

Moot Court Team 4

Ahmeti Blerina
Cabuterra Tatiana
Tahiri Edita

EINSCHREIBEN

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

11. Dezember 2017

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 54699-2017
In Sachen

G-Funivie S.r.l.

Via S. Marco 5, 37123 Verona, Italien

vertreten durch Moot Court Team 4

Klägerin

gegen

DoubleM Bahnen AG

Giessereistrasse, 8005 Zürich, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team [...]

Beklagte

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Prof. Dr. Hubert Gran-Saert
Sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Dr. Anna Gallese
Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Falco Eck

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Frist, folgende

Rechtsbegehren

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

Mit nachstehender

Begründung

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Entscheidverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XI
I. Prozessuales	1
1. Das Schiedsgericht ist im vorliegenden Verfahren zuständig	1
1.1 Die Autonomie der Schiedsvereinbarung	1
1.2 Es besteht ein Konsens über die essentialia negotii der Schiedsvereinbarung	2
1.3 Die Schiedsvereinbarung erfasst den Kooperationsvertrag	3
1.4 Systematische Auslegung der Schiedsvereinbarung.....	4
1.5 Sinn und Zweck der Schiedsvereinbarung.....	4
2. Die Verrechnungseinrede ist nicht zu hören	5
2.1 Das Schiedsgericht ist nicht zuständig.....	5
2.2 Die Verrechnungseinrede verstösst gegen den Dispositionsgrundsatz.....	6
2.3 Die Beklagte lässt sich auf das Schiedsgericht ein	7
2.4 Die Einschreibegebühr ist nicht beglichen worden.....	7
2.5 Der Kostenvorschuss hat in ungleicher Höhe zu erfolgen.....	8
II. Materielles	9
1. Der Kooperationsvertrag ist als Vorvertrag zu qualifizieren	9
1.1 Alle wesentlichen Vertragspunkte sind genügend bestimmt	9
1.2 Der Kooperationsvertrag begründet einen Kontrahierungszwang.....	10
1.3 Der tatsächliche Konsens über die essentialia negotii ist gegeben	12
2. Die Beklagte ist zur Kündigung nicht berechtigt	13
2.1 Art. 8 Abs. 1 lit. f des Kooperationsvertrags ist nicht einschlägig.....	13
2.2 Das Verhalten der Beklagten verstösst gegen Treu und Glauben.....	14

2.3	Ein Rücktritt gestützt auf Art. 107 OR ist nicht zulässig.....	15
2.4	Die Kündigung erfolgt nicht unverzüglich	17
3.	Anspruch auf das positive Interesse.....	17
3.1	Die Beklagte verletzt vertragliche Pflichten	18
3.2	Es kommt zu keiner Wegbedingung des Schadenersatzanspruches	19
3.3	Eventualiter: Die Beklagte handelt absichtlich	19
3.4	Die Klägerin hat einen Anspruch aus dem Subunternehmervertrag.....	20

Literaturverzeichnis

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

[N 32, 46, 58]

BK OR, GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Bern 1967 (zit.: BK OR I-BEARBEITERIN)

[N 71]

BK OR, HAUSHEER HEINZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/1/5, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zit.: BK OR II-BEARBEITERIN)

[N 139, 149]

BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITERIN)

[N 9]

BSK OR, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITERIN)

[N 24, 71, 129, 142, 149]

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

[N 110]

BUCHER EUGEN/SALADIN PETER (Hrsg.), Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern/Stuttgart 1979

[N 133]

CHK IPRG, FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, Art. 1-200 IPRG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: CHK IPRG-BEARBEITERIN)

[N 17]

FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St.Gallen 2015 (zit.: HaKo-BEARBEITERIN)

[N 139]

GABRIEL SIMON/WICKI JODOK, Vorvertragliche Schiedszuständigkeit, ASA-Bulletin 2/2009

[N 8]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014

[N 3, 17, 21, 33]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration, 3. Aufl., Zürich 2016

[N 4, 8, 9, 17]

GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014

[N 17]

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

[N 84, 91]

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

[N 9]

KELLERHALS FRANZ/BERGER BERNHARD, Widerklage und Verrechnung nach den Swiss Rules of International Arbitration, in: Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, hrsg. von Bohnet François/Wessner Pierre, Basel/Genf/München 2005, 207–226

[N 36]

KUKO OR, HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Basel 2014 (zit.: KUKO OR-BEARBEITERIN)

[N 62, 77, 139]

LACHMANN JENS-PETER, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Köln 2008

[N 28]

MÜLLER CHRISTIANE, Vertragsmanagement: Der Subunternehmervertrag, Die back-to-back-Vereinbarung im Streiflicht von Risikomanagement und Durchsetzungsmöglichkeiten im Kontext von öffentlichen Ausschreibungen, Band 96, Zürich 2016

[N 116]

OFK, KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FRANKHAUSER ROLAND, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: OFK OR-BEARBEITERIN)

[N 129, 143, 149]

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

[N 64, 71]

STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015

[N 4, 6, 57]

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

[N 5]

Entscheidungsverzeichnis

Publizierte Bundesgerichtsentscheide

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

24. November 1905

BGE 31 II 640

[N 62]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

20. Dezember 1966

BGE 92 II 328

[N 71]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

03. Oktober 1972

BGE 98 II 305

[N 62]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

11. November 1975

BGE 101 II 329

[N 89]

Auszug aus dem Urteil der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

15. Dezember 1977

BGE 103 III 97

[N 153]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

14. Februar 1979

BGE 105 III 11

[N 152]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

19. April 1988

BGE 114 II 57

[N 138]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

19. Juni 1990

BGE 116 II 441

[N 47]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

12. November 1991

BGE 117 II 609

[N 18]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

06. März 1992

BGE 118 II 32

[N 152]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

08. Juli 2003

BGE 129 III 675

[N 17]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

06. März 2007

BGE 133 III 360

[N 113]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

07. November 2011

BGE 138 III 29

[N 8]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

06. August 2012

BGE 138 III 681

[N 39]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

27. Februar 2014

BGE 140 III 134

[N 16, 38]

Auszug aus dem Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

18. Februar 2016

BGE 142 III 239

[N 5]

Nicht publizierte Bundesgerichtsentscheide

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

02. Juli 2001

BGer 4C.36/2001

[N 76]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

03. Februar 2003

BGer 4C.320/2002

[N 84]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

21. September 2007

BGer 4A_220/2007

[N 39]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

BGer 4A_306/2009

08. Februar 2010

[N 139]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

BGer 4A_279/2010

25. Oktober 2010

[N 8]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

07. Dezember 2010

BGer 4A_494/2010

[N 138]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

31. Mai 2011

BGer 4A_370/2010

[N 18]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

20. September 2011

BGer 4A_232/2011

[N 129]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

23. Januar 2012

BGer 4A_528/2011

[N 55]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

04. September 2013

BGer 4A_297/2013

[N 62]

Urteil der ersten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom

22. März 2016

BGer 4A_678/2015

[N 46, 47]

Andere Entscheide

Urteil des Oberlandesgerichts München vom

13. Oktober 2004

7U3722/04

[N 27]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CFO	Chief financial officer
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich/Basel/Genf)
CS	Credit Suisse
d.h.	das heisst
E.	Erwägung(en)
EA	Einleitungsantwort der Beklagten vom 30. Juni 2017
ES	Erwiderung der Beklagten zur Stellungnahme der Klägerin
f./ff.	und folgende/r
gem.	gemäss
h.L.	herrschende Lehre
HaKO	Haftpflichtkommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von

IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
KUKO	Kurzkommentar Obligationenrecht
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 = Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
lit.	litera
MWST	Mehrwertsteuer
N	Note(n); Randnote(n)
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetz- buches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Prof.	Professor/-in
S.	Seite
s.o.	siehe oben
SCAI	Swiss Chambers Arbitration Institution
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration vom Juni 2012, Swiss Chambers’ Arbitration Institution, The Swiss Chambers of Commerce Association for Arbitration and Mediation
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich

zit. zitiert

ZK Zürcher Kommentar (Zürich)

