

Moot Court Team 7

Josephine Gassner
Aurèle Bertrand
Fabian Schredt
Tobias Beck

EINSCHREIBEN
Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Selnaustrasse 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/Widerbeklagte

vertreten durch Moot Court Team 7

gegen

Greengarden AG

Steinhofstrasse 34, 8004 Zürich, Schweiz

Beklagte/Widerklägerin

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrte Frau Vorsitzende
Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

Rechtsbegehren

„1. Auf die Widerklage sei nicht einzutreten;

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, 50'000 Namenaktien der Vegan Market AG mit dem Nominalwert von CHF 1.00 pro Aktie gegen die Bezahlung von CHF 1'875'000.00 an die Klägerin gemäss dem Aktionärbindungsvertrag vom 11. April 2013 zu übertragen;

eventualiter:

3. Die Beklagte sei zu verpflichten, 50'000 Namenaktien der Vegan Market AG mit dem Nominalwert von CHF 1.00 pro Aktie gegen die Bezahlung von CHF 2'192'434.00 an die Klägerin gemäss dem Kaufvertrag vom 01.10.2014 zu übertragen;

4. Alles unter Kosten- Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.“

I. Inhaltsverzeichnis

I. Inhaltsverzeichnis	III
II. Literaturverzeichnis	V
III. Entscheidverzeichnis	XII
IV. Abkürzungsverzeichnis	XVII
1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Hauptklage	1
1.1. Zuständigkeit auf Grundlage der Schiedsklausel im KV 2013	1
1.1.1. Objektive Tragweite der Schiedsklausel im KV 2013	1
a) <i>Auslegung nach dem übereinstimmenden Parteiwillen</i>	2
b) <i>Auslegung nach dem Vertrauensprinzip</i>	3
aa) <i>Umfassende Anwendbarkeit der Schiedsklausel im KV 2013</i>	3
bb) <i>Irrelevanz der Gerichtsstandsklausel im ABV</i>	5
1.1.2. Formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsklausel	6
1.2. <i>Eventualiter: Zuständigkeit direkt aus dem ABV</i>	6
2. Einrede Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Widerklage	7
2.1. Vorliegen von Litispendenz	7
2.2. <i>Eventualiter: Nicht im Rahmen der Widerklage</i>	7
3. Anwendbarkeit des ABV für die Preisberechnung	8
3.1. Beurteilung der Gültigkeit des KV 2014	8
3.1.1. Die Vollzugsvoraussetzungen im KV 2014	8
a.) <i>Die Bedingungen</i>	8
b.) <i>Vollzugsbedingungen in Unternehmenskaufverträgen</i>	9
c.) <i>Unterteilung nach der Art des Bedingungseintritts</i>	9
3.1.2. Die Kündigung des Geschäftsführers der AmV insbesondere	9
3.1.3. Die MAC-Klausel insbesondere	10
a) <i>Definition einer MAC-Klausel</i>	10
b) <i>Vorliegen des Material Adverse Change</i>	10
c) <i>Eventualiter: Rücktrittserklärung gemäss Ziff. 10.2 lit. c des KV 2014</i>	11
d) <i>Ausgestaltung als Suspensivbedingung</i>	12
e) <i>Eventualiter: Ausgestaltung als Resolutivbedingung</i>	13
f) <i>Ausgestaltung als negative Bedingung</i>	13
g) <i>Keine treuwidrige Herbeiführung i.S.v. Art. 156 OR</i>	14
aa) <i>Treuwidriges Verhalten</i>	14

bb) Kausalzusammenhang	15
3.1.4. Wegbedingung von Art. 185 OR	16
3.1.5. Zwischenfazit.....	17
3.2. Preisberechnung nach ABV	17
4. <i>Eventualiter</i> : Anspruch der Klägerin auf Minderung nach Art. 197 ff. OR.....	18
V. Antrag auf Stattgebung der Rechtsbegehren	20
VI. Anhang 1: Berechnung des effektiven Wertes der VM AG bei Abschluss des KV 2014	XIX
VII. Anhang 2: Berechnung der Preisminderung im Rahmen des KV 2014	XX

II. Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015

(zit.: BERGER/KELLERHALS, Arbitration, Rz. [...])

Rz. [23, 44]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006

(zit.: BERGER/KELLERHALS, Rz. [...])

Rz. [6, 7, 18]

BÖCKLI PETER, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Mergers & Acquisitions, Europa Institut Zürich, Bd. 24, Tschäni Rudolf (Hrsg.), Zürich 1998, S. 59 ff.

(zit.: BÖCKLI, S. [...])

Rz. [117]

BUCHER ANDREAS (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Basel 2011

(zit.: IPRG CR-BEARBEITER, Art. [...] N[...])

Rz. [18]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988

(zit.: BUCHER, S. [...])

Rz. [49, 55, 56,83]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988

(zit.: BUCHER, BT, S. [...])

Rz. [117]

- BUCK HANS, Zur Lehre vom suspensiven Schwebезustand, insbesondere bei bedingtem Vermächtnis, Diss., Zürich 1931
(zit.: BUCK, S. [...])
Rz. [95, 102]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
(zit.: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. [...])
Rz. [55, 56,85]
- GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International arbitration in Switzerland, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
(zit.: GIRSBERGER/VOSER, S. [...])
Rz. [21]
- GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St.Gallen 2014
(zit.: GÖKSU, Rz.[...])
Rz. [18, 36]
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN N., Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000
(zit.: GUHL/KOLLER, § [...] Rz. [...])
Rz. [49, 55, 77]
- GUTMANS ALEXANDER, Die Regel der „Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion“ im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A, Privatrecht, Bd. 32, Diss. Basel 1995
(zit.: GUTMANS, S. [...])
Rz. [57, 81, 92, 95, 99, 101, 102 91, 94, 98, 100, 101]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl.,
Zürich/Basel/Genf 2014

(zit.: HUGUENIN, Rz. [...])

Rz. [7, 8, 11, 17, 50, 55, 56, 64, 104, 113, 118, 124, 126, 128]

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

(zit.: BSK IPRG-BEARBEITER, Art. [...] N [...])

Rz. [1, 5, 6, 21, 27, 29, 32, 34, 40]

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, Art. [...] N [...])

Rz. [50, 61, 64, 75, 89, 91, 95, 113, 116, 118, 124, 128]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht,
Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4.
Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014

(zit.: ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N [...])

Rz. [8, 11, 17]

KUNZ PETER V., Schweizer Wirtschaftsrecht im 21. Jahrhundert: Ausblick(e) zwischen
Hoffen und Bangen, in: AJP/PJA 3/2015, S. 411 ff.

(zit.: KUNZ, S. [...])

Rz. [12]

MCGUIRE MARY-ROSE, Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäi-
schen Prozessrecht, Tübingen 2004

(zit.: MCGUIRE, S. [...])

Rz. [40]

- MÜLLER CHRISTOPH, *International Arbitration, A Guide to the Complete Swiss Case Law (Unreported and Reported)*, Zürich/Basel/Genf 2004
(zit.: MÜLLER, S. [...])
Rz. [1, 6, 15]
- MÜLLER MARTIN LUKAS, *Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts*, in: *St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht*, Bd. 49, St. Gallen 1997
(zit.: MÜLLER, *Zuständigkeit*, S. [...])
Rz. [38]
- PETER HANSJÖRG, *Das bedingte Geschäft, Seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht*, Habil. Bern, Zürich 1994
(zit.: PETER, S. [...])
Rz. [49, 81]
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, *Comparative Law of International Arbitration*, 2. Aufl., Biggleswade 2007
(zit.: POUDRET/BESSON, Rz. [...])
Rz. [18]
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1993
(zit.: RÜEDE/HADENFELDT, S. [...])
Rz. [15]
- SCHÄRER HEINZ/GROSS BALZ, *Pacta sunt servanda – von der Realerfüllung des Unternehmenskaufvertrags und deren prozessualer Durchsetzung*, in: *Mergers & Acquisitions XVI*, Europa Institut Zürich, Bd. 148, Rudolf Tschäni (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2014, S. 115 ff.
(zit.: SCHÄRER/GROSS, S. [...])
Rz. [52, 58, 72]

SCHLEIFFER PATRICK, No Material Adverse Change, in: Mergers & Acquisitions VI, Europa
Institut Zürich, Bd. 48, Rudolf Tschäni (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, S. 53 ff.

(zit.: SCHLEIFFER, S. [...])

Rz. [54, 72, 74, 75, 77, 80, 81, 85, 115]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl.,
Bern 2012

(zit.: SCHWENZER, Rz. [...])

Rz. [56, 81, 84]

STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz,
Zürich/St.Gallen 2015

(zit.: STACHER, Rz. [...])

Rz. [1]

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizeri-
sche Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013

(zit.: BSK ZPO-BEARBEITER Art. [...] N [...])

Rz. [38]

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012

(zit.: SUTTER-SOMM, Rz. [...])

Rz. [38, 40]

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5. Auflage, Genf, Zürich, Ba-
sel 2012

(zit.: TERCIER/PICHONNAZ, Rz. [...])

Rz. [61]

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1- 529
CO, 2. Aufl., Basel 2012

(zit.: CR CO I-BEARBEITER, Art. [...] N [...])

