

Moot Court Team 3
Carmen Honegger
Bettina Hunter
Melih Kaletürk
Stephan Weber

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 3

gegen

PipeTransport AG
Baarerstrasse 145, 6300, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team (...)

betreffend:
Forderung

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 29. Mai 2014 zu bezahlen;
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 2 CHF 1'239'040 nebst Zins in Höhe von 5% seit dem 29. Mai 2014 zu bezahlen;
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 3 CHF 2'540'000 nebst Zins in Höhe von 5% seit dem 29. Mai 2014 zu bezahlen;
4. Es sei festzulegen, dass die von der Klägerin 1 zu bezahlenden Transportgebühren 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 bezahlenden Transportgebühren 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 bezahlenden Transportgebühren für den Zeitraum vom 24. Dezember 2013 bis zum 24. Februar 2014 nur CHF 90'000 pro Monat beträgt;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS	IV
ENTSCHEIDVERZEICHNIS	VI
A. SACHVERHALT	1
B. PROZESSUALES	1
1. AUSGANGSLAGE	1
1.1. ES IST SCHWEIZER RECHT ANWENDBAR	1
1.2. DIE PARTEIEN HABEN SICH DEN SWISS RULES UNTERWORFEN	1
1.3. DER SITZ DES SCHIEDSGERICHTS IST ZÜRICH	2
2. ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS FÜR DIE ANSPRÜCHE ALLER KLÄGERINNEN	2
2.1. VORLIEGENDER FALL WIRD VOM OBJ. GELTUNGSBEREICH ERFASST	2
2.2. DIE SUBJ. SCHIEDSFÄHIGKEIT IST GEGEBEN	2
2.3. DIE OBJ. SCHIEDSFÄHIGKEIT IST GEGEBEN	2
2.4. DIE SCHIEDSKLAUSEL IST FORMELL GÜLTIG NACH ART. 178 ABS. 1 IPRG	3
2.5. DIE SCHIEDSKLAUSEL IST MATERIELL GÜLTIG I.S.V. ART. 178 ABS. 2 IPRG	3
3. KONSOLIDIERUNG DER SCHIEDSVERFAHREN	4
C. MATERIELLES	4
1. SCHADENERSATZ WEGEN VERLETZUNG EINER AUFKLÄRUNGSPFLICHT	4
1.1. DIE KLÄGERIN 1 HAT ANSPRUCH AUF SCHADENERSATZ AUS ART. 16 MOU I.V.M. ART. 97 ABS. 2 OR	4
1.2. EVENTUALITER: SCHADENERSATZ AUS CULPA IN CONTRAHENDO (C.I.C.)	7
2. SCHADENSERSATZANSPRUCH AUS VERLETZUNG DES TRANSPORTVERTRAGES	8
2.1. QUALIFIKATION DES TRANSPORTVERTRAGES	8
2.2. DIE BEKLAGTE VERLETZTE IHRE VERTRAGLICHEN PFLICHTEN	9
2.3. DIE KLÄGERIN 1 ERLITT DURCH DIE VERTRAGSVERLETZUNG EINEN SCHADEN	10
2.4. DER KAUSALZUSAMMENHANG IST GEGEBEN	11
2.5. VERSCHULDEN	12
3. ANSPRUCH AUF REDUKTION DES TRANSPORTPREISES	16
3.1. DIE BEKLAGTE WAR NICHT BEFUGT UNTERBRECHBARE KAPAZITÄT ZU LIEFERN	16
3.2. WILLENSMÄNGEL	18
3.3. MINDERUNG DES TRANSPORTPREISES	19

Literaturverzeichnis

ARROYO MANUEL (Hrsg.)	Arbitration in Switzerland – The Practitioner’s Guide, Alphen aan den Rijn 2013 (zit. ARROYO)
BERGER BERNHARD	Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012 (zit. BERGER)
BERGER, BERNHARD / KELLERHALS FRANZ	Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS)
CAYTAS IVO G.	Der unerfüllbare Vertrag: Anfängliche und Nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe: Im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten, im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Diss. St. Gallen 1984 (zit. CAYTAS)
EBEL HANS-RUDOLF	Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Fernwärmeversorgung industrieller Sonderabnehmer, Heidelberg 1992 (zit. EBEL)
GAUCH PETER	Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011 (zit. GAUCH)
GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER / JÖRG SCHMID	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID)
GIRSBERGER DANIEL / VOSER NATHALIE	International Arbitration in Switzerland, 2nd edition, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. GIRSBERGER/VOSER)
HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / SCHNYDER ANTON K. / VERTI STEPHAN V. (Hrsg.)	Basler Kommentar IPRG, 3. Auflage, Basel 2013 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN)
HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/ WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.)	Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN)
HUGUENIN CLAIRE	Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit. HUGUENIN)
SCHMID JÖRG/HUBERT STÖCKLI	Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel Genf 2010

	(zit. SCHMID/STÖCKLI)
SCHMIDLIN BRUNO	Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Auflage, Bern 2013 (zit. BK OR-SCHMIDLIN)
SESSLER ANKE/ VOSER NATHALIE	Die revidierte ICC-Schiedsgerichtsordnung, SchiedsVZ 2012, 120-129 (zit. VOSER/SESSLER)
ZUBERBÜHLER TOBIAS / MÜLLER CHRISTOPH / HABEGGER PHILIPP (Hrsg.)	Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2nd edition, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Commentary Swiss Rules-BEARBEITER/IN)

Entscheidverzeichnis

BGE 135 III 345 [Rz. 94]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. April 2009
BGE 134 III 390 [Rz.]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Mai 2008
BGE 133 III 449 [Rz.]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Juni 2007
BGE 132 III 359 [Rz. 23]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 2005
BGE 130 III 66 [Rz. 13]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003
BGE 129 V 345 [Rz. 93]	Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Mai 2003.
BGE 123 III 165 [Rz. 67]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 1996.
BGE 120 II 331 [Rz. 30]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. November 1994
BGE 118 II 353 [Rz. 7; 10]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Juni 1992
BGE 116 II 431 [Rz. 64]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Mai 1990
BGE 111 II 429 [Rz. 54]	Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Dezember 1985
BGE 111 II 352 [Rz. 59]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. September 1985
BGE 111 II 89 [Rz. 62]	Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Februar 1985
BGE 110 II 344 [Rz. 49]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. November 1984
BGE 107 II 172 [Rz. 69]	Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Mai 1981
BGE 105 II 75 [Rz. 31]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Februar 1979

BGE 102 II 81 [Rz. 31]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. Juni 1976
BGE 69 II 373 [Rz. 49]	Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Oktober 1943
BGer 5A.187/2013 [Rz. 65]	Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Oktober 2013
BGer 4A.144/2009 [Rz. 23]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Oktober 2009
BGer 4A.252/2010 [Rz. 39]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. November 2010
BGer 4A.520/2007 [Rz. 52]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 31. März 2008
BGer 4C.313/2004 [Rz. 38]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. Januar 2005
EuGH Rs. C-203/07 [Rz. 20]	Entscheid des Europäischen Gerichtshofs, zweite Kammer, Urteil vom 8. Mai 2008

A. Sachverhalt

- 1 Die Klägerinnen sind Gesellschafterinnen und Kundinnen der Beklagten. Nach mehreren Schadensereignissen an der Pipeline im Retezatgebirge und daraus folgenden Unterbrechungen und Einschränkungen des Gastransportes, wird das Schiedsgericht angerufen, um über die daraus entstandene Streitigkeiten zu urteilen. Genauere Sachverhaltsdarlegungen finden sich in der Einleitungsanzeige vom 29. Mai 2014 (nachfolgend EAZ), Rz. 1 bis 22.

B. Prozessuales

1. Ausgangslage

1.1. Es ist Schweizer Recht anwendbar

- 2 Vorliegend handelt es sich gem. Art. 1 IPRG um einen internationalen Streitfall, da die klagenden Gesellschaften ihren Sitz in Deutschland, Frankreich und Russland haben und die beklagte Gesellschaft ihren Sitz in der Schweiz hat. Somit ist das IPRG anwendbar. Gem. Art. 176 Abs. 1 IPRG ist das 12. Kapitel des IPRG dann anwendbar, wenn wenigstens eine Partei beim Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren Sitz nicht in der Schweiz hatte und das Schiedsgericht seinen Sitz in der Schweiz hat. Gem. obigen Darlegungen ist erstere Voraussetzung erfüllt. Aus den Schiedsklauseln in Art. 23 der Statuten der Beklagten (K-1), Art. 30 Abs. 2 des Memorandum of Understanding (nachstehend MoU, K-2) und Art. 33.2 des Transportvertrags (nachstehend TV, K-3) geht zudem hervor, dass sich der Sitz des Schiedsgerichtes in der Schweiz befindet. Da das IPRG für die ganze Schweiz gilt, ist es für das anwendbare Recht irrelevant, in welchem Kanton sich der Sitz befindet (vgl. GIRSBERGER/VOSER, N 443).
- 3 Gem. Art. 187 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 30 Abs. 1 MoU (K-2) und Art. 33.2 TV (K-3) ist Schweizer Recht anzuwenden.

