

Moot Court Team 1
André Santen
Daniela Kolek
Gregory Szabo

Einschreiben

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

27. März 2015

Klageantwort
Fall Nr. 250123-2014

In Sachen

Gas Supply GmbH
Hamburgerstrasse 33, 44135 Dortmund, Deutschland

Klägerin 1

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

Klägerin 2

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

Klägerin 3

alle vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

PipeTransport AG
Baarerstrasse 145, 6300 Zug, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 1

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

namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

- 1) Ausser für Ansprüche der Klägerin 1 unter dem Transportvertrag sei auf die Klagen nicht einzutreten;
- 2) Eventualiter zu 1): Ausser für Ansprüche der Klägerinnen 1 und 2 unter den jeweiligen Transportverträgen sei auf die Klagen nicht einzutreten;
- 3) Eventualiter zu 1) und 2): die Klagen seien vollumfänglich abzuweisen;
- 4) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerinnen.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Entscheidverzeichnis.....	IX
A. Schiedsverfahrensrechtlicher Teil.....	1
I. Das Schiedsgericht ist einzig zur Beurteilung allfälliger Ansprüche zwischen Klägerin 1 und der Beklagten zuständig.....	1
1. Unzulässigkeit der aktiven Streitgenossenschaft	1
a) Keine Parteistellung der Klägerinnen 2 und 3.....	1
b) Keine Ausdehnung der Schiedsklausel auf Dritte	3
2. Schiedsrichterbestellung.....	4
3. Eine Konsolidierung nach Art. 4 Swiss Rules wäre unmöglich gewesen.....	4
II. Eventualiter: Das Schiedsgericht ist einzig zur Beurteilung allfälliger Ansprüche zwischen den Klägerinnen 1 und 2 auf der einen und der Beklagten auf der anderen Seite zuständig.....	5
III. Das Schiedsgericht ist einzig zur Beurteilung allfälliger Ansprüche aus dem TV zuständig	5
B. Materiell-rechtlicher Teil.....	7
I. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht (Streitfrage Ziff. iii) oder wegen Verletzung des Transportvertrags (Streitfrage Ziff. iv)	7
1. Durch Vergleichsvertrag wurde festgestellt, dass in Bezug auf den Betriebsunterbruch gegenseitige Ansprüche nicht existieren.....	7
2. Die Beklagte haftet nicht aus Transportvertrag, weil sie ihre Sorgfaltspflicht gemäss Art. 5 TV erfüllt hat bzw. den Betriebsunterbruch nicht verschuldet hat und weil «Force Majeure» gemäss Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 TV vorliegt	9
a) Zur Haftung wegen Betriebsunterbruch kommt es nur mit grober Fahrlässigkeit.....	9
b) Die Beklagte hat ihre Sorgfaltspflicht erfüllt bzw. den Betriebsunterbruch nicht verschuldet.....	11

c)	Die Voraussetzungen für «Force Majeure» gemäss Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 TV sind erfüllt	13
3.	Die Aufklärungspflicht aus dem vertraglichen Auktionsverhältnis und aus c.i.c. wurde nicht verletzt, weil die mit dem Betrieb zusammenhängenden Tatsachen bzw. Risiken, die zu einer Unterbrechung führen können, schon gar nicht Pflichtinhalt darstellen.....	14
4.	Die Klausel des MoU «Art. 16 – Informationspflichten» ist keine Obligation aus Vertrag mangels Äusserung des Geltungs- und Geschäftswillens bzw. mangels Bestimmtheit/-barkeit	15
II.	Es besteht kein Grund zur Reduktion des Transportpreises für die zweite Periode (Streitfrage Ziff. v).....	17
1.	Die Beklagte begibt während der zweiten Periode keine Vertragsverletzung.	17
2.	Keine Preisreduktion durch analoge Anwendung der Mietnormen.....	18
3.	Keine Preisreduktion durch Vertragsanpassung mittels <i>clausula rebus sic stantibus</i> (Art. 2 Abs. 2 ZGB).....	19
4.	Keine Preisreduktion durch Anwendung der Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR analog.....	19

Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2nd edition, Bern and London 2010 (zit. BERGER/KELLERHALS)
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. CHK OR-BEARBEITERIN)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Auflage, Zürich 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID)
- HANOTIAU BERNARD, Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues, An Analysis, Journal of International Arbitration 18(3): p. 251-360, 2001 (zit. HANOTIAU)
- HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992 (zit. BK OR-BEARBEITERIN)
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-BEARBEITERIN)
- HIGI PETER, Obligationenrecht, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/2b, Die Miete, Art. 253-265 OR, 3. Auflage, Zürich 1994 (zit. ZK OR-HIGI)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK OR I-BEARBEITERIN)
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit. HUGUENIN)
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/2/1a, Allgemeine Bestimmungen: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991 (zit. BK OR-BEARBEITERIN)

