

**Moot Court Team 7**

Julia Pellissier  
Una Paunovic  
Sebastian Suter  
Yves Jaquenod

**EINSCHREIBEN**

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

Montag, 19. März 2018

**Klageantwort**

Swiss Rules Fall Nr. 54699-2017

In Sachen

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

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

vertreten durch Moot Court Team 8

**Klägerin**

**gegen**

**DoubleM Bahnen AG**

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 7

**Beklagte**

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

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,  
Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Klägerin 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.“*

**Rechtsbegehren:**

In Übereinstimmung mit Art. 19 der Swiss Rules of International Arbitration der Swiss Chambers' Arbitration Institution ("Swiss Rules") stellen wir folgende Rechtsbegehren

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

# I. Inhaltsverzeichnis

II.	Literaturverzeichnis.....	IV
III.	Texte aus dem Internet .....	IX
IV.	Entscheidverzeichnis.....	X
V.	Abkürzungsverzeichnis.....	XV
A.	Formeller Teil.....	1
1.	Ungültiges Zustandekommen der Schiedsklausel .....	1
1.1.	Relativierung der Autonomie der Schiedsklausel .....	1
1.2.	Der Subunternehmervertrag und die darin enthaltene Schiedsklausel sind mangels Konsens nicht zustande gekommen .....	1
1.3.	Eventualiter: Ungültiges Zustandekommen der Schiedsklausel bei autonomer Betrachtung 2	
a)	Fehlender Rechtsbindungswille der Parteien .....	2
b)	Die vereinbarte Form wurde nicht eingehalten .....	3
1.4.	Eventualiter: Der Kooperationsvertrag wird nicht von der Schiedsklausel erfasst .....	4
2.	Eventualiter: Die Verrechnungseinrede ist zu hören .....	5
3.	Fällung eines Vorentscheids .....	6
B.	Materieller Teil.....	7
1.	Der KV ist als Memorandum of Understanding zu qualifizieren .....	7
2.	Eventualiter: Der Vorvertrag hat sich gewandelt .....	9
3.	Eventualiter: Der Vorvertrag ist ungültig i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR .....	9
4.	Eventualiter: Die Beklagte ist vom Vorvertrag gültig zurückgetreten .....	11
4.1.	Art. 8 lit. g KV ist eine Ausgestaltung des gesetzlichen Rücktrittsrechts von Art. 377 OR .....	11
4.2.	Rücktritt nach Art. 107 OR .....	11
a)	Fälligkeit .....	12
b)	Keine Einrede des nicht erfüllten Vertrages.....	12
c)	Mahnung und Nachfrist .....	13
4.3.	Eventualiter: Antizipierter Vertragsbruch .....	14
5.	Eventualiter: Keine Pflichtverletzung.....	14
5.1.	Keine Verletzung der Kontrahierungspflicht .....	14
5.2.	Keine Verletzung der Exklusivitätsklausel.....	15
5.3.	Kein pflichtwidriger Abbruch der Vertragsverhandlungen.....	16
6.	Eventualiter: Die materiellen Voraussetzungen zur Verrechnung sind gegeben .....	18
6.1.	Existenz der Forderung.....	18
a)	Übernahmeverschulden .....	18
b)	Schaden .....	19
c)	Kausalität .....	19
6.2.	Gegenseitigkeit der Forderungen .....	19
7.	Eventualiter: Die Klägerin schuldet die Konventionalstrafe aus Art. 106 Abs. 2 OR.....	20
C.	Ersuchen um Gutheissung der gestellten Rechtsbegehren.....	20

## II. Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit N...).  
N [3, 18]

BUCHER ANDREAS (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Basel 2011 (zit. CR LDIP-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).  
N [13]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER, S. ...).  
N [10, 41, 56, 90]

DUBISSON MICHEL, Arbitration in Subcontracts for International Projects, in: J. intr. arbitr., New York 1984, S. 197–211 (zit. DUBISSON, J. intr. arbitr. 1984, S. ...).  
N [110]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. CHK OR-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).  
N [18]

GABRIEL SIMON/WICKI JODOK, Vorvertragliche Schiedszuständigkeit, in: ASA Bulletin Juni Vol. 27, No. 2 (2009), S. 236–255 (zit. GABRIEL/WICKI, S. ...).  
N [11, 15]

GAUCH PETER, Der Totalunternehmervertrag: von seiner Rechtsnatur und den Rücktritt des Bestellers, in: BR/DC Nr. 2 (1989), S. 3943 (zit. GAUCH, Totalunternehmervertrag, S. ...).  
N [64]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011 (zit. GAUCH, Werkvertrag, N ...).  
N [64]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N ...).  
N [13, 99, 104]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. GRISBERGER/VOSER, N ...).  
N [20]

GLOOR SIMONE, Das vertragliche Übernahmeverschulden: Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme, Diss. Luzern 2011 (zit. GLOOR, N ...).  
N [103, 104, 109]

GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014 (zit. GÖKSU, N ...).  
N [20]

HABSCHEID WALTHER J., Teil-, Zwischen- und Vorabschiedsprüche im schweizerischen und deutschen Recht, ihre Anfechtbarkeit und die Rechtsfolgen ihrer Aufhebung durch das Staatsgericht (unter besonderer Berücksichtigung der Streitgenossenschaft), in: ZSR 106 Halbband I (1987), S. 670–689 (zit. HABSCHEID, ZSR 1987, S. ...).  
N [36]

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Schweizerische Zivilprozessordnung Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO: Band III - Binnenschiedsgerichtsbarkeit, Bern 2014 (zit. BK ZPO-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).  
N [36]

HERZOG R. NICOLAS, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Diss. Zürich 1999 (zit. HERZOG, N ...).  
N [64, 72, 73]

HOFFMAN-NOWOTY HANS-JOACHIM, *Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht*, in:  
SSZR Bd. 3, Diss. Zürich 2010 (zit. HOFFMAN-NOWOTY, SSZR 2010, N ...).  
N [34]

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 [24]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar  
Obligationenrecht I*, Art. 1-183 OR, 6. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK OR I-  
BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).  
N [10, 13, 30, 38, 56, 72, 102]

HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage,  
Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. HUGUENIN, Rz. ...).  
N [4, 45, 59, 108]

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privat-  
recht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA,  
Bürgschaft*, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK OR-BEARBEITER/IN, Art. ...  
N ...).  
N [64]

ISLER PETER R., *Letter of Intent*, in: *Mergers & Acquisition VI*, TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.),  
S. 1-21, Zürich 2004 (zit. ISLER, S. ...).  
N [40, 89]

KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des  
allgemeinen Schuldrechts*, 4. Auflage, Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT, N ...).  
N [59, 68, 69, 86]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. KOLLER, Werkvertrag, N ...).

N [49]

KRAMER ERNST, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Unterteilband 1a Inhalt des Vertrages Unterteilband 1a, Art. 19-22 OR, Bern 1991 (zit. BK OR II-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).

N [40]

MONN VALENTIN, Die Verhandlungsabrede: Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Diss. Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. MONN, N ...).

N [38, 40, 49]

PAVIC VLADIMIR, Jurisdiction of an Arbitral Tribunal over Set-Off under Swiss Rules of International Arbitration, in: ASA Special Series No. 44, 10 Years of Swiss Rules of International Arbitration, New York 2014 (zit. PAVIC, S. ...).

N [26]

PETER FLAVIO, Auslegung einer Schiedsklausel, Besprechung von BGer 4A\_90/2014 vom 9.7.2014, in: ius.focus, (2014), Heft 9, S. 243-244 (zit. PETER, S. ...).

N [22]

SCHENKER URS, Unternehmenskauf: rechtliche und steuerliche Aspekte, Bern 2016

(zit. SCHENKER, S. ...).

N [89]

SCHLOSSER PETER, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit,

2. Auflage, Tübingen 1989 (zit. SCHLOSSER, N ...).

N [49]

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, Teilband V 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkung vor Art. 1 OR, Kommentar zu Art. 1-17 OR, Zürich 1973 (zit. ZK OR-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...).

N [47]

SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004 (zit. SCHUMACHER, N ...).

N [112]

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

N [38]

VAN DER PUIL JOHN/VAN WEELE ARJAN, International contracting: contract management in complex construction projects, London 2014 (zit. VAN DER PUIL/ VAN WEELE, S. ...).

N [40]

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 [24, 26]

ZIMMERLI CHRISTOPH P., Die Verrechnung im Prozess und in der Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Basel 2002 (zit. ZIMMERLI, S. ...).

N [24]

### III. Texte aus dem Internet

Handelsblatt, Artikel vom 23.06.2017:

<http://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/zerschlagung-kriseinde-veneto-banken-nicht-mehr-zu-retten-/19975838.html>, abgerufen 31.01.2018

(zit. <http://www.handelsblatt.com>).

N [75]

Standard & Poor's Rating and Services vom 01.03.2016:

<https://www.gruppenetobanca.it/documents/17503/1347758/Rating+2016+03+01+S%26P+downgrade+a+B+Neg.pdf>, abgerufen am 21.01.2018

(zit. <https://www.gruppenetobanca.it>).

N [95]

Reuters, Artikel vom 24.06.2016:

<https://www.reuters.com/article/italy-venetobanca/update-1-italys-bailout-fund-to-take-over-veneto-banca-after-ipo-flop-idUSL8N19G6LL>, abgerufen 22.02.2018

(zit. <https://www.reuters.com>).

