

Moot Court Team 4

Dora Peric
Milena Bucher
Lara Wanner
Simon Glasl

EINSCHREIBEN

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

Zürich, 11. Dezember 2015

KLAGESCHRIFT

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

In Sachen

Smoothilicious AG

Via Santa Theresa 5, 20151 Milano, Italien

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 4

gegen

Greengarden AG

Steinhofstrasse 34, 8004 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrte Frau Präsidentin
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts

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 gem. dem Aktionärbindungsvertrag vom 11. April 2013 zu übertragen;
2. Auf die Widerklage der Beklagten sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IV
Entscheidungsverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XIII
I Übertragung der restlichen 50% der Aktien aufgrund des ABV	1
1. KV 14 ist nicht anwendbar	1
1.1 Inhalt der MAC-Klausel	1
1.2 Qualifikation der MAC-Klausel als Bedingung	1
1.3 Ein wesentlicher Wertverlust ist eingetreten	3
1.4 Rechtsfolge und Auswirkung des Bedingungseintritts	4
2. Keine treuwidrige Herbeiführung der MAC-Klausel i.S.v. Art. 156 OR	5
2.1 Treuwidrigkeit ist keine Voraussetzung der Ausübung der MAC-Klausel	5
2.2 Eventualiter: Keine der Voraussetzungen von Art. 156 OR ist gegeben	5
2.2.1 Es liegt kein treuwidriges Verhalten vor	6
2.2.2 Kausalität ist nicht gegeben	7
3. Fazit	8
II Kaufpreisberechnung der restlichen 50% der Aktien	8
1. Berücksichtigung der negativen EBITDA bei Anwendung des ABV	8
1.1 Wortlaut schliesst die Nichtberücksichtigung der negativen EBITDA nicht aus	8
1.2 Vertragsverhandlungen beinhalteten die negativen EBITDA	9
1.3 Bei Ausschluss der negativen EBITDA resultiert eine Risikoumverteilung	9
2. Eventualiter: Kaufpreisberechnung bei Anwendung des KV 14	11
2.1 Rechtfertigung einer Kaufpreisminderung durch clausula rebus sic stantibus	11
2.1.1 Seit Vertragsabschluss haben sich die Verhältnisse verändert	11
2.1.2 Verhältnisänderung führte zu einer gravierenden Äquivalenzstörung	12
2.1.3 Verhältnisänderung war nicht voraussehbar	12
2.2 Kaufpreisberechnung bei Minderung durch clausula rebus sic stantibus	13
III Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Hauptklage	13
1. Ausdehnung der Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung auf den ABV	13
1.1 KV 13 und der ABV bilden ein vertragliches Ganzes	14
1.2 Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung bezüglich Preisstreitigkeiten	15
2. Klägerin muss nicht den Schiedsgutachter anrufen	16
3. Fazit	17
IV Unzuständigkeit des Schiedsgericht für die Widerklage	17
1. Beklagte kann sich nicht auf die Schiedsvereinbarung des KV 14 stützen	17
2. Eventualiter: Unzuständigkeit auch bei Rechtswirksamkeit des KV 14	19
2.1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist nicht eindeutig gegeben	19
2.2 Identischer Wortlaut der Schiedsvereinbarung ist unbeachtlich	19
2.3 Fazit	20
V Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen	20

Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012 (zit. BERGER)
Rz [60]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3rd edition, Berne 2015 (zit. BERGER/KELLERHALS)
Rz [64, 66, 75]

BORN GARY, International Commercial Arbitration, Volume I: International Arbitration Agreements, 2nd edition, Alphen aan den Rijn 2014 (zit. BORN)
Rz [65]

BÖCKLI PETER/MORSCHER LUKAS, Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten, in: SZW 1997, 53 (zit. BÖCKLI/MORSCHER)
Rz [45]

BK OR, KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit. BK OR-KRAMER)
Rz [56, 63]

BSK OR, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529), 6. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITERIN)
Rz [3, 5, 26, 53, 60]

BSK ZGB, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITERIN)
Rz [82]

BUCHER EUGEN, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtsätze, in: FS für Deschenaux Henri, Freiburg 1977, 249 – 269 (zit. BUCHER)

Rz [23]

DIETER GERICKE/LUCA DALLA TORRE, Joint Ventures – Wirtschaftsformen im Spannungsfeld zwischen Kooperation und Transaktion, in Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Bern 2012, 21-77 (zit. GERICKE/DALLA TORRE)

Rz [73]

FEHR BENJAMIN/BENKERT STEFAN/POGGENSEE RUBEN BEAT, Earn-out: Erfolgsorientierter Kaufpreis, in: EF 10/15, 798 ff. (zit. FEHR/BENKERT/POGGENSEE)

Rz [44]

FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER)

Rz [73]

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

Rz [45]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration in Switzerland, 2nd edition, Zürich/Basel/Genf 2012. (zit. GIRSBERGER/VOSER)

Rz [87]

GUTMANS ALEXANDER, Die Regel der „Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion“ im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel/Frankfurt am Main 1995 (zit. GUTMANS)

Rz [23, 35]

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

Rz [65, 66]

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

Rz [3, 5, 12, 14, 33, 55, 56]

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

Rz [101]

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, Bern 2012 (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER)

Rz [40]

MÜLLER ROLAND/BIEDERMANN KATHRIN, Der Aktionärbindungsvertrag als Unterstützungsmassnahme bei der Nachfolge- und Nachlassplanung, in: AJP 2015, 885 (zit. MÜLLER/BIEDERMANN)

Rz [45]

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

Rz [97, 100]

KOESLING DIETMAR, Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf, Bewertung, Kaufpreisermittlung, Klauselgestaltung, Kaufpreisanpassung, Kiem Roger (Hrsg.), 1. Auflage, München 2015, 46 - 107 (zit. KOESLING)

Rz [15]

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

Rz [98]

KÖNIG THOMAS, Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf, Bewertung, Kaufpreisermittlung, Klauselgestaltung, Kaufpreisanpassung, Kiem Roger (Hrsg.), 1. Auflage, München 2015, 314 - 336 (zit. KÖNIG)

Rz [80]

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

Rz [33]

LEBOULANGER PHILIPPE, Multi-Contract Arbitration, in Journal of International Arbitration, Kluwer Law International Volume 13 Issue 4, 1996, 43 – 97 (zit. LEBOULANGER)

Rz [68]

MEYER CONRAD, Finanzielles Rechnungswesen, Einführung mit Beispielen und Aufgaben, in Schriftreihe der Treuhand-Kammer, Band 182, Zürich 2008 (zit. MEYER)

Rz [15]

POMP THOMAS, Praxishandbuch Financial Due Diligence, Finanzielle Kernanalysen bei Unternehmenskäufen, München 2015 (zit. POMP)

Rz [29]

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

Rz [87]

SCHÄRER HEINZ/GROSS BALZ, Pacta sunt servanda - von der Realerfüllung des Unternehmenskaufvertrags und deren prozessualer Durchsetzung, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVI, Zürich/Basel/Genf 2014, 115 -171 (zit. SCHÄRER/GROSS)

Rz [54, 77]

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

Rz [7, 10, 16, 54]

SCHWAB KARL HEINZ/WALTER GERHARD, Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar, 7. Auflage, Bern 2004 (zit. SCHWAB/WALTER)

Rz [80]

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

Rz [3]

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

Rz [87, 97]

TRAIN FRANÇOIS-XAVIER, Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international: étude de jurisprudence arbitrale, Paris 2003 (zit. TRAIN)

Rz [66]

TSCHÄNI RUDOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. TSCHÄNI)

Rz [7, 18]

VON SEGESSER GEORG, Arbitrating Pre-Closing Disputes in Merger and Acquisition Transactions, in Arbitration of Merger and Acquisition Disputes, ASA Special Series No. 24, 2005, 17-54 (zit. VON SEGESSER)

Rz [54]

ZK, JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN)

Rz [41]

Entscheidverzeichnis

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

17.12.1968

BGE 94 II 274

Rz [45]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

17.11.1975

BGE 101 II 325

Rz [3]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

31.03.1982

BGE 108 II 112

Rz [14]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

21.11.1989

BGE 115 II 484

Rz [14]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

28.11.1989

BGE 115 II 440

Rz [33]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

20.12.1995

BGE 121 III 495

Rz [87, 102]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts, Veröffentlicht in: ASA Bulletin, 1997 Volume 15 Issue 2, 291 ff.

