckte, die Wichtigkeit des Abschlusses des SV für die Parteien auch im Wortlaut der Schiedsklausel zu verdeutlichen. Hätte es dem Parteiwillen entsprochen, Ansprüche aus dem KV durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen, hätten die Parteien bereits im KV eine Schiedsabrede getroffen. Ein gemeinsamer Wille, eine Schiedskonvention unabhängig vom Ausgang der Verhandlungen einzugehen, liegt somit nicht vor. Vielmehr hat die Beklagte den schiedsrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus gerade deshalb als erste vorgeschlagen (KS, N 8), weil man auf den Abschluss des SV hinarbeiten und die schiedsrechtliche Beurteilung auf Ansprüche des SV begrenzen wollte.
- 7 Zudem ist der Einwand der Klägerin (KS, N 9), die Parteien hätten ein gemeinsames Interesse an der schiedsgerichtlichen Beurteilung des Sachverhaltes, objektiv nicht nachvollziehbar. Aus der Argumentation der Klägerin wird nämlich nicht deutlich, inwiefern ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich sich in lokaler Hinsicht von einem zürcherischen Gerichtsstand abhebt, da dieselben von ihr als gemeinsame Interessen genannten Vorzüge des Schiedsgerichts auch von der staatlichen Gerichtsbarkeit abgedeckt werden. Die Voraussetzungen für die Handelsgerichtsbarkeit i.S.v. Art. 6 ZPO und § 44 GOG ZH sind bei der vorliegenden Streitigkeit erfüllt, weshalb sie im Falle der staatlichen Gerichtsbarkeit vom zürcherischen Handelsgericht beurteilt würde. Über die von der Klägerin hervorgehobene Fachkompetenz würde das staatliche Gericht ebenfalls verfügen, da die Mehrheit der Gerichtsdelegation aus Fachrichtern besteht, die gemäss ihrer Expertise aus den jeweiligen Branchengruppen rekrutiert werden (BSK ZPO-VOCK, Art. 6 N 4). Somit ist nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte den zürcherischen Sitz des Schiedsgerichts hervorhebt, zumal nach Art. 2 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 IPRG ohnehin die Gerichte am Sitz der Beklagten zuständig sind (BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 2 N 8).

iii. Die back-to-back-Klausel führt nicht zu einer Übernahme der Schiedsklausel

8 Entgegen der klägerischen Auffassung (KS, N 10) führt Art. 4 lit. a KV nicht zu einer Verpflichtung, denselben Streitbeilegungsmechanismus wie im HV anzuwenden. Art. 4 lit. a KV stellt eine Pauschalklausel dar, die allgemein auf den HV verweist. Die konkrete Schiedsklausel findet dabei keine Erwähnung. Eine solche Pauschalklausel bindet die Parteien nicht an den HV, weil sie zu unbestimmt ist, um daraus zu schliessen, welche Vertragsbestimmungen die Parteien konkret in das Subunternehmerverhältnis integrieren wollten (SCHUMACHER, N 889). Die Schiedsklausel des HV wäre nur anwendbar, wenn Art. 4 lit. a KV ausführlich auf die zu übernehmenden Vertragsbestimmungen eingehen würde (vgl. NICKLISCH, S. 43).

b. Die Schiedsklausel ist abhängig vom SVE

9 Die Klägerin wendet ein, die Schiedsklausel sei einer vom SVE unabhängigen Beurteilung zu unterziehen (KS, N 4). Dies untermauert sie mit dem in Art. 178 Abs. 3 IPRG bzw. Art. 21 Abs. 2 SRIA statuierten Autonomiegrundsatz, wonach gegen eine Schiedsvereinbarung nicht eingewendet werden könne, der Hauptvertrag sei ungültig. Der Wortlaut der genannten Bestimmung suggeriert dabei fälschlicherweise den Eindruck, dass sich die Ungültigkeit des Hauptvertrages nie auch auf die Gültigkeit der Schiedsklausel durchschlagen könne (LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. 178 N 23). Dabei gibt es durchaus Fälle, in denen die Schiedsklausel das Schicksal des Hauptvertrages teilt (BGE 121 III 495 E. 6a; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 3.08). In solchen Konstellationen spricht man vom Prinzip der Fehleridentität (*identity of defect*) (BGE 119 II 380 E. 4a; BGE 121 III 495 E. 6a; BGE 128 III 50 E. 2b bb; BERGER/KELLERHALS, N 683). Der unumstrittenste Fall einer Fehleridentität liegt im Fehlen eines Konsenses der Parteien sowohl über die Schiedsvereinbarung als auch über die sonstigen Vertragsbestimmungen. Kommt es dabei nicht zum Abschluss des Hauptvertrages, weil das Verhalten des Empfängers der Vertragsofferte nicht einer Annahme des Angebots entspricht, entfaltet die in der Offerte enthaltene Schiedsklausel wie die übrigen Vertragsbestimmungen keinerlei Rechtswirksamkeit, sofern ein besonderer Austausch von übereinstimmenden Willenserklärungen über den schiedsrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus fehlt (zum Ganzen: MAYER, S. 364 N 8; BERGER/KELLERHALS, N 683; BGE 119 II 380 E. 4a). Somit hat sich das Schiedsgericht für unzuständig zu erklären, wenn es feststellt, dass der Hauptvertrag nicht existiert und dass der Grund dafür auch die Schiedsvereinbarung beschlägt (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, S. 226 N 411). Vorliegend ist kein Konsens über den SV zustande gekommen. Der Austausch der Vertragsentwürfe gilt nicht als besonderer Austausch übereinstimmender Willenserklärungen über den schiedsrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus (N 4). Vielmehr entpuppt sich dieser als unverbindlicher Vorschlag, die Ansprüche bei

Zustandekommen des SV durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen. Der zur Inexistenz des Vertrages führende Mangel, nämlich der fehlende Konsens, beschlägt somit die im SV enthaltene Schiedsklausel. Folglich findet das Autonomieprinzip hier keine Anwendung.

2. Eventualiter: Die Schiedsklausel hat keine Anwendung auf Ansprüche aus dem KV

10 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten die Gültigkeit der Schiedsklausel bejahen, fallen entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 12 ff.) Ansprüche aus dem KV nicht unter die objektive Tragweite der Schiedsklausel. Der Rahmen, der die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts begrenzt, muss im Streitfall durch Auslegung ermittelt werden (BERGER/KELLERHALS, N 504). Der Einwand der Klägerin, eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu begründen, geht aufgrund der restriktiven Auslegung der Schiedsklausel (N 3) fehl.

a. Die Schiedsklausel gilt nach dem Parteiwillen nicht für Ansprüche aus dem KV

11 Die Behauptung der Klägerin, dass die Schiedsklausel im SVE aufgrund ihres Wortlauts den Willen der Parteien ausdrückt, sie auch für den KV gelten zu lassen, erweist sich als haltlos. Mit der Formulierung „[...] aus oder im Zusammenhang mit [...]“ sind nämlich nur weitere Ansprüche aus demselben Vertrag gemeint, nicht aber Ansprüche aus zusammenhängenden Verträgen (BGer 4A.452/2007 E. 2.5.2). Deshalb kann eine solche Klausel keine schiedsgerichtliche Zuständigkeit für die Beurteilung von Ansprüchen aus dem KV begründen, sondern spricht dafür, dass die Parteien nur Ansprüche aus dem SV schiedsgerichtlich behandeln wollten.