N [95]

#### **IV. Entscheidverzeichnis**

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

6. Juni 1917

BGE 43 II 352

N [78]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

17. März 1937

BGE 63 II 133

N [24]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

26. Juni 1962

BGE 88 II 195

N [102]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

1. November 1973

BGE 99 II 282

N [89]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

8. Februar 1974

BGE 100 II 18

N [13]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

17. Mai 1977

BGE 103 II 102

N [76]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
15. März 1990  
BGE 116 Ia 56  
N [11]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
24. September 1990  
BGE 116 II 436  
N [78]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
6. März 1992  
BGE 118 II 32  
N [49]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
2. September 1993  
BGE 119 II 380  
N [3]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
20. Dezember 1995  
BGE 121 III 495  
N [3]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
7. Oktober 1997  
BGE 124 III 155  
N [104]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

1. Oktober 2001

BGer 4C.247/2001

N [4]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

16. Oktober 2001

BGE 128 III 50

N [1, 3]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. D. d.o.o. gegen Bank C. sowie Schiedsgericht  
der Zürcher Handelskammer (staatsrechtliche Beschwerde)

4P.67/2003 vom 8. Juli 2003

BGE 129 III 675

N [11]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

23. Juni 2004

BGer 4C.58/2004

N [81]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

15. September 2004

BGer 4C.126/2004

N [104]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

29. Februar 2008

BGer 4A\_452/2007

N [20]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

23. April 2009

BGE 135 III 433

N [30]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

4. September 2013

BGer 4A\_297/2013

N [11]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung vom

27. Februar 2014

BGE 143 III 134

N [11]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts

18. Februar 2016

BGer 4A\_84/2015

N [12]

Auszug aus dem Urteil der zweiten öffentlich-rechtlichen Abteilung vom

23. Mai 2016

BGE 143 II 37

N [82]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts

31. Januar 2018

BGer 4D\_71/2017

N [4]

Urteil des Bundesgerichtshofs der Bundesrepublik Deutschland

18. Dezember 1997

BGH, IX ZR 153/96 S. 330 ff.

N [112]

## V. Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
B-2	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 10. Mai 2016 (MarkUp, Auszug)
B-3	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 10. Mai 2016 (Auszug)
B-4	Korrespondenz vom 10. Mai 2016
B-5	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 30. Mai 2016 (MarkUp, Auszug)
B-6	Korrespondenz vom 21. Juni 2016 von GF an DMB
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (amtliche publizierte Entscheide)
BGer	Bundesgericht (nicht amtlich publizierte Entscheide)
BGH	Bundesgerichtshof der Bundesrepublik Deutschland
BK	Berner Kommentar
BR/DC	Beiträge aus dem Seminar für Schweizerisches Baurecht, Universität Freiburg
BSK	Basler Kommentar
bzgl.	bezüglich
CET1	Common Equity Tier 1
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht
CR	Commentaire romand
CS	Credit Suisse AG
Diss.	Dissertation
DMB	DoubleM Bahnen
E.	Erwägung
etc.	et cetera
EPC	Engineering, Procurement, and Construction
f./ff.	folgende/die Folgenden
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
FS	Festschrift
GF	G-Funivie S.r.l.

Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptvertrag vom 13. April 2016 [K-4]
i.c.	in casu (im vorliegenden Fall)
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, Stand am 1. April 2017, SR 291
i.S.v	im Sinne von
J. int. arbitr.	Journal of international Arbitration
K-1	Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016
K-2	Appendix I: Umfang der Leistungen von GF vom 1. April 2016
K-3	Nachtrag zum Appendix I vom 1. April 2016
K-4	Hauptvertrag vom 13. April 2016 (Auszug)
K-7	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 25. April 2016 (Auszug)
K-9	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 30. Mai 2016
K-10	Auskaufsangebot vom 29. Juni 2016
K-11	Korrespondenz vom 6. Juli 2016
K-12	Kündigungsschreiben vom 12. August 2016
K-13	Screenshot von stanserpost.ch vom 22. August 2016
Klient	Stadt und Kanton Zürich
Komm.	Kommentar
KS	Klageschrift Team 8
KSG	Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (nicht mehr in Kraft seit dem 1.1.2005)
KV	Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016 [K-1]
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18. Dezember 198, Etat du 1er Avril 2017, RS 291
lit.	litera (Buchstabe)
Mio.	Million
MoU	Memorandum of Understanding
MWST	Mehrwertsteuer
N/N.	Note(n); Fussnote(n); Randnote(n)
No.	Number/Nummer

Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220, Stand 1. April 2017
OR AT	Obligationenrecht Allgemeiner Teil
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
S.r.l	Società a responsabilità limitata
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechtes
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration, Fassung vom 1. Juni 2012
SSRZ	Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
TP	TP-Bahnen AG
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VV	Vorvertrag
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, Stand am 1. Januar 2018
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
zzgl.	zuzüglich

## **A. Formeller Teil**

### **1. Ungültiges Zustandekommen der Schiedsklausel**

1 Aufgrund des in Art. 178 Abs. 3 IPRG verankerten Grundsatz der Autonomie der Schiedsklausel, erachtet die Klägerin die Schiedsklausel als gültig zustande gekommen. Die reine Tatsache, dass die Schiedsklausel vom HV trennbar ist, impliziert entgegen der klägerischen Auffassung nicht, dass sie vom HV zwingendermassen unabhängig ist (BGE 128 III 50 E. 2b bb). Dies hat zur Folge, dass der Grundsatz der Autonomie die Schiedsklausel nicht von jedem dem HV zugrunde liegenden Mangel heilen kann.

2 Es ist weder ein Konsens über die Schiedsklausel zustande gekommen, noch haben die Parteien ihren Rechtsbindungswillen in verbindlicher Form ausgedrückt.

#### **1.1. Relativierung der Autonomie der Schiedsklausel**

3 Die Ungültigkeit des HV zieht, entgegen der in Art. 178 Abs. 3 IPRG aufgestellten Regel, die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung nach sich, wenn der HV und die darin enthaltene Schiedsklausel an demselben *grundlegenden* Mangel leiden (BGE 119 II 380 E. 4a; BGE 121 III 495 E. 6a; BGE 128 III 50 E. 2b bb). Gravierend und somit grundlegend, sind massive Fehler in der Willensbildung wie Dissens oder Furchterregung (BGE 119 II 380 E. 4A; BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit, N 622).

#### **1.2. Der Subunternehmervertrag und die darin enthaltene Schiedsklausel sind mangels Konsens nicht zustande gekommen**

4 Vorliegend haben sich die Beklagte und die Klägerin betreffend den subjektiv und objektiv wesentlichen Punkten des HV nicht geeinigt, insbesondere betreffend Leistungsumfang und Bankgarantie [vgl. Korrespondenzen K-10, K-11 und B-6]. Können sich die Parteien wie beschrieben nicht einigen, besteht ein offener Dissens (HUGUENIN ,Rz. 251 ff.; BGer 4C.247/2001 E. 2a; BGer 4D\_71/2017 E. 5.1).

5 Der Dissens, an dem der Subunternehmervertrag leidet stellt einen grundlegenden Mangel in der Willensbildung dar und wirkt sich daher auch auf die Schiedsklausel aus und kann nicht vom Grundsatz der Autonomie geheilt werden. Aus diesem Grund ist der Subunternehmervertrag, zusammen mit der Schiedsklausel, als Ganzes ungültig.

### 1.3. Eventualiter: Ungültiges Zustandekommen der Schiedsklausel bei autonomer Betrachtung

6 Kommt das Gericht wider Erwartens zum Schluss, der Dissens erstrecke sich nicht auf die Schiedsklausel, so muss auch bei einer separierten Betrachtung der Schiedsklausel eine Willenseinigung verneint werden.

7 Der Ansicht der Klägerin (KS, Rz. 10 f.), dass durch Retourneren der Schiedsklausel im Vertragsentwurf vom 30. Mai 2016 und der Äusserungen der Beklagten im dazugehörigen Schreiben, ein normativer oder sogar tatsächlicher Konsens entstanden ist, kann nicht gefolgt werden.

8 Die Beklagte spricht in [B-4] ihre Zustimmung für gewisse Verhandlungsergebnisse aus, indem sie erklärt: “(...) sind wir *weitgehend* mit euren (kosmetischen) Änderungen einverstanden”. Aus der Formulierung “*weitgehend*” wird nicht klar, für *welche* der provisorischen Verhandlungsänderungen die Beklagte ihre Zustimmung erteilt. Gleichzeitig wird durch den Wortlaut jegliche Zustimmung in der Sache relativiert. Es ist bzgl. der Schiedsklausel nie zu einem Konsens gemäss Art. 1 OR gekommen, weshalb die Schiedsklausel keine Gültigkeit erlangt.

#### a) Fehlender Rechtsbindungswille der Parteien

9 Selbst wenn das Gericht eine Einigung über den Inhalt der Schiedsklausel annimmt, hat die Beklagte ihren Rechtsbindungswillen nie ausgedrückt.

10 Im Rahmen von Vertragsverhandlungen ist zu unterscheiden zwischen dem *Aushandeln* des Vertragsinhalts einerseits und dem Bilden bzw. *Äussern* des Verpflichtungswillens andererseits (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Art. 1 N 29). Eine Einigung in der Sache führt nicht zwingend zu einem Vertragsschluss, wenn die Parteien dieser keine rechtliche Bindungswirkung zukommen lassen wollen (BUCHER, S. 93).