ZKB Zürcher Kantonalbank

ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

zzgl. zuzüglich

I. Prozessuales

1. Das Schiedsgericht ist im vorliegenden Verfahren zuständig

1.1 Die Autonomie der Schiedsvereinbarung

- 2 Die Beklagte geht fälschlicherweise davon aus, das Schiedsgericht sei nicht zuständig, da der Subunternehmervertrag mit der darin enthaltenen Schiedsklausel nie zustande gekommen ist. Entgegen der Ausführung der Beklagten (N 11 EA) ist das Schiedsgericht für die gegenwärtige Streitigkeit jedoch zuständig. Dies folgt insbesondere aus der Autonomie der Schiedsvereinbarung sowie deren materieller Gültigkeit.
- 3 Die Klägerin nimmt bereits im ersten Entwurf des Subunternehmervertrages vom 25. April 2016 eine Schiedsklausel auf, wobei weder der genannte Vertrag noch die Schiedsklausel unterzeichnet worden sind.
- 4 Dabei verkennt die Beklagte, dass die fehlende Unterschrift nicht zur Ungültigkeit der Schiedsklausel selbst führt. In formeller Hinsicht ist eine Unterschrift nämlich nicht erforderlich (STACHER, N 72; GIRSBERGER/VOSER, N 277). Vorausgesetzt wird nach Art. 178 Abs. 1 IPRG lediglich eine schriftliche, d.h. eine durch Text nachweisbare Schiedsklausel.
Des Weiteren besagt der Grundsatz der Autonomie der Schiedsklausel, dass die Schiedsvereinbarung auch dann anwendbar und gültig ist, wenn das Zustandekommen des Vertrages, der diese enthält, umstritten ist (vgl. Art. 178 Abs. 3 IPRG). Die Gültigkeit der Schiedsklausel ist folglich unabhängig von derjenigen des Hauptvertrages zu betrachten (BGE 142 III 239 E. 3.2.1; WYSS, N 9).
- 5 Nach teleologischer Extension des Wortlauts von Art. 178 Abs. 3 IPRG gilt das Trennungsprinzip von Schiedsklausel und Hauptvertrag umfassend (STACHER, N 65). Dies gilt insbesondere auch im Falle einer urkundlichen Verbindung der Schiedsvereinbarung mit einem materiell-rechtlichen Vertrag (vgl. STACHER, N 64).
- 6 Dass der Subunternehmervertrag nicht gültig geschlossen worden ist – was die Klägerin im Übrigen ebenfalls nicht bestreitet – wirkt sich keinesfalls auf die Schiedsvereinbarung in Art. 8 des Vertragsentwurfs (K-9) aus. Vielmehr ist eine gesonderte Betrachtung der Schiedsvereinbarung als eigenes Konstrukt vorzunehmen. Die Schiedsvereinbarung bleibt somit von der Ungültigkeit des Subunternehmervertrags unberührt. Die Ausführungen der Beklagten (N 11 EA) vermögen folglich nicht zu überzeugen.

1.2 Es besteht ein Konsens über die essentialia negotii der Schiedsvereinbarung

- 7 Das Zustandekommen der Schiedsvereinbarung beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung (Art. 1 ff. OR; vgl. Art. 18 OR; BGE 138 III 29 E. 2.2.3; 130 III 66 E. 3.2; BGer 4A_279/2010 E. 3.1). Insofern ist primär auf den übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien abzustellen (BGE 138 III 29 E. 2.2.3; 130 III 66 E. 3.2). Kann dieser nicht ermittelt werden, ist anhand einer objektivierten Auslegung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), der mutmassliche Parteiwille im Einzelfall und aus der Sicht der Gegenpartei zu eruieren (BGE 138 III 29 E. 2.2.3; 130 III 66 E. 3.2; GIRSBERGER/VOSER, N 284; WICKI/GABRIEL, S. 243).
- 8 In der Lehre wird zu Recht plädiert, dass die Auslegung im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit möglichst ergebnisneutral zu erfolgen hat (BSK IPRG-GRÄNICH, Art. 178 N 52; GIRSBERGER/VOSER, N 379; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 3.126). Denn die Neutralitätsgarantien sind gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht nachstehend (BSK IPRG-GRÄNICH, Art. 178 N 52; GIRSBERGER/VOSER, N 379; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 3.126).
- 9 Im ersten Entwurf des Subunternehmervertrages vom 25. April 2016 (K-7) formuliert die Beklagte in Art. 9 bereits eine Schiedsklausel.
- 10 Indem die Beklagte von Beginn an eine Schiedsvereinbarung in den Subunternehmervertragsentwurf einführt, äussert sie ihren Willen, künftige Streitigkeiten nicht vor einem staatlichen Gericht beurteilen zu wollen. Diese Klausel wird von der Klägerin im zweiten Entwurf vom 10. Mai 2016 sprachlich präzisiert, wobei die Kernaussage, Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht in Zürich beizulegen, stets erhalten bleibt. Die Beklagte übernimmt die überarbeitete Schiedsvereinbarung gemäss dem Entwurf der Klägerin.
- 11 Durch die vollständige und unveränderte Übernahme der Schiedsvereinbarung haben die Parteien erneut ihren Rechtsbindungswillen geäussert.
- 12 Selbst das Bundesgericht hat in seinem Urteil 4A_84/2015 vom 18. Februar 2016 formuliert, dass der Austausch von Vertragsentwürfen, in welchen eine Schiedsvereinbarung zunächst geändert und schliesslich unverändert übernommen wird, einen solchen Rechtsbindungswillen darstellt (E. 3.2.1). Genau dies entspricht den diesigen Umständen, denn durch das unveränderte Belassen der Schiedsvereinbarung hat die Beklagte konkludent einer potentiellen Streitbeilegung vor dem Schiedsgericht zugestimmt.
- 13 Dass die Schiedsvereinbarung dem Willen der Beklagten entspricht, resultiert zudem aus dem E-Mail vom 30. Mai 2016 (B-4). In dieser Rückmeldung zum Entwurf erklärt diese sich mit den „kosmetischen Änderungen“ einverstanden. Würde die Schiedsvereinbarung nicht dem

Willen der Beklagten entsprechen, hätte sie dies bestimmt vorher zum Ausdruck gebracht oder spätestens in ihrer umfangreichen Stellungnahme mitgeteilt.

1.3 Die Schiedsvereinbarung erfasst den Kooperationsvertrag

- 14 Die Beklagte behauptet unrichtigerweise, dass die Schiedsklausel keine Anwendung auf den Kooperationsvertrag findet. Dieser Behauptung ist keine Folge zu leisten. Sowohl der Wortlaut als auch die allgemeinen Umstände des Falles lassen unfehlbar darauf schliessen, dass die Schiedsklausel auf den Kooperationsvertrag anwendbar ist.
- 15 Besteht zwischen den Parteien kein Konsens über die Tragweite der Schiedsvereinbarung, hat auch dieser mittels Auslegung eruiert zu werden, wobei der Wille der Parteien massgebend ist (BGE 140 III 134 E. 3.2).
- 16 Nach h.L. und konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei einer verabredeten Schiedsklausel eine extensive Auslegung deren Inhalts und Tragweite in *favorem validitatis* vorzunehmen (BGE 129 III 675 E. 2.3; 138 III 681 E. 4.4; 116 Ia 56 E. 3b; CHK IPRG-FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN, Art. 178 N 17; GÖKSU, N 539).
- 17 Dabei ist in erster Linie auf den Wortlaut abzustellen (BGer 4A_370/2010 E. 5.3; BGE 117 II 609 E. 6c.bb.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1206 ff., 1220).
- 18 Nach dem Wortlaut der Schiedsklausel sind lediglich „Ansprüche im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag“ zu prozessieren.
- 19 Die Klägerin stützt ihre Klage auf den Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016 (K-1). Während der Evaluierung des Gebots durch die Klientin wollen sich die Parteien durch den Kooperationsvertrag vertraglich binden und dabei die grundlegenden Bestimmungen für die weitere Zusammenarbeit festhalten (vgl. Art. 1 K-1).
- 20 Wie nachfolgend dargelegt wird, handelt es sich beim Kooperationsvertrag um einen Vorvertrag (vgl. N 57 ff.), der den Subunternehmervertrag aufgleist. Dementsprechend haben beide Verträge einen nahezu deckungsgleichen Inhalt zum Gegenstand.
- 21 Der Kooperationsvertrag wird somit nur im Hinblick auf den künftig zu schliessenden Subunternehmervertrag geschlossen (vgl. insbesondere Art. 3 und 4 K-1).
- 22 Zwischen dem Kooperationsvertrag und dem Subunternehmervertrag besteht zweifelslos ein enger Konnex, weshalb dem Wortlaut nach die Schiedsklausel auf den Kooperationsvertrag Anwendung findet.

