

**Moot Court Team 3**

Sandra Birrer  
Mary Dabis  
Michelle Spahn  
Delilah von Streng

**Einschreiben**

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

11. Dezember 2017

**Klageschrift**

Swiss Rules Fall Nr. 54699-2017

In Sachen

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

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 3

gegen

**DoubleM Bahnen AG**

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team [...]

gemeinsam die **Parteien**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,  
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

**Rechtsbegehren:**

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 4.32 Mio., zzgl. gesetzlicher MWST, zu bezahlen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Beklagten.

## INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS .....	IV
ENTSCHEIDVERZEICHNIS .....	X
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....	XIV
A. ANWENDBARES RECHT.....	1
B. DAS SCHIEDSGERICHT IST ZUSTÄNDIG.....	1
I. Es liegt eine gültige Schiedsklausel vor .....	1
1. Die formellen Gültigkeitsvoraussetzungen sind erfüllt .....	1
2. Die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen sind erfüllt .....	1
3. Zwischenfazit .....	2
II. Die Ansprüche aus dem K-1 sind von der Schiedsklausel erfasst.....	2
1. Der subjektiven Auslegung zufolge sind Ansprüche aus dem K-1 erfasst .....	3
(a) Nach dem Wortlaut und dem Parteiverhalten sind Ansprüche aus dem K-1 erfasst .....	3
(b) Nach dem Zweck der Schiedsklausel sind Ansprüche aus dem K-1 erfasst .....	4
2. Eventualiter: Der objektivierten Auslegung zufolge sind Ansprüche aus dem K-1 erfasst .....	4
3. Zwischenfazit .....	4
III. Fazit.....	4
C. DIE EINREDE DER VERRECHNUNG IST NICHT ZU HÖREN .....	5
I. Die Verrechnungseinrede ist von der Schiedsklausel nicht gedeckt.....	5
II. Eventualiter: Die Beklagte hat die Verrechnungseinrede nicht formgerecht erhoben.	5
III. Eventualiter: Die Beklagte hat den Kostenvorschuss und die Einschreibgebühr nicht geleistet .....	6
IV. Fazit.....	7
D. DER K-1 IST ALS VORVERTRAG ZU QUALIFIZIEREN .....	7
I. Der K-1 war eine Vorfeldvereinbarung .....	7
II. Der K-1 wurde zu einem Vorvertrag .....	7
1. Die wesentlichen Vertragspunkte sind enthalten .....	8
(a) Die objektiv wesentlichen Punkte sind enthalten .....	8
(b) Die subjektiv wesentlichen Punkte sind enthalten .....	8
2. Der Bindungswille der Parteien bestand .....	9
(a) Der Bindungswille ergibt sich durch subjektive Auslegung .....	9
(b) Eventualiter: Der Bindungswille ergibt sich durch objektivierte Auslegung.....	10

(c) Eventualiter: Der Bindungswille wird vermutet .....	10
3. Der Vorschlag zur Leistungsreduktion war unbeachtlich.....	10
III. Fazit.....	11
E. DIE BEKLAGTE HAT DEN K-1 UNRECHTMÄSSIG BEEENDET.....	11
I. Es bestand kein Kündigungsrecht nach Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 .....	11
II. Es bestand kein Kündigungsrecht nach Art. 107 OR .....	11
1. Es lag keine Leistungsverweigerung vor, denn der K-9 ist nicht vorvertragskonform.....	11
(a) Das Grossbankenerfordernis verletzt das back-to-back-Prinzip .....	12
(b) Eventualiter: Das Grossbankenerfordernis verstösst gegen Treu und Glauben ...	13
2. Der Vorschlag zur Leistungsreduktion stellte keine Leistungsverweigerung dar .....	15
3. Eventualiter: Die Beklagte hat die Vorschriften nach Art. 102 ff. OR nicht beachtet .....	16
4. Zwischenfazit .....	16
III. Fazit.....	16
F. DIE KLÄGERIN HAT ANSPRUCH AUF DAS POSITIVE INTERESSE AUS DEM K-1 .....	16
I. Die Klägerin hat Anspruch auf Schadenersatz aus Verzug nach Art. 107 Abs. 2 OR ...	16
1. Die Voraussetzungen des Verzuges nach Art. 102 OR ff. sind erfüllt .....	17
(a) Die Beklagte hat die Leistung verweigert .....	17
(b) Die Leistung war fällig.....	17
(c) Eine Mahnung erübrigte sich .....	17
(d) Das Ansetzen einer Nachfrist erübrigte sich .....	17
2. Die Klägerin verlangt Schadenersatz wegen Nichterfüllung.....	18
3. Die Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR sind erfüllt .....	18
4. Der Vergütungsausschluss im K-1 ist unbeachtlich .....	19
5. Zwischenfazit .....	19
II. Eventualiter: Die Klägerin hat Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR .....	19
1. Die Beklagte hat die Exklusivitätsklausel verletzt.....	19
2. Die Beklagte hat den Abschluss des Hauptvertrages gefährdet.....	19
3. Die weiteren Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR sind erfüllt .....	20
4. Zwischenfazit .....	20
III. Fazit.....	20
ERSUCHEN UM GUTHEISSUNG DER RECHTSBEGEBHREN.....	20

## LITERATURVERZEICHNIS

ADDORISIO DE FEO RANIERO: Die Fälligkeit von Vertragsforderungen, Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertragsrecht (= Diss. Zürich, Zürich 2001 = Schriftenreihe zum Obligationenrecht 69).

(zit. ADDORISIO, N ...)

N [76]

BECKER HERMANN: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1941.

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

N [69]

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

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

N [3, 24]

BERGER KLAUS PETER: Set-Off in International Economic Arbitration, ArbInt 1999, S. 53-58.

(zit. BERGER, S. ...)

N [21]

BUCHER EUGEN: Kompensation im Prozess: Zurück zum materiellen Recht, in: Schütze Rolf A. (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts, Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 97-137.

(zit. BUCHER, S. ...)

N [21]

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 [6, 9]

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

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

N [15]

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

(zit. GAUCH, N ...)

N [34, 52]

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 [41]

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 [50, 85]

GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Zürich 1998.

(zit. ZK-ZGB-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [61]

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

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

N [16]

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

(zit. HERZOG, N ...)

N [30, 39, 76, 80, 88]

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

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

N [2, 3, 5, 6]

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 [30, 34, 39, 78, 80]

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

(zit. HUGUENIN, N ...)

N [11, 17, 33, 40, 50, 69, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 85]

KOLLER ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Bern 2009.

(zit. KOLLER, § ... N ...)

N [79]

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

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

N [30, 41, 45, 80]

KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Basel 2013.

(zit. KRAMER/PROBST, N ...)

N [44]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA: Orell Füssli Kommentar, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse, Zürich 2015.

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

N [27]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA et al. (Hrsg.): Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016.

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

N [11]

LE GOFF PIERRICK: Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen (= Diss. Marburg, Berlin 2005 = Juristische Reihe TENEA Band 86).

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

N [52]

LIVER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR et al.: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Bern 1962.

(zit. BK-ZGB-BEARBEITER, Art. ... N ...)

N [61]

MARCHAND SYLVAIN: *Clauses contractuelles, Du bon usage de la liberté contractuelle*, Basel 2008.

(zit. MARCHAND, N ...)

N [30]

MERZ HANS: *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Auflage, Fribourg 1992.

(zit. MERZ, N ...)

N [33]

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

(zit. MONN, N ...)

N [40, 45]

NICKLISCH FRITZ: *Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandgeschäft*, NJW 1985, S. 2361-2370.

(zit. NICKLISCH, S. ...)

N [52]

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

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

N [3, 6]

SAXER RAINER: *Der Subunternehmer und sein Vertrag* (Diss. Fribourg, Zürich 1999).

(zit. SAXER, S. ...)

N [52]



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

(zit. SCHÄRER, S. ...)

N [30]

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

(zit. SCHWENZER, N ...)

N [15, 78]

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 [37, 85]

VETTER EBERHARD: Subunternehmerverträge im internationalen Industriebauwesen, Aspekte der Risikodurchstellung und Risikoverlagerung, RIW 1986, S. 81-91.

(zit. VETTER, S. ...)

N [35, 52]

VISCHER FRANK/HUBER LUCIUS/OSER DAVID: Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, Bern 2000.

(zit. VISCHER/HUBER/OSER, N ...)

N [3]

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

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

N [52]

WIRTH MARKUS: Rechtsbegehren in internationalen Schiedsverfahren – wie bestimmt müssen sie sein?, in: Jametti Greiner Monique et al. (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 145-158.

(zit. WIRTH, S. ...)

