

**Moot Court Team 3**

Sandra Birrer  
Michelle Spahn  
Delilah von Streng  
Mary Dabis

**Einschreiben**

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

19. März 2018

**Klageantwort**

Swiss Rules Fall Nr. 54699-2017

In Sachen

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

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 4

gegen

**DoubleM Bahnen AG**

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team 3

gemeinsam die **Parteien**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,  
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgenden

**Prozessualen Antrag:**

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

und folgende

**Rechtsbegehren:**

1. Auf die Schiedsklage sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten;
2. Eventualiter sei die Schiedsklage abzuweisen;
3. Subeventualiter sei die Einrede der Verrechnung in Höhe von CHF 1 Mio. zu hören und gutzuheissen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Klägerin.

*Wenn zusätzliche Argumente (Gegenargumente bezogen auf Argumente, die in der Klageschrift nicht vorgebracht wurden) behandelt werden, sind die entsprechenden Absätze durch kursive Schrift gekennzeichnet.*

## INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS .....	IV
ENTSCHEIDVERZEICHNIS .....	XI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....	XIV
A. PROZESSUALER ANTRAG BETR. AUFTEILUNG DES VERFAHRENS .....	1
B. AUF DIE SCHIEDSKLAGE IST MANGELS ZUSTÄNDIGKEIT NICHT EINZUTRETEN.....	1
I. Es liegt keine gültige Schiedsklausel vor .....	1
1. Die formellen Gültigkeitsvoraussetzungen sind nicht erfüllt.....	1
2. Die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen sind nicht erfüllt .....	2
3. Die Schiedsklausel teilt das Schicksal des Nichtzustandekommens des SV .....	2
4. Zwischenfazit .....	3
II. Eventualiter: Die Schiedsklausel erfasst Ansprüche aus dem K-1 nicht.....	3
1. Der subjektiven Auslegung zufolge sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst ....	3
(a) Nach dem Wortlaut sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst .....	3
(b) Nach der Systematik sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst .....	3
(c) Nach den Umständen sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst .....	4
(d) Nach dem Partieverhalten sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst .....	5
(e) Nach dem Zweck sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst .....	5
2. Eventualiter: Der objektivierten Auslegung zufolge sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst.....	5
3. Zwischenfazit .....	6
III. Die Beklagte hat sich nicht auf das Schiedsverfahren eingelassen .....	6
IV. Fazit .....	6
C. EVENTUALITER: DIE SCHIEDSKLAGE IST ABZUWEISEN.....	6
I. Der K-1 ist als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren .....	6
1. Der K-1 enthält eine Verhandlungs- und keine Abschlusspflicht.....	6
(a) Nach subjektiver Auslegung enthält der K-1 eine Verhandlungspflicht .....	7
(b) Eventualiter: Nach objektivierter Auslegung enthält der K-1 eine Verhandlungspflicht.....	9
(c) Zwischenfazit .....	9
2. Die wesentlichen Punkte des SV sind nicht bestimmt .....	9
(a) Der K-1 bestimmt die wesentlichen Punkte nicht.....	9
(b) Der K-2/K-3 ist unverbindlich .....	10
(c) Zwischenfazit .....	11

3. Eventualiter: Der K-1 hat sich in einen Verhandlungsvertrag gewandelt.....	11
4. Fazit .....	11
II. Der K-1 wurde rechtmässig beendet.....	11
1. Der K-1 endete <i>ipso iure</i> nach Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 .....	11
(a) Der K-1 enthielt ein vertragliches Rücktrittsrecht .....	11
(b) Der Rücktritt der Beklagten führte zur Beendigung des K-1 <i>ipso iure</i> .....	12
(c) Die Beklagte versties durch den Rücktritt nicht gegen Art. 156 OR .....	12
(d) Zwischenfazit .....	14
2. Eventualiter: Die Beklagte beendete den K-1 rechtmässig nach Art. 107 Abs. 2 OR.....	14
(a) Die Leistung wurde für die Klägerin subjektiv unmöglich .....	14
(b) Die Beklagte ist nach Art. 107 Abs. 2 OR vom K-1 zurückgetreten.....	15
3. Fazit .....	15
III. Die Klägerin hat aus dem K-1 keinen Anspruch auf das positive Interesse aus dem SV .....	16
1. Der K-1 gibt keinen Anspruch auf das positive Interesse aus dem SV.....	16
2. Eventualiter: Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht erfüllt .....	16
(a) Die Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR sind nicht erfüllt .....	16
(b) Art. 377 OR findet keine Anwendung .....	17
3. Fazit .....	17
D. SUBEVENTUALITER: DIE EINREDE DER VERRECHNUNG IST ZU HÖREN UND GUTZUHEISSEN	17
I. Die Einrede der Verrechnung ist zu hören .....	17
1. Die Verrechnungseinrede ist von der Schiedsklausel gedeckt.....	18
2. Die Verrechnungseinrede fällt unter Art. 21(5) SRIA .....	18
3. Die Beklagte hat die Verrechnungseinrede formgerecht erhoben.....	18
4. Die Beklagte muss keine Einschreibgebühr leisten.....	19
5. Die Beklagte muss keinen zusätzlichen Kostenvorschuss leisten.....	19
II. Die Einrede der Verrechnung ist gutzuheissen.....	20
III. Fazit .....	20
ERSUCHEN UM GUTHEISSUNG DER RECHTSBEGEHREN.....	20

## LITERATURVERZEICHNIS

AEPLI VIKTOR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, 3. Auflage, Zürich 1991.

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

N [79, 97]

ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013.

(zit. Practitioner's Guide-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [97]

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

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

N [5, 7, 9, 19, 20, 98, 104]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.

(zit. BUCHER, S. ...)

N [82]

BÜSSER ANDRES, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten (= Diss. Freiburg, Freiburg 1997 = AISUF 165).

(zit. BÜSSER, N ...)

N [52]

DOHM JÜRGEN, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985.

(zit. DOHM, S. ...)

N [52]

Dudenredaktion (Hrsg.), Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Auflage, Berlin 2015.

(zit. Duden, S. ...)

N [35]

EHRAT FELIX R., Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR (= Diss. Zürich, Zürich 1990 = ZStP 73).

(zit. EHRAT, N ...)

N [63, 82]

FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016.

(zit. CHK-IPRG-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [8, 28]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.

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

N [63, 76, 78, 87]

GABRIEL SIMON/MEIER KATALIN, Set-Off Defenses in Arbitration, Conclusions from a Swiss Civil Law Perspective, IJAL 2016, Volume 5, Issue 2, S. 55-71.

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

N [94, 100, 102, 104]

GAUCH PETER, System der Beendigung von Dauerverträgen (= Diss. Freiburg, Freiburg 1968 = AISUF 34).

(zit. GAUCH, Dauerverträge, S. ...)

N [63]

GAUCH PETER, Probleme von und mit Subunternehmern – Ein Beitrag zum privaten Baurecht, in: Forstmoser Peter/Schlupe Walter R. (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 151-178.

(zit. GAUCH, Subunternehmer, S. ...)

N [66]

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

(zit. GAUCH, N ...)

N [48, 51, 92]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014.

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

N [15, 33]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014.

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

N [65, 76, 79]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 3. Auflage, Zürich 2016.

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

N [19]

GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014.

(zit. GÖKSU, N ...)

N [13]

GUTMANS ALEXANDER, Die Regel der „Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion“ im Recht der Bedingung (Art. 156 OR) (= Diss. Basel, Basel 1995 = BSzR, Reihe A, Band 32)

(zit. GUTMANS, S. ...)

N [64]

HERZOG NICOLAS R., Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht (= Diss. Zürich, Zürich 1999).

(zit. HERZOG, N ...)

N [32, 33, 75, 80, 92]

HÖK GÖTZ-SEBASTIAN, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Auflage, Heidelberg 2012.

(zit. HÖK, S. ...)

N [18]

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Basel 2014.

(zit. KUKO-OR-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [32, 34, 76]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 3. Auflage, Basel 2013.

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

N [1, 3, 4, 6, 7, 28]

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, Art. ... N ...)

N [13, 63, 65, 90, 92, 94]

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

(zit. HUGUENIN, N ...)

N [13, 40, 49, 65, 80, 81]

JAHN HOLGER, *Der Letter of Intent* (= Diss. München, München 1999 = Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 2957).

(zit. JAHN, S. ...)

N [39]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland*, Corby Northants 2015.

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

N [13]

KRAMER ERNST A., *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Art. 19-22 OR, Bern 1991.

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

N [32]

MAYER PIERRE, *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, *Revue de l'Arbitrage* 1998, S. 359-368.

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

N [8, 9]



MONN VALENTIN, Die Verhandlungsabrede, Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten (= Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2010 = AISUF 301).

(zit. MONN, N ...)

N [36, 39, 85]

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 (= NIWUZ 96).

(zit. MÜLLER, S. ...)

N [66, 68]

PAVIĆ VLADIMIR, Jurisdiction of an Arbitral Tribunal over Set-Off under Swiss Rules of International Arbitration, in: Nathalie Voser (Hrsg.), ASA Special Series Nr. 44, 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration, New York 2014.

(zit. PAVIĆ, S. ...)

N [97]

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

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

N [6]

SCHÄRER HEINZ, Vertragsverhandlungsvereinbarungen, in: Hürlimann Roland/Tercier Pierre (Hrsg.), In Sachen Baurecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, S. 19-29.

(zit. SCHÄRER, S. ...)

N [33]

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

(zit. SCHWENZER, N ...)

N [78]

SPAINI MAURO, Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten (= Diss. Freiburg, Dietikon 2000).

(zit. SPAINI, S. ...)

N [68]

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2. Auflage, Basel 2012.

(zit. CR-CO I-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [79]

VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

(zit. VON BÜREN, S. ...)

N [62, 63]

WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 97-109 OR, Bern 2000.

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

N [87]

WEHRLI DANIEL/STACHER MARCO, Arbitration under the Swiss Rules, in: Cordero-Moss Giuditta (Hrsg.), International Commercial Arbitration, Different Forms and their Features, Cambridge 2013.

(zit. WEHRLI/STACHER, S. ...)

N [97]

WESELIK NIKOLAUS/HAMERL THOMAS (Hrsg.), Handbuch des internationalen Bauvertrags, Wien 2015.

