

Moot Court Team 1
André Santen
Daniela Kolek
Gregory Szabo

Einschreiben

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

12. Dezember 2014

Klageschrift

Fall Nr. 250123-2014

In Sachen

Gas Supply GmbH
Hamburgerstrasse 33, 44135 Dortmund, Deutschland

Klägerin 1

France Petrol SA
35, Bd de Belleville, 75020 Paris, Frankreich

Klägerin 2

Transsib Oil OJSC
Nizhegorodskaya ul. 24, 606443 Moskau, Russland

Klägerin 3

alle vertreten durch Moot Court Team 1

gegen

PipeTransport AG
Baarerstrasse 145, 6300 Zug, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team X

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Bosch,

Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Vollenweider,

Sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Dr. Roth,

namens und mit Vollmacht der Klägerinnen stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 1 CHF 2'230'000 nebst Zins in Höhe von 5% seit dem 24. Dezember 2013 zu bezahlen;
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 2 CHF 1'239'040 nebst Zins in Höhe von 5% seit dem 24. Dezember 2013 zu bezahlen;
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 3 CHF 2'540'000 nebst Zins in Höhe von 5% seit dem 24. Dezember 2013 zu bezahlen;
4. Es sei festzulegen, dass die von der Klägerin 1 zu bezahlende Transportgebühr für den Zeitraum vom 24. Dezember 2013 bis zum 24. Februar 2014 nur CHF 90'000 pro Monat beträgt;
5. Es sei festzulegen, dass die von der Klägerin 2 zu bezahlende Transportgebühr für den Zeitraum vom 24. Dezember 2013 bis zum 24. Februar 2014 nur CHF 90'000 pro Monat beträgt;
6. Es sei festzulegen, dass die von der Klägerin 3 zu bezahlende Transportgebühr für den Zeitraum vom 24. Dezember 2013 bis zum 24. Februar 2014 nur CHF 90'000 pro Monat beträgt;
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Entscheidverzeichnis	VII
A. Prozessualer Teil	1
I. Zulässigkeit der einfachen aktiven Streitgenossenschaft (Zuständigkeit <i>ratione personae</i> ; <i>multi-party arbitration</i>)	2
II. Zulässigkeit der objektiven Klagenhäufung (Zuständigkeit <i>ratione materiae</i> ; <i>multi-contract arbitration</i>)	4
1. Die Formulierung « <i>im Zusammenhang mit diesem Vertrag</i> » umfasst nebst vertraglichen auch quasi- und ausservertragliche Ansprüche.....	4
2. Auch bei Einleitung getrennter Verfahren ist eine nachträgliche Verfahrensvereinigung nach Art. 4 Swiss Rules möglich	4
3. Der im MoU und in den Transportverträgen unterschiedliche Sitz führt nicht zu einer Inkompatibilität der Schiedsklauseln	5
B. Materieller Teil	6
I. Schadenersatz (Rechtsbegehren 1).....	6
1. Anspruchsgrundlagen	6
2. Entstandener Schaden	6
3. Schadenersatz wegen Missachtung der Informationspflicht gemäss Art. 16 MoU	7
a) Art. 16 MoU ist rechtlich bindend.....	7
b) Pflichtwidrigkeit	8
c) Kausalität	9
d) Verschulden	10
e) Rechtsfolge «Schadenersatz»	11
4. Schadenersatz wegen Verletzung des Transportvertrags (Nichtleistung) ...	11
a) Pflichtwidrigkeit	11
b) Kausalität	13
c) Verschulden	13
d) Rechtsfolge «Schadenersatz»	14
5. Schadenersatz wegen <i>culpa in contrahendo</i>	14

a)	Pflichtwidrigkeit	14
b)	Kausalität	15
c)	Verschulden	15
d)	Rechtsfolge «Schadenersatz»	15
6.	Fazit.....	15
II.	Transportpreis-Herabsetzung (Rechtsbegehren 4)	16
1.	Haftung wegen Leistung unterbrechbarer Kapazität (Schlechtleistung)	16
2.	Rechtsgrundlagen.....	16
3.	Herabsetzung gemäss Art. 259d OR.....	17
a)	Anwendbarkeit des Mietrechts	17
b)	Vorausgesetzter Gebrauch und dessen Beeinträchtigung.....	18
c)	Kenntnisnahme des Mangels	18
d)	Kein Verschulden erforderlich	19
e)	Willenserklärung des Mieters	19
f)	Rechtsfolge «Herabsetzung»	19
4.	Herabsetzung gemäss Art. 7.3 Transportvertrag.....	19
5.	Systematisches «Zusammenspiel» der Rechtsgrundlagen.....	20
6.	Fazit.....	21

Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2nd edition, Bern and London 2010 (zit. BERGER/KELLERHALS)

Rz. []

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID)

Rz. [28]

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

Rz. [6]

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

Rz. []

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK OR I-BEARBEITERIN)

Rz. [39, 47, 69]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit. HUGUENIN)

Rz. [28, 58, 59, 67, 73]

JAHN HOLGER, Der „Letter of Intent“, Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft, Band 2957, Frankfurt am Main 2000 (zit. JAHN)

Rz. [31]

KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/2/1a, Allgemeine Bestimmungen: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991

(zit. BK OR-BEARBEITERIN)

Rz. [31]

LUTTER MARCUS, Der Letter of Intent: zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen,
3. Auflage, Köln 1998 (zit. LUTTER)

Rz. [31]

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Handkommentar
zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1, Innominatkontrakte, Kauf,
Tausch, Schenkung, Miete, Leihe – Art. 184-318 OR, 2. Auflage, Zürich 2012
(zit. CHK OR-BEARBEITERIN)

Rz. [71, 80]

ROBERTS PETER, Gas and LNG Sales and Transportation Agreements, Principles and Practice,
4th edition, London 2014 (zit. ROBERTS)

Rz. [31]

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

Rz. [28, 38, 41, 43, 45, 55, 59, 62]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Eds), Swiss Rules of Interna-
tional Arbitration, Commentary, 2nd edition, Zurich 2013
(zit. ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER)

Rz. []

Entscheidverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

13. Juli 1965

BGE 91 II 291

Rz. [44, 54]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

01. November 1966

BGE 92 II 234

Rz. [44, 54]

Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

25. Juni 1976

BGE 102 Ib 257

Rz. [41]

Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. Juli 1980

BGE 106 Ib 145

Rz. [36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

16. Dezember 1986

BGE 112 II 503

Rz. [36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

15. November 1994

BGE 120 II 331

Rz. [28]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

07. Oktober 1997

BGE 124 III 155

Rz. [39]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. Dezember 1998

BGE 125 III 86

Rz. [55]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

15. Mai 2001

4C.66/2001

Rz. [75]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

21. November 2003

BGE 130 III 66

Rz. [18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

15. Januar 2009

BGE 135 III 212

Rz. [45]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

01. April 2009

BGE 135 III 345

Rz. [69]

A. Prozessualer Teil

In der Einleitungsantwort vom 14. Juli 2014 erhebt die Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit. Sie begründet die Unzuständigkeit wie folgt:

In persönlicher (subjektiver) Hinsicht rügt die Beklagte die Unzulässigkeit der subjektiven Klagehäufung (aktive Streitgenossenschaft) im vorliegenden Verfahren (vgl. Einleitungsantwort, N 1 bis 5) und behauptet, jede Klägerin hätte je separate Verfahren einleiten müssen (Einleitungsantwort, N 2). Sie beruft sich dabei insbesondere auf den Grundsatz der Relativität des Vertragsverhältnisses (sog. *privity of contracts*) und auf die Unterschiedlichkeit der sich stellenden Tat- und Rechtsfragen (Einleitungsantwort, N 2). Eventualiter sei einzig die Klägerin 3 eine unzulässige Streitgenossin (Einleitungsantwort, N 5, letzter Satz).

In sachlicher (objektiver) Hinsicht rügt die Beklagte die Unzulässigkeit der gemeinsamen Berücksichtigung des Memorandum of Understanding (nachfolgend «MoU») mit den einzelnen Transportverträgen im Rahmen der Prüfung der Begründetheit der Rechtsbegehren (vgl. Einleitungsantwort, N 6). Sie beruft sich dabei auf die Inkompatibilität der Schiedsklauseln aufgrund der Unterschiedlichkeit der Sitze des Schiedsgerichts (Einleitungsantwort, N 6).

Erhebt die beklagte Partei die Einrede der Unzuständigkeit, entscheidet das angerufene Schiedsgericht gemäss Art. 21 Abs. 1 Swiss Rules i.V.m. Art. 186 Abs. 1 IPRG in eigener Kompetenz über seine Zuständigkeit (sog. Kompetenz-Kompetenz).