N [24]

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

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

N [24, 26]

## **ENTSCHEIDVERZEICHNIS**

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
29. Juni 1943  
BGE 69 II 243  
N [79]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
24. Oktober 1950  
BGE 76 II 304  
N [79]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
27. November 1958  
BGE 84 II 418  
N [40]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
20. Dezember 1966  
BGE 92 II 328  
N [34]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
15. Mai 1984  
BGE 110 II 141  
N [77]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
4. Juni 1985  
BGE 111 II 156  
N [80]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
28. April 1987  
BGE 113 II 246  
N [61]

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 zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
21. Juni 1990  
BGE 116 II 225  
N [76]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
6. März 1992  
BGE 118 II 32  
N [15, 33, 37]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
2. September 1993  
BGE 119 II 380  
N [9]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
15. Januar 1997  
BGE 123 III 16  
N [80]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
19. Dezember 2001  
BGer 4P.114/2001  
N [24]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
16. Mai 2003  
BGE 129 III 535  
N [69]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
8. Juli 2003  
BGE 129 III 675  
N [5, 6]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
21. November 2003  
BGE 130 III 66  
N [6, 12]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
23. Juni 2004  
BGer 4C.58/2004  
N [78]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
5. August 2005  
BGE 131 III 606  
N [17]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
21. März 2006  
BGer 4C.409/2005  
N [44]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
20. September 2011  
BGer 4A\_103/2011  
N [11]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom  
16. Dezember 2011  
BGer 4A\_409/2011  
N [17]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

18. Februar 2016

BGE 142 III 239

N [9]

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg
allg.	allgemein
ArbInt	Arbitration International
Art.	Artikel
B-1	Korrespondenz vom 10. Mai 2016
B-2	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 10. Mai 2016 (MarkUp, Auzug)
B-3	Entwurf für Subunternehmervertrag vom 10. Mai 2016 (Auszug)
B-4	Korrespondenz vom 30. Mai 2016
B-6	Korrespondenz vom 21. Juni 2016
BCV	Banque Cantonale Vaudoise
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
bez.	bezüglich
betr.	betreffend
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CS	Credit Suisse
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DMB	DoubleM Bahnen AG
E.	Erwägung(en)
et al.	et alii
EU	Europäische Union
f./ff.	und folgende
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
FN	Fussnote
gem.	gemäss

GF	G-Funivie S.r.l.
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
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)
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	Korrespondenz vom 6. Juli 2016
K-12	Kündigungsschreiben vom 12. August 2016
K-13	Screenshot von stanserpost.ch vom 22. August 2016
Komm.	Kommentar
Mio.	Million(en)
MWST	Mehrwertsteuer
lit.	litera
N	Note
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
S.	Seite
sog.	sogenannt
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration (Fassung vom 1. Juni 2012)
S.r.l.	Società a responsabilità limitata
u.a.	unter anderem



vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
zzgl.	zuzüglich

## **A. ANWENDBARES RECHT**

- 1 In prozessualer Hinsicht finden das zwölfte Kapitel des IPRG sowie die SRIA Anwendung. In materieller Hinsicht ist Schweizer Recht anwendbar (Verfahrensbeschluss Nr. 1, N 10).

## **B. DAS SCHIEDSGERICHT IST ZUSTÄNDIG**

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

- 2 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts setzt eine gültige Schiedsklausel voraus (BSK-IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 54). Entgegen der Ansicht der Beklagten (Einleitungsantwort, N 11 ff.) liegt eine solche vor. Die objektive und subjektive Schiedsfähigkeit sind klar gegeben und unbestritten, deshalb wird im Folgenden lediglich auf die weiteren Gültigkeitsvoraussetzungen eingegangen.

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

- 3 Gem. Art. 178 Abs. 1 IPRG muss eine Schiedsklausel in Textform verfasst werden. Der Textnachweis ist erbracht, wenn ein Austausch von Erklärungen in physischer Form vorliegt (VISCHER/HUBER/OSER, N 1435). Er ist bereits ohne Unterzeichnung der Erklärungen vollbracht (POUDRET/BESSON, N 193; BSK-IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 15). Der Formzwang erfasst die *essentialia negotii* der Schiedsklausel (BERGER/KELLERHALS, N 343).
- 4 Mit den drei Entwürfen des Subunternehmervertrages, in denen die Schiedsklausel jeweils enthalten ist, liegt ein Austausch von Erklärungen beider Parteien in physischer Form vor (K-7, Art. 9; B-3, Art. 8; K-9, Art. 7). Die *essentialia negotii* der Schiedsklausel (vgl. N 6) sind von der Textform erfasst. Der Textnachweis ist damit erbracht, auch wenn die Entwürfe nicht unterzeichnet wurden. Folglich ist die Schiedsklausel formell gültig zustande gekommen.

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

- 5 Die materielle Gültigkeit ist gem. Art. 178 Abs. 2 IPRG gegeben, wenn die Schiedsklausel alternativ einem von drei Rechten entspricht. Wenn für die Schiedsklausel kein anderes als das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht gewählt wurde, kommt Letzteres zur Anwendung (BGE 129 III 675, E. 2.3; BSK-IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 24). Im vorliegenden Fall haben die Parteien auf den Subunternehmervertrag Schweizer Recht für anwendbar erklärt (vgl. N 1), und für die Schiedsklausel kein abweichendes Recht gewählt. Demnach ist auch für die Gültigkeit der Schiedsklausel Schweizer Recht massgeblich.
- 6 Nach schweizerischem Recht muss eine Schiedsklausel den Konsens über die *essentialia negotii* enthalten (BSK-IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 30). Dazu gehört zunächst der gegenseitige übereinstimmende Wille der Parteien, den Streit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen (POUDRET/BESSON, N 155). Weiter ist die Bestimmbarkeit des von der Schiedsklausel erfassten Rechtsverhältnisses notwendig (BSK-IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 34; POUDRET/BESSON, N 156). Die Parteien dürfen nur bestehende oder bestimmte künftige Streitigkeiten einem

Schiedsgericht unterstellen (BGE 130 III 66 E. 3.1). Zudem muss das Schiedsgericht mindestens objektiv bestimmbar sein (BGE 129 III 675 E. 2.3), wobei die Benennung des Sitzes hierfür hinreichend ist (CHK-IPRG-FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN, Art. 178 N 16).

- 7 I.c. geht aus allen drei Entwürfen des Subunternehmervertrages der Wille der Parteien hervor, den Streit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen, da sie alle eine Schiedsklausel enthalten (K-7, Art. 9; B-3, Art. 8; K-9, Art. 8). Die Beklagte selbst hat den ersten Entwurf verfasst und die Schiedsklausel in Art. 9 aufgenommen (vgl. K-7). Der Bestand der Schiedsklausel wurde während den Verhandlungen zu keinem Zeitpunkt bestritten. Zudem forderte die Beklagte die Klägerin im K-10 zur Unterzeichnung des K-9 auf, welcher die Schiedsklausel in Art. 8 enthielt. Daraus ergibt sich der übereinstimmende Wille der Parteien, den Streit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen.
- 8 Das von der Schiedsklausel erfasste Rechtsverhältnis umfasst alle Streitigkeiten „aus oder im Zusammenhang mit dem Subunternehmervertrag“ (K-9, Art. 8) und ist somit hinreichend bestimmt. Die letzte Version der Schiedsklausel verweist ausdrücklich auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichts in Zürich (K-9, Art. 8). Somit ist die Bestimmbarkeit des berufenen Schiedsgerichts ebenfalls gegeben. Insgesamt enthält die Schiedsklausel alle *essentialia negotii*, weshalb die materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.
- 9 Nach der Ansicht der Beklagten hat das Nichtzustandekommen des Subunternehmervertrages zur Folge, dass eine Berufung auf die darin enthaltene Schiedsklausel nicht möglich ist (Einleitungsantwort, N 11). Gem. Art. 178 Abs. 3 IPRG kann gegen eine Schiedsklausel jedoch nicht eingewendet werden, der Hauptvertrag sei ungültig. Die Schiedsklausel ist nämlich autonom d.h. unabhängig vom übrigen Vertrag zu beurteilen (CHK-IPRG-FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN, Art. 178 N 24; BGE 119 II 380 E. 4a). Der Austausch von Vertragsentwürfen, die eine Schiedsklausel enthalten, reicht zu deren gültigem Zustandekommen aus, ungeachtet der Frage, ob der Vertrag selbst letztlich gültig zustande kam (vgl. BGE 142 III 239 E. 3.2.1). I.c. wurden Vertragsentwürfe mit einer Schiedsklausel zwischen den Parteien ausgetauscht, weshalb der Nichtabschluss des Subunternehmervertrages die Gültigkeit der Schiedsklausel nicht hindert.

### **3. Zwischenfazit**

- 10 Es liegt eine gültige Schiedsklausel vor, da alle Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

#### **II. DIE ANSPRÜCHE AUS DEM K-1 SIND VON DER SCHIEDSKLAUSEL ERFASST**

- 11 Entgegen der Ansicht der Beklagten (Einleitungsantwort, N 12) sind die Ansprüche aus dem K-1 von der Schiedsklausel erfasst. Das Bundesgericht legt die objektive Tragweite einer Schiedsklausel weit aus und nimmt an, dass eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts von den Parteien gewünscht ist, wenn das Zustandekommen der Schiedsklausel einmal feststeht

(BGE 116 Ia 56 E. 3b). Liegen zwischen den gleichen Parteien mehrere miteinander vernetzte Verträge vor, geht das Bundesgericht davon aus, dass sie alle von der objektiven Tragweite einer vorhandenen Schiedsklausel erfasst sind, vorausgesetzt die anderen Verträge enthalten keine eigenen, abweichenden Streiterledigungsklauseln (BGer 4A\_103/2011 E. 3.2.2). Da das Zustandekommen der Schiedsklausel i.c. feststeht, ist die objektive Tragweite der Schiedsklausel weit auszulegen. Der K-1 und der Subunternehmervertrag, als Vor- und Hauptvertrag (vgl. N 32 ff.), stehen zudem in einer direkten Beziehung und im K-1 fehlt eine eigene Streiterledigungsklausel, weshalb er von der Schiedsklausel des Subunternehmervertrages erfasst ist.

12 Um die objektive Tragweite einer Schiedsklausel zu ermitteln, sind im Übrigen die allg. Regeln der Auslegung von privaten Willenserklärungen heranzuziehen (BGE 130 III 66 E. 3.2). Die Schiedsklausel ist subjektiv und subsidiär objektiviert auszulegen (HUGUENIN, N 275). Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut, ergänzend können u.a. das Parteiverhalten während den Verhandlungen sowie der Vertragszweck beigezogen werden (OFK-OR-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 18 N 10 und 13).

