

Moot Court Team 5
Alisa Zehner
Dan Pruschy
Tobias Magyar

EINSCHREIBEN

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

24. März 2016

Klageantwort

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2015

in Sachen

Smoothilicious AG

Via Santa Theresa 5, 20151 Milano, Italien

vertreten durch Moot Court Team 6

Klägerin

gegen

Greengarden AG

Steinhofstrasse 34, 8004 Zürich, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 5

Beklagte

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,
Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

Rechtsbegehren

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

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	VI
Entscheidverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XIII
A. PROZESSUALES	1
I. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für Klage basierend auf KV 13 i.V.m. ABV	1
1. Ablösung der auf den ABV anwendbaren Streitbeilegungsmechanismen durch die Schiedsklausel im KV 14.....	1
2. Eventualiter: Keine Anwendbarkeit von Art. 3.1 KV 13 auf den ABV	2
a) Fehlender Konnex nach vertrauenstheoretischer Auslegung	2
b) Fehlender Konnex aufgrund widersprechender Gerichtsstandsklausel	3
c) Fazit.....	4
3. Eventualiter: Zuständigkeit des Schiedsgutachters.....	4
II. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage der Beklagten	5
1. Art. 8 IPRG ist nicht einschlägig	5
2. Widerklage wird von derselben Schiedsvereinbarung wie die Hauptklage erfasst*	5
a) Haupt- und Widerklage werden beide von Art. 11.1 KV 14 erfasst	5
b) Zum Kriterium desselben Vertragsverhältnisses.....	5
c) Zum Kriterium der Konnexität.....	6
d) Eventualiter: Haupt- und Widerklage werden beide von Art. 3.1 KV 13 erfasst	6
e) Fazit.....	7
3. Eventualiter: Haupt- und Widerklage fallen <i>nicht</i> unter dieselbe Schiedsklausel*	7
a) Analoge Anwendbarkeit von Art. 21 Ziff. 5 SRJA aufgrund der Prozessökonomie	7
b) Eventualiter: Massgeblichkeit des Parteiwillens.....	8
c) Auslegung des Parteiwillens und Wertung durch das Schiedsgericht	8
d) Fazit.....	8
B. MATERIELLES	9
III. Übertragung der Aktien gestützt auf KV 14	9
1. Vorprüfung: Qualifikation der MAC-Klausel als Resolutivbedingung.....	9
2. Keine Aktivierung der MAC-Klausel nach Vertragsauslegung	9

a)	Die Vereinbarung des Nichteinbezugs der neg. EBITDA der African Venture zur Kaufpreisberechnung des KV 14 bezieht sich auch auf die MAC-Klausel	9
b)	Die MAC-Klausel soll keine 9.47%-Hürde darstellen.....	10
c)	Eventualiter: Die ursprünglich neg. EBITDA der African Venture stellen keine „Verschlechterung“ dar, sondern eine Konstante	11
d)	Zwischenfazit	11
3.	Kein Grundlagenirrtum	11
a)	Keine objektive oder subjektive Wesentlichkeit.....	11
b)	Eventualiter: Erkennbarkeit.....	12
c)	Zwischenfazit	12
4.	Eventualiter: Treuwidrige Herbeiführung der wesentlichen Verschlechterung	12
a)	Die Klägerin führt den Bedingungseintritt treuwidrig i.S.v. Art. 156 OR herbei ...	13
b)	Kausalität zwischen Treuwidrigkeit und Bedingungseintritt / Perte d'une chance	14
c)	Zwischenfazit	14
5.	Eventualiter: Kein Wiederaufleben des ABV bei Aktivierung der MAC-Klausel.....	15
a)	Vorprüfung: Qualifikation des ABV als Joint-Venture-Vertrag i.S.v. Art. 530 OR... ..	15
b)	KV 14 ist keine Novation i.S.v. Art. 116 OR.....	15
c)	Kein Wiederaufleben des ABV	16
d)	Zwischenfazit	16
6.	Fazit.....	16
IV.	Kaufpreisbestimmung nach KV 14.....	16
1.	Preis von Art. 1 KV 14 ist massgebend	16
2.	Keine Preisminderung aufgrund der <i>clausula rebus sic stantibus</i>	17
a)	Verhältnis der <i>clausula rebus sic stantibus</i> zur MAC-Klausel.....	17
b)	Eventualiter: Keine gravierende Äquivalenzstörung	17
c)	Eventualiter: Treuwidrige Herbeiführung und Voraussehbarkeit.....	17
d)	Fazit.....	17
3.	Keine Senkung des Kaufpreises nach Treu und Glauben	18
V.	Eventualiter: Kaufpreisbestimmung nach ABV.....	18
1.	Vorprüfung: Nichteinbezug der neg. EBITDA bei der Berechnung nach ABV	18
a)	Auslegung nach Wortlaut.....	18
b)	Vertrauenstheoretische Auslegung.....	19
c)	Zwischenfazit	19

2. Preisberechnung.....	19
a) Keine gültige Causa für CHF 1'875'000.....	19
b) Preisberechnung der ersten 15% der Aktien gestützt auf Art. 6.7.3 lit. a ABV.....	20
c) Preisberechnung der zweiten 15% der Aktien gestützt auf Art. 6.7.3 lit. b ABV...	20
d) Preisberechnung der letzten 20% der Aktien gestützt auf Art. 6.7.3 lit. c ABV.....	20
e) Totaler Kaufpreis.....	20
C. DEN RECHTSBEGEHREN IST STATTZUGEBEN	20
Anhang	21

Literaturverzeichnis

- BECKER HERMANN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar),
Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Band/Nr. VI/1, 2. Aufl.,
Bern 1945 (zit.: BK OR-BECKER, Art. ... N ...)
[Rz. 80, 81]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzer-
land, 3. Aufl., Bern 2015
[Rz. 2, 14, 36, 39]
- BÖCKLI PETER, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Basel 1961
[Rz. 78]
- BORN GARY, International Commercial Arbitration, Volume I, 2. Aufl., Niederlande 2014
[Rz. 7]
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktionärbindungsverträge: rechtliche Grundlagen und
Umsetzung in der Praxis, Zürich 2015
[Rz. 78, 100]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemei-
ner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
[Rz. 95]
- GIRSBERGER DANIEL ET AL. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004 (zit.:
ZK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 19]
- HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Per-
sonengesellschaften, Teilband V/4a, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR,
4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit.: ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. ... N ...)
[Rz. 78, 80, 81]
- HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit.: KUKO OR-
BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 66]

- HONSELL HEINRICH/VOGT PETER NEDIM/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 2, 17, 19, 23, 39]
- HONSELL HEINRICH/VOGT PETER NEDIM/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.: BSK OR II-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 78]
- HONSELL HEINRICH/VOGT PETER NEDIM/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)
[Rz. 57, 58]
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
[Rz. 42, 92]
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N ...)
[Rz. 88, 89]
- KARRER PIERRE A., Verrechnung und Widerklage vor Schiedsgericht, in: Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, hrsg. von Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas, Bern 2005, 49-54
[Rz. 34, 37]
- KELLERHALS FRANZ/BERGER BERNHARD, Widerklage und Verrechnung nach den Swiss Rules of International Arbitration, in: Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, hrsg. von Bohnet François/Wessner Pierre, Basel 2005, 207–226
[Rz. 23, 25, 37, 39]

- KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar), Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Band/Nr. VI/1/1, Bern 1986 (zit.: BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. ... N ...)
[Rz. 87]
- LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANCOIS/REYMOND CLAUDE, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989 (zit.: LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. ... N ...)
[Rz. 24]
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012
[Rz. 78]
- MÜLLER CHRISTOPH, Swiss Case Law in International Arbitration, 2. Aufl., Zürich 2010
[Rz. 2]
- OETIKER CHRISTIAN, Eintritt und Wirkungen der Rechtshängigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, St. Galler Studien zum internationalen Recht, Band 33, Diss. Universität St. Gallen, St. Gallen/Lachen 2003
[Rz. 23]
- SCHÄRER HEINZ/GROSS BALZ, Pacta sunt servanda – von der Realerfüllung des Unternehmenskaufvertrages und deren prozessualer Durchsetzung, in: Mergers & Acquisitions XVI, hrsg. von Tschäni Rudolf, Zürich 2014, 115-171
[Rz. 87]
- SCHLEIFFER PATRICK, No Material Adverse Change, in: Mergers & Acquisitions VI, hrsg. von Tschäni Rudolf, Zürich 2004, 54-107
[Rz. 43]
- SIEGRIST LOUIS/RAUSCHENBERGER RETO, Unternehmensbewertung, in: Mergers & Acquisitions V, hrsg. von Tschäni Rudolf, Zürich 2003, 187-200
[Rz. 96]
- SUMMERMATTER DANIEL, Vereitelte Chancen und gesteigerte Risiken als Anknüpfungspunkt zivilrechtlicher Haftung, HAVE 3/2014, 244-261
[Rz. 74]

- VAN DEN BERG ALBERT JAN (Hrsg.), Yearbook Commercial Arbitration 2000, Volume XXV,
Leiden (Niederlande) 2000
[Entscheidverzeichnis]
- VISCHER FRANK/HUBER LUCIUS/OSER DAVID, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl.,
Bern 2000
[Rz. 24]
- VON DER CRONE HANS-CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014
[Rz. 78]
- WALTER GERHARD/DOMEJ TANJA, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl.,
Stuttgart 2012
[Rz. 17]
- WATTER ROLF/GSTOEHL MATTHIAS, Preisanpassungsklauseln, in: Mergers & Acquisitions VI,
hrsg. von Tschäni Rudolf, Zürich 2004, 33-52
[Rz. 97]
- ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of Inter-
national Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit.: SRK-BEARBEITER/IN,
Art. ... N ...)
[Rz. 21]

Entscheidverzeichnis

Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 20. Februar 2015

BGE 4A_390/2014

[Rz. 9]

Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 27. Februar 2014

BGE 140 III 134

[Rz. 6]

Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 6. August 2012

BGE 138 III 681

[Rz. 28]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 22. Mai 2012

BGE 4A_604/2011

[Rz. 80]

Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 7. November 2011

BGE 138 III 29

[Rz. 6]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 31. März 2008

BGE 4A_520/2007

[Rz. 72]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 29. Februar 2008

BGE 4A_452/2007

[Rz. 9]

Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 2. August 2007

BGE 133 III 607

[Rz. 95]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 6. Januar 2006

BGE 4C.376/2005

[Rz. 92]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 15. Dezember 2005

BGE 4C.281/2005

[Rz. 66, 72]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 19. April 2005

BGE 4C.37/2004

[Rz. 58, 62]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 16. Mai 2003

BGE 129 III 535

[Rz. 14]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 11. Februar 2003

BGE 129 III 363

[Rz. 62]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 24. April 2001

BGE 127 III 300

[Rz. 87]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

vom 20. Dezember 1995

BGE 121 III 495

[Rz. 2]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts
vom 2. September 1993
BGE 119 II 380
[Rz. 2]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts
vom 15. März 1990
BGE 116 Ia 56
[Rz. 2, 6]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts
vom 23. Dezember 1981
BGE 107 II 481
[Rz. 80]