1.4 Systematische Auslegung der Schiedsvereinbarung

- 23 Bei der Auslegung ist stets auch die Stellung der Klausel im jeweiligen Kontext des Vertrages massgeblich (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 24).
- 24 Indem die Beklagte in N 12 EA die Ausdehnung der Schiedsklausel auf den Kooperationsvertrag bestreitet, widerspricht sie sich selbst. Dass die Ausdehnung auch dem Willen der Beklagten entspricht, ergibt sich aus der Tatsache, dass die Beklagte den ersten Entwurf des Subunternehmervertrages (K-7) formuliert und dessen Aufbau vorbestimmt hat.
- 25 Die Schiedsklausel befindet sich in allen Subunternehmervertragsentwürfen jeweils im letzten Artikel (vgl. K-7, K-9, B-3). Die Klausel ist unter dem Titel „Vor diesem Hintergrund vereinbaren die Parteien wie folgt“ aufgeführt, welcher sich wiederum auf die in der Präambel niedergelegten Ausführungen bezieht. Diese verweisen in Buchstabe C. und D. auf den Kooperationsvertrag.
- 26 Die Artikel des Subunternehmervertrages unterhalb des soeben genannten Titels nehmen somit zweifelsfrei Bezug auf den Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016 (K-1). Aus einer systematischen Auslegung ergibt sich folglich, dass die Schiedsklausel auch auf den Kooperationsvertrag Anwendung findet.
- 27 Zur selben Ansicht gelangt man auch bei der Berücksichtigung folgender Tatsachen: Liegen verbundene Verträge vor, so ist eine Erstreckung der Schiedsklausel auf diese möglich (LACHMANN, N 482 ff). Bei verbundenen Verträgen handelt es sich um Verträge, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, d.h. ein Zusammenhang gegeben ist. (LACHMANN, N 482; OLG München Urteil vom 13. Oktober 2004 – 7U3722/04)
- 28 Wie bereits festgehalten stehen der Kooperations- und Subunternehmervertrag in einem untrennbaren Zusammenhang. Aus diesem Grund ist die Schiedsklausel auf den Kooperationsvertrag anzuwenden, auch wenn in diesem eine explizite Bezugnahme der Schiedsvereinbarung fehlt. Diese Ansicht wird ebenfalls vom Oberlandgericht München im Urteil vom 13. Oktober 2004 vertreten (OLG München Urteil v.13. Oktober 2004 – 7U3722/04).
- 29 Demzufolge werden die aus dem Kooperationsvertrag geltend gemachten Ansprüche von der Schiedsklausel erfasst, (vgl. Rechtsbegehren), unabhängig vom Zustandekommen des Subunternehmervertrags.

1.5 Sinn und Zweck der Schiedsvereinbarung

- 30 Auch die Betrachtung des Vertragszweckes lässt darauf schliessen, dass die Beklagte Streitigkeiten aus dem Kooperationsvertrag von der Schiedsklausel miterfassen wollte.

- 31 Insbesondere spricht die exklusive Geltung der Schiedsklausel aus dem Grundsatz der Autonomie (N 4) für das Erfassen des Kooperationsvertrages. Soll nämlich ein Vertragsdokument, das die Schiedsklausel enthält, einen vorangehenden Vertrag ersetzen, dann ist offensichtlich, dass die Schiedsklausel den vorherigen Vertrag ebenfalls erfasst (BERGER/KELLERHALS, N 516).
- 32 Da der Kooperationsvertrag die grundlegenden Bestimmungen über die weitere Zusammenarbeit in Form eines Subunternehmervertrages bezeichnet, fällt er dahin sobald Letzterer geschlossen würde. Diese Ersetzung sieht der Kooperationsvertrag in Art. 8 lit. e (K-1) ausdrücklich vor.
- 33 Wird die Schiedsklausel dahingehend ausgelegt, dass der Kooperationsvertrag nicht erfasst sein soll, verstösst diese Auslegung eindeutig gegen den Parteiwillen. Würde die Beklagte die Streitbeilegung vor dem Schiedsgericht nicht wünschen, hätte sie eine abweichende Zuständigkeit im Falle einer Streitbeilegung aufgrund des Kooperationsvertrages explizit vereinbart.

2. Die Verrechnungseinrede ist nicht zu hören

2.1 Das Schiedsgericht ist nicht zuständig

- 34 Zur Begründung der Verrechnungsforderung stützt sich die Beklagte auf den Hauptvertrag (K-4) zwischen der Beklagten und der Klientin. Dabei verkennt die Beklagte, dass es sich bei dem vermeintlichen Anspruch um eine schiedsklauselfremde Forderung handelt und eine Verrechnungseinrede ausgeschlossen ist.
- 35 In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass die Verrechnung mit einer klauselfremden Forderung nicht möglich ist (KELLERHALS/BERGER, S. 222).
- 36 Im Entwurf vom 30. Mai 2016 bestimmen die Klägerin und die Beklagte, dass „alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus diesem Subunternehmervertrag“, dem Schiedsgericht vorzulegen sind. Aus dem Wortlaut der Schiedsklausel geht klar der Wille hervor, dass lediglich „Ansprüche im Zusammenhang mit diesem Subunternehmervertrag“ zu prozessieren sind.
- 37 Da zwischen den Parteien kein Konsens über die Tragweite der Schiedsvereinbarung besteht, hat dieser wie bereits erwähnt mittels Auslegung durch den Parteiwillen eruiert zu werden, wobei in erster Linie auf den Wortlaut abzustellen ist (BGE 140 III 134 E. 3.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1206 ff.).
- 38 Gemäss der Ansicht des Bundesgerichts ist eine Formulierung der Schiedsvereinbarung, die vorsieht, dass „Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag“ erfasst sein sollen, nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass es nicht Wunsch der Parteien ist, über Ansprüche, die

aus den vertraglichen Beziehungen hinaus entstehen, dem Schiedsgericht vorzulegen (BGE 138 III 681 E. 4.4, BGer 4A_220/2007 E. 6.2).

- 39 Die Beklagte und die Klientin schliessen am 13. April 2016 einen Vertrag (K-4) über den Bau der Seilbahn ab. Laut Art. 7 des Hauptvertrages (K-4) besteht eine direkte Korrespondenz nur zwischen der Beklagte und Klientin selbst. Die Klägerin hingegen ist nicht zu solcher Korrespondenz befugt und untersteht nur den Anweisungen der Beklagten.
- 40 Zudem wird der Hauptvertrag nur durch den VR-Präsident der Beklagten und den Projektverantwortlichen (Klientin) unterzeichnet. Demnach ist aus dem Vertrag zu entnehmen, dass die Klägerin nicht Vertragspartei ist, geschweige denn ein vertraglicher Kontakt zwischen der Klientin und der Klägerin je bestanden hat.
- 41 Daraus folgt, dass es sich beim Hauptvertrag (K-4) nicht um ein vertragliches Verhältnis zwischen der Klientin und Klägerin handelt. Vielmehr besteht die vertragliche Verpflichtung gegenüber der Klientin lediglich durch die Beklagte.
- 42 Die vereinbarte Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 1'000'000.00 resultiert nicht aus dem Subunternehmervertrag, sondern aus dem Hauptvertrag zwischen der Beklagten und der Klientin. Da es sich dabei um ein Vertragsverhältnis handelt, das über die vertragliche Beziehung der Klägerin hinausgeht, wird dieses nicht von der Schiedsklausel erfasst. Damit besteht kein Anspruch der Beklagten auf die Verrechnung der Forderung.

