

Moot Court Team 2

Valentina Butkovic
Mery Canella
Katrín Hagger
Antonella Schmucki

per E-Mail

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

11. Dezember 2015

KLAGESCHRIFT

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2015

In Sachen

Smoothilicious AG

Via Santa Theresa 5, 20151 Milano, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

Greengarden AG

Steinhofstrasse 34, 8004 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

betreffend **Aktienübertragung**

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

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

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

Rechtsbegehren

- 1. „Die Beklagte sei zu verpflichten, 50'000 Namenaktien der VeganMarket AG mit dem Nominalwert von CHF 1.00 pro Aktie gegen die Bezahlung von CHF 1'875'000.- an die Klägerin gemäss dem Aktionärbindungsvertrag vom 11. April 2013 zu übertragen;*
- 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten;*
- 3. Auf die Widerklage der Beklagten sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.“*

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	VIII
Entscheidverzeichnis	XII
Inländische Entscheide	XII
Leitentscheide des Schweizerischen Bundesgerichts	XII
Übrige Urteile	XIII
Ausländische Entscheide	XIV
I. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Ansprüche der Klägerin	1
1. Anwendbares Recht.....	1
2. Gültige Schiedsvereinbarung	1
2.1 Formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung	1
2.2 Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes und der Parteien	2
3. Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung	2
3.1 Innerer Zusammenhang zwischen KV 2013 und ABV	2
3.2 Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf den ABV.....	3
3.3 Vorrang der Schiedsvereinbarung	3
4. Keine Kompetenz des Schiedsgutachters über den Rechtsstreit zu entscheiden	4
5. Gegebene Zuständigkeit des Schiedsgerichts	5
II. Fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage	5
1. Widerklage	5
1.1 Autonomiegrundsatz	6
1.2 Parteiwille	6
1.3 Vertragliche Grundlagen.....	7
2. Keine Vereinigung der Schiedsverfahren	7

III. Vertragliche Grundlage zur Übertragung der restlichen 50% der Aktien	8
1. Standpunkt der Klägerin	8
2. Versuchte Neuerung des ABV durch den KV 2014.....	8
3. Kein material adverse change als Suspensivbedingung der Novation.....	9
3.1 Definition und Zweck einer MAC-Klausel	9
3.2 Ausschluss bekannter Risiken	10
3.3 Berechnung des Wertverlustes im Rahmen der MAC-Klausel.....	10
3.4 Keine treuwidrige Herbeiführung der Bedingung (MAC)	12
A) <i>Qualifikation von OR 156</i>	12
B) <i>Anwendungsbereich von OR 156</i>	12
4. Wegfall des KV 2014 und Wiederaufleben des ABV durch Eintritt des MAC	13
5. Eventualiter: Berufung auf einen Grundlagenirrtum (OR 24 I 4.)	13
5.1 Vorliegen eines wesentlichen Irrtums	13
5.2 Keine Verwirkung	14
5.3 Rechtsfolgen	14
IV. a) Kaufpreisberechnung bei Anwendung des ABV	15
1. Kein Verbrauch der Optionsrechte durch die Klägerin.....	15
1.1 Die Call- bzw. Put-Option als Gestaltungsrecht	15
1.2 Ausnahmen zur Unwiderrufbarkeit von ausgeübten Gestaltungsrechten	15
2. Berücksichtigung des negativen EBITDA bei der Kaufpreisberechnung	16
2.1 Wortlaut: Kaufpreisermittlung mittels Multiple-Verfahren	16
2.2 Zusammenhang: Enge Verbindung zwischen KV 2013 und ABV	16
2.3 Umstände: Parteiwille bei Vertragsschluss	17
IV. b) Kaufpreisberechnung bei Anwendung des KV 2014	18
1. Eventualiter: Anpassung des Vertrags an veränderte Umstände.....	18
1.1 Grundsatz	18
1.2 Ausnahme	18

2. Ermittlung des Parteiwillens bezüglich der Vertragslücke	19
3. Voraussetzungen der <i>Clausula rebus sic stantibus</i>	19
3.1 Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit	20
3.2 Gravierende Äquivalenzstörung	20
3.3 Keine vorbehaltlose Erfüllung	20

Abkürzungsverzeichnis

ABV	Aktionärsbindungsvertrag
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGE	Leitentscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich)
Clausula	Clausula rebus sic stantibus
d.h.	das heisst
E.	Erwägung(en)
E. coli	Escherichia coli
EBITDA	earnings before interest, taxes, depreciation and amortization
etc.	et cetera
f./ff.	folgend(e)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR Nr. 291
JV	Joint Venture
Kap.	Kapitel
KV	Kaufvertrag
M&A	Mergers & Acquisitions
MAC	material adverse change
Mio.	Million(en)

N	(Rand-)note
neg.	negativ
Nr.	Nummer
obj.	objektiv
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR Nr. 220
ord.	ordentlich(e)
PLC	Practical Law (London)
pos.	positiv
resp.	respektive
REV	Rahmenerrichtungsvertrag
Rn.	Randnote
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SCAI	Swiss Chamber's Arbitration Institution
SchO	Internationale Schiedsordnung der Swiss Chamber's Arbitration Institution (Swiss Rules)
SGer	Schiedsgericht
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
s.u.	siehe unten
subj.	subjektiv
Swiss Rules	Internationale Schweizerische Schiedsordnung, Basel etc. 2012
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR Nr. 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR Nr. 272

Literaturverzeichnis

- AEPLI VIKTOR: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Obligationenrecht, Bd. V/1h/1, Das Erlöschen der Obligation, Art. 114-126 OR, 3. Aufl., Zürich 1991 (zit.: ZK OR-AEPLI) [Rz. 89]
- AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K./TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich etc. 2012 (zit.: CHK OR/IPRG-BEARBEITER/IN) [Rz. 32, 42, 56, 84]
- ARROYO MANUEL (Hrsg.): Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013 (zit.: AiS-BEARBEITER/IN) [Rz. 35, 48]
- BECKER HERMANN: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1945 (zit.: BK OR-BECKER) [Rz. 58, 89]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ: International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015 (zit.: BERGER/KELLERHALS) [Rz. 6, 26, 28, 41]
- BIRKETT KIRSTEN: Untying the knot, Material adverse change clauses, in: PLC March 2002, 17 (zit.: BIRKETT) [Rz. 61]
- CAUMANNS JÖRN: Methoden der Unternehmensbewertung, in: Kiem Roger (Hrsg.), Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf, München 2015, 1 (zit.: CAUMANNS) [Rz. 72, 73]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 10. Aufl., Zürich 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER) [Rz. 90, 124, 127]

GERICKE DIETER/DALLA TORRE LUCA: Joint Ventures – Wirtschaftsformen im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Transaktion, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 19 (zit.: GERICKE/DALLA TORRE) [Rz. 14, 15]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.): Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITER/IN) [Rz. 3, 41]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITER/IN) [Rz. 81, 94, 107, 111, 127]

HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich etc. 2014 (zit.: HUGUENIN) [Rz. 94, 101, 127]

KOESLING DIETMAR: Unternehmensbewertung und Ableitung des Kaufpreises, in: Kiem Roger (Hrsg.), Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf, München 2015, 46 (zit.: KOESLING) [Rz. 74]

KRAMER ERNST A.: Neues zur Clausula rebus sic stantibus, in: SJZ 110/2014, 273 (zit.: KRAMER) [Rz. 123, 125]

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Bd. 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/SCHMIDLIN) [Rz. 127, 133]

PICOT GERHARD (Hrsg.): Handbuch Mergers & Acquisitions, 5. Aufl., Stuttgart 2012 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Picot) [Rz. 75]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN: Comparative law of international arbitration, 2. Aufl., London/Zürich 2007 (zit.: POUDRET/BESSON) [Rz. 22, 37]

- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich 2013 (zit.: ZPO Kommentar-BEARBEITER/IN) [Rz. 27]
- SCHÄRER HEINZ/GROSS BALZ: Pacta sunt servanda – von der Realerfüllung des Unternehmenskaufvertrags und deren prozessualer Durchsetzung, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.): Mergers & Acquisitions XVI, Zürich 2014 (zit.: SCHÄRER/GROSS) [Rz. 59, 71, 123]
- SCHENKER URS: Due Diligence beim Unternehmenskauf, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001 (zit.: SCHENKER) [Rz. 63]
- SCHLEIFFER PATRICK: No Material Adverse Change, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, Zürich 2004 (zit.: SCHLEIFFER) [Rz. 62, 90]
- TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS: M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit.: TSCHÄNI/DIEM/WOLF) [Rz. 14, 67]
- VIONNET GUILLAUME: L'exercice des droits formateurs, études, Thèse Univ. Lausanne, Genf 2008 (zit.: VIONNET) [Rz. 110]
- VON DER CRONE HANS CASPAR/HOFFMANN-NOWOTNY URS HENRYK: Wertungsparallelität und Interessenausgleich im Irrtumsrecht, in SJZ 102/2008, 53 (zit.: VON DER CRONE/HOFFMANN-NOWOTNY) [Rz. 94]
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1984 (zit.: VON TUHR/ESCHER) [Rz. 63]
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I und II, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit.: VON TUHR/PETER) [Rz. 108]
- ZELLER ERNST: Auslegung von Gesetz und Vertrag: Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989 (zit.: ZELLER) [Rz. 10]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.): Swiss Rules of International Arbitration: commentary, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit.: SRC-BEARBEITER/IN) [RZ. 35,49]