Rz. [64]

TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer
Recht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
(zit.: TSCHÄNI/DIEM/WOLF, Kap. [...] Rz. [...])
Rz. [52, 54, 104]

TSCHÄNI RUDOLF/ FREY HAROLD/ MÜLLER DOMINIQUE, Streitigkeiten aus M&A-
Transaktionen, Zürich/Basel/Genf 2013
(zit.: TSCHÄNI/FREY/MÜLLER, Rz. [...])
Rz. [54]

VISCHER MARKUS, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, in: SJZ 101, Nr. 10, 2005,
S. 233 ff.
(zit.: VISCHER, SJZ, S. [...])
Rz. [117]

VISCHER MARKUS, Schadloshaltungsklausel in Mandatsverträgen fiduziarischer
Verwaltungsräte, in: AJP 2003, S. 491 ff.
(zit.: VISCHER, S. [...])
Rz. [88]

VON THUR ANDREAS (Hrsg.)/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen
Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974
(zit.: VON THUR/ESCHER, S. [...])
Rz. [90]

WATTER ROLF/WIESER CHARLOTTE, Gedanken zur Minderwert- und Schadensberechnung bei
Unternehmenskaufverträgen, in: M&A Recht und Wirtschaft in der Praxis, Oertle
Matthias et al. (Hrsg.), Zürich/St.Gallen 2010, S. 150 ff.
(zit.: WATTER/WIESER, S. [...])
Rz. [120]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/PHILIPP HABEGGER (Hrsg.), Swiss Rules of
International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
(zit.: Swiss Rules-BEARBEITER, Art. [...] N [...])
Rz. [44]

III. Entscheidverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
12. Februar 1946
BGE 72 II 29
[Rz. 91]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. Mai 1969
BGE 95 II 119
[Rz. 113]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
07. Juni 1988
BGE 114 II 131
[Rz. 83]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. März 1990
BGE 116 Ia 56
[Rz. 15, 36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 1996
BGE 123 III 165
[Rz. 17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
04. Februar 1997
BGE 123 III 110
[Rz. 99]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
17. Dezember 2002
BGE 129 III 276
[Rz. 11]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
08. Juli 2003
BGE 129 III 675
[Rz. 15]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
23. September 2003
BGE 129 III 702
[Rz. 11]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 2003
BGE 130 III 66
[Rz. 27]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
14. Dezember 2004
BGer 5C.192/2004
[Rz. 88]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
29. Dezember 2004
BGer 4C.278/2004
[Rz. 92]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. Dezember 2005
BGer 4C.281/2005
[Rz. 89, 91, 99]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. Juni 2006
BGE 132 III 626
[Rz. 64]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
05. September 2006
BGE 132 III 737
[Rz. 66]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. Oktober 2006
BGE 133 III 61
[Rz. 64]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
06. Juni 2007
BGE 133 III 406
[Rz. 17]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
07. Juni 2007
BGer 5C_289/2006
[Rz. 38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
08. Februar 2010
BGer 4A_601/2009
[Rz. 124]

Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. Oktober 2010
BGer 2C_834/2009
[Rz. 101]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
05. Mai 2011
BGer 4A_144/2011
[Rz. 91]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. September 2011
BGer 4A_103/2011
[Rz. 18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
07. November 2011
BGE 138 III 29
[Rz. 15, 34]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. November 2011
BGer 4A_246/2011
[Rz. 27]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Dezember 2011
BGer 4A_409/2011
[Rz. 8, 11]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
06. August 2012
BGE 138 III 681
[Rz. 21]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. Mai 2012
BGE 138 III 570
[Rz. 40]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

17. Januar 2013

BGer 4A_244/2012

[Rz. 7, 9]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

19. Februar 2014

BGer 4A_449/2013

[Rz. 92]

Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom

08. Dezember 1987

EuGH 144/86 (Gubisch Maschinenfabrik KG gegen Giulio Palumbo)

[Rz. 40]

IV. Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ABV	Aktionärbindungsvertrag
AfV	African Venture
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AmV	American Venture
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung und unveröffentlichte Entscheidungen)
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
CO	Code des obligations = OR
CR	Commentaire romand
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
E.antwort	Einleitungsantwort der Beklagten
E.anzeige	Einleitungsanzeige der Klägerin
EBITDA	Earnings before interests, taxes, depreciation and amortization
et al.	und andere
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
Kap.	Kapitel
KV	Kaufvertrag
lit.	litera
LugÜ	Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.12)
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
M&A	Mergers and Acquisitions
MAC	Material Adverse Change
N	Note(n)
Nr.	Nummer
NZV	New Zealand Venture
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
TNZH	The New Zealand Herald
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
VM AG	Vegan Market Aktiengesellschaft
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Hauptklage

1 Entgegen dem Vorbringen der Beklagten in ihrer E.antwort ist das Schiedsgericht für die
Beurteilung der Hauptklage zuständig. Damit die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts bejaht
werden kann, muss die Schiedsvereinbarung sowohl formell als auch materiell gültig sein und
die Streitsache im Rahmen der Schiedsvereinbarung liegen (BSK IPRG-
SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 54; MÜLLER, S. 116; STACHER, Rz. 57 f.).

2 Diese Voraussetzungen sind für die Hauptklage gestützt auf die Schiedsklausel in Ziff. 3.1
des KV 2013 [K-1] richtigerweise gegeben (s. Rz. 4 ff.).

3 Weiter lässt sich die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ungeachtet der Auffassung der
Beklagten in Ziff. 20-23 der E.antwort auch direkt aus dem ABV [K-2] ableiten (s. Rz. 33).

1.1. Zuständigkeit auf Grundlage der Schiedsklausel im KV 2013

4 Die Beklagte macht in Ziff. 19 der E.antwort geltend, die Klägerin könne sich nicht auf die
Schiedsklausel im KV 2013 stützen, da der KV 2013 ein in sich geschlossenes Geschäft
darstelle. Die Beklagte vertritt die irrige Auffassung, die klägerischen Ansprüche seien von
der Schiedsklausel im KV 2013 nicht gedeckt, weil kein ausreichender Konnex bestehe.

5 Aus diesem Grund wird zunächst dargelegt, dass die Hauptklage von der objektiven
Tragweite der Schiedsklausel im KV 2013 erfasst wird (s. Rz. 6 ff.). Die subjektive Tragweite
ist i.c. unstrittig (vgl. hierzu BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 62). Auch das
Vorliegen und die Wirksamkeit der Schiedsklausel im KV 2013 ist klar zu bejahen und wurde
von der Beklagten auch nicht bestritten.

1.1.1. Objektive Tragweite der Schiedsklausel im KV 2013

6 Im Rahmen der Ermittlung der objektiven Tragweite ist zu prüfen, ob die klägerischen
Ansprüche von der Schiedsvereinbarung im KV 2013 erfasst werden (BSK IPRG-
SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 74; s. auch MÜLLER, S. 38, 117). Schliessen die Parteien
mehrere Verträge ab, von denen nicht jeder einzelne eine Schiedsklausel enthält, ist anhand
der Verhältnisse zwischen den verschiedenen Verträgen zu prüfen, welche Ansprüche von der
Schiedsvereinbarung umfasst werden (BERGER/KELLERHALS, Rz. 474).

7 Die konkrete Tragweite ist dabei durch Auslegung zu ermitteln. Primär ist dabei gemäss Art.
18 Abs. 1 OR auf den übereinstimmenden Willen abzustellen. Lässt sich ein solcher nicht
feststellen, ist die Schiedsklausel im KV 2013 nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h.
der mutmassliche bzw. hypothetische Parteiwillen ist so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen
Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste
(BERGER/KELLERHALS, N 474; HUGUENIN, Rz. 282; BGer 4A_246/2011 E. 2.2.3 und BGer
4A_244/2012 E. 4.2 je m.w.N).

a) *Auslegung nach dem übereinstimmenden Parteiwillen*

- 8 Bei der Ermittlung des tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillens ist der von den Parteien dem Erklärten subjektiv beigelegten Sinn mittels einer retrospektiven Betrachtung des gesamten Vertragskomplexes zu rekonstruieren (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 314; HUGUENIN, Rz. 282 f.; BGer 4A_409/2011 E. 3.2.1).
- 9 Aus der im KV 2013 sowie im KV 2014 [B-1] gleichlautenden Schiedsvereinbarung ist nämlich, trotz Unwirksamkeit des KV 2014, ein klarer Wille der Parteien ersichtlich, jegliche Streitigkeiten betreffend der Übertragung der Aktien der VM AG einem Schiedsgericht zu unterstellen. Der Wille der Parteien eine private Institution verbindlich über allfällige Streitigkeiten entscheiden zu lassen, ergibt sich zudem auch hinreichend aus Ziff. 6.9.1. des ABV, wonach ein „Schiedsgutachter“ bei Uneinigkeit über die Preisberechnung zu entscheiden hat (vgl. BGer 4A_244/2012). Die Klägerin stützt sich zur Geltendmachung ihrer Ansprüche aus dem ABV richtigerweise auf die Schiedsklausel im KV 2013.
- 10 Hieran ändert auch die im ABV enthaltene Gerichtsstandsklausel nichts, wie die Beklagte in der E.antwort unter Ziff. 20 rechtsirrigerweise annimmt.
- 11 Bei der Ermittlung des Parteiwillens ist selbst bei ausdrücklichen Erklärungen primär der stillschweigend erklärte wirkliche Wille zu ermitteln (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 470; BGE 129 III 702 E. 2.4.1). Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist nach dem wirklichen Parteiwillen auszulegen und nicht auf eine irrtümlich verwendete unrichtige Bezeichnung oder eine leere Floskel abzustellen (HUGUENIN, Rz. 288; BGE 129 III 276 E. 2.3). Die Auslegung darf im Ergebnis auch zu einer Umdeutung einer ungenauen bzw. falschen Bezeichnung führen (HUGUENIN, Rz. 278; BGer 4A_409/2011 E. 3.2.1).
- 12 Folglich schadet die Gerichtsstandsklausel im ABV dem in Rz. 9 festgestellten Auslegungsergebnis nicht, da der wirkliche Wille der Parteien, ein Schiedsgericht über allfällige Streitigkeiten entscheiden zu lassen, massgebend ist und nicht eine irrtümlich verwendete Klausel, wie die Gerichtsstandsklausel. Da vorliegend ein klarer Wille der Parteien erkennbar ist, Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen, bleibt für eine Auslegung nach dem Wortlaut keinen Platz. Wie die Gerichtsstandsklausel Eingang in den ABV fand, entzieht sich der Kenntnis der Klägerin. Die Vermutung liegt nahe, dass, wie in der Wirtschaftsrealität üblich, für den ABV ein Mustervertrag verwendet wurde, welcher nur ungenügend den Bedürfnissen und Wünschen der Parteien angepasst wurde (vgl. KUNZ, S. 415).
- 13 Aus all diesen Gründen kann sich die Klägerin für die Durchsetzung der Ansprüche aus dem ABV auf die Schiedsklausel im KV 2013 stützen.