2.2 Die Verrechnungseinrede verstösst gegen den Dispositionsgrundsatz

- 43 Des Weiteren führt die Beklagte die Verrechnungseinrede nicht als Rechtsbegehren auf und begeht somit einen gravierenden Formfehler.
- 44 Art. 19 (3) SRIA weist daraufhin, dass Art 18 (2)(b) und (d) SRIA auf die Verrechnungseinrede anwendbar sind. Gemäss Art. 18 (2)(d) SRIA muss eine Forderung aus Verrechnung als Rechtsbegehren aufgeführt werden.
- 45 Die Beklagte unterlässt es dem Schiedsgericht die Verrechnungseinrede als Streitpunkt zu unterbreiten, indem sie diese nur im Fliesstext erwähnt. Sie verstösst daher gegen die Dispositionsmaxime nach Art. 58 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger als die Gegenpartei anerkannt hat (vgl. BGer 4A_678/2015 E. 3.2.1). Da die Beklagte einen derart groben formellen Fehler begeht, darf das Schiedsgericht nicht auf die Verrechnungseinrede eintreten (BERGER/KELLERHALS, N 1108).
- 46 Ausserdem kann ein Schiedsentscheid gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. c IPRG angefochten werden, wenn das Schiedsgericht über Streitpunkte entscheidet, die nicht im Rechtsbegehren

aufgeführt worden sind (BGE 116 II 639 E. 3a; BGer 4A_678/2015 E. 3.2.1). Dies verdeutlicht nochmals, dass die Aufführung der Verrechnungseinrede im Rechtsbegehren erforderlich ist.

2.3 Die Beklagte lässt sich auf das Schiedsgericht ein

- 47 Die weitere Behauptung der Beklagten, durch die Verrechnungseinrede den Anschein einer Einlassung auf das Schiedsverfahren vermeiden zu wollen, widerspricht diametral ihrem Verhalten. Denn wie bereits unter N 10 erläutert, formuliert die Beklagte im ersten Subunternehmervertragsentwurf vom 25. April 2016 (K-7) selbst eine Schiedsklausel und erklärt sich mit den darauffolgenden Änderungen einverstanden (vgl. weitere Entwürfe in B-3, K-9).
- 48 Ausserdem kritisiert sie die Schiedsklausel in keiner Weise und lässt sich weiterhin, zusätzlich zur Ernennung des Schiedsrichters ihrer Wahl, Dr. Falco Eck (Schreiben der SCAI vom 30. August 2017), auf eine umfassende materielle Einleitungsantwort und Stellungnahme ein.
- 49 Dieses Verhalten der Beklagten impliziert, dass sie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts jederzeit anerkannt hat und anerkennt. Wäre dies nicht der Fall, hätte die Beklagte nicht den Aufwand betrieben, sich auf das gesamte Verfahren einzulassen, sondern hätte die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bereits vorher abgestritten.
- 50 Durch die umfangreiche Kooperation der Beklagten am Schiedsverfahren stimmt sie der Zuständigkeit des Schiedsgerichts zweifellos zu. Das Nichtaufführen der Verrechnungseinrede als Rechtsbegehren ist nach wie vor nicht gerechtfertigt.

2.4 Die Einschreibegebühr ist nicht beglichen worden

- 51 Die Unzulässigkeit der Verrechnungseinrede folgt zudem aus der fehlenden Entrichtung einer Einschreibgebühr durch die Beklagte.
- 52 Laut 1.3 Swiss Rules (Appendix B) ist für eine Widerklage eine Einschreibegebühr zu entrichten. Nach Art. 3 (10) SRIA ist Art. 3 (3) SRIA auf Widerklagen und Verrechnungseinreden anwendbar. Art. 3 (3)(i) SRIA verlangt eine Bestätigung der Zahlung der Einschreibegebühr. Demnach ist sowohl für die Widerklage, als auch für die Verrechnungseinrede eine Einschreibegebühr einzuzahlen.
- 53 Die Beklagte weigert sich dazu mit der Behauptung, dies sei nicht erforderlich (N 5 ES). Hier ist darauf aufmerksam zu machen, dass nach bereits erfolgter Rechtsprechung und aus dem Gleichbehandlungsgebot eine Einschreibegebühr unumgänglich ist.

54 Das Bundesgericht hat ein Urteil des Schiedsgerichts der Zürcher Handelskammer bestätigt, bei dem es mangels Einreichung einer Einschreibgebühr nicht auf eine Widerklage eingegangen ist (BGer 4A_528/2011).

2.5 Der Kostenvorschuss hat in ungleicher Höhe zu erfolgen

55 Sollte das Schiedsgericht die Verrechnungseinrede anerkennen, dann ist nachfolgendes zu beachten: Die Beklagte hat einen erhöhten Kostenvorschuss zu entrichten.

56 Da die Klägerin und die Beklagte nichts über die Verteilung des Kostenvorschusses vereinbart haben, hat dies nach dem Schiedsgericht üblicherweise je zur Hälfte zu erfolgen (STACHER, N 177).

57 Unter besonderen Umständen kann das Schiedsgericht nach seinem Ermessen separate und damit ungleiche Vorschüsse festsetzen (Art. 41 Abs. 2 SRIA; BERGER/KELLERHALS, N 1567). Als besonderer Umstand gilt es, wenn die Beklagte eine Verrechnungseinrede erhebt, dessen Beurteilung mit erheblichem Zeitaufwand verbunden ist (BERGER/ KELLERHALS, N 1567).

58 Die Beklagte erhebt eine Verrechnungseinrede einer klauselfremden Forderung aus einem Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Klientin. Durch den Einbezug eines neuen Vertrags und einer dritten Partei wird ein Mehraufwand generiert. Dies weitet das Verfahren unnötig aus, was dazu führt, dass der Kostenvorschuss sich für die Beklagte sogar höher belaufen muss. Dieser Kostenvorschuss wäre durch die Beklagte zu entrichten.

II. Materielles

1. Der Kooperationsvertrag ist als Vorvertrag zu qualifizieren

59 Die Beklagte macht unzutreffenderweise geltend, der Kooperationsvertrag sei als Verhandlungsvertrag zu qualifizieren (N 16 EA). Dem ist aus nachfolgenden Gründen zu widersprechen, denn entgegen derer Annahme liegt ein Vorvertrag vor.

1.1 Alle wesentlichen Vertragspunkte sind genügend bestimmt

60 Ob ein Vorvertrag nach Art. 22 OR oder ein Verhandlungsvertrag vorliegt, ist mittels Auslegung zu ermitteln. Dabei ist, wie bereits bekannt, in erster Linie der Wille der Parteien massgebend (s.o. N 8).

61 Ein Vorvertrag verpflichtet die Parteien zum Abschluss eines Vertrages (BGer 4A_297/2013 E. 3.2.1; 4C.60/2004 E. 5.2.1; KUKO OR-HERZOG, Art. 22. N 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1076). Für dessen Gültigkeit ist erforderlich, dass sein Inhalt bestimmt oder zumindest bestimmbar ist (BGE 98 II 305 E. 1; 118 II 32 E. 3b), d.h. alle wesentlichen Vertragspunkte des zu schliessenden Hauptvertrages bereits im Vorvertrag enthalten sind (BGE 31 II 640 E. 2).

62 Die Beklagte behauptet zunächst, der Inhalt des Kooperationsvertrages sei nicht genügend bestimmt. Dem ist zu widersprechen.

63 Im Kooperationsvertrag verpflichtet sich die Beklagte mit der Klägerin einen Subunternehmervertrag abzuschliessen (Art. 4 K-1). Dieser sog. „Untervertrag“ zwischen Unternehmer und Subunternehmer wird als Werkvertrag qualifiziert (GAUCH, N 143). Die Hauptverpflichtungen eines Werkvertrages bestehen gem. Art. 363 OR in der „Herstellung eines Werkes« und der „Leistung einer Vergütung“.

64 Der vorliegende Kooperationsvertrag beinhaltet sowohl den Umfang der Fremdleistung der Klägerin wie auch die Vergütung durch die Beklagte im Appendix I (K-2), welchen die Parteien einmütig unterschrieben haben.

65 Deren Leistungsumfang beträgt 45% des gesamten Projektes (vgl. auch Präambel E. K-1), wobei die einzelnen Arbeiten aufgelistet sind (K-2). Die Parteien haben sich somit von Beginn an am Kooperationsvertrag und dessen Appendix orientieren können, weil der Umfang und insbesondere die einzelnen Arbeiten unmissverständlich genannt werden.

66 Die Arbeitsleistungen sind folglich bezeichnet und bedürfen keiner weiteren Konkretisierung. Dies lässt sich u.a. auch bestätigen, da die Parteien den Appendix I des Kooperationsvertrages (K-2) als integralen Bestandteil des Subunternehmervertrages aufnehmen wollen (vgl. jeweils Art. 2 K-7, K-9, B-3).

