

Moot Court Team 7

Christine Beck
Livia Habich
Michael Lysakowski
Roman Zeller

per E-Mail

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 7

gegen

PipeTransport AG

Baarerstrasse 145, 6300 Zug, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team (...)

betreffend

Forderung

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Dr. Vollenweider,
sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Dr. Roth,
sehr geehrter Herr Schiedsrichter Bosch

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir fristgerecht 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

Literaturverzeichnis.....	V
Entscheidverzeichnis.....	X
A Aufführung der Anspruchsgrundlagen.....	1
B Prozessuales.....	1
I. Die Schiedsvereinbarungen sind gültig und kompatibel.....	2
1. Das Formerfordernis ist erfüllt.....	2
2. Die Rechtswahl der Parteien ist gültig.....	2
3. Der Sitz des Schiedsgerichts ist Zürich.....	3
4. Zwischenfazit.....	3
II. Die Ansprüche der Klägerinnen können gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules in einem gemeinsam eingeleiteten Verfahren behandelt werden.....	3
1. Das Schiedsverfahren ist eingeleitet und hängig.....	4
2. Die Einwilligung der Parteien in die Verfahrenskonsolidierung ist nicht notwendig.	4
3. Das Schiedsgericht genehmigt das konsolidierte Schiedsverfahren.....	4
4. Der Sitz des Schiedsgerichts ist für die Verfahrensvereinigung unbedeutend.....	4
5. Die Verfahren werden aufgrund des gleichen Verfahrensstadiums konsolidiert.....	5
6. Die enge Konnexität der Sachverhalte spricht für eine Verfahrensvereinigung.....	5
7. Die Schiedsrichter wurden durch den Schiedsgerichtshof formgültig ernannt.....	6
8. Zwischenfazit.....	6
III. Fazit.....	6
C Materielle Ansprüche aus Periode 1 (23. Juli 2013 bis 23. Dezember 2013).....	7
I. Rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses.....	7
1. Das Vertragsverhältnis ist als Frachtvertrag zu qualifizieren.....	7
2. Die Auktionsbedingungen beinhalten einen Formvorbehalt.....	7
II. Die Klägerin 1 kann dem Grunde nach Schadenersatz als Folge der Schlechterfüllung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR verlangen.....	8
1. Die Informationspflicht aus dem Frachtvertrag ist verletzt.....	8
a) Die Informationspflicht i.S.v. Art. 440 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 und Art. 400 Abs. 1 OR ist verletzt.....	8

b)	Der Klägerin 1 ist ein Schaden entstanden	9
c)	Die Unterlassung der Information ist die Schadensursache.....	9
d)	Das Verschulden ist der Beklagten anzulasten	10
e)	Zwischenfazit	10
2.	Eventualiter: Die Informationspflicht gem. Art. 16 MoU i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR ist verletzt	11
a)	Der Vertrag wurde i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR verletzt.....	11
b)	Das Verschulden ist der Beklagten anzulasten	12
c)	Zwischenfazit	12
3.	Fazit.....	12
III.	Der Klägerin 1 ist Schadenersatz als Folge der Nichterfüllung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR zu leisten	12
1.	Der Transportvertrag ist ein absolutes Fixgeschäft.....	12
2.	Der Transportvertrag ist anfänglich vorübergehend unmöglich	13
3.	Die Unmöglichkeit ist Schadensursache	13
4.	Die Beklagte kann keinen Haftungsausschluss geltend machen.....	14
a)	Die Beklagte kann sich nicht auf Force Majeure gem. Art. 23 TV berufen	14
b)	Die Haftungsausschlussklausel gem. Art. 19 TV ist nicht anwendbar	15
5.	Der Schadenersatzanspruch wurde nicht konkludent wegbedungen	15
6.	Fazit.....	16
D	Materielle Ansprüche aus Periode 2 (24. Dezember 2013 bis 24. Februar 2014)	16
I.	Die Transportpreise der Klägerin 1 sind für die zweite Periode zu reduzieren	16
1.	Die Umstände erfüllen die Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus	16
a)	Die Verhältnisse haben sich nach dem Vertragsabschluss erheblich geändert.....	16
b)	Die auftretende Äquivalenzstörung ist gravierend	17
c)	Die Veränderung des Risikos war nicht voraussehbar.....	17
d)	Es liegt kein widersprüchliches Parteiverhalten vor	17
e)	Zwischenfazit	18
2.	Eventualiter: In Kenntnis der gegebenen Umstände wäre der Transportvertrag nur zu günstigeren Konditionen abgeschlossen worden	18

a)	Der Irrtum ist objektiv und subjektiv wesentlich.....	18
b)	Der Irrtum beschlägt lediglich Art. 12 TV und führt zu dessen Teilnichtigkeit...	18
c)	Das Recht auf Teilungültigerklärung ist nicht verwirkt und nicht unstatthaft.....	19
d)	Zwischenfazit.....	19
3.	Eventualiter: Die Transportgebühr ist gem. Art. 259d OR analog zu reduzieren.....	19
a)	Die veränderten gegebenen Verhältnisse rechtfertigen die Herabsetzung des Transportpreises	20
b)	Der Beklagten war der Mangel bekannt	20
c)	Zwischenfazit	20
4.	Fazit.....	20
E	Konklusion.....	20

Literaturverzeichnis

- ARROYO MANUEL: Arbitration in Switzerland, the practitioner's guide, Alphen aan den Rijn 2013 (zit.: AiS-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
N [17, 19, 20, 21, 25]
- BECKER H.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941
N [65]
- BERGER BERNHARD: Allgemeines Schuldrecht, 2 Aufl., Bern 2012
N [30, 74]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ: Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006
N [7, 12, 13, 25]
- BISANG RAYMOND ET AL.: Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit.: BISANG ET AL., Art. XX N YY)
N [90]
- BLÄTTLER MARTIN: Versteigerungen über das Internet, Rechtsprobleme aus der Sicht der Schweiz, Diss. Zürich/Basel/Genf 2004 = Reihe Schriften zum schweizerischen und internationalen Wirtschaftsrecht
N [30]
- 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. Wilmington 1984
N [58, 59]

- ENGEL PIERRE: *Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO*, 2. Aufl., Bern 1997
N [65]
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.): *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit.: *CHK OR-BEARBEITER/IN*, Art. XX N YY)
N [65, 70, 87]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.): *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 10. Aufl., Zürich 2014
N [60]
- GEISINGER ELLIOTT/VOSER NATHALIE (Hrsg.): *International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2013 (zit.: *BEARBEITER/IN*, Handbook)
N [17]
- GIRSBERGER DANIEL ET AL. (Hrsg.): *Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004 (zit.: *ZK-BEARBEITER/IN*, Art. XX N YY)
N [13]
- HANOTIAU BERNARD: *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Den Haag 2005
N [17]
- HEUSSEN BENNO: *Letter of Intent, Absichtserklärungen Geheimhaltungsvereinbarungen Optionen – Vorverträge*, 2. Aufl., Köln 2014
N [48]

HIGI PETER: Obligationenrecht, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR,
in: GAUCH PETER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.
Band, Obligationenrecht, Zürich 1994
N [90]

HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A.: Schweizerisches Haftpflicht-
recht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
N [43]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.):
Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit.: BSK IPRG-
BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
N [6, 8]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.): Basler Kommentar,
Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl., Basel/Bern/Zürich 2011 (zit.: BSK OR I-
BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
N [35, 61, 77, 87]

HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zü-
rich/Basel/Genf 2014
N [30, 35, 52, 53, 58, 59, 61, 62, 63, 68, 76, 81]

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.): Handkommentar
zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag,
Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit.: CHK OR-
BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
N [35, 36, 44]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-
529 OR), Teilband V 1b, Kommentar zu Art. 18 OR, in: SCHÖNENBERGER WIL-
HELM/GAUCH PETER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.
Band, 3. Aufl., Zürich 1980
N [76, 79]

JOLIDON PIERRE: Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984

N [13]

KRAMER ERNST A.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, in: MEIER-HAYOZ ARTHUR (Hrsg.): Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Bern 1991
N [48, 49, 62, 86]

KOLLER ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009
N [30, 60]

KUES PETRA: Vereinbarungen im Vorfeld eines Vertrages, Eine rechtsvergleichende Arbeit zum deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Konstanz 1994 = Reihe Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft, Band 78
N [48]

LUTTER MARCUS: Der Letter of Intent, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1998
N [48]

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrecht und der Aktienrechtsreform, 11 Aufl., 2012
Bern
N [78]

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318 OR, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit.: CHK OR-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
N [91]

PAIR LARA: Consolidation in international commercial arbitration, the icc and swiss rules,
Diss. Den Haag 2012 = Reihe international commerce and arbitratoin, Band 10
N [16]

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER: Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zü-
rich 1993
N [13]

SCHWAB KARIN F.: Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch
abgeschlossene Verträge, Diss. Zürich 2001 = Reihe Publikationen aus dem Zentrum
für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich, Band 16
N [31]

TERCIER PIERRE: La „clausula rebus sic stantibus“ en droit suisse des obligations, JdT 1979,
194 ff.
N [76]

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL: Le droit des obligations, 5 Aufl., 2012 Genf
N [30]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.): Swiss Rules of Inter-
national Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: BEARBEI-
TER/IN, Swiss Rules Commentary, Art. XX N YY)
N [19, 20]