b) *Auslegung nach dem Vertrauensprinzip*

aa) *Umfassende Anwendbarkeit der Schiedsklausel im KV 2013*

- 14 Lässt sich nach Auffassung des Schiedsgerichts kein übereinstimmender Parteiwille feststellen, ist die Schiedsklausel im KV 2013 nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (s. Rz. 7).
- 15 Bei der Auslegung einer Schiedsklausel sind zusätzliche Auslegungsregeln zu beachten (BGE 116 Ia 56 E. 3b). Vorerst muss nach dem Vertrauensprinzip ein hinreichend klarer Wille der Parteien ersichtlich sein, die Streitsache von der staatlichen Gerichtsbarkeit auszunehmen und der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen (RUEDE/HADENFELDT, S. 74; BGE 129 III 675 E. 2.3). Ist diese Voraussetzung gegeben, ist nach dem Utilitätsprinzip eine möglichst extensive Auslegung der Schiedsklausel vorzunehmen, um den mutmasslichen Willen der Parteien sich einer Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen, zu respektieren, (BGE 138 III 29 E. 2.2.3; MÜLLER, S.118.; s. Rz. 5 zum Vorliegen einer Schiedsklausel).
- 16 Das Vorhandensein einer gleichlautenden Schiedsklausel im KV 2013 und im KV 2014 ist, trotz materieller Ungültigkeit des KV 2014, nach dem Vertrauensprinzip dahingehend zu verstehen, dass die Parteien jegliche Streitigkeiten betreffend der Übertragung der Aktien der VM AG der Schiedsgerichtsbarkeit unterwerfen wollten. Bei Betrachtung des gesamten Vertragskomplexes lässt sich daher ein klarer Wille der Parteien erkennen, allfällige Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, weshalb eine extensive Auslegung der Schiedsklausel im KV 2013 vorzunehmen ist.
- 17 Ausgangspunkt der Vertragsauslegung bildet der Wortlaut. Daneben sind jedoch auch die Interessenlage der Parteien sowie der Vertragszweck relevant (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 372 f., 391, 416). Bereits bei der Analyse des Wortlauts ist das systematische Element zu berücksichtigen, wonach der einzelne Ausdruck im Zusammenhang mit dem Ganzen zu betrachten ist (HUGUENIN, Rz. 294; BGE 133 III 406 E. 2.2; BGE 123 III 165 E. 3a).
- 18 Eine im ursprünglichen Vertrag enthaltene Schiedsklausel umfasst auch Ansprüche aus späteren Nach- oder Zusatzverträgen, mit denen der ursprüngliche Hauptvertrag abgeändert oder ergänzt wurde („contrats accessoires ou annexes“), sofern ein Zusammenhang zwischen diesen Verträgen gegeben ist (GÖKSU, Rz. 605; IPRG CR-TSCHANZ, Art. 178 N 130; BGer 4A_103/2011 E. 3.2.2). Bei der Beurteilung eines solchen Konnexes ist insbesondere auf die Verhältnisse zwischen den verschiedenen Verträgen zu achten (BERGER/KELLERHALS, Rz. 474). Dabei muss zwischen den Verträgen eine ökonomische Verbindungen bestehen und die Streitigkeiten müssen eine untrennbare Natur aufweisen (POUDRET/BESSON, Rz. 309). Die

spätere Rechtsbeziehung darf also mit der ursprünglichen nicht nur in einem mittelbaren, entfernten Zusammenhang stehen (BERGER/KELLERHALS, Rz. 475).

- 19 Der Zusammenhang zwischen dem KV 2013 und dem ABV wird alleine schon durch die unzähligen gegenseitigen Verweise ersichtlich u.a. in den jeweiligen Präambeln aufeinander. Zudem besteht zwischen dem KV 2013 und dem ABV eine ökonomische Verbindung, da sie beide dieselbe wirtschaftliche Transaktion betreffen, nämlich die Übertragung der Aktien der VM AG. Auch bilden der KV 2013 und der ABV eine untrennbare Einheit, welche den Übergang aller Aktien der VM AG an die Beklagte sowie die Rechte und Pflichten der Aktionäre in der Übergangszeit regelt. Schliesslich erhält der ABV erst durch den Vollzug des KV 2013 seine tatsächliche Notwendigkeit, da vorher eine Regelung der Rechte und Pflichten der Aktionäre schlicht unnötig ist.
- 20 Völlig verkehrt ist daher die Ansicht der Beklagten, wonach der KV 2013 ein in sich geschlossenes Geschäft darstelle, welches mit dem Verkauf der Aktien abgeschlossen war. Es liegt somit mitnichten ein ausschliesslich mittelbarer oder entfernter Zusammenhang zwischen dem KV 2013 und dem ABV vor. Folglich handelt es sich beim ABV nicht um einen eigenständigen Hauptvertrag, sondern um einen ergänzenden Zusatzvertrag und beim KV 2013 um den Hauptvertrag.
- 21 Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass der mutmassliche Parteiwille dahingehend zu verstehen ist, dass die Parteien „alle Ansprüche, die sich aus dem vom Hauptvertrag geregelten Sachverhalt ergeben, oder diesen unmittelbar berühren“, von der Schiedsklausel erfassen wollten (BGE 138 III 681 E. 4.4; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 35). Es ist somit ausreichend, dass die Parteien zumindest implizit das Schiedsgericht zur Entscheidung über alle Streitigkeiten aus einer bestimmten Gruppe von Verträgen ermächtigen wollten (GIRSBERGER/VOSER, S. 250).
- 22 Die klägerischen Ansprüche berühren nicht nur den vom KV 2013 geregelten Sachverhalt unmittelbar, sondern ergeben sich aus demselben Sachverhalt, nämlich der Übertragung der Aktien der VM AG. Im KV 2013 wird nämlich die Übereinkunft getroffen, 50% der Aktien der VM AG zu übertragen.
- 23 Schliesslich ist die Interessenlage der Parteien im internationalen Handelsgeschäft klar dahingehend zu verstehen, dass die generellen Vorteile eines Schiedsverfahrens für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts sprechen (BERGER/KELLERHALS, Arbitration, Rz. 490).
- 24 Bei der Aktienübertragung liegt ein internationales Handelsgeschäft vor. Aus diesem Grund spricht auch die Interessenlage der Parteien klar für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts.

25 Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass es dem mutmasslichen Willen der Parteien entspricht, auch aus dem ABV resultierende Streitigkeiten der Schiedsklausel des KV 2013 zu unterstellen.

bb) Irrelevanz der Gerichtsstandsklausel im ABV

26 Des Weiteren bringt die Beklagte in Ziff. 23 der E.antwort rechtsirrigerweise vor, dass nicht das angerufene Schiedsgericht, sondern die Gerichte in Zug zuständig seien.

27 Eine im Hauptvertrag enthaltene Schiedsklausel erfasst Ansprüche aus Nach- oder Zusatzverträgen, sofern die Schiedsklausel im Hauptvertrag nicht ausdrücklich aufgehoben wurde oder der Nach- oder Zusatzvertrag eine abweichende Gerichtsstandsklausel enthält (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 75). Wie bereits in Rz. 15 ausgeführt, ist jedoch aufgrund des Utilitätsprinzips eine möglichst breite Zuständigkeit des Schiedsgerichts anzustreben. Um eine dementsprechende Lösung zu finden ist nicht nur eine Auslegung, sondern auch eine Ergänzung des Vertrags möglich (BGer 4A_246/2011 E. 2.3.3; BGE 130 III 66 E. 3.1).

28 Erstens ist festzuhalten, dass im ABV ein Passus fehlt, in welchem die Schiedsklausel ausdrücklich aufgehoben wird. Aus den Ausführungen zum tatsächlichen Parteiwillen in Rz. 11ff. wird analog ersichtlich, dass die Parteien die vorliegenden Verträge dahingehend verstehen durften und mussten, dass eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegeben ist. Die Gerichtsstandsklausel im ABV ist folglich als reine Floskel zu betrachten, da sie dem nachgewiesenen mutmasslichen Parteiwillen diametral entgegensteht.

29 Schliesslich kann vorgebracht werden, dass bei Vorliegen mehrerer konnexer Verträge, bei der Ausdehnung der Schiedsklausel vom einen Hauptvertrag auf den anderen Hauptvertrag nur grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist und dies auch nur dann, wenn die abweichende Gerichtsstandsklausel in einem zusätzlichen Hauptvertrag enthalten ist (vgl. BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 75; vgl. auch BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 35a).

30 Hieraus ergibt sich e contrario, dass eine Ausdehnung einer Schiedsklausel eines Hauptvertrages auf Streitigkeiten des Zusatz- bzw. Nebenvertrages auch dann möglich ist, wenn dieser eine abweichende Gerichtsstandsklausel enthält. Dies einerseits, weil es sich beim ABV nicht um einen eigenständigen Hauptvertrag, sondern um einen ergänzenden Zusatzvertrag handelt, und andererseits weil der mutmassliche Parteiwillen in concreto eine Ausdehnung der Schiedsklausel verlangt.

31 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die klägerischen Ansprüche trotz der Gerichtsstandvereinbarung im ABV von der Schiedsklausel im KV 2013 mitumfasst werden.