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts
vom 17. Juni 1930
BGE 56 II 203
[Rz. 42]

Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich

Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich
vom 16. Juni 2014
HGer ZH HG120162-O
[Rz. 45]

Entscheid des Internationalen Schiedsgerichtshofs der ICC

Agent v Supplier, Partial Award, ICC Case No. 8420
von 1996
publiziert bei VAN DEN BERG, Yearbook Commercial Arbitration 2000, Volume XXV
[Rz. 7]

Entscheid der Übernahmekommission (UEK)

Empfehlung I Saia-Burgess Electronics Holding AG
vom 15. Juli 2005
UEK-Entscheid 0249/01
[Rz. 43]

Abkürzungsverzeichnis

*	zusätzliche Argumentation
a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
ABV	Aktionärsbindungsvertrag vom 11. April 2013
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c/o	care of
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
crss	clausula rebus sic stantibus
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EBITDA	earnings before interest, taxes, depreciation and amortization
et al.	et alii
f./ff.	und folgende(r)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HAVE	Zeitschrift für Haftung und Versicherung (Zürich)
HGer ZH	Handelsgericht des Kantons Zürich
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i.c.	in casu
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ICC	International Chamber of Commerce, Paris
insb.	insbesondere

IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
KS	Klageschrift
KUKO	Kurzkomentar
KV 13	Aktienkaufvertrag vom 11. April 2013
KV 14	Aktienkaufvertrag vom 1. Oktober 2014
lit.	litera(e)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MAC	material adverse change
N	Note(n)/Randnote(n)
neg.	negativ
No.	number
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz.	Randziffer(n)
s.	siehe
SchlT	Schlusstitel
sog.	sogenannt(en)
SR	Systematische Rechtssammlung
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration vom Juni 2012
SRK	Swiss Rules-Kommentar
ÜBest	Übergangsbestimmungen
UEK	Übernahmekommission
UEV	Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. August 2008 (SR 954.195.1)
UEV-UEK	Verordnung der Übernahmekommission vom 21. Juli 1997 über öffentliche Kaufangebote (SR 954.195.1). Aufgehoben und ersetzt durch UEV am 1. Januar 2009
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
USchO	UNCITRAL-Schiedsordnung
v	versus
vgl.	vergleiche
VM	VeganMarket AG

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar

A. PROZESSUALES

I. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für Klage basierend auf KV 13 i.V.m. ABV

1. Ablösung der auf den ABV anwendbaren Streitbeilegungsmechanismen durch die Schiedsklausel im KV 14

- 1 Wie die Klägerin zwar richtig festhält, beinhaltet der KV 13 eine rechtsgültig zustande gekommene Schiedsklausel (vgl. Art. 178 IPRG). Deren Geltungsbereich weitet die Klägerin auf Sachverhalte im Zusammenhang mit dem ABV aus (KS, N 9 ff.; mehr dazu in Rz. 9). Die Klägerin unterlässt jedoch eine Stellungnahme zur erneuerten Schiedsklausel im KV 14 und verkennt damit den Untergang der Schiedsklausel des KV 13.
- 2 Das Schiedsgericht entscheidet aufgrund seiner Kompetenz-Kompetenz alleine über seine Zuständigkeit (Art. 186 Abs. 1 IPRG; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 1 ff.). Dabei gilt es insb., die Autonomie der Schiedsklausel zu berücksichtigen. Demnach ist eine Schiedsvereinbarung auch dann gültig, wenn der Hauptvertrag für die Parteien unverbindlich ist (Art. 178 Abs. 3 IPRG; BGE 121 III 495, E. 5b; 119 II 380, E. 4a). Der Hauptvertrag und die Schiedsklausel teilen somit nicht das gleiche Schicksal (BGE 116 Ia 56, E. 3b). Die Schiedsklausel ist deshalb auch dann bindend, wenn der Hauptvertrag einvernehmlich aufgehoben wurde (MÜLLER, 178). Sie kann jedoch auch durch ausdrückliche oder konkludente Aufhebung formfrei erlöschen (BERGER/KELLERHALS, N 616). Dies wird in der Regel nicht vermutet. Doch sind sich herrschende Lehre und Rechtsprechung einig: Haben die Parteien mit einem neuen Vertrag, der den Hauptvertrag ersetzen bzw. neu regeln soll, auch eine neue, ähnliche oder gleichartige Schiedsklausel abgeschlossen, wird auch die Ersetzung der älteren Schieds- bzw. Gerichtsstandsklauseln vermutet. Diese Interpretation folgt dem Grundsatz *ius posterior derogat priori* (BGE 121 III 495, E. 5; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 83).
- 3 Der KV 14 soll den ABV ausdrücklich ersetzen (Präambel KV 14, lit. B; Art. 11.7 KV 14). Damit sollte mit Abschluss des KV 14 und der darin vereinbarten Schiedsklausel der Aktienverkauf neu unter den Geltungsbereich des KV 14 fallen. Zweck des KV 14 ist es, die unklaren Mechanismen des KV 13 und des ABV zu vereinfachen. Mit Untergang der materiellen Anspruchsgrundlage und der Neuregelung im KV 14 ist nun auch die richtige prozessuale Grundlage zu wählen. Dies gilt insb. dann, wenn parallel zur materiellen Neuregelung auch eine gleich lautende Schiedsklausel (i.c. Art. 11.1 KV 14) geschlossen wurde. Deren materielle und formelle Gültigkeit ist unbestritten (vgl. Art. 177 und 178 IPRG). Durch das gültige Zustandekommen der Schiedsklausel im KV 14 wurde der für den ABV massgebende Streitbeilegungsmechanismus aufgehoben. Es wäre ansonsten nicht nachvollziehbar, warum die Parteien einen

neuen Vertrag mit neuer Schiedsklausel schliessen, sich aber dennoch auf einen alten Streitbeilegungsmechanismus berufen wollten; die Schiedsklausel im KV 14 wäre sodann zwecklos. Ohnehin liegt die Schiedsklausel im KV 14, einem gültigen Vertrag, der die Transaktion verbindlich regelt, näher zum Streitgegenstand, als die Schiedsklausel im KV 13.

- 4 Die Schiedsklausel im KV 14 hebt die auf den ABV anwendbare Schiedsklausel auch dann auf, wenn man fälschlicherweise annimmt, dass der KV 14 aufgrund der Aktivierung der MAC-Klausel untergeht. Denn das Prinzip der Autonomie der Schiedsklausel schützt die Klausel selbst bei einem allfälligen Untergang des KV 14 und bleibt somit für die Übertragung einschlägig. Daher ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gestützt auf die Schiedsklausel von KV 13 (Art. 3.1. KV 13 i.V.m. ABV) abzulehnen.

2. Eventualiter: Keine Anwendbarkeit von Art. 3.1 KV 13 auf den ABV

- 5 Falls das Schiedsgericht zum Schluss kommt, dass die Schiedsvereinbarung im KV 13 bzw. die Gerichtsstandsklausel im ABV nicht aufgehoben wurden, sei eventualiter die Anwendung der Schiedsklausel im KV 13 (Art. 3.1) mangels Konnex bestritten. Die Klägerin weitet den objektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel im KV 13 aufgrund „intensiver Bezüge“ auf Streitgegenstände aus dem ABV aus und fingiert damit den Einschluss des ABV unter den Schiedswillen. Insb. der Umstand, dass der ABV und der KV 13 gleichentags geschlossen wurden, soll den ABV der Schiedsklausel von KV 13 unterstellen. Zudem sprächen explizite Verweise in den Verträgen für den erweiterten Geltungsbereich (KS, N 10). Frühere Schiedsvereinbarungen zwischen den Parteien sprächen angeblich auch für einen Schiedswillen in Bezug auf den ABV (KS, N 11). Die Klägerin stützt ihre Auslegung auf das Vertrauensprinzip (KS, N 9).

a) Fehlender Konnex nach vertrauens-theoretischer Auslegung

- 6 Zur Ermittlung des objektiven Geltungsbereichs ist der Schiedswille nach dem Vertrauensprinzip (Art. 2 Abs. 1 ZGB) auszulegen (BGE 116 Ia 56, E. 3b). Denn ist der tatsächlich übereinstimmende Wille der Parteien unklar (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR), gilt es, die Schiedsklausel nach den Regeln der objektivierten Vertragsauslegung zu ermitteln. Der Vertrag ist in diesem Fall so auszulegen, wie er von vernünftigen Parteien nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 140 III 134, E. 3.2; 138 III 29, E. 2.2.3).
- 7 Dies ist insb. dann schwierig, wenn nur ein vermeintlicher Hauptvertrag eine Schiedsklausel enthält, aber in nachfolgenden Verträgen keine solche Klausel vorhanden ist (BORN, 1370). Damit eine Schiedsklausel eines (Haupt-)Vertrags auch auf einen zweiten Vertrag (ohne eigene Schiedsklausel) anwendbar ist, muss der zweite in Bezug auf den Hauptvertrag ergänzend, ändernd oder komplementierend sein, damit aufgrund der direkten Abhängigkeit der Geltungsbereich der Schiedsklausel ausgeweitet werden kann (ICC Case No. 8420, N 45 f. m.w.N.).