- 67 Ferner wird im Nachtrag zum Appendix I (K-3) die Leistung „im gegenseitigen Einverständnis“ zwischen der Beklagten und der Klägerin von 45% auf 40% angepasst. Somit kommt es bereits zu einem erneuten Konsens über den Leistungsumfang. Dadurch wird das Einvernehmen der Parteien verstärkt.
- 68 Die Präambel des Kooperationsvertrages enthält unter E. D den Gesamtpreis des Projektes, der sich auf CHF 60'000'000.00 beläuft. Des Weiteren nennen die Parteien im Appendix I die erwartete Gewinnmarge für die Klägerin, welche sich auf ca. 18%, d.h. in Zahlen CHF 4'320'000.00 beziffern lässt. Aus diesen Angaben und insbesondere des Arbeitsumfangs lässt sich die Vergütung der Klägerin für ihre zu tätigenen Fremdleistungen auf CHF 24'000'000.00 (CHF 60'000'000.00x0.4) festlegen.
- 69 Die zu vollbringenden Leistungen und die geschuldete Vergütung sind folglich derart detailliert geregelt, sodass die Beklagte diese unverändert in den Subunternehmervertragsentwurf aufnimmt, welcher so unterzeichnet hätte werden können.
- 70 Abgesehen davon bedarf es gemäss den werkvertraglichen Bestimmungen ohnehin keiner konkreten Bezifferung der Vergütung (BGE 92 II 328 E. 3a; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 373 N 1; BK OR I-GAUTSCHI, Art. 374 N 1b; GAUCH, N 110, 421). Lediglich die Vereinbarung einer Vergütung genügt bereits für die Bestimmtheit der wesentlichen Punkte des Kooperations- und des Subunternehmervertrages.
- 71 Somit ist es weder sachgerecht noch nachvollziehbar, der Argumentation der Beklagten zu folgen und die offensichtliche Bestimmtheit des Vertragsinhalts zu verneinen.

1.2 Der Kooperationsvertrag begründet einen Kontrahierungszwang

- 72 Der Kooperationsvertrag vom 12. Januar 2016 hält nicht nur, wie die Beklagte behauptet (N 17 EA), die gemeinsamen Verhandlungen als Ausgangslage fest, sondern begründet viel mehr die Verpflichtung einen Subunternehmervertrag abzuschliessen.
- 73 Im Subunternehmervertragsentwurf wird der Kooperationsvertrag als memorandum of understanding“ und „Vorvertrag bezeichnet (B-2). Nach Art. 18 OR ist es irrelevant, wie der Vertrag bezeichnet wird. Vielmehr ist der Vertragsinhalt alleine für die Vertragsqualifikation massgebend.
- 74 Im Unterschied zu einem Vorvertrag, kann eine blosser Verhandlungspflicht bei einem „letter of intent“ oder „memorandum of understanding“ bestehen. Dabei äussern die Parteien die Absicht durch einen Vertragsentwurf in ernstliche Verhandlungen einzutreten, wobei aber kein rechtlicher Bindungswille gewollt ist (BGer 4C.36/2001 E. 5a).

- 75 Ob ein sog. „letter of intent“ oder „memorandum of understanding“ besteht, ist durch Auslegung zu ermitteln (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 5). Wesentlich ist dabei, ob eine ausdrückliche non-binding-Klausel vorhanden ist (KUKO OR-HERZOG, Art. 22 N 5).
- 76 Unter Berücksichtigung nachfolgender Tatsachen, wird klar, dass die Parteien zweifelsfrei einen Rechtbindungswillen zu einem späteren Vertragsschluss gehabt haben, weshalb von einem Vorvertrag und nicht von einem memorandum of understanding (Vertragsverhandlungen) auszugehen ist.
- 77 Korrekt ist, dass die Parteien den Vertragsschluss des Subunternehmervertrags zu einem späteren Zeitpunkt vorgesehen haben. Der Grund dafür ist jedoch nicht, dass die Parteien sich über eine vertragliche Bindung noch unsicher gewesen sind, sondern, dass die Beklagte noch den Zuschlag der Klientin abgewartet hat.
- 78 Die Parteien haben währenddessen, wie verabredet (Art. 2 K-1), in zumutbarem Ausmass Vorbereitungsmaßnahmen im Hinblick auf den Zuschlag vorgenommen. Darunter fallen Weiterbildungen der Mitarbeiter, Weiterentwicklung der Spezifikationen und Planungshandlungen für den Vollzug des Projekts. Diese hätten sie bei blossen Verhandlungen ohne jegliche Verbindlichkeit nicht vorgenommen.
- 79 Der Abschluss des Subunternehmervertrages ist somit nur vom Zuschlag der Klientin abhängig gewesen (vgl. Art. 4 K-1). Dass die Klägerin den Auftrag als Subunternehmerin, im Falle einer Erteilung des Zuschlags, erhalten soll, ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 12. Januar 2016 bereits festgelegt worden. Aus dem Wortlaut der Bestimmung (Art. 3 K-1) geht klar hervor, dass die Klägerin die Fremdleistungen als Subunternehmerin ausführen soll. Durch den Kooperationsvertrag haben die Parteien sich somit gegenseitig vertraglich eine Zusammenarbeit zugesichert.
- 80 Entscheidend ins Gewicht fällt hierzu, dass die Beklagte in keiner Weise ein Verhalten an den Tag legt, aus dem die Klägerin einen womöglich mangelnden Rechtsfolgwillen zu einem künftigen Vertragsschluss hätte erkennen können bzw. müssen. Denn nur, wenn ausdrücklich eine solche Abrede festgehalten wird, kann zweifelsfrei von einem Vertrag, der lediglich zu Vertragsverhandlungen verpflichtet, ausgegangen werden.
- 81 Die fehlende Aufnahme einer Abrede, mit welcher der Kontrahierungszwang wegbedungen werden sollte, weist darauf hin, dass ein Rechtbindungswille zum Abschluss eines künftigen Vertrages besteht.
- 82 Auch wenn es sich um Vertragsverhandlungen handeln würde, herrscht bei fehlendem Vertragsabschlusswillen eine Aufklärungspflicht, die Gegenpartei darüber in Kenntnis zu setzen (BGer 4C.320/2002 E. 3.2; HUGUENIN, N 1543).

- 83 Hätte sich die Beklagte vernünftig und redlich verhalten, dann hätte sie bei solch ernstern Verhandlungen um ein derart bedeutungsvolles Geschäft erkennen müssen, dass ein vertrauenswürdiges Interesse über den Abschluss des Subunternehmervertrags bei der Klägerin begründet wird. Dadurch erscheint es umso wichtiger, dass die Beklagte auf ihre Absicht lediglich Vertragsverhandlungen zu führen, hätte hinweisen müssen.
- 84 Zudem zieht die Beklagte die Klägerin bei, um mit ihrer Hilfe eine gemeinsame Offerte für das Bauprojekt einzureichen (E. E K-1). Während der Evaluierungsphase der Offerten verpflichtet sich die Klägerin, die Beklagte bei der Begründung, Präsentation und der Ergänzung des Gebotes uneingeschränkt zu unterstützen, was sie im Vertrauen auf den zukünftigen Vertragsschluss erfüllt.
- 85 Für die Vertragserfüllung gegenüber der Klientin ist die Beklagte ohnehin auf die Zusammenarbeit mit der Klägerin angewiesen und profitiert somit von ihrer Unterstützung. Damit hat der, zu diesem Zeitpunkt, zukünftig zu schliessende Subunternehmervertrag auch im Interesse der Beklagten gestanden.
- 86 Die Willensäusserungen sind nach Treu und Glauben so auszulegen, dass die Parteien den Kooperationsvertrag geschlossen haben, weil sie sich bzgl. des späteren Subunternehmervertrages bereits einig gewesen sind. Für die Annahme einer Verhandlungsverpflichtung bleibt somit kein Raum.
- 87 Die Beklagte muss sich die Auslegung aufgrund ihrem unredlichen Verhalten entgegenhalten lassen, selbst wenn sie nicht seinem damaligen inneren Willen entsprochen hat (BGE 101 II 329 E. 2; 105 II 16 E. 3a).