(zit. WESELIK/HAMERL, S. ...)

N [50, 68]

WYSS LUKAS, Aktuelle Zuständigkeitsfragen im Zusammenhang mit internationalen kommerziellen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Jusletter vom 25. Juni 2012.

(zit. WYSS, N ...)

N [19]

ZIEGLER ANTJE, Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung in der schweizerischen Lehre (= Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 1992 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 29).

(zit. ZIEGLER, S. ...)

N [79, 81]

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

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

N [9, 96, 97, 98, 100, 102]

## **ENTSCHEIDVERZEICHNIS**

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

13. März 1919

BGE 45 II 192

N [76]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

25. Juni 1976

BGE 102 II 81

N [40]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

17. Mai 1977

BGE 103 II 102

N [81]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

1. März 1983

BGE 109 II 20

N [64]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

13. Juni 1991

BGE 117 II 273

N [65, 92]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

6. März 1992

BGE 118 II 32

N [48]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

16. Januar 1995

BGE 121 III 38

N [4]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
8. Februar 1996  
veröffentlicht in: ASA Bulletin 1998, S. 142-146  
N [7]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
2. Juli 2001  
BGer 4C.36/2001  
N [39]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
16. Oktober 2001  
BGE 128 III 50  
N [8, 28]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
21. November 2003  
BGE 130 III 66  
N [13]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
10. Dezember 2007  
BGer 4A\_290/2007  
N [94]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
29. Februar 2008  
BGer 4A\_452/2007  
N [14]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
15. Januar 2009  
BGE 135 III 212  
N [76]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
30. Januar 2009  
BGer 4A\_562/2009  
N [13]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
20. September 2011  
BGer 4A\_103/2011  
N [19]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
16. Dezember 2011  
BGer 4A\_409/2011  
N [13]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
17. Januar 2013  
BGer 4A\_244/2012  
N [3]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
18. Februar 2016  
BGE 142 III 239  
N [8, 10]

Urteil des Oberlandesgerichts München vom  
13. Oktober 2004  
7 U 3722/04  
N [22]

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz
allg.	allgemein
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
B-1	E-Mail vom 10. Mai 2016
B-2	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 10. Mai 2016 (MarkUp, Auszug)
B-3	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 10. Mai 2016 (Auszug)
B-4	E-Mail vom 30. Mai 2016
B-5	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 30. Mai 2016 (MarkUp, Auszug)
B-6	E-Mail vom 21. Juni 2016
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
betr.	betreffend
bez.	bezüglich
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BSzR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)
CR	Commentaire Romand
d.h.	das heisst
E.	Erwägung(en)
et al.	et alii
f./ff.	und folgende
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
FN	Fussnote
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber

i.c.	in casu
IJAL	Indian Journal of Arbitration Law
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
KS	Klageschrift Moot Court Team 4
K-1	Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016
K-2	Appendix I vom 15. Februar 2016
K-3	Nachtrag zum Appendix I vom 1. April 2016
K-4	Hauptvertrag vom 13. April 2016
K-5	Auszug aus dem FIDIC Silver Book
K-7	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 25. April 2016 (Auszug)
K-9	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 30. Mai 2016 (Auszug)
K-10	Auskaufangebot vom 29. Juni 2016
K-11	E-Mail vom 6. Juli 2016
K-12	Kündigungsschreiben vom 12. August 2016
K-13	Screenshot von stanserpost.ch vom 22. August 2016
Komm.	Kommentar
KUKO	Kurzkommentar
lit.	litera
Mio.	Million(en)
MWST	Mehrwertsteuer
N	Note
NIWUZ	Veröffentlichungen aus dem LL.M.-Studiengang Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und des Europa Instituts an der Universität Zürich
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht München
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
S.	Seite/n



SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration (Fassung vom 1. Juni 2012)
SV	Subunternehmervertrag
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht

## **A. PROZESSUALER ANTRAG BETR. AUFTEILUNG DES VERFAHRENS**

- 1 Die Beklagte beantragt, dass das Schiedsgericht das Verfahren zweiteilt und nach Art. 186 Abs. 3 IPRG in einem Vorentscheid über seine Unzuständigkeit befindet. Dies rechtfertigt sich aufgrund der erhobenen Unzuständigkeitseinrede (BSK-IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 119).

## **B. AUF DIE SCHIEDSKLAGE IST MANGELS ZUSTÄNDIGKEIT NICHT EINZUTRETEN**

- 2 Das Schiedsgericht ist unzuständig, da keine gültige Schiedsklausel zustande kam. Eventualiter liegt Unzuständigkeit vor, da die Schiedsklausel Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst. Demnach ist auf die Schiedsklage nicht einzutreten.

### **I. ES LIEGT KEINE GÜLTIGE SCHIEDSKLAUSEL VOR**

- 3 Entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 8) sind Schiedsklauseln hinsichtlich ihres Zustandekommens restriktiv und nicht ergebnisneutral auszulegen, da der Verzicht auf den staatlichen Richter nicht leichthin angenommen werden darf (BGer 4A\_244/2012 E. 4.2; BSK-IPRG-GRÄNICHEN, Art. 178 N 52). Die Auslegung führt (entgegen KS, N 2 ff.) zum Ergebnis, dass weder die formellen noch die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen gegeben sind und das Nichtzustandekommen des SV die Schiedsklausel erfasst. Daher liegt keine gültige Schiedsklausel vor.

#### **1. Die formellen Gültigkeitsvoraussetzungen sind nicht erfüllt**

- 4 Nach Art. 178 Abs. 1 IPRG erfordert die Vereinbarung einer Schiedsklausel den Nachweis durch Text. Ist die Schiedsklausel in einem Vertragsdokument (und nicht lediglich in einer schriftlichen Erklärung) enthalten, gilt dieser Textnachweis nur als erbracht, wenn das betr. Dokument von den Parteien auch i.S.v. Art. 13 OR unterzeichnet wurde (BGE 121 III 38 E. 3; vgl. BSK-IPRG-GRÄNICHEN, Art. 178 N 14). Da die SV-Entwürfe (K-7; B-3; K-9) Vertragsdokumente darstellen und nie von den Parteien unterzeichnet wurden, ist der Textnachweis, entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 4), nicht erfüllt.
- 5 Überdies haben die Parteien den Formvorbehalt der einfachen Schriftlichkeit i.S.v. Art. 13 OR auch vertraglich vereinbart. Durch den Austausch schriftlicher SV-Entwürfe, der mehrmaligen Bitte der Beklagten, diese zu unterzeichnen (K-10; B-4), sowie der Anmerkung „Unterschrift der Parteien“ am Ende der Entwürfe (B-3; K-9), einigten sie sich konkludent, dass die Unterschrift aller Parteien für das Zustandekommen des SV nötig sei. Wenn die Parteien nicht explizit etwas Abweichendes vereinbaren, gilt ein Formvorbehalt ebenso für die im Vertrag enthaltene Schiedsklausel (BERGER/KELLERHALS, N 437). I.c. haben die Parteien diesbezüglich keine ausdrückliche Regelung getroffen, weshalb der Formvorbehalt die Schiedsklausel ebenfalls erfasst. Da der SV nicht unterzeichnet und der Formvorbehalt folglich nicht erfüllt wurde, liegt keine formell gültige Schiedsklausel vor.

## **2. Die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen sind nicht erfüllt**

- 6 Eine Schiedsklausel muss zu ihrer materiellen Gültigkeit den Konsens über die *essentialia negotii* enthalten (BSK-IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 30). Dazu gehört *inter alia* der gegenseitige übereinstimmende Wille der Parteien, sich einem Schiedsgericht zu unterwerfen (POUDRET/BESSON, N 155). Wie bereits dargelegt, wollten sich die Parteien, entgegen der Klägerin (KS, N 7 ff.), dem Schiedsgericht nicht unterwerfen, bevor der SV nicht unterschrieben war.
- 7 Weiter ist die Bestimmbarkeit, d.h. die genügend klare Umschreibung, des von der Schiedsklausel erfassten Rechtsverhältnisses erforderlich (BERGER/KELLERHALS, N 299). Durch die Formulierung „alle Streitigkeiten [...] aus oder im Zusammenhang mit dem Subunternehmervertrag“ (B-2, Art. 8; B-3, Art. 8; K-9, Art. 8) wird das erfasste Rechtsverhältnis nicht genügend bestimmt. Diese Umschreibung ist ähnlich wie die Klausel „alle Rechtsstreitigkeiten, die aus der gegenwärtigen oder künftigen Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien entstehen können“ (BSK-IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 34; BGer vom 8. Februar 1996 E. 4b) zu unpräzise und zu wenig individualisiert, da unklar ist, welche Verträge durch die Klausel gedeckt werden und damit, woraus sich allfällige Ansprüche (neben dem SV) noch ergeben könnten. Somit liegt keine materiell gültige Schiedsklausel vor.

## **3. Die Schiedsklausel teilt das Schicksal des Nichtzustandekommens des SV**

- 8 Die Klägerin behauptet (KS, N 4 ff.), die Schiedsklausel sei autonom vom SV zu beurteilen. Gem. Art. 178 Abs. 3 IPRG und Art. 21(2) SRIA kann gegen eine Schiedsklausel nicht eingewandt werden, der sie enthaltende Hauptvertrag sei ungültig oder bestehe nicht. Der Wortlaut von Art. 178 Abs. 3 IPRG ist jedoch zu weit gefasst und erweckt den unzutreffenden Eindruck, die Ungültigkeit des Hauptvertrages könne nie auf die Gültigkeit der Schiedsklausel durchschlagen (BGE 142 III 239 E. 3.2.1). Die Schiedsklausel teilt nämlich u.U. das Schicksal des Hauptvertrages (*ibidem*; BGE 128 III 50 E. 2b/bb; CHK-IPRG-FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN, Art. 176-178, N 24; MAYER, S. 359 ff.).
- 9 Das Schiedsgericht hat sich insb. für unzuständig zu erklären, wenn es feststellt, dass der Hauptvertrag mangels Konsens nicht besteht (MAYER, S. 364 N 8; BERGER/KELLERHALS, N 683). Eine in einem solchen Hauptvertrag enthaltene Schiedsklausel wird nicht eher rechtswirksam als die übrigen Vertragsbestimmungen (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 10). Der K-9 wurde von den Parteien mangels Konsens nie unterzeichnet und besteht folglich (unbestrittenemassen, KS, N 6) nicht. Daher kam auch die Schiedsklausel nicht zustande.
- 10 Der Austausch der die Schiedsklausel enthaltenden SV-Entwürfe lässt aufgrund des Vertrauensprinzips ebenfalls nicht den Schluss zu, die Parteien wollten bez. dieser Klausel gebunden sein, bevor der SV selbst abgeschlossen war (vgl. BGE 142 III 239 E. 3.2.1).