11 Ein starkes Indiz für einen fehlenden Rechtsbindungswillen besteht darin, dass die Erklärungen in einem Entwurfsdokument enthalten sind (GABRIEL/WICKI, S. 254). Derart geäusserte Erklärungen müssen in aller Regel als nicht rechtsverbindlich verstanden werden. In Bezug auf eine Schiedsvereinbarung hat dies ebenso zu gelten, insbesondere da das BGer eine Schiedsvereinbarung nicht leichthin annimmt (BGE 140 III 134 E. 3.2). Der Wahl eines Schiedsgerichts kommt grosse Bedeutung zu, da es mit höheren Kosten verbunden ist und mit dem Verzicht auf ein staatliches Gericht die Rechtsmittelwege eingeschränkt werden (BGE 129 III 675 E. 2.3). Ein diesbezüglicher Verzichtswille muss im Zweifelsfall restriktiv ausgelegt werden (BGer 4A\_279/2010 E. 3.1; BGE 116 Ia 56 E. 3b).

12 Wird jeder Erklärung in einem Vertragsentwurf bereits rechtliche Bindungswirkung zugesprochen, verunmöglicht dies eine Vertragsverhandlung. Es wäre im Hinblick auf die Rechtssicherheit stark problematisch, wenn die Beklagte durch den Austausch von Vertragsentwürfen bereits damit rechnen müsste, sich einer Schiedsvereinbarung unterworfen zu haben (vgl. BGer 4A\_84/2015 E. 6). In Übereinstimmung mit der restriktiven Auslegung der Schiedsklausel, kann es nicht im Sinne der Parteien gewesen sein, den Streitbeilegungsmechanismus durch den blossen Austausch von Vertragsentwürfen festzulegen und rückwirkend auf Ansprüche aus einem anderen Vertrag zu übertragen.

**b) Die vereinbarte Form wurde nicht eingehalten**

13 Um der Problematik eines übereilten Abschlusses einer Schiedsklausel vorzubeugen, können die Parteien einen Bindungswillen durch blosse Schriftlichkeit explizit oder konkludent ausschliessen, wenn sie i.S.v. Art. 16 OR eine strengere Form vorsehen (CR LDIP-TSCHANZ, Art. 178 N 113 f.). Das Ziel einer solchen strengeren Formvorschrift besteht darin, die Parteien vor einem übereilten Geschäftsabschluss zu schützen und die Verhältnisse zwischen den Parteien möglichst klar zu fixieren (BSK OR I-WIEGAND/HURNI, Art. 11 N 2). Haben die Parteien einen Formvorbehalt vorgesehen, so entsteht i.S.v. Art. 16 Abs. 1 OR die Vermutung, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 590; BGE 100 II 18 E.2). Im Zweifel gilt die Formabrede als Gültigkeitserfordernis (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 16 N 6).

14 Die Parteien haben sich im Rahmen des KV explizit zur *Unterschriftlichkeit* verpflichtet [K-1, Ziff. 9 KV] und haben diese Parteivereinbarung mehrfach bei Änderungen eingehalten [bspw. bei den Änderungen des Appendix I vom 1. April 2016, K-2, K-3]. Auch der Subunternehmervertrag aus dem die Klägerin eine Zuständigkeit des Schiedsgerichts ableiten will enthält eine Vereinbarung zur Unterschriftlichkeit [K-7, Ziff. 9; K-9 Ziff. 7; B-4]. Aus dieser Vereinbarung ist klar zu erkennen, dass es für die Parteien von grosser Bedeutung war, das Entstehen konkludenter Vereinbarungen, welche nicht vom Rechtsbindungswillen getragen sind, zu verhindern.

15 Im Normalfall erklärt eine Partei ihren Rechtsfolgewillen nur, wenn sie verkehrsüblich signiert hat (GABRIEL/WICKI, S. 244). Nur dann darf der Wille entsprechend verstanden werden. Dies liegt nicht bereits beim Austausch von Vertragsentwürfen vor.

16 Die Entwürfe aus denen die Klägerin eine Schiedsklausel ableiten will [K-7; K-8] weisen zwar ein Feld für eine Unterschrift auf, sind von den Parteien jedoch nicht unterzeichnet. Zusätzlich zeigt die Bezeichnung der Entwürfe als «Draft» [B-4], dass die Parteien keine Bindung vor

Unterzeichnung, und damit vor der Erfüllung der Formerfordernisse, wollten. Folglich wurde das Unterschriftserfordernis nicht erfüllt.

#### **1.4. Eventualiter: Der Kooperationsvertrag wird nicht von der Schiedsklausel erfasst**

- 17 Als vorgelagerter Vertrag wird der KV entgegen der Behauptung der Klägerin (KS, Rz. 16 f.) nicht von der Tragweite der Schiedsklausel erfasst.
- 18 Inwieweit Ansprüche aus einem Vertrag, unter die in einem anderen Vertrag enthaltene Schiedsklausel fallen, hängt vom Parteiwillen ab (BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit, N 474 f.). Dieser ist primär nach dem Wortlaut zu beurteilen, doch auch Begleitumstände, Interessenlage und Zweck der Vereinbarung sind mit zu berücksichtigen (CHK OR-KUT, Art. 18 N 10 ff.).
- 19 Nach dem Wortlaut kann sich die Schiedsvereinbarung lediglich auf Streitigkeiten beziehen, die ihre Anspruchsgrundlage im Subunternehmervertrag haben. Denn die von den Parteien gewählte Musterklausel der Swiss Chambers' arbitration institution spricht von "[...] Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit *diesem* (Subunternehmer-)Vertrag [...]".
- 20 Eine so formulierte Schiedsklausel umfasst Streitigkeiten über das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages sowie Ansprüche, die aus der Vertragsbeendigung oder unerlaubter Handlung resultieren. Erfasst werden auch allfällige Streitigkeiten aus ergänzenden, ändernden oder erweiternden Vertragsnachträgen (GÖKSU, N 443 ff.). Sie ermächtigt das Schiedsgericht jedoch *nicht* zur Beurteilung von *klauselfremden* Forderungen aus *vorgelagerten* oder *konnexen* Verträgen (GIRSBERGER/VOSER, N 397; BGer 4A\_452/2007, E 2.5.2.).
- 21 Sinn und Zweck des KV ist es die Verhandlungsabreden im Hinblick auf eine spätere Zusammenarbeit zwischen den Parteien zu verschriftlichen [KV, Ziff. 1 Abs. 2]. Hätten die Parteien *jeglichen* Disput einem Schiedsgericht unterwerfen wollen, hätte der Kooperationsvertrag eine Schiedsklausel aufweisen müssen. Die Parteien haben eine solche jedoch bewusst weggelassen und sich für eine Rechtswahlklausel [KV, Ziff. 9] entschieden.
- 22 Weiter argumentiert die Klägerin, die Schiedsklausel sei zu Beginn der Verhandlungen des KV weniger weit gefasst gewesen und von den Parteien bewusst erweitert worden (KS, Rz. 18). Es waren jedoch nicht *die Parteien* welche eine Ausweitung wollten, sondern *einzig die Klägerin*. Insofern muss im Zeichen einer umfassenden Vertragsauslegung auch die Unklarheitsregel (*in dubio contra proferentem*) angewendet werden, welche besagt, dass unklare (Schieds-)Klauseln zu Ungunsten derjenigen Partei auszulegen sind, die sie verfasst hat (PETER, S. 244). So muss die von der Klägerin geschaffene Unklarheit zwangsläufig auch ihr zugeschrieben werden und darf nicht zu Ungunsten der Beklagten ausgelegt werden.

23 Die von der Klägerin geforderte Ausdehnung des Parteiwillens im Nachhinein ist unter dem Gesichtspunkt der Parteiautonomie und Rechtssicherheit, insb. für vorangehende Verträge, unzulässig. Da die objektive Tragweite der Schiedsklausel den KV nicht erfasst, ist das Schiedsgericht für die Beurteilung der Ansprüche nicht zuständig.

## 2. Eventualiter: Die Verrechnungseinrede ist zu hören

24 Entscheidet das Schiedsgericht seine Zuständigkeit sei gegeben, so muss auch die Verrechnungseinrede der Beklagten beurteilt werden. Dank der liberalen Zuständigkeit der Verrechnungseinrede gemäss Art. 21 Ziff. 5 SRIA, stellt sich die Frage der prozessualen Zuständigkeit für die Verrechnungseinrede grundsätzlich nicht (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 32), denn sie gilt mit der Wahl der Swiss Rules als ausdrücklich vereinbart (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 84). Die Klägerin spricht von einer überraschenden Ausdehnung der Zuständigkeit (KS, Rz. 23 f.) und stützt sich dabei auf den überholten Art. 29 KSG (vgl. ZIMMERLI, S. 175 ff.), nicht auf das hier anwendbare IPRG und die SRIA. Dieser Ansatz fördert eine unerwünschte Prozessverzögerung und steht dem Grundsatz *le juge de l'action est le juge de l'exception* entgegen (BSK-IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 85; BGE 63 II 133 E. 3.c).