1.2. Die Parteien haben sich den Swiss Rules unterworfen

- 4 Art. 182 Abs. 1 Alt. 2 IPRG i.V.m. Art. 33.2 TV (K-3), Art. 30 Abs. 1 MoU (K-2) und Art. 23 der Statuten (K-1) besagt, dass sämtliche Streitigkeiten gem. der internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration (nachfolgend Swiss Rules) zu entscheiden sind. Die Parteien haben sich damit zweifelsfrei den Bestimmungen der Swiss Rules unterworfen.

5 Ausserdem ist festzuhalten, dass das Schiedsgericht nach Art. 21 Abs. 4 Swiss Rules ohnehin selbst über seine eigene Zuständigkeit entscheidet (sog. Kompetenz-Kompetenz, vgl. auch BERGER/KELLERHALS, N 603; Art. 186 Abs. 1 IPRG).

1.3. Der Sitz des Schiedsgerichts ist Zürich

6 Es ist gem. Art. 176 Abs. 3 IPRG und Art. 16 Ziff. 1 Swiss Rules e contrario Sache der Parteien, zu entscheiden, wo sich der Sitz des Schiedsgerichts befinden soll. Vorliegend haben sich die Klägerinnen und die Beklagte im Rahmen des MoU (K-2) sowie der Statuten (K-1) auf den Gesellschaftssitz „Zug/Schweiz“ geeinigt. Die später abgeschlossenen Transportverträge (vgl. u.a. K-3) enthalten den Sitz Zürich. Die unterschiedlichen Vereinbarungen bzgl. dem Sitz sind unproblematisch, da bei einer Mehrheit von Verträgen die neuere Schiedsvereinbarung der älteren vorgeht (BERGER/KELLERHALS, N 474). Demnach ist der in den drei TV einheitlich enthaltenen Schiedsklausel (vgl. dazu Rz. 13f.) den Vorzug zu gewähren. Der Sitz des Schiedsgerichtes ist somit Zürich.

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Ansprüche aller Klägerinnen

7 Für eine gültig zustande gekommene Schiedsvereinbarung muss nach BGer sowohl der subj. als auch der obj. Geltungsbereich, die subj. und obj. Schiedsfähigkeit der Parteien, sowie die materielle und formelle Gültigkeit gegeben sein (BGE 118 II 355 E. 3a).

2.1. Vorliegender Fall wird vom obj. Geltungsbereich erfasst

8 Damit der obj. Geltungsbereich erfüllt ist, müssen alle dem Schiedsgericht unterbreiteten Rechtsbegehren von der Schiedsvereinbarung erfasst sein. Massgebend ist hierbei der Parteiwille (BERGER/KELLERHALS, N 462 ff.). Die Formulierung, wonach die Schiedsvereinbarung „alle Streitigkeiten aus dem Vertrag oder aus und im Zusammenhang mit dem Vertrag“ erfassen soll, begründet eine umfassende Zuständigkeit (BERGER/KELLERHALS, N 466). Vorliegend haben sich alle Parteien in den Statuten (K-1), dem MoU (K-2) und den TV (K-3) auf eine derartige Vereinbarung geeinigt.

2.2. Die subj. Schiedsfähigkeit ist gegeben

9 Im Rahmen der subj. Schiedsfähigkeit ist die Partei- und die Prozessfähigkeit zu prüfen. Alle Parteien sind juristische Personen und nach Art. 53 i.V.m. 54 ZGB partei- und prozessfähig.

2.3. Die obj. Schiedsfähigkeit ist gegeben

10 Die Frage ob eine Sache schiedsfähig ist oder nicht, richtet sich nach der lex arbitri (BSK IPRG-MABILLARD/BRINER, Art 177 N 8), weshalb Art. 177 Abs. 1 IPRG zur Anwendung gelangt. Demzufolge ist jeder vermögensrechtliche Anspruch schiedsfähig, wobei sich dieser

bei einem Verfahren vor einem Schweizer Schiedsgericht ausschliesslich nach schweizerischem Recht bestimmt (BERGER/KELLERHALS, N 194). Gem. BGer fallen darunter alle geldwerten Leistungen oder alle Rechte, die einen in Geld schätzbaren Wert aufweisen (BGE 118 II 356 E. 3b). Somit kommt es letztlich darauf an, dass mit der Klage im weitesten Sinne wirtschaftliche Interessen verfolgt werden (BERGER/KELLERHALS, N 196). Vorliegend werden Schadenersatz und Transportpreisreduktion aus TV (K-3) und MoU (K-2) geltend gemacht. Dabei handelt es sich um Ansprüche, die in Geld bemessen werden können, weshalb die obj. Schiedsfähigkeit bejaht werden kann.

2.4. Die Schiedsklausel ist formell gültig nach Art. 178 Abs. 1 IPRG

- 11 Die formelle Gültigkeit nach Art. 178 Abs. 1 IPRG verlangt eine, verglichen mit der einfachen Schriftform, weniger qualifizierte Form. Diese ist durch einen visuell wahrnehmbaren, körperlich reproduzierbaren Text gekennzeichnet (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 11). Die Klägerin 1 und die Beklagte haben im Rahmen des TV (K-3) sowie des MoU (K-2) unbestritten eine Schiedsvereinbarung getroffen, welche die Anforderung der Schriftlichkeit erfüllt.
- 12 Hinsichtlich der formellen Gültigkeit der Transportverträge der Klägerinnen 2 und 3 kann auf das soeben gesagte (Rz. 11) verwiesen werden, da es sich um gleichgelagerte Transportverträge handelt, wie derjenige der Klägerin 1 mit der Beklagten. Dies weil es sich um vorformulierte Auktionsbedingungen handelt, welche gem. EAZ (Rz. 3) mit den späteren Transportverträgen grundsätzlich identisch sind und ausserdem gleiche Schieds- und Rechtswahlklauseln aufweisen.

2.5. Die Schiedsklausel ist materiell gültig i.S.v. Art. 178 Abs. 2 IPRG

- 13 Die Schiedsklausel erlangt materielle Gültigkeit, wenn die Parteien eine Einigung darüber erzielen konnten, die aus ihrem Rechtsverhältnis entstehenden Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen und ein Konsens der Parteien über die essentialia negotii vorliegt (Commentary Swiss Rules-SPOORENBERG/FELLRATH, Art. 1 N 8 ff.; so auch Art. 2 Abs. 1 NYÜ; BGE 130 III 70 E. 3.1). Im TV (K-3) wie auch im MoU (K-2) halten die Klägerin 1 sowie die Beklagte fest, dass "alle Streitigkeiten durch ein Schiedsverfahren gem. Swiss Rules zu entscheiden" sind.
- 14 Hinsichtlich materieller Gültigkeit der Schiedsklausel bei den Klägerinnen 2 und 3 kann auf das Gesagte hinsichtlich formeller Gültigkeit verwiesen werden (Rz. 11f.).

3. Konsolidierung der Schiedsverfahren

- 15 Grundsätzlich ist festzuhalten, dass alle Parteien auch unabhängig voneinander klagen könnten. Dies ergibt sich daraus, dass alle Klägerinnen einen jeweils eigenen Vertrag mit der Beklagten eingegangen (vgl. EAZ, Rz. 7-8). Eine Konsolidierung des Verfahrens ist aber unter Berücksichtigung von Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules zu bejahen. Die Möglichkeit, verschiedene Verfahren zu vereinen ist v.a. prozessökonomisch motiviert. Gerade deshalb wäre es nicht nachvollziehbar, diese Bestimmung lediglich auf das hängige Verfahren anzuwenden. Da die Situation vorliegend für alle Klägerinnen nahezu identisch gelagert ist, müssen grundsätzlich identische Fragen beantwortet werden. Dies weil die Klägerinnen bis auf den Betrag identische Rechtsbegehren stellen. Es gilt zu vermeiden, dass drei grundsätzlich identische Prozesse geführt werden (vgl. auch ARROYO, S. 365 N 27) und somit einen enormen, unnötigen (administrativen) Mehraufwand zu verursachen. Ausserdem stehen drei verschiedene Verfahren, die ggf. einen unterschiedlichen Ausgang nehmen, mit der Rechtssicherheit im Konflikt.
- 16 Für eine Konsolidierung der Verfahren spricht auch die im internationalen Schiedsrecht vorgesehene "Rahmen-Schiedsvereinbarung", bei welcher die Parteien ebenfalls verschiedene Verträge eingegangen sind, sämtliche Streitigkeiten jedoch unter eine (gleichlautende) Schiedsklausel fallen und daher in einem Schiedsverfahren beurteilt werden können (SESSLER/VOSER, S. 125).
- 17 Es gilt zudem zu beachten, dass die Zustimmung der Parteien nicht notwendig ist, um mehrere Verfahren zu vereinen (ARROYO, S. 365 N 27).