Entscheidverzeichnis

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. Mai 1915

BGE 41 II 356

N [81]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Juli 1919

BGE 45 II 351

N [79]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
10. Oktober 1933

BGE 59 II 372

N [76]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
22. November 1939

BGE 65 II 171

N [70]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 2. Juni 1953

BGE 79 II 272

N [81]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. Juni 1962

BGE 88 II 203

N [65]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
23. April 1981

BGE 107 II 144

N [65]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 2. Juni 1981
BGE 107 II 161
N [65]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
31. März 1982
BGE 108 II 112
N [90]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Mai 1982
BGE 108 II 197
N [36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
13. März 1984
BGE 110 II 360
N [36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. März 1984
BGE 110 II 181
N [36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
30. Januar 1989
BGE 115 II 62
N [36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
17. Dezember 1990
BGE 116 II 685
N [87]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Mai 1992
BGE 118 II 297
N [83]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
17. November 1997
BGE 124 III 57
N [86]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. November 1998
BGE 123 III 200
N [88]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
2. Oktober 2000
BGE 4C.119/2000
N [43]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
24. April 2001
BGE 127 III 300
N [76, 77, 79]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
3. April 2002
BGE 128 III 428
N [76]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. November 2002
BGE 4P.135/2002
N [30]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
4. Dezember 2003

BGE 130 III 49

N [85]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. Dezember 2003

BGE 4C.282/2003

N [30]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. September 2004

BGE 4C.126/2004

N [65]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
4. August 2005

BGE 4C.82/2005

N [34]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. Dezember 2005

BGE 132 III 359

N [40]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
4. Januar 2006

BGE 4C.334/2005

N [65]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. August 2006

BGE 132 III 715

N [43]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
5. September 2006

BGE 132 III 737

N [88]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. November 2006

BGE 4C.284/2006

N [43]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
31. März 2008

BGE 4A_520/2007

N [43]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. Oktober 2008

BGE 135 III 1

N [76, 77]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
22. November 2010

BGE 4A_375/2010

N [77]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
6. März 2013

BGE 4A_663/2012

N [31]

A Aufführung der Anspruchsgrundlagen

- 1 *Das Schiedsverfahren ist konsolidiert zu führen. Die Ansprüche aus MoU und TV können gemeinsam geltend gemacht werden.* Die vorliegenden Vereinbarungen bestimmen allesamt die Swiss Rules als anwendbares Verfahrensrecht. Da diese in Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules die Möglichkeit beinhalten, ein Verfahren zu konsolidieren, kann das Begehren der Klägerinnen durch gleichzeitiges Einreichen in einem einzigen Verfahren beurteilt werden. Der Sitz des Schiedsgerichts ist Zürich. Die Schiedsrichter sind bestimmt.
- 2 *Die Beklagte hat ihre Informationspflicht verletzt. Der Klägerin 1 steht dem Grunde nach Schadenersatz zu.* Die auftragsrechtliche Informationspflicht gem. Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 und Art. 400 Abs. 1 OR wurde von der Beklagten verletzt. Über die Ereignisse im Juli 2013 wurde nicht vertragskonform informiert. Sollte das Schiedsgericht nicht darauf eintreten, stützt sich die Klägerin 1 eventualiter auf eine Haftung aus Art. 16 MoU. Diesfalls hätte die Beklagte ihre Informationspflicht verletzt, da das MoU eine bindende Vorfeldvereinbarung ist. Die Freizeichnungsklausel in Art. 19 TV greift nicht.
- 3 *Die Klägerin 1 fordert Schadenersatz infolge der Nichterfüllung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR.* Die Beklagte hat eine anfängliche Leistungsunmöglichkeit zu vertreten. Mit der Nichterfüllung verletzte die Beklagte ihre vertragliche Pflicht gem. Art. 5 TV. Diesbezüglich hat sie grobfahrlässig gehandelt. Dadurch kann sie sich nicht auf die Freizeichnungsklausel in Art. 19 TV berufen.
- 4 *Die Transportgebühren für die zweite Periode sind für die Klägerin 1 zu reduzieren.* Die Verhältnisse haben sich nach dem Vertragsabschluss erheblich geändert. Die gegebene Äquivalenzstörung ist gravierend. Das entstandene Risiko war für die Klägerin 1 nicht voraussehbar. Es liegt ein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* vor. Sollte das Schiedsgericht dieser Ansicht nicht folgen, sind die Transportgebühren eventualiter durch die Teilnichtigkeit von Art. 18 TV oder durch analoge Anwendung von Art. 259d OR zu reduzieren.

B Prozessuales

- 5 In ihrer Einleitungsantwort erhebt die Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit. Sie bestreitet, dass das Schiedsgericht alle Ansprüche aller Klägerinnen in einem einzigen Verfahren beurteilen kann. Sie macht geltend, dass jede Klägerin ein separates Verfahren aufgrund des Memorandum of Understanding (MoU) und der selbständigen Transportverträge (TV) hätte einleiten müssen. Darüber hinaus stellt sie sich auf den Standpunkt, dass Ansprüche aus dem MoU und dem TV wegen den unterschiedlichen Schiedsklauseln (unterschiedliche Sitze: Zug und Zürich) nicht kompatibel seien. Dabei vertritt sie die Ansicht, dass die Verfahrensvereinigung gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules durch eine gemeinsame Klageeinlei-

tung nicht möglich ist. Der gegebene Sachverhalt (SV) erfülle die Voraussetzungen dafür nicht (zum Ganzen Einleitungsantwort, N 1 ff.).

- 6 Wie jedoch darzulegen ist, handelt es sich um gültige und kompatible Schiedsklauseln. Diese führen dazu, dass die Ansprüche der Klägerinnen in einem einheitlichen Verfahren behandelt werden können. Das Schiedsgericht ist gem. Art. 21 Abs. 1 Swiss Rules und Art. 186 Abs. 1 IPRG ermächtigt über alle Einreden gegen die Zuständigkeit und Einwendungen gegen die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung zu entscheiden. Dies im Rahmen seiner Kompetenz-Kompetenz (BSK IPRG-WENGER/SCHOTT, N 2 f.). Folgend wird aufgezeigt, dass es sich inhaltlich um übereinstimmende Schiedsklauseln handelt. Die Verfahrensvereinbarung entspricht den Prinzipien der Swiss Rules.

I. Die Schiedsvereinbarungen sind gültig und kompatibel

1. Das Formerfordernis ist erfüllt

- 7 Die Beklagte hat ihren Sitz in der Schweiz, Klägerin 1 (K1) in Deutschland, Klägerin 2 (K2) in Frankreich und die Klägerin 3 (K3) ist in Russland domiziliert. Es liegt ein internationales Verhältnis nach Art. 1 IPRG vor. Da die Beklagte eine Partei der Schiedsvereinbarung ist und ihren Sitz in der Schweiz hat, gilt das 12. Kapitel des IPRG gem. Art. 176 Abs. 1 IPRG als lex arbitri. Gem. Art. 178 Abs. 1 IPRG folgt, dass eine Schiedsvereinbarung formell gültig ist, wenn sie schriftlich verfasst wurde. Der Formzwang bezieht sich auf die objektiv wesentlichen Punkte (BERGER/KELLERHALS, N 405). Die Schiedsvereinbarung aus dem TV, den gleichlautenden Auktionsbedingungen (AB), des MoU und den Statuten genügt diesem Formerfordernis. Dies wird von der Beklagten nicht bestritten.

2. Die Rechtswahl der Parteien ist gültig

- 8 Im Übrigen ist eine Schiedsvereinbarung nach Art. 178 Abs. 2 IPRG gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, auf die Streitsache, insbesondere den Hauptvertrag anwendbaren oder schweizerischen Recht entspricht. Dabei können die Parteien im Rahmen ihrer Autonomie eine Rechtswahl treffen (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, N 24).
- 9 In Art. 33.1 TV sowie in Art. 30 Abs. 1 MoU vereinbaren die Parteien, dass Schweizer Recht anwendbar ist. Weiter kommen die Parteien in Art. 30 MoU, Art. 23 Statuten und Art. 33.2 TV überein, dass die Verfahrensrechte die Internationalen Schweizerische Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution (Swiss Rules) sind. Die Verfahrenssprache ist deutsch, und das Gericht setzt sich aus drei Richtern zusammen.
- 10 Es liegen somit keine erkennbaren Hindernisse für die materielle Gültigkeit vor. Diese wird von der Beklagten auch nicht weiter bestritten. Nachstehend wird widerlegt, dass es sich, trotz unterschiedlicher Sitzwahl, um kompatible Schiedsklauseln handelt.

3. Der Sitz des Schiedsgerichts ist Zürich

- 11 Gem. Art. 176 Abs. 3 IPRG kann der Sitz des Schiedsgerichts von den Parteien autonom bestimmt werden. In Art. 33.2. TV vereinbarten die Parteien Zürich als Sitz des Schiedsgerichts, hingegen einigten sich die Parteien in Art. 30 MoU und Art. 23 Statuten auf Zug. Von dieser Inkongruenz lässt sich absehen.
- 12 Die vertraglich festgehaltenen Schiedsvereinbarungen hängen vom übereinstimmenden Parteiwillen ab. Ist dieser, auch aus Gründen mehrerer vorliegender Verträge nicht offensichtlich, wird er durch Auslegung ermittelt. Bei einem Verhältnis zwischen jüngerem und älterem Vertrag gilt im Zweifel der Grundsatz, dass die jüngere Vereinbarung die ältere aufhebt (zum Ganzen BERGER/KELLERHALS, N 474 ff.). Im vorliegenden Fall sind drei unterschiedliche Vereinbarungen gegeben: das MoU, die Statuten und der TV. Diese stipulieren eine Schiedsvereinbarung mit unterschiedlichen Sitzen. Entscheidend ist hierbei der Zeitpunkt der Unterzeichnung. Derweil wurden das MoU sowie die Statuten von allen beteiligten Parteien am 1. Februar 2012 unterschrieben (K-1 und K-2). K3 schloss ihren TV mit der Beklagten am 2. Juli 2012 ab. K1 und K2 ihrerseits signierten den TV am 2. bzw. 3. August 2013 (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 7 f.). Daraus folgt, dass sich die übereinstimmenden Parteiwillen auf die Sitzvereinbarungen im jeweils jüngeren TV beziehen und diejenigen des MoU bzw. der Statuten überholen. Folglich befindet sich der Sitz des Schiedsverfahrens in Zürich.
- 13 Zudem ist es jederzeit möglich, den vereinbarten Sitz im laufenden Verfahren zu wechseln (JOLIDON, Art. 2 N 52; RÜEDE/HADENFELDT, 114; ZK-VISCHER, Art. 176 N 10). Daraus kann geschlossen werden, dass im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung die Sitzverschiebung von Zug nach Zürich ebenfalls unproblematisch ist. Die Folgen einer derartigen Sitzverschiebung sind minim. Konkrete Änderungen ergeben sich für die Parteien nicht. Die lex arbitri bleibt die Gleiche. Lediglich die Zuständigkeit des staatlichen Richters als Juge d'appui wandelt sich (zum Ganzen BERGER/KELLERHALS, N 716 ff.).