MEYER-HAYOZ ARTHUR (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. VI/1/1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986
(zit. BK OR-BEARBEITERIN)

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

PFISTER STEFANIE, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, in: ZStP Band/Nr. 240, Zürich 2011

(zit. PFISTER)

Rz. []

ARROYO MANUEL, Arbitration in Switzerland – The Practitioner’s Guide, Biggleswade 2013

(zit. PFISTER)

Rz. []

BORN GARY BRIAN, International Commercial Arbitration , Alphen aan den Rijn, 2009

(zit. BORN)

Rz. []

BÖRNER ACHIM-RÜDIGER, Netzwerke komplexer Langzeitverträge: Möglichkeiten des multilateralen Interessenausgleiches, in Nicklisch, Fritz (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, München 2000

(zit. BÖRNER)

Rz. []

MEIER ANDREA, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, in: ZStP Band/Nr. 201, Zürich 2007

(zit. MEIER)

Rz. []

FERRARIO PETRO, The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?, in: Journal of International Arbitration, Issue 5, S. 647 – 673,

(zit. FERRARIO)

Rz. []

ASHONG MARCIA, *International Arbitration Agreements and Non-Signatories: The Challenge Going Forward for the Globalized Petroleum Industry*, in: *CAR Volume 14*, 2009/10

(zit. ASHONG)

Rz. []

BREKOULAKIS STAVROS, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford 2011

(zit. BREKOULAKIS)

Rz. []

PAIR LARA, *Consolidation in International Arbitration – The ICC and Swiss Rules*, in: *Schwenzer Ingeborg (Hrsg.) International Commerce and Arbitration, Volume 10*

(zit. PAIR)

Rz. []

SCHERER MATTHIAS/DAWIDOWICZ MARTIN, *Arbitration in Switzerland, IBA Arbitration Guide*, 2012

(zit. SCHERER/DAWIDOWICZ)

Rz. []

HABEGGER PHILLIP, *The Revised Swiss Rules of International Arbitration – An Overview of the Major Changes*, in: *ASA Bulletin Nr. 30*, 2/2012

(zit. HABEGGER)

Rz. []

POUDRET JEAN-FRANCOIS/BESSON SÉBASTIEN, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zürich 2002

(zit. POUDRET/BESSON)

Rz. []

GROSS DETLEV, Zur Inanspruchnahme Dritter vor Schiedsgerichten in Fällen der Durchgriffshaftung, in: SchiedsVZ 2006, S. 194 – 196

(zit. GROSS)

Rz. []

Entscheidverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

4. Dezember 2003

BGE 130 III 49

Rn. [21,44]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

28. September 2010

BGE 136 III 528

Rn. **[Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.]**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

7. Juli 1970

BGE 96 II 101

Rn. **[Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.]**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

1. Oktober 2007

BGE 4A_228/2007

Rn. **[Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.]**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

21. November 2003

BGE 130 III 66

Rn. **[Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.]**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

7. Dezember 1999

BGE 126 III 59

Rn. **[Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.]**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

7. Dezember 1999

BGE 126 III 59

Rn. **[Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.]**

A. Schiedsverfahrensrechtlicher Teil

Die Klägerinnen behaupten in ihrer Einleitungsanzeige (nachfolgend: EA), das Schiedsgericht sei zuständig über alle Ansprüche zwischen allen Parteien im Rahmen eines einzigen Schiedsverfahrens zu entscheiden (vgl. EA, Rn. 24). Dies wird vorliegend von der Beklagten bestritten. Die Beklagte wird aufzeigen, dass das Schiedsgericht weder in Bezug auf alle Parteien (unten Ziff. I) noch in Bezug auf alle Ansprüche (unten Ziff. II) zuständig ist. Die Beklagte hat die Einrede der Unzuständigkeit bereits in der Einleitungsantwort rechtzeitig erhoben (vgl. Einleitungsantwort, Rn. 1 ff.). Die Beklagte anerkennt einzig die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung des Anspruches der Klägerin 1 aus dem Transportvertrag (nachfolgend: TV) mit der Beklagten. Eventualiter sei das Verfahren unter Ausschluss der Klägerin 3 nur zwischen den Klägerinnen 1 und 2 fortzuführen.