1.3 Der tatsächliche Konsens über die essentialia negotii ist gegeben

- 88 Die Klägerin bringt unsinnigerweise vor, dass sich der Vorvertrag rückgängig in einen Verhandlungsvertrag verwandle (N 18 EA). Diese Argumentation ist absurd und erweist sich als gegenstandslos.
- 89 Ein tatsächlicher Konsens liegt vor, wenn die abgegebenen Willenserklärungen der Parteien ihrem tatsächlichen inneren Willen entsprechen und von der Gegenpartei korrekt verstanden worden sind (HUGUENIN, N 245; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 310)
- 90 Wie in N 61 ff. unbestreitbar aufgezeigt worden ist, haben die Parteien im Einvernehmen den Leistungsumfang sowie die Höhe des Entgelts im Kooperationsvertrag exakt definiert. Durch die Genauigkeit der essentialia negotii bleibt kein Raum für etwaige Abweichungen offen.

- 91 Zudem bringt die Unterzeichnung des Vertrages den Konsens über die essentialia negotii zum Ausdruck. Damit ist hinreichend klar festgestellt, dass ein tatsächlicher Konsens zwischen den Parteien gegeben ist.
- 92 Die oben aufgeführten Tatsachen legen dar, dass es sich beim Kooperationsvertrag um einen Vorvertrag handelt. Dieser kann allenfalls durch Zustimmung der Gegenpartei geändert werden.
- 93 Es ist offensichtlich, dass die Beklagte mit allen Mitteln versucht den entstandenen Vorvertrag als Verhandlungsvertrag zu verschleiern, um so zum gewünschten Ergebnis zu gelangen. Dies ist jedoch zwecklos, denn sie kann den gültig entstandenen Vertrag nicht einseitig, ohne die Zustimmung der Klägerin zu einem Verhandlungsvertrag „umwandeln“. Die Klägerin manifestiert deutlich und zweifellos ihr Interesse an der weiteren Zusammenarbeit und ist gewillt weiterhin eine faire Lösung auszuarbeiten.
- 94 Des Weiteren haben beide Parteien eindeutig und unmissverständlich deren Rechtbindungswillen bereits bei der Entstehung des Vorvertrages kundgetan, wodurch ein bindender Vertrag entstanden ist. Der Versuch dessen Verbindlichkeit im Nachhinein einseitig verschwinden zu lassen ist nicht möglich. Aus diesen Gründen ist die nachträgliche Umwandlung in einen Verhandlungsvertrag ausgeschlossen.

2. Die Beklagte ist zur Kündigung nicht berechtigt

2.1 Art. 8 Abs. 1 lit. f des Kooperationsvertrags ist nicht einschlägig

- 95 Die Beklagte stützt sich bei der Kündigung auf Art. 8 Abs. 1 lit. f des Kooperationsvertrags, wonach dieser endet, wenn die Parteien sich nicht auf den Umfang und/oder Preis für die Fremdleistungen einigen können. Dabei wirft die Beklagte der Klägerin vor, nicht bereit gewesen zu sein, einen Subunternehmervertrag abzuschliessen (N 23 EA). Das Verschulden für das Nichtzustandekommen des Subunternehmervertrags ist, entgegen den Behauptungen der Beklagten, allein auf ihr eigenes Verhalten zurückzuführen.
- 96 Wie bereits dargelegt, haben die Parteien sich zunächst auf eine Fremdleistung von 45% geeinigt, die später im Einvernehmen beider Parteien auf 40% hinabgesetzt worden ist (K-3).
- 97 Die Klägerin macht mit dem E-Mail vom 10. Mai 2016 auf ihre unerwartete Komplikation bzgl. des Fundamentbaus aufmerksam. Sie gesteht, dass sie sich das nötige Knowhow und Equipment nicht in so kurzer Zeit aneignen kann. Aus diesem Grund verlangt die Klägerin eine Reduktion der Fremdleistung um 15%.
- 98 Dafür schlägt die Klägerin der Beklagten vor, für sie einen zusätzlichen Subunternehmer aufzutreiben. Die Klägerin hätte sich auf diese Weise v.a. auf den Mastenbau fokussieren

können, während sich der zweite Subunternehmer mit dem Fundamentbau beschäftigt hätte. Damit hat die Klägerin einzig eine Effizienzsteigerung beabsichtigt.

- 99 Zwar behauptet die Beklagte, dass ein effizientes Vorgehen ebenfalls in ihrem Interesse liegen würde (K-6), was aber ihrem Verhalten nicht entnommen werden kann. Die Beklagte hält die Reduktion von Beginn an für inakzeptabel und zeigt sich in keiner Weise kompromissbereit. Stattdessen beharrt sie auf die Leistung der Klägerin. Dieses Verhalten ist nicht einsichtig, denn zu Beginn der Verhandlungen hat die Beklagte selbst eine Leistungsreduktion zu Gunsten eines zweiten Subunternehmers verlangt (vgl. N 97).
- 100 Die erste Milestone ist von der Klientin auf den 1. Oktober 2016 datiert worden. Bis dahin ist das Ziel die geologischen Voruntersuchungen für den Bau der Mastenfundamente abzuschliessen, sowie das Gesuch um Konzession beim Bundesamt einzureichen.
- 101 Eine solche Abklärung kann innerhalb eines Monats stattfinden. Da jedoch die Untersuchung unter Wasser als erschwerender Umstand hinzukommt, liegt der zu erwartende Aufwand bei zwei Monaten (vgl. Art. 9 Verfügung Nr. 2). Die Beiziehung eines weiteren Subunternehmers hat in einen zumutbaren zeitlichen Rahmen gelegen.
- 102 Eine Einigung wäre zeitlich durchaus noch möglich gewesen, zumal die Klägerin bereits am 10. Mai 2016 die Beklagte ehrlicherweise über ihr Problem aufklärt.

2.2 Das Verhalten der Beklagten verstösst gegen Treu und Glauben

- 103 Erstaunlich ist, dass die Beklagte in ihrem Kündigungsschreiben (K-12) behauptet in erheblichem Zeitdruck gestanden zu haben, weshalb ein weiteres Zuwarten und Weiterverhandeln unzumutbar gewesen wäre. Hier stellt sich folgende Frage: Wenn sich die Beklagte in einem so erheblichen Zeitdruck befunden hat, weshalb hat sie dann nicht dem Lösungsvorschlag der Klägerin zugestimmt?
- 104 Die Antwort auf diese Frage hat sich erst zu einem späteren Zeitpunkt ergeben. Am 22. August 2016 muss die Klägerin durch die Medien erfahren, dass die Beklagte bereits einen Dritten als Ersatz für das Bauprojekt am Zürichsee gefunden hat (K-13).
- 105 Vom Kündigungsschreiben des 12. August 2016 bis zum 22. August 2016 sind es lediglich zehn Tage. Einen Ersatz innert einer so kurzen Zeitspanne für ein derart umfassendes Projekt gefunden zu haben, ist schlechthin unrealistisch und schlichtweg unvorstellbar.
- 106 Es ist zu betonen, dass es sich nicht um die Herstellung einer gewöhnlichen Seilbahn handelt. Vielmehr ist das Projekt eine Herausforderung, da Fundamente im Seebecken gebaut werden müssen. Dabei handelt es sich nicht um ein geringfügiges Geschäft, das in weniger als zwei

Wochen abgeschlossen werden kann. Daher sind die zehn Tage für komplett neue Vertragsverhandlungen eher illusorisch.

- 107 Eine solch rasche Zusammenarbeit mit einem Dritten ist nur möglich, wenn die Beklagte bereits im Vorfeld Vertragsverhandlungen mit diesem geführt hat. Dies setzt voraus, dass die Beklagte bereits gewusst hat, dass sie den Subunternehmervertrag nicht mehr mit der Klägerin schliessen wird. Durch das Beharren auf die Leistung der Klägerin erhofft sich die Beklagte die Klägerin endlich loszuwerden.
- 108 Die Kündigung durch die Beklagte verstösst klar gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Das Gebot von Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB gilt in der Gesamtrechtsordnung und hält die Rechtssubjekte dazu an, auf einander Rücksicht zu nehmen und einander loyal gegenüber zu treten (vgl. BSK ZGB-HONSELL, Art. 2 N 11).
- 109 Doch genau dieses gebotene Verhalten hat die Beklagte unterlassen und die Verhandlungen über die Bestimmungen des Subunternehmervertrags stark behindert. Anders als die Beklagte, hat die Klägerin die Bereitschaft zur Einigung in ihrem Schreiben betont (vgl. K-11).
- 110 Aufgrund der oben aufgeführten Tatsachen kommt das Verhalten der Beklagten einem loyalen, korrekten und fairen Verhalten, wie es von einer Vertragspartei nach Treu und Glauben erwartet werden darf, durchaus nicht gleich.
- 111 Als ein Gestaltungsrecht ist die Kündigung nur wirksam, wenn diese nicht gegen Treu und Glauben verstösst (BGE 133 III 360 E. 8.1.2) und nicht rechts- oder sittenwidrig ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 152). Somit ist die Kündigung der Beklagten unwirksam.