C. Materielles

1. Schadenersatz wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht

1.1. Die Klägerin 1 hat Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 16 MoU i.V.m. Art. 97 Abs. 2 OR

1.1.1. Die Aufklärungspflicht in Art. 16 MoU ist verbindlicher Natur

- 18 Kennzeichnend für ein MoU ist, dass zwar nur ein begrenzter Bindungswille besteht, aber selbständige Pflichten, namentlich Aufklärungspflichten, begründet werden können, wodurch ein MoU auch Vertragscharakter aufweisen kann (BSK OR I-BUCHER, Vor Art. 1-40 N 17). Ob einer Bestimmung vertraglicher Charakter zukommt oder nicht, bestimmt sich nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 OR).

- 19 Der bindende Charakter der Aufklärungspflicht aus Art. 16 MoU (K-2) liegt auf der Hand, da sich diese Bestimmung, wäre sie rechtlich nicht durchsetzbar, gänzlich erübrigen würde. Dies hat und kann nicht dem Willen der Klägerin 1 oder der Beklagten entsprochen haben. Wie aus Art. 2 der Statuten der Beklagten (K-1) ersichtlich ist, wurde diese unter anderem gerade zum Zweck des Transports von Erdgas insb. für ihre Gesellschafterinnen gegründet. Die Idee war, dass früher oder später ein diesbezüglicher Vertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin 1 geschlossen werden würde. Um den Abschluss eines solchen herbeizuführen, sind gegenseitige, verbindliche Aufklärungspflichten notwendig, damit die Parteien wissen, auf was sie sich „einlassen“. Im gegenseitigen Interesse wollten somit beide Parteien mittels Art. 16 MoU (K-2) die Aufklärungspflicht verbindlich festhalten. Die Beklagte (musste dieser Aufklärungspflicht somit seit Unterzeichnung (1. Febr. 2012) nachkommen.
- 20 Auch ein internationaler Vergleich zeigt, dass ein MoU verbindliche Wirkungen entfalten kann. So entschied der EuGH in der Rechtssache C-203/07 v. 8. Mai 2008, Rz. 76 ff., dass in Bezug auf ein MoU u.a. das Prinzip des guten Glaubens zu berücksichtigen sei. Im genannten Fall hatte die Beklagte durch ihr Verhalten ständig zu verstehen gegeben, dass sie weiterhin an einem Projekt teilnehme. Obwohl es der Beklagten stets frei stand, sich aus dem Projekt zurückzuziehen, habe die Tatsache, dass sie sich weiterhin beteiligte, dazu geführt, dass sie sich auf ihrem Verhalten behaften lassen müsse (vgl. Rz. 17, 23, 82 desselben Entscheides).
- 21 Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass selbst wenn der tatsächliche Bindungswille der Parteien gefehlt hätte, die Beklagte aufgrund von Treu und Glauben gem. Art. 2 Abs. 1 ZGB an Art. 16 MoU (K-2) gebunden ist. Denn das Verhalten der Beklagten gegenüber der Klägerin 1 hat dazu geführt, dass letztere vom Bindungswille der Beklagten ausgehen durfte. So informierte die Beklagte die Klägerinnen jeweils unverzüglich, d.h. gem. Verfügung Nr. 2 vom 27. Okt. 2014 (nachstehend Verfügung 2), Rz. 12, und direkt (per Email oder Brief) über die Vorfälle im Sommer 2012 und Winter 2013 (K-5 bis K-13). Danach erfolgte aber keine umgehende Information mehr. Das geologische Gutachten, das die Beklagte am 24. Juni 2013 erhielt, erwähnte sie gegenüber den Klägerinnen gar nicht, ebenso wenig wie die Vorfälle vom 19. und 21. Jul. 2013. Über die Geschehnisse am 23. Jul. 2013 berichtete sie erst am 12. Sept. 2013 (K-18, vgl. auch EAZ Rz. 11 ff.). Da die Beklagte jeweils über alle Vorfälle im Jahr 2012 und Anfangs 2013 sofort informierte, durfte die Klägerin 1 davon ausgehen, dass sich die Beklagte auch weiterhin an die in Art. 16 MoU statuierte Aufklärungspflicht halten würde, und zwar innerhalb der üblichen 24 Stunden seit dem betriebsrelevanten Vorkommen und mittels Email oder Brief und andernfalls zu erkennen geben würde, wenn sie sich nicht

mehr daran halten wollte. Die Beklagte hätte sich auch aufgrund von Treu und Glauben an Art. 16 MoU halten müssen.

1.1.2. Die Klägerin 1 hat einen vertraglichen Schadenersatzanspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR

- 22 Wäre die Beklagte ihrer Aufklärungspflicht (vgl. Rz. 21) nachgekommen, hätte die Klägerin 1 an der Auktion vom 23. Juli 2013 teilgenommen, jedoch nicht verbindliche Kapazitäten zum vorgesehenen Preis erstanden, da sie das erhebliche Risiko betreffend Pipeline gekannt hätte.
- 23 Der Klägerin 1 erwuchs ein Schaden i.S.v. Art. 97 OR, welcher gem. BGer nach der Differenztheorie bestimmt wird. Demnach besteht er entweder in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder einem entgangenen Gewinn (BGE 132 III 366 E. 4; BGer 4A.144/2009 E. 3.1). Die Klägerin 1 erlitt eine unfreiwillige Vermögensverminderung, indem sie einerseits Deckungseinkäufe zu höheren Preisen als für das zum Transport vorgesehene Gas tätigen musste und andererseits (sollte der Transportpreis im Zeitraum vom 24. Dez. 2013 bis 24. Febr. 2014, nachstehend Periode 2, nicht i.S.v. Rz. 84 f. reduziert werden) zu hohe Ausgaben hatte. Dies weil – hätte sie von den immanenten Risiken gewusst – lediglich einen Vertrag zu günstigeren Konditionen abgeschlossen hätte.
- 24 Die Kausalität zwischen der Aufklärungspflichtverletzung und der Tatsache, dass die Klägerin 1 einen Vertrag zu ungünstigen Konditionen abschloss, ist gegeben. Wäre die Klägerin gehörig und entsprechend Art. 16 MoU informiert worden, hätte sie die Kapazitäten am 23. Jul. 2013 nicht unter den schlussendlich eingegangenen Bedingungen erstanden, da die Klägerin so um die erheblichen Gefahren im Retezatgebirge gewusst hätte, die nicht nur durch das Gutachten prognostiziert, sondern auch durch die späteren Ereignisse bestätigt wurden. Sie hätte in diesem Fall einen tieferen Preis bei der Auktion geboten. Die Verletzung der Aufklärungspflicht war „conditio sine qua non“ für den Kauf der verbindlichen Kapazitäten zu den üblichen Bedingungen. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung führt das Verschweigen von wichtigen Gegebenheiten, wie bspw. voraussichtlich eintretende Schadensereignisse, dazu, dass der Vertragspartner Verbindlichkeiten zu unvorteilhaften Konditionen eingeht.
- 25 Auch die natürlich-adäquate Kausalität zwischen der Aufklärungspflichtverletzung und den daraus erwachsenden Deckungseinkäufen liegt vor: Hätte die Beklagte um die erheblichen Gefahren im Retezatgebirge gewusst, hätte sie bewusst nur solche Verträge mit ihren Abnehmern geschlossen, deren Verpflichtungen sie trotz möglicher Schadensereignisse hätte nachkommen können und hätte somit keine Deckungskäufe tätigen müssen.
- 26 Das Verschulden wird von Art. 97 OR vermutet und liegt vor, da es sich um eine bewusste Verletzung der Aufklärungspflicht durch die Beklagte handelte.

- 27 Der Schadenersatzanspruch aus Art. 97 OR ist noch nicht verjährt, da gem. Art. 127 OR eine zehnjährige Verjährungsfrist gilt.
- 28 Die Beklagte ist deshalb aufgrund der aus Art. 16 MoU erwachsenden Aufklärungspflicht zu verpflichten, der Klägerin 1 den entstandenen Schaden zu ersetzen.