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

(a) *Nach dem Wortlaut und dem Parteiverhalten sind Ansprüche aus dem K-1 erfasst*

13 Gem. dem tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien sollten Ansprüche aus dem K-1 von der Schiedsklausel erfasst sein. Dieser Wille ergibt sich bereits aus dem Wortlaut. Die Formulierung „alle [...] Ansprüche aus oder *im Zusammenhang mit* diesem Subunternehmervertrag“ (B-2, Art. 8; B-3, Art. 8; K-9, Art. 8) wurde verwendet, damit neben Ansprüchen direkt aus dem Subunternehmervertrag auch solche, die nur in Verbindung zu ihm stehen, unter die Schiedsklausel fallen. Der K-1 als Vorvertrag enthält alle wesentlichen Vertragspunkte des Subunternehmervertrages (vgl. N 33 ff.) und steht mit diesem deshalb in engem Zusammenhang. Der K-1 ist demnach bereits gestützt auf den Wortlaut von der Schiedsklausel erfasst.

14 Dies bestätigt sich im Verhalten der Beklagten während den Subunternehmervertragsverhandlungen. Die Beklagte verwendete in ihrem ersten Vertragsentwurf für die Schiedsklausel die Formulierung „Streitigkeiten, die sich *aus* diesem Vertrag ergeben sollten“ (K-7, Art. 9). Diese Formulierung wurde von der Klägerin im zweiten Entwurf (B-2, Art. 8) durch die geltende Regelung „aus *oder im Zusammenhang mit* diesem Subunternehmervertrag“ ersetzt. Durch die Markup-Hervorhebung wurde der Beklagten diese Neuerung zur Kenntnis gebracht. Sie übernahm den Formulierungsvorschlag der Klägerin im folgenden Entwurf kommentarlos (K-9, Art. 8) und gab ihr Einverständnis (B-4). Die Beklagte war sich folglich dem Unterschied zwischen den beiden Formulierungen und der Ausdehnung der objektiven Tragweite der Schiedsklausel bewusst und stimmte dieser zu.

*(b) Nach dem Zweck der Schiedsklausel sind Ansprüche aus dem K-1 erfasst*

15 Der tatsächlich übereinstimmende Wille der Parteien zeigt sich ferner im Zweck, der mit der gewählten Schiedsklausel verfolgt wird: Ansprüche aus dem Subunternehmervertrag sollen von einem Schiedsgericht beurteilt werden. Gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann aus einem Vorvertrag direkt auf Leistung aus dem Hauptvertrag geklagt werden, wenn der Vorvertrag alle wesentlichen Vertragspunkte enthält und zwischen den gleichen Parteien geschlossen wurde (BGE 118 II 32 E. 3c; CHK-OR-KUT, Art. 22 N 14; SCHWENZER, N 26.09). I.c. waren dieselben Parteien am K-1 und am Subunternehmervertrag beteiligt. Zudem sind alle wesentlichen Vertragspunkte im K-1 enthalten (vgl. N 33 ff.). Demnach kann die Klägerin bereits aus dem K-1 Ansprüche aus dem Subunternehmervertrag einklagen. Da die Parteien deren Beurteilung übereinstimmend einem Schiedsgericht überlassen wollten, muss dieses auch zuständig sein, wenn dieselben Ansprüche indirekt durch den K-1 geltend gemacht werden.

16 Zudem ist ein Vorteil von Schiedsklauseln die Beurteilung der Streitigkeit durch selbstgewählte, fachlich kompetente Richter (GIRSBERGER/VOSER, N 134). Streitigkeiten aus dem Subunternehmervertrag sollten einer solchen spezialisierten Gerichtsbarkeit unterworfen werden. Der K-1 als Vorvertrag birgt dieselben rechtlich komplexen Fragestellungen wie der Subunternehmervertrag, die eine Spezialisierung des Gerichts rechtfertigen. Der Zweck der Schiedsklausel weist demnach darauf hin, dass die Parteien sie auch auf Ansprüche aus dem K-1 angewendet haben wollten. Insgesamt ergibt die subjektive Auslegung, dass Ansprüche aus dem K-1 von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel erfasst sind.

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

17 Subsidiär muss die Schiedsklausel objektiviert, d.h. nach Vertrauensprinzip, ausgelegt werden, um den mutmasslichen Willen der Parteien zu bestimmen (BGer 4A\_409/2011 E. 3.2.1). Es ist danach zu fragen, wie vernünftig und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glauben unter den gegebenen Umständen eine Willensäußerung verstehen durften und mussten (BGE 131 III 606 E. 4.1; HUGUENIN, N 282). Die objektivierte Auslegung würde unter Berücksichtigung der oben genannten Aspekte zu keinem anderen Schluss führen. Die Beklagte musste die Schiedsklausel nach Treu und Glauben so verstehen, dass sie auch Ansprüche aus dem K-1 erfasst.

## **3. Zwischenfazit**

18 Die Auslegung der Schiedsklausel ergibt zusammenfassend, dass die Ansprüche aus dem K-1 durch die objektive Tragweite der Schiedsklausel im Subunternehmervertrag gedeckt sind.

## **III. FAZIT**

19 Es liegt eine gültige Schiedsklausel vor, welche auch auf Ansprüche aus dem K-1 anwendbar ist. Das Schiedsgericht ist somit für die Beurteilung der Ansprüche der Klägerin zuständig.

### **C. DIE EINREDE DER VERRECHNUNG IST NICHT ZU HÖREN**

20 Die Beklagte erhebt eine Verrechnungseinrede in Höhe von CHF 1 Mio. (Einleitungsantwort, N 26 ff.). Auf diese ist indes nicht einzutreten, da sie von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel nicht gedeckt ist und die Beklagte die Vorschriften der SRIA nicht eingehalten hat.

#### **I. DIE VERRECHNUNGSEINREDE IST VON DER SCHIEDSKLAUSEL NICHT GEDECKT**

21 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist zwar weit auszulegen, nichtsdestotrotz darf sie nicht über den von den Parteien vereinbarten Bereich hinaus erstreckt werden (BERGER, S. 75). Verrechnungseinreden, die verfahrensfremd sind, d.h. einem anderen Vertragsverhältnis entspringen als der Vertrag, der die Schiedsklausel enthält, sind von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel nicht erfasst (BUCHER, S. 129).

22 Die Verrechnungseinrede, die die Beklagte geltend macht, hat ihren Ursprung im K-4, denn dieser verpflichtet die Beklagte zur Zahlung einer Konventionalstrafe, wenn sie nacheinander zwei Milestones verpasst (K-4, Art. 6). Der K-4 wurde nicht zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossen, er weist keine direkte Verbindung zum Subunternehmervertrag auf und enthält zudem eine eigene Schiedsklausel (K-4, Art. 8). Ansprüche, denen der K-4 zugrunde liegt, sind folglich – anders als jene aus dem K-1 – verfahrensfremd und nicht von der Schiedsklausel des Subunternehmervertrages gedeckt.

23 Darüber hinaus wurde die explizite Berechtigung der Beklagten, im Falle einer Konventionalstrafe Schadenersatz von der Klägerin zu verlangen (K-7, Art. 7), im zweiten Entwurf des Subunternehmervertrages ersatzlos gestrichen (B-2, Art. 6). Die Beklagte übernahm diese Änderung vorbehaltlos in den dritten Entwurf (K-9). Die Parteien wollten demnach übereinstimmend Schadenersatzansprüche der Beklagten, die aus dem K-4 hervorgehen, ausschliessen und nicht im Rahmen des Subunternehmervertrages beurteilt haben. Diese Ansprüche unterstehen deshalb nicht der Schiedsklausel des Subunternehmervertrages. Auf die Verrechnungseinrede ist somit nicht einzutreten.

#### **II. EVENTUALITER: DIE BEKLAGTE HAT DIE VERRECHNUNGSEINREDE NICHT FORMGEGRECHT ERHOBEN**

24 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten der Ansicht sein, die Verrechnungseinrede sei von der Schiedsklausel erfasst, so ist die Einrede dennoch nicht zu hören, da die Beklagte die Vorschriften der SRIA nicht beachtet hat. Gem. Art. 3(10) SRIA ist Art. 3(3) SRIA auch auf Verrechnungseinreden anwendbar. Nach Art. 3(3) SRIA hat die Einleitungsanzeige, respektive die Verrechnungseinrede, gewisse Angaben zu enthalten. Eine dieser Angaben ist das Klagebegehren (Art. 3(3)(f) SRIA). Dieses sollte so klar und bestimmt formuliert sein, dass es vom Schiedsgericht ohne Anpassungen zum Dispositiv des Entscheides erhoben werden kann (Komm. SRIA-BERGER/PFISTERER, Art. 18 N 13). Die rechtliche Begründung sollte dafür nicht

konsultiert werden müssen (BERGER/KELLERHALS, N 1207). Wird ein ungenügend bestimmtes Klagebegehren nicht verbessert, obwohl die Gegenpartei pflichtgemäss dazu aufgefordert hat (BGer 4P.114/2001 E. 3b), droht ein Nichteintretensentscheid (WIRTH, S. 157 f.).

25 Die Beklagte führt die Verrechnungseinrede nicht klar formuliert als Klagebegehren auf, sondern erwähnt sie erst im Fliesstext (Einleitungsantwort, N 26 ff.). Obwohl die Beklagte durch die Klägerin auf diesen formellen Fehler hingewiesen wurde (Stellungnahme zur Einleitungsantwort, N 9 ff.), unterliess sie es im Weiteren, ihre Verrechnungseinrede als Klagebegehren aufzuführen (Erwiderung zur Stellungnahme, N 2 ff.). Die Folge davon muss sein, dass das Schiedsgericht auf die Verrechnungseinrede der Beklagten nicht eintritt.