06.11.1996

BGer 4P.320/1994

Rz [64]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

19.08.2002

BGE 128 III 419

Rz [3]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

16.05.2003

BGE 129 III 535

Rz [14]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

26.11.2003

BGE 130 III 182

Rz [35]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

30.04.2004

BGer 4C.49/2004

Rz [53]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

29.12.2004

BGer 4C.278/2004

Rz [26]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
05.08.2005
BGE 131 III 606
Rz [3]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26.01.2010
BGer 4A_453/2009
Rz [14]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20.08.2012
BGer 4A_240/2012
Rz [71]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19.02.2014
BGer 4A_449/2013
Rz [25]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20.02.2015
BGer 4A_390/2014
Rz [65]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ABV	Aktionärbindungsvertrag
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BGE	Bundesgerichtsentscheid (AS)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
Chap.	Chapter
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht
d.h.	das heisst
EBITDA	earnings before interests, taxes, depreciation and amortization

E.	Erwägung
E.antwort	Einleitungsantwort
E.anzeige	Einleitungsanzeige
f.	folgend
ff.	folgende [Seiten]
FS	Festschrift
gem.	gem.
Hrsg.	Herausgeber
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. Juli 2014) (SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KUKO	Kurzkomentar
KV	Kaufvertrag
KV 13	Kaufvertrag vom 11. April 2013
KV 14	Kaufvertrag vom 1. Oktober 2014

M&A	Mergers & Acquisitions
MAC	material adverse change
N	Randnummer
Nr.	Nummer
OR	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Juli 2015) (SR 210)
Rz	Randziffer
s.	siehe
sog.	sogenannt
u.U	unter Umständen
Vfg.	Verfügung
ZGB	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. Juli 2015) (SR 220)
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar

I Übertragung der restlichen 50% der Aktien aufgrund des ABV

1. KV 14 ist nicht anwendbar

- 1 Die restlichen 50% der Aktien an der VeganMarket AG sind auf der Basis des ABV auf die Klägerin zu übertragen. Nachfolgend wird dieser Anspruch begründet.

1.1 Inhalt der MAC-Klausel

- 2 Die Parteien haben im KV 14 unter Art. 10.2 (c) eine MAC-Klausel (material adverse change clause) vereinbart. Diese Klausel berechtigt die Käuferin vom Vertrag zurückzutreten, falls kumulativ mehr als sechs Wochen zwischen Vertragsabschluss und Vollzug vergangen sind, und wenn in diesem Zeitraum ein wesentlicher Wertverlust der VeganMarket AG im Umfang von 20% gegenüber dem vertraglich festgelegten Kaufpreis in Art. 1 eingetreten ist.

1.2 Qualifikation der MAC-Klausel als Bedingung

- 3 Bei der Auslegung ist primär auf den tatsächlichen Willen der Parteien abzustellen (HUGUENIN, N 275). Kann ein solcher nicht mehr festgestellt werden, muss durch objektivierte Auslegung der mutmassliche Wille eruiert werden (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 8). Dabei wird darauf abgestellt, was vernünftige Parteien nach Treu und Glauben unter den gegebenen Umständen gewollt hätten bzw. wie eine Partei eine Willensäußerung verstehen konnte und musste (BGE 131 III 606 E. 4.1; BGE 128 III 419 E. 2.2). Um den Parteiwillen zu ermitteln, werden sämtliche Umstände des Vertragsabschlusses als Indizien herangezogen. Der Vertrag muss stets im Lichte des Gesamtzusammenhangs ausgelegt werden, wobei dem Wortlaut, der Interessenlage der Parteien und den Verkehrssitten und Usanzen besondere Bedeutung zukommen (BGE 101 II 325 E. 1; SCHWENZER, OR AT, N 33.05 f.; HUGUENIN, N 290)
- 4 Vorliegend geht die Klägerin von einer als Suspensivbedingung ausgestalteten MAC-Klausel aus, während die Beklagte ein Rücktrittsrecht annimmt. Daher besteht kein wirklicher übereinstimmender Parteiwille bezüglich der Rechtsnatur der MAC-Klausel und der mutmassliche Wille muss bestimmt werden.
- 5 Bei einer Bedingung i.S.v. Art. 151 ff. OR ist es Wille der Parteien die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes von einem in der Zukunft liegenden, objektiv ungewissen Ereignis abhängig zu machen (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Vor Art. 151-157 N1). Liegt eine negativ umschriebene Suspensivbedingung vor, wird das Rechtsgeschäft vom Nichteintritt des Ereignisses abhängig gemacht (Art. 151 Abs. 1 OR; HUGUENIN; N 1288, 1295).
- 6 Die MAC-Klausel lautet „Es ist keine wesentliche Verschlechterung der VeganMarket AG eingetreten“ (Art. 10.2 (c) KV 14). Bei dieser angesprochenen Verschlechterung handelt es

sich um ein solches objektiv ungewisses, in der Zukunft liegendes Ereignis, dessen Nichteintritt die Bedingung darstellt. Objektiv ungewiss ist es, weil keine der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wissen konnte, ob sich eine Wertverminderung im Umfang der MAC-Klausel ereignen würde, weil zum damaligen Zeitpunkt die wirtschaftliche Lage der VeganMarket AG stabil war. Es ging ihr bei Vertragsabschluss vergleichsweise sogar besser als zur Zeit der Vertragsverhandlungen zum KV 13 und ABV, was wiederum zeigt, dass die Parteien von keiner wesentlichen zukünftigen Verschlechterung ausgingen (Vfg. Nr. 2, Rz 13; K-5).

- 7 Zudem ist es üblich, M&A-Unternehmenskaufverträge, die nicht sogleich beim Vertragsabschluss vollzogen werden, aufschiebend bedingt auszugestalten, weil sich die Parteien bei einem allfälligen Wertverlust nicht unmittelbar verpflichten wollen (TSCHÄNI, 4. Kap. N 23 f., SCHLEIFFER S. 68). Die MAC-Klausel ist deshalb als Suspensivbedingung auszulegen.
- 8 Die Auffassung der Beklagten, es handle sich dabei um ein blosses Rücktrittsrecht, ist unzuständig, wie nachfolgend gezeigt wird.
- 9 Die MAC-Klausel definiert die Parameter für den Eintritt einer wesentlichen Verschlechterung, gestützt auf welche die Klägerin vom Vertrag zurücktreten kann. Zwischen Vertragsabschluss und Vollzug muss ein Wertverlust von mindestens 20% gegenüber dem Kaufpreis vorliegen. Zudem kann der Rücktritt erst sechs Wochen nach dem Vertragsabschluss ausgeübt werden. Diese Voraussetzungen dienen dazu den MAC weiter zu beschreiben und stellen die Rechtsnatur der MAC-Klausel als Bedingung nicht in Frage.
- 10 Es ist in der Praxis üblich, die Rechtsfolge bei Eintritt einer wesentlichen Verschlechterung dahingehend zu modifizieren, dass der Vertrag nicht *eo ipso* dahinfällt, sondern dem Käufer ein Rücktrittsrecht zusteht (SCHLEIFFER, 69). Der Käufer soll bei Bedingungseintritt die Wahl haben, ob er den Vertrag dahinfallen lassen oder trotzdem daran festhalten will (SCHLEIFFER, 69). Auch vorliegend haben die Parteien eine solche Regelung mit Wahlmöglichkeit getroffen. Die Beklagte geht jedoch unzutreffenderweise von einem blossen Rücktrittsrecht aus. Vorliegend ist das Recht vom Vertrag zurückzutreten jedoch nur eine Rechtsfolge bei Eintritt der Bedingung. Die Rechtsnatur der MAC-Klausel ist korrekterweise eine Suspensivbedingung, deren modifizierte Rechtsfolge ein Rücktrittsrecht ist.
- 11 Ein Rücktrittsrecht ist ein einseitiges, aufhebendes Gestaltungsrecht, das durch Willenserklärung ausgeübt wird (Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 OR). Eine solche Willenserklärung kann die Käuferin vorliegend jedoch erst nach dem Eintritt der Bedingung „keine wesentliche Verschlechterung der VeganMarket AG“ geltend machen (Art. 10.2 (c) KV 14). Die Beklagte

analysiert bei ihrer Auslegung somit nur einen Teilbereich der vertraglichen Bestimmung und unterlässt es die Rechtsnatur der MAC-Klausel gänzlich zu untersuchen.

- 12 Das bedeutet, dass der mit einer Suspensivbedingung versehene Vertrag seine Rechtswirkung nicht sogleich bei Vertragsabschluss entfaltet, sondern sich zunächst in einem Schwebezustand befindet (HUGUENIN, N 1303). Vor diesem Hintergrund ist die Inkrafttretensbestimmung in Art. 11.7 des KV 14, nach welcher der „Vertrag [...] mit *Unterzeichnung* durch beide Parteien *in Kraft* [...]“ tritt, dahingehend auszulegen, dass der Vertrag durch die Unterzeichnung eben nur bedingt in Kraft tritt und wegen des Schwebezustandes noch nicht volle Rechtswirksamkeit entfaltet. Die Formulierung, dass „[mit] *Abschluss dieses Vertrages* [...] der ABV [...] *ausser Kraft* gesetzt“ wird, ist untechnisch und nicht i.S.v. Art. 1 ff. OR zu verstehen. Terminologisch wird damit vielmehr auf Art. 10 des KV 14 („Vertragsabschluss“) Bezug genommen, der den Vollzug des Vertrages regelt. Daraus folgt, dass, der KV 14 bei Unterzeichnung zwar bedingt in Kraft tritt, jedoch erst mit dem Vollzug des Vertrages Rechtswirkung entfaltet, d.h. wenn klar ist, dass sich der MAC nicht ereignet und die anderen Vollzugsvoraussetzungen eintreten. Der ABV kann gem. Art. 27.1.2 ABV ohnehin nicht ausser Kraft gesetzt werden, solange beide Parteien Aktionärinnen sind, weil der KV 14 nie Rechtswirksamkeit erlangt hat. Weil noch beide Parteien Aktionärinnen sind, ist der ABV nach wie vor anwendbar.