Entscheidverzeichnis

Inländische Entscheide

Leitentscheide des Schweizerischen Bundesgerichts

BGE 28 II 370 [Rz. 58]	48. Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. September 1902
BGE 91 II 275 [Rz. 93]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Juli 1965
BGE 104 II 314 [Rz. 122]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. November 1978
BGE 109 II 319 [Rz. 110]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. Oktober 1983
BGE 114 II 131 [Rz. 102]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Juni 1988
BGE 116 Ia 56 [Rz. 9, 19, 20, 38]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. März 1990
BGE 118 II 297 [Rz. 94]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Mai 1992
BGE 121 III 495 [Rz. 22]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 1995
BGE 122 III 10 [Rz. 64]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Dezember 1995
BGE 122 III 97 [Rz. 126]	Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. März 1996

BGE 127 III 300 [Rz. 136]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 24. April 2001
BGE 127 III 444 [Rz. 10]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Juli 2001
BGE 128 III 70 [Rz. 111]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 30. Oktober 2001
BGE 129 III 535 [Rz. 27]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Mai 2003
BGE 129 III 675 [Rz. 3]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. Juli 2003
BGE 130 III 66 [Rz. 3]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003
BGE 135 V 124 [Rz. 54]	Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. März 2009
BGE 138 III 681 [Rz. 20]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. August 2012

Übrige Urteile

BGer 4C.163/2001 [Rz. 11]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. August 2001
BGer 4C.60/2002 [Rz. 56]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Mai 2002

BGer 4C.329/2003 [Rz. 108]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. April 2004
BGer 4C.25/2004 [Rz. 81]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. September 2004
BGer 4C.13/2005 [Rz. 93]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Juni 2005
BGer 4C.281/2005 [Rz. 83, 84]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Dezember 2005
BGer 4P.298/2005 [Rz. 8]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Januar 2006
BGer 4A_356/2011 [Rz. 128, 132]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. November 2011
BGer 4A_604/2011 [Rz. 55]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Mai 2012

Ausländische Entscheide

EWHC 1039 [Rz. 68]	(Comm) England & Wales High Court (26. April 2013) Grupo Hotelero Urvasco SA v. Carey Value Added SL & Anor
BGH VII ZR 105/06 [Rz. 23]	Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (OLG Brandenburg) vom 25. Januar 2007

I. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Ansprüche der Klägerin

1. Anwendbares Recht

- 1 Ist der Sitz des Schiedsgerichts (SGer) in der Schweiz und hat bei Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Sitz im Ausland, sind die Bestimmungen des IPRG anwendbar (IPRG 176 I).
- 2 Die Klägerin hat ihren Sitz im Ausland und der Sitz des SGer soll gemäss Art. 3.1 KV 2013 in Zürich sein, womit ein internationales Verhältnis vorliegt. Das IPRG kommt zur Anwendung.

2. Gültige Schiedsvereinbarung

2.1 Formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

- 3 Als Schiedsvereinbarung gilt eine rechtsgültige, vertragliche Übereinkunft, worin die Parteien bestehende oder bestimmte zukünftige Streitigkeiten von der staatlichen Gerichtsbarkeit ausschliessen und einem bestimmten oder bestimmbaren SGer und einer bestimmten rechtlichen Ordnung unterstellen (BGE 130 III 66 E. 3.1). Formelle und materielle Gültigkeitsvorschriften finden sich in IPRG 178 I und II. Über den notwendigen Inhalt einer Schiedsvereinbarung schweigt sich das Gesetz hingegen aus (BGE 130 III 66 E. 3.1). Als *essentialia negotii* gelten der ausdrückliche Parteiwille, der Rechtsstreit sei durch ein SGer zu entscheiden, sowie die nähere Umschreibung des Streitgegenstandes oder der Rechtsbeziehung, welche der Schiedsvereinbarung unterstehen soll (BGE 129 III 675 E. 2.3). Zum weiteren Kernbereich gehören ein Konsens über den Sitz und das zur Entscheidung berufene SGer (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 30).
- 4 Die von den Parteien vereinbarte Schiedsvereinbarung (Art. 3.1 KV 2013) erfüllt die Gültigkeitsvorschriften und das von den Parteien gewählte anwendbare materielle schweizerische Recht (Art. 3.5 KV 2013) ist zulässig. Die der Schiedsvereinbarung zu unterstellende Rechtsbeziehung wurde von den Parteien schriftlich festgehalten und hinreichend definiert: Sie wollten „*Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem KV 2013*“ einem Schiedsverfahren gemäss der SchO der SCAI unterstellen. Sitz des SGer soll Zürich sein. Die Parteien schliessen die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte zur Streitbeilegung damit ausdrücklich aus.
- 5 Es liegt eine rechtsgültige Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien vor.

2.2 Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes und der Parteien

- 6 Die Rechtsbeziehung oder der Rechtsstreit muss schiedsfähig sein (obj. Schiedsfähigkeit). Als Streitgegenstand kommt jeder vermögensrechtliche Anspruch in Frage (IPRG 177 I). Die Parteien müssen handlungs- und geschäftsfähig, bzw. partei- und prozessfähig sein (subj. Schiedsfähigkeit; BERGER/KELLERHALS, Rz. 344).
- 7 Der Kaufpreis als Streitsache ist schiedsfähig. Von der subj. Schiedsfähigkeit der Parteien wird ausgegangen.

3. Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung

- 8 Der subj. Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung, d.h. die Bindung der Parteien an die Vereinbarung, ist eine Frage ihrer Parteifähigkeit (BGer 4P.298/2005 E. 2.2).
- 9 Der obj. Geltungsbereich bestimmt sich dagegen grundsätzlich nach dem Parteiwillen (BGE 116 Ia 56 E. 3b).
- 10 Um den Inhalt eines Vertrages oder einer Klausel durch Auslegung zu ermitteln, ist auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (OR 18). Dieser subj. Wille kann nur durch Indizien rekonstruiert werden (BGE 127 III 444 E. 1.b). Ist dies nicht (mehr) möglich, soll im Zuge der normativen (obj.) Auslegung ermittelt werden, was vernünftige Parteien unter den gegebenen Umständen unter dem streitigen Wortlaut verstanden hätten (ZELLER, N 126).
- 11 Lässt sich eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht beweisen, ist die Klausel nach ihrem Wortlaut, dem Zusammenhang und den gesamten Umständen auszulegen (BGer 4C.163/2001 E. 3a).
- 12 Eine ursprüngliche Willensübereinstimmung der Parteien bzgl. des obj. Geltungsbereiches der Schiedsklausel lässt sich nicht mehr rekonstruieren, weshalb der Parteiwille durch eine obj. Auslegung ermittelt werden muss.
- 13 Von ihrer Parteifähigkeit im vorliegenden Schiedsverfahren wird ausgegangen (Rz. 7), weshalb sie vom subj. Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung erfasst sind.

3.1 Innerer Zusammenhang zwischen KV 2013 und ABV

- 14 Bei der Gründung eines Joint Ventures (JV) werden im Rahmenerrichtungsvertrag (REV) die Leistungen definiert, welche die Parteien zur Errichtung des JV zu erbringen haben (GERICKE/DALLA TORRE, S. 39). Mit dem REV wird oft gleich der JV-Vertrag ausgehandelt, welcher die Grundvereinbarung zwischen den Parteien darstellt (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 7. Kap. Rz. 6).
- 15 JV können als längerfristige Kooperationen errichtet werden oder als Transaktionsform bei Unternehmensübertragungen dienen (GERICKE/DALLA TORRE, S. 24).

- 16 Der KV 2013 stellt den REV dar, während der ABV den JV-Vertrag und somit die Grundvereinbarung der Parteien bildet.
- 17 Bei der VeganMarket AG (VeganM) handelt es sich um ein transaktionales JV mit kooperativen Elementen bis zum Übertrag der restlichen 50% der Aktien auf die Klägerin. Als kooperative Elemente gelten die gemeinsame Beteiligung an den Aktien der VeganM (Präambel C. ABV) sowie die beidseitige Treuepflicht (Art. 27.5 ABV).
- 18 Die Ansprüche auf Übertragung der restlichen 50% der Aktien, die den Parteien aus dem ABV zustehen, begründen sich bereits im KV 2013. Von einem inneren Zusammenhang dieser Verträge ist auszugehen. Der ABV stellt sich als Ergänzung zum KV 2013 dar. Eine von den Parteien gewollte Ausdehnung der Schiedsklausel auf nachfolgende Verträge, insb. auf den ABV, ist deshalb anzunehmen.