Pro forma sei angemerkt, dass die restlichen Sachurteilsvoraussetzungen für alle Klägerinnen einzeln erfüllt sind und umgekehrt keine Sachurteilshindernisse vorliegen und dass dies die Beklagte in ihrer Einleitungsantwort auch nicht bestreitet.

Die Beklagte verkennt in ihrer Argumentation im Wesentlichen, dass es sich bei den Klägerinnen um eine Interessengemeinschaft handelt (sog. *community of obligations and interests; group of companies*). Die Existenz gemeinsamer Rechte, Pflichten und Interessen führt dazu, dass die Schiedsklausel im Transportvertrag zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten (und gleichermassen die Schiedsklausel des Art. 30 des Memorandum of Understanding (nachfolgend «MoU»; vgl. Beilage K-2 der Einleitungsanzeige)) ebenfalls die Klägerinnen 2 und 3 bindet (vgl. hierzu HANOTIAU, S. 276 oben). Die Klägerinnen versuchen im Folgenden aufzuzeigen, dass das angerufene Schiedsgericht sowohl in subjektiver als auch objektiver Hinsicht zuständig ist.

I. Zulässigkeit der einfachen aktiven Streitgenossenschaft (Zuständigkeit *ratione personae*; *multi-party arbitration*)

- 7 Die Beklagte fordert eine Aufteilung in jeweils separate Verfahren und beharrt auf die rechtliche Selbstständigkeit der Klägerinnen und deren Verträge (vgl. Rz. 2).
- 8 Die Fülle von Mehrparteienschiedsverfahren gerade in internationalen und komplexen Schiedsverfahren und die Möglichkeit der Ausdehnung von Schiedsklauseln sogar auf sog. *non-signatories* zeigt, dass eine sture Insistenz auf den Grundsatz der Relativität von Vertragsverhältnissen nicht nur undifferenziert, sondern im vorliegenden Fall inadäquat ist.
- 9 Die Beklagte verstösst mit ihrer Argumentation gegen den Grundsatz von Art. 15 Abs. 7 Swiss Rules, wonach alle Parteien mit allen Mitteln auf eine effiziente Durchführung des Verfahrens hinwirken und unnötige Kosten und Verzögerungen vermeiden sollen. Nicht nur hat die Beklagte ihre Einleitungsantwort unter Missachtung der in Art. 3 Abs. 7 Swiss Rules festgelegten Frist verspätet beim Schiedsgericht eingereicht, sondern sie wirkt mit dem Beharren in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise einer effizienten Verfahrensdurchführung entgegen und fördert damit die Gefahr von unterschiedlichen Entscheidungen.
- 10 Die Swiss Rules enthalten lediglich in Art. 4 eine Regelung im Hinblick auf Mehrparteienschiedsverfahren, doch ist ihr Anwendungs- und Regelungsbereich beschränkt, da sie sich nur auf mehrere bereits rechtshängige Schiedsverfahren bezieht. Vorliegend wurde nur ein Schiedsverfahren eingeleitet. Nicht zuletzt deswegen drängt sich im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zulässigkeit einer aktiven Streitgenossenschaft eine analoge Heranziehung der entsprechenden Regelung in den ICC Rules auf. Deren Art. 9 bestimmt, dass Ansprüche, die sich aus einem oder im Zusammenhang mit mehr als einem Vertrag ergeben, in einem einzigen Schiedsverfahren geltend gemacht werden können.
- 11 Die Klägerinnen bilden eine Interessengemeinschaft, was sich insbesondere in der Gründung des Joint Ventures, also eben einem Gemeinschaftsunternehmen, manifestiert.
- 12 Im vorliegenden Fall kooperieren die Klägerinnen in Form des Joint Ventures und bilden eine sog. Unternehmensgruppe (sog. *group of companies*). Als Gesellschafter der Beklagten sind die Klägerinnen die Eigentümer des unternehmerischen Haftungssubstrats und tragen jeweils gleichermassen Risiken, einerseits als Finanzierer «der anderen» und andererseits als Investoren «bei den anderen». Die Klägerinnen drücken darüber hinaus sowohl im MoU als auch in den jeweiligen Transportverträgen (auf welche das MoU selbst verweist) den Willen aus, staatliche Gerichtsbarkeit zu derogieren und Schiedsgerichtsbarkeit zu konstituieren.

Durch die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit der Klägerinnen, versucht die Beklagte den beabsichtigten Streitbeilegungsmechanismus zu vereiteln. Die Einwendung der Beklagten ist somit also nicht nur unbegründet, sondern auch rechtsmissbräuchlich. 13

Auch die Tat- und Rechtsfragen sind eben nicht wie die Beklagte behauptet unterschiedlich gelagert. Die den Klägerinnen entstandenen Schäden sind vielmehr auf die gleichen tatsächlichen Umstände zurückzuführen. Diese Umstände sind im Interesse aller beteiligten Parteien durch einen Spruchkörper gleichartig zu entscheiden. Insbesondere drängt sich eine gemeinsame Behandlung hinsichtlich der Beurteilung der Informationspflicht der Beklagten gemäss Art. 16 MoU, hinsichtlich der Haftung wegen Nichtleistung (subjektive wirtschaftliche und rechtliche Unmöglichkeit) ab dem 23. Juli 2013 und hinsichtlich der Transportpreis-Herabsetzung (gleichlautende Verträge und gleicher Sachverhalt) auf. Unterschiedliche Schiedsverfahren, in denen dieselben Tat- und Rechtsfragen beurteilt werden, bergen die grosse Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen und damit auch einer Rechtsunsicherheit. Daher hat auch die Berufung der Beklagten auf das Recht zur Benennung unterschiedlicher Schiedsrichter in unterschiedlichen Verfahren zum Ziel das bereits rechtshängige Verfahren aufzuteilen und ist daher in ihrer Verwendung rechtsmissbräuchlich und nicht unbeachtlich, denn so würde das Verfahren nicht nur in drei verschiedenen Verfahren ablaufen, sondern auch noch von jeweils neun unterschiedlichen Schiedsrichtern beurteilt werden. Es kann nicht Sinn und Zweck der Schiedsvereinbarungen insbesondere im MoU gewesen sein, dass Streitigkeiten so ausgetragen werden. 14

Die Transportverträge und das MoU stellen eine untrennbare Einheit dar. Dies wird insbesondere auch durch Verweisung auf die einzelnen Transportverträge in der Präambel im MoU ersichtlich. 15

Auch lässt die Beklagte mit der Berufung auf das Grundprinzip der «privity of contracts» die entsprechenden Ausnahmen ausser Acht. Gerade in solchen Fällen nämlich, in denen eine strikte Anwendung des Prinzips zu ungerechten und somit unbilligen Ergebnissen führen würde, kann der Anspruch zwischen einer Mehrheit von Parteien in einem Verfahren vereinigt werden. Dies ist vorliegend der Fall; eine unterschiedliche Beurteilung der vorliegenden Rechtsfragen birgt erhebliche Risiken. Gerade aufgrund der Tatsache, dass die Schäden der Klägerinnen aus denselben Tatsachen entsprungen sind, weist auf die Notwendigkeit der einheitlichen Beurteilung jener Fragen hin. 16

II. Zulässigkeit der objektiven Klagenhäufung (Zuständigkeit *ratione materiae*; *multi-contract arbitration*)

1. Die Formulierung «*im Zusammenhang mit diesem Vertrag*» umfasst nebst vertraglichen auch quasi- und ausservertragliche Ansprüche

17 In der Einleitungsantwort (N 1, letzter Satz) der Beklagten anerkennt sie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts hinsichtlich der Beurteilung der strittigen Ansprüche aus dem Transportvertrag zwischen ihr und der Klägerin 1 (vgl. Beilage K-3 der Einleitungsanzeige; Beilage 1 dieser Klageschrift). Die Beklagte anerkennt also die Zuständigkeit des Schiedsgerichts hinsichtlich der Beurteilung über die strittigen Ansprüche (Schadenersatz und Preisminderung).

18 Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung folgt den für die Auslegung privater Willenserklärungen allgemein geltenden Grundsätzen (BGE 130 III 66, E. 3.2). Massgebend ist also in erster Linie das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien zu den ausgetauschten Erklärungen. Kann ein solcher tatsächlicher Parteiwille nicht festgestellt werden, ist die Schiedsvereinbarung objektiviert auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Trau und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 130 III 66, E. 3.2).

