

Moot Court Team 4

Frantisek Draslar

Thomas Grob

Robert Jeker

Alexandra Takhtarova

Einschreiben

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution

c/o Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach3058

CH-8022 Zürich

12.Dezember2014

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 250123-2014

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 4

gegen

PipeTransport AG

Baarerstrasse 145, 6300 Zug, Schweiz

Beklagte

Sehr geehrter Herr Präsident B.,
sehr geehrte Frau Schiedsrichterin R.,
sehr geehrter Herr Schiedsrichter B.,

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. [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

Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis.....	VIII
Entscheidungsverzeichnis	XI
Entscheide ausländischer Gerichte.....	XV
A. DAS SCHIEDSGERICHT KANN ÜBER ANSPRÜCHE DER KLÄGERINNEN URTEILEN	1
I. Anwendbares Recht und Sitz des Schiedsgerichts	1
II. Zuständigkeitsprüfung	1
1. Die Schiedsfähigkeit der Parteien und des Gegenstandes	1
2. Gültigkeit der Schiedsklausel	2
a) Die Schiedsklausel ist formell gültig	2
b) Die materielle Gültigkeit der Schiedsklausel ist gegeben.....	2
III. Kann das Schiedsgericht über die Ansprüche von Klägerinnen 2 und 3 urteilen?	3
IV. Das Gericht ist zuständig die Ansprüche von Klägerinnen 2 und 3 zu beurteilen	3
V. Die Verfahren sollen konsolidiert werden.....	3
B. ZWISCHEN DER BEKLAGTEN UND DER KLÄGERIN IST EIN GÜLTIGER VERTRAG ENTSTANDEN	4
I. Vertragsabschluss und das Vorliegen eines Vorvertrages	4
II. Die Klägerin und die Beklagte haben einen gemischten Vertrag geschlossen	4
C. DIE BEKLAGTE IST ZUR TRAGUNG DER KOSTEN VON CHF 2'230'000 VERPFLICHTET	5
I. Die Beklagte hat ihre Transportpflicht nicht erfüllt	5

II. Der Klägerin ist ein Schaden durch die Vertragsverletzung entstanden	6
1. Der Klägerin ist ein direkter Schaden gem. 19.1 TV entstanden.....	6
2. Die Klausel des Art. 19.2 TV ist unwirksam	6
3. Die Klägerin hat auf ihre Schadenersatzansprüche nicht verzichtet.....	6
III. Die Beklagte kann sich nicht auf Force Majeure berufen	6
1. Es liegt kein von aussen kommendes Ereignis vor	6
2. Das Ereignis war für die Beklagte vorhersehbar	7
3. Das Ereignis war für die Beklagte vermeidbar	8
4. Die Beklagte trägt die Beweislast für sämtliche Voraussetzungen.....	9
IV. Die Beklagte hat grobfahrlässig gehandelt.....	10
V. Zwischenfazit.....	10
D. DIE KLÄGERIN KANN DEM GRUNDE NACH SCHADENERSATZ WEGEN VERLETZUNG DER AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN VON DER BEKLAGTEN VERLANGEN.....	10
I. Schadenersatz wegen Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten	10
1. Vorliegen innominatvertraglicher Aufklärungs-, Benachrichtigungs- und Informationspflichten	10
2. Handlungen und Umstände seitens der Beklagten, die einer Aufklärungs-, Benachrichtigungs- und Informationspflicht unterlegen hätten.....	12
3. Verletzung der Aufklärungs-, Benachrichtigungs- und Informationspflicht	13
II. Eventualiter: Schadenersatz wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten aus Culpa in Contrahendo	15
E. REDUKTION DER TRANSPORTGEBÜHR	15
I. Reduktion auf Grund der Teilnichtigkeit des Vertrags.....	15
1. Die Klägerin unterlag einem Grundlagenirrtum über einen zukünftigen Sachverhalt	15
2. Der Irrtum ist objektiv und subjektiv wesentlich.....	16

3. Es liegt kein Verstoss gegen Treu und Glauben vor	17
4. Es liegt keine Verwirkung vor	17
5. Teilnichtigkeit von Art. 5 i.V.m. Art. 12 TV	17
II. Eventualiter: Der Transportpreis ist durch Vertragsanpassung mittels clausula rebus sic stantibus zu reduzieren	18
1. Die Verhältnisse haben sich nachträglich verändert	18
2. Die Veränderung zog eine gravierende Äquivalenzstörung nach sich	18
3. Die Veränderung der Verhältnisse war weder voraussehbar noch vermeidbar	19
4. Kein widersprüchliches Parteiverhalten durch die Klägerin.....	19
III. Eventualiter: Die Transportgebühr ist auf Grund der analogen Anwendung von Art. 259d OR zu reduzieren.....	19
1. Der Transportvertrag ist lückenhaft	19
2. Analoge Anwendung von Art. 259d OR.....	20
3. Reparatur als schwerwiegender Eingriff.....	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AG	Aktiengesellschaft
Aufl.	Auflage
BGer	amtliche Sammlung von Entscheiden des Schweizerischen Bundesgerichts
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EuGH	Gerichtshofs der Europäischen Union
ff.	und Folgende
form.	formell
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR Nr: 291
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
MoU	Memorandum of Understanding
mat.	materiell
N	Randnummer
Nr.	Nummer
obj.	objektiv
OGH	Oberster Gerichtshof
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR Nr: 220
Rz.	Randziffer
S.	Seite

SR	Systematische Rechtssammlung
SV	Sachverhalt
TV	Transportvertrag
vgl.	vergleiche
subj.	subjektiv
V.	Voraussetzungen
v.a.	vor allem
Vorb.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR Nr: 210
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008
ZK	Zürcher Kommentar

Literaturverzeichnis

- BASEDOW JÜRGEN: Der Transportvertrag : Studien zur Privatrechtsangleichung auf regulierten Märkten, Habil.-Schrift Univ. Hamburg, Tübingen 1987 (zit. BASEDOW) [Rz. 17]
- BERGER BERNHARD: Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012 (zit. BERGER) [Rz. 55]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ: Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1. Auflage, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS) [Rz. 6, 12]
- BRUNNER CHRISTOPH: Force Majeure and hardship under general contracts: exemption for non-performance in international arbitration, Habil.-Schrift Univ. Bern, Austin 2009 (zit. BRUNNER) [Rz. 24]
- BREITSCHMID PETER/RUMO-JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.): Handommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 1-456), 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. CHK ZGB-BEARBEITER/-IN) [Rz. 51]
- BUCHER EUGEN: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER) [Rz. 41]
- EXNER ADOLF: Der Begriff der höheren Gewalt: (vis major) im römischen und heutigen Verkehrsrecht, Saarbrücken 2007 (zit. EXNER) [Rz. 22, 24]
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeiner Bestimmungen, 2. Aufl. Zürich 2012 (zit. CHK OR-SCHÖNENBERGER) [Rz. 16]
- FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/SCHRAMM DOROTHEE: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. CHK IPRG-BEARBEITER/IN) [Rz. 1]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER) [Rz. 40, 47]

-
- GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004 (zit. ZK IPRG-BEARBEITER/IN) [Rz. 2, 4, 9]
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB- BEARBEITER/IN) [Rz. 53]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG: Basler Kommentar, Obligationenrecht (Art. 1 – 529 OR), 5. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK OR- BEARBEITER/IN) [Rz. 16, 32, 43, 47, 59]
- HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit. HUGUENIN) [Rz. 38, 50, 51, 54]
- KOLLER ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2009 (zit. KOLLER) [Rz. 18]
- KRAMER ERNST/SCHMIDLIN BRUNO: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/1/1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit. BK OR- BEARBEITER/IN) [Rz. 52]
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, schweizerisches Gesellschaftsrecht Zürich, 2012 7.Aufl. (zit. MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER) [Rz. 33]
- MORF ROGER: ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 1. Auflage, Zürich 2010 (zit. ZPO Kommentar-MORF) [Rz. 6]
- MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE/GIRSBERGER DANIEL: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse 1, Inomminatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. CHK OR-BEARBEITER/IN) [Rz. 32, 58]
- MÜLLER CHRISTOPH: Swiss Case Law in International Arbitration, 2nd revised edition, 2. Auflage, Zürich 2010 (zit. MÜLLER) [Rz. 10]
- NIKLAS BORIS: Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, Tübingen 2008 (zit. BORIS)

SCHLUEP WALTER: Innominatverträge, Basel 1979 (zit. SCHLUEP) [Rz. 17]

SCHULZE GÖTZ: Die Naturalobligation Rechtsfigur und Instrument des Rechtsverkehrs einst und heute - zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre, Tübingen 2008 (zit. SCHULZE) [Rz. 32]

SCHÜTZE ROLF A./TSCHERNING DIETER/ WAIS WALTER: Handbuch des Schiedsverfahrens – Praxis der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Berlin 1990 (zitiert: SCHÜTZE/TISCHERNING/WALTER) [Rz. 3]

SOETEBEER ANNETTE: Der Begriff der Höheren Gewalt im Europäischen Wirtschaftsrecht : eine Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, Diss. Univ., Bielefeld, Hamburg 2009 (zit. SOETEBEER) [Rz. 25]

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL: Zivilprozessrecht Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 2013 (zitiert: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND) [Rz. 1, 4]

STARK EMIL WILHELM: Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht (Höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden), Diss. Univ. Zürich, Aarau 1946 (zitiert: STARK) [Rz. 24]