3.2 Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf den ABV

- 19 Bzgl. Inhalt und Tragweite einer Schiedsvereinbarung ist von einer extensiven Auslegung auszugehen (BGE 116 Ia 56 E. 3b).
- 20 Ist die Schiedsklausel so formuliert, dass sie alle Streitigkeiten „aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag“ erfassen soll, ist anzunehmen, dass die Parteien das SGer für umfassend zuständig erklärten. Ansprüche, die sich aus der vertraglich geregelten Rechtsbeziehung ergeben, oder diese unmittelbar berühren, sollen gerade nicht vor staatlichen Gerichten geltend gemacht werden (BGE 138 III 681 E. 4.4). Es ist vielmehr „davon auszugehen, dass die Parteien eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts wünschen, wenn sie schon eine Schiedsabrede getroffen haben“ (BGE 116 Ia 56 E. 3b).
- 21 Gemäss Wortlaut (Art. 3.1 KV 2013) erfasst die Schiedsvereinbarung „Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang“ mit dem KV 2013. Nach Treu und Glauben muss diese Klausel so verstanden werden, dass die Parteien die Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung auf das gesamte Rechtsverhältnis ausdehnen wollten, welches mit Abschluss des KV 2013 begründet wurde (extensive Auslegung). Mit Abschluss der Schiedsvereinbarung haben die Parteien die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte bewusst ausgeschlossen (Rz. 4).

3.3 Vorrang der Schiedsvereinbarung

- 22 Bei einer Mehrheit von Verträgen erfasst die Schiedsklausel auch Ansprüche aus Zusatzverträgen, die den Hauptvertrag ändern oder ergänzen. Enthält der spätere Vertrag hingegen ebenfalls eine Schieds- oder eine Gerichtsstandsklausel, ist die Tragweite der ursprünglich vereinbarten Klausel durch Auslegung des Parteiwillens zu ermitteln

(zum Ganzen: POUURET/BESSON, Rz. 313). Der Grundsatz, wonach die jüngerere der älteren Vereinbarung vorgeht (*ius posterior derogat priori*), gilt aufgrund der Vertragsautonomie nur, soweit aus den gesamten Umständen kein abweichender Parteiwille ersichtlich ist (BGE 121 III 495 E. 5a).

- 23 Soll eine spätere Gerichtsstandsklausel eine Schiedsvereinbarung ausschliessen, so muss dies in der Klausel zum Ausdruck kommen (BGH VII ZR 105/06 E. II.1.b.bb).
- 24 Die Parteien haben im ABV einen Gerichtsstand vereinbart (Art. 27.8 ABV), weshalb durch Auslegung zu ermitteln ist, ob die Schiedsklausel auch tatsächlich den ABV umfassen sollte oder nicht. Da sich der wirkliche Parteiwille nicht mehr eruieren lässt, muss auf den Wortlaut der beiden Klauseln, den Zusammenhang und die Umstände abgestellt werden (Rz. 10 f.).
- 25 Die Gerichtsstandsklausel bestimmt, dass die ord. Gerichte in Zug zuständig sind für „alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag, soweit keine andere Regelung dieses Vertrages vorgeht“. Damit wurde die Zuständigkeit des SGer nicht ausdrücklich ausgeschlossen; vielmehr wird betont, dass eine andere Vereinbarung der Gerichtsstandsklausel vorgehen kann. Die Parteien haben das SGer für umfassend zuständig erklärt (Rz. 21). Dadurch und aufgrund des inneren Zusammenhangs zwischen dem KV 2013 und dem ABV geht die Schiedsklausel der Gerichtsstandsklausel vor (Rz. 18).

4. Keine Kompetenz des Schiedsgutachters über den Rechtsstreit zu entscheiden

- 26 Die Bestellung eines Schiedsgutachters stellt, wie das Schiedsverfahren, eine der zahlreichen Formen der aussergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen dar (BERGER/KELLERHALS, Rz. 149 f.).
- 27 Im Gegensatz zu einem Schiedsrichter, welcher wie ein staatliches Gericht einen Rechtsanspruch umfassend und endgültig durch ein vollstreckbares Urteil entscheiden kann, kommt dem Schiedsgutachter hingegen bloss die Kompetenz zu, gewisse Elemente einer Rechtsbeziehung festzulegen (ZPO Kommentar-WENGER, Vorbem. zu Art. 353, N 4). Verpflichten sich die Parteien bspw., bei einem Streit über die Höhe des Kaufpreises einen Schiedsgutachter beizuziehen, kann dieser nur die Kaufpreishöhe feststellen (BGE 129 III 535 E. 2).
- 28 Die Parteien können überdies eine Schiedsinstitution oder ein staatliches Gericht bezeichnen, welches ersatzweise zur Bestellung eines Schiedsgutachters befugt sein soll, falls sich eine Partei trotz vertraglicher Verpflichtung weigert, bei der Bestellung mitzuwirken (BERGER/KELLERHALS, Rz. 154).
- 29 Mit der Verpflichtung, bei Preisstreitigkeiten einen Schiedsgutachter beizuziehen (Art.

6.9 ABV), haben die Parteien ihren Willen, die staatliche Gerichtsbarkeit auszuschliessen, bestätigt. Die Gerichtsstandsklausel in Art. 27.8 ABV ist deshalb so zu verstehen, dass das ord. Gericht in Zug nur für die Bestellung eines Schiedsgutachters ermächtigt gewesen wäre, falls eine Partei die Mitwirkung verweigert. Weitere Kompetenzen sollten dem ord. Gericht nicht zukommen (Rz. 25).

30 In ihrem E-Mail vom 23.01.2015 schlägt die Klägerin den Beizug eines Schiedsgutachters gemäss Art. 6.9 ABV vor, welcher über die richtige Kaufpreisberechnung entscheiden sollte. Die Beklagte lehnte dies mit der Begründung ab, der ABV sei vollständig durch den KV 2014 ersetzt worden und seine Bestimmungen fänden keine Anwendung mehr [B-4]. Der Streitgegenstand dehnte sich somit von der Kaufpreishöhe auf die Bestimmung der vertraglichen Grundlage aus.

31 Der Schiedsgutachter wäre nur berechtigt gewesen, den Wert des Aktienpakets festzustellen. Über den gesamten vorliegenden Rechtsstreit bzgl. der vertraglichen Grundlagen hätte er keine verbindliche Entscheidung fällen können. Folgerichtig wandte sich die Klägerin mit ihrem Rechtsbegehren an das von den Parteien als umfassend zuständig erklärte SGer und nicht an das ord. Gericht in Zug.

5. Gegebene Zuständigkeit des Schiedsgerichts

32 Gemäss IPRG 181 wird ein Schiedsverfahren rechtshängig, sobald eine Partei den in der Schiedsvereinbarung bezeichneten Schiedsrichter anruft, oder die Bestellung des SGer einleitet. Bei einer institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit werden dabei die verfahrensleitenden Befugnisse von der Schiedsinstitution auf das bestellte SGer übertragen (CHK IPRG-FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM, Art. 179-180 N 4).

33 Mit der beim SGer eingereichten Einleitungsanzeige benennt die Klägerin Frau Ch. Schönwetter als Schiedsrichterin und leitet damit das Bestellungsverfahren ein. Mit der Einleitung wird das Schiedsverfahren beim SGer rechtshängig.

34 Das SGer ist somit für die Beurteilung der Ansprüche der Klägerin im vorliegenden Verfahren zuständig.

II. Fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage

1. Widerklage

35 Ob ein Schiedsgericht sämtliche Widerklagen beurteilen kann, wird in den Swiss Rules nicht geregelt (SRC-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 35). In Art. 21 (5) Swiss Rules wird diese Frage nur bzgl. der Verrechnung beantwortet, wonach sämtliche Verrechnungseinreden im gleichen Verfahren zu beurteilen sind. Die Widerklage sollte

aber zumindest durch den Zweck der Schiedsklausel erfasst werden, um vom Schiedsrichter im gleichen Verfahren beurteilt zu werden (AiS-JENNY, Art. 21 N 27). Die Frage, ob zusätzlich Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage gegeben sein soll, obliegt dem Richter (SRC-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 36).