1.1.2. Formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsklausel

32 Auch die formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung im KV 2013 ist zu bejahen, da sie
gültig in Textform nach Art. 178 Abs. 1 IPRG abgeschlossen wurde. Weiter ist auch die
materielle Gültigkeit der Schiedsklausel gegeben, weil gegenständlich sowohl die
Schiedsfähigkeit der Streitsache nach Art. 177 Abs. 1 IPRG als auch der gültige Abschluss
der Schiedsvereinbarung ausser Frage steht. Schliesslich ist auch der Fortbestand des KV
2013 und damit der Schiedsklausel unbestritten, weil sich allfällige Novationswirkungen des
KV 2014 wenn überhaupt -was bestritten wird- auf den ABV beziehen (vgl. BSK IPRG-
COURVOISIER/SCHOTT, Art. 186 N 54).

1.2. *Eventualiter: Zuständigkeit direkt aus dem ABV*

33 Selbst wenn das Schiedsgericht die Auffassung vertreten sollte, dass die Schiedsklausel im
KV 2013 gegenständlich nicht anwendbar wäre, so ist eventualiter die Zuständigkeit des
Schiedsgericht auch aufgrund der Vereinbarung eines Schiedsgutachters in Ziff. 6.9.1. des
ABV gegeben.

34 Ist von einem Schiedsgutachten die Rede, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien
nach Treu und Glauben ein streitentscheidendes Schiedsgericht oder lediglich einen
Schiedsgutachter vorsehen wollten (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 33). Ergibt eine
solche Auslegung, dass ein Schiedsgericht für allfällige Streitigkeiten zuständig sein soll,
dann ist auch, wenn nicht explizit von einem „Schiedsrichter“, „Schiedsspruch“ und
dergleichen die Rede ist, ist auf eine Schiedsvereinbarung zu schliessen (BSK IPRG-
GRÄNICHER, Art. 178 N 32; s. auch BGE 138 III 29 E. 2.3.1).

35 Aus der Auslegung des mutmasslichen Parteiwillens in Rz. 14 ff. folgt, dass die Parteien nach
Treu und Glauben allfällige Streitigkeiten einem Schiedsgericht zuweisen wollten. Aus
diesem Grund ist Ziff. 6.9.1 des ABV dem wirklichen Sinn entsprechend dahingehend
extensiv auszulegen, dass es sich hierbei um eine Schiedsvereinbarung handelt. Die
Ermittlung des Inhalts dieser Schiedsklausel stellt kein Problem dar, da nach Treu und
Glauben unter den gesamten Umständen davon ausgegangen werden kann, dass die sowohl
die im KV 2013 und die im KV 2014 verwendete Schiedsklausel gewollt war.

36 Betreffend der Gültigkeit der „Schiedsklausel“ in Ziff. 6.9.1. des ABV ist anzumerken, dass
diese entgegen der Auffassung der Beklagten nicht durch den KV 2014 aufgehoben wurde,
weil dieser keine Rechtswirkungen entfaltet hat (s. Rz. 78 bzw. 83). Ungeachtet der
Rechtswirksamkeit des KV 2014 bleibt jedoch die Schiedsklausel in Ziff. 6.9.1. des ABV
ohnehin gültig und anwendbar, da der ABV *nur* aber immerhin im Verhältnis zum KV 2014
den Hauptvertrag darstellt (vgl. GÖKSU, Rz. 606; vgl. auch BGE 116 Ia 56 E. 3b).

37 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Hauptklage ergibt sich somit auch eventualiter aus Ziff. 6.9.1. des ABV.

2. Einrede Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Widerklage

2.1. Vorliegen von Litispendenz

38 Damit das Schiedsgericht auf eine Widerklage eintreten kann, darf die Widerklage nicht denselben Streitgegenstand wie die Hauptklage betreffen, denn in diesem Fall liegt die negative Prozessvoraussetzung der Litispendenz bzw. Rechtshängigkeit vor (MÜLLER, Zuständigkeit, S. 21; BSK ZPO-INFANGER, Art. 64 N 3). Zur Bestimmung des umstrittenen Begriffs des Streitgegenstands stützt sich das Bundesgericht im Bereich des LugÜ und des IPRG auf die Kernpunkttheorie, nach welcher der „Kern des Prozesses“ ausschlaggebend ist (SUTTER-SOMM, Rz. 490; BGer 5C_ 289/2006 E. 3.2).

39 Da es sich beim gegenständlichen Fall um einen internationalen Sachverhalt handelt, wird die Kernpunkttheorie zur Bestimmung des Streitgegenstands herangezogen.

40 Nach der Kernpunkttheorie ist auf die Rechtsfrage im Mittelpunkt der beiden Verfahren abzustellen und nicht auf die formelle Übereinstimmung der beiden Rechtsbegehren (BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 9 N 15a; BGE 138 III 570 E. 4.2.2). Gemäss EuGH ist nicht nur der Sachverhalt relevant, sondern auch die anwendbaren Normen. Es ist somit nicht nur darauf abzustellen, ob die Klagen denselben Gegenstand beinhalten und somit denselben Zweck verfolgen, sondern auch darauf, dass die betreffenden Klagen dieselbe Grundlage aufweisen (SUTTER-SOMM, Rz. 490; MCGUIRE, S. 85 f.). Im EuGH Entscheid 144/86 Gubisch/Palumbo definierte der EuGH unter anderem den Begriff „Grundlage“ als auf „demselben Rechtsverhältnis“ beruhend (EuGH 144/86 Rz. 15).

41 Vorliegend beinhaltet sowohl die Hauptklage als auch die Widerklage denselben Gegenstand. In beiden Klagen besteht das Begehren in der Übertragung von 50% der Aktien der VM AG gegen einen bestimmten Kaufpreis. Somit verfolgen beide Klagen denselben Zweck, nämlich den Kauf und damit die Übertragung der letzten 50 % der Aktien der VM AG. Zudem weisen die Klagen auch zweifellos dieselbe Grundlage auf, da sie sich auf denselben Vertragskomplex, nämlich den KV 2013, dem ABV und den unwirksamen KV 2014 stützen.

42 Der Einrede der Litispendenz ist aus diesen Gründen stattzugeben.

2.2. *Eventualiter*: Nicht im Rahmen der Widerklage

43 Sollte das Schiedsgericht dennoch die Auffassung vertreten, dass der Widerklage nicht die negative Prozessvoraussetzung der Litispendenz entgegensteht, wird *eventualiter* vorgebracht, dass auch die spezifischen Voraussetzungen einer Widerklage nicht gegeben sind.

44 Die einzige prozessuale Beschränkung für die Zulassung von Widerklagen unter Anwendung
der Swiss Rules ist, dass diese vom Rahmen der Schiedsvereinbarung umfasst werden
(BERGER/KELLERHALS, Arbitration, N 490; s. Swiss Rules-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 37).

45 Im gegenständlichen Fall stützt die Klägerin die Klage auf die Schiedsvereinbarung im KV
2013. Die Widerklage muss daher im Rahmen der Schiedsvereinbarung des KV 2013 liegen.
Diese ist vorliegend die entscheidende Schiedsvereinbarung, an welcher sich die
Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu orientieren hat und nicht diejenige im KV 2014.
Gegenständlich liegt die Widerklage jedoch nicht im Rahmen der Schiedsklausel im KV
2013, sondern wenn überhaupt – was bestritten wird – im Rahmen der Schiedsklausel des KV
2014.

46 Folglich ist *eventualiter* der Einrede der Unzuständigkeit stattzugeben.

3. Anwendbarkeit des ABV für die Preisberechnung

3.1. Beurteilung der Gültigkeit des KV 2014

47 In der Rz. 4 der E.antwort behauptet die Beklagte die Preisbestimmung für die restlichen 50%
der Aktien der VM AG sei abschliessend in einem neuen Kaufvertrag, welcher den ABV vom
11.04.2013 ausser Kraft setzt, vereinbart worden. Des weiteren wird von der Beklagten
fälschlicherweise vorgebracht ein Aktienkauf bzw. -verkauf könne nur noch gestützt auf die
Bestimmungen des KV 2014 vollzogen werden.

48 Bereits aufgrund der Ausgestaltung des KV 2014 als bedingter Vertrag folgt, dass dessen
Wirksamkeit alles andere als klar ist. Vielmehr handelt es sich beim KV 2014 -wie noch zu
zeigen sein wird- um einen Vertrag, der zu keiner Zeit Rechtswirkungen entfaltet hat.

3.1.1. Die Vollzugsvoraussetzungen im KV 2014

a.) Die Bedingungen

49 Die Wirksamkeit eines bedingten Rechtsgeschäfts knüpft an ein zukünftiges und ungewisses
Ereignis an (BUCHER, S. 507; GUHL/KOLLER, § 9 Rz. 2; PETER, S. 11 f.).

50 Der konkrete Inhalt einer Bedingung bestimmt sich nach dem Parteiwillen (HUGUENIN,
Rz. 1280; s. Rz. 7 und 17 zum Parteiwillen). Wendungen wie „unter folgenden
Voraussetzungen“ sind dem Parteiwillen entsprechend typischerweise als Vereinbarung einer
Bedingung zu verstehen (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Vor Art. 151-157 N 1).

51 In der Überschrift von Ziff. 10.2 des KV 2014 haben die Parteien den Begriff der
„Vollzugsvoraussetzungen“, dementsprechend, in der Absicht verwendet, den KV 2014
Bedingungen zu unterstellen.

b.) *Vollzugsbedingungen in Unternehmenskaufverträgen*

52 Bei Unternehmenskaufverträgen wird die Wirksamkeit des Vertrages meist von gewissen *Bedingungen* abhängig gemacht, welche dazu führen, dass der Vollzug nicht gleich nach dem Signing erfolgen kann (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, Kap. 4 Rz. 37). Diese Bedingungen sind somit Ursache für das zeitliche Auseinanderfallen von Signing und Closing. Als Folge dieser zeitlichen Verschiebung resultiert sodann die Notwendigkeit einer zweiten Art von Bedingungen, welche die Risikoverteilung während dieser Zeit bezwecken (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, Kap. 4 Rz. 42; SCHÄRER/GROSS, S. 127).

