

Moot Court Team 2
Angela di Gallo
Andrea Steffen
Michele Vitali
Maurice Zemp

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

12. Dezember 2014

Klageschrift

Swiss Rules 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 2

gegen

PipeTransport AG
Baarerstrasse 145, 6300 Zug, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrte Frau Präsidentin
sehr geehrter Herr Dr. Vollenweider
sehr geehrte Frau Dr. Roth

namens und mit Vollmacht der Klägerin 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 29. Mai 2014 zu bezahlen;
2. [analoges Begehren der Klägerin 2];
3. [analoges Begehren der Klägerin 3];
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. [analoges Begehren der Klägerin 2];
6. [analoges Begehren der Klägerin 3];
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis.....	V
Literaturverzeichnis	VI
Entscheidverzeichnis	IX
Materialienverzeichnis.....	XII
A. PROZESSUALES.....	1
I. Anwendbares Recht.....	1
1. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung.....	1
a) Formelle Gültigkeit.....	2
b) Materielle Gültigkeit.....	2
II. Vereinigung von Verfahren	3
III. Teilnahme aller Klägerinnen am Schiedsverfahren.....	3
IV. Fazit: Die Prozesse sind zu vereinen und es können neben dem Transportvertrag weitere Ansprüche geltend gemacht werden.....	4
B. SCHADENERSATZPFLICHT FÜR DIE ERSTE PERIODE	4
I. Aufgrund Informationspflichtverletzung aus MoU.....	4
1. Vertragliche Pflicht aus dem MoU	5
2. Pflichtverletzung	5
3. Haftung aufgrund Vertragsverletzung nach OR 97	6
a) Natürlich- und adäquat kausaler Schaden.....	6
b) Verschulden	7
4. Aufklärungspflichtverletzung aus culpa in contrahendo.....	7
5. Fazit: Schadenersatzpflicht aus OR 97 sowie aus culpa in contrahendo	8
II. Ansprüche aus dem Transportvertrag.....	8
1. Qualifikation des Transportvertrages.....	8
2. Gültigkeit des Vertrags	9
3. Unverbindlichkeit wegen absichtlicher Täuschung nach OR 28	9
a) Absichtliche Täuschungshandlung	9
b) Kausaler Motivirrtum	10

4.	Eventualiter: Unverbindlichkeit aufgrund Grundlagenirrtums	11
a)	Qualifizierter Motivirrtum	11
b)	subjektive Wesentlichkeit.....	11
c)	objektive Wesentlichkeit.....	12
d)	Erkennbarkeit.....	12
5.	Fazit: Keine vertraglichen Ansprüche.....	12
III.	Schadenersatz aus culpa in contrahendo	12
1.	Haftung aus culpa in contrahendo.....	13
a)	Nichtzustandekommen des Vertrages.....	13
b)	Pflichtverletzung.....	13
c)	Schaden.....	14
d)	Hypothetischer Kausalzusammenhang und grobes Verschulden.....	14
2.	Fazit: Haftung aus culpa in contrahendo gegeben	15
IV.	Schadenersatz aus OR 41.....	15
1.	Haftung aus unerlaubter Handlung nach OR 41	15
2.	Fazit: Schadenersatzpflicht nach OR 41 gegeben	15
V.	Entkräftung des geltend gemachten „Force Majeure“	15
1.	Keine Anwendung von Force Majeure aus OR 119	15
2.	Kein Force Majeure aus Vertrag	16
VI.	Fazit: Die Beklagte ist für die Positionen A und B schadenersatzpflichtig.....	17
C.	PREISREDUKTION FÜR DIE ZWEITE PERIODE	17
I.	Zustandekommen des Vertrags durch konkludente Willensäußerung	17
1.	Ungültige Einrede der Beklagten bzgl. korrekter Erfüllung	18
2.	Zwischenfazit	19
II.	Eventualiter: Reduktion des Transportpreises durch Vertragsverletzung	19
1.	Herabsetzung durch analoge Anwendung der Miete	19
2.	Keine Berufung der Beklagten auf Force Majeure aus dem Vertrag möglich.....	20
III.	Fazit.....	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
c.i.c.	culpa in contrahendo
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
ed.	edition
etc.	et cetera
ff.	und folgende
f.	folgende
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR/RS 291)
i.V.m.	in Verbindung mit
MoU	Memorandum of Understanding
N	Randnote
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR/RS 220)
obj.	objektiv
resp.	respektiv
Rn.	Randnote
Rz.	Randziffer
S.	Seite
sog.	sogenannt, sogenannte
subj.	subjektiv
TV	Transportvertrag
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR/RS 210)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

Literaturverzeichnis

BERGER/KELLERHALS

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

[Rz. 7, 10]

BK -BREHM

BREHM ROLAND, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Aufl., Bern 2013

[Rz. 74]

BK-SCHMIDLIN

SCHMIDLIN BRUNO, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Aufl. Bern 2013

[Rz. 46, 47]

BSK IPRG-BEARBEITERIN

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

[Rz. 3, 7, 11, 15]

BSK OR I-BEARBEITERIN

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 5. Aufl., Basel 2011

[Rz. 97]

- GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID
JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obliga-
tionenrecht – Allgemeiner Teil (Band II), 10. Aufl.
Zürich 2008
[Rz. 45]
- GIRSBERGER/VOSER GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International
Arbitration in Switzerland, 2nd ed., Zü-
rich/Basel/Geneva 2012
[Rz. 7, 9]
- GUHL/BEARBEITERIN GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht,
9. Aufl. Zürich 2000
[Rz. 64]
- Honsell OR-BEARBEITERIN HONSELL HEINRICH, Kurzkomentar Obligationen-
recht Art. 1-1186 OR, Basel 2014
[Rz. 78]
- HUGUENIN HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner
und Besonderer Teil, 2. Aufl. Zürich 2014
[Rz. 21, 29, 30, 32, 34, 36ff., 47, 51, 53, 55, 58ff.,
65, 67, 69ff., 73, 74, 89, 92, 95, 96, 97]
- POUDRET/BESSON POUDRET JEAN-FRANCOIS/BESSON SÉBASTIEN,
Comparative Law Of International Arbitration, 3rd
ed., Biggleswade 2014
[Rz. 9, 12]
- RÜEDE/HADENFELDT RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizeri-
sches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993
[Rz. 3, 6]

SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN	SCHNYDER ANTON/PORTMANN WOLFGANG, MÜLLER-CHEN MARKUS, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl. Zürich 2013 [Rz. 75]
SCHWENZER	SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012 [Rz. 34, 45, 46, 48, 51, 62, 89]
SUTTER-SOMM	SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2011 [Rz. 3, 5, 6]
Swiss Rules-BEARBEITERIN	ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP, Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, 2. Aufl. Zürich 2013 [Rz. 13, 14, 15, 16]
WALTER/DOMEJ	WALTER GERHARD/DOMEJ TANJA, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl., Bern 2012 [Rz. 5]

Entscheidverzeichnis

BGE 36 II 193	Arrêt du 26 mai 1910 [Rz. 62]
BGE 52 II 284	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 12. Juli 1926 [Rz. 89]
BGE 82 II 397	Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 24. Mai 1956 [Rz. 29]
BGE 92 II 335	Arrêt de la Ire Cour civile du 6 décembre 1966 [Rz. 47]
BGE 105 II 75	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 6. Februar 1979 [Rz. 32, 64f.]
BGE 108 II 305	Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 8. Juni 1982 [Rz. 64]
BGE 110 II 293	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 29. Mai 1984 [Rz. 56]
BGE 111 Ia 76	Arrêt de la Ire Cour civile du 14 mars 1985 [Rz. 64]

BGE 113 Ib 420	Beschluss der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 8. Dezember 1987 [Rz. 74]
BGE 116 II 431	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 22. Mai 1990 [Rz. 45]
BGE 116 II 685	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 17. Dezember 1990 [Rz. 45]
BGE 117 II 218	Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 11. Juli 1991 [Rz. 47]
BGE 121 III 118	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 26. April 1995 [Rz. 21]
BGE 125 III 86	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 11. Dezember 1998 [Rz. 64]
BGE 129 III 331	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 25. März 2003 [Rz. 29]
BGE 129 III 675	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 08 Juli 2003 [Rz. 9, 10, 14]

BGE 130 III 66	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 21. November 2003 [Rz. 7, 9, 10]
BGE 132 III 24	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 31. August 2005 [Rz. 32]
BGE 132 III 379	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2005 [Rz. 75]
BGer 4P.54/2002	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 24. Juni 2002 [Rz. 3]
BGer 4C.384/2005	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 22. März 2006 [Rz. 32, 97]

Materialienverzeichnis

Botschaft IPRG

Bundesamt für Justiz, Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, 10. November 1982

[Rz. 6]

Rechteck.ch/Vorvertrag

<http://www.rechteck.uzh.ch/content.php?id=224&sid=838¬iceid=1659&kp=4&has_lect=1#838>, zuletzt besucht am 10.12.2014

[Rz. 20]

A. Prozessuales

- 1 Die Beklagte erhebt in ihrer Einleitungsantwort die Einrede, die Klägerinnen hätten je ein separates Verfahren auf der Grundlage der selbständigen Transportverträge (nachfolgend TV; Beilage K-3) und des Memorandum of Understanding (nachfolgend MoU; Beilage K-2) einleiten müssen. Sie beruft sich dabei auf unterschiedliche Rechts- und Sachlagen und verlangt in den verschiedenen Verfahren einen anderen Schiedsrichter bestellen zu dürfen. Dabei stützt sie sich auf Art. 4 Abs. 1 der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer (nachfolgend Swiss Rules).
- 2 Ausserdem wendet die Beklagte ein, dass die Klägerin 1 im Verfahren nur Ansprüche aus dem TV geltend machen könne. Es wird vorgebracht, dass die Schiedsklauseln des TV bzw. des MoU aufgrund des unterschiedlichen Sitzes (Zug/ Zürich) nicht kompatibel sind und daher nicht gemeinsam behandelt werden können.