- 36 Bei der Widerklage der Beklagten handelt es sich nicht um eine Verrechnungseinrede. Sie ist überdies nicht vom Zweck der Schiedsvereinbarung des KV 2013 erfasst (s.u. Rz. 45), weshalb das SGer für die Widerklage unzuständig ist (Stellungnahme zur Einleitungsantwort Rz. 4).

1.1 Autonomiegrundsatz

- 37 Eine Schiedsvereinbarung hat einen rechtlich selbständigen Charakter. Sie ist unabhängig vom Hauptvertrag, auf den sie sich bezieht, zu beurteilen (sog. Autonomiegrundsatz). Dies gilt auch dann, wenn sie sich in der gleichen Urkunde wie der Hauptvertrag findet (POUDRET/BESSON, Rz. 163 f.). Das SGer hat die Gültigkeit der Schiedsklausel, d.h. seine Zuständigkeit, vorab zu prüfen, bevor es Einredegründe gegenüber dem Hauptvertrag beurteilt (IPRG 178 III; Swiss Rules Art. 21 (1.) ff.)
- 38 Fällt der Hauptvertrag dahin oder erlangt er keine Rechtswirksamkeit, besteht die darin enthaltene Schiedsvereinbarung trotzdem fort, es sei denn, die Parteien hätten ausdrücklich oder konkludent einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass sich die Schiedsvereinbarung auch auf Streitigkeiten über das Bestehen oder Nichtbestehen des Hauptvertrages ausdehnt (zum Ganzen: BGE 116 Ia 56 E. 3).
- 39 Da einer Schiedsvereinbarung aufgrund des Autonomiegrundsatzes selbständiger Charakter zukommt, handelt es sich bei den Schiedsklauseln aus dem KV 2013 und dem KV 2014 um zwei verschiedene Vereinbarungen.
- 40 Dass der KV 2014 nicht rechtswirksam wurde, bedeutet nicht automatisch, dass die darin enthaltene Schiedsklausel keine Wirksamkeit entfaltet. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sie sich auch auf Streitigkeiten über die Existenz des Hauptvertrages erstrecken sollte. Da die Beklagte das Nichtbestehen des KV 2014 bestreitet, hat sich ein separates SGer aufgrund der Schiedsklausel im KV 2014 zu konstituieren und über den Bestand des KV 2014 zu entscheiden.

1.2 Parteiwille

- 41 Weisen mehrere Verträge „*inhaltlich identische Schiedsvereinbarungen*“ auf, oder liegen konnexe Verträge vor, ist nach dem Parteiwillen zu eruieren, inwiefern die Ansprüche aus der Widerklage im gleichen Schiedsverfahren entschieden werden können

(BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 79). Haben die Parteien für verschiedene Ansprüche hingegen unterschiedliche Zuständigkeiten vereinbart (Schieds- und Gerichtsstandsklausel), so ist der Parteiwille diesbezüglich zu respektieren (BERGER/KELLERHALS, Rz. 491).

- 42 Der Verweis auf eine Schiedsvereinbarung in einem anderen Dokument ist zulässig (CHK IPRG-FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM, Art. 178 N 19).
- 43 Der KV 2013 und der ABV regeln die JV-Phase, während beim KV 2014 die rasche Transaktion im Vordergrund stand. Es fehlt das kooperative Element (Rz. 17). Nach Treu und Glauben ist davon auszugehen, dass solch unterschiedliche Rechtsbeziehungen im Streitfall getrennten Schiedsverfahren unterstellt werden sollten.
- 44 Der obj. Geltungsbereich einer Schiedsklausel unterliegt der Parteiautonomie (Rz. 9). Hätten die Parteien gewollt, dass Ansprüche aus beiden Verträgen im selben Schiedsverfahren zu beurteilen sind, hätten sie im KV 2014 auf die Schiedsvereinbarung im KV 2013 verweisen können. Stattdessen haben sie im KV 2014 eine eigene, wenn auch identische, Schiedsvereinbarung getroffen.
- 45 Die Schiedsklausel des KV 2014 dehnt sich daher nicht auf den der Schiedsklausel des KV 2013 unterstellten Regelungsbereich aus. Das Prinzip *ius posteriori derogat priori* findet keine Anwendung (Rz. 22).

1.3 Vertragliche Grundlagen

- 46 Die Beklagte verneint eine Konnexität zwischen dem KV 2013 und dem ABV (Einleitungsantwort Rz. 19). Gemäss ihrer Darstellung wurde Letzterer durch den KV 2014 ersetzt [B-4], welcher dann ebenfalls keine Verbindung zum KV 2013 aufweisen kann. Die beiden Schiedsvereinbarungen stellen also auch aus Sicht der Beklagten unterschiedliche vertragliche Grundlagen dar, weshalb die Widerklage in einem anderen Schiedsverfahren geltend zu machen ist.
- 47 Laut Beklagter ist das SGer aufgrund der Gerichtsstandsklausel im ABV für die Hauptklage der Klägerin unzuständig (Einleitungsantwort Rz. 13), womit es auch an der Zuständigkeit für eine Widerklage mangeln dürfte. Die Beklagte hat für die Geltendmachung ihrer Ansprüche somit ein anderes SGer anzurufen.

2. Keine Vereinigung der Schiedsverfahren

- 48 Für eine allfällige Verfahrenskonsolidierung muss zwischen den Streitsachen ein Zusammenhang gegeben sein. D.h. sie müssen faktisch, rechtlich und logisch miteinander verknüpft sein (zum Ganzen: AiS-SCHRAMM, Art. 4 Swiss Rules N 16).
- 49 Von der Vereinigung wird von den Schiedsgerichten nicht oft Gebrauch gemacht und

zudem stimmen einer solchen üblicherweise alle Parteien zu (SRC-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 26).

50 Der KV 2013/ABV und der KV 2014 regeln unterschiedliche Rechtsbeziehungen (Rz. 43). Zwischen den Streitsachen besteht somit kein Zusammenhang.

51 Indem sich die Beklagte auf die Zuständigkeit des SGer für die Widerklage beruft (Einleitungsantwort Rz. 25), verhält sie sich widersprüchlich, da sie eine Konnexität zwischen dem KV 2013 und 2014 bestreitet (Rz. 46). Die Klägerin selbst ist mit einer Konsolidierung nicht einverstanden, weshalb sie die Einrede der Unzuständigkeit des SGer bzgl. der Widerklage der Beklagten erhoben hat (Stellungnahme zur Einleitungsantwort Rz. 4). Eine Vereinigung wäre somit nicht statthaft.

52 Da der Parteiwille getrennte Schiedsverfahren für die Ansprüche aus den verschiedenen Verträgen vorsieht und eine Vereinigung nicht gewünscht ist, ist das SGer für die Beurteilung der Widerklage der Beklagten unzuständig.

III. Vertragliche Grundlage zur Übertragung der restlichen 50% der Aktien

1. Standpunkt der Klägerin

53 Die restlichen 50% der Aktien sind auf der Grundlage des ABV zu übertragen. Dieser sollte mit Willen der Parteien durch den suspensiv bedingten KV 2014 noviert werden. Der Eintritt eines *material adverse change* eröffnete der Klägerin hingegen eine Rücktrittsmöglichkeit, welche diese rechtsgültig wahrnahm [B-2]. Mit dem Dahinfallen des KV 2014 lebte der ABV wieder auf.

2. Versuchte Neuerung des ABV durch den KV 2014

54 Durch die Novation wird eine bestehende Obligation willentlich (*animus novandi*) aufgehoben und zeitgleich an ihrer Stelle eine neue begründet (statt vieler: BGE 135 V 124 E. 4.2).

55 Soll laut den Parteien ein neuer Vertrag einen alten „ersetzen“, so interpretiert das BGer diesen Wortlaut als Indiz für einen Neuerungswillen der Parteien (BGer 4A_604/2011 E. 3.4).

56 Eine Neuerung kann sich nicht nur auf einzelne Forderungen, sondern nach dem Willen der Parteien auch auf gesamte Verträge erstrecken (CHK OR-KILLIAS/WIGET Art. 116 N 5). Ob die Parteien einen Neuerungswillen besaßen, ist nach den allg. Regeln über das Zustandekommen und die Auslegung von Verträgen zu beurteilen (BGer 4C.60/2002 E. 1.4; vgl. Rz. 10 f.).

57 Laut Präambel des KV 2014 wird der ABV „durch die vorliegende Vereinbarung er-

setzt“. Mit dieser Wortwahl bekunden die Parteien ihren Neuerungswillen. Gleiches ergibt sich aus Art. 11.7 KV 2014, der festhält, dass der ABV vom KV 2014 gesamthaft „*ausser Kraft gesetzt*“ wird.