8 Die Klägerin räumt ein, dass es sich beim ABV und dem KV 13 um in sich geschlossene, eigene Verträge handelt (KS, N 10 ff.). Somit bedient sie sich zu einfach dem Grundsatz der extensiven Auslegung einer Schiedsklausel. Es stimmt zwar, dass der ABV das logische Produkt des KV 13 ist und die beiden Verträge sich gegenseitig referenzieren. Der KV 13 regelt mit der Kaufabwicklung aber eine ganz andere Beziehung zwischen den Parteien als der ABV (s. Präambel ABV, lit. D). Beim KV 13 zentral ist die Übertragung des ersten Aktienpakets. Der ABV aber regelt das Zusammenwirken der Parteien als Aktionäre und die Übertragung der restlichen Aktien. Mit Vollzug des KV 13 wurde der Vertragszweck erfüllt. Beim KV 13 standen sich die Parteien als Käuferin und Verkäuferin gegenüber. Nun sind sie gemeinsam Gesellschafter. Daher fungiert der ABV als Basis für die nachfolgenden gesellschafts- und kaufrechtlichen Verbindlichkeiten. Die Interessenlage der Parteien ist grundverschieden: Der KV 13 regelt einen klassischen Aktienkauf. Der ABV geht darüber hinaus, da die Parteien mit ihm einen gemeinschaftlichen Zweck verfolgen (Art. 530 OR, s. unten Rz. 77 ff.). Trotz der Referenzen kann die Schiedsklausel des KV 13 daher nicht auf den ABV angewendet werden. Der Streitbeilegungsmechanismus des einen Vertrages darf nicht willenswidrig auf den anderen ausgedehnt werden.

b) Fehlender Konnex aufgrund widersprechender Gerichtsstandsklausel

- 9 Ferner sei darauf hingewiesen, dass mit der Formulierung „im Zusammenhang mit“ der objektive Geltungsbereich einer Schiedsklausel nicht blindlings auf nahestehende Verträge ausgedehnt werden darf. Dies ist gerade dann unzulässig, wenn eine entgegenstehende Vereinbarung geschlossen wurde (BGE 4A_452/2007, E. 2.5.2; 4A_390/2014, E. 3.4 ff.).
- 10 Die im ABV vereinbarte Gerichtsstandsklausel (Art. 27.8 ABV) verdeutlicht die oben ausgeführte Willensdiskrepanz. Die *prorogatio fori* der Gerichte in Zug war im Gegensatz zur Schiedsgerichtsbarkeit offensichtlich vom Konsens der Parteien im ABV umfasst. Es ist zwar richtig, dass die Gerichtsstandsklausel nur subsidiär gilt (KS, N 12), doch ist sie nur gegenüber Normen innerhalb des ABV selbst subsidiär („[...] soweit keine andere Regelung *dieses* Vertrages vorgeht [...]“¹ und nicht „*diesem*“). Innerhalb des ABV ist die Subsidiarität der Gerichtsstandsklausel in Bezug auf den Schiedsgutachter (Art. 6.9 ABV) zu verstehen.
- 11 Überdies schweigt der ABV zum Verhältnis zur Schiedsklausel. Daraus darf nicht der Konnex zur Schiedsklausel oder deren Vorrang stipuliert werden. Im Gegenteil, solange der umstrittene Vertrag einen Gerichtsstand vorsieht, darf nicht zugunsten eines hier klar im Widerspruch zum Vertragstext stehenden Schiedsgerichts abgewichen werden. Aufgrund der Auslegung nach Treu und Glauben muss dem expliziten Wortlaut des Vertrages gefolgt werden.

¹ Hervorhebung hinzugefügt.

c) *Fazit*

12 Der ABV fällt nicht unter den objektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel im KV 13.

3. Eventualiter: Zuständigkeit des Schiedsgutachters

13 Für den Fall der Ungültigkeit des KV 14 und der damit einhergehenden Gültigkeit des ABV sei der Kaufpreis gemäss Art. 6.9 i.V.m. Art. 27.8 ABV durch einen Schiedsgutachter festzulegen. Dies ergibt sich anhand der Auslegung aus materieller sowie prozessualer Sicht.

14 Die Klägerin behauptet tatsachenwidrig, dass sich die Beklagte gegen eine solche Festlegung gewehrt hätte. Die Klägerin stützt sich dabei auf eine E-Mail, worin die Beklagte angeblich ausdrücklich auf die Beurteilung durch einen Schiedsgutachter verzichtet (KS, N 14; B-4).

15 Der Schiedsgutachter beantwortet in verbindlicher Weise bestimmte vorher definierte Fragestellungen, wie den Aktienkaufpreis (BGE 129 III 535, E. 2). Strittig ist dabei, ob es sich beim Schiedsgutachten um ein rein materielles (so das Bundesgericht a.a.O.) oder ein prozessuales Institut handelt (BERGER/KELLERHALS, N 151). Handelt es sich um ein materielles Institut, ergo einen Vertrag, müssen zur Analyse über die angebliche Aufhebung der Schiedsgutachtervereinbarung die Regeln der Auslegung von Willenserklärungen angewendet werden (s. Rz. 6).

16 Die Klägerin verkennt mit der Behauptung des angeblichen Verzichtes auf den Schiedsgutachter, dass diese Äusserung auf der Ansicht der Unanwendbarkeit des ABV gründet. Keineswegs ist daraus ein Verzicht auf den Schiedsgutachter i.S.v. Art. 1 Abs. 2 OR zu lesen. Vielmehr unterstreicht diese Äusserung explizit die Anwendbarkeit des KV 14. Die Beklagte äussert sich nicht zur Anwendbarkeit der Schiedsgutachterklausel für den Fall der Anwendbarkeit des ABV. Daraus einen Verzicht auf den Schiedsgutachter zu lesen, ist willkürlich. Denn die Anwendbarkeit des ganzen Vertrags wurde verneint und nicht nur die der Schiedsgutachterklausel.

17 Folgt man der Auffassung, das Schiedsgutachten sei ein prozessuales Institut, wird der fehlende Verzichtswillen noch verdeutlicht. Denn durch den Verzicht auf den Schiedsgutachter würde sich die Beklagte auf das subsidiär anwendbare Forum einlassen (Gerichte in Zug; Art. 27.8 ABV). Indem die Beklagte aber bereits mit der Einleitungsantwort schon Widerklage erhoben und auf die Unzuständigkeit der Foren gestützt auf den ABV hingewiesen hatte, entsprach ihr Verhalten keiner Einlassung (vgl. WALTER/DOMEJ, 142; BSK IPRG-VASELLA, Art. 6 N 8). Aufgrund der fehlenden Prorogation kann nicht von einem Verzicht gesprochen werden. Folglich liegt in der Geltendmachung der Anrufung eines Schiedsgutachters kein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Vielmehr entspricht dies dem anfangs vereinbarten Streitbeilegungsmodus.

18 Sollte der ABV also Anwendung finden, muss die Klägerin den Kaufpreis vor der Anrufung eines Gerichtes zuerst durch einen Schiedsgutachter feststellen lassen.

II. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage der Beklagten

1. Art. 8 IPRG ist nicht einschlägig

19 Die Klägerin begründet die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage der Beklagten mit Art. 8 IPRG (KS, N 15). Dieser bezieht sich nach Wortlaut und Lehre auf den *Gerichtsstand* der Widerklage im internationalen Rechtsverhältnis, d.h. auf die Widerklagezuständigkeit *staatlicher* Gerichte (BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 8 N 3; ZK IPRG-VOLKEN, Art. 8 N 14 f.). Art. 8 IPRG ist folglich nicht ohne Weiteres auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit anwendbar.

20 I.c. gelten in erster Linie das zwölfte Kapitel des IPRG sowie ausdrücklich vereinbart die Swiss Rules (s. auch Verfügung Nr. 1, Rz. 12). Die Parteien haben die Anwendbarkeit von Art. 8 IPRG nicht ausdrücklich vereinbart (vgl. Art. 182 Abs. 1 IPRG). Da sich das Verfahren nach den Swiss Rules richtet, ist die Frage nach der Zulässigkeit einer Widerklage in erster Linie durch Auslegung dieses Regelwerks zu beantworten.

2. Widerklage wird von derselben Schiedsvereinbarung wie die Hauptklage erfasst*

a) Haupt- und Widerklage werden beide von Art. 11.1 KV 14 erfasst

21 Wird die Widerklage von derselben Schiedsvereinbarung wie die Hauptklage erfasst, so ist sie nach Massgabe der Swiss Rules zulässig (SRK-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 36).

22 Entgegen der Auffassung der Klägerin wird die Geltendmachung eines Anspruchs aus ABV, wie unter Rz. 1 ff. bereits dargelegt, nicht durch die Schiedsvereinbarung in KV 13, sondern durch diejenige in KV 14 erfasst, da Erstere durch Letztere ersetzt wurde. Die Klägerin kann die Hauptklage somit nicht auf die Schiedsvereinbarung in KV 13 stützen. Sie müsste die behaupteten Ansprüche gestützt auf die Schiedsvereinbarung in KV 14 geltend machen. Da auch die Beklagte ihre Ansprüche gestützt auf jene Klausel geltend macht (s. Einleitungsantwort, Rz. 24), fallen sowohl Haupt- als auch Widerklage unter dieselbe Schiedsvereinbarung. Die Widerklage ist folglich zulässig.

b) Zum Kriterium desselben Vertragsverhältnisses

23 Der Ansicht, wonach Wider- und Hauptklage auf demselben Vertragsverhältnis beruhen müssen (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 182 N 76), ist nicht zu folgen. Diese unnötig restriktive und daher abzulehnende Ansicht (so auch OETIKER, N 497) leitet sich aus der völlig veralteten Version der UNCITRAL-Schiedsordnung von 1976 ab (s. Art. 19 Abs. 3 USchO 1976). Die revidierten Versionen von 2010 und 2013 kennen dieses Erfordernis nicht mehr und verlangen lediglich, dass das Schiedsgericht zuständig sein soll (Art. 21 Abs. 3 USchO 2013). Das heisst letztlich nichts anderes, als dass die Widerklage unter dieselbe Schiedsvereinbarung

wie die Hauptklage fallen muss (vgl. Rz. 21 f.). Im Übrigen richtet sich das vorliegende Verfahren nach den Swiss Rules. Eine Verallgemeinerung veralteter UNCITRAL-Regeln und deren Anwendung auf ein von den Swiss Rules beherrschtes Verfahren ist unzulässig (so auch KELLERHALS/BERGER, 222).

c) Zum Kriterium der Konnexität

- 24 Vereinzelt vertritt die Lehre, dass zwischen Haupt- und Widerklage, zusätzlich zum Erfordernis der Erfassung durch dieselbe Schiedsvereinbarung, ein sachlicher Zusammenhang vorhanden sein muss (VISCHER/HUBER/OSER, N 1465). Gemäss einer anderen Ansicht soll das Schiedsgericht gestützt auf Art. 182 Abs. 2 IPRG über diese Frage entscheiden, sofern die anwendbare Schiedsordnung sich nicht dazu äussert (LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. 186 N 7).
- 25 Diese Meinungen sind abzulehnen. Bei der Konnexität handelt es sich um eine Voraussetzung für den Gerichtsstand der Widerklage (vgl. Rz. 19). Sie kann nicht ohne Weiteres für die Widerklage vor einem Schiedsgericht gefordert werden, denn die Schiedsgerichtsbarkeit kennt den Gerichtsstand nicht (KELLERHALS/BERGER, 221).
- 26 Doch selbst wenn das Schiedsgericht der Konnexität fordernden Ansicht folgen würde, schwächt das die Position der Beklagten keineswegs. Beide Klagen fordern nämlich die Übertragung ein und desselben Aktienpakets zu einem bestimmten Preis. Der sachliche Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage liegt somit ohne Zweifel vor, was auch die Klägerin implizit zugibt (vgl. KS, N 15).