1.2. Eventualiter: Schadenersatz aus culpa in contrahendo (c.i.c.)

- 29 Eventualiter hat die Beklagte die Schadenersatzforderung aus Verletzung einer Aufklärungspflicht nach den Haftungsregeln der c.i.c. zu ersetzen. Dies ist nur dann der Fall, wenn Art. 16 MoU (K-2) als eine Bestimmung mit nicht vertraglichem Charakter qualifiziert würde.
- 30 Die c.i.c. setzt in einem ersten Schritt Vertragsverhandlungen voraus (HUGUENIN, N 1536). Zwischen der Beklagten und der Klägerin 1 bestand Kontakt im Hinblick auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts. Dies seit dem 1. Febr. 2012, da auch der Beklagten seit der Gründung bewusst war, dass die Klägerin 1 potenzielle Kundin ist. Auch die Tatsache, dass die Aufklärungspflicht schriftlich in Art. 16 MoU (K-2) festgehalten wurde und sich die Beklagte ursprünglich stets daranhielt, unterstreicht dies. So wurde bei der Klägerin 1 das Vertrauen geweckt, die Beklagte informiere sie vollständig über alle Vorfälle (vgl. auch BGE 120 II 336 E. 5a, wonach das Vertrauen in die Richtigkeit, Ernsthaftigkeit und der Vollständigkeit der gegenseitigen Erklärungen schützenswert ist). Selbst wenn eine Vertragsverhandlung seit dem 2. Febr. 2012 verneint werden würde, so begann diese spätestens mit dem Akzeptieren der Auktionsbedingungen durch die Klägerin 1 am 16. Jul. 2013, denn bei den Auktionsbedingungen handelt es sich um eine sog. Punctuation, d.h. eine Fixierung eines im Verlauf einer Vertragsverhandlung erreichten Zwischenergebnisses. Im Unterschied zu einem Vorvertrag verpflichten sich die Parteien dabei nicht, später einen Vertrag abzuschliessen (BSK OR I-BUCHER zu Art. 22 N. 18). Mit den Auktionsbedingungen wird somit der allfällige Kauf vorbereitet, indem festgesetzt wird, dass künftig ein TV zu unterzeichnen ist, dessen Bedingungen in den Auktionsbedingungen bereits vorformuliert wurden.
- 31 Als eine weitere Voraussetzung der c.i.c. muss die Beklagte durch ihr Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen hervorgerufen haben (HUGUENIN, N 1538). Indem die Beklagte die Klägerin 1 über alle Vorfälle im Jahr 2012 und Winter 2013, nicht aber über die Vorfälle im Sommer 2013 (vgl. EAZ, Rz. 11 ff.) informierte, obwohl es offensichtlich war, dass diese Aufklärungen für die Klägerin 1 in Hinsicht auf das Eingehen des zukünftigen Vertrages von höchster Bedeutung gewesen wäre, erzeugte sie bei der Klägerin 1 die irrige Vorstellung, der ordentliche, ungestörte Betrieb der Pipeline sei gewährleistet. So kommt die c.i.c.-Haftung laut Bundesgericht (BGer) namentlich dann zur Anwendung, wenn eine der Parteien eine Aufklärungspflicht in Hinsicht auf Umstände unterlässt, die der anderen Partei nicht erkenn-

bar waren, aber deren Entscheidung über den Vertragsabschluss beeinflussen können (BGE 105 II 79 ff. E. 2, vgl. auch BGE 102 II 84 E. 2). Ausserdem kann der Klägerin 1 nicht zugemutet werden, Untersuchungen im Gebiet der Pipeline zu veranlassen. Bereits die erhebliche geographische Distanz zwischen dem Sitz der Klägerin 1 in Deutschland und dem fraglichen Pipeline-Abschnitt in Rumänien zeigt dies deutlich.

- 32 Hinsichtlich des Verschuldens obliegt es gem. h.L. der Beklagten, den Exkulpationsbeweis zu erbringen (HUGUENIN, N 1558). Die Beklagte hat aber schuldhaft gehandelt, indem sie bewusst eine ihr obliegende Aufklärungspflicht verletzte (vgl. Rz. 22f.)
- 33 Zudem erlitt die Klägerin 1 einen Schaden. Dieser bestimmt sich auch bei der c.i.c. nach den allgemeinen Bestimmungen, weshalb auf die beiden Schadenspositionen und die diesbezüglichen Ausführungen in Rz. 23 verwiesen werden kann. Ebenso sind die Ausführungen zum natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang in Rz. 24 einschlägig.
- 34 Hinsichtlich Verjährung ist irrelevant, ob Art. 60 oder Art. 127 OR anwendbar ist, da noch kein Jahr seit Kenntnis des Schadens verstrichen ist. So begann die Jahresfrist erst mit dem Eintreffen des Schreibens der Beklagten an die Klägerin 1 (K-18), am 12. Sept. 2013 zu laufen, da die Klägerin 1 ab dann wusste, dass sie Verpflichtungen mit Dritten nicht einhalten können wird und dass sie deshalb Deckungseinkäufe tätigen bzw. Verbindlichkeiten kündigen muss. Gem. Art. 132 i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR fällt somit das Ende der Frist auf den 13. Sept. 2014. Indem die Beklagte am 29. Mai 2014 die EAZ zur Versendung brachte und somit die Unterbrechung der Verjährung gem. Art. 135 OR erfolgte, ist die Frist gewahrt.
- 35 Somit ist der Klägerin 1 Schadenersatz aus c.i.c. zu gewähren, falls die vertragliche Haftung aus Art. 16 MoU i.V.m. Art. 97 OR abgelehnt werden sollte.
- 36 Sollte auch die c.i.c. abgelehnt werden, so käme die Vertrauenshaftung, als Ausdehnung derselben in Frage (HUGUENIN, N 1715).

2. Schadensersatzanspruch aus Verletzung des Transportvertrages

- 37 Die Klägerin 1 hat gem. Art. 5 TV i.V.m. Art. 97 OR Anspruch auf Schadenersatz in Höhe von CHF 2'230'000, weil die Beklagte ihre Transportpflicht gegenüber der Klägerin 1 verletzt hat.

2.1. Qualifikation des Transportvertrages

- 38 Der TV ist ein Innominatkontrakt, da keine Zuordnung zu einem der im Besonderen Teil des OR (Art. 184 ff.) geregelten Vertragstypen möglich ist (vgl. BGer 4C.313/2004 E. 1.1; BSK OR I-BUCHER, Vor Art. 1-40, Rz. 28). Hier liegt ein sog. „gemischter Vertrag“ vor, d.h. der

TV kombiniert sich aus verschiedenen gesetzlichen Vertragstypen zu einem Ganzen (vgl. BGer 4C.313/2004 E. 1.1).

- 39 Der vorliegende TV weist unter anderem Elemente des Werk- und des Mietvertrags auf (vgl. nachstehend Rz. 98f.). Indem die Parteien im TV eine verbindliche Kapazität vereinbarten, ist insb. der werkvertragliche Charakter des TV stark ausgeprägt. Denn damit hat die Beklagte nicht bloss ein Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers wie bei einem Auftrag geschuldet, sondern einen faktischen, obj. messbaren Erfolg (BGer 4A.252/2010; E. 4.1), welcher im Fall der Klägerin 1 5'000 Sm³/h (vgl. Art. 5 TV, K-3) betrug.
- 40 Ausserdem handelt es sich beim vorliegenden TV um einen Dauerwerkvertrag, der sich vom gesetzlich geregelten Werkvertrag des Art. 363 OR dadurch unterscheidet, dass die Pflicht des Unternehmers nicht auf ihr Ende durch Erfüllung angelegt, sondern eine Dauerschuld ist (GAUCH, N 322). Der TV wurde für eine bestimmte Zeit, vom 1. Okt., 6:00 bis zum 30. Sept. 2016, 23:59 abgeschlossen. Dementsprechend ist die Beklagte zu einer wiederkehrenden Arbeitsleistung mit bestimmtem Arbeitserfolg verpflichtet.

2.2. Die Beklagte verletzte ihre vertraglichen Pflichten

- 41 Die Beklagte unterbrach den Transport von Erdgas vom 23. Jul. 2013 bis 23. Dez. 2013 (nachstehend Periode 1). Damit verletzte sie die in Art. 5 TV (K-3) formulierte Pflicht, der Klägerin 1 die verbindliche Kapazität im Umfang von 5'000 Sm³/h zur Verfügung zu stellen. Die Vertragsverletzung besteht sowohl in einer Sorgfaltspflichtverletzung als auch in der durch sie verschuldeten Unmöglichkeit.

2.2.1. Die Beklagte verletzte ihre Sorgfaltspflicht

- 42 Die Sorgfaltspflicht des Betreibers wird in Art. 1 Abs. 3 TV (K-3) definiert. Demnach ist ein vernünftiger und vorsichtiger Betreiber, wer gutgläubig versucht, seine vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen und dabei die Sorgfalt, Vorsicht und Voraussicht walten lässt, die von erfahrenen Betreibern im selben Geschäft in ähnlichen Umständen erwartet werden darf.
- 43 Vorliegend besteht die Sorgfaltspflichtverletzung darin, dass die Beklagte Art. 16 MoU (K-2) verletzte (Rz. 22ff.). Zudem sorgte sie nicht für die schnellere Erstellung des Gutachtens. Selbst bei dessen Vorliegen, veranlasste sie keine sofortige Massnahmen (vgl. Rz. 60).
- 44 Die Folgen einer Sorgfaltspflichtverletzung haben die Parteien nicht geregelt. Dementsprechend kommt Art. 97 OR zur Anwendung.