25 Die Klägerin behauptet, die Parteien hätten die Verrechnungseinrede nach Art. 21 Ziff. 5 SRIA ausgeschlossen, indem der KV eine entsprechende Regelung (KS, Rz. 22 f.) vorsah.

26 Mit Annahme der Swiss Rules haben die Parteien vereinbart, dass die Verrechnung ohne Beschränkungen zulässig ist (Komm. SRIA-BERGER, Art. 21 Ziff. 5 N 33). Die Parteien sind jedoch befugt die Regelung in Art. 21 Ziff. 5 SRIA zu beschränken oder für nicht anwendbar zu erklären. Solche Einschränkung der schiedsrichterlichen Zuständigkeit haben *explizit* zu erfolgen (PAVIC, S. 48). Die Parteien haben keine entsprechende explizite Vereinbarung getroffen.

27 Kommt das Gericht wider Erwarten zum Schluss es sei auch für die Beurteilung vorgelagerter Verträge zuständig (Rz. 17 ff.), so sind folglich auch die Ansprüche der Beklagten aus dem KV durch das Schiedsgericht zu beurteilen.

28 Die Klägerin zieht aus Art. 7 Abs. 2 KV den Schluss, die zur Verrechnung gebrachte Konventionalstrafe sei als interner Kostenpunkt vertraglich wegbedungen (KS, Rz. 24 ff.). Damit verkennt die Klägerin, dass sich Art. 7 Abs. 2 KV in seiner systematischen Einordnung nicht auf den KV bezieht.

29 Die genannte Klausel erstreckt sich nicht auf die gesamte Zusammenarbeit zwischen den Parteien, sondern ausdrücklich auf die "Vorbereitung, Aushandlung und Einreichung des Gebotes an den Klienten" [in Ziffer 1 auch als Evaluierungsphase bezeichnet, K-1].

- 30 Die Konventionalstrafe dient zur Sicherung der Erfüllung einer Hauptschuld (BGE 135 III 433 E. 3.1) und ist in der Regel akzessorisch an diese Schuld gebunden (BSK OR I-EHRHART/WIDMER, Art. 160 N 3). Die Hauptschuld ist zweifellos der Bau der “Luftseilbahn über Seebecken Zürich” [K-1, K-4, etc.]. Diese Hauptschuld wird erst mit dem Erhalt des Zuschlags begründet und kann somit nicht als Kostenpunkt in diese Evaluierungsphase fallen. Ob und welche Konventionalstrafe der Klient und die Beklagte vereinbaren, konnte in der Evaluierungsphase nicht vorhergesehen werden. Zusätzlich haben die Parteien gemäss Art. 8 KV vereinbart, dass der KV mit Abschluss des Subunternehmervertrags automatisch beendet ist.
- 31 Es wäre paradox einen Verrechnungsausschluss nur bis zum Zeitpunkt zu vereinbaren, in dem eine Einigung über den HV erzielt wird, die Zusammenarbeit zwischen den Parteien also tatsächlich beginnt.
- 32 Dadurch, dass keine Einschränkung der Zuständigkeit festgestellt werden kann, bleibt es bei den in den Swiss Rules vorgesehenen weiten Zuständigkeit in Bezug auf die Verrechnungseinrede, weshalb sie vom Gericht gehört werden muss.

### **3. Fällung eines Vorentscheids**

- 33 Die Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts sollte im Interesse aller Parteien möglichst rasch entschieden werden; ansonsten droht u.U. eine unnötige Verlängerung des gesamten Verfahrens. Die Beklagte beantragt deshalb die Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts in einem Vorentscheid nach Art. 186 Abs. 3 IPRG zu beantworten, dies im Sinne der Verfahrensökonomie.
- 34 Das Schiedsgericht entscheidet in der Regel entsprechend Art. 186 Abs. 3 IPRG über seine Zuständigkeit in einem Vorentscheid, wenn keine triftigen Gründe dagegensprechen (HOFFMAN-NOWOTY, SSZR 2010, Rz. 60).
- 35 Eine Ausnahme betrifft den Fall, dass die Verknüpfung der Unzuständigkeitseinrede mit der Hauptsache so eng ist, dass darüber nicht getrennt entschieden werden kann.
- 36 Mit Rücksicht auf die Prozessökonomie, müssen hohe Ansprüche an diese Verknüpfung gestellt werden, denn bei einem negativen Entscheid des Schiedsgerichts steht bereits ein Endentscheid fest (HABSCHIED, ZSR 1987, S. 672 f.). Entscheidet sich das Schiedsgericht gegen einen Vorentscheid, besteht die Gefahr, dass der Schiedsspruch im Nachhinein aufgehoben wird und das Schiedsgericht und die Parteien vergebens Zeit und Kosten für den Entscheid in der Sache aufgewendet haben (BK ZPO-PFISTERER, Art. 359 N 23).
- 37 Fakt ist, dass der Vertrag aus welchem die Klägerin ihre Ansprüche geltend macht, keine Schiedsklausel enthält. Dass auch der KV von der Schiedsklausel erfasst sein soll, konstruiert

die Klägerin aus einer Autonomie der Schiedsklausel. Aus Sicht der Beklagten ist diese Klausel nie gültig zustande gekommen (Rz. 4 ff.). Daher ist in einem ersten Schritt lediglich das gültige Zustandekommen der Schiedsklausel zu überprüfen. Die Klägerin stellt eine Reihe weiterer materieller Begehren (KS, Rz. 40 ff.), welche nur dann beurteilt werden müssen, wenn das Schiedsgericht seine Zuständigkeit bejaht. In solchen Fällen ist der Regel von Art. 186 Abs. 3 IPRG zu folgen und im Sinne der Prozessökonomie ein Vorentscheid über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu fällen.

## **B. Materieller Teil**

### **1. Der KV ist als Memorandum of Understanding zu qualifizieren**

- 38 Entgegen dem Vorbringen der Klägerin ist der KV nicht als VV, sondern als reine Verhandlungsabrede zu qualifizieren. Der KV wird in der Präambel als Memorandum of Understanding (MoU) bezeichnet. Ein MoU bringt die Absicht der Parteien zum Ausdruck, unter gewissen Bedingungen einen Vertrag einzugehen (MONN, N 432). Im Gegensatz zum VV besteht bei einem MoU keine Kontrahierungspflicht in Bezug auf den Hauptvertrag (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 28). Der Abschluss des Hauptvertrages ist nicht Gegenstand des KV, sondern lediglich Motiv für dessen Abschluss (THOUVENIN, N 826).
- 39 Die Parteien verpflichten sich durch den KV im Falle eines Zuschlags ernstliche Verhandlungen zu führen, mit dem Ziel, den Subunternehmervertrag abzuschliessen. Diese Absicht lässt sich anhand von Art. 1 KV erkennen: *“Die grundlegenden Bestimmungen für die weitere Zusammenarbeit festzuhalten (...).”* Damit sollen die Rechte und Pflichten der Parteien bis zum Abschluss des Hauptvertrages festgelegt werden. Eine Kontrahierungspflicht ist daraus nicht zu erkennen.
- 40 Die Klägerin stützt ihre Qualifikation als VV unter anderem darauf, dass Art. 4 KV wesentliche Vertragspunkte weitgehend bestimmt (KS, Rz. 44 ff.). Eine Verhandlungsabrede enthält regelmässig Klauseln, die das abzuschliessende Geschäft und die damit verbundenen Ziele näher beschreiben, was soweit gehen kann, dass der Inhalt des HV und damit die essentialia negotii bereits teilweise umschrieben werden (ISLER, S. 5). Auch in einem Verhandlungsvertrag müssen die vertraglichen Pflichten festgelegt sein, eine Verhandlungspflicht kann nicht völlig abstrakt eingegangen werden (MONN, N 371; BK OR II-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 64). Insbesondere bei komplexen Projekten können die gegenseitigen Pflichten einen hohen Detaillierungsgrad aufweisen (VAN DER PUIL/VAN WEELE, S. 242).