### **III. EVENTUALITER: DIE BEKLAGTE HAT DEN KOSTENVORSCHUSS UND DIE EINSCHREIBEGEBÜHR NICHT GELEISTET**

26 Gem. Art. 2.4 Appendix B SRIA werden Klage und Verrechnungseinrede für die Bestimmung des Streitwerts zusammengezählt, wenn die Verrechnungseinrede einen bedeutenden Mehraufwand erfordert. Eines solchen bedarf es z.B., 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 bestreitet den Verrechnungsanspruch der Beklagten im Grundsatz (Stellungnahme zur Einleitungsantwort, N 6 ff.). Von einer detaillierten Bestreitung in der Sache wurde vorerst abgesehen, da nicht damit zu rechnen ist, dass die Verrechnungseinrede gehört wird. Die Beurteilung der strittigen Verrechnungseinrede erfordert einen bedeutenden Mehraufwand, weshalb sich der Streitwert von CHF 4.32 Mio. auf CHF 5.32 Mio. erhöht. Dies zieht eine Erhöhung der Schiedsgerichtshonorare und Verwaltungskosten gem. Art. 6.2 Appendix B SRIA nach sich, woran der hälftig zu tragende Kostenvorschuss gem. Art. 41(1) SRIA anzupassen ist. Da die Beklagte ihren Teil des zusätzlichen Kostenvorschusses nicht zu bezahlen gedenkt (Erwiderung zur Stellungnahme, N 6), ist das Verfahren in Bezug auf ihre Verrechnungseinrede gestützt auf Art. 41(4) SRIA einzustellen.

27 Gem. Art. 1.3 Appendix B SRIA sind die Bestimmungen über die Einschreibegebühr auf jede Widerklage anwendbar. Diese Bestimmung muss analog auch für Verrechnungseinreden gelten. Ziel der Verrechnungseinrede ist es, die klägerische Forderung durch Entgegenhalten einer Gegenforderung zu reduzieren (OFK-IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 148 N 8). Wenn diese Gegenforderung wie vorliegend bestritten wird, bedeutet deren Beurteilung – gleich einer bestrittenen Widerklage – einen Mehraufwand für das Schiedsgericht, was eine separate Einschreibegebühr auch für die Verrechnungseinrede rechtfertigt. I.c. erhob die Beklagte eine Verrechnungseinrede in der Höhe von CHF 1 Mio., wofür gem. Art. 1.1 Appendix B SRIA eine Einschreibegebühr von CHF 4'500 zu leisten ist. Die Beklagte hat diese Einschreibegebühr bis

zum heutigen Zeitpunkt nicht bezahlt. Gem. Art. 1.5 Appendix B SRIA analog ist das Schiedsverfahren betr. der Verrechnungseinrede deshalb nicht weiterzuführen.

#### **IV. FAZIT**

- 28 Die Verrechnungseinrede der Beklagten ist von der objektiven Tragweite der Schiedsklausel im Subunternehmervertrag nicht gedeckt und ist deshalb nicht zu hören. Zudem wurde sie nicht formgerecht erhoben und die Beklagte unterliess es, die nötigen Kostenvorschüsse und Gebühren zu leisten. Auch aus diesen Gründen ist auf die Verrechnungseinrede nicht einzutreten.

#### **D. DER K-1 IST ALS VORVERTRAG ZU QUALIFIZIEREN**

- 29 Am 12. Januar 2016 wies der K-1 die Rechtsnatur einer Vorfeldvereinbarung auf. Mit Unterzeichnung des K-2 am 15. Februar 2016 wandelte er sich in einen Vorvertrag nach Art. 22 OR.

#### **I. DER K-1 WAR EINE VORFELDVEREINBARUNG**

- 30 Vorfeldvereinbarungen stellen verbindliche Übereinkünfte zwischen Parteien dar, die ihr Verhältnis während den Verhandlungen zu einem komplexen Vertrag regeln (BK-OR-KRAMER, Art. 22 N 60; BSK-OR I-ZELLWEGER/GUTKNECHT, Art. 22 N 27; MARCHAND, S. 51). Sie beinhalten typischerweise eine Pflicht zur Verhandlung. Zudem sind oftmals Geheimhaltungspflichten, Kostenverteilungsabreden und Exklusivitätsklauseln enthalten (BK-OR-KRAMER, Art. 22 N 61; SCHÄRER, S. 24 f.; HERZOG, N 164).

- 31 Die Parteien einigten sich im K-1, dass im Falle eines Zuschlags durch den Klienten ein Subunternehmervertrag abzuschliessen sei und legten massgebliche Eckpunkte zu diesem fest (K-1, Art. 4). Der genaue Leistungsumfang sowie der Preis sollten indes noch gemeinsam in Appendix I definiert werden (K-1, Art. 4 lit. b). In Bezug auf diese beiden Vertragspunkte vereinbarten die Parteien demzufolge eine Verhandlungspflicht. Bei erfolgreicher Einigung würde das Endergebnis in Appendix I festgehalten; die Verhandlungspflicht wäre damit erfüllt. Für den Fall, dass die Parteien keine Einigung hinsichtlich Appendix I erzielen könnten, war die Beendigung des Vertrages vorgesehen (K-1, Art. 8 Abs. 1 lit. g). Des Weiteren regelten die Parteien die Exklusivität und Vertraulichkeit der Verhandlungen sowie die Kostenverteilung (K-1, Art. 5-7). Insgesamt enthielt der K-1 am 12. Januar 2016 die typischen Bestandteile einer Vorfeldvereinbarung und war folglich als solche zu qualifizieren.

#### **II. DER K-1 WURDE ZU EINEM VORVERTRAG**

- 32 Am 15. Februar 2016 wurde der K-1 durch den K-2 ergänzt und enthielt ab diesem Zeitpunkt alle wesentlichen Punkte des Subunternehmervertrages. Da auch der Wille der Parteien bestand, sich zum Abschluss des Subunternehmervertrages nach den ausgehandelten Konditionen zu verpflichten, wurde der K-1 zu einem Vorvertrag nach Art. 22 OR.



## **1. Die wesentlichen Vertragspunkte sind enthalten**

33 Ein Vorvertrag muss die subjektiv und objektiv wesentlichen Punkte des Hauptvertrages bereits bestimmen oder zumindest bestimmbar machen (BGE 118 II 32 E. 3b; HUGUENIN, N 154; MERZ, N 295). Die Beklagte macht zu Unrecht geltend, dieses Erfordernis sei durch den Kooperationsvertrag nicht erfüllt (Einleitungsantwort, N 16).

### *(a) Die objektiv wesentlichen Punkte sind enthalten*

34 Der Subunternehmervertrag ist als Werkvertrag zu qualifizieren, da die Parteien die Erstellung eines Werks – die Mitwirkung am Bau der Luftseilbahn – gegen Vergütung verabredeten (Art. 363 OR). Die objektiv wesentlichen Punkte, die auch in einem entsprechenden Vorvertrag enthalten sein müssen, bestehen in der Bestimmung des herzustellenden Werks sowie in der Festlegung der Entgeltlichkeit. Der Werklohn ist indes kein notwendiger Vertragsbestandteil (BSK-OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363 N 2 ff.; BGE 92 II 328 E. 3a). Genügend bestimmt ist das Werk in jedem Fall, wenn die Parteien es in den Grundzügen beschreiben und vereinbaren, die Ausführung den konkreten Umständen gemäss vorzunehmen (GAUCH, N 382).

35 Das Werk besteht im Anteil der Klägerin am Bau der Luftseilbahn und wird im K-1 umrissen (K-1, Präambel lit. C und E) und im K-2 genauer umschrieben. Der K-2 ist vollwertiger, verbindlicher Bestandteil des Kooperationsvertrages, denn seine Unterzeichnung war von Beginn hinweg vorgesehen (K-1, Präambel lit. E und Art. 4 lit. b) und eine fehlende Einigung hätte den K-1 hinfällig gemacht (K-1, Art. 8 Abs. 1 lit. g). Den Leistungsumfang in einem Anhang zum Vertrag zu regeln, entspricht im Zusammenhang mit Subunternehmerverträgen dem Normalfall (vgl. VETTER, S. 83). Zudem war dies durch seine spätere Aushandlung bedingt und aus Praktikabilitätsgründen von den Parteien gewollt. So wurde bspw. eine spätere Anpassung der Fremdleistung (auf Wunsch des Klienten, vgl. K-1, Art. 2 Abs. 3) auf diese Weise vereinfacht.

36 Der K-2 beinhaltet einen allgemeinen Beschrieb der Leistungen der Klägerin sowie eine Auflistung ihrer hauptsächlichen Aufgaben. Somit bestimmt er das Werk jedenfalls in den Grundzügen und demnach in genügender Weise. Dies wird zudem durch die Tatsache belegt, dass die drei Subunternehmervertragsentwürfe jeweils in Art. 2 auf den K-2 verweisen und keine genauere Beschreibung der Leistungen mehr vornehmen. Die Entgeltlichkeit der Leistungen geht schliesslich zweifelsohne aus dem K-1 und dem K-2 hervor. Die Parteien haben sich folglich über alle objektiv wesentlichen Punkte geeinigt. Die spätere einvernehmliche Reduktion des Leistungsumfangs auf 40% im K-3 vermag diesen Umstand nicht zu ändern.

### *(b) Die subjektiv wesentlichen Punkte sind enthalten*

37 Subjektiv wesentliche Punkte sind nur zu beachten, wenn sie als solche zu erkennen gegeben worden sind (BGE 118 II 32 E. 3d; CR-CO I-MORIN, Art. 2 N 5). Die Parteien schlossen den

K-1 im Rahmen geschäftlicher Tätigkeit ab und sah seine Beendigung vor, sollte sich eine Einigung über den Preis als unmöglich erweisen (K-1, Art. 8 Abs. 1 lit. g). Demzufolge war der Werklohn für sie wesentlich.

