

Moot Court Team 4

Dora Peric
Milena Bucher
Lara Wanner
Simon Glasl

EINSCHREIBEN

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

Zürich, 24. März 2016

KLAGEANTWORT

Schiedsgericht der Swiss Chambers' Arbitration Institution
Fall Nr. 987596-2015

In Sachen

Smoothilicious AG

Via Santa Theresa 5, 20151 Milano, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

Greengarden AG

Steinhofstrasse 34, 8004 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 4

Sehr geehrte Frau Präsidentin
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts

In Übereinstimmung mit Art. 3(7) bis 3(10) der Swiss Rules of International Arbitration der Swiss Chambers' Arbitration Institution ("**Swiss Rules**") stellen wir namens und mit Vollmacht der Beklagten 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 VM 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

Literaturverzeichnis	V
Entscheidverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XII
A. Prozessualer Teil	1
I Anwendbares Recht	1
II Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Hauptklage	1
1. Zuständigkeit des Schiedsgutachters gem. Art. 6.9 ABV	1
2. Zuständigkeit der staatlichen Gerichte in Zug gem. Art. 27.8 ABV	2
2.1 Abweichende Zuständigkeitsregel des ABV	2
2.2 Keine Ausweitung der Schiedsvereinbarung des KV 13 auf Ansprüche aus ABV	2
3. Fazit.....	4
III Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage	4
1. Zuständigkeit des vorliegenden Schiedsgerichts	4
2. Eventualiter: Zulässigkeit der Widerklage auch bei Unwirksamkeit des KV 14	6
3. Eventualiter: Gemeinsame Beurteilung von Haupt- und Widerklage	7
4. Fazit.....	7
B. Materieller Teil	7
I Übertragung der restlichen 50% der Aktien gestützt auf KV 14	7
1. Aufhebung des ABV durch Abschluss des KV 14.....	7
2. Rechtswirksamkeit des KV 14	8
2.1 Keine bedingte Rechtswirksamkeit des KV 14 durch die MAC-Klausel	8
2.2 Kein wesentlicher Wertverlust.....	10
2.3 Eventualiter: Auch bei wesentlichem Wertverlust kein Rücktrittsrecht	11
2.3.1 Vorliegen eines treuwidrigen Verhaltens der Klägerin.....	11
2.3.2 Kausalität zwischen treuwidrigem Verhalten und Eintritt des Wertverlusts.....	12
3. Fazit.....	13
II Kaufpreisberechnung bei Anwendung des KV 14	13
1. Keine Berücksichtigung negativer EBITDA bei der Kaufpreisberechnung.....	13
2. Keine Kaufpreisreduzierung durch Anrufung der clausula rebus sic stantibus.....	14
3. Eventualiter: Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus sind nicht erfüllt	14

3.1	Keine gravierende Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung	14
3.2	Vorhersehbarkeit der Verhältnisänderung	15
3.3	Verursachung der Verhältnisänderung durch die Klägerin.....	15
4.	Fazit.....	16
III Eventualiter: Kaufpreisberechnung bei Anwendung des ABV		16
1.	Keine Anwendung von Art. 185 OR für die Kaufpreisberechnung	16
2.	Eventualiter: Preisgefahr liegt bei der Klägerin	17
3.	Nichtberücksichtigung negativer EBITDA bei der Kaufpreisberechnung.....	17
4.	Anspruch auf Erhöhung des Kaufpreises	18
4.1	Verletzung der vertraglich vereinbarten Sorgfaltspflicht.....	18
4.2	Schaden durch Wertverlust der NZ Venture	19
4.3	Kausalität zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Wertverlusts.....	19
4.4	Verschulden der Klägerin	20
4.5	Ausgleichung des Wertverlust von NZ Venture	20
5.	Fazit.....	20
C. Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen		20

Literaturverzeichnis

ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland - The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013 (zit. Arbitration-BearbeiterIn)

Rz [28, 29]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3rd edition, Berne 2015 (zit. BERGER/KELLERHALS)

Rz [9, 11, 20, 29, 40]

BK OR, KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit. BK OR-KRAMER)

Rz [97, 104]

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

Rz [10, 55, 72, 74, 93, 96, 116]

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

Rz [23, 37, 44]

BSK ZPO, SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013 (zit. BSK ZPO-BEARBEITERIN)

Rz [4]

ERNST WOLFGANG, Haftung und Gefahrentragung beim Aktienkauf / I.-III., in: FS Eugen Bucher, Bern 2009, 89-109 (zit. ERNST)

Rz [114]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER)

Rz [73]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID)

Rz [93, 110]

GUTMANS ALEXANDER, Die Regel der „Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion“ im Recht der Bedingung (Art. 156 OR) in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A, Privatrecht, Band 32, Diss., Basel 1995 (zit. GUTMANS)

Rz [86]

HANOTIAU BERNARD, Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts - Parties - Issues: An Analysis, in: 18 Journal of International Arbitration, Issue 3, 2001, 251–360 (zit. HANOTIAU)

Rz [9, 11]

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

Rz [10, 48, 59, 84, 97, 99, 104, 120, 124, 129, 130]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, Oxford 2015 (zit. KAUFMANN-KOHLER/ RIGOZZI)

Rz [20]

KELLERHALS FRANZ/BERGER BERNHARD, Widerklage und Verrechnung nach den Swiss Rules of International Arbitration, in: FS Knopfler François, Basel 2005, 207-226 (zit. KELLERHALS/BERGER)

Rz [29]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Bern 2009 (zit. KOLLER AT)

Rz [122]

KOLLER CHRISTIAN, Aufrechnung und Widerklage im Schiedsverfahren, Unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsorts Österreich, Wien 2009 (zit. KOLLER)

Rz [28]

KUKO, HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014 (zit. KUKO OR-BEARBEITERIN)

Rz [83]

LEU DANIEL, Vertragstreue in Zeiten des Wandels – Die clausula rebus sic stantibus und das Kriterium der Vorhersehbarkeit, in: FS für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2007, 107-125 (zit. LEU)

Rz [99, 104]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2nd ed., Biggleswade 2007 (zit. POUDRET/BESSON)

Rz [29]

PRYLES MICHAEL/WAINCYMER JEFFREY, Multiple Claims in Arbitrations between the same Parties, in: 50 Years of the New York Convention, Albert Jan van den Berg (Hrsg.) Alphen aan den Rijn 2009, 437-499 (zit. PRYLES/WAINCYMER)

Rz [11]

SCHLEIFFER PATRICK, No Material Adverse Change, in: Mergers & Acquisitions VI, Tschäni Rudolf (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 53-107 (zit. SCHLEIFFER)

Rz [59, 62]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012 (zit. SCHWENZER)

Rz [10, 93]

VIONNET GUILLAUME, L'exercice de droit formateurs, études, Genève/Bâle/Zürich 2008 (zit. VIONNET)

Rz [110]

VON THUR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, 3. Auflage, Zürich 1974 (zit. VON THUR/ESCHER)

Rz [59]

WATTER ROLF/SCHNELLER YVES, Umgang mit Vollzugs- und Übertragungshindernissen in M&A-Verträgen, in : Mergers & Acquisitions IX, Tschäni Rudolf (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2007, 221-279 (ZIT. WATTER/SCHNELLER)

Rz [55]

ZK, AEPLI VIKTOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Teilband 1h, Das Erlöschen der Obligation Art. 114-126 OR, 3. Auflage, Zürich 1991 (zit. ZK OR-AEPLI)

Rz [48, 50]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, 2nd edition, Zürich 2013. (zit. Swiss Rules-BEARBEITERIN)

Rz [28]

Entscheidverzeichnis

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

17.11.1975

BGE 101 II 325

Rz [10]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

01.03.1983

BGE 109 II 20

Rz [73]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

28.11.1989

BGE 115 II 440

Rz [84]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

23.10.1990

BGE 116 II 519

Rz [86]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

13.06.1991

BGE 117 II 273

Rz [74]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

01.07.1993

BGE 119 II 368

Rz [116]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20.12.1995
BGE 121 III 495
Rz [40]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
24.04.2001
BGE 127 III 300
Rz [97]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
05.07.2001
BGE 127 III 444
Rz [116]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19.08.2002
BGE 128 III 419
Rz [10]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
30.03.2004
BGer 4C.49/2004
Rz [96, 99]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
05.08.2005
BGE 131 III 606
Rz [10]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15.12.2005
BGer 4C.281/2005
Rz [74]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
29.02.2008
BGer 4A_452/2007
Rz [20, 23]

Urteil der Zürcher Handelskammer vom
22.05.2008
in: ASA Bulletin, Vol 26, No. 1, 2008
Rz [28]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
14.12.2008
BGer 5C.192/2004
Rz [72]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19.02.2014
BGer 4A_449/2013
Rz [73]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27.02.2014
BGE 140 III 134
Rz [40]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20.02.2015
BGer 4A_390/2014
Rz [9]

