

Moot Court Team 3

Francisco Rapp
Serafin Ritscher
Fabio Scotoni
Martin Wyss

EINSCHREIBEN

Sekretariat des Schiedsgerichtshofes 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

Klägerin/Widerbeklagte

vertreten durch Moot Court Team 4

gegen

Greengarden AG

Steinhofstrasse 34, 8004 Zürich, Schweiz

Beklagte/Widerklägerin

vertreten durch Moot Court Team 3

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

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter

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

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	III
LITERATURVERZEICHNIS	V
ENTSCHEIDVERZEICHNIS	XI
A. ÜBERTRAGUNG DER RESTLICHEN 50% DER AKTIEN AUFGRUND DES KV 2014	1
I. Wegfall des ABV qua Novation durch den KV 2014.....	1
II. MAC-Klausel als Resolutivbedingung	1
1. MAC-Klausel als Bedingung	1
2. MAC-Klausel als Resolutivbedingung.....	2
3. Geltendmachung der MAC-Klausel.....	3
III. Kein MAC eingetreten	3
1. Unternehmenswertverlust berechnet sich nach Preisformel im ABV.....	3
2. Wertverlust beträgt lediglich rund 15%	5
IV. Treuwidrige Herbeiführung des MAC i. S. v. Art. 156 OR	5
1. Keine Wegbedingung von Art. 156 OR.....	5
2. Treuwidriges Verhalten der Klägerin.....	6
a. Verletzung der neuseeländischen Hygienevorschriften	6
b. Verletzung der neuen neuseeländischen Lebensmittelsicherheitsvorschriften	7
3. Kausalzusammenhang gegeben.....	8
V. Bei Bedingungseintritt: Wegfall des KV 2014 ex nunc	9
VI. Fazit.....	9
B. KAUFPREISBERECHNUNG DER RESTLICHEN 50% DER AKTIEN	9
I. Kaufpreis gemäss Art. 1 KV 2014: CHF 2'687'500.....	9
1. Kein Raum für die Clausula	9

2. Selbstverursachung der Wertverluste durch die Klägerin.....	10
3. Geringfügigkeit der Äquivalenzstörung.....	10
II. Eventualiter: Kaufpreis gemäss Art. 6.8 ABV: CHF 2'343'750.....	11
1. Nichtberücksichtigung negativer EBITDA.....	11
a. Wortlaut indiziert Nichtberücksichtigung.....	11
b. Umstände des Vertragsschlusses stützen Auslegung nach Wortlaut.....	12
2. Willenserklärungen der Klägerin vom 16. Juni 2014 und 5. Januar 2015.....	12
C. UNZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS FÜR DIE HAUPTKLAGE.....	13
I. Keine Ausdehnung der Schiedsklausel auf den ABV.....	13
1. KV 2013 und ABV bilden kein ensemble contractuel unique.....	13
2. Harmonisierung des Parteiwillens nicht erforderlich mangels Widerspruch.....	14
II. Klägerin muss den Schiedsgutachter anrufen.....	15
1. Beidseitige Bindungswirkung des Schiedsgutachtervertrages.....	15
2. Eintreten des MAC bildet unumgängliche Vorfrage.....	16
3. Konsequentes Handeln der Beklagten.....	16
III. Bindungswirkung des Schiedsgutachtens.....	17
IV. Fazit.....	17
D. ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS FÜR DIE WIDERKLAGE.....	17
I. Schiedsklausel des KV 2014 nicht abhängig von MAC-Klausel.....	17
II. Zulässigkeit der Widerklage im vorliegenden Verfahren.....	19
III. Fazit.....	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ABV	Aktionärsbindungsvertrag vom 11. April 2013
AG	Aktiengesellschaft/Aktiengesellschaften
Art.	Artikel
ASA Bull	Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage (Basel)
Aufl.	Auflage (= ed.)
BBl	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht/Droit de la construction (Zürich)
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht
Clausula	Clausula rebus sic stantibus
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
ed.	edition (= Aufl.)
EBITDA	earnings before interest, taxes, depreciation and amortization (Gewinn vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen)
etc.	et cetera
f./ff.	und folgende (Seite, Randnummer etc.)
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 219)
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit

J. Int'l. Arb.	Journal of International Arbitration (London)
KS	Klageschrift
KV 2013	Kaufvertrag vom 11. April 2013
KV 2014	Kaufvertrag vom 1. Oktober 2014
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit.	litera
MAC	material adverse change (wesentliche nachteilige Veränderung)
N	Note, Randnote, Randnummer, Randziffer
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
S.	Seite
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren (München)
sog.	so genannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
Swiss Rules	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung) vom Juni 2012
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat/Verwaltungsräte (als Gremium)
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, SR 272)

Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer/Randnote/Randziffer zitiert.

- ABEGGLEN
[N 41] ABEGGLEN SANDRO, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen: Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern, Habil. Bern 2003, Bern 2004
- AEPLI
[N 2] AEPLI VIKTOR, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band V: Obligationenrecht, Teilband 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114–126 OR, 3. Aufl., Zürich 1991
(zit. AEPLI, ZK OR, N ... zu Art. ...)
- BERGER
[N 55] BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2012
- BERGER/KELLERHALS
[N 85, 92, 95, 99] BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3rd ed., Bern 2015
- BERGER/PFISTERER
[N 99] BERGER BERNHARD/PFISTERER STEFANIE, Kommentierung des Art. 21, in: Zuberbühler Tobias/Müller Christoph/Habegger Philipp (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2nd ed., Zürich 2013
(zit. BERGER/PFISTERER, Swiss Rules Commentary, N ... zu Art. 21)
- BORN
[N 75, 95] BORN GARY B., International Commercial Arbitration, Volume 1, 2nd ed., Alphen aan den Rijn 2014

BORRIS [N 82]	BORRIS CHRISTIAN, Streiterledigung beim Unternehmenskauf, in: Briner Robert/Fortier L. Yves/Berger Klaus Peter/Bredow Jens (Hrsg.), Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Köln 2001, S. 75 ff.
BSK OR I [N 8, 9, 14, 15, 34, 87]	HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I–BEARBEITER, N ... zu Art. ...)
BUCHER [N 9, 29]	BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
DOLGE [N 85]	DOLGE ANETTE, Kommentierung des Art. 189 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. DOLGE, BSK ZPO, N ... zu Art. 189)
DRUEY/VOGEL [N 41]	DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999
GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [N 9]	GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 10. Aufl., Zürich 2014

- GRÄNICHER
[N 95]
- GRÄNICHER DIETER, Kommentierung des Art. 178 IPRG, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Schnyder Anton K./Berti Stephen V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013
(zit. GRÄNICHER, BSK IPRG, N ... zu Art. 178)
- GUTMANS
[N 27, 29, 34]
- GUTMANS ALEXANDER, Die Regel der «Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion» im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), Diss. Basel 1994, Basel/Frankfurt am Main 1995
- HANOTIAU
[N 75]
- HANOTIAU BERNARD, Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts—Parties—Issues: An Analysis, in: J. Int'l. Arb. 18/2001, S. 251 ff.
- HUGUENIN
[N 15]
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014
- HÖLTERS
[N 19]
- HÖLTERS WOLFGANG, Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl., Köln 2015
- JÄGGI/GAUCH/HARTMANN
[N 55, 63]
- HARTMANN STEPHAN/JÄGGI PETER/GAUCH PETER, Zürcher Kommentar, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2015
(zit. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK OR, N ... zu Art. 18)
- KARRER
[N 99]
- KARRER PIERRE A., Verrechnung und Widerklage vor Schiedsgericht, in: Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Bern 2005, S. 49 ff.

KASOLOWSKY/SCHNABL

[N 86]

KASOLOWSKY BORIS/SCHNABL DANIEL, Schiedsgutachten als Alternative zu Schiedsverfahren bei Streit über Rechtsfragen, in: SchiedsVZ 2/2012, S. 84 ff.