38 Der K-1 nennt den Gesamtpreis von CHF 60 Mio. (K-1, Präambel lit. D). Im K-2 einigten sich die Parteien definitiv auf den Leistungsumfang der Klägerin und dessen Wert von 45% des Gesamtpreises. Somit war der Werklohn von CHF 27 Mio. leicht errechenbar und damit bestimmbar. Weitere subjektiv wesentliche Punkte wurden von den Parteien nicht vorgebracht und fallen daher ausser Betracht. Insb. wurde in keiner Weise deutlich gemacht, für die Beklagte sei wesentlich, welche Bank die Sicherheiten für Erfüllung und Vorauszahlung stellen würde. Demzufolge waren im K-1 und K-2 alle subjektiv wesentlichen Punkte enthalten. Die spätere Herabsetzung des Werklohns im K-3 auf CHF 24 Mio. ändert in dieser Frage nichts.

## **2. Der Bindungswille der Parteien bestand**

39 Ein Vorvertrag setzt voraus, dass die Parteien sich zum Abschluss eines zukünftigen Vertrages verpflichten wollen (BSK-OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 1); es muss ein entsprechender Bindungswille bestehen (HERZOG, N 148). Die Beklagte bringt vor, der Kooperationsvertrag habe sie lediglich zur Verhandlung verpflichtet und betr. Preis und Leistungsumfang nur das provisorische Verhandlungsergebnis festgehalten (Einleitungsantwort, N 17 und N 20). Sie scheint daher zu bestreiten, dass ein Bindungswille bez. einer Verpflichtung zum Abschluss des Subunternehmervertrages (nach den in K-1 und K-2 ausgehandelten Bedingungen) bestand.

### *(a) Der Bindungswille ergibt sich durch subjektive Auslegung*

40 Um festzustellen, wie weit eine Partei sich durch ihre Äusserungen rechtlich verpflichten wollte, sind die bereits ausgeführten (vgl. N 12) allg. Grundsätze zur Auslegung von Willenserklärungen heranzuziehen (vgl. HUGUENIN, N 189 ff.; MONN, N 609; BGE 84 II 418 E. 3). Es ist daher mit der subjektiven Auslegung zu beginnen.

41 Der Titel eines vorvertraglichen Dokuments ist aufgrund der uneinheitlichen Terminologie kaum aussagekräftig (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1101; BK-OR-KRAMER, Art. 22 N 54). Die Bezeichnung des K-1, einerseits als Kooperationsvertrag andererseits als Memorandum of Understanding (K-1, Präambel lit. A), gibt entsprechend keine Auskunft über den Bindungswillen.

42 Der Wortlaut des K-1 ist indessen klar: Er besagt, dass die Parteien einen Subunternehmervertrag *abschliessen*, wenn ein Zuschlag durch den Klienten erfolgt, und nicht, dass sie lediglich über einen solchen *verhandeln* (K-1, Art. 4 Abs. 1). Weiter ist vom „bestehenden Leistungsumfang“ gem. Appendix I die Rede (K-1, Art. 2). Dadurch wird deutlich, dass die Parteien den Inhalt von Appendix I, wenn es zu seiner Unterzeichnung kommen sollte, als bestehend und somit als verbindlich ansehen wollten. Zudem wird im K-1 eine allfällige Neuverhandlung des

Appendix I geregelt (K-1, Art. 2). Der Umstand, dass für eine spätere Abänderung des Appendix I die Aufnahme erneuter Verhandlungen vorgesehen wurde, zeigt, dass der einmal unterzeichnete Appendix I verbindlich und definitiv gewesen wäre. Er sollte keineswegs bloss den erreichten Verhandlungsstand dokumentieren.

43 Schliesslich belegt das nachträgliche Parteiverhalten den Bindungswillen. Konkret wurden im K-3 Leistungsumfang und Werklohn der Klägerin einvernehmlich auf 40% bzw. CHF 24 Mio. verringert. Diese spätere Abänderung bestätigt durch ihren formellen Charakter (schriftliches Festhalten sowie Unterzeichnung beider Parteien) die Verbindlichkeit der vorher geltenden Regelung. Ausserdem äusserte die Beklagte selbst, dass sie am Kooperationsvertrag und dessen Appendix I festhalte und die Leistung notfalls (gestützt darauf) direkt einfordern werde (B-4). Dem Gesagten zufolge erachtete sie den K-1 und den K-2 durchaus als verbindliche Übereinkünfte, die zum Abschluss des Subunternehmervertrages verpflichteten. Der Bindungswille lag somit im Zeitpunkt der Unterzeichnung tatsächlich vor.

*(b) Eventualiter: Der Bindungswille ergibt sich durch objektivierte Auslegung*

44 Eine objektivierte Auslegung nach Vertrauensprinzip würde ebenfalls zum Ergebnis führen, dass der Bindungswille bestand. In Anbetracht des Wortlauts und des Parteiverhaltens hätte eine vernünftig und redlich handelnde Partei die Willensäusserung der Beklagten dahingehend verstanden, dass diese sich zum Vertragsschluss verpflichten wollte. Ausserdem werden im Rahmen von Vertragsverhandlungen bei Nichtvorliegen eines Bindungswillens regelmässig sog. Unverbindlichkeitsklauseln verwendet (KRAMER/PROBST, N 134; BGer 4C.409/2005 E. 2.3.1). Da sich weder im K-1 noch im K-2 eine solche Klausel findet, liegt ein weiterer Hinweis auf den Rechtsbindungswillen der Parteien vor. Selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss kommen sollte, dass kein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille bestand, so durfte die Klägerin unter den aufgeführten Gesichtspunkten in guten Treuen auf den Bindungswillen der Beklagten schliessen und ist in diesem Verständnis zu schützen.

*(c) Eventualiter: Der Bindungswille wird vermutet*

45 Von den Parteien im vorvertraglichen Stadium festgehaltene Einigungen, die bereits alle wesentlichen Vertragspunkte enthalten, sind gem. Art. 2 Abs. 1 OR vermutungsweise verbindlich (BK-OR-KRAMER, Art. 22 N 65; MONN, N 610). Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, das Auslegungsergebnis sei nicht eindeutig, gilt demnach die Vermutung der Verbindlichkeit von Art. 2 Abs. 1 OR.

### **3. Der Vorschlag zur Leistungsreduktion war unbeachtlich**

46 Die Beklagte behauptet, der Kooperationsvertrag habe sich von einem Vorvertrag in einen Verhandlungsvertrag gewandelt, da die Klägerin ihren Leistungsumfang reduzieren wollte

(Einleitungsantwort, N 18 f.). Dazu ist festzuhalten, dass die Klägerin sich, wie auch aus der Korrespondenz hervorgeht (B-1; B-6), dem K-1 als Vorvertrag stets verpflichtet fühlte. Die Reduktion ihrer Leistung war von Anfang an ein blosser Vorschlag. Zudem lag mit dem K-1 ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vor, das nur durch die Parteien gemeinsam abgeändert werden konnte. Da die Beklagte die Neuverhandlung des Leistungsumfangs klar ablehnte (B-4), konnte die Klägerin, selbst wenn sie es gewollt hätte, den Vertrag nicht durch ihre einseitige Erklärung zu einem Verhandlungsvertrag abändern. Es ist somit nicht nachvollziehbar, inwiefern der Vorschlag zur Anpassung der Fremdleistung die Rechtsnatur des Vertrages gewandelt haben soll.

### **III. FAZIT**

47 Der K-1 (inkl. K-2) ist ein verbindlicher Vorvertrag nach Art. 22 OR. Er verpflichtet die Parteien, einen Subunternehmervertrag nach den festgehaltenen Bedingungen abzuschliessen.

#### **E. DIE BEKLAGTE HAT DEN K-1 UNRECHTMÄSSIG BEENDET**

##### **I. ES BESTAND KEIN KÜNDIGUNGSRECHT NACH ART. 8 ABS. 1 LIT. G K-1**

48 Die Beklagte beruft sich zur Beendigung des K-1 auf dessen Art. 8 Abs. 1 lit. g (Einleitungsantwort, N 20 f.). Danach endet der Vertrag, wenn sich die Parteien nicht auf Preis und/oder Umfang der Fremdleistungen einigen können. Wie bereits ausgeführt, statuierte der K-1 in Bezug auf Umfang und Preis der Fremdleistungen eine Verhandlungspflicht der Parteien (vgl. N 31). Konsequenterweise wurde für den Fall, dass in diesen Punkten keine Einigung möglich sein sollte, die Beendigung des K-1 in Art. 8 Abs. 1 lit. g vorgesehen. Die Bestimmung bezog sich folglich einzig auf die Phase zwischen dem Abschluss des K-1 und der allfälligen Unterzeichnung des Appendix I. Mit Unterzeichnung des K-2 kam jedoch eine solche Einigung gerade zustande. Wie dargelegt, ist diese für die Parteien auch rechtlich verbindlich (vgl. N 39 ff.). Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 wurde damit gegenstandslos. Eine Berufung auf diese Bestimmung *nach* der erfolgreichen Vereinbarung von Appendix I ist folglich nicht statthaft. Der Rücktritt der Beklagten mit dieser Begründung war vertragswidrig.

##### **II. ES BESTAND KEIN KÜNDIGUNGSRECHT NACH ART. 107 OR**

49 Die Beklagte beruft sich für ihren Rücktritt eventualiter auf Art. 107 OR (Einleitungsantwort, N 22 ff.). Dieses Rücktrittsrecht bedingt den Verzug des Schuldners. I.c. waren dessen Voraussetzungen nicht erfüllt, weshalb der Beklagten kein Rücktrittsrecht aus Verzug zustand.

##### **1. Es lag keine Leistungsverweigerung vor, denn der K-9 ist nicht vorvertragskonform**

50 Der Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR erfordert, dass der Schuldner nicht leistet, obwohl es ihm möglich wäre (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2658; HUGUENIN, N 915). Die Leistung, zu der die Klägerin sich durch den K-1 verpflichtet hatte, war die Unterzeichnung eines Subunternehmervertrages gem. den in K-1 und K-2 ausgehandelten Bedingungen. Die Beklagte

macht geltend, die Klägerin habe ebendiese Leistung, obwohl es ihr möglich war, nicht erbracht, indem sie den K-9 nicht unterzeichnete (Einleitungsantwort, N 23).