Urteil des Zürcher Obergerichts vom
13.08.2015
HG140205
Rz [48]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ABV	Aktionärbindungsvertrag
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASA	Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
betr.	betreffend
bezgl.	bezüglich
BGE	Leitentscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CHF	Schweizerfranken
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
E.antwort	Einleitungsantwort
E.anzeige	Einleitungsanzeige
EBITDA	earnings before interest, taxes, depreciation and amortization
E.coli	Escherichia coli
etc.	et cetera
f.	folgende [Seite]
ff.	folgende [Seiten]
FS	Festschrift
gem.	gemäss
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 219)
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KS	Klageschrift
KV 13	Kaufvertrag vom 11. April 2013

KV 14	Kaufvertrag vom 1. Oktober 2014
mind.	mindestens
M&A	Mergers & Acquisitions
MAC	material adverse change
N	Randnummer
Nr.	Nummer
NZ	New Zealand
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
resp.	respektiv
Rz	Randziffer/Randnummer
s.	siehe
sog.	sogenannte
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
Stn.	Stellungnahme
Swiss Rules	Internationale Schweizerische Schiedsordnung, Basel etc. 2012
u.a.	unter anderem
Vfg.	Verfügung
VM	VeganMarket
Vor	Vorbemerkung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

A. Prozessualer Teil

I Anwendbares Recht

- 1 Auf das vorliegende Verfahren ist materielles schweizerisches Recht anwendbar (Vfg. Nr. 1, Rz 11). In prozessualer Hinsicht finden die zwingenden Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG und die Swiss Rules Anwendung (Vfg. Nr. 1, Rz. 12).

II Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Hauptklage

- 2 Die Klägerin begründet die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der von ihr erhobenen Rechtsbegehren mit der Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung in Art. 3.1 des KV 13 auf den ABV (KS, Rz 1). Dabei verkennt sie zunächst, dass der ABV nicht mehr anwendbar ist, weil er durch den KV 14 ersetzt wurde (s. Rz 48 ff.). Selbst wenn der ABV noch anwendbar wäre, hätte die Klägerin gem. Art. 6.9 i.V.m. Art. 27.8 ABV zuerst den Schiedsgutachter und danach die ordentlichen Gerichte in Zug anrufen müssen.

1. Zuständigkeit des Schiedsgutachters gem. Art. 6.9 ABV

- 3 Die Nichteinigung über die Einsetzung eines Schiedsgutachters ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht unbestritten, sondern bedarf einer näheren Begründung (KS, Rz 19).
- 4 Der Schiedsgutachter regelt die ihm zugeteilte Streitfrage abschliessend, weshalb das Gericht für diese Frage nicht zuständig ist (BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 38 f.).
- 5 Nachdem es im Dezember 2014 zwischen den Parteien zu Streitigkeiten über die Preisberechnung kam, widersetzte sich die Beklagte der Einsetzung eines Schiedsgutachters nur (s. E-Mail vom 26.1.2015, B-4), weil sie den KV 14 für anwendbar hält und dieser gerade keinen Schiedsgutachter vorsieht. Durch Zustimmung zur Einsetzung eines Schiedsgutachters hätte die Beklagte zum einen den ABV indirekt für anwendbar erklärt und zum anderen wäre die Streitfrage durch den Schiedsgutachter abschliessend auf der Grundlage des ABV beurteilt worden. Dies wollte die Beklagte vermeiden.
- 6 Die Klägerin wirft nun der Beklagten vor, sie würde eine Klage auf Einsetzung des Schiedsgutachters erheben (KS, Rz 20 f.). Eine solche Klage wurde jedoch von der Beklagten nie vorgebracht und wird auch jetzt nicht vorgebracht, weshalb die Ausführungen zum behaupteten Rechtsmissbrauch irrelevant sind.
- 7 Da die Parteien von verschiedenen Vertragsgrundlagen ausgingen und sich diesbezüglich nicht einigen konnten, liegt nicht generell ein Verzicht auf den Schiedsgutachter vor. Folglich muss die Klägerin nach wie vor zunächst den Schiedsgutachter für die Bestimmung des Kaufpreises der Aktien anrufen, weil sie die Aktien gestützt auf den ABV fordert und dieser eine Schiedsgutachterklausel enthält.

2. Zuständigkeit der staatlichen Gerichte in Zug gem. Art. 27.8 ABV

- 8 Gem. dem ABV wären nach der Anrufung des Schiedsgutachters die staatlichen Gerichte in Zug für die Hauptklage zuständig. Die Klägerin macht in Abweichung von der vertraglich vereinbarten Zuständigkeitsregelung geltend, dass das Schiedsgericht Ansprüche aus dem ABV beurteilen dürfe, weil der KV 13 und der ABV ein zusammenhängendes Ganzes bilden. Aufgrund dessen sei die Ausweitung der Schiedsvereinbarung des KV 13 auf den ABV gerechtfertigt (KS, Rz 3 ff.). Nachfolgend wird dieser Argumentation widersprochen.
- 9 Die Auslegung der Schiedsklausel im KV 13 und der Zuständigkeitsregelung des ABV stellt den Ausgangspunkt zur Beantwortung der Frage dar, ob das Schiedsgericht für die Beurteilung von Ansprüchen aus dem ABV zuständig ist (HANOTIAU, 372; BERGER/KELLERHALS, N 502). Dabei wird den allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen zur Auslegung von Willenserklärungen gefolgt (BGer 4A_390/2014 E. 3.3; BERGER/KELLERHALS, N 478).
- 10 Massgebend ist primär der tatsächliche Wille der Parteien (HUGUENIN, N 275). Kann ein solcher nicht mehr festgestellt werden, muss durch objektivierte Auslegung der mutmassliche Wille eruiert werden (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 8). Es ist darauf abzustellen, wie eine Partei eine Willensäußerung nach Treu und Glauben verstehen konnte und musste (BGE 131 III 606 E. 4.1; BGE 128 III 419 E. 2.2). Dabei sind Auslegungsmittel wie Wortlaut, Interessenlage der Parteien, die Verkehrssitten und Usancen im Lichte des Gesamtzusammenhanges heranzuziehen (BGE 101 II 325 E. 1; SCHWENZER, OR AT, N 33.05 f.; HUGUENIN, N 290).

2.1 Abweichende Zuständigkeitsregel des ABV

- 11 Die Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung auf einen Vertrag mit abweichender Zuständigkeitsregelung ist nicht möglich (HANOTIAU, 311). Insb. die Aufnahme einer Gerichtsstandsklausel spricht für den Willen der Parteien, Streitigkeiten aus diesem Vertrag nicht vor dem Schiedsgericht auszutragen (PRYLES/WAINCYMER, 61; BERGER/KELLERHALS, N 516).
- 12 Dass der ABV mit der Schiedsgutachter- und Gerichtsstandsklausel eine abweichende Zuständigkeitsregel aufstellt, belegt den Parteiwillen, Streitigkeiten aus KV 13 und ABV vor unterschiedlichen Gerichten auszutragen.

2.2 Keine Ausweitung der Schiedsvereinbarung des KV 13 auf Ansprüche aus ABV

- 13 Der ABV enthält eine Gerichtsstandsklausel, gem. der die staatlichen Gerichte in Zug zuständig sind „[f]ür alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag [...], soweit keine andere Regelung dieses Vertrages vorgeht“ (Art. 27.8 ABV). Nach Ansicht der Klägerin kann sich diese „andere Regelung“ auch aus dem KV 13 ergeben, weil der KV 13 und der ABV ein zusammenhängendes Ganzes bilden, resp. konnex seien (KS; Rz 5 ff., 10 ff.).