19 Die Beklagte verkennt jedoch in ihrer Argumentation, dass die Schiedsklausel im Transportvertrag selbst, durch die Formulierung «Streitigkeiten aus *oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag*» nicht nur vertragliche Ansprüche in den Anwendungsbereich der Schiedsverfahrens, sondern eben auch quasi- und ausservertragliche Verhältnisse mit einschliesst. In der Schiedsgerichtsbarkeit ist es Usanz anhand jener verwendeten Formulierung («*im Zusammenhang mit diesem Vertrag*») den Willen kundzutun, dass die strittigen Ansprüche bzw. materiellen Streitfragen durch das Schiedsgericht auch unter Berücksichtigung nichtvertraglicher (also insbesondere ausser- und quasivertraglicher) Rechts- bzw. Anspruchsgrundlagen beurteilt werden sollen und müssen.

2. Auch bei Einleitung getrennter Verfahren ist eine nachträgliche Verfahrensvereinigung nach Art. 4 Swiss Rules möglich

20 Auch die Behauptung der Beklagten, dass eine nachträgliche Verfahrensvereinigung bei Einleitung getrennter Verfahren nach Art. 4 Swiss Rules nicht möglich gewesen wäre, ist von der Beklagten nicht substantiiert behauptet worden und vorliegend bestritten.

21 Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules überlässt dem Gerichtshof grösstmögliche Flexibilität bei der Entscheidung, ob neue Verfahren mit einem bereits hängigen vereint werden soll. Die Unmög-

lichkeit einer nachträglichen Verfahrensvereinbarung ist als nicht substantiiert und bestritten unzulänglich.

3. Der im MoU und in den Transportverträgen unterschiedliche Sitz führt nicht zu einer Inkompatibilität der Schiedsklauseln

Auch der Einwand der Beklagten, die Unterschiedlichkeit der Sitzbezeichnung in den Transportverträgen und in dem MoU liesse auf die Inkompatibilität der Schiedsklausel schliessen, ist unbegründet. 22

Zunächst ist festzustellen, dass die Schiedsklauseln exakt die gleiche Formulierung haben und sich lediglich hinsichtlich des Sitzes innerhalb der Schweiz unterscheiden. Es liegt also eine derartige Gleichartigkeit der Schiedsklauseln vor, welche eine gemeinsame Handhabung rechtfertigt. Die Wahl des Sitzes Zug in den Statuten und im MoU ist auf den gesellschaftsrechtlichen Sitz des Joint Ventures zurückzuführen. 23

Auch zeitigt der nur national unterschiedliche Sitz weder faktische noch rechtliche Konsequenzen; insbesondere vor dem Hintergrund von Art. 16 Abs. 2 Swiss Rules kann das Schiedsgericht den Verhandlungs- bzw. Tagungsort frei wählen. Ausserdem berufen sich die Klägerinnen primär auf die Schiedsklausel in den Transportverträgen, welche den Schiedssitz Zürich bezeichnet. Durch Einlassung der Beklagten auf das Verfahren zwischen ihr und der Klägerin 1, lässt sie sich zugleich aufgrund des unmissverständlichen Anwendungsbereiches wie er in der Schiedsklausel formuliert wird, auf das Verfahren zwischen ihr und der Klägerin 2 und 3 ein. 24

Dem Schiedsgericht kommt somit aufgrund der unmissverständlichen Formulierung in den identischen Schiedsklauseln der Transportverträge dieselbe Zuständigkeit *ratione materiae* zu. 25

III. Fazit

Aus den vorgenannten Gründen ist die Einrede der Unzuständigkeit unbegründet und das Verfahren hat, wie von der SCIA gemäss Verfügung Nr. 1 entschieden, gemäss Art. 3 Abs. 12 Swiss Rules mit allen Klägerinnen und betreffend aller geltend gemachten Ansprüche fortzuführen. Dementsprechend hat auch das Schiedsgericht seine Zuständigkeit zu bejahen und die Einrede der Unzuständigkeit als unbegründet abzuweisen. 26

B. Materieller Teil

27 Die nachfolgende rechtliche Würdigung erfolgt auf Grundlage der unbestrittenen Tatsachendarstellung in der Einleitungsanzeige (vgl. dort N 1 bis 22) samt den dort zitierten Beilagen K-1 bis K-18 und unter Berücksichtigung der Bestreitungen und Einwendungen der Beklagten in ihrer Einleitungsantwort (vgl. dort N 7 bis 21) einerseits und der schiedsrichterlichen Fixierung der materiellen Streitfragen (Verfügung Nr. 1, N 14, Ziff. iii bis v) andererseits. Pro forma sei angemerkt, dass die Prüfung der Begründetheit der Rechtsbegehren im vorliegenden Verfahren in der Verfügung Nr. 1 auf jene Rechtsbegehren der Klägerin 1 beschränkt wurde (vgl. dort N 14). Gemäss der Verfügung Nr. 1 (vgl. dort N 8) – in Übereinstimmung mit den Rechtswahlklauseln (Art. 30 Abs. 1 MoU und jeweils Art. 33.1 der Transportverträge) i.V.m. Art. 187 Abs. 1 IPRG – ist Schweizer Recht auf alle materiellen Streitfragen anwendbar. Das Schiedsgericht ist gemäss den im prozessualen Teil gemachten Darlegungen (vgl. oben Rz. 1 ff.) befugt, alle in Frage kommenden vertraglichen oder nichtvertraglichen bzw. gesetzlichen Rechts- bzw. Anspruchsgrundlagen (des Schweizer Rechts) zu überprüfen.

I. Schadenersatz (Rechtsbegehren 1)

1. Anspruchsgrundlagen

28 Ein Anspruch auf Schadenersatz kommt gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR oder gestützt auf das vorvertragliche Haftungsinstitut der *culpa in contrahendo* (BGE 120 II 331, 336; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 962a ff.; HUGUENIN, N 1524 ff.; SCHWENZER, N 47.01; je m.w.H.) in Frage.

29 Nachfolgend werden zuerst die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 97 Abs. 1 OR, gegliedert nach den in Frage kommenden Rechtsgrundlagen der präsumtiv verletzten Schuldpflichten (vgl. unten die Überschriften von I.3. und I.4.), geprüft. Im Anschluss (vgl. unten I.5.) wird geprüft, ob ein Fall des vorvertraglichen Haftungsinstituts der *culpa in contrahendo* vorliegt.

2. Entstandener Schaden

30 Einzig auf die bei beiden Anspruchsgrundlagen erforderliche Voraussetzung, dass ein Schaden besteht, muss nachfolgend nicht eingegangen werden, weil der Klägerin 1 vom 23.07.2013 bis zum 23.12.2013 unzweifelhaft zwei Schadenspositionen A (Deckungseinkäufe) und B (entgangener Gewinn) i.d.H.v. insgesamt CHF 2'230'000 entstanden sind (vgl. Einleitungsanzeige, N 19 und 35).

3. Schadenersatz wegen Missachtung der Informationspflicht gemäss Art. 16 MoU

a) Art. 16 MoU ist rechtlich bindend

Das MoU ist ein vorvertragliches Dokument, das zwei- oder mehrseitig von den potentiellen Vertragspartnern abgefasst und unterzeichnet ist (JAHN, S. 20). Formal unterscheiden sich das MoU und der Letter of Intent (LoI) einzig dadurch, dass der LoI Erklärungen eines einzigen Verhandlungspartners enthält (LUTTER, S. 106 f.). In der Praxis wird die Bezeichnung uneinheitlich gehandhabt (LUTTER, S. 107; BK OR-KRAMER, Art. 22, N 54). Ausschlaggebend für die rechtliche Beurteilung eines solchen Dokuments ist, unabhängig von seiner Bezeichnung, dessen Inhalt (ROBERTS, N 3-011, letzter Abschnitt). Entscheidend ist daher jeweils, was die Verhandlungspartner im konkreten Fall übereinstimmend tatsächlich gewollt hatten bzw. (subsidiär), welcher Sinn ihren Äusserungen (Abreden) normativ zukommt (BK OR-KRAMER, Art. 22, N 54). Es ist möglich, dass unter dem Namen «Letter of Intent» oder «Memorandum of Understanding» bereits ein verbindliches Angebot, ein Vorvertrag oder ein Hauptvertrag vorliegt, oder sog. verbindliche «Vorfeldvereinbarungen» abgeschlossen sind (BK OR-KRAMER, Art. 22, N 54). Es können bereits unmittelbar verbindliche, nicht unter der Bedingung des Abschlusses der angestrebten Verträge stehende, Abreden in Bezug auf spezifische Pflichten im Verhandlungsstadium getroffen werden (sog. Vorfeldvereinbarungen; BK OR-KRAMER, Art. 22, N 60). Zum Beispiel können Vereinbarungen über den Austausch von Informationen getroffen werden (BK OR-KRAMER, Art. 22, N 61). Für die Sanktionierung solcher Vereinbarungen werden mangels vertraglicher Regelung Anspruchsgrundlagen des vertraglichen Haftungsregimes herangezogen (BK OR-KRAMER, Art. 22, N 62).