2.2.2. Die Beklagte hat die Unmöglichkeit zu vertreten

- 45 Da es sich vorliegend um ein Dauerschuldverhältnis handelt (vgl. Rz. 40) und die Aufrechterhaltung des vertragsmässigen Zustandes während einer zeitlich begrenzten Dauer unmöglich ist, liegt Unmöglichkeit vor (vgl. CAYTAS, S. 178).
- 46 Eine vorübergehende Unmöglichkeit erfüllt Art. 97 Abs. 1 OR dann, wenn die Erfüllung für den Gläubiger nutzlos ist (BERGER, N 1515). Da die Beklagte vom 1. Okt. bis zum 23. Dez. 2013 das Erdgas nicht lieferte (EAZ, Rz. 20) und eine nachträgliche Lieferung für die Klägerin nutzlos gewesen wäre, ist diese Voraussetzung erfüllt. Zudem ist rechtsvergleichend anzumerken, dass nach Ablauf des Unterbrechungszeitraums die nachträgliche Erbringung der Leistung im Bereich der Elektrizitäts- und der Gasversorgung zu verneinen ist (EBEL, S. 231).
- 47 Die Unmöglichkeit, den Transport des Gases zu gewährleisten, ist vorliegend eine subj.-anfängliche. Anfänglich ist die Unmöglichkeit dann, wenn sie schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand (HUGUENIN, N 819). Da vorliegend das schädigende Ereignis am 23. Jul. 2013 um 15.30 Uhr eintrat, die Auktion, an der die Kapazität erstanden wurden, aber erst um 17.30 Uhr endete (vgl. Verfügung 2, Rz. 6) und der TV erst ab dem 1. Okt. 2013 zu laufen begann, ist die Unmöglichkeit anfänglich. Ausserdem ist die Unmöglichkeit subjektiv. Die Beklagte schuldete die Zurverfügungstellung einer verbindlichen Transportkapazität (Art. 5 TV, K-3), d.h., sie stellte einen Transportweg für den Gastransport der Klägerin 1 zur Verfügung. Diese Leistung kann dabei auch durch andere Anbieter zur Verfügung gestellt werden (z.B. Transport durch andere Pipeline, mittels Zug oder Schiffverkehr), weshalb die Unmöglichkeit lediglich eine subj. ist.

2.3. Die Klägerin 1 erlitt durch die Vertragsverletzung einen Schaden

- 48 In der Periode 1 wurde von der Beklagten kein Erdgas transportiert, obwohl sie dazu gem. Art. 5 TV (K-3) seit dem 1. Oktober 2013 verpflichtet gewesen wäre. Der Erlass des Transportpreises wurde zwar aufgrund der Nichterfüllung der Transportpflicht zugesagt, aber die Klägerin 1 erlitt dennoch einen Restschaden i.S.v. Art. 97 OR.
- 49 Zum einen musste sie Deckungseinkäufe zu höheren Preisen tätigen. Diese Einkäufe führten zu einer Erhöhung der Passiven und somit zu einem ersatzfähigen Schaden der Klägerin 1. Die Berufung der Beklagten in der Einleitungsantwort vom 14. Juli 2014 (nachstehend EAT), Rz. 17, auf einen Schulderlass gem. Art. 115 OR ist unbegründet. Ein solcher bedürfte einer Übereinkunft der Parteien (BGE 69 II 377 E. 1a). Da der Schulderlass in keiner Weise am Treffen der Beklagten mit den Klägerinnen thematisiert wurde (vgl. Verfügung 2, Rz. 19), erfolgte keine derartige Zustimmung. Die Beweislast trifft ohnehin denjenigen, der sich darauf beruft (Art. 8 ZGB, vgl. auch BGE 110 II 346 E. 2b), in diesem Fall die Beklagte.

50 Zweitens musste die Klägerin Verträge mit Dritten, die von den Transporten durch die Beklagte abhingen, kündigen, da sie nicht in der Lage war, ihre Verbindlichkeiten, die sie mit Blick auf den TV abgeschlossen hatte, zu erfüllen. Dadurch entging der Klägerin 1 Gewinn, den sie bei korrekter Leistung der Beklagten und damit der Erfüllung ihrer eigenen Verbindlichkeiten aus diesen Verträgen hätte realisieren können.

2.4. Der Kausalzusammenhang ist gegeben

51 Der natürlich-adäquate Kausalzusammenhang ist sowohl bei der Sorgfaltspflichtverletzung als auch bei der anfänglich- subj. Unmöglichkeit gegeben.

52 Bei der Sorgfaltspflichtverletzung, welche sich die Beklagte hat zuschulden kommen lassen, handelt es sich um eine Unterlassung. Nach dem hypothetischen Kausalverlauf, ist eine Unterlassung kausal, wenn der Schaden bei Vornahme der gebotenen Handlung nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge verhindert worden wäre (BGer 4A.520/2007 E.4). Vorliegend entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die unzureichenden Vorkehrungen bzgl. Sicherungsmassnahmen und auch die unterlassenen Aufklärungspflichten dazu führen, dass der Gastransport durch ein Gefahrengebiet nicht mehr gewährleistet werden kann und dadurch den Kundinnen Schäden in Form von Gewinnverlusten und Deckungseinkäufe anfielen. Dies insb. deshalb, weil für jedermann ersichtlich ist, dass das Gas grundsätzlich nicht zum Eigengebrauch verwendet wird, sondern weitere Verträge darüber abgeschlossen werden, welche darauf beruhen, dass das Gas an den Zustellungsort transportiert wird. Somit ist der adäquate Kausalzusammenhang erstellt.

53 Bei der Unmöglichkeit ist der natürlich-adäquate Kausalzusammenhang ebenfalls gegeben: So hat die anfängliche, subj. Unmöglichkeit, den Transport des Gases zu gewährleisten, dazu geführt, dass die Klägerin 1 Deckungseinkäufe tätigen musste und ihr aufgrund der Kündigung anderer Verträge, ein Gewinn entging. Der Schaden ist auch nach allgemeiner Lebenserfahrung vorhersehbar, da das Nicht-Transportieren von Gas an seinen Zielort damit zusammenhängende Vertragserfüllungen verunmöglicht (vgl. auch Rz. 45 f.).

54 Es liegt auch keine Unterbrechung der Kausalität vor. Die höhere Gewalt müsste jedenfalls auf einem vom Schuldner nicht kontrollierbaren, aussergewöhnlichen von aussen mit unabwendbarer Gewalt einbrechenden Ereignis beruhen (vgl. BGE 111 II 433 E. 1b). Vorliegend ist die Voraussetzung der Aussergewöhnlichkeit nicht erfüllt: Bereits im Jahr 2012 war es im Sommer zu ähnlichen Zwischenfällen gekommen, weshalb die Beklagte auch eine Pig Passage und ein Gutachten anordnete (vgl. K-5 bis K-11). Somit war sich die Beklagte bewusst, dass sich im Rezetatgebirge eine Gefahrenzone befand und sich derartige Ereignisse wiederholen werden und hätte allfällige Sicherungsmassnahmen, ergreifen müssen. Spätestens, als

sie vom Inhalt des Gutachtens vom 24. Juni 2013 wusste, hätte sie notfallmässig Sicherungsmassnahmen ergreifen müssen, insb. da das Gutachten betonte, dass gerade im Sommer aufgrund der zusätzlichen Wassermengen durch Schneeschmelze besonders grosse Gefahr an der entsprechenden Stelle im Retezatgebirge bestand (K-14) und bestätigte, dass sich derartige Ereignisse nun regelmässig ereignen würden. Dennoch waren Flusstabilisierungsarbeiten erst für die Woche des 29. Jul. 2013 geplant. Trotz erheblicher Gefährdung gerade in dieser Jahreszeit, wartete die Beklagte somit über ein Monat zu. Andere Sicherungsmassnahmen (bspw. zusätzliche Sicherheitsplatte), nahm die Beklagte nicht vor.

2.5. Verschulden

55 Das Verschulden wird von Art. 97 Abs. 1 OR vermutet.

2.5.1 *Es lag keine Force Majeure vor*

56 Die Beklagte beruft sich auf Force Majeure gem. Art. 23 TV (vgl. K-18, EAT, Rz. 13 ff.), um sich zu exkulpieren. Gem. Art. 23.1 TV (K-3) trifft den Betreiber die Beweislast, dass die Nichterfüllung auf einem ausserhalb seines Einflussbereiches liegenden Hinderungsgrund beruht, der die Pipeline direkt betrifft und zudem von einem vernünftigen und vorsichtigen Betreiber (Art. 1 Abs. 3 TV, K-3) weder vorhersehbar, noch vermeidbar oder überwindbar ist.

57 Es ist unbestritten, dass die Schadensereignisse vom 19., 21. und 23. Jul. 2013, welche in Überschwemmungen, Steinschlägen und Schlamm- und Gerölllawinen bestanden (vgl. EAZ, Rz. 13 ff.), ausserhalb des Einflussbereiches der Beklagten standen.

58 Allerdings waren die Schadensereignisse für die Beklagte voraussehbar, da sich derartige Ereignisse bereits im Sommer 2012 ereigneten und auch das Gutachten bestätigte, dass es sich um wiederkehrende Ereignisse handelt.