- 14 Es ist zwar unbestritten, dass der KV 13 und der ABV auf gewisse Weise miteinander verknüpft sind, weil der Unternehmensverkauf der VM AG auf diese beiden Verträge aufgeteilt wurde. Die von der Klägerin vorgebrachten gegenseitigen Verweise und sich teilweise überschneidenden und ergänzenden materiellen Vertragsregelungen (KS, Rz 5) sind deshalb zu erwarten und sprechen nicht *per se* für ein zusammenhängendes Ganzes.
- 15 Im vorliegenden Fall sind jedoch die Regelungsinhalte und Zielsetzungen der beiden Verträge unterschiedlich. Dies manifestiert sich in den jeweiligen Betreff-Beschrieben und Präambeln (s. Deckblätter KV 13 und ABV): Demnach regelt der KV 13 bloss den Verkauf der ersten 50% der Aktien (Präambel B KV 13), während der ABV als „Aktionärsvereinbarung“ (Art. 27.1.1 ABV) die Rechte und Pflichten der Aktionäre in Bezug auf *alle* Aktien stipuliert.
- 16 Die Aufteilung des Unternehmensverkaufs auf zwei Verträge durch Abschluss eines Aktionärsbindungsvertrags war geboten, weil Aktionäre statutarisch nur zur Liberierung ihrer Aktien verpflichtet werden können (Art. 680 Abs. 1 OR). Die Sorgfalts- und Treuepflichten (Art. 9 und 27.5 ABV) sowie Kaufs- resp. Verkaufsrechte an den einzelnen Aktienpaketen (Art. 6.7 ABV) wurden deshalb richtigerweise im ABV geregelt.
- 17 Mit Abschluss des KV 13 begann sogleich die Joint-Venture-Phase. Um während der gemeinsamen Beteiligung an der VM AG Rechtsunsicherheit zu vermeiden, wurde der ABV noch am selben Tag wie der KV 13 abgeschlossen. Daraus kann deshalb nicht geschlossen werden, dass die beiden Verträge ein zusammenhängendes Ganzes bilden (KS, Rz 5).
- 18 Die unterschiedlichen Regelungsinhalte der Verträge belegen somit, dass diese kein zusammenhängendes Ganzes bilden, sondern der Regelung zweier separater und voneinander losgelösten Phasen dienen.
- 19 Auch das von der Klägerin vorgebrachte Argument, dass der Wortlaut der Schiedsvereinbarung, der Streitigkeiten „im Zusammenhang mit“ dem KV 13 erfasst (Art. 3.1 KV 13), in Anbetracht der Konnexität der Verträge eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung zulässt (KS, Rz 10 ff.), vermag nicht zu überzeugen.
- 20 Die Formulierung „im Zusammenhang mit“ muss gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGer 4A_452/2007 E. 2.5.2), auf die sich die Klägerin erstaunlicherweise selbst beruft (KS, Rz 11), so verstanden werden, dass von der Schiedsvereinbarung auch Streitigkeiten über Zustandekommen, Wirksamkeit und Vertragsbeendigung des besagten Vertrags erfasst sind. Sie begründet aber nicht ohne Weiteres die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung von „Ansprüche[n] aus anderen, mit diesem Vertrag in gewissen Elementen verbundenen Verträgen“ (BGer 4A_452/2007 E. 2.5.2; s. auch BERGER/KELLERHALS, N 504). Die mit

der Formulierung „im Zusammenhang mit“ gerechtfertigte Ausweitung der Schiedsvereinbarung ist insb. dann unzulässig, wenn der verbundene Vertrag eine Gerichtsstandsklausel enthält (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 3.143).

- 21 Daraus folgt, dass nicht von der umfassenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts ausgegangen werden darf, weil dies dem Wortlaut und Sinn von Art. 6.9 i.V.m. Art. 27.8 ABV zuwiderlaufen würde, wonach für Ansprüche aus dem ABV zuerst der Schiedsgutachter und dann die ordentlichen Gerichte in Zug zuständig sind.
- 22 Schliesslich verweist die Klägerin auf die angebliche Gefahr widersprüchlicher Urteile bei uneinheitlicher Zuständigkeit (KS, Rz 15).
- 23 Auch wenn eine einheitliche Zuständigkeit zur Verhinderung unvereinbarer Gerichtsentschiede sinnvoll sein mag, muss die von den Parteien getroffene Vereinbarung unterschiedlicher Streitbeilegungsverfahren befolgt werden (BGer 4A_452/2007 E. 2.5.3; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 35a). Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für den KV 13 und der staatlichen Gerichte für den ABV lässt sich somit nicht mit dem Verweis auf allfällige widersprüchliche Urteile aushebeln.
- 24 Die klägerische Argumentation, wonach sich die der Gerichtsstandsklausel vorgehende „andere Regelung“ (Art. 27.8 ABV) auch aus dem KV 13 ergeben könne (KS, Rz 14), verfängt somit nicht. Mit der zitierten Formulierung wurde lediglich Bezug auf die Schiedsgutachterklausel (Art. 6.9 ABV) desselben Vertrages genommen.

3. Fazit

- 25 Das Schiedsgericht ist nicht für die Beurteilung der Hauptklage zuständig, sondern zuerst der Schiedsgutachter und dann die ordentlichen Gerichte in Zug.

III Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage

- 26 Die Beklagte erhebt ihre Widerklage gestützt auf Art. 1 i.V.m. Art. 11.1 KV 14. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist das angerufene Schiedsgericht entgegen der klägerischen Ansicht (KS, Rz 23 ff.) für die Beurteilung der Widerklage zuständig. Sowohl bei Unwirksamkeit des KV 14, als auch bei Zuständigkeit des vorliegenden Schiedsgerichts für die Hauptklage, ist die Erhebung der Widerklage zulässig.

1. Zuständigkeit des vorliegenden Schiedsgerichts

- 27 Das von der Klägerin angerufene Schiedsgericht ist nicht für die Hauptklage (s. Rz 2 ff.), aber aufgrund identischer Schiedsvereinbarungen für die Beurteilung der Widerklage zuständig.
- 28 Wie von der Klägerin richtig erkannt (KS, Rz 24), enthalten weder die *lex arbitrii*, noch die Swiss Rules spezifische Voraussetzungen für die Beurteilung der Widerklage (Swiss Rules-

BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 35; Arbitration-BERGER, Art. 186 PILS N 75). Diese Regelungslücke lässt grossen Interpretationsspielraum (KOLLER, 242). Unter dem Gesichtspunkt der Effizienz, die für die Swiss Rules ein zentrales Anliegen darstellt (ASA Bulletin, Vol. 26, 733), ist die klägerische Ansicht (KS, Rz 25 ff.), dass nur Widerklagen aus dem gleichen Vertragsverhältnis wie die Hauptklage zuzulassen sind, zunächst abzulehnen.

- 29 Es ist primär auf den Parteiwillen abzustellen und zu ermitteln, ob die Beurteilung der Widerklage im konkreten Fall als zulässig erachtet wird (KELLERHALS/BERGER, 220). In der Literatur wird vorgeschlagen, sich aufgrund fehlender Regelung von Art. 377 Abs. 2 ZPO leiten zu lassen (Arbitration-BERGER, Art. 186 PILS N 75), der besagt, dass eine Widerklage zulässig ist, wenn sie eine Streitsache betrifft, die unter eine mit der Hauptklage übereinstimmende Schiedsvereinbarung fällt und mit dieser demnach kompatibel ist. Wird die Widerklage also gestützt auf einen anderen Vertrag erhoben, der eine Schiedsvereinbarung enthält, die mit jener der Hauptklage identisch oder kompatibel ist, kann je nach den vertraglichen Gegebenheiten vermutet werden, dass das einmal angerufene Schiedsgericht für Haupt- und Widerklage zuständig sein soll (BERGER/KELLERHALS, N 534; POUURET/BESSON N 574).
- 30 Wie die Klägerin richtig erkennt, fällt der widerklageweise geltend gemachte Anspruch unter die Schiedsvereinbarung von Art. 11.1 KV 14 (KS, Rz 29 ff.). Die Schiedsvereinbarungen, unter welche die vorliegenden Ansprüche von Klägerin und Beklagter fallen, stimmen nicht nur in den wichtigsten Hauptpunkten überein, sondern sind sogar absolut identisch. Ausserdem handelt es sich vorliegend entgegen der klägerischen Ansicht nicht um reine Musterchiedsklauseln (KS, Rz 29), da die beiden Schiedsvereinbarungen durch einen identischen, individualisierten Abschnitt ergänzt wurden. Dieser Umstand verdeutlicht, dass die Wiederaufnahme der identisch formulierten Schiedsvereinbarung nicht zufällig erfolgte, sondern von den Parteien beabsichtigt wurde.
- 31 Zusätzlich handelt es sich beim KV 14 nicht um eine völlig neue Regelung unter neuen Umständen (KS, Rz 30). Der KV 13 und KV 14 bezwecken ein und dieselbe wirtschaftliche Transaktion, nämlich den abschliessenden Verkauf von je 50% der Aktien der VM AG (s. Deckblätter KV 13 und KV 14).
- 32 Die Verwendung identischer Schiedsvereinbarungen im KV 13 und KV 14 bei derselben wirtschaftlichen Transaktion ist demnach so zu verstehen, dass die Parteien Streitigkeiten aus den jeweiligen Verträgen vor ein und demselben Schiedsgericht beurteilt haben wollten.
- 33 Die Frage nach einer Einlassung oder einer Vereinbarung zwischen den Parteien zur nachträglichen Begründung der Zuständigkeit für die Widerklage (KS, Rz 38 ff.), erübrigt sich somit.

- 34 Der letzte Einwand der Klägerin, dass die Erhebung der Widerklage zusätzlich den Prozess verzögere und torpediere (KS, Rz 31) und es deshalb geboten sei, auf die Widerklage nicht einzutreten, ist unzutreffend. Die Beklagte hat nämlich die Widerklage zeitgerecht gem. Art. 3(10) Swiss Rules mit der Einleitungsantwort erhoben.
- 35 Das angerufene Schiedsgericht ist nach dem Gesagten für die Beurteilung der Widerklage zuständig.