Das MoU (Beilage K-2 der Einleitungsanzeige) wurde mit der Gründung der Gesellschaft «PipeTransport AG» (die Beklagte) als zusätzliches Dokument neben den Statuten, erstens unter den Gesellschafter und zweitens zwischen ihnen und der Beklagten, unterzeichnet (Einleitungsanzeige, N 1). Alle Parteien haben somit ihr Einverständnis mit dem Inhalt erklärt. Grundsätzlich kann das MoU als eine unverbindliche Grundsatzvereinbarung angesehen werden. Es ist jedoch nur im Interesse aller Parteien, dass eine «Informationspflicht» (so der Wortlaut der Klausel) aus dem MoU als rechtlich bindend zu verstehen ist. Die in Art. 16 MoU statuierte Informations«pflicht» ordnet ein Sollen an, wie sich die Parteien einander gegenüber zu verhalten haben, unabhängig davon, ob sie sich nun in spezifischen Vertragsverhandlungen befinden oder nicht. Es wäre widersprüchlich einerseits eine Informationspflicht in einem wechselseitigen MoU zu statuieren, im Nachhinein jedoch zu behaupten, dass damit keine rechtliche Bindung gewollt war. Es war gerade auch der Sinn und Zweck dieser

Informationspflicht, dass die Gesellschafter im Hinblick auf zukünftige Vertragsabschlüsse mit der Beklagten auf ein gegenseitiges Vertrauen bauen können und Gewissheit haben, dass ihnen innerhalb der PipeTransport AG nichts verschwiegen wird. Dies eben nicht nur als Gesellschafter, sondern als zukünftige Dienstleistungsbezüger: so haben die Statuten primär die Gesellschafter als Kunden im Blick (Art. 2 Statuten der PipeTransport AG; Beilage K-1 der Einleitungsanzeige). Art. 16 MoU fällt unter die Kategorie «Vorfeldvereinbarung» und ist somit rechtlich verbindlich. Folglich findet im Falle ihrer Missachtung das vertragliche Haftungsregime gemäss Art. 97 Abs. 1 OR Anwendung.

b) Pflichtwidrigkeit

33 Gemäss Art. 16 MoU muss die Beklagte alle betriebsrelevanten Vorkommnisse unverzüglich der Klägerin 1 mitteilen (soweit das betriebsrelevante Ereignis in ihrer Sphäre liegt und der Klägerin 1 nicht ohne weiteres zugänglich ist). Im Jahr 2012 hat uns die technische Leitung der Beklagten, Frau Ambrosius, bei Vorfällen jeweils informiert (Einleitungsanzeige, N 10 und die zitierten Mails in den Beilagen).

34 Im Vorfeld der Auktion im Juli 2013 erhielten wir hingegen weder von Frau Ambrosius noch von anderen Abteilungen der Beklagten eine Mitteilung, was den Inhalt des geologischen Gutachtens betrifft, geschweige denn dass der Beklagten überhaupt ein geologisches Gutachten vorliegt (Einleitungsanzeige, N 14 inkl. zitierte Beilage), dass sich am 19. Juli 2013 erneut ein Vorfall (Überschwemmungen und Steinschlag) ereignete, der zur Folge hatte, dass sich Zementblöcke im Bereich des Damms lösten, was eine Gefahr für den Pipeline-Betrieb darstellte (vgl. Einleitungsanzeige, N 13), weiter was die Vorkommnisse am Abend des 21. Juli 2013 (stärkerer Steinschlag und Überschwemmungen mit grösseren herabfallenden Brocken; Einleitungsanzeige, N 14) und letztlich was die Vorkommnisse während der Auktion am 23. Juli 2013 (Schlamm- und Gerölllawine; Einleitungsanzeige, N 15) betrifft, welche ebenfalls eine Gefahr für den Pipeline-Betrieb darstellten. Die Beklagte erhielt das Gutachten schon im Juni 2013 (ein Monat vor der Auktion), das besagt, dass nun Vorfälle wie jene im August 2012 (z.B. schwere Überschwemmungen, Wasserfälle und Steinschläge) in regelmässigen Abständen passieren könnten (Einleitungsanzeige, N 14 inkl. zitierte Beilage). Seit dem Akzept der Auktionsbedingungen einige Tage vor der Auktion, befanden sich die Klägerin 1 und die Beklagte zudem im Vertragsverhandlungsstadium. Eine Information dieser höchst relevanten Tatsachen wurde dennoch unterlassen. Die Informationspflicht der Vorfeldvereinbarung (Art. 16 MoU) wurde damit durch Unterlassen verletzt.

35 Die Bestreitung der Beklagten, dass es zeitlich nicht drauf ankommt, ob die Klägerin 1 bereits während oder erst nach der Auktion von den Ereignissen am 23. Juli 2013 informiert wurde,

da die Vertragsunterzeichnung erst im August war und sie somit noch davon hätte absehen können hinkt, da der massgebliche Zeitpunkt beim Zuschlag der Auktion liegt und nicht erst bei Vertragsunterzeichnung. Denn mit dem Zuschlag verpflichtete sich die Klägerin 1 in der Form eines Vorvertrages gemäss Art. 22 OR, einen unveränderbaren Transportvertrag (als Hauptvertrag) abzuschliessen.

Ausserdem erfolgt keine Wissenszurechnung durch den Vertreter der Klägerin 1 im Verwaltungsrat der Beklagten, weil ein Fall der unzulässigen Doppelvertretung mit Interessenskollision vorliegt und deswegen keine Wissenszurechnung stattfindet (BGE 106 Ib 145, 148; BGE 112 II 503, 506). 36

Weiter bezieht sich der Erlass der Transportpreiszahlungspflicht der Klägerin 1 nicht auch auf die Informations- und Leistungspflichten der Beklagten, da durch die Zusicherung «verbindlicher» Kapazität die Beklagte das Risiko einer Unterbrechung trägt und die Klägerin 1 im Gegenzug einen höheren Preis zahlt. Gegenleistung des Erlasses ist der Verzicht eine Herabsetzung des Transportpreises gemäss Art. 7.3 Transportvertrag oder Art. 259d OR geltend zu machen (vgl. zu den Rechtsgrundlagen unten II. analog). 37

Letztlich kann (ohne auf den Tatbestand einzugehen) an dieser Stelle der Force-Majeure-Normenkomplex gemäss Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 Transportvertrag (Aufhebung der Leistungspflicht) nicht Anwendung finden, da der vertragliche Normenkomplex den Art. 16 MoU nicht ausdrücklich in ihren Anwendungsbereich einbezieht, was analog den Zulässigkeitsregeln für Freizeichnungsklauseln erforderliche wäre (SCHWENZER, N 24.02). Ausserdem ist der Normenkomplex eng auszulegen (SCHWENZER, N 45.10), da es sich hierbei um in den Auktionsbedingungen nicht weiter verhandelbare, vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handelt (Einleitungsanzeige, N 5). Zudem erfolgte ohnehin keine rechtzeitige Ausübung des Gestaltungsrechts durch Willenserklärung: erst am 12.09.2013 wurde Force Majeure geltend gemacht (vgl. Beilage K-18 der Einleitungsanzeige), womit keine «unverzügliche» Geltendmachung vorliegt und die Beklagte ihr allfälliges Recht ihre Leistungspflicht temporär aufzuheben aufgrund der dargelegten Verletzung ihrer Obliegenheit verwirkt hat. 38

c) *Kausalität*

Bei einer Unterlassung stellt sich die Frage der hypothetischen Kausalität. Diese ist gegeben, wenn bei rechtmässigem Handeln der eingetretene Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, N 41). Bei Informationspflichten hat die Schuldnerin (hier die Beklagte) grundsätzlich die Beweislast für den Kausalzusammenhang zu tragen, dass sich der 39

Gläubiger (hier die Klägerin 1) bei korrekter Information entsprechend verhalten hätte (BGE 124 III 155, 165 f.), also hier an der Auktion nicht mitgeboten hätte.