59 Auch war für die Beklagte die durch die Schadensereignisse verursachte Unterbrechung des Transports voraussehbar. Bereits am 12. Aug. 2012 kam es zu Beschädigungen der Schutzvorrichtungen aufgrund eines grossen Steines und die Transportkapazität zeitweilig reduziert werden musste (EAZ, Rz. 10; K-5). Am 23. Sept. 2012 wurde wiederum die Schutzvorrichtungen an der Pipeline durch sommerliche Überschwemmungen und Wasserfälle im Bereich des Retezatgebirges beschädigt (EAZ, Rz. 10; K-10). Diese beiden Vorfälle zeigten auf, dass Schädigungen möglich waren und dass grössere Schäden an der Pipeline insb. dann auftreten könnten, wenn die Vorfälle in zeitlich kürzeren Abständen erfolgen oder sich die Vorfälle intensivieren würden. Für jeden vorsichtigen und vernünftigen Betreiber i.S.v. Art. 23.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 TV wäre ein mögliches Schadensereignis und ein daraus folgender Unterbruch voraussehbar gewesen, insb. da die Beklagte keine weiteren Sicherungsvorkehrungen traf und sich daher nicht auf das Ausbleiben weiterer Unterbrechungen verlassen durfte.

Zusätzlich erfolgte der eigentliche Vertragsschluss am 3. Aug. 2013, wie auch aus dem TV ersichtlich ist (K-3). Die Beklagte wusste in diesem Zeitpunkt, dass der Transport nicht gewährleistet werden kann, da die Rumänischen Behörden die Leitung nicht freigab. Sie hätte wissen müssen, dass dies, solange sie keine befriedigende Alternative (bspw. eine Notleitung) gefunden hat, diese auch nicht freigeben würde. Somit wusste sie, dass sie ihre Transportpflicht am 1. Okt. 2013 nicht einhalten kann. Dies bestätigt auch das BGer, wonach derjenige, der eine Leistung verspricht, obschon er weiss, dass er sie möglicherweise nicht werde erbringen können, die Gefahr auf sich nimmt und die Nichterfüllung zu verantworten hat (BGE 111 II 354 E. 2a; zum Übernahmeverschulden vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 3003).

60 Selbst wenn man die Voraussehbarkeit verneinen würde, wären die Voraussetzungen von Force Majeure gem. Art. 23 TV (K-3) nicht gegeben. Denn zusätzlich müsste auch die Voraussetzung „unvermeidbar“ oder „unüberwindbar“ vorliegen. Unvermeidbarkeit liegt nicht vor: Die Beklagte unternahm nichts, als das Gutachten während längerer Zeit nicht erstellt wurde. Die Erstellung des Gutachtens hatte deshalb so lange gedauert, da der von der Beklagten beauftragte Gutachter stark mit anderen Aufträgen ausgelastet war (vgl. Verfügung 2, Rz. 16). Der Beklagten ist vorzuwerfen, dass sie das Gutachten nicht schneller einverlangte. Wäre sie ein „Vernünftiger und Vorsichtiger Betreiber“ gem. Art. 23.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 TV (K-3) gewesen, so hätte sie dem Gutachter entweder eine Frist gesetzt, oder gar einen anderen Gutachter beauftragt, da sie wusste, dass sie für die Gewährleistung eines sicheren Transportes auf das Gutachten angewiesen war. Indem sie früher im Besitz des Gutachtens gewesen wäre, hätte sie früher Massnahmen in Zusammenarbeit mit den Behörden (Flussbettstabilisierung, K-14) ergreifen können, sodass sie für den Sommer 2013 genügend vorbereitet gewesen wäre. Dies unterstreicht auch Art. 23 der Verordnung über Sicherheitsvorschriften für Rohrleitungsanlagen, ist der genügende Schutz vor mechansichen Einwirkungen, wie Steinschlägen zu gewährleisten. Auch die Unüberwindbarkeit ist nicht gegeben. So hätte die Beklagte schneller eine Notleitung bauen sollen, bzw. den Transport mittels anderer Verkehrsmittel, wie Zug oder Schiff, gewährleisten können bzw. müssen.

61 Selbst wenn das Vorliegen von Force Majeure gem. Art. 23 TV (K-3) angenommen werden sollte, erfolgte die die Berufung darauf durch die Beklagte zu spät. Aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbotes gem. Art. 2 Abs. 2 ZGB kann sich die Beklagte nicht darauf berufen. Hätte sie Force Majeure geltend machen wollen, so hätte diese Geltendmachung sofort (d.h. innert 24 Stunden) erfolgen müssen.

2.5.2. Die Beklagte handelte grobfahrlässig

- 62 Die Beklagte behauptet weiter, keinen Schadensersatz leisten zu müssen, da dieser nur bei grober Fahrlässigkeit geschuldet sei (vgl. 19.1 TV, K-3) und sie sich nicht grobfahrlässig verhalten habe (EAT, Rz. 9). Grobfahrlässigkeit liegt gem. BGer dann vor, wenn es sich um eine Verletzung von elementaren Regeln handelt, welche sich jeder vorsichtigen Person aufdrängen (BGE 111 II 90 E. 1a). Die Beklagte wusste nach Erhalt des geologischen Gutachtens, dass solche Ereignisse nun regelmässig auftreten konnten. Bei einer solchen Sachlage verbindliche Transportkapazität anzubieten ohne entsprechende Massnahmen zur Sicherstellung der Lieferung zu ergreifen (wie bspw. den Bau einer zweiten, unabhängigen Pipeline, weitere Sicherungsplatten) muss als grobe Fahrlässigkeit gewertet werden, insb. da die Beklagte zum einen bloss unterbrechbare Kapazität hätte anbieten können und zum anderen die Vorfälle im Jahr 2012, sowie vom 19. bzw. 21. Jul. 2013 ihr verdeutlicht haben mussten, wie gross die Wahrscheinlichkeit von Zwischenfällen tatsächlich ist.
- 63 Selbst wenn es sich nicht um grobe Fahrlässigkeit handeln sollte, wäre die Beklagte dennoch zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet, da die entsprechende Abrede infolge Täuschung (vgl. nachstehend Rz. 64) bzw. Irrtum (vgl. nachstehend Rz. 68) ungültig wäre.
- 64 Eine Täuschung gem. Art. 28 Abs. 1 OR liegt vor, wenn der Getäuschte durch die andere Partei zum Vertragsschluss verleitet wurde. Die Täuschungshandlung, welche gem. BGer auch darin bestehen kann, dass die täuschende Partei eine Tatsache nicht offenlegt, die sie offenzulegen eigentlich verpflichtet wäre (BGE 116 II 434 E. 3a), liegt vor. So hätte die Beklagte gem. Art. 16 MoU (K-2) der Klägerin 1 alle betriebsrelevanten Vorkommnisse unverzüglich mitteilen müssen, was aber nicht geschah (vgl. Rz. 22 ff.). Selbst wenn Art. 16 MoU keinen vertraglichen Charakter aufweisen sollte, besteht dennoch die Pflicht aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), seinen Vertragspartner über Tatsachen, die geeignet sind den Entschluss zum Vertragsschluss bzw. den Vertragsschluss zu bestimmten Konditionen zu beeinflussen, zu informieren, wenn erkennbar ist, dass der Vertragspartner sich in einem Irrtum befindet (vgl. auch BGE 90 II 455f. E. 4, 116 II 434 E. 3a). Die Tatsache, dass mehrere schädigende Ereignisse im Bereich der Pipeline im Retezatgebirge vorgefallen waren, ist für den Vertragspartner relevant, da Hauptbestandteil des Vertrages der Transport des Gases war. Diese Relevanz war auch für die Beklagte ersichtlich.
- 65 Eine weitere Voraussetzung für eine Täuschung ist ein Irrtum auf Seiten der Klägerin 1. Dieser bezieht sich auf drei Punkte: Erstens dachte die Klägerin 1, die Beklagte würde sie jeweils entsprechend Art. 16 MoU (K-2) rechtzeitig über betriebsrelevante Vorfälle an der Pipeline informieren. Zweitens ging sie von einem einwandfreien Zustand der Pipeline aus. Drittens wusste sie nicht, dass Vorfälle, wie sie sich im Sommer 2012 ereigneten, nun regel-