53 Im vorliegenden Fall konnte der Vertrag u.a. deshalb nicht bei Signing vollzogen werden, da dem Willen der Parteien entsprechend das Closing erst nach rechtsgültiger Kündigung des Geschäftsführers der AmV erfolgen sollte. Zur Risikoallokation während des Zeitraums zwischen Signing und Closing wurden die Bedingungen in Ziff. 10.2 lit. a und lit. c des KV 2014 vereinbart.

54 Werden in Unternehmenskaufverträgen Vollzugsbedingungen vereinbart, sind sie i.d.R. suspensiv bedingt (SCHLEIFFER, S. 66, 68; TSCHÄNI/FREY/MÜLLER, Rz. 49). Die Vollzugspflicht der Parteien befindet sich somit bis zur Erfüllung der Bedingungen im Schwebezustand (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, Kap. 4 Rz. 23). Der Grund hierfür liegt darin, dass die Parteien üblicherweise bis zum Zeitpunkt, in dem feststeht, dass die Bedingungen erfüllt sind, nicht verpflichtet sein wollen (SCHLEIFFER, S. 68).

c.) *Unterteilung nach der Art des Bedingungseintritts*

55 Die Frage, ob eine Bedingung mit suspensiver oder resolutiver Wirkung ausgestaltet wurde, ist durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu beantworten (BUCHER, S. 507; HUGUENIN, Rz. 1290; s. auch Rz. 7 zur Auslegung nach dem Vertrauensprinzip). Dabei ist im Zweifel eher von einer aufschiebenden Bedingung auszugehen, um im Interesse des Schuldners die Entstehung von unmittelbaren Wirkungen zu verhindern (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3964; GUHL/KOLLER, § 9 Rz. 13).

56 Eine aufschiebende Bedingung liegt dann vor, wenn die Wirkungen des Vertrages erst bei Eintritt des künftigen, ungewissen Ereignisses eintreten sollen (HUGUENIN, Rz. 1288; SCHWENZER, Rz. 11.05 f.). Soll das Rechtsgeschäft dagegen vorerst wirksam sein und erst mit Bedingungseintritt seine Wirksamkeit verlieren, so liegt eine auflösende (resolutive) Bedingung vor (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3960 f.; BUCHER, S. 507).

3.1.2. Die Kündigung des Geschäftsführers der AmV insbesondere

57 Bei Ziff. 10.2 lit. b des KV 2014 handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung, da den Parteien daran gelegen ist, dass die Wirkungen des Vertrages erst bei Eintritt des künftigen,

ungewissen Ereignisses eintreten sollen (s. Rz. 56). Folglich entfaltete der KV 2014 bis zur rechtsgültigen Kündigung des Geschäftsführers keine Wirkung und befand sich bis dahin im Schwebezustand (GUTMANS, S. 10 f.).

3.1.3. Die MAC-Klausel insbesondere

a) Definition einer MAC-Klausel

58 Mit einer MAC-Klausel wird das Problem potenziell negativer Veränderungen des Unternehmenszustandes zwischen Signing und Closing geregelt (SCHÄRER/GROSS, S. 127).

59 In Ziff. 10.2 lit.c (MAC-Klausel) haben die Parteien die Bedingung vereinbart, wonach beim Eintritt einer wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der VM AG ein Vollzugshinderungsgrund vorliegt.

b) Vorliegen des Material Adverse Change

60 In Ziff. 6.8 des ABV wird der Kaufpreis für die Aktien der VM AG definiert, welcher von den EBITDA der Tochtergesellschaften abhängig ist. Im Folgenden waren sich die Parteien über den Einbezug allfälliger negativer EBITDA der Tochtergesellschaften uneinig.

61 Mangels eines übereinstimmenden Parteiwillens betreffend den Einbezug negativer EBITDA muss der mutmassliche Parteiwille mittels dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden (s. Rz. 7 m.w.N.). Ausgangspunkt der Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens bildet der Wortlaut (s. Rz. 17). Bei Verwendung eines technischen Ausdrucks geht dessen besonderer Sinn seiner üblichen Verwendung vor, sofern alle Parteien die entsprechende Fachsprache kennen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 21, N 23; TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 951).

62 Vorliegend wird in Ziff. 6.8 des ABV der Begriff des EBITDA verwendet, welcher unter Ziff. 2. des ABV definiert wird. Weder Ziff. 2. noch Ziff. 6.8 des ABV regeln den Fall eines negativen EBITDA. Nirgends wird also statuiert, dass ein allfällig negativer EBITDA bei der Preisberechnung mit Null ersetzt werden solle, wie es die Beklagte behauptet.

63 Ein technischer Ausdruck aus dem Bereich der Unternehmensbewertung ist so auszulegen, wie er in diesem Fachkreis verstanden werden durfte und musste. Bei der Bewertung einer Muttergesellschaft darf nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden, dass allfällige negative Werte einer Tochtergesellschaft auch entsprechend berücksichtigt werden. Banal ausgedrückt ergibt sich dies bereits daraus, dass eine Forderung in Höhe von [x] und eine Schuld in Höhe von [y] zusammen den Wert [x-y] und nicht [x-0] ergeben. Ein negativer Wert einer Tochtergesellschaft ist also vielmehr seinem wirklichen Wert entsprechend in die Berechnung einzubeziehen, damit der effektive Wert der Muttergesellschaft abgebildet wird.

64 Bei der Auslegung ist auch die Entstehungsgeschichte des Vertrages zu berücksichtigen. Dabei handelt es sich insbesondere um die vorangegangenen Vertragsverhandlungen und die

daraus entstandenen Materialien (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 27 ff.; BGE 133 III 61 E. 2.2.1; BGE 132 III 626 E. 3.1). Die Vertragsverhandlung können namentlich mittels einer teleologischen Auslegung analysiert werden (CR CO I-WINIGER, Art. 18 N 37). Die Parteien können auch mit Grafiken und Bildern verbindlich kommunizieren (vgl. HUGUENIN, Rz. 289).

65 Die Beklagte hat im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine Verkaufspräsentation (K-5) vorbereitet, welche u.a. eine grafische Zusammenfassung der EBITDA aller Tochtergesellschaften enthält. Aus dieser ist ersichtlich, dass der negative EBITDA der AfV auch entsprechend mit dem negativen Wert dargestellt wurde. Zudem wurden im Rahmen der Preisberechnung des KV 2013 negative EBITDA ebenfalls mitberücksichtigt. Schliesslich hat sich die Beklagte vor Vertragsabschluss nie explizit dahingehend geäussert, dass allfällige negative EBITDA mit Null ersetzt werden sollten. Aus dem ganzen vorvertraglichen Parteiverhalten lässt sich der mutmassliche Parteiwille ableiten, dass negative EBITDA mit ihrem effektiven Wert bei der Preisberechnung eingesetzt werden sollen.

66 Im KV 2014 hatte die Klägerin der Veranschlagung von negativen EBITDA mit Null nur eingewilligt, um einen Kompromiss zu erzielen. Keinesfalls lässt sich hieraus ein Parteiwille ableiten. Sinn und Zweck eines Vergleiches ist die Beilegung von Uneinigkeiten betreffend einem Rechtsverhältnis mittels Eingehung von Kompromissen (s. BGE 132 III 737 E. 1.3.).

67 Es liegt im Interesse der Parteien einen den Umständen entsprechenden angemessenen Preis für diese Aktien zu bezahlen. Für die Klägerin, als Käuferin, ist es notwendig, dass sie über einen Mechanismus verfügt, der ihr zusichert, dass der Kaufpreis immer dem aktuellen Wert der Gesellschaft entspricht. Solch ein Wertverlust kann nur vollumfänglich erfasst werden, wenn allfällige negative EBITDA berücksichtigt werden.

68 Ziff. 6.8 des ABV ist somit nach Treu und Glauben richtigerweise so auszulegen, dass die negativen EBITDA mit zu berücksichtigen und nicht mit Null zu veranschlagen sind. Folglich liegt eine Verschlechterung über 20% zwischen Abschluss des KV 2014 und der Rücktrittserklärung der Klägerin vom 12.12.2014 vor (s. Email der Klägerin vom 12.12.2014). Zudem sind zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung bereits 6 Wochen vergangen.

69 Berechtigterweise hat die Klägerin mit dieser Email den „Rücktritt“ erklärt und folglich den Nichteintritt der negativen Bedingung in Ziff. 10.2 lit. c des KV 2014 bewirkt.

c) *Eventualiter: Rücktrittserklärung gemäss Ziff. 10.2 lit. c des KV 2014*

70 Sollte das Schiedsgericht die Auffassung vertreten, dass am 12.12.2014 noch kein MAC eingetreten, so wird *eventualiter* mit Einbringen dieser Klageschrift das „Rücktrittsrecht“ gemäss Ziff. 10.2 lit. c ausgeübt und damit das Nichtvorliegen der negativen Vollzugsbedingung in Ziff. 10.2 lit. c herbeigeführt. Hierzu wird ausgeführt, was folgt.