#### **4. Zwischenfazit**

- 11 Da weder die formellen noch die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind und die Schiedsklausel das Schicksal des Nichtzustandekommens des SV teilt, liegt keine gültige Schiedsklausel vor.

#### **II. EVENTUALITER: DIE SCHIEDSKLAUSEL ERFASST ANSPRÜCHE AUS DEM K-1 NICHT**

- 12 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, es liege eine gültige Schiedsklausel vor, so sind Ansprüche aus dem K-1, entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 14 ff.), von dieser nicht erfasst.
- 13 Um die objektive Tragweite einer Schiedsklausel zu ermitteln, sind die allg. Regeln der Auslegung von privaten Willenserklärungen heranzuziehen (BGE 130 III 66 E. 3.2). Die Schiedsklausel ist demnach subjektiv und subsidiär objektiviert auszulegen (BGer 4A\_409/2011 E. 3.2.1; HUGUENIN, N 275). Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut, ergänzend können unter anderem die Systematik, die Umstände, das Parteiverhalten sowie der Vertragszweck beigezogen werden (BSK-OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18 ff.). Der von der Klägerin angerufene Grundsatz der extensiven Auslegung der Tragweite von Schiedsklauseln (KS, N 16) impliziert nicht, dass eine Vermutung zugunsten der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts besteht (BGer 4A\_562/2009 E. 2.1; GÖKSU, N 540; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 3.127). Dies ist bei der Auslegung zu berücksichtigen.

#### **1. Der subjektiven Auslegung zufolge sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst**

##### ***(a) Nach dem Wortlaut sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst***

- 14 Nach dem tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien sollten Ansprüche aus dem K-1 nicht unter die Schiedsklausel fallen. Dieser Wille ergibt sich bereits aus dem Wortlaut. Danach erfasst die Schiedsklausel, wie von der Klägerin korrekterweise festgehalten, *lediglich* (KS, N 18) „alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten und Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem SV“ (B-2, Art. 8; B-3, Art. 8; K-9, Art. 8). Laut Bundesgericht umfasst die Formulierung „im Zusammenhang mit“ weitere Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag, wie dessen Zustandekommen oder Beendigung, nicht jedoch Streitigkeiten aus anderen Verträgen, auch wenn diese mit ersterem verbunden sind (BGer 4A\_452/2007 E. 2.5.2). Die Parteien unterliessen es überdies bewusst, Formulierungen wie „alle Streitigkeiten [...] Ansprüche und Verträge“ oder „aus oder im Zusammenhang mit diesem SV sowie dem K-1“ in ihre Schiedsklausel aufzunehmen. Der K-1 ist daher, entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 22), bereits gestützt auf den Wortlaut nicht von der Schiedsklausel erfasst.

##### ***(b) Nach der Systematik sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst***

- 15 Der ganzheitlichen bzw. systematischen Auslegung zufolge sind die einzelnen Bestimmungen eines Vertrages stets unter Berücksichtigung des Vertragsganzen, welches sich aus mehreren

Verträgen zusammensetzen kann, auszulegen. Jede Bestimmung dient zugleich als Auslegungshilfe für die anderen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1229).

- 16 Der K-1 enthält gem. Art. 9 die vollständige Vereinbarung zwischen den Parteien. Diese abschliessende Regelung zeigt den Willen der Parteien, den K-1 unverändert zu belassen und nicht rückwirkend eine Schiedsklausel des SV auf ihn anwendbar zu erklären.
- 17 Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 33) musste der K-1 überdies nicht explizit aus dem Geltungsbereich der Schiedsklausel ausgenommen werden. Aus der Nichterwähnung des K-1 in der Schiedsklausel sowie der Nichtaufnahme einer solchen in den K-1 ergibt sich der Wille der Parteien, den K-1 der staatlichen Gerichtsbarkeit zu unterstellen. Wie die Aufnahme von Schiedsklauseln in den K-4 sowie in die SV-Entwürfe zeigt, war den Parteien die Möglichkeit ihrer Verwendung zudem bekannt. Wenn die Parteien im K-1 auf eine Schiedsklausel verzichteten, so ist das demnach bewusst geschehen. Dies zeigt sich auch darin, dass die Parteien im Kooperationsvertrag des Projektes im Jahr 2014 ebenfalls keine Schiedsklausel verwendeten (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 4).
- 18 Die systematische Auslegung der Klägerin (KS, N 25 f.) überzeugt im Übrigen nicht. Der K-1 wurde in der Präambel der SV-Entwürfe nur erwähnt, um die geschäftliche Vorgeschichte des SV zu erläutern (vgl. HÖK, S. 384). Die Annahme der Klägerin, für sämtliche in der Präambel erwähnten Rechtsverhältnisse inkl. des K-1 solle die nachfolgende Schiedsklausel gelten, ist daher nicht nachvollziehbar.

***(c) Nach den Umständen sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst***

- 19 Die Klägerin behauptet (KS, N 27), mit dem K-1 und dem SV liegen verbundene Verträge vor, weshalb die Tragweite der Schiedsklausel auf den K-1 zu erstrecken sei. Nach der damit von ihr angedeuteten Group of Contracts Theory kann eine Schiedsklausel, die in einem Haupt- oder Rahmenvertrag einer Gruppe von Verträgen enthalten ist, u.U. auch auf nachfolgende Verträge dieser Gruppe angewendet werden (WYSS, N 117 ff.). Eine in einem nachgelagerten Vertrag enthaltene Schiedsklausel kann jedoch nicht auf zeitlich *frühere* Verträge Anwendung finden (GIRSBERGER/VOSER, N 589; BERGER/KELLERHALS, N 515 und N 517 *e contrario*; WYSS, N 119 f. *e contrario*). Das Bundesgericht bejahte die Erstreckung der Tragweite einer Schiedsklausel auf andere Verträge einer Gruppe vernetzter Verträge ebenfalls nur im Falle zeitlich nachgelagerter Verträge (BGer 4A\_103/2011 E. 3.2.2). Da der SV dem K-1 zeitlich nachgeht, kann dessen Schiedsklausel nicht rückwirkend auf den K-1 angewandt werden.
- 20 Die Klägerin missversteht zudem das Prinzip *ius posterior derogat priori* (vgl. KS, N 31). Schiedsklauseln in Folgeverträgen können u.U. eine Schiedsklausel im zeitlich vorgelagerten Hauptvertrag verdrängen (BERGER/KELLERHALS, N 516). Dies setzt aber das Vorliegen einer

Schiedsklausel in diesem vorgelagerten Vertrag voraus. Unbestrittenermassen enthält der K-1 keine solche, weshalb das Prinzip nicht einschlägig ist.

- 21 Da der K-1 dem SV nicht zeitlich nachgelagert ist und keine eigene Streiterledigungsklausel enthält, findet die Group of Contracts Theory i.c. keine Anwendung und eine Erstreckung der Schiedsklausel auf den K-1 scheidet aus.
- 22 Der Entscheid des OLG München, soweit für die SCAI überhaupt relevant, hält im Übrigen, entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 27 f.), ebenfalls fest, dass bei Vorliegen verbundener Verträge keine automatische Erstreckung der Schiedsklausel eines Vertrages auf die anderen anzunehmen ist (OLG München 7 U 3722/04 E. II.3.a).

*(d) Nach dem Parteiverhalten sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst*

- 23 Die Beklagte hat eine Schiedsklausel in den ersten SV-Entwurf eingefügt (K-7, Art. 9). Der Behauptung der Klägerin (KS, N 24), dieses Verhalten bekunde bereits den Willen der Beklagten, die Tragweite ebendieser Schiedsklausel noch auszudehnen, kann nicht gefolgt werden. Im zweiten SV-Entwurf ergänzte die Klägerin die Schiedsklausel (B-2, Art. 8). Sie geht richtig in der Annahme (KS, N 10 und 13), dass es sich dabei für die Beklagte um rein kosmetische Änderungen und sprachliche Präzisierungen handelte (vgl. B-4). Der Beklagten war nicht bewusst, dass die Klägerin mit ihrer Umformulierung eine Ausdehnung der Schiedsklausel auf den K-1 anstrebte. Aus der Übernahme der Formulierung ging somit nicht der Wille der Beklagten hervor, die Tragweite der Schiedsklausel auf den K-1 zu erstrecken.

*(e) Nach dem Zweck sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst*

- 24 Der tatsächlich übereinstimmende Wille der Parteien, den K-1 nicht der Schiedsklausel zu unterwerfen, zeigt sich ferner im Zweck, der mit dieser verfolgt wird: Ein fachlich kompetentes Schiedsgericht soll Ansprüche aus dem SV beurteilen. Aus dem K-1 als Verhandlungsvertrag können keine Ansprüche aus dem SV geltend gemacht werden (vgl. N 85). Im Rahmen des K-1 stellen sich somit andere rechtliche Fragen als diejenigen, aufgrund derer der SV eine Spezialisierung des Gerichts vorsah. Der Zweck der Schiedsklausel verlangt demnach nicht ihre Erstreckung auf den K-1 (entgegen KS, N 30).
- 25 Insgesamt ergibt die subjektive Auslegung, dass die Parteien Ansprüche aus dem K-1 nicht von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel erfasst haben wollten.

**2. Eventualiter: Der objektivierten Auslegung zufolge sind Ansprüche aus dem K-1 nicht erfasst**

- 26 Die objektivierte Auslegung nach Vertrauensprinzip würde unter Berücksichtigung der oben genannten Aspekte zum gleichen Schluss führen. Insb. musste eine vernünftig und redlich handelnde Partei nicht davon ausgehen, dass die Schiedsklausel eines Vertrages automatisch

Rückwirkung auf einen zeitlich vorgängigen Vertrag finden würde. Die Parteien mussten den K-1 folglich als von der Schiedsklausel nicht gedeckt ansehen.