2. Eventualiter: Zulässigkeit der Widerklage auch bei Unwirksamkeit des KV 14

- 36 Das mögliche Argument, dass das Schiedsgericht nicht für die Widerklage zuständig sei, weil der KV 14 samt Schiedsvereinbarung dahingefallen sei (Stn. zur E.antwort, Rz 3), wird von der Klägerin nicht hervorgebracht. Nachfolgend wird dennoch aufgezeigt, weshalb das Schiedsgericht unabhängig von der Wirksamkeit des KV 14 für die Widerklage zuständig ist.
- 37 Der Grundsatz der Autonomie der Schiedsvereinbarung besagt, dass die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung unabhängig von der Gültigkeit des Vertrages, in dem sie sich befindet, zu beurteilen ist (Art. 178 Abs. 3 IPRG; Art. 21(2) Swiss Rules). Somit beurteilt das Schiedsgericht zunächst seine Zuständigkeit aufgrund einer gültigen Schiedsvereinbarung und entscheidet erst anschliessend über Ungültigkeitseinreden betr. den Hauptvertrag (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 91).
- 38 Vorliegend wird der gültige Rücktritt der Klägerin vom KV 14 bestritten (s. Rz 64 ff.). Selbst wenn man jedoch von einem gültigen Vertragsrücktritt ausginge, hätte die Schiedsvereinbarung in Art. 11.1 KV 14 aufgrund des Autonomiegrundsatzes ihre Rechtswirksamkeit nicht ebenso verloren.
- 39 Ein mögliches klägerisches Argument wäre zudem, dass die Schiedsvereinbarung in Art. 11.1 KV 14 nie Rechtswirksamkeit erlangt habe, weil sie unter die suspensive Wirkung der MAC-Klausel falle und dass darin eine gewollte Abweichung vom Autonomiegrundsatz liege. Ein solches Vorbringen wäre unzutreffend.
- 40 Eine bedingte Ausgestaltung der Schiedsvereinbarung (BERGER/KELLERHALS, N 622) sowie eine Abweichung vom Autonomiegrundsatz sind zwar möglich. Der Parteiwille einer solchen Abweichung muss jedoch aus dem Vertrag klar ersichtlich sein (BGE 121 III 495 E. 5; BGE 140 III 134 E. 3.3.3).
- 41 Einerseits handelt es sich bei der MAC-Klausel nicht um eine Suspensivbedingung (s. Rz 56 ff.), andererseits belegt die vorliegende Schiedsvereinbarung gerade den Willen der Parteien, dem Autonomiegrundsatz zu folgen, indem sie besagt, dass Streitigkeiten über die Gültigkeit des KV 14 durch ein Schiedsverfahren zu entscheiden sind (Art. 11.1 KV 14).

42 Im KV 14 finden sich folglich keinerlei Anhaltspunkte, den Autonomiegrundsatz auszuschliessen und die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung von jener des KV 14 abhängig zu machen. Das Schiedsgericht ist somit auch bei Unwirksamkeit des KV 14 für die Widerklage zuständig.

3. Eventualiter: Gemeinsame Beurteilung von Haupt- und Widerklage

43 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten der Unzuständigkeitseinrede betr. Hauptklage (s. Rz 2 ff.) nicht stattgeben, wird nachfolgend die Konnexität zwischen Haupt- und Widerklageanspruch dargelegt, obwohl die Klägerin bloss mangelhaft begründet (KS, Rz 35), weshalb die Konnexität i.S.v. Art. 8 IPRG eine Voraussetzung der Widerklagezuständigkeit darstellt.

44 Die Konnexität wird gem. Art. 8 IPRG bejaht, wenn zwischen Haupt- und Widerklageanspruch ein sachlicher Zusammenhang besteht (BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 8 N 8). Der Haupt- sowie Widerklageanspruch gestützt auf ABV bzw. KV 14 ist im vorliegenden Fall der Kauf- resp. Verkauf der restlichen 50% der Aktien der VM AG. Bei beiden Klagen geht es im Kern um die Frage der Berücksichtigung negativer EBITDA, wovon auch die Anspruchsgrundlage abhängt. Die Konnexität zwischen den beiden Klagen wäre folglich gegeben.

4. Fazit

45 Das angerufene Schiedsgericht ist vorliegend aufgrund identischer Schiedsklauseln für die Beurteilung der Widerklage zuständig. Der Widerklageanspruch stützt sich sowohl bei Wirksamkeit als auch bei Unwirksamkeit des KV 14 auf eine gültige Schiedsvereinbarung. Zudem ist die Widerklage auch bei Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Hauptklage zulässig.

B. Materieller Teil

I Übertragung der restlichen 50% der Aktien gestützt auf KV 14

46 Die Klägerin ist der Ansicht, dass die ausstehenden 50% der Aktien der VM AG auf der Grundlage des ABV zu übertragen sind, weil sie vom KV 14 zurückgetreten sei und dieser ohnehin nie Rechtswirksamkeit erlangt habe (KS; Rz 43 ff., 56). Dieser Argumentation kann aus den nachstehenden Gründen nicht gefolgt werden.

1. Aufhebung des ABV durch Abschluss des KV 14

47 Die Klägerin argumentiert, der ABV sei nicht ausser Kraft gesetzt worden (KS, Rz 52). Eventualiter sei er durch den KV 14 noviert worden und lebe aufgrund des Dahinfallens des KV 14 wieder auf (KS, Rz 54). Diese Vorbringen sind unzutreffend.

48 Den Parteien steht es jederzeit frei, einen Vertrag aufzuheben (HUGUENIN, N 639). Auch der Abschluss eines neuen Vertrages, der von den Regelungen des alten abweicht, kann eine kon-

kludente Vertragsaufhebung darstellen (s. ZK OR-AEPLI, Art. 115 N 30 ff.; OGer ZH HG140205 E. 3.2.3.1.2).

- 49 Vorliegend einigten sich die Parteien, den KV 14 abzuschliessen, nachdem es am 16. Juni 2014 bei Anwendung des ABV zu Kaufpreisstreitigkeiten gekommen war. Die Regelungen des KV 14 weichen von jenen des ABV ab, indem u.a. ein neuer Kaufpreis (Art. 1) und eine MAC-Klausel vereinbart wurden (Art. 10.2 (c)). Der Wille der Parteien, den ABV aufzuheben, wurde in der Folge nicht nur konkludent, sondern ausdrücklich in der Präambel B sowie in Art. 11.7 des KV 14 niedergeschrieben. Es geht nicht an, dass die Klägerin nun nachträglich, entgegen dem Wortlaut des KV 14, behauptet, der ABV sei nicht ausser Kraft gesetzt worden.
- 50 Zudem wäre der ABV auch nicht der Novation zugänglich gewesen: Damit eine Obligation noviert werden kann, muss sie Bestand haben (ZK OR-AEPLI, Art. 116 N 12). Die Optionsrechte in Art. 6.7 ABV stellten jedoch noch keine bestehenden Forderungen dar (s. Rz 110), weshalb eine Novation des ABV von vornherein ausgeschlossen war.
- 51 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Parteien mit Abschluss des KV 14 am 1. Oktober 2014 den ABV aufgehoben haben.

2. Rechtswirksamkeit des KV 14

- 52 Weil die Voraussetzungen zum Rücktritt vom KV 14 am 12. Dezember 2014 nicht gegeben waren, ist der KV 14 weiterhin in Kraft und die Parteien zum Vollzug desselben verpflichtet. Nachfolgend wird dieser Standpunkt begründet.

2.1 Keine bedingte Rechtswirksamkeit des KV 14 durch die MAC-Klausel

- 53 Der Argumentation der Klägerin, die Vollzugsvoraussetzungen in Art. 10.2 KV 14 seien allesamt Suspensivbedingungen, weshalb der KV 14 nie Rechtswirksamkeit erlangt habe (KS, Rz 45), kann nicht gefolgt werden.
- 54 Zwar handelt es sich bei den Vollzugsvoraussetzungen in Art. 10.2 (a) und (b) tatsächlich um Suspensivbedingungen. Diese bedingen jedoch lediglich den Vollzug des KV 14 und nicht die Rechtswirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäfts.
- 55 Entgegen dem zu engen Wortlaut in Art. 151 Abs. 1 OR können nicht nur Verträge als Ganzes, sondern auch einzelne Rechte und Pflichten bedingt werden (BSK OR I-EHRAT, Vor Art. 151-157 OR, N 4; WATTER/SCHNELLER, 256). Der KV 14 trat gem. Art. 11.7 am 1. Oktober 2014 in Kraft. Ein dieser Bestimmung widersprechender Parteiwille, der die Wirksamkeit des KV 14 gesamthaft suspensiv bedingt, ist indes nicht ersichtlich.