71 Der effektive auf den EBITDA der Tochtergesellschaften basierende Wert von 50% der Aktien der WM AG beträgt bei Abschluss des KV 2014 CHF 2'375'000.00 (s. Anhang 1) und bei Einreichung der E.anzeige CHF 1'875'000.00 (s. Rz. 63 zum effektiven Wert). Es liegt also ein Wertverlust von CHF 500'000.00 und damit über 20% vor. Die *eventualiter* geäusserte „Rücktrittserklärung“ gemäss Ziff. 10.2 lit. c des KV 2014 mit gegenständlicher Klageschrift ist daher berechtigterweise erfolgt.

d) *Ausgestaltung als Suspensivbedingung*

72 Eine MAC-Klausel ist i.d.R. als negative Suspensivbedingung i.S.v. Art. 151 OR zu qualifizieren, wonach der aufschiebend bedingte Kaufvertrag nur bei Nichteintritt der vertraglich umschriebenen Verschlechterung vollzogen werden muss (SCHÄRER/GROSS, S. 128; SCHLEIFFER, S. 68).

73 Die MAC-Klausel Ziff. 10.2 lit.c des KV 2014 ist somit nach dem Vertrauensprinzip klar dahingehend zu verstehen, dass der KV 2014 nur im Fall des Nichteintritts der MAC Wirksamkeit erlangt.

74 Bei diesen als suspensiv bedingt abgefassten MAC-Klauseln vereinbaren die Parteien i.d.R., dass der Vertrag mit Eintritt des MAC nicht automatisch dahinfallen soll, sondern dass der Käufer bei Eintritt der MAC das Recht haben soll, den Vertrag dahinfallen zu lassen oder den Vertrag trotzdem zu vollziehen (SCHLEIFFER, S. 68 f.).

75 Diese Vereinbarung entspricht einer Suspensivbedingung, deren Rechtsfolge so angepasst wurde, dass der Käufer bei Eintritt des nachteiligen Ereignisses über die Vollziehung des Vertrages entscheiden kann (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 151 N 6a). Diese Entscheidungsbefugnis des Käufers wird oft untechnisch als „Rücktrittsrecht“ bezeichnet, obwohl es sich richtigerweise um kein vertragliches Rücktrittsrecht, sondern um ein negatives, aufhebendes Gestaltungsrecht handelt (SCHLEIFFER, S. 69).

76 Eine um ein „Rücktrittsrecht“ des Käufers modifizierte Suspensivbedingung liegt bei Ziff. 10.2 lit. c vor. Dies ergibt sich bereits klar aus dem Wortlaut von Ziff. 10.2 lit. c, wonach der Käufer im Falle einer „wesentlichen Verschlechterung“ berechtigt ist, vom „Vertrag zurückzutreten“, wobei „Zurücktreten“ untechnisch zu verstehen ist. Darüber hinaus entspricht diese Regelung am ehesten dem Parteiwillen, weil einerseits die Rücktrittsmöglichkeit im Falle einer Verschlechterung aufgrund der Vereinbarung einer MAC-Klausel so gewollt war und andererseits die Verkäuferin auch keine Nachteile erleidet, sollte die Käuferin trotz Vorliegen der MAC den Vertrag trotzdem vollziehen wollen.

77 Bei Eintritt der MAC fällt der sich im Schwebezustand befindende Vertrag dahin und die Parteien werden so behandelt, als ob der Vertrag niemals zwischen ihnen bestanden hätte (SCHLEIFFER, S. 68; GUHL/KOLLER, § 9 Rz. 28).

78 Hieraus folgt, dass der KV 2014, aufgrund Vorliegen der MAC am 12.11.2014 und folglich rechtmässiger Erklärung des Dahinfallens des Vertrags durch die Käuferin am 12.12.2014, nie Rechtswirksamkeit erlangt hat.

e) Eventualiter: Ausgestaltung als Resolutivbedingung

79 Sollte das Schiedsgericht, entgegen der hier vertretenen Ansicht, die Auffassung vertreten, dass die MAC-Klausel als Resolutivbedingung ausgestaltet wurde, so ändert dies nichts an der Rechtsfolge, wonach der KV 2014 nie Rechtswirksamkeit erlangt hat.

80 Aufgrund der dispositiven Natur von Art. 154 Abs. 1 OR ist auch eine Vereinbarung, nach welcher eine Vertragspartei bei Eintritt des die Bedingung verursachenden Ereignisses vom Vertrag „zurücktreten“ kann, ebenfalls als Resolutivbedingung zu qualifizieren (SCHLEIFFER, S. 67).

81 Bei Vorliegen einer solchen um ein „Rücktrittsrecht“ modifizierten Resolutivbedingung kann der Käufer in Abweichung von Art. 154 Abs. 2 OR den Vertrag durch einseitige Willenserklärung ex tunc dahinfallen lassen, d.h. der „Rücktritt“ wirkt auf Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück (SCHLEIFFER, S. 66 f.; SCHWENZER, Rz. 82.03; GUTMANS, S. 11; PETER, S. 201).

82 Sollte es sich also –entgegen der vorliegenden Auffassung– bei der MAC-Klausel um eine Resolutivbedingung handeln, so liegt eine um ein „Rücktrittsrecht“ des Käufers modifizierte Resolutivbedingung vor.

83 Der KV 2014 ist somit von Anfang an als unwirksam zu betrachten, so als wäre nie ein Vertragsabschluss erfolgt (vgl. BGE 114 II 131 E. 3b i.V.m. BUCHER, S. 376).

f) Ausgestaltung als negative Bedingung

84 Es sind positive und negative Bedingungen zu unterscheiden, wobei erstere in einer Änderung des bestehenden Zustandes und letztere im Fortbestand des bisherigen Zustandes besteht (SCHWENZER, Rz. 11.08, VON TUHR/ESCHER, Rz. 257).

85 Unstreitig handelt es sich somit bei der MAC-Klausel um eine negative Bedingung, wonach der KV 2014 nur bei Nichteintreten der MAC und damit mit Eintritt der MAC-Klausel vollzogen werden kann (SCHLEIFFER, S. 68; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3972).

g) *Keine treuwidrige Herbeiführung i.S.v. Art. 156 OR*

- 86 Die Beklagte bringt in den Rz. 15 ff. der E.antwort vor, die Klägerin habe den Wertverlust der NZV zu verantworten. Konkret hat die Beklagte in ihrer Email vom 09.01.2015 [B-3] behauptet, die Klägerin habe den Absprung der Hotelkette Larinof und anderen bedeutenden Vertragspartnern nicht verhindert. Zudem sei die Klägerin für die „schlechten“ Schlagzeilen in den Medien verantwortlich, weil sie bei der Ausübung ihrer Pflichten versagt habe.
- 87 Diese Vorwürfe sind nicht nur völlig unzutreffend, sondern auch nur dann von rechtlicher Relevanz, wenn das Verhalten der Klägerin von Art. 156 OR erfasst wird.
- 88 Nach Art. 156 OR ist u.a. eine negative Bedingung als erfüllt zu betrachten, sofern eine Partei den Eintritt des Ereignisses wider Treu und Glauben herbeigeführt und damit die negative Bedingung vereitelt hat (VISCHER, S. 495; BGer 5C.192/2004, E. 2.3.1).
- 89 Damit einer Partei treuwidriges Verhalten zugerechnet werden kann, muss eine Vereitelung einer negativen Bedingung durch ein treuwidriges Verhalten adäquat kausal herbeigeführt worden sein (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 5; BGer 4C.281/2005, E. 3.5).
- 90 Folglich ist die negative Bedingung in Ziff. 10.2 lit. c des KV 2014 trotz Vorliegen der nachgewiesenen Verschlechterung um 20% nur dann aufgrund gesetzlicher Fiktion als gegeben zu betrachten, wenn die Klägerin die Verschlechterung durch treuwidriges Verhalten adäquat kausal herbeigeführt hat (vgl. VON THUR/ESCHER, S. 273).
- 91 Die Prüfung der Voraussetzungen von Art. 156 OR hat sich an den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung zu orientieren (vgl. BGE 72 II 29 E. 2; s. Rz. 7 zur Auslegung). Insbesondere ist das Partieverhalten, welches angeblich einen Bedingungsausfall verursacht hat, unter Berücksichtigung aller Umstände, der Veranlassungen der Parteien und des verfolgten Zwecks zu prüfen (BGer 4A_144/2011 E. 6; BGer 4C.281/2005 E. 3.5). Zu beachten ist, dass die Parteien mit der Aufnahme von Bedingungen ihr Vertragsverhältnis vom Eintritt bzw. Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses abhängig machen wollten, für welche sie nachträglich einzustehen haben. Daher ist von einer extensiven Auslegung des Art. 156 OR abzusehen (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 5 m.w.N.).

aa) *Treuwidriges Verhalten*

- 92 Nicht jedes beliebige Vereiteln einer Bedingung wird von Art. 156 OR erfasst, sondern vielmehr nur solches Verhalten, welches dem Grundsatz von Treu und Glaube i.S.v. Art. 2 ZGB widerspricht (GUTMANS, S. 135; BGer 4C.278/2004 E. 3.2; BGer 4A_449/2013 E. 5.3).
- 93 Erstens bringt die Beklagte vor, die Klägerin sei für die in den Medien erschienen „schlechten“ Schlagzeilen verantwortlich, weil sie bei der Ausübung ihrer Pflichten versagt habe. Hiergegen ist vorzubringen, dass die Klägerin ihren Pflichten stets nachgekommen ist.

Die von ihr vertriebenen Produkte entsprachen ausnahmslos den internationalen Gesundheitsstandards und abgesehen von den Smoothies der defekten Maschine entsprachen die Produkte selbst den strikteren neuseeländischen Vorschriften. Dies ergibt sich bereits daraus, dass in keinem anderen Vertriebsland Probleme hinsichtlich des Bakteriengehalts der Smoothies aufgetreten sind, obwohl alle Smoothies am gleichen Ort abgefüllt und verpackt wurden und somit alle Tochtergesellschaften der VM AG identische Produkte vertrieben.