d) Eventualiter: Haupt- und Widerklage werden beide von Art. 3.1 KV 13 erfasst

- 27 Folgt das Schiedsgericht der Klägerin, wonach sich die Hauptklage auf Art. 3.1 KV 13 stützt (KS, N 9 ff.), ändert dies nichts an der Zulässigkeit der Widerklage. Art. 3.1 KV 13 erfasst nämlich auch den Anspruch aus KV 14, was im Folgenden zu zeigen sein wird.
- 28 Wenn eine Schiedsvereinbarung so formuliert ist, dass ihr auch Ansprüche „im Zusammenhang mit“ dem Vertrag unterstehen, so muss angenommen werden, dass die Parteien alle Ansprüche, die den vertraglich geregelten Sachverhalt unmittelbar berühren, der Zuständigkeit des Schiedsgerichts zuweisen wollten. Diese Regel kommt einzig dann nicht zur Anwendung, wenn für ein mit dem Hauptvertrag zusammenhängender Anspruch explizit eine gegenteilige Schiedsvereinbarung bzw. Gerichtsstandsklausel getroffen wurde, die die Zuständigkeit eines anderen (Schieds-)Gerichts bezweckt (BGE 138 III 681, E. 4.4; s. dazu auch oben Rz. 9).
- 29 Wenn das Schiedsgericht nun zum Schluss kommt, dass die Ansprüche aus dem ABV gestützt auf die Schiedsvereinbarung in Art. 3.1 KV 13 geltend gemacht werden können, obwohl der ABV eine eigene Gerichtsstandsklausel enthält, dann sollte dasselbe erst recht für Ansprüche aus dem KV 14 gelten. Einerseits berühren diese den durch den KV 13 geregelten Sachverhalt

unmittelbar, denn es geht in beiden Verträgen um die Übertragung von Aktien derselben Gesellschaft. Andererseits sind die Schiedsvereinbarungen in beiden Kaufverträgen inhaltlich identisch, so dass davon ausgegangen werden darf, dass nicht die Zuständigkeit eines anderen, sondern die desselben Schiedsgerichts vereinbart werden sollte.

- 30 Es ist nicht nachvollziehbar, wieso die Klägerin die inhaltliche Identität der Schiedsvereinbarungen verneint (KS, N 16), wo doch Wortlaut sowie Sinn und Zweck beider Klauseln übereinstimmen. Selbstverständlich ergibt sich die Zusammensetzung des Schiedsgerichts nicht aus den Schiedsvereinbarungen, gerade weil die Parteien die Möglichkeit haben sollen, diese den Umständen entsprechend zu bestimmen. Doch i.c. ist bei Haupt- und Widerklage der Streitgegenstand im Grunde genommen derselbe (vgl. Rz. 26). Wenn die Klägerin nun also implizit behauptet, dass sie für die Hauptklage einen anderen Schiedsrichter einsetzen würde als für die Widerklage (vgl. KS, N 16), obwohl es bei beiden Klagen um die Übertragung ein- und desselben Aktienpaktes zu einem bestimmten Kaufpreis geht, verhält sie sich widersprüchlich.
- 31 Die Schiedsvereinbarung von KV 13 erfasst somit auch die Ansprüche aus dem KV 14. Folglich könnte die Widerklage auch gestützt auf Art. 3.1 KV 13 geltend gemacht werden.

e) Fazit

- 32 Die Widerklage ist zulässig, da sie von derselben Schiedsvereinbarung wie die Hauptklage erfasst wird (s. Rz. 21 f. und 27 ff.). Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage ist nicht zu fordern, liegt aber auf jeden Fall vor (s. Rz. 24 ff.).

3. Eventualiter: Haupt- und Widerklage fallen *nicht* unter dieselbe Schiedsklausel*

- 33 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage ist auch dann zu bejahen, wenn das Schiedsgericht zum Schluss kommen sollte, dass Haupt- und Widerklage nicht von derselben Schiedsvereinbarung erfasst werden. Dafür sprechen prozessökonomische Überlegungen sowie eventualiter die Auslegung des Parteiwillens.

a) Analoge Anwendbarkeit von Art. 21 Ziff. 5 SRJA aufgrund der Prozessökonomie

- 34 Aufgrund der Prozessökonomie ist Art. 21 Ziff. 5 SRJA analog auf die Widerklage anzuwenden. Es gibt keine sachlich gerechtfertigten Gründe, wieso die Swiss Rules die jederzeitige Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Verrechnungseinrede zulassen sollten, nicht aber für das damit verwandte Institut der Widerklage (vgl. KARRER, 49 ff.).
- 35 Kommt diese Regel richtigerweise zur Anwendung, so ist das Schiedsgericht für Widerklagen auch dann zuständig, wenn die damit geltend gemachten Ansprüche nicht unter die Schiedsvereinbarung fallen, d.h., Gegenstand einer anderen Schiedsvereinbarung oder einer Gerichtsstandsklausel sind. Die Widerklage wäre angesichts dieser Betrachtung folglich immer zulässig.

b) Eventualiter: Massgeblichkeit des Parteiwillens

36 Sollte das Schiedsgericht zum Schluss kommen, dass die Prozessökonomie nicht stärker als die Privatautonomie zu gewichten ist, und eine analoge Anwendung von Art. 21 Ziff. 5 SRIA daher nicht in Frage kommt, muss es die Zulässigkeit der Widerklage mittels Auslegung des Parteiwillens ermitteln (BERGER/KELLERHALS, N 534). Dies deshalb, weil die Parteien gemäss Art. 182 Abs. 1 IPRG das Verfahren regeln. Die von ihnen für anwendbar erklärten Swiss Rules enthalten jedoch keine ausdrückliche Regel darüber, ob eine Widerklage zulässig ist, wenn sie nicht unter dieselbe Schiedsvereinbarung wie die Hauptklage fällt.

c) Auslegung des Parteiwillens und Wertung durch das Schiedsgericht

37 Für die Theorie zur Auslegung des Parteiwillens kann auf die Ausführungen in Rz. 6 verwiesen werden. Letztendlich hat das Schiedsgericht eine auf dem Parteiwillen basierende Wertung vorzunehmen (KELLERHALS/BERGER, 220, 222). Dabei ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Parteiwille aufgrund prozessökonomischer Überlegungen darauf gerichtet ist, sämtliche Streitigkeiten vor dem einmal angerufenen Schiedsgericht beilegen zu wollen und nicht für jeden Anspruch ein zusätzliches Verfahren einzuleiten (KARRER, 51 ff.).

38 I.c. muss davon ausgegangen werden, dass die Parteien die Schiedsgerichtsbarkeit unter anderem aus prozessökonomischen Gründen gewählt haben. Ein Ausschluss des prozessökonomisch sinnvollen Instruments der Widerklage nur deswegen, weil die Widerklage von einer anderen Schiedsvereinbarung als die Hauptklage erfasst wird, wäre somit widersinnig. Die Zulässigkeit der Widerklage ist daher zu bejahen, auch wenn sie auf einer anderen Schiedsvereinbarung als die Hauptklage basiert.

39 Diese Lösung ist geradezu zwingend, wenn zudem beide Schiedsvereinbarungen inhaltlich identisch sind und obendrein ein sachlicher Zusammenhang zwischen den haupt- und widerklageweise geltend gemachten Ansprüchen besteht (BERGER/KELLERHALS, N 534; vgl. BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 182 N 79; KELLERHALS/BERGER, 224 f.).

40 Art. 3.1 KV 13 und Art. 11.1 KV 14 sind inhaltlich identisch (s. Rz. 30). Ausserdem besteht ein starker Konnex zwischen den Ansprüchen der Haupt- und Widerklage (s. Rz. 26). In einer solchen Konstellation ist es unangebracht, zu behaupten, dass die Parteien eine Widerklage ausschliessen und die Zuständigkeit zweier verschiedener Schiedsgerichte vereinbaren wollten.

d) Fazit

41 Die Widerklage ist aus prozessökonomischen Gründen und nach Massgabe des Parteiwillens auch dann zulässig, wenn Haupt- und Widerklage nicht von derselben Schiedsvereinbarung erfasst werden.

B. MATERIELLES

III. Übertragung der Aktien gestützt auf KV 14

1. Vorprüfung: Qualifikation der MAC-Klausel als Resolutivbedingung

42 Die Klägerin qualifiziert die Klausel fälschlicherweise als Suspensivbedingung (KS, N 22). Damit will sie erreichen, dass der KV 14 nie in Kraft getreten ist (B-3). Dem ist nicht zuzustimmen, da es sich bei der MAC-Klausel um eine Resolutivbedingung handelt. Eine auflösende Bedingung liegt vor, wenn das Dahinfallen eines wirksamen Rechtsgeschäfts vom Eintritt eines ungewissen künftigen Ereignisses abhängen soll. Ist die Bedingungsart unklar, muss der Wille der Parteien nach dem Vertrauensprinzip eruiert werden (HUGUENIN, N 1288 ff.; BGE 56 II 203, E. 4; zu den Auslegungsregeln s. Rz. 6).

43 Die im ABV vereinbarten Optionsrechte sollten durch den KV 14 ersetzt werden (KS, N 18). Weiter stellt die MAC-Klausel für die Käuferin einen ausdrücklichen Schutz vor einer unerwarteten und unverschuldeten Wertminderung dar. Hierfür spricht, dass die UEK bereits die Quantifizierung von 10% als wesentliche Wertminderung erachtet (Art. 35 Abs. 2 lit. a UEV-UEK; UEK-Entscheid 0249/01, E. 2.3.4). Die Parteien haben hingegen eine Schwelle von 20% vereinbart. Beide gehen offensichtlich von einem Rücktrittsrecht in unerwarteten Fällen aus (KS, N 22, 62 ff.). Die MAC-Klausel ist somit eine „Notklausel“, die den Vertrag nicht von Anfang an hemmen soll, sondern nur im äussersten Notfall greift. Der Begriff des Rücktritts wurde juristisch korrekt gebraucht und sinngemäss eine Resolutivbedingung vereinbart (vgl. SCHLEIFFER, 68 f.).

2. Keine Aktvierung der MAC-Klausel nach Vertragsauslegung

44 Die Abrede des Nichteinbezugs der neg. EBITDA muss sich auch auf die Prozentschwellenberechnung der MAC-Klausel beziehen, da diese nur *wesentliche Verschlechterungen* zwischen Signing und Closing berücksichtigen soll. Dies ergibt sich aus der Vertragsauslegung. Bzgl. der Auslegungsregeln sei auf die obigen Ausführungen verwiesen (Rz. 6).

a) Die Vereinbarung des Nichteinbezugs der neg. EBITDA der African Venture zur Kaufpreisberechnung des KV 14 bezieht sich auch auf die MAC-Klausel

45 Die Parteien einigten sich bei der Kaufpreisberechnung des KV 14 wissentlich und willentlich auf den Nichteinbezug der neg. EBITDA der African Venture (vgl. auch KS, N 27; Verfügung Nr. 2, Rz. 13). Der Auslegungsregel der sog. ganzheitlichen Auslegung kommt eine herausragende Rolle zu. Gemäss Letzterer sind einzelne Vertragsbestimmungen unter Berücksichtigung des Vertragsganzen auszulegen. Dabei dient jede vertragliche Bestimmung als Auslegungshilfe für die andere (HGer ZH HG120162-O, E. 2.2.7 m.w.N.).