3. Kein material adverse change als Suspensivbedingung der Novation

58 Wird das bestehende Schuldverhältnis nur inhaltlich geändert, wird eine Novation nicht vermutet (OR 116 I). Ein Indiz für den Neuerungswillen ist hingegen das Hinzutreten einer neuen Eigenschaft, bspw. einer Bedingung (BK OR-BECKER, Art. 116 N 7; BGE 28 II 370 E. 4).

59 Eine MAC-Klausel stellt eine neg. Suspensivbedingung im Sinne von OR 151 dar (SCHÄRER/GROSS, S. 128).

60 Mit der MAC-Klausel, als neg. Suspensivbedingung, haben die Parteien eine neue Eigenschaft in den KV 2014 aufgenommen, was für ihren Neuerungswillen spricht.

3.1 Definition und Zweck einer MAC-Klausel

61 Eine MAC-Klausel schützt den Unternehmenskäufer durch Einräumung des Rechts, den Kaufvertrag nicht vollziehen zu müssen, wenn zwischen Vertragsabschluss und Vollzug ein wesentliches neg. Ereignis (sog. *material adverse change*) eintritt (BIRKETT, S. 18).

62 Der Verkäufer trägt dabei das Risiko einer „*wesentlichen nachteiligen Änderung*“ in dem von den Parteien festgelegten Umfang (SCHLEIFFER, S. 56).

63 Da bei Unternehmenskäufen zwischen Vertragsabschluss und Vollzug lange Zeitabschnitte liegen können, wollen sich die Parteien oft nicht definitiv verpflichten, solange nicht nachweislich alle vertraglichen Vollzugsvoraussetzungen erfüllt wurden (VON TUHR/ESCHER, S. 257). Zu diesem Zweck können sie den Kaufvertrag einer aufschiebenden Bedingung unterstellen (SCHENKER, S. 230 f.).

64 Bei einem bedingten Vertrag hängt dessen Verbindlichkeit (OR 151 II) oder Auflösung (OR 154 I) vom Eintreten einer ungewissen zukünftigen Tatsache ab. „Ungewiss“ bedeutet, dass bei Vertragsabschluss nicht feststeht, ob das Ereignis eintreten wird oder nicht (BGE 122 III 10 E. 4b).

65 Bei der MAC-Klausel (Art. 10.2 (c) KV 2014) handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung. Sie schützt die Klägerin und entbindet sie von ihrer Verpflichtung, den KV 2014 zu vollziehen, sobald sich das vertraglich definierte Risiko (Wertverlust der VeganM von mind. 20%) verwirklicht [B-1]. Die Klägerin stimmte der Nichtberücksichtigung des neg. EBITDA bei der Kaufpreisberechnung im Rahmen des KV 2014 zu und kam damit der Beklagten grosszügig entgegen. Im Gegenzug wollte sie sich

beim allfälligen Eintritt eines *material adverse change* das Recht vorbehalten, auf den Vollzug des Vertrages zu verzichten [B-3].

- 66 Mit Aufnahme einer MAC-Klausel in den KV 2014 vereinbarten die Parteien, dass die Beklagte das Risiko einer allfälligen wesentlichen Verschlechterung der Wirtschaftslage der VeganM zu tragen hat. Die Beklagte hat diese parteiautonome Risikoverteilung in der nachfolgenden Korrespondenz nie bestritten.

3.2 Ausschluss bekannter Risiken

- 67 Bereits vor Vertragsabschluss quantifizierbare Risiken werden i.d.R. von der MAC-Klausel ausgeschlossen (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 4. Kap. Rz. 84).
- 68 Tritt ein Risiko ein, welches die geschützte Partei von vornherein gekannt hat, soll sie sich nicht auf die MAC-Klausel berufen können (EWHC 1039, Rz. 781).
- 69 Die Kündigung von Larinof, sowie die Tatsache, dass die neuen Hygienevorschriften auch nach Ablauf der Übergangsfrist am 01.10.2014 nicht umgesetzt waren, waren den Parteien bekannt und wurden daher bereits in der Kaufpreisberechnung im KV 2014 berücksichtigt. Aus diesen Umständen resultierende Risiken eines allfälligen Wertverlustes sind daher nicht von der MAC-Klausel erfasst.
- 70 Von der Verunreinigung einiger Smoothies durch *E. coli*-Bakterien erlangte die Klägerin erst durch den MEDSAFE-Bericht vom 06.10.2014 Kenntnis. Die nachfolgende schlechte Presse [K-6] und der daraus erwachsene Wertverlust waren zukünftige und obj. ungewisse Ereignisse, die von den Parteien nicht vorhergesehen werden konnten. Genau solche Fälle werden von der MAC-Klausel erfasst. Die Berufung der Klägerin auf die Klausel war somit rechtens.

3.3 Berechnung des Wertverlustes im Rahmen der MAC-Klausel

- 71 MAC-Klauseln können die notwendige Verschlechterung detailliert quantifizieren, was meist unter Bezugnahme auf eine Kerngrösse des Unternehmens, wie des Umsatzes, des EBITDA, oder des Eigenkapitals geschieht (SCHÄRER/GROSS, S. 128).
- 72 Bei Unternehmenskäufen sind die Unternehmensbewertung und die Kaufpreisermittlung voneinander abzugrenzen: der Kaufpreis stellt den Marktpreis dar und bildet sich aufgrund von Angebot und Nachfrage, während die verschiedenen Methoden zur Unternehmensbewertung Instrumente sind, um eine objektivierte Verhandlungsgrundlage für die Kaufpreisberechnung zu schaffen (CAUMANN, §1 Rz. 11).
- 73 Gängige Methoden zur Unternehmensbewertung stellen die Multiplikatorenverfahren dar, welche Vergleichsunternehmen bzw. vergleichbare Transaktionen zur Wertbestimmung heranziehen. Der Unternehmenswert wird ermittelt, indem man den EBIT-

- DA mit dem Verhältnis von Unternehmenswert und EBITDA eines Vergleichsunternehmens (sog. Multiple) multipliziert (CAUMANN, §1 Rz. 84 f.).
- 74 Von massgeblicher Bedeutung ist dabei die korrekte Ermittlung des EBITDA im Bewertungszeitpunkt, da sich Abweichungen sonst schwerwiegend auf die Bandbreiten der Unternehmensbewertung und der darauf basierenden Kaufpreisermittlung auswirken (KOESLING, § 2 Rz. 2). Der EBITDA soll die gewöhnliche Geschäftstätigkeit widerspiegeln und kann deshalb im Falle von ausserordentlichen, nicht nachhaltigen oder nicht periodengerechten Aufwendungen und Erträgen entsprechend korrigiert werden (KOESLING, § 2 Rz. 38 f.).
- 75 Ein Vorteil bei der Verwendung von Multiples ist, dass auch Synergieeffekte in die Wertanalyse miteinbezogen werden können (HOMMEL/GRASS in: Picot, S. 169).
- 76 Um das Geschäft ohne weitere Verzögerungen abschliessen zu können, war die Klägerin bereit, einen höheren Kaufpreis als den effektiven Unternehmenswert der VeganM zu bezahlen (E-Mail vom 05.01.2015). Sie einigte sich mit der Beklagten auf einen Fixpreis, welcher dem damaligen Unternehmenswert ohne Berücksichtigung des neg. EBITDA entsprach (Ausdruck der Vertragsautonomie der Parteien).
- 77 Die MAC-Klausel im KV 2014 definiert nicht, wie die Berechnung des Wertverlustes konkret zu erfolgen hat. Konkurrenten griffen die Parteien auf die Kaufpreisberechnungsformel in Art. 6.8 ABV zurück, was sich aus ihrer anschliessenden Korrespondenz ergibt [B-2].
- 78 Bei der ABV-Formel handelt es sich um die Beschreibung eines Multiplikatorenverfahrens. Dieses Verfahren dient der obj. Bewertung eines Unternehmens. Die Formel muss deshalb bzgl. der Berechnung des Wertverlustes so verstanden werden, dass auch der neg. EBITDA zu berücksichtigen ist, da nur so die tatsächliche Lage des Unternehmens obj. richtig dargestellt werden kann. Gemäss Art. 2 und 6.8 ABV wurden die zur Kaufpreisermittlung verwendeten EBITDA schon auf das zulässige Mass bereinigt. Eine weitere Korrektur, resp. Einsetzung mit „Null“, wäre daher unzulässig.
- 79 Die MAC-Klausel sollte nach dem Willen der Parteien die Klägerin vor einem vertraglich genau quantifizierten Wertverlust von mehr als 20% schützen (Rz. 65). Würde man bei der Berechnung des Unternehmenswertes den neg. EBITDA ausser Acht lassen, entfielen ein elementarer Teil dieser Schutzwirkung.
- 80 Die Klägerin konnte und musste nicht damit rechnen, dass die Beklagte eine anerkannte Methode der Unternehmensbewertung plötzlich in unüblicher und verfälschter Form anwenden wollte.