I. Das Schiedsgericht ist einzig zur Beurteilung allfälliger Ansprüche zwischen Klägerin 1 und der Beklagten zuständig

Die Klägerinnen berufen sich in der Klageschrift bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes und der Zulässigkeit der gemeinsamen Verfahrensführung auf Art. 4 Swiss Rules (vgl. Klageschrift [nachfolgend: KS], Rn. 12 ff.). Wie schon zu Recht von der Schiedsleitung gemäss E-Mail vom 6. Januar 2015 festgehalten, stellt sich die Frage der Verfahrensvereinigung i.S.v. Art. 4 SR in der vorliegenden Fallkonstellation gar nicht, da von Beginn an alle Ansprüche in einem einzigen Verfahren geltend gemacht wurden. Art. 4 SR bezieht sich auf verschiedene bereits schiedshängige Verfahren. Selbst aber bei getrennter Verfahrenseinleitung wäre entgegen der Auffassung der Klägerinnen eine Verfahrensvereinigung nach Art. 4 SR nicht möglich gewesen.

Zu beurteilen ist vorliegend die Frage, ob allfällige Ansprüche unter verschiedenen Verträgen zwischen mehreren Parteien in ein und demselben Verfahren beurteilt werden dürfen; es geht also vorliegend insbesondere um die subjektive Tragweite der Schiedsvereinbarung. Dies beurteilt sich danach, ob ein entsprechender Konsens hierfür vorliegt oder nicht. Die Beklagte zeigt dem Schiedsgericht in der Folge auf, dass kein gemeinsamer Konsens hinsichtlich der Führung eines Mehrparteienschiedsverfahrens vorliegt und daher die Schiedsverfahren von den Klägerinnen je in einem separaten Verfahren hätten vorgebracht werden müssen.

1. Unzulässigkeit der aktiven Streitgenossenschaft

a) Keine Parteistellung der Klägerinnen 2 und 3

Die Klägerinnen behaupten in ihrer Einleitungsanzeige vom 29. März 2014, S. 7, Rn. 24, die Parteien hätten „ausweislich ein Verfahren zwischen mehr als zwei Parteien von vornherein in

Betracht gezogen“. Sie unterlassen es jedoch, sowohl in der Einleitungsanzeige selbst, als auch in der darauf folgenden Klageschrift, diese Behauptung substantiiert darzulegen; Die Beklagte bestreitet ein Verfahren zwischen mehr als zwei Parteien von vornherein in Betracht gezogen zu haben. Die Beklagte beruft sich auf den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse (auch *privity of contracts*). Dieser Grundsatz ist international anerkannt und gilt trotz Fehlens einer entsprechenden expliziten gesetzlichen Verankerung auch in der Schweiz (PFISTERER, Rz. 33). Er gilt auch für Schiedsvereinbarungen (BORN, S. 1134).. Gemäss dem Grundsatz der *privity of contracts* binden Verträge nur diejenigen Personen, die sich an deren Abschluss beteiligt haben (BGE 117 II 315, E. 5b). Die Wirkungen eines Vertrages beschränken sich auf ihre Parteien (BUCHER, S. 107). Da die Klägerinnen jeweils unabhängig voneinander die jeweiligen TV mit der Beklagten abgeschlossen haben, zeitigen diese auch nur jeweils zweipolige Wirkungen. Dritte werden nicht in diese relative Vertragsbeziehung einbezogen und können entsprechend keine eigenen Ansprüche ableiten, geschweige denn aus dem Vertrag klagen (BÄRTSCHI, S. 68 f., 72; ASHONG, S. 4).

- 5 Jedes Schiedsverfahren fusst auf einen entsprechenden Konsens zwischen den privaten korrespondierenden Willenserklärung (BERGER/KELLERHALS, Rz. 260). Diejenigen Personen also, welchen kein ausdrücklicher oder impliziter Konsens zur Führung eines Mehrparteischiedsverfahrens zukommt, fehlt es an einer entsprechenden Parteistellung (vgl. HANOTIAU, Rz. 66). Nur jene Parteien, welche einer bestimmten Schiedsvereinbarung zugestimmt haben, sind an diese gebunden und müssen an diesem Verfahren teilnehmen (FERRARIO, S. 647).

Durch Auslegung der Schiedsvereinbarungen identifizieren sich die Vertragsparteien, die an die Schiedsklausel gebunden sind. Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung folgt den für die Auslegung privater Willenserklärung allgemein geltenden Grundsätzen (vgl. BGE 130 III 66, E. 3.2). Massgebend ist in erster Linie das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien zu den ausgetauschten Erklärungen (Art. 18 OR). Kann ein solcher tatsächlicher Parteiwille nicht festgestellt werden, ist die Schiedsvereinbarung objektiviert auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 130 III 66, E. 3.2). Das Gericht muss sich also fragen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den konkreten Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich auch gewollt hätten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1201).