WEBER ROLF H.: Berner Kommentar, Bd. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – 109 OR, Bern 2000 (zit. BK OR- WEBER) [Rz. 32, 33, 38]

WEISS RAINER: Höhere Gewalt als Haftungsausschluss, Diss. Univ. Linz, Wien 2009 (zit. WEISS) [Rz. 22, 23, 24]

Entscheidverzeichnis

- BGE 49 II 220
Rz. [18] Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 9. Mai 1923
- BGE 83 II 395
Rz. [21] Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Oktober 1957
- BGE 88 II 430
Rz. [29] Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 27. November 1962
- BGE 90 IV 265
Rz. [22] Urteil des Kassationshofes des schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Dezember 1964
- BGE 91 II 474
Rz. [24, 25] Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Juli 1965
- BGE 93 II 311
Rz. [25] Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Oktober 1967
- BGE 95 II 407
Rz. [44] Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Juni 1969
- BGE 104 II 314
Rz. [24] Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 28. November 1978
- BGE 105 II 75
Rz. [38] Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 25. Mai 1979
- BGE 107 II 216
Rz. [47] Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Juli 1981
- BGE 107 II 343
Rz. [50] Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 18. September 1981

BGE 108 II 197 Rz. [32]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Mai 1982
BGE 110 II 181 Rz. [32]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 26. März 1984
BGE 110 II 375 Rz. [32]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 25. September 1984
BGE 111 II 429 Rz. [24]	Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Dezember 1985
BGE 112 III 90 Rz. [32]	Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des schweizerischen Bundesgerichts vom 26. September 1986
BGE 114 V 190 Rz. [29]	Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Mai 1988
BGE 115 II 67 Rz. [32]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 11. Januar 1989
BGE 115 II 288 Rz. [1]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 28. Januar 1993
BGE 117 II 94 Rz. [2]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 9. April 1991
BGE 118 V 306 Rz. [29]	Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 21. Dezember 1992
BGE 118 II 353 Rz. [4]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Juni 1992

BGE 118 II 297 Rz. [41]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Mai 1992
BGE 119 II 333 Rz. [32]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 23. März 1993
BGE 119 II 443 Rz. [29]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 5. August 1993
BGE 119 II 456 Rz. [32]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Dezember 1993
BGE 122 III 97 Rz. [50]	Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 21. März 1996
BGE 123 III 140 Rz. [15]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Februar 1997
BGE 124 III 155 Rz. [20, 32]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Oktober 1997
BGE 126 III 119 Rz. [21]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 6. März 2000
BGE 127 V 301 Rz. [44]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 26. September 2001
BGE 128 III 50 Rz. [6]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2001
BGE 129 III 727 Rz. [12]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2003

BGE 130 III 49 Rz. [47]	Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Dezember 2003
BGE 130 III 66 Rz. [8]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003
BGE 131 III 76 Rz. [1]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Oktober 2004
BGE 132 III 359 Rz. [19]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 2005
BGE 138 III 29 Rz. [8]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 7. November 2011
BGer 4C.60/2000 [Rz. 12]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 11. Januar 2001

Entscheide ausländischer Gerichte

OGH, 2 Ob 362/53 Urteil des Obersten Österreichischen Gerichtshofs vom 29. Mai 1953
Rz. [23]

OGH, 5 Ob 582/88 Urteil des Obersten Österreichischen Gerichtshofs vom 6. September
Rz. [24] 1988

BGH, II ZR 119/54 Urteil des Obersten Deutschen Gerichtshofs vom 22. Dezember 1955
Rz. [23]

BGH, II ZR 121/05 Urteil des Obersten Deutschen Gerichtshofs vom 19. Januar 2006
Rz. [25]

EuGH, Rs. C-101/99P, Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 10. Januar 2002
Rz. [24] British Sugar, Slg. 2002, Rn. 69

EuGH, Rs. C-136/93, Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 15. Dezember
Rz. [24] 1994 Transafrica, Slg. 1994, Rn. 14-16

EuGH, Rs. C-347/93, Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 9. August 1994
Rz. [26] Boterlux, Slg. 1994, Rn. 35-36

A. Das Schiedsgericht kann über Ansprüche der Klägerinnen urteilen

I. Anwendbares Recht und Sitz des Schiedsgerichts

- 1 Das angerufene Gericht hat seine Adresse in Zürich (vgl. Einleitungsanzeige S. 1). Die Klägerin ist eine in Deutschland domizilierte Gesellschaft und die Beklagte ist eine AG mit Sitz in Zug. Es liegt demnach ein internationales Verhältnis i.S.v. Art. 1 IPRG vor. Da das SG seinen Sitz in der Schweiz hat und mindestens eine der anderen Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, zur Zeit des Vertragsabschlusses im Ausland hat, liegt ein internationales Schiedsverfahren (Art. 176 –194 IPRG; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, N 5) vor (CHK IPRG-FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM, Art. 176 N 1; BGE 115 II 288, E. 1.; BGE 131 III 76, E. 2.).

II. Zuständigkeitsprüfung

- 2 Die Zuständigkeit des SGs hat 4 Vss.. Die Schiedsfähigkeit der Streitsache, die form. und mat. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, das Umfassen der Streitsache von der Vereinbarung (vgl. BGE 117 II 94 ff.) und schliesslich müssen die Parteien befugt sein, eine solche Vereinbarung abzuschliessen (ZK IPRG-HEINI, Art. 186 Abs. 1 N 6.).

1. Die Schiedsfähigkeit der Parteien und des Gegenstandes

- 3 Die Schiedsfähigkeit hat eine subj. und obj. Komponente (SCHÜTZE/TSCHERNING/WAIS, N 562 ff.).
- 4 Die obj. Schiedsfähigkeit kommt grundsätzlich denjenigen Ansprüchen zu, über welche die Parteien frei verfügen können (Art. 354 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, N 5). Gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG kann jeder vermögensrechtlicher Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein (ZK IPRG-VISCHER, Art. 177 N 1). Ein vermögensrechtlicher Anspruch stellt für eine der Parteien ein Interesse dar, welches in Geld bestimmbar ist (BGE 118 II 353; ZK IPRG-VISCHER, Art. 177 N 3).
- 5 Klägerinnen 1, 2 und 3 verlangen von der Beklagten CHF 2'230'000 nebst Zins in Höhe von 5% seit dem 29. Mai 2014. Dies ist ein obj. schiedsfähiger Vermögenswert. Die Reduktion von Transportgebühren ist gleichermassen eine Reduktion der Passiven für die Klägerinnen und dient ihnen als Vermögensvorteil, welcher ebenfalls obj. schiedsfähig ist.
- 6 Damit die am Schiedsgerichtsverfahren beteiligte Personen als Parteien auftreten können müssen sie partei- und prozessfähig (BERGER/KELLERHALS, N 324; zur Prozessfähigkeit vgl. ZPO Kommentar-MORF, Art. 67 N 1), sowie auch rechtsgültige Partei der Schiedsvereinbarung sein (BGE 128 III 50, E. 2b.).

7 Vorliegend erfüllen die Partei unbestrittenermassen die V. für die Partei- und Prozessfähigkeit. Gültig an der Schiedsklausel beteiligt sind die einerseits durch die gemeinsame Unterschrift vom MoU und den Statuten (vgl. K-1 und K-2), sowie der individuellen Unterzeichnung der TV (vgl. K-3 für Klägerin 1). Das Argument der Beklagten, sich auf die *privity of contracts* (mehr dazu bei Rz. 12) zu berufen ist nicht überzeugend. Die 3 Klägerinnen äussern die gleichen Rechtsbegehren (vgl. Rechtsbegehren oben), wodurch die einzelnen Verfahren durch einen grundlegenden Konnex verbunden sind. Ausserdem fallen alle Klägerinnen unter die subj. Tragweite der Schiedsvereinbarung (weitere Ausführungen, vgl: Rz. 12) . Schliesslich anzumerken ist, dass der Einwand des Prinzips der *privity of contracts* einer von materiellrechtlicher Natur ist und wir es hier mit einer prozessrechtlichen Frage zu tun haben. Dadurch wird dieser Einwand irrelevant.

2. Gültigkeit der Schiedsklausel

8 Eine Schiedsvereinbarung ist eine Übereinkunft darüber, dass eine oder mehrere bestehende oder künftige Streitigkeiten unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit einem SG nach Massgabe einer unmittelbar oder mittelbar bestimmten rechtlichen Ordnung unterstellt werden. Sie wird zwischen zwei oder mehreren Parteien geschlossen (BGE 130 III 66 E. 3.1.; BGE 138 III 29 E. 2.2.3). Es wird zwischen formeller und materieller Gültigkeit unterschieden.

a) Die Schiedsklausel ist formell gültig

9 Physische Reproduktion wird gefordert, damit nachträglich der Nachweis dieser Vereinbarung möglich ist (ZK IPRG-VOLKEN, Art. 178 Abs. 1 N 19). Vorliegend liegen schriftliche Dokumente vor, in welchen die Schiedsklausel angebracht ist (vgl. K-1; K-2; K-3) und welche demzufolge physisch reproduzierbar sind. Die vorliegenden Schiedsklauseln sind formell gültig.

b) Die materielle Gültigkeit der Schiedsklausel ist gegeben

10 Zu den obj. wesentlichen Punkten einer Schiedsvereinbarung gehören einerseits die Absicht der Parteien, ihren Rechtsstreit einem SG zur verbindlichen Entscheidung zu unterbreiten und andererseits die Bestimmung des Streitgegenstands, der den Schiedsrichtern unterbreitet werden soll (MÜLLER, S. 40).