51 Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der K-9 indes nicht vorvertragskonform. Mit dem neu eingeführten Grossbankenerfordernis versties dieser Entwurf gegen das im K-1 vereinbarte back-to-back-Prinzip, da er die Wahlfreiheit der Klägerin im Vergleich zu jener der Beklagten massiv einschränkte (a). Zudem wurde das Grossbankenerfordernis treuwidrig eingeführt und war in materieller Hinsicht nicht gerechtfertigt (b). Die Klägerin war demnach nicht verpflichtet, den K-9 zu unterzeichnen und fiel durch ihre Weigerung nicht in Verzug.

*(a) Das Grossbankenerfordernis verletzt das back-to-back-Prinzip*

52 Die Parteien einigten sich im K-1, dass der Subunternehmervertrag back-to-back die Bestimmungen des Hauptvertrages übernehmen würde (K-1, Art. 4 lit. a). Eine solche back-to-back-Vereinbarung beinhaltet, dass der Subunternehmer, soweit sein Leistungsanteil betroffen ist, die Pflichten des Hauptunternehmers aus dem Hauptvertrag übernimmt (WESELIK/HAMERL, S. 67; vgl. VETTER, S. 83). Die Vereinbarung bringt sodann den Willen der Parteien, die beiden Verträge zu koordinieren, zum Ausdruck (NICKLISCH, S. 2366; GAUCH, N 155). Ihr Ziel ist es, dass der Subunternehmervertrag die Bedingungen des Hauptvertrages soweit wie möglich widerspiegelt (LE GOFF, S. 236). Die Regelungen des Hauptvertrages werden so zum integrierenden Bestandteil des Subunternehmervertrages (SAXER, S. 55).

*(aa) Der K-4 sah eine umfassende Wahlfreiheit vor*

53 Der K-4 verpflichtete die Beklagte durch den Verweis auf das FIDIC Silver Book gegenüber dem Klienten, eine Erfüllungs- und eine Vorauszahlungssicherheit zu leisten (K-4, Art. 2 i.V.m. K-5, Art. 4.2 und 14.2). Die Besonderen Vertragsbestimmungen präzisierten, dass diese Sicherheiten in Form von Garantien einer Bank mit Sitz in der Schweiz oder EU zu leisten seien.

54 Der Klient behielt sich vor, eine angebotene Sicherheit zurückzuweisen, sofern sie oder das Bankinstitut für ihn nicht akzeptabel seien. Dadurch stand es ihm zu, eine vorgelegte Garantie in begründeten Fällen abzulehnen (bspw. bei Zahlungsunfähigkeit der Bank). Ohne konkrete Hinweise auf eine Nicht- oder Unterdeckung der Sicherheiten wäre eine Rückweisung jedoch nicht gerechtfertigt gewesen. Im Übrigen war das Recht dem Sinn der Bestimmung nach restriktiv zu handhaben: Der Klient war nicht berechtigt, willkürlich oder anhand nicht vereinbarter Kriterien eine Sicherheit zurückzuweisen, denn dies hätte die vereinbarte grundsätzliche Wahlfreiheit der Beklagten ausgehöhlt. Ausserhalb dieser Bestimmungen stellte der Klient zu keinem Zeitpunkt weitere Anforderungen an die Bankgarantie. Aus dem K-4 erwuchs der Beklagten folglich die Pflicht, die Sicherheiten bei einer Bank im Raum Schweiz oder EU aufzunehmen. Dabei verfügte sie über eine umfassende Wahlfreiheit.

*(bb) Das Grossbankenerfordernis schränkt die Wahlfreiheit unzulässig ein*

55 Da das back-to-back-Prinzip die anteilmässige Übernahme der Pflichten aus dem Hauptvertrag durch den Subunternehmer verlangt, war die Klägerin – genau wie die Beklagte – verpflichtet, Garantien einer Bank mit Sitz in der Schweiz oder EU zu stellen. Ihr musste hierbei dieselbe Wahlfreiheit zustehen, die die Beklagte gegenüber dem Klienten genoss.

56 Im K-9 verlangte nun aber die Beklagte von der Klägerin, ihre Sicherheiten bei einer von drei Schweizer Grossbanken aufzunehmen. Dadurch wurde die Wahlfreiheit der Klägerin wesentlich reduziert. Die Zulässigkeit einer solchen Einschränkung kann denn auch nicht aus dem im K-4 enthaltenen Rückweisungsrecht hergeleitet werden. Dieses sollte nämlich, wie dargelegt, eine Ablehnung in gerechtfertigten Einzelfällen ermöglichen und nicht dazu verwendet werden, die vereinbarte Wahlfreiheit zu unterwandern. Das Grossbankenerfordernis des K-9 verletzt demnach das back-to-back-Prinzip.

*(cc) Der Entscheid der Beklagten für die CS ist unbeachtlich*

57 Entgegen der Ansicht der Beklagten (Einleitungsantwort, N 4 f.) vermag ihr Entscheid mit der CS zusammenzuarbeiten daran nichts zu ändern. Es ist nicht zulässig, dass der Hauptunternehmer seine Verpflichtungen nach eigenem Gutdünken konkret ausgestaltet und diese Ausgestaltung dann *tel quel* dem Subunternehmer aufzwingt. Die Beklagte verkennt die Bedeutung von back-to-back, wenn sie annimmt, sie sei befugt gewesen, der Klägerin die Wahl einer Schweizer Grossbank vorzuschreiben, nur weil sie selbst diese getroffen hatte.

58 Dies gilt umso mehr, als der Klient in keiner Weise auf Garantien einer Schweizer Grossbank bestand. Die Wahl war somit nicht einmal durch Verhandlungen der Parteien des Hauptvertrages begründet, sondern entsprach ausschliesslich dem Willen der Beklagten. Der eigenmächtige Entscheid der Beklagten für die CS konnte folglich keinen Einfluss auf die Wahlfreiheit der Klägerin haben. Im Übrigen ergibt sich dies aus dem Wortlaut: Es wird die back-to-back-Übernahme der Bestimmungen des Hauptvertrages festgelegt, nicht die back-to-back-Übernahme der Umsetzung dieser Bestimmungen durch die Beklagte (K-1, Art. 4 lit. a).

*(dd) Zwischenfazit*

59 Dem Gesagten zufolge verstösst das Grossbankenerfordernis gegen das in Art. 4 lit. a K-1 vereinbarte back-to-back-Prinzip. Der K-9, der dieses Erfordernis vorsah, war somit nicht vorvertragskonform. Die Klägerin war folglich nicht zur Unterzeichnung dieses Vertragsentwurfs verpflichtet und geriet durch ihre Weigerung nicht in Verzug.

*(b) Eventualiter: Das Grossbankenerfordernis verstösst gegen Treu und Glauben*

60 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, das Grossbankenerfordernis verletze das back-to-back-Prinzip nicht, so ist es jedenfalls gehalten, dessen Unzulässigkeit *qua* Verstoss gegen Treu und Glauben anzunehmen.

61 Die Parteien waren während ihren Verhandlungen zum Subunternehmervertrag stets durch den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB gebunden. Dieser verlangt von den Parteien, wenn sie bereits einen Vertrag abgeschlossen haben, alles zu tun, um die richtige Vertragserfüllung sicherzustellen (BGE 113 II 246 E. 4; BK-ZGB-MERZ, Art. 2 N 260). Sie sind also verpflichtet, ernsthaft auf die Erfüllung des Vertrages hinzuwirken (ZK-ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 290). Der Beklagten erwuchs demnach aus dem K-1 die Pflicht, ernsthaft auf den Abschluss des Subunternehmervertrages hinzuwirken. Durch die Einführung des Grossbankenerfordernisses im K-9 hat sie gegen diese Pflicht verstossen.

*(aa) Die Beklagte führt das Grossbankenerfordernis treuwidrig ein*

62 Seit der ersten Zusammenarbeit der Parteien im Jahr 2014 ist die Beklagte über die Funktion der Veneto Banca als Hausbank der Klägerin informiert. Die Beklagte wusste demnach schon zu Beginn der erneuten Zusammenarbeit im Januar 2016, welche Bank die Klägerin als Partnerin für das Finanzielle beziehen würde und erhielt dies im April 2016 telefonisch von ihr bestätigt. Einen Vorbehalt bez. dieser Bank brachte sie nichtsdestotrotz erst am 30. Mai 2016 an, d.h. über vier Monate nach Projektbeginn. In ihrem Schreiben machte die Beklagte ohne jegliche Begründung geltend, die Sicherheiten der Veneto Banca seien nicht ausreichend, und verlangte sodann von der Klägerin, die Garantien durch eine von drei ausgewählten Schweizer Grossbanken ausstellen zu lassen (B-4). Aufgrund der Korrespondenz war sich die Beklagte bewusst, dass die Klägerin die Garantien mit der Veneto Banca zu diesem Zeitpunkt bereits zeichnungsfertig vorbereitet hatte (vgl. B-1). Ausserdem musste ihr klar sein, mit welchem zeitlichen und finanziellen Aufwand die Aushandlung einer Garantie mit einer Schweizer Grossbank für die Klägerin (als mittelständisches italienisches Unternehmen) verbunden gewesen wäre und welche Auswirkungen dies auf das Projekt gehabt hätte. Insgesamt hat die Beklagte mit ihrem Verhalten treuwidrig den Abschluss des Subunternehmervertrages gefährdet.