KILLIAS/WIGET

[N 2]

KILLIAS LAURENT/WIGET MATTHIAS, Kommentierung des Art. 116 OR, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. KILLIAS/WIGET, CHK OR, N ... zu Art. 116)

MABILLARD/BRINER

[N 80]

MABILLARD RAMON/BRINER ROBERT, Kommentierung des Art. 177 IPRG, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Schnyder Anton K./Berti Stephen V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. MABILLARD/BRINER, BSK IPRG, N ... zu Art. 177)

MEYER

[N 64]

MEYER CONRAD, Finanzielles Rechnungswesen, Einführung mit Beispielen und Aufgaben, 2. Aufl., Zürich 2012

NEUHAUS/BLÄTTLER

[N 39]

NEUHAUS MARKUS R./BLÄTTLER JÖRG, Kommentierung des Art. 663e OR, in: 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. Aufl., Basel 2012 (zit. NEUHAUS/BLÄTTLER, BSK OR II, N ... zu Art. 663e)

POUDRET/BESSON

[N 75, 99]

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

- ROTH PELLANDA/DUBS
[N 8]
- ROTH PELLANDA KATJA/DUBS DIETER, Kommentierung des Art. 151, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Zürich 2012
(zit. ROTH PELLANDA/DUBS, CHK OR, N ... zu Art. 151)
- RUDIN
[N 80]
- RUDIN BEAT, Kommentierung des Art. 51 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2011
(zit. RUDIN, BSK BGG, N ... zu Art. 51)
- SCHÄRER/GROSS
[N 52]
- SCHÄRER HEINZ/GROSS BALZ, Pacta sunt servanda – von der Realerfüllung des Unternehmenskaufvertrags und deren prozessualer Durchsetzung, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVI, Zürich 2014, S. 116 ff.
- SCHLEIFFER
[N 20, 52]
- SCHLEIFFER PATRICK, No Material Adverse Change, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, Zürich 2004, S. 53 ff.
- SCHÖLL
[N 88]
- SCHÖLL MICHAEL, Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse, in: ASA Bull 4/2006, S. 621 ff.
- SCHWENZER
[N 71]
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2012
- STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND
[N 99]
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht: Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013

- STIEFEL
[N 6] STIEFEL GOTTFRIED, Über den Begriff der Bedingung im schweizerischen Zivilrecht, Diss. Zürich 1917, Aarau 1918
- STÖCKLI
[N 87] STÖCKLI HUBERT, Auflösung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund, in: BR/DC 6/2013, S. 309 f.
- VIONNET
[N 71] VIONNET GUILLAUME, L'exercice des droits formateurs, Diss. Lausanne 2006, Genf 2008
- VISCHER F.
[N 80] VISCHER FRANK, Kommentierung des Art. 177 IPRG, in: Girsberger Daniel/Heini Anton/Keller Max/Kren Kostkiewicz Jolanta/Siehr Kurt/Vischer Frank/Volken Paul (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004
(zit. VISCHER F., ZK IPRG, N ... zu Art. 188)
- VISCHER M.
[N 17] VISCHER MARKUS, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, in: SJZ 106/2010, S. 129 ff.
(zit. VISCHER M., S. ...)
- WEIBEL
[N 85, 92] WEIBEL THOMAS, Kommentierung des Art. 189 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016
(zit. WEIBEL, ZK ZPO, N ... zu Art. 189)

Entscheidungsverzeichnis

Bundesgerichtliche Rechtsprechung

BGE 45 II 386 [N 57]	Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 10. September 1919
BGE 59 II 37 [N 57]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 31. Januar 1933
BGE 97 II 390 [N 57]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 7. Dezember 1971
BGE 109 II 319 [N 71]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 25. Oktober 1983
BGE 115 II 484 [N 15]	Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 21. November 1989
BGE 116 II 380 [N 80]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 19. April 1990
BGE 116 II 519 [N 45]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 23. Oktober 1990
BGE 117 II 273 [N 32]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 13. Juni 1991
BGE 118 II 528 [N 80]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 15. Dezember 1992
BGE 122 III 97 [N 57]	Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 21. März 1996
BGer 5C.104/2001 [N 41]	Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 21. August 2001
BGE 128 III 428 [N 87]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 3. April 2002
BGE 129 III 230 [N 101]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 24. Januar 2003
BGE 129 III 535 [N 85]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 16. Mai 2003
BGE 130 III 66 [N 9]	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 21. November 2003

BGE 130 III 182
[N 45]

Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom
26. November 2003

Kantonale Rechtsprechung

LGVE 2012 I Nr. 13 S. 28 ff.
[N 87]

Urteil der 1. Abteilung des Obergerichts des Kantons
Luzern vom 10. Januar 2012

A. Übertragung der restlichen 50% der Aktien aufgrund des KV 2014

- 1 Die restlichen 50% der Aktien der VeganMarket AG sind nicht auf Grundlage des ABV, sondern des KV 2014 auf die Beklagte zu übertragen. Der KV 2014 ist die einzige bestehende vertragliche Grundlage für die Übertragung dieser zweiten Aktientranche.

I. Wegfall des ABV qua Novation durch den KV 2014

- 2 Die Novationsabrede bezweckt, eine bestehende Schuld aufzuheben und durch eine neue zu ersetzen (AEPLI, ZK OR, N 20 zu Art. 116). Die Novation kann einen ganzen Vertrag beschlagen (KILLIAS/WIGET, CHK OR, N 9 zu Art. 116). In dem Moment, in welchem der Novationsvertrag *entsteht*, geht der gesamte zu novierende Vertrag mitsamt Nebenrechten unter (AEPLI, ZK OR, N 21 zu Art. 116).
- 3 In Art. B Präambel KV 2014 und Art. 11.7 KV 2014 werden beide Novationselemente genannt: die Aufhebung eines ganzen Vertrages – des ABV – und die Ersetzung desselben durch einen neuen – den KV 2014. Der KV 2014 ist daher ein Novationsvertrag.
- 4 Demnach wurde der ABV mit gültigem Zustandekommen und gleichzeitigem Inkrafttreten des KV 2014 am 1. Oktober 2014 aufgehoben (siehe auch N 10 ff.).

II. MAC-Klausel als Resolutivbedingung

- 5 Zu Unrecht behauptet die Klägerin in N 12 der KS, weil die MAC-Klausel eine Suspensivbedingung sei, sei der KV 2014 nie in Kraft getreten. Wie gezeigt wird, handelt es sich bei der MAC-Klausel um eine Resolutiv-, nicht um eine Suspensivbedingung. Der KV 2014 ist deshalb resolutiv bedingt und mit Abschluss am 1. Oktober 2014 in Kraft getreten.

1. MAC-Klausel als Bedingung

- 6 Eine Bedingung i. S. v. Art. 151 ff. OR liegt vor, wenn die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts gemäss dem Parteiwillen von einer zukünftigen Tatsache abhängt, deren Eintritt oder Ausbleiben objektiv ungewiss ist (STIEFEL, S. 46).
- 7 Die MAC-Klausel berechtigt die Klägerin, beim Eintritt eines Wertverlustes der VeganMarket AG von mehr als 20% vom KV 2014 zurückzutreten. Ob eine Wertverminderung von über 20% eintreten wird, ist ein zukünftiges, objektiv ungewisses Ereignis, von dessen Ausbleiben die Rechtswirksamkeit des KV 2014 abhängt. Die MAC-Klausel ist daher eine Bedingung.

2. MAC-Klausel als Resolutivbedingung

- 8 Während ein suspensiv bedingter Vertrag erst mit Bedingungseintritt wirksam wird, tritt der resolutiv bedingte Vertrag bei Abschluss in Kraft und wird bei Eintritt der Bedingung aufgehoben (ROTH PELLANDA/DUBS, CHK OR, N 15 zu Art. 151). Ob eine Resolutiv- oder eine Suspensivbedingung vorliegt, muss durch Vertragsauslegung ermittelt werden (BSK OR I–EHRAT/WIDMER, N 11 zu Vorbemerkungen zu Art. 151–157).
- 9 Kann der tatsächliche Parteiwille nicht festgestellt werden, ist durch objektivierte Auslegung zu ermitteln, wie die Willenserklärungen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 130 III 66 E. 3.2). Um vom Sinn einer wortlautbezogenen Vertragsauslegung abweichen zu können, sind ernsthafte Gründe erforderlich (BSK OR I–WIEGAND, N 25 zu Art. 18 OR). Ergänzend werden die übrigen Umstände, insbesondere die Zeit des Vertragschlusses sowie das Partieverhalten vor, während und danach betrachtet (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1206 ff.). Übung wird nur zum Vertragsinhalt, wenn nicht eine ausdrückliche, von der Übung abweichende Vertragsregelung besteht (BUCHER, S. 188 f.).
- 10 Zu Unrecht behauptet die Klägerin in N 7 ff. der KS, dass die MAC-Klausel eine Suspensivbedingung sei. Die Auslegung des KV 2014 zeigt, dass diese Behauptung haltlos ist.
- 11 Zum einen ist der Wortlaut von Art. 11.7 unmissverständlich: „Dieser Vertrag tritt mit Unterzeichnung [...] in Kraft. Mit Abschluss dieses Vertrages wird der ABV vom 11. April 2013 ausser Kraft gesetzt.“ Ernsthafte Gründe für die vom Wortlaut abweichende Annahme, die Parteien hätten den Vertrag gerade *nicht* mit Unterzeichnung, sondern erst nach Ausbleiben des MAC in Kraft setzen wollen, sind keine ersichtlich. Auch die Klägerin bringt keine solchen Argumente vor. Die von der Klägerin in N 7 der KS erwähnte Übung muss deswegen ausser Acht bleiben.
- 12 Zum anderen wird bei Betrachtung der gesamten Umstände vor und bei Vertragsabschluss ersichtlich, dass es Wille der Parteien sein musste, den KV 2014 resolutiv zu bedingen: Wie die Klägerin im E-Mail vom 5. Januar 2015 (B-2) schreibt, wurde der KV 2014 geschlossen, um endlich aus einer Pattsituation heraus zu kommen. Man wollte die Preisstreitigkeiten beenden und die Rechtsunsicherheit beseitigen. Wäre der KV 2014 suspensiv bedingt gewesen, wäre er mit Vertragsschluss noch nicht in Kraft getreten und die Parteien hätten bis zum definitiven Ausbleiben des MAC keine bindende Lösung gehabt, was am 1. Oktober 2014 offensichtlich nicht in ihrem Interesse gewesen sein konnte.
- 13 Die Auslegung des KV 2014 lässt einzig den Schluss zu, dass es Wille der Parteien war, die MAC-Klausel als Resolutivbedingung auszugestalten.