94 Schliesslich hat die Klägerin nach dem Bericht der MEDSAFE umgehend reagiert und sowohl die Maschine repariert, als auch ein verschärftes Überwachungs- und Kontrollsystem eingeführt. Alle diese Anpassungen waren zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Zeitungsartikels bereits umgesetzt, weshalb dieser ausschliesslich auf unrichtigen und herabsetzenden Äusserungen besteht.

95 Das treuwidrige Verhalten einer Partei kann auch in einem Unterlassen bestehen, wenn sich aus Gesetz, aus Vertrag oder aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben eine Rechtspflicht zum Handeln ergibt (GUTMANS, S. 113, 116 f, 119.; BUCK, S.17 f.). Der Vorwurf liegt in der Herbeiführung des die Bedingung vereitelnden Ereignisses durch Unterlassen (BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 18).

96 Gegen den Vorwurf, die Klägerin hätte den Absprung der Hotelkette Larinof verhindern sollen, ist vorerst vorzubringen, dass keine Rechtspflicht besteht, Geschäftsbeziehungen um jeden Preis zu erhalten. Eine solche Rechtspflicht wurde auch von der Beklagten nicht behauptet. Eine solche Pflicht wäre auch widersinnig, da der Aufbau und die Beendigung von Geschäftsbeziehung zum alltäglichen Geschäftsverlauf zu zählen ist.

97 Zudem fehlen von vornherein Anhaltspunkte für ein treuwidriges Verhalten durch Unterlassen, da die Hotelkette Larinof keine Gründe für die Kündigung bekannt gegeben hat und daher über diese nur spekuliert werden kann.

98 Neben der Treuwidrigkeit fehlt jedoch auch die Voraussetzung des adäquaten Kausalzusammenhangs nach Art. 156 OR, um den Eintritt der Bedingung zu fingieren.

bb) Kausalzusammenhang

99 Wie bereits in Rz. 89 f. erwähnt, muss das treuwidrigen Verhalten im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhangs „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung“ an sich geeignet sein, den Nichteintritt der Bedingung herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen (GUTMANS, S. 132; BGE 123 III 110 E. 3a m.w.N.). Ob dieser Kausalzusammenhang gegeben ist, hat diejenige Partei zu beweisen, welche sich auf Art. 156 OR stützt, wobei der Nachweis, dass die Bedingung ohne das betreffende Handeln der Partei nur möglicherweise eingetreten wäre, nicht ausreichend ist. Vielmehr ist der

Nachweis *höchster Wahrscheinlichkeit* erforderlich (GUTMANS, S. 134 f.). Gegen diesen Nachweis kann die Gegenpartei den Gegenbeweis erbringen, dass die Bedingung auch ohne das treuwidrige Verhalten eingetreten wäre (BGer 4C.281/2005 E. 3.5).

100 Das Verhalten der Klägerin muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet sein, eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage um mehr als 20% zu verursachen. Für diese Verschlechterung ist nach Angaben der Beklagten u.a. der Zeitungsbericht im „TNZH“ verantwortlich, welcher wiederum auf einem Bericht der MEDSAFE beruht. Der Grund für den im negativen Bericht von MEDSAFE festgestellten erhöhten Bakterienanteil lag darin, dass ausschliesslich Proben von der *einzig* defekten Einfüllmaschine verwendet wurden. Von einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Klägerin, welches - wenn überhaupt- in einer nicht sofort erfolgten Reparatur einer *einzig* Einfüllmaschine lag und der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage kann keine Rede sein. Das Unterlassen der jederzeitigen Sicherstellung der einwandfreien Funktion aller Einfüllmaschinen ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht dazu geeignet eine derartige Verschlechterung zu verursachen. Der negative Bericht von MEDSAFE, der Zeitungsartikel und die Verschlechterung sind vielmehr dem unglücklichen Zufall geschuldet, dass die Proben genau von einer einzigen kurzzeitig defekten Maschine stammen.

101 Steht eine treuwidrige Vereitelung der Bedingung durch Unterlassen in Frage, so ist nach dem hypothetischen Kausalzusammenhang zu bestimmen, ob die geforderte Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Eintritt der Bedingung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfällt (GUTMANS, S. 135; vgl. BGer 2C_834/2009 E. 2.3;).

102 Liegt neben dem treuwidrigen Verhalten der Partei eine weitere Ursache vor, welche in Bezug auf die Vereitelung der Bedingung überwiegt, so wird der Kausalzusammenhang unterbrochen und Art. 156 OR kommt nicht zur Anwendung (BUCK, S.19; GUTMANS, S. 133).

103 Auch die Verhinderung des Absprungs der Larinof hätte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Verschlechterung von 20% der VM AG nicht verhindert, weil die Umsatzeinbussen primär durch den völlig haltlosen Zeitungsartikel verursacht wurden. Beim Zeitungsartikel handelt es sich also um die überwiegende Ursache für den Wertverlust der NZV, welche den hypothetischen Kausalzusammenhang klar unterbrochen hat. In aller Deutlichkeit ist zudem nochmals darauf hinzuweisen, dass dieser zu jenem Zeitpunkt nicht den Tatsachen entsprach und keineswegs von der Klägerin zu verantworten war.

3.1.4. Wegbedingung von Art. 185 OR

104 Die Regelung der Gefahrentragung in Art. 185 OR ist dispositiver Natur und folglich durch Parteivereinbarung abänderbar (HUGUENIN, Rz. 2487 f.; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, Kap. 4 Rz. 22,

25). Wird vereinbart, dass als Vollzugsbedingung, gewisse Eigenschaften per Closing vorliegen müssen, so verlagert sich die Gefahr im vereinbarten Umfang in Abweichung von Art. 185 OR auf den Verkäufer (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, Kap. 4, Rz. 25).

105 Im KV 2014 wurde die Gefahrentragung in Abweichung von Art. 185 OR dahingehend geregelt, dass die Gefahr erst bei Vorliegen aller Vollzugsvoraussetzungen in Ziff. 10.2 des ABV auf den Kläger als Käufer übergeht. Mangels Eintritt aller Vollzugsbedingung ging die Gefahr nie auf den Käufer über. Selbst bei Vorliegen der Bedingung in Ziff. 10.2 lit. c –was bestritten wird– ging die Gefahr unstreitig erst am 30.11.2014 mit Kündigung des Geschäftsführers der AmV auf den Käufer über.

3.1.5. Zwischenfazit

106 Aus den obigen Ausführungen ergibt sich klar, dass der KV 2014 zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen entfaltet hat, sei dies weil der KV 2014 bis zum Eintritt der MAC und damit dem Ausfall der Bedingung in Ziff. 10.2 lit. c suspensiv bedingt war, oder *eventualiter* weil der KV 2014 mit Eintritt der MAC und damit mit Ausfall der Bedingung in Ziff. 10.2 lit.c. extunc dahingefallen ist.

3.2. Preisberechnung nach ABV

107 Da der KV 2014 nie rechtswirksam wurde, ist der ABV weiterhin in Kraft. Die Berechnung des Kaufpreises für die Aktien der VM AG wird in Ziff. 6.8 des ABV definiert. Hiernach sind die EBITDA der Tochtergesellschaften Bemessungsgrundlage. Dabei sind, wie bereits in Rz. 60 ff. dargelegt, negative EBITDA mit ihrem wahren negativen Wert in die Berechnung mit einzubeziehen. Der Zeitpunkt für die Bemessung des Kaufpreises der VM AG anhand der EBITDA der Tochtergesellschaften ist durch Vertragsauslegung von Ziff. 6.7.3 des ABV zu ermitteln.

108 Die Auslegung hat sich primär am übereinstimmenden Parteiwillen und subsidiär am mutmasslichen Parteiwillen zu orientieren (Rz. 7). Massgebliches Auslegungsmittel hierzu ist der Wortlaut des Vertrages (Rz. 17).

109 Bereits aus dem Wortlaut, wonach, die Call- bzw. Put Optionen „jederzeit nach Ablauf“ eines bestimmten Zeitraumes ausgeübt werden können, ergibt sich ein übereinstimmender Wille der Parteien, wonach der Zeitpunkt der Ausübung der Call-Option der massgebliche Bemessungszeitpunkt ist. Auch eine Auslegung nach dem mutmasslichen Parteiwillen führt zu diesem Ergebnis, bezweckt doch die Wendung „jederzeit“ nach Treu und Glauben die Möglichkeit der Ausübung und damit der Eintritt der Wirkungen an dem von den Parteien gewünschten Zeitpunkt.

110 Die Geltendmachung sämtlicher Call-Optionen durch die Klägerin erfolgte schliesslich mit
Einreichung der E.anzeige am 26.05.2015.

111 Aus all dem ergibt sich, dass die Preisberechnung für die restlichen 50% der Aktien der VM
AG nach Ziff. 6.7 und 6.8 des ABV unter Einbezug der negativen EBITDA der
Tochtergesellschaften nach den jeweiligen EBITDA der Tochtergesellschaften per 26.05.2015
zu erfolgen hat. Der Preis für die Aktien beträgt somit insgesamt CHF 1'937'000.00.

4. *Eventualiter*: Anspruch der Klägerin auf Minderung nach Art. 197 ff. OR

112 Sollte entgegen der klägerischen Auffassung sowohl der KV 2014 weiterhin in Kraft stehen
und infolge dessen für die Preisberechnung anwendbar sein, als auch die Zuständigkeit für die
Widerklage gegeben sein, wird eventualiter vorgebracht, dass die Voraussetzungen für eine
Minderung nach Art. 197 ff. OR gegeben sind.

113 Eine Einschränkung des Gewährleistungsrechts kann sowohl ausdrücklich durch eine
Freizeichnungsklausel als auch stillschweigend erfolgen (BSK OR I – HONSELL, OR 199 N 1;
BGE 95 II 119, E. 4). Ob eine Haftungsbeschränkung vorliegt, ist durch restriktive Auslegung
zu ermitteln (HUGUENIN, Rz. 2648 f.).