- 41 Im Rahmen eines Verhandlungsvertrags werden Absichtserklärungen abgegeben, welche die Parteien zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichten, aber keinen gegenseitigen Anspruch auf Abschluss des HV begründen (BUCHER, S. 95).
- 42 Art. 4 KV und die dazugehörigen Differenzierungen im Appendix I beschreiben die grundlegenden Bestimmungen im Falle des Zuschlags und bestimmen den Leistungsumfang näher. Sie sollten als Fixierung des Verhandlungsstandes die Grundlage für den späteren HV bilden.
- 43 Eine vorvertragliche Kontrahierungspflicht ist aus dem KV nicht zu erkennen, eine solche müsste ausdrücklich statuiert werden (BGer 4c.409/200 E. 2.3.1).
- 44 Dies ist im KV nicht geschehen. Indem die Klägerin einen solche unter anderem aus Treu- und Glauben herzuleiten versucht (KS, Rz. 49 ff.), verkennt sie die in Art. 9 KV festgehaltene Vereinbarung: “(...) Es existieren keine weitergehenden ausdrücklichen oder impliziten Zusicherungen und Garantien als jene, die *ausdrücklich* in diesem Vertrag enthalten sind.”
- 45 Verdeutlicht wird dies in Art. 8 lit. e KV, welcher festhält, dass der KV durch Inkrafttreten des Subunternehmervertrags beendet wird. Diese Klausel spricht klar gegen das Vorliegen eines VV, welcher beim Zustandekommen des Hauptvertrages ipso iure ohnehin dahinfällt. Vielmehr verdeutlicht diese Klausel die Bedeutung des KV als Verhandlungsabrede, welche zeitlich auf den Zeitpunkt des Abschlusses des HV oder des Scheiterns der Verhandlungen begrenzt ist. Die fehlende Bindungswirkung hat zur Folge, dass gemäss der Einstufentheorie auf den Abschluss des HV nicht geklagt werden kann (HUGUENIN, Rz. 155).
- 46 Eine Exklusivitätsklausel spricht entgegen der klägerischen Behauptung (KS, Rz. 43) nicht zwingendermassen für einen VV, vielmehr ist sie als Instrument zur exklusiven Verhandlungsführungen eine häufige Abrede in allen Arten von Verhandlungsverträgen. Es ist zwar richtig, dass die Exklusivitätsklausel anfänglich bindend sein musste (Rz. 86 ff.), um den Parteien im Hinblick auf ein erfolgreiches Submissionsverfahren einen zuverlässigen Vertragspartner zu sichern. Aus dieser gewährten Vorzugsstellung kann man jedoch auf einen Anspruch auf Abschluss des HV schliessen.
- 47 Durch das Fehlen einer Unverbindlichkeitsklausel, kann nicht auf einen Bindungswillen geschlossen werden, was die Klägerin verkennt (KS, Rz. 49 f.). Der fehlende Geschäftswille wird zum Ausdruck gebracht, indem die Parteien das die Einigung feststellende Schriftstück als Verhandlungsbasis bezeichnen (ZK OR-JÄGGI, Art. 2 N 30). Dies ist durch die Bezeichnung als MoU geschehen.

## **2. Eventualiter: Der Vorvertrag hat sich gewandelt**

48 Sollte das Schiedsgericht den KV als VV qualifizieren, so wandelt sich dieser spätestens durch die geforderte Leistungsreduktion in einen reinen Verhandlungsvertrag.

49 Unbestritten ist zur Gültigkeit des VV vorausgesetzt, dass die Leistungen des Hauptvertrages bestimmt sind oder zumindest bestimmbar sein müssen (BGE 118 II 32 E. 3b; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 1084). Da es sich bei dem abzuschliessenden Subunternehmervertrag um einen (Bau-)Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR handelt, gehören die Unternehmerleistungen zu den objektiv wesentlichen Vertragspunkten (KOLLER, Werkvertrag, N 88). Ändert der Unternehmer den Umfang der Unternehmerleistung nachträglich, wird diese nicht mehr vom Konsens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfasst. Fehlt es an einer Einigung über die wesentlichen Punkte, so erweist sich ein VV als unwirksam und die Pflicht zum Abschluss des Hauptvertrages entfällt (MONN, N 636). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung tritt die Verhandlungspflicht subsidiär an die Stelle der Kontrahierungspflicht (SCHLOSSER, S. 351).

50 Die Klägerin reduzierte mit ihrer E-Mail vom 10. Mai 2016 [B-1] ihren Anteil am Projekt von 40 auf 25 Prozent, wodurch sich die Unternehmerleistung drastisch verringerte.

51 Die Klägerin behauptet, die Leistungsreduktion sei als blosser Vorschlag gedacht gewesen (KS, Rz. 54). Dass dem nicht so ist, wird spätestens aus der Mail der Klägerin vom 21. Juni 2016 [B-6] ersichtlich. Darin bezeichnet die Klägerin die Tatsache, dass sie die vereinbarte Leistung nicht vollständig ausführen kann, als "Fakt"; ihr fehlt sowohl das know-how wie auch das Equipment [auch B-1]. Zu keinem Zeitpunkt war die Klägerin bereit, von ihrer Forderung der Leistungsreduktion abzuweichen.

52 Dadurch fällt der Konsens über einen objektiv wesentlichen Punkt des Subunternehmervertrags weg. Der Bindungswille der Beklagten erfasste den im KV festgehaltenen Leistungsumfang, was die Beklagte in der E-Mail vom 30. Mai 2016 [B-4] auch sogleich klarstellte.

53 Die Voraussetzungen des VV sind damit spätestens zu diesem Zeitpunkt nicht mehr erfüllt und der Vertrag wandelt sich in einen reinen Verhandlungsvertrag.

## **3. Eventualiter: Der Vorvertrag ist ungültig i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR**

54 Wird der KV doch als VV qualifiziert, so ist er ungültig, da sich die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einem wesentlichen Irrtum befunden hat.

55 Gemäss Art. 23 OR ist ein Vertrag für diejenige Partei unverbindlich, die sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einem wesentlichen Irrtum befunden hat.

- 56 Ein Irrtum ist eine Fehlvorstellung über einen Sachverhalt (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24 N 2), welche sich gemäss BGer auf einen gegenwärtigen, vergangenen oder zukünftigen Vertragspunkt beziehen kann (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24 N 18). Gegenstand des Irrtums kann sowohl der Sachverhalt wie auch eine Eigenschaft oder Fähigkeit des Vertragspartners sein (BUCHER, S. 207 f.).
- 57 Die Beklagte nimmt bei Abschluss des VV an, dass die Klägerin die im KV vereinbarten Leistungen erfüllen kann, und zweifelt nie an deren Fähigkeit, einen Subunternehmervertrag mit den im KV vereinbarten Zielen zu erfüllen, bzw. einen solchen gemäss ihren vorvertraglichen Pflichten einzugehen.
- 58 Wie sich kurz nach Abschluss des Hauptvertrages zeigt [B-1, B-6], ist die Klägerin nicht im Stande die vorvertraglich vereinbarten Leistungen zu liefern und ist deshalb nicht bereit, den Subunternehmervertrag zu unterschreiben. Die Beklagte befindet sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses also in einem Irrtum über die Fähigkeiten der Klägerin.
- 59 Ein Grundlagenirrtum, welcher zur Ungültigkeit des Vertrages führt, ist nur zu bejahen, wenn der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt *wesentlich* ist (HUGUENIN, Rz. 479). Dies ist gegeben, wenn der Sachverhalt vom Irrenden als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wird (subjektive Wesentlichkeit) und ihm nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch eine derart wichtige Bedeutung zugemessen werden darf (objektive Wesentlichkeit) (KOLLER, OR AT N 14.35).
- 60 Sinn und Zweck eines Subunternehmervertrages, bzw. dessen VV, ist es, ein Teil der Bauarbeiten, welche die eigenen Fähigkeiten übersteigen, an einen externen Experten zu übertragen. Die Fähigkeit des Subunternehmers die vereinbarten Leistungen ausführen zu können darf aus diesem Grund als objektiv wesentliche Voraussetzung betrachtet werden.
- 61 I.c. verspricht die Klägerin geologische Abklärungen des Seebeckens, sowie die spätere Errichtung von Stahlbetonfundamenten [siehe Appendix K-1]. Die Erfüllung dieser Arbeiten ist für das weitere Geschehen fundamental, denn nur so können die weiteren Arbeiten durchgeführt werden (Einreichen des Konzessionsgesuches, Bau der Seilbahnmasten, Errichtung der Seilbahnanlagen, etc.). Die Fähigkeit eines Subunternehmers, die vorvertraglich vereinbarten Leistungen auch in einem darauffolgenden Vertrag zu erfüllen, ist deshalb subjektiv und objektiv wesentlich.
- 62 Eine Genehmigung des Vertrags liegt nicht vor, da die Beklagte den Irrtum innert Jahresfrist geltend gemacht hat und die Klägerin mehrmals ergebnislos zur Erfüllung ihrer Pflicht aufgefordert hat.

#### **4. Eventualiter: Die Beklagte ist vom Vorvertrag gültig zurückgetreten**

##### **4.1. Art. 8 lit. g KV ist eine Ausgestaltung des gesetzlichen Rücktrittsrechts von Art. 377 OR**

63 Nach der klägerischen Auffassung handelt es sich beim KV um einen VV zu einem anschliessenden Werkvertrag.

64 Das allgemeine Rücktrittsrecht von Art. 377 OR ist auch bei Vorverträgen zum Abschluss eines Werkvertrages zu gewähren, da eine Klage auf Erstellung des Hauptvertrages bei jederzeitiger Rücktrittsmöglichkeit als formalistischer Leerlauf obsolet würde (HERZOG, N 348). Nach h.L. enthält Art. 377 OR dispositives Recht, und kann von den Parteien hinsichtlich Rücktrittsgrund und Rücktrittsfolgen abgeändert werden (CHK OR-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 377 N 7). So können die Parteien das Rücktrittsrecht an das Vorliegen eines wichtigen Grundes knüpfen (GAUCH, Werkvertrag, N 583) und die Schadloshaltung der Parteien als dispositives Recht wegbedingen (GAUCH, Totalunternehmervertrag, S. 40). Der von den Parteien vereinbarte Art. 8 KV ist als Ausprägung dieses Rechtes zu verstehen. Er sieht vor, dass der KV beim Eintritt diverser wichtiger Gründe aufgelöst werden kann und dies ohne Entschädigungsansprüche (“ohne jegliche Vergütung zwischen den Parteien”, KV Ziffer 8).

65 Welche “wichtigen Gründe” zum Rücktritt berechtigen wird in Art. 8 KV lit. a-g verschriftlicht. Vorliegend kommt lit. g zur Anwendung.