1.3 Ein wesentlicher Wertverlust ist eingetreten

- 13 In Art. 10.2 (c) KV 14 bestimmen die Parteien, dass ein Wertverlust dann wesentlich ist, wenn mindestens 20% Wertverlust gegenüber dem in Art. 1 festgelegten Kaufpreis entstehen. Im KV 14 lässt sich keine Bestimmung über die Berechnung des Wertverlustes finden. Es kann jedoch aufgrund des schlüssigen Parteiverhaltens nach Vertragsabschluss gem. den E-Mails vom 12.12.2014 und 16.12.2014 (B-2) davon ausgegangen werden, dass sich der Wertverlust nach der Formel aus dem ABV berechnet (Art. 6.8 i.V.m. Art. 2 ABV).
- 14 Die Parteien haben jedoch nicht definiert, ob negative EBITDA berücksichtigt werden. Haben die Parteien gewisse Punkte nicht vollumfänglich geregelt, liegt eine Vertragslücke vor, die gefüllt werden muss (BGer 4A_453/2009 E. 3.4; BGE 129 III 535 E. 4.2). Da sich die Parteien unbestrittenermassen über die *essentialia negotii* geeinigt haben, kann eine Auslegung gem. dem hypothetischen Parteiwillen vorgenommen werden (s. HUGUENIN N 303). Es fragt sich also, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie sich einer Vertragslücke bewusst gewesen wären (BGE 108 II 112 E. 4). Zur Konstruktion des hypothetischen Parteiwillens stellt man auf die Interessen der Parteien, den Gesamtkontext des Vertragsabschlusses und den Zweck der Bestimmung ab (BGE 115 II 484 E. 4b).

- 15 Der EBITDA zeigt in einem Wert das Betriebsergebnis des Unternehmens vor Zinsen, Steuern, Abschreibungen und Amortisationen an (MEYER, 55). Ein unzutreffend ermittelter EBIDTA zum Bewertungszeitpunkt wirkt sich potenziert auf die Höhe einer darauf gestützten Kaufpreisberechnung aus (KOESLING, §2 N 2). Aufgrund dessen konnte die Klägerin also bei Vertragsabschluss davon ausgehen, dass der negative EBIDTA zur möglichst präzisen Kaufpreisberechnung zu berücksichtigen ist.
- 16 Wie die Klägerin im E-Mail vom 05.01.2015 (B-3) bereits dargelegt hat, galt ihre Zustimmung zur minimalen Beschränkung des EBITDA auf Null nur für den Kaufpreis des KV 14 und nicht für die Wertverlustberechnung der MAC-Klausel. Zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen war es für die Klägerin von höchster Priorität die Preisstreitigkeiten so schnell wie möglich beizulegen, um die VeganMarket AG vollständig übernehmen zu können. Vor dem Hintergrund der Funktion der MAC-Klausel zur gleichmässigen Verteilung der Risiken auf die Parteien, ist es sinnwidrig, wenn die Beklagte negative EBITDA nicht berücksichtigen will (SCHLEIFFER, 56). Erst durch die effektive Berücksichtigung dieser Werte wird für die Klägerin die volle Schutzfunktion der MAC-Klausel sichergestellt. Ansonsten würde das Erreichen der erforderlichen 20% Wertverlust eine realistisch gesehen nahezu unerreichbare Schranke darstellen, weil dazu alle Tochtergesellschaften eine Ertragsminderung erleiden müssten. Dies kann nicht im Interesse der Parteien gelegen haben.
- 17 Bei der Festlegung des Kaufpreises steht den Parteien ein Gestaltungsraum zu, in den subjektive Wertungen mit einfließen. Vorliegend liegt die subjektive Wertung in der Veranschlagung negativer EBITDA mit Null. Im Gegensatz dazu geht die MAC-Klausel zur Gewährleistung ihrer Schutzfunktion von objektiv exakten Werten aus. Daraus resultiert, dass vernünftige und redliche Parteien, wären sie sich einer Vertragslücke bewusst gewesen, negative EBITDA für die Wertverlustberechnung berücksichtigt hätten.

1.4 Rechtsfolge und Auswirkung des Bedingungseintritts

- 18 Eignet sich das in der Bedingung umschriebene Ereignis, fällt der Vertrag ohne Weiteres dahin (TSCHÄNI, Kap. 4 N 23). Wie in Rz 10 dargelegt, haben die Parteien jedoch im KV 14 das Dahinfallen des Vertrages von Gesetzes wegen dadurch modifiziert, dass die Klägerin ein Rücktrittsrecht geltend machen kann, was sie mit E-Mail vom 12.12.2014 (B-2) auch tat. Daher ist der KV 14 infolge der eingetretenen Bedingung und durch das ausgeübte Rücktrittsrecht der Klägerin am 12.12.2014 dahingefallen und nicht mehr anwendbar.
- 19 Der ABV ist folglich gar nie ausser Kraft gesetzt worden, sondern bestand mit voller Rechtswirksamkeit weiter. Dies galt auch während der Schwebezeit des KV 14. Das ergibt sich aus Art. 27.1.2 des ABV, der besagt, dass der Vertrag Gültigkeit hat, solange beide Par-

teien Aktionärinnen der VeganMarket AG sind. Dies war im Sinne der Parteien, weil der ABV als einziger der drei Verträge Regelungen betreffend operativer Führung und Treuepflichten in der Zeit, in der beide Parteien Aktionärinnen sind, enthält.

2. Keine treuwidrige Herbeiführung der MAC-Klausel i.S.v. Art. 156 OR

- 20 Die Beklagte behauptet, dass die Bedingung der MAC-Klausel treuwidrig herbeigeführt wurde, weshalb sich die Klägerin in analoger Anwendung von Art. 156 OR nicht darauf berufen könne (E.antwort, Rz 17). Dies trifft nicht zu:
- 21 Die vorgeworfene Sorgfaltspflichtverletzung (Art. 2.2 KV 13; Art. 9.1.1, 9.2.1 ABV) muss im Lichte der Treuwidrigkeit i.S.v. Art. 156 OR i.V.m Art. 2 Abs. 2 ZGB beurteilt werden.
- 22 Vorab ist festzuhalten, dass sich die Beklagte widersprüchlich verhält, indem sie argumentiert, dass die MAC-Klausel ein Rücktrittsrecht darstellt (E.antwort, Rz 10), jedoch gleichzeitig Art. 156 OR anruft (E.antwort, Rz 17), welcher aber ausschliesslich auf Bedingungen anwendbar ist.

2.1 Treuwidrigkeit ist keine Voraussetzung der Ausübung der MAC-Klausel

- 23 Die Klägerin hat schon im E-Mail am 05.01.2015 (B-3) darauf hingewiesen, dass die MAC-Klausel keine weiteren Voraussetzungen als den Wertverlust enthält, weshalb Art. 156 OR nicht anwendbar ist. Da Art. 156 OR dispositiver Natur ist (GUTMANS, 224), können die Parteien von der Bestimmung abweichen (BUCHER; 249, 269).
- 24 Die MAC-Klausel enthält detaillierte Bestimmungen über die Voraussetzungen und die Rechtsfolge bei Bedingungseintritt (Art. 10.2 (c) KV 14). Die stipulierten Voraussetzungen des ausgebliebenen Vertragsabschlusses innert sechs Wochen und der wesentlichen Verschlechterung der VeganMarket AG sind abschliessend. Die MAC-Klausel lässt keinen Raum für die Annahme zusätzlicher Voraussetzungen, wie jener, dass die Bedingung nicht durch treuwidriges Verhalten herbeigeführt werden darf.
- Daraus folgt, dass die Parteien von der dispositiven Regelung des Art. 156 OR durch Einfügen der MAC-Klausel in den KV 14 abgewichen sind, weshalb die Rechtsfolge der Fiktion des Nichteintritts der Bedingung nicht greift.

2.2 Eventualiter: Keine der Voraussetzungen von Art. 156 OR ist gegeben

- 25 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen, dass die Parteien Art. 156 OR nicht abbedungen haben, wird im Folgenden ausgeführt, dass die Voraussetzungen des treuwidrigen Verhaltens und des Kausalzusammenhanges zwischen dem treuwidrigen Verhalten und dem Eintritt der Bedingung nicht gegeben sind (BGer 4A_449/2013 E. 5.3).