114 Im KV 2014 wurde nach Treu und Glauben weder eine ausdrückliche, noch eine
stillschweigende Haftungsbeschränkung vereinbart.

115 Die MAC-Klausel stellt eine suspensive bzw. *eventualiter* resolutive Bedingung dar und
wurde nicht als Gewährleistungsabrede konzipiert (vgl. SCHLEIFFER, S. 66 ff.). Selbst wenn
die MAC-Klausel als Gewährleistungsabrede konzipiert wäre, so würde es sich hierbei um
keine Freizeichnungsklausel, sondern lediglich um eine vertragliche Modifikation des
Rechtsbehelfs der Wandlung i.S.v. Art. 205 OR handeln.

116 Aus dem Fehlen einer Regelung zum Rechtsbehelf der Minderung folgt nicht, dass dieser
ausgeschlossen ist. Vielmehr folgt in Ermangelung eines expliziten Ausschlusses der
Minderungsmöglichkeit, dass eine Minderung weiterhin möglich ist (vgl. BSK OR I-
HONSELL, Art. 199 N 1).

117 Da die Klägerin vorliegend 50% der Aktien erwirbt und anschliessend die gesamte VM AG
kontrollieren wird, ist das Unternehmen selbst als Kaufgegenstand zu betrachten. Die
Sachmängelhaftung erfasst nach neuerer Lehre in solchen Fällen auch das Unternehmen
selbst und nicht nur die Aktienurkunden (VISCHER, SJZ, S. 234; BÖCKLI, S. 62; BUCHER, BT,
S. 62).

118 Unter einen Sachmangel fällt sowohl das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, als auch das
Vorliegen eines Mangels (BSK OR I-HONSELL, Art. 197 N 1). Letzterer liegt vor, wenn die
Ist-Beschaffenheit erheblich von der Soll-Beschaffenheit abweicht (HUGUENIN, Rz. 2608).

- 119 Auch wenn die Parteien in der MAC-Klausel lediglich eine besondere Rechtsfolge für den Fall einer 20%igen Verschlechterung vorsahen, so lässt sich hieraus nach Treu und Glauben dennoch eine Zusicherung betreffend den auf den EBITDA basierenden Unternehmenswert ableiten.
- 120 Die Erträge eines Unternehmens können zwar nicht direkt zugesichert werden, aber es kann sich aus einem besonderen Vertragskonstrukt ergeben, dass diese zu berücksichtigen sind und so den Wert des Unternehmens absichern (WATTER/WIESER, S. 154).
- 121 Aus der Aufnahme der MAC-Klausel ergibt sich, dass die Parteien die EBITDA und somit die Erträge der VM AG ebenfalls berücksichtigen wollten und die Beklagte bezüglich dessen Höhen Zusicherungen abgab. Der auf den EBITDA der Tochtergesellschaften basierte Unternehmenswert der VM AG bildet trotz gewisser Uneinigkeiten die Grundlage für die Preisberechnung.
- 122 Hieraus folgt, dass eine Zusicherung in Höhe von CHF 2'375'000.00 (s. Anhang 1) bzw. *eventualiter* CHF 2'687'500.00, je nach Berücksichtigung negativer EBITDA, betreffend den Wert der VM AG vorlag. Aufgrund der Verminderung des Wertes der VM AG auf CHF 1'937'500.00 bzw. auf CHF 2'281'250.00 liegt in eine Wertverschlechterung in Höhe von CHF 437'500.00 bzw. CHF 406'250.00 vor. Folglich liegt aufgrund der eingetretenen Wertverminderung seit Abschluss des KV 2014 ein Sachmangel vor.
- 123 Lediglich vollständigshalber wird vorgebracht, dass die in der MAC-Klausel geregelte Rechtsfolge lediglich ein vertraglich modifiziertes Wandlungsrecht darstellt, jedoch keine Regelungen über die Minderung enthält.
- 124 Der Sachmangel muss weiter zumindest „im Keim“ vor dem Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorliegen (HUGUENIN, Rz. 2596, 2614; BGer 4A_601/2009 E. 3.2.3). In einem suspensiv bedingten Vertrag geht die Gefahr gemäss Art. 185 Abs. 3 OR erst mit dem Eintritt der suspensiven Bedingung auf die Käuferin über (HUGUENIN, Rz. 2501; BSK OR I-KOLLER, Art. 185 N 33).
- 125 Selbst bei Vorliegen der negativen Bedingung in Ziff. 10.2 lit. c des KV 2014 was -bestritten wird- ging die Gefahr in jedem Fall erst mit rechtswirksamer Kündigung des Geschäftsführers der AmV am 30.11.14 auf die Käuferin über (s. Rz. 105). Massgebliche Ursachen für die Verschlechterung der EBITDA der NZV sind der Bericht von MEDSAFE vom 06.10.2014 und der negative Zeitungsbericht der TNZH vom 16.10.2014. Somit fanden beide für die Wertverminderung verantwortlichen Ereignisse vor dem 30.11.2014 statt, d.h. der Sachmangel bestand zumindest im „Keim“ schon vor dem Gefahrenübergang auf die Klägerin.

- 126 Als weitere Voraussetzung darf die Klägerin bei Vertragsabschluss keine Kenntnis des Sachmangels haben, wobei spätere Kenntnis nicht schadet (HUGUENIN, Rz. 2596, 2616).
- 127 Im vorliegenden Fall kann der Klägerin nicht unterstellt werden, sie habe die in Rz. 100 erwähnten wesentlichen Ursachen der Verschlechterung bereits bei Abschluss des KV 2014 gekannt. Sowohl der Bericht von MEDSAFE, als auch der unrichtige und herabsetzende Zeitungsartikel der TNZH, welche wesentlich für den Eintritt der Verschlechterung waren, wurden erst nach Vertragsabschluss veröffentlicht. Die Klägerin musste daher zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses des KV 2014 nicht mit den Wertverminderungen rechnen.
- 128 Der Käufer muss nach Art. 201 Abs. 2 OR eine Mängelrüge rechtzeitig erheben, da ansonsten die Sachgewährleistungsansprüche verloren gehen (HUGUENIN, Rz. 2620). Die Mängelrüge bedarf keiner Form, sie muss nur zum Ausdruck bringen, dass der Käufer die Annahme der Sache verweigern will (BSK OR I-HONSELL, Art. 201 N 10). Falls Mängel erst mit Untersuchung ersichtlich werden, sind diese sofort nach dieser Untersuchung zu rügen (BSK OR I-HONSELL, Art. 201 N 11).
- 129 Die Klägerin, als Käuferin, hat der Beklagten mit Email vom 12.12.2014 [B-2] mitgeteilt, dass sie aufgrund des Wertverlustes von 20 %, die Aktien zu diesem Zeitpunkt und zu diesem Preis nicht übernehmen wolle und den "Rücktritt" vom KV 2014 erklärt. Die Verzögerung vom Eintritt der MAC am 12.11.2014 und dem Email vom 12.12.2014, ist darauf zurückzuführen, dass die Klägerin berechtigterweise Zeit zur internen Entscheidungsfindung benötige. Die Mängelrüge ist somit rechtzeitig erfolgt.
- 130 Die Klägerin hat *eventualiter* Anspruch auf eine Minderung i.S.v. Art. 205 OR geltend machen und hat daher selbst bei Anwendung des KV 2014 lediglich einen Kaufpreis in Höhe von CHF 2'192'434.00 für die restlichen 50% der Aktien der VM AG zu bezahlen (s. Anhang 2).

V. Antrag auf Stattgebung der Rechtsbegehren

Aus all diesen Gründen beantragen wir die Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung,
Moot Court Team 7

VI. Anhang 1: Berechnung des effektiven Wertes der VM AG bei Abschluss des KV 2014

1. Für die Kaufpreisberechnung im KV 2014 massgebende EBITDA der Tochtergesellschaften (vgl. Verfügung Nr. 2 des Schiedsgerichts):

- American Venture: CHF 2'300'000
- Asian Venture: CHF 1'350'000
- New Zealand Venture: CHF 650'000
- African Venture: - CHF 500'000 (dieser negative EBITDA wurde bei der Preisberechnung mit Null ersetzt)

2. Kaufpreisberechnung mit den zum Zeitpunkt des Abschlusses des KV 2014 vorliegenden EBITDA unter Verwendung der im ABV (Art. 6.8) vereinbarten Formel, mit Einschluss allfälliger negative EBITDA:

a) Durchschnittlicher EBITDA der Tochtergesellschaften:

$$(2'300'000.00 + 1'350'000.00 + 650'000.00 - 500'000.00)/4 = \text{CHF } 950'000.00$$

b) Fünffache des durchschnittlichen EBITDA:

$$950'000.00 * 5 = \text{CHF } 4'750'000.00$$

c) Wert der 50% der VM AG:

$$4'750'000.00 / 2 = \underline{\underline{\text{CHF } 2'375'000.00}}$$

VII. Anhang 2: Berechnung der Preisminderung im Rahmen des KV 2014

Vereinbarter Preis gemäss KV 2014: CHF 2'687'500.00

Wert der VM AG im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses: CHF 2'375'000.00

Wert der VM AG am 12.12.2014 (vgl. B-2): CHF 1'937'500.00

$$\text{geminderter Preis} = \frac{\text{vereinbarter Preis} * \text{Wert der mangelhaften Sache}}{\text{Wert der mangelfreien Sache}}$$

$$\text{geminderter Preis} = \frac{2'687'500.00 * 1'937'500.00}{2'375'000.00}$$

$$\text{geminderter Preis} = \underline{\underline{\text{CHF 2'192'434.00}}}$$