- 6 Legt man die Schiedsvereinbarung nach dem Vertrauensprinzip aus, so indiziert schon der Wortlaut (als primäres Auslegungsmittel), dass lediglich Streitigkeiten „aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag“ gemein sind. Die jeweiligen Verträge sind jeweils individualisiert und be-

zeichnen lediglich die jeweiligen Verhältnisse der einzelnen Klägerinnen mit der Beklagten. Auch die Formulierung "im Zusammenhang" zielt nur auf allfällige quasi- bzw. ausservertragliche Ansprüche ab. Der Wortlaut lässt also im Gegenteil auf keinen Konsens in Bezug auf Mehrparteienschiedsverfahren schliessen. Zu selbigem Ergebnis kommt man auch unter Berücksichtigung ergänzender Auslegungsmittel, wie z.B. den jeweiligen Begleitumständen wie Ort und Zeit des Vertragsschlusses oder dem Verhalten der Parteien vor und nach Abschluss des Vertrages (BGE 126 III 59 E. 5c). Die TV wurden allesamt zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Rahmen der jeweiligen unterschiedlichen Auktionstage abgeschlossen. Klägerin 3 hat bereits am 2. Juli 2012 völlig unabhängig von Klägerinnen 1 und 2 den TV mit der Beklagten abgeschlossen (EA, Rz. 8). Auch gibt die Beklagte zu, dass die Klägerinnen 1 und 2 unabhängig und separat die Auktionsbedingungen akzeptierten und der Beklagten gegenüber ihre Teilnahme an der Auktion mitteilten (EA, Rz. 4). Die Klägerinnen haben also sowohl wirtschaftliche als auch rechtlich unabhängig voneinander mit der Beklagten ihre jeweiligen TV abgeschlossen. Durch dieses Verhalten haben die Klägerinnen zum Ausdruck gebracht, dass sie jeweils eigenständige, bilaterale Verträge mit der Beklagten abschliessen wollten. Die Beklagte durfte und musste nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass unter den konkreten Umständen durch die Verwendung der jeweiligen Formulierungen in den Schiedsklauseln und dem korrespondierenden Verhalten der Klägerinnen im Falle von Streitigkeiten ein Zweiparteien- und kein Mehrparteienschiedsverfahren vereinbart wurde. Dies auch vor dem Hintergrund, dass gemäss Art. 182 Abs. 2 IPRG in Bezug auf die Verfahrensgestaltung und den Verfahrensablauf das Prinzip der Privatautonomie herrscht (vgl. PFISTERER, Rz. 513). Diese vereinbarte Privatheit steht dem Einbezug einer Partei einer anderen Schiedsvereinbarung entgegen (MEIER, S. 51).

Ein Konsens bezüglich der Führung eines Mehrparteienschiedsverfahrens müsste mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorliegen (so auch BREKOUKAKIS, S. 100). Das Vorliegen eines Konsenses in Bezug auf die Führung eines Mehrparteienschiedsverfahrens kann aber vorliegend klarerweise ausgeschlossen werden. 7

Auch die zu beurteilenden Sach- und Rechtsfragen sind je nach Klägerin unterschiedlich gelagert. Insbesondere das *Force Majeure* Ereignis und die Frage, ob die Beklagte eine eventuelle Aufklärungspflicht gegenüber den Klägerinnen verletzt hat, stellt sich in Bezug auf die drei Klägerinnen unterschiedlich dar (vgl. unten). Die Klägerinnen 2 und 3 können daher ihre allfälligen Ansprüche nicht gemeinsam mit Klägerin 1 geltend machen.

b) *Keine Ausdehnung der Schiedsklausel auf Dritte*

Auch kommt es vorliegend nicht zu einer ausnahmsweisen Ausdehnung der Schiedsklauseln auf die Klägerinnen als Drittparteien. Eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung kann denn 8

nur bei zwei dogmatischen Rechtsgrundsätzen möglich; zum einen aus Gründen von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB), so insbesondere die Ausdehnung auf der Grundlage eines Rechtscheins, einer Einmischung in den Abschluss des Vertrages, einer Vertrauenshaftung oder der *Group of Companies*-Doktrin. Auf der anderen Seite als Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) die Ausdehnung auf Grundlage eines Durchgriffes. Der einzig in Betracht kommende Rechtsgrundsatz welcher eine Ausdehnung der Schiedsklausel erlauben würde, wäre die *Group of Companies*-Doktrin. Doch auch diese findet vorliegen keine Anwendung. Sie wird für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz abgelehnt (PFISTERER, Rz. 491).