*(bb) Das Grossbankenerfordernis ist materiell nicht stichhaltig*

63 Darüber hinaus war die Forderung inhaltlich nicht gerechtfertigt. Zum einen handelt es sich bei der Veneto Banca um ein etabliertes und respektiertes italienisches Bankinstitut, zu dem die Klägerin seit mehreren Jahrzehnten eine erfolgreiche Geschäftsbeziehung pflegt. Die von ihr gezeichneten Sicherheiten wären unter allen Gesichtspunkten solide gewesen. Die Beklagte bestreitet diesen Umstand, ohne sich auf konkrete Hinweise zu stützen (Einleitungsantwort, N 5). Die allg. Vorbehalte, die sie anführt, überzeugen nicht. Eine Grossbank mag, sofern sie systemrelevant ist, gewisse Vorteile bieten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Garantien von Kleinbanken per se weniger solide sind. Auch der Umstand, dass die Klägerin die Garantie der Veneto Banca zu günstigen Konditionen (0.1 bzw. 0.11% Kommission/Quartal) erhalten hätte, erlaubt

entgegen der Ansicht der Beklagten (Einleitungsantwort, N 5) keinen derartigen Schluss. Denn dies ist auf die langjährige Zusammenarbeit und nicht auf eine verminderte Qualität der Sicherheit zurückzuführen. Darüber hinaus hat die Beklagte selbst ihre Garantien von der CS zu vorteilhaften Konditionen erhalten (0.12% Kommission/Quartal), was bei ihr jedoch keine Zweifel hinsichtlich deren Solidität weckt.

64 Zum anderen ist das Grossbankenerfordernis unhaltbar, da die Beklagte neben der Veneto Banca auch sämtliche anderen Bankinstitute in der Schweiz und der EU ausschloss, obwohl unbestrittenerweise mindestens so respektable und sichere Banken, wie die von der Beklagten genannten, existieren (wie bspw. die Schweizer BCV oder die französische Caisse des Dépôts et Consignations; vgl. <https://www.gfmag.com/magazine/november-2016/worlds-safest-banks-europe-top-50?page=2> [abgerufen am 11.12.2017]). Mit der Neueinführung dieses materiell unbegründeten Erfordernisses in den K-9 hat die Beklagte dem Abschluss des Subunternehmervertrages somit treuwidrig entgegengewirkt.

*(cc) Zwischenfazit*

65 Insgesamt arbeitete die Beklagte durch Einführung des Grossbankenerfordernisses in den K-9 nicht ernsthaft auf die Erfüllung des K-1 hin. Mit ihrer plötzlichen und ungerechtfertigten Forderung verhinderte sie vielmehr den Abschluss des Subunternehmervertrages. Damit hat sie gegen Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB verstossen. Als die Klägerin es ablehnte, den entsprechenden Vertragsentwurf zu unterzeichnen, fiel sie folglich nicht in Verzug.

## **2. Der Vorschlag zur Leistungsreduktion stellte keine Leistungsverweigerung dar**

66 Die Klägerin hat die Leistung auch nicht verweigert, indem sie die Reduktion ihres Leistungsanteils anbot, denn dabei handelte es sich lediglich um einen Vorschlag. Die Klägerin war stets gewillt, einen vorvertragskonformen Subunternehmervertragsentwurf abzuschliessen. Dies zeigte sich u.a. daran, dass sie ihr Interesse an der Verwirklichung des Projekts immer wieder betonte und ihre Kompromissbereitschaft kundtat (B-1; B-6; K-11).

67 Ihrem Angebot lagen ausserdem Überlegungen zur zeitlichen Optimierung sowie zur Qualitäts- und Effizienzsteigerung zugrunde und nicht der Wille, ihre Leistung zu verweigern. Der Einbezug eines (auf Unterwasserbau) spezialisierten Subunternehmers wäre für das ganze Projekt ein Gewinn gewesen. Ein allfällig erhöhter Koordinationsaufwand wäre überdies kaum ins Gewicht gefallen, da die Klägerin die Beklagte organisatorisch unterstützt hätte. Zudem hielt die Klägerin bereits einige Vorschläge bez. eines Ersatz-Subunternehmers bereit.

68 Die etwas verfahrenere Verhandlungssituation, auf die sich die Beklagte bezieht, wenn sie der Klägerin die Leistungsverweigerung vorwirft, hat sie sich darüber hinaus vorwiegend selbst zuzuschreiben. Das Grossbankenerfordernis war, im Gegensatz zum Vorschlag der



Leistungsreduktion, unhaltbar und führte daher notwendigerweise zur Verzögerung der Verhandlungen. Die Beklagte kann die so von ihr verursachte Situation nicht der Klägerin anlasten.

### **3. Eventualiter: Die Beklagte hat die Vorschriften nach Art. 102 ff. OR nicht beachtet**

69 Selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss käme, dass seitens der Klägerin durch die Nichtunterzeichnung des K-9 eine Leistungsverweigerung vorliege, würden der Beklagten die Rechte nach Art. 107 nicht zustehen, da sie die Verzugsvorschriften nicht beachtet hat. Gem. Art. 102 Abs. 1 OR muss die Gläubigerin den Schuldner mahnen, damit er in Verzug fällt. Eine Mahnung besteht in der unmissverständlichen Aufforderung, die versprochene Leistung zu erbringen (HUGUENIN, N 920; BGE 129 III 535 E. 3.2.2). Eine andere als die geschuldete Leistung kann nicht gefordert werden (BK-OR-BECKER; Art. 102 N 12). Wird die Pflicht weiterhin nicht erfüllt, ist dem Schuldner gem. Art. 107 Abs. 1 OR eine Nachfrist anzusetzen.

70 Die Beklagte substantiiert nicht, inwiefern sie die Klägerin gemahnt und ihr eine Frist zur nachträglichen Erfüllung gesetzt haben soll. Das Auskaufangebot (K-10) stellte jedenfalls keine Mahnung dar, da die Beklagte darin nicht die geschuldete Leistung, sondern die Unterzeichnung des nicht vorvertragskonformen K-9 forderte. Ausserdem überzeugt ihre pauschale Annahme, jedes weitere Zuwarten wäre sinnlos gewesen (Einleitungsantwort, N 24), nicht. Die Beklagte war nicht berechtigt i.S.v. Art. 108 Ziff. 1 OR (analog) auf Mahnung und Nachfrist zu verzichten, da die Klägerin stets auf den Abschluss des Subunternehmervertrages hinarbeitete und sich dabei kompromissbereit zeigte (K-11). Es ging daher aus dem Verhalten der Klägerin nicht hervor, dass sich eine Mahnung bzw. das Ansetzen einer Nachfrist als unnütz erwiesen hätte. Folglich hat die Beklagte die Vorschriften von Art. 102 ff. OR verletzt.

### **4. Zwischenfazit**

71 Die Klägerin fiel nach dem Gesagten nicht in Verzug, als sie sich weigerte den K-9 zu unterzeichnen. Der Beklagten stand demnach kein Rücktrittsrecht nach Art. 107 OR zu. Der Rücktritt mit dieser Begründung war nicht rechtmässig.

### **III. FAZIT**

72 Die Beklagte war weder nach Art. 8 Abs. 1 lit. g K-1 noch nach Art. 107 OR zur Kündigung des K-1 berechtigt. Die Beendigung war daher unrechtmässig.

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

#### **I. DIE KLÄGERIN HAT ANSPRUCH AUF SCHADENERSATZ AUS VERZUG NACH ART. 107 ABS. 2 OR**

73 Die Beklagte fiel durch ihren ungerechtfertigten Rücktritt, den sie im K-12 mitteilte, in Verzug. Die Klägerin hat daher Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 107 Abs. 2 OR.

## **1. Die Voraussetzungen des Verzuges nach Art. 102 OR ff. sind erfüllt**

74 Die Beklagte verweigerte die fällige Leistung und eine Mahnung sowie das Ansetzen einer Nachfrist erübrigten sich. Damit sind die Voraussetzungen des Verzuges gegeben.

### *(a) Die Beklagte hat die Leistung verweigert*

75 Eine Leistungsverweigerung liegt vor, wenn der Schuldner seine Leistung nicht erbringt, obwohl diese noch möglich wäre (vgl. N 50). Mit dem Kündigungsschreiben brachte die Beklagte zum Ausdruck, dass sie den Subunternehmervertrag zu den in K-1 und K-2 festgehaltenen Bedingungen nicht mit der Klägerin abschliessen und somit ihre Leistung nicht erbringen würde (K-12). Ein Abschluss wäre noch immer möglich gewesen, insb. da die Klägerin gewillt war den Subunternehmervertrag abzuschliessen, was sie klar und wiederholt bekundete (B-6; K-11). Damit hat die Beklagte ihre Leistung verweigert.

### *(b) Die Leistung war fällig*

76 Fehlt im Vertrag eine Parteivereinbarung über die Fälligkeit, greift die Vermutung von Art. 75 OR, wonach die Leistung sofort fällig ist (HUGUENIN, N 918). Die Vertragslücke ist durch die sofortige Fälligkeitsregel zu ergänzen, sofern diese der Natur des Rechtsverhältnisses nicht entgegensteht (ADDORISIO DE FEO, N 584; BGE 116 II 225 E. 5a). Diese Regel gilt gleichermassen für Vorverträge (HERZOG, N 362). Die Leistung aus dem K-1 war gem. Art. 75 OR sofort fällig, da die Parteien keine Vereinbarung zur Fälligkeit trafen und die Rechtsnatur des K-1 dem nicht entgegensteht.

### *(c) Eine Mahnung erübrigte sich*

77 Die nach Art. 102 Abs. 1 OR erforderliche Mahnung entfällt gem. Art. 108 Ziff. 1 OR analog, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (HUGUENIN, N 927; BGE 110 II 141 E. 1b). Im K-12 machte die Beklagte deutlich, dass sie nicht mehr zu leisten bereit war. Eine Mahnung hätte sich folglich als unnütz erwiesen, weshalb die Klägerin darauf verzichten konnte.