2.3 Ein Rücktritt gestützt auf Art. 107 OR ist nicht zulässig

- 112 Die Kündigung des Kooperationsvertrages (K-1) im Kündigungsschreiben vom 16. August 2016 (K-12) ist entgegen den Ausführungen der Beklagten nicht rechtmässig erfolgt.
- 113 Die Beklagte behauptet die Klägerin habe sich geweigert den Subunternehmervertrag zu unterschreiben, obwohl dieser den in Art. 4 des Kooperationsvertrages enthaltenen Bestimmungen entsprochen hat (N 23 EA). Dieser Behauptung ist keine Folge zu leisten.
- 114 In Art. 4 lit. a. des Kooperationsvertrages ist das back-to-back Prinzip statuiert. Darunter wird das Überbinden aller geltenden Verpflichtungen und Bedingungen aus einem Hauptvertrag auf einen Subunternehmervertrag verstanden (MÜLLER, S. 41). Dies kann durch einen Verweis auf den Hauptvertrag erfolgen (MÜLLER, S. 42).
- 115 Die Beklagte selbst ist nach dem Hauptvertrag vom 13. April 2016 (K-4) der Klientin gegenüber verpflichtet eine Erfüllungsgarantie durch eine Bank mit Sitz in der Schweiz oder

einem Mitgliedstaat der EU zu stellen. Nach dem back-to-back Prinzip hat konsequenterweise der Subunternehmervertrag, ebenfalls so ausgestaltet zu sein.

- 116 Im Entwurf der Beklagten vom 25. April 2016 (K-7) wird in Art. 4.2 bestimmt, dass die Klägerin eine Erfüllungssicherheit durch eine Bank mit Sitz in der Schweiz oder einem Mitgliedstaat der EU stellen soll.
- 117 Die von der Klägerin für das Projekt vorgesehene Hausbank, die Banca Veneto, mit Sitz in Montebelluna in Italien (Mitglied der EU) entspricht klar diesen Anforderungen.
- 118 Die Beklagte erlaubt sich jedoch plötzlich höhere Anforderungen für die Erfüllungsgarantie, trotz dem in Art. 4 lit. a. statuierten back-to-back Prinzip zu stellen. Neu soll die Klägerin laut Art. 4.2 des Subunternehmervertrags vom 30. Mai 2016 die Erfüllungssicherheit durch eine der drei schweizerischen Grossbanken stellen. Unter Schweizer Grossbanken werden die UBS AG, die CS und die ZKB aufgeführt.
- 119 Überraschend ist diese Ergänzung der Bestimmung insoweit, als dass seit Beginn der Vertragsverhandlungen nie die Rede von einer schweizerischen Grossbank gewesen ist.
- 120 Auch bereits beim Abschluss des Kooperationsvertrags ist ein Grossbankenerfordernis nicht ansatzhalber thematisiert worden. Ganz im Gegenteil ist die Beklagte bereits seit der Zusammenarbeit bzgl. des österreichischen Projekts von 2014 im vollen Bewusstsein, dass die Banca Veneto, die Hausbank der Klägerin ist.
- 121 Dass dies auch noch aktuell der Fall ist, bestätigt sich durch die Tatsache, dass in einem telefonischen Gespräch am 20. April 2016 mit Emanuel Monnet (CFO der Beklagten), dieser klar zum Ausdruck bringt, sich in finanzieller Hinsicht an die Hausbank der Klägerin wenden zu werden (Verfügung 2). Am 10. Mai 2016 bestätigt die Klägerin der Beklagten ihre Hausbank schriftlich, indem sie diese in die besonderen Vertragsbestimmungen aufnimmt (K-8). Eine fehlende Vorstellung der Beklagten über die Hausbank der Klägerin ist demnach auszuschliessen.
- 122 Hinzu kommt, dass die Beklagte von der Klägerin eine Bankgarantie einer der drei Grossbanken in der Schweiz verlangt hat, welche für die Klägerin ein Tarif von 0.15% (bei der CS) der garantierten Summe pro Quartal als Kommission vorsieht, während die Beklagte von einem Sondertarif von 0.12% profitiert.
- 123 Wie bereits erläutert, kennen sich die Beklagte und die Klägerin von einem früheren Projekt. Die Beklagte muss daher wissen, dass es sich bei der Klägerin um ein mittelständisches Unternehmen handelt, das sich eine Bankgarantie der schweizerischen Grossbanken nicht leisten kann. Bei ihrer Hausbank Veneto Banca würde die Klägerin einen Sondertarif von 0.1% für

die Erfüllung und 0.11% für die Vorauszahlungsgarantie (vgl. Art. 17 Verfahrensbeschluss Nr. 2) geniessen.

- 124 Die Klägerin hat von diesem Grossbankenerfordernis bis zum 30. Mai 2016 keine Kenntnis gehabt, geschweige dem jemals zugestimmt. Bis zu diesem Zeitpunkt hat die Beklagte die Klientin glauben lassen, dass der Subunternehmervertrag, wie im ersten Entwurf, nach dem back-to-back Prinzip geschlossen werden würde.
- 125 Durch die erhöhten Anforderungen an die Bankgarantie stellt die Beklagte den Vertragsverhandlungen bewusst eine Hürde in den Weg und verhält sich als Vertragspartei keinesfalls redlich. Die Beklagte geniesst gegenüber der Klientin ein überaus grosses Mass an Wahlfreiheit bzgl. der Bank, während sie selbst die Auswahl der Klägerin erheblich einschränkt.
- 126 Durch das Insistieren auf die abrupte Änderung der Bestimmung der Erfüllungssicherheit hätte, wie bereits gesehen, die Klägerin abgewimmelt werden sollen. Das Grossbankenerfordernis entspricht, entgegen der Behauptung der Beklagten, keineswegs dem im Kooperationsvertrag festgehaltenen back-to-back Prinzip.

2.4 Die Kündigung erfolgt nicht unverzüglich

- 127 Eine Kündigung nach Art. 107 OR hat nach Ansetzen der Nachfrist unverzüglich zu erfolgen. Das Wahlrecht muss nach Fristablauf so rasch, wie es bei normalem Geschäftsbetrieb möglich ist, erfolgen (BGer 4A_232/2011 E. 5.3; OFK OR-KOSTKIEWICZ, Art. 107 N 16). Dabei ist ein Abwarten von 14 Tagen nicht mehr als unverzügliches Erklären seines Wahlrechts zu werten (BSK OR-WEBER, Art. 107 N 145).
- 128 Die Fristansetzung durch die Beklagte erfolgt durch ein Schreiben am 29. Juni 2016 (K-10), in welchem sie der Klägerin eine Frist von zehn Tagen zur Unterzeichnung des dritten Subunternehmervertragsentwurfs (K-9) ansetzt.
- 129 Diese Frist ist am 10. Juli 2016 um Mitternacht abgelaufen. Dennoch bleibt eine unverzügliche Kündigung durch die Beklagte aus. Sie lässt ganze fünf Wochen verstreichen bis sie sich bzgl. ihres Wahlrechts äussert. Folglich erfolgt die Kündigung viel zu spät und die Beklagte ist am 16. August 2016 keinesfalls berechtigt gewesen den Kooperationsvertrag zu kündigen.

3. Anspruch auf das positive Interesse

- 130 Die Beklagte macht geltend, dass der Vorvertrag aufgrund von Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 K-1 keine Ansprüche auf Vergütung gewähre, insb. derjenigen, die sich aus dem künftig zu schliessenden Subunternehmervertrag ergäben (N 25 EA). Dieser Argumentation ist keine Beachtung zu schenken.

3.1 Die Beklagte verletzt vertragliche Pflichten

- 131 Ein Vorvertrag erschöpft sich nicht in der Verpflichtung einen Vertrag abzuschliessen, sondern beinhaltet insbesondere die negative Pflicht, einen entsprechenden Vertrag nicht mit Dritten zu schliessen, sog. *pactum de non contrahendo cum tertio* (BUCHER/SALADIN, S. 181). Dies folgt daraus, dass man sich nicht verpflichten kann, einen bestimmten Subunternehmer für den Bau zu betrauen, ohne sich gleichzeitig zu verpflichten, denselben Bau keinem Dritten zu überlassen (BUCHER/SALADIN, S. 182).
- 132 Durch den Einbezug einer dritten Partei mitten in den Verhandlungen mit der Klägerin verstösst die Beklagte absichtlich gegen die in Art. 5 des Kooperationsvertrages statuierte Exklusivitätsklausel (K-1). Diese besagt, dass der Subunternehmervertrag exklusiv mit der Klägerin abzuschliessen sei und ohne deren Zustimmung mit keinem anderen Unternehmen Verhandlungen über die in Appendix I definierten Fremdleistungen geführt werden dürfen.
- 133 Indem die Beklagte nur zehn Tage nach ihrer Kündigung am 12. August 2016 bereits einen neuen Vertragspartner präsentiert (vgl. K-13), ist schwer davon auszugehen, dass bereits im Vorfeld Vertragsverhandlungen stattgefunden haben (vgl. N 102 ff.).
- 134 Ferner wird dabei auch die Vertraulichkeitsabrede in Art. 6 des Kooperationsvertrages verletzt. Danach sollten die Dokumente im Zusammenhang mit dem Vertrag höchst persönlich behandelt werden und Auskunft nur durch Gesetz oder den staatlichen Behörden bekanntgegeben werden.
- 135 Es besteht weder eine gesetzliche Aufforderung eine Drittperson in das Projekt einzuweihen, noch handelt es sich bei dieser um eine staatliche Behörde. Indem die Beklagte dem Dritten das Projekt bereits vorher anvertraut, verstösst sie gegen diese Vertraulichkeitsklausel.
- 136 Des Weiteren verletzt die Beklagte Nebenpflichten, die sich aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ergeben (BGE 114 II 57 E. 6d. aa; BGer 4A_494/2010 E. 4.).
- 137 Diese sog. Verhaltenspflichten haben zum Zweck die Hauptleistung zu ergänzen, deren ordnungsgemässe Erfüllung zu sichern bzw. den Vertragszweck zu erreichen (BGer 4A_306/2009 E. 6.1; 4A_307/2011 E. 3.1). Verpflichtet wird zu einer umfassenden Rücksichtnahme und zu loyalem Verhalten. (BK OR II-WEBER, Art. 97 OR N 43, 76; KUKO OR-THIER, Art. 97 N 15, HaKo OR-GIGER, Art. 97 N 24).
- 138 Diese Verhaltenspflichten wurden von der Beklagten bewusst in keiner Weise eingehalten, denn sie hat sich bereits mit der unrechtmässigen Kündigung (vgl. N 94 ff.) unredlich verhalten. Die Beklagte hat keineswegs auf die Klägerin Rücksicht genommen, da sie durch ihr Be-

harren auf die Bankgarantie die Verhandlungen vollkommen blockiert und das back-to-back Prinzip dabei missachtet hat.

- 139 Letztlich bleibt darauf hinzuweisen, dass die Beklagte sich gewiss nicht der Klägerin gegenüber loyal verhalten hat, zumal sie bereits zehn Tage nach dem Kündigungsschreiben einen Vertrag mit einer Dritten eingegangen ist (vgl. N 102 ff.). Die Beklagte hat die Exklusivitätsklausel schlichtweg ignoriert.

3.2 Es kommt zu keiner Wegbedingung des Schadenersatzanspruches

- 140 Die Auslegung von Art. 7 und 8 des Kooperationsvertrages (K-1) belegt, dass die Parteien keinesfalls einen Schadenersatzanspruch haben wegbedingen wollen.
- 141 Die Wegbedingung eines vertraglichen Schadenersatzanspruches erfolgt mithilfe einer Haftungsfreizeichnung (BSK OR-WIEGAND, Art. 100 N 1). Ob eine solche im Einzelfall vorliegt, ist mittels Auslegung zu ermitteln (vgl. OFK OR-KOSTKIEWICZ, Art. 100 N 7).
- 142 Art. 7 des Kooperationsvertrages (K-1) mit dem Titel „Kosten“ beinhaltet eine interne (Abs. 1) und eine externe (Abs. 2) Kostenverteilung. Abs. 1 der Bestimmung unterstellt die entstandenen Kosten im Rahmen der Vorbereitung, Aushandlung und Einreichung des Gebots jeweils der Partei, bei der sie entstanden sind. Die externen Kosten gemäss Abs. 2 werden proportional zum Arbeitsumfang zwischen den Parteien geteilt.
- 143 Weder aus dem Wortlaut noch aus sonstigen Umständen geht eine Wegbedingung von Schadenersatzansprüchen hervor. Viel mehr wollten die Parteien lediglich die Verteilung anfallender Kosten des Projektes festhalten. Dass bei einer allfälligen Haftung der Schadenersatzanspruch wegbedungen werden soll, ist nicht ersichtlich.
- 144 Dasselbe gilt für Art. 8 Abs. 1 des Kooperationsvertrages (K-1). Dieser sieht vor, dass die Parteien bei Beendigung dieses Vertrages einander keine Vergütung schulden. Die Vergütung bezieht sich in diesem Kontext auf die Auflistung in Art. 8 Abs. 1 lit. a-g. Es besteht jedoch kein Vergütungsausschluss im Falle einer Haftung, da eine solche in der Aufzählung nicht aufgeführt worden ist.
- 145 Die Klägerin hat folglich mangels einer Freizeichnungsklausel einen Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte.

3.3 Eventualiter: Die Beklagte handelt absichtlich

- 146 Sollte das Schiedsgericht dennoch eine Haftungsfreizeichnung in Art. 7 und 8 des Kooperationsvertrages annehmen, ist diese nichtig, weil die Beklagte absichtlich eine Vertragsverletzung begangen hat.

- 147 Die in Art. 100 OR geregelte Beschränkung von Haftungsfreizeichnungen bezieht sich auf die Wegbedingung des Verschuldens (BSK OR-WIEGAND, Art. 100 N 6). Massgeblich für die Grenzen der Freizeichnung ist dabei das Mass der Vorwerfbarkeit (OFK OR-KOSTKIEWICZ, Art 100 N 2; BK OR II-WEBER, Art. 100 N 7, 85).
- 148 Wie bereits oben dargelegt, hat die Beklagte ohne Wissen der Klägerin mit einer Drittperson Vertragsverhandlungen geführt und anschliessend der Klägerin unrechtmässig gekündigt. Dadurch hat die Beklagte nicht nur treuwidrig gehandelt, sondern auch Art. 5 und 6 des Kooperationsvertrages verletzt, wonach solche Verhandlungen nicht erlaubt sind. Sie handelt mit Absicht, weshalb eine Haftungsbeschränkung gemäss Art. 100 Abs. 1 OR nicht möglich ist.

3.4 Die Klägerin hat einen Anspruch aus dem Subunternehmervertrag

- 149 Die Beklagte geht zu Unrecht davon aus, die Klägerin könne keine Ansprüche, die sich aus dem Subunternehmervertrag ergeben, geltend machen (N 25 EA).
- 150 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann gestützt auf den Vorvertrag direkt auf Erfüllung geklagt werden, wenn dieser alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthält (BGE 118 II 32 E. 3c; BGE 105 III 11 E. 4).
- 151 Eine solche Identität liegt insbesondere vor, wenn der im Vorvertrag vorgesehene Hauptvertrag zwischen den gleichen Parteien und zu denselben Bedingungen zu schliessen ist (BGE 118 II 32 E. 3b). Diese Konstellation trifft hier zu. Denn wie bereits ausführlich dargelegt (vgl. N 58 ff.) beinhaltet der Kooperationsvertrag inkl. Appendix I alle wesentlichen Elemente des Subunternehmervertrages.
- 152 Es besteht somit kein vernünftiger Grund die geltend gemachten Ansprüche der Klägerin aufgrund des nicht geschlossenen Subunternehmervertrages abzulehnen. Wie in BGE 103 III 97 zu Recht ausgeführt wird, ist in einem solchen Fall kein Unterschied zwischen dem Vorvertrag und dem Hauptvertrag vorzunehmen (E. 2a).

Abschliessend ersuchen wir Sie, die eingangs gestellten Rechtsbegehren gutzuheissen.

Mit vorzüglicher Hochachtung,

Moot Court Team