4. Zwischenfazit

- 14 Trotz der unterschiedlich genannten Sitze liegt eine kompatible Schiedsklausel vor. Der Sitz ist Zürich. Zu zeigen bleibt die Konsolidierung zu einem einzigen Verfahren.

II. Die Ansprüche der Klägerinnen können gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules in einem gemeinsam eingeleiteten Verfahren behandelt werden

- 15 Wie veranschaulicht, werden Ansprüche aus dem MoU, den Statuten und dem TV gemeinsam beurteilt (siehe N 5 ff.). Ferner ist aufzuzeigen, dass die Ansprüche der Klägerinnen aus dem MoU und dem TV konsolidiert werden können.

1. Das Schiedsverfahren ist eingeleitet und hängig

16 Damit mehrere Verfahren konsolidiert werden können, muss gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules ein hängiges Verfahren existieren. Keine Rolle spielt jedoch, zu welchem Zeitpunkt die Konsolidierung stattfindet. Ergo kann eine Einleitungsanzeige von verschiedenen Klägerinnen gemeinsam eingereicht werden (zum Ganzen PAIR, 36). Mit Bezug auf den SV ist demnach eine gemeinsame Verfahrenseinleitung durch die Einleitungsanzeige vom 29. Mai 2014 möglich. Das Verfahren ist gem. Art. 3 Abs. 2 Swiss Rules hängig. Die Behauptung der Beklagten, dass eine gemeinsame Klageeinleitung den Prinzipien des Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules widerspricht (Einleitungsantwort, N 4), wird zurückgewiesen.

2. Die Einwilligung der Parteien in die Verfahrenskonsolidierung ist nicht notwendig

17 Die Beklagte stellt sich gegen eine Verfahrensvereinigung (Einleitungsantwort, N 4). Das Schiedsgericht kann jedoch vom Parteiwillen absehen, wenn die Schiedsvereinbarung bestimmte Verfahrensrechte (vorliegend Swiss Rules) beinhaltet, welche unter definierten Voraussetzungen eine Verfahrensvereinigung vorsehen. Der Parteiwille muss sich auf die entsprechenden Verfahrensrechte beziehen (zum Ganzen HANOTIAU, 166). Sobald sich die Parteien auf die Swiss Rules geeinigt hatten, liegt eine implizite Einwilligung zu einer möglichen Verfahrenskonsolidierung vor (AiS-SCHRAMM, Art. 4 Swiss Rules N 4; vgl. BÄRTSCHI/PETTI, Handbook, 45). Im konkreten Fall sind sich die Parteien in ihrer Schiedsvereinbarung über die Anwendung der Swiss Rules eindeutig bewusst (siehe N 9). Da in Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules die Verfahrensvereinigung explizite Erwähnung findet, wurde diese von beiden Seiten in Kauf genommen. Weder das MoU noch der TV enthalten eine ausdrückliche Wegbedingungsklausel zur Verfahrenskonsolidierung. Die Parteien haben hypothetische eingewilligt.

3. Das Schiedsgericht genehmigt das konsolidierte Schiedsverfahren

18 Gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules muss neben der Konsultation der Parteien auch eine Begutachtung durch die bestätigten Mitglieder des Schiedsgerichts erfolgen, um eine Verfahrensvereinigung einzuleiten. Die Schiedsrichter wurden laut Verfügung Nr. 1 der Swiss Chambers Arbitration Institution nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 Swiss Rules bestätigt (Verfügung Nr. 1, N 3). In der gleichen Verfügung wurde die Fortführung des Verfahrens vom Schiedsgerichtshof „mit allen Klägerinnen und betreffend allen geltend gemachten Ansprüchen“ genehmigt (Verfügung Nr. 1, N 3 ff.). Das Schiedsgericht hat diesem Entscheid Folge zu leisten.

4. Der Sitz des Schiedsgerichts ist für die Verfahrensvereinigung unbedeutend

19 Die Verfahrensvereinigung ist gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules nicht auf Verfahren mit dem gleichen Schiedssitz beschränkt. Solange die lex arbitri gleichbleibend ist, können mehrere Verfahren konsolidiert werden (zum Ganzen AiS-SCHRAMM, Art. 4 Swiss Rules N 12; BÄRT-

SCH/PETTI, Swiss Rules Commentary, Art. 4 N 31). Trotz der unterschiedlichen Sitze gem. Art. 30 MoU und Art. 33.2 TV (Zug und Zürich) ändert die lex arbitri nicht. Beide Sitze befinden sich in der Schweiz. Sollte das Schiedsgericht nicht der Auffassung folgen, dass Zürich der Schiedssitz ist (siehe N 11 ff.), wäre dennoch eine Verfahrenskonsolidierung möglich. Die Einrede der unterschiedlichen Sitze der Beklagten (Einleitungsantwort, N 6) ist belanglos.

5. Die Verfahren werden aufgrund des gleichen Verfahrensstadiums konsolidiert

20 Gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules spielt das Verfahrensstadium bei der Konsolidierung eine Rolle. Relevant ist, wie weit das hängige Verfahren fortgeschritten ist. Je fortgeschrittener das Verfahren, desto unangebrachter ist die Konsolidierung (zum Ganzen BÄRTSCH/PETTI, Swiss Rules Commentary, Art. 4 N 33). Zu berücksichtigen hat das Schiedsgericht die potenzielle Verzögerung des Verfahrens (AiS-SCHRAMM, Art. 4 Swiss Rules N 17). Vorliegend reichten die Klägerinnen gemeinsam und zeitgleich ihre Einleitungsanzeige ein. Das Verfahren befand sich zu jedem Zeitpunkt für alle Klägerinnen im gleichen Stadium. Die Gefahr der Verfahrensverzögerung besteht nicht. Folglich widerspricht das Verfahrensstadium nicht Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules, wie den Klägerinnen vorgeworfen wird (Einleitungsantwort, N 4).

6. Die enge Konnexität der Sachverhalte spricht für eine Verfahrensvereinigung

21 Bei einer Verfahrenskonsolidierung muss gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules zwischen den Streitsachen ein Zusammenhang gegeben sein. Die SV müssen faktisch, rechtlich und logisch miteinander verknüpft sein. Darüber hinaus müssen konfligierende Endentscheidungen vermieden werden. Sofern die Beiträge der Parteien auf einer nahen und zusammenhängenden Faktenlage basieren, muss in Betracht gezogen werden, dass zwischen den vorliegenden Dokumenten eine erhebliche Überschneidung existiert (zum Ganzen AiS-SCHRAMM, Art. 4 Swiss Rules N 16).

22 Die Klägerinnen und die Beklagte sind zu einem Joint Venture mit gleichlautenden Statuten (K-1) miteinander verbunden (Einleitungsanzeige, N 1). Ferner haben die Gesellschafter ein MoU abgeschlossen (K-2). Weiter waren die AB für alle Klägerinnen identisch (Einleitungsanzeige, N 3). Zudem schloss jede Klägerin einen gleichlautenden TV mit Ausnahme von Preis, Kapazität und Abschlussdatum ab (Einleitungsanzeige, N 7). In allen drei Verträgen wird einheitlich und ausdrücklich von „verbindlicher Kapazität“ gesprochen (Einleitungsanzeige, N 9). Daraus folgt, dass alle verwendeten Dokumente des SV auf der gleichen Faktenlage basieren und zwischen ihnen eine erhebliche Überschneidung besteht.

23 Die Klägerinnen als Gesellschafter des Joint Ventures wurden über Informationen auf identische Weise und zeitgleich informiert (Reduktion der Transportkapazität, August 2012, K-5/K-6/K-7; mögliche Gefahr der Kapazitätsreduktion, August 2012, K-8/K-9; Vorwarnung aufgrund Steinschlag und Überschwemmung, September 2012, K-10; Pig Passage, Okto-

ber 2012, K-11/K-12; Instandhaltungsarbeiten, Januar 2013, K-13; Überschwemmung und Steinschlag, Juli 2013, K-14; Force Majeure, September 2013, K-18). Das schädigende Ereignis, das konkret zur Verletzung der einzelnen TV geführt hat, ist dasselbe. Durch dieses wurde bei den Klägerinnen während eines überschneidenden Zeitraums (23. Juli 2013 bzw. 1. Oktober 2013 bis 23. Dezember 2013) die Gaslieferung unmöglich. Der Unterbruch des Gastransportes führte im Endeffekt zwar zu einer unterschiedlichen Schadensbeziehung (K1: 2'230'000 CHF; K2: 1'239'040 CHF; K3: 2'540'000 CHF), hat jedoch auf die Konnexität der SV keinen Einfluss. Aus diesem Grund ist fraglich, weshalb die Beklagte die Verfahren zwischen K1 und K2 eventualiter konsolidieren möchte und K3 nicht einbeziehen will. Denn auch K1 und K2 – gleich wie K3 – schlossen „separat und unabhängig“ voneinander die AB bzw. den TV mit der Beklagten ab (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 4 ff.).