11 Die Parteien haben sich i.c. schriftlich geeinigt, dass in erster Linie Ansprüche „[...] *aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag / Memorandum of Understanding / Statuten* [...]“ (K-1: Art. 23 Statuten; K-2: Art. 30 MoU; K-3: Art. 33.2. TV) dem Schiedsgericht zu unterstellen sind. Die Schiedsklauseln sind mat. gültig.

III. Kann das Schiedsgericht über die Ansprüche von Klägerinnen 2 und 3 urteilen?

12 Aufgrund der *inter partes* Wirkung von Verträgen (BERGER/KELLERHALS, N 492) sind nur gültig am Vertrag beteiligte Parteien auch aus diesem verpflichtet (*Relativität des Rechtsverhältnisses = privity of contracts*). Um zu beurteilen, ob das Gericht auch für die Beurteilung der Ansprüche der restlichen Kläger zuständig ist, muss die subj. Tragweite der Schiedsvereinbarung definiert werden (BERGER/KELLERHALS, N 491ff.; NIKLAS, S. 157). Nur wenn dies bejaht werden kann, fallen diese auch unter die Zuständigkeit des SGs (BGE 103 II 75, E. 1.; BK ZPO-PFISTERER, Art. 358, N 22). Der subj. Umfang ermittelt sich gemäss Art. 178 Abs. 3 IPRG (WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, S. 83). Dieser hält fest, dass das SG im Rahmen einer ersten Prüfung die subj. Tragweite einer Schiedsvereinbarung zu ermitteln hat (BGE 134 III 565; BGE 129 III 727 E. 5; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 31). Eine Partei wird nur in zwei Konstellationen von der Schiedsvereinbarung umfasst, entweder, wenn sie seit Abschluss der Vereinbarung dabei war oder wenn sie nachträglich als Drittpartei beitrifft (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 52b).

13 Vorl. haben alle Kläger einen TV mit der Beklagten abgeschlossen (Rz. 24 SV). Da gemäss SV die Klägerinnen 1 und 2 einen bis auf Preis, Kapazität und Abschlussdatum, identischen TV abgeschlossen haben, gelten die gleichen Ausführungen für Klägerin 2 (Unterzeichnung: 02.08.13) wie für Klägerin 1 (Unterzeichnung: 03.08.13, vgl. N 6 ff.). Die Klägerin 3 unterzeichnete am 02.07.12 einen auf 3 Jahre laufenden TV gleicher Art (Vertrag mit verbindlicher Kapazität) mit der Beklagten. Berücksichtigt man, dass die Beklagte vorweg mit 2 anderen Parteien einen identischen Vertrag abgeschlossen hat und der Beweggrund für den Vertragsabschluss mit der Klägerin 3 der gleiche wie bei den Vorgehenden war, wird angenommen, dass die gleiche Wirkung aus diesem Vertrag fliesst. Somit können die Ausführungen und Schlussfolgerungen für Klägerinnen 2 und 3 analog gemacht werden wie bei Klägerin 1. Die Unterzeichnung von MoU und den Statuten der Pipe Transport AG ist für alle Parteien belegbar (vgl. K-1; K-3).

IV. Das Gericht ist zuständig die Ansprüche von Klägerinnen 2 und 3 zu beurteilen

14 Das Gericht ist demzufolge auch für die Ansprüche der Klägerinnen 2 und 3 aus dem TV, den Statuten und dem MoU zuständig.

V. Die Verfahren sollen konsolidiert werden

15 Gemäss SV (Rz. 24) haben die Parteien ein Verfahren zwischen mehr als 2 Parteien, unter Beachtung von Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules, in Betracht gezogen. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules ermöglicht den Parteien, einzelne Verfahren zu konsolidieren. Diese Möglichkeit sollte

vorliegend genutzt werden. Wie zuvor angesprochen (vgl. Rz. 7) hat es das Gericht hier mit identischen Rechtsbegehren zu tun und eine Verbindung der Verfahren ist somit durchaus praktikabel. Gleichzeitig erscheint es aus prozessökonomischer Sicht die weitaus sinnvollere Lösung, alle Verfahren zu vereinen. Das Gericht sollte sich, wenn möglich, nur einmal mit dem gleichen Rechtsstreit auseinandersetzen müssen (BGE 123 III 140 E. 2).

B. Zwischen der Beklagten und der Klägerin ist ein gültiger Vertrag entstanden

I. Vertragsabschluss und das Vorliegen eines Vorvertrages

16 Die Entstehung eines Vertrages richtet sich nach Art. 1 Abs. 1 OR. Die Beklagte versteigerte vorliegend Transportkapazitäten auf einer von ihr bereit gestellten Online-Plattform. Bei einer Versteigerung handelt es sich im Allgemeinen lediglich um ein besonderes Verfahren des Vertragsschlusses (BSK OR-RUOSS/GOLA Art. 229-336 N 3). Die Aufschaltung der zu ersteigernden Kapazitäten entspricht einer invitatio ad offerendum, das Gebot stellt ein Angebot dar, der Zuschlag stellt eine Annahme dar unter der Suspensivbedingung, dass kein höheres Gebot eingeht. Ein Vertrag kommt somit bei Auktionsende mit dem Höchstbietenden zustande (CHK OR- SCHÖNENBERGER, Art. 229 N 7). Die Auktionsbedingungen sehen vor, dass der Ersteigerer mit dem Zuschlag verpflichtet wird einen vorformulierten, nicht weiter verhandelbaren TV zu unterschreiben, der mit dem Auktionsergebnis ergänzt wird (Rz. 5 SV). Demnach wurde mit Erteilung des Zuschlages ein Vorvertrag auf Abschluss des TV abgeschlossen. Bezüglich des TV wurde die Schriftform vorbehalten (siehe auch Art. 229 OR). Vorl. entstand am 23. Juli 2013 um 17:30 zwischen der Beklagten und der Klägerin ein Vorvertrag. Aufgrund dessen, dass der Hauptvertrag nicht weiter verhandelbar ist, und somit alle obj. und subj. wesentlichen Vertragsbestandteile bereits am 23. Juli 2013 bekannt waren, ist eine Anwendung der Kernelemente des Hauptvertrages auf den Vorvertrag gerechtfertigt.

II. Die Klägerin und die Beklagte haben einen gemischten Vertrag geschlossen

17 Die Beklagte verpflichtete sich, stündlich Transportkapazität für Erdgas drei Jahre lang verbindlich zur Verfügung zu stellen (K-3). Wie dargelegt wird, handelt es sich dabei um einen Innominatkontrakt in Form eines gemischten Vertrags mit auftragsrechtlichen und frachtvertraglichen Elementen in der Form eines Dauerschuldverhältnisses. Die konkrete Beförderungsleistung, die im Bedienen der Pumpanalagen besteht, enthält frachtvertragliche und auftragsrechtliche Elemente. Eine starre Anwendung des Frachtvertragsrechts wäre jedoch nicht passend, da die Bestimmung der Person des Empfängers eine essentialia negotii des Frachtvertrags ist und vorl. der Empfänger nicht bestimmt ist (BK OR-GAUTSCHI, Art 440 N 5b). Weiterhin ist eine Pipeline kein mobiles Transportmittel, sondern eine feste

Infrastrukturanlage (BASEDOW, S. 12-13). Da das Frachtvertragsrecht aus dem 20 Jh. stammt und solche feste Infrastrukturanlagen nicht berücksichtigt, sind einzelne frachtvertragliche Vorschriften unpassend (dazu BK OR-GAUTSCHI, Art 440 N 5b). Daher ist auf den vom Bundesgericht vertretenen Methodenpluralismus abzustellen. Es sollen diejenigen Rechtssätze angewendet werden, die am besten auf die einzelnen Teile des Vertrags passen (SCHLUEP, S. 803).

C. Die Beklagte ist zur Tragung der Kosten von CHF 2'230'000 verpflichtet

I. Die Beklagte hat ihre Transportpflicht nicht erfüllt

18 Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Beklagte eine Pflichtverletzung nach Art. 97 OR begangen hat. Die Beklagte verpflichtete sich in Art. 5 TV eine stündliche Transportkapazität ab dem 01.10.13 verbindlich zur Verfügung zu stellen. Die Buchung verbindlicher Kapazitäten stellt ein sog. absolutes Fixgeschäft dar, indem der zeitliche Aspekt nicht nur Voraussetzung für das Entstehen der Leistungspflicht ist, sondern auch ein Teil der Rechtsfolge (vgl. KOLLER, N 72 f.). Ein absolutes Fixgeschäft liegt dann vor, wenn der Erfüllungstermin einen wesentlichen Vertragsbestandteil darstellt (BGE 49 II 220, E. 5; BSK OR-WIEGAND, Art 97 N 18). Der Vertrag kann nur durch Vornahme der Leistung zu einer genau bestimmten Zeit erfüllt werden (SCHWENZER, N 7.18). Der abgeschlossene Vertrag deckt für die Klägerin nur einen Teil der Transportstrecke ab. Sie hat sowohl Lieferverpflichtungen ggü Abnehmern (Verfügung Nr. 2, Rz. 15) sowohl auch die Verpflichtung ggü der Beklagten das Erdgas am Anlieferungsort zur Verfügung zu stellen (Präambel TV [K-3]). Um diese Verpflichtungen zu erfüllen, ist sie auf die Einhaltung des Erfüllungstermins für jede Leistung angewiesen. Ansonsten kann sie sich im Vor- und Nachliegernetz zeitlich nicht entsprechend organisieren. Wird der Erfüllungszeitpunkt nicht eingehalten, tritt nachträgliche Unmöglichkeit automatisch ein (BK OR-WEBER, Art. 97 N 139). Da es sich vorl. um ein Dauerschuldverhältnis mit periodisch, stündlich wiederkehrenden Leistungen handelt, tritt die Unmöglichkeit für jede stündlich nicht erbrachte Leistung im Zeitraum vom 01.10.13 bis 23.12.13 ein. Der Vertrag zwischen den Parteien bleibt in seinem Bestand aber unberührt. Die nachträgliche Unmöglichkeit richtet sich nach Art. 97 OR, da die Beklagte durch ihr grobfahrlässiges Handeln (siehe Rz. 33) die Unmöglichkeit erst verursacht hat. Durch das Nichterfüllen des Vertrags hat die Beklagte eine Pflichtverletzung begangen.