2.2.1 Es liegt kein treuwidriges Verhalten vor

- 26 Art. 156 OR erfasst lediglich treuwidriges Verhalten i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB (BGer 4C.278/2004 E. 3.2; BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 5). Namentlich verstösst das Verhalten dann gegen Treu und Glauben, wenn es sich gegen den Zweck des Rechtsgeschäfts richtet (BGE 117 II 273 E. 5c).
- 27 Der Geschäftszweck des KV 14 ist die Übertragung der Aktien an der VeganMarket AG und somit der endgültige Unternehmensverkauf (E.anzeige, Rz 6). Jede Handlung der Klägerin, welche diesem Unterfangen zuwiderlaufen würde, müsste demnach als treuwidrig eingestuft werden.
- 28 Die Beklagte macht geltend, dass die Auflösung der Geschäftsbeziehung mit der Hotelkette Larinof und andern bedeutenden Klienten der New Zealand Venture treuwidrig von der Klägerin herbeigeführt wurde. Zudem habe die Klägerin die negative Presse im Artikel der New Zealand Herald (K-6) zu verantworten und habe es unterlassen, die verschärften Lebensmittelsicherheitsregulierungen in Neuseeland zu berücksichtigen (E.antwort, Rz 15 f.).
- 29 Die Geschäftsbeziehung mit Larinof wurde bereits vor dem Abschluss des KV 14, nämlich am 30.06.2014 gekündigt. Die Argumentation der Beklagten, die Klägerin habe die Kündigung der Geschäftsbeziehung treuwidrig nicht verhindert, erstaunt, weil sie drei Monate vor Abschluss des KV 14 erfolgt ist und somit zu diesem Zeitpunkt noch gar keine Bedingung bestand, die man treuwidrig hätte herbeiführen können. Ferner ist festzuhalten, dass die Beendigung von Geschäftsbeziehungen zum allgemeinen Geschäftsrisiko gehört (POMP, 65).
- 30 Zum Vorwurf der Beklagten, die Klägerin habe es unterlassen, die Hygienevorschriften Neuseelands zu beachten, muss gesagt werden, dass die Klägerin alles in ihrer Macht Stehende unternommen hat, um einen möglichen Vertrauensverlust der Konsumenten und Geschäftspartner zu begrenzen. Namentlich hat sie ein verbessertes Überwachungssystem und eine Sprachregelung zur Beantwortung von Anfragen besorgter Kunden eingerichtet (Vfg. Nr. 2, Rz 7).
- 31 Hinsichtlich der geänderten Lebensmittelsicherheitsregulierungen in Neuseeland ist zu beachten, dass die Gesetzesänderung noch unter der operativen Führung der Beklagten am 01.04.2013, also zehn Tage vor Abschluss des KV 13 in Kraft getreten ist. Somit hat es die Beklagte selber unterlassen Anpassungen der Produktionsprozesse einzuleiten, die eine gesetzeskonforme Herstellung auch in Zukunft gewährleistet hätten. Die Klägerin hat zudem sichergestellt, dass die VeganMarket AG als international ausgerichtete Lebensmittelproduzentin zu jedem Zeitpunkt die internationalen Gesundheitsstandards einhält (K-6).

32 Nach dem Gesagten hat die Klägerin nicht gegen den Zweck des Rechtsgeschäfts, also des Unternehmenskaufs gehandelt, weshalb kein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt. Nichtsdestotrotz wird nachfolgend auch auf den Kausalzusammenhang eingegangen, wobei auch dieser zu verneinen ist.

2.2.2 Kausalität ist nicht gegeben

33 Zwischen dem treuwidrigen Verhalten und dem Eintritt der Bedingung muss natürliche und adäquate Kausalität gegeben sein (KUKO OR-HONSELL, Art. 156 N 7). Da die Beklagte der Klägerin ein Unterlassen vorwirft (B-3 vom 09.01.2015; E.anzeige, Rz 15 f.), wird der hypothetische Kausalzusammenhang geprüft (HUGUENIN, N 1923). Es ist zu fragen, ob der wesentliche Wertverlust bei Vornahme der gebotenen Handlungspflicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre (BGE 115 II 440 E. 5a). Eine Pflicht zum Handeln kann sich aus dem Vertrag ergeben (HUGUENIN, N 1924), was vorliegend der Fall ist (Art. 2.2 Ziff. 2 KV 13; Art. 9.1.1 und 9.2.1 ABV).

34 Insbesondere bezüglich Larinof ist zu beachten, dass das angeblich treuwidrige Verhalten der Klägerin keine Auswirkungen auf die Geschäftsbeziehung hatte. Der Vertrag wurde lediglich nicht erneuert, weil sich Larinof neu orientieren wollte und die Smoothies der Klägerin nicht mehr ins Konzept passten (E.anzeige, Rz 22). Es ist infolgedessen fraglich, wie die Klägerin auf eine Neuorientierung des Kunden hätte einwirken können. Auch der Zeitungsartikel der New Zealand Herald (K-6) hatte keinen Einfluss auf die Beendigung der Zusammenarbeit, da dieser erst nach der Auflösung der Kooperation am 30.06.2014 veröffentlicht wurde. Larinof ist demzufolge unabhängig vom Verhalten der Klägerin nicht mehr Vertragspartnerin der New Zealand Venture, weshalb kein Kausalzusammenhang zur behaupteten Treuwidrigkeit besteht.

35 Nach der Publikation des Zeitungsartikels verlor die New Zealand Venture noch weitere Geschäftspartner (E.anzeige, Rz 22). Die Rechtsfolge des Art. 156 OR wird nicht angewendet, wenn ein zwar treuwidriges Verhalten vorliegt, das auch grundsätzlich kausal ist, jedoch zusätzlich eine Ursache hinzutritt, die das gerügte Verhalten der Partei so stark überwiegt, sodass sie nach wertender Betrachtung als die alleinige Ursache betrachtet werden muss. In diesem Fall liegt eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs vor (GUTMANS, 133; BGE 130 III 182 E. 5.4).

36 Der Zeitungsartikel der New Zealand Herald (K-6) muss als zusätzliche Ursache für den Absprung weiterer Geschäftspartner aufgrund der Gesetzesänderung und der Hygieneprobleme beachtet werden. Dieser ist voller haltloser und tendenziöser Formulierungen die geeignet sind die Leser zu schockieren und zu verunsichern („Contaminated smoothies!!“; „- no, for

now you get filth and carcinogenic substances along with it, too!“ (K-6). Die Beendigung der Geschäftsbeziehung mit Larinof wird hierbei unzutreffenderweise als Folge der kontaminierten Smoothies dargestellt. Es lag nicht im Einflussbereich der Klägerin, die Publikation eines solchen Artikels zu beeinflussen oder gar zu verhindern.

- 37 Nach dem Gesagten haben die irreführenden Informationen des tendenziös formulierten Zeitungsartikels (K-6) den Verlauf des Kausalzusammenhangs wesentlich beeinflusst und unterbrochen, sodass das Verhalten der Klägerin rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint, sondern der Zeitungsartikel als Hauptursache für die Beendigung der Geschäftsbeziehungen mit weiteren Geschäftspartnern gesehen werden muss.

3. Fazit

- 38 Somit sind keine Voraussetzungen von Art. 156 OR gegeben, weil die Klägerin die MAC-Klausel als Suspensivbedingung nicht treuwidrig herbeigeführt hat. Folglich findet die Regel, nach der die Suspensivbedingung nicht eintritt, keine Anwendung, weshalb sich die Klägerin auf die MAC-Klausel berufen kann.

II Kaufpreisberechnung der restlichen 50% der Aktien

- 39 Bei der Kaufpreisberechnung der Aktientranchen i.S.v. Art. 6.7.3 ABV sind die negativen EBITDA zu berücksichtigen. Die Auslegung des Art. 6.8 ABV ergibt, dass die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen konnte und musste, dass sowohl positive als auch negative EBITDA bei der Berechnung berücksichtigt werden.

1. Berücksichtigung der negativen EBITDA bei Anwendung des ABV

- 40 Ein Aktionärbindungsvertrag unterliegt grundsätzlich den gleichen Auslegungsregeln wie andere Verträge (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, N 204; s. Rz 3).
- 41 Da im vorliegenden Fall die Klägerin von einer Preisberechnung mit Berücksichtigung der negativen EBITDA ausgeht und die Beklagte die negativen EBITDA mit Null veranschlagen will, kann nicht von einem tatsächlichen übereinstimmenden Willen ausgegangen werden, weshalb der mutmassliche Parteiwille (s. Rz 3) unter Zuhilfenahme des Wortlauts und der ergänzenden Auslegungsmittel wie Entstehungsgeschichte und parteilicher Interessenlänge zu eruieren ist (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN; Art. 18 N 389, N 391).

1.1 Wortlaut schliesst die Nichtberücksichtigung der negativen EBITDA nicht aus

- 42 In Art. 6.8 ABV steht, dass der Kaufpreis das "Fünffach[e] des durchschnittlichen EBITDA" beträgt. Aus dem Wortlaut geht klar hervor, dass für die Kaufpreisberechnung der EBITDA als

Kennzahl verwendet wird. In der Definition der EBITDA (Art. 2 ABV) wird nirgends ersichtlich, dass negative EBITDA nicht berücksichtigt werden sollen. Allein aus dem Wort EBITDA kann der Wille der Beklagten, die negativen EBITDA mit Null zu veranschlagen, nicht abgeleitet werden (s Rz 15).

1.2 Vertragsverhandlungen beinhalteten die negativen EBITDA

- 43 Unter dem Gesichtspunkt der Entstehungsgeschichte des Vertrages wird ersichtlich, dass die negativen EBITDA berücksichtigt werden. Die Präsentation zu den Vertragsverhandlungen des KV13 und ABV vom 31.12.2012 (K-5) zeigt, dass auch die Beklagte bei der Kaufpreisberechnung die negativen EBITDA mit einfließen lassen wollte. Bezüglich KV13 gibt dies die Beklagte auch zu (E.antwort, Rz 25). Dass die negativen EBITDA beim ABV nicht berücksichtigt werden sollten, kann nicht glaubhaft geltend gemacht werden, da beide Verträge am selben Tag abgeschlossen wurden. Aus der Präsentation (K-5) ist nicht ersichtlich, dass nur für die Kaufpreisberechnung vom KV 13 die negativen EBITDA berücksichtigt werden sollen. Hätte die Beklagte diese nicht berücksichtigen wollen, wäre es ihr offen gestanden, dies explizit im Vertrag zu regeln. Die Klägerin konnte daher nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass auch bei der Kaufpreisberechnung nach Art. 6.8 ABV die negativen EBITDA verwendet werden.
- 44 Das Argumentation der Beklagten, dass man sich wegen der sofortigen Übertragung der operativen Führung der VeganMarket AG absichern wollte und darum die negativen EBITDA mit Null zu ersetzen sind (E.antwort, Rz 6), verfängt nicht. Sie behauptet, die Klägerin habe es in der Hand gehabt, durch schlechtes Management den Kaufpreis zu beeinflussen. Die Beklagte verkennt jedoch, dass das Management nach wie vor mit Mitarbeitern der Beklagten besetzt war (Vfg. Nr. 2; Rz 10, 14). Es wurde zwar ein Kontrollwechsel durch die Mehrheitsbeteiligung im Verwaltungsrat bzw. Management vorgenommen, die Einflussnahme auf die Geschäftsführung blieb der Beklagten jedoch nicht gänzlich verwehrt (FEHR/BENKERT/POGGENSEE, 803).

1.3 Bei Ausschluss der negativen EBITDA resultiert eine Risikoumverteilung

- 45 Der ABV beinhaltet neben den Rechten und Pflichten der Aktionäre Put- und Call-Optionen. Solche Optionen werden zur Gleichstellung zwischen den Parteien vereinbart (MÜLLER/BIEDERMANN, 894). Die Einräumung von Kaufs- und Verkaufsrechten an Aktien aus einem Aktionärbindungsvertrag wird untechnisch als Put- und Call-Option bezeichnet (BÖCKLI/MORSCHER, 53). Kaufs- und Verkaufsrechte gelten nach der Rechtsprechung als einseitige Gestaltungsrechte (BGE 94 II 274 E. 2). Daraus resultiert, dass der optierte Vertrag

im Gegensatz zu Art. 1 Abs. 1 OR durch *einseitige* Willenserklärung zustande kommt (statt vieler GAUCH/SCHLUEP, N 487).

- 46 Vorliegend wurden Put- und Call-Optionen zur Gleichstellung der Parteien vereinbart, was bedeutet, dass nicht nur der Klägerin ein einseitiges Gestaltungsrecht zustand (sog. Call-Option), sondern es auch der Beklagten offenstand ihr Veräußerungsrecht (Put-Option) bei sinkenden Unternehmenswerten zu benutzen. Es bestand also eine Gleichstellung zwischen den Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses des Aktionärsbindungsvertrags.
- 47 Die Kaufverträge zur Übertragung der restlichen Aktientranchen an der VeganMarket AG kommen erst durch die Ausübung der Kaufs- bzw. Verkaufsrechte zustande und zeitgleich gehen Nutzen und Gefahr erst dann für die vertraglich festgelegten Aktientranchen über (Art. 185 Abs. 1 OR). Bis zur erstmaligen Ausübung des Kaufs- bzw. Verkaufsrechts sind beide Parteien zu 50% an der VeganMarket AG beteiligt und tragen bis dahin Nutzen und Gefahr an ihren jeweiligen Aktienpaketen.
- 48 Die Beklagte bringt hervor, dass es bereits bei Vertragsabschluss des ABV der übereinstimmende Wille der Parteien gewesen sei, negative EBITDA mit Null zu veranschlagen (E.antwort, Rz 6). Die Klägerin hätte damit bereits vorzeitig die Gefahr des Wertverlusts jener 50% der Aktien, die durch den KV 13 nicht auf die Klägerin übergangen, tragen müssen und somit in Kauf nehmen müssen, dass sie bei Ausübung des Kaufrechts u.U. einen höheren Kaufpreis bezahlen müsste, als das Unternehmen effektiv wert ist. Eine derartige Risikoverteilung kann nicht im Interesse der Parteien gelegen haben.
- 49 Die Beklagte behauptet, dass die Nichtberücksichtigung der negativen EBITDA dem Übergang der operativen Führung durch Vollzug des K V13 am 11.04.2014 geschuldet sei. Die Beklagte habe sich dadurch gegen die absichtliche Herbeiführung eines Wertverlustes durch die Klägerin zum Zwecke der Kaufpreismanipulation absichern wollen (E.antwort, Rz 6).
- 50 Dagegen ist Folgendes einzuwenden: Es stimmt zwar, dass die Klägerin rein theoretisch einen Manipulationsspielraum zur Wertminderung hätte; in Anbetracht der vorliegenden Situation wäre ein solches Vorhaben der Klägerin aber widersinnig. Das Risiko, durch schlechte Geschäftsführung einen kurzfristigen Unternehmenswertverlust zu verursachen, um dann das Kaufrecht zu einem möglichst tiefen Preis auszuüben, wäre für die Klägerin viel zu hoch gewesen, da sich ein selbst herbeigeführter Unternehmensverlust auch über längere Zeit hätte auswirken können. Dies kann und konnte nicht im Interesse der Klägerin liegen, da sie abgesehen von ihrer Käuferposition aus dem ABV auch Aktionärin mit einer 50%-Beteiligung an der VeganMarket AG aus dem KV 13 ist und sie sich so durch absichtliche Herbeiführung

eines Unternehmensverlustes erheblich selber schaden würde. Somit erscheint dieses Argument der Beklagten in Anbetracht der Doppelfunktion der Klägerin nicht stichhaltig.

51 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Kaufpreis der restlichen 50% Aktien nach Art. 6.8 i.V.m. Art. 2 ABV berechnet wird, wobei auf die letzten sechs Monate abzustellen und der negative EBITDA zu berücksichtigen ist. Das ergibt den von der Klägerin geforderten Kaufpreis von 1'875'000 CHF.

2. Eventualiter: Kaufpreisberechnung bei Anwendung des KV 14

52 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen, dass der KV 14 anwendbar ist, wird im Folgenden dargelegt, wie die Preisberechnung für die noch zu übertragenden 50% der Aktien an der VeganMarket AG zu erfolgen hat.

2.1 Rechtfertigung einer Kaufpreisminderung durch *clausula rebus sic stantibus*

53 Die *clausula rebus sic stantibus* (nachfolgend *clausula*) rechtfertigt die richterliche Durchbrechung des *pacta sunt servanda*-Prinzips und ermöglicht die Anpassung eines Vertrags. Dazu muss durch nicht voraussehbare Umstände, die sich nach dem Abschluss des Vertrages ergeben, zwischen Leistung und Gegenleistung ein derart offenes Missverhältnis eingetreten sein, dass das Beharren einer Partei auf dem Anspruch als missbräuchlich erscheint (BGer 4C.49/2004 E. 2.2; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 95).

54 Bei der MAC-Klausel handelt es sich um einen Ausfluss der *clausula* (SCHLEIFFER, 59). Eine Anpassung des Kaufpreises mittels der *clausula* ist unter anderem auch bei einem einmaligen Leistungsaustausch wie einem Unternehmenskaufvertrag möglich, wenn in der Zeitspanne zwischen Vertragsabschluss und Vollzug veränderte Umstände eintreten (VON SEGESSER, 28 f.; SCHÄRER/GROSS, 131). Selbst wenn die Voraussetzungen zur Ausübung der MAC-Klausel nicht gegeben sind, kann sich ein Käufer auf die *clausula* zur Anpassung des Kaufpreises berufen (SCHÄRER/GROSS, 134).

2.1.1 Seit Vertragsabschluss haben sich die Verhältnisse verändert

55 Es muss eine nachträgliche Veränderung der vertragserheblichen Verhältnisse gegeben sein (HUGUENIN, N 328). Vorliegend wurde der KV 14 am 01.10.2014 abgeschlossen. Kurz darauf wurde der Artikel in der New Zealand Herald veröffentlicht (16.10.2014, K-6), was zu einem massiven Gewinneinbruch der New Zealand Venture führte: Hatte der EBITDA jener Tochtergesellschaft beim Vertragsabschluss des KV 14 noch CHF 650'000 betragen, lag er bei Ausübung der MAC-Klausel durch die Klägerin am 12.12.2014 (B-2) bei minus CHF 50'000 und am 30. April 2015 bereits bei minus CHF 100'000 (E.anzeige, Rz. 25).

2.1.2 Verhältnisänderung führte zu einer gravierenden Äquivalenzstörung

- 56 Die Verhältnisänderung muss zu einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung führen (HUGUENIN, N 329). Nicht erforderlich ist, dass das Festhalten der einen Partei an ihrer Forderung eine wucherische Ausbeutung oder den wirtschaftlichen Ruin der anderen Partei bedeutet (BK OR-KRAMER, Art. 18 N 348).
- 57 Durch das verschlechterte Marktumfeld ist der Gewinn der New Zealand Venture und somit der VeganMarket AG innert weniger Monate so stark gesunken, dass eine Zahlung von CHF 2'687'500 für die 50% der Aktien an der VeganMarket AG nicht mehr äquivalent scheint.
- 58 Der Kaufpreis im KV 14 ergab sich aufgrund der gleichen Berechnungsformel, die auch schon im ABV verwendet wurde (Vfg. Nr. 2, Rz 13). Der negative EBITDA der African Venture von minus CHF 500'000 wurde bei der Kaufpreisberechnung im KV 14 nicht berücksichtigt, weil die Klägerin eine für beide Parteien akzeptable Lösung finden wollte (E-Mail vom 5.1.2015, B-3). Die grosszügige Konzession der Klägerin an die Beklagte durch Nichtbeachtung des negativen EBITDA der African Venture bezog sich nur auf die Situation der Kaufpreisverhandlungen des KV 14 und kann nicht allgemein auf die Zeit nach dem Vertragsabschluss ausgeweitet werden. Damals wurde nicht damit gerechnet, dass sich unmittelbar nach Vertragsabschluss der Geschäftsgang einer weiteren Tochtergesellschaft derart verschlechtern würde.
- 59 Bei Verwendung der aktuellsten Geschäftsergebnisse vom 30.04.2015 und Berücksichtigung der negativen EBITDA resultiert ein Kaufpreis von CHF 1'875'000. Dies stellt einen Wertverlust von über 30% im Vergleich zum Kaufpreis des KV 14 und somit eine gravierende Äquivalenzstörung dar.

2.1.3 Verhältnisänderung war nicht voraussehbar

- 60 Die veränderten Umstände, die zur gravierenden Äquivalenzstörung führten, dürfen beim Vertragsabschluss nicht vorhersehbar gewesen sein (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 101). Dabei ist zu prüfen, ob die benachteiligte Vertragspartei vernünftigerweise die Verhältnisänderung und deren Auswirkung auf das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung des eingegangenen Vertrages hätte vorhersehen müssen (BERGER, N 1177).
- 61 Die unter Rz 55 beschriebene Änderung der Verhältnisse war für die Klägerin nicht vorhersehbar. Die VeganMarket AG entwickelte sich unter der operativen Führung der Klägerin, die am 11.04.2013 auf sie übergegangen war, bis zur Verhältnisänderung konstant. Der Wert für 100% der Aktien gem. der Berechnungsformel des Art. 6.8 ABV betrug am 16.06.2014 CHF 3'600'000 und am 01.10.2014 CHF 3'800'000 und sank erst infolge der ver-

änderten Verhältnisse am 12.12.2014 auf CHF 3'100'000, was einem Verlust von über 22% gleichkommt. Aufgrund der anfänglich positiven Geschäftsentwicklung konnte die Klägerin also davon ausgehen, dass ihre operative Führung der VeganMarket AG der guten Geschäftsentwicklung zuträglich war und hatte keinen Grund, an ihrem Kurs etwas zu ändern.

- 62 Zudem konnte die Klägerin den Zeitungsartikel der New Zealand Herald (K-6) und die damit ausgelöste Beendigung mehrerer Geschäftsbeziehungen der New Zealand Venture nicht voraussehen. Die Klägerin konnte vernünftigerweise nicht damit rechnen, dass die Medienberichterstattung über den MEDSAFE-Bericht derart tendenziös und irreführend ausfallen und einen solch gravierenden Effekt auf die Geschäftsentwicklung der New Zealand Venture ausüben würde (s. Rz 36).

2.2 Kaufpreisberechnung bei Minderung durch clausula rebus sic stantibus

- 63 Sollte das Schiedsgericht den KV 14 anwenden, hat es diesen in Anwendung der clausula anzupassen, um den geänderten Verhältnissen Rechnung zu tragen und die Äquivalenzstörung zu beheben. Dabei bietet sich insbesondere die Minderung der Leistungspflicht der anrufenden Partei an (BK OR-KRAMER, Art. 18 N 353). Es stellt sich also die Frage, wie der Kaufpreis des KV 14 von CHF 2'687'500 gemindert wird. Zur bestmöglichen Beseitigung der Äquivalenzstörung drängt sich somit die Berücksichtigung der aktuellsten Geschäftsergebnisse vom 30.04.2015 mit den negativen EBITDA auf. Somit ist der Kaufpreis für die 50% der Aktien an der VeganMarket AG in Anwendung der clausula durch das Schiedsgericht auf CHF 1'875'000 zu reduzieren.

III Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Hauptklage

- 64 Die Beklagte verneint die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Klage der Klägerin (E.antwort, Rz 18 ff.). Unbestrittenermassen sind die objektive und subjektive Schiedsfähigkeit sowie formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung im KV 13 gegeben (BGer 4P.320/1994 E. A. c/aa; BERGER/KELLERHALS, N 343). Im Folgenden wird dargelegt, dass das angerufene Schiedsgericht zuständig ist für den Anspruch aus dem ABV auf Übertragung der restlichen 50% der Aktien an der VeganMarket AG. Der Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung des KV 13 kann auf den ABV ausgeweitet und die Streitbeilegungsinstanz des Schiedsgutachters übersprungen werden.

1. Ausdehnung der Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung auf den ABV

- 65 Zur Beantwortung der Frage, ob und inwieweit die Ansprüche aus einem Vertrag unter die Schiedsklausel eines anderen Vertrages fallen, muss die Schiedsvereinbarung ausgelegt wer-

den (HANOTIAU, 302). Schiedsvereinbarungen werden nach dem anwendbaren Recht ausgelegt (BORN, 1321). Dies ist vorliegend unbestrittenermassen schweizerisches Recht (Vfg. Nr. 1, Rz 11). Die Auslegung erfolgt gem. den allgemeinen privatrechtlichen Prinzipien der Vertragsauslegung (BGer 4A_390/2014 E. 3.3; s. Rz 3).

1.1 KV 13 und der ABV bilden ein vertragliches Ganzes

- 66 Bei der Auslegung sind besonders das Verhältnis zwischen den verschiedenen Verträgen und die Beweggründe der Parteien für das Eingehen der Verträge zu berücksichtigen (BERGER/KELLERHALS, N 514). Eine Ausweitung des Geltungsbereiches der Schiedsvereinbarung ist zulässig, wenn zwei Verträge so eng miteinander verbunden sind, dass sie ein vertragliches Ganzes (*ensemble contractuel unique*) bilden (HANOTIAU; 311, 329). Verträge gelten als miteinander verbunden, wenn sie nebeneinander bestehen und ein gemeinsames Ziel verfolgen sowie wenn sie aufeinanderfolgen und der eine zum Ziel oder zum Effekt hat den anderen zu konkretisieren, zu erweitern, zu beenden oder zu modifizieren (TRAIN, N 17).
- 67 Im vorliegenden Fall wird mit dem Abschluss des KV 13 und des ABV ein einziges, gemeinsames Ziel verfolgt, nämlich der vollständige Unternehmenskauf der VeganMarket AG. Dieser wird in zwei Verträge aufgeteilt, wobei der ABV zum Zweck des Übergangs der zweiten 50% der Aktien geschlossen wurde (Präambel lit. B KV 13). Es war nicht der Wille der Parteien, bloss 50% der Aktien an der VeganMarket AG mittels KV 13 oder nur drei Aktientranchen durch Optionsrechte aus dem ABV auf die Klägerin zu übertragen. Erst durch die Verknüpfung der beiden Verträge lässt sich das Ziel des Unternehmenskaufs verwirklichen.
- 68 Bei den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien handelt es sich folglich um eine einzige Geschäftsbeziehung (s. LÉBOULANGER, 52) und nicht um zwei getrennte, zeitlich nachfolgende Phasen, wie von der Beklagten fälschlicherweise behauptet (E.antwort, Rz 19). Für die Verbundenheit zweier Verträge sprechen auch formale Kriterien wie Verweise zwischen den Verträgen sowie das Datum der Vertragsunterzeichnung (LÉBOULANGER, S. 53). Die Verträge nehmen mehrmals ausdrücklich aufeinander Bezug (Präambel lit. B, Art. 2.2 Ziff. 2 KV 13; Präambel lit. D, Art. 27.1.1 ABV). Zudem verpflichteten sich die Parteien explizit zum Abschluss des ABV zur genaueren Regelung des Unternehmenskaufs (Art. 2.2 Ziff. 2 KV 13). Dass die Verträge am gleichen Datum eingegangen wurden, spricht ebenfalls für ihren engen Zusammenhang.
- 69 Nach dem Gesagten stellen die Verträge demnach ein *ensemble contractuel unique* dar.