2. Schiedsrichterbestellung

9 Die Beklagte besteht auf ihr Recht, für jedes gesondert gelagerte und separat zu führende Verfahren einen anderen Schiedsrichter bestellen zu dürfen. Art. 179 IPRG gibt den Parteien diese Freiheit ihre Schiedsrichter gemäss ihrer entsprechenden Parteivereinbarung zu ernennen (vgl. auch SCHERER/DAWIDOWICZ, S. 7). Sie gilt für jedes der jeweils gesondert zu führenden Verfahren. Mit einer gemeinsame Verfahrensführung würde das Schiedsgericht darüber hinaus den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen (Art. 15 Abs. 1 SR i.V.m. Art. 182 Abs. 3 IPRG). Denn die Wahl des Schiedsrichters kann einen entscheidenden Faktor für den Ausgang des Schiedsverfahrens darstellen und ist somit der Beklagten in Bezug auf jede einzelne Klägerin zu gewähren (vgl. hierzu ARROYO, S. 398).

3. Eine Konsolidierung nach Art. 4 Swiss Rules wäre unmöglich gewesen

10 Hätten die Klägerinnen wie erforderlich getrennte Verfahren eingeleitet, wäre eine nachträgliche Verfahrensvereinigung gemäss Art. 4 Abs. 1 SR nicht möglich gewesen. Diese unausweichliche Folge darf nicht durch eine gemeinsame Klageeinleitung unterlaufen werden.

11 Die bisherige Praxis der Schweizerischen Handelskammern zeigt, dass eine Konsolidierung gemäss Art. 4 Abs. 1 SR nur sehr restriktiv in aussergewöhnlichen und begründeten Fällen und für gewöhnlich auch nur, wenn dies von den betroffenen Vertragsparteien gebilligt wurde, angeordnet wird (vgl. HABEGGER, S. 277). Insbesondere die Zürcher Handelskammer hat bisher keinen einzigen Fall vorzuweisen, in welchem bei Konstellationen verschiedener Verträge bei verschiedenen Parteien von einer Kompatibilität dieser Schiedsvereinbarungen ausgegangen wird, und es zu einer Konsolidierung der Schiedsverfahren kommt (vgl. PAIR, S. 66, Interview mit der Zürcher Handelskammer vom 8. April 2010). Da vorliegend ein Mehrparteienverfahren insbesondere nicht von einem entsprechenden Konsens getragen wird (vgl. oben), würde eine Verfahrensvereinigung scheitern (vgl. hierzu PAIR, S. 66). Ferner liegt kein aussergewöhnlicher Fall vor noch wird eine gemeinsame Verfahrensführung von der Beklagten als unmittelbar betroffene Partei gebilligt.

II. Eventualiter: Das Schiedsgericht ist einzig zur Beurteilung allfälliger Ansprüche zwischen den Klägerinnen 1 und 2 auf der einen und der Beklagten auf der anderen Seite zuständig

Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen, dass entgegen der Auffassung der Beklagten die Schiedsvereinbarung auch Mehrparteienschiedsverfahren umfassen, so ist das Verfahren jedoch lediglich zwischen den Klägerinnen 1 und 2 auf der einen Seite und der Beklagten auf der anderen Seite unter Ausschluss der Klägerin 3 weiterzuführen. So bezieht sich der Sachverhalt der Klägerinnen 1 und 2, welche ihre TV mit der Beklagten im Juli 2012 abgeschlossen, auf die Transportkapazitäten für den Herbst 2013 (vgl. EA, Rz. 3). Klägerin 3 hingegen hatte bereits im Juni 2012 an einer Auktion teilgenommen und am 2. Juli 2012 einen TV mit der Beklagten geschlossen (vgl. EA, Rz. 8). Gerade Vorfälle wie die zeitweise Druckverringerung der Pipeline, sowie Überschwemmungen und Steinschläge am 19./21. Juli 2013 sind in Bezug auf die Klägerin 3 im Unterschied zu Klägerinnen 1 und 2 rechtlich differenziert zu würdigen. 12

III. Das Schiedsgericht ist einzig zur Beurteilung allfälliger Ansprüche aus dem TV zuständig

Das Schiedsgericht kann auch im Verhältnis zwischen der Beklagten und einer einzelnen oder mehreren Klägerinnen angebliche Ansprüche aus dem jeweiligen TV und aus dem MoU nicht gemeinsam behandeln, sind doch die jeweiligen Schiedsklauseln nicht kompatibel (unterschiedlicher Sitz). Gemäss den Schiedsklauseln in den TV ist der Sitz des Schiedsverfahrens in Zürich, gemäss der Schiedsklausel im MoU in Zug. Allfällige Ansprüche aus dem MoU müssen daher mittels separater Klage geltend gemacht werden. 13