- 56 Zudem sind die Suspensivbedingungen in Art. 10. 2 (a) und (b) KV 14 erfüllt (Vfg. Nr. 2, Rz 14 f.), weshalb der Vollzug zum heutigen Zeitpunkt für die Parteien verbindlich ist. Die MAC-Klausel in Art. 10.2 (c) KV 14 hat hingegen nichts mit der Verbindlichkeit des Vollzugs zu tun, da sie keine Suspensivbedingung, sondern ein bedingtes Rücktrittsrecht darstellt.
- 57 Dass MAC-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen meistens als Suspensivbedingungen ausgestaltet werden (KS, Rz 45), mag zwar stimmen. Trotzdem ist bei der Auslegung der Klausel auf die konkreten Umstände abzustellen (s. Rz 10).
- 58 Vorliegend stipuliert die MAC-Klausel zwei Bedingungen und nennt bei deren Eintritt explizit das Recht der Klägerin, vom Vertrag zurückzutreten. Erstens müssen zwischen Signing und Closing mehr als sechs Wochen vergangen sein. Zweitens muss in dieser Zeit ein Wertverlust von mind. 20% gegenüber dem Kaufpreis in Art. 1 KV 14 eingetreten sein.
- 59 Ein Rücktrittsrecht ist ein einseitiges, aufhebendes Gestaltungsrecht, das durch Willenserklärung ausgeübt wird (HUGUENIN, N 75). Das Recht zur Ausübung des Rücktritts kann von einer Bedingung i.S.v. Art. 151 Abs. 1 OR abhängen (s. VON THUR/ESCHER, 275 f.). MAC-Klauseln können als solche bedingte Rücktrittsrechte ausgestaltet werden, wobei die Wirksamkeit des Rücktrittsrechts vom Eintritt des in der MAC-Klausel umschriebenen Ereignisses abhängig gemacht wird (SCHLEIFFER, 71).
- 60 Wie bereits dargelegt, stellt ein Wertverlust der VM AG von über 20% die nachteilige Veränderung dar, welche die Klägerin zum Rücktritt berechtigt. Weil die MAC-Klausel das Wort „zurücktreten“ explizit nennt (Art. 10.2 (c) KV 14) und gerade nicht Bezug auf den angeblichen Suspensivcharakter nimmt, ist sie als aufschiebend bedingtes Rücktrittsrecht auszulegen.
- 61 Die Klägerin begründet den Suspensivcharakter der MAC-Klausel damit, dass ihr einziger Zweck sei, die Klägerin bis zum Vollzug des KV 14 vor negativen Wertverschlechterungen zu schützen (KS, Rz 45). Zwar übt die MAC-Klausel tatsächlich eine gewisse Schutzfunktion für die Klägerin aus, weil die Ausübung des Rücktrittsrechts vertraglich nur ihr zusteht. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb diese Schutzfunktion für die Ausgestaltung als Suspensivbedingung anstatt eines bedingten Rücktrittsrechts sprechen sollte.
- 62 Zudem ist die Behauptung der Klägerin, dass sie die Gefahr für allfällige Wertverschlechterungen erst am Tag des Closing hätte übernehmen wollen und die MAC-Klausel deshalb als Suspensivbedingung ausgestaltet wurde, falsch (KS, Rz 47). Die Parteien nehmen nämlich gerade durch Aufnahme einer MAC-Klausel eine Regelung der Risikoverteilung von Wertverschlechterungen zwischen Signing und Closing vor (SCHLEIFFER, 56). Vorliegend wurde die Risikotragung so aufgeteilt, dass die Klägerin die Gefahr für Wertverschlechterungen bis

20% und die Beklagte jene über 20% trägt. Die klägerische Ansicht ist somit unzutreffend und erlaubt nicht die Auslegung der MAC-Klausel als Suspensivbedingung.

63 Abschliessend ist festzuhalten, dass der KV 14 am 1. Oktober 2014 in Kraft getreten ist und aufgrund des Eintritts der Bedingungen in Art. 10.2 (a) und (b) zu vollziehen ist. Die MAC-Klausel ist als bedingtes Rücktrittsrecht auszulegen und tangiert deshalb die Verbindlichkeit des Vollzugs des KV 14 nicht.

2.2 Kein wesentlicher Wertverlust

64 Die Wertverlustberechnung der MAC-Klausel beruht auf der EBITDA-Formel gem. Art. 6.8 i.V.m. Art. 2 ABV (E-Mails vom 12. und 16.12.2014, B-2). Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, Rz 50 f.) sind negative EBITDA dabei nicht zu berücksichtigen.

65 Die Berechnungsgrundlage für den Wertverlust muss entgegen der Auffassung der Klägerin, nicht *per se* käuferfreundlich ausgelegt werden (KS, Rz 50). Auch wenn die MAC-Klausel der Käuferin einen gewissen Schutz einräumt (s. Rz 61), ist sie im Lichte des vertraglichen Gesamtzusammenhangs auszulegen (s. Rz 10).

66 Gem. Wortlaut der MAC-Klausel (Art. 10.2 (c) KV 14) bestimmt sich die Berechnung des Wertverlusts nach der Kaufpreishöhe in Art. 1 KV 14. Negative EBITDA wurden dabei unbestrittenermassen nicht berücksichtigt (s. Rz 90 f.). Dies muss folglich auch bei der Wertverlustberechnung gelten, weil Kaufpreis und Wertverlust sonst mathematisch nicht vergleichbar wären.

67 Die von der Klägerin vorgebrachte allfällige Verzerrung der Ertragslage der VM AG durch Nichtberücksichtigung negativer EBITDA (KS, Rz 50) vermag, in Ermangelung entgegenstehender zwingender betriebswirtschaftlicher Regeln, die getroffene Parteivereinbarung nicht abzuändern.

68 Die Nichtberücksichtigung negativer EBITDA war vorliegend notwendig, um einen vertraglichen Interessenausgleich zu gewährleisten. Da die Klägerin mit Abschluss des ABV die operative Führung übernahm (Art. 9 ABV), hätte sie einen Wertverlust von 20% herbeiführen können, um sich von der Kaufpreispflicht des KV 14 zu entbinden. Um die Beklagte vor diesem Risiko zu schützen, war es geboten, negative EBITDA nicht zu berücksichtigen. Das klägerische Argument, dass sie bei Nichtberücksichtigung negativer EBITDA ein zu hohes Risiko trage (KS, Rz 46), vermag somit nicht zu überzeugen.

69 Aufgrund des Wortlauts der Klausel sowie im Sinne des vertraglichen Interessenausgleichs sind negative EBITDA demnach mit Null zu veranschlagen. Daraus folgt, dass am 12. Dezember 2014 kein zum Rücktritt berechtigender Wertverlust von über 20% vorlag. Der Rücktritt der Klägerin ist somit ungültig und der KV 14 weiterhin wirksam.

2.3 Eventualiter: Auch bei wesentlichem Wertverlust kein Rücktrittsrecht

- 70 Sollte das Schiedsgericht zur Ansicht gelangen, dass ein Wertverlust von 20% eingetreten sei, weil die negativen EBITDA bei der Berechnung zu berücksichtigen seien, ist die Klägerin entgegen ihrer Auffassung (KS; 58 f., 67) dennoch nicht zum Rücktritt vom KV 14 berechtigt.
- 71 Die Klägerin geht fälschlicherweise davon aus, dass ihr Verhalten bezgl. der Wertverschlechterung der NZ Venture für die Ausübung der MAC-Klausel nicht von Bedeutung sei (KS, Rz 58; E-Mail vom 5.1.2016, B-3).
- 72 Bei der MAC-Klausel handelt es sich um ein aufschiebend bedingtes Rücktrittsrecht (s. Rz 56 ff.), weshalb Art. 151 ff. OR Anwendung finden. Art. 156 OR bezweckt gerade den Schutz vor einer Beeinflussung des Bedingungseintritts durch eine der Parteien (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 1), weshalb deren Verhalten sehr wohl eine Rolle spielt. Nach analoger Anwendung von Art. 156 OR wird eine treuwidrig herbeigeführte Bedingung als nicht eingetreten fingiert (BGer 5C.192/2004 E. 2.3.1).
- 73 Art. 156 OR setzt ein treuwidriges Verhalten voraus, das kausal zum Eintritt der Bedingung führt (BGer 4A_449/2013 E. 5.3). Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS, Rz 67) ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. weder Absicht noch Verschulden erforderlich (BGE 109 II 20 E. 2.b; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 4019).

2.3.1 Vorliegen eines treuwidrigen Verhaltens der Klägerin

- 74 Art. 156 OR erfasst lediglich treuwidriges Verhalten i.S.v. Art. 2 ZGB (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 1). Namentlich verstösst das Verhalten dann gegen Treu und Glauben, wenn es sich gegen den Zweck des Rechtsgeschäfts richtet (BGE 117 II 273 E. 5c). Dabei werden auch die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt (BGer 4C.281/2005 E. 3.5).
- 75 Der Geschäftszweck des KV 14 ist die Übertragung der Aktien der VM AG und somit der endgültige Unternehmensverkauf (E.anzeige, Rz 6). Jede Handlung der Klägerin, welche diesem Unterfangen zuwiderläuft, muss demnach als treuwidrig eingestuft werden.
- 76 Die Parteien haben am 1. Oktober 2014 den KV 14 mit der MAC-Klausel abgeschlossen, womit die klägerische Verhaltensweise ab diesem Datum relevant ist.
- 77 Zu beachten sind deshalb insb. die verschärften Lebensmittelsicherheitsregulierungen in Neuseeland. Obwohl eine Anpassung der Produktion an die verschärften Vorschriften schon vor dem 1. Oktober 2014 geboten gewesen wäre, hat die Klägerin eine Anpassung auch in der Folge unterlassen. Erst durch die ausdrückliche Aufforderung von MEDSAFE am 6. Oktober 2014 kam sie ihrer Pflicht nach (Vfg. Nr. 2, Rz 6).