12 Ferner ist es entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 14) nicht nötig, auf andere Streitbeilegungsmechanismen hinzuweisen, da im vorliegenden Fall des zu ergehenden negativen Zuständigkeitsentscheids bei Vorliegen der übrigen Prozessvoraussetzungen das staatliche Gericht anzurufen ist (vgl. MÜLLER CHRISTOPH, S. 411). Alleine daraus, dass einer der Verträge eine Schiedsklausel enthält und der andere nicht, kann nicht gefolgert werden, die Parteien wollten beide Verträge durch ein Schiedsgericht beurteilen lassen (vgl. GIRSBERGER/VOSER, N 588).

a. Ein enger Zusammenhang zwischen KV und SV ist zu verneinen

13 Schliesslich sieht die Klägerin in Berufung auf das franz. Kassationsgericht einen Zusammenhang zwischen KV und SV aufgrund wirtschaftlicher Konnexität (KS, N 14). Diese rechtfertigt sie dadurch, dass die Verträge das gleiche Bauvorhaben regeln. Dabei lässt sie ausser Acht, dass die wirtschaftliche Konnexität erst dann zu bejahen ist, wenn die Aspekte der Streitigkeit *untrennbar* («contentieux aux composantes indissociables») sind (POUDRET/BESSON, N 309).

14 Ziel und Gegenstand des KV war es, sich auf die Grundzüge für die weitere Zusammenarbeit der Parteien zu beschränken (Art. 1 KV), insbesondere auf die Verhandlungen im Hinblick auf den zu schliessenden SV (N 38 ff.). Der SV hingegen bezweckte die detaillierte Regelung des

gesamten Bauprojekts und hätte die Parteien direkt zu ihren hauptvertraglichen Leistungen verpflichtet, nämlich die Ausführung des Werks einerseits und die Vergütungszahlung andererseits. Demnach sind beide Verträge funktional voneinander zu trennen (vgl. GIRSBERGER/VO-SER, N 588). In den beiden Verträgen liegen grundlegend verschiedene Konstellationen vor, aus denen verschiedene Risiken und verschiedene Ansprüche resultieren. Die wirtschaftliche Konnexität kommt somit aufgrund fehlender Untrennbarkeit nicht zum Tragen.

- 15 Des Weiteren stellt die franz. Praxis in der Ausdehnung von Schiedsabreden auf miteinander in Verbindung stehende Verträge eine Ausnahme dar (POUDRET/BESSON, N 311). Andere Länder wie England oder Italien nehmen dagegen eine restriktive Haltung ein (ibidem, N 310; vgl. Nova Knit Ltd. v. Kammgarn GMBH; MOURRE, S. 59).

b. Die Schiedsklausel gilt nach dem objektivierten Parteiwillen nicht für Ansprüche aus dem KV

- 16 Die Klägerin weist darauf hin, dass die Beschränkung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts auf einzelne Streitfragen zu sich widersprechenden Urteilen führen könne (KS, N 16). Widersprüchliche Urteile sind in der internationalen Praxis jedoch äusserst selten (STIPPL, S. 58 N 14). Besonders in Fällen mehrerer Verträge zwischen denselben Parteien ist das Risiko, dass sich die Urteile entgegenstehen könnten, als gering einzustufen (PAIR, S. 236). Schliesslich ist hervorzuheben, dass auch die Schiedsgerichtsbarkeit kein homogenes System bietet (vgl. SCHÜTZE, S. 103). Vielmehr ist «the world of arbitral decisions [...] full of inconsistencies» (HERRMANN, S. 263 N 13 ff.). Folglich ist die Schiedsklausel auch unter diesem Aspekt nicht zu erweitern, weshalb sämtliche Streitigkeiten vor einem staatlichen Gericht auszutragen sind.

II. Eventualiter: Die Verrechnungseinrede ist zu hören

- 17 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten die Gültigkeit der Schiedsklausel sowie die klägerische Schadenersatzforderung gutheissen, wird von der Beklagten die Verrechnungseinrede erhoben. Entgegen der klägerischen Ansicht ist kein Verrechnungsverzicht gegeben, weshalb Art. 21 Abs. 5 SRJA zur Anwendung kommt und die Verrechnungseinrede zu hören ist.

1. Es besteht kein Verrechnungsverzicht hinsichtlich der Konventionalstrafe

- 18 Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte durch die vereinbarten Erfüllungsmodalitäten konkludent zugestimmt habe (KS, N 21). Ein solcher darf nicht leichthin angenommen werden und eine Handlung oder Äusserung des Schuldners darf nicht als konkludenter Antrag zum Abschluss eines Verrechnungsverzichtsvertrags gedeutet werden (BGE 126 III 361 E. 6), da er die Position des Schuldners schwächt und deshalb nicht «dem gewöhnlichen Lauf der Dinge» entspricht (BGer 5A.207/2007 E. 6.2; BGE 83 II 398 E. 1). Wie aufzuzeigen ist, besteht kein Wille der Beklagten, auf die Verrechnung zu verzichten.

a. Das Parteiverhalten widerspricht einem Verrechnungsverzicht

- 19 Die Beklagte macht geltend, dass mit der Streichung von Art. 7 SV der Wille der Parteien hin zu einem Verrechnungsverzicht besteht (KS, N 22). Dieser Ansicht ist nicht Folge zu leisten.
- 20 Dass die Beklagte die Streichung von Art. 7 SV unkommentiert liess und die Unterschrift des SVE III (K-9) verlangte, kann nicht als Verzicht auf eine Verrechnung gewertet werden. Aus dem E-Mail der Beklagten an die Klägerin vom 30.05.2016 wird deutlich, dass erstere die Änderungen im SVE III bloss als «kosmetisch» erachtete (B-4). Damit brachte sie ihre Zustimmung zur Entfernung unwichtiger und wenig folgenschwerer Vertragsänderungen zum Ausdruck. Der Verzicht auf ein so weitreichendes Recht wie die Abwälzung von Konventionalstrafen gehört nicht dazu. Vielmehr war der Beklagten bewusst, dass sie auch ohne entsprechenden vertraglichen Passus im Rahmen der allgemeinen Leistungsstörungsregeln zur Abwälzung von Konventionalstrafen auf die Klägerin berechtigt sein würde (HUGUENIN, N 873).
- 21 Zudem geht auch aus dem anderweitigen Verhalten der Beklagten hervor, dass der Verrechnungsverzicht nicht ihrem tatsächlichen Willen entsprach. So statuierte sie im letzten Absatz ihres finalen Angebots (K-10) explizit, dass sie im Falle einer zusätzlichen, durch die Klägerin verschuldeten Verzögerung eine der Beklagten auferlegte Konventionalstrafe von jener zurückverlangen werde. Das Wort «zurückverlangen» impliziert dabei bereits die teilweise Rückforderung der an die Klägerin zu leistenden Vergütung. Mit dieser Formulierung stellt die Beklagte nochmals klar, dass sie sich die Verrechnung der Konventionalstrafe explizit vorbehält. Eben dies legt die Beklagte auch in der Kündigung des KV (K-12) dar, womit die Annahme eines diesbezüglichen Verrechnungsverzichts geradezu abwegig ist.

b. Die Erfüllungsmodalitäten des HV begründen keinen Verrechnungsverzicht

- 22 Die Klägerin behauptet, dass ein Verrechnungsverzicht deshalb bestehe, weil ihre Gewinnmarge durch eine Konventionalstrafe andernfalls zweifach geschmälert werden könne: einerseits durch die Verrechnungseinrede und andererseits durch die direkte Verrechnung der Konventionalstrafe mit dem Vergütungsanspruch der Beklagten durch den Klienten (KS, N 21).
- 23 Um einen Verrechnungsverzicht anhand der Erfüllungsmodalitäten annehmen zu können, müssen diese eindeutig für einen entsprechenden Parteiwillen sprechen (vgl. BK OR-KRAMER, Art. 126 N 20). Der Fremdleistungsanteil wurde im Nachtrag zum Appendix I definitiv als 40% «am Projekt» festgelegt. Aus dem Wortlaut ergibt sich der Wille der Parteien, den Vergütungsanspruch der Klägerin nicht am effektiv entrichteten, sondern am *beim Vertragsabschluss vereinbarten* Projektumfang zu bemessen. Der Parteiwille erstreckt sich also mitnichten auf eventuelle, einseitige Anpassungen des Gesamtpreises, geschweige denn auf Angelegenheiten, die nur das Verhältnis zwischen Klienten und Beklagter tangieren. Darüber hinaus kann es nicht

Wille der Parteien gewesen sein, dass Konventionalstrafen, die der Beklagten anfallen, indirekt den Vergütungsanspruch der Klägerin schmälern. Der Abzug der Konventionalstrafe am Gesamtpreis hat somit keine Auswirkungen auf den Fremdleistungsanteil.

- 24 Auch die pay-when-paid-Klausel in Art. 4 lit. d KV begründet entgegen der klägerischen Ansicht keine eigentliche Abhängigkeit der Zahlungen voneinander, sondern betrifft nur die chronologische Abfolge der Vergütungszahlungen und ist in Subunternehmerverträgen zur Koordination zwischen den verschiedenen Verträgen üblich (vgl. SINK/SYKES, S. 340 ff.). Somit lässt sich auch den vereinbarten Erfüllungsmodalitäten kein Verrechnungsverzicht entnehmen.

2. Die Verrechnungseinrede wurde formgültig erhoben

- 25 Entgegen den Behauptungen der Klägerin (KS, N 24) ist keine Verletzung des rechtlichen Gehörs gegeben, wenn auf alle Teile und Aspekte der Klage geantwortet werden kann (BERGER/KELLERHALS, N 1207; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 41). Auch wenn die Verrechnungseinrede nicht explizit im Rechtsbegehren erhoben wurde, hat die Beklagte den Streitgegenstand im Fliesstext der Einleitungsantwort (Einleitungsantwort, N 26) korrekt identifiziert und damit deutlich bestimmt. Somit ist der Anspruch der Beklagten klar und verständlich formuliert worden, weshalb das rechtliche Gehör der Klägerin nicht tangiert ist.
- 26 Zudem darf eine Verrechnungseinrede auch nach der Einleitungsantwort in das Rechtsbegehren aufgenommen werden. Dies ergibt sich aus der Formulierung «grundsätzlich» aus Art. 3 Abs. 10 SRIA, der der Beklagten erlaubt, die Verrechnungseinrede mit der Klageantwort zu erheben (Heymanns Komm.-SEGESSER/MENZ, Art. 20 SRIA N 8). Die Beklagte erhebt die Verrechnungseinrede hiermit fristgerecht in der Klageantwort, weshalb sie zu hören ist.

3. Es besteht keine Pflicht zur Leistung einer Einschreibgebühr

- 27 Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte aufgrund der teleologischen Auslegung von Art. 1.3 Appendix B SRIA eine Einschreibgebühr leisten muss, da Widerklage und Verrechnung dieselbe Zielsetzung besässen.
- 28 Diese sind aber strikt voneinander zu unterscheiden. Mit der Verrechnungseinrede wehrt die Beklagte einen Klageangriff ab. Die einzige Funktion der Verrechnungseinrede ist es, die Hauptforderung so weit wie möglich zu tilgen. Sie wird nur überprüft, wenn der Bestand der Hauptforderung bejaht wird und verliert mit dem Dahinfallen der Hauptforderung ihre Gültigkeit (PAVIC, S. 39). Mit der Widerklage wird hingegen ein von der ursprünglichen Klage losgelöster, selbständiger Angriff eingeleitet, der auf die Verurteilung des Klägers abzielt (vgl. SCHMID, N 25). Die Widerklage kann in ihrem Umfang auch über die Hauptforderung hinausgehen und wird auch überprüft, wenn die Hauptforderung nicht besteht oder dahinfällt (BERGER, Set-Off, S. 60). Die Verrechnungseinrede lässt sich somit als «Schild, die Widerklage [als]

Schwert» bezeichnen (Aevtra Refining and Marketing Inc. v. Exmar NV). Entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 27) folgt daraus, dass einer analogen Anwendung von Art. 1.3 Appendix B SRIA nicht stattzugeben und das Schiedsverfahren ohne weiteres fortzuführen ist.

4. Es ist kein separater Kostenvorschuss zu leisten

- 29 Die Klägerin macht geltend, dass für die Verrechnungseinrede ein Kostenvorschuss geleistet werden muss (KS, N 30). Verrechnungseinreden werden dann im Streitwert mitberücksichtigt, wenn dem Schiedsgericht ein bedeutender Mehraufwand durch sie anfällt (Art. 2.4 Appendix B SRIA), es also «*additional matters*» behandeln muss (BERGER, Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 80). Die Klägerin begründet einen Mehraufwand dadurch, dass eine neue Rechtsbeziehung und ein neuer Sachverhalt überprüft werden müssten (KS, N 33).
- 30 Diese Ausführungen sind unzutreffend. Die Verrechnungsforderung der Beklagten gegen die Klägerin entspringt nämlich nicht dem Verhältnis zwischen Beklagter und Klienten, sondern demjenigen zwischen Klägerin und Beklagter, da nicht die Konventionalstrafe an sich die Forderung darstellt, sondern das Recht, sie auf die Klägerin abzuwälzen. Dieses Recht ist im Subunternehmerverhältnis enthalten. Die Hauptforderung und die Verrechnungsforderung hängen somit eng zusammen (vgl. WEIGAND, N 15.1096). Folglich muss das Schiedsgericht kein zusätzliches Rechtsverhältnis überprüfen.
- 31 Ein Rechtsbegehren, das nur eventualiter erhoben wird, wird zudem nicht zur Berechnung der Kostenvorschüsse berücksichtigt (Komm. SRIA-STACHER, Appendix B N 6). Dies rechtfertigt sich speziell bei eventualiter erhobenen Verrechnungseinreden dadurch, dass das Schiedsgericht im Verfahren den Fokus zunächst auf die Prüfung des Hauptanspruchs legt und sich damit vorläufig überhaupt nicht mit der Verrechnungseinrede befasst (Heymanns Komm.-REINER/PETKUTEI/KERN, Art. 37 ICC-Rules N 34).
- 32 Da der Kostenvorschuss der Tätigkeitsaufnahme der Schiedsrichter dient (BERGER, Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 272), wäre ein solcher für eine Verrechnungseinrede, die höchstwahrscheinlich ohnehin nie geprüft wird, ungerechtfertigt. Falls das Gericht die Verrechnungseinrede tatsächlich überprüft, kann es auch während des Verfahrens einen Kostenvorschuss von der Beklagten nachfordern (ibidem, S. 273).

III. Der KV ist kein Vorvertrag

1. Der KV ist als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren

a. Es kam kein Konsens über alle essentialia zustande

i. Die Bankgarantien sind ein wesentlicher Bestandteil des Vertrags

- 33 Die Klägerin bringt als Argument für die angeblich vorvertragliche Natur des KV vor, dass in Appendix I des KV eine Einigung über die essentialia des zu schliessenden Werkvertrags erzielt

wurde (KS, N 37). Wie darzulegen sein wird, ist dies unzutreffend. Zwar haben die Parteien die objektiv wesentlichen Punkte in Appendix I festgehalten, allerdings ist für das Zustandekommen eines Vorvertrags auch eine Einigung über alle *subjektiv* wesentlichen Punkte des Hauptvertrags vonnöten (BGE 103 II 190 E. 3). Subjektiv wesentlich sind Punkte, die für eine Partei so wichtig sind, dass sie den Vertrag ohne Einigung darüber – für die Gegenpartei erkennbar – nicht schliessen würde (BGE 118 II 32 E. 3d).