Um von einer Kompatibilität der Schiedsvereinbarungen auszugehen, müssten die Schiedsklauseln in den verschiedenen Verträgen identisch oder zumindest „gleichlaufend“ (*concurrent*) verfasst sein (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 478). „Gleichlaufend“ bedeutet, dass sich die Schiedsvereinbarungen nicht hinsichtlich gewisser Kernpunkte unterscheiden, wie z.B. hinsichtlich des Schiedssitzes (BERGER/KELLERHALS, N 478). Inkompatibilität ist also gegeben, wenn der Schiedssitz sich unterscheidet (POUDRET/BESSON, N. 240). Unterschiedliche Schiedssitze sind auch gegeben, wenn sich die Sitze im selben Land befinden (PAIR, S. 53). Dies ist vorliegend der Fall. 14

Selbst im Falle unterschiedlicher Prozesse wäre eine Konsolidierung nach den SR nicht möglich, da zwei unterschiedliche Verträge, zwei unterschiedliche Schiedssitze vorsehen. In einem ähnlich gelagerten Fall, in dem eine gemeinsame Verfahrensführung aus zwei verschiedenen Schiedsver- 15

einbarungen unter den SR mit zwei unterschiedlichen Sitzen (einer in Genf der andere in Zürich) in zwei unterschiedlichen Verträgen verlangt wurde, wies das angerufene Schiedsgericht dieses Begehren zu Recht ab (vgl. PAIR, S. 38).

- 16 Im vorliegenden Fall befinden sich TV auf der einen Seite und MoU auf der anderen Seite auf unterschiedlichen Vertragsebenen. Die Schiedsvereinbarung im MoU bezieht sich auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, während sich die Schiedsvereinbarungen in den TV auf schuldvertragliche Streitigkeiten beziehen. Im letzteren Fall erscheint es es befremdlich auch bei weiter Auslegung einen Parteiwillen dahingehend zu konstruieren, dass diese Schiedsvereinbarung auch Konstellationen aus dem Gesellschaftsverhältnis erfassen soll (so auch GROSS, S. 2). Insbesondere die unterschiedlichen Interessenslagen im Gesellschaftsverhältnisse auf der einen und dem Austauschverhältnis auf der anderen Seite verlaufen diametral; in Gesellschaften sind die Interessen der Vertragspartner parallel, in Austauschverträgen gegeneinander gerichtet (vgl. (BÖRNER, S. 56). Die Leistungen des Joint Venture an die Gesellschafter soll ausweislich durch separate, also bilaterale Verträge geregelt und durchgeführt werden (vgl. Präambel des MoU in K-2). Dementsprechend greifen in solchen Fällen unter den jeweiligen eigenständigen Verträgen auch nur jeweils bilaterale (und nicht multilaterale) Streitbeilegungsmechanismen (BREKOUAKIS, S. 99). Die blosse Tatsache, dass Verträge wirtschaftlich in einem Zusammenhang stehen und allenfalls kompatible Schiedsklauseln enthalten, lässt für sich nicht auf einen Willen zu einer gemeinsamen Schiedsvereinbarung schliessen (MEIER, S. 58; MASSURAS, S. 261 f.).
- 17 Es fehlt ein funktioneller und rechtsrelevanter Zusammenhang zwischen TV und MoU. Von einem solchem wird dann gesprochen, wenn sich aus dem Inhalt oder den Umständen die Zusammengehörigkeit zwei oder mehrerer Verträge ergibt (vgl. auch BGE 107 II 147). Daher können sich die Ereignisse auf der einen Vertragsebene nicht direkt und unmittelbar auf der anderen Vertragsebene auswirken (vgl. OERTLE, S. 146 f.). Auch in Bezug auf gesellschaftsrechtliche Beitragspflichten nimmt die herrschende Lehre und Rechtsprechung an, sie seien grundsätzlich voneinander unabhängig, so dass insbesondere die für die synallagmatischen Verträge aufgestellten Regeln auf sie nicht anwendbar sind (OERTLE, S. 170).
- 18 Die TV bilden nicht Teil des durch das MoU begründeten Gesellschaftsverhältnisses. Die unter dem TV vereinbarten Leistungspflichten sind nicht als mitgliedschaftliche Beitragspflichten zu verstehen und daher sind die TV vom MoU unabhängig.