### **3. Zwischenfazit**

- 27 Die Auslegung der Schiedsklausel ergibt zusammengefasst, dass Ansprüche aus dem K-1 von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel in den SV-Entwürfen nicht erfasst sind.

### **III. DIE BEKLAGTE HAT SICH NICHT AUF DAS SCHIEDSVERFAHREN EINGELASSEN**

- 28 Entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 47 ff.) liegt im Verhalten der Beklagte keine Einlassung auf das Schiedsverfahren, da sie ihre materiellen Äusserungen nur eventualiter vorbrachte (BGE 128 III 50 E. 2c/aa; CHK-IPRG-FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN, Art. 182-186, N 30). Zudem hat sie gleichzeitig die Unzuständigkeitseinrede erhoben (Einleitungsantwort, N 11 ff.), was eine Einlassung ebenfalls ausschliesst (BSK-IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 108). Auch die Aufnahme der Verrechnungseinrede als Rechtsbegehren im Subeventualstandpunkt (vgl. Rechtsbegehren Nr. 3) erlaubt keinen derartigen Schluss, da im Hauptstandpunkt weiterhin die Unzuständigkeitseinrede erhoben wird (BSK-IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 109). Die Beklagte hat sich demzufolge nicht auf das Schiedsverfahren eingelassen.

### **IV. FAZIT**

- 29 Es liegt keine gültige Schiedsklausel vor. Sollte das Schiedsgericht zum gegenteiligen Schluss kommen, so ist diese nicht auf den K-1 anwendbar. Da sich die Beklagte auch nicht auf das Verfahren eingelassen hat, ist das Schiedsgericht für die Beurteilung der Ansprüche der Klägerin nicht zuständig.

### **C. EVENTUALITER: DIE SCHIEDSKLAGE IST ABZUWEISEN**

- 30 Sollte sich das Schiedsgericht wider Erwarten für zuständig erachten, so ist die Klage abzuweisen, da der K-1 als Verhandlungsvertrag keine Grundlage für den geltend gemachten Anspruch von CHF 4.32 Mio. bietet. Nimmt das Schiedsgericht an, der K-1 sei ein Vorvertrag, besteht die geltend gemachte Forderung nicht, da die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.

#### **I. DER K-1 IST ALS VERHANDLUNGSVERTRAG ZU QUALIFIZIEREN**

- 31 Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 59 ff.) ist der K-1 als Verhandlungsvertrag und nicht als Vorvertrag nach Art. 22 OR anzusehen, da er die Parteien zur Verhandlung und nicht zum Abschluss des SV verpflichtet und zudem dessen wesentliche Vertragspunkte nicht bestimmt.

#### **1. Der K-1 enthält eine Verhandlungs- und keine Abschlusspflicht**

- 32 Die Auslegung des K-1 führt, entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 72 ff.), zum Ergebnis, dass die Parteien eine Verhandlungspflicht und keine Abschlusspflicht vereinbart haben. Daher ist der K-1 als Verhandlungsvertrag und nicht als Vorvertrag zu qualifizieren (BK-OR-KRAMER, Art. 22 N 62; HERZOG, N 164; KUKO-OR-HERZOG, Art. 22 N 3).

**(a) Nach subjektiver Auslegung enthält der K-1 eine Verhandlungspflicht**

**(aa) Nach dem Wortlaut enthält der K-1 eine Verhandlungspflicht**

- 33 Dem Wortlaut zufolge handelt es sich beim K-1 um ein „Memorandum of Understanding“ (K-1, Präambel lit. A). Damit werden Dokumente bezeichnet, die im Laufe von Vertragsverhandlungen erreichte Zwischenergebnisse festhalten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 485; SCHÄRER, S. 23 f.; HERZOG N 156 FN 512). Bereits durch die Wahl dieser Bezeichnung wird folglich klar, dass die Parteien sich in einem Verhandlungsverhältnis befanden. Da mit dem K-1 bezogen auf den Inhalt des SV erst ein Zwischenergebnis vorlag, enthielt er auch lediglich die Pflicht weiterzuverhandeln und nicht bereits die Pflicht den SV abzuschliessen.
- 34 Das sinngemässe Vorbringen der Klägerin (KS, N 73), es liege eine *falsa demonstratio* i.S.v. Art. 18 OR vor, ist nicht stichhaltig. Denn die Parteien wollten nicht *tatsächlich übereinstimmend* etwas anderes (nämlich eine Pflicht zum Abschluss des SV) vereinbaren, als durch den Begriff „Memorandum of Understanding“ zum Ausdruck kommt (KUKO-OR-WIEGAND, Art. 18 N 37).
- 35 Wie die Klägerin zurecht festhält (KS, N 79), besagt Art. 3 K-1 zudem, dass sie die Fremdleistungen ausführen *soll*, wenn die Beklagte den Zuschlag erhält. Durch den Ausdruck „soll“ wird deutlich, dass der Abschluss des SV zwar ein wünschenswertes Ziel ist, jedoch keine Pflicht dazu besteht (Duden, S. 1632). Bereits der Wortlaut zeigt demnach den tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien, im K-1 eine Verhandlungspflicht zu vereinbaren.

**(bb) Nach der Systematik enthält der K-1 eine Verhandlungspflicht**

- 36 Die Parteien sahen in Art. 4 K-1 vor, dass bei Zuschlag und Abschluss des Hauptvertrages ein SV zwischen ihnen geschlossen werden sollte. Für den Fall einer fehlenden Einigung über Umfang und/oder Preis der Fremdleistungen vereinbarten sie jedoch in Art. 8 Abs. 1 lit. g die Beendigung des K-1. Diese Regelung der Konsequenzen eines erfolglosen Verhandlungsverlaufs belegt, dass keine Kontrahierungs- sondern eine Verhandlungspflicht bestand (vgl. MONN, N 123 f.). Hätten die Parteien sich bereits verbindlich zum Abschluss des SV verpflichtet wollen, wäre es obsolet gewesen, die Folgen einer mangelnden Einigung festzulegen. Die systematische Auslegung von Art. 4 und Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 ergibt demnach, dass sich die Parteien lediglich dazu verpflichten wollten, über den SV zu verhandeln.
- 37 Die Annahme, diese Pflicht sei mit Unterzeichnung des K-2 erfüllt und Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 damit hinfällig geworden, ist nicht überzeugend. Der K-2 stellt keine Einigung über Preis und Leistungsumfang im Sinne dieser Bestimmung dar, denn er hielt nur in unverbindlicher Weise den Verhandlungsstand fest (vgl. N 54 ff.). Die Unterzeichnung des K-2 hatte daher keinen Einfluss auf die Geltung von Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 und die im K-1 statuierte Verhandlungspflicht.



*(cc) Nach den Umständen enthält der K-1 eine Verhandlungspflicht*

- 38 Wie Art. 4 K-1 und Art. 8 Abs. 1 lit. b K-1 zeigen, hing der Abschluss des SV vom Eintritt mehrerer ungewisser Ereignisse ab (Einreichung der Offerte, Zuschlag, Abschluss des Hauptvertrages). Es entsprach nicht dem Willen der Parteien, den genauen Inhalt dieses allfälligen, zukünftigen Vertrages bereits im K-1 zu definieren und sich zu seinem Abschluss zu verpflichten, stattdessen wollten sie lediglich eine Verhandlungspflicht vereinbaren.
- 39 Die Klägerin führt aus (KS, N 75 und N 80 f.), das Fehlen einer Non-binding-Klausel im K-1 weise auf die Vereinbarung einer Kontrahierungspflicht hin. Damit verkennt sie, dass mit einer solchen Klausel generell die Bindungswirkung eines Dokuments ausgeschlossen (BGer 4C.36/2001 E. 5a; JAHN, S. 38; MONN, N 612 und N 461 ff.) und nicht „der Kontrahierungszwang wegbedungen“ (KS, N 81) wird. Eine Non-binding-Klausel hätte sich folglich auf die Verbindlichkeit des K-1 ausgewirkt, nicht jedoch auf seinen Inhalt. In ihrem Fehlen liegt daher kein Hinweis auf den Willen der Parteien zur Vereinbarung einer Abschlusspflicht.
- 40 Die Klägerin behauptet sinngemäss (KS, N 82 f.), der Umstand, dass die Beklagte nicht über ihren mangelnden Willen zur Vereinbarung einer Abschlusspflicht im K-1 aufgeklärt habe, weise auf die Vereinbarung einer solchen hin. Unabhängig davon, dass die Beklagte keine Aufklärungspflicht traf (da sie nicht dazu verpflichtet war, der Klägerin etwas mitzuteilen, was diese klar aus dem Vertragstext und den Umständen schliessen konnte; vgl. BGE 102 II 81 E. 2; HUGUENIN, N 1543 f.), kann im Versäumen einer Aufklärungspflicht kein Hinweis auf die Vereinbarung einer Abschlusspflicht gesehen werden. Die Umstände deuten insgesamt ebenso auf den Willen der Parteien hin, im K-1 eine Verhandlungspflicht zu vereinbaren.

*(dd) Nach dem Parteiverhalten enthält der K-1 eine Verhandlungspflicht*

- 41 Im zweiten SV-Entwurf verlangte die Klägerin eine Reduktion ihres Leistungsanteils auf 25 % gegenüber dem im K-2/K-3 festgehaltenen Anteil von 40 % (B-3; B-1) und beharrte im Folgenden darauf (B-6; K-11). Damit wird klar, dass sie erneute Verhandlungen über den K-2/K-3 für zulässig hielt und demnach den K-1 inkl. K-2/K-3 nicht als endgültig bindenden Vorvertrag zum SV, sondern als Verhandlungsvertrag betrachtete. Darauf weist ebenso der Umstand hin, dass die Klägerin die Leistungsreduktion immer noch als legitim erachtet (KS, N 98 ff.). Diese Ausführungen stehen überdies zu ihrer Qualifizierung des K-1 als Vorvertrag, der „keinen Raum für etwaige Abweichungen“ offenliess (KS, N 90) grundlegend im Widerspruch.
- 42 Die Aussage der Beklagten (B-4), sie halte am K-1 und K-2/K-3 fest, erlaubt nicht den Schluss, dass sie von einer Pflicht zum Abschluss des SV ausging. Die Beklagte antwortete damit auf die Forderung der Klägerin, ihren Leistungsumfang um beinahe die Hälfte zu reduzieren. Obwohl der K-2/K-3 nicht verbindlich war (vgl. N 54 ff.), diente er doch als grober Rahmen für die

Verhandlungen des SV. Reduktionen von 5-10 % wären somit problemlos zu diskutieren gewesen; mit ihrer Forderung verliess die Klägerin jedoch deutlich den geschaffenen Verhandlungsrahmen. Im B-4 gab ihr die Beklagte zu verstehen, dass sie diese Leistungsreduktion nicht akzeptieren wollte. Ein Hinweis auf die Vereinbarung einer Abschlusspflicht bez. SV ergibt sich aus dieser E-Mail jedoch nicht.