I. Anwendbares Recht

- 3 Im Streitfall handelt es sich um eine Streitigkeit zwischen einem Schweizer Unternehmen und Unternehmen aus Deutschland, Frankreich und Russland. Gemäss Art. 353 Abs. 2 ZPO kommt die Regelung des IPRG für Schiedsverfahren in der Schweiz zur Anwendung, wenn ein internationaler Sachverhalt vorliegt. Darauf folgend ergibt sich die internationale Zuständigkeit aus Art. 176 Abs. 1 IPRG. Nach diesem Artikel liegt ein internationaler Schiedsfall vor, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung zumindest eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hat (SUTTER-SOMM, N 1596; RÜEDE/HADENFELDT, S. 11; BGer 4P.54/2002 E. 2; BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, Art. 176, N 33f.).
- 4 Aus den Adressen der klagenden Unternehmen lässt sich schliessen, dass die tatsächliche Verwaltung der Gesellschaften in den jeweiligen Ländern Deutschland, Frankreich, Russland und der Schweiz liegt. Demzufolge liegt hier ein internationaler Schiedsfall vor, womit die Art. 176 ff. IPRG zur Anwendung gelangen. Nach Art. 187 Abs. 1 IPRG richtet sich das Schiedsgericht an das von den Parteien gewählte Recht. Dies ist gem. Art. 33.1 TV und Art. 30 des MoU Schweizer Recht.

1. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

- 5 Ein Schiedsgericht wird zur Beurteilung einer Streitsache tätig, wenn die Parteien eine Schiedsvereinbarung getroffen haben, welche als prozessrechtlicher Vertrag angesehen werden kann (SUTTER-SOMM, N 1615; WALTER/DOMEJ, S. 586). Abgeschlossen ist die

Schiedsvereinbarung bei Unterzeichnung der jeweiligen Verträge, welche die Klausel beinhaltet (RUEDE/HADENFELDT, S. 12). Dabei wird die subjektive und objektive Schiedsfähigkeit verlangt.

- 6 Da die Parteien unbestritten juristische Personen sind, ist die subjektive Schiedsfähigkeit gegeben (BERGER/KELLERHALS, N 324). Damit die objektive Schiedsfähigkeit gegeben ist, muss nach Art. 177 Abs. 1 IPRG eine vermögensrechtliche Sache vorliegen (SUTTER-SOMM, N 1606). Aus der Botschaft zum IPRG lässt sich schliessen, dass alle schuldrechtlichen Ansprüche aus einem Vertrag darunter fallen (Botschaft IPRG, I 301). Die Klägerinnen machen einen Schaden aus der Verletzung eines Vertrages im Umfang von 2'320'000 CHF geltend. Somit kann auch die objektive Schiedsfähigkeit bejaht werden.

a) Formelle Gültigkeit

- 7 Nach Art. 178 Abs. 1 IPRG wird die Schiedsvereinbarung schriftlich oder zumindest durch Text verlangt (BERGER/KELLERHALS, N 323; GIRSBERGER/VOSER, N 215). Das Formerfordernis bezieht sich mindestens auf die Abrede der schiedsgerichtlichen Streitentscheidung und die Bezeichnung des Rechtsstreites (BGE 130 III 66 E. 3; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178, N 9; BERGER/KELLERHALS, N 405).
- 8 Laut TV und MoU vereinbarten die Parteien „alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten und Ansprüche“ durch ein Schiedsgericht zu beurteilen lassen. Diese Abmachung gewährt die Schriftform und ist genügend bestimmt, damit die formelle Gültigkeit eingehalten wurde.

b) Materielle Gültigkeit

- 9 Nach Art. 178 Abs. 2 IPRG müssen sich die Parteien darauf einigen künftige Streitigkeiten einem Schiedsgericht zu unterstellen. Wie üblich braucht es auch bei der Schiedsvereinbarung die Übereinstimmung über die essentialia negotii (GIRSBERGER/VOSER, N 296; BGE 129 III 675 E. 2; BGE 130 III 66 E. 3.1; POUURET/BESSON, N 153 ff.).
- 10 In der Schiedsvereinbarung müssen Sprache, Sitz und Anzahl Schiedsrichter vereinbart werden (BERGER/KELLERHALS, N 273/ 298ff.). Für die Auslegung einer Schiedsvereinbarung massgebend ist das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien. Kann dieses nicht festgestellt werden, zählt der mutmassliche Parteiwille, welcher vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben so verstanden werden durfte und musste (BGE 130 III 66 E. 3.2; BGE 129 III 675 E. 2.3).
- 11 Die Klägerinnen stützten sich primär auf die Schiedsgerichtsklausel der jeweiligen TV (Art. 33.2 TV) und die gleichlautende Klausel der Auktionsbedingungen. Darin haben sich die Parteien über Sprache, Sitz und Anzahl der Schiedsrichter geeinigt. Sekundär berufen sie sich auf Art. 23 der Statuten der Beklagten (Beilage K-1) und Art. 30 des MoU, in welchen sich

die Parteien ebenfalls über Sprache, Sitz und Anzahl der Schiedsrichter geeinigt haben. Die materielle Gültigkeit ist gegeben. Gemäss Art. 186 Abs. 1 IPRG entscheidet das Schiedsgericht in Folge einer Kompetenz-Kompetenz selbst über seine Zuständigkeit (BSK IPRG - SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186, N 2f.). Dies ist im konkreten Fall gegeben.

II. Vereinigung von Verfahren

- 12 Artikel 4 der Swiss Rules befasst sich mit der Vereinigung von Verfahren. Um verschiedene Verträge von einem Schiedsgericht in einem einzigen Verfahren vereinen zu können, sollte eine ökonomische Verbindung zwischen den Verträgen bestehen und die Streitsache sollte eine möglichst untrennbare Natur aufweisen (POUDRET/BESSON, N 309). Der TV sowie das MoU beziehen sich auf die Kapazität für den Transport von Erdgas. Eine Nähe der Verträge ist folglich zu bejahen.
- 13 Die Parteien haben sich mit den Swiss Rules einverstanden erklärt. Folglich kann das Gericht gem. Art. 4 Swiss Rules eine neue Streitsache mit einer hängigen Streitsache vereinen (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4, N 25). Sobald es die Effizienz der Prozesse steigert und es sich um gleichartige Rechtsstreite handelt ist die Vereinigung der Verfahren legitim (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4, N 29). Würde die Klägerin 1 für ihre Ansprüche aus dem MoU bzw. dem TV je eine separate Klage einreichen, würde das Gericht diese somit ohnehin vereinen.
- 14 Die Vereinigung von Verfahren ist nicht nur auf solche beschränkt, welche den gleichen Sitz des Schiedsgerichts angegeben haben. Wenn die zu vereinigenden Streitigkeiten bezüglich Sitz des Schiedsgerichtes nicht einheitlich sind, liegt es im Ermessen des Gerichtes, ob die Prozesse zu vereinen sind oder nicht (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4, N 31). Dabei ist wieder nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 129 III 675 E. 2.1) Solange aber alle Vereinbarungen einen Sitz in der Schweiz vorsehen und dabei die gleiche Verfahrenssprache vereinbart wurde, ist eine Vereinigung nicht problematisch (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4, N 31). Demnach hat das Schiedsgericht sämtliche Ansprüche aus der Verletzung des TV, des MoU sowie allfällige Ansprüche aus den Statuten zu beurteilen.