II. Der Klägerin ist ein Schaden durch die Vertragsverletzung entstanden

1. Der Klägerin ist ein direkter Schaden gem. 19.1 TV entstanden

19 Da die Beklagte ihre Transportpflichten verletzt hat, ist der Klägerin ein direkter Schaden iSv Art. 19.1 TV (K-3) entstanden. Die Verminderung von Aktiven durch die getätigten Deckungseinkäufe (Schadensposition A) ist ein ersatzfähiger Schaden gem. Differenzhypothese und seit dem 29.05.14 zu 5% zu verzinsen (BGE 132 III 359 E.4.).

2. Die Klausel des Art. 19.2 TV ist unwirksam

20 Die Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit verstösst gegen zwingendes Recht und fällt auf Grund von Art. 100 Abs. 1 OR ausser Betracht (dazu BGE 124 III 155, E.3c.; BK OR-WEBER, Art. 100 N 135). Der Art. 19.2 des TV (K-3) ist nichtig und die Beklagte ist zum Ersatz des entgangenen Gewinns verpflichtet (Schadensposten B).

3. Die Klägerin hat auf ihre Schadenersatzansprüche nicht verzichtet

21 Die Geltendmachung des Schadenersatzes setzt kein Anbringen eines vorgängigen Vorbehalts voraus. Die Beklagte verkennt, dass das Fehlen eines Vorbehalts keinen Verzicht darstellt. Eine Erklärung muss gemäss Vertrauensprinzip so ausgelegt werden, wie sie nach dem Wortlaut sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte (vgl. BGE 126 III 119 E 2a.). Die Beklagte darf nicht leichthin annehmen, dass die Klägerin bei den Verhandlungen über den Erlass des Transportpreises gleichzeitig auf Schadenersatzansprüche verzichtet hat. Eine solche Verzichtserklärung entspricht nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge (vgl. BGE 83 II 395 E.1.; BK OR-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 126 N 12). Eine vernünftige Drittperson in derselben Situation hätte sich auch stillschweigend nicht selbst benachteiligen wollen. Die Erklärung der Klägerin bezog sich nur auf den Bestand des monatlichen Transportpreises und nicht auf den entstandenen Schaden (vgl. BK OR-SCHMIDLIN, Art. 31 N 146).

III. Die Beklagte kann sich nicht auf Force Majeure berufen

1. Es liegt kein von aussen kommendes Ereignis vor

22 Die Beklagte macht eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wegen Force Majeure gem. Art. 23.1 TV geltend. Die Parteien definierten Force Majeure als ein von aussen heranbrechendes, unvorhersehbares und unvermeidbares Ereignis (Art. 23.1 TV). Die schweizerische, österreichische sowie deutsche Legaldefinition stellt ebenfalls auf die gleichen drei Tatbestandsmerkmale ab (dazu BGE 90 IV 265 E. 2b.; WEISS, S. 19; EXNER, S. 86). Da somit der im Art. 23.1 TV definierte Begriff von Force Majeure deckungsgleich mit

der Legaldefinition ist, darf die deutsche und österreichische Rechtsprechung zur Konkretisierung der einzelnen Merkmale beigezogen werden.

- 23 Vorl. behauptet die Beklagte, es liege ein von aussen kommendes Ereignis vor. Ob ein Ereignis von aussen kommt, ist funktional und nicht räumlich zu bestimmen (Vgl. OGH v. 29.5.1953, 2 Ob 362/53; WEISS, S.64). Die wiederholt eingetretenen Schädigungen durch Schlamm- und Gerölllawinen stammen räumlich zwar ausserhalb des Betriebes, haben funktional aber ihren Ursprung in den mangelhaften Betriebseinrichtungen der Beklagten, indem sie durch die ungenügende Sicherung des Flussbettes sowie des umliegenden Geländes verursacht wurden (K-14). Somit sind die Schäden an der Pipeline auf die Verwirklichung einer typischen Betriebsgefahr zurückzuführen. Es liegt an der Beklagten zu beweisen, dass alle anderen Ursachen, ausser der höheren Gewalt ausgeschlossen sind (BGH v. 22.12.1955, II ZR 119/54).

2. Das Ereignis war für die Beklagte vorhersehbar

- 24 Das Berufen auf Force Majeure gem. Art. 23.1 TV (K-3) erfordert die Unvorhersehbarkeit des Ereignisses für einen Vernünftigen und Vorsichtigen Betreiber (Art. 1 TV, K-3). Ob ein Ereignis vorhersehbar ist, wird unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bestimmt (BGE 104 II 314, E. 1b.). Nicht jedes ungewöhnliche Ereignis begründet höhere Gewalt, erforderlich ist ein aussergewöhnliches Ereignis, das vernünftigerweise nicht vorauszusehen war (BGE 111 II 429 E. 1b.; KELLER, S. 94). Das Ereignis muss demnach völlig ausserhalb menschlicher Erfahrung liegen (EXNER, S. 86). Die Beklagte verkennt, dass ein Umstand nicht dadurch aussergewöhnlich wird, weil sie sich über die wahren Begebenheiten irrt und die Wahrscheinlichkeit der Wiederkehr falsch einschätzt (dazu EuGH, Rs. C-101/99 P, *British Sugar*, Slg. 2002, S. 235, Rn. 69). Heftige Regenfälle oder darauf zurückführende Ereignisse sind nur aussergewöhnlich, wenn im Lauf der Jahrzehnte damit schlechthin nicht zu rechnen war (siehe BGE 91 II 474, E. 8.; BGE 111 II 429 E. 1b.; OGH v. 6.9.1988, 5 Ob 582/88). Das Argument, dass die Vorfälle im Sommer 2012 keine Vorhersehbarkeit begründen, ist daher nicht schlüssig. Geradewegs werden auf Grund der Häufigkeit der vergangenen Vorfälle, zukünftige Ereignisse vorhersehbar und müssen als gewöhnliche Geschäftsrisiken von einem Vernünftigen und Vorsichtigen Betreiber einkalkuliert werden (STARK, S. 164; EXNER, Begriff 70; BRUNNER, S. 158-159; EuGH, Rs. C-136/93, *Transafrica*, Slg. 1994, Rn. 14-16). Auf Grund der vergangenen Vorfälle (K-3; K-5; K-8; K-10) kannte die Beklagte die Art, die Intensität und die örtliche Ausbreitung des Ereignisses vor dem Vertragsabschluss (WEISS, S. 235). Aus dem in Auftrag gegebenen

Gutachten sowie aus der Mail der technischen Leitung ergibt sich, dass die Beklagte nicht nur auf solche Probleme vorbereitet sein müsste, sondern wie aus den angedachten Stabilisierungsarbeiten ersichtlich, auch damit gerechnet hatte (K-14). Vorl. begründet auch die Möglichkeit gegen ähnliche Schäden eine Versicherung abzuschliessen oder vertraglich eine andere Risikoallokation vorzunehmen die Vorhersehbarkeit. Der Zeitpunkt der Vorhersehbarkeit ist dabei auf den Vertragsabschluss zu legen (vgl. CISG-HONSELL/SCHÖNLE, Art 74 N 22-26).

3. Das Ereignis war für die Beklagte vermeidbar

- 25 Die Parteien haben in Art. 23.1 TV iVm Art. 1 des TV (K-3) einen objektivierten Sorgfaltsmassstab festgelegt. Die Beklagte muss demnach ein Verhalten anwenden, das den Regeln der entsprechenden Branche entspricht und normalerweise zum Erfolg führt (BGE 93 II 311 E. 2a.; SOETEBEER, S. 83-84). Dementsprechend muss sie einen verhältnismässigen Aufwand zur Vermeidung des Rechtsverstosses betreiben (SOETEBEER, S. 83). Dies erfordert einen aktiven Prozess, d.h. die Beklagte muss alle technisch möglichen und wirtschaftlich zumutbaren Sicherungsmassnahmen ergreifen (SOETEBEER, S. 83; BGE 91 II 474 E. 8.; BGH v. 19.1.2006, ZR 121/05).
- 26 Nach dem Auftreten der ersten Ereignisse im August 12 kannte die Beklagte die Intensität und Ursache der Ereignisse (Rz. 28). Die Beklagte hatte somit gewusst, dass sie beim Bau der Pipeline von einem falschen Jahrhundertereignis als Mindeststandard für die bauliche Ausgestaltung ausgegangen ist. Nach den ersten Vorfällen hätte die Beklagte eine unverzügliche Nachrüstungspflicht getroffen. Es wurden jedoch lediglich Reparaturarbeiten durchgeführt und keine neuen Sicherheitsmassnahmen ergriffen. Dabei kann sich die Beklagte nicht auf die Ergebnisse der Pig Passage berufen (K-11; K-12), stellt doch die Pig Passage den gegenwärtigen Zustand der Pipeline fest und ist keine Absicherung gegen zukünftige Ereignisse dergleichen Art. Die Annahme der Beklagten, weitere Schutzvorkehrungen seien nicht nötig (K-11, K-12), beruht auf einer subj. Fehleinschätzung und ist kein Umstand höherer Gewalt (dazu EuGH, Rs. C-347/93, *Boterlux*, Slg. 1994, Rn. 35-36). Es wäre wirtschaftlich zumutbar gewesen innerhalb eines Jahres die nötigen Nachrüstungen vorzunehmen. Dabei ist einem vernünftigen Betreiber bekannt, dass es nicht ausreicht an einer Bergbachunterquerung (K-4) nur eine Sicherungsplatte anzubringen und ansonsten keine weiteren Sicherungsmassnahmen in einem, seit Sommer 12 für grosse Geschiebemengen bekannten, Bachbett vorzunehmen. Auf der Abbildung K-4 ist ersichtlich, dass die installierte Sicherungsplatte auf Grund des Steinschlags grobe Schäden erlitten hat.