40 Fraglich ist, ob der Schaden (Deckungseinkäufe und entgangener Gewinn), der der Klägerin 1 entstanden ist, ausgeblieben wäre, wenn die Beklagte sie rechtzeitig über alle relevanten Tatsachen aufgeklärt hätte. Die Klägerin 1 hätte niemals zu den gleichen Konditionen mitgeboten, wenn sie erstens um den Inhalt des geologischen Gutachtens, dass Unterbrechungen des Transports jederzeit möglich sind, und zweitens über die Vorfälle vom 19., 21. und 23. Juli 2013, die die Unterbrechung des Transports bewirkten, vor der Abgabe ihres Angebots während der Auktion informiert worden wäre. Die Klägerin 1 hat damit gerechnet, dass sie das Gas an ihre Käufer liefern kann. Hätte sie von den geologischen Unterbrechungsrisiken gewusst, hätte sie sich natürlich nicht binden wollen, da sie ihren Käufern gegenüber Leistung aus den Kaufverträgen schuldet und gemäss dem Transportvertrag nur eingeschränkt Schadenersatz fordern kann, um dann in der Folge die Schäden bei den Käufern zu liquidieren. Da die Klägerin 1 jedoch durch ihre Unwissenheit über die Unterbrechungsrisiken mitbot und sich dann in der Folge dazu verpflichtet hat, den (nachteiligen) Transportvertrag, der in der schädigenden Ursachenkette den «point of no return» für die Entstehung des Schadens darstellt (vgl. oben für die zeitliche Relevanz Rz. 35), abzuschliessen, ist die Kausalität gegeben.

41 Aus den oben dargelegten Gründen findet der Force-Majeure-Normenkomplex gemäss Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 Transportvertrag keine Anwendung (vgl. Rz. 38). Die rechtshindernde Einwendung, dass sog. Höhere Gewalt (Force Majeure) den Kausalzusammenhang unterbricht, ist aber auch so nicht erfolgreich, denn «Höhere Gewalt liegt vor bei einem unvorhersehbaren, aussergewöhnlichen Ereignis, das mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht (BGE 102 Ib 257, 262)» (SCHWENZER, N 20.02). Mit dem Erhalt des geologischen Gutachtens am 24. Juni 2013 (Beilage K-14 der Einleitungsanzeige) hatte die Beklagte aber Kenntnis von den lokalen geologischen Risiken, die sich nun durch Steinschläge etc. realisierten und die Transportunterbrechung und damit den Abschluss eines nachteiligen Vertrages bewirkten, so dass das Risiko einer Unterbrechung voraussehbar war.

d) Verschulden

42 Die Freizeichnungsklausel gemäss Art. 19 Transportvertrag findet aus denselben zwei Gründen wie beim Force-Majeure-Normenkomplex (Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 Transportvertrag) keine Anwendung auf Art. 16 MoU (vgl. Rz. 38).

43 Das Verschulden ist sodann bei Verletzung vertraglicher Verhaltenspflichten indiziert; es gilt ein objektivierter Fahrlässigkeitsmassstab (SCHWENZER, N 22.14 f.; N 22.18; N 22.21). Die

Beklagte hätte die Informationsunterlassungen ohne weiteres vermeiden können, hätte sie mit der zu erwartenden Sorgfalt agiert. Insofern handelte sie sogar eventualvorsätzlich, da sie die Klägerin wohl nicht schädigen wollte, sich aber bewusst war, dass das Unterlassen der Informationen zu einem nachteiligen Vertragsschluss führen wird und damit die Klägerin 1 schädigt. Pro forma sei angemerkt, dass Art. 97 Abs. 1 OR eine Beweislastumkehr für das Verschulden vorsieht.

e) *Rechtsfolge «Schadenersatz»*

Die Beklagte schuldet das Erfüllungsinteresse, also die Differenz zwischen dem Ist- 44
Zustand des klägerischen Vermögens und dem hypothetischen Soll-Zustand, wie wenn die verletzte Pflicht vertragsgemäss erfüllt worden wäre. Die Deckungseinkäufe und der entgangene Gewinn sind Ausfluss der Bindung an einen nachteiligen Vertrag aufgrund Unterlassung von Information. Demgemäss sind sie vom Erfüllungsinteresse erfasst. Die Freizeichnung entgangenen Gewinns in Art. 19.2 Transportvertrag findet auch hier wieder aus oben dargelegten Gründen keine Anwendung (vgl. Rz. 42). Die Beklagte schuldet Totalreparation durch Geldersatz in Form einer einmaligen Kapitalleistung plus Schadenszins ab dem Zeitpunkt der finanziellen Auswirkung der Schädigung, also ab Vornahme der Deckungseinkäufe und ab Kündigung der Kaufverträge, bis zum Tag der Zahlung (Art. 73 Abs. 1 OR). Eine herabsetzende Schadensbemessung ist wegen schwerem Verschulden nicht angezeigt (BGE 92 II 234, 240; 91 II 291, 297).

4. Schadenersatz wegen Verletzung des Transportvertrags (Nichtleistung)

a) *Pflichtwidrigkeit*

Am 23. Juli 2013, vor Fälligkeit der Leistung von verbindlicher Kapazität am 1. Okto- 45
ber 2013, wurde der Transport bis zum 23. Dezember eingestellt. Grund für die Unterbrechung war einerseits das Risiko der Beschädigung der Pipeline (wirtschaftliche Leistungerschwerung) und andererseits die Vorgabe der Aufsichtsbehörde (rechtliche Leistungsunmöglichkeit). Beide Unterbrechungsgründe traten noch vor Ende der Auktion am 23. Juli 2013 bei der Beklagten ein, so dass ein Fall anfänglicher subjektiver Leistungsunmöglichkeit bzw. Leistungerschwerung vorliegt, so dass nach h.L. Art. 97 Abs. 1 OR anzuwenden ist (BGE 135 III 212, 218; SCHWENZER, N 64.08). Die eigentliche Vertragsverletzung stellt die Nichtleistung von verbindlicher Kapazität zwischen dem 1. Oktober 2013 und dem 23. Dezember 2013 dar, da dieser Zeitraum die «Schnittmenge» der Nichtleistung mit der Fälligkeit der Leistungspflicht darstellt.

Es stellt sich aber die Frage, ob die Leistungspflicht aufgrund Ausübung des Force-Majeure- 46
Gestaltungsrechts gemäss Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 Transportvertrag aufgehoben ist. Die Nicht-

leistung beruht in der Tat «auf einem ausserhalb seines Einflussbereiches liegenden Hinderungsgrund ... der das Pipelinesystem direkt betrifft». Erforderlich ist aber weiter, dass der Hinderungsgrund von der Betreiberin, die «im guten Glauben versucht, ihre vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen und dabei einen Grad von Sorgfalt, Vorsicht und Voraussicht walten lässt, der von erfahrenen Betreibern im selben Geschäft in ähnlichen Umständen erwartet werden darf», «nicht vorherzusehen war und auch nicht vermieden oder überwunden werden konnte» (Art. 23.1 i.V.m. Art. 1 Transportvertrag). Die Voraussetzungen der Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit sind eng mit dem umschriebenen Mass an Sorgfalt verknüpft. Mit dem Erhalt des geologischen Gutachtens am 24. Juni 2013 (Beilage K-14 der Einleitungsanzeige) hatte die Beklagte aber Kenntnis von den lokalen geologischen Risiken, die sich nun realisierten und die Leistungshinderung bewirkten, so dass der Hinderungsgrund voraussehbar war. Bis zur Unterbrechung des Transports am 23. Juli 2013 hatte die Beklagte ganze 4 Wochen Zeit, um Stabilisierungsarbeiten vorzunehmen. Wenn man das Vorgehen der Beklagten im Jahr 2012 mit den jetzigen Anstrengungen vergleicht, so hätten vier Wochen gut ausgereicht, um die Arbeiten vorzunehmen, hätte sie die Arbeiten nicht aufgeschoben. Insofern war der Hinderungsgrund auch vermeidbar. Die Beklagte hat es Unterlassen die ihr bekannten geologischen Risiken zu beseitigen, was einer Sorgfaltspflichtverletzung gleichkommt und gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB eine Fiktion gegen den guten Glauben bewirkt. Die Beklagte trägt gemäss Art. 23.1 Transportvertrag die Beweislast für eine gegenteilige Auffassung. Sodann hat die Beklagte auch ihre Obliegenheiten von Art. 7.2 und Art. 23.2 und 23.3 Transportvertrag nicht erfüllt: einerseits hat die Beklagte nicht unverzüglich Massnahmen zur Beseitigung des Sicherheitsrisikos und der geologischen Instabilität ergriffen, sie hat erstmals am 12. September 2013 zum Vorfall vom 23. Juli 2013 Stellung genommen (Beilage K-18 der Einleitungsanzeige) und während der Unterbrechungsperiode lediglich «Absprachen» mit den Behörden unternommen (Verfügung Nr. 2, N 20), und andererseits hat sie der Klägerin 1 keine vertragsgemässe Anzeige, diese müsste zeitlich sofort mit dem Inhalt Ausmass der Reduktion/Unterbrechung, mutmassliche Dauer der Reduktion/Unterbrechung und Ursache des Force-Majeure-Umstands erfolgen, gemacht. Die Anzeige erfolgte erst am 12. September 2013 (Beilage K-18 der Einleitungsanzeige); sie erfüllt die Kriterien einer Willenserklärung. Demgegenüber erfüllt die Information auf der Webseite einerseits die Kriterien einer Willenserklärung nicht: ein Wille, dass vertragliche Rechtsfolgen mit dieser Information greifen sollen ist nicht ersichtlich und ausserdem bezeichnet die Information keine Adressaten, so dass sie auch nicht «empfangen» werden kann. Und andererseits enthält die Information nicht die Angabe der mutmasslichen Dauer der Unterbrechung: «der Transport wird so früh wie möglich

hergestellt», steht lediglich geschrieben. Auch im Brief wird die mutmassliche Dauer der Unterbrechung nicht genannt. Dem Brief ist diesbezüglich gar nichts zu entnehmen, so dass die Beklagte auch ihre Obliegenheiten verletzt hat und ihr in der Folge kein Gestaltungsrecht zusteht.