3.4 Keine treuwidrige Herbeiführung der Bedingung (MAC)

A) Qualifikation von OR 156

- 81 OR 156 ist als konkretisierende Regel und Anwendungsfall von ZGB 2 auszulegen (z.B. BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 1). Gemäss BGer ist OR 156 eng auszulegen, da die Parteien mit der Einigung auf eine Bedingung eine Unsicherheit bzgl. der Rechtswirksamkeit gerade vereinbart haben (BGer 4C.25/2004 E. 3.2.1.).
- 82 Die MAC-Klausel drückt aus, dass sich die Parteien noch unsicher waren, ob der KV 2014 Rechtswirksamkeit erlangen wird oder nicht.

B) Anwendungsbereich von OR 156

- 83 Für seine Anwendbarkeit setzt OR 156 kumulativ ein bedingtes Rechtsgeschäft, ein Verstoss gegen Treu und Glauben durch den bedingt Verpflichteten, sowie ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dessen treuwidrigem Verhalten und dem Eintritt/Ausbleiben der Bedingung voraus (BGer 4C.281/2005 E. 3.5.2).
- 84 Ein bedingtes Rechtsgeschäft wird gänzlich wirksam, wenn eine Partei den Bedingungseintritt „*wider Treu und Glauben*“ herbeiführt oder verhindert (BGer 4C.281/2005 E. 3.5). Allerdings verstösst nicht jedes Parteiverhalten, welches zum Ausbleiben einer Suspensivbedingung führt, gegen Treu und Glauben (CHK OR-ROTH/PELLANDA/DUBS, Art. 156 N 6).
- 85 Laut den Parteien wurde der KV 2014 als bedingtes Rechtsgeschäft geschlossen [B-2].
- 86 Die Klägerin hat sich nach Abschluss des KV 2014 nie treuwidrig verhalten und dadurch aktiv zum Wertverlust der VeganM beigetragen. Einziges von der MAC-Klausel erfasstes Risiko war die unvorhergesehene Verunreinigung der Smoothies durch *E. coli*-Bakterien, welche u.a. zur schlechten Presse und dem daraus resultierenden Kundenverlust führte (Rz. 69 f.).
- 87 Nachdem die Klägerin am 06.10.2014 Kenntnis vom *E. coli*-Vorfall erhielt, wurde die defekte Maschine umgehend repariert. Zur Vorsorge wurde ein verschärftes Überwachungs- und Kontrollsystem bei den Abfüllmaschinen eingeführt. Weiter wurde eine Sprachregelung zur Beantwortung von Anfragen von beunruhigten Kunden erarbeitet, um diese zu informieren, dass nun alle Probleme behoben wurden (Verfügung Nr. 2, Rz. 6, 7, 15).
- 88 Die Klägerin hat alles in ihrer Macht stehende getan, um den Absprung von Kunden zu verhindern und um einem weiteren Unternehmensverlust entgegenzuwirken. Sie hat deshalb den material adverse change nicht treuwidrig herbeigeführt.

4. Wegfall des KV 2014 und Wiederaufleben des ABV durch Eintritt des MAC

- 89 Fällt eine neu begründete Obligation dahin, führt dies zum Wiederaufleben der alten, da es sich bei einer Neuerung um ein kausales Rechtsgeschäft handelt (BK OR-BECKER, Art. 116 N 1, 18). Die alte und neue Obligation stehen in einer engen Beziehung zueinander: „Die alte Obligation soll nur dann aufgehoben sein, wenn die neu begründete besteht. Die neu begründete Obligation soll nur dann bestehen, wenn die alte bestanden hatte und aufgehoben ist“ (ZK OR-AEPLI, Art. 116 N 23).
- 90 Die Parteien können hingegen vereinbaren, dass der Vertrag bei Eintritt des MAC nicht automatisch dahinfällt, sondern dem Käufer die Wahl offensteht, ihn trotz der neg. Veränderung zu vollziehen (SCHLEIFFER, S. 68 f.) Sieht der Käufer davon ab, erlangt der Vertrag keine Rechtswirkung und die Parteien sind so zu stellen, als hätte er nie bestanden (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3993 f.).
- 91 Mit dem Eintritt des MAC verlor die Beklagte ihren Anspruch auf Vollzug des KV 2014 und die Übertragung der restlichen 50% der Aktien der VeganM zum vereinbarten Fixpreis von CHF 2'687'500.-.
- 92 Mit ihrem E-Mail vom 05.01.2015 machte die Klägerin von ihrem Wahlrecht Gebrauch und verzichtete endgültig auf den Vollzug des KV 2014. Wegen der Kausalitätswirkung der Neuerung lebt der ABV dadurch wieder auf.

5. Eventualiter: Berufung auf einen Grundlagenirrtum (OR 24 I 4.)

5.1 Vorliegen eines wesentlichen Irrtums

- 93 Ein Vertrag ist für denjenigen einseitig unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (OR 23; OR 24 I 4.). Subjektiv wesentlich ist ein Irrtum, wenn der vorgestellte falsche Sachverhalt für den Irrenden eine „*conditio sine qua non*“ darstellte (statt vieler: BGer 4C.13/2005 E. 2.1). Objektiv wesentlich ist er, wenn der Irrende auch nach „*Treu und Glauben im Geschäftsverkehr*“ (OR 24 I 4.) davon ausgehen konnte, dass die vorgestellte Sachlage eine notwendige Grundlage des Vertrags bildete (statt vieler: BGE 91 II 275 E. 2).
- 94 Uneinig sind sich Lehre und Rechtsprechung darüber, ob für den Irrtumsgegner erkennbar gewesen sein muss, welche Bedeutung der falsch vorgestellte Sachverhalt für den Irrenden hatte (dagegen u.a. HUGUENIN, Rn. 513; VON DER CRONE/HOFFMANN-NOWOTNY, 55; dafür statt vieler: BGE 118 II 297 E. 2b; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24 N 20).
- 95 Die Klägerin war bereit, für die restlichen 50% der Aktien einen Fixpreis zu bezahlen, der deutlich über dem damaligen Unternehmenswert lag (Rz. 65, 76). Im Gegenzug

wollte sie sich mit Hilfe der MAC-Klausel gegen einen erheblichen Wertverlust schützen, was für die Beklagte erkennbar sein musste (Rz. 65).

96 Die richtige Unternehmensbewertung im Rahmen der MAC-Klausel stellte für die Klägerin eine *conditio sine qua non* dar, ohne die sie den KV 2014 nicht geschlossen hätte.

97 Da die Kaufpreisberechnung und die Unternehmensbewertung auch aus obj. Sicht nach „*Treu und Glauben im Geschäftsverkehr*“ auseinanderzuhalten sind, konnte und durfte die Klägerin in guten Treuen davon ausgehen, dass der neg. EBITDA bei der Unternehmensbewertung zu berücksichtigen sei (Rz. 72, 80).

98 Da die Parteien mit ihrer Wortwahl im KV 2014 bewusst *Kaufpreis* und *Wertverlust* auseinanderhielten, musste für die Beklagte erkennbar gewesen sein, dass der Einbezug des neg. EBITDA bei der Wertberechnung für die Klägerin von wesentlicher Bedeutung war.

5.2 Keine Verwirkung

99 Ein Irrtum ist innert Jahresfrist seit Entdeckung geltend zu machen, da der mit einem Willensmangel behaftete Vertrag ansonsten als genehmigt gilt (OR 31).

100 Dass die Beklagte ein anderes Verständnis bzgl. der Berechnung des Unternehmenswertes hatte, erkannte die Klägerin nach dem E-Mail der Beklagten vom 16.12.2014 [B-2]. Sie stellte ihre Einleitungsanzeige am 26.05.2015, womit die Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums eingehalten wurde. Zudem hat die Klägerin den Vertrag in der Zwischenzeit nicht genehmigt, wie sie mehrfach in ihrer Korrespondenz betonte [B-2, B-3, K-7]. Das Anfechtungsrecht ist somit nicht verwirkt und darf von der Klägerin ausgeübt werden.

5.3 Rechtsfolgen

101 Der mit einem Willensmangel behaftete Vertrag ist bis zum Zeitpunkt seiner Genehmigung oder Ungültigerklärung, resp. bis zum Ende der Anfechtungsfrist, in einem Schwebezustand (HUGUENIN, Rn. 564).

102 Wird er erfolgreich angefochten, ist der Vertrag gemäss Ungültigkeitstheorie des BGER von Anfang an (*ex tunc*) ungültig und entfaltet keine Rechtswirkungen (BGE 114 II 131 E 3b).

103 Begründet der neue Vertrag auf einer Novation, lebt der alte wieder auf, falls der neue dahinfällt oder nicht rechtswirksam zustande kam (Rz. 89).