B. Materiell-rechtlicher Teil

I. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadenersatz wegen

19

Verletzung einer Aufklärungspflicht (Streitfrage Ziff. iii) oder wegen

Verletzung des Transportvertrags (Streitfrage Ziff. iv)

Die Klägerin beruft sich (als Anspruchsgrundlage) auf den TV, auf das MoU und auf das vertragliche Auktionsverhältnis (Auktionsbedingungen) bzw. auf den Vorwurf der culpa in contrahendo. Eine Haftpflicht ist in allen Fällen unbegründet, die Klage ist somit abzuweisen. *Erstens* fehlt es unabhängig von den Anspruchsgrundlagen an einer Pflichtverletzung, weil vergleichshalber festgestellt wurde, dass in Bezug auf den Betriebsunterbruch gegenseitige Ansprüche nicht existieren (Einleitungsanzeige, N 18 und Verfügung Nr. 2, N 19). *Zweitens* wäre eine Haftpflicht aus dem Transportvertrag trotz angenommener Pflichtverletzung durch Betriebsunterbruch wegen den gültigen Art. 7, 19 und 23 TV (Einleitungsanzeige, Beilage K-3) ausgeschlossen, weil die haftpflichtbefreienden Voraussetzungen der Klauseln vorliegen. *Drittens* wurde die vorvertragliche Aufklärungspflicht aus culpa in contrahendo aus dem vertraglichen Auktionsverhältnis (Auktionsbedingungen) nicht verletzt, weil der Betriebsverlauf nicht Gegenstand der Aufklärungspflicht (mangels Relevanz für den Vertragsabschluss) bzw. weil der Betriebsverlauf für die Klägerin bekannt oder zumindest erkennbar war und weil sich die erfüllten, haftpflichtbefreienden Vertragsklauseln auch auf vorvertragliche Ansprüche beziehen. *Viertens* stellt die Klausel des Art. 16 MoU keine Obligation aus Vertrag dar, sondern hat lediglich deklaratorische Bedeutung, nämlich dass die wirtschaftlichen Interessen der Muttergesellschaft (Klägerin) auch informationstechnisch gewahrt werden sollen; sodann war auch hier der Betriebsverlauf für die Klägerin bekannt oder zumindest erkennbar und die erfüllten, haftpflichtbefreienden Vertragsklauseln beziehen sich auch auf den MoU.

1. Durch Vergleichsvertrag wurde festgestellt, dass in Bezug auf den Betriebsunterbruch gegenseitige Ansprüche nicht existieren

Die Klägerinnen gelangten mit dem Anliegen an die Beklagte, dass sie mit ihr die rechtlichen und kommerziellen Konsequenzen aus dem vollständigen Transportunterbruch während der ersten Periode besprechen wollten; die Beklagte konzidierte dabei die Befreiung von der Bezahlung des Transportpreises (Verfügung Nr. 2, N 19). Die Voraussetzungen eines Vergleichsvertrages sind erfüllt, da ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis durch gegenseitige Zugeständnisse beigelegt wird (BGE 130 III 49 E. 1.2 S. 51). Im Folgenden werden die einzelnen Merkmale aufgezeigt. Der Vergleichsvertrag bezieht sich gemäss dem Anliegen der Klägerinnen auf die rechtlichen Konsequenzen des Transportunterbruchs. Die Ungewissheit bezieht sich also

auf die Rechtsfolgen des Transportunterbruchs. Aus objektiver Betrachtung sind «nur» die schuld- und gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen (und damit auch die Rechtsverhältnisse) gemeint. Die ungewissen schuld- und gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen wurden auch beigelegt, in dem die Beklagte die Befreiung von der Bezahlung des Transportpreises konzedierte. Aus objektiver Betrachtung ist davon auszugehen, dass jede Partei für sich der Überzeugung war mindestens ein gegenseitiges Zugeständnis gemacht zu haben. Hier genügt schon das «Opfern» des Transportpreises, mag es auch nur ein vermeintliches Opfer sein. Die Beklagte glaubt darauf zu verzichten, die Klägerin glaubt sich von ihrer Pflicht zu befreien. Es liegen aber weitere Zugeständnisse vor. Im Gegenzug «opferte» die Klägerin ihre Forderung auf verbindliche Kapazität. Dies wurde zwar nicht ausdrücklich erklärt, doch war dies auch nicht nötig. Da beide Parteien als «Kaufleute» auftreten, ist aus objektiver Betrachtung eine schenkungshalber erfolgte negative Schuldanerkennung oder ein schenkungshalber erfolgter Erlassvertrag auszuschliessen – unter «Businesspartners» schenkt man sich nichts. Auch wenn die Klägerinnen nur den Transportpreis ansprachen ist die Beklagte nach Treu und Glauben zu schützen. Da die Parteien gemäss Art. 1 Abs. 3 TV eine Sorgfalt eines erfahrenen Betreibers als Massstab definieren, ist es nichts anderes als selbstverständlich, dass die Klägerin im Gegenzug ihren Leistungsanspruch «opfern» solle und kein einseitiges «Opfer» gewollt war. Die Beklagte kann berechtigterweise darauf vertrauen, dass ihr Wille keinen Teilvergleich schliessen zu wollen (und schon gar nicht nur in Bezug auf ihre Forderung) erkennbar war. Noch grundsätzlicher kann man sagen, dass die Beklagte darauf vertrauen durfte, dass es sich vorliegend um einen synallagmatischen Vertrag handelt und im Geschäftsverkehr einzig zweiseitige «Opfer» konzedierte werden. Dies schliesst in diesem Zusammenhang sodann die Geltendmachung von Schadenersatz wegen Zustandekommen eines nachteiligen Vertrages durch Nicht- oder Schlechtaufklärung im Vertragsverhandlungsstadium aus. Aus objektiver Betrachtung sollen nämlich *alle* Rechtsfolgen des Transportunterbruchs als Störung des Synallagmas geregelt werden. Der Schadenersatz wegen einem nachteiligen Vertragsabschluss ist nichts anderes als die Wiederherstellung der Äquivalenz der synallagmatischen Leistungen, ähnlich einer Minderung. Durch Nicht- oder Schlechtaufklärung bewirkte Schäden, die nicht als «nachteiligen» Vertragsabschluss zu verstehen sind (also nicht vom Äquivalenzinteresse der synallagmatischen Leistungen erfasst sind), werden aber nicht vom gegenseitigen Zugeständnis erfasst. Das ist der Inhalt des Vergleichsvertrages. Insofern besteht kein Anspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung des Transportvertrages oder wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (soweit das Äquivalenzinteresse ersetzt werden soll). Ein Anspruch aus dem MoU besteht somit nicht. Bezüglich eines Anspruchs aus c.i.c. oder aus den Auktionsbedingungen ist wie gesagt zu differenzieren: Äquivalenzinteresse nein. Wenn die Klägerin also geltend macht, sie