Somit ist darauf zu schliessen, dass beim Erstellen der Platte qualitativ mangelhaftes Material verwendet worden ist, aber auch dass die entsprechende Sicherungsplatte keineswegs ausreichend für die Vorbeugung von eingetretenen Schäden ist. Daher hätte die Beklagte den Bachverlauf oberhalb der Unterquerung sichern müssen. Dies mittels Anbringen von Steinnetzen an den anfälligen Felswänden entlang des Hochtals sowie mittels Installation von weiteren Schwellen zur Beruhigung des Bachverlaufs (vgl. AMEC Earth & Environmental, S. 33). Ebenfalls wären die eingetretenen Gerölllawinen vermeidbar gewesen, indem die Beklagte ein Auffangbecken für das Geschiebematerial oberhalb der Querung (K-15) gebaut hätte (vgl. AMEC Earth & Environmental, S. 33). Allenfalls hätte die Pipeline tiefer vergraben werden müssen, damit sie sich nicht mehr im Gefahrenbereich befindet. Es kann in diesem Zusammenhang nicht geltend gemacht werden, dass die geologische Lage erst nach der Fertigstellung des Gutachtens im Juni 13 bekannt wurde. Die Beklagte hätte einen Gutachter auswählen können, der weniger ausgelastet ist oder Zwischenergebnisse verlangen können. Die verspätete Fertigstellung des Gutachtens fällt somit in die Sphäre der Beklagten. Weiterhin hätte die Beklagte das umgehende Gelände, insbesondere die gefährdeten Felswände und Hänge regelmässig beobachten und mittels einer Messsensorik kontrollieren sollen. Damit hätte sie zukünftige Ereignisse, auch ohne ein Gutachten, frühzeitig erkennen und verhindern können.

27 Die Beklagte hätte sich überdies nach dem Sommer 12 verstärkt um alternative Transportwege bemühen müssen. Ein vorsichtiger Betreiber hätte sich an einer Speicheranlage beteiligt, um einen Vorrat von verflüssigtem Gas am Zielort bereitzustellen. Dies würde die Auswirkungen von Transportunterbrechungen drastisch reduzieren (ZENIEWSKI/ BOLADO/ GRACCEVA/ ZASTERA/ ERIKSSON, S. 13; Anhang II der Richtlinie [EU] 2004/67/EG). Die Beklagte kann zudem nicht geltend machen, die rumänischen Behörden hätten Fehlerfreiheit der Anlage attestiert (K-13). Die von Anfang an unterlassene Flussbettstabilisierung zeigt geradewegs, dass ein mangelhafter Ausbaustandard von den rumänischen Behörden toleriert worden ist. Dies gibt der Beklagten jedoch keine Erlaubnis zum mangelhaften Ausbau. Sie ist verpflichtet, vorsichtig und vernünftig zu handeln (Art. 1 TV, K-3).

4. Die Beklagte trägt die Beweislast für sämtliche Voraussetzungen

28 Das Vorliegen von Force Majeure ist von der Beklagten zu beweisen (Art. 23.1 TV).

IV. Die Beklagte hat grobfahrlässig gehandelt

29 Das Verschulden gem. Art 97 OR wird präsumiert. Es ist an der Beklagten den Gegenbeweis zu erbringen (BK OR-WEBER, Art. 97 N 22; BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 61). Unabhängig von der Beweislastverteilung hat die Beklagte in jedem Fall grobfahrlässig gehandelt. Grobfahrlässig handelt derjenige, dessen Verhalten gegen die *elementarsten Vorsichtsgebote* verstösst. (BGE 88 II 430 E. 2.; BGE 119 II 443 E. 2a.; vgl. BGE 118 V 306 E. 2a.; BGE 114 V 190 E. 2a.) Die Beklagte hat es nach den Vorfällen vom Sommer 12 unterlassen das Gefahrenpotential sorgfältig abzuklären (siehe Rz. 28). Während eines ganzen Jahres hat die Beklagte keine konkreten Sicherheitsmassnahmen ergriffen sowie sich nicht um alternative Transportwege bemüht. Dies, obwohl sie mit weiteren Schadenseintritten rechnen musste und gerechnet hatte (siehe Rz. 28). Das Verhalten der Beklagten ist somit nicht nur geringfügig unsorgfältig, sondern verstösst gegen die elementarsten Vorsichtsgebote.

V. Zwischenfazit

30 Die Beklagte hat eine Pflichtverletzung nach Art. 97 OR begangen, womit sie der Klägerin die Schadensposten A & B samt Verzinsung zu 5% seit dem 29.05.14 zu ersetzen hat.

D. Die Klägerin kann dem Grunde nach Schadenersatz wegen Verletzung der Aufklärungspflichten von der Beklagten verlangen

I. Schadenersatz wegen Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten

31 Entsprechend den in Rz.16 gemachten Ausführungen rechtfertigt es sich, die wesentlichen Hauptvertrags Elemente auch auf den am 23. Juli 2013 abgeschlossenen Vorvertrag anzuwenden (zur Qualifikation des Hauptvertrages vgl. Rz. 17).

1. Vorliegen innominatvertraglicher Aufklärungs-, Benachrichtigungs- und Informationspflichten

32 Art. 23.3 des TV (K-3) verpflichtet die von einem Hinderungsgrund betroffene Partei die Gegenpartei sofort diesbezüglich zu informieren und ihr unverzüglich die Details in Bezug auf die voraussichtliche Dauer und Ursache mitzuteilen (S. 13 SV). Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 440 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR auferlegen der Vertragspartei eine Treuepflicht gegenüber dem Auftraggeber. Dies verlangt vom Schuldner, seine eigenen Interessen jenen des Gläubigers unterzuordnen und alles zu unternehmen bzw. unterlassen, was dem Auftraggeber schaden oder dessen Interessen widersprechen könnte (BK OR-WEBER, Art. 398 N 8). Die Treuepflicht beinhaltet eine Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht, welche sich aus den Umständen und der Natur des jeweiligen Vertrages ergibt und sowohl auf

vorvertraglicher als auch auf abwicklungstechnischer Ebene zum Tragen kommen (BK OR-WEBER, Art. 398 N 9). Diesen Informationspflichten hat der Schuldner unaufgefordert (BGE 110 II 375, E.1.), rechtzeitig, wahrheitsgetreu und vollständig nachzukommen (BGE 115 II 67 E. 2a.; BGE 112 III 90 E. 4.; BGE 110 II 181 E.2.; BGE 108 II 197, E.2.). Dies kann durch eine systematische Auslegung des Gesetzes untermauert werden, da auch Art. 400 Abs. 1 OR derartige Pflichten erwähnt (BK OR-WEBER, Art. 398 N 9). Die Rechenschaftsablegungspflicht umfasst eine aktive Pflicht zur Benachrichtigung und eine passive zur Auskunftserteilung über für den Gläubiger relevante Geschäftsvorgänge (BK OR-WEBER, Art. 400 N 2). Sie muss ausführlich, verständlich und hinreichend sein, sowie alle für die Geschäftsführung wesentlichen Punkte abdecken (BK OR-WEBER, Art. 400 N 4). Zusätzlich werden Informations- und Aufklärungspflichten als allgemeine vertragliche Nebenpflichten angesehen, welche aus dem Vertragsabschluss selbst hervorgehen (BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 34f.). Begründet wird dies mit der vertraglichen Sonderverbindung, welche die Parteien zu loyalen Verhalten und gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet (CHK OR-FURRER/WEY, Art. 97 N 59). Diese Pflichten betreffen insbesondere Umstände, von denen der Gläubiger offensichtlich ungenügende Kenntnis hat, und dem Fall, dass der Schuldner ohne weiteres Auskunft erteilen könnte (BGE 124 III 155 E.2.; BGE 119 II 333 E.5.; BGE 119 II 456 E.2.). Ihr konkreter Umfang muss individuell bestimmt werden (BK OR-WEBER, Art. 97 N 67). Der abgeschlossene Hauptvertrag enthält diverse subjektive Nebenpflichten, die eine Form von Informationspflichten darstellen oder eng damit verwandt sind. Im Zusammenhang mit den in Rz. 16 aufgeführten Argumenten und dem Umstand, dass sie im Transportvertrag explizit erwähnt werden und im Auftragsverhältnis eine zentrale Rolle einnehmen, rechtfertigt es sich, ihnen auch im Vorvertrag Geltung zu verschaffen. Weiter kann angeführt werden, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten ein MoU vorlag (K-2). Obwohl es sich um eine Naturalobligation handelt (SCHULZE, S. 247), begründet dies dennoch ein relatives subjektives Recht auf Leistung bzw. Einhaltung der Vereinbarung und schafft eine zusätzliche Vertrauensbasis (SCHULZE, S. 240 f.). Der in jenem MoU enthaltene Art. 16 erlangt in Anbetracht des TV implizit einen Geltungsbereich, da davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien ein offenes und loyales Vertragsverhältnis führen wollen und sich 'unverzüglich' über betriebsrelevante Vorgänge informieren werden. Dies muss bei der Auslegung der Vertragspflichten berücksichtigt werden, womit sich das Vorliegen von Informationspflichten sowohl im Hauptvertrag als auch im Vorvertrag umso mehr rechtfertigt.

2. Handlungen und Umstände seitens der Beklagten, die einer Aufklärungs-, Benachrichtigungs- und Informationspflicht unterlegen hätten

33 Am 19.07.13 erfuhr die Beklagte von Überschwemmungen und Steinschlägen im Retezatgebirge. Zu jenem Zeitpunkt waren das Auktionsdatum und das Interesse der Gas Supply GmbH, an jener Auktion Transportkapazitäten zu ersteigern, bekannt. Bestätigt wird dies durch den Umstand, dass die Transportkapazitäten für den Herbst 2013 bereits im Frühjahr jenes Jahres ausgeschrieben wurden und die Klägerin am 16.07.13, also drei Tage vor jenen Ereignissen, der Beklagten mitteilte, dass sie die Auktionsbedingungen akzeptiere und an der Auktion teilnehmen möchte (Rz. 4 SV). Insbesondere muss angefügt werden, dass die Beklagte von diesen sowie allen anderen Ereignissen jeweils innerhalb von 30 Minuten erfuhr (Verfügung Nr. 2 Rz. 6) und jene Überschwemmungen eine Manifestation der sich aus geologischen Gutachten (K-14) ergebenden Befürchtungen darstellte, womit nicht leichtsinnig davon ausgegangen werden durfte, dass es sich um einen Einzelfall handelte. Dies wird auch durch die Erfahrungen früherer Jahre bekräftigt, als sich ähnliche Vorfälle ereigneten (S. 4 SV). Dass ein Vertreter der Klägerin 1 in jenem Zeitraum Einsitz im Verwaltungsrat der Pipe Transport AG hatte und um das geologische Gutachten wusste (Verfügung Nr. 2 Rz. 1), ändert daran nichts. Zum einen wurden diese Erkenntnisse nicht innerhalb der Gas Supply GmbH weitergeleitet (Verfügung Nr. 2 Rz. 5). Zum anderen wäre jener Vertreter hierzu auch nicht befugt gewesen, da Art. 717 Abs. 1 OR dem Verwaltungsrat eine Treue- und Sorgfaltspflicht, welche wiederum eine Geheimhaltungs- und Schweigepflicht beinhaltet (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 547 N 470), auferlegt und er die Interessen seines Mandanten demnach zu wahren hat (vgl. zum doppelten Pflichtenexus: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER S. 750 N 51). Der Gas Supply GmbH kann somit das Wissen des Verwaltungsrates nicht zugerechnet werden. Es gilt anzumerken, dass die Beklagte in den früheren Jahren jeweils all ihre Gesellschafter über geschäftsrelevante Vorgänge umgehend und relativ umfassend informierte (K-5), während dessen am 19. Juli und den Folgetagen gar keine direkte Benachrichtigung erfolgte. All dies kann ebenso im Hinblick auf die sogar noch stärkeren Unwetterereignisse vom 21. Juli angefügt werden, wobei auch hier keine angemessene Information erfolgte, obwohl die Auktion lediglich 48 Stunden in der Zukunft lag. Am 19. und 21. Juli haben somit Umstände vorgelegen, die den in Rz. 32 erwähnten Pflichten unterlegen hätten. Dies zum einen, weil die auftragsrechtlichen Informationspflichten auch auf vorvertraglicher Ebene zum Tragen kommen (BK OR-WEBER, Art. 398 N 9). Zum anderen weil der Begriff relevante Geschäftsvorgänge auch vergangene Ereignisse umfassen muss, insbesondere wenn sie nicht lange zurück liegen und unbestrittenermassen geeignet sind,

gegenwärtige und zukünftige Entscheidungen bzw. Verhaltensweisen der Klägerin zu beeinflussen oder den vertragskonformen Ausgang respektive Erfolg der Geschäftsführung sogar als äusserst unwahrscheinlich erscheinen lassen.

- 34 Am 23. Juli 2013 ersteigerte die Gas Supply GmbH Transportkapazitäten, womit ein Vertrag abgeschlossen wurde (vgl. Rz. 16). An demselben Tag, nur 20 Minuten nach Auktionsbeginn, wurde der Gastransport aufgrund einer Notfallsituation gestoppt. Bereits dies zeigt eindeutig, dass die Beklagte während der Auktion in der Lage gewesen wäre, die Klägerin über jene Situation aufzuklären. Denn das Stoppen des Gastransports setzt ein Wissen um das den Stopp auslösende Ereignis voraus. Um 15:30 jenes Tages war die Beklagte definitiv nicht mehr in der Lage den angebotenen Gastransport zu erfüllen, da sich ein weiterer wesentlicher Schaden am Pipelinesystem ereignete. Auch diese Ereignisse stellen Umstände dar, die den in Rz. 32 aufgeführten Pflichten unterlegen hätten (vgl. zur Qualifikation der Ereignisse vom 19., 21. und 23. Juli als relevante Geschäftsvorgänge Rz. 35).

3. Verletzung der Aufklärungs-, Benachrichtigungs- und Informationspflicht

- 35 Die Ereignisse vom 19., 21. und 23. Juli 2013 sind als relevante Geschäftsvorgänge für die Klägerin zu betrachten, da die Gewährleistung einer rechtzeitigen, konstanten und vollständigen Gaslieferung wesentliche Vertragsbestandteile eines Gastransportvertrages mit verbindlicher Kapazität darstellen und sie ihre Geschäfte bzw. Drittbeziehungen dementsprechend plante. So definiert auch Art. 2 Abs.1 der Verordnung Nr. 715/2009 die verbindliche Kapazität als ‘nicht unterbrechbare Kapazität’. Verletzt wurde Art. 23.3 des TV, die sich aus der in Art. 398 Abs. 2 OR enthaltenen Treuepflicht ergebende Informationspflicht als auch die in Art. 400 Abs. 2 OR enthaltene Benachrichtigungspflicht. Diesen Pflichten zufolge hätte die Beklagte der Klägerin sofort Mitteilung erstatten, ihr unaufgefordert, rechtzeitig, wahrheitsgetreu und vollständig Informationen geben und sie aktiv, ausführlich, verständlich und hinreichend über alles Wesentliche benachrichtigen müssen (vgl. Rz. 32). Die Publikation der Ereignisse auf der Website (Rz. 16 SV) zwischen dem 24. und 28. Juli 2013 (Verfügung Nr. 2, Rz. 7) ist unzureichend. Zum einen ist die Gas Supply GmbH nicht verpflichtet, regelmässig die Website der Beklagten zu besuchen. Dies weil sich die Parteien mit Abschluss des Vertrages in eine Sonderverbindung begaben, die weit über die Beziehung zu potentiellen Kunden und Interessenten, welche zu Recht auf die Website verwiesen werden können, hinausgeht. In dieser Sonderverbindung kann und darf eine direkte, persönliche Mitteilung an den Vertragspartner erwartet werden. Vorliegend wurde die Klägerin nicht einmal auf die Website selbst aufmerksam gemacht. Zum anderen suggerieren die Begriffe

‘benachrichtigen‘, ‘Auskunft erteilen‘ und ‘informieren‘ eine direkte, aktive, an einen spezifischen Empfänger gerichtete Handlung, welche zur unmittelbaren Kenntnisnahme führt. Eine derartige Mitteilung erfolgte erstmals am 12. September 2013 (K-18), daher 1.5 Monate nach der Auktion, was nicht mehr unter ‘sofort‘ oder ‘rechtzeitig‘ subsumiert werden kann, zumal der Internetpublikation zufolge, bereits am 23. Juli 2013 ausreichend Informationen vorgelegen hätten. Desweiteren ist auch die Internetpublikation selbst nicht als rechtzeitige Benachrichtigung zu qualifizieren, da die Auktion bereits zu Ende war und die Beklagte, wie vorgängig erwähnt, innerhalb 30 Minuten von jenen Ereignissen wusste. Zum anderen war sowohl die Internetpublikation als auch die E-Mail vom 12. September nicht wahrheitsgetreu und unvollständig bzw. nicht hinreichend i.S.v. Art. 23.3 TV. Sowohl die E-Mail als auch die Website enthalten keine Informationen darüber wie lange der Unterbruch dauern wird oder dauern könnte. Dies wäre jedoch für die Gas Supply GmbH entscheidend, um ihre Geschäfte weiterhin planen zu können. Im E-Mail wird bezüglich ‘detaillierteren Informationen‘ auf die Website verwiesen. Jene ist jedoch sehr knapp gehalten und wurde seit dem 23. Juli 2013 nicht mehr aktualisiert. Zudem ist auf der Website (K-17) die Rede davon, dass ein Unwetter und ein Steinschlag die „Pipeline beschädigen *könnte*“, obwohl sich um 15:20 des 23. Julis bereits ein weiterer wesentlicher Schaden zugetragen *hatte* (Rz. 15 SV).

36 Subsidiär wird dafür plädiert die Beklagte auch wegen Verletzung allgemeiner vertraglicher Informations- und Aufklärungspflichten haftbar zu machen. Begründet wird dies damit, dass es der Klägerin nicht zumutbar gewesen wäre regelmässig die Pipeline und deren momentaner Zustand zu untersuchen, womit eine Informationsasymmetrie bezüglich eines für die Vertragserfüllung grundlegenden und für den Vertragsabschluss ausschlaggebenden Punktes vorlag. Bedenkt man, dass die Klägerin einen Gasvertrag mit verbindlicher Kapazität abgeschlossen hat, muss ein für die konstante Gaslieferung tauglicher Zustand der Pipeline sogar als *Conditio sine qua non* für den Vertrag angesehen werden. Bei individuell konkreter Betrachtung des Vertrages fällt ein regelmässiges Update über den Zustand und die Qualität der Pipeline demnach unter die Aufklärungspflicht der Beklagten.

37 Insgesamt hat sich die Beklagte deshalb einer Verletzung der sich aus Art. 23.3 TV ergebenden Pflicht, der Treue- bzw. Informationspflicht i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR, als auch einer i.S.v. Art. 400 Abs. 2 OR und der allgemeinen Vertragspflichten i.S.v. Art. 97 OR schuldig gemacht. Ein Schaden als unfreiwillige Vermögensverminderung im Sinne der Differenztheorie kann bejaht werden, da zum Auktionszeitpunkt eine Informationsasymmetrie vorlag und der vereinbarte Gaspreis somit nicht das tatsächliche inhärente Risiko jenes Auftrages widerspiegelte, weshalb faktisch zu viel bezahlt wurde. Weitere Schadenspositionen können

der Rz. 19 entnommen werden. Jene Schadenspositionen sind adäquat und natürlich kausal zum Eingehen eines Transportvertrages mit der Pipe Transport AG bei vorliegender Informationsasymmetrie, da der Vertrag bei Kenntnis der Sachlage zu anderen Konditionen abgeschlossen worden wäre. Bezüglich des Verschuldens wird auf Rz. 29 verwiesen.

II. Eventualiter: Schadenersatz wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten aus Culpa in Contrahendo

38 Die Beklagte hat die sich aus Art. 2 Abs. 1 ZGB ergebende vorvertragliche Pflichten verletzt. Alle Parteien haben sich bei Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten. Dies beinhaltet unter anderem die Pflicht zur Aufklärung über für die Gegenpartei relevante und für die Gläubigerin unzugängliche Tatsachen, welche deren Entscheid bezüglich des Vertragsabschlusses oder –inhalts beeinflussen könnten (BK OR-WEBER, Art. 97 N 90). Es besteht keine allgemeine Aufklärungspflicht, sondern es ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, ob eine Partei die andere über bestimmte Umstände aufzuklären hat (BGE 105 II 75, E.2.). Analog zu den unter der Rz. 33 und 34 gemachten Ausführungen zu den Ereignissen vom 19., 21. und dem 23. Juli liegt eine Verletzung vorvertraglicher Pflichten vor. Die Parteien befanden sich in Vertragsverhandlungen, was in diesem Fall die Auktion selbst bzw. den Zeitraum davor umfasst. Bezüglich der schutzwürdigen Vertrauensbasis kann das Gesellschaftsverhältnis der Parteien und das bereits angesprochene MoU (vgl. Rz. 32) erwähnt werden. Andererseits der Umstand, dass in der Vergangenheit jeweils alle Gesellschafter rechtzeitig und umfangreich über relevante Vorgänge informiert wurden, was als Präjudiz für korrektes Verhalten angesehen werden kann, worauf die Klägerin zu Recht vertraute. Zum Schaden, dem natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang und dem Verschuldens wird auf die Rz. 19, 22, 29 und 37 verwiesen. (HUGUENIN, S. 419 ff.)

E. Reduktion der Transportgebühr

I. Reduktion auf Grund der Teilnichtigkeit des Vertrags

1. Die Klägerin unterlag einem Grundlagenirrtum über einen zukünftigen Sachverhalt

39 In Art. 5 des TV (K-3) verpflichtete sich die Beklagte eine verbindliche Kapazität zur Verfügung zu stellen. In der Periode vom 24.12.13 bis zum 24.2.14 konnte die Beklagte nicht garantieren, dass der Transport tatsächlich reibungslos gewährleistet wird. Dementsprechend war dieser Zeitraum für die Klägerin mit grossen Unsicherheiten verbunden, womit sie faktisch nur in den Genuss eines Vertrags mit unterbrechbarer Kapazität kam. Nachfolgend

wird dargelegt, dass die Klägerin einem Grundlageirrtum über einen zukünftigen SV unterlegen ist.

- 40 Beim Grundlagenirrtum handelt es sich um einen qualifizierten Motivirrtum, der sich auf den Beweggrund zum Vertragsabschluss bezieht (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 767).
- 41 Das Bundesgericht anerkennt die Möglichkeit eines Irrtums über einen zukünftigen SV unter der Voraussetzung, dass die irrende Partei das zukünftige Ereignis fälschlicherweise als sicher annahm, „aber auch die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war“ (BGE 118 II 297, E. 2b.). Insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen machen die Parteien auch künftige Ereignisse zur Grundlage ihrer Vertragspflichten. Verträge, welche zu periodischen Leistungen verpflichten, müssen v.a. dann wegen Grundlagenirrtums anfechtbar sein, wenn ihre wirtschaftliche Rechtfertigung aufgrund nachträglicher Ereignisse entfällt (BUCHER, S. 205).
- 42 Die Klägerin ging davon aus, dass die Zusicherung verbindlicher Kapazität in Art. 5 TV (K-3) für die abgemachte Dauer als sicher galt. Die Klägerin wollte mit der Beklagten eine langfristige Geschäftsbeziehung eingehen, weshalb es für sie von besonderer Bedeutung war, sich auf die verbindliche Kapazität verlassen zu können. Für die Beklagte musste es bereits aufgrund des höheren Preises für einen Vertrag mit verbindlicher Kapazität nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr offenkundig gewesen sein, dass die Klägerin bei Wissen um Unterbrüche einen solchen Vertrag nicht eingegangen wäre, gilt doch für Verträge mit unterbrechbarer Kapazität regelmässig ein tieferer Preis (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 13 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009). Hinzu kommt, dass die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen musste, dass die Klägerin Transportkapazität erwirbt, um ihrerseits Verpflichtungen gegenüber Abnehmern nachzukommen. Ein alleiniger Erwerb von Transportkapazitäten ohne dahinterliegende Nachlieferverpflichtungen würde wirtschaftlich keinen Sinn machen. Daher war für die Beklagte erkennbar, dass die Sicherheit für die Klägerin Vertragsvoraussetzung war. Durch die Unsicherheiten bei der Lieferung während der Zweiten Periode entfiel die wirtschaftliche Rechtfertigung für die Bezahlung der vollen Transportgebühr. Daraus ist zu folgern, dass die Klägerin einem Grundlageirrtum über einen zukünftigen SV unterlag.

2. Der Irrtum ist objektiv und subjektiv wesentlich

- 43 Die Wesentlichkeit weist eine subj. und eine obj. Komponente auf (BSK OR- SCHWENZER, Art. 23 N 4).

44 Subj. Wesentlichkeit liegt vor, wenn der betreffende SV eine *conditio sine qua non* für den konkreten Vertragsschluss darstellt (BGE 95 II 407, E.1.). Die Klägerin hätte den Vertrag (K-3) nicht zu denselben Bedingungen abgeschlossen, wenn sie gewusst hätte, dass während zwei Monaten der Transport mit Unsicherheiten behaftet sein würde. Obj. Wesentlichkeit ist zu bejahen, wenn der Irrende den vorgestellten SV gem. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR auch nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachten durfte (BGE 127 V 301, E. 3d.). Da sich für Verträge mit unverbindlicher Kapazität eine tiefere Transportgebühr rechtfertigt (Art. 14 Abs. 1 lit. b Verordnung (EG) 715/2009), hätte auch eine durchschnittliche Drittperson in der Position der Klägerin den Vertrag nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen.

3. Es liegt kein Verstoss gegen Treu und Glauben vor

45 Die Berufung auf einen Irrtum durch die Klägerin verstösst nicht gegen das Gebot von Treu und Glauben gem. Art. 25 OR.

4. Es liegt keine Verwirkung vor

46 Gem. Art. 31 OR darf keine Genehmigung des Vertrages stattgefunden haben und der Irrtum muss innerhalb eines Jahres seit Entdeckung geltend gemacht werden. Die Geltendmachung des Irrtums erfolgte am 29. Mai 2014 mit der Einleitungsanzeige und ist somit rechtzeitig erfolgt. Der Vertrag wurde nicht genehmigt, was sich bereits daraus ergibt, dass während besagter Periode die Zahlungen im Einverständnis mit der Beklagten ausgesetzt wurden.

5. Teilnichtigkeit von Art. 5 i.V.m. Art. 12 TV

47 Sofern der Willensmangel nur einen Teil des Vertrages betrifft, ist in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR nur dieser Teil nichtig, wenn nicht davon auszugehen ist, dass der Vertrag ohne diesen nicht geschlossen worden wäre (BGE 130 III 49, E. 3.2.). Hierbei ist vom hypothetischen Willen der Parteien auszugehen, wobei das BGer eine obj. Einschätzung vornimmt (BSK OR-SCHWENZER, Art. 23 N 11). Im Sinne einer vom BGer akzeptierten „modifizierten“ Teilnichtigkeit (z.B. BGE 107 II 216) besteht die Möglichkeit, dass der Vertrag trotz des Teilmangels gilt, und zwar wie die Parteien ihn anhand ihres hypothetischen Parteiwillens geschlossen hätten (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 703).

48 Vorliegend betrifft der Mangel nur einen Teil des Vertrages, nämlich das sich aus Art. 5 i.V.m. Art. 12 TV ergebende Austauschverhältnis zwischen dem Umfang der verbindlichen Transportkapazität und dem monatlichen Transportpreis. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Beklagte den Vertrag ohne diese Bestimmung nicht geschlossen hätte, da die überwiegen-

de Zeit der vereinbarten Dauer vom Mangel nicht betroffen ist. Überdies muss davon ausgegangen werden, dass die als vernünftig und redlich handelnden Parteien in diesem Fall aufgrund der Sachlage einen Vertrag mit unterbrechbarer Kapazität geschlossen hätten. Die Klägerin ersucht das Schiedsgericht deshalb darum, den TV zu modifizieren, indem der Transportpreis für die Zweite Periode für die Klägerin hälftig reduziert wird.

- 49 Die Klägerin unterlag einem Grundlageirrtum über einen zukünftigen SV. Da der Rest des Vertrags vom hypothetischen Willen der Parteien gedeckt ist, ist die Transportgebühr über eine analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR im Sinne einer Teilmodifikation für den Zeitraum der Zweiten Periode hälftig zu reduzieren.

II. Eventualiter: Der Transportpreis ist durch Vertragsanpassung mittels clausula rebus sic stantibus zu reduzieren

- 50 Sollte das Schiedsgericht das Vorliegen eines Irrtums über einen zukünftigen SV verneinen, so verlangt die Klägerin eine Anpassung des Vertrages (clausula rebus sic stantibus). Das Bundesgericht stützt sich dabei auf Art. 2 Abs. 2 ZGB (HUGUENIN, N 322). Wenn an einem unveränderten Vertrag trotz dem Eintritt einer gravierenden Äquivalenzstörung festgehalten wird, gilt dies als offener Rechtsmissbrauch und soll keinen Rechtsschutz finden (BGE 122 III 97, E. 3a.; BGE 107 II 343, E. 2.).

1. Die Verhältnisse haben sich nachträglich verändert

- 51 Entscheidend ist, dass sich die Änderung der Verhältnisse nach erfolgtem Vertragsschluss ereignet (HUGUENIN, N 328). Insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen können sich die Verhältnisse durch Zeitablauf massgeblich verändern (CHK ZGB-MIDDENDORF/GROB, Art. 2 N 10). Die Verhältnisse haben sich im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten erst nach Vertragsschluss geändert, da die verbindliche Kapazität erst ab dem 24.12.2013 nicht mehr garantiert werden konnte. Diese Veränderung hat den Wert der Leistungen massgeblich beeinflusst, denn wie dargelegt, war von diesem Zeitpunkt an der höhere Preis für verbindliche Kapazität nicht mehr gerechtfertigt (Rz. 42).

2. Die Veränderung zog eine gravierende Äquivalenzstörung nach sich

- 52 Die veränderten Verhältnisse müssen zu einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung führen (BK OR-KRAMER, N 346).
- 53 Die Klägerin erhielt für den monatlichen Transportpreis während der Zweiten Periode nicht die angemessene und vertraglich zugesicherte Gegenleistung. Somit hat sich der Wert der Leistung erheblich vermindert, da das Gewährleisten der verbindlichen Kapazität für die

Klägerin von entscheidender Bedeutung war. Ein Beharren auf einer buchstabengetreuen Erfüllung des Vertrages erscheint in diesem Zusammenhang als missbräuchlich und wäre auch im Lichte des Art. 2 Abs. 1 ZGB unangemessen, da der Grundsatz von Treu und Glauben u.a. den Schutz berechtigter Erwartungen bezwecken soll (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 34).

3. Die Veränderung der Verhältnisse war weder voraussehbar noch vermeidbar

54 Ob ein SV voraussehbar war, beurteilt sich nach der objektiven Voraussehbarkeit für die Partei, welche sich auf die massgebliche Veränderung beruft (HUGUENIN, N 330).

55 Eine vernünftige Durchschnittspartei in der Position der Klägerin hätte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht voraussehen können, dass die zugesicherte verbindliche Kapazität nicht mehr gewährleistet sein würde. Da geradewegs die verbindliche Transportkapazität Gegenstand des Vertrags bildete (Art. 5 TV, [K-3]), hatte die Klägerin keinen Anlass an der Gewährleistung ebendieser zu zweifeln. Überdies war das Ereignis auch nach der von einem Teil der Lehre verlangten subj. Vorhersehbarkeit für die Klägerin aus denselben Gründen vernünftigerweise nicht vorhersehbar (BERGER, N 1177).

4. Kein widersprüchliches Parteiverhalten durch die Klägerin

56 Die Klägerin hat sich im vorliegenden Fall nicht widersprüchlich verhalten.

57 Der Transportpreis ist durch die gravierende Veränderung der Verhältnisse mittels Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* hälftig zu reduzieren.

III. Eventualiter: Die Transportgebühr ist auf Grund der analogen Anwendung von Art. 259d OR zu reduzieren

1. Der Transportvertrag ist lückenhaft

58 Gem. Art. 7.3 TV (K-3) kann die Transportgebühr herabgesetzt werden, wenn die Wartung die Dauer von 480 Stunden im Jahr übersteigt. Die Definition der Wartung in Art. 1 des TV bezieht sich auf einen ordentlichen Betrieb des Pipelinesystems. Im vorliegenden Fall macht die Klägerin den Standpunkt geltend, dass gemäss dieser Definition gar keine Wartung vorliegt. Dies, weil es sich bei der Wartung um einen kontrollierten Eingriff handelt, welcher die Funktionsfähigkeit und die Sicherheit der Anlage sicherstellen soll. Entscheidend ist, dass eine *funktionierende* Anlage überprüft wird. Eine Reparatur hingegen findet dann statt, wenn die Störung bereits eingetreten ist und die defekte Anlage wieder aufgebaut werden bzw. der angerichtete Schaden beseitigt werden soll. Die Errichtung der Notleitung erfolgt vorliegend

als Reaktion auf die eingetretene Störung, womit keine Wartung i.S.v. Art. 1 TV vorliegt, weil ein ordentlicher Betrieb seit dem 23.07.13 überhaupt nicht stattfand. Damit kann festgehalten werden, dass der TV keine Regelung zur Reparatur enthält, womit er als lückenhaft und somit ergänzungsbedürftig anzusehen ist. Nachfolgend wird gezeigt, weshalb der Art. 7.3 TV durch die analoge Anwendung von Art. 259d OR zu ergänzen ist (siehe hierzu CHK OR-Huguenin, Vorb. 184 ff. N 34).

2. Analoge Anwendung von Art. 259d OR

59 Die Ratio von Art. 259d OR liegt im Wertausgleich, die Mietzinsminderung soll das durch den Mangel entstandene Ungleichgewicht zwischen den Hauptleistungen der Parteien korrigieren (BSK OR-WEBER, Art. 259d N 1). Eine analoge Rechtsanwendung ist angezeigt, da die Klägerin einer ähnlichen Interessenlage wie der Mieter i.S.v. Art. 259 OR unterliegt, weil durch die mit Unsicherheiten behaftete Transportkapazität ein Ungleichgewicht der Leistungen entstand und sie einen Wertausgleich durch eine Preisreduktion anstrebt. Ein Mangel i.S.v. Art. 259d OR ist darin zu sehen, dass die Transportkapazität im Gegensatz zur Zusicherung in Art. 5 TV (K-3) während der Zweiten Periode unterbrechbar war. Durch die vergleichbare Interessenlage des Mieters und derjenigen der Klägerin ist Art. 259d OR somit analog anwendbar und die Transportgebühr ist entsprechend herabzusetzen.

3. Reparatur als schwerwiegender Eingriff

60 Überdies kann gesagt werden, dass wenn sich gem. Art. 7.3 TV eine Reduktion der Transportgebühr für Wartung rechtfertigt, ist diese Rechtsfolge umso mehr angezeigt ist, wenn wie vorliegend gar keine Wartung vorliegt, sondern eine Behebung der Schadensereignisse durch die Errichtung einer Notleitung vorgenommen wird. Diese Folgerung lässt sich dadurch begründen, dass eine Reparatur einen weitaus grösseren Eingriff in einen ordentlichen Betrieb darstellt, als eine Wartung, welche die Dauer von 480 Stunden übersteigt. Dies äusserte sich vorliegend u.a. dadurch, dass die Klägerin mit grossen Unsicherheiten auf Grund der Reparaturarbeiten konfrontiert wurde, wogegen sie bei einer Wartung, die auf sie zukommenden Risiken und Probleme ziemlich genau hätte einschätzen können.

61 Die Transportgebühr ist gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 259d OR zu reduzieren.