24 Daher folgt, dass die nahe Konnexität der Streitsachen gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules gegeben ist.

7. Die Schiedsrichter wurden durch den Schiedsgerichtshof formgültig ernannt

25 Das Schiedsgericht wird in erster Linie durch die Schiedsvereinbarung bestellt (BERGER/KELLERHALS, N 772). In Art. 23 Statuten (K-1), Art. 30 MoU (K-2) sowie Art. 33.2 TV (K-3) wird die Anzahl Schiedsrichter auf drei bestimmt. Wie aus der Klageschrift hervorgeht, sind die Verfahren zu konsolidieren (siehe N 15 ff.). Daraus folgt, dass die Parteien gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules ihr Recht auf Ernennung und Bestätigung der Mitglieder der Schiedsgerichte widerrufen. Das bedeutet, dass die Forderung der Beklagten (Einleitungsantwort, N 3), für jedes Verfahren gesondert einen anderen Schiedsrichter bestellen zu dürfen, irrelevant ist. Denn in dieser Konstellation erhält der Gerichtshof gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules die Kompetenz, das Schiedsgericht zu bestellen. Dabei kommt ihm die Möglichkeit zu, die von den Parteien gewählten Schiedsrichter abzuweisen und eigene zu bestimmen (AiS-SCHRAMM, Art. 4 Swiss Rules N 22).

26 Vorliegend nimmt er diese Kompetenz wahr, indem er die Richter bestellt und nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 Swiss Rules bestätigt (Verfügung Nr. 1, N 3).

8. Zwischenfazit

27 Das Schiedsverfahren ist konsolidiert zu führen. Ansprüche aus dem MoU und dem TV können gemeinsam geltend gemacht werden. Folglich gilt für die Klägerinnen, dass alle ihre Ansprüche aus dem MoU und dem TV zusammen beurteilt werden müssen.

III. Fazit

28 Die Schiedsklauseln sind gültig und die Verfahren können konsolidiert eingereicht und geführt werden. Ansprüche aus dem MoU und dem TV sind gemeinsam zu behandeln.

C Materielle Ansprüche aus Periode 1 (23. Juli 2013 bis 23. Dezember 2013)

I. Rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses

1. Das Vertragsverhältnis ist als Frachtvertrag zu qualifizieren

29 Vorliegend verpflichtet sich die Beklagte zum Transport von Erdgas zwischen Varna und Budapest (Einleitungsanzeige, N 2; Art. 1 Abs. 2 TV). K1 entrichtet ihr einen Frachtlohn von CHF 180'000 pro Monat während dreier Jahre (Art. 5 TV; Art. 12 TV). Das Gas wird von der K1 in das Pipelinesystem eingespeist (Art. 1 Abs. 1 TV), wobei die Beklagte lediglich zum Transport verpflichtet ist (Verfügung Nr. 2, N 3). Zudem weist die Wortwahl in der Präambel des TV explizit auf einen Frachtvertrag hin, da ein „Befrachter“ eine gewisse Menge Erdgas zu transportieren wünscht (K-3, Präambel). Bez. den essentialia negotii sind sich die Parteien somit einig. Es liegt ein Frachtvertrag gem. Art. 440 ff. OR vor.

2. Die Auktionsbedingungen beinhalten einen Formvorbehalt

30 Auktionsbedingungen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die dem Verfahren der Versteigerung angepasst sind (BLÄTTLER, 115). Darin werden Vertragsbestimmungen für eine Vielzahl von Geschäften vorformuliert und nicht individuell verhandelt (siehe BGE 4C.282/2003 E 3.1; 4P.135/2002 E 3.1; BERGER, N 944). Bei der entsprechenden Auktion (19. bis 23. Juli 2013) lagen identische AB vor. Diese beinhalteten die vorformulierten TV und wurden mit Preis, Kapazität und Abschlussdatum für den entsprechenden Ersteigerer ergänzt (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 3 ff.). Damit die AGB tatsächlich gelten, muss beim Vertragsabschluss im Internet deutlich auf die AGB hingewiesen werden (HUGUENIN, N 617). Eine Vollübernahme erfolgt, wenn die AGB gelesen werden und der Kunde Kenntnis nimmt (KOLLER, § 23 N 23; TERCIER/PICHONNAZ, N 873). K1 hat der Beklagten am 16. Juli 2013 unabhängig und separat mitgeteilt, dass sie die AB akzeptiere und an der Auktion teilnehme (Einleitungsanzeige, N 4). Somit ist von einer Vollübernahme auszugehen. Die AGB sind gültig.

31 Gem. Art. 1 Abs. 1 OR kommt ein Vertrag durch den Austausch von gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen zustande. Die Wirksamkeit hängt jedoch von der Gültigkeit ab. Für diese Gültigkeit müssen die vereinbarten Formvorschriften eingehalten werden (zum Ganzen SCHWAB, 62). Die Parteien können vertraglich eine vorbehaltene Form vereinbaren (BGE 4A_663/2012 E 5.2.1). Im SV sehen die AB vor, dass die Bieter nach dem Zuschlag den in den AB vorformulierten und nicht weiter verhandelbaren TV mit der Beklagten abzuschliessen haben. Daraus folgt, dass die AB einen Formvorbehalt beinhalten. Dieser ist erst eingehalten, wenn der TV schriftlich gezeichnet wird (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 5). Gem. Art. 16 Abs. 1 OR wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. K1 schloss mit der Beklagten am 3. August 2013 den entsprechenden

TV. Damit erfüllten die Parteien den vorgesehenen Formvorbehalt. Der Frachtvertrag erlangte am 3. August 2013 Gültigkeit.

II. Die Klägerin 1 kann dem Grunde nach Schadenersatz als Folge der Schlechterfüllung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR verlangen

32 Die beklagte Partei betont, dass für sie vernünftigerweise keine Veranlassung bestand, die Auktionsteilnehmer vom 23. Juli 2013 vor bzw. während der Auktion über den Erdbeben zu informieren, da der Vertrag erst ab dem 1. Oktober 2013 zu laufen begann. K1 hätte in Kenntnis der Vorfälle von 2012 von der Unterzeichnung absehen können. Sie sei zu diesem Zeitpunkt vollumfänglich informiert gewesen (zum Ganzen Einleitungsantwort, N 18 ff.; Verfügung Nr. 2, N 7).

33 Diese Ansicht ist zurückzuweisen. Einerseits ist die auftragsrechtliche Informationspflicht gem. Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 und Art. 400 OR verletzt. Andererseits kam die Beklagte eventualiter ihrer Informationspflicht gem. Art. 16 MoU nicht nach.

1. Die Informationspflicht aus dem Frachtvertrag ist verletzt

34 Grundsätzlich haftet eine Partei aus culpa in contrahendo, wenn im Vorfeld des Vertrages Pflichten verletzt werden. Wird jedoch anschliessend ein Vertrag geschlossen, absorbiert die Vertragshaftung die vorvertragliche Verantwortlichkeit (zum Ganzen BGE 4C.82/2005 E 7.1). Vorliegend wurden die Informationspflichten von der Beklagten am 19., 21. und 23. Juli 2013 unterlassen. Am 3. August 2013 folgte der Vertragsabschluss (Einleitungsanzeige, N 13 ff.; siehe N 30 f.). Es wird nach vertraglichen Grundsätzen gehaftet.

35 Da der TV als Frachtvertrag zu qualifizieren ist (siehe N 29), kommt gem. Art. 440 Abs. 2 OR das Auftragsrecht subsidiär zur Anwendung. Beim Auftrag haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung (Art. 398 Abs. 2 OR), inbegriffen der Informationspflicht gem. Art. 400 Abs. 1 OR (HUGUENIN, N 3263). Diese Pflicht erstreckt sich nach Treu und Glauben ebenso auf das vorvertragliche Verhältnis (CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 398 N 6; BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 9). Dadurch bestand für die Beklagte bereits an den Auktionstagen eine Informationspflicht gegenüber K1.

a) Die Informationspflicht i.S.v. Art. 440 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 und Art. 400 Abs. 1 OR ist verletzt

36 Beim Auftrag muss gem. Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR der Beauftragte den Auftraggeber über alles, was von Bedeutung sein kann, rechtzeitig, vollständig und wahrheitsgetreu informieren (BGE 115 II 62 E 3d; 110 II 181 E 2; 108 II 197 E 2a). Die Information muss unaufgefordert (BGE 110 II 360 E 5a) über Risiken, Unklarheiten und veränderte Umstände erfolgen (CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 398 N 6).

37 Am 19. Juli 2013 wurde die Beklagte über den Steinschlag und die Überschwemmungen informiert. Schäden an der Pipeline traten nicht auf, eine Benachrichtigung der Klägerin un-

terblieb. Am 21. Juli 2013 folgten erneute Steinschläge und Überschwemmungen. Auch hier unterliess die Beklagte eine Benachrichtigung an K1. Kurz vor der Auktion war K1 über keinen der beiden Zwischenfälle informiert worden (Einleitungsanzeige, N 13 f.). Dies widersprach der bisherigen Usanz, dass unverzüglich, innert 24 Stunden über Geschehnisse aufgeklärt wird (Verfügung Nr. 2, N 12). Während der Auktion, am 23. Juli 2013, fanden weitere Zwischenfälle statt. Eine Schlamm- und Gerölllawine löste eine Notfallsituation aus, wodurch der Gastransport gestoppt wurde. Wenige Stunden später führte gleichentags ein Zwischenfall zu einem vollständigen Unterbruch des Gastransportes. Vor bzw. während der Auktion (23. Juli 2013) erfolgte keine Mitteilung an K1 (Einleitungsanzeige, N 15 f.).