- mässig vorkommen würden (da sie nicht vom Inhalt des Gutachtens wusste). Obwohl die beiden letzten Punkte nicht in einer falschen Vorstellung („error“), sondern in einer fehlenden Vorstellung („ignorantia“) bestanden, liegt ein Irrtum vor (vgl. BGE 5A.187/2013 E. 7.1).
- 66 Dabei ist der Irrtum kausal zur Täuschungshandlung. Wäre die Beklagte ihrer Aufklärungspflicht gem. Art. 16 MoU (K-2) bzw. Art. 2 Abs. 1 ZGB nachgekommen, wäre die Beklagte über die schlechten Zustände der Pipeline und die immanenten Gefahren informiert gewesen. Es war nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch voraussehbar, dass die Klägerin 1 eine Haftungsausschluss zustimmen würde, wenn ihr diese Informationen fehlten.
- 67 Weiter ist Täuschungsabsicht vorausgesetzt. Diese ist gegeben, da die Beklagte nichts unternahm, den Irrtum der Klägerin zu beheben, obwohl sie von den Beschädigungen, der Möglichkeit der Unterbrechung des Transports und der Unmöglichkeit der Klägerin, sich Kenntnis über die Situation zu verschaffen wusste (vgl. zur Täuschungsabsicht BGE 123 III 169 E. 3b).
- 68 Eventualiter zur Täuschung liegt ein wesentlicher Irrtum gem. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR der Klägerin 1 vor. Wie in Rz. 82 dargelegt, liegt ein Irrtum der Klägerin 1 vor. Dieser ist i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR wesentlich, da die Klägerin 1 nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr den einwandfreien Zustand der Pipeline, eine Information im Falle schädigender Ereignisse und Kenntnis über das Gutachten als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtete. Bei der Auktion erstand die Klägerin 1 verbindliche Kapazitäten, das Gutachten vom 24. Juni 2013 und die Vorkommnisse vom 19., 21. und 23. Jul. 2013 deuteten aber unzweifelhaft darauf hin, dass die Beklagte nicht in der Lage sein würde, diese verbindliche Kapazität zu liefern. Der Irrtum betraf somit die essentialia negotii und durfte somit als wesentlich erachtet werden. Gem. BGR muss der Irrtum ausserdem erkennbar gewesen sein (vgl. BGE 130 III 52 E. 1.2). Wie in Rz. 64 dargelegt, war der Irrtum für die Beklagte erkenntlich.
- 69 Unabhängig davon, ob nun Täuschung oder Irrtum vorliegt, hätte die Klägerin 1 den Vertrag nicht mit einem Haftungsausschluss geschlossen. Daraus folgt die Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR analog (BGE 99 II 308 f. E. 4c). Teilnichtigkeit ist auch dann möglich, wenn nicht bloss ein Nebenpunkt sondern auch wie vorliegend die essentialia negotii von der Nichtigkeit betroffen sind (BGE 107 II 218 E. 3a). Der mangelhafte Vertrag ist anhand des hypothetischen Parteiwillens wenn möglich abzuändern, und zwar mit dem Inhalt, auf den die Parteien sich nach Treu und Glauben geeinigt hätten, wenn ihnen die Möglichkeit eines Teilmangels zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewusst gewesen wäre (BGE 120 II 41 E. 4b, 138 III 39 E. 2.3.3). So hätte die Beklagte dieser Abrede nicht zugestimmt.

70 Die Beklagte behauptet weiter, die Klägerin 1 habe keinen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, da dieser gem. Art. 19.2 TV (K-3) nicht zu ersetzen sei (EAT, Rz. 10). Dabei verkennt die Beklagte, dass der Ausschluss der Haftung bei grober Fahrlässigkeit sowie Vorsatz im Voraus nicht möglich ist (Art. 100 Abs. 1 OR) und zwar unabhängig davon, ob es um entgangenen Gewinn oder eine andere Schadensposition geht. Die Beklagte handelte aber gerade grob fahrlässig, weshalb sie sich nicht auf Art. 19.2 TV berufen kann (vgl. Rz. 62). Selbst wenn kein grobfahrlässiges Verhalten der Beklagten vorläge, könnte sich die Beklagte dennoch nicht auf die Bestimmung berufen, da dies rechtsmissbräuchlich wäre.

3. Anspruch auf Reduktion des Transportpreises

71 Der Kaufpreis ist in der Periode 2 zu reduzieren.

3.1. Die Beklagte war nicht befugt unterbrechbare Kapazität zu liefern

3.1.1. Es wurde verbindliche Kapazität vereinbart (Art. 5 TV)

72 Gem. Art. 5 TV (K-3) war die Beklagte explizit verpflichtet, den Klägerinnen die vereinbarte Kapazität verbindlich zur Verfügung zu stellen. Verbindliche Kapazität bezeichnet gem. Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2008 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. EU vom 14. August 2009, Nr. L 211, S. 40 Art. 2 Abs. 1 Ziff. 16 die „Erdgasfernleitungskapazität, die von dem Fernleitungsnetzbetreiber vertraglich als nicht unterbrechbare Kapazität zugesichert wurde“, während Ziff. 13 derselben Bestimmung die unterbrechbare Kapazität als die Erdgasfernleitungskapazität definiert, welche „von dem Fernleitungsnetzbetreiber gem. den im TV festgestellten Bedingungen unterbrochen werden kann“.

3.1.2. Keine Zurverfügungstellung von verbindlicher Kapazität

73 Obwohl die Klägerin 1 somit Anspruch auf verbindliche Kapazität hatte, stellte die Beklagte ihr faktisch bloss unterbrechbare Kapazität zur Verfügung, da in der Periode zwischen der Periode 2 gem. Mitteilung der Beklagten (vgl. EAZ, Rz. 20) jederzeit mit Unterbrüchen oder einer Reduktion der Kapazität gerechnet werden musste.

3.1.3. Kein Fall von zulässiger Reduktion der Kapazität oder Unterbrechung (Art. 7 TV)

74 Art. 7 TV (K-3) bezeichnet zwei Fälle, in denen eine Reduktion der Kapazität bzw. eine Unterbrechungen des Transportes zulässig sind.

75 Zunächst ist der Betreiber gem. Art. 7 Abs. 1 TV (K-3) berechtigt „die Kapazität für die Dauer der Erweiterung oder Wartung zu reduzieren“, wenn er „auf Grund von Wartungen und/oder Erweiterungen des Pipelinesystems nicht in der Lage ist, dem Befrachter die Ver-

bindliche Kapazität zur Verfügung zu stellen“, vorausgesetzt der Betreiber hat die Befrachter schnellstmöglich über die Reduktion informiert. Wartungen sind gem. der Definition in Art. 1 TV (K-3) „die Arbeiten und Aktivitäten, die für die Instandhaltung und den ordentlichen Betrieb des Pipelinesystems nötig sind, um die Kontinuität, die Regularität und die Sicherheit des Transportes von Erdgas im Pipelinesystem zu gewährleisten und welche von einem Vernünftigen und Vorsichtigen Betreiber vorgenommen werden würden“. Die Unterbrechbarkeit der Kapazität war aber nicht durch Wartungen oder Erweiterungen des Pipelinesystems verursacht worden, sondern dadurch, dass die neue, die Gefahrenzone umgehende, permanente Umleitung noch nicht genutzt werden konnte und der Transport daher über eine provisorische Notleitung durch das Gefahrengebiet lief. Weiter sind Verträge immer mit Blick auf die Systematik des ganzen Vertrages, „aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen“ (BGE 123 III 168 E. 3a). Da die Ausnahmeregelungen von Art. 7 Abs. 1 TV (K-3) dem Grundgehalt des Vertrages, nämlich der Zurverfügungstellung von verbindlicher Kapazität, entgegenläuft, sollten diese Ausnahmen restriktiv ausgelegt werden. Sonst hätten die Parteien einen Vertrag über unterbrechbare Kapazität geschlossen und es wäre demzufolge gar keine Abrede i.S.v. Art. 7 TV (K-3) nötig gewesen.

- 76 Selbst wenn angenommen werden sollte, dass die provisorische Umleitung eine Arbeit darstellt, die für den ordentlichen Betrieb notwendig ist, ist der Tatbestand der Wartung i.S.v. Art. 1 Abs. 4 TV (K-3) dennoch nicht erfüllt. Ein vernünftiger und vorsichtiger Betreiber hätte nämlich entsprechend der Definition in Art. 1 Abs. 3 TV (K-3) genügend Voraussicht walten lassen müssen. Die Beklagte beging verschiedentlich Sorgfaltspflichtverletzungen (vgl. dazu Rz. 55 ff.) und handelte somit nicht wie ein „Vernünftiger und Vorsichtiger Betreiber“.
- 77 Der Ausnahmefall von Art. 7 Abs. 2 TV (K-3), kommt ebenso wenig zur Anwendung, da wie zuvor dargelegt, kein Fall von Force Majeure vorliegt (vgl. hierzu Rz. 55).
- 78 Zusammengefasst kann gesagt werden, dass die in Art. 7 TV (K-3) vorgesehenen Ausnahmen nicht zur Anwendung kommen und die Beklagte daher weder berechtigt die Kapazität zu reduzieren, noch diese auf „unterbrechbar“ herabzustufen war.

3.1.4. Eventualiter: Reduktion des Transportpreises gem. Art 7 Abs. 3 TV

- 79 Wenn das Gericht entgegen den Darlegungen in Rz. 74 ff. annehmen sollte, dass Art. 7 Abs. 1 TV erfüllt sei, so könnte dennoch eine Preisreduktion im Rahmen von 1032 Stunden verlangt werden, da die Unterbrechung ungefähr 1512 Stunden dauerte (vgl. EAZ Rz. 20).