hätte den Vertrag nur zu günstigeren Konditionen abgeschlossen, so geht ihr Interesse dahin keinen nachteiligen Leistungsaustausch zu vereinbaren, was somit das Äquivalenzinteresse darstellt. Insofern existieren keine Ansprüche auf Schadenersatz in Bezug auf den Betriebsunterbruch. Die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums ist in Bezug auf sämtliche mit dem Betriebsunterbruch im Zusammenhang stehende Tatsachen (sog. *caput controversum*) ausgeschlossen; dies ergibt sich auch allgemein aus dem Irrtumsbegriff, dass eine falsche Vorstellung über Tatsachen nur Vorliegen kann, wenn keine Zweifel bestehen (HUGUENIN, N 4050).

2. Die Beklagte haftet nicht aus Transportvertrag, weil sie ihre Sorgfaltspflicht gemäss Art. 5 TV erfüllt hat bzw. den Betriebsunterbruch nicht verschuldet hat und weil «Force Majeure» gemäss Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 TV vorliegt

Kommt das Schiedsgericht unter 1. zu einem anderen Ergebnis, besteht dennoch keine 22
Haftpflicht aus Transportvertrag, weil das vertragliche Haftungsregime gemäss Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 TV und Art. 19.1 TV Anwendung findet. Zur Nichthaftung mangels Verletzung einer Aufklärungspflicht vgl. unten 3 und 4.

a) Zur Haftung wegen Betriebsunterbruch kommt es nur mit grober Fahrlässigkeit

Gemäss Art. 5 TV hat die Beklagte der Klägerin verbindlich Kapazität zur Verfügung zu 23
stellen. Diese Klausel sei näher zu bestimmen. Das Zur-Verfügung-«Stellen» bedeutet zunächst, dass die Beklagte alle technischen Tätigkeiten vornehmen muss, welche das Funktionieren des Pipelinesystems (der technischen Anlage als Ganzes) voraussetzen. Das Pipelinesystem «funktioniert», wenn die Kapazität während der Vertragsdauer vorhanden ist, also m.a.W. wenn der vertragsgemässe Betriebszustand vorliegt. Hierfür muss die Beklagte namentlich Kompressoren in Betrieb halten, Ein- und Ausseispunkte betreiben und die behördlichen Betriebssicherheitsvorschriften einhalten. Umgekehrt hat die Beklagte, soweit das Pipelinesystem störungsfrei in Betrieb ist, Handlungen, die den Betrieb stören oder hindern könnten zu unterlassen. Ob man also von einem Tun oder Unterlassen spricht, ist lediglich eine «façon de parler» und kann demnach nicht relevant sein, die Beklagte schuldet einfach ein Instandhalten des vertragsgemässen Lastflusses (Kapazität) und hat diesen wie ein Wart mittels Tätigkeiten zu erbringen. Die Schuldpflicht beinhaltet also auf jeden Fall das sorgfältige Tätigwerden zur Bewirