

**Moot Court Team 2**  
Valentina Butkovic  
Mery Canella  
Katrin Hagger  
Antonella Schmucki

**per E-Mail**  
Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der  
Swiss Chambers' Arbitration Institution  
c/o Zürcher Handelskammer  
Selnaustrasse 32  
Postfach 3058  
CH-8022 Zürich

24. März 2016

**KLAGEANTWORT**

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2015

In Sachen

**Smoothilicious AG**

Via Santa Theresa 5, 20151 Milano, Italien

vertreten durch Moot Court Team 3

gegen

**Greengarden AG**

Steinhofstrasse 34, 8004 Zürich, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 2

betreffend **Aktienübertragung**

**Klägerin/Widerbeklagte**

**Beklagte/Widerklägerin**

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

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Prof. Wuffli  
sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Dr. Schönwetter  
sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Lustig

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

### **Rechtsbegehren**

- 1.1. *Auf die Klage sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten;*
- 1.2. *Eventualiter sei die Klage abzuweisen;*
2. *Die Klägerin/Widerbeklagte sei zu verpflichten, 50% der Aktien der VeganMarket AG zu übernehmen und der Beklagten/Widerklägerin den Kaufpreis von CHF 2'687'500 zu bezahlen;*
3. *alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin/Widerbeklagten.*

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>INHALTSVERZEICHNIS .....</b>	<b>I</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....</b>	<b>III</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>V</b>
<b>ENTSCHEIDVERZEICHNIS.....</b>	<b>VIII</b>
LEITENTSCHEIDE DES SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS .....	VIII
WEITERE URTEILE .....	X
<b>MATERIALIEN- UND MEDIENVERZEICHNIS.....</b>	<b>XI</b>
BOTSCHAFT .....	XI
ZEITUNGSARTIKEL.....	XI
<i>A. FORMELLER TEIL .....</i>	<i>1</i>
I. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Hauptklage der Klägerin .....	1
1. Gerichtsstandsklausel als selbständiger Streitbeilegungsmechanismus.....	1
2. Schiedsgutachter als alternativer Streitbeilegungsmechanismus .....	2
3. Fazit .....	3
II. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage der Beklagten.....	3
1. Autonome und gültige Schiedsvereinbarung im KV 2014 .....	4
1.1 Keine Relativierung durch den Parteiwillen.....	4
1.2 Keine Relativierung durch einen grundlegenden Mangel .....	4
1.3 Zwischenfazit.....	5
2. Eventualiter: Beurteilung der Klage und Widerklage im selben Verfahren .....	5
2.1 Widerklage im objektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung.....	5
2.2 Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage .....	6
2.3 Zwischenfazit.....	6
3. Subeventualiter: Antrag auf Konsolidierung der Verfahren .....	6
4. Fazit .....	7
<i>B. MATERIELLER TEIL .....</i>	<i>7</i>
III. Übertragung der restlichen 50% der Aktien auf Grundlage des KV 2014 .....	7
1. Der KV 2014 als bedingte Neuerung des ABV .....	7
2. Kein Eintritt eines Material Adverse Change.....	8
3. Eventualiter: Treuwidrige Herbeiführung der Bedingung nach Art. 156 OR.....	9
3.1 Die Klägerin als faktisches Organ der Untergesellschaften .....	9
3.2 Verhalten wider Treu und Glauben durch gesetzeswidrige Produktion.....	10

4. Würdigung des Parteiverhaltens vor dem 01.10.2014 .....	12
5. Fazit .....	12
IV. B) Kaufpreisberechnung bei Anwendung des KV 2014 .....	13
1. Keine Anwendbarkeit der Sachgewährleistungsbestimmungen .....	13
1.1 Sachgewährleistung gemäss Bundesgericht und Lehre ausgeschlossen .....	13
1.2 Keine Ausgestaltung der MAC-Klausel als zugesicherte Eigenschaft.....	13
2. Eventualiter: Fehlende Voraussetzungen der Sachgewährleistung.....	14
2.1 Kenntnis des Mangels.....	14
2.2 Verspätete Mängelrüge.....	14
2.3 Ausschluss der Sachgewährleistung.....	15
3. Pacta sunt servanda .....	15
4. Fazit .....	16
IV. A) Eventualiter: Kaufpreisberechnung bei Anwendung des ABV .....	16
1. Unwiderruflichkeit einmal ausgeübter Call-Optionen .....	16
2. Keine Berücksichtigung negativer EBITDA.....	17
3. Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR .....	18
3.1 Vertragsverletzung durch gesetzeswidrige Produktion .....	18
3.2 Schaden.....	18
3.3 Kausalität .....	19
3.4 Verschulden .....	19
4. Fazit .....	20
<b>ANHANG .....</b>	<b>A</b>
Anhang (i): Wertverlust der VeganM am 16. Dezember 2014.....	A
Anhang (ii): Objektiver Unternehmenswert der VeganM am 1. Oktober 2014 .....	B
Anhang (iii): Handelszeitung vom 21. Februar 2016: „Maggi-Skandal“ .....	C
Anhang (iv): Handelszeitung vom 5. August 2013: „Verseuchtes Milchpulver“ .....	D

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
ABV	Aktionärsbindungsvertrag
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BGE	Leitentscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich)
clausula	clausula rebus sic stantibus
d.h.	das heisst
E.	Erwägung(en)
E. coli	Escherichia coli
EBITDA	earnings before interest, taxes, depreciation and amortization
etc.	et cetera
f./ff.	folgend(e)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR Nr. 291
i.V.m.	in Verbindung mit
KV	Kaufvertrag
lit.	litera, -e
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 09. Oktober 1992 ( <i>Lebensmittelgesetz</i> ), SR Nr. 817.0
M&A	Mergers & Acquisitions

MAC	Material Adverse Change
mind.	mindestens
N	(Rand-)Note
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar (Zürich)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR Nr. 220
PLC	Practical Law (London)
Rz.	Randziffer
SchlT	Schlusstitel
SGer	Schiedsgericht
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
SRC	Swiss Rules of International Arbitration: commentary (Zürich)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
Swiss Rules	Internationale Schweizerische Schiedsordnung (Basel etc. 2012)
Übest	Übergangsbestimmungen
V	Venture
VeganM	VeganMarket AG
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR Nr. 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR Nr. 272

## LITERATURVERZEICHNIS

- AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/ SCHNYDER ANTON K./TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich etc. 2012 (zit.: CHK OR-BEARBEITER/IN) [Rz. 60, 72, 86]
- AMSTUTZ THERESE: Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf, Ausschluss wegen Kenntnis oder Kennensollen von Sachmängeln, in ST 12/2002, 1109 (zit.: AMSTUTZ) [Rz. 77]
- ARROYO MANUEL (Hrsg.): Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013 (zit.: AiS-BEARBEITER/IN) [Rz. 37]
- BECKER HERMANN: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1945 (zit.: BK OR-BECKER) [Rz. 42]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ: International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Auflage, Bern 2015 (zit.: BERGER/KELLERHALS) [Rz. 3, 18, 19, 20, 24]
- BIRKETT KIRSTEN: Untying the knot, Material adverse change clauses, in: PLC March 2002, 17 (zit.: BIRKETT) [Rz. 79]
- BÖCKLI PETER: Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.): Mergers & Acquisitions, Zürich 1998, 59 (zit.: BÖCKLI M&A) [Rz. 77, 84]
- BÖCKLI PETER: Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Auflage, Zürich etc. 2009 (zit.: BÖCKLI) [Rz. 55]

- CAUMANN JÖRN: Methoden der Unternehmensbewertung, in: Kiem Roger (Hrsg.), Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf, München 2015, 1 (zit.: CAUMANN) [Rz. 47]
- CHAPUIS OLIVER: Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR: ein Begriff im Wandel?, in: AJP 2005, 653 (zit.: CHAPUIS) [Rz. 105]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.): Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITER/IN) [Rz. 4]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 Übest GmbH, 4. Auflage, Basel 2012 (zit.: BSK OR II-BEARBEITER/IN) [Rz. 54]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITER/IN) [Rz. 60, 114]
- HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich etc. 2014 (zit.: HUGUENIN) [Rz. 43, 62, 89]
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN: Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Auflage, Zürich 2014 (zit.: ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN) [Rz. 89]
- KELLERHALS FRANZ/BERGER BERNHARD, Widerklage und Verrechnung nach den Swiss Rules of International Arbitration, in: Bohnet François/Wessner Pierre (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Basel etc. 2005 (zit. KELLERHALS/BERGER) [Rz. 29, 31]
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.): OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 2009 (zit.: OFK OR-BEARBEITER/IN) [Rz. 63, 105]

- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN: Comparative law of international arbitration, 2. Auflage, London/Zürich 2007 (zit.: POUDRET/BESSON) [Rz. 21]
- SCHLEIFFER PATRICK: No Material Adverse Change, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, Zürich 2004, 53 (zit.: SCHLEIFFER) [Rz. 79]
- SCHWENZER INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012 (zit.: SCHWENZER OR AT) [Rz. 89]
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.): Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013 (zit.: BSK ZPO-BEARBEITER/IN) [Rz. 11]
- TSCHÄNI RUDOLF/FREY HAROLD/MÜLLER DOMINIQUE: Streitigkeiten aus M&A-Transaktionen, Zürich 2013 (zit.: TSCHÄNI/FREY/MÜLLER) [Rz. 11]
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement), 3. Auflage, Zürich 1984 (zit.: VON TUHR/PETER) [Rz. 95]
- WATTER ROLF/WIESER CHARLOTTE: Gedanken zur Minderwert- und Schadensberechnung bei Unternehmenskaufverträgen, in: Oertle Matthias/Wolf Matthias/Breitenstein Stefan/Diem Hans-Jakob (Hrsg.): M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis. Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, 149 (zit.: WATTER/WIESER) [Rz. 77]
- ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.): Swiss Rules of International Arbitration: commentary, 2. Auflage, Zürich 2013 (zit.: SRC-BEARBEITER/IN) [Rz. 28, 29, 30]

## ENTSCHEIDVERZEICHNIS

### Leitentscheide des Schweizerischen Bundesgerichts

- BGE 28 II 370      48. Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. September  
[Rz. 41]            1902
- BGE 47 II 440      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 89]            Bundesgerichts vom 3. November 1921
- BGE 88 II 410      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 95]            Bundesgerichts vom 30. November 1962
- BGE 104 II 198     Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 108]           Bundesgerichts vom 26. Juni 1978
- BGE 105 II 87      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 109]           Bundesgerichts vom 22. Februar 1979
- BGE 107 II 419     Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 77, 84]        Bundesgerichts vom 10. November 1981
- BGE 108 II 102     Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 95]            Bundesgerichts vom 22. Juni 1982
- BGE 115 II 440     Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 62]            Bundesgerichts vom 28. November 1989
- BGE 116 Ia 56      Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 3]             Bundesgerichts vom 15. März 1990
- BGE 117 II 273     Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 43, 61]        Bundesgerichts vom 13. Juni 1991
- BGE 121 III 495    Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 24]            Bundesgerichts vom 20. Dezember 1995

- BGE 127 III 300 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 89] Bundesgerichts vom 24. April 2001
- BGE 128 III 70 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 95] Bundesgerichts vom 30. Oktober 2001
- BGE 130 III 321 Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 62] Bundesgerichts vom 29. Januar 2004
- BGE 135 V 124 Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 41] Bundesgerichts vom 25. März 2009

### **Weitere Urteile**

- BGer 4C.329/2003 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 95] Bundesgerichts vom 8. April 2004
- BGer 4C.281/2005 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 59] Bundesgerichts vom 15. Dezember 2005
- BGer 4A\_452/2007 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 5] Bundesgerichts vom 29. Februar 2008
- BGer 4A\_375/2010 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 89] Bundesgerichts vom 22. November 2010
- BGer 4A\_144/2011 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 61] Bundesgerichts vom 5. Mai 2011
- BGer 4A\_604/2011 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
[Rz. 41] Bundesgerichts vom 22. Mai 2012

## **MATERIALIEN- UND MEDIENVERZEICHNIS**

### **Botschaft**

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 (zit.: Botschaft ZPO) [Rz. 11]

### **Zeitungsartikel**

OHANIAN MATHIAS: Maggi-Skandal: Nestlé in Indien «nicht über den Berg», Handelszeitung vom 21. Februar 2016, <[www.handelszeitung.ch/unternehmen/maggi-skandal-nestle-indien-nicht-ueber-den-berg-997779](http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/maggi-skandal-nestle-indien-nicht-ueber-den-berg-997779)> (zuletzt besucht am: 23. März 2016) (zit.: MOH, Anhang iii) [Rz. 67]

STROHM VOLKER: Verseuchtes Milchpulver: Entwarnung für die Schweiz, Handelszeitung vom 5. August 2013, <[www.handelszeitung.ch/unternehmen/verseuchtes-milchpulver-entwarnung-fuer-die-schweiz-478275](http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/verseuchtes-milchpulver-entwarnung-fuer-die-schweiz-478275)> (zuletzt besucht am 23. März 2016) (zit.: STROHM, Anhang iv) [Rz. 113]

## A. FORMELLER TEIL

### I. UNZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS FÜR DIE HAUPTKLAGE DER KLÄGERIN

- 1 Rechtsstreitigkeiten aus dem ABV sind nach Meinung der Beklagten *nicht* durch das SGer zu beurteilen. Die Klägerin hat gemäss Art. 27.8 ABV das ordentliche Gericht in Zug anzurufen.

#### 1. Gerichtsstandsklausel als selbständiger Streitbeilegungsmechanismus

- 2 Die Beklagte folgt den rechtlichen Ausführungen der Klägerin betreffend den subjektiven und objektiven Geltungsbereich einer Schiedsvereinbarung und deren Auslegung (Klageschrift, Rz. 4 f.). Die Beklagte bejaht auch die Gültigkeit der Schiedsklausel in Art. 3.1 KV 2013. Sie ist jedoch der Meinung, die Gerichtsstandsklausel in Art. 27.8 ABV sei als selbständiger Streitbeilegungsmechanismus zu respektieren.
- 3 Ob eine vertraglich vereinbarte Klausel Schiedsgerichtsbarkeit begründen soll, ist restriktiv auszulegen (BERGER/KELLERHALS, N 485) und nicht leichthin anzunehmen, da die Prozessführung vor einem SGer mit höheren Kosten verbunden ist und den Rechtsmittelweg einschränkt (BGE 116 Ia 56 E. 3b).
- 4 Grundsätzlich ist die Formulierung „*Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag*“ weit auszulegen und umfasst *weitere Ansprüche aus dem besagten Vertrag* wie Zustandekommen, Beendigung oder ungerechtfertigte Bereicherung (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 35).
- 5 Hingegen kann eine derartige Schiedsklausel im Hauptvertrag nicht auf Streitigkeiten aus Folgeverträgen oder anderen konnexen Verträgen ausgedehnt werden, wenn diese eine *abweichende Schieds- oder Gerichtsstandsklausel enthalten* (BGer 4A\_452/2007 vom 29.02.2008 E. 2.5).
- 6 Die Klägerin stellt den KV 2013 und den ABV als „*untrennbares Geflecht*“ dar und verlangt deshalb die Unterwerfung aller Streitigkeiten unter dasselbe SGer (Klageschrift, Rz. 15). Die Beklagte weist auf die rechtliche Selbständigkeit des ABV hin, die für die Beurteilung der Ausdehnung der Schiedsvereinbarung massgeblich ist.
- 7 Der ABV regelt detailliert die Transaktion der restlichen 50% der VeganM-Aktien (Präambel lit. D und Art. 6.7 ABV) sowie die Joint-Venture-Phase und konkretisiert die Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 9.1, 9.2 und 27.5 ABV), womit er sich als Folgevertrag des KV 2013 charakterisieren lässt. Allein aufgrund der Tatsachen, dass die Verträge gleichentags geschlossen wurden und aufeinander Bezug nehmen, kann hingegen nicht abgeleitet werden, es handle sich um ein untrennbares Geflecht bzw.

um einen einzigen Vertrag (Klageschrift, Rz. 13). Zudem sind „*Sinn und Zweck*“ des ABV in Präambel lit. D ABV geregelt, womit dem ABV sehr wohl ein „*eigenständiger Sinn*“ zukommt (zum Ganzen: Klageschrift, Rz. 14).

- 8 Da die Parteien einen Unternehmenskauf abwickeln wollen, stehen sämtliche daraus resultierenden Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag KV 2013. Eine gewisse Konnexität zwischen den Verträgen ist für den Geltungsbereich der Schiedsklausel jedoch irrelevant (Rz. 5). Ausserdem war es *Parteiwille*, die Verträge *getrennt* beurteilen zu lassen (vgl. Rz. 2 und Klageschrift; Rz. 5).
- 9 Die Schiedsvereinbarung ist in Bezug auf den KV 2013 *selbst* weit auszulegen. Es finden sich hingegen weder im KV 2013 noch in den weiteren Korrespondenzen Hinweise auf einen Parteiwillen, die Schiedsklausel auf den ABV auszudehnen. Dagegen spricht zudem, dass die Aktientransaktion aus dem KV 2013 bereits abgeschlossen war, wohingegen sich die Abwicklung der im ABV vereinbarten Transaktion gemäss Art. 6.7.3 ABV über mindestens zwei Jahre erstrecken sollte. Würde die Gerichtsstandsklausel nicht vorgehen, müsste für jede Streitigkeit während der langen Abwicklungsdauer ein SGer konstituiert werden. Den Parteien entstünden höhere Kosten und Einschränkungen im Rechtsmittelweg. Es ist sachgerecht, davon auszugehen, die Parteien hätten dies durch die staatliche, kostensparende Gerichtsbarkeit vermeiden wollen. Folglich ist der klägerischen Auffassung, die Gerichtsstandsklausel sei standardisiert in den ABV eingefügt worden (Klageschrift, Rz. 17), nach Treu und Glauben nicht zu folgen. Weshalb unterschiedliche Gerichtsbarkeiten zu Widersprüchen führen sollten (Klageschrift, Rz. 18), ist nicht ersichtlich, da die potenziellen Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem KV 2013 weder die Gültigkeit des ABV berühren noch mit möglichen Preisstreitigkeiten aufgrund des ABV korrespondieren.
- 10 Da die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf den ABV umstritten ist und daher nicht leichthin angenommen werden darf (vgl. Rz. 3), ist die Schiedsvereinbarung aus dem KV 2013 restriktiv auszulegen und kann den ABV folglich nicht umfassen.

## **2. Schiedsgutachter als alternativer Streitbeilegungsmechanismus**

- 11 Ein Schiedsgutachter kann als Fachperson rechtserhebliche Tatsachen verbindlich feststellen und diese „*ausser Streit stellen*“ (Botschaft ZPO, 7325; BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 1). Bei Unternehmenskäufen werden vielfach verschiedene Streiterledigungsmechanismen kombiniert, wobei für die Preisbestimmung oft Schiedsgutachter vorgesehen sind (TSCHÄNI/FREY/MÜLLER, N 259).

- 12 Die Parteien vereinbarten in Art. 6.9 ABV, dass ein Schiedsgutachter beigezogen werden soll, sofern sie sich „über die Preisberechnung innert dreissig Tagen nicht einig werden“. Art. 27.8 ABV bestimmt die ordentlichen Gerichte in Zug für zuständig, „soweit keine andere Regelung dieses Vertrages vorgeht“. Nach Treu und Glauben darf daraus geschlossen werden, dass mit der angesprochenen *anderen Regelung* nicht die Schiedsklausel aus dem KV 2013, sondern der Artikel über die Bestimmung eines Schiedsgutachters gemeint war: Die Klägerin wäre zunächst verpflichtet gewesen, einen Schiedsgutachter beizuziehen, um den Kaufpreis der Aktien zu bestimmen. Es war im Sinne der Parteien eine kostengünstigere Alternative vorzusehen (vgl. Rz. 9).
- 13 Die Klägerin schlug erstmals in ihrem E-Mail vom 23.01.2015 [K-7] den Beizug eines Schiedsgutachters vor. Da sie diesen erst *nach* Abschluss des KV 2014 bestellen wollte, geht ihre Behauptung fehl, sie sei durch die Weigerung der Beklagten, einen Schiedsgutachter zu bestellen, zum Abschluss des KV 2014 *gezwungen* worden. Da der KV 2014 rechtsgültig war, verhielt sich die Beklagte durch ihre Weigerung auch nicht widersprüchlich (zum Ganzen: Klageschrift, Rz. 22). Ihre Ablehnung zur Verpflichtung eines Schiedsgutachters kann daher nicht dahingehend interpretiert werden, sie wolle nicht mehr an der Schiedsgutachterklausel festhalten (Klageschrift, Rz. 24).
- 14 Aus diesen Gründen muss die Gerichtsstandsklausel so interpretiert werden, dass sie einzig Raum für einen Schiedsgutachter und entgegen der klägerischen Auffassung (Klageschrift, Rz. 9 f.) *nicht* für eine Schiedsgerichtsbarkeit lässt.

### 3. Fazit

- 15 Ansprüche aus dem ABV fallen nicht in den Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung des KV 2013. Die Gerichtsstandsklausel im ABV ist als eigener Streitbeilegungsmechanismus zu respektieren, weshalb die Klägerin nach Art. 27.8 ABV für die Geltendmachung ihrer Ansprüche die ordentlichen Gerichte in Zug anzurufen hat.

## II. ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS FÜR DIE WIDERKLAGE DER BEKLAGTEN

- 16 Die Beklagte ist befugt, ein SGer zu konstituieren, da die Schiedsklausel im KV 2014 entgegen der klägerischen Auffassung gültig und nicht dahingefallen ist.
- 17 Erklärt sich das SGer für die Hauptklage der Klägerin zuständig, ist die Widerklage im gleichen Verfahren zu beurteilen. Andernfalls sind die Verfahren zu konsolidieren.

## **1. Autonome und gültige Schiedsvereinbarung im KV 2014**

- 18 Das SGer entscheidet selbst über seine Zuständigkeit und die dagegen bestehenden Einreden (Art. 21 (1) Swiss Rules). Es hat die sog. Kompetenz-Kompetenz (BERGER/KELLERHALS, N 664).
- 19 Eine Schiedsklausel ist eine vom Hauptvertrag unabhängige Vereinbarung (Art. 21 (2) Satz 2 Swiss Rules; Art. 178 Abs. 3 IPRG). Sie gilt also autonom (Autonomiegrundsatz; BERGER/KELLERHALS, N 679).
- 20 Ausnahmsweise kann der Autonomiegrundsatz durch den Parteiwillen oder einen grundlegenden Mangel relativiert werden (BERGER/KELLERHALS, N 682 f.).

### **1.1 Keine Relativierung durch den Parteiwillen**

- 21 Treffen die Parteien eine Schiedsvereinbarung, wird vermutet, sie hätten auch eine Entscheidung über die Gültigkeit des von ihr erfassten Vertrages ermöglichen wollen (POUDRET/BESSON, N 164).
- 22 Die von den Parteien gewählte Formulierung, die Schiedsklausel solle Streitigkeiten „aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag, einschliesslich dessen Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung“ (Art. 11.1 KV 2014) erfassen, bestätigt den Autonomiegrundsatz (vgl. Rz. 4). Die Behauptung der Klägerin, die Parteien hätten nebst dem KV 2014 auch die darin enthaltene Schiedsklausel unter dieselbe Bedingung gestellt (Klageschrift, Rz. 36 f.), ist nicht substantiiert und ohnehin unzutreffend. Stünde die Schiedsklausel unter derselben Bedingung wie der KV 2014, fiel sie mit der blossen Behauptung der Unwirksamkeit des KV 2014 ebenfalls dahin und eine schiedsgerichtliche Entscheidung über die Wirksamkeit des Kaufvertrages wäre nicht möglich. Es war somit nicht Parteiwille den Autonomiegrundsatz zu relativieren.

### **1.2 Keine Relativierung durch einen grundlegenden Mangel**

- 23 Die Klägerin behauptet unzutreffenderweise, der *angebliche* Eintritt des MAC stelle einen Ungültigkeitsgrund dar, der sowohl den KV 2014 als auch die Schiedsvereinbarung beschlage (Klageschrift, Rz. 35 f.).
- 24 Die Ungültigkeit des Hauptvertrages zieht nur dann die Ungültigkeit der Schiedsklausel nach sich, wenn beide am selben grundlegenden Mangel leiden (BGE 121 III 495 E. 6a). Namentlich liegt ein solcher Mangel bei fehlender Rechts- oder Handlungsfähigkeit der Parteien, sowie bei Dissens über den Vertragsinhalt oder Furchterregung durch eine der Vertragsparteien vor (BERGER/KELLERHALS, N 683).

- 25 Der KV 2014 kam aufgrund übereinstimmender Willenserklärungen gültig zustande. Die Klägerin wendet aber ein, er sei aufgrund des angeblichen Eintritts des MAC nicht rechtswirksam geworden. Die behauptete fehlende Rechtswirksamkeit des KV 2014 stellt keinen grundlegenden Mangel dar, der zur Ungültigkeit der darin enthaltenen Schiedsklausel führen würde. Vielmehr ist die Frage der Rechtswirksamkeit durch Auslegung des KV 2014 zu beantworten. Da auch sonst keine grundlegenden Mängel ersichtlich sind, ist die Schiedsklausel als gültig zu betrachten.

### **1.3 Zwischenfazit**

- 26 Eine Beurteilung der Streitigkeiten aus dem KV 2014 durch das SGer ist möglich, da die Schiedsvereinbarung autonom und gültig ist.

## **2. Eventualiter: Beurteilung der Klage und Widerklage im selben Verfahren**

### **2.1 Widerklage im objektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung**

- 27 Sollte das SGer zum Schluss kommen, es sei für die Hauptklage zuständig, so ist die Widerklage im selben Verfahren zu beurteilen.
- 28 Die Widerklage ist ein zulässiges Institut und nicht subsidiär zur kodifizierten Verfahrenskonsolidierung (SRC-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 37; Klageschrift, Rz. 27).
- 29 Sie ist zulässig, wenn sie in den objektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung fällt (SRC-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 36; KELLERHALS/BERGER, 220).
- 30 Es ist den Schiedsrichtern überlassen, darüber hinaus Konnexität zwischen Klage und Widerklage zu verlangen (SRC-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 36).
- 31 Die Klägerin bestreitet, dass die Schiedsklauseln aus dem KV 2013 und dem KV 2014 denselben objektiven Geltungsbereich aufweisen (Klageschrift, Rz. 30). In Rz. 26 ihrer Klageschrift verweist sie jedoch auf die „*Vermutung der Zulässigkeit*“ der Beurteilung einer Widerklage im selben Verfahren wie die Hauptklage, wenn sich die Widerklage auf einen anderen zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag mit *derselben* Schiedsklausel stützt (KELLERHALS/BERGER, 225).
- 32 Da der KV 2013 und der KV 2014 *identische* Schiedsklauseln aufweisen, sollte dieser Vermutung gefolgt werden. Am 01.10.2014 war es Wille der Parteien, ihre weitere Zusammenarbeit auf möglichst kurze Zeit zu beschränken. Daher sahen sie einerseits vor, den KV 2014 schnellstmöglich zu vollziehen (gemäss Art. 10.2 lit. c KV 2014 wäre der Vollzug bereits innert sechs Wochen möglich gewesen). Andererseits vereinbarten sie einen Streitbeilegungsmechanismus, der im Falle erneuter Differenzen mög-

lichst rasch zu einem Entscheid führen würde: Sie entschieden sich für ein schiedsgerichtliches Verfahren und unterstellten diesem ihr *gesamtes* Rechtsverhältnis, welches zu diesem Zeitpunkt durch den KV 2013 und den KV 2014 geregelt war.

- 33 Dieser Wille, Streitigkeiten aus den beiden Verträgen *in einem einzigen Verfahren* zu beurteilen, zeigt sich insb. in der Verwendung einer identischen Regelung betreffend der Anzahl Schiedsrichter, Wahl des Sitzes und Sprache des Schiedsverfahrens.

## **2.2 Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage**

- 34 Falls das SGer Konnexität zwischen den Klagen voraussetzt, ist diese aufgrund des gesamten Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien gegeben (Rz. 8). Den beiden Klagen liegt zudem derselbe Sachverhalt zugrunde, nämlich die Übertragung der zweiten Hälfte der VeganM-Aktien, womit die Klagen sachlich konnex sind. Rechtlich hängen die Klagen zusammen, weil die Rechtsfragen in beiden Fällen die Bestimmung der Vertragsgrundlage und deren Auslegung betreffen.

## **2.3 Zwischenfazit**

- 35 Bejaht das SGer seine Zuständigkeit für die klägerische Hauptklage, ist die Widerklage im gleichen Verfahren zu beurteilen.

## **3. Subeventualiter: Antrag auf Konsolidierung der Verfahren**

- 36 Verneint das SGer die Beurteilung der Widerklage im selben Verfahren wie die Hauptklage, erhebt die Beklagte eine eigenständige Klage mit dem Antrag, die beiden Verfahren seien zu konsolidieren.
- 37 Sind mehrere Verfahren gemäss den Swiss Rules zwischen den gleichen Parteien hängig, entscheidet der Gerichtshof über eine Konsolidierung (Art. 4 (1) Satz 1 Swiss Rules). Bei seiner Entscheidung hat er alle massgeblichen Umstände zu berücksichtigen, insb. den faktischen, rechtlichen und logischen Zusammenhang zwischen den Streitsachen sowie die Stadien, in welchen sich die hängigen Verfahren befinden (Art. 4 (1) Satz 3 Swiss Rules; AiS-SCHRAMM, Art. 4 N 16).
- 38 Zwischen der Klägerin und der Beklagten wären gleichzeitig zwei Verfahren hängig. Die Streitsache wäre in beiden Fällen die Feststellung des Kaufpreises für die Übertragung von 50% der VeganM-Aktien sowie die rechtliche Grundlage dafür. Beide Verfahren wären im Anfangsstadium, womit keine unverhältnismässigen Verzögerungen im Falle einer Konsolidierung absehbar wären und letztere zu gewähren wäre.

#### 4. Fazit

- 39 Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem KV 2014 sind in jedem Fall durch das SGer zu beurteilen. Bejaht dieses seine Zuständigkeit auch für die Hauptklage, so ist die Widerklage eventualiter im selben Verfahren zu beurteilen. Subeventualiter ist dem Antrag auf Konsolidierung stattzugeben.

#### B. MATERIELLER TEIL

### III. ÜBERTRAGUNG DER RESTLICHEN 50% DER AKTIEN AUF GRUNDLAGE DES KV 2014

- 40 Beide Parteien erkennen im KV 2014 eine bedingte Neuerung des ABV. Jedoch bestreitet die Beklagte den Eintritt eines MAC, weshalb der KV 2014 nicht dahinfällt und der ABV nicht wieder auflebt. Folglich dient der KV 2014 als vertragliche Grundlage für die Übertragung der restlichen 50% der VeganM-Aktien.

#### 1. Der KV 2014 als bedingte Neuerung des ABV

- 41 Eine Neuerung im Sinne von Art. 116 Abs. 1 OR liegt vor, wenn die ursprüngliche Obligation mit Neuerungswillen aufgehoben und durch eine neue substituiert wird (BGE 135 V 124 E. 4.2). Indizien für den Neuerungswillen bestehen darin, dass die Parteien den alten Vertrag *ersetzen* wollten (BGer 4A\_604/2011 vom 22.05.2012 E. 3.4) oder die neue Obligation unter eine Bedingung stellen, während die alte unbedingt war (BGE 28 II 370 E. 4).
- 42 Wenn der Neuerungsvertrag aufgrund des Eintritts bzw. Ausbleibens der Bedingung (Art. 151 ff. OR) dahinfällt oder nicht rechtswirksam wird, lebt die alte Obligation wieder auf (BK OR-BECKER, Art. 116 N 18).
- 43 Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist der übereinstimmende wirkliche Parteiwille massgeblich, um den Vertragsinhalt zu beurteilen. Kann der tatsächliche Parteiwille nicht festgestellt werden, ist nach dem Vertrauensprinzip der normative Parteiwille zu ermitteln (BGE 117 II 273 E. 5a). Um zu eruieren, wie die Willenserklärung von einem Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste, sind die gesamten Umstände zu berücksichtigen (HUGUENIN, N 193).
- 44 Die Parteien sind beide der Meinung, sie hätten einen Neuerungswillen gehabt, da der ABV gemäss Präambel und Art. 11.7 KV 2014 „*ersetzt*“ und „*ausser Kraft gesetzt*“ werden sollte. Durch den Abschluss des KV 2014 wollten sie ihre Differenzen bzgl. der Kaufpreisberechnung beilegen, was ihren Neuerungswillen untermauert. Ein weiteres Indiz für eine Neuerung stellt die als Bedingung ausgestaltete MAC-Klausel dar.

45 Unerheblich ist, ob die MAC-Klausel eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung darstellt (vgl. Rz. 42). Das Wiederaufleben des ABV hängt ausschliesslich vom Eintritt eines MAC ab, welcher jedoch weiterhin bestritten wird.

## 2. Kein Eintritt eines Material Adverse Change

46 Die Klägerin geht irrigerweise davon aus, ein Wertverlust „von rund 28% gegenüber dem [in Art. 1 KV 2014] vereinbarten Kaufpreis“ sei eingetreten (Klageschrift, Rz. 50). Richtigerweise trat lediglich ein Wertverlust von rund 16% ein (Anhang i).

47 Wie die Klägerin richtig ausführte, sind Unternehmenswert- und Kaufpreisberechnung auseinanderzuhalten (Klageschrift, Rz. 52). Der Unternehmenswert ist ein objektives Kriterium für die Verhandlung des Kaufpreises, welcher aufgrund von Angebot und Nachfrage parteiautonom festgelegt wird (CAUMANN, § 1 N 11). Um den Unternehmenswert zu bestimmen, können unter anderem Multiplikatorenverfahren herangezogen werden, bei welchen z.B. der EBITDA des zu bewertenden Unternehmens mit dem Verhältnis von Unternehmenswert und EBITDA eines vergleichbaren Unternehmens (sog. Multiple) zu multiplizieren ist (CAUMANN, § 1 N 84 f.).

48 Laut Klägerin sind negative EBITDA bei der Berechnung des Wertverlustes zu berücksichtigen, da nur auf diese Weise „die tatsächliche wirtschaftliche Kraft der Unternehmung“ zum Ausdruck gebracht werden könne (Klageschrift, Rz. 52). Sie verkennt, dass es bei der Berechnung des Wertverlustes im Rahmen der MAC-Klausel gerade nicht auf einen objektivierten Unternehmenswert ankommt.

49 Die Berechnung des Wertverlustes erfolgte gemäss E-Mail-Korrespondenz [B-2] in gegenseitigem Einverständnis der Parteien nach der Formel in Art. 6.8 ABV. Diese beschreibt ein Multiplikatorenverfahren. Die Überschrift „Kaufpreis“ deutet in diesem Fall auf den Parteiwillen hin, den Kaufpreis entsprechend eines solchen Verfahrens zu ermitteln, womit Kaufpreis und Unternehmenswert gleichgesetzt werden. Diese Gleichsetzung kommt im vereinbarten Kaufpreis nach Art. 1 KV 2014 erneut zum Ausdruck. Dort wurden hingegen negative EBITDA mit „Null“ veranschlagt. Dies ist bedeutsam, weil ein Wertverlust „gegenüber dem Kaufpreis gemäss Art. 1 dieses Vertrages“ beurteilt werden soll (Art. 10.2 lit. c KV 2014). Der Berechnung des Wertverlustes muss daher die gleiche Berechnungsart wie der Kaufpreisermittlung zugrunde gelegt werden, da ansonsten ein völlig unsachgemässer Vergleich stattfände.

50 Auch nach Treu und Glauben geht es nicht an, die negativen EBITDA bei der Wertverlustberechnung einzubeziehen. Vergleicht man den *objektivierten* Unternehmens-

wert am 01.10.2014 mit dem Kaufpreis in Art. 1 KV 2014, lag bereits am Tag des Vertragsschlusses ein Wertverlust von ca. 12% vor (Anhang ii). Durch den Einbezug negativer EBITDA würde der Schwellenwert von 20% folglich rasch erreicht. Die MAC-Klausel gewährte der Klägerin bereits die Wahlmöglichkeit, den KV 2014 im Falle eines MAC weiterzuführen oder dahinfallen zu lassen. Keine Drittpartei an Stelle der Beklagten hätte der Klägerin einen mehrfachen Schutz zubilligen wollen, während sie selbst schutzlos bleibt.

- 51 Aus den genannten Gründen müssen für die Ermittlung eines allfälligen Wertverlustes negative EBITDA mit „Null“ ersetzt werden. Dies hat zur Folge, dass sich der Wertverlust auf rund 16% beläuft und der MAC offensichtlich nicht eingetreten ist. Die restlichen 50% der Aktien sind daher auf der Grundlage des KV 2014 zu übertragen.

### **3. Eventualiter: Treuwidrige Herbeiführung der Bedingung nach Art. 156 OR**

- 52 Sollte das SGer zum Schluss kommen, ein Wertverlust von 20% oder mehr sei eingetreten, ist die Klägerin in ihrer Berufung auf die MAC-Klausel dennoch nicht zu schützen, weil sie den Eintritt der Bedingung treuwidrig herbeigeführt hat.

#### **3.1 Die Klägerin als faktisches Organ der Untergesellschaften**

- 53 In Rz. 71 ff. der Klageschrift geht die Klägerin fälschlicherweise davon aus, sie bilde mit der VeganM und deren Tochtergesellschaften keinen Konzern.
- 54 Von einem Konzern wird ausgegangen, wenn einer juristischen Person das Recht zukommt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsratsorgans einer anderen juristischen Person zu bestellen oder abzurufen (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR) und dadurch gemäss vorherrschendem Kontrollprinzip die blosser Möglichkeit zur Beherrschung besteht (BSK OR II-NEUHAUS/BLÄTTLER, Vorbemerkungen zu Art. 957-964 N 4).
- 55 Mit der Attraktion der Oberleitung wird die Obergesellschaft zum faktischen Organ der durch sie geleiteten Untergesellschaften (BÖCKLI, § 11, N 465).
- 56 Die Klägerin stellte in den Verwaltungsräten der VeganM und deren Tochtergesellschaften (mit Ausnahme der AmericanV) jeweils die Mehrheit der Mitglieder und den Präsidenten mit Stichentscheid und übernahm ab dem 11.04.2013 die operative Führung der genannten Unternehmen (Verfügung Nr. 2, Rz. 10). Die Beklagte hatte für die Dauer der Joint-Venture-Phase als Minderheit Einsitz in den Verwaltungsräten, übte aber keinen entscheidenden Einfluss aus (Verfügung Nr. 2, Rz. 14). Das Vorlie-

gen eines Konzerns mit der Klägerin als dessen Obergesellschaft kann demnach nicht verneint werden (vgl. auch Verfügung Nr. 2, Rz. 12).

57 Gemäss Art. 2.2.1 KV 2013 verpflichtete sich die Klägerin, die Geschäfte der VeganM und ihrer Tochtergesellschaften „nach den geschäftsüblichen Standards mit aller notwendigen Sorgfalt zu leiten“. Demnach wurde sie mit Abschluss des KV 2013 faktisches Organ der VeganM und deren Tochtergesellschaften.

58 Die von der Beklagten gestellten VR-Mitglieder der Untergesellschaften können persönlich haftbar gemacht werden (z.B. nach Art. 754 OR). Ihr Verhalten kann jedoch nicht der Beklagten, wie in Rz. 77 der Klageschrift behauptet wird, zugerechnet werden, weil nicht die Beklagte, sondern die Klägerin für die Leitung der Geschäfte in der VeganM und ihren Tochtergesellschaften zuständig war.

### **3.2 Verhalten wider Treu und Glauben durch gesetzeswidrige Produktion**

59 Art. 156 OR wird bejaht, wenn ein treuwidriges Verhalten des bedingt Verpflichteten kausal für den Eintritt oder für das Ausbleiben der Bedingung war (BGer 4C.281/2005 vom 15.12.2005 E. 3.5.2).

60 Art. 156 OR stellt eine Konkretisierung des Prinzips vom Handeln nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB dar (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 1). Entgegen den Behauptungen der Klägerin (Klageschrift, Rz. 55) ist es für die Anwendung von Art. 156 OR nicht von Bedeutung, ob das treuwidrige Verhalten absichtlich oder fahrlässig erfolgte (CHK OR-ROTH PELLANDA/DUBS, Art. 156 N 7).

61 Wie die Klägerin selber ausführt (Klageschrift, Rz. 55), wird ein Verhalten als treuwidrig angesehen, „wenn eine Partei auf die Bedingung in einer Weise einwirkt, wie das die andere Partei nach dem Sinn und Zweck des Vertrages redlicherweise nicht erwarten konnte“ (BGE 117 II 273 E. 5c). Dabei ist das Verhalten unter Berücksichtigung der Umstände, Beweggründe und beabsichtigten Ziele zu untersuchen (BGer 4A\_144/2011 vom 05.05.2011 E. 6).

62 Das treuwidrige Verhalten kann durch eine Unterlassung begründet werden, vorausgesetzt es besteht eine Handlungspflicht aus Gesetz oder Vertrag (HUGUENIN, N 1924 f.). Zu prüfen ist, ob die unterlassene Rechtsvorkehr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den Eintritt bzw. Ausfall der Bedingung verhindert hätte (BGE 115 II 440 E. 5a). „Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht kommen [...]“

- (BGE 130 III 321 E. 3.3). Für die Ausführungen zum Unterbruch der Kausalkette kann auf die Klageschrift in Rz. 57 verwiesen werden.
- 63 Ein Verstoss gegen Art. 156 OR führt zur rechtlichen Fiktion, die Bedingung sei eingetreten bzw. ausgefallen (OFK OR-STAFFELBACH, Art. 156 N 1).
- 64 Das Vorliegen eines bedingten Rechtsgeschäftes ist unstrittig (Rz. 42). Die Beklagte sieht das treuwidrige Verhalten in der Verletzung der Hygiene- und Lebensmittelsicherheitsvorschriften seitens der Klägerin.
- 65 Es ist anzunehmen, die Klägerin habe die Wartung ihrer Maschinen sorgfaltspflichtwidrig unterlassen, da sie ein ungenügendes Überwachungs- und Kontrollsystem unterhielt (Verfügung Nr. 2, Rz. 6 f.) und daher den Defekt an einer Einfüllmaschine und folglich den erhöhten Wert an E. coli-Bakterien *erst* aufgrund der von MEDSAFE erlassenen Verfügung bemerkte.
- 66 Indem die Klägerin das Tagesgeschäft der VeganM und ihrer Tochtergesellschaften *leitete* (Art. 2.2.1 KV 2013), mussten ihr weiter die kommenden verschärften Gesetzesänderungen zur Lebensmittelsicherheit bekannt sein. Zudem verkennt die Klägerin in Rz. 71 ihrer Klageschrift, dass sie nicht bloss für die Produktion der Smoothies zuständig war, sondern auch deren Vertrieb „*selbst in der Hand*“ hatte (vgl. Einleitungsanzeige, Rz. 6). Aus diesem Grund hätte sie die Anpassung der Produktion mit dem Zweck der Einhaltung der Gesetze im Abnehmerland entgegen ihrer eigenen Auffassung (Klageschrift, Rz. 72) *unaufgefordert* bis zum 01.10.2014 (Verfügung Nr. 2, Rz. 5) vornehmen müssen. Deshalb forderte MEDSAFE mit der Verfügung vom 06.10.2014 *direkt* die Klägerin, und nicht etwa die New Zealand V auf, die gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen (Verfügung Nr. 2, Rz. 6). Nach Erscheinen des MEDSAFE-Berichts setzte sie die Regelungen innert kürzester Zeit um. Sie hätte die Umsetzung daher *problemlos* bis zum 01.10.2014 vornehmen können (Verfügung Nr. 2, Rz. 7). Die Klägerin unterliess aber jegliche Massnahmen und produzierte und vertrieb auch nach Ablauf der Übergangsfrist in gleicher gesetzeswidriger Form weiter.
- 67 Die Produktion mit als gesundheitsschädigend eingestuften Stoffen und Bakterien führt gerade in der Lebensmittelbranche zu Kunden- und Wertverlusten (vgl. MOH, Anhang iii). Die Folgen einer gesetzeswidrigen und ungenügend kontrollierten Produktion *mussten* der Klägerin, die *über zehn Jahre* Erfahrung in der Lebensmittelbranche hatte (Einleitungsanzeige, Rz. 3), bekannt sein.
- 68 Trotz den ihr bekannten Folgen, die sie mühelos hätte vermeiden können und müssen, verletzte die Klägerin Hygienestandards sowie ab dem 01.10.2014 ihre vertragliche

Sorgfaltspflicht (Art. 2.2.1 KV 2013) und wirkte somit in einer Weise auf die Bedingung ein, wie dies die Beklagte vernünftigerweise nicht erwarten konnte.

- 69 Irrelevant ist, dass die Klägerin *nach Erscheinen* des MEDSAFE-Berichts und der negativen Presse alles tat, um *weiteren* Schaden zu verhindern (Klageschrift, Rz. 60).
- 70 Hätte die Klägerin ihre Abfüllanlagen regelmässig kontrolliert, wären ihr die defekte Abfüllmaschine und folglich die erhöhten E. coli-Werte aufgefallen und sie wäre nicht durch die Verfügung von MEDSAFE gerügt worden. Hätte sie zudem nach der Übergangsfrist gesetzeskonform produziert und vertrieben, wäre keine Verfügung von MEDSAFE ergangen. Dadurch hätten auch die Printmedien und somit die Öffentlichkeit keine Kenntnis von einer vielfältig gesetzeswidrigen Produktion erlangt. Der Wertverlust der VeganM wäre folglich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten. Zwar verringerte sich der Umsatz der New ZealandV durch den Absprung von Larinof, jedoch betont selbst die Klägerin, die negativen Zeitungsberichte seien die *massgebliche* Ursache für die Umsatzeinbussen gewesen (Einleitungsanzeige, Rz. 22). Der EBITDA der New ZealandV war bis zum 01.10.2014 stabil ([K-5; K-4], Verfügung Nr. 2, Rz. 13). Eine andere Möglichkeit, die zum vermeintlichen Eintritt des MAC führte, kommt demnach vernünftigerweise nicht in Betracht.
- 71 Die Fiktion von Art. 156 OR greift; der MAC gilt als nicht eingetreten und der KV 2014 ist folglich (definitiv) rechtswirksam geworden.

#### **4. Würdigung des Parteiverhaltens vor dem 01.10.2014**

- 72 Für die Anwendbarkeit von Art. 156 OR wird das Vorliegen eines *bedingten* Rechtsgeschäftes verlangt (CHK OR-ROTH PELLANDA/DUBS, Art. 156 N 5).
- 73 Massgebliche Vertragsgrundlage für Verfehlungen *vor* Abschluss des KV 2014 (Klageschrift Rz. 66 ff.) ist der *unbedingt* geschlossene ABV, weshalb diese im Rahmen einer positiven Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR) zu prüfen sind (Rz. 104 ff.).

#### **5. Fazit**

- 74 Ein MAC von mind. 20% ist nicht eingetreten, da negative EBITDA bei der Wertverlustberechnung nicht zu berücksichtigen sind. Eventualiter hat die Klägerin ihn durch die gesetzeswidrige Produktion ab dem 01.10.2010 treuwidrig herbeigeführt, womit die Fiktion von Art. 156 OR greift und der KV 2014 (definitiv) rechtswirksam wird.

#### IV. B) KAUFPREISBERECHNUNG BEI ANWENDUNG DES KV 2014

75 Die von der Klägerin geltend gemachte Gewährleistung greift ebenso wenig wie eine Kaufpreisanpassung mittels *clausula rebus sic stantibus*. Die Klägerin hat für die Aktien den im KV 2014 vereinbarten Kaufpreis von CHF 2'687'500.- zu bezahlen.

##### 1. Keine Anwendbarkeit der Sachgewährleistungsbestimmungen

76 In Rz. 105 der Klageschrift verlangt die Klägerin eventualiter Minderung aus Sachgewährleistung. Die vorliegende Fallkonstellation untersteht jedoch nicht den Bestimmungen über die Sachgewährleistung.

##### 1.1 Sachgewährleistung gemäss Bundesgericht und Lehre ausgeschlossen

77 Werden bei einem Share Deal Aktien einer Gesellschaft erworben, findet laut BGer die Gewährleistung im Sinne von Art. 197 OR nur auf Mängel an den Aktienurkunden *selbst* und nicht auf deren inneren Wert Anwendung, ausser dieser wurde dem Käufer zugesichert (BGE 107 II 419 E. 1). Die h.L. kritisiert diese Ansicht und wirft dem BGer überspitzten Formalismus und Realitätsfremdheit vor (AMSTUTZ, 1109 f.; WATTER/WIESER, 153; BÖCKLI M&A, 63). Teilweise wird in der Lehre aber auch der Standpunkt des BGer vertreten, *sofern* durch den Aktienkauf nicht die *Verfügungsmacht* über das Unternehmen, sondern bloss *Anteile* daran erworben werden. Für den Erwerb der Verfügungsmacht wäre massgeblich, dass *der Verkäufer das Unternehmen vor dem Verkauf beherrschte*. Dies ist der Fall, wenn der Verkäufer mind. 66.7% oder die absolute Mehrheit der Stimmrechte innehatte (BÖCKLI M&A, 64).

78 Vor dem Abschluss des KV 2014 hielten die Parteien je 50% der Aktien. Das bedeutet, die Beklagte als Verkäuferin beherrschte die VeganM *nicht*. Bei der geplanten Aktienübertragung handelt es sich somit entgegen der klägerischen Auffassung (Klageschrift, Rz. 107) um einen *blossen* Anteilserwerb. Da die Aktienurkunden keine Mängel aufweisen, greifen die Bestimmungen der Sachgewährleistung nicht.

##### 1.2 Keine Ausgestaltung der MAC-Klausel als zugesicherte Eigenschaft

79 Der Verkäufer kann durch die MAC-Klausel dem Käufer zusichern, ein MAC werde am Vollzugstag nicht eingetreten sein (BIRKETT, 18; SCHLEIFFER, 70).

80 Die Beklagte räumte der Klägerin mittels MAC-Klausel die Möglichkeit ein, sich vor negativen Veränderungen, *welche diese selber beeinflussen und letztlich sogar herbeiführen konnte*, effektiv zu schützen (Rz. 57). Nach Treu und Glauben darf daraus ge-

geschlossen werden, die Beklagte wollte *nicht auch noch* die Rechtsbehelfe aus Gewährleistung gegen sich gelten lassen.

## 2. Eventualiter: Fehlende Voraussetzungen der Sachgewährleistung

- 81 Spricht sich das SGer für die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Sachgewährleistung aus, sind deren Voraussetzungen nach Meinung der Beklagten nicht erfüllt.

### 2.1 Kenntnis des Mangels

- 82 Der Verkäufer haftet nicht für Mängel, die der Käufer bei Vertragsschluss kannte oder bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen (Art. 200 OR). Darüber hinaus ist auf die Ausführungen der Klageschrift in Rz. 113 zu verweisen.
- 83 Die Klägerin war seit dem 11.04.2013 über *alle* Geschäfte der VeganM und ihrer Tochtergesellschaften informiert (Rz. 57). Folglich *wusste* sie um die Kündigung von Larinof und um die Untersuchung gegen die New ZealandV. Ihr war durchaus bekannt, dass aus der Vertragsauflösung eines wichtigen Kunden Umsatzeinbussen und Verluste resultieren würden (Einleitungsanzeige, Rz. 21). Da die Klägerin seit über zehn Jahren in der Lebensmittelbranche tätig ist (Einleitungsanzeige, Rz. 3), musste sie wissen, dass gerade in diesem Geschäftszweig die Umsetzung gesetzlicher Regelungen genau kontrolliert wird und allfällige Verstösse streng sanktioniert werden (vgl. z.B. Art. 22 ff. und 47 ff. LMG). Gravierende Verstösse gegen das Gesetz sind für die Medien ein äusserst interessantes Thema und führen zu Kundenverlusten (vgl. Rz. 67), weshalb der Mangel in Form eines erheblichen Wertverlustes mind. bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt erkennbar gewesen sein musste.

### 2.2 Verspätete Mängelrüge

- 84 Die gekaufte Sache ist zu prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, wobei entdeckte Mängel sofort anzuzeigen sind. Sofern der Käufer nicht rechtzeitig rügt, entfallen die Ansprüche aufgrund einer Genehmigungsfiktion (Art. 201 OR). Das BGer gewährt dem Käufer eines Unternehmens bei dessen Prüfung sieben Arbeitstage (BGE 107 II 419 E. 2). Die Lehre verlangt mind. zwei Monate Zeit, damit der Käufer einen Monatsabschluss prüfen kann (zum Ganzen: BÖCKLI M&A, 70 f.).
- 85 Die Klägerin macht in Rz. 117 geltend, sie habe rechtzeitig gerügt, da „*nur gerade rund zwei Monate*“ zwischen Abschluss des KV 2014 und der Mängelrüge gelegen hätten. Diesen Aussagen ist nicht beizupflichten: Einerseits lagen zwischen dem

01.10.2014 und dem 12.12.2014 mehr als zwei Monate und erst recht mehr als sieben Tage. Zudem ist die Klägerin als Konzernmutter weniger schützenswert als andere Käufer, da ihr die wirtschaftliche Situation der VeganM bekannt war (Rz. 57). Die Klägerin hat folglich zu spät gerügt, weshalb ein allfälliger Mangel als genehmigt gilt.

### 2.3 Ausschluss der Sachgewährleistung

- 86 Durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung können die Parteien gemäss Art. 199 OR die Gewährleistung ausschliessen (CHK OR-MÜLLER-CHEN, Art. 199 N 1). Der Wille der Parteien muss dafür auf den Ausschluss der Gewährleistung gerichtet sein. Lässt sich ein Ausschlusswille nicht mehr nachweisen, ist die fragliche Klausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Rz. 43).
- 87 Nach Übergang der strategischen und operativen Führung auf die Klägerin hatte die Beklagte keinen entscheidenden Einfluss mehr auf den Geschäftsgang der VeganM (Rz. 56). Sie wollte vernünftigerweise nicht für allfällige Mängel einstehen, die auf Entscheidungen der Klägerin zurückzuführen sind. Nach Treu und Glauben musste dies für die Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ersichtlich gewesen sein.

### 3. Pacta sunt servanda

- 88 Allenfalls hätte die Klägerin eine Kaufpreisanpassung mittels *clausula rebus sic stantibus* (im Folgenden: *clausula*) geltend machen können, was sie nicht tat und aus folgenden Gründen ohnehin abzulehnen wäre.
- 89 Verträge sind grundsätzlich zu halten, auch wenn sich die Umstände nachträglich ändern (*pacta sunt servanda*; SCHWENZER, OR AT, N 35.02). Ausnahmsweise kann durch eine spätere Veränderung der Verhältnisse die Vertragsbindung für eine oder beide Parteien nicht mehr zumutbar sein, weshalb sich eine richterliche Vertragsanpassung im Sinne einer *clausula* rechtfertigt (HUGUENIN, N 320, 322). Das BGer verlangt dafür „dass die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war, [...] eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hat und der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wurde“ (BGE 127 III 300 E. 5b). Unvorhersehbar ist ein Ereignis, wenn es von den Parteien als „ausserhalb des objektiv Möglichen und ihrer subjektiven Vorstellungen betrachtet“ worden ist (BGer 4A\_375/2010 vom 22.11.2010 E. 3.1), d.h. mit dem die Parteien nach dem „gewöhnlichen Lauf der Dinge“ nicht rechnen mussten (ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 764). Gravierend ist eine Äquivalenzstörung, wenn sie ein „grobes Missverhältnis“ zwischen Leistung und Gegenleistung

begründet (HUGUENIN, N 329). Verursacht oder *verschuldet* eine Partei den Umstand, kann sie sich nicht auf die *clausula* berufen (ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 770; BGE 47 II 440 E. 4).

- 90 Nach Vertragsschluss trat ein Wertverlust von ca. 16% ein (Rz. 46). Die Parteien vereinbarten aber, erst ein Wertverlust von mind. 20% begründe ein grobes Missverhältnis und damit die Möglichkeit, den Vertrag nicht zu halten (Art. 10.2 lit. c KV 2014).
- 91 Eine in der Öffentlichkeit bekanntgewordene gesetzeswidrige Produktion führt nach dem „gewöhnlichem Lauf der Dinge“ dazu, dass die vertriebenen Produkte weniger Abnehmer finden. Dadurch erleidet ein Unternehmen Umsatzeinbussen und letztlich einen Wertverlust. Es liegt auch nicht fern von jeglichem Vorstellbaren und Möglichen, dass der Absprung eines wichtigen Kunden wie Larinof zum Wertverlust der VeganM beiträgt (Rz. 83).
- 92 Die Klägerin hatte es selbst in der Hand, gesetzeskonform zu produzieren. Sie hätte die negativen Berichte in der Öffentlichkeit und folglich die Kündigung weiterer Geschäftsbeziehungen der VeganM verhindern können (vgl. Rz. 65 ff.). Eine Berufung auf die *clausula* ist daher unzulässig.

#### **4. Fazit**

- 93 Der vorliegende Fall untersteht nicht den Bestimmungen der Sachgewährleistung. Deren Voraussetzungen wären ohnehin nicht gegeben. Ebenso wenig ist eine Preisanpassung mittels *clausula* möglich. Der Grundsatz *pacta sunt servanda* gilt: Die Klägerin hat die Aktien gestützt auf den KV 2014 zum Preis von CHF 2'687'500.- zu erwerben.

#### **IV. A) EVENTUALITER: KAUFPREISBERECHNUNG BEI ANWENDUNG DES ABV**

- 94 Sollte das SGer zum Schluss kommen, der ABV gelange zur Anwendung, so berechnet sich der Kaufpreis gemäss nachstehenden Ausführungen:

##### **1. Unwiderruflichkeit einmal ausgeübter Call-Optionen**

- 95 Bei Call- bzw. Put-Optionen handelt es sich um einseitige Gestaltungsrechte (BGer 4C.329/2003 vom 08.04.2004 E. 4.1), welche nach Ausübung nicht widerrufen werden können (BGE 108 II 102 E. 2a). Ausnahmsweise können die Parteien aufgrund des Parteiautonomieprinzips Widerrufbarkeit vereinbaren (BGE 88 II 410 E. 2). Dies ist auch der Fall, wenn die ausübende Partei den konkludenten Antrag auf Widerruf seitens der Erklärungsgegnerin, welche die Gültigkeit der Ausübung bestreitet, an-

nimmt (vgl. BGE 128 III 70 E. 2). Der Widerruf eines Optionsrechts ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit dem Zugang beim Empfänger rechtswirksam wird (VON TUHR/PETER, 166 f.). Des Weiteren kann auf die Ausführungen in der Klageschrift in Rz. 100 verwiesen werden.

- 96 Am 16.06.2014 übte die Klägerin ihr Optionsrecht über die ersten 15% der VeganM-Aktien aus [K-3]. Die Beklagte bestritt die Gültigkeit dieser Ausübung, da nach ihrer Ansicht die Klägerin den Kaufpreis falsch berechnet hatte (Einleitungsantwort, Rz. 6). Die Parteien realisierten, dass sie sich bzgl. der Auslegung der ABV-Formel falsch verstanden hatten. Mit Abschluss des KV 2014 einigten sie sich darauf, die verbliebenen Aktien auf einer neuen vertraglichen Grundlage zu übertragen und bei der Auslegung der ABV-Formel den negativen EBITDA unberücksichtigt zu lassen. Der KV 2014 stellt überdies die klägerische Widerrufserklärung der Optionsausübung dar. Der Schriftlichkeitsvorbehalt in Art. 27.2.1 ABV verlangt, nachträgliche Änderungen des ABV schriftlich festzuhalten, was die Parteien bzgl. ihrer Anpassungen der Übertragungskonditionen in Art. 1 KV 2014 auch taten. Sollte das SGer den KV 2014 für nicht anwendbar erklären, entfällt mit der Rechtsgrundlage auch die Widerrufserklärung der Klägerin. Sie ist auf ihre am 16.06.2014 ausgeübte Gestaltungserklärung zu behaften und hat die ersten 15% der Aktien zum damaligen Preis zu beziehen.
- 97 Die ausgeübte Option vom 05.01.2015 [B-3] ist bei Anwendbarkeit des ABV ebenfalls als rechtsgültig anzusehen, wobei zu diesem Zeitpunkt gemäss Art. 6.7.3 lit. b ABV nur die zweite Tranche à 15% abgerufen werden konnte.
- 98 Folglich kann die Klägerin mit Einleitungsanzeige vom 26.05.2015 nur noch die letztverbleibenden Call-Optionsrechte über 20% der Aktien ausüben.
- 99 Sollte das SGer der Klägerin zugestehen, die gesamten 50% der Call-Optionen am 26.05.2015 ausüben zu können, gelten die folgenden Ausführungen sinngemäss:

## **2. Keine Berücksichtigung negativer EBITDA**

- 100 Der Kaufpreis der einzelnen Aktientranchen ist gemäss Art. 6.8 ABV ohne Einbezug negativer EBITDA zu berechnen. Er bestimmt sich nach dem mit fünf multiplizierten durchschnittlichen EBITDA der Tochtergesellschaften der letzten sechs Monate von den Ausübungszeitpunkten an, hochgerechnet auf ein Jahr.
- 101 Um ihre Streitigkeiten beizulegen, einigten sich die Parteien beim Abschluss des KV 2014 darauf, die negativen EBITDA im Rahmen der Auslegung der ABV-Formel mit „Null“ zu ersetzen (Verfügung Nr. 2. Rz. 13).

102 Es erscheint als sachgerechte Lösung, diesen Parteiwillen auch für die jetzigen Streitigkeiten heranzuziehen, da ein einmal gefundener Konsens respektiert werden soll, um weitere Pattsituationen zu verhindern.

103 Die genaue Kaufpreishöhe für die einzelnen Optionen lässt sich aus den den Unterzeichnenden vorliegenden Unterlagen nicht beziffern. Die Zahlen sind den Parteien allerdings intern bekannt und können dem SGer bekanntgegeben werden.

### **3. Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR**

104 Zusätzlich zur Kaufpreiszahlung hat die Klägerin Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR aufgrund positiver Vertragsverletzung zu leisten.

#### **3.1 Vertragsverletzung durch gesetzeswidrige Produktion**

105 Die Nichterfüllung bzw. die nicht gehörige Erfüllung des Vertrages stellen Vertragsverletzungen dar (OFK OR-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 97 N 3). Bei der nichtgehörigen Erfüllung werden einerseits die nicht ordnungsgemässe Erfüllung der Hauptleistung (Schlechterfüllung) und andererseits die Verletzung von Nebenpflichten, welche die gehörige Erfüllung der Hauptleistung sicherstellen oder allgemeine Rechtsgüter der Vertragspartner schützen, unterschieden (statt vieler: CHAPUIS, 654 f.).

106 Die *vertragliche* Nebenpflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung oblag alleine der Klägerin, wie in Art. 2.2.1 KV 2013 und Art. 9.1 f. ABV festgehalten wurde.

107 Einerseits unterliess sie es, ihre Produktion fristgerecht an die gesetzlichen Regelungen in Neuseeland anzupassen und wurde erst tätig, nachdem ihr MEDSAFE Sanktionen angedroht hatte. Andererseits unterliess sie eine ausreichende Kontrolle ihrer Produktion und eine sorgfältige Wartung ihrer Maschinen und brachte damit Smoothies mit erhöhten Werten an E. coli-Bakterien auf den Markt (Rz. 65 ff.).

#### **3.2 Schaden**

108 Ein Schaden ist eine ungewollte Vermögenseinbusse und stellt die „*Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte*“ dar (Differenzhypothese; BGE 104 II 198 E. a).

109 Ist dem Geschädigten nicht möglich oder nicht zuzumuten, den Schaden zu beziffern, ist dieser „*nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge*“ festzusetzen (BGE 105 II 87 E. 1.3; Art. 42 Abs. 2 OR).

110 Der hypothetische Vermögenswert der VeganM-Aktien lässt sich nicht genau beziffern, da der Wertverlust der VeganM auf verschiedenste Faktoren zurückzuführen ist, wobei sich nicht exakt eruieren lässt, welchem Faktor welches Gewicht zukommt. Am 01.10.2014 wurden die letzten EBITDA ausgewiesen, welche die Auswirkungen der Pflichtverletzungen der Klägerin nicht enthalten. Die EBITDA der Tochtergesellschaften der VeganM waren über Jahre hinweg stabil ([K-5; K-4]; Verfügung Nr. 2, Rz. 13), weshalb davon ausgegangen werden kann, dass sie dies ohne die Pflichtverletzungen durch die Klägerin bis heute in etwa geblieben wären. Daher ist der Kaufpreis der Optionen vom 05.01.2015 und 26.05.2015 anhand von EBITDA nämlicher Grössenordnung festzulegen. Dies liegt im Ermessen des Richters (Art. 44 OR analog), wobei die Differenz zum gegenwärtigen Vermögenswert der Aktien den Schaden darstellt.