III. Teilnahme aller Klägerinnen am Schiedsverfahren

- 15 Es kann sinnvoll erscheinen mehrere inhaltlich zusammenhängende Prozesse vor einem einzigen Schiedsgericht durchzuführen. Ein solches Mehrparteienschiedsverfahren ist im Interesse der Verfahrensökonomie und zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile durchzuführen (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4, N 29; BSK IPRG - SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186, N 68).
- 16 Dadurch, dass sich die Parteien mit den Swiss Rules einverstanden erklärt haben (Art. 30 MoU; Art 33.2 TV), haben sie von vornherein zugestimmt, dass das Gericht verschiedene

Streitigkeiten von verschiedenen Parteien vereinen kann. Damit einhergehend haben sie gem. Art. 4 Ziff. 1 der Swiss Rules auf ihr Recht verzichtet, einen Schiedsrichter zu wählen (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4, N 35). Auf die Einwendung der beklagten Partei auf ihr Recht bei jedem Verfahren einen anderen Schiedsrichter zu wählen, kann daher nicht eingegangen werden. Weiter ist es bei einem Mehrparteienschiedsverfahren wichtig, dass die zu verbindenden Streitigkeiten eng miteinander zusammenhängen und dass es durch die Verbindung zu keinen Verspätungen des Erstprozesses kommt (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4, N 28).

- 17 Die Klägerinnen 1-3 haben am 29. Mai 2014 alle ein identisches Rechtsbegehren gestellt, womit das Kriterium der engen Verbundenheit gegeben ist. Weiter ist nicht ersichtlich, warum eine Verbindung der drei Prozesse zu einer Verzögerung führen sollte.

IV. Fazit: Die Prozesse sind zu vereinen und es können neben dem Transportvertrag weitere Ansprüche geltend gemacht werden

- 18 Durch die gültigen Schiedsvereinbarungen in den Transportverträgen, dem MoU sowie den Statuten ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegeben. Aufgrund der inhaltlichen Nähe der Verträge sind die Ansprüche aus dem MoU und jene aus den Transportverträgen vom Gericht nach Art. 4 der Swiss Rules zu vereinen, womit das Schiedsgericht in einem Verfahren über alle Ansprüche zu befinden hat. Da es sich bei den Rechtsbegehren der Klägerinnen 1-3 inhaltlich um zusammenhängende Prozesse handelt, gibt es zudem keinen Grund von einer Teilnahme aller Klägerinnen an ein und demselben Verfahren abzusehen.

B. Schadenersatzpflicht für die erste Periode

- 19 Die Beklagte bringt in ihrer Einleitungsantwort vor, dass es für eine Schadensersatzforderung von der Klägerin an einer Pflichtverletzung fehle, da der Klägerin für die erste Periode der Transportpreis erlassen wurde. Die Schadensersatzforderung ergibt sich aber zum einen aus der im MoU statuierten Informations- und Aufklärungspflicht und zum anderen aus dem TV bzw. aus culpa in contrahendo.

I. Aufgrund Informationspflichtverletzung aus MoU

- 20 Ein Memorandum of Understanding ist grundsätzlich eine verschriftlichte Absichtserklärung, welche meist nicht verbindlich ist. Daraus können keine Rechte und Pflichten abgeleitet werden (Rechteck.ch/Vorvertrag). Konkret handelt es sich aber bei dem so bezeichneten Schriftstück (Beilage K-2) nicht um ein Memorandum of Understanding im klassischen Sinne, sondern aufgrund des Inhalts vielmehr um eine rechtsverbindliche Vereinbarung. Wie in Beilage

K-2 ersichtlich, wurde diese Vereinbarung sowohl von der Klägerin als auch der Beklagten unterzeichnet.

1. Vertragliche Pflicht aus dem MoU

- 21 Die blossе Falschbenennung eines Vertrages ändert nach Art. 18 Abs. 2 OR nicht seine Wirksamkeit (HUGUENIN, N 189; BGE 121 III 118 E. 4b). Die Parteien haben unter anderem in Art. 16 MoU eine Informationspflicht vereinbart sowie in Art. 30 eine explizite Regelung festgelegt, wie Streitigkeiten und Ansprüche, insbesondere Verletzungen der Vereinbarung, geregelt werden sollen. Damit haben sie das MoU zu einer rechtsverbindlichen Vereinbarung gemacht, womit vertragliche Pflichten entstehen. Eine Verletzung der rechtsverbindlichen Vereinbarung führt i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR zu einer Schadenersatzpflicht.
- 22 Obwohl das MoU primär auf der Ebene zwischen den Gesellschaftern und der Beklagten wirkt, kann sich die Klägerin als Kundin auf das MoU berufen. Wie im MoU explizit erwähnt, wurde die PipeTransport AG insbesondere zum Zweck gegründet für die Gesellschafter Erdgas zu transportieren und zu lagern. Das MoU wurde also im Wissen darüber aufgesetzt, dass die Gesellschafter als spätere Kunden ein besonderes Informationsbedürfnis haben werden.

2. Pflichtverletzung

- 23 Die vertragliche Informationspflicht leitet sich wie gesehen aus Art. 16 des MoU ab. Dadurch, dass die Beklagte die Klägerin weder unverzüglich noch vollständig über das geologische Gutachten (Beilage K-17) und die Vorkommnisse vom 19. und 21. Juli 2013 (Rz. 13/14 der Einleitungsanzeige) informiert hat, wurde Art. 16 des MoU verletzt.
- 24 Obwohl die Beklagte bereits im Juni 2013 das geologische Gutachten erhielt, hat sie die Klägerin bewusst nicht über dessen Bestehen, dessen Inhalt und die daraus abgeleiteten Konsequenzen informiert. Das geologische Gutachten enthält wichtige betriebsrelevante Informationen, welche gemäss Art. 16 MoU *unverzüglich* anzuzeigen gewesen wären. Gemäss Beilage K-14 informierte die Beklagte am 22. Juli 2013 nur intern darüber, dass es am Tag zuvor zu Überschwemmungen und Steinschlägen im Retezatgebirge gekommen ist und dass der Transport deshalb unterbrochen werden musste. Zudem macht die Beklagte in diesem internen Mail darauf aufmerksam, dass es gemäss geologischem Gutachten nun regelmässig zu solchen Vorfällen kommen kann. Eine solche Information hätte gemäss Art. 16 MoU unverzüglich – d.h. noch am gleichen Tag – erfolgen müssen.
- 25 Am 23. Juli 2013 wurde die Pipeline durch eine gewaltige Gerölllawine dermassen beschädigt (Beilage K-15 und K-16), dass die Beklagte nicht mehr in der Lage war den Gastransport

zu gewährleisten. Diese Informationen wären der Klägerin nach Art. 16 MoU auf jeden Fall mitzuteilen gewesen.

- 26 Allfällige Einwände der Beklagten, wonach sie ihrer Informationspflicht am 23. Juli 2013 nachgekommen sei, indem sie auf ihrer Homepage eine Mitteilung aufgeschaltet hat, sind abzuweisen. Zum einen ist diese Information (Beilage K-17) falsch. So wird auf der Homepage nur von der Gefahr eines Steinschlages und der Möglichkeit einer Beschädigung gesprochen, obwohl die Klägerin zu diesem Zeitpunkt bereits wusste, dass es bereits zu Steinschlägen gekommen ist (Beilage K-14) und dass die Pipeline am 23. Juli 2013 um 10.30 Uhr sowie um 15.30 Uhr durch Gerölllawinen stark beschädigt wurde. Zum anderen wurde die Klägerin entgegen der gewöhnlichen Praxis nur indirekt über die Homepage der Beklagten informiert. Bis zu diesem Zeitpunkt hat die Beklagte die Klägerin immer explizit und persönlich per Mail informiert.
- 27 Es liegt somit eine klare Verletzung von Art. 16 MoU vor, indem die Beklagte pflichtwidrig untätig blieb und die Klägerin nicht wie vereinbart und auf verlässlichem Wege informiert hat.