3. Geltendmachung der MAC-Klausel

- 14 Die Klägerin unterstellt der Beklagten in N 8 und 11 der KS, sie würde die MAC-Klausel als Rücktrittsrecht i. S. v. Art. 107 Abs. 2 i. V. m. Art. 109 OR betrachten. Die Klägerin widerspricht damit ihrer eigenen, richtigen Erkenntnis in N 10 der KS, wonach mit „Rücktrittsrecht“ lediglich gemeint sei, dass die Klägerin die Wahl habe, entweder den eingetretenen MAC geltend zu machen oder den Vertrag zu vollziehen. An der Rechtsnatur der MAC-Klausel als Resolutivbedingung ändert diese Berechtigung nichts. Wird der Bedingungsausfall geltend gemacht, fällt der Vertrag nach Art. 154 Abs. 2 OR *ex nunc* und nicht *ex tunc* dahin (BSK OR I–WIEGAND, N 7 zu Art. 154). Selbst wenn also in casu ein MAC eingetreten sein sollte, würde dies mitnichten dazu führen, dass der KV 2014 nie Rechtswirksamkeit erlangt hat, wie die Klägerin in N 12 der KS behauptet. Der KV 2014 ist auch in diesem Fall am 1. Oktober 2014 entstanden, womit der ABV definitiv aufgehoben wurde, und würde – wenn überhaupt – *ex nunc* wegfallen, was nicht zum Wiederaufleben des ABV führen kann.

III. Kein MAC eingetreten

- 15 Wie die Klägerin in N 13 der KS richtig darlegt, haben sich die Parteien über die Berechnungsweise des Wertverlustes im Rahmen der MAC-Klausel vertraglich nicht explizit geeinigt. Es liegt daher eine Vertragslücke vor. Eine solche ist durch Vertragsergänzung zu schliessen (HUGUENIN, N 299 ff.). Massgeblich dafür ist der hypothetische Parteiwille (BSK OR I–WIEGAND, N 76 zu Art. 18). Unter dem hypothetischen Parteiwillen wird verstanden, was die Parteien vernünftigerweise vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt bei Vertragsschluss in Betracht gezogen hätten (BGE 115 II 484 E. 4b). Zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens sind der Gesamtzusammenhang des Vertragsschlusses, die Interessen der Parteien, der Zweck der Bestimmung sowie die Verkehrsübung zu beachten (HUGUENIN, N 308 ff.).

1. Unternehmenswertverlust berechnet sich nach Preisformel im ABV

- 16 Die Klägerin führt in N 13 der KS zu Recht aus, die Parteien hätten sich mit E-Mails vom 12. und 16. Dezember 2014 darauf geeinigt, zur Berechnung des Unternehmenswertverlustes im Rahmen des MAC die Formel zur Festlegung des Aktienkaufpreises nach Art. 6.8 ABV anzuwenden, welche auch für die Bestimmung des Kaufpreises im KV 2014 massgeblich war (N 13 der Verfügung Nr. 2 des Schiedsgerichts). Unzutreffenderweise nimmt die Klägerin in N 15 ff. der KS aber an, dass dabei negative EBITDA zu berücksichtigen seien.

- 17 Der nach Vertragsschluss eingetretene Minderwert eines Unternehmens ist, soweit keine entgegenstehenden Abreden getroffen wurden, im gleichen Verfahren zu berechnen, nach welchem der Unternehmenswert vor Vertragsschluss zur Preisberechnung festgelegt wurde (VISCHER M., S. 133).
- 18 Die Berechnungsformel nach Art. 6.8 ABV ist verknüpft mit der parteiautONOMEN Definition des Begriffs „EBITDA“ in Art. 2 ABV. „EBITDA“ im Sinne des ABV erfasst – wie in N 62 ff. gezeigt wird – nur positive Ergebnisse. Indem sich die Parteien also zur Berechnung des Wertverlustes auf diese Formel geeinigt haben und nicht explizit festhielten, negative EBITDA fortan zu berücksichtigen, haben sie zwingendermassen die Nichtberücksichtigung negativer EBITDA vereinbart. Zudem hätten die Parteien vernünftigerweise diese Verknüpfung von Berechnungsformel und EBITDA-Definition gemäss ABV auch aus Konsistenzgründen aufrechterhalten wollen.
- 19 In den Wirtschaftswissenschaften wird die Idee eines „objektiven“ Unternehmenswerts abgelehnt. Grundlage der modernen Unternehmensbewertung ist der subjektive Unternehmenswert, der dem ausgehandelten Kaufpreis gleichkommt (HÖLTERS, N 2.15 f.). Die kategorische Unterscheidung der Klägerin in N 17 der KS zwischen einem „subjektiven“ Kaufpreis und einem vermeintlich „objektiven“, „exakten“ Unternehmenswert ist folglich haltlos. Vernünftigerweise hätten die Parteien als branchenkundige Geschäftsleute in Kenntnis der Vertragsglücke daher keine Unterscheidung zwischen Unternehmenswert und Unternehmenskaufpreis getroffen, sondern korrekterweise sowohl für die Berechnung des Kaufpreises als auch des Wertverlustes gleichermassen negative EBITDA nicht berücksichtigt.
- 20 Zweck einer MAC-Klausel ist es, den Käufer zwischen Signing und Closing vor einer schlechten Geschäftsführung durch den Verkäufer und eine nachteilige Veränderung des Unternehmenswerts zu schützen (SCHLEIFFER, S. 57 f.).
- 21 Die Parteien weichen von dieser typischen Rollenverteilung ab: Mit Abschluss des ABV wurde der Klägerin die Leitung der VeganMarket AG und der Tochtergesellschaften übertragen (N 20 der Verfügung Nr. 2 des Schiedsgerichts). Sie konnte fortan durch schlechte Geschäftsführung den Eintritt eines MAC bewirken und den Vertrag mit der Beklagten auflösen. Diese krass ungleiche Risikoverteilung kann nicht der Wille zweier erfahrener Unternehmer gewesen sein. Vielmehr legt die Interessenlage der Parteien bei Abschluss des KV 2014 nahe, zum Schutz der Beklagten vor der Willkür der Klägerin negative EBITDA im Rahmen der MAC-Klausel *nicht* zu beachten. Erst damit wird der Zweck der MAC-Klausel, ein Schutz-

instrument zugunsten des Käufers, realisiert, was vernünftigerweise der Wille der Parteien war.

- 22 Der KV 2014 ist dahingehend zu ergänzen, dass sich der Wertverlust im Rahmen des MAC nach der Preisberechnungsformel gemäss ABV berechnet.

2. Wertverlust beträgt lediglich rund 15%

- 23 Der Wert der 50%-Aktientranche an der VeganMarket AG am 12. Dezember 2015, an dem die Klägerin den MAC geltend machen will, beträgt:

$$\frac{\left(\frac{\text{CHF } 2'300'000 + \text{CHF } 1'350'000}{4}\right) \cdot 5}{2} = \text{CHF } 2'281'250$$

- 24 Dies entspricht folgendem Wertverlust gegenüber dem im KV 2014 vereinbarten Kaufpreis:

$$100\% - \left(\left(\frac{100\%}{\text{CHF } 2'687'500}\right) \cdot \text{CHF } 2'281'250\right) = 15.12\%$$

- 25 Ein Wertverlust von 15.12% stellt gemäss Art. 10.2 lit. c KV 2014 keinen MAC dar.
26 Sollte das Schiedsgericht unerwarteterweise zum Schluss kommen, es liege ein MAC vor, so führt dies entgegen der Ansicht der Klägerin in N 19 der KS nicht zum Wegfall des KV 2014, da sie – wie nachfolgend gezeigt wird – diesen Wertverlust treuwidrig herbeigeführt hat.

IV. Treuwidrige Herbeiführung des MAC i. S. v. Art. 156 OR

- 27 Art. 156 OR verwehrt derjenigen Partei, die den Eintritt der Bedingung treuwidrig herbeigeführt hat, sich auf dessen Rechtsfolgen zu berufen (GUTMANS, S. 218). Entgegen der Behauptung der Klägerin in N 20 ff. der KS hat sie den Eintritt des MAC sehr wohl treuwidrig herbeigeführt. Sie kann das Rücktrittsrecht deshalb nicht geltend machen.

1. Keine Wegbedingung von Art. 156 OR

- 28 Die Klägerin behauptet in N 23 f. der KS, die Parteien hätten durch Einfügen der detaillierten MAC-Klausel in den KV 2014 Art. 156 OR wegbedungen und die MAC-Klausel lasse keinen Raum für die Annahme zusätzlicher Voraussetzungen. Dies ist unzutreffend. Die Klägerin zitiert GUTMANS unvollständig und versteht das Institut des dispositiven Rechts völlig falsch.
29 Dispositives Gesetzesrecht wird auf die Rechtsbeziehungen der Beteiligten angewendet, solange diese nicht eine abweichende Vereinbarung getroffen haben (BUCHER, S. 249). Existiert die dispositive Norm, weil der Gesetzgeber sie für den Normalfall gerecht und angemessen hält, müssen die Parteien sogar eine *ausdrückliche* Absprache treffen, um sie wegzubedingen (BUCHER, S. 259). Aufgrund des immanenten Gerechtigkeitswertes von Art. 156 OR

ist es nur durch ausdrückliche Absprache möglich, dessen Geltung auszuschliessen (vgl. GUTMANS, S. 224).

- 30 Es sind weder im KV 2014 noch im Gesamtkontext des Vertragsabschlusses Hinweise auf Absprachen zum Ausschluss von Art. 156 OR ersichtlich. Die Ausführlichkeit von Art. 10.2 lit. c KV 2014 hat keinen Einfluss auf die Wegbedingung von Art. 156 OR.
- 31 Art. 156 OR wurde nicht wegbedungen und die Beklagte kann sich folglich darauf berufen.

2. Treuwidriges Verhalten der Klägerin

- 32 Art. 156 OR findet Anwendung, wenn ein Verhalten Treu und Glauben verletzt und dieses kausal für den Eintritt der Bedingung ist (BGE 117 II 273 E. 5c).
- 33 Um die Treuwidrigkeit zu prüfen, untersucht die Klägerin in N 26 der KS zu Recht, ob ein Verhalten vorliegt, welches sich gegen den Zweck des KV 2014 richtet. Sie hält in N 27 der KS richtigerweise fest, dass jede Handlung der Klägerin, welche der Übertragung der Aktien der VeganMarket AG auf die Beklagte zuwiderlaufe, als treuwidrig einzustufen sei. Jedes Handeln oder Unterlassen der Klägerin, das kausal einen Wertverlust der VeganMarket AG herbeiführt, ist *per se* treuwidrig, weil dadurch der Eintritt des MAC und letztlich der Wegfall des KV 2014 gefördert werden. Der Kausalzusammenhang zwischen den Handlungen der Klägerin und der Wertverluste der VeganMarket AG wird ab N 44 ff. dargelegt.
- 34 Das Vorliegen eines Verschuldens im technischen Sinne ist für die Treuwidrigkeit nach Art. 156 OR keine Voraussetzung (GUTMANS, S. 211; BSK OR I–EHRAT/WIDMER, N 6 zu Art. 156). Regelmässig geht aber ein treuwidriges Verhalten mit Fahrlässigkeit einher (BSK OR I–EHRAT/WIDMER, N 6 zu Art. 156). Fahrlässigkeit liegt bei einem objektiv zu messenden Mangel an Sorgfalt vor (BSK OR I–KESSLER, N 48a zu Art. 41). Es wird nachfolgend gezeigt, dass die Klägerin die Wertverluste fahrlässig herbeigeführt hat.

a. Verletzung der neuseeländischen Hygienevorschriften

- 35 Die Klägerin anerkennt in N 30 der KS selber, dass sie mit ihrem Verhalten Hygienevorschriften in Neuseeland verletzt hat. Als Lebensmittelproduzentin hätte die Klägerin diese gesetzlichen Grenzwerte jedoch kennen und einhalten müssen. Die Klägerin hat somit pflichtwidrig – d. h. fahrlässig – gehandelt.
- 36 Die von der Klägerin in N 30 der KS genannten Vorkehrungen ändern nichts daran, dass sie zuvor treuwidrig gehandelt hatte. Sie vermögen nur darzulegen, dass die Klägerin keine Absicht bezüglich des Vertrauensverlustes der Konsumenten hatte. Wie aber schon in N 34 aufgezeigt, ist eine solche Absicht für das Bejahen der Treuwidrigkeit ohnehin nicht erforderlich.

b. Verletzung der neuen neuseeländischen Lebensmittelsicherheitsvorschriften

- 37 Die Smoothies der Klägerin enthielten einen zu hohen Anteil karzinogener Stoffe und verletzen dadurch die neuen neuseeländischen Vorschriften für Lebensmittelsicherheit (N 6 der Verfügung Nr. 2 des Schiedsgerichts). Die Klägerin weist in N 31 der KS darauf hin, dass die Gesetzesänderung noch unter der operativen Führung der Beklagten am 1. April 2013 in Kraft getreten seien. Sie übersieht jedoch die gewährte Übergangsfrist von eineinhalb Jahren, welche es den Lebensmittelproduzenten ermöglichte, ihre Produktion an die verschärften Vorgaben anzupassen (N 5 der Verfügung Nr. 2 des Schiedsgerichts).
- 38 Die Klägerin hatte eineinhalb Jahre die Geschäftsführung der VeganMarket AG und der New Zealand Venture inne, ohne jegliche Massnahmen bezüglich der geänderten Vorschriften zu treffen, obwohl sie eine solche Pflicht gehabt hätte. Diese Pflicht traf sie als Mutter des Konzerns mit der VeganMarket AG und derer Tochtergesellschaften.

b.a. Bestand eines Konzerns zwischen der Klägerin und der VeganMarket AG

- 39 Ein Konzern liegt vor bei der Zusammenfassung einer oder mehrerer Gesellschaften unter einheitlicher Leitung durch Stimmenmehrheit oder auf vertragliche Weise (NEUHAUS/BLÄTTLER, BSK OR II, N 4 zu Art. 663e). Einheitliche Leitung bedeutet, dass die Obergesellschaft Untergesellschaften kontrolliert. Diese Kontrolle ist gegeben, wenn die potenzielle Obergesellschaft direkt oder indirekt das Recht hat, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Verwaltungsorgans (bei der AG: des VR) zu bestellen oder abzurufen (Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff., S. 1723). Dies ist bei 50%-Joint-Ventures der Fall, wenn zusätzliche (vertragliche) Elemente eine dominante Rolle eines Partners ergeben (NEUHAUS/BLÄTTLER, BSK OR II, N 10b zu Art. 663e).
- 40 Die Klägerin verfügt seit dem Abschluss des KV 2013 über 50% der Aktien der VeganMarket AG, welche Alleinaktionärin ihrer Tochtergesellschaften ist. Ferner wurden gemäss N 10 der Verfügung Nr. 2 des Schiedsgerichts nach Abschluss des KV 2013 die VR der VeganMarket AG und der Tochtergesellschaften mit einer Mehrheit von Mitgliedern der Klägerin besetzt. Die Klägerin sollte nicht nur das operative Geschäft führen, sondern auch die strategische Ausrichtung der VeganMarket AG und ihrer Tochtergesellschaften bestimmen. Dadurch kommt die einheitliche Leitung durch die Klägerin zum Ausdruck. Zwischen ihr und der VeganMarket AG sowie deren Tochtergesellschaften liegt deshalb ein Konzern vor.

b.b. Zurechnung des Wissens der Konzerntöchter an die Klägerin

- 41 Personelle Verflechtung bedeutet, dass eine natürliche Person für zwei oder mehr Konzerngesellschaften tätig ist (ABEGGLEN, S. 279). Bei personeller Verflechtung im Konzern gilt der Grundsatz der Wissenszurechnung, wonach eine juristische Person über rechtlich relevante Kenntnis eines Sachverhaltes verfügt, wenn das betreffende Wissen innerhalb ihrer Organisation objektiv abrufbar ist (BGer 5C.104/2001 vom 21.8.2001 E. 4). Dies gilt auch, wenn das Wissen bei der juristischen Person nicht vorhanden war, aber hätte vorhanden sein müssen (ABEGGLEN, S. 280 f.). Eine Konzernleitung hat dafür zu sorgen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden (DRUEY/VOGEL, S. 374).
- 42 Die VR der VeganMarket AG *und* ihrer Tochtergesellschaften sind je mit einer Mehrheit von Mitgliedern der Klägerin besetzt. Somit liegt eine personelle Verflechtung vor. Das Wissen über die Gesetzesänderung war damit innerhalb der Organisation der New Zealand Venture entweder vorhanden oder hätte mindestens abrufbar sein müssen. Dieses Wissen wird der Konzernmutter, der Klägerin, zugerechnet. Da die Klägerin die Smoothies selber produziert und das Wissen über die Gesetzesänderung in Neuseeland ihr zugerechnet wird, traf sie eine Pflicht, die Produktion dementsprechend anzupassen. Als Obergesellschaft hat sie die Befolgung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften durch die New Zealand Venture sicherzustellen.
- 43 Die Klägerin hat es pflichtwidrig unterlassen, die Produktion an die neuen Vorschriften anzupassen. Sie hat somit pflichtwidrig und folglich treuwidrig i. S. v. Art. 156 OR gehandelt.

3. Kausalzusammenhang gegeben

- 44 Wie die Klägerin in N 33 der KS richtig darlegt, ist zu fragen, ob die Erreichung der Schwelle eines Wertverlustes von 20% bei Vornahme der gebotenen Handlungspflicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre. Hätte sie sichergestellt, dass die gelieferten Smoothies nicht zu hohe Mengen an E. Coli beinhalten und deren Produktion an das neue neuseeländische Lebensmittelsicherheitsrecht angepasst, wäre mit hundertprozentiger Sicherheit keine Verletzung der gesetzlichen Vorschriften in Neuseeland erfolgt. In der Folge wären weder der Bericht der MEDSAFE noch der Artikel in „The New Zealand Herald“ erschienen. Somit wäre es bei der New Zealand Venture zu keiner Imageschädigung gekommen und es hätten nicht zahlreiche Abnehmer ihre Zusammenarbeit beendet. Wie die Klägerin selber im E-Mail vom 12. Dezember 2014 (B-2) anerkennt, haben diese Vorfälle die massiv verschlechterte Wirtschaftslage der New Zealand Venture verursacht, was die Erreichung der Schwelle von 20% Wertverlust der VeganMarket AG herbeigeführt und den Eintritt des MAC bewirkt

hat. Die hypothetische Kausalität zwischen dem Unterlassen der Klägerin und dem Eintritt der Wertverluste bei der VeganMarket AG ist gegeben.

45 Die Klägerin behauptet in N 35 der KS, der Zeitungsartikel habe den Kausalzusammenhang unterbrochen. Das Verhalten von Dritten vermag den Kausalzusammenhang nur dann zu beseitigen, wenn es derart ausserhalb des normalen Geschehens liegt, dass damit nicht zu rechnen war (BGE 116 II 519 E. 4b). Dieses Verhalten muss einen so hohen Wirkungsgrad aufweisen, dass die von der betrachteten Partei gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise als nicht mehr beachtlich erscheint (BGE 130 III 182 E. 5.4).

46 Der Zeitungsartikel ist eine unmittelbare und zu erwartende *Folge* der Pflichtverletzungen der Klägerin. Dieses Drittverhalten ist somit zwingendermassen von untergeordneter Bedeutung und hat den Kausalzusammenhang nicht unterbrochen.

47 Das Verhalten der Klägerin war treuwidrig i. S. v. Art. 156 OR und kausal für den Eintritt des MAC. Die Klägerin kann sich nicht auf die Rechtsfolgen der MAC-Klausel berufen.

V. Bei Bedingungseintritt: Wegfall des KV 2014 ex nunc

48 Wie vorangehend gezeigt, liegen die Voraussetzungen einer Geltendmachung der MAC-Klausel nicht vor. Sollte das Schiedsgericht dennoch zum Schluss kommen, dass die MAC-Klausel Anwendung findet, so muss den Ausführungen der Klägerin in N 18 f. der KS dezidiert widersprochen werden: Wie bereits oben unter N 14 dargelegt, führt der Bedingungseintritt zu einem Wegfall des KV 2014 *ex nunc*; der ABV kann folglich nicht wiederaufleben.

VI. Fazit

49 Der KV 2014 ist die einzige Grundlage zur Übertragung der 50% der Aktien.

B. Kaufpreisberechnung der restlichen 50% der Aktien

I. Kaufpreis gemäss Art. 1 KV 2014: CHF 2'687'500

50 Der Kaufpreis für die restlichen 50% der Aktien ist der in Art. 1 KV 2014 festgelegte Fixpreis von CHF 2'687'500. Die Anwendung der Clausula rebus sic stantibus (Clausula) ist ausgeschlossen.

1. Kein Raum für die Clausula

51 Zu Unrecht behauptet die Klägerin in N 53 f. der KS, der Kaufpreis im KV 2014 könne nach den Regeln der Clausula gemindert werden. Aufgrund der MAC-Klausel im KV 2014 besteht keinerlei Raum für die Anwendung der Clausula.

- 52 Die Clausula ist anwendbar, wenn für eine oder beide Parteien die Leistungserbringung aufgrund veränderter Verhältnisse unzumutbar erscheint und *keine vertragliche* Regelung zur Vertragsanpassung an veränderte Verhältnisse besteht (SCHÄRER/GROSS, S. 129). Ist das eingetretene Ereignis jedoch durch eine vereinbarte MAC-Klausel gedeckt, bleibt kein Raum für die Anwendung der Clausula (SCHÄRER/GROSS, S. 133). MAC-Klauseln können in allgemeine und spezifische eingeteilt werden. Während allgemeine MAC-Klauseln meist weit gefasste Generalklauseln umschreiben (SCHLEIFFER, S. 62), definieren spezifische ihren Anwendungsbereich unter Bezugnahme auf quantifizierte rechnerische Grössen (SCHÄRER/GROSS, S. 128).
- 53 Die MAC-Klausel in Art. 10.2 lit. c KV 2014 besagt, dass die Klägerin bei einem Wertverlust der VeganMarket AG von mindestens 20% zum Rücktritt berechtigt ist. Da die MAC-Klausel auf den Unternehmenswert und eine quantifizierte Veränderung desselben von 20% Bezug nimmt, handelt es sich um eine spezifische MAC-Klausel. Die Parteien haben sich darauf geeinigt, dass ein geringerer Wertverlust als 20% unbeachtlich sein soll und diesfalls nur der normale Vollzug des Vertrages bleibt. Folglich besteht eine umfassende vertragliche Risikozuteilung. Für richterliche Vertragsanpassung bleibt kein Raum.
- 54 Die Klägerin macht sodann nicht geltend, inwiefern die Risikozuweisung durch die MAC-Klausel lückenhaft sein soll. Die Clausula ist in casu nicht anwendbar.

2. Selbstverursachung der Wertverluste durch die Klägerin

- 55 Hat diejenige Partei, welche sich auf die Clausula beruft, die veränderten Verhältnisse selber treuwidrig herbeigeführt oder gar verschuldet, schliesst dies eine richterliche Anpassung des Vertrages aus (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK OR, N 770 zu Art. 18). Die Verhältnisänderung muss ausserhalb des Einflussbereichs der betroffenen Partei liegen (BERGER, N 1178).
- 56 Wie in N 32 ff. bereits aufgezeigt, hat die Klägerin die Wertverluste treuwidrig herbeigeführt. Sie könnte sich deshalb nicht auf die Clausula berufen, selbst wenn sie anwendbar wäre.

3. Geringfügigkeit der Äquivalenzstörung

- 57 Durch die veränderten Umstände muss zwischen dem objektiven Wert der Austauschleistungen der Parteien eine gravierende Äquivalenzstörung entstanden sein. Eine solche liegt nur in *schwerwiegenden Ausnahmefällen* vor: So verlangt das Bundesgericht in BGE 97 II 390 E. 6 ein derart offenes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, dass „das Beharren einer Partei auf ihrem Anspruch als rechtsmissbräuchlich erscheint“. In BGE 45 II 386 E. 5 und BGE 59 II 37 E. 2 spricht das Bundesgericht gar von „ruinöse[n] Folgen“, welche die Erfüllung für den Schuldner bringen müsse. Ferner wird in BGE 122 III 97 E. 3a die

Clausula als Mittel zur „Verhinderung einer wucherischen Ausbeutung krasser Missverhältnisse“ verstanden.

- 58 Um das objektive Missverhältnis zwischen den Austauschleistungen zu bestimmen, wendet die Klägerin zwar korrekterweise die Preisberechnungsformel nach ABV, aber unter Berücksichtigung der negativen EBITDA, an (N 25 der Einleitungsanzeige sowie N 59 der KS). Wie bereits unter N 18 ff. dargelegt, können die negativen EBITDA bei Anwendung der Preisberechnungsformel nach ABV keine Beachtung finden.
- 59 Per 30. April 2015 liegt der Wert der zweiten 50%-Aktientranche bei CHF 2'250'000. Der Unternehmenswert liegt damit gut 16% tiefer als beim Abschluss des KV 2014. Diese Veränderung erscheint nicht als ruinös und stellt damit keine gravierende Äquivalenzstörung dar.
- 60 Der KV 2014 ist Grundlage für die Kaufpreisberechnung. Der Kaufpreis beträgt CHF 2'687'500. Die Anwendung der Clausula ist ausgeschlossen.

II. Eventualiter: Kaufpreis gemäss Art. 6.8 ABV: CHF 2'343'750

- 61 Sollte das Schiedsgericht für die Kaufpreisberechnung der zweiten Aktientranche auf Art. 6.8 ABV abstellen, dann hat es dabei den nachfolgenden Ausführungen zu folgen.

1. Nichtberücksichtigung negativer EBITDA

- 62 Die Klägerin geht in N 39 ff. der KS davon aus, negative EBITDA seien bei der Berechnung des Kaufpreises nach der Formel in Art. 6.8 ABV zu berücksichtigen. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Ob die negativen EBITDA zu beachten sind, ist eine Auslegungsfrage, die nach den in N 9 ausgeführten Grundsätzen zu klären ist.

a. Wortlaut indiziert Nichtberücksichtigung

- 63 Wie die Klägerin in ihrem Titel vor N 42 der KS richtig feststellt, schliesst der Wortlaut von Art. 6.8 ABV die Nichtberücksichtigung der negativen EBITDA tatsächlich nicht aus. Der in Fachkreisen übliche Sinngehalt eines Wortes ist unerheblich, wenn die Parteien einen individuellen vereinbarten (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK OR, N 379 zu Art. 18).
- 64 In Art. 2 ABV halten die Parteien ausdrücklich fest, dass der Begriff EBITDA – entgegen dem wissenschaftlichen Verständnis als *Jahresergebnis* (MEYER, S. 359) – lediglich als *Jahresgewinn* zu verstehen ist. Die Parteien sind langjährige internationale Unternehmer und es ist davon auszugehen, dass sie sich der Abweichung von der üblichen Begriffsdefinition bewusst waren. Die Klägerin verkennt in N 43 der KS, dass diese privatautonome Begriffsdefi-

nition dem allgemeinen Verständnis vorgeht. Die Parteien haben im Vertrag geregelt, dass negative EBITDA nicht zu berücksichtigen seien.

b. Umstände des Vertragsschlusses stützen Auslegung nach Wortlaut

65 Dass der Parteiwille, negative EBITDA nicht zu berücksichtigen, bei Vertragsschluss bestand, zeigt sich auch bei Betrachtung der gesamten Umstände des Vertragsabschlusses.

66 In N 43 der KS bringt die Klägerin vor, aus der Verkaufspräsentation vom 31. Dezember 2012 könne geschlossen werden, wie der Kaufpreis gemäss ABV zu berechnen sei. Diese Behauptung findet keine Unterstützung in den Akten: Die Abbildung mit dem Titel „EBITDA der Tochtergesellschaften“, auf die sich die Klägerin bezieht, zeigt die damalige finanzielle Lage der Gesellschaften und sagt nichts über die Formel der Preisberechnung nach ABV aus.

67 Obwohl der KV 2013 und der ABV am gleichen Tag abgeschlossen wurden, heisst das nicht, dass auch in beiden Fällen negative EBITDA zu berücksichtigen sind, wie das die Klägerin in N 43 der KS behauptet. Die Verträge unterscheiden sich in ihrer Regelungsabsicht ganz erheblich: Während der KV 2013 ein einmaliges Geschäft darstellte, läutete der ABV eine langfristige Zusammenarbeit zwischen den Parteien ein. Zudem wurde der Klägerin mit Abschluss des ABV gemäss Art. 9 ABV die Geschäftsführung sowohl der VeganMarket AG als auch der Tochtergesellschaften übertragen. Von diesem Tag an hatte die Klägerin die wirtschaftliche Entwicklung der VeganMarket AG und ihrer Tochtergesellschaften in der Hand und konnte den Preis der Aktien steuern. Mit Blick auf dieses frappante Machtgefälle ist offensichtlich, dass die Behauptung der Klägerin in N 46 der KS, die Parteien seien auch bei Berücksichtigung negativer EBITDA gleichgestellt gewesen, nicht verfehlt. Bei Berücksichtigung negativer EBITDA wären die Parteien gerade *nicht* gleichgestellt.

68 Die Beklagte war ab dem 11. April 2013 – da sie in allen VR nur in der Minderheit vertreten war – dem Handeln der Klägerin völlig ausgeliefert. Zum Schutz der Beklagten muss es bei Vertragsschluss vernünftigerweise Wille der Parteien gewesen sein, negative EBITDA bei der Kaufpreisberechnung nach ABV nicht zu berücksichtigen.

69 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es Wille der Parteien war, negative EBITDA bei Berechnung des Kaufpreises nach ABV nicht zu berücksichtigen.

2. Willenserklärungen der Klägerin vom 16. Juni 2014 und 5. Januar 2015

70 In ihren Ausführungen geht die Klägerin mit keinem Wort auf ihre Willenserklärungen vom 16. Juni 2014 und 5. Januar 2015 ein.

71 Ein Gestaltungsrecht berechtigt, durch einseitige Willenserklärung ein Recht zu begründen. Eine Call-Option ist ein auf vertraglicher Grundlage eingeräumtes Gestaltungsrecht. Es wird durch eine Gestaltungserklärung ausgeübt (SCHWENZER, N 3.06 ff.). Gestaltungserklärungen sind unwiderruflich (BGE 109 II 319 E. 4b). Durch eine Gestaltungserklärung wird der Inhalt eines Schuldverhältnisses endgültig konkretisiert (VIONNET, S. 61 und 309). Falls das Schiedsgericht den ABV als Grundlage für die Übertragung der Aktien erachten sollte, muss die Klägerin an ihre unwiderrufliche Willenserklärung vom 16. Juni 2014 gebunden sein. Mit der damaligen Ausübung einer Call-Option hat sie den Kaufpreis für 15% der Aktien festgelegt. Dieser berechnet sich per 16. Juni 2014 wie folgt:

$$\left[\left(\frac{\text{CHF } 2'200'000 + \text{CHF } 1'300'000 + 600'000}{4} \right) \cdot 5 \right] \cdot 0.15 = \text{CHF } 768'750$$

72 Die Klägerin wäre auch an ihre Willenserklärung vom 5. Januar 2015 gebunden. Aufgrund fehlender Geschäftszahlen kann der damalige Aktienpreis jedoch nicht festgestellt werden und die Willenserklärung fällt deshalb ausser Betracht.

73 Die Klägerin kann damit am 26. Mai 2015 nur noch 35% der Aktien erwerben:

$$\left[\left(\frac{\text{CHF } 2'300'000 + \text{CHF } 1'300'000}{4} \right) \cdot 5 \right] \cdot 0.35 = \text{CHF } 1'575'000$$

74 Der Gesamtpreis für 50% der Aktien beträgt somit:

$$\text{CHF } 768'750 + \text{CHF } 1'575'000 = \text{CHF } 2'343'750$$

C. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Hauptklage

I. Keine Ausdehnung der Schiedsklausel auf den ABV

1. KV 2013 und ABV bilden kein ensemble contractuel unique

75 In N 66 der KS baut die Klägerin die Theorie eines „ensemble contractuel unique“ auf. Dieser kann nicht gefolgt werden. Die Klägerin beruft sich auf eine französische Gerichtspraxis, welche mit der Ausdehnung von Schiedsklauseln übermässig liberal umgeht. In der restlichen Lehre und Rechtsprechung ist indes unbestritten, dass diese Frage wesentlich restriktiver gehandhabt werden sollte; insbesondere der von der Klägerin zitierte Autor HANOTIAU selbst verneint eine Ausweitung von Schiedsklauseln auf andere Verträge, die eigene Streitbeilegungsmechanismen beinhalten (POUDRET/BESSON, N 313; HANOTIAU, S. 329). Massgebend für diese Ausdehnung ist – wie in allen Kompetenzfragen der Schiedsgerichtsbarkeit – der Parteiwille (statt vieler: BORN, S. 201). Liegt eine explizite Regelung der Gerichtsbarkeit für

einen Vertrag ohne Schiedsklausel vor, offenbart dies einen klaren Parteiwillen, die Schiedsklausel nicht auf jenen Vertrag auszuweiten. Darüber hinaus wird i. d. R. verlangt, dass der Vertrag, auf den die Schiedsklausel ausgeweitet werden soll, in einem Subordinationsverhältnis zum Hauptvertrag steht (POUDRET/BESSON, N 311).

- 76 In Art. 27.8 ABV findet sich eine vollkommen eigenständige Regelung der Gerichtsbarkeit, welche die ordentlichen Gerichte in Zug als Streitentscheidungsinstanz einsetzt. Dies schliesst eine Ausweitung bereits aus.
- 77 Weiter kann von einem Subordinationsverhältnis zwischen dem ABV und dem KV 2013 nicht die Rede sein; vielmehr stehen die beiden Dokumente auf derselben Stufe. Der ABV und der KV 2013 regeln je unterschiedliche Materien: Ersterer dient als Grundlage für ein mehrjähriges Joint-Venture-Verhältnis, in dessen Rahmen die Transaktion der VeganMarket AG abzuschliessen gewesen wäre, während letzterer als einmaliger Aktienkaufvertrag lediglich den Startpunkt dafür bildet.
- 78 Wie die Klägerin in N 65 der KS zutreffend ausführt, hat die Auslegung von Schiedsklauseln gemäss den allgemeinen Methoden für die Auslegung privater Willenserklärungen zu erfolgen (siehe N 9). Dass der Wortlaut von Art. 28.7 ABV eindeutig eine Gerichtsbarkeit zugunsten der ordentlichen Zuger Gerichte statuiert, beweist einen entsprechenden Parteiwillen, von dem nicht leichtfertig abgewichen werden darf. Streitigkeiten aus dem ABV sind nicht der Schiedsgerichtsbarkeit zuzuführen.

2. Harmonisierung des Parteiwillens nicht erforderlich mangels Widerspruch

- 79 Unabhängig vom Vorliegen eines „ensemble contractuel unique“ ist die von der Klägerin in N 73 f. der KS vorgeschlagene Harmonisierung des Parteiwillens, nämlich die „Aufteilung“ der Gerichtsbarkeit in vermögensrechtliche und nicht vermögensrechtliche Ansprüche, für die vorliegende Situation sinnlos.
- 80 Lehre und Rechtsprechung gehen einhellig von einer extensiven Auslegung des Begriffs des „vermögensrechtlichen Anspruchs“ aus. Als vermögensrechtlich – und damit objektiv schiedsfähig – ist jeder Anspruch anzusehen, mit welchem ein wirtschaftliches Interesse verfolgt wird (MABILLARD/BRINER, BSK IPRG, N 10 zu Art. 177 mit Verweis auf RUDIN, BSK BGG, N 8 ff. zu Art. 51; VISCHER F., ZK IPRG, N 5 zu Art. 177; BGE 118 II 528 E. 2c; BGE 116 II 380 E. 2a). Dies ist selbst bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einer AG der Fall (RUDIN, BSK BGG, N 13 zu Art. 51). Ausgehend von einem derart weiten Verständnis des Begriffs liegt es auf der Hand, dass bei einer Unternehmenstrans-

aktion zwischen zwei wirtschaftlich ausgerichteten AG zweifellos jeder erdenkliche Anspruch als vermögensrechtlich einzustufen ist. Dadurch wird klar, dass der von der Klägerin postulierte Harmonisierungsversuch jeglicher logischen Grundlage entbehrt.

- 81 Vielmehr stellen ABV und KV 2013 zwei autonome Rechtsgeschäfte dar, die je eine eigene Streitbeilegungsinstanz vorsehen. Folglich ist auch in den unterschiedlichen Zuständigkeitsklauseln kein Widerspruch ersichtlich.
- 82 Auch wenn die vorliegende Zweiteilung der Gerichtszuständigkeit auf den ersten Blick eigenartig anmuten mag, ist diese in casu wohlwogen. Wie bereits angesprochen, handelt es sich beim ABV um ein wesentlich komplexeres Rechtsgeschäft als bei dem vergleichsweise simplen Aktienkaufvertrag KV 2013. Dies tritt bereits durch die deutlich unterschiedliche Länge der beiden Verträge zutage: Während der KV 2013 bloss drei Artikel umfasst, schlägt der ABV mit *siebenundzwanzig* Artikeln zu Buche. Damit geht ein höheres Fehlerpotential bei der Erfüllung einher, was ein erhöhtes Rechtsschutzbedürfnis weckt. Dieses wird durch den dreifachen Instanzenzug vor den staatlichen Gerichten wesentlich besser abgedeckt als durch Schiedsgerichtsbarkeit (vgl. BORRIS, S. 78).
- 83 Für den ABV ist somit keine Schiedsgerichtsbarkeit vorgesehen.

II. Klägerin muss den Schiedsgutachter anrufen

- 84 Die Klägerin führt in N 80 der KS an, dass die Weigerung der Beklagten bei der Bestellung eines Schiedsgutachters mitzuwirken (E-Mail vom 26. Januar 2015, B-4) als Verzicht auf ein Schiedsgutachten als Ganzes zu werten sei. Diese Argumentation ist unhaltbar.

1. Beidseitige Bindungswirkung des Schiedsgutachervertrages

- 85 Der Schiedsgutachervertrag stellt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre einen Vertrag des materiellen Rechts mit prozessualen Auswirkungen dar (BGE 129 III 535 E. 2; BERGER/KELLERHALS, N 151; DOLGE, BSK ZPO, N 5 zu Art. 189; WEIBEL, ZK ZPO, N 3 zu Art. 189).
- 86 Entgegen dem Verständnis der Klägerin handelt es sich beim Schiedsgutachervertrag um einen *beidseitig* bindenden Vertrag, von dem nicht einfach zurückgetreten werden kann. Dies ergibt sich schon aus dem Vertragszweck, nämlich einer möglichst effizienten Abklärung von Sachverhaltsfragen (vgl. KASOLOWSKY/SCHNABL, S. 86). Eine Verzichtsmöglichkeit, wie sie von der Klägerin proklamiert wird, würde zulassen, dass jede Partei einseitig und willkürlich über das Vertragsschicksal verfügen könnte. Dies widerspricht dem Grundsatz *pacta sunt servanda* und würde jegliche derartige Vereinbarung ihres Sinnes entledigen.

- 87 Dem Einwand, dass eine Partei die Vertragsdurchsetzung durch missbräuchliche Mitwirkungsverweigerung blockieren könnte, ist Folgendes entgegenzuhalten: Gemäss Bundesgericht besteht für Dauerschuldverhältnisse ein übergesetzliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (BGE 128 III 428 E. 3). Teile der neueren Lehre und Rechtsprechung dehnen diesen Grundsatz als Anwendungsfall der Clausula auf Schuldverhältnisse jeglicher Art aus (LGVE 2012 I Nr. 13 E. 4.4; vgl. STÖCKLI, S. 309 f.). An die Zulässigkeit einer solchen Kündigung sind äusserst hohe Anforderungen zu stellen (BSK OR I–WIEGAND, N 97 zu Art. 18; vgl. N 57). In casu sind diese nicht in geringster Weise erfüllt.
- 88 Ferner muss bei der Frage, inwiefern ein Schiedsgutachtervertrag bei missbräuchlicher Mitwirkungsverweigerung ausserordentlich gekündigt werden darf, genau darauf geachtet werden, für welche Handlung die Mitwirkung verweigert wird: Während die ersatzweise *Bestellung* des Schiedsgutachters – wie in casu – auch vom Richter vorgenommen werden kann, entziehen sich die *Instruktionshandlungen* dem Rahmen seiner praktischen Möglichkeiten. Einzig in letzterem Fall lässt sich das Dahinfallen des Schiedsgutachtervertrags als Ultima Ratio rechtfertigen, da eine unüberwindbare Pattsituation eingetreten ist (SCHÖLL, S. 641).

2. Eintreten des MAC bildet unumgängliche Vorfrage

- 89 Der KV 2014 und der ABV sind zwei Verträge über dieselbe Kaufsache, enthalten aber unterschiedliche Streitbeilegungsmechanismen: Während der erstere ein Schiedsgericht für alle Streitigkeiten beruft, will letzterer die rechtlichen Differenzen vor staatlichen Gerichten und die Preisfrage von einem Schiedsgutachter beurteilt wissen. Der KV 2014 und der ABV schliessen sich aufgrund ihrer Novationsbeziehung somit prozessual gegenseitig aus (vgl. N 2 ff.). Zur Beantwortung der Frage, welcher Vertrag Grundlage der Transaktion bilden soll – und damit vor welcher Instanz Streitigkeiten auszutragen sind –, ist als unumgängliche Vorüberlegung zuerst zu ermitteln, ob die MAC-Klausel ausgelöst wurde oder nicht. Dies ist im Rahmen der Auslegung des KV 2014 ausschliesslich durch das Schiedsgericht zu beantworten. Sind die prozessualen Bestimmungen des KV 2014 in Kraft, kann kein Schiedsgutachter bestellt werden. Andernfalls muss gemäss ABV ein Schiedsgutachten für die Preisberechnung eingeholt und für die Durchsetzung vor den staatlichen Gerichten in Zug geklagt werden.

3. Konsequentes Handeln der Beklagten

- 90 Die Klägerin führt in N 82 der KS an, dass sich die Beklagte widersprüchlich verhalte, indem sie zuerst die Mitwirkung bei der Bestellung des Schiedsgutachters verweigere, sich nun aber auf die Schiedsgutachterklausel im ABV berufe, um die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts

zu begründen. Die Beklagte hat sich legitimerweise auf die vom KV 2014 neu geschaffene Rechtslage berufen. Insoweit verhielt sie sich konsequent mit ihrer Ansicht, dass der ABV mitsamt der Schiedsgutachtervereinbarung ausser Kraft gesetzt wurde (siehe N 89).

- 91 Für den Fall, dass das Schiedsgericht den KV 2014 als unwirksam erachten sollte, richtet sich das Streitbeilegungsverfahren nach dem ABV und dem darin verlangten Schiedsgutachten. Diese Tatsache hat die Beklagte nie bestritten. Es kann ihr in diesem Zusammenhang keinesfalls zur Last gelegt werden, dass sie nach bestem Wissen und Gewissen versucht, ihre eigene Anschauung der Rechtslage vor dem Schiedsgericht durchzusetzen. Das Verhältnis zwischen KV 2014 und ABV und damit die Frage, welches Rechtsgeschäft die entscheidende Grundlage der Transaktion darstellt, ist denn auch das Kernproblem des vorliegenden Falles, wie in N 89 ausführlich dargelegt wurde. Folglich kann es nicht als widersprüchlich bezeichnet werden, wenn die Beklagte sich weigert, weitere Schritte bei der Schiedsgutachterbestellung zu unternehmen, bevor diese Frage nicht abschliessend geklärt ist.

III. Bindungswirkung des Schiedsgutachtens

- 92 Beim Vorliegen eines Schiedsgutachtens im Rahmen eines Schiedsverfahrens sind die Bestimmungen der ZPO analog anzuwenden (BERGER/KELLERHALS, N 152). Gemäss Art. 189 Abs. 3 ZPO ist das Gericht an die im Schiedsgutachten festgestellten Tatsachen gebunden und verliert somit diesbezüglich seine Kognition. Sollte noch kein Gutachten vorhanden sein, ist das Verfahren bis zu diesem Zeitpunkt zu sistieren (WEIBEL, ZK ZPO, N 17 zu Art. 189).
- 93 Für den Fall, dass sich das Schiedsgericht wider Erwarten für die Hauptklage zuständig erklären sollte, hätte es aufgrund der Bindungswirkung der Schiedsklausel keine Kompetenz, sich zur Preisberechnung nach ABV zu äussern. Das Schiedsgericht dürfte in diesem Fall lediglich über die Frage urteilen, welche Person als Schiedsgutachter zur Bestimmung der Preisberechnung einzusetzen ist.

IV. Fazit

- 94 Das Schiedsgericht ist für die Hauptklage und die Preisberechnung nach ABV unzuständig.

D. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage

I. Schiedsklausel des KV 2014 nicht abhängig von MAC-Klausel

- 95 Der Autonomiegrundsatz, gemäss dem eine Schiedsklausel von der Rechtsunwirksamkeit des Hauptvertrags unberührt bleibt, stellt ein fundamentales Prinzip der Schiedsgerichtsbarkeit

dar. Dies wird von der internationalen Lehre und Rechtsprechung einhellig anerkannt (statt vieler: BERGER/KELLERHALS, N 681; GRÄNICHER, BSK IPRG, N 90 zu Art. 178). Wie die Klägerin in N 86 der KS zu Recht anführt, kann diesem Grundsatz jedoch im Einzelfall basierend auf einem anderslautenden Parteiwillen die Geltung verweigert werden. Solche Fälle stellen in der Praxis eine absolute Rarität dar. Denn auch beim Vorliegen von Streitigkeiten bezüglich der Gültigkeit eines Vertrags haben beide Parteien ein Interesse daran, dass diese Rechtsfrage rasch und durch einen kompetenten Spruchkörper geklärt wird, der den Vorstellungen der Parteien möglichst genau entspricht. Das Aufkommen von Zuständigkeitsstreitigkeiten zusätzlich zur materiellen Rechtsfrage birgt das Risiko weiterer Verfahrensverzögerungen, erhöhter Prozesskosten und schlimmstenfalls auch widersprüchlicher Urteile. Diese negativen Konsequenzen würde keine vernünftige Vertragspartei im Sinne des Vertrauensprinzips (vgl. N 9) ohne weiteres auf sich nehmen wollen (BORN, S. 349 ff.), weshalb ein dahingehender mutmasslicher Parteiwille ausgeschlossen werden muss. Im vorliegenden Fall bringt die Klägerin keine überzeugenden Argumente dafür vor, dass ausgerechnet die Frage nach dem Eintreten des MAC *nicht* durch das Schiedsgericht beurteilt werden sollte.

- 96 Die von der Klägerin in N 88 der KS dargelegte Ansicht, dass die Schiedsklausel zwar Streitigkeiten über Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung, nicht aber die Frage der Rechtswirksamkeit erfassen solle, stellt eine unzulässige Buchstabenauslegung dar. Sinnvollerweise werden dem Schiedsgericht sämtliche Zuständigkeiten bezüglich der Gültigkeit und Auslegung eines Vertrags gewährt – nicht zuletzt aus ökonomischen Gründen. Die Ansicht der Klägerin, dass gemäss dem Parteiwillen ausgerechnet die Rechtswirksamkeit als isolierte Rechtsfrage aus der Zuständigkeit des Schiedsgerichts hätte entfernt werden sollen, ist unhaltbar. Die Klägerin bringt vor, dass die Parteien sonst diesen Begriff in der Schiedsklausel explizit aufgeführt hätten. Dass die Aufzählung von der Schiedsgerichtsbarkeit zuzuführenden Fragen derjenigen der Modellklausel in der deutschen Fassung der Swiss Rules entspricht, wurde von der Klägerin totgeschwiegen. Einem vernünftigen Parteiwillen kann nicht entsprechen, die zentrale Frage der Unternehmensbewertung im Zusammenhang mit der MAC-Klausel von der Zuständigkeit des Schiedsgerichts auszunehmen.
- 97 Genauso unhaltbar ist der Versuch der Klägerin in N 90 f. der KS, aus der systematischen Stellung der Inkrafttretensbestimmung im Vertragsdokument nach der Schiedsklausel (Art. 11.1 und 11.7 KV 2014) ein Indiz für einen derartigen Parteiwillen abzuleiten. Die Inkrafttretensbestimmung nimmt in keiner Weise Bezug auf die MAC-Klausel. Zudem sind beide Klauseln unter dem gemeinsamen Art. 11 „Schlussbestimmungen“ aufgeführt. Es geht

nicht an, eine Hierarchie zu konstruieren, von der im Wortlaut nicht die geringste Spur zu erkennen ist. Eine rein systematische Auslegung wie diese widerspricht den Auslegungsgrundsätzen für Willenserklärungen, wonach der Wortlaut bloss Ausgangspunkt der Auslegung darstellt (siehe N 9).

- 98 Es gibt im vorliegenden Fall, entgegen der Idee der Klägerin in N 93 der KS, keinen vernünftigen Grund für eine derartige Ausnahmeregelung. Schliesslich muss es eine Möglichkeit geben – wie der vorliegende Fall offensichtlich zeigt –, sich über den Eintritt ebendieser Klausel zu streiten. Es ist widersinnig, dass die Klägerin mit grösster Zwängerei die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Forderungen aus dem ABV begründen möchte, dann aber die entscheidende Vorfrage, nämlich ob der ABV überhaupt zur Anwendung kommt, nicht vom Schiedsgericht beurteilen lassen will.

II. Zulässigkeit der Widerklage im vorliegenden Verfahren

- 99 Wie die Klägerin in N 96 der KS korrekt erläutert, enthalten weder die lex arbitri, noch die Swiss Rules Regeln bezüglich der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Widerklage. Die Lehre tendiert dazu, sämtliche Widerklagen voraussetzungslos zuzulassen (BERGER/PFISTERER, Swiss Rules Commentary, N 36 zu Art. 21; KARRER, S. 52 f.). Selbst jene Autoren, die die Zulässigkeit restriktiver beurteilen, stellen klar die Vermutung auf, dass es dem Parteiwillen entspricht, Widerklagen aus verschiedenen Verträgen mit identischen oder zumindest verfahrensmässig kompatiblen Schiedsklauseln zuzulassen (BERGER/KELLERHALS, N 534; POU-DRET/BESSON, N 574). Ein Teil der Lehre verlangt Konnexität zwischen der Klage und der Widerklage (POUDRET/BESSON, N 574). Diese ist gegeben, wenn die Widerklage sich auf dasselbe Rechtsverhältnis oder dasselbe Objekt bezieht wie die Hauptklage (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 14 N 34).
- 100 Die Klägerin behauptet in N 102 f. der KS, die Tatsache, dass der KV 2014 zeitlich später als der KV 2013 abgeschlossen wurde und eine eigene Schiedsvereinbarung enthält, lasse auf den Parteiwillen schliessen, Ansprüche aus diesen beiden Verträgen in getrennten Verfahren abzuhandeln. Dass dies nicht der Fall sein kann, ergibt sich allerdings aus dem Verhältnis zwischen KV 2014 und ABV: Der KV 2014 stellte einen Versuch dar, den Hauptstreitpunkt des ABV – die Festlegung des Kaufpreises – abschliessend neu zu regeln. Wie bereits in N 89 ausgeführt, bilden die Auslösung der MAC-Klausel und das rechtliche Schicksal des ABV unumgängliche Vorfragen für eine eindeutige richterliche Entscheidung, welcher Vertrag schliesslich die Grundlage für die Transaktion bilden soll. Eine isolierte Beurteilung dieser

Fragen würde widersprüchliche Urteile provozieren, da es sich beim Kaufgegenstand der beiden Verträge um *dieselben 50'000 Aktien* handelt. Eine solche Lösung konnte von den Parteien vernünftigerweise nicht gewollt sein. Damit ist Konnexität gegeben.

- 101 Zweck der Widerklage ist die Verhinderung widersprüchlicher Urteile sowie die rasche und effiziente Erledigung zusammenhängender Streitsachen zwischen denselben Parteien (BGE 129 III 230 E. 3). Die Ansicht der Klägerin, dass getrennte Schiedsklauseln in jedem Fall getrennte Verfahren zu bedeuten hätten, steht damit nicht nur im klaren Widerspruch zur herrschenden Lehre, sondern lässt sich auch im Lichte der durch das Schiedsverfahren bezweckten Verfahrensökonomie nicht vertreten und würde die Geltendmachung von Ansprüchen aus verschiedenen Verträgen ohne Rahmenvereinbarung a priori ausschliessen. Wie die Klägerin in N 76 der KS selber vorbringt, besteht im vorliegenden Fall ein Interesse an einer möglichst effizienten Streitbeilegung. Hierfür wäre die Zulassung der Widerklage offensichtlich sinnvoll, da die Frage nach der Rechtsgrundlage der Transaktion in grundlegender Weise davon abhängt, ob der KV 2014 rechtswirksam ist. Indem die Klägerin nun verlangt, dass das Schiedsgericht sich für die Widerklage als unzuständig erklärt, verhält sie sich somit widersprüchlich.
- 102 Schliesslich behauptet die Klägerin in N 105 der KS, dass die Beklagte widersprüchlich handle, indem sie den KV 2013 als geschlossenes Geschäft bezeichne, sich aber bezüglich der Widerklagezuständigkeit des Schiedsgerichts auf den identischen Wortlaut der beiden Schiedsklauseln beziehe. Dabei verkennt sie, dass an der einen Stelle lediglich darauf hingewiesen wird, dass der KV 2013 im Gegensatz zum ABV bereits vollständig vollzogen wurde, an der anderen Stelle jedoch nur auf das reine Vorhandensein einer Schiedsklausel aufmerksam gemacht wird. Dass die Schiedsklauseln im KV 2013 und KV 2014 identisch sind, steht nicht im Widerspruch zum Verhältnis zwischen ABV und KV 2013.

III. Fazit

- 103 Die Widerklage ist im vorliegenden Fall zulässig.

Aus all diesen Gründen ersuchen wir Sie, unseren eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen und die Rechtsbegehren der Klägerin abzuweisen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 3