66 Entgegen der Ansicht der Klägerin, wird spätestens aus dem Schreiben vom 21. Juni 2016 [B-6] klar, dass die Reduktion der Fremdleistungen nicht als blosser Vorschlag gemeint war, sondern die Klägerin schlichtweg nicht im Stande war, die im KV vereinbarte Leistung zu erbringen. Damit entfiel die Einigung in einem wesentlichen Punkt und die Verhandlungen mussten diesbezüglich neu aufgenommen werden. Infolgedessen finden sich die Parteien, trotz drohender Konventionalstrafe, in einem unlösbaren Verhandlungsdisput. Mit den dauerhaft ausbleibenden Verhandlungserfolgen tritt der wichtige Grund der fehlenden Einigung ein, und die Beklagte ist berechtigt vom Vertrag zurückzutreten.

##### **4.2. Rücktritt nach Art. 107 OR**

67 Geht das Gericht davon aus, dass es sich beim KV um einen VV handelt, so war die Klägerin zum Abschluss eines Subunternehmervertrags verpflichtet. Indem die Klägerin sich weigerte, den von der Beklagten vorgelegten Entwurf zu unterzeichnen, geriet sie mit ihrer vorvertraglichen Kontrahierungspflicht in Verzug nach Art. 102 Abs. 1 OR. Da die der Klägerin angesetzte Nachfrist ungenutzt verstrich, war die Beklagte nach Art. 107 Abs. 2 OR zur Ausübung des Wahlrechts, Rücktritt vom Vertrag und Verzicht auf die Leistung, berechtigt.

### a) Fälligkeit

68 Erste Voraussetzung des Verzuges ist nach Art. 102 Abs. 1 OR die Fälligkeit (KOLLER, OR AT N 55.02).

69 Die komplizierten Berechnungen der Klägerin (KS, Rz. 77 ff.) täuschen über die klare rechtliche Lage hinweg. Nach Art. 75 OR sind vertragliche Obligationen sofort fällig, sofern sich aus dem Parteiwillen nichts Anderes ergibt (KOLLER, OR AT, N 39.02). Der KV enthält unter Ziff. 4

[K-1] die folgende Formulierung: „(...) wurde der HV zwischen DMB und dem Klienten abgeschlossen, so schliessen DMB und GF einen Subunternehmervertrag (...).“

70 Die Klägerin qualifiziert den KV als rechtsverbindlichen VV, lässt dabei aber ausser Acht, dass dieser unbestritten unter der Bedingung eines abgeschlossenen Hauptvertrages zwischen DMB und dem Klienten steht. Wird ein VV angenommen muss dieser als bedingt i.S.v. Art. 151 Abs. 1 OR angesehen werden. Die Kontrahierungspflicht wird demnach nach dem klaren Wortlaut von Ziff. 4 KV [K-1] mit Eintritt der Bedingung, dem Zuschlag zum Projekt am 13. April 2016, fällig.

### b) Keine Einrede des nicht erfüllten Vertrages

71 Die Klägerin bestreitet in Verzug geraten zu sein und erhebt die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Art. 82 OR.

72 Die Voraussetzung zur Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts nach Art. 82 OR ist ein synallagmatischer Vertrag (BSK OR I-LEU, Art. 82 N 2). Bei einem VV besteht die inhaltsgleiche Hauptleistung in der Kontrahierungspflicht. Diese Vertragsleistungen stehen nicht in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander, weil die Abschlusspflicht nicht um der anderen Willen besteht, sodass es am Abhängigkeitsnexus mangelt (HERZOG, N 113).

73 Mangels eines funktionellen Synallagma entfällt deshalb die Anwendung von Art. 82 OR (HERZOG, N 114). Dies wäre ohnehin ohne Nutzen, da der angestrebte Hauptvertrag nur durch das Zusammenspiel beider Willenserklärungen zustandekommen kann (HERZOG, N 113).

74 Die Klägerin kann sich somit aufgrund des fehlenden Synallagmas grundsätzlich nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht im VV stützen.

75 Ihre Ausführungen dazu versuchen zu verdecken, dass die Klägerin keine genügende Bankgarantie stellen konnte, welche auch gemäss den allgemeinen Vertragsbestimmungen bis zum Abschluss des Projektes vollstreckbar sein muss [K-5: Auszug aus dem FIDIC Silver Book]. Über die Veneto Banca wurde im Jahr 2017 Konkurs eröffnet (<<http://www.handelsblatt.com>>), womit die Klägerin diese Vorgabe, wie auch die Einigung zu ihrem Leistungsanteil, nicht erfüllen konnte (Rz. 93 ff. ).

### c) Mahnung und Nachfrist

- 76 Eine Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR wurde durch die Beklagte mit Schreiben vom 29. Juni 2016 vorgenommen. Die Leistung war zu diesem Zeitpunkt seit über zwei Monaten fällig (Rz. 68 ff.). Wie die Klägerin richtig erkennt, wurde im gleichen Schreiben auch eine unbestrittenermassen angemessene Nachfrist von 10 Tagen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR angesetzt. Dass die Nachfrist mit der Mahnung in einem Schreiben verbunden werden kann, ist allgemein anerkannt (BGE 103 II 102 E. 1a). Die Klägerin wurde durch die Mahnung vom 29. Juni 2016 rechtsgültig nach Art. 102 Abs. 1 OR in Verzug gesetzt und es begann ab dem genannten Datum eine 10-tägige Nachfrist [K-10].
- 77 Wie zu zeigen sein wird (Rz. 93 ff.), entsprach der Subunternehmervertragsentwurf der Beklagten den Vereinbarungen des KV. Die Beklagte verlangte nie mehr von der Klägerin, als auch vertraglich geschuldet war, womit die Wirksamkeit der Mahnung nicht aufgrund der „*plus petitio*“ aufgehoben werden kann.
- 78 Die Klägerin bringt vor (KS, Rz. 80 ff.), die Beklagte habe nach Verstreichen der Nachfrist zu lange mit der Kündigung des Vertrages zugewartet. Der Gläubiger einer Leistung muss jedoch nicht zwingend bis zum Ablauf der Nachfrist zuwarten, um den Vertrag kündigen zu können. Der Leistungsverzicht kann, verbunden mit der Bedingung, dass die Nachfrist ungenutzt verstreicht, auch schon mit Erklärung der Nachfrist angezeigt werden (vgl. BGE 43 II 352 E. 2). Eine vorzeitige Verzichtserklärung ist mit dem Unverzüglichkeitsgrundsatz von Art. 107 Abs. 2 OR ohne weiteres vereinbar, schafft sie doch schon frühzeitig klare Verhältnisse (BGE 116 II 436 E. 3).
- 79 Im Schreiben vom 29. Juni 2016 [K-10] forderte die Beklagte die Klägerin auf, innerhalb der erteilten Nachfrist von 10 Tagen zu erfüllen. Aus dem Schreiben wird zudem eindeutig ersichtlich, dass die Beklagte im Falle eines ungenutzten Verstreichens dieser Nachfrist, auf die Leistung der Klägerin verzichte. Klar formuliert spricht der Titel von einem „finalen Angebot“. Die Terminologie „final“ zeigt, dass es sich um ein letztes Angebot handelt und die Beklagte nicht gewillt war den Vertrag danach aufrecht zu erhalten. Weiter erklärte die Beklagte ausdrücklich, dass im Falle einer Nichterfüllung innert der genannten Frist auf die Leistung verzichtet werde. Die angebotene Entschädigung von CHF 25`000 war als freundschaftliches Angebot gedacht. Die Klägerin verkennt mit ihrer Kritik, dass im Falle einer Auflösung des KV eine Vergütung unter Ziff. 8 KV [K-1] vertraglich ausgeschlossen wurde und deshalb *nichts geschuldet* gewesen wäre. Das Kündigungsschreiben vom 12. August 2016 stütze sich auf Art. 8 lit. g des KV [K-1], die Auflösung des Vertrages und der Verzicht auf die

Unternehmerleistung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR erfolgte bereits mit Schreiben vom 29. Juni 2016 [K-10], und wurden durch das Schreiben vom 12. August 2016 [K-12] bestätigt.

80 Auch im Falle eines Vertragsrücktritts nach Art. 107 Abs. 2 OR steht dem Schuldner kein Anspruch auf Vergütung zu.

#### **4.3. Eventualiter: Antizipierter Vertragsbruch**

81 Die Beklagte ist eventualiter auch im Falle eines antizipierten Vertragsbruch berechtigt, den KV zu kündigen. Ein antizipierter Vertragsbruch durch den Gläubiger liegt vor, wenn dieser dem Schuldner vor der Fälligkeit seiner Leistung mitteilt, diese endgültig zu verweigern (BGer 4C.58/2004, E. 3.1).

82 Erklärt der Schuldner unmissverständlich, dass er nicht leisten werde, ist nach Lehre und Rechtsprechung in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR weder eine Nachfrist noch eine Mahnung notwendig um die Wahlrechte von Art. 107 Abs. 2 geltend zu machen (vgl. BGE 143 II 37 E. 5.2.2.).

83 Die Klägerin teilte der Beklagten am 10. Mai 2016 mit, dass sie nicht im Stande sei, die vereinbarten Leistungen zu erfüllen und aus diesem Grund der Leistungsumfang geändert werden müsse [B-1]. Die Beklagte lehnte dies klar ab und informierte die Klägerin am 30. Mai 2016, dass sie den Vertrag beibehalten will [B-4]. Daraufhin teilte die Klägerin der Beklagten mit: "Fakt ist, dass wir die Fundamente kaum innert der geforderten Zeit mit der geforderten Qualität erstellen können." So dass für die Beklagte klar wurde, dass die Klägerin nicht in der Lage war einen Subunternehmervertrag mit den vereinbarten Leistungen zu unterzeichnen, sprich die vorvertraglichen Pflichten zu erfüllen und sich gezwungen sah das Rücktrittsrecht i.S.v. Art. 109 Abs. 1 OR geltend zu machen.

#### **5. Eventualiter: Keine Pflichtverletzung**

84 Sollte das Gericht wider Erwartens zum Schluss kommen, dass der KV nicht rechtmässig beendet wurde, können keine Ansprüche aus diesem Vertrag geltend machen, da die Beklagte, wie aufzuzeigen ist, keine Pflichtverletzung begangen hat.

##### **5.1. Keine Verletzung der Kontrahierungspflicht**

85 Der Vorwurf der Klägerin, die Beklagte habe keinen vertragskonformen Entwurf unterbreitet und deshalb ihre Kontrahierungspflicht aus VV verletzt, geht fehl. Einerseits entsprachen die Subunternehmerentwürfe der Beklagten dem KV, andererseits handelt die Klägerin widersprüchlich, wenn sie eine Verletzung der Kontrahierungspflicht geltend macht, ohne selbst einen dem KV entsprechenden Entwurf zu unterbreiten. Sollte das Gericht zum Schluss

kommen, die Ablehnung der klägerischen Sicherheit verstosse gegen den KV, so ist dennoch festzuhalten, dass die Leistungseinschränkung der Klägerin in einem zentralen Punkt nicht den Vereinbarungen des VV entsprach (Rz. 51 ff.)

86 Die Klägerin macht aus der angeblichen Verletzung der Kontrahierungspflicht eine Schlechtleistung geltend (KS, Rz. 86). Diese Anspruchsgrundlage geht grundsätzlich fehl. Von Schlechterfüllung kann nur gesprochen werden, wenn erfüllt wurde, nicht aber wenn eine vertragswidrige Leistung angeboten wird (KOLLER, OR AT, N 57.37). Die Klägerin behauptet, die Beklagte „(...) gab eine ungültige Willenserklärung ab (...)“ (KS, Rz. 86). Die Abgabe einer ungültigen Willenserklärung kann nur als Nichtleistung gewertet werden, welche die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs i.S.v. Art. 102 ff. OR nach sich zieht. Der Schuldnerverzug scheidet jedoch aus, da auch die Klägerin keine gehörige Erfüllung anbot und das Ausbleiben der Leistung, i.c. der Vertragsschluss, nicht alleine der Klägerin zugerechnet werden kann.

## **5.2. Keine Verletzung der Exklusivitätsklausel**

87 Der klägerische Vorwurf (KS, Rz. 67), die Beklagte habe durch den schnellen Vertragsabschluss mit TP die Exklusivitätsklausel verletzt, ist eine Präsumtion. Die Klägerin missachtet, dass detaillierte Vertragsentwürfe bereits vorlagen. Allein aus dem Umstand, dass zwischen den Parteien kein speditives Verhandeln möglich war, ist nicht zu schliessen, dass ein Vertragsabschluss nicht in mehr als einer Woche erfolgen kann.

88 Unabhängig vom konkreten Verhandlungsbeginn mit TP Bahnen, durfte die Beklagte die Exklusivitätsklausel seit dem Scheitern der Verhandlungen mit der Klägerin als unwirksam betrachten.

89 Sinn und Zweck einer Exklusivitätsklausel ist es, die Verhandlungen zum Abschluss des Hauptvertrages zu erleichtern, nicht aber, die verpflichteten Parteien in ihrem Handlungsspielraum völlig zu blockieren und damit u.U. das ganze Projekt zu gefährden (ISLER, S.7). So ist es sachgerecht, wenn die Exklusivität auf die Zeit beschränkt ist, in der tatsächlich eine Einigung möglich ist (SCHENKER, S. 122). Eine Klausel in einem Vertrag hat stets der Logik der gegebenen Umstände zu entsprechen (BGE 99 II 282 E. 1). Analog ist sie einzuschränken, wenn eine Einigung aussichtslos wird (SCHENKER, S. 122).

90 Ohne die Möglichkeit einer Einschränkung der Exklusivitätsklausel, müsste von einer übermässigen Bindung nach Art. 27 ZGB ausgegangen werden. Denn die Exklusivitätsklausel beschränkt die wirtschaftliche Freiheit in einem so starken Masse, dass das wirtschaftliche Handeln der Beklagten faktisch verunmöglicht werden würde (BUCHER, S. 95)

91 Spätesten im Mail vom 21. Juni 2016 [B-6], brachte die Klägerin zum Ausdruck, dass sie den Subunternehmervertrag zu den im KV festgelegten Konditionen nicht akzeptieren kann und wird. Es fehlte der Klägerin die Bereitschaft sich bzgl. des Fremdleistungsanteils und der Bankgarantie zu bewegen, sodass ein Vertragsschluss unmöglich wurde.

92 Da die Verhandlungen ab diesem Zeitpunkt offensichtlich zum Scheitern verurteilt waren, wäre die Beklagte ohnehin nicht mehr an die Exklusivitätsklausel gebunden gewesen.

### **5.3. Kein pflichtwidriger Abbruch der Vertragsverhandlungen**

93 Die Klägerin erhebt eventualiter den Vorwurf, die Beklagte habe die Vertragsverhandlungen durch ihr Beharren auf eine qualitativ hochwertige Banksicherheit absichtlich zu Fall gebracht. Dem muss entschieden widersprochen werden.

94 Der Hauptvertrag sieht unter Ziff. 4.2 sowie Ziff. 14.2 [K-4] vor, dass ein nicht akzeptables Bankinstitut abgelehnt werden kann. Diese Bestimmung wurde direkt in die Entwürfe des Subunternehmervertrages übernommen. Im Subunternehmervertragsentwurf vom 10. Mai 2016 [B-4] wurde diese Bestimmung von der Klägerin umgehend gestrichen, womit die Beklagte keine Möglichkeit gehabt hätte ein nicht akzeptables Bankinstitut abzulehnen und das *back-to-back* Prinzip damit von der Klägerin nicht respektiert werden würde.

95 Von diesem Ablehnungsrecht machte die Beklagte dann auch Gebrauch. Während den ganzen Verhandlungen beruft sich die Klägerin auf die fehlende Stabilität der Veneto Banca, und dies zu Recht. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfüllte die Regionalbank die CET1 Vorgaben der Europäischen Zentralbank nicht (<https://www.gruppovenetobanca.it>), verfehlte eine Kapitalaufnahme an der Mailänder Börse (<https://www.reuters.com>) und hatte mit grossen Kapitalabflüssen zu kämpfen. Im Jahre 2017 musste der Konkurs über die Bank eröffnet werden. Des Weiteren schreiben die allgemeinen Vertragsbestimmungen des FIDIC EPC/Turnkey Projects - Silver Book vor, dass der Unternehmer (i.c. die Klägerin) sicherstellen muss, dass die Garantie bis zum Abschluss des Projektes gültig und vollstreckbar ist (K-5: Auszug aus dem FIDIC Silver Book).

96 Eine rückwirkende Betrachtung der Ereignisse gibt der Beklagten Recht und zeigt, dass die Bank der Klägerin nicht imstande gewesen wäre, die Bankgarantie während der gesamten Vertragsdauer aufrecht zu halten.

97 Die Beklagte wollte mit der Liste von drei Schweizer Banken die Qualität der Sicherheit im Interesse aller am Projekt beteiligten Parteien sicherstellen und verhindern, dass eine risikobehaftete Sicherheit die Zusammenarbeit von Anfang an belastete. Auch die Behauptung der Klägerin [K-11], eine Sicherheit bei einer schweizerischen Grossbank wäre für Sie nicht

möglich, da diese viel zu teuer sei, ist nicht nachvollziehbar. Wie der Preisvergleich zeigt, kostet eine Garantie der CS die Klägerin über eine Bauzeit bzw. Garantiezeit von einem Jahr CHF 37'440 mehr als die der Veneto Banca. Im Verhältnis zur erwarteten Gewinnmarge von CHF 4,32 Mio. bedeutet die CS Garantie ein Verzicht auf 0.86 % des erwarteten Gewinnes, wobei die Beklagte in dieser Hinsicht durchaus flexibel gewesen wäre. Anhand der unerheblichen Summe, um welche die Parteien streiten, zeigt sich, dass die Bankgarantie nicht der ausschlaggebende Punkt war, an dem die Verhandlungen scheiterten, sondern von der Klägerin vorgeschoben wurde, um ihre Unfähigkeit, die vereinbarten Fremdleistungen zu erfüllen, in den Hintergrund zu drängen.

98 Indem die Beklagte die Sicherheit durch die Veneto Banca zurückwies, machte sie Gebrauch von ihrem vertraglichen Recht, ein nicht akzeptables Bankinstitut abzulehnen. Die Beklagte handelte nach dem im KV vereinbarten *back-to-back* Prinzip. Der Subunternehmervertragsentwurf, welcher die Beklagte der Klägerin vorlegte, entsprach den Vereinbarungen des KV.