43 Die Ausführungen der Klägerin (KS, N 78), die (angeblich) vorgenommenen Vorbereitungs-handlungen i.S.v. Art. 2 Abs. 2 K-1 belegen die Vereinbarung einer Abschlusspflicht, überzeugen nicht. Diese waren nämlich für den Zeitraum zwischen der Einreichung der Offerte und dem Entscheid des Klienten vorgesehen und wurden daher zwingend mit dem Risiko, sich als unnütz zu erweisen, getätigt.

44 Die subjektive Auslegung ergibt insgesamt, dass die Parteien sich durch den K-1 zur Verhandlung des SV und nicht zu seinem Abschluss verpflichten wollten.

**(b) Eventualiter: Nach objektivierter Auslegung enthält der K-1 eine Verhandlungspflicht**

45 Sollte das Schiedsgericht der Ansicht sein, es habe kein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille bestanden, so durfte die Beklagte unter den aufgeführten Gesichtspunkten jedenfalls in guten Treuen annehmen, dass der K-1 für die Parteien eine Verhandlungspflicht bez. SV schuf. Die Anwendung des Vertrauensprinzips führt somit zum selben Ergebnis.

**(c) Zwischenfazit**

46 Der K-1 ist als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren, da seine Auslegung ergibt, dass die Parteien eine Verhandlungspflicht und keine Abschlusspflicht hinsichtlich des SV vereinbarten.

**2. Die wesentlichen Punkte des SV sind nicht bestimmt**

47 Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 60 ff.) kann der K-1 überdies keinen Vorvertrag nach Art. 22 OR darstellen, da er die wesentlichen Punkte des SV nicht hinreichend bestimmt.

**(a) Der K-1 bestimmt die wesentlichen Punkte nicht**

48 Ein Vorvertrag muss die objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte des Hauptvertrages bestimmen oder zumindest bestimmbar machen (BGE 118 II 32 E. 3b). Als Hauptvertrag ist i.c. der SV zu verstehen. Da dieser einen Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR darstellt, bestehen die objektiv wesentlichen Vertragspunkte in der Bestimmung des Werks sowie in der Vereinbarung der Entgeltlichkeit (GAUCH, N 381).

49 Die Festlegung des Werklohns war für die Parteien, wie Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 (Beendigung bei fehlender Einigung über den Preis) zeigt, *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss und demnach ein subjektiv wesentlicher Punkt (HUGUENIN, N 260). Daher war, entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 70), eine Einigung auch in dieser Frage erforderlich.

50 Die Parteien vereinbarten im K-1 ausserdem, dass die Klägerin unter dem SV Garantien für ihren Leistungsanteil bereitstellen würde (K-1, Art. 4 lit. c). Für die Beklagte war diese

Garantiestellungspflicht der Klägerin eine Voraussetzung für den Vertragsschluss und die Einigung über ihren Inhalt demnach ein weiterer subjektiv wesentlicher Punkt. Dies gab sie ihr denn auch deutlich zu erkennen, indem sie sie im K-1 unter den „Hauptbestimmungen des SV“ (vgl. den Titel von Art. 4 K-1) aufführte. Überdies musste die Klägerin die Wesentlichkeit dieser Pflicht aufgrund der hohen Bedeutung der Stellung von Sicherheiten im internationalen Baugeschäft (vgl. WESELIK/HAMERL, S. 118) ohnehin annehmen.

- 51 Um die Voraussetzungen eines Vorvertrages zu erfüllen, hätte der K-1 folglich die Werkleistung, den Werklohn sowie die Garantiestellungspflicht der Klägerin hinreichend bestimmen müssen. Hinsichtlich Werkleistung und Werklohn spricht der K-1 lediglich von Fremdleistungen in Höhe von 45 % und vom *Gesamtpreis der* (noch nicht eingereichten) *Offerte* (K-1, Präambel lit. E und lit. D). Die Werkleistung wird somit nicht einmal in den Grundzügen beschrieben und der *definitive Gesamtpreis* und dadurch der Werklohn wird gar nicht erwähnt, weshalb diese Vertragspunkte nicht genügend bestimmt sind (GAUCH, N 382 und N 384).
- 52 Die Garantiestellungspflicht der Klägerin wird im K-1 ebenfalls nicht hinreichend bestimmt. Zum notwendigen Inhalt dieser Pflicht gehört insb. die Garantiesumme, da ohne sie die Beklagte die ihr zustehende Klage auf Bereitstellung der Garantien (BÜSSER, N 238; DOHM, N 115) nicht erheben könnte. Gem. Art. 4 lit. c K-1 soll die Klägerin die Garantien des K-4 „bis zur Obergrenze des Wertes der Fremdleistungen“ bereitstellen. Durch diese Angabe der Obergrenze wird nicht klar, für welche Summe die Garantien letztlich zu stellen sind. Zudem steht selbst diese Obergrenze nicht fest, da der Preis der Fremdleistungen, wie dargelegt, nicht bestimmt ist.
- 53 Dem Gesagten zufolge scheidet eine Qualifizierung des K-1 als Vorvertrag nach Art. 22 OR aus, da er die wesentlichen Punkte des SV nicht ausreichend bestimmt.

**(b) Der K-2/K-3 ist unverbindlich**

- 54 Die klägerische Behauptung (KS, N 64 ff.), die Parteien hätten Werkleistung und Werklohn des SV im K-2/K-3 definiert, ist nicht stichhaltig, da dieser keine verbindliche Einigung darstellt. Die Tatsache, dass auch die Klägerin den K-2/K-3 als unverbindlich betrachtete, zeigt sich insb. in ihrer beharrlichen Forderung, den Fremdleistungsanteil im SV gegenüber jenem, der im K-2/K-3 vorgesehen war, massiv zu reduzieren (B-3; B-1; vgl. N 41).
- 55 Weiter ergibt sich die Unverbindlichkeit des K-2/K-3 aus seinem Zweck. Er sollte die provisorischen Verhandlungsergebnisse bez. Preis und Umfang der Fremdleistungen festhalten (vgl. K-1, Art. 4 lit. b) und so einen groben Rahmen für die allfällige Verhandlung des SV schaffen, um den Verhandlungsprozess entsprechend zu vereinfachen. Eine verbindliche Festlegung von Preis und Fremdleistungen entsprach jedoch nicht seiner Zweckbestimmung.

Zudem hält der K-2/K-3 fest, die Gewinnmarge könne sich „im Verlaufe der Verhandlungen“ verändern und sieht somit weitere Verhandlungen ausdrücklich vor.

- 56 Schliesslich wird die Unverbindlichkeit durch den Umstand deutlich, dass der K-2 bereits kurze Zeit später durch den K-3 abgeändert wurde. Entgegen der Klägerin (KS, N 67) handelt es sich dabei nicht um einen „erneuten Konsens“, sondern um eine Aktualisierung des festgehaltenen Verhandlungsstandes.
- 57 Der K-2/K-3 war für die Parteien demnach nicht verbindlich und kann deshalb für die Bestimmung der wesentlichen Punkte des SV nicht beigezogen werden.

#### **(c) Zwischenfazit**

- 58 Der K-1 stellt keinen Vorvertrag nach Art. 22 OR dar, da er selbst die wesentlichen Punkte des SV nicht genügend bestimmt und der K-2/K-3 mangels Verbindlichkeit unbeachtlich ist.

### **3. Eventualiter: Der K-1 hat sich in einen Verhandlungsvertrag gewandelt**

- 59 Sollte das Schiedsgericht der Auffassung sein, der K-1 sei als Vorvertrag zu betrachten, so hat er sich, entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 88 ff.), in einen Verhandlungsvertrag gewandelt. Die Forderung der Klägerin, ihren Leistungsanteil auf 25 % zu reduzieren (B-3), ist als Antrag zur Vertragsabänderung i.S.v. Art. 115 OR zu verstehen. Die Beklagte reagierte darauf nicht erfreut, da sie sich auf einen Leistungsanteil im Rahmen von 40 % verlassen hatte (vgl. B-4). Dennoch führte sie die Vertragsverhandlungen weiter, was eine konkludente Annahme des Antrags der Klägerin darstellt. Demnach ist der K-1 aufgrund einer Änderung durch Übereinkunft nach Art. 115 OR als Verhandlungsvertrag anzusehen.

### **4. Fazit**

- 60 Der K-1 ist als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren, da er eine Verhandlungs- und keine Abschlusspflicht enthält und zudem die wesentlichen Punkte des SV nicht genügend bestimmt. Eventualiter hat er sich in einen Verhandlungsvertrag gewandelt.

## **II. DER K-1 WURDE RECHTMÄSSIG BEENDET**

### **1. Der K-1 endete *ipso iure* nach Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1**

- 61 Die Klägerin macht geltend (KS, N 95 ff.), die Beklagte habe den K-1 unrechtmässig nach Art. 8 Abs. 1 lit. f (recte lit. g) beendet. Entgegen ihrer Ansicht war die Beendigung des K-1 rechtmässig, da der Beklagten aufgrund Art. 8 Abs. 1 lit. g ein Rücktrittsrecht zustand und sie dieses im Kündigungsschreiben (K-12) nach Treu und Glauben ausgeübt hat. Dies führte zur Auflösung des K-1 *ipso iure*.