38 Zwar wurde über die Zwischenfälle am 23. Juli 2013 mittels Website informiert (K-17). Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass zuvor die Gesellschafter und Kunden immer mittels persönlichem Schreiben informiert wurden. Daher wäre es treuwidrig i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB, wenn durch die Information auf der Website von einer unverzüglichen Aufklärung gesprochen werden könnte. Weiter ist festzuhalten, dass es im „Zeitalter der globalen Vernetzung“ dem gesunden Menschenverstand zugemutet werden kann, eine Informationsmitteilung innert Kürze an die entsprechende Person zu versenden.

39 Somit verletzte die Beklagte ihre Informationspflicht. Die entsprechenden Informationen wären für K1 von Bedeutung gewesen. Dies im Zusammenhang mit der Tatsache, dass sie in Kenntnis der Zwischenfälle an der Auktion nur zu günstigeren Konditionen mitgeboten hätte (Einleitungsanzeige, N 33). Es liegt eine Pflichtverletzung vor.

b) Der Klägerin 1 ist ein Schaden entstanden

40 Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung. Sie kann sich aus einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder einem entgangenen Gewinn ergeben (statt Vieler: BGE 132 III 359 E 4).

41 K1 entstand ein Schaden durch den Transportunterbruch. Sie musste für die ausgefallene Gaskapazität Deckungseinkäufe zu höheren Preisen tätigen. Ansonsten wäre sie nicht in der Lage gewesen, ihren Abnehmern die vertraglich zugesicherten Gasmengen sicherzustellen. Weiter musste K1 Verträge mit Dritten kündigen. Diese hingen von der verbindlichen Kapazität der Beklagten ab. Dadurch entging K1 Gewinn.

42 Der Schaden beträgt CHF 2'230'000 nebst einem Zins vom 5% seit dem 29. Mai 2014.

c) Die Unterlassung der Information ist die Schadensursache

43 Die Beklagte unterliess ihre Informationspflicht (siehe N 36 ff.). Fraglich ist, ob dies kausal für den Schadenseintritt ist. Dazu muss vorerst untersucht werden, ob für die Beklagte eine Pflicht bestand, den Schaden abzuwenden (BGE 4A_520/2007 E 2.1; 4C.119/2000 E 2b; HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 3 N 36). Das Auftragsrecht weist in

Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR eine Informationspflicht auf (siehe N 36 ff.). Die Beklagte hätte demnach über die Zwischenfälle informieren müssen. Weiter darf der Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht eingetreten sein, hätte die Beklagte ihre auftragsrechtliche Pflicht eingehalten (siehe BGE 4C.284/2006 E 4.4; 132 III 715 E 2.3). Wäre die Beklagte vor oder während der Auktion ihrer Informationspflicht nachgekommen, hätte K1 nur zu günstigeren Konditionen mitgeboten. Zudem wäre der TV im August 2013 nur zu günstigeren Konditionen unterzeichnet worden (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 33 f.). Weiter ist anzunehmen, dass bez. dem entgangenen Gewinn ein Ersatzanbieter hätte ausfindig gemacht werden können. Eine Kündigung der Verträge hätte sich nicht aufgedrängt, und ein entgangener Gewinn wäre nicht aufgetreten. Die Unterlassung der Informationspflicht ist kausal für den Schaden.

d) Das Verschulden ist der Beklagten anzulasten

- 44 Ein Verschulden ist gegeben, wenn es dem Beauftragten möglich und zumutbar gewesen wäre unter den konkreten Umständen die nötige Sorgfalt einzuhalten (CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 398 N 15).
- 45 Im vorliegenden Fall sah die Beklagte keine Veranlassung, die Auktionsteilnehmer vom 23. Juli 2013 während der Auktion zu informieren. Sie betont, dass die Folgen der Erdbebe nicht abgeschätzt werden konnten (zum Ganzen Einleitungsantwort, N 19). Somit war ihr bewusst, dass sie relevante Informationen nicht weiterleitete. Daraus folgt, dass die Beklagte ein überwiegendes Interesse am reibungslosen Auktionsverlauf hatte und deshalb die Information über die Zwischenfälle hinausschob. Eine Verletzung der Informationspflicht nahm sie daher in Kauf oder hat diese zumindest grobfahrlässig zu verantworten. Daher greift die Freizeichnungsklausel gem. Art. 19 TV nicht. Ferner war die bisherige Informationspraxis, dass selbst über kleinste Zwischenfälle, deren Folgen ebenfalls ungewiss waren, sofort informiert wurde (siehe bspw. K-5: ungewisse Probleme treten im Bereich der Pipeline auf, Analyse dieser Probleme auf mögliche Folgen und sofortige Information).
- 46 Somit war es der Beklagten möglich und zumutbar, die nötige Sorgfalt einzuhalten und über die Zwischenfälle zu informieren.

e) Zwischenfazit

- 47 Die Beklagte hat ihre auftragsrechtliche Informationspflicht verletzt. Sie hat K1 dem Grunde nach Schadenersatz gem. Art. 440 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 und Art. 400 Abs. 1 OR von CHF 2'230'000 inkl. 5% Zins zu leisten.

2. Eventualiter: Die Informationspflicht gem. Art. 16 MoU i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR ist verletzt

48 Die Beklagte bringt vor, dass Ansprüche aus dem MoU nicht fruchtbar gemacht werden können (Einleitungsantwort, N 21). Das MoU ist dem Formenkreis des Letter of Intent zuzurechnen. Charakteristisch für ein MoU ist, dass die Vereinbarung alle Parteien unterzeichnen (zum Ganzen HEUSSEN, N 33 ff.). Dabei ist nicht auszuschliessen, dass es sich um eine verbindliche Vorfeldvereinbarung handelt. Bindend ist eine Vorfeldvereinbarung dann, wenn sich die Vertragspartner in einem konkreten Punkt tatsächlich und übereinstimmend geäußert haben (zum Ganzen KRAMER, Art. 22 N 54 ff.). Ist dies der Fall, werden sie als „eigenständige, vom Zustandekommen des Hauptvertrages unabhängige und verbindliche Vereinbarungen“ behandelt (KUES, 112). Eine Verletzung solcher Vereinbarungen hat dem Grunde nach vertragliche Ansprüche auf Schadensersatz zur Folge (LUTTER, 48 f.).

49 Zunächst ist festzuhalten, dass das gegebene MoU keine „no binding clause“ enthält. Diese führt per se die Unverbindlichkeit des MoU (KRAMER, Art. 22 N 57). Hinzu kommt, dass das MoU von allen Gesellschaftern der Pipetransport AG unterzeichnet wurde. Das bedeutet, dass die Unterzeichnenden von der Verbindlichkeit der Pflichten im MoU ausgehen wollten. Es herrscht somit ein natürlicher Konsens (Art. 1 Abs. 1 OR) bez. der Verbindlichkeit der einzelnen Klauseln insb. der Informationspflicht.

50 Verdeutlicht wird dies durch die nachträglich der Unterzeichnung praktizierte Information. Denn im Jahre 2012 und im Januar 2013 wurde K1 über sämtliche Zwischenfälle vollumfänglich und unverzüglich informiert (siehe Reduktion der Transportkapazität, K-5, K-6 und K-7; Regenfälle, K-8 und K-9; Überschwemmung und Steinschläge, K-10; Pig Passage, K-11 und K-12; Instandhaltungsmassnahmen K-13).

51 Damit ist festzuhalten, dass die Informationspflicht in Art. 16 MoU verbindlich ist.

a) Der Vertrag wurde i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR verletzt

52 Eine positive Vertragsverletzung liegt vor, wenn die Schuldnerin die vertraglich geschuldete Leistung nicht gehörig erbringt (HUGUENIN, N 866). Die Aufklärungspflicht ergibt sich aus Art. 16 MoU. Da Art. 16 MoU verbindlich ist (siehe N 48 ff.), stellt dessen Verletzung eine positive Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR dar. Wie bereits ausgeführt (siehe N 34 ff.), wurde K1 über die Zwischenfälle vom 19., 21. und 23. Juli 2013 nicht informiert. Somit wurde die Informationspflicht gem. Art. 16 MoU verletzt, wodurch eine positive Vertragsverletzung vorliegt. Aufgrund der Verletzung der Informationspflicht gem. Art. 16 MoU entstand ein Schaden in der Höhe von CHF 2'230'000 (siehe N 40 ff.). Das Unterlassen dieser Informationspflicht war für den Schadenseintritt kausal (siehe N 43).

b) Das Verschulden ist der Beklagten anzulasten

53 Ein Verschulden liegt vor, wenn die Vertragsverletzung der Beklagten vorzuwerfen ist (HUGUENIN, N 892). Gem. Art. 99 Abs. 1 OR haftet der Schuldner im Allgemeinen für jedes Verschulden. Vorliegend wird gem. Art. 19.1 TV mindestens grobe Fahrlässigkeit verlangt. Die Vertragsverletzung kann auch eventualvorsätzlich begangen werden (HUGUENIN, N 896). Die Beklagte handelte, indem sie K1 nicht informierte (siehe N 44 ff.), eventualvorsätzlich.

c) Zwischenfazit

54 Die Beklagte hat ihre Informationspflicht gem. Art. 16 MoU verletzt. Sie hat K1 dem Grunde nach Schadenersatz gem. Art. 97 Abs. 1 OR von CHF 2'230'000 inkl. 5% Zins zu leisten.

3. Fazit

55 Die Beklagte hat ihre auftragsrechtliche Informationspflicht sowie die aus Art. 16 MoU verletzt. K1 ist dem Grunde nach Schadenersatz von CHF 2'230'000 inkl. 5% Zins zu leisten.

III. Der Klägerin 1 ist Schadenersatz als Folge der Nichterfüllung i.S.v.

Art. 97 Abs. 1 OR zu leisten

56 Die Beklagte betont, dass sich K1 während der ersten Gesprächsrunde das Recht auf Schadenersatz nicht vorbehalten habe (Einleitungsanzeige, N 18; Einleitungsantwort, N 8). Weiter habe sie für entgangenen Gewinn sowie für milde und mittlere Fahrlässigkeit nicht aufzukommen (Art. 19 TV; Einleitungsantwort, N 9 f.). Wäre zudem eine Pflichtverletzung gegeben, würde die Beklagte nicht haften, da eine Force Majeure i.S.v. Art. 23 TV vorläge.

57 K1 widerlegt diese Stellungnahme, indem sie sich auf eine anfängliche objektive Unmöglichkeit i.S.v. Art. 97 Abs. 1 ff. OR beruft. Dies, da es im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (siehe N 30 f.) der Beklagten nicht möglich war, den unterzeichneten Gastransportvertrag vorübergehend einzuhalten (Einleitungsanzeige, N 18). Aufgrund ihres grobfahrlässigen Verhaltens hat die Beklagte daher Schadenersatz zu leisten.

1. Der Transportvertrag ist ein absolutes Fixgeschäft

58 Ist die Leistung während einer Zeitspanne des Vertrages in jedem Moment geschuldet, liegt eine Vielzahl von aneinandergereihten Fixgeschäften vor (CAYTAS, 178). Um ein absolutes Fixgeschäft handelt es sich, wenn eine spätere Erfüllung nach einem bestimmten Termin nicht mehr möglich ist (HUGUENIN, N 710). Wird die Aufrechterhaltung des vertragsmässigen Zustands dann nicht gewährleistet, so ist dieser Mangel nie wieder zu beheben (CAYTAS, 178).

59 Vorliegend beträgt die Laufzeit des Transportvertrages gem. Art. 5 TV drei Jahre. Die Beklagte ist verpflichtet, ab dem 1. Oktober 2013 eine verbindliche Kapazität von 5'000 Sm³/h zu transportieren, weshalb der TV als aneinandergereihtes Fixgeschäften zu qualifizieren ist. Wird diese Kapazität nicht eingehalten, ist die nachträgliche Kompensation unnütz (CAYTAS, 178). K1 ist auf den stündlichen Transport der verbindlichen Kapazität

(Art. 5 TV) angewiesen, da sie ihrerseits bereits Verträge mit Abnehmern abgeschlossen hatte (Verfügung Nr. 2, N 15). Aufgrund der Unmöglichkeit musste K1 Deckungskäufe tätigen (Einleitungsanzeige, N 19). Eine nachträgliche Gaslieferung wäre unnütz. Ein absolutes Fixgeschäft liegt vor.

2. Der Transportvertrag ist anfänglich vorübergehend unmöglich

60 Eine vorübergehende Unmöglichkeit ist nicht von anhaltender Dauer (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2563). Im konkreten Fall ist während der ersten Periode die Einhaltung der verbindlichen Kapazität nicht möglich (Einleitungsanzeige, N 18). Zwar wurde ab dem 24. Dezember 2013 wieder Gas über eine Notleitung transportiert, jedoch ist beim absoluten Fixgeschäft unerheblich, ob eine dauerhafte oder vorübergehende Unmöglichkeit gegeben ist (KOLLER, § 39 N 72).

61 Nach dem Ablauf des Erfüllungszeitpunktes, liegt in jedem Fall eine objektive Unmöglichkeit vor. Eine Unmöglichkeit ist anfänglich, wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschluss nicht mehr erbracht werden kann (zum Ganzen HUGUENIN, N 819 ff.). Sie ist rechtlicher Natur, wenn sie aufgrund staatlicher Hoheitsakte eingetreten ist (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 9).

62 Die Zwischenfälle vom 23. Juli 2013 bewirkten, dass der Gastransport durch die Beklagte gestoppt werden musste. Zu diesem Zeitpunkt ging sie davon aus, dass die vereinbarte Kapazität ab dem 1. Oktober 2013 transportiert werden könnten. Die Behörde ordnete den Gasunterbruch bereits am 23. Juli 2013 an (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 15). Dieser Unterbruch dauerte bis zum 23. Dezember 2013. Daraus folgt, dass bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine Unmöglichkeit bestand. Der Beklagten war es daher unmöglich, die verbindliche Kapazität gem. Art. 5 TV ab dem 1. Oktober 2013 zu gewährleisten (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 18). Somit liegt eine anfängliche objektive Unmöglichkeit vor, die zu einem Schaden auf Seiten von K1 führte (siehe N 40 ff.). Sie ist rechtlicher Natur, da sie auf einem staatlichen Hoheitsakt der rumänischen Behörde basiert. Beschlägt die anfänglich objektive Unmöglichkeit nur den Vertragsinhalt, führt dies zu einer Haftung gem. Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 119 Abs. 1 OR (HUGUENIN, N 829; KRAMER, Art. 19-20 N 236 ff.).

3. Die Unmöglichkeit ist Schadensursache

63 Die Unmöglichkeit muss *conditio sine qua non* und „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet“ sein, „einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen“ (HUGUENIN, N 888 f.). Hätte die Beklagte zusammen mit der rumänischen Behörde den Transport freigegeben, wäre die verbindliche Kapazität eingehalten worden. Die ausgebliebene behördliche Freigabe ist zudem adäquat kausal, eine rechtliche Unmöglichkeit zu bewirken. Der Kausalzusammenhang liegt vor.

4. Die Beklagte kann keinen Haftungsausschluss geltend machen

64 Die Beklagte ist der Meinung, dass ihrerseits kein grobfahrlässiges Verhalten vorliegt und daher Art. 19 TV die Haftung ausschliesse. Des Weiteren beruft sie sich auf Force Majeure i.S.v. Art. 23 TV, wobei eine Haftung entfalle. Im Folgenden sind diese Argumente zu entkräften und die grobe Fahrlässigkeit aufzuzeigen.

a) Die Beklagte kann sich nicht auf Force Majeure gem. Art. 23 TV berufen

- 65 Das Verschulden im Leistungsstörungsrecht wird in Art. 99 Abs. 1 OR geregelt (CHK OR-FURRER/WEY, Art. 97 N 116). Gem. Art. 99 Abs. 1 OR haftet der Schuldner für jedes Verschulden. Schuldhaftes Handeln bedeutet, nicht die erforderliche Sorgfalt anzuwenden (BECKER, Art. 99 N 1; ENGEL, 456). Zudem stipuliert Art. 1 Abs. 4 TV, dass sich der Sorgfaltsmassstab nach einem erfahrenen Betreiber im selben Geschäft in ähnlichen Umständen richtet. Grobe Fahrlässigkeit bedeutet, dass der Schuldner die elementarsten Sorgfaltspflichten missachtet (BGE 4C.334/2005 E 2.2; 4C.126/2004 E 2.3; 107 II 161 E 7c). Für die Unmöglichkeit aus rechtlichen Gründen haftet der Schuldner gem. Art. 97 Abs. 1 OR, wenn er eine Leistung versprochen hat, obwohl er bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte wissen müssen, dass er nicht leisten kann (BGE 107 II 144 E 3; 88 II 203 E 5 mit Verweisungen).
- 66 Die Gesellschafter schlossen sich im Jahre 2012 zur PipeTransport AG zusammen (Errichtung der Statuten am 1. Februar 2012). Gem. Art. 2 Statuten bezweckte die Gesellschaft den Bau und den Betrieb einer Rohrleitung. Daraus folgt, dass bereits während der Errichtung die geologische Gefahrenlage hätte abgeklärt werden müssen. Aus dem vorliegenden SV geht hervor, dass diesbezügliche Abklärungen unterlassen wurden. Das spätere Gutachten vom 24. Juni 2013 setzte die Beklagte darüber in Kenntnis, dass mit Steinschlägen und Überschwemmungen zu rechnen sei. Daraus ist zu schliessen, dass die Zwischenfälle vom 23. Juni 2013 für die Beklagte voraussehbar waren.
- 67 Zwar ist es folgerichtig, dass die Beklagte mit Stabilisierungsarbeiten am Flussbett in der letzten Juliwoche begann (K-14). Jedoch hätten diese in Kenntnis des Gutachtens sowie dem Schweregrad der Zwischenfälle intensiviert werden müssen. Dies vor dem Hintergrund, dass die Stabilisierungsarbeiten während des Baus der Pipeline unterlassen wurden. Gleiches gilt für den Bau der Notleitung, welcher erst nach den Zwischenfällen im Juli 2013 vorangetrieben wurde. Es bestand zwischen Ende Juli und Oktober 2013 ein grosser Zeitraum, um besagte Arbeiten zu intensivieren und erfolgreich abzuschliessen. Eine solche Alternative hätte nicht erst nach den Unterbrüchen in Betracht gezogen werden sollen. Hätte die Beklagte i.S. eines vernünftigen und vorsichtigen Betreibers gem. Art. 1 Abs. 4 TV gehandelt, wäre sie auf Zwischenfälle wie im Juli 2013 vorbereitet gewesen. Ein Unterbruch hätte vermieden werden können. Es hätten Handlungsalternativen bestanden, um den Gastransport vertragsgemäss zu

erfüllen. Hinzuzufügen ist, dass die Beklagte K1 nicht wie ein vernünftiger und vorsichtiger Betreiber über das Gefahrenpotenzial und die schädigenden Ereignisse informierte (siehe N 32 ff.). Darüber hinaus unterliess die Beklagte bereits während den Bauarbeiten die elementarsten Sorgfaltspflichten. Von einem erfahrenen Betreiber wäre zu erwarten, dass er das Gefahrenpotenzial frühzeitig abklärt und darüber informiert. Weiter kann nicht vorgebracht werden, dass die Information über die Zwischenfälle keine Bewandtnis hätten, da der Vertrag erst am 1. Oktober 2013 seine Gestaltungswirkung entfaltete. Dieser Zeitpunkt bezieht sich lediglich auf den Eintritt der Leistungspflicht, jedoch nicht auf die Wirkungsfrist des Vertrages (Einleitungsantwort, N 16). Der TV ist ab dem 3. August 2013 verbindlich. Somit ist die Beklagte verpflichtet, den Informationspflichten gem. Art. 23 Abs. 3 TV und subsidiär gem. Art. 398 ff. OR bereits ab dem 3. August 2013 nachzukommen. Nach Treu und Glauben bestand diese schon vor Vertragsabschluss (siehe N 36 ff.). Die Beklagte handelte grobfahrlässig. Sie hat nicht die notwendige Sorgfalt aufgebracht. Demnach kann sich die Beklagte nicht auf Force Majeure gem. Art. 23 TV berufen, da sie gem. Art. 23.2 TV nicht unverzüglich alle technisch und wirtschaftlich möglichen und vernünftigen Massnahmen veranlasst hat.

b) Die Haftungsausschlussklausel gem. Art. 19 TV ist nicht anwendbar

68 Art. 100 Abs. 1 OR erlaubt Freizeichnungsklauseln lediglich, wenn nicht grobfahrlässig gehandelt wird. Da die Beklagte grobfahrlässig gehandelt hat (siehe N 44 ff.), besteht für sie kein Haftungsausschluss gem. Art. 19.1 und 2 TV. Auch für den entgangenen Gewinn haftet sie. Dieser ist ein Schadensbestandteil (HUGUENIN, N 869) und somit kann die Haftung gem. Art. 100 Abs. 1 OR für entgangenen Gewinn bei grobfahrlässigem Handeln nicht wegbedungen werden. Die Beklagte hat für den vollen Schaden einzustehen.

5. Der Schadenersatzanspruch wurde nicht konkludent wegbedungen

69 Im Laufe der ersten Periode gelangte K1 mit dem Anliegen an die Beklagte, dass sie mit ihr die rechtlichen und kommerziellen Konsequenzen aus dem vollständigen Unterbruch besprechen wolle (Verfügung Nr. 2, N. 19). Während dieses Gesprächs stellte K1 ausschliesslich Ansprüche betreffend den Transportpreis. Die Beklagte hält K1 vor, dass der Schadenersatzanspruch entfalle, da dieser im besagten Gespräch nicht geltend gemacht worden sei. Eine konkludente Einigung über den Schadenersatzausschluss ist jedoch nicht ersichtlich.

70 Das Gespräch muss so verstanden werden, dass K1 einzig ihrer Pflicht zur Anzeige der Leistungsunmöglichkeit nachkam (CHK OR-KILLIAS/WIGET, Art. 119 N 23). K1 steht die freie Geltendmachung des Schadenersatzes nach der Austausch- oder Differenztheorie zu (BGE 65 II 171 E 2). Dass die Parteien während dieses Gesprächs vereinbarten, dass keine Transportkosten geschuldet seien, zielt nicht auf eine konkludente Suspension der Schadenersatzansprüche für Periode 1 ab. Vielmehr geht K1 nach der Differenztheorie vor. Sie rechnet

ihre Transportgebühr an den Schadenersatz an und macht diesen innert der Verjährungsfrist gem. Art. 127 Abs. 1 OR geltend. Der Schadenersatz wurde nicht konkludent wegbedungen.

6. Fazit

- 71 Die Beklagte hat ihre vertragliche Pflicht verletzt. Die geschuldete Leistung war bei Vertragsabschluss objektiv unmöglich. Die Beklagte hat K1 Schadenersatz gem. Art. 97 Abs. 1 OR von CHF 2'230'000 inkl. 5% Zins zu leisten.

D Materielle Ansprüche aus Periode 2 (24. Dezember 2013 bis 24. Februar 2014)

I. Die Transportpreise der Klägerin 1 sind für die zweite Periode zu reduzieren

- 72 Die Beklagte hebt hervor, dass, obwohl die Erfüllung mit einer Ungewissheit behaftet war, die Kapazität während der zweiten Periode vollumfänglich und uneingeschränkt transportiert worden sei (Einleitungsantwort, N 11). Ein tieferer Transportpreis sei deshalb für dieselbe Gasmenge nicht erzwingbar.

- 73 Dem ist zu entgegnen, dass die Ungewissheit des Gastransportes zu einer beträchtlichen Äquivalenzstörung in der zweiten Periode (24. Dezember 2013 bis 24. Februar 2014) führte. Das Schiedsgericht hat infolge dieser Ungewissheit in Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* den Vertrag an die neuen Vertragsverhältnisse anzupassen. Eventualiter wird Art. 23/24 i.V.m Art. 20 Abs. 2 OR herangezogen, denn in Kenntnis der gegebenen Umstände hätte K1 nur unter günstigeren Konditionen mitgeboten und anschliessend den Vertrag unterzeichnet (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 33 f.). Weiter ergibt sich eventualiter der Anspruch auf Reduktion der Transportgebühr analog aus Art. 259d OR.

1. Die Umstände erfüllen die Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus*

a) Die Verhältnisse haben sich nach dem Vertragsabschluss erheblich geändert

- 74 Die vertragliche Änderung muss nach Vertragsabschluss erhebliche Verhältnisse betreffen (BERGER, N 1175 f.). Vorliegend nutzte die Beklagte eine von den Aufsichtsbehörden bewilligte Notleitung für den Gastransport. Dies hatte zur Folge, dass unsicher war, wie viel Gas tatsächlich transportiert werden konnte. Jederzeit musste mit Unterbrüchen und reduzierter Kapazität gerechnet werden (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 20). Die Beklagte war verpflichtet, die ersteigerte Kapazität verbindlich zu gewährleisten (Einleitungsanzeige, N 9).

- 75 Demgegenüber besteht die Möglichkeit Verträge mit unterbrechbarer Kapazität abzuschliessen. Bei denen kann der Fernnetzbetreiber die Kapazität nach den festgelegten Vertragsbedingungen unterbrechen. Diese weisen günstigere Transportpreise auf (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 9 und Fussnote 2). Dass im gegebenen Vertragsverhältnis die Transportkapazität in der zweiten Periode vollumfänglich eingehalten wurde, ist indes nicht relevant. Das Risiko, dass mit Unterbrüchen zu rechnen war, änderte das vorliegende Vertragsverhältnis erheblich.

b) Die auftretende Äquivalenzstörung ist gravierend

76 Damit eine Äquivalenzstörung gravierend ist, muss das Missverhältnis zwischen den Leistungen grob sein (HUGUENIN, N 329; BGE 135 III 1 E 2.4; 127 III 300 E 5a bb). Weder eine wucherische Ausbeutung (JÄGGI/GAUCH, N 683; TERCIER, 209 f.) noch ein wirtschaftlicher Ruin muss vorliegen (i.S.v. BGE 59 II 372 E 3). Nur eine geringfügige Äquivalenzstörung schliesst die *clausula rebus sic stantibus* aus (BGE 128 III 428 E 3c; 127 III 300 E 5.b.). Aufgrund der Notleitung konnte die Gaskapazität zwar vorerst gewährleistet werden. K1 war jedoch während der gesamten zweiten Periode mit dem Risiko behaftet, dass jederzeit Ausfälle auftreten könnten. Wie vorhergehende Gasunterbrüche verdeutlichten, können Störungen wenige Tage (Steinschlag, 12. August 2012) bis zu mehreren Monaten (Schlamm- und Gerölllawine, 23. Juli 2013 bis 23. Dezember 2013) andauern. Das zu tragende Risiko kann bei gleichem Transportpreis gering bis sehr gross sein. Solche Risikoschwankungen entsprechen Verträgen mit unterbrechbarer Kapazität und würden geringere Kosten nach sich ziehen.

c) Die Veränderung des Risikos war nicht voraussehbar

77 Die Voraussehbarkeit bezieht sich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 4A_375/2010 E 3.1; 135 III 1 E 2.4; 127 III 300 E 5b). Dabei darf sich nur derjenige auf veränderte Umstände berufen, wer diese im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht voraussehen konnte (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 101).

78 Gem. Art. 5 TV vereinbarten die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (3. August 2013; siehe N 30 f.) verbindliche Kapazität. Dass Zwischenfälle wie im Sommer 2012 künftig auftreten können, war der Beklagten aufgrund des geologischen Gutachtens (K-14) bekannt. K1 lag dieses nicht vor. Der Verwaltungsrat von K1 durfte die Informationen des Gutachtens nicht weiterleiten, da er gem. Art. 717 Abs. 1 OR die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren muss (Verfügung Nr. 2, N 5). Daraus folgt die Geheimhaltungs- und Schweigepflicht (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 471). K1 wusste um die Zwischenfälle anno 2012. Deren Intensität reichte aber nicht annähernd an die Vorkommnisse im Juli 2013, wofür eine Notleitung hätte gebraucht werden müssen. Ein totaler Gasunterbruch war für K1 nicht voraussehbar. Die Veränderung des Risikos war demnach nicht abschätzbar.

d) Es liegt kein widersprüchliches Parteiverhalten vor

79 Eine richterliche Vertragsänderung fällt ausser Betracht, wenn die Parteien den Vertrag vorbehaltlos erfüllen, trotz veränderter Verhältnisse (BGE 127 III 300 E 5b; 45 II 351 E C; JÄGGI/GAUCH, N 675). Der Vertrag wurde vorliegend beidseitig nicht erfüllt. Die Beklagte konnte die in Art. 5 TV stipulierte verbindliche Kapazität nicht vorbehaltlos zusichern. Während der zweiten Periode war stets mit Ausfällen zu rechnen. K1 ihrerseits verlangte in der

Gesprächsrunde eine Preisreduktion. Auf diese liess sich die Beklagte nicht ein. Die Zahlung von K1 wurde darauffolgend bis zur Entscheidung des Schiedsgerichts eingestellt (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 21). Der Vertrag wurde beidseitig nicht erfüllt.

e) Zwischenfazit

80 Wie dargelegt, sind die Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus gegeben. Das Schiedsgericht hat den Transportpreis für die zweite Periode zu reduzieren.