104 Da ein subj. und obj. wesentlicher Irrtum vorliegt, die Erkennbarkeit gegeben und die Frist eingehalten ist, macht die Klägerin hiermit eventualiter einen Grundlagenirrtum

geltend und erklärt den KV 2014 für unverbindlich. Da der KV 2014 *ex tunc* dahinfällt, lebt der ABV wieder auf und bildet die Grundlage für die Übertragung der restlichen 50% der Aktien der VeganM (Rz. 92).

105 Die restlichen Aktien sind somit auf Grundlage des ABV zu übertragen.

IV. a) Kaufpreisberechnung bei Anwendung des ABV

1. Kein Verbrauch der Optionsrechte durch die Klägerin

106 Mit der Einleitungsanzeige vom 26.05.2015 kann die Klägerin ihre Call-Option aufgrund des ABV über die gesamten restlichen 50% der Aktien ausüben (Rz. 92). Durch die bisherigen Ausübungsversuche vom 16.06.2014 und 05.01.2015 wurden ihre Rechte nicht verwirkt, da die Rechtsgeschäfte nicht rechtswirksam zustande kamen.

1.1 Die Call- bzw. Put-Option als Gestaltungsrecht

107 Eine Option ist ein Gestaltungsrecht, d.h. ein Optionsvertrag erteilt der berechtigten Partei das Recht, die Rechtslage zwischen ihr und der Gegenpartei einseitig durch eine Gestaltungserklärung zu verändern (BSK OR I-ZELLWEGER/GUTKNECHT, Art. 22 N 30, 32).

108 Bei einer Call- bzw. Put-Option handelt es sich um ein Kaufs-, resp. Verkaufsrecht (BGer 4C.329/2003 E. 4.1). Die Ausübung des Rechts löst den Kauf bzw. Verkauf automatisch aus, wobei sich die Erklärungsgegnerin der neuen Rechtslage anzupassen hat (VON TUHR/PETER, § 3 N 25).

109 Art. 6.7 ABV erteilt der Klägerin und der Beklagten je ein Optionsrecht. Eine Ausübung würde den Kauf bzw. Verkauf der Aktien automatisch auslösen.

1.2 Ausnahmen zur Unwiderrufbarkeit von ausgeübten Gestaltungsrechten

110 Einmal ausgeübt, können Gestaltungsrechte in der Regel nicht widerrufen werden (BGE 109 II 319 E. 4.b). Sinn und Zweck dieses Prinzips der Unwiderruflichkeit ist, die Erklärungsgegnerin vor einer weiteren einseitigen Rechtslageänderung durch die Gegenpartei zu schützen (VIONNET, S. 358, 448).

111 Eine Ausnahme dazu bildet die Bestreitung der Gültigkeit des ausgeübten Gestaltungsrechts (BGE 128 III 70 E. 2). Da im Obligationenrecht das Prinzip der Privatautonomie gilt, kann die Bestreitung ein Antrag auf Widerruf des ausgeübten Gestaltungsrechts bilden (BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 2).

112 Am 16.06.2014 machte die Klägerin von ihrem Optionsrecht Gebrauch und verlangte die Übertragung von 15% der Aktien [K-3]. Die Beklagte hätte sich den geänderten Rechtsverhältnissen unterstellen und die Übertragung veranlassen müssen. Indem sie

geltend machte, die Klägerin habe den Kaufpreis falsch berechnet, bestritt sie dagegen die gültige Ausübung des Optionsrechts durch die Klägerin. Mit der Bestreitung unterbreitete sie der Klägerin ein Angebot auf Widerruf ihrer Gestaltungserklärung (Einleitungsanzeige, Rz. 14). Dieses nahm die Klägerin konkludent an, indem sie auf ihren Erfüllungsanspruch verzichtete und sich zum Abschluss eines neuen Vertrages (KV 2014) bereit erklärte. Die Ausübung des Gestaltungsrechts vom 16.06.2014 wurde somit im gegenseitigen Einverständnis widerrufen.

- 113 Am 05.01.2015 übte die Klägerin die ihr gemäss AVB zustehende Call-Option über 30% der Aktien aus [B-3]. Die Beklagte bestritt hingegen zu Unrecht die vertragliche Grundlage des Kaufrechts (Rz. 92) und bestand auf der Anwendbarkeit des KV 2014. Da durch den Streit über die vertragliche Grundlage keine Ausübung des Optionsrechts, resp. keine Rechtslageänderung möglich war, entfiel die Schutzwirkung des Prinzips der Unwiderruflichkeit bzgl. der Beklagten. Die Ausübung des Gestaltungsrechts vom 05.01.2015 ist als nicht getätigt anzusehen.
- 114 Die Klägerin kann folglich mit der Einleitungsanzeige vom 26.05.2015 ihr Optionsrecht über 50% der Aktien ausüben, weil die vorgängige versuchte Ausübung der Gestaltungsrechte fehlschlug und diese deshalb noch nicht verbraucht wurden.

2. Berücksichtigung des negativen EBITDA bei der Kaufpreisberechnung

- 115 Sind sich die Parteien uneinig, wie eine Klausel in einem Vertrag zu verstehen ist, ist der obj. Parteiwille mittels Vertragsauslegung zu ermitteln. Massgeblich sind dabei Wortlaut, Zusammenhang und Umstände bei Vertragsschluss (Rz. 10 f.).
- 116 Die Klägerin besteht darauf, dass der neg. EBITDA bei der Kaufpreisberechnung gemäss ABV-Formel (Art. 6.8 ABV) zu berücksichtigen ist, was die Beklagte bestreitet [B-2]. Der Inhalt der Klausel ist daher durch Auslegung zu bestimmen.

2.1 Wortlaut: Kaufpreisermittlung mittels Multiple-Verfahren

- 117 Aus dem Wortlaut des ABV ergibt sich der einstimmige Parteiwille, den Kaufpreis der Aktien dem obj. Unternehmenswert im Zeitpunkt der Optionsausübung gleichzusetzen. In Art. 6.8 ABV wird nämlich unter dem Titel „Kaufpreis“ die Berechnungsformel eines Multiple-Verfahrens zur Unternehmensbewertung (Rz. 73) beschrieben.

2.2 Zusammenhang: Enge Verbindung zwischen KV 2013 und ABV

- 118 Aus dem Zusammenhang ergibt sich, dass die Parteien den neg. EBITDA bei der Kaufpreisberechnung berücksichtigen wollten. Der ABV steht in enger Beziehung zum KV 2013, der am selben Tag über die ersten 50% der Aktien geschlossen wurde (Rz. 14, 18). Die Parteien vereinbarten darin einen Fixpreis über CHF 2,5 Mio. [K-1],

welcher ebenfalls unter Beiziehung der ABV-Formel zustande kam (Einleitungsanzeige Rz. 19). Wie festgestellt, ermittelt man aufgrund eines Multiplikatorenverfahrens den obj. Unternehmenswert, welcher dann als Grundlage für die parteiautonome Kaufpreisfestlegung dient (Rz. 72-75). Für die Feststellung des Unternehmenswerts am 11.04.2013 waren somit die EBITDA des abgeschlossenen Geschäftsjahres 2012 der VeganM (PowerPoint Präsentation [K-5]) massgeblich, woraus ein obj. Unternehmenswert von CHF 2'281'250.- resultierte. Die Differenz zum vereinbarten Fixpreis ergibt sich aus der Tatsache, dass die Klägerin weitere Faktoren, insb. Synergien, berücksichtigte, für welche sie bereit war, einen höheren Preis zu bezahlen (Verfügung Nr. 2, Rz. 3). Hätte man den neg. EBITDA der African Venture mit „Null“ ersetzt, wäre daraus ein Wert von CHF 2'531'250.- hervorgegangen, der über dem vereinbarten Kaufpreis von CHF 2.5 Mio. lag und daher kein Einbezug von weiteren Faktoren zugelassen hätte. Daraus ergibt sich, dass dem Kaufpreis im KV 2013 der obj. Unternehmenswert zugrunde lag. Der neg. EBITDA sollte deshalb bei der Kaufpreisermittlung nach ABV-Formel berücksichtigt werden.