#### **(a) Der K-1 enthielt ein vertragliches Rücktrittsrecht**

- 62 Nach Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 endet der Vertrag, wenn die Parteien hinsichtlich Umfang und/oder Preis für die Fremdleistungen zu keiner Einigung finden. Durch diese Bestimmung gestanden sich die Parteien gegenseitig das Recht zu, den Vertrag aufzulösen, wenn sie kein Interesse

mehr an einer Einigung hatten. Sie waren folglich berechtigt, den K-1 frei nach ihrem Willen zu beenden. Dies ergab sich gleichermassen aus dem Kontext der Verhandlungssituation, denn die Parteien sollten nicht unnötig lange gebunden sein, wenn die Verhandlungen nicht zum Erfolg führten (vgl. VON BÜREN, S. 196). Demnach ist in Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 ein freies Rücktrittsrecht zu erblicken.

**(b) Der Rücktritt der Beklagten führte zur Beendigung des K-1 ipso iure**

- 63 Die Ausübung des Rücktrittsrechts nach Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 war ein ungewisses künftiges Ereignis, hing einzig vom Willen der Parteien ab und bewirkte die Auflösung des K-1. Daher ist sie als resolutive Potestativbedingung zu qualifizieren (GAUCH, Dauerverträge, S. 20 f.; BSK-OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 154 N 3; EHRAT, N 48 ff.; VON BÜREN, S. 196). Mit dem Rücktritt der Beklagten im K-12 trat diese auflösende Bedingung ein und der K-1 endete *ipso iure* (BSK-OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 154 N 2; CHK-OR-ROTH PELLANDA, Art. 154 N 11).

**(c) Die Beklagte versties durch den Rücktritt nicht gegen Art. 156 OR**

- 64 Die Klägerin behauptet (KS, N 95 ff. und N 103 ff.), der Rücktritt der Beklagten habe gegen Treu und Glauben verstossen und sei deshalb unwirksam. Da der Rücktritt eine Bedingung darstellt, ist ihr Vorwurf als Geltendmachung von Art. 156 OR zu verstehen. Danach gilt eine Bedingung als nicht eingetreten, wenn eine Partei ihren Eintritt treuwidrig herbeigeführt hat (BGE 109 II 20 E. 2a; GUTMANS, S. 113).
- 65 Wie dargelegt, hing der Eintritt der Bedingung allein vom Willen der Parteien ab. Im Falle solcher Potestativbedingungen gilt Art. 156 OR nur eingeschränkt. Eine treuwidrige Herbeiführung liegt diesfalls nur vor, wenn sich unter Würdigung der gesamten Umstände ergibt, dass die Partei, welche die Bedingung durch ihre Willenserklärung eintreten lässt, ihren Willen treuwidrig betätigt (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4017; vgl. BGE 117 II 273 E. 5c). Ein solcher Schluss fällt ausser Betracht, wenn die Partei über triftige Gründe für ihr Handeln verfügt (BSK-OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 5; HUGUENIN, N 1321). Da sich das Handeln der Beklagten auf verschiedene – im Folgenden näher zu erläuternde – triftige Gründe stützte, hat sie mit ihrem Rücktritt nicht gegen Treu und Glauben i.S.v. Art. 156 OR verstossen.

**(aa) Die Klägerin verliess den im K-2/K-3 geschaffenen Verhandlungsrahmen**

- 66 Die Forderung der Klägerin zur Leistungsreduktion verliess, wie dargelegt (vgl. N 42), den im K-2/K-3 geschaffenen Verhandlungsrahmen deutlich. Indem sie in den weiteren Verhandlungen darauf beharrte, verunmöglichte sie eine Einigung. Der Entschluss der Beklagten zur Beendigung des K-1 stützte sich somit auf einen triftigen Grund. Der Vorschlag der Klägerin (KS, N 98 ff.), einen weiteren Subunternehmer beizuziehen, war im Übrigen nicht akzeptabel, da dies für die Beklagte neben einem zusätzlichen koordinativen Aufwand auch eine

Risikoerhöhung bedeutet hätte (vgl. MÜLLER, S. 45 ff.; GAUCH, Subunternehmer, S. 167). Die vorgängige Ablehnung dieses Vorschlags durch die Beklagte machte ihre Beendigung des K-1 daher nicht treuwidrig.

*(bb) Die Klägerin weigerte sich, den K-9 zu unterzeichnen*

- 67 Die Klägerin macht geltend (KS, N 112 ff.), das Grossbankenerfordernis im K-9 verletze das back-to-back-Prinzip und sie sei daher berechtigt gewesen, seine Unterzeichnung zu verweigern. Die Kündigung der Beklagten gestützt auf die Weigerung der Klägerin verstosse deshalb gegen Treu und Glauben (vgl. Einleitungsanzeige, N 28). Diese Behauptung überzeugt nicht.
- 68 Die Parteien vereinbarten in Art. 4 lit. a K-1 das back-to-back-Prinzip. Wie die Klägerin richtig darlegt (KS, N 114), beinhaltet dieses die Übernahme aller geltenden Verpflichtungen aus dem Hauptvertrag durch den Subunternehmer (WESELIK/HAMERL, S. 67; MÜLLER, S. 41 f.). Die Beklagte hatte die Garantien, die sie nach dem K-4 leisten musste, bei einer Schweizer Grossbank aufgenommen (B-4). Aufgrund des back-to-back-Prinzips war die Klägerin verpflichtet, diesen Standard bez. ihrer Garantien zu übernehmen. Ausserdem ist es bei Grossprojekten wie dem vorliegenden üblich, die Sicherheiten durch erstklassige Schweizer Grossbanken ausstellen zu lassen (vgl. SPAINI, S. 233 f.). Das Grossbankenerfordernis verstösst daher nicht gegen das back-to-back-Prinzip (entgegen KS, N 125 f.).
- 69 Darüber hinaus gestand der K-4 dem Klienten in den Besonderen Vertragsbestimmungen bez. der Garantien ein umfassendes Rückweisungsrecht zu, da er den Klienten berechtigte, eine Garantie zurückzuweisen, sofern sie *für ihn* nicht akzeptabel war. Dies ergibt sich zudem bereits aus dem FIDIC Silver Book, wonach der Besteller – i.c. der Klient – der Einrichtung, welche die Sicherheit stellt, zustimmen muss (K-5, Art. 4.2. und Art. 14.2.). In Anwendung des back-to-back-Prinzips stand der Beklagten dieses Rückweisungsrecht gleichermassen zu, welches sie durch das Grossbankenerfordernis ausübte. Daher entspricht das Grossbankenerfordernis dem back-to-back-Prinzip.
- 70 Die Klägerin führt weiter aus (KS, N 119 ff.), das Grossbankenerfordernis sei überraschend eingeführt worden. Dem ist nicht zuzustimmen, da die Beklagte ihre Anforderungen mitteilte, sobald die Frage der Garantien erstmals ernsthaft aufkam (K-9; B-4). Zuvor wurde dieses Thema nie in der Tiefe diskutiert (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 15).
- 71 Das Grossbankenerfordernis im K-9 war folglich berechtigt. Die Weigerung der Klägerin, diesen Entwurf zu unterzeichnen, bildete somit einen weiteren triftigen Grund für den Rücktritt der Beklagten.
- 72 Dem Gesagten zufolge lagen triftige Gründe für den Rücktritt der Beklagten vor, da die Klägerin zu Unrecht auf ihrer Leistungsreduktion beharrte und sich weigerte den K-9 zu

unterzeichnen. Unter Würdigung der gesamten Umstände ergibt sich demnach, dass die Beklagte ihren Willen nicht treuwidrig betätigt hat. Die Fiktion des Nichteintretens der Bedingung nach Art. 156 OR kommt deshalb nicht zum Tragen und der Rücktritt ist wirksam.

**(d) Zwischenfazit**

73 Die Beklagte hat ihr Rücktrittsrecht nach Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 rechtmässig, im Einklang mit Treu und Glauben i.S.v. Art. 156 OR, ausgeübt. Der K-1 endete daher *ipso iure*.

**2. Eventualiter: Die Beklagte beendete den K-1 rechtmässig nach Art. 107 Abs. 2 OR**

74 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen, es handle sich beim K-1 um einen Vorvertrag i.S.v. Art. 22 OR und Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 sei somit nicht einschlägig war die Beklagte gem. Art. 107 Abs. 2 OR zum Rücktritt berechtigt, da für die Klägerin eine subjektive Leistungsunmöglichkeit bestand.

**(a) Die Leistung wurde für die Klägerin subjektiv unmöglich**

75 Der Klägerin zufolge (KS, N 113 ff.) war die Beklagte nicht zum Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR berechtigt, da sie ihr mit dem K-9 einen nicht dem K-1 entsprechenden SV-Entwurf vorgelegt habe. Unabhängig davon, dass der K-9 dem K-1 entsprach (vgl. N 68 ff.), wäre die Klägerin, wie im Folgenden dargelegt wird, nicht in der Lage gewesen den abzuschliessenden SV zu erfüllen. Bez. Erfüllung des SV lag somit eine subjektive Unmöglichkeit vor. Da diese auf den K-1 als Vorvertrag vorwirkt, wurde auch seine Erfüllung unmöglich (HERZOG, N 375).

76 Subjektive Unmöglichkeit einer Leistung liegt vor, wenn sich das Leistungshindernis für den Schuldner als geradezu unüberwindbar erweist (BGE 135 III 212 E. 3.1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2567). Die Leistung muss dauernd nicht erbracht werden können, wozu auch die Unmöglichkeit der Erbringung der Leistung innert vertraglich vereinbarter Zeit fällt (CHK-OR-FURRER/WEY, Art. 97-98 N 45; KUKO-OR-THIER, Art. 97 N 7; BGE 45 II 192 E. 2).

77 Ein Teil der Leistung der Klägerin bestand in der Konstruktion der Mastenfundamente auf dem Seeboden (vgl. K-2/K-3). Anfang Mai 2016 teilte sie der Beklagten mit, dass diese Konstruktionsarbeiten ihre Expertise übersteigen und sich das dafür nötige Know-how nicht innert nützlicher Frist aneignen lasse (B-1). Sie bestätigte diese Schwierigkeiten Mitte Juni (B-6). Die Beklagte ging dennoch davon aus, die Klägerin könne sich das nötige Wissen noch aneignen und verlangte deshalb Ende Juni die Unterzeichnung des K-9 innert zehn Tagen (K-10). Nach Ablauf dieser Frist wurde das Erbringen der Leistung durch die Klägerin definitiv unmöglich, da der vertraglich vereinbarte Zeitplan mit den darin festgehaltenen Milestones nicht mehr hätte eingehalten werden können und so ein unüberwindbares Leistungshindernis bestand. Die bis zum ersten Milestone verbleibenden zweieinhalb Monate hätten für die bis dahin zu erbringenden Leistungen (für welche eine Dauer von ca. vier Monaten zu erwarten

war, vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 9 f.) selbst bei effizientem Vorgehen nicht ausgereicht.