1.2 Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung bezüglich Preisstreitigkeiten

- 70 Die Beklagte bestreitet die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche der Klägerin aus dem ABV mit dem Argument, dass der ABV ausser Kraft gesetzt sei und eine Gerichtsstandsklausel (Art. 27.8 ABV) enthalte (E.antwort; Rz 20, 23). Im Folgenden wird ausgeführt, dass der Anspruch der Klägerin auf Übertragung der 50% der Aktien aus ABV in den Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung fällt und die Gerichtsstandsklausel teilweise verdrängt wird.
- 71 Da der KV 13 und der ABV ein *ensemble contractuel unique* bilden, aber unterschiedliche Zuständigkeitsklauseln enthalten, müssen diese gem. dem Grundsatz von *favor negotii* unter Zuhilfenahme des Parteiwillens harmonisiert werden (BGer 4A_ 240/2012 E. 4.1). Bei der Auslegung der beiden Zuständigkeitsklauseln wird die Regeldichte der Klauseln, deren Wortlaut und die Tatsache, dass die Parteien es überhaupt für nötig hielten, die Streitbehebung privat zu regeln, beachtet (BGer 4A_ 240/2012 E. 3.2).
- 72 Im Folgenden wird dargelegt, dass die beiden Zuständigkeitsklauseln nicht die gleiche Materie regeln und darum durch den mutmasslichen Parteiwillen zu harmonisieren sind. Gem. dem Wortlaut der Gerichtsstandsklausel sind die Gerichte in Zug zuständig, wenn „keine andere Bestimmung dieses Vertrages vorgeht“ (Art. 27.8 ABV). Die Regelung lässt somit Raum für andere Streitbeilegungsverfahren. Da der KV 13 und der ABV ein vertragliches Ganzes bilden (s. Rz 66), kann die Schiedsvereinbarung des KV 13 der Gerichtsstandsklausel des ABV somit vorgehen, sodass auch Streitigkeiten aus dem ABV vor einem Schiedsgericht beurteilt werden können.
- 73 Gem. Art. 177 Abs. 1 IPRG können nur vermögensrechtliche Ansprüche Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein. Daraus folgt, dass potentielle nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten nicht vor dem Schiedsgericht ausgetragen werden können und einer alternativen Streitbeilegungsmethode bedürfen. Der ABV enthält als gemischtrechtlicher Vertrag nicht nur kaufrechtliche Elemente wie der KV 13 und KV 14 (s. FORSTMOSER/KÜCHLER, Rz 181; GERICKE/DALLA TORRE, 41 ff.), sondern auch Rechte und Pflichten der Aktionäre (s. Rz 45), die nicht zwangsläufig zu vermögensrechtlichen Streitigkeiten Anlass geben und somit aufgrund fehlender objektiver Schiedsfähigkeit nicht unter die Schiedsvereinbarung fallen können.
- 74 Folglich sind die Gerichtsstandsklausel und die Schiedsklausel dahingehend miteinander zu harmonisieren, dass nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten zwingend durch die ordentlichen Gerichte in Zug und vermögensrechtliche Streitigkeiten durch das Schiedsgericht zu beurteilen sind.

- 75 Auf einen möglichen Einwand der Beklagten, dass das Schiedsgericht auch „für Fälle, in denen keine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt“ zuständig ist (Art. 3.1 Ziff. 1 KV 13), muss erwidert werden, dass dieser Teilsatz der Schiedsklausel nicht mit Art. 177 Abs. 1 IPRG vereinbar ist. Diese Bestimmung führt nicht zur Ungültigkeit der gesamten Schiedsvereinbarung (BERGER/KELLERHALS, N 493), sondern stellt eine pathologische Klausel dar, die i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR nicht beachtet wird.
- 76 Aufgrund der kürzeren Verfahrensdauer eignet sich ein Schiedsverfahren ausserdem besser zur Beurteilung von Vertragsvollzugsverfahren im M&A-Bereich als staatliche Gerichte, weil sich in diesen Rechtsbereichen lange Verfahren ökonomisch nachteilig auswirken und die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Übernahme und Integration der Zielgesellschaft vermindern können (SCHÄRER/GROSS, S. 118 f.). Deshalb kann ein langes Gerichtsverfahren vorliegend nicht Wille der Parteien gewesen sein, was sich auch darin zeigt, dass die Parteien den KV 14 geschlossen haben, um endlich den Unternehmensverkauf zu vervollständigen.
- 77 Nach dem Gesagten ist das Schiedsgericht zur Beurteilung von Preisstreitigkeiten zuständig.

2. Klägerin muss nicht den Schiedsgutachter anrufen

- 78 Die Beklagte argumentiert, dass zur Beurteilung von Preisstreitigkeiten vorgängig der Schiedsgutachter zuständig sei und deshalb das Schiedsgericht nicht angerufen werden könne (E.antwort, Rz 21 f.). Nachfolgend wird dies widerlegt.
- 79 Haben die Parteien eine Schiedsgutachtervereinbarung geschlossen, übernimmt der Schiedsgutachter bei Streitigkeiten die Streitschlichtung mit bindender Wirkung für beide Parteien (KÖNIG, §13 N 12). Die Pflicht zur Anrufung des Schiedsgutachters entfällt jedoch bei Verweigerung des Schiedsgutachterverfahrens durch die andere Partei (SCHWAB/WALTER, Kap. 2 Rz 8).
- 80 Im ABV vereinbarten die Parteien die Anrufung eines Schiedsgutachters für die Beilegung von Preisstreitigkeiten (Art. 6.9.1 ABV). Weil sich die Parteien über den Preis der Optionsaktien des ABV nicht einigen konnten, verlangte die Klägerin die Einsetzung eines Schiedsgutachters (E-Mail vom 23.01.2015; K-7, B-4). Indem die Beklagte diesen Vorschlag ablehnte (E-Mail vom 26.01.2015, B-4), verzichtete sie auf den Schiedsgutachter, weshalb die Klägerin somit direkt an das Schiedsgericht gelangen kann.
- 81 Auch im Schiedsverfahren sind die Parteien an Treu und Glauben gebunden (BSK ZGB I- HONSELL, Art. 2 Abs. 2 N 54). Ein Verstoss dagegen liegt dann vor, wenn zwei Verhaltensweisen miteinander unvereinbar sind (BSK ZGB I- HONSELL, Art. 2 Abs. 2 N 44).
- 82 Indem die Beklagte die Anrufung eines Schiedsgutachters als notwendige Streitbeilegungsinstanz voraussetzt und gestützt darauf dem Schiedsgericht die Zuständigkeit abspricht

(E.antwort, Rz 21 f.), obwohl sie zuvor ein Schiedsgutachterverfahren verweigerte (E-Mail vom 26.01.2015, B-4), verhält sie sich widersprüchlich und verstösst somit gegen Treu und Glauben. Somit hat die Klägerin das Recht, die Streitbeilegung durch den Schiedsgutachter zu überspringen und direkt ans Schiedsgericht zu gelangen.

3. Fazit

- 83 Nach dem Gesagten ist das Schiedsgericht für die Beurteilung der Klage auf Übertragung der restlichen 50% der Aktien an der VeganMarket AG gestützt auf den ABV zuständig.

IV Unzuständigkeit des Schiedsgericht für die Widerklage

- 84 Das durch die Beklagte angerufene Schiedsgericht ist nicht zuständig für die Beurteilung der Widerklage (E.antwort, Rz 24 f.). Die Auslegung der Schiedsvereinbarung (Art. 11.1 KV 14) wird zeigen, dass sich die Beklagte nicht auf die Schiedsvereinbarung aus dem nicht rechtswirksamen KV 14 stützen kann. Die Zuständigkeit kann überdies auch nicht begründet werden, wenn man von einem rechtswirksamen Vertrag ausgeht.

1. Beklagte kann sich nicht auf die Schiedsvereinbarung des KV 14 stützen

- 85 Weil sich die Parteien bezüglich der Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung bei Unwirksamkeit des KV 14 uneinig sind, besteht kein tatsächlicher Wille hierüber, weshalb der mutmassliche Wille eruiert werden muss.
- 86 Die Doktrin der Separabilität besagt, dass wenn der Hauptvertrag ungültig oder nichtig ist, die Schiedsvereinbarung nicht *ipso iure* dessen Schicksal teilen soll (Swiss Rules-BERGER, Art. 21 N10). Gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehen anderslautende Parteiabreden diesem Prinzip jedoch vor (BGE 121 III 495 E. 5; GIRSBERGER/VOSER, N 407). Demzufolge können die Parteien vereinbaren, dass die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung von der Wirksamkeit des Hauptvertrages abhängt (POUDRET/BESSON, N 164). Das Schiedsgericht muss in solch einem Fall seine Zuständigkeit verneinen, sobald es den Hauptvertrag für ungültig oder unwirksam befindet (GIRSBERGER/VOSER, N 407). Wie anschliessend durch Auslegung der Schiedsvereinbarung gezeigt wird, besteht vorliegend ein solcher anderslautender Parteiwille. Zu den Auslegungsgrundsätzen von Schiedsvereinbarungen wird auf die Ausführungen in Rz 3 verwiesen.
- 87 Fraglich ist, ob die Parteien die Beurteilung der Rechtswirksamkeit des Vertrages dem Schiedsgericht zusprechen wollten. Üblicherweise legen die Parteien alle Streitigkeiten, die sich aus dem Vertrag ergeben könnten, in der Schiedsvereinbarung fest und unterstellen diese so der Schiedsgerichtsbarkeit (MAYER, 263).