3.2. Willensmängel

3.2.1. Täuschung

- 80 Im Wesentlichen kann auf die Ausführungen zu Willensmangel sowie analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR (Rz. 66) verwiesen werden. Denn hätte die Klägerin 1 Kenntnis vom Zustand der Pipeline, dem geologischen Gutachtens sowie der Unzuverlässigkeit der Beklagten hinsichtlich Informationsfluss gehabt, wäre ihr bewusst gewesen, wie gross die Wahrscheinlichkeit einer Unterbrechung tatsächlich war. Demnach hätte sie bloss einen angemessenen und marktüblichen Preis, der demjenigen für unterbrechbare Kapazität entsprochen hätte, an der Auktion geboten. Die Beklagte durfte nach Treu und Glauben nicht damit rechnen, dass die Klägerin 1 bereit gewesen wäre, trotz Unsicherheiten bzgl. Möglichkeit der Leistungserbringung verbindliche Kapazität zu kaufen und einen gleich hohen Preis zu bezahlen, wie sie für effektiv verbindliche Kapazität bezahlt hätte. Weiter ist ebenfalls zu beachten, dass der Transportpreis durch eine Auktion und damit primär durch die Beklagte und deren Mitbieter bestimmt wurde. Diese hätten vernünftigerweise alle einen tieferen Preis geboten, was das Auktionsresultat entsprechend beeinflusst hätte.
- 81 Die Klägerin 1 hat den Vertrag nicht genehmigt. Sie eröffnete der Beklagten während der Periode 2, dass sie den Vertrag, so wie er geschlossen wurde, nicht halten wolle (namentlich die Transportkosten nicht zahlen wolle). Somit hat sie die Jahresfrist gem. Art. 31 OR eingehalten. Diese begann mit der Entdeckung der Täuschung, am 12. Sept. 2013 (K-18) und endete gem. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 132 Abs. 1 OR am 13. Sept. 2014.

3.2.2. Eventualiter: Irrtum

- 82 Falls die Täuschung verneint werden würde, so würde zumindest ein wesentlicher Irrtum auf Seiten der Klägerin 1 im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorgelegen haben.
- 83 Hinsichtlich Irrtum und analoger Anwendung von Teilnichtigkeit kann mutatis mutandis auf das in Rz. 69 Ausgeführte verwiesen werden. So war für die Klägerin 1 die Funktionsfähigkeit der Pipeline von grundlegender Bedeutung. Dies war für die Beklagte auch erkennbar, da es sich bei der vertraglichen Hauptleistung um die Lieferung von verbindlicher Transportkapazität handelte. Die Klägerin 1 hätte folglich unter diesen Voraussetzungen nicht verbindliche Kapazität zu diesem Preis erworben.
- 84 Für die Nichtgenehmigung und Berechnung der Einjahresfrist gilt dasselbe, was bereits bei der Täuschung ausgeführt wurde.

3.3. Minderung des Transportpreises

Wie bereits in Rz. dargelegt wurde, handelt es sich beim TV um einen Innominatvertrag, welcher insb. Elementen des Werk- und Mietvertragsrechts kombiniert.

3.3.1. Analoge Anwendung des Werkvertragsrechts (Art. 363 ff. OR)

- 85 Bezüglich der werkvertraglichen Elemente des vorliegenden TV (K-3) kann auf die Ausführungen in Rz. 39 ff. verwiesen werden.
- 86 Gem. Art. 368 Abs. 2 OR ist der Besteller berechtigt, den Minderwert des mangelhaften Werkes vom Werklohn des Unternehmers abzuziehen im Falle, dass das Werk oder die Abweichung vom Vertrag minder erheblich sind.
- 87 Ein Mangel ist ein „vertragswidriger Zustand des Werkes, der darin besteht, dass dem Werk eine vertraglich geforderte Eigenschaft fehlt“ (GAUCH, N 1356). Die Beklagte stellte zwar eine Transportkapazität zur Verfügung, diese war jedoch nicht wie vereinbart verbindlich, sondern bloss unterbrechbar, weshalb die Leistung nicht vertragskonform und damit mangelhaft war.
- 88 Weiter muss die Mangelhaftigkeit eines Werkes zu einem Minderwert geführt hat, also eine effektive Wertdifferenz zwischen dem mangelhaften und dem mangelfreien Werk besteht (GAUCH, N 1627). Der Preis von unterbrechbarer Kapazität ist entsprechend der Wahrscheinlichkeit einer Unterbrechung tiefer als derjenige von verbindlicher Kapazität (Art. 14 Ziff. 1 lit. b der Verordnung Nr. 715/2009). Die Differenz zwischen dem Preis von verbindlicher und unterbrechbarer Kapazität ist somit Gegenstand der Minderungserklärung der Klägerin 1.
- 89 Die Mängelgewährleistung wurde nicht wirksam wegbedungen, weder im TV noch bei anderen Gelegenheiten. So stellt Art. 7 TV keine generelle Freizeichnungsklausel dar, sondern regelt lediglich eine begrenzte Anzahl von Ausnahmefällen und findet auf den vorliegenden Sachverhalt keine Anwendung. Selbst wenn es sich um eine Freizeichnungsklausel handeln würde, was hier aber bestritten wird, wäre diese nicht wirksam, da sie ebenfalls von der Teilnichtigkeit infolge Willensmangel erfasst werden würde. So hätten die Parteien, wenn sie sich nicht in einem Irrtum bzgl. des Zustandes der Pipeline bzw. der Zuverlässigkeit mit der die Beklagte ihrer Informationspflicht nachkommt befunden, hätten diese Abrede so nie in den Vertrag aufgenommen.
- 90 Ebenso wenig wurde der Mangel genehmigt, da Verhandlungen bzgl. einer Reduktion des Transportpreises noch während der Periode 2 (vgl. EAZ Rz. 20) geführt wurden und die Klägerinnen für diese Periode auch noch keine Zahlungen tätigten.
- 91 Auch erhob die Klägerin rechtzeitig Mängelrüge nach Art. 367 Abs. 2 OR indem sie der Beklagten noch während der Periode 2, als das mangelhafte Werk abgeliefert wurde, anzeigte,

sie wolle nicht den gesamten Kaufpreis zahlen und somit konkludent Minderung geltend machte (vgl. auch GAUCH, N 2134). Wird der betreffende Mangel dem Besteller vom Unternehmer selbst angezeigt, so braucht er bloss den Mangel mit Hinweis auf die Mitteilung des Lieferanten zu benennen (GAUCH, N 2132; vgl. auch BGE 107 II 175 E. 1a). Die Beklagte informierte die Klägerin 1 über den Mangel (vgl. EAZ, Rz.20) und verlangte bei einem Gespräch die Reduktion des Kaufpreises (vgl. EAZ, Rz. 21).

- 92 Laut analoger Anwendung von Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 OR verjährt der Anspruch auf Minderung innerhalb eines bzw., falls absichtliche Täuschung vorliegt, innerhalb von zehn Jahren. Die einjährige Verjährungsfrist ist den Erläuterungen in Rz. 34 ohnehin gewahrt.

3.3.2. Analoge Anwendung Regelung zur Miete (Art. 253 ff. OR)

- 93 Eine analoge Anwendung von Art. 259d OR rechtfertigt sich aufgrund der vorliegend und im Mietrecht gleich gelagerten Verhältnisse. Bei der Analogie ist zu berücksichtigen, dass hinreichende sachliche Gemeinsamkeiten zwischen der Vorschrift im positiven Recht und jener Thematik, für die eine gesetzliche Norm fehlt, besteht (vgl. BGE 129 V 346 E. 4.1). Die Klägerin 1 hat am 23. Jul. 2013 Kapazitäten im Umfang von 5'000 Sm³/h erstanden, d.h. die Beklagte verpflichtete sich, ihr diese Transportkapazität in ihrer Pipeline zur Verfügung zu stellen. Gem. der Verfügung 2, Rz. 3, speist die Klägerin 1 ihr eigenes Gas ein und entnimmt es am Entnahmepunkt wieder, wodurch sie selbständig Kontrolle in der Höhe der von ihr erstandenen Kapazität hatte. Dies ist mit der Gebrauchsüberlassung des Mietrechts vergleichbar. Weiter zahlt die Klägerin 1 für den „Gebrauch“ der Pipeline einen Transportpreis – dieser ist somit mit dem Mietzins gleichzustellen. Nicht zu vergessen ist ausserdem, dass vorliegend wie im Mietrecht ebenfalls die Beklagte für die Instandhaltung zuständig ist. So hat sie dafür zu sorgen, dass sich die Pipeline in einem tauglichen Zustand befindet und darin erhalten bleibt. Demnach sind genügend Übereinstimmungen zwischen der vorliegenden Situation und dem Mietrecht gegeben, um die Bestimmungen des Mietrechts analog anzuwenden.
- 94 Da das Ereignis, das zum Unterbruch des Transportes führte, am 23. Jul. 2013 um 15.30 Uhr stattfand und das Ende der Auktion (und somit die vertragliche Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Klägerin 1) um 17.30 Uhr desselben Tages war (vgl. Verfügung 2, Rz. 6), handelt es sich hier um einen anfänglichen Mangel (vgl. SCHMID/STÖCKLI, N 937 ff.) gem. Art. 258 Abs. 1 OR analog (vgl. auch Rz. 93), da die Pipeline für den vorausgesetzten „Gebrauch“ nicht tauglich war (vgl. auch BGE 135 III 347 E. 3.2, BSK OR I-WEBER, Art. 258 N 1), indem eine Beschädigung im Bereich des Retezatgebirges den Transport von Gas verhinderte. Dafür kann die Klägerin gem. Art. 258 Abs. 2 i.V.m. Art. 259a Abs. 1 Alt. 2 lit. b. und Art. 259d OR analog die Herabsetzung der Transportkosten verlangen.