### 3.3 Kausalität

- 111 Bei Unterlassungen ist die hypothetische Kausalität zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden zu prüfen (sinngemäss Rz. 65).
- 112 Hätte die Klägerin die Regelungen zeitig umgesetzt und ihre Produktion ausreichend kontrolliert, wären der negative Bericht von MEDSAFE und die daraus resultierenden Pressemeldungen ausgeblieben. Bezogen auf die New ZealandV wären damit zahlreiche Kündigungen von Kunden nicht erfolgt, womit der Wert dieser Gesellschaft stabil geblieben wäre (Rz. 70)
- 113 Mit dem Kauf der VeganM und deren Tochtergesellschaften verfolgte die Klägerin das Ziel, ihre Smoothies künftig weltweit selbständig zu vertreiben (Einleitungsanzeige, Rz. 6). Die Smoothies wurden durch die AsianV unter Leitung der Klägerin im asiatischen Raum gehandelt. Die Berichte über kontaminierte Produkte aus dem Hause der Klägerin im geographisch nahe gelegenen Raum Neuseeland waren geeignet, auch die Konsumenten im asiatischen Markt zu verunsichern (vgl. OHANIAN, Anhang iii; STROHM, Anhang iv). Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wäre beim Ausbleiben der negativen Berichte demnach auch der Wert der AsianV nicht zurückgegangen.

### 3.4 Verschulden

- 114 Das Verschulden wird gemäss Art. 97 OR vermutet, wodurch es dem Pflichtverletzenden obliegt, sich durch den Nachweis von Zufall oder eines ihm nicht zurechenbaren Drittverschuldens zu exkulpieren (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 42).

- 115 Die Klägerin unterliess grundlos die Umsetzung der neuen Regelungen. Zudem unterhielt sie kein ausreichendes Kontrollsystem, womit sie Verunreinigungen der Produkte zumindest in Kauf nahm (Rz. 65 f.). Die daraus folgenden Kündigungen aufgrund des durch die Presse einem breiten Publikum bekannt gemachten MEDSAFE-Berichts erfolgten somit nicht zufällig.
- 116 Die alleinige Verantwortung der Klägerin für die Umsetzung der Regelungen wurde bereits in Rz. 66 erörtert. Die von der Beklagten gestellten Verwaltungsräte trifft eine persönliche Verantwortlichkeit, jedoch wiegen ihre Handlungen entgegen der Meinung der Klägerin (Klageschrift, Rz. 76 und 77) nicht schwer genug, um zu einer Unterbrechung der Kausalität durch Drittverschulden zu führen (Rz. 58).

#### **4. Fazit**

- 117 Die Klägerin kann ihre bereits ausgeübten Optionen nicht widerrufen. Der Kaufpreis für die Optionen vom 16.06.2014, 05.01.2015 und 26.05.2015 berechnet sich gemäss der Formel in Art. 6.8 ABV, wobei negative EBITDA nicht zu berücksichtigen sind. Zusätzlich hat die Klägerin Schadenersatz nach richterlichem Ermessen aus Art. 97 i.V.m. Art. 44 OR analog zu leisten. Eventualiter sind der Klägerin die restlichen 50% der Aktien aufgrund der am 26.05.2015 ausgeübten Call-Option zu übertragen. Die Ausführungen zur Kaufpreis- und Schadenersatzberechnung gelten sinngemäss.

Die Beklagte bittet das Schiedsgericht höflichst um Gutheissung ihrer Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 2

## ANHANG

### Anhang (i): Wertverlust der VeganM am 16. Dezember 2014

Der Wertverlust der VeganM beträgt nach Ansicht der Beklagten rund 16% gegenüber dem Kaufpreis in Art. 1 KV 2014 (Rz. 46). Dabei ist der Wert für 50% der VeganM-Aktien ohne Berücksichtigung negativer EBITDA vom 16.12.2014 [B-2] mit dem Kaufpreis in Art. 1 KV 2014 von CHF 2'678'500.- zu vergleichen.

	mit neg. EBITDA [CHF]	ohne neg. EBITDA [CHF]
American Venture	2 300 000	2 300 000
Asian Venture	1 350 000	1 350 000
African Venture	-500 000	0
New Zealand Venture	-50 000	-50 000
Summe	3 100 000	3 600 000
Mittelwert	775 000	900 000
Multiple	3 875 000	4 500 000
50%	1 937 500	2 250 000

Berechnung:

$$\left(1 - \frac{2250000}{2678500}\right) \cdot 100\% = 15.99\%$$

## Anhang (ii): Objektiver Unternehmenswert der VeganM am 1. Oktober 2014

Der objektive Unternehmenswert unter Berücksichtigung negativer EBITDA der VeganM am 01.10.2014 (Verfügung Nr. 2 Rz. 13) ist mit dem Kaufpreis in Art. 1 KV 2014 von CHF 2'678'500.- zu vergleichen (vgl. Rz. 50).

	mit neg. EBITDA [CHF]	ohne neg. EBITDA [CHF]
American Venture	2 300 000	2 300 000
Asian Venture	1 350 000	1 350 000
African Venture	-500 000	0
New Zealand Venture	650 000	650 000
Summe	3 800 000	4 300 000
Durchschnitt	950 000	1 075 000
Multiple	4 750 000	5 375 000
50%	2 375 000	2 687 500

Berechnung:

$$\left(1 - \frac{2375000}{2687500}\right) \cdot 100\% = 11.62\%$$

## Maggi-Skandal: Nestlé in Indien «nicht über den Berg»

### **Ausland**

Der Skandal um die Maggi-Nudeln in Indien ist für Nestlé noch immer nicht ausgestanden. Bis zum Normalzustand könnten Jahre vergehen. Stärker setzt der Konzern auf den Onlinehandel in Fernost.

Der Nahrungsmittelriese Nestlé hat sich noch nicht vom Nudelskandal in Indien erholt. «Wir sind noch nicht über den Berg», sagt Asien-Chefin Wan Ling Martello im Interview mit der «Schweiz am Sonntag».

Nestlé musste im vergangenen Mai in Indien Maggi-Nudeln wegen des Verdachts auf zu viel Blei aus dem Regal nehmen. Bis im November konnten die Nudeln nicht verkauft werden. «Aber jetzt sind die Produkte wieder erhältlich. Noch nicht in allen Städten, aber vielerorts», so Martello.

Auch werden noch nicht alle Geschmackssorten wieder produziert. Die Fabriken sind noch nicht ausgelastet wie zuvor.

### **I. Drei Jahre bis zum Normalzustand**

Bei Umfragen habe die Marke Maggi auch wieder bessere Zustimmungsraten. Doch die negativen Diskussionen, in denen die Fertignudeln als ungesund und gefährlich bezeichnet worden seien, hallen noch nach. «Die Erfahrung zeigt, dass es bei solchen Geschichten rund drei Jahre lang dauert, bis der Normalzustand wieder erreicht ist», sagt Martello. «Ich pusche aber mein Team, dass es nicht so lange dauert.»

Der Skandal um die Fertignudeln hat Nestlé bereits im vergangenen Jahr etwas zurückgeworfen. Der Umsatz fiel auf 88,8 Milliarden Franken zurück, nach 91,6 Milliarden im Jahr zuvor.

Im chinesischen Onlinehandel seien die Wachstumszahlen von Nestlé zweistellig. «Aber das sagt noch nicht viel aus, weil wir uns auf einem tiefen Niveau bewegen. Deshalb bin ich noch nicht zufrieden.» Sie sei zuversichtlich, man in China innovativer werde und das Onlinegeschäft vergrößere. «Das Wachstumspotenzial ist sehr hoch.»

*(awp/sda/moh)*

## **Verseuchtes Milchpulver Entwarnung für die Schweiz**

**Bakterienfund** China und Russland stoppen die Importe des weltgrössten Molke-reiprodukte-Herstellers Fonterra. Laut Bundesamt für Gesundheit seien bisher keine betroffenen Milchprodukte in die Schweiz gelangt.

von Volker Strohm

Ein Lebensmittel-Skandal beim weltgrössten Molkerei-Konzern Fonterra zieht weite Kreise. Neuseelands Premier John Key verlangte Auskunft darüber, warum die Firma erst am Wochenende die bakterielle Kontamination von im Mai 2012 hergestellten Produkten eingeräumt habe.

Fonterra sei das Flaggschiff-Unternehmen Neuseelands, und die Enthüllung «erschüttere das Vertrauen der Konsumenten bis ins Mark», sagte der Ministerpräsident. «Wir werden den Informationsfluss untersuchen, und welche Schritte Fonterra unternommen hat.»

[...]

### **Einfluss auf Wechselkurs**

Laut Medienberichten stoppte China Fonterra-Importe, der französische Lebensmittelkonzern Danone nahm in Malaysia Säuglingsnahrung aus den Regalen und Vietnam liess ebenfalls Produkte zurückrufen. Milchprodukte machen mit 9 Milliarden US-Dollar etwa ein Viertel der neuseeländischen Exporte aus.

[...]

(mit Material der Agentur sda)