b) Kausalität

Es stellt sich die Frage, ob zwischen den entstandenen Schadenspositionen (Deckungskäufe und entgangener Gewinn) und dem Unterlassen der Leistungserbringung (als Verletzung der Leistungspflicht) ein Kausalzusammenhang besteht. Bei einer Unterlassung stellt sich die Frage der hypothetischen Kausalität. Diese ist gegeben, wenn bei rechtmässigem Handeln der eingetretene Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97, N 41). 47

Wenn eine Schuldnerin ihre Leistung erbringt, wird klassischerweise davon ausgegangen, dass der wirtschaftliche Zweck der beanspruchten Leistung (z.B. Weiterverkauf) vom Gläubiger realisiert wird. So muss auch hier unbestritten sein, dass bei vertragsgemässer Leistungserbringung die Klägerin 1 ihr Gas ihren Abnehmern geliefert hätte und damit keine Deckungskäufe hätte vornehmen und keine Verträge hätte kündigen müssen. 48

Da Art. 23 Transportvertrag anwendbar ist, wird die Dogmatik zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wegen sog. Höherer Gewalt derogiert. Wie oben unter Rz. 46 dargelegt, ist aber der Force-Majeure-Tatbestand gemäss Art. 23.1 Transportvertrag nicht gegeben, so dass auch keine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs vorliegt. 49

c) Verschulden

Die Beklagte hätte die wirtschaftliche Leistungerschwerung und die rechtliche Unmöglichkeit vermeiden können, hätte sie, wie bereits oben unter Rz. 46 dargelegt, die vertragsgemässe Sorgfalt angewendet und sofort Stabilisierungsarbeiten vorgenommen. Sie hat dies aber Unterlassen, was nicht als leicht fahrlässig zu qualifizieren ist. In einem solchen Betrieb geht eine solche Handlung nicht «einfach mal so» vergessen, wie z.B. mal ein Mail irgendwie den Server nicht verlassen hat und damit beim Empfänger nicht ankommt. Die Beklagte hat durch ihre Unterlassung eine grobe Fahrlässigkeit an den Tag gelegt. Dabei geht der Vorwurf primär an die Geschäftsführung (Art. 55 Abs. 1 ZGB) und nicht an die Mitarbeiter (Art. 101 Abs. 1 OR), wobei auch den Arbeitnehmern, insbesondere der technischen Leitung, das Unterlassen vorzuwerfen ist. 50

Die Freizeichnung gemäss Art. 19.1 Transportvertrag für leichtes Verschulden greift demgemäss nicht. 51

d) *Rechtsfolge «Schadenersatz»*

52 Die Beklagte schuldet das Erfüllungsinteresse, also die Differenz zwischen dem Ist-Zustand des klägerischen Vermögens und dem hypothetischen Soll-Zustand, wie wenn die verletzte Pflicht vertragsgemäss erfüllt worden wäre. Die Deckungseinkäufe und der entgangene Gewinn sind Ausfluss der Nichtleistung. Demgemäss sind sie vom Erfüllungsinteresse erfasst.

53 Die Freizeichnung entgangenen Gewinns in Art. 19.2 Transportvertrag findet hier Anwendung, wenn sie gültig ist. Freizeichnungsklauseln umfassen jedoch gemäss Bundesgericht keine zugesicherten Eigenschaften, sofern dies nicht ausdrücklich anders geregelt wird (vgl. BGE 4C.119/2005 vom 25.08.2005). Im vorliegenden Fall verspricht die Beklagte eine verbindliche Transportkapazität, liefert diese aber nicht. Auch findet sich in dem Transportvertrag keine anderslautende Abrede, wonach sich die Freizeichnungsklausel auch auf die zugesicherte Eigenschaft der verbindlichen Kapazität erstreckt. Somit ist im vorliegenden Fall die Freizeichnungsklausel in Art. 19.2 Transportvertrag ungültig.

54 Die Beklagte schuldet Totalreparation durch Geldersatz in Form einer einmaligen Kapitalleistung plus Schadenszins ab dem Zeitpunkt der finanziellen Auswirkung der Schädigung, also ab Vornahme der Deckungseinkäufe und ab Kündigung der Kaufverträge, bis zum Tag der Zahlung (Art. 73 Abs. 1 OR). Eine herabsetzende Schadensbemessung ist wegen schwerem Verschulden nicht angezeigt (BGE 92 II 234, 240; 91 II 291, 297).

5. Schadenersatz wegen *culpa in contrahendo*

a) *Pflichtwidrigkeit*

55 Ergibt sich nach den Vertragsverhandlungen ein Vertragsabschluss, welche sich für die eine Partei als nachteilig herausstellt, weil die andere Partei ihre Aufklärungs- und Informationspflichten verletzt hat, kommt eine Haftung in Betracht (SCHWENZER, N 47.09). Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Aufklärungs- und Informationspflicht aus Umständen, die den Entscheidungswillen einer Partei bezüglich eines Vertragsabschlusses beeinflussen können. Es sind nur diejenigen Umstände bzw. Tatsachen erheblich, über die sich die benachteiligte Partei keine Kenntnis verschaffen konnte und musste (BGE 125 III 86 E. 3c).

56 Die Klägerin 1 und die Beklagte befanden sich am 23. Juli 2013 in Vertragsverhandlungen (Auktionsbeginn um 10:00 Uhr). Dabei wurde weder etwas vom wichtigen Inhalt des geologischen Gutachtens erwähnt, noch erfolgte eine Information seitens der Klägerin 1 über die Vorfälle vor bzw. während der Auktion. Fraglich ist, ob der Beklagten eine Information der

Vorfälle vom 23. Juli noch am selben Tag zugemutet werden kann. Jedoch wusste sie bereits seit dem Empfang des geologischen Gutachtens, dass solche Vorfälle nun passieren könnten. Deshalb hätte die Beklagte wenigstens die Infos des geologischen Gutachtens offenlegen müssen, damit die Klägerin 1 sich nicht zu einem für sie nachteiligen Vertrag verpflichtet. Diese fehlenden Informationen waren für den Entscheidungswillen der Klägerin 1 relevant, da sie aufgrund von Verträgen mit Dritten auf die verbindliche Kapazität angewiesen war und dadurch auch zu solchen Konditionen mitgeboten hat. Auch konnte sich die Klägerin 1 die Informationen auf keine Weise selbst beschaffen. Die Beklagte hat es wie oben dargelegt (vgl. Rz. 34) Unterlassen die Klägerin 1 zu informieren: die Ausführungen zur Pflichtverletzung (Rz. 33 und 34), zum zeitlichen Aspekt der viel später erfolgten Information (Rz. 35), zur nicht stattfindenden Wissenszurechnung (Rz. 36), zum Erlass der Transportpreiszahlungspflicht (Rz. 37) und zum Force-Majeure-Normenkomplex (Rz. 38) gelten allesamt analog, einzig die Rechtsgrundlage der Informationspflicht ist eine andere.

b) *Kausalität*

Zur Kausalität gilt das unter Rz. 39 ff. gesagte: der einzige Unterschied liegt in der Rechtsgrundlage der Informationspflicht. 57

c) *Verschulden*

Nach h.L. gelten die gleichen Regeln wie bei Art. 97 Abs. 1 OR (HUGUENIN, N 1558), 58 so dass hier ebenfalls das oben unter Rz. 42 ff. zum Verschulden gesagte analog gilt: der einzige Unterschied liegt wiederum in der Rechtsgrundlage der Informationspflicht.