3. Haftung aufgrund Vertragsverletzung nach OR 97

- 28 Für die Haftung aus Vertragsverletzung nach Art. 97 OR braucht es eine verschuldete Vertragsverletzung, welche kausal einen Schaden beim Kläger verursacht. Die Vertragsverletzung wurde unter Rz. 23ff. bereits festgestellt, womit noch der kausale Schaden nachzuweisen ist.

a) Natürlich- und adäquat kausaler Schaden

- 29 Durch die Pflichtverletzung der Beklagten ist der Klägerin Schaden entstanden. Ein Schaden ist die unfreiwillige Verminderung des Gläubigervermögens durch Zunahme der Passiven, Verminderung der Aktiven oder durch entgangenen Gewinn (HUGUENIN, N 876; BGE 129 III 331 E. 2a). Der Schaden entspricht also der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, der das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (HUGUENIN, N 876). Wäre die Klägerin vollständig und richtig informiert worden, hätte sie die Schadenpositionen A und B nicht erlitten, womit ihr Vermögen ohne schädigendes Ereignis höher gewesen wäre. Die Klägerin musste aufgrund der Vertragsverletzung Folgeverträge kündigen, womit sie auf sicher in Aussicht stehende Gewinne verzichten musste (BGE 82 II 397 E. 6).
- 30 Die Pflichtverletzung muss weiter natürlich und adäquat kausal für den Schaden sein. Im Falle des Unterlassens einer Pflicht braucht es die sog. hypothetische Kausalität (HUGUENIN, N 1556). Es muss gefragt werden, ob der Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und

der allgemeinen Lebenserfahrung nicht eingetreten wäre, wenn der Schädiger die rechtlich gebotene Handlung vorgenommen hätte (HUGUENIN, N 1924). Es stellt sich also konkret die Frage, ob die Klägerin den Schaden auch erlitten hätte, wenn die Beklagte sie ehrlich und richtig über die Vorkommnisse und die Situation im Gebiet des Retezatgebirges informiert hätte. Hätte die Beklagte die Klägerin über die Erkenntnisse des geologischen Gutachtens und/oder die Ereignisse vor und während der Auktion informiert, und so ihre Informationspflicht gewahrt, hätte sie den Vertrag nicht abgeschlossen und genügend Zeit gehabt, geeignete Alternativen zu finden.

b) Verschulden

- 31 Das Verschulden wird gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Zudem ist es offensichtlich, dass die Vertragsverletzung durch die Falschinformation (Beilage K-17: unwahre Informationen, unpersönlicher und ungewöhnlicher Informationskanal) sowie die Nichtinformation (geologisches Gutachten; vgl. Beilage K-14, Verschweigen von Beilage K-15 sowie Beilage K-16) mindestens eventualvorsätzlich von der Beklagten getätigt wurden.

4. Aufklärungspflichtverletzung aus culpa in contrahendo

- 32 Die Auktionsbedingungen wurden am 16. Juli 2013 unterschrieben. Daraus kann man schliessen, dass sich die Parteien spätestens ab dessen Unterzeichnung in den Vertragsverhandlungen befanden. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. Art. 2 Abs. 1 ZGB lassen sich Pflichten ableiten, aufgrund derer sich die Parteien im geschäftlichen Kontakt auf erhöhtes Vertrauen verlassen dürfen (HUGUENIN, N 1539). Die Parteien haben sich im Rahmen der Vertragsverhandlungen über alle Umstände aufzuklären die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss als solchen beeinflussen könnten (BGE 105 II 75 E. 2a; BGE 132 III 24 E. 6.1.2). Die Verhandlungspartner sollen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen vertrauen dürfen (BGer 4C.320/2002 E. 3.2.).
- 33 Eine Pflichtverletzung kann somit auch aus culpa in contrahendo (nachfolgend c.i.c.) abgeleitet werden, da die Beklagte die vorvertragliche Aufklärungs- und Informationspflicht verletzt hat. Eine Information über den momentan schlechten Zustand der Leitung und dessen Folge hat die Beklagte offensichtlich unterlassen. Da eine intakte und sichere Pipeline essentiell für den Transport von Gas ist, hätte die Klägerin den Vertrag im Wissen um die beschädigte Leitung nicht geschlossen. Stattdessen schloss die Klägerin den Vertrag im Vertrauen, dass mit der Leitung alles in Ordnung sei. Somit wird die Beklagte aus der Verletzung der Informationspflicht aus c.i.c. schadenersatzpflichtig.

5. Fazit: Schadenersatzpflicht aus OR 97 sowie aus culpa in contrahendo

- 34 Die Beklagte haftet der Klägerin aufgrund Verletzung von vorvertraglichen Pflichten aus c.i.c. und aufgrund der Verletzung des MoU nach Art. 97 OR auf Schadenersatz. Die Klägerin hat demnach Anspruch auf das positive Vertragsinteresse, womit sie so zu stellen ist, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre (HUGUENIN, N 902). Konkret bedeutet dies, dass die Klägerin so zu stellen ist, wie wenn sie richtig und rechtzeitig – d.h. so wie im MoU vorgesehen – informiert worden wäre. Aus der c.i.c. erfolgt der Schadenersatz grundsätzlich auf das negative Interesse, wobei das positive Vertragsinteresse bei groben Verschulden zugesprochen wird (SCHWENZER, N 47.13). Da die Beklagte eine erhebliche Tatsache über die Eigenschaft der Leitung wissentlich verschwiegen hat, führte dies bei der Klägerin zum Vertragsschluss. Die Beklagte trifft demnach ein grobes Verschulden am Schaden der Klägerin.
- 35 Wie bei der Feststellung der Kausalität gesehen, hätte die Klägerin ohne Vertragsverletzung durch die Beklagte keinen Schaden aufgrund von teureren Deckungskäufen (Schadensposition A) gehabt und hätte keine Folgeverträge kündigen müssen, womit auch der Schaden aufgrund von entgangenem Gewinn (Schadensposition B) nicht eingetreten wäre.

II. Ansprüche aus dem Transportvertrag

- 36 Damit die Klägerin vertragliche Ansprüche aus TV ableiten kann, muss dieser gültig zustande gekommen sein. Der Vertrag ist demnach in einem ersten Schritt zu qualifizieren, damit man den gesetzlichen Rahmen des Vertrags sowie die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten identifizieren kann (HUGUENIN, N 3670). Anschliessend ist der Vertrag auf seine Gültigkeit hin zu überprüfen.

1. Qualifikation des Transportvertrages

- 37 Im Obligationenrecht gilt gem. Art. 19 und 20 OR die Inhaltsfreiheit (HUGUENIN, N 392ff.). Der TV kann nicht zwanglos einem Vertrag des Besonderen Teils des OR zugeordnet werden (HUGUENIN, N 3663). Dieser ist somit als kontrakt zu qualifizieren. Innominatkontrakte erfahren analoge Anwendung bestimmter Normen oder Normgruppen.
- 38 Die Hauptleistungspflicht der Beklagten ist im vorliegenden Fall gem. Art. 5 TV das Reservieren einer Kapazität, welche verbindlich zur Verfügung gestellt wird. Die Bezeichnungen „Befrachter“ und „Betreiber“ führen zur Vermutung, dass ein Frachtvertrag gemäss Art. 440-457 OR vorliegt. Dabei verpflichtet sich der Frachtführer für den Transport von Sachen. Die Hauptleistung der Absenderin (Befrachterin) ist die Bezahlung eines Frachtlohns (HUGUENIN, N 3499). Die Hauptleistungspflichten stimmen somit im konkreten Fall mit den Hauptleistungspflichten des Frachtvertrags überein. Die Beklagte stellt der Klägerin Kapazität zur Verfügung und die Klägerin verpflichtet sich im Gegenzug zur Zahlung eines Transportpreises in

Höhe von CHF 180'000.-/Monat (Art. 12 TV). Folglich sind die Bestimmungen des Frachtvertrags sinngemäss anwendbar. Zudem kommen gemäss Art. 440 Abs. 2 OR subsidiär die Vorschriften des Auftrags zur Anwendung.

- 39 Weiter enthält der vorliegende TV Elemente des Mietvertrages nach Art. 253 ff. OR. Ähnlich wie bei der Miete verpflichtet sich die Beklagte, die Pipeline der Klägerin entgeltlich zum Gebrauch zu überlassen (vgl. HUGUENIN, N 2890). Im Gegenzug für die Benutzung der Pipeline schuldet die Mieterin der Vermieterin im konkreten Fall CHF 180'000.- /Monat.

2. Gültigkeit des Vertrags

- 40 Damit ein Vertrag gültig zustande kommt, braucht es neben der Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie des Rechtsbindungswillens der Parteien nach Art. 1 OR übereinstimmende Willenserklärungen (HUGUENIN, N 140). Das Vorhandensein dieser Voraussetzungen ist nicht bestritten. Fraglich ist vielmehr, ob der Wille der Klägerin mangelfrei gebildet wurde.
- 41 Aus den Akten geht hervor, wie zeitnah und detailliert die Kunden bis zum Zeitpunkt des 15. Januar 2013 jeweils über Vorkommnisse rund um Wartungsarbeiten und Steinschläge etc. informiert wurden. Die Information über das geologische Gutachten im Juni 2013 unterblieb jedoch gänzlich und die Information über die Vorfälle vom 19. und 21. Juli 2013 vor Vertragsschluss hat nicht mehr richtig stattgefunden. Demnach hat die Beklagte es offenbar absichtlich unterlassen die Klägerin richtig zu den Vorfällen zu informieren, damit sie mit ihr einen Vertrag abschloss. Die Beklagte veröffentlichte am Auktionstag auf ihrer Homepage eine Information, wonach es zu einer Unterbrechung des Transportes aufgrund von starken Gewittern und des Risikos von Steinschlag kam. Weiter behauptete sie, der Transport sei als reine Sicherheitsmassnahme durch sie selbst unterbrochen worden (Beilage K-17).
- 42 Dadurch, dass die Beklagte die falsche Information entgegen der bisherigen Praxis nur via Homepage mitgeteilt hat, wurde die Annahme der Klägerin bestärkt, dass es sich bei diesen Ereignissen nur um kleine, unbedeutende Vorfälle handelte.
- 43 Der Vertrag könnte somit aufgrund absichtlicher Täuschung (OR 28) sowie Grundlagenirrtum (Art. 23 OR i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) für die Klägerin unverbindlich sein.

3. Unverbindlichkeit wegen absichtlicher Täuschung nach OR 28

- 44 Der Vertrag vom Auktionstag sowie dessen Verschriftlichung am 3. August 2013 sind aufgrund absichtlicher Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR durch die Beklagte für die Klägerin einseitig unverbindlich und gem. Art. 31 Abs. 1 OR anfechtbar.

a) Absichtliche Täuschungshandlung

- 45 Wer jemandem falsche Tatsachen vorspiegelt oder vorhandene Tatsachen verschweigt, begeht ein täuschendes Verhalten nach Art. 28 OR (BGE 116 II 431 E. 3.a.). Dabei befindet

sich eine Partei durch dieses täuschende Verhalten in einem Motivirrtum, d.h. der Erklärende geht irrtümlich von einem falschen Umstand aus, welcher für seinen Willen bedeutsam ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 856; SCHWENZER, N 37.21). Dadurch, dass es die Beklagte unterlassen hat die Klägerin über die Beschädigung der Transportleitung zu informieren, hat sie die Klägerin durch das Verschweigen von Tatsachen absichtlich getäuscht. Die Täuschungshandlungen haben bereits im Juni 2013 begonnen, da es die Beklagte von ab diesem Zeitpunkt unterlassen hat, die Klägerin vollständig, unverzüglich und vor allem ehrlich und richtig über die Situation rund um die Pipeline zu informieren.

46 Das Verschweigen von Tatsachen stellt dann eine absichtliche Täuschung dar, wenn eine Aufklärungspflicht durch gesetzliche Vorschrift oder Vertrag besteht (BK-SCHMIDLIN, Art. 28, N 33ff.). Die Beklagte hatte genaue Kenntnis darüber, dass die Leitung durch das Unwetter zerstört wurde. Weiter hat die Beklagte bereits Ende Juni 2013 im geologischen Gutachten erfahren, dass es nun in regelmässigen Abständen zu Überschwemmungen kommen kann und dass die Lage im Bereich des Retezatgebirges sehr unsicher ist (Beilage K-14 - K-16). Die Klägerin wurde so absichtlich oder zumindest eventualvorsätzlich vor Vertragsschluss getäuscht (vgl. SCHWENZER, N 38.08).

47 Die Beklagte kann auf keinen Fall annehmen, dass die Klägerin mit dieser Kenntnis einen Vertrag über den Gastransport geschlossen hätte. Zudem wusste die Beklagte bereits im Vorfeld aufgrund des geologischen Gutachtens um die unsichere Situation. Eine Aufklärungspflicht ist zu bejahen, wenn die Beklagte erkennen konnte, dass sich die Klägerin in einem Irrtum befand (HUGUENIN, N 539; BGE 117 II 218). Die Beklagte weiss – oder muss als redliche Vertragspartnerin wissen –, dass die Klägerin den Vertrag bei Kenntnis über die Beschädigung der Leitung sowie der unsicheren Situation im Bereich des Retezatgebirges nicht geschlossen hätte (BGE 92 II 335 E. 3). Selbst wenn die Beklagte der Klägerin grobe Fahrlässigkeit vorwerfen würde, würde dies das Verhalten der Beklagten nicht rechtfertigen, da treuwidriges Verhalten in keiner Lage schützenswert ist (BK-SCHMIDLIN, Art. 28, N 36).

b) Kausaler Motivirrtum

48 Durch die Täuschung muss beim Getäuschten ein Irrtum hervorgerufen werden, welcher kausal für die abgegebene Willenserklärung sein muss. Diese Kausalität ist gegeben, wenn der Getäuschte die Willenserklärung ohne den Irrtum nicht oder zumindest nicht mit diesem Inhalt abgegeben hätte (SCHWENZER, N 38.10). Durch die unterlassene Aufklärung über den Zustand der Pipeline ging die Klägerin bei Vertragsschluss fälschlicherweise einerseits davon aus, dass die Pipeline intakt sei und die Kapazität nur aus Sicherheitsgründen kurzfristig un-

terbrochen worden ist. Andererseits ging sie davon aus, dass die geologische Situation im Retezatgebirges nun stabil sei.

- 49 Da die absichtliche Täuschung zu einem kausalen Motivirrtum geführt hat und keine Rechtfertigungsgründe für diese Handlung entstehen, ist der Vertrag für die Klägerin nach Art. 28 OR i.V.m. Art. 31 OR einseitig unverbindlich und kann innert Jahresfrist angefochten werden.

4. Eventualiter: Unverbindlichkeit aufgrund Grundlagenirrtums

- 50 Der Vertrag vom Auktionstag -sowie dessen Verschriftlichung am 3. August 2013- ist nach Art. 23 OR i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR für die Klägerin weiter aufgrund eines Grundlagenirrtums einseitig unverbindlich.

a) Qualifizierter Motivirrtum

- 51 Der Grundlagenirrtum wird als ein qualifizierter Motivirrtum bezeichnet. Der Erklärende geht irrtümlich von einem falschen Sachverhalt aus, der für seinen Geschäftswillen bedeutsam ist (SCHWENZER, N 37.21). Die irrende Partei bildet ihren Willen also aufgrund einer falschen oder fehlenden Vorstellung über den Sachverhalt, welche sie als notwendige Grundlage für die Unterzeichnung des Vertrages betrachtet (subj. Wesentlichkeit) und nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch als solche betrachten darf (obj. Wesentlichkeit) (HUGUENIN, N 507).

- 52 Die Klägerin ging davon aus, die Pipeline sei unbeschädigt und funktionstüchtig. Darüber, dass die Leitung aufgrund der Schlammlawine und des heftigen Unwetters wirklich zerstört wurde, wurde die Klägerin nicht aufgeklärt. Demnach war die Klägerin vor und während der Auktion irrtümlich in der Annahme, es bestehe lediglich ein Risiko eines Steinschlages (Beilage K-17) und der Transport sei nur vorübergehend als reine Vorsichtsmassnahme eingestellt worden. Die Klägerin ging somit fälschlicherweise davon aus, die Beklagte könne eine verbindliche Kapazität gewähren.

b) subjektive Wesentlichkeit

- 53 Subjektive Wesentlichkeit liegt nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vor, wenn der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt für den Erklärenden eine notwendige Grundlage des Vertrages bildet. Der vorgestellte Sachverhalt ist also für den Erklärenden eine unerlässliche Voraussetzung, (*conditio sine qua non*) für den Vertragsschluss (HUGUENIN, N 511).

- 54 Der Umstand, dass die Transportleitung intakt ist, war für die Klägerin eine notwendige Vertragsgrundlage und somit *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss mit der Beklagten. Hätte die Klägerin gewusst, dass die Leitung verschüttet ist, hätte sie den Vertrag nicht abgeschlossen. Weiter hätte die Klägerin bei der Auktion gewusst, dass die Situation gemäss geo-

logischem Gutachten äusserst unsicher ist, hätte sie bei der Versteigerung der verbindlichen Kapazitäten nicht mitgeboten.

c) objektive Wesentlichkeit

- 55 Der vorgestellte Sachverhalt ist auch nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage für den Vertragsschluss (vgl. HUGUENIN, N 512). Auch für eine durchschnittliche Drittperson in der Situation des Irrenden wäre es eine notwendige Vertragsgrundlage gewesen, dass die Leitung, über welche das Gas transportiert werden soll, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch intakt ist. Eine transportfähige Pipeline stellt einen wesentlichen Bestandteil eines Transportvertrages von Gas dar, womit der Irrtum obj. wesentlich ist. Im Zeitpunkt der Auktion wäre es auch für einen durchschnittlichen Dritten eine wesentliche Vertragsgrundlage gewesen, ob die Kapazität gewährleistet werden kann oder nicht.

d) Erkennbarkeit

- 56 Die Beklagte hätte nach dem Grundsatz von Treu und Glauben erkennen müssen, dass es für die Klägerin wesentlich ist, dass die ersteigerte Kapazität dann auch tatsächlich transportiert werden kann (BGE 110 II 293 E. 5b).

5. Fazit: Keine vertraglichen Ansprüche

- 57 Da sich die Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowohl in einem Irrtum befand, als auch absichtlich getäuscht wurde, ist der Vertrag für sie einseitig unverbindlich (Art. 23 OR bzw. Art. 27 Abs. 1 OR). Demnach beruft sich die Klägerin unter Einhaltung der Jahresfrist nach Art. 31 OR auf die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages.
- 58 Gemäss Ungültigkeitstheorie, welche vom Bundesgericht vertreten und angewandt wird, ist der Vertrag von Anfang an (ex tunc) ungültig (HUGUENIN, N 562). Somit ist am 23. Juli resp. am 3. August 2013 kein gültiger Vertrag zustande gekommen und es resultieren keine Ansprüche daraus.
- 59 Da der Vertrag ex tunc ungültig ist, spielt es keine Rolle, ob die Beklagte der Klägerin den Transportpreis für die erste Periode erlassen hat oder nicht. Hätte sie in dieser Zeit einen Transportpreis verlangt, hätte die Klägerin dies nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung nach Art. 62 Abs. 2 OR wieder zurückverlangen können, da die Leistung der Klägerin ohne gültigen Grund erfolgt wäre (HUGUENIN, N 1785). Somit kann die Beklagte eine Schadenersatzpflicht nicht durch die vorgebrachte „fehlenden Pflichtverletzung“ durch Nichtbezahlen des Transportpreises umgehen.

III. Schadenersatz aus culpa in contrahendo

- 60 Trotz fehlenden vertraglichen Ansprüchen entstehen für die Beklagte für die erste Periode Pflichten. Bereits vor Vertragsschluss erwächst den Parteien die Pflicht einander gegenüber

nach Treu und Glauben zu verhalten. Bei schuldhaftem Verstoss gegen diese Pflicht, muss die Partei für den resultierenden Schaden einstehen (HUGUENIN, N 1524).

1. Haftung aus culpa in contrahendo

61 Da die Beklagte sich vor Vertragsschluss nicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verhalten hat, haftet sie der Klägerin gegenüber aus c.i.c. Die Haftungsvoraussetzungen der c.i.c. sind neben dem Nichtzustandekommen eines Vertrages ein kausaler Schaden, welcher durch die Schädigerin durch pflichtwidriges Verhalten verschuldet wurde.

a) Nichtzustandekommen des Vertrages

62 Ein Anspruch aus c.i.c. kann sich beispielsweise ergeben, wenn eine Partei schuldhaft das Zustandekommen des Vertrages verhindert, in dem sie trotz Kenntnis der Nichtigkeit wegen ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung den Vertrag abschliesst (BGE 36 II 193; SCHWENZER, N 47.08).

63 Da die Beklagte bei Vertragsschluss am 23. Juli 2013 resp. 3. August 2013 genau wusste, dass der Vertrag in der Form, in der er abgeschlossen wurde, nicht eingehalten werden kann, hat sie schuldhaft das Zustandekommen eines gültigen Vertrags verhindert. Die Beklagte hat die Vertragsverhandlungen trotz dem Wissen um die Vorfälle vom 23. Juli 2013 nicht unterbrochen und es ist zu keinem Vertrag (siehe Rz. 40- 43) gekommen, womit c.i.c. zur Anwendung gelangt.

b) Pflichtverletzung

64 Schon bei den Vertragsverhandlungen haben die Vertragsparteien die Verpflichtung, Mitteilungen von obj. wichtigen Tatsachen und für die Gegenpartei als wichtig erkennbaren Tatsachen, zu offenbaren (GUHL/KOLLER, §13, N 3; BGE 125 III 86 E. 3c; BGE 105 II 75 E. 2; BGE 108 II 305 E. 2. d; BGE 111 Ia 72 E.c.; vgl. Rz 33f.).

65 Die Beklagte muss die Klägerin somit über Umstände aufklären, die den Entscheid über den Vertragsschluss oder dessen Inhalt beeinflussen könnten (BGE 105 II 75 E. 2a.). Die Aufklärungspflicht zieht gleich auch ein Täuschungsverbot nach sich (HUGUENIN, N 1544). Die Beklagte hat dies offensichtlich gemacht (vgl. Rz. 45ff.). Es gibt keine objektiv vernünftigen Gründe, solche Informationen zurückzuhalten. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Beklagte dies bewusst gemacht hat, um die Verträge über fixe Kapazitäten abschliessen zu können. Sie hat es zumindest in Kauf genommen, dass die Leitung nicht rechtzeitig repariert werden kann und die Verträge so nicht eingehalten werden können.

66 Die Beklagte hat ihre vorvertragliche Pflicht, die Klägerin über obj. wichtige Tatsachen zu informieren, nicht wahrgenommen und so das schutzwürdige Vertrauen der Klägerin verletzt.

c) Schaden

- 67 Dem Geschädigten muss ein Schaden erwachsen sein. Der Schaden wurde bereits unter Rz. 29ff. beschrieben (HUGUENIN, N 867). Grundsätzlich wird bei c.i.c. nur das Vertrauensinteresse geschuldet. Beim negativen Vertragsinteresse (auch Erfüllungsinteresse) ist der Gläubiger so zu stellen, wie wenn der Vertrag niemals geschlossen worden wäre (z.B. nutzlose Aufwendungen) (HUGUENIN N 1554). In Ausnahmefällen spricht das Gericht jedoch bei groben Verschulden auch Schadenersatz auf das positive Interesse (BGE 116 II 685 E. 2.b; vgl. Rz. 34).
- 68 Der Klägerin ist Schaden entstanden, da sie Deckungseinkäufe zu höheren Preisen tätigen musste. Im Vertrauen auf das redliche Verhalten der Beklagten und darauf, dass ein gültiger Vertrag zustande gekommen ist, hat die Klägerin weitere Dispositionen getroffen. Um diesen Verpflichtungen nachzukommen, war die Klägerin gezwungen, teurere Deckungskäufe zu tätigen (Schadensposition A). Hätte die Klägerin nicht auf einen gültigen Vertrag vertraut, hätte sie ihren Kunden keine Gasmengen zugesichert und somit wären auch keine Deckungseinkäufe nötig gewesen. Wäre der Vertrag ordnungsgemäss entstanden und erfüllt worden, hätte die Klägerin aus den Folgeverträgen Gewinn erzielen können. Somit ist auch die Schadensposition B zu ersetzen.

d) Hypothetischer Kausalzusammenhang und grobes Verschulden

- 69 Da es die Beklagte unterlassen hat, die Klägerin richtig zu informieren, muss ein hypothetischer Kausalzusammenhang vorliegen (HUGUENIN, N 1556). Es muss gefragt werden, ob der Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht eingetreten wäre, wenn der Schädiger die rechtlich gebotene Handlung vorgenommen hätte (HUGUENIN, N 1924). Es stellt sich also konkret die Frage, ob die Klägerin den Schaden auch erlitten hätte, wenn die Beklagte sie ehrlich und richtig über die Vorkommnisse und die Situation im Gebiet des Retezatgebirges informiert hätte. Wenn die Klägerin über die konkreten Umständen und den Zustand der Pipeline informiert worden wäre, hätte sie keine oder zumindest andere Folgedispositionen getroffen, womit die Deckungskäufe nicht nötig gewesen wären. Demnach ist die Kausalität zu bejahen.
- 70 Für die Haftung aus c.i.c. genügt es, wenn der Schädiger seine Pflicht fahrlässig verletzt (HUGUENIN, N 1557). Die Beklagte hat die Klägerin jedoch absichtlich getäuscht und einen Motivirrtum herbeigeführt. Sie hat vorsätzlich erhebliche Tatsachen verschwiegen und die Klägerin damit getäuscht. Somit kann ihr grobes Verschulden zugerechnet werden.
- 71 Gleich wie bei Art. 97 OR hat bei der c.i.c. ohnehin die Beklagte zu beweisen, dass sie kein Verschulden trifft (HUGUENIN, N 1558).

2. Fazit: Haftung aus culpa in contrahendo gegeben

72 Die Haftungsvoraussetzungen der c.i.c. sind gegeben, womit die Beklagte schadenersatzpflichtig für die Schadenposition A (Deckungskäufe) wie auch Schadenposition B (entgangener Gewinn) ist.

IV. Schadenersatz aus OR 41

73 Culpa in contrahendo und die ausservertraglichen Ansprüche stehen in alternativer Konkurrenz (HUGUENIN, N 1565). Demnach können beide Ansprüche nebeneinander geltend gemacht werden.

1. Haftung aus unerlaubter Handlung nach OR 41

74 Das Vorliegen des Schadens, der Kausalität sowie des Verschuldens wurde bereits festgestellt (Rz. 23ff.). Für die Haftung aus Art. 41 OR muss die kausale Handlung zudem widerrechtlich sein (HUGUENIN, N 1939). Ein Verhalten ist dann widerrechtlich, wenn es gegen ein absolutes Recht des Geschädigten oder gegen eine Schutznorm verstösst (HUGUENIN, N 1940). Dies ist nach objektiver Widerrechtlichkeitstheorie immer dann der Fall, wenn das schädigende Verhalten gegen geschriebenes oder ungeschriebenes Recht verstösst (Verhaltensunrecht) (BK -BREHM, Art. 41, N 33, BGE 113 Ib 420 E. 2). Durch die absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR hat die Beklagte gegen geschriebenes Recht verstossen, womit sie widerrechtlich gehandelt hat.

75 Der Schaden der Klägerin besteht wie bereits oben erwähnt in den Deckungskäufen und im entgangenen Gewinn. Durch die Geltendmachung des Art. 41 OR ist die Beklagte verpflichtet, der Klägerin neben dem unmittelbaren Schaden (Deckungseinkäufe) auch den entgangenen Gewinn als mittelbaren Schaden zu ersetzen, soweit es sich um einen sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt (SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, S.22; BGE 132 III 379 E 3.3.2).

2. Fazit: Schadenersatzpflicht nach OR 41 gegeben

76 Die Voraussetzungen der Haftung aus Art. 41 OR sind ebenfalls gegeben, womit die Beklagte alternativ auch aus unerlaubter Handlung schadenersatzpflichtig ist.

V. Entkräftung des geltend gemachten „Force Majeure“

77 In der Einleitungsantwort leitet die Klägerin den Anspruch auf Verzicht des Schadenersatzes durch Force Majeure einerseits aus dem Transportvertrag und andererseits aus dem Gesetz (OR 119) ab. Beide Ansprüche auf Force Majeure sind abzulehnen.

1. Keine Anwendung von Force Majeure aus OR 119

78 Der Tatbestand von Art. 119 OR setzt nach Entstehen der Verbindlichkeit eine eintretende subj. oder obj. Unmöglichkeit der Leistungspflicht voraus. Eine solche Unmöglichkeit liegt

vor, wenn es ausserhalb des Verantwortungsbereiches des Leistungserbringenden liegt (Honsell OR-THIER Art. 119 N. 3).

79 Die Naturereignisse (Überschwemmungen und Steinschläge), die zur Unmöglichkeit der Leistungserbringung geführt haben, sind Ereignisse, welche ausserhalb des Verantwortungsbereiches der Beklagten lagen. Diese Ereignisse haben aber bereits im Herbst 2012 angefangen und wurden am 23. Juli 2013 so heftig, dass die Leitungen so sehr beschädigt wurden, dass die Leistung von der Beklagten bereits dann nicht mehr möglich war. Art. 119 OR kann somit von der Beklagten nicht geltend gemacht werden, da sich diese Ereignisse vor Vertragsschluss abspielten und somit nicht als nachträgliche Unmöglichkeit erachtet werden können.

2. Kein Force Majeure aus Vertrag

80 Selbst wenn die Beklagte an einem gültigen Vertragsschluss festhält, kann sie sich keinesfalls auf Force Majeure nach Art. 23 TV berufen.

81 Überschwemmungen und Steinschläge sind Naturereignisse, welche nicht vorhersehbar und kontrollierbar sind. Zur Zeit des Vertragsschlusses am 23. Juli resp. 3. August 2013 war der Beklagten die Situation jedoch bereits bekannt. Schon Ereignisse im Sommer und Herbst 2012 liessen auf die schwer in Griff zu bekommende Situation schliessen. Letztendlich waren die Vorkommnisse am 21. Juli 2013 (Beilage K-14) so gravierend, dass die Beklagte die fehlende Vorhersehbarkeit des Force Majeure keinesfalls geltend machen kann.

82 Ausserdem kann sich die Beklagte nicht auf Force Majeure bzgl. der Vermeidbarkeit und Unüberwindbarkeit berufen. Die Beklagte wusste bereits seit Herbst 2012 wie kritisch die Situation für den Transport von Gas im Gebiet des Retezatgebirges war. Somit hätte sie sich bereits dazumal als vernünftige und vorsichtige Betreiberin um eine Alternative bemühen müssen, damit durch äussere Einflüsse keine Gefahr mehr für die Leitungen bestanden hätten. Zudem wusste die Beklagte durch das geologische Gutachten vom Juni 2013 wie sich die tatsächliche Situation darstellte. Das Gutachten hielt nämlich fest, dass solche Vorfälle „nun in regelmässigen Abständen passieren können“ (Beilage K-14).

83 Weiter wurde unter 23.3. TV vereinbart, einen solchen Vorfall „sofort“ zu melden und unverzüglich die Details in Bezug auf die voraussichtliche Dauer und die Ursache des Unterbruchs mitzuteilen. Die Beklagte meldete den Vorfall am 12. September 2013, also fast 2 Monate nach dem Ereignis. Diese Mitteilung erfolgte viel zu spät und kann keinesfalls als „sofort“ gelten. Ausserdem fand das Ereignis vor Vertragsschluss statt und die Meldung erfolgte erst nach Vertragsschluss.

- 84 Die Beklagte kann sich auch nicht durch die Meldung am 23. Juli 2013 auf ihrer Homepage (Beilage K-17) rechtfertigen. Insbesondere nicht, weil diese Information nicht korrekt kommuniziert worden war. Zudem erfolgte der bisherige Kontakt mit der Klägerin immer persönlich per Mail. Deswegen wurde die Meldung auf der Homepage von der Klägerin auch unverschuldet viel weniger gewichtet. Zudem wurde in 23.3. TV vereinbart, unverzüglich Details, voraussichtliche Dauer und Ursache des Unterbruches mitzuteilen. Die Meldung auf der Homepage war für diese Kriterien viel zu ungenau.
- 85 Folglich kann sich die Klägerin weder aus Gesetz noch aus dem Vertrag auf Force Majeure berufen.

VI. Fazit: Die Beklagte ist für die Positionen A und B schadenersatzpflichtig

- 86 Durch die Verletzung der Informationspflicht, welche im MoU vereinbart wurde, wird die Beklagte nach den Regeln von Art. 97 OR für die Schadenspositionen A und B schadenersatzpflichtig.
- 87 Zudem haftet die Beklagte aus c.i.c. für die Schadenpositionen A und B und alternativ aus Art. 41 OR. Dies insbesondere darum, weil sie es schuldhaft unterlassen hat, die Klägerin in den Vertragsverhandlungen und im vorvertraglichen Stadium ordnungsgemäss und redlich über die Situation zu informieren. Dieses täuschende Verhalten hat dann auch dazu geführt, dass zwischen den Parteien kein gültiger Vertrag zustande gekommen ist. Trotzdem ging die Klägerin davon aus, dass sie einen Transportvertrag mit einer intakten Pipeline schloss und hat somit im Vertrauen auf die Erfüllung des Vertrags Dispositionen getroffen.

C. Preisreduktion für die zweite Periode

- 88 Die Beklagte wendet in der Einleitungsantwort ein, nicht für eine Preisreduktion während der zweiten Periode aufkommen zu müssen, da sie vollumfänglich erfüllt habe. Da diese Leistungserbringung aber nicht das Kriterium der verbindlichen Kapazität ausmacht, ist eine Preisreduktion für die zweite Periode zu beantragen.

I. Zustandekommen des Vertrags durch konkludente Willensäusserung

- 89 Der Vertrag blieb für die Klägerin durch Irrtum und absichtliche Täuschung einseitig unverbindlich (vgl. Rz. 58ff.). Durch die Nutzung einer provisorischen, von der Aufsichtsbehörde bewilligten Notleitung durch die Gefahrenzone, war es der Beklagten nun möglich ab dem 24. Dezember 2013 die Leistung zu erbringen. Da bis anhin noch kein wirksamer Vertrag vorliegt, ist die Leistungserbringung der Beklagten und die Inanspruchnahme der Klägerin als konkludente Willensäusserung nach Art. 1 Abs. 2 OR zu qualifizieren. Der Wille kann dabei nur unter der Berücksichtigung der Umstände aus dem Verhalten der Parteien abgelei-

tet werden. Dabei müssen genügend Argumente vorliegen, welche jeden Zweifel über den vorliegenden Rechtsbindungswillen der Parteien nach Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB beseitigen (HUGUENIN, N 174; SCHWENZER, N 27.08; BGE 52 II 284).

- 90 Durch das Verhalten der Parteien kann im vorliegenden Fall darauf geschlossen werden, dass beide Parteien einen Bindungswillen hatten. Die Beklagte hat Gas geliefert, welches von der Klägerin angenommen wurde. Es ist somit am 24. Dezember 2013 ein gültiger Vertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin zustande gekommen. Die Beklagte ist also verpflichtet Gas zu transportieren und die Klägerin ist zur Gegenleistung, der Zahlung für diese Kapazität, verpflichtet.

1. Ungültige Einrede der Beklagten bzgl. korrekter Erfüllung

- 91 Die Beklagte macht geltend, sie hätte in der zweiten Periode korrekt erfüllt und die Klägerin sei daher zur Zahlung des Transportpreises verpflichtet. Der Preis richtet sich nach Art. 5 TV. In diesem Vertrag vereinbarten die Parteien verbindliche Kapazität. Die Beklagte hat zweifelsfrei die vereinbarte Kapazität vollumfänglich und uneingeschränkt transportiert. Es geht bei der Absprache um die Kapazität aber nicht um die tatsächlich gelieferte Kapazität an sich, also nicht um den Erfolg, sondern um die Gewissheit des Kunden, dass diese Kapazität eingehalten werden muss oder unterbrochen werden kann. Die Preisdifferenz zur variablen Kapazität zeichnet sich genau durch diese Ungewissheit aus. Auch bei einem Vertrag mit variabler Kapazität kann die gewünschte Lieferung ohne Unterbrüche ablaufen, aber der Fernleitungsbetreiber lässt es offen, dass „die Erdgasleitungskapazität unterbrochen werden kann“ (gem. Art. 13. Verordnung (EG) 715/2005).
- 92 Dass sich die Beklagte im Nachhinein auf die korrekt gelieferte Transportmenge beruft, ist rechtsmissbräuchlich. Die Kapazität stellt einen wesentlichen Vertragspunkt des Vertrages vom 24. Dezember 2013 dar und darüber haben sich die Parteien konkludent geeinigt. Die Willenserklärungen der Parteien stimmen aber bezüglich der Kapazität nicht überein und sind somit nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Es ist zu ermitteln, wie der Empfänger der Willenserklärung nach guten Treuen die Erklärung verstehen durfte. Wenn die ermittelte Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip mit dem Willen der Empfängerin übereinstimmt, kann also ein gültiger Vertrag durch normativen Konsens zustande kommen (HUGUENIN, N 249). Die Klägerin dürfte demnach das Erbringen der Leistung der Beklagten im Wissen um die heikle Situation der Leitungen als Antrag zu einem Vertrag mit variabler Kapazität verstehen. Zu diesem Zeitpunkt konnte ja die Beklagte nicht zu hundert prozentiger Sicherheit die Kapazität garantieren und demnach auch nur variable Kapazität leisten. Wie in der Einleitungsanzeige bereits erwähnt, hat die Beklagte die Klägerin darüber informiert,

dass es jederzeit wieder zu Unterbüchen kommen könne und dass mit reduzierter Kapazität gerechnet werden müsse. Durch das Wissen der Klägerin über den tatsächlichen Zustand der Leitung und die möglichen Unterbrüche kann bei der konkludenten Willensäußerung über die Kapazität nicht von einer verbindlichen Kapazität ausgegangen werden. Für die Klägerin war klar, dass sie nach der Information zufolge über die Ereignisse der Force Majeure nie einen Vertrag über verbindliche Kapazität geschlossen hätte, da dies einerseits zu unsicher ist und andererseits teurer war.

2. Zwischenfazit

93 Somit ist bei Beginn der zweiten Periode am 24. Dezember 2013 ein Vertrag mit variabler Kapazität zwischen den Parteien zustande gekommen und die Leistung, die von der Klägerin noch zu erbringen ist, ist das Bezahlen des Transportes zu den Konditionen über die variable Kapazität.

II. Eventualiter: Reduktion des Transportpreises durch Vertragsverletzung

94 Selbst wenn die Beklagte davon ausginge, dass am 24. Dezember 2013 konkludent ein Vertrag mit verbindlicher Kapazität zustande gekommen wäre –so wie dies im TV von den Parteien am 3. August 2013 unterzeichnet wurde- muss der Preis für die zweite Periode reduziert werden.

1. Herabsetzung durch analoge Anwendung der Miete

95 Der Vertrag, der am 24. Dezember 2013 zustande gekommen ist, gilt als Innominatvertrag mit mietrechtlichem Einschlag wie bereits erwähnt wurde (Rz. 39; HUGUENIN, N 2906).

96 Die Kapazität, welche die Klägerin von der Beklagten erhält, kann als Mietsache qualifiziert werden. Der Vermieter überlässt dabei die Mietsache gegen Entgelt dem Mieter zum Gebrauch (HUGUENIN, N 2891). Somit kann gesagt werden, dass die Beklagte der Klägerin die Leitung für den Gastransport überlassen hat und diese sie für ein Entgelt gebraucht hat.

97 Als Vermieter trifft die Beklagte die Pflicht die vermietete Sache nach Art. 256d OR zum vereinbarten Zeitpunkt in einem tauglichen Zustand zu übergeben und diese vor allem auch in diesem zu erhalten. Weist die Mietsache einen Mangel auf, so sinkt ihr objektiver Wert (BSK OR I-WEBER, Art. 259d, N 1). Eine Sache weist einen Mangel auf, wenn ihm „eine vertraglich zugesicherte oder sich aus dem vertraglichen Gebrauchszweck ergebende Eigenschaft fehlt“ (BGer 4C.384/2005 E. 2.1). Aus dem TV wird ersichtlich, dass die Parteien sich ursprünglich auf die verbindliche Kapazität geeinigt haben. Die verbindliche Kapazität darf jedoch nicht unterbrochen werden. Da die Kapazität durch eine Notleitung transportiert wurde, weist dies bereits auf die Unsicherheit hin. Obwohl schlussendlich die zugesicherte Kapazität eingehalten wurde, ist nicht das Ergebnis erheblich, sondern die Gewissheit darüber, ob

die Kapazität zugesichert werden kann. Dies war bis zum Ende der zweiten Periode unsicher und wurde der Klägerin auch so mitgeteilt. Wegen dieser Tatsache fehlt die zugesicherte Eigenschaft der verbindlichen Kapazität und somit ist das Mietobjekt mangelhaft. Wenn der Mieter die Mietsache durch das Aufweisen von Mängel nicht wie vereinbart nutzen kann, hat er Anspruch auf Mietreduktion nach Art. 259d OR (HUGUENIN, N 2931).

- 98 Die Klägerin kann die Kapazität nicht wie vereinbart nutzen, denn gemäss Art. 5 TV haben sich die Parteien auf die verbindliche Kapazität geeinigt und genau diese Einigung berechtigt die Klägerin, sich auf die Kapazität verlassen zu dürfen. Die Beklagte konnte die verbindliche Kapazität nicht einhalten, da am 24. Dezember 2013 zwar eine Notleitung angebracht wurde und der Gastransport wieder ermöglicht wurde, aber grosse Ungewissheit darüber bestand, in wie weit das Gas tatsächlich transportiert werden kann. Durch diese Unsicherheit kam die Klägerin nur in den Genuss der unterbrechbaren Kapazität, bei welcher der Transportpreis wesentlich günstiger ist.
- 99 Somit konnte die Klägerin aus der vereinbarten Kapazität nicht vollen Genuss ziehen und der Transportpreis ist gem. variabler Kapazität für die zweite Periode zu reduzieren.

2. Keine Berufung der Beklagten auf Force Majeure aus dem Vertrag möglich

- 100 Durch das konkludente Handeln der Parteien ist am 24. Dezember 2013 ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen. Die Beklagte kann sich aber auch für die zweite Periode nicht auf Force Majeure aus dem TV berufen. Die Vorkommnisse durch Force Majeure waren kausal für die Errichtung einer Notleitung und lösten durch die Zerstörung der Leitung die Ungewissheit über die Transportkapazität aus. Die Vorkommnisse der höheren Gewalt auf die sich die Beklagte beruft, ereigneten sich jedoch am 23. Juli 2013 und deshalb war die ungünstige Ausgangssituation bei Vertragsschluss am 24. Dezember 2013 bereits für beide Parteien ersichtlich.
- 101 Die Beklagte kann sich also auch in der zweiten Periode nicht durch den Einwand der Force Majeure befreien.

III. Fazit

- 102 Die Beklagte ist auf jeden Fall verpflichtet, den Transportpreis für die zweite Periode zu reduzieren, da die Klägerin sich nicht auf die Sicherheit der Transportmenge der verbindlichen Kapazität verlassen konnte und somit auch nicht für dessen Gegenleistung einstehen muss.