34 Bei der Konkretisierung der von der Klägerin zu leistenden Bankgarantien für die Erfüllungs- und die Vorauszahlungssicherheit handelt es sich um einen für die Beklagte subjektiv wesentlichen Punkt. Ohne die Leistung entsprechender Garantien trüge die Beklagte nämlich ein grosses Risiko, dass die vereinbarten Fremdleistungen nicht erbracht würden, was zu erheblichen Verzögerungen bis hin zu einem Scheitern des Projekts führen kann. Daraus wird ersichtlich, dass die zu leistenden Bankgarantien absolut unerlässlich für die Projektausführung sind, womit sie von ähnlicher Relevanz sind wie der Wert der Hauptleistungen. Die Vereinbarung solcher Erfüllungsgarantien im Falle grösserer Bauprojekte ist gerade im internationalen Kontext absolut üblich. Zudem kommt es während eines Projekts oft vor, dass die geplanten Kosten überlaufen (MÜLLER CHRISTIANE, S. 45). Die Wesentlichkeit eines entsprechenden Konsenses für die Beklagte war somit für die Klägerin als in derartigen Projekten erfahrene Partei ohne weiteres erkennbar.

ii. Die Bankgarantien wurden weder bestimmt noch bestimmbar gemacht

35 Als Voraussetzung eines Vorvertrags müssen die essentialia des Hauptvertrags zumindest bestimmbar sein (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 2), d.h., ohne weiteres Zutun der Parteien aufgrund objektiver Kriterien ermittelt werden können.

36 Bei komplexen Projekten ist ein Konsens über die essentialia eher mit Zurückhaltung anzunehmen (SCHLOSSER, S. 355). Wie die vor allem finanziell folgenschwere Tragweite des Vorhabens, die Notwendigkeit eines ersten Abkommens im Hinblick auf den eigentlichen Vertrag sowie die extensiven, mehrmonatigen Verhandlungen belegen, handelt es sich vorliegend um ein komplexes Projekt. Somit sind im Rahmen der Auslegung höhere Anforderungen an die Bestimmbarkeit der essentialia zu stellen.

37 Im KV erfuhr die genaue Ausgestaltung der Bankgarantien bis auf die Bezugnahme des back-to-back-Prinzips auf «die Bestimmungen» des HV (Art. 4 lit. a und c KV) allerdings keine Regelung. Art. 4 lit. c KV statuiert dabei, dass die «Garantien und Sicherheiten» des HV für den KV gelten sollten. Ein derartiger Verweis kann den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen i.S.v. Art. 1 ff. OR nicht genügen, da er nicht auf die einschlägigen Bestimmungen des HV verweist und diese deshalb nicht vom Konsens umfasster Vertragsinhalt

werden (vgl. NICKLISCH, S. 43). Zu allem Überfluss war der HV im Zeitpunkt des Abschlusses des KV noch gar nicht vorhanden, weshalb sein Vertragsinhalt gänzlich unbekannt war. Folglich war es unmöglich, die konkret zu leistenden Bankgarantien objektiv zu bestimmen. Selbst bei einer ergebnisneutralen Auslegung wäre hier aufgrund der vollständigen Inexistenz der zu bestimmenden Vertragsklauseln bei weitem kein Konsens zustande gekommen. Somit wurden die Bankgarantien besonders unter vorliegendem, restriktiven Regime nicht ansatzweise genügend bestimmt.

b. Der KV statuiert keine Abschluss-, sondern lediglich eine Verhandlungspflicht

- 38 Wenn die Parteien sich zu Verhandlungen nach guten Treuen anstatt eines Vertragsabschlusses verpflichten, handelt es sich bei dem von ihnen vereinbarten Geschäft um einen Verhandlungsvertrag (vgl. SCHÄRER, S. 27). Das Wesensmerkmal des Verhandlungsvertrags ist sein Bezug auf einen Hauptvertrag, wobei dessen Bedingungen Gegenstand und dessen Abschluss Ziel und Zweck der Verhandlungen sind (MONN, N 364). Dabei bezieht sich die Verpflichtung nur auf das Aushandeln, nicht aber auf den Abschluss des betreffenden Hauptvertrags (ibidem, N 362).
- 39 Die Klägerin behauptet, dass der Wortlaut des KV für eine Kontrahierungspflicht spreche (KS, N 38). Der Wortlaut hat jedoch nur Vorrang, wenn die übrigen Auslegungsmittel keinen anderen Schluss zulassen. Entscheidend bei der Auslegung von Verträgen ist in erster Linie die Bedeutung, die einer Vertragsbestimmung unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs zukommt (vgl. HUGUENIN, N 288). Wird bereits im Anfangsstadium der Verhandlungen ein schriftlicher Vertrag festgehalten, lässt sich eine vorvertragliche Bindung nur schwer begründen (vgl. SCHLOSSER, S. 356). Die Parteien haben vorliegenden KV nach bloss einigen Wochen Verhandlungen abgeschlossen, wobei ihnen noch mehrere Monate bevorstanden, bevor überhaupt der erste SVE zustande kam. Somit hat die Auslegung einen Verhandlungsvertrag zu favorisieren.
- 40 Zudem kann der Vorvertragscharakter selbst bei Verträgen, die die Parteien zu Leistungen aus dem Hauptvertrag verpflichten, verneint werden. Namentlich ist dies dann der Fall, wenn sie Klauseln enthalten, die ausdrücklich eine noch offene und weiterhin mögliche Willensentschliessung der Parteien vorbehalten (vgl. LUTTER, S. 31).

i. Der KV behält weitere Verhandlungen vor

- 41 Der Wortlaut von Art. 4 KV besagt zwar, dass bei Zuschlag des Projekts an die Beklagte und bei abgeschlossenem HV ein SV zwischen der Beklagten und der Klägerin zu schliessen ist (KS, N 38). Beim Abschluss des KV sind aber noch nicht einmal Preis und Umfang der Fremdleistungen bestimmt oder zumindest bestimmbar. Art. 4 lit. b KV verweist für die Festlegung von Preis und Umfang der Fremdleistungen auf Verhandlungen über den zu vereinbarenden

Appendix I. Somit ist klar, dass dem KV vorerst nur Verhandlungspflichten erwachsen können. Bereits aufgrund dieser Konstellation wird deutlich, dass der Wortlaut von Art. 4 KV dahingehend entkräftet wird, dass er zwar Bezug auf den zu schliessenden SV nimmt, dadurch aber noch keinerlei Verpflichtung zu dessen Abschluss begründet.

- 42 Entgegen der Meinung der Klägerin (KS, N 43) schliesst das back-to-back-Prinzip zudem einen Verhandlungsvertrag nicht aus, sondern impliziert im Gegenteil weitere Verhandlungen. Beim back-to-back-Prinzip nach Art. 4 lit. a und c KV handelt es sich nämlich um eine Pauschalklausel, und die nur in allgemeiner Weise auf den HV verweist. Damit wollen die Parteien ihren Willen zum Ausdruck bringen, HV und SV miteinander zu koordinieren. Eine solche Klausel reicht nicht aus, um die Bestimmungen des Hauptvertrags direkt in das Subunternehmerverhältnis zu integrieren (zum Ganzen: NICKLISCH, S. 43), weshalb die Vertragsbestimmungen keinesfalls als «vorgespurt» erachtet werden können (KS, N 44). Klauseln des Hauptvertrags müssen stattdessen erst an das Verhältnis zum Subunternehmer angepasst und konkretisiert werden (LE GOFF, S. 236). Dies erfordert, dass die einzelnen Bestimmungen sorgfältig ausgearbeitet werden (MÜLLER CHRISTIANE, S. 52), was weitere, aufwendige Verhandlungen nach sich zieht, da jegliche Uneinigkeiten bezüglich der Konkretisierung der einzelnen Bestimmungen ausgemerzt werden müssen, um einen Konsens über die genaue Integration der Bestimmungen in den SV zu erreichen.
- 43 Auch der Appendix I kann nicht an der vereinbarten Verhandlungspflicht rütteln. Zwar hält er den Fremdleistungsumfang für die Parteien verbindlich fest (N 33). Da ein Verhandlungsvertrag jedoch nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass die Parteien schon einzelne wesentliche Punkte des Vertragsgegenstands umreissen (MONN, N 363), liegt bloss eine Punktation vor. Dabei handelt es sich um eine Aufzeichnung derjenigen Vertragspunkte, über die man sich bereits verständigt hatte (vgl. BK OR-KRAMER, Art. 22 N 63). Einer solchen Punktation kommt kein Bindungswille hinsichtlich des SV zu. Die Parteien beabsichtigten damit lediglich, die erreichten Zwischenergebnisse der Verhandlungen über den SV als erste Konkretisierung des KV festzuhalten (vgl. MONN, N 607). Zudem spricht Appendix I davon, dass sich die Gewinnmarge im Verhandlungsverlauf verändern kann, womit auch er weitere Verhandlungen impliziert.
- 44 In Art. 2 KV vereinbarten die Parteien ferner, dass der Leistungsumfang nach Appendix I weiteren Verhandlungen unterstehen soll, falls der Klient eine Änderung am Gebot verlangt. Auch dies spricht dafür, dass die Parteien Appendix I noch nicht als vorvertragliche Einigung betrachteten. Aus dem Gesagten folgt, dass der KV umfangreiche Verhandlungen vorsieht, weshalb keine Abschluss-, sondern eine Verhandlungspflicht begründet wurde.

ii. Die Exklusivitätsklausel spricht für das Vorliegen eines Verhandlungsvertrags

45 Weiter wird von der Beklagten die Exklusivitätsklausel i.S.v. Art. 5 KV als Argument für eine Kontrahierungspflicht vorgebracht (KS, N 38). Die Verwendung einer solchen ist jedoch primär ein weiteres Indiz für das Vorliegen eines Verhandlungsvertrags. Hätten sich die Parteien nämlich schon vorvertraglich zu einem Abschluss verpflichtet, bestünde für sie kein Anlass mehr, sich durch eine Exklusivitätsabrede vor konkurrierenden Mitbewerbern zu schützen (vgl. JAHN, S. 193; MONN, N 476). Ein Vorvertrag nämlich beinhaltet auch ohne spezielle Abrede bereits die negative Pflicht, einen entsprechenden Vertrag nicht mit Dritten abzuschliessen (*pactum de non contrahendo cum tertio*, BUCHER, S. 181). Exklusivitätsklauseln sind denn auch üblich in Verhandlungsverträgen (vgl. MONN, N 474) und weisen darauf hin, dass die Parteien keine Abschluss-, sondern bloss eine Verhandlungspflicht begründen wollten (ibidem, N 476). Dass der Wortlaut davon spricht, dass der SV *exklusiv* mit der Klägerin abzuschliessen sei, bedeutet dabei lediglich, dass die Beklagte während der Dauer der Bindungswirkung mit *nemand anderem* einen Subunternehmervertrag eingehen soll, und nicht, dass ein solcher abgeschlossen werden muss.

iii. Der KV sieht keine Einigungspflicht vor

46 Vorverträge können nur begründet werden, wenn eine Einigungspflicht vorliegt, wohingegen Verhandlungsverträge eine solche gerade nicht vorsehen (vgl. SCHMIDT, S. 206). Art. 8 Abs. 1 lit. g KV schliesst das Vorliegen einer Einigungspflicht aus, da er das Dahinfallen des Vertrags ohne Vergütungsansprüche vorbehält, sollten sich die Parteien nicht über Umfang oder Preis für die Fremdleistungen einigen können, womit er eine Einigung infrage stellt.

47 Entgegen den Ausführungen der Klägerin erschliesst sich nicht, weshalb sich die Klausel bloss auf eine erste Einigung beziehen sollte (KS, N 41). Aus dem Wortlaut geht keine Beschränkung auf die blosse erste Einigung hervor. Hätte es tatsächlich dem Willen der Parteien entsprochen, die Klausel bei einer ersten Einigung ausfallen zu lassen, hätten sie eine aufschiebende, positive Bedingung formuliert oder eine erste Einigung nach Appendix I explizit in der Klausel vorgesehen, zumal sie wussten, dass sie die Fremdleistungen in Appendix I bestimmen würden. Zudem fällt eine negative Bedingung nicht dahin, wenn das zur Bedingung gesetzte Ereignis vorerst eintritt, sondern erst, wenn es sich in endgültiger Weise verwirklicht hat, die negative Bedingung mithin *nicht mehr eintreten kann* (SEÇKIN, S. 47; vgl. ferner GUTMANS, S. 129). Da ausdrücklich noch weitere Verhandlungen vorbehalten wurden (N 41 ff.), ist es immer noch möglich, dass eine Einigung der Parteien nicht zustande kommt.

48 Auch eine Auslegung nach Treu und Glauben führt zum gleichen Ergebnis. In Appendix I sehen die Parteien nämlich explizit weitere Verhandlungen vor, die sich auf die Gewinnmarge der

Klägerin auswirken können. Es kann nicht im Interesse der Parteien gewesen sein, die Klausel nach einer ersten Einigung dahinfallen zu lassen, da bei diesen Verhandlungen realistischerweise ebenfalls Unstimmigkeiten und Meinungsverschiedenheiten auftreten könnten, die eine Einigung verunmöglichen würden.

2. Eventualiter: Sollte es sich beim KV um einen Vorvertrag gehandelt haben, muss er in einen Verhandlungsvertrag umgedeutet werden

a. Die Abschlusspflicht aus dem Vorvertrag entfiel

49 Auch unter dem Eventualstandpunkt, dass der KV als Vorvertrag anzusehen ist, muss dieser aufgrund des Verhaltens der Klägerin in einen Verhandlungsvertrag umgedeutet werden. Unter der Prämisse des Vorvertrags ist zwischen den Parteien mit Einigung über den Appendix I ein Konsens über Umfang und Preis des Fremdleistungsanteils zustande gekommen. Aufgrund der vorvertraglichen Bindungswirkung waren die Parteien zum Abschluss des SV zu den so vereinbarten Konditionen verpflichtet.

50 Im Laufe der Vertragsverhandlungen kann sich herausstellen, dass ein ursprünglicher Konsens über einzelne essentialia des Vorvertrags nachträglich entfällt, z.B. wenn ein Kontrahent ein Angebot zum Abschluss des Hauptvertrags ausschlägt, weil der angebotene Vertragsinhalt seiner Meinung nach nicht den vorvertraglich vereinbarten Bedingungen entspreche (vgl. HERZOG, S. 58). Können sich die Parteien im Nachhinein nicht über die wesentlichen Punkte des HV einigen, erweist sich der Vorvertrag als unwirksam und die vereinbarte Pflicht zum Abschluss des Hauptvertrags entfällt (MONN, N 636). Vorliegend konnten sich die Parteien nicht auf den Umfang der Fremdleistungen und damit über einen wesentlichen Vertragspunkt einigen, da die Klägerin auf einem nicht vertraglich vereinbarten Fremdleistungsanteil beharrte. Somit fiel die Abschlusspflicht dahin und der KV wandelte sich in einen Verhandlungsvertrag.

b. Es besteht keine Nachverhandlungspflicht

51 Die Klägerin argumentiert (KS, N 46), dass mit der Kontrahierungspflicht eine Nachverhandlungspflicht begründet worden sei, welche die Parteien dazu verpflichte, allfällige Hindernisse im Hinblick auf den Abschluss des SV einvernehmlich auszuräumen. Eine solche Nachverhandlungspflicht existiert jedoch nur bezüglich der Punkte, die im Vorvertrag offengeblieben waren (HERZOG, S. 99 f.). Dabei muss es sich zwangsläufig um unwesentliche Nebenpunkte handeln; denn ohne Einigung über die objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte kommt ein Vorvertrag gar nicht zustande (BGE 98 II 305 E. 1). Bei dem von der Klägerin zur Disposition gestellten Fremdleistungsanteil handelt es sich gerade nicht um einen offengelassenen Nebenpunkt, sondern zweifellos um einen wesentlichen Bestandteil des Vorvertrags.

52 Zudem muss sich eine Verhandlungspartei nicht auf offensichtlich unberechtigte Nachverhandlungsansinnen der anderen Partei einlassen (JAHN, S. 161 f.). Verhandlungsparteien dürfen nicht auf Bedingungen beharren, die dem Vorvertrag widersprechen (MONN, N 495). Die Klägerin forderte eine Neuverhandlung des Fremdleistungsanteils, der bereits in Appendix I fixiert wurde. Somit ist die von ihr ins Feld geführte Nachverhandlungspflicht nicht einschlägig.

IV. Die Beendigung des KV war rechtmässig

1. Die auflösende Bedingung von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV ist eingetreten

a. Die Parteien konnten sich nicht über den Umfang des Fremdleistungsanteils einigen

53 Gemäss der Bedingung in Art. 8 Abs. 1 lit. g endet der KV, wenn sich die Parteien nicht auf Umfang und/oder Preis für die Fremdleistungen einigen können. Entgegen den Behauptungen der Klägerin ist diese Bedingung mit Unterzeichnung des Appendix I nicht ausgefallen (N 47).

54 Vertragsverhandlungen gelten nach dem Konzept des *«impasse»* als gescheitert, wenn ein Zustand eingetreten ist, *«in which the parties, despite the best of faith, are simply deadlocked»*, sodass realistischerweise nicht mehr mit einer fruchtbaren Weiterführung der Diskussionen gerechnet werden kann (NLRB v. Text-Tan, Inc.).

55 In Appendix I hielten die Parteien die Punkte des zu schliessenden SV fest, über die sie sich bereits verständigt hatten. Insbesondere wurde dabei klargestellt, dass die Klägerin die gesamten Konstruktionsarbeiten des Fremdleistungsvolumens übernimmt, wozu ausdrücklich der Fundamentbau gehört. Analog zur Lehre über die Vorsubmission hat sich die Klägerin durch diese Mitarbeit verpflichtet, den SV mit der Beklagten zu den Bedingungen der eingereichten Offerte abzuschliessen (vgl. GAUCH, N 518).

56 Mit E-Mail vom 10.05.2016 und angehängtem SVE II (B-2) verlangte die Klägerin die Streichung des Fundamentbaus aus ihrem Leistungsbeschrieb und damit die Reduktion des von ihr übernommenen Fremdleistungsanteils auf 25%. In den folgenden Monaten konnten sich die Parteien nicht auf den Umfang des Fremdleistungsanteils einigen, da die Klägerin unweigerlich auf ihrem Standpunkt beharrte und den Vertrag nicht mit dem zuvor vereinbarten Fremdleistungsanteil von 40% unterzeichnen wollte. Da eine Einigung der Parteien nicht mehr zu erwarten war, war die Bedingung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV eingetreten und eine Kündigung durch die Beklagte im Interesse einer Schadensminimierung folgerichtig.

b. Der Ausfall der Bedingung kann nicht gem. Art. 156 OR fingiert werden

57 Die Klägerin macht geltend, dass der Ausfall der Bedingung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV gemäss analog Art. 156 OR zu fingieren sei (KS, N 68 ff.). Die Herbeiführung des Bedingungseintritts ist nur treuwidrig, wenn sie grundlos, mithin rein willkürlich erfolgt (GUTMANS, S. 183 f.). Wie

auszuführen sein wird, hatte die Beklagte sehr wohl gute Gründe für das Grossbankenerfordernis, womit sie die Bedingung nach Art. 8 Abs. 1 lit. g KV nicht treuwidrig herbeiführte.

- 58 Die Klägerin verkennt, dass sie verpflichtet war, der Beklagten den Entwurf der Bankgarantien im Voraus zur Einsicht zu geben (Art. 4.2 Abs. 3 BVB SVE). Stattdessen stellte sie die Beklagte im SVE II (B-2) mit dem Einbezug der Veneto Banca (VB) vor vollendete Tatsachen, obwohl sie zunächst abzuklären hatte, ob die Bank für die Beklagte überhaupt akzeptabel war.
- 59 Zudem billigten der SVE I (K-7) und der SVE III (K-9) der Beklagten ausdrücklich ein Rückweisungsrecht zu, falls die von der Klägerin bereitgestellte Garantie oder das vorgeschlagene Bankinstitut für die Beklagte nicht akzeptabel seien (Art. 4.2 Abs. 3 BVB SVE I).
- 60 Die Beklagte machte von ihrem Recht Gebrauch, da die VB für sie kein akzeptables Bankinstitut darstellte (vgl. B-4). Die VB befand sich zum Zeitpunkt der Verhandlungen in einer massiven finanziellen Krise und entsprach schon im März 2016 nicht mehr den Vorgaben der EZB (<https://www.reuters.com/article/us-italy-banks-ecb/italys-bank-troubles-test-ecbs-mettle-idUSKCN0WO1HN>). Wie sich während des weiteren Verhandlungsverlaufs zeigen sollte, waren die dadurch ausgelösten Bedenken der Beklagten berechtigt. Die VB musste im Juni 2016 durch einen bail-out-fund übernommen werden (<http://www.quaestiocapital.com/sites/default/files/Comunicato%20Stampa%20Quaestio%2030%2006%2016%20Veneto%20Banca.pdf>). Die Beklagte konnte unter diesen Umständen nicht riskieren, dass die Finanzierung des Projekts ins Wasser fällt und sie dem Klienten aufgrund von Verspätungen millionenhohe Schadenersatzsummen zahlen müsse oder das Projekt im schlimmsten Fall sogar scheitert.
- 61 Im Interesse einer gesicherten Finanzierung des Projekts und angesichts des wachsenden Zeitdrucks musste die Beklagte sicherstellen, dass die Bankgarantien in qualitativer Hinsicht der von ihr geleisteten entsprechen, um weiteren negativen Überraschungen vorzubeugen. Der von der Beklagten gerügte Zeitpunkt des Grossbankenerfordernisses (KS, N 71) begründet ebenfalls keine Treuwidrigkeit. Der blosse Umstand, dass die VB die Hausbank der Klägerin ist und auch in vorangegangenen Projekten die Bankgarantien gestellt hatte, war noch kein ausreichendes Indiz für die Beklagte, dass die Bankgarantien tatsächlich bei der VB eingeholt würden. Der Klägerin selbst muss schliesslich bewusst gewesen sein, dass die VB im Verlauf der Jahre stetig an Kreditwürdigkeit einbüsste und daher nicht mehr über dieselbe finanzielle Stabilität verfügte wie in den Vorjahren. Deshalb war das Grossbankenerfordernis unumgänglich.
- 62 Auch der Einwand bezüglich Kosten (KS, N 72) kann nicht gehört werden. Die Kosten für die Bankgarantie einer Schweizer Grossbank sind zwar höher als eine solche der VB; die Klägerin hätte dafür aber auch eine einwandfreie und qualitativ hochwertige Bankgarantie erhalten, die

der Bedeutung des Projekts gerecht geworden wäre. Ein durch hochwertige Bankgarantien gesicherter Fortbestand des Projekts war schliesslich auch im Interesse der Klägerin, da ihr aus der Übernahme der Fremdleistungen ein Anspruch auf die hohe Gewinnmarge von 7.2% des Gesamtpreises entstanden wäre. Für ein mittelständisches italienisches Unternehmen wie die Klägerin wäre die Garantie einer Grossbank zudem problemlos zu bezahlen gewesen, zumal eine solche nur etwa CHF 10'000.- p.q. mehr gekostet hätte und der Klägerin aus dem vorliegenden Projekt alleine eine Gewinnmarge von mehreren Millionen CHF zugestanden wäre.

63 Aus diesen Gründen ist das Grossbankenerfordernis im Einklang mit der Verhandlungspflicht und kann deshalb nicht als Grund dafür dienen, den Ausfall der Bedingung zu fingieren.

2. Eventualiter: Die Beklagte ist nach Art. 107 OR vom Vertrag zurückgetreten

64 Falls das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommt, dass ein Vorvertrag vorliegt, ist die Beklagte nach Art. 107 OR zurückgetreten, da die Klägerin den Vorvertrag nicht erfüllte.

a. Die Klägerin hat ihre Leistung nicht korrekt angeboten

65 Wie bereits aufgezeigt (N 53 ff.), erfolgte die Kündigung durch die Beklagte, weil die Klägerin sich weigerte, den unterschriftsreifen SVE III zu unterzeichnen. Dadurch verletzte sie ihre vorvertragliche Leistungspflicht, eine korrekte Willenserklärung abzugeben.

66 Die Klägerin machte mit Mail vom 10.05.2016 geltend, dass sie die Fremdleistungen nicht im vereinbarten Umfang erbringen könne und forderte die Beklagte dazu auf, eine Reduktion des Fremdleistungsumfangs von 40% auf 25% zu akzeptieren. Unerklärlicherweise fiel der Klägerin dabei erst rund ein halbes Jahr nach der gemeinsamen Einreichung der Offerten und rund drei Monate nach der schriftlichen Fixierung der Einigung über den Fremdleistungsumfang auf, dass sie gar nicht über das Knowhow zum Fundamentbau im Seegrund verfügt, obwohl ihr diese Besonderheit des Projekts von Anfang an bekannt war (Einleitungsanzeige, N 7). Sie hat sich dieses fehlende Knowhow somit selbst zuzuschreiben, da es schon beim Vertragsschluss vorlag und ihr zu diesem Zeitpunkt oder zumindest im Verlauf der folgenden Wochen hätte bekannt werden müssen. Der KV statuiert nämlich eindeutig die Pflicht, Planungshandlungen für den Vollzug des Projekts vorzunehmen (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 5) und sich das notwendige Knowhow für die Vorbereitung und Konstruktion der Masten *und deren Fundamente* zu beschaffen (K-2, Vorbereitungsarbeiten). Zudem statuierte Art. 2 KV, dass der bestehende Leistungsumfang so weit wie möglich erhalten bleiben und nur geändert werden sollte, wenn der Klient Änderungen am Gebot verlangt. Somit verhielt sich die Klägerin vertragswidrig.

67 Die Klägerin bringt dagegen vor, dass bei Verhandlungspunkten, die «durch unvorhersehbare Umstände erschüttert wurden» eine Nachverhandlungspflicht bestehe (KS, N 73). Wie zuvor

ausgeführt, waren die Umstände, die zur Weigerung der Klägerin führten, alles andere als unvorhersehbar. Die Nachverhandlungspflicht wird ferner dadurch ausgeschlossen, dass es der Klägerin nicht erlaubt war, auf bereits fixierte Vertragspunkte zurückzukommen und eine Neuverhandlung zu fordern (N 51 f.). Der Pflicht, die erzielten Ergebnisse nicht mehr infrage zu stellen, unterliegen die Parteien in umso stärkerem Ausmass, je mehr sie sich dem Abschluss der Verhandlungen nähern (MONN, N 496). Die Beklagte hat der Klägerin zwei Wochen vor ihrer Antwort einen bis auf kosmetische Unreinheiten fertigen Vertragsentwurf unterbreitet. Hätte die Klägerin keine Reduktion der Fremdleistungen verlangt, wäre der Vertrag wohl innert kürzester Zeit zustande gekommen. Somit besteht keine Nachverhandlungspflicht.

b. Die Beklagte hat ihre Leistung korrekt angeboten

68 Die Klägerin bringt vor, dass die Beklagte nicht aufgrund einer Erfüllungsverweigerung zurücktreten kann, da sie selbst kein vertragskonformes Angebot abgegeben habe (KS, N 54 ff.). Sie verkennt dabei, dass eine pauschale back-to-back-Klausel, wie sie in Art. 4 lit. a KV vorgesehen ist, nur in allgemeiner Weise auf den Hauptvertrag Bezug zu nehmen vermag und ohne Konkretisierung keine direkte Übernahme von hauptvertraglichen Bestimmungen in das Subunternehmerverhältnis bewirken kann. Wie bereits ausgeführt, stellt die Ausführung in Art. 4 lit. c KV bezüglich «Garantien und Sicherheiten» dabei keine genügende Konkretisierung dar, da bloss pauschal auf einen Hauptvertrag verwiesen wurde, der zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht bestand (N 37, 42). Somit zeigt Art. 4 lit. c KV keine Wirkung (vgl. SAXER, S. 56), weshalb die Bestimmungen des HV nie Bestandteil des Subunternehmerverhältnisses wurden. Eine Verletzung des Art. 4 lit. c KV kann somit nicht gerügt werden.

c. Es erfolgte eine unverzügliche Rücktrittserklärung

69 Die Klägerin bringt vor, dass der Rücktritt abzuweisen sei, da er nicht unverzüglich erfolgte (KS, N 61 ff.). Der Klägerin wäre es dabei möglich gewesen, sich das nötige Equipment zu beschaffen. Sie tat dies aber bloss aus finanziellen Überlegungen nicht (B-1). Daraus folgt, dass sie den Vertrag nicht erfüllen *wollte*. Folgerichtig wurde von der Beklagte am 29.06.2016 eine Mahnung ausgesprochen (K-10). Die Klägerin weigerte sich auch danach noch beharrlich, den Vertrag zu den vereinbarten Konditionen zu erfüllen (K-11). Aufgrund dieser Leistungsverweigerung erübrigte sich eine Nachfristansetzung, da sie unnütz gewesen wäre. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Kündigung vom 12.08.2016 dabei als unverzüglich zu erachten. Die Beklagte wollte nach den monatelangen Verhandlungen nicht noch einmal auf die Suche nach einem neuen Verhandlungspartner gehen. Schliesslich wäre es für sie auch sinnvoller gewesen, den Vertrag zu den vereinbarten Konditionen abzuschliessen, anstatt eine sichere Pro-

jektverzögerung in Kauf zu nehmen. Deshalb wartete sie in der Hoffnung darauf, dass die Klägerin zur Vernunft kommen würde, noch mehrere Wochen zu. Da sich die Klägerin aber auch nach weiteren Telefonaten nicht von ihrem Standpunkt löste (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 13), hatte sie keine andere Wahl, als die Kündigung auszusprechen.

3. Eventualiter: Die Beklagte kann nach Art. 366 Abs. 1 OR auf die gesamte Leistung verzichten

70 Unter der Prämisse des Vorvertrags, und falls das Schiedsgericht den obigen Ausführungen wider Erwarten nicht folgen sollte, war die Beklagte zum Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR berechtigt. Wie die Klägerin richtig darlegt (KS, N 48), kann die Beklagte wegen der vorvertraglichen Vorwirkung des KV von diesem auch nach werkvertraglichen Regeln zurücktreten.

i. Aufgrund Unteilbarkeit der Arbeitsleistungen liegt ein Gesamtverzug vor

71 Die Klägerin bringt vor, dass der Fundament- und Mastenbau aufgrund der unterschiedlichen Ablieferungstermine im technischen Sinne teilbar seien (KS, N 49). Bei der Beurteilung, ob Teilbarkeit vorliegt, ist die technische Teilbarkeit einer Arbeitsleistung allerdings nicht hinreichend; massgeblich sind der Vertragszweck und die Interessenlage (BGE 141 III 106 E. 16.2; BGE 75 II 137 E. 4). In bautechnischer Hinsicht ist die Ausführung durch nur einen Subunternehmer eindeutig zu bevorzugen, was die Unteilbarkeit der Leistungen indiziert. Da nämlich die Masten auf dem Fundament und deshalb ebenfalls im Wasser montiert werden, ist naheliegend, dass diese beiden Arbeitsschritte aufeinander abgestimmt werden müssen, bzw. dass das Fundament auf die darauf zu erstellenden Masten zugeschnitten sein muss, was bei einem Einsatz unterschiedlicher Unternehmer zu einem unverhältnismässigen Koordinationsaufwand führen würde (vgl. K-2, Konstruktionsarbeiten; vgl. GROSS, S. 333). Die speziellen Herausforderungen des Projekts mit dem branchenunüblichen Bau unter Wasser sprechen demnach ebenfalls dafür, die gesamten Fremdleistungen in die Hand nur eines Subunternehmers zu legen, da durch dahingehend gebündeltes Knowhow die Fehlerquote minimiert werden kann. Aus dem Gesagten folgt, dass der Vertragszweck und die Interessenlage der Parteien klar gegen die Teilbarkeit der Fremdleistungen sprechen. Wie ausgeführt wird, befand sich die Klägerin in einem Herstellerverzug, weshalb die Beklagte aufgrund der Unteilbarkeit der Fremdleistungen nach Art. 366 Abs. 1 OR vom KV zurücktreten und auf die gesamte Leistung verzichten kann.

ii. Die Klägerin ist mit der gesamten Leistung in Verzug

72 Auch unter der Annahme, dass die Fremdleistungen als teilbar gelten sollen, kann die Beklagte auf die gesamte Leistung verzichten, da ein Verzug der Gesamtleistung vorliegt. Im Hinblick auf den ersten Tatbestand von Art. 366 Abs. 1 OR, dem nicht rechtzeitigen Beginn der Werk-ausführung, darf der Unternehmer nur solange mit dem Ausführungsbeginn zuwarten, als die

verbleibende Zeit noch ausreicht, um das Werk termingerecht zu vollenden (BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366 N 9). Der erste Milestone des Projekts bestand in der Durchführung der geologischen Voruntersuchungen und der Einreichung des Konzessionsgesuchs ans Bundesamt für Verkehr (B-7) und hätte am 01.10.2016 erreicht werden sollen. Da die geologischen Voruntersuchungen ca. zwei Monate in Anspruch genommen hätten (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 9), hätte die Klägerin mit diesen *über* zwei Monate vor Fälligkeit des ersten Milestones, sprich vor dem 01.08.2016, beginnen müssen, da die AFAG-Bauplanung AG deren Resultate für das Konzessionsgesuch benötigt hätte. Zum Zeitpunkt der Kündigung durch die Beklagte am 12.08.2016 (K-12) hatte die Klägerin noch immer nicht mit den entsprechenden Arbeiten begonnen, was ein Verpassen des Milestones unausweichlich machte. Damit ist der Tatbestand des nicht rechtzeitigen Ausführungsbeginns gem. Art. 366 Abs. 1 OR erfüllt, weshalb sich die Klägerin in Herstellerverzug befand. Die Mahnung von Seiten der Beklagten erfolgte dabei am 29.06.2016 (K-10), eine Nachfristansetzung hingegen erübrigt sich (N 69).

- 73 Die Klägerin bringt vor, dass sie mit dem Bau der Masten nicht in Verzug sei und beruft sich dabei auf die Verlängerungsklausel in Art. 5 Abs. 3 SVE III (K-9), wonach sich bei Verzögerungen auch die weiteren Ablieferungstermine verschieben. Dabei übersieht sie jedoch, dass die Klausel ausdrücklich nur dann zum Zuge kommt, wenn der Umstand für die Verzögerung nicht der Klägerin zuzuschreiben ist. Dies ist jedoch der Fall: Die Klägerin hat sich trotz entsprechender vorvertraglicher Verpflichtung zur Übernahme des Fundamentbaus geweigert, was mit einem Stillstand in den Vertragsverhandlungen und damit einer Verzögerung des Projekts einherging (N 53 ff.). Somit ist die Verlängerungsklausel nicht einschlägig, womit klar wird, dass die Klägerin aufgrund des Verpassens des ersten Milestones auch mit den weiteren Ablieferungsterminen in Verzug kommen wird. Daher liegt ein Verzug der Gesamtleistung vor und die Beklagte war ungeachtet einer Gefährdung der Gesamtleistung zum Rücktritt befugt.

V. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf den geforderten Betrag

1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadenersatz aus Verletzung der Verhandlungspflichten

a. Die Beklagte hat die Verhandlungspflicht aus dem KV nicht verletzt

- 74 Die Klägerin behauptet zunächst, dass die Erfüllung der Verhandlungspflicht des KV dadurch verunmöglicht wurde, dass die Beklagte mit der TP-Bahnen AG kontrahierte (KS, N 82). Hierbei behauptet sie erneut die treuwidrige Herbeiführung der Resolutivbedingung des Art. 8 Abs. 1 lit. g KV durch die Beklagte. Die Bedingung ist jedoch eingetreten, ohne dass sich die Beklagte treuwidrig verhielt (N 53 ff.) Mit der rechtmässigen Kündigung des KV fiel

zudem dessen Verhandlungspflicht dahin, weshalb sich die Klägerin zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs nicht auf deren Unmöglichkeit berufen kann.

b. Die Beklagte versties nicht gegen die Exklusivitätsklausel des KV

75 Weiter bringt die Klägerin vor, dass die Beklagte gegen die Exklusivitätsklausel in Art. 5 KV versties, indem sie mit der TP-Bahnen AG einen SV abschloss (KS, N 83). Nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 KV bleibt diese selbst im Falle der Beendigung des Vertrags in Kraft und ist somit zeitlich unbeschränkt. Solchen unbefristet gültigen Ausschliesslichkeitsklauseln ist jedoch eine zeitliche Begrenzung gemäss dem hypothetischen Parteiwillen hinzuzufügen (MONN, N 475; JAHN, S. 194). Eine Exklusivitätsklausel, die über den Vertrag hinaus gilt, verletzt aufgrund der übermässigen Dauer Art. 27 ZGB (vgl. BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 15). Dies würde zudem zum Ergebnis führen, dass im Falle der Beendigung des KV oder einer Kündigung bzw. eines Rücktritts einer Partei die Beklagte keine Möglichkeit zum Zuzug eines Ersatzsubunternehmers hätte und das Projekt nicht mehr ausführen könnte. Diese Unbilligkeit kann nicht im Sinne der Parteien gewesen sein, weshalb es dem hypothetischen Parteiwillen entspricht, die Exklusivitätsklausel bei Beendigung des KV ebenfalls dahinfallen zu lassen. Da der KV durch den Eintritt der Bedingung von Art. 8 Abs. 1 lit. g KV beendet wurde (N 53 ff.), kann somit auch die Exklusivitätsklausel keinen Bestand mehr haben. Damit war die Beklagte zur Übertragung der Fremdleistungen an die TP-Bahnen AG berechtigt und im Hinblick auf die ordnungsgemässe Erfüllung des HV gegenüber dem Klienten auch verpflichtet.

c. Der Klägerin erwächst aus dem KV kein Anspruch auf entgangenen Gewinn

76 Die Beklagte stützt ihren Anspruch von CHF 4'230'000.- unter der Prämisse des Verhandlungsvertrags eventualiter auf entgangenen Gewinn im Rahmen des positiven Interesses des KV. Dabei übersieht sie aber, dass aus einer vertraglichen Verhandlungspflicht kein Anspruch auf den hypothetischen Gewinn aus dem angestrebten Hauptvertrag erwächst (KNAPP, S. 723) da die Verhandlungspflicht keine Pflicht einschliesst, über den Verhandlungsgegenstand eine Einigung zu finden oder einen Vertrag abzuschliessen (MONN, N 1156 f.). Selbst wenn eine Verletzung des KV durch die Beklagte angenommen würde, hätte die Klägerin keinerlei Anspruch auf die geforderte Gewinnmarge. Der Schadenersatzanspruch aus einem Verhandlungsvertrag kann sich nur auf das negative Interesse beziehen (FARNSWORTH, S. 224). Da die Klägerin aber keinen Vertrauensschaden fordert, kann ihr ein solcher auch nicht zugesprochen werden.

Aus den genannten Gründen ersuchen wir das Schiedsgericht um Entsprechung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Moot Court Team 5