d) *Rechtsfolge «Schadenersatz»*

Die Beklagte schuldet grundsätzlich das Vertrauensinteresse, also die Differenz zwischen dem Ist-Zustand des klägerischen Vermögens und dem hypothetischen Soll-Zustand, wie wenn der Vertrag nie abgeschlossen worden wäre (HUGUENIN, N 872 und 1554). Bei grobem Verschulden kann aber aus Billigkeit auch das Erfüllungsinteresse gemäss Art. 26 Abs. 2 oder Art. 39 Abs. 2 analog geschuldet sein (SCHWENZER, N 47.13, m.w.H.). Da ein grobes Verschulden (Eventualvorsatz) vorliegt und jene Anspruchsgrundlage ohnehin nur subsidiär Anwendung findet, sollte dann billigerweise das Erfüllungsinteresse (vgl. dazu oben Rz. 44) geschuldet sein. 59

6. Fazit

Die Beklagte schuldet der Klägerin 1 Schadenersatz gemäss Rz. 44, 52 ff. und 59. Anspruchsgrundlage ist alternativ Art. 16 MoU i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR oder Art. 5 Transportvertrag i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR. Subsidiär haftet die Beklagte wegen *culpa in contrahendo*. 60

II. Transportpreis-Herabsetzung (Rechtsbegehren 4)

1. Haftung wegen Leistung unterbrechbarer Kapazität (Schlechtleistung)

61 Eine «verbindliche Kapazität» stellt gemäss Art. 2 Abs. 1 Ziff. 16 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates eine vertraglich zugesicherte, nicht unterbrechbare Kapazität dar. Demgegenüber kann eine «unterbrechbare Kapazität» gemäss Art. 2 Abs. 1 Ziff. 13 dieser Verordnung nach den im Transportvertrag festgelegten Bedingungen unterbrochen werden; der Preis der unterbrechbaren Kapazität spiegelt die Wahrscheinlichkeit einer Unterbrechung wider (Art. 14 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 715/2009). Gemäss Art. 5 des Transportvertrags (vgl. Beilage K-3 der Einleitungsanzeige), ist die Beklagte dazu verpflichtet für die ganze Vertragsdauer vom 01.10.2013 bis zum 30.09.2016 der Klägerin 1 eine verbindliche Kapazität zur Verfügung zu stellen. Dafür bezahlt die Klägerin 1 auch den entsprechend höheren Preis einer verbindlichen Kapazität.

62 Im Zeitraum vom 24.12.2013 bis zum 24.02.2014 war es unsicher, in wie weit das Gas tatsächlich durch die Notleitung transportiert werden konnte (Einleitungsanzeige, N 20). Die Beklagte hat der Klägerin 1 mitgeteilt, dass sie jederzeit mit Unterbrüchen oder reduzierter Kapazität rechnen müsse (Einleitungsanzeige, N 20). Demnach haftete das Risiko bzw. die Wahrscheinlichkeit einer Unterbrechung der Leistung von Kapazität dem ganzen Zeitraum an. Dass schlussendlich die Kapazität, dem Vertrag gemäss, zahlenmässig eingehalten werden konnte (Einleitungsanzeige, N 20), spielt für die Erfüllung der Zusicherung keine Rolle, denn bei der Zusicherung geht es einzig und allein darum, dass die Klägerin 1 keine technischen Betriebsunterbrechungsrisiken trägt und im Gegenzug dafür einen höheren Preis bezahlt. Der Aspekt der risikofreien Leistung wird so in die synallagmatischen Leistungspflichten integriert, was zur Folge hat, dass ein «eigenes» Haftungsregime Anwendung findet, nämlich das der sog. Schlechtleistung (vgl. zur Abgrenzung zur Nicht- oder Spätleistung SCHWENZER, N 67.01, m.w.H.).

63 Die Beklagte hat zwar Kapazität geleistet, konnte aber ihre Zusicherung, Kapazität ohne betriebstechnische Unterbrechungsrisiken zu leisten («verbindliche» Kapazität), nicht erfüllen, so dass eine Schlechtleistung vorliegt. Die Beklagte hätte die betriebstechnischen Unterbrechungsrisiken durch technische Hilfsmittel eliminieren müssen.

2. Rechtsgrundlagen

64 Die Klägerin 1 ersucht gemäss Rechtsbegehren 4 die Herabsetzung des monatlichen Transportpreises für den Zeitraum vom 24.12.2013 bis zum 24.02.2014. Ein Recht auf Herabsetzung statuiert Art. 97 Abs. 1 OR weder bei einer Schlechtleistung noch generell. Daher

kommt Art. 97 Abs. 1 OR als Anspruchsgrundlage vorliegend nicht in Frage. Als Rechtsgrundlagen, welche als Rechtsfolge die Herabsetzung des Entgelts für die Gegenleistung statuieren, kommen hingegen Art. 7.3 des Transportvertrags und Art. 259d OR in Frage.

Nachfolgend werden zunächst die spezifischen Anwendungsvoraussetzungen beider Rechtsgrundlagen geprüft (vgl. unten II.3. und II.4.). Im Anschluss wird auf das systematische Verhältnis beider Rechtsgrundlagen zueinander eingegangen (vgl. II.5.). 65

3. Herabsetzung gemäss Art. 259d OR

a) Anwendbarkeit des Mietrechts

Die Anwendbarkeit des Mietrechts auf den vorliegenden Sachverhalt ergibt sich aus der Natur des Vertrages. Eine Vertragsqualifikation des zwischen den Parteien als «Transportvertrag» bezeichneten Vertrags ergibt, dass es sich vorliegend nicht um einen klassischen Transport- bzw. Frachtvertrag i.S.v. Art. 440 ff. OR handelt, sondern vielmehr um einen gemischten Innominatkontrakt. Dem Vertrag fehlt insbesondere der klassische Transportmodus, also die klassische Art der Beförderung (Schiff, Luft, Strasse, Schiene). Ein internationales Transportgeschäft ist regelmässig nicht nur auf eine einzelne Transportdienstleistung beschränkt, sondern es werden verschiedene Dienstleistungen erbracht, welche aus rechtlicher Sicht unterschiedlich zu qualifizieren sind. Die unpräzise Bezeichnung als «Transportvertrag» durch die Vorformulierung der Beklagten zeitigt rechtlich jedoch keinerlei Wirkung (*falsa demonstratio non nocet*; Art. 18 OR). 66

Neben den klassischen transportrechtlichen Elementen enthält der Vertrag insbesondere eben auch mietvertragliche Elemente, die vorliegend zur Anwendung gelangen. Insbesondere ist hinsichtlich der methodenpluralistischen Rechtsanwendung auf die Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen zurückzugreifen, welche Nominatsvertragstypen in gesetzliche Einzelanordnung zerlegt und versucht, diese flexibel und sachgerecht auf Innominatverträge anzuwenden (vgl. HUGUENIN, N 3701). Gerade das Element der Schlechtleistung der Beklagten ist daher nach den einschlägigen zwingenden mietvertraglichen Bestimmungen zu beurteilen. Denn gerade vor dem Hintergrund der Zusicherung einer verbindlichen Kapazität muss die Beklagte als Betreiberin der Pipeline unbeschränkt für allfällige Leistungsstörungen haftbar gemacht werden können. Da die frachtvertragliche Haftung allerdings beschränkt ist muss auf den mietrechtlichen Charakter des Vertrages zurückgegriffen werden, um dem Einzelfall hier gerecht zu werden. 67

Die Klägerin reserviert sich über einen vertraglich bestimmten Zeitraum Transportkapazitäten, die beschränkt im Pipeline-System der Beklagten zur Verfügung stehen. Dieser Umstand 68

prägt den Vertrag entscheidend und verleiht ihm neben dem frachtvertraglichem Charakter eben auch mietrechtliche Qualität.

b) *Vorausgesetzter Gebrauch und dessen Beeinträchtigung*

69 Gemäss Art. 259d OR muss ein Mangel am Mietobjekt bestehen, welcher die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigen oder vermindern. Grundsätzlich hat der Vermieter für Mängel gemäss Art. 259a OR einzustehen. Ein Mangel liegt dann vor, wenn eine versprochene Eigenschaft fehlt, oder wenn eine Eigenschaft fehlt, die der Mieter bei dem für den vertraglichen Gebrauch tauglichen Zustand voraussetzen darf (BGE 135 III 345 E 3.3). Vorausgesetzt wird ein mittelschwerer Mangel, welcher den Gebrauch um mindestens 5% vermindert. Liegt ein kleinerer Mangel vor, muss er über einen längeren Zeitraum bestehen (BSK OR I-WEBER, Art. 259d, N 2).