78 Folglich wurde die Leistung der Klägerin Anfang Juli 2016 bez. Mastenfundamente unmöglich und damit insgesamt teilunmöglich (vgl. SCHWENZER, N 64.31). Da die Beklagte kein Interesse an einer Teilleistung hatte (vgl. B-4), ist die Teilunmöglichkeit der Klägerin nach Art. 20 Abs. 2 OR wie eine gänzliche Unmöglichkeit zu behandeln (CHK-OR-FURRER/WEY, Art. 97-98 N 44; SCHWENZER, N 64.31).

**(b) Die Beklagte ist nach Art. 107 Abs. 2 OR vom K-1 zurückgetreten**

79 Ist eine Leistung subjektiv unmöglich geworden, finden die Regeln über den Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR Anwendung (ZK-OR-AEPLI, Art. 119 N 49; CR-CO I-THÉVENOZ, Art. 97 N 15; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2575; ZIEGLER, S. 66 f.). Danach ist die Gläubigerin zum Rücktritt berechtigt, wenn die Leistung fällig ist und sie dem Schuldner Mahnung und Nachfrist angesetzt hat.

80 Die Leistung der Klägerin aus dem K-1 wurde nach Abschluss des K-4 am 13. April 2016 i.S.v. Art. 75 OR sofort fällig (vgl. K-1, Art. 4), da weder eine gegenteilige Parteiabrede noch die Natur des Rechtsverhältnisses dem entgegenstand (HUGUENIN, N 918; HERZOG, N 362).

81 Bei subjektiver Unmöglichkeit muss die Gläubigerin mahnen und eine Nachfrist ansetzen, sofern die Unmöglichkeit nicht bereits bei Fälligkeit endgültig feststeht (ZIEGLER, S. 67). Das Ansetzen einer Nachfrist kann direkt mit der Mahnung verbunden werden (BGE 103 II 102 E. 1a.; HUGUENIN, N 953). I.c. wurde die Leistung im April fällig, die definitive Unmöglichkeit ergab sich jedoch erst Anfang Juli. Daher hat die Beklagte die Klägerin mit dem K-10 zurecht gemahnt und ihr gleichzeitig eine Nachfrist angesetzt.

82 Nach Art. 107 Abs. 2 OR kann die Beklagte nach Ablauf der Nachfrist auf die Leistung verzichten und vom Vertrag zurücktreten. Mit dem K-12 hat die Beklagte von diesem Wahlrecht Gebrauch gemacht. Die Beklagte musste nicht unverzüglich auf die Leistung verzichten, da die Leistung definitiv unmöglich geworden war und das Bestehen auf Erfüllung deshalb ausschied (BUCHER, S. 339; EHRAT, N 234). Ihr Rücktritt am 12. August 2016 erfolgte demnach rechtzeitig (entgegen KS, N 129). Dem Gesagten zufolge hat die Beklagte den K-1 rechtmässig nach Art. 107 Abs. 2 OR beendet.

**3. Fazit**

83 Der K-1 endete aufgrund des Rücktritts der Klägerin nach Art. 8 Abs. 1 lit. g *ipso iure*. Sofern das Schiedsgericht davon ausgeht, dass es sich beim K-1 um einen Vorvertrag handelt, ist die Beklagte rechtmässig nach Art. 107 Abs. 2 OR zurückgetreten.



### **III. DIE KLÄGERIN HAT AUS DEM K-1 KEINEN ANSPRUCH AUF DAS POSITIVE INTERESSE AUS DEM SV**

84 Die Forderung der Klägerin nach dem positiven Interesse aus dem SV (KS, N 130 ff.) ist abzuweisen, da der K-1 als Verhandlungsvertrag keine Grundlage für einen solchen Anspruch bietet. Eventualiter ist sie abzuweisen, da die Anspruchsvoraussetzungen nicht gegeben sind. Damit erübrigt es sich, auf die klägerischen Ausführungen zum im K-1 vereinbarten Haftungsauschluss (KS, N 140 ff.) einzugehen.

#### **1. Der K-1 gibt keinen Anspruch auf das positive Interesse aus dem SV**

85 Der K-1 als Verhandlungsvertrag gibt keinen Anspruch auf den Abschluss des SV (vgl. N 31 ff.). Daher sind auch Ansprüche auf das positive Interesse aus dem SV ausgeschlossen (vgl. MONN, N 1156). Die Forderung der Klägerin nach dem hypothetischen Gewinn aus dem SV (KS, N 149 ff.) gestützt auf den K-1 entbehrt demnach jeglicher Grundlage.

#### **2. Eventualiter: Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht erfüllt**

86 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten der Auffassung sein, der K-1 stelle einen Vorvertrag dar und ein Anspruch auf das positive Interesse aus dem SV sei möglich, so ist die Forderung der Klägerin dennoch abzuweisen, da die Voraussetzungen von Art. 97 OR nicht erfüllt sind und Art. 377 OR gültig wegbedungen wurde und ohnehin nicht einschlägig wäre.

##### ***(a) Die Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR sind nicht erfüllt***

87 Entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 131 ff.) hat die Beklagte die Exklusivitäts- und Vertraulichkeitsabrede nicht verletzt und ihre Verhaltenspflichten nach Treu und Glauben erfüllt, weshalb kein Anspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR besteht (vgl. BK-OR-WEBER, Art. 97 N 54 ff.; CHK-OR-FURRER/WEY, Art. 97-98, N 6).

##### ***(aa) Die Beklagte hat die Exklusivitäts- und die Vertraulichkeitsklausel nicht verletzt***

88 Die Klägerin behauptet (KS, N 103 ff. und N 132), die Beklagte habe bereits während der Geltungsdauer des K-1 mit einer Drittpartei bez. Abschluss des SV verhandelt und so gegen die Exklusivitätsklausel in Art. 5 K-1 verstossen. Sie begründet ihre Ansicht damit, die Zeitspanne von zehn Tagen zwischen der Beendigung des K-1 (K-12) und der Bekanntmachung der neuen Zusammenarbeit (K-13) sei kaum ausreichend gewesen, um einen neuen SV auszuhandeln. Diese Behauptung ist nicht überzeugend. Die Beklagte stand unter Zeitdruck und gestaltete die Vertragsverhandlungen mit dem neuen Subunternehmer deshalb effizient. Da sie das Projekt zudem bereits gut kannte, reichten zehn Tage aus, um einen neuen SV auszuhandeln. Demzufolge hat die Beklagte die Exklusivitätsklausel nicht verletzt.

89 Gegen die Behauptung der Klägerin (KS, N 134 f.), die Beklagte habe gegen die Vertraulichkeitsklausel in Art. 6 K-1 verstossen, ist ebenfalls einzuwenden, dass die Beklagte erst nach dem Ende des K-1 Verhandlungen mit Dritten aufnahm. Überdies hat sie selbst während dieser

Verhandlungen keine vertraulichen Dokumente preisgegeben. Ihre gegenteilige Ansicht stützt die Klägerin denn auch auf keinen konkreten Anhaltspunkt (vgl. KS, N 135). Dem Gesagten zufolge liegt auch keine Verletzung der Vertraulichkeitsklausel vor.

*(bb) Die Beklagte hat die Nebenpflichten nach Treu und Glauben nicht verletzt*

- 90 Wie dargelegt (N xx) war die Beendigung des K-1 rechtmässig. Folglich hat die Beklagte sich, entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 136 ff.), loyal verhalten und im Einklang mit Treu und Glauben gem. Art. 2 Abs. 1 ZGB gehandelt (vgl. BSK-OR I-WIEGAND, Art. 97 N 34).

*(cc) Die Prüfung der weiteren Voraussetzungen erübrigt sich*

- 91 Da keine Pflichtverletzung vorliegt, kann auf die Prüfung der weiteren Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR verzichtet werden. Ausserdem substantiiert die Klägerin deren Vorliegen in der KS in keiner Weise und unterlässt es insb., den Schaden zu beziffern. Ihre in der Einleitungsanzeige geltend gemachte Schadenersatzforderung von CHF 4.32 Mio., errechnet anhand eines Fremdleistungsanteils von 40 %, ist angesichts der subjektiven Unmöglichkeit der Klägerin, die jedenfalls bez. 15 % der Fremdleistungen bestand, überdies unhaltbar. Der Klägerin steht somit kein Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR zu.

**(b) Art. 377 OR findet keine Anwendung**

- 92 Das Beendigungsrecht gem. Art. 377 OR wirkt auf den K-1 als Vorvertrag zum SV vor (BGE 117 II 273 E. 3b; HERZOG, N 379). Indem die Parteien in Art. 8 die Beendigungsgründe des K-1 abschliessend nannten, bedingten sie Art. 377 OR jedoch gültig weg (vgl. BSK-OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 377 N 20; GAUCH, N 583). Überdies hat die Beklagte den K-1 gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. g (eventualiter auf Art. 107 OR) und nicht nach Art. 377 OR beendet (vgl. N 61 ff.). Ein Anspruch der Klägerin auf volle Schadloshaltung ist somit ausgeschlossen.

### **3. Fazit**

- 93 Die Forderung der Klägerin nach dem positiven Interesse aus dem K-1 von CHF 4.32 Mio. ist abzuweisen, da der K-1 als Verhandlungsvertrag keine Grundlage für einen solchen Anspruch bietet. Eventualiter ist sie abzuweisen, da die Voraussetzungen für einen Anspruch nach Art. 97 OR nicht gegeben sind und Art. 377 OR keine Anwendung findet.

## **D. SUBEVENTUALITER: DIE EINREDE DER VERRECHNUNG IST ZU HÖREN UND GUTZUHEISSEN**

### **I. DIE EINREDE DER VERRECHNUNG IST ZU HÖREN**

- 94 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten die Forderung der Klägerin in Höhe von CHF 4.32 Mio. gestützt auf den K-1 als Vorvertrag gutheissen, erhebt die Beklagte subeventualiter in Höhe von CHF 1 Mio. eine Verrechnungseinrede. Eventualverrechnungen sind zulässig und stellen keine Anerkennung der Hauptforderung dar (GABRIEL/MEIER, S. 62; BGer 4A\_290/2007 E. 8.3.1 analog; BSK-OR I-PETER, Vor Art. 120-126, N 5). Auf die

Einrede ist einzutreten, da sie von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel gedeckt ist und die Beklagte die Vorschriften der SRIA eingehalten hat.