- 88 Vom Wortlaut der Schiedsklausel (Art. 11.1 KV 14) werden nur Streitigkeiten über „dessen Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Auflösung“ erfasst. Streitigkeiten über die Rechtswirksamkeit des Vertrages werden somit nicht berücksichtigt, was eine Kompetenz des Schiedsgerichts zur Beurteilung dieser Frage zweifelhaft erscheinen lässt. Hätten die Parteien die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gewollt, hätten sie die Rechtswirksamkeit in der Schiedsklausel explizit erwähnt, gerade weil sie sich mit der Ungewissheit des Bedingungseintritts der MAC-Klausel konfrontiert sahen und mit einer daraus resultierenden Streitigkeit rechnen mussten.
- 89 Zur schlüssigen Klärung der Frage, ob das Schiedsgericht zuständig ist, sind nachfolgend hauptsächlich die systematische Stellung der Schiedsklausel im KV 14 und der Vertragszweck zu berücksichtigen.
- 90 Die Stellung der Schiedsklausel im KV 14 wurde von den Parteien bewusst gewählt. Die Parteien positionierten die Schiedsvereinbarung (Art. 11.1 KV 14) vor der Inkrafttretensbestimmung (Art. 11.7 KV 14), weil sie die Rechtswirksamkeit der Schiedsvereinbarung zusammen mit den restlichen Vertragsbestimmungen vom Bedingungseintritt der MAC-Klausel (Art. 10.2 (c)) abhängig machen wollten. Daraus folgt, dass sich der ganze Vertrag inkl. Schiedsvereinbarung nach der Vertragsunterzeichnung am 01.10.2014 bis zum Bedingungseintritt am 12.12.2014 im Schwebezustand befand (s. Rz 12).
- 91 Somit regelt die Inkrafttretensbestimmung (Art. 11.7 KV 14) die Rechtswirksamkeit des KV 14 einschliesslich der Schiedsvereinbarung gesamthaft. Der KV 14 ist nicht rechtswirksam in Kraft getreten (s. Rz 18), weshalb auch die Schiedsvereinbarung nie Rechtswirksamkeit erlangt hat.
- 92 Der Wille der Parteien, dies im KV 14 spezifisch so zu regeln, äussert sich zudem darin, dass im ABV im Gegensatz zum KV 14 die Zuständigkeitsklausel (Art. 27.8) systematisch nach der Inkrafttretensbestimmung (Art. 27.1) platziert ist. Gem. Parteiwille sollte der KV 14 folglich *als Ganzes* nicht in Kraft treten, bevor der ABV, der unbestrittenermassen als einziger Vertrag Bestimmungen zur Regelung der Joint-Venture-Phase enthält, ausser Kraft gesetzt würde. Da es aufgrund der Ausübung der MAC-Klausel nie zum Vertragsvollzug kam, trat der KV 14 inkl. Schiedsvereinbarung nie in Kraft und entfaltete keine Rechtswirkungen.
- 93 Sinn und Zweck der Koppelung der Rechtswirksamkeit der Schiedsvereinbarung an die Rechtswirksamkeit des KV 14 war dessen komplette Loslösung vom Vertragsgefüge des KV 13 und ABV. Es war der Wille der Parteien, den KV 14 als neue Vereinbarung materiell sowie prozessual eigenständig auszugestalten. Im Falle des Nichtinkrafttretens des Vertrages

sollte somit auch allfälligen prozessualen Streitigkeiten die vertragliche Grundlage entzogen werden.

- 94 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Beklagte keine Ansprüche gestützt auf den KV 14 geltend machen kann, weil dieser nicht rechtswirksam ist. Daraus folgt, dass das Schiedsgericht für eine auf KV 14 gestützte Widerklage nicht zuständig ist, weil es an einer rechtswirksamen Schiedsvereinbarung fehlt.

2. Eventualiter: Unzuständigkeit auch bei Rechtswirksamkeit des KV 14

- 95 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten die Rechtswirksamkeit des KV 14 bejahen, wird im Folgenden ausgeführt, dass das angerufene Schiedsgericht auch in diesem Fall für die Beurteilung der Widerklage unzuständig ist.

2.1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist nicht eindeutig gegeben

- 96 Weder die *lex arbitrii* (vorliegend das 12. Kapitel des IPRG), noch die gewählte Schiedsordnung (Swiss Rules) enthalten explizite Vorschriften über die Zuständigkeit zur Beurteilung von Widerklagen (Swiss Rules-BERGER/PFISTERER, N 35). Nur wenn die Beurteilung von Hauptklage und Widerklage durch die gleiche Schiedsvereinbarung geregelt wird, ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts eindeutig gegeben (KELLERHALS/BERGER, Widerklage und Verrechnung, 220).
- 97 Dies ist nur dann der Fall, wenn sich der Widerklageanspruch auf den gleichen Vertrag wie die Hauptklage stützt (KOLLER, 245). Im vorliegenden Fall stützt sich die Beurteilung der Hauptklage und der Widerklage nicht auf die gleiche Schiedsvereinbarung, weil sich die Klagen auf unterschiedliche Verträge stützen.

- 98 Daraus folgt, dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage nicht eindeutig ist.

2.2 Identischer Wortlaut der Schiedsvereinbarung ist unbeachtlich

- 99 Da das Schiedsgericht im vorliegenden Fall nicht eindeutig zuständig ist für die Widerklage, muss zur Klärung der Zuständigkeitsfrage auf den Willen der Parteien abgestellt werden (KELLERHALS/BERGER, Widerklage und Verrechnung, 220).
- 100 Die Beklagte argumentiert, dass die Schiedsklauseln des KV 13 und KV 14 dem Wortlaut nach identisch sind und deshalb das von der Klägerin angerufene Schiedsgericht auch für die Widerklage zuständig ist (E.antwort, Rz 25). Sie verkennt dabei, dass auch bei inhaltlich gleichlautenden Schiedsklauseln nur durch Auslegung des Parteiwillens festgestellt werden kann, ob das durch die Hauptklage angerufene Schiedsgericht auch zur Beurteilung der Widerklage zuständig ist (IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 79).

- 101 Enthält ein Vertrag, der einen früheren ersetzen soll, eine eigene Schiedsvereinbarung, gilt die Vermutung, dass die Parteien auch die prozessualen Vorschriften des alten Vertrags durch jene des neuen Vertrags ersetzen wollten (BGE 121 III 495 E. 5a).
- 102 Hervorgehoben werden muss, dass der KV 14 zeitlich nach dem Vertragsgefüge des KV 13 und ABV abgeschlossen wurde, um die Kaufpreisstreitigkeiten, die aufgrund des ABV aufgetreten waren, zu bereinigen (E.antwort, Rz 4). Der KV 14 stellt somit einen vom Vertragsgefüge des KV 13 und ABV *losgelösten* Vertrag dar.
- 103 Aus der Aufnahme einer eigenen Schiedsvereinbarung im KV 14 kann die Intention der Parteien abgeleitet werden, Widerklageansprüche aus dem Vertragsverhältnis des KV 14 einerseits und dem Vertragsgefüge des KV 13 und ABV andererseits nicht in ein und demselben Schiedsverfahren geltend zu machen.
- 104 Aus dem Gesagten folgt, dass die Beklagte trotz des identischen Wortlauts der Schiedsvereinbarungen nicht folgern kann, dass das im vorliegenden Verfahren angerufene Schiedsgericht zur Beurteilung von Widerklageansprüchen aus dem KV 14 zuständig ist, weil die im KV 14 vereinbarte Schiedsvereinbarung nur für Ansprüche aus *diesem* Vertrag Geltung haben soll.
- 105 Ausserdem verhält sich die Beklagte widersprüchlich, indem sie zuerst den KV 13 als ein in sich geschlossenes Geschäft bezeichnet (E.antwort, Rz 19), dann aber aus dem identischen Wortlaut der Schiedsklauseln ableiten möchte, dass das angerufene Schiedsgericht auch für die Widerklage zuständig sei (E.antwort, Rz 25).

2.3 Fazit

- 106 Das Schiedsgericht ist zur Beurteilung der Widerklage der Beklagten sowohl bei Nichtwirksamkeit, als auch bei Wirksamkeit des KV 14 aufgrund des dargelegten Parteiwillens im eingeleiteten Schiedsverfahren nicht zuständig.

V Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen

- 107 Aus all diesen Gründen ersuchen wir Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 4