70 Die in Art. 5 Transportvertrag zugesicherte Eigenschaft der Beklagten war, dass während der Laufzeit des Vertrages die *verbindliche* Kapazität in der Pipeline zur Verfügung gestellt wird. Wie bereits in Rz. 62 und 63 erläutert, kam die Klägerin 1 im Zeitraum vom 24.12.2013 bis zum 24.02.2014 jedoch nicht in den Genuss der verbindlichen sondern nur unterbrechbaren Kapazität. Dies geschah aufgrund der Nutzung der Notpipeline, da die Hauptpipeline aufgrund von Beschädigungen von der Aufsichtsbehörde nicht mehr freigegeben wurde. Die Nutzung der Notpipeline brachte gewisse technische Betriebsunterbrechungsrisiken mit sich. Diese Unterbrechungsrisiken stellen Mängel dar, welche die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch vermindern, denn die versprochene Eigenschaft der Beklagten war das zur Verfügung stellen der verbindliche Kapazität. Die Tatsache, dass die Klägerin 1 *jederzeit* mit Unterbrüchen oder reduzierter Kapazität rechnen musste rechtfertigt die Annahme, dass der Mangel 5% bei weitem übersteigt. Insbesondere musste sich die Klägerin aufgrund der Unterbrechungsrisiken Ausfälle in der Lieferung des Erdgases einplanen und entsprechend in ihrem Marktauftritt berücksichtigen, was bei faktischem Bestehen einer verbindlichen Kapazität nicht der Fall gewesen wäre.

c) *Kenntnisnahme des Mangels*

71 Des Herabsetzungsrecht entsteht sobald der Vermieter oder dessen Hilfsperson Kenntnis des Mangels hat (CHK OR-HEINRICH, Art. 259d, N 4).

72 Die Beklagte teilte den Klägerinnen mit, dass in der Zeitperiode vom 24.12.2013 bis zum 24.02.2014 mit verminderter Kapazität oder Unterbrüchen zu rechnen ist (Einleitungsanzeige, N 20). Die Beklagte hatte spätestens am 24.12.2013, wenn nicht früher, Kenntnis des Man-

gels, da ansonsten keine solche Mitteilung erfolgt wäre. Das Herabsetzungsrecht entstand also spätestens am 24.12.2013.

d) Kein Verschulden erforderlich

Ein Verschulden des Vermieters ist nicht erforderlich, jedoch schliesst ein Verschulden des Mieters den Herabsetzungsanspruch aus (HUGUENIN, N 2932). 73

Der Mangel war für die Klägerin 1 aufgrund der Informationspflichtverletzung der Beklagten nicht voraussehbar. Ein Verschulden der Klägerin 1 ist auszuschliessen. Ob die Beklagte nun ein Verschulden trifft oder nicht ist für den Anspruch irrelevant. 74

e) Willenserklärung des Mieters

Zur Durchsetzung des Herabsetzungsrechts ist eine an den Vermieter gerichtete Erklärung des Mieters erforderlich, dass die Herabsetzung des Mietzinses verlangt wird. Dies hat in der Zeit während des Bestehens des Mangels oder spätestens bis zur Beendigung des Mietverhältnisses zu erfolgen (4C.66/2001 E. 3a). 75

Im Zeitraum vom 24.12.2013 bis zum 24.02.2014 fand eine zweite Gesprächsrunde statt, bei der die Klägerinnen verlangten, dass die Transportgebühren reduziert werden (Einleitungsanzeige, N 21). Somit wurde eine Willenserklärung rechtzeitig ausgeübt. 76

f) Rechtsfolge «Herabsetzung»

Da alle Voraussetzungen des Art. 259d OR erfüllt sind, hat die Klägerin 1 ein Recht auf Herabsetzung des monatlichen Transportpreises von CHF 180'000 auf 90'000 pro Monat. Jederzeitige Unterbrüche stellen eine enorme Unsicherheit dar und es muss damit auch grundsätzlich mit einer grossen Wahrscheinlichkeit gerechnet werden, dass die verbindliche Kapazität nicht eingehalten werden kann. Deshalb erscheint eine Reduktion von 50% im vorliegenden Fall als angemessen. 77

4. Herabsetzung gemäss Art. 7.3 Transportvertrag

Gemäss Art. 7.3 des Transportvertrages, wird die monatliche Zahlungsrate anteilig angepasst, wenn die verbindliche Kapazität auf Grund von Wartung nicht eingehalten werden kann und die Wartung 480 Stunden innerhalb eines Jahres übersteigt. Dass diese Voraussetzungen erfüllt sind und die Klägerin 1 somit gestützt auf den Transportvertrag eine Herabsetzung des monatlichen Transportpreises verlangen kann, wird im Folgenden begründet. 78

Was genau alles unter den Begriff «Wartung» fällt, ist in Art. 1 Abs. 4 Transportvertrag definiert. Im Zeitraum vom 24.12.2013 bis zum 24.02.2014 musste eine Notpipeline eingerichtet und genutzt werden, weil die Hauptpipeline aufgrund von Beschädigungen nicht mehr zugelassen wurde und die Erstellung einer permanenten Umleitung andauerte. Ab dem 25.02.2014 79

konnte eine die Gefahrenzone umgehende permanente Umleitung bereitgestellt werden, welche dann auch wieder die Lieferung einer verbindlichen Transportkapazität, also ohne Unterbrechungsgefahr zulies. Die Erstellung dieser permanenten Umleitung tritt an die Stelle der Wartung der beschädigten Pipeline, weil sie ja gerade diese ersetzen soll. Somit stellt sie einen Wartungsgrund gemäss Art. 7.3 Transportvertrag dar. Die verbindliche Kapazität konnte im Zeitraum vom 24.12.2013 bis zum 24.02.2014 also auf Grund von Wartung nicht erfüllt werden. Rechnet man diese Zeitperiode in Stunden um, kommt man zum Ergebnis, dass die Grenze von 480 Wartungsstunden innerhalb von zwei Monaten um mehr als das Dreifache überschritten worden ist. Die Voraussetzung, dass die Wartung 480 Stunden innerhalb eines Jahres übersteigt ist somit zweifelsfrei erfüllt. Der Transportpreis ist demgemäss anteilig anzupassen bzw. herabzusetzen.

5. Systematisches «Zusammenspiel» der Rechtsgrundlagen

- 80 Art. 7.3 des Transportvertrags könnte aufgrund von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR als nichtig erachtet werden, da er einen Teil der vorformulierten Auktionsbedingungen darstellt, welche als AGB qualifiziert wurden (Rz. 38). Durch Art. 256 Abs. 2 lit. a OR hat Art. 259d OR einen relativ zwingenden Charakter. Das bedeutet, dass bei AGBs der Herabsetzungsanspruch nicht zu Ungunsten des Mieters beschränkt oder wegbedungen werden darf (CHK OR-HEINRICH, Art. 259d, N 1). Da Art. 7.3 Transportvertrag eine solche Beschränkung darstellen könnte, wäre sie ungültig und in der Folge einzig Art. 259d OR anzuwenden.
- 81 Wird die Vertragsklausel hingegen als eine i.S.v. Art. 256 Abs. 2 lit. a OR nicht beschränkende und damit gültige Regel verstanden, die nur im Sonderfall der Wartung Anwendung finden soll, so bliebe Art. 259d OR alternativ anwendbar. Es bliebe damit der Klägerin 1 überlassen auf welche der beiden Rechtsgrundlagen sie die Herabsetzung abstützt.
- 82 Ist dagegen anzunehmen, dass Art. 7.3 Transportvertrag den relativ zwingenden Art. 259d OR derogiert, weil die gültige Vertragsklausel als *lex specialis* zu verstehen ist, so fände lediglich Art. 7.3 Transportvertrag als Rechtsgrundlage der Herabsetzung des monatlichen Transportpreises Anwendung.
- 83 Wie dargelegt, ist es unerheblich, welche Variante man als zutreffend erachtet. Es ist zwar unklar, was die Parteien mit der Klausel mutmasslich bezweckten. Auf jeden Fall sind die Voraussetzungen beider Rechtsgrundlagen erfüllt (s. oben II.3. und II.4.) und die Rechtsfolge ist damit in jedem Fall die Herabsetzung des monatlichen Transportpreises. Die Herabsetzung sollte sich unter Bevorzugung der Privatautonomie aus Art. 7.3 des Transportvertrags ableiten.

6. Fazit

Aus den dargelegten Gründen ergibt sich, dass die zu bezahlende Transportgebühr für 84 den Zeitraum vom 24.12.2013 bis zum 24.02.2014 von CHF 180'000 auf 90'000 pro Monat herabzusetzen ist.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 1

Beilagen:

- 1) Einleitungsanzeige der Klägerinnen vom 29. Mai 2014
- 2) Einleitungsantwort der Beklagten vom 14. Juli 2014
- 3) Verfügung Nr. 1 vom 17. September 2014
- 4) Verfügung Nr. 2 vom 27. Oktober 2014