- 78 Einerseits wurde durch das Abwarten der Klägerin der Wertverlust der NZ Venture treuwidrig herbeigeführt, wodurch der Vollzug des KV 14 und damit der vollständige Verkauf der VM AG verhindert wurden. Andererseits verstösst das klägerische Verhalten aufgrund der vorliegenden Umstände gegen Treu und Glauben: Gerade im Hinblick auf das eingeräumte Rücktrittsrecht ab dem 1. Oktober 2014 wäre es geboten gewesen, die gesetzlichen Vorgaben so schnell wie möglich zu erfüllen. Sich überdies am 12. Dezember 2014 auf den Rücktritt zu berufen, ist treuwidrig.
- 79 Die Klägerin rechtfertigt ihr Verhalten nach dem 1. Oktober 2014 damit, dass sie berechtigt gewesen sei, die Überprüfung der Einhaltung der verschärften Lebensmittelvorschriften erst *nach* Veröffentlichung des MEDSAFE-Untersuchungsberichts einzuleiten (KS, Rz 66).
- 80 Von der Klägerin konnte jedoch im Hinblick auf die später zu erfolgende Unternehmensübertragung der VM AG erwartet werden, dass sie alles daran setzen würde, die gesetzlichen Vorgaben so schnell wie möglich zu erfüllen. Sie wartete jedoch in opportunistischer und treuwidriger Weise noch den MEDSAFE-Untersuchungsbericht ab, um die Überprüfung und Anpassung der Produktionsprozesse nicht selbst vornehmen zu müssen.
- 81 Des Weiteren bringt die Klägerin hervor, dass sie kein Interesse an der Herbeiführung eines Wertverlusts gehabt habe, weil sie sich damit selbst schaden würde (KS, Rz 67). Dagegen ist einzuwenden, dass die Klägerin zwar Aktionärin der VM AG ist, aber in ihrer Rolle als Käuferin an einem Rücktritt vom KV 14 interessiert ist, um in Anwendung der Preisberechnung von Art. 6.8 ABV einen möglichst tiefen Kaufpreis zu bezahlen.
- 82 Nach dem Gesagten verstösst das Verhalten der Klägerin gegen den Zweck des Rechtsgeschäfts und somit gegen Treu und Glauben.

2.3.2 Kausalität zwischen treuwidrigem Verhalten und Eintritt des Wertverlusts

- 83 Das treuwidrige Verhalten muss natürlich und adäquat kausal für den Eintritt der Bedingung sein (KUKO OR-HONSELL, Art. 156 N 7).
- 84 Da es sich beim treuwidrigen Verhalten betr. die verschärften Lebensmittelsicherheitsregulierungen um ein Unterlassen handelt, wird der hypothetische Kausalzusammenhang geprüft (HUGUENIN, N 1923). Es ist zu fragen, ob der wesentliche Wertverlust bei Vornahme der gebotenen Handlungspflicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre (BGE 115 II 440 E. 5a). Eine Pflicht zum Handeln kann sich aus dem Vertrag ergeben (HUGUENIN, N 1924), was vorliegend der Fall ist (Art. 2.2 Ziff. 2 KV 13; Art. 9 ABV).
- 85 Die Klägerin hatte seit dem 11. April 2013 die operative Geschäftsführung inne, weshalb es ihre Pflicht war, die Produktion den verschärften Regulierungen anzupassen. Der MEDSAFE-Untersuchungsbericht und der darauf folgende Zeitungsartikel wären mit überwiegender

Wahrscheinlichkeit nicht erschienen oder zumindest nicht derart negativ ausgefallen, wenn die Klägerin die Produktion zwar verspätet, aber immerhin noch möglichst schnell, angepasst hätte. Dann hätten wichtige Geschäftspartner nicht die Zusammenarbeit beendet (s. KS, Rz 64) und somit wäre kein wesentlicher Wertverlust, der der Klägerin den Rücktritt ermöglichte, eingetreten.

- 86 Die Klägerin könnte einwenden (s. KS, Rz 64), dass der Zeitungsartikel der NZ Herald (K-6) zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs führt. Die Rechtsfolge des Art. 156 OR würde nicht angewendet, wenn ein schweres Drittverschulden das gerügte Verhalten der Partei so stark überwiegt, sodass es als alleinige Ursache betrachtet werden muss (GUTMANS, 133; BGE 116 II 519 E. 4b). Dies trifft jedoch nicht zu.
- 87 Zwar enthält der Zeitungsartikel der NZ Herald teilweise überspitzte und boulevardeske Formulierungen. Im Grossen und Ganzen gibt er jedoch die zugrunde liegenden Missstände bei der NZ Venture wahrheitsgemäss wieder. Die Auswirkungen des Artikels überwiegen deshalb das Unterlassen der Klägerin nicht, weshalb kein Unterbruch der Kausalität vorliegt.
- 88 Aufgrund des Gesagten liegt ein Kausalzusammenhang zwischen dem treuwidrigen Verhalten und der zum Rücktritt berechtigenden Wertverschlechterung vor.

3. Fazit

- 89 Da negative EBITDA nicht zu berücksichtigen sind, ist kein Wertverlust von 20% eingetreten und die Klägerin nicht zum Rücktritt berechtigt. Dasselbe gilt auch bei Annahme des Wertverlusts von mind. 20%, weil die Klägerin diese Bedingung treuwidrig herbeigeführt hat und diese deshalb als nicht eingetreten fingiert wird. Da die Vollzugsvoraussetzung von Art. 10.2 (a) und (b) erfüllt sind, muss die Klägerin den KV 14 vollziehen.

II Kaufpreisberechnung bei Anwendung des KV 14

1. Keine Berücksichtigung negativer EBITDA bei der Kaufpreisberechnung

- 90 Die Klägerin argumentiert, dass die Preisgefahr i.S.v. Art. 185 OR noch immer bei der Beklagten liege und erst mit Vollzug des KV 14 auf die Klägerin überginge, weshalb die Beklagte die Gefahr von Wertverlusten der VM AG trage. Negative EBITDA seien daher in die Kaufpreisberechnung des KV 14 miteinzubeziehen (KS; Rz 68, 83, 92).
- 91 Die Klägerin erwähnt erstaunlicherweise mit keinem Wort, dass bei der Kaufpreisfestlegung im KV 14 negative EBITDA mit Null eingesetzt wurden (Vfg. Nr. 2, Rz 13). Im E-Mail vom 5. Januar 2015 (B-3) hat sie die Nichtberücksichtigung negativer EBITDA im KV 14 sogar ausdrücklich anerkannt. Nachträglich zu behaupten, dass die Kaufpreisberechnung auf dem

Übergang der Preisgefahr basiert habe, obwohl der Wortlaut des KV 14 sowie das erwähnte E-Mail diesen Schluss nicht zulassen, ist unzulässig und abwegig.

2. Keine Kaufpreisreduzierung durch Anrufung der *clausula rebus sic stantibus*

- 92 Ein denkbare Argument der Klägerin wäre die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* (nachfolgend *clausula*) zur richterlichen Anpassung des Kaufpreises des KV 14.
- 93 Die Vertragsanpassung mittels *clausula* ist jedoch nur subsidiär und in Ausnahmefällen zulässig, wenn die Parteien keine vertragliche Anpassungsregel vereinbart haben (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 107; SCHWENZER, N. 35.04 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1288).
- 94 Im vorliegenden Fall haben die Parteien mit der MAC-Klausel im KV 14 (Art. 10.2 (c)) eine vertragliche Anpassungsregel aufgestellt und so die Frage, welche Partei die Gefahr eines Wertverlusts zwischen Signing und Closing trägt, abschliessend geregelt (s. Rz 62). Die Klägerin ist als Käuferin bei einem Wertverlust von mind. 20% zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Die Gefahr geringerer Wertverluste gereicht also der Klägerin zum Nachteil und eine Vertragsanpassung ist ausgeschlossen. Die Klägerin ist deshalb an den Kaufpreis des KV 14 gebunden.

3. Eventualiter: Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* sind nicht erfüllt

- 95 Selbst wenn das Schiedsgericht zur Ansicht gelangen sollte, dass für eine richterliche Vertragsergänzung des KV 14 Raum bleibt, ist die Anwendung der *clausula* unzulässig.
- 96 Die *clausula* setzt voraus, dass durch nicht voraussehbare Umstände, die sich nach dem Abschluss des Vertrages ergeben, zwischen Leistung und Gegenleistung ein derart offenes Missverhältnis eingetreten ist, dass das Beharren einer Partei auf dem Anspruch als rechtsmissbräuchlich erscheint (BGer 4C.49/2004 E. 2.2; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 95). Vorliegend sind jedoch gleich mehrere der erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt.

3.1 Keine gravierende Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung

- 97 Eine gravierende Äquivalenzstörung liegt vor, wenn es durch eine nachträgliche Verhältnisänderung zu einem groben und offenbaren Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kommt (HUGUENIN, N 329; BK OR-KRAMER, Art. 18 N 347). Eine bloss geringfügige Äquivalenzstörung erlaubt keine richterliche Vertragsanpassung (BGE 127 III 300 E. 5b).
- 98 Es ist zwar zutreffend, dass die Erträge der NZ Venture nach Abschluss des KV 14 sanken. Der negative Geschäftsgang der NZ Venture fällt jedoch verhältnismässig schwach ins Gewicht, weil deren operativer Gewinn schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nur 15% des Gesamtertrags der VM AG ausmachte. Die für das wirtschaftliche Wohlergehen der

VM AG viel relevanteren American Venture und Asian Venture erwirtschafteten am 1. Oktober 2014 dreieinhalb resp. doppelt so viel wie die NZ Venture. Der vorgebrachte Wertverlust fällt somit nicht genügend ins Gewicht, um eine gravierende Äquivalenzstörung auszulösen.

3.2 Vorhersehbarkeit der Verhältnisänderung

- 99 Eine richterliche Vertragsanpassung ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn die Verhältnisänderung im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung vorhersehbar war (BGer 4C.49/2004 E. 2.2; HUGUENIN, N 330). Dabei ist objektiviert darauf abzustellen, ob eine vernünftige Partei an Stelle der Vertragspartei die Verhältnisänderung hätte vorhersehen müssen (LEU, 119).
- 100 Im vorliegenden Fall war die Änderung der Verhältnisse, also der schlechte Geschäftsgang der NZ Venture, voraussehbar. MEDSAFE leitete bereits Anfang 2014, mehr als neun Monate vor der Publikation ihres Berichts, eine Untersuchung gegen die NZ Venture ein.
- 101 Weil die Klägerin die Probleme betr. Lebensmittelsicherheit sorgfaltspflichtwidrig nicht zu beheben imstande war (s. Rz 121 ff.), musste sie vernünftigerweise damit rechnen, dass die NZ Venture in näherer Zukunft von der Gesundheitsbehörde gerügt und dadurch auch medial exponiert werden könnte. Der klägerischen Ansicht, dass negative Medienberichterstattung nicht zu den üblichen Geschäftsrisiken gehöre (E.anzeige, Rz 23), kann nicht gefolgt werden, weil die Ursache der negativen Publizität von der Klägerin selbstverschuldet war (s. Rz 129).
- 102 Zudem wurde die Auflösung der Zusammenarbeit der NZ Venture mit der Wellness-Hotelkette Larinof am 30. Juni 2014 vereinbart, also ganze drei Monate vor Vertragsabschluss am 1. Oktober 2014. Der eminenten Bedeutung dieser „lukrativen“ (s. E-Mail vom 12.12.2014, B-2) Geschäftsbeziehung für das operative Geschäftsergebnis der NZ Venture war und ist sich die Klägerin auch bewusst (E.anzeige, Rz 22). Somit war für eine vernünftige Durchschnittspartei in der Position der Klägerin hervorsehbar, wie drastisch sich die Beendigung der Geschäftsbeziehung mit Larinof auf die Rentabilität der NZ Venture auswirken würde.
- 103 Aus dem Gesagten folgt, dass die Klägerin die Verhältnisänderung hätte hervorsehen müssen.

3.3 Verursachung der Verhältnisänderung durch die Klägerin

- 104 Die Anwendung der clausula setzt zudem voraus, dass die Partei, die eine richterliche Vertragsanpassung verlangt, die Verhältnisänderung nicht selber verursacht hat (HUGUENIN, N 332; BK OR-KRAMER, Art. 18 N 342). Die Anwendung der clausula ist nicht nur bei vertragsverletzender oder widerrechtlicher Herbeiführung der Verhältnisänderung untersagt, sondern bereits dann, wenn das relevante Ereignis der klagenden Partei zuzurechnen ist (LEU, 122).

105 Die Klägerin hatte bei Vertragsabschluss am 1. Oktober 2014 die operative Geschäftsführung der NZ Venture seit fast eineinhalb Jahren inne, weshalb ihr die zur Verhältnisänderung führenden Ereignisse, namentlich die Beendigung der Zusammenarbeit mit Larinof und die zur Publikation des MEDSAFE-Berichts führende Missachtung der Lebensmittelvorschriften, zugerechnet werden müssen.

4. Fazit

106 Der KV 14 und insb. dessen Kaufpreis ist nicht richterlich anzupassen, weil die Voraussetzungen der clausula nicht erfüllt sind.

III Eventualiter: Kaufpreisberechnung bei Anwendung des ABV

107 Sollte das Schiedsgericht zur Ansicht gelangen, dass der KV 14 nicht mehr anwendbar ist und sich die Kaufpreisberechnung nach Art. 6.8 ABV richtet, wird aufgezeigt, warum auch in diesem Fall negative EBITDA nicht berücksichtigt werden dürfen.

108 Aus dem unsorgfältigen Verhalten der Klägerin resultiert bei Anwendung des ABV ein tieferer Kaufpreis, weil die niedrigeren EBITDA vom 30. April 2015 berücksichtigt werden müssen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, hat die Klägerin für dieses Verhalten aufgrund von Art. 9 ABV einzustehen.

1. Keine Anwendung von Art. 185 OR für die Kaufpreisberechnung

109 Die Klägerin begründet die Anwendbarkeit von Art. 185 OR für die Kaufpreisberechnung damit, dass der ABV als bestehender Kaufvertrag zu qualifizieren und eine zufällige Verschlechterung der Kaufsache durch den Wertverlust der NZ eingetreten sei (KS, Rz 69 f.). Aufgrund besonderer Verhältnisse i.S.v. Art. 185 Abs. 1 OR trage die Beklagte noch immer die Preisgefahr und müsse daher den eingetretenen Verlust durch Berücksichtigung der negativen EBITDA in die Kaufpreisberechnung übernehmen (KS, Rz 74 ff.).

110 Darauf ist als Erstes einzuwenden, dass mittels Put- bzw. Call Optionen durch einseitige Willenserklärung Rechte und Pflichten begründet werden können (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 487). Bis zur Ausübung dieser Gestaltungsrechte liegen jedoch noch keine Aktienkaufverträge über die drei Tranchen von Art. 6.7.3 ABV vor (VIONNET, 435), weshalb die Gefahrtragung i.S.v Art. 185 OR noch gar nicht zur Anwendung gelangt.

111 Ausserdem kam es bereits am 16. Juni 2014 zum Streit, ob negative EBITDA zu berücksichtigen sind (E.anzeige, Rz 12 ff.; E-Mail vom 16.6.2014, K-3). Zum damaligen Zeitpunkt waren die EBITDA der NZ Venture noch positiv, weshalb die Veranschlagung negativer EBITDA mit Null nur bei der African Venture zur Diskussion stand. Es geht damit grundsätz-

lich um die Frage, ob negative EBITDA zu berücksichtigen sind oder nicht. Die Meinungsverschiedenheiten sind aus der unterschiedlichen Auslegung von Art. 6.8 i.V.m. Art. 2 ABV entstanden und nicht aufgrund Uneinigkeit betr. die Gefahrtragung von Art. 185 OR.

2. Eventualiter: Preisgefahr liegt bei der Klägerin

- 112 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Gefahrtragung i.S.v. Art. 185 OR die Berücksichtigung negativer EBITDA diktiert, wird im Folgenden begründet, weshalb die Preisgefahr auf die Klägerin übergegangen ist.
- 113 Zunächst liegen keine besonderen Verhältnisse i.S.v. Art. 185 Abs. 1 OR vor. Die Klägerin, die seit Abschluss des ABV die Geschäftsführung innehat, konnte die EBITDA und damit den Kaufpreis beeinflussen. Auch wenn die Klägerin im Besitz aller Aktien gewesen wäre, hätte sie keinen zusätzlichen Schaden abwenden können. Dass sie aufgrund der paritätischen Aktienbeteiligung keine Statutenänderung zur Produktionsanpassung der NZ Venture vornehmen konnte, ist irrelevant (KS, Rz 76), weil eine solche gewöhnliche Geschäftsführungsaufgabe keiner Statutenänderung bedarf.
- 114 Zudem ist entgegen der klägerischen Ansicht (KS, Rz 78 ff.) auch Art. 185 Abs. 2 OR nicht anwendbar, weil es sich im vorliegenden Fall um einen Stück- und nicht um einen Gattungskauf handelt. Beim Verkauf von Aktien zur Unternehmensübertragung liegt ein Stückkauf vor (ERNST, 101). Zweck des ABV war die Übertragung der restlichen Aktien (Präambel, D), damit die Klägerin das Unternehmen vollständig erwirbt (E.anzeige, Rz 6), weshalb es sich vorliegend um einen Stückkauf handelt.