### **1. Die Verrechnungseinrede ist von der Schiedsklausel gedeckt**

95 Ist das Schiedsgericht der Ansicht, der K-1 sei von der Schiedsklausel erfasst, so ist auch die Verrechnungseinrede von dieser gedeckt. Die Verrechnungseinrede ergibt sich nämlich nicht aus dem K-4, sondern aus dem K-1 und ist somit nicht verfahrensfremd (entgegen KS, N 34 und N 42). Der Schaden, den die Beklagte mit der Einrede geltend macht, entstand aufgrund der Unmöglichkeit der Klägerin, den SV und damit den K-1 zu erfüllen (vgl. N 75 ff.). Ihr Unvermögen führte konkret dazu, dass die Beklagte gegenüber dem Klienten in Verzug geriet und zur Zahlung der Konventionalstrafe von CHF 1 Mio. verpflichtet wurde. Für den dadurch entstandenen Schaden haftet die Klägerin der Beklagten aus dem K-1. Die Verrechnungseinrede hat ihren Ursprung folglich im K-1 und ist daher von der Schiedsklausel gedeckt.

### **2. Die Verrechnungseinrede fällt unter Art. 21(5) SRIA**

96 Darüber hinaus ist das Schiedsgericht gestützt auf Art. 21(5) SRIA auch zur Beurteilung von Verrechnungseinreden zuständig, die nicht unter die Schiedsklausel fallen (entgegen KS, N 35). Die Parteien einigten sich mit der Wahl der SRIA, dass Verrechnungseinreden in Übereinstimmung mit dem Prinzip *le juge de l'action est le juge de l'exception* ohne Einschränkungen zulässig sein sollen (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 33).

97 *Eine Einschränkung von Art. 21(5) SRIA ist möglich (ibidem), wurde i.c. jedoch weder explizit (PAVIĆ, S. 48), noch implizit (vgl. Practitioner's Guide-JENNY, Art. 21 SRIA, N 23) vereinbart. Insb. liegt keine implizite Einschränkung durch einen Ausschluss vertragsfremder Verrechnungen (WEHRLI/STACHER, S. 371) i.S.v. Art. 126 OR (ZK-OR-AEPLI, Art. 126 N 1) vor. Die Streichung von Art. 7 K-7 (B-2, Art. 6) stellt keinen solchen Verrechnungsausschluss dar, da die Beklagte nicht annehmen musste, durch die blosse Nichtmehrnennung eines schon im Gesetz vorgesehenen Rechts würde dieses eingeschränkt. Das Recht auf Schadenersatz und damit auch auf Verrechnung dieses Anspruchs wurde demnach nicht ausgeschlossen. Art. 21(5) SRIA findet auf die Einrede der Beklagten folglich vollumfänglich Anwendung.*

### **3. Die Beklagte hat die Verrechnungseinrede formgerecht erhoben**

98 Gem. Art. 9 SRIA ist Art. 3(5) SRIA auch auf die Einleitungsantwort anwendbar. Nach Art. 3(5) SRIA kann eine unvollständige Einleitungsanzeige bzw. -antwort korrigiert werden. Dies hat die Beklagte i.c. getan, indem sie subeventualiter die Einrede der Verrechnung als drittes Rechtsbegehren in die Klageantwort aufgenommen und damit den Anforderungen von Art. 3(10) i.V.m. Art. 3(3)(f) SRIA bzw. Art. 19(3) i.V.m. Art. 18(2)(d) SRIA entsprochen hat. Das Rechtsbegehren ist zudem so klar und bestimmt formuliert, dass es vom Schiedsgericht

ohne Anpassungen oder Konsultierung der rechtlichen Begründung (BERGER/KELLERHALS, N 1207) zum Dispositiv des Entscheides erhoben werden könnte (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 18 N 13). Ein Formfehler liegt somit entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 43) nicht vor. Im Übrigen verkennt die Klägerin (KS, N 45), dass im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Art. 58 Abs. 1 ZPO keine Anwendung findet (Art. 2 ZPO i.V.m. Art. 190 Abs. 2 lit. c IPRG).

#### **4. Die Beklagte muss keine Einschreibgebühr leisten**

99 Nach dem klaren Wortlaut von Art. 1.3 Appendix B SRIA sind die Bestimmungen über die Einschreibgebühr auf jede Widerklage anwendbar. Art. 1.3 Appendix B SRIA kann nicht analog auf Verrechnungseinreden angewandt werden. Dies ergibt sich einerseits aus der Systematik der SRIA, welche klar zwischen Widerklage und Verrechnungseinrede differenziert, indem sie mehrmals auf beide im gleichen Satz Bezug nimmt (bspw. Art. 3(10), Art. 2.4 Appendix B SRIA), wenn beide gemeint sind, und im gegenteiligen Fall explizit nur die Verrechnungseinrede (Art. 21(5) SRIA) bzw. nur die Widerklage (Art. 41(2) SRIA) erwähnt. Eine Ausdehnung von Art. 1.3 Appendix B SRIA würde dieser Systematik zuwiderlaufen.

100 Andererseits ist zu beachten, dass Widerklagen und Verrechnungseinreden unterschiedliche Rechtsinstitute sind. Während Widerklagen eigenständige, dem Angriff dienende Klagen sind und unabhängig vom Schicksal der Hauptklage bestehen bleiben, sind Verrechnungseinreden als blosse Verteidigungsmittel akzessorisch zur Hauptklage (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 19 N 14; GABRIEL/MEIER, S. 58). Das von der Klägerin angerufene Gleichbehandlungsgebot (KS, N 53) findet aus diesem Grund keine Anwendung.

101 Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 52) bezieht sich Art. 3(3)(i) SRIA zudem nicht darauf, *ob* eine Gebühr zu leisten ist, sondern bestimmt, dass, *falls* eine Gebühr gem. Appendix B zu leisten ist, eine Zahlungsbestätigung beizulegen ist. Der von der Klägerin zitierte Entscheid (KS, N 54) ist insoweit unbeachtlich, als er sich mit einer Widerklage und nicht mit einer Verrechnungseinrede befasst. Zusammengefasst schuldet die Beklagte keine Einschreibgebühr.

#### **5. Die Beklagte muss keinen zusätzlichen Kostenvorschuss leisten**

102 Gem. Art. 2.4 Appendix B SRIA werden Klage und Verrechnungseinrede für die Bestimmung des Streitwerts zusammengezählt, sofern die Beurteilung der Verrechnungseinrede einen bedeutenden Mehraufwand erfordert. Ein solcher fällt bspw. an, wenn die Klägerin den Verrechnungsanspruch der Beklagten bestreitet, sodass das Schiedsgericht sowohl den Anspruch der Klägerin als auch jenen der Beklagten beurteilen muss (Komm. SRIA-STACHER, Appendix B N 6). Die Klägerin hat den Verrechnungsanspruch der Beklagten materiell nicht bestritten, sondern sich nur prozessual dazu geäußert (Stellungnahme zur Einleitungsantwort, N 6 ff. und

KS, N 34 ff.). Zudem entspringt die Forderung der Beklagten nicht dem K-4, ist also nicht verfahrensfremd. Deshalb wird das Verfahren entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, N 58) nicht ausgeweitet. Vielmehr hat die Einrede den gleichen Ursprung wie die Hauptklage (den K-1), weshalb ein Mehraufwand nicht zu erwarten ist (GABRIEL/MEIER, S. 67 *e contrario*). Der Streitwert und folglich auch die Schiedsgerichtshonorare und Verwaltungskosten gem. Art. 6.2 Appendix B SRIA erhöhen sich deshalb nicht. Somit ist, entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 55), auch der Kostenvorschuss gem. Art. 41(1) SRIA nicht anzupassen.

103 Das Festsetzen separater Kostenvorschüsse bei Verrechnungseinreden ist, wie von der Klägerin dargelegt (KS, N 57), nur angemessen, wenn ihre Beurteilung mit deutlichem Mehraufwand verbunden ist. Da ein solcher i.c. nicht anfällt, ist dieses Vorgehen unangemessen.

## **II. DIE EINREDE DER VERRECHNUNG IST GUTZUHEISSEN**

104 Nach Bejahung der prozessualen Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der Einrede, ist deren materielle Zulässigkeit zu prüfen (BERGER/KELLERHALS, N 1221). Auf die Hauptforderung der Klägerin ist Schweizer Recht anwendbar (K-1, Art. 9). Mangels Rechtswahl für die Verrechnungseinrede findet gem. Art. 187 Abs. 1 IPRG kraft engstem Zusammenhang auch auf diese Schweizer Recht Anwendung (GABRIEL/MEIER, S. 59). Gem. Art. 120 OR ist die Verrechnung zulässig, wenn zwei Personen sich gegenseitig Geldsummen schulden und beide Forderungen fällig sind. I.c. schuldet die Klägerin der Beklagten Schadenersatz von CHF 1 Mio. aus dem K-1 und die Beklagte der Klägerin angeblich Schadenersatz von CHF 4.32 Mio. aus dem K-1 (KS, N 130 ff.). Die gesetzliche Verrechnung ist somit zulässig. Die Klägerin hat die Forderung materiell nie bestritten, weshalb auf Ausführungen zu deren Bestand verzichtet werden kann.

## **III. FAZIT**

105 Die Verrechnungseinrede der Beklagten ist von der Tragweite der Schiedsklausel im SV gedeckt und darüber hinaus gestützt auf Art. 21(5) SRIA zulässig. Zudem wurde sie formgerecht erhoben und die Beklagte schuldet weder Gebühren noch einen erhöhten Kostenvorschuss. Sie ist überdies materiell zulässig und die Forderung besteht. Dem Gesagten zufolge ist auf die Verrechnungseinrede einzutreten und sie ist gutzuheissen.

## **ERSUCHEN UM GUTHEISSUNG DER RECHTSBEGEHREN**

Abschliessend ersuchen wir das Schiedsgericht, den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 3