2.3 Umstände: Parteiwille bei Vertragsschluss

- 119 Aus den Umständen ergibt sich, dass die Parteien keine Verfälschung des Unternehmenswertes wollten, da dieser dem Kaufpreis entsprechen sollte (Rz. 117). Mit Übertragung der Geschäftsführung am 11.04.2013 (Art. 9 ABV) übernahm die Klägerin die Verantwortung für den Geschäftsgang der VeganM und ihrer Tochtergesellschaften. Nach der allg. Lebenserfahrung kann vernünftigerweise davon ausgegangen werden, dass die Klägerin um eine möglichst gute Entwicklung des Geschäftes bemüht war, insb. deshalb, weil sie sich von der Übernahme bessere Marktchancen, Synergien und Einsparungen erhoffte (Verfügung 2, Rz. 3). Für die Beklagte bedeutet dies, dass sie für die restlichen 50% der Aktien bei steigendem Unternehmenswert einen höheren Kaufpreis verlangen könnte und somit begünstigt wird, wenn der Kaufpreis dem Unternehmenswert entspricht. Wäre eine Begünstigung der Beklagten auch im Falle eines Wertverlustes vorgesehen gewesen (Einleitungsantwort Rz. 6), hätten die Parteien dies gemäss Vertragsautonomie vereinbaren können. Dass dies nicht ausdrücklich geschah, spricht gegen einen Parteikonsens in diesem Punkt.
- 120 Wortlaut, Zusammenhang und Umstände bei Abschluss des ABV ergeben, dass der neg. EBITDA bei der Kaufpreisberechnung für die restlichen 50% der Aktien gemäss rekonstruiertem Parteiwillen zu berücksichtigen ist. Die Klägerin hat folglich einen Anspruch auf deren Übertragung zum Kaufpreis von CHF 1'875'000.-.

IV. b.) Kaufpreisberechnung bei Anwendung des KV 2014

1. Eventualiter: Anpassung des Vertrags an veränderte Umstände

121 Sollte das SGer zur Überzeugung gelangen, dass der KV 2014 Anwendung findet, ist die Klägerin trotzdem nur bereit, für die restlichen 50% der Aktien den im Rechtsbegehren bezifferten Betrag von CHF 1'875'000.- zu bezahlen. Seit Abschluss des KV 2014 hat sich die wirtschaftliche Lage der VeganM derart drastisch verschlechtert, dass der darin vereinbarte Fixpreis als nicht mehr angemessen, und ein Festhalten der Beklagten daran als rechtsmissbräuchlich erscheint.

1.1 Grundsatz

122 Gemäss dem Prinzip der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) sind Verträge grundsätzlich auch dann zu halten, wenn sich die Rahmenbedingungen nachträglich zuungunsten einer Partei geändert haben. Jede Partei hat ihre Leistung wie vereinbart zu erbringen, solange keine nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt (BGE 104 II 314 E.a).

1.2 Ausnahme

123 Relativiert wird dieser Grundsatz durch die *Clausula rebus sic stantibus*, da sich in Ausnahmefällen bei einer gravierenden Äquivalenzstörung die Frage nach einer Vertragsanpassung stellen kann (SCHÄRER/GROSS, S. 116). Die Anpassung an veränderte Umstände soll demnach möglich sein, wenn eine vertragliche oder gesetzliche Anpassungsregel dies vorsieht, oder sie kann subsidiär durch richterliche Modifikation des Vertrages erfolgen (KRAMER, S. 275).

124 Die Anpassung kann dabei die Vertragsdauer oder den Vertragsinhalt betreffen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 1291).

125 Bei den vertraglichen Anpassungsregeln unterscheidet man zwischen pos. und neg. Anpassungsregeln. Erstere (bspw. Bedingungen), legen fest, wie der Vertrag im Falle einer wesentlichen Änderung der Umstände anzupassen ist, wohingegen Letztere eine solche Anpassung gerade verbieten (KRAMER, S. 275).

126 Das BGer leitet das richterliche Anpassungsrecht aus ZGB 2 II her, wonach das Festhalten einer Partei am ursprünglichen Vertrag trotz Eintritt einer gravierenden Äquivalenzstörung rechtsmissbräuchlich wäre (BGE 122 III 97 E. 3a.).

127 Die h.L. qualifiziert es als Vertragsergänzung, da sich dieser bzgl. der Anpassung an veränderte Verhältnisse als lückenhaft erweist und zu ergänzen ist, um anwendbar zu bleiben (bspw. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 1293; HUGUENIN, Rn. 322; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 58; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 332).

128 Laut BGer liegt dann eine Vertragslücke vor, „wenn die Parteien eine Rechtsfrage,

die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben“ (BGer 4A_356/2011 E. 4.1).

- 129 Bei der MAC-Klausel handelt es sich um eine pos. vertragliche Anpassungsregel. Sind ihre Voraussetzungen erfüllt, ist der vereinbarte Kaufpreis von der Klägerin nicht geschuldet und sie kann von der Vertragserfüllung Abstand nehmen (Rz. 65).
- 130 Im KV 2014 nicht geregelt ist der Fall, in welchem zwar ein gravierender Wertverlust eintritt, die Parteien aber weiterhin am Vertrag festhalten wollen. Der Vertrag weist diesbezüglich eine Lücke auf.
- 131 Eine gesetzliche Anpassungsregel ist i.c. nicht einschlägig, wodurch nur die richterliche Vertragsergänzung durch Modifikation des Inhalts oder der Dauer, gestützt auf die *Clausula*, bleibt.

2. Ermittlung des Parteiwillens bezüglich der Vertragslücke

- 132 Ob ein lückenhafter Vertrag ergänzungsbedürftig ist, soll durch Auslegung (Rz. 10 f.) ermittelt werden (BGer 4A_356/2011 E. 4.1).
- 133 Weist ein Vertrag bereits konkrete Anhaltspunkte auf, wie eine Anpassungsregelung aussehen könnte, können diese analog zur Lösung nicht geregelter Fälle herangezogen werden (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 326).
- 134 Unstreitig ist, dass die Parteien nach wie vor an der Übertragung der restlichen 50% der Aktien auf die Klägerin und der Zahlung eines Kaufpreises als Gegenleistung festhalten, was klar aus ihrer Korrespondenz und den Rechtsbegehren hervorgeht. Die MAC-Klausel sieht bei einem gravierenden Wertverlust hingegen nur die Möglichkeit eines Rücktritts durch die Klägerin vor.
- 135 Die MAC-Klausel kann aber als Anhaltspunkt gesehen werden, wie die Parteien den nicht berücksichtigten Fall vom beidseitigen Festhaltenwollen am Vertrag trotz Wertverlust geregelt hätten. Die Klausel schützt die Klägerin im Falle eines erheblichen Wertverlustes davor, den danach überhöhten Kaufpreis zahlen zu müssen (Rz. 61, 65). Dieser Zweck kann analog herangezogen werden um eine Kaufpreisreduktion durch richterliche Vertragsanpassung zu rechtfertigen.

3. Voraussetzungen der *Clausula rebus sic stantibus*

- 136 Laut BGer ist ein richterlicher Vertragseingriff zur Behebung einer Äquivalenzstörung aufgrund der *Clausula* zulässig, wenn „*die Verhältnisänderung weder vorhersehbar noch vermeidbar war, [...] eine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge hat und der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt wurde“* (BGE 127 III 300 E. 5b).

3.1 Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit

137 Die MAC-Klausel bezweckt eine Risikoverteilung zwischen den Parteien, wobei sie bereits bekannte Risiken nicht umfasst (Rz. 67 f.). Die Verhältnisänderung zwischen dem Abschluss des KV 2014 und dem Unternehmenswert bei Einleitungsanzeige kann sich deshalb nur noch auf diejenigen Verluste beziehen, die durch die schlechte Presse von Mitte Oktober 2014 [K-6] entstanden sind (Rz. 70). Deren Auswirkungen auf den Unternehmenswert im vorliegenden Ausmass waren weder vorhersehbar noch vermeidbar (Rz. 70, 88).

3.2 Gravierende Äquivalenzstörung

138 Laut MAC-Klausel hat sich ein allfälliger Wertverlust auf den im KV 2014 vereinbarten Fixpreis von CHF 2'687'500.- zu beziehen (Art. 10.2 (c) KV 2014). Die Parteien definierten dabei als kritische Grösse einen Schwellenwert von 20%. Im Zeitpunkt der Einleitungsanzeige betrug der Unternehmenswert noch CHF 1'875'000.-, was einen Wertverlust von 30,27% bzgl. des Fixpreises im KV 2014 darstellt und deshalb umso mehr als gravierend angesehen werden muss.

3.3 Keine vorbehaltlose Erfüllung

139 I.c. liegt kein widersprüchliches Parteiverhalten vor. Die Klägerin hat den KV 2014 nicht vorbehaltlos erfüllt (Rz. 92, 100).

140 Die Voraussetzungen für eine richterliche Vertragsergänzung, resp. Kaufpreisanpassung für die restlichen 50% der Aktien an die veränderten Umstände aufgrund der *Clausula*, sind gegeben. Die Herabsetzung des im KV 2014 vereinbarten Fixpreises von CHF 2'678'500.- auf den wirklichen Wert des Aktienpaketes im Zeitpunkt der Einleitungsanzeige von CHF 1'875'000.- ist dadurch gerechtfertigt.