3. Nichtberücksichtigung negativer EBITDA bei der Kaufpreisberechnung

- 115 Die Klägerin geht nicht auf die Problematik der Auslegung von Art. 6.8 ABV ein. Wie bereits dargelegt wurde (s. Rz 107 ff.), bestimmt sich die Kaufpreisberechnung jedoch nach der Auslegung von Art. 6.8 ABV. Entgegen der Ansicht der Klägerin (s. KS, Rz 84 ff.), stand es den Parteien bei Abschluss des ABV aufgrund der Vertragsinhaltsfreiheit nach Art. 19 OR frei, negative EBITDA nicht zu berücksichtigen.
- 116 Der Wortlaut von Art. 6.8 ABV könnte zur Annahme verleiten, dass negative EBITDA bei der Kaufpreisberechnung zu berücksichtigen seien. Der Wortlaut bildet jedoch nur die Grundlage der Auslegung, wobei ihm durch die ergänzenden Auslegungsmittel ein anderer Sinn zugesprochen werden kann (s. Rz 10; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 OR N 25; BGE 127 III 444 E. 1b; BGE 119 II 368 E. 4b).
- 117 Aus der Entstehungsgeschichte des ABV geht hervor, dass negative EBITDA nicht zu berücksichtigen sind. Obwohl der KV 13 und der ABV gleichentags abgeschlossen wurden,

liegen den beiden Rechtsgeschäften unterschiedliche Vertragsumstände zugrunde (s. Rz 17 f.). Bei der Kaufpreisberechnung des KV 13 wurden die negativen EBITDA der African Venture nur berücksichtigt, weil die Beklagte vor dem Abschluss des KV 13 die Geschäftsführerin der VM AG und ihrer Tochtergesellschaften war. Direkt nach Abschluss des KV 13 ging die operative Führung jedoch auf die Klägerin über (Art. 9 ABV). Ab diesem Zeitpunkt hatte es die Klägerin als Käuferin in der Hand, den Kaufpreis für die restlichen 50% Aktien zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Es ist daher falsch, die am 31. Dezember 2012 im Rahmen der Verkaufspräsentation verwendeten negativen EBITDA (K-5) als generelles Einverständnis zum Miteinbezug negativer EBITDA zu deuten (E.anzeige, Rz 18).

118 Es ist unter den genannten Umständen geboten, lediglich Wertveränderungen im positiven Bereich für die Kaufpreisberechnung zu berücksichtigen und negative EBITDA mit Null zu veranschlagen.

4. Anspruch auf Erhöhung des Kaufpreises

119 Kommt der ABV zur Anwendung, ist das Verhalten der Klägerin als Verletzung von Art. 9 ABV zu qualifizieren. Das sorgfaltspflichtwidrige Verhalten führte zu einem Wertverlust der NZ Venture, welcher sich in der Kaufpreisberechnung manifestiert, da gem. Art. 6.8 ABV die aktuellsten EBITDA benutzt werden müssen. Der Beklagten resultiert dadurch bei Berücksichtigung der neusten EBITDA vom 30. April 2015 ein tieferer Kaufpreis. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, hat die Klägerin für die begangene Vertragsverletzung einzustehen und damit für die Differenz bei der Kaufpreisberechnung aufzukommen.

120 Damit ein Schadenersatzanspruch bejaht werden kann, müssen gem. Art. 97 Abs. 1 OR kumulativ ein Verstoss gegen eine vertragliche Pflicht, ein Schaden, ein Kausalzusammenhang und ein Verschulden vorliegen (HUGUENIN, N 857).

4.1 Verletzung der vertraglich vereinbarten Sorgfaltspflicht

121 In Art. 9 ABV verpflichtete sich die Klägerin die Geschäftsführung der VM AG und ihrer Tochtergesellschaften mit aller notwendigen Sorgfalt und nach den geschäftsüblichen Standards zu führen. Da sich bei einem Kaufvertrag die Interessen von Käufer und Verkäufer entgegenstehen, liegt keine gemeinsamen Zweckverfolgung i.S. einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) vor (KS, Rz 61 ff.). Es wird folglich nicht der subjektivierte Sorgfaltmassstab nach Art. 538 OR angewendet, sondern der objektivierte.

122 Objektivierte Sorgfalt bedeutet die Anwendung der gebotenen Umsicht und Vorsicht, welche ein vernünftiger Mensch bei der jeweiligen Aufgabenerfüllung an den Tag legen würde (KOLLER AT, § 48 N 14).

123 Da die klägerischen Fruchtsäfte einen erhöhten Wert an E. coli-Bakterien aufwiesen, hat die Klägerin die neuseeländischen Hygienevorschriften nicht erfüllt. Zusätzlich unterliess sie es, die Produktion rechtzeitig an die verschärften Vorschriften bezgl. kanzerogenen Stoffen anzupassen (s. Rz 77). Die Übergangsfrist hierfür betrug seit dem 1. April 2013 eineinhalb Jahre (Vfg. Nr. 2, Rz 6), wie die Klägerin zutreffend erkennt (KS, Rz 66). Die Frist lief somit am 1. Oktober 2014 ab. Spätestens seit Anfang 2014 musste der Klägerin bewusst gewesen sein, dass sie die verschärften Lebensmittel- und die bestehenden Hygienevorschriften nicht einhält, weil MEDSAFE zu diesem Zeitpunkt eine Untersuchung gegen die NZ Venture einleitete (Vfg. Nr. 2, Rz 8). Eine vernünftig handelnde Person hätte als sorgfältige Geschäftsführerin einer Gesellschaft, die Frucht- und Gemüsesäfte herstellt, gerade im Hinblick auf die Gesundheit ihrer Kunden die Übergangsfrist nicht verstreichen lassen.

4.2 Schaden durch Wertverlust der NZ Venture

124 Der Schaden ist eine unfreiwillige Vermögenseinbusse, die in einer Abnahme der Aktiven, Zunahme der Passiven oder in entgangenem Gewinn besteht. Er berechnet sich nach der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen und dem Vermögen ohne das schädigende Ereignis (HUGUENIN, N 867).

125 Die NZ Venture erlitt im Zeitraum zwischen dem 1. Oktober 2014 und dem 30. April 2015 durch die unsorgfältige Geschäftsführung der Klägerin einen Verlust von CHF 750'000. Konkret schlägt sich somit in der Kaufpreisberechnung nach Art. 6.8 ABV ein Wertverlust der NZ Venture im Umfang von CHF 650'000 nieder, weil der negative EBITDA von CHF 100'000 vom 30. April 2015 mit Null einzusetzen ist (s. Rz 115 ff.).

126 Berechnet man den Kaufpreis mit den neuesten EBITDA und setzt man für NZ Venture und African Venture richtigerweise Null ein, resultiert nur noch eine Kaufpreisforderung von CHF 2'250'000 statt CHF 2'656'250.

4.3 Kausalität zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Wertverlusts

127 Der Klägerin wird ein sorgfaltspflichtwidriges Unterlassen vorgeworfen. Zur Theorie der Beurteilung des hypothetischen Kausalzusammenhangs kann auf Rz 84 verwiesen werden. Es stellt sich also die Frage, ob bei sorgfältigem Verhalten der Klägerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit kein Wertverlust eingetreten wäre, der zu einem tieferen Kaufpreis geführt hätte.

128 Wenn die Klägerin die Missachtung der Hygiene- und der verschärften Lebensmittelvorschriften bis zum 1. Oktober 2014 behoben hätte, wäre mit überwiegender Wahrscheinlichkeit kein so hoher Wertverlust der NZ Venture eingetreten. Hätte sich die Klägerin nämlich gem.

Art. 9 ABV sorgfältig verhalten, wäre es nie zur Veröffentlichung des Zeitungsartikels der NZ Herald (K-6) und zur Kündigung weiterer Geschäftsbeziehungen gekommen, die mitursächlich für den Wertverlust waren. NZ Venture wiese ohne das schädigende Ereignis nach wie vor einen EBITDA von CHF 650'000 auf.

4.4 Verschulden der Klägerin

- 129 Bei der Pflicht zu einem sorgfältigen Tätigwerden bildet die erforderliche Sorgfalt auch beim Verschulden den Prüfungsmassstab (HUGUENIN, N 900). Bezgl. des Verschuldens kann somit auf die Ausführung der Vertragsverletzung unter Rz 121 ff. verwiesen werden. Die Klägerin hat folglich mind. fahrlässig gehandelt.

4.5 Ausgleichung des Wertverlust von NZ Venture

- 130 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beklagten ein Anspruch auf das positive Vertragsinteresse zusteht. Das bedeutet, dass die Beklagte so zu stellen ist, als wäre der Vertrag von der Klägerin vertragskonform erfüllt worden (HUGUENIN, N 902). Wenn die Klägerin die Sorgfaltspflicht von Art. 9 ABV nicht verletzt hätte, betrüge der EBITDA der NZ Venture noch immer CHF 650'000. Setzt man somit bei der Preisberechnung die NZ Venture mit CHF 650'000 und die African Venture mit Null ein, steht der Beklagten für die restlichen 50% der Aktien der VM AG ein Kaufpreis von CHF 2'656'250 zu.

5. Fazit

- 131 Bei der Kaufpreisberechnung gem. Art. 6.8 ABV sind negative EBITDA nicht zu berücksichtigen. Der Beklagten steht bei Anwendung des ABV ein Kaufpreis von CHF 2'656'250 zu.

C. Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen

Aus den genannten Gründen ersuchen wir Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 4