### *(d) Das Ansetzen einer Nachfrist erübrigte sich*

78 Verweigert der Schuldner ernsthaft und endgültig die Erfüllung, so liegt ein Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR vor und das Ansetzen einer Nachfrist entfällt (SCHWENZER, N 66.19; BGer 4C.58/2004 E. 3.3). Der Schuldner fällt ohne Weiteres in Verzug und der Gläubigerin stehen die Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 OR offen (HUGUENIN, N 927; BSK-OR I-WIEGAND, Art. 108 N 8). Im K-12 wurde zweifelsfrei deutlich, dass die Beklagte ernsthaft und endgültig nicht gewillt war, die Leistung zu erbringen. Die Klägerin musste somit keine Nachfrist ansetzen und die Beklagte fiel sogleich in Verzug.

## **2. Die Klägerin verlangt Schadenersatz wegen Nichterfüllung**

79 Nach Art. 107 Abs. 2 OR kann die Gläubigerin auf die geschuldete Leistung verzichten (1. Wahlrecht), wenn der Vertrag aufrechterhalten wird. Den Verzicht hat sie grundsätzlich unverzüglich zu erklären. Hat sich jedoch das Ansetzen einer Nachfrist in Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR erübrigt, kann die Gläubigerin von ihrem Verzichtsrrecht so lange Gebrauch machen, wie die Erfüllungsverweigerung andauert (KOLLER, § 55 N 126; BGE 69 II 243 E. 4 f; BGE 76 II 304 E. 2). Da die Erfüllungsverweigerung der Beklagten noch immer andauert, war eine unverzügliche Erklärung nicht erforderlich. Die Klägerin kann von ihrem Recht, auf die Leistung zu verzichten, somit auch zum jetzigen Zeitpunkt noch Gebrauch machen. Bei Verzicht auf die Leistung kann die Gläubigerin gem. Art. 107 Abs. 2 OR Schadenersatz aus Nichterfüllung verlangen (2. Wahlrecht), was die Klägerin i.c. erklärt hat. Folglich kann sie Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des K-1 erheben.

## **3. Die Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR sind erfüllt**

80 Schadenersatzansprüche gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR müssen die allg. Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR erfüllen (HUGUENIN, N 959; BGE 123 III 16 E. 4b ff.). Die Schadenersatzansprüche gehen auf Ersatz des positiven Interesses, welches einen allfälligen entgangenen Gewinn mitumfasst (HUGUENIN, N 873). Die Gläubigerin ist so zu stellen, als wäre der Vorvertrag korrekt erfüllt worden (BSK-OR I-ZELLWEGER/GUTKNECHT, Art. 22 N 60). Sie kann das Erfüllungsinteresse des Hauptvertrages als Schadenersatz aus dem Vorvertrag verlangen (BK-OR-KRAMER, Art. 22 N 122; HERZOG, N 355; vgl. BGE 111 II 156). Der Subunternehmervertrag (K-9, Art. 3) hätte der Klägerin, wie in K-1 und K-2 verbindlich vorgesehen, einen Anspruch auf CHF 24 Mio. verschafft. Hiervon hätte die Gewinnmarge 18% d.h. CHF 4.32 Mio. betragen. Durch die Nichterfüllung des K-1 ist der Klägerin demzufolge ein Gewinn im Umfang von CHF 4.32 Mio. entgangen und ein Schaden in dieser Höhe entstanden.

81 Der entgangene Gewinn ist zu ersetzen, wenn er mit der Vertragsverletzung in einem natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang steht (HUGUENIN, N 887 ff.). Vorliegend war der ungerechtfertigte Rücktritt der Beklagten kausal für den entgangenen Gewinn der Klägerin, weshalb der erforderliche Zusammenhang gegeben ist.

82 Die Vertragsverletzung muss dem Schuldner vorwerfbar sein (HUGUENIN, N 892). Der unrechtmässige Rücktritt der Beklagten stellt eine Vertragsverletzung dar, welche sie vorsätzlich begangen hat und die ihr demnach vorwerfbar ist. Die Beklagte trifft daher ein Verschulden. Somit sind die allg. Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR erfüllt.

#### **4. Der Vergütungsausschluss im K-1 ist unbeachtlich**

83 Die Beklagte bringt vor, die Beendigung des K-1 begründe keinerlei Vergütungsansprüche zwischen den Parteien und stützt sich dabei auf Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 K-1 (Einleitungsantwort, N 25). Da der K-1 jedoch nicht durch Eintritt eines der in Art. 8 Abs. 1 lit. a-g genannten Ereignisse endete, ist der Vergütungsausschluss nicht einschlägig und somit unbeachtlich.

#### **5. Zwischenfazit**

84 Die Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR sind erfüllt und die Klägerin hat entsprechend einen Schadenersatzanspruch im Umfang des positiven Interesses von CHF 4.32 Mio.

### **II. EVENTUALITER: DIE KLÄGERIN HAT ANSPRUCH AUF SCHADENERSATZ AUS POSITIVER VERTRAGSVERLETZUNG NACH ART. 97 ABS. 1 OR**

85 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, die Beklagte befinde sich nicht in Verzug, so ist ihr Verhalten jedenfalls als positive Vertragsverletzung zu qualifizieren. Eine positive Vertragsverletzung liegt vor, wenn eine vertragliche Nebenpflicht verletzt wird (HUGUENIN, N 846; GAUCH/SCHLUEP/EMMINGER, N 2619; CR-CO I-THÉVENOZ, Art. 97 N 23). Die Beklagte hat i.c. durch ihr Verhalten mehrere Nebenpflichten verletzt.

#### **1. Die Beklagte hat die Exklusivitätsklausel verletzt**

86 Der K-1 verpflichtete die Beklagte, mit keinem anderen Unternehmen Verhandlungen über die von der Klägerin zu erbringenden Leistungen zu führen (K-1, Art. 5). Am 21. August 2016 wurde die Zusammenarbeit mit der TP-Bahnen AG bekannt gegeben (vgl. K-13). Da die Beklagte den K-1 nicht rechtmässig beendet hatte (vgl. N 48 ff.), war sie nicht befugt, mit einem Drittunternehmen wie der TP-Bahnen AG Verhandlungen zu führen. Sie hat dadurch gegen Art. 5 K-1 verstossen.

87 Selbst wenn der Vertrag rechtmässig beendet worden wäre, hätte dies der Beklagten nicht erlaubt mit der TP-Bahnen AG in Verbindung zu treten, denn Art. 5 K-1 sollte auch nach Beendigung des Vertrages in Kraft bleiben (K-1, Art. 8 Abs. 2). Überdies ist nicht glaubhaft, dass die Beklagte erst nach ihrer Kündigung Verhandlungen mit der TP-Bahnen AG aufgenommen habe. Zwischen dem Vertragsrücktritt und der Medienmitteilung lag eine Zeitspanne von zehn Tagen. Bei einem Grossprojekt wie dem vorliegenden ist es kaum möglich, innert so kurzer Frist die Kooperation mit einem Subunternehmer (zu welchem bislang keine Geschäftsbeziehung bestand) umfassend zu regeln. Dem Gesagten zufolge hat die Beklagte durch ihre Zusammenarbeit mit der TP-Bahnen AG ihre vertragliche Nebenpflicht der Exklusivität verletzt.

#### **2. Die Beklagte hat den Abschluss des Hauptvertrages gefährdet**

88 Ein Vorvertrag, wie er zwischen den Parteien besteht, beinhaltet stets die Nebenpflicht, alles zu unterlassen, was den Abschluss des Hauptvertrages gefährden könnte (HERZOG, N 105 und

N 365). Dies ergibt sich auch aus der allg. Nebenpflicht, bei abgeschlossenem Rechtsgeschäft ernsthaft auf dessen Erfüllung hinzuwirken nach Art. 2 Abs. 1 ZGB (vgl. N 61).

89 Die Beklagte führte das Grossbankenerfordernis in den K-9 ein und beharrte im Folgenden strikt darauf. Sie tat dies, obwohl ihr seit Beginn des Projekts klar war, dass die Klägerin die Garantien bei ihrer Hausbank aufnehmen würde. Zudem wusste sie um die finanziellen und zeitlichen Schwierigkeiten, die dieses Unterfangen bedeutet hätte. Darüber hinaus war die Forderung materiell nicht haltbar (vgl. N 63 f.). Trotz allem versuchte die Beklagte, den Vertrag durch ihr Auskaufangebot (K-10) zu beenden und nahm Verhandlungen mit einer Drittpartei auf, während die Klägerin noch nicht einmal über die geplante Beendigung informiert war.

90 Insgesamt deuten die Umstände darauf hin, dass die Beklagte nicht mehr gewillt war, den Subunternehmervertrag mit der Klägerin abzuschliessen. Vielmehr suchte sie nach einem Mittel, um sich von der vertraglichen Bindung mit der Klägerin zu befreien, da sie einen ihrer Meinung nach geeigneteren Subunternehmer gefunden hatte. Mit diesem Verhalten gefährdete die Beklagte den Abschluss des Subunternehmervertrages und wirkte damit der Erfüllung des K-1 entgegen. Dadurch verletzte sie ihre Nebenpflicht nach Art. 2 Abs. 1 ZGB.

### **3. Die weiteren Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR sind erfüllt**

91 Der Klägerin ist ein Schaden von CHF 4.32 Mio. entstanden (vgl. N 80). Die Beklagte hat diesen kausal verursacht, indem sie den Abschluss des Subunternehmervertrages vereitelte. Dieses Verhalten ist ihr zudem vorwerfbar, weshalb die Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR gegeben sind.

### **4. Zwischenfazit**

92 Das Verhalten der Beklagten stellt eine positive Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR dar. Der Klägerin steht daher ein Schadenersatzanspruch im Umfang des positiven Interesses von CHF 4.32 Mio. zu.

### **III. FAZIT**

93 Die Klägerin hat Anspruch auf Schadenersatz in Höhe von CHF 4.32 Mio. aus Verzug nach Art. 107 Abs. 2 OR oder aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR.

### **ERSUCHEN UM GUTHEISSUNG DER RECHTSBEGEHREN**

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 3