99 Sollte das Gericht wider Erwarten zu einem anderen Schluss kommen, so kann trotzdem keine Verletzung der Verhandlungspflicht begründet werden. Ein Verhandlungsvertrag verpflichtet die Parteien die Verhandlungen ernsthaft aufzunehmen und fortzuführen, bis entweder der Vertragsschluss erreicht wurde oder klar geworden ist, dass mit einer Einigung innerhalb nützlicher Frist nicht mehr gerechnet werden kann (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT I, N 985). Die Beklagte verhandelte trotz der drohenden Konventionalstrafe über Monate hinweg mit der Klägerin. Es kann ihr nicht vorgeworfen werden, dass die Verhandlungen nicht ernsthaft aufgenommen und auch fortgeführt wurden. Nach dem Austausch von mehreren Drafts blieben die Verhandlungen an einem Punkt hängen, an dem beide Parteien an den Abschluss des Vertrages Voraussetzungen knüpften, welche von der Gegenpartei jeweils nicht akzeptiert werden konnten. Die Bemühungen der Klägerin wurden dabei keinesfalls ignoriert, die Geschäftsleitung von DMB setzte sich eingehend damit auseinander. Leider kam man zum Schluss, dass die Vorschläge der Klägerin einen reibungslosen Ablauf des Projekts gefährdeten. Im Vertrauen, dass doch noch eine Einigung zu Stande kommen würde, hielt die Beklagte lange am Vertrag fest. Schlussendlich war ein Vertragsschluss aber in derart weite Ferne gerückt, dass nicht mehr mit einer Einigung innert nützlicher Frist gerechnet werden konnte. Die Beklagte war damit berechtigt, den KV zu kündigen und damit die Verhandlungen abubrechen.

## **6. Eventualiter: Die materiellen Voraussetzungen zur Verrechnung sind gegeben**

100 Anerkennt das Gericht den Anspruch der Klägerin aus dem VV, macht die Beklagte einen Schaden aus Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR in der Höhe von CHF 1 Mio. geltend, welcher mit dem klägerischen Anspruch verrechnet werden soll.

### **6.1. Existenz der Forderung**

101 Dadurch, dass die Klägerin im KV Leistungen versprochen hatte, von denen sie wusste oder zumindest wissen musste, dass sie diese nicht erfüllen kann, liegt eine anfängliche subjektive Unmöglichkeit vor.

102 Nach h.L. ist für die anfängliche subjektive Unmöglichkeit Art. 97 Abs. 1 OR analog anzuwenden (BGE 88 II 195 E. 5; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 12) und begründet eine Schadenersatzpflicht im Umfang des positiven Interesses (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 38a).

103 Aus der subjektiven anfänglichen Unmöglichkeit erwächst nur dann eine Schadenersatzpflicht, wenn dem Schuldner ein (Übernahme-)Verschulden vorgeworfen werden kann, welches kausal ist für den eingetretenen Schaden (GLOOR, N 41). Die Unmöglichkeit ergibt sich aus dem Umstand, dass die Klägerin ihrer Leistungspflicht nicht nachgehen kann.

#### **a) Übernahmeverschulden**

104 Das Übernahmeverschulden ist ein Verstoss gegen die vertraglich geschuldete Sorgfaltspflicht (BGer 4C.126/2004, E. 2.2.). Die Vertragsparteien sind verpflichtet eine kritische Einschätzung zu den eigenen Fähigkeiten und Kenntnissen vorzunehmen, bevor sie sich für ein Geschäft verpflichten (GLOOR, N 170). Im Rahmen des Verschuldens ist zu prüfen, welche Fähigkeiten und Kenntnisse aufgrund des Vertragsinhaltes und der Umstände der Vertragsschliessung vorausgesetzt und von den Parteien erwartet werden dürfen (GLOOR, N 180). Denn bereits durch die Übernahme einer Tätigkeit beim Fehlen genügender Qualifikationen liegt ein haftungsbegründendes Übernahmeverschulden vor (BGE 124 III 155, E. 3b; vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2995 f.).

105 Der Appendix I des KV [K-1] umschreibt die geschuldeten Leistungen unmissverständlich; „GF ist verantwortlich für ... Stahlbetonfundamente *im Zürichsee*“, „Erstellung von Mastfundamenten (Stahlbeton) *auf dem Seeboden* (geschätzte *Seetiefe ca. zehn Meter*)“ [K-2]. Die Klägerin hat zur Einreichung der Offerte bereits kurz nach der Ausschreibung des Projekts (Ende 2015/Beginn 2016) technische Spezifikationen für den Bau der Masten im Wasser erstellt, inklusive der Stahlbetonfundamente (Einleitungsanzeige, Rz. 5).

106 Es ist unverständlich, wie diese Spezifikationen erstellen werden konnten, ohne bereits zu diesem Zeitpunkt zu merken, dass die Fundamente im See die “Expertise übersteigt” [B-1]. Die Klägerin musste sich bewusst gewesen sein, dass sie die Leistungen nicht erfüllen kann, da sie solche Fundamente noch nie gebaut hatte, sowie ihr das Equipment und know-how fehlen [B- 1].

107 Die Klägerin unterliess es, diese Umstände rechtzeitig zu kommunizieren, sei es, weil sie sich falsch einschätzte, um neue Geschäftsfelder zu erobern, oder weil Sie von Anfang an auf eine Änderung des Leistungsumfangs spekulierte. Die Risikobereitschaft der Klägerin darf nicht zu Ungunsten der Beklagten gewertet werden, sondern ist alleine von Ersterer zu verantworten.

### **b) Schaden**

108 Der Schaden berechnet sich gemäss Differenztheorie als Differenz zwischen dem Stand des Vermögens vor und nach dem schädigenden Ereignis (HUGUENIN, Rz. 867). Im vorliegenden Fall ist die aus der Verzögerung fällig gewordene Konventionalstrafe als Schaden zu qualifizieren.

### **c) Kausalität**

109 Verfügt ein Verhandlungspartner nicht über die notwendige Leistungsfähigkeit, kann davon ausgegangen werden, dass bei entsprechender Aufklärung ein besser qualifizierter Vertragspartner gewählt werden würde (GLOOR, N 379).

110 Die Leistungen, welche von der Klägerin erbracht werden sollten, nehmen eine Schlüsselrolle in der Erfüllung des Hauptvertrages ein. Hätte die Klägerin ihre Unfähigkeit rechtzeitig bekannt gegeben, wäre ein Disput über eine allfällige Leistungsreduktion und die damit einhergehende Verschleppung der Vertragsverhandlungen nicht nötig gewesen, denn die Klägerin wäre als Vertragspartner für die Beklagte nie in Frage gekommen (vgl. DUBISSON, J. intr. arbitr. 1984, S. 198). So führt die Fehleinschätzung der Klägerin dazu, dass die Beklagte die Bau- und Planungsarbeiten nicht rechtzeitig beginnen konnte und deshalb die Konventionalstrafe fällig wurde.

## **6.2. Gegenseitigkeit der Forderungen**

111 Verrechnet werden kann, wenn die Beteiligten im Rahmen der einen Forderung als Schuldner, im Rahmen der Verrechnungsforderung als Gläubiger auftritt (KS, Rz. 28.). I.c. macht die Klägerin die bestrittene Forderung in der Höhe von CHF 4.32 Mio. geltend, die Beklagte wiederum eine Forderung in der Höhe von CHF 1 Mio. (Rz. 100 ff.) Entgegen dem klägerischen Verständnis wird die Konventionalstrafe nicht direkt geltend gemacht. Die Klägerin hat eine Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR begangen, wobei die Konventionalstrafe den

entstandenen Schaden dargestellt. Dieser erwächst direkt im Verhältnis zwischen Klägerin und Beklagten und erfüllt somit die Voraussetzung der Gegenseitigkeit nach Art. 120 OR.

**7. Eventualiter: Die Klägerin schuldet die Konventionalstrafe aus Art. 106 Abs. 2 OR**

112 Kommt das Gericht zum Schluss, der Beklagten stehe die Konventionalstrafe aus Art. 97 Abs. 1 OR nicht zu, so ist ihr Schadenersatz direkt aus Art. 106 Abs. 2 OR zuzusprechen. Die Konventionalstrafe stellt ein wirtschaftliches Risiko dar, welches sich die Klägerin durchaus bewusst war und welches mehrmals erwähnt wurde. Sie schuldet Schadenersatz aus Art. 106 Abs. 2 OR, der die Verzugszinsen überschreitet, sofern sie nicht den Entlastungsbeweis erbringt, dass ihr kein Verschulden zur Last fällt (SCHUMACHER, N 882). Rechtsvergleichend bejaht der deutsche Bundesgerichtshof die Überwälzung einer Vertragsstrafe auf den Subunternehmer, sofern ihm ein ausreichender Hinweis auf die bevorstehende Strafe gegeben wurde (BGH Urteil vom 18. Dezember 1997, S. 330 ff.). Die Parteien haben keine von Art. 106 Abs. 2 OR abweichende Regelung getroffen. Gibt das Gericht den klägerischen Rechtsbegehren statt, so ist die Klägerin zum Ersatz der Konventionalstrafe zu verpflichten.

**C. Ersuchen um Gutheissung der gestellten Rechtsbegehren**

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 7