- 46 Die Klägerin verkennt, dass eine ausdrückliche Regelung der Kaufpreisgefahrtragung (MAC-Klausel) nur im Zusammenhang mit dem bereits feststehenden Kaufpreis überhaupt sinnvoll ist: Wäre kein fixer Kaufpreis bestimmt, so würde sich der Kaufpreis wie beim ABV im Zeitpunkt des Closings bestimmen und eine Gefahrtragungsregelung für den Zeitraum zwischen Signing und Closing wäre unnütz. Nach dem Vertrauensprinzip wird hier also nicht der Nichteinbezug der neg. EBITDA in den Vertrag „hineininterpretiert“ (KS, N 26, 27), sondern die vereinbarte Gefahrtragungsregel gemäss Sinn und Zweck, d.h. anhand der getroffenen Preisberechnungsabrede des KV 14, umgesetzt. Sinn und Zweck der MAC-Klausel verbieten eine losgelöste Betrachtung vom KV 14.
- 47 Die MAC-Klausel ist Bestandteil des KV 14, weshalb sie anhand des gesamten Vertrags auszulegen ist, speziell unter Berücksichtigung des in Art. 1 vereinbarten Kaufpreises. Aufgrund der Systematik ist anzunehmen, dass sich die Abrede bzgl. des Nichteinbezugs der neg. EBITDA zur Kaufpreisberechnung also auch auf die MAC-Klausel bezieht.
- 48 Aus der teleologischen und systematischen Auslegung ergibt sich, dass die in KV 14 vereinbarte Unternehmenswertberechnung unter Nichteinbezug der neg. EBITDA der African Venture und der New Zealand Venture bzgl. der Berechnung der Prozentschwelle der MAC-Klausel gelten muss (vgl. a.A. KS, N 27). Dies schliesst die Aktivierung der MAC-Klausel aus.
- b) Die MAC-Klausel soll keine 9.47%-Hürde darstellen*
- 49 Würde man die neg. EBITDA zur Kalkulation der 20%-Schwelle der MAC-Klausel miteinbeziehen, wäre bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses des KV 14 eine 11.63%ige „Wertminderung“ gegeben, ohne dass eine Verschlechterung stattgefunden hätte. Dies deshalb, weil die neg. EBITDA der African Venture zur Kaufpreisberechnung mit 0 veranschlagt wurden (s. Anhang, Rechnung 1). Würde man die neg. EBITDA nun einrechnen, stellte die MAC-Klausel von Beginn an nur eine 9.47%-Hürde dar (s. Anhang, Rechnung 2).
- 50 Die Parteien vereinbarten die MAC-Klausel ausdrücklich, um im Fall der wesentlichen Verschlechterung von 20% das Dahinfallen des KV 14 begründen zu können (Art. 10.2 lit. c KV 14). Die Klägerin teilt diese Ansicht (KS, N 23, 28). Wie oben dargelegt, soll die MAC-Klausel den KV 14 nur im äussersten Notfall aufheben (s. Rz. 42 ff.).
- 51 Durch den Einbezug der neg. EBITDA würde die 20%-Schwelle untergraben, indem effektiv nur eine Wertverminderung von 9.47% eintreten müsste. Eine solche Verschlechterung läge selbst unter der von der UEK als wesentlich qualifizierten Wertverminderung von 10% (vgl. Rz. 43). Dementsprechend würde die Ansicht der Klägerin zu absurden Ergebnissen führen und nicht die hier vertretene (vgl. KS, N 25 f., 28 ff.). Der Einbezug der neg. EBITDA für die Berechnung des Wertverlusts gemäss MAC-Klausel würde den Vollzug des KV 14 von Beginn

an unwahrscheinlicher machen, als ursprünglich gewollt. Das kann nicht dem Sinn und Zweck der MAC-Klausel als Teil des KV 14 entsprechen. Unter Einbezug der neg. EBITDA hätte man die massgebliche Wertverschlechterung höher ansetzen müssen, nämlich bei 29.3%, um effektiv eine Schwelle von 20% zu erreichen (s. Anhang, Rechnung 3).

52 Werden die neg. EBITDA nicht einbezogen, liegt lediglich eine Wertminderung von 15.12% vor (s. Anhang, Rechnung 4)

c) Eventualiter: Die ursprünglich neg. EBITDA der African Venture stellen keine „Verschlechterung“ dar, sondern eine Konstante

53 Auch wenn man die neg. EBITDA der New Zealand Venture in die Berechnung der 20%igen Verschlechterung miteinbezieht, sind die der African Venture nicht miteinzukalkulieren.

54 Die Klägerin verkennt, dass der Einbezug der von Beginn an existierenden neg. EBITDA der African Venture weder dem Wortlaut von Art. 10.2 lit. c KV 14 entspricht, noch dem Sinn und Zweck der Klausel. Die MAC-Klausel greift im Fall von „wesentlichen Verschlechterungen“. Die Werte der African Venture haben sich im Zeitraum zwischen Signing und Closing des KV 14 nicht verschlechtert, d.h. neg. entwickelt, sondern sind konstant geblieben (s. Tabelle im Anhang). Da die neg. EBITDA der African Venture keine Verschlechterung darstellen, sind sie auch nicht in die Berechnung der wesentlichen Verschlechterung einzubeziehen. Ein solcher Einbezug widerspricht auch dem Sinn der Klausel: Diese will vor Verschlechterungen zwischen Signing und Closing schützen und nicht vor dem Kauf einer Tochter, die schon im Zeitpunkt des Signings rote Zahlen schrieb.

55 Werden die neg. EBITDA der African Venture richtigerweise nicht einbezogen, liegt keine wesentliche Verschlechterung i.S.v. Art. 10.2 lit. c KV 14 vor, da nur eine Verschlechterung von 16.28% eingetreten ist (vgl. Anhang, Rechnung 5), welche die MAC-Klausel nicht aktiviert.

d) Zwischenfazit

56 Nach Vertragsauslegung besteht ein normativer Konsens über den Nichteinbezug neg. EBITDA für die Berechnung der wesentlichen Verschlechterung. Letztere ist folglich nicht eingetreten, weswegen die MAC-Klausel nicht aktiviert wurde.

3. Kein Grundlagenirrtum

a) Keine objektive oder subjektive Wesentlichkeit

57 Die Klägerin behauptet, der KV 14 wäre infolge Grundlagenirrtums ungültig (KS, N 41 ff.). Bzgl. der theoretischen Ausführungen zum Irrtum sei auf diejenigen der Klägerin verwiesen (KS, N 42 ff.; vgl. auch BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24 N 1 ff.).

58 SCHWENZER schliesst einen Irrtum aus, sofern er die zwischen den Parteien vertraglich vereinbarte Risikoverteilung unterläuft. Demnach können einzig solche Umstände als relevant gelten,

die von den Parteien als notwendige Grundlage des Vertrags angesehen wurden oder redlicherweise angesehen werden mussten und ohne deren Vorliegen der Vertrag nicht oder nicht so zustande gekommen wäre (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24 N 19; BGE 4C.37/2004, E. 2.3).

- 59 Die Klägerin beruft sich darauf, dass die MAC-Klausel vor wesentlicher Verschlechterung schützen soll. Würden die neg. EBITDA nicht einbezogen, sei dieser Schutz nicht gegeben (KS, N 43, 44).
- 60 Die Berufung auf diesen „Irrtum“ untergräbt die zwischen den Parteien vereinbarte Risikoverteilung (MAC-Klausel). Der Schutz vor einer wesentlichen Verschlechterung mag eine wesentliche Vertragsgrundlage darstellen. Bzgl. des Schutzes und seiner grundsätzlichen Aktivierung bei Erreichen der 20%-Schwelle liegt jedoch kein Irrtum vor. Vielmehr irrt sich die Klägerin über die *Berechnungsweise* der Schwelle zur wesentlichen Verschlechterung.
- 61 Solange der Schutz vor einer wesentlichen Verschlechterung gewahrt ist, kann die Berechnungsmethode bzgl. dieses Schutzes keine notwendige Vertragsgrundlage darstellen. Uneinigkeit bzgl. der Berechnungsmethode, einem unwesentlichen Element, schliesst die Berufung auf einen Grundlagenirrtum aus, da so die MAC-Klausel als vertraglich vereinbarte Risikoverteilung unterlaufen würde (keine objektive Wesentlichkeit). Da der Schutz vor einer wesentlichen Verschlechterung gewahrt ist, kann der Irrtum über die Berechnungsweise auch nicht *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss darstellen (keine subjektive Wesentlichkeit). Der „Irrtum“, der die vertraglich vereinbarte Risikoverteilung unterläuft, ist unbeachtlich.

b) Eventualiter: Erkennbarkeit

- 62 Der Irrtum muss für den Vertragspartner des Irrenden erkennbar gewesen sein (BGE 4C.37/2004, E. 2.3). Hat sich die andere Partei bei Vertragsschluss nicht um eine besondere, sich offensichtlich stellende Frage gekümmert, kann die andere Partei daraus ableiten, diese Frage sei ihr unwichtig (BGE 129 III 363, E. 5).
- 63 Die Klägerin hat sich nicht darum gekümmert, dass die neg. EBITDA bei der Berechnung des MAC einbezogen werden. Vielmehr hat sie dadurch, dass sie von einem Einbezug bei der Berechnung des Kaufpreises absah, konkludent zum Ausdruck gebracht, dass dies auch für die MAC-Klausel gelte (s. Rz. 45 ff.). Ein Irrtum über die Berechnungsmethode ist nicht nur nicht erkennbar für die Beklagte, sondern auch widersprüchlich zum Verhalten der Klägerin.

c) Zwischenfazit

- 64 Der Grundlagenirrtum ist aus den oben genannten Gründen zu verneinen.

4. Eventualiter: Treuwidrige Herbeiführung der wesentlichen Verschlechterung

- 65 Sollte das Schiedsgericht zum Schluss kommen, dass die MAC-Klausel entgegen der Ansicht der Beklagten (Rz. 44 ff.) aktiviert wurde, ist sie aufgrund der treuwidrigen Herbeiführung der

Bedingung der wesentlichen Verschlechterung durch die Klägerin dennoch als nicht gegeben zu erachten.

a) *Die Klägerin führt den Bedingungseintritt treuwidrig i.S.v. Art. 156 OR herbei*

- 66 Eine Bedingung gilt als nicht erfüllt, wenn ihr Eintritt von der einen Partei wider Treu und Glauben herbeigeführt wird (Art. 156 OR analog). Die Beurteilung hat unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu erfolgen. Es genügt dabei, wenn das Verhalten gegen den Vertrauensgrundsatz verstösst (KUKO OR-HONSELL, Art. 156 N 1 ff.; BGE 4C.281/2005, E. 3.5).
- 67 Die Klägerin führt aus, sie sei allein aufgrund des Haftungsrisikos ihrerseits (KS, N 57; vgl. Art. 9.2 ABV) an einer treuwidrigen Herbeiführung der MAC-Klausel gehindert. Dieses Vorbringen ist unbehilflich, denn das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung schliesst nicht *per se* den Verstoss dagegen aus. Dem ist sich auch die Klägerin bewusst, wenn sie eingesteht, sie trage aufgrund ihres Handelns eine gewisse Verantwortung für die Negativentwicklung. Infolge der ihr eingeräumten operativen Führung und Mehrheit im Verwaltungsrat hatte sie die Möglichkeit, den Kaufpreis in ihrem Interesse durch unprofessionelles Management zu drücken. Sie bestreitet allerdings, dass sie dies treuwidrig tat (KS, N 32).
- 68 Das in der Lebensmittelbranche etablierte Unternehmen handelte treuwidrig, als es von der Anpassung an die neuen Lebensmittelstandards für einen Zeitraum von mehr als eineinhalb Jahren absah und damit die Übergangsfrist zur Umstellung des Produktionsvertriebs innerhalb dieser Zeit einfach verstreichen liess. Die Behauptung der Klägerin, die Smoothies der New Zealand Venture hätten zum Zeitpunkt der Medsafe-Untersuchung am 6.10.2014 den gesetzlichen Anforderungen entsprochen (KS, N 34), ist falsch. Die Gesetzesänderung trat am 1.4.2013 in Kraft, die Übergangsfrist endete am 1.10.2014. Infolgedessen nahm die Klägerin während sechs Tagen in Kauf, rechtswidrig Smoothies mit einem zu hohen Anteil an kanzerogenen Stoffen zu vertreiben. Dass die Untersuchung noch während der Übergangsfrist begann und die Klägerin das Ergebnis der Untersuchung abwarten wollte, rechtfertigt keinen Gesetzesverstoss, sondern stellt die Inkaufnahme eines solchen dar. Spätestens im Zeitpunkt der Einleitung der Untersuchung hätte die Klägerin Massnahmen ergreifen müssen, um die Konformität der Smoothies mit den neuen Vorschriften selbst zu überprüfen bzw. die Konformität nach Ablauf der Übergangsfrist zu garantieren. Notfalls hätte sie sogar einen Vertriebsstopp veranlassen müssen, um einen Gesetzesverstoss mit Ablauf der Übergangsfrist abzuwenden.
- 69 Die Klägerin mutmasst, dass die Untersuchung und das Abspringen der Larinof dem allgemeinen Geschäftsrisiko zuzuordnen sind. Dieses läge ausserhalb ihrer Einflussphäre (KS, N 34 f.). Die Untersuchung wurde Anfang 2014 eingeleitet. Larinof beendete das Vertragsverhältnis am 30.6.2014, d.h. noch während der laufenden Untersuchung (Verfügung Nr. 2, Rz. 8).

- 70 Die Klägerin gibt zu, keinerlei Massnahmen ergriffen zu haben, um den Grosskunden zu halten (KS, N 35). Sie hätte zum Beispiel vertrauensbildende Gespräche mit Larinof führen oder neue Verträge ausarbeiten können, die der Neuorientierung gerecht geworden wären. Weiter gehört es zu einer angemessenen Geschäftsführung, Grosskunden über Veränderungen und Neuorientierungen zu informieren, um ihnen mögliche Ängste zu nehmen. Jeder redliche Dritte hätte alles darangesetzt, das Vertragsverhältnis mit Larinof zu retten. Die Klägerin unterliess jedoch jegliche Kommunikation. Dies lässt den Schluss zu, dass sie kein Interesse an einer Vertragsbeziehung mit Larinof hatte, genauso wie sie kein Interesse daran hatte, Massnahmen bzgl. der geänderten Standards zu veranlassen. Es war vorhersehbar, dass ein solch unprofessionelles Verhalten langfristig Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens haben würde.
- 71 Dass die Klägerin, nachdem der Medsafe-Bericht den Verstoss gegen die Lebensmittelvorschriften bestätigte, mustergültig handelte (KS, N 36; Verfügung Nr. 2, Rz. 6 f.), ist unbestritten. Indem die Klägerin ihr „Verschlafen“ (KS, N 37) eingesteht, wird ihr erwiesenermassen treuwidriges Unterlassen untermauert.

b) Kausalität zwischen Treuwidrigkeit und Bedingungseintritt / Perte d'une chance

- 72 Vorausgesetzt wird ein hypothetischer Kausalzusammenhang zwischen dem Bedingungseintritt und dem treuwidrigen Herbeiführen der Bedingung durch Unterlassen (BGE 4C.281/2005, E. 3.5.2). Die Kausalität ist gegeben, wenn der Bedingungseintritt bei Vornahme der gebotenen Handlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre (vgl. BGE 4A_520/2007, E. 4).
- 73 Hätte die Klägerin die Smoothies rechtzeitig an die neuen Vorschriften angepasst und hätte sie sich angemessen um die Geschäftsbeziehung mit Larinof gekümmert, wäre auch der negative Artikel im New Zealand Herald nicht veröffentlicht worden. Die Smoothie-Verkäufe wären nicht zurückgegangen und ein solch grosser Wertverlust wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben.
- 74 Sollte das Schiedsgericht die überwiegende Wahrscheinlichkeit verneinen, ist die sog. „Theorie der entgangenen Chance“ analog anzuwenden. Hiernach genügt es, dass die Chance bestand, dass die Klägerin durch adäquates Handeln einen Unternehmensverlust hätte verhindern können (vgl. SUMMERMATTER, 244 ff.). Eine solche Chance bestand ohne Zweifel. Die Kausalität ist somit zu bejahen.

c) Zwischenfazit

- 75 Der Kausalzusammenhang zwischen dem Bedingungseintritt und dem treuwidrigen Herbeiführen der Bedingung durch Unterlassen ist zu bejahen. Die MAC-Klausel gilt i.S.v. Art. 156 OR analog als treuwidrig herbeigeführt. Der KV 14 bleibt somit in Kraft.

5. Eventualiter: Kein Wiederaufleben des ABV bei Aktivierung der MAC-Klausel

76 Gemäss dem Klagebegehren lebte der ABV mit der angeblichen Aktivierung der MAC-Klausel wieder auf und bildete darum die gültige Basis für die Übertragung der restlichen 50% der Aktien der VM (KS, N21). Die Beklagte teilt diese Ansicht nicht.

a) Vorprüfung: Qualifikation des ABV als Joint-Venture-Vertrag i.S.v. Art. 530 OR

77 Mit Abschluss und Vollzug des KV 13 schlossen die Streitparteien den ABV. Dieser regelt neben der Übertragung der zweiten 50% der Aktien der VM auch die Rechte und Pflichten der operativen Führung des Kaufobjektes (Präambel ABV, lit. D).

78 Die herrschende Lehre erachtet Aktionärsbindungsverträge als einfache Gesellschaften i.S.v. Art. 530 ff. OR (BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 620 N 36; BÖCKLI, 66 ff.; VON DER CRONE, § 11 N 28; et al.). Die Elemente der einfachen Gesellschaft sind die vertraglich vereinbarte Zweckverfolgung mit gemeinsamen Kräften und Mitteln von mindestens zwei Personen. Dabei haben sie einen sog. *animus societatis* (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 66.). Neben Geschäftsführungsklauseln äussert sich dieser Wille auch in Abmachungen über den Aktienkauf. Innerhalb von Aktionärsbindungsverträgen stellen diese Abmachungen sodann gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen dar (FORSTMOSER/KÜCHLER, N 146, 1176). Die einfache Gesellschaft kann auch konkludent entstehen (ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530 N 145).

79 Die Parteien einigten sich mit Abschluss des KV 13 darauf, die Geschäftsführung der Käuferin zu übertragen. Dazu vereinbarten sie den Verkauf der Aktien (Verpflichtungsgeschäft) durch die Ausübung der Put- und Call-Optionen (Verfügungsgeschäft; s. Art. 6.7 ABV). Mit der Regelung über die sorgfältige Geschäftsführung wollte sich die Verkäuferin den Werterhalt ihres Aktienpaketes sichern. Beide erhielten durch die gesellschaftsrechtliche Verbindung eine über die Aktionärsrechte reichende Sicherheit hinsichtlich ihrer Aktionärsstellung. Die Parteien hatten unbestrittenermassen einen *animus societatis* hinsichtlich eines erfolgreichen Übertragungsgeschäfts. Der ABV begründet eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 OR.

b) KV 14 ist keine Novation i.S.v. Art. 116 OR

80 Gemäss den klägerischen Ausführungen handelt es sich beim KV 14 um eine Novation des ABV (KS, N 18 ff.). Eine alte Forderung wird durch eine neue ersetzt, vorausgesetzt, es besteht ein Novierungswille (KS, N 19; BK OR-BECKER, Art. 116 N 1 ff.). Dieser muss via Auslegung eruiert werden, doch wird er nicht vermutet (Art. 116 Abs. 1 OR) und muss von der behauptenden Partei bewiesen werden (Art. 8 ZGB; BGE 107 II 481, E. 3; 4A_604/2011, E. 2.6). Die Klägerin führt dazu Präambel KV 14, lit. B und Art. 11.7 KV 14 an. Sie verkennt dabei jedoch, dass in beiden Klauseln eine explizite Äusserung bzgl. einer Neuerung i.S.v. Art. 116 OR fehlt. Vielmehr wird darin der ABV „ersetzt“ bzw. „ausser Kraft gesetzt“. Der nackte Wortlaut dieser

Klauseln liest sich *de facto* nur als Aufhebungsvereinbarung. Dies entspricht auch dem gesetzlichen Rahmen. Denn die Novation eines Vertrages einer einfachen Gesellschaft ist nicht möglich (ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545 N 4). Vielmehr muss die einfache Gesellschaft nach Art. 545 OR aufgelöst werden. Dabei missachtet die Klägerin, dass die angeführten Klauseln der Auflösungsbestimmung von Art. 545 Ziff. 4 OR entsprechen, wonach die einfache Gesellschaft durch gegenseitige Übereinkunft aufgelöst wird. Folglich wurde die einfache Gesellschaft des ABV mittels der Aufhebungsvereinbarungen im KV 14 rechtsgültig aufgehoben.

c) Kein Wiederaufleben des ABV

- 81 Mit Rücktritt vom KV 14 soll der ABV der Klägerin zufolge wiederaufleben (KS, N 21; vgl. BK OR-BECKER, Art. 116 N 18). Mit Inkrafttreten des KV 14 wurde aber, wie eben dargelegt, die Zweckgemeinschaft beendet. Mit Abschluss des KV 14 einigten sich die Parteien darüber, dass die Regeln des ABV zweck- und ziellos waren, denn sie hatten nur zu Differenzen geführt (vgl. Präambel KV 14, lit. B). Es besteht somit ein klarer Widerwille bzgl. des Wiederauflebens des ABV. Zwar kann eine einfache Gesellschaft auch konkludent wiederaufleben, doch ist dafür ein ausdrücklicher *animus societatis* unerlässlich (ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545 N 13). Dieser fehlt hinsichtlich des Regelungssachverhaltes des ABV jedoch. Die Parteien wollen die Berechnungsgrundlage im ABV unabhängig von der Gültigkeit des KV 14 nicht. Folglich kann hier der *animus societatis* nicht zwecks Wiederauflebens des ABV fingiert werden.
- 82 Selbst wenn eine einfache Gesellschaft verneint würde, könnte der ABV nicht wiederaufleben. Alles andere wäre eine Missachtung der tatsächlichen Umstände und würde den Parteien einen nicht mehr gewollten, der Situation nicht gerecht werdenden Vertrag aufzwingen. Ein solcher Wille darf ebenfalls nicht retrospektiv fingiert werden.

d) Zwischenfazit

- 83 Der KV 14 ist keine Novation des ABV. Eventualiter trifft dies auch zu, wenn man den ABV nicht als einfachen Gesellschaftsvertrag charakterisiert. Der ABV kann folglich keine rechtsgültige Grundlage zur Übertragung der zweiten 50% der Aktien der VM bilden.

6. Fazit

- 84 Die Übertragung der restlichen Aktien der VM erfolgt basierend auf KV 14.

IV. Kaufpreisbestimmung nach KV 14

1. Preis von Art. 1 KV 14 ist massgebend

- 85 Der KV 14 bildet die einzige Grundlage zur Übertragung der restlichen Aktien der VM. Die Übertragung erfolgt zum Fixpreis von CHF 2'687'500 (Art. 1 KV 14). Mangels vorrangiger Abreden, Ungültigkeitsgründen oder rechtsgültiger Minderungsrechte ist die Übertragung zu diesem Preis zu vollziehen.

2. Keine Preisminderung aufgrund der *clausula rebus sic stantibus*

86 Entgegen der Meinung der Klägerin (vgl. KS, N 62 ff.) liegt kein Fall der crss vor.

a) *Verhältnis der clausula rebus sic stantibus zur MAC-Klausel*

87 Um die crss richtig evaluieren zu können, sei zunächst auf das Verhältnis zur MAC-Klausel eingegangen. Beides sind positive Anpassungsklauseln. Diese können einen Vertragsinhalt nach einem (neg.) Ereignis umgestalten (SCHÄRER/GROSS, 132). Ein richterlicher Eingriff in einen Vertrag durchbricht die Vertragsfreiheit. Deshalb geht bei der Zuteilung des Änderungsrisikos die privatautonome Regelung vor (BGE 127 III 300, E. 6a). Nur wenn die vertraglich vereinbarte Regelung lückenhaft ist, soll der Richter eingreifen können (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 296 ff.). So kann der Richter einen leistungsunwilligen Käufer nicht von seiner Pflicht befreien, wenn das angerufene neg. Ereignis durch die MAC-Klausel gedeckt ist (SCHÄRER/GROSS, 133). I.c. wurde die MAC-Klausel nicht aktiviert (s. Rz. 56). Insofern darf die faktisch erwiesene Vertragsbeständigkeit nicht mit der crss umgangen werden. Auch kann nicht von einer lückenhaften MAC-Klausel gesprochen werden. Denn sie wurde exakt für den vorliegenden Fall einer unerwarteten Wertminderung zum Schutz der Käuferin vorgesehen. Die Anwendung der crss bleibt hier somit aufgrund des Vorranges der MAC-Klausel versagt.

b) *Eventualiter: Keine gravierende Äquivalenzstörung*

88 Selbst wenn das Schiedsgericht die Anwendung der crss gegenüber der MAC-Klausel vorzieht, kann sie mangels Vorliegen der nötigen Voraussetzungen nicht greifen. Die Klägerin behauptet, dass aufgrund der Wertminderung der VM eine gravierende Äquivalenzstörung vorliege (KS, N 64). Eine solche ist jedoch nur in Ausnahmefällen zu bejahen (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 778 ff.). Zwar tritt i.c. eine Wertminderung ein. Entgegen der Auffassung der Klägerin beträgt diese jedoch nicht 28%, sondern 15.12% (vgl. KS, N 65; s. Rz. 52; s. Anhang, Rechnung 4). Da diese Wertminderung selbst die Aktivierung der MAC-Klausel nicht auszulösen vermochte, kann sie auch nicht den noch höheren Erwartungen der crss entsprechen.

c) *Eventualiter: Treuwidrige Herbeiführung und Voraussehbarkeit*

89 Ferner verneint die Klägerin, dass sie zur Äquivalenzstörung beigetragen hat (KS, N 69). Wie oben bereits dargelegt, hat die Klägerin die Wertminderung der New Zealand Venture treuwidrig herbeigeführt (s. Rz. 75). Demnach kann die crss auch nicht angerufen werden (vgl. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 770). Auch kann die Klägerin aufgrund der Treuwidrigkeit ihres Verhaltens die Voraussehbarkeit nicht ernsthaft bestreiten (vgl. KS, N 16).

d) *Fazit*

90 Die Prüfung und allfällige Anwendung der crss bleibt aufgrund des Vorranges der MAC-Klausel versagt. Selbst wenn die crss geprüft würde, sind ihre Voraussetzungen nicht erfüllt.

3. Keine Senkung des Kaufpreises nach Treu und Glauben

- 91 Die Klägerin führt eventualiter an, dass das Schiedsgericht den Vertrag nach dem mutmasslichen Willen der Parteien zu modifizieren hat und somit den Kaufpreis bei CHF 1'937'500 festsetzen soll. Die Klägerin unterstreicht dabei richtigerweise das Interesse beider Parteien an der Beständigkeit des Vertrages. Implizit geht sie dabei von einem lückenhaften Vertrag aus, der durch den Richter nach Treu und Glauben zu ergänzen ist (KS, N 71 ff.).
- 92 Bei Vorliegen eines lückenhaften Vertrages, der der richterlichen Modifikation bedarf, muss sich der Richter am hypothetischen Parteiwillen orientieren (s. Rz. 6 bzgl. Auslegungsregeln). Wichtig ist dabei, dass auch die Entstehungsgeschichte und die individuellen Umstände miteinbezogen werden (BGE 4C.376/2005, E. 3.2; HUGUENIN N 308).
- 93 Der von der Klägerin begehrte Preis von CHF 1'937'500 gründet auf der Berechnungsgrundlage in Art. 6.8 ABV (KS, N 73 i.V.m. 65). Dabei bezieht sie sich auf die geminderten EBITDA nach dem Skandal um Larinof und inkludiert bei der Preisberechnung auch die neg. EBITDA. Dies ist, wie oben dargelegt, nicht rechtens (s. Rz. 49 ff.). Es darf nicht sein, dass ein ungewollter Modus mittels richterlicher Vertragsergänzung angewendet wird (vgl. auch Rz. 81 f., wonach der ABV *per se* nicht wiederaufleben kann). Letzteres würde den Vertrag willenswidrig und nur im Sinne der Klägerin anpassen. Dem Antrag darf deshalb nicht gefolgt werden.

V. Eventualiter: Kaufpreisbestimmung nach ABV

- 94 Sollte das Gericht die Anwendbarkeit des KV 14 verneinen und die Übertragung gestützt auf den ABV vorziehen, sei nachstehend die Kaufpreisberechnungsmethode der Klägerin widerlegt.

1. Vorprüfung: Nichteinbezug der neg. EBITDA bei der Berechnung nach ABV

- 95 Der Klägerin zufolge sind die neg. EBITDA bei einer Kaufpreisberechnung nach Art. 6.8 ABV miteinzubeziehen. Diese den Kaufpreis in krasser Weise senkende Ansicht entspricht jedoch nicht dem Konsens und sei daher nachfolgend mittels Auslegung widerlegt (zu den Auslegungsregeln s. Rz. 6). Dabei ist neben der Interessenslage der Parteien insb. der Wortlaut zu beachten (BGE 133 III 607, E. 2.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1206 ff.)

a) Auslegung nach Wortlaut

- 96 Der ABV definiert unstrittig die durchschnittlichen EBITDA als Referenzwert zur Unternehmenswertberechnung. Dabei handelt es sich um eine ertragsorientierte Kaufpreisanpassungsklausel (SIEGRIST/RAUSCHENBERGER, 198). So gründet diese Kaufpreisanpassung *per definitionem* auf der Integration von Erträgen („earnings“). Indem hier nur die EBITDA berücksichtigt werden, darf der Begriff der „earnings“ nicht definitionsfeindlich auf Verluste ausgedehnt werden. Werden, wie hier von den einzelnen Ventures, Verluste eingefahren, so sind deren Gewinne klarerweise mit 0 zu bewerten. Die i.c. vereinbarte Regelung orientiert sich nur am Ertrag.

Dem klaren Wortlaut der Klausel folgend, dürfen die Verluste nicht miteinbezogen werden. Somit sind die neg. EBITDA mit 0 zu beziffern.

b) Vertrauensrechtliche Auslegung

97 Selbst wenn man der Ansicht folgt, dass das Wort „earnings“ auch Verluste miteinbezieht, können die neg. EBITDA zur realistischen Kaufpreisberechnung nicht miteinbezogen werden. Zunächst sei darauf hingewiesen, dass eine Unternehmenswertberechnung nicht wirklich als Kaufpreis dienen kann, denn es sind eigentlich weitere Überlegungen, wie das Synergiepotential, steuerrechtliche Aspekte und eben auch Unternehmensschulden miteinzubeziehen (WATTER/GSTOEHL, 37). Doch haben die Parteien gemäss dem Vertragstext einzig Art. 6.8 ABV zur Kaufpreisberechnung bestimmt; insofern ist dieser für alle Eventualitäten der Kaufpreisberechnung massgebend. Dem und der Ansicht der Klägerin folgend, müssten im hypothetischen Fall einer Verschlechterung aller Tochtergesellschaften auch alle neg. EBITDA miteinbezogen werden. Dies wäre gleichbedeutend mit einem neg. totalen Kaufpreis. Folglich müsste die Verkäuferin für die Übertragung der VM bezahlen. Der Einbezug der neg. EBITDA beim Kaufgeschäft ist somit ökonomisch widersinnig und kann deshalb nicht Wille der Parteien gewesen sein. Aus vertrauensrechtlicher Sicht kann nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass die Verkäuferin Geld für einen Verkauf bezahlen wollte. Die Klägerin macht zudem fälschlicherweise geltend, dass im Falle eines Nichteinbezuges die tatsächliche wirtschaftliche Situation des Unternehmens verzerrt würde (Einleitungsanzeige, Rz. 16). Dies ist jedoch verkehrt. Denn wenn alle Ventures Verluste einfahren würden, wäre nach dem Ergebnis der Preisberechnungsklausel der Unternehmenswert richtigerweise mit null zu beziffern und nicht mit einem Minuspreis. Somit bildet der Nichteinbezug der neg. EBITDA die wirtschaftliche Situation realistisch ab.

c) Zwischenfazit

98 Die neg. EBITDA dürfen bei der Preisberechnung gestützt auf ABV nicht einbezogen werden.

2. Preisberechnung

a) Keine gültige Causa für CHF 1'875'000

99 Die Klägerin begehrt die Übertragung der restlichen 50% der Aktien der VM zum Preis von CHF 1'875'000 (KS, N 59). Dieser Preis entbehrt jeglicher rechtsgültigen Grundlage. Erstens verkennt die Klägerin dabei, dass mit Wiederaufleben des ABV auch die sich darauf stützenden Verbindlichkeiten wiederaufleben. Die bereits ausgeübte Call-Option ist somit ebenfalls wieder gültig. Folglich ist für die ersten 15% der Aktien der damals vereinbarte Kaufpreis massgebend (s. unten Rz. 100 f.). Ferner müssen mit Wiederaufleben des ABV die darin vereinbarten Regeln zur Ausübung der Put- und Call-Optionen eingehalten werden. Die Klägerin unterstellt, dass sie die gesamten 50% der Aktien zu den EBITDA-Werten am 30.4.2015 hätte kaufen können.

Dabei verkennt sie jedoch das Verkaufsrecht der Beklagten und die zeitliche Staffelung ihrer eigenen Call-Optionen. Einmal abgesehen vom bereits vollzogen Kauf der ersten 15% ist es undenkbar, dass die restlichen 35% zu den gleichen Werten am gleichen Tag (30.4.2015) verkauft worden wären (vgl. Art. 6.7 ABV). Der Preisberechnung der Klägerin ist daher nicht zu folgen. Es ist vielmehr strikt nach den Regeln des ABV vorzugehen:

b) Preisberechnung der ersten 15% der Aktien gestützt auf Art. 6.7.3 lit. a ABV

100 Das Kaufrecht (i.c. Call-Option) räumt dem Käufer das Recht ein, durch einseitige Willenserklärung eine Sache zu erwerben (FORSTMOSER/KÜCHLER, N 1285 ff.).

101 Mit der von der Klägerin stipulierten Novation des ABV ging nicht nur dieser unter, sondern auch alle sich darauf stützenden Verbindlichkeiten. Am 16.6.2014 übte die Klägerin zur Übertragung der ersten 15% der Aktien ihre Call-Option gemäss Art. 6.7.3 lit. a ABV aus (K-3). Da nun der ABV wieder Anwendung erlangt, lebt auch diese rechtswirksame Verbindlichkeit wieder auf. Das Kaufrecht wurde somit mit sofortiger Wirkung rechtsgültig abgeschlossen. Folglich sind dafür CHF 768'750 geschuldet (s. Anhang, Rechnung 6).

c) Preisberechnung der zweiten 15% der Aktien gestützt auf Art. 6.7.3 lit. b ABV

102 Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte mit Abschluss des KV 14 ihr gesamtes Aktienpaket abstossen wollte. Nach vertrauensrechtlicher Auslegung, hätte sie dieses somit auch bei Anwendbarkeit des ABV möglichst schnell mit der Put-Option abgestossen. Die zweiten 15% hätten sodann eineinhalb Jahre nach Abschluss des ABV, nämlich am 11.10.2014, verkauft werden können (vgl. Art. 6.7.3 lit. b ABV). Daher muss das Schiedsgericht den damaligen Stand der EBITDA berücksichtigen.

d) Preisberechnung der letzten 20% der Aktien gestützt auf Art. 6.7.3 lit. c ABV

103 Die letzten 20% der VM hätten frühestens am 11.4.2015 übertragen werden können (vgl. Art. 6.7.3 lit. c ABV). Bzgl. des Ausübungswillens für die betreffende Put-Option kann nach oben verwiesen werden (s. Rz. 102). Da für das besagte Datum keine EBITDA-Werte vorhanden sind, müssen diese nachträglich durch das Schiedsgericht erhoben werden.

e) Totaler Kaufpreis

104 Für die erste Aktientranche sind CHF 768'750 geschuldet (s. Rz. 101). Für die Berechnung der beiden übrigen Tranchen muss das Schiedsgericht die EBITDA-Werte zum frühestmöglichen Zeitpunkt der Ausübung der entsprechenden Put-Optionen berücksichtigen (s. Rz. 102 f.).

C. DEN RECHTSBEGEHREN IST STATTZUGEBEN

Aus diesen Gründen ersuchen wir Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren. Mit vorzüglicher Hochachtung, Moot Court Team 5

Anhang

Die nachstehenden Rechnungen sollen den Rechenweg der in der Klageantwort angeführten Kennzahlen aufzeigen. Sie dienen der Erklärung und dem mathematischen Verständnis der damit ausgedrückten Argumente.

Definitionen und Formeln

1. Kaufpreisberechnung nach Art. 6.8 ABV:

$$\frac{\text{EBITDA}\alpha + \text{EBITDA}\beta + \text{EBITDA}\gamma + \text{EBITDA}\delta}{4} \times 5 \times \frac{1}{2} = \text{Kaufpreis}$$

2. EBITDA-Werte (in CHF 1000)

Zeitpunkt (Quelle)	American Venture	Asian Venture	New Zealand Venture	African Venture
16.6.2014 (K-4)	2200	1300	600	-500
01.10.2014 (Verfügung Nr. 2, Rz. 13)	2300	1350	650	-500
01.10.2014 (Kaufpreis nach KV 14)	2300	1350	650	0
12.12.2014 (B-2)	2300	1350	-50	-500
30.4.2015 (Einleitungsanzeige, Rz. 25)	2300	1300	-100	-500

3. Berechnung Kaufpreis KV 14 in CHF 1'000

$$\frac{(2300+1350+650+0)}{4} \times 5 \times \frac{1}{2} = \text{CHF 2687.5}$$

4. Berechnung einer Wertminderung in % zum Kaufpreis KV 14 von CHF 2'687.5, wobei X den verminderten Wert darstellt

$$\left[\frac{X}{2687.5} - 1 \right] \times 100 = \text{Wertminderung in Prozent}$$

Rechnungen

Rechnung 1 (Rz. 49)

Diese Rechnung zeigt zunächst den Wert von 50% der Aktien zum Zeitpunkt des Vertragschlusses des KV 14 (1.10.2014) unter Einbezug der neg. EBITDA der African Venture (CHF

-500). Daraus folgt, dass mit Einbezug der neg. EBITDA *prima vista* – ohne Wertverlust der übrigen Ventures – schon eine Wertminderung von 11.63% gegenüber dem Ausgangswert von CHF 2'687'500 ausgelöst würde.

$$\frac{(2300+1350+650+(-500))}{4} \times 5 \times \frac{1}{2} = \text{CHF } 2375$$

$$\left[\frac{2375}{2687.5} - 1 \right] \times 100 = -11.63\%$$

Rechnung 2 (Rz. 49)

Folgende Rechnung bestimmt die effektive Wertminderung in Prozent, sofern eine 20%ige Wertminderung gegenüber dem Kaufpreis von CHF 2'687'500 unter Einbezug der neg. EBITDA berechnet werden soll. Da CHF 2'150'000 20% vom Ausgangswert von CHF 2'687'500 sind, gilt es *de facto* nur eine Wertminderung im Umfang des vom Ausgangswert um 11.63% reduzierten Wert (CHF 2'375'000) zu erzielen. Wie nachstehend dargelegt, sind dies nur 9.47%:

$$2687.5 \times 0.8 = \text{CHF } 2150$$

$$\left[\frac{2150}{2375} - 1 \right] \times 100 = -9.47\%$$

Rechnung 3 (Rz. 51)

$$\frac{(2300+1350+650+(-500))}{4} \times 5 \times \frac{1}{2} = \text{CHF } 2375$$

$$2375 \times 0.8 = \text{CHF } 1900$$

$$\left[\frac{1900}{2687.5} - 1 \right] \times 100 = -29.3\%$$

Rechnung 4 (Rz. 52, 88)

Wird der Unternehmenswert nach dem Skandal um Larinof berechnet (EBITDA-Werte vom 12.12.2014), ergibt sich richtigerweise unter dem Nichteinbezug der neg. EBITDA der New Zealand Venture und der African Venture eine Wertminderung von lediglich 15.12%:

$$\frac{(2300+1350+0+0)}{4} \times 5 \times \frac{1}{2} = \text{CHF } 2281.25$$

$$\left[\frac{2281.25}{2687.5} - 1 \right] \times 100 = -15.12\%$$

Rechnung 5 (Rz. 55)

Sollten nur die neg. EBITDA der New Zealand Venture miteinberechnet und diejenigen der African Venture mit 0 veranschlagt werden, beträgt die tatsächliche Wertminderung 16.28%.

Massgebend sind wiederum die EBITDA-Werte vom Zeitpunkt der Rücktrittserklärung der Klägerin (12.12.2014):

$$\frac{(2300+1350+(-50)+0)}{4} \times 5 \times \frac{1}{2} = \text{CHF } 2250$$

$$\left[\frac{2250}{2687.5} - 1 \right] \times 100 = -\mathbf{16.28\%}$$

Rechnung 6 (Rz. 101)

Der Preis der ersten Call-Option unter Nichteinbezug der neg. EBITDA (Werte vom 16.6.2014) berechnet sich nach der oben genannten Formel (Art. 6.8 i.V.m. Art. 6.7.3 lit. a ABV). Der Preis der ersten 15%-Tranche ist CHF 768'750.

$$\frac{(2200+1300+600+0)}{4} \times 5 \times \frac{17}{20} = \mathbf{\text{CHF } 768.75}$$