2. Eventualiter: In Kenntnis der gegebenen Umstände wäre der Transportvertrag nur zu günstigeren Konditionen abgeschlossen worden

81 Ein Motivirrtum gem. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist gegeben, wenn sich der Wille auf eine falsche oder fehlende Vorstellung der tatsächlichen Sachlage bezieht (HUGUENIN, N 470). Dabei ist es möglich, dass sich der Irrtum auf eine zukünftige Sachlage erstreckt (BGE 41 II 356 E 3; 79 II 272 E 5a).

82 Der Transportvertrag kam am 3. August 2013 gültig zustande. Die Parteien vereinbarten eine verbindliche Kapazität. Zu dieser Zeit ging K1 nicht davon aus, dass es zu Ungewissheiten bez. der Gaskapazität kommen könnte. Hätte sie von dieser veränderten Sachlage gewusst, wäre der Vertrag von Seiten K1 nicht zu den vereinbarten Konditionen abgeschlossen worden (Einleitungsanzeige, N 33 f.). Demnach irrte K1 über eine zukünftige Sachlage. Im Folgenden wird verdeutlicht, dass dieser Irrtum objektiv und subjektiv wesentlich ist und lediglich Art. 12 TV betrifft. Der Vertrag ist teilnichtig.

a) Der Irrtum ist objektiv und subjektiv wesentlich

83 Einerseits muss der Irrende das zukünftige Ereignis als sicher angenommen haben. Andererseits hätte die Gegenpartei im Geschäftsverkehr nach Treu und Glauben erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war. Sodann ist der Irrtum objektiv und subjektiv wesentlich (zum Ganzen BGE 118 II 297 E 2b).

84 K1 hat bewusst und ausdrücklich einen Vertrag mit verbindlicher Kapazität abgeschlossen. Hätte K1 über die Ungewissheit, welche die Notleitung mit sich bringt, gewusst, vereinbarte sie einen Vertrag mit unverbindlicher Kapazität zu tieferen Transportpreisen (zum Ganzen Einleitungsanzeige, N 9 und 33 f.). Zudem war der Beklagten nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr klar, dass die verbindliche Kapazität für K1 eine Vertragsvoraussetzung war. Ansonsten hätte K1 einen Vertrag mit unverbindlicher Kapazität in Betracht gezogen (Einleitungsanzeige, N 9). Die objektive und subjektive Wesentlichkeit ist gegeben.

b) Der Irrtum beschlägt lediglich Art. 12 TV und führt zu dessen Teilnichtigkeit

85 K1 behauptet zu keinem Zeitpunkt, dass der gesamte Vertrag nichtig ist. Sie stützt sich bei der Irrtumsanfechtung auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 OR und will eine Reduzierung des Transportpreises (Einleitungsanzeige, N 36). Irrt sich eine Partei über eine bestimm-

te Vertragsklausel und ist der Vertrag in objektiver und subjektiver Hinsicht teilbar, so ist die Klausel infolge analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR teilnichtig (BGE 130 III 49 E 3.2).

- 86 In subjektiver Hinsicht wird gefragt, welche Vereinbarungen die Parteien unter den konkreten Umständen in Kenntnis des Mangels getroffen hätten (BGE 124 III 57 E 3c m.w.H.; KRAMER, Art. 19-20 N 348 ff.). Hätte K1 gewusst, dass es zu Ungewissheiten im Gastransport kommen könnte, vereinbarte sie ein Vertrag mit unverbindlicher Kapazität (Einleitungsanzeige, N 34). Die Beklagte hätte ihrerseits nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht verbindliche Kapazitäten zugesichert, da sie diese durch die Notleitung nicht hätte gewährleisten können.
- 87 Objektiv ist ein Vertrag teilbar, wenn der Vertragsrest ein selbständiger Vertrag sein könnte. Dieser muss die essentialia negotii enthalten (zum Ganzen CHK OR-KUT, Art. 19-20 N 48). Vorliegend sind sich die Parteien über Preis, Kapazität und Dauer einig. Für die zweite Periode besteht kein Konsens bez. des Preises (Einleitungsanzeige, N 20). Somit ist der Vertrag objektiv und subjektiv teilbar und Art. 12 TV nichtig. Es entsteht eine Teillücke, welche entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen ist (BGE 116 II 685 E 2b aa m.w.H.; BSK OR I-HUGUENIN, Art. 19/20 N 65).

c) Das Recht auf Teilungültigerklärung ist nicht verwirkt und nicht unstatthaft

- 88 Gem. Art. 31 Abs. 1 OR hat die irrende Partei binnen Jahresfrist zu erklären, sie wolle den Vertrag nicht halten. Der TV wurde am 3. August 2013 geschlossen. Die Einleitungsanzeige ging am 29. Mai 2014 ein. Die Jahresfrist ist gewahrt. Weiter darf die Berufung auf einen Irrtum nicht unstatthaft i.S.v. Art. 25 Abs. 1 OR sein. Unstatthaft wäre die Berufung, wenn die Rechtsausübung unnütz oder ein krasses Missverhältnis der Interessen gegeben ist (BGE 132 III 737 E 1.3; 123 III 200 E 2b;). Dafür sind keine Gründe ersichtlich.

d) Zwischenfazit

- 89 Art. 12 TV ist in der zweiten Periode nichtig. Es liegt gem. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR i.V.m. Art. 20 Abs. 2 OR ein Irrtum bez. des Transportpreises vor. Dieser ist zu reduzieren.

3. Eventualiter: Die Transportgebühr ist gem. Art. 259d OR analog zu reduzieren

- 90 Gem. Art. 253 OR verpflichtet sich der Vermieter zur Überlassung einer Sache zum Gebrauch, wobei der Mieter ein Entgelt in Form eines Mietzinses leistet. Benützt jedoch jemand entgeltlich eine Sache, ohne dass zwischen den Parteien ein Mietvertrag vorliegt, ist es rechtsdogmatisch richtig, von einem „mietvertragsähnlichen Verhältnis“ auszugehen (BISANG ET AL., Vorbemerkungen zu Art. 253-274g N 33; vgl. HIGI, Art. 253 N 35; BGE 108 II 112 E 4). Im konkreten Fall drängt sich eine Analogie zum Mietrecht auf. Die Beklagte stellt die Pipeline im Rahmen der ersteigerten Gaskapazitäten zur Verfügung, damit K1 ihr Gas transportieren kann (K-3, Präambel). K1 ihrerseits verpflichtet sich zur Bezahlung

eines periodisch anfallenden Entgelts (CHF 180'000 pro Monat; K-3, Art. 12 TV). Infolgedessen ist ein mietvertragsähnliches Verhältnis gegeben und die Klage auf Reduktion des Entgeltes gem. Mietrecht (Art. 259d OR) analog anwendbar.

a) Die veränderten gegebenen Verhältnisse rechtfertigen die Herabsetzung des Transportpreises

91 Ein Vertrag wird unter der Berücksichtigung der gegebenen Verhältnisse geschlossen. Verändern sich diese während der Vertragsdauer, ist das ursprüngliche vertragliche Gleichgewicht nicht mehr gewahrt. Die Parteien würden in solchen Fällen den Preis tiefer ansetzen (zum Ganzen CHK OR-HEINRICH, Art. 259d N 3).

92 Es wurde ein Vertrag mit verbindlicher Kapazität zu monatlichen Zahlungen geschlossen. Infolge der Zwischenfälle im Juli 2013 änderten sich die früheren Verhältnisse. Die Behörde gab die Pipeline nicht frei. Eine Notleitung wurde für die zweite Periode errichtet, damit überhaupt Gas transportiert werden konnte. Über die Notleitung konnte die verbindliche Kapazität nicht zugesichert werden. Mit Unterbrüchen und reduzierter Kapazität war ständig zu rechnen (Einleitungsanzeige, N 20). Daraus folgt, dass sich die früheren Vertragsverhältnisse verändert hatten. Das vertragliche Gleichgewicht entsprach nicht dem ursprünglichen.

b) Der Beklagten war der Mangel bekannt

93 Gem. Art. 259d OR kann der Mieter eine Reduktion des Preises ab dem Zeitpunkt verlangen, in dem der Vermieter Kenntnis vom Mangel erlangt. Mit der Errichtung der Notleitung wusste die Beklagte, dass es zu Einschränkungen und Unterbrüchen des Gastransportes kommen könnte (Einleitungsanzeige, N 20; Verfügung Nr. 2, N 21). Somit war sich die Beklagte im Klaren, dass es sich in der zweiten Periode um einen Vertrag mit unterbrechbarer Kapazität handelte. Das ursprüngliche Vertragsverhältnis war nicht mehr gegeben.

c) Zwischenfazit

94 Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von Art. 259d OR sind erfüllt. Die Transportgebühr ist zu reduzieren.

4. Fazit

95 K1 beruft sich auf die clausula rebus sic stantibus (Art. 2 ZGB). Eventualiter ist Art. 23/24 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 OR und Art. 259d OR analog heranzuziehen. Die Transportgebühr für die zweite Periode ist dem Grunde nach auf monatlich CHF 90'000 zu reduzieren.

E Konklusion

K1 ersucht das Schiedsgericht um Gutheissung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Mit vorzüglicher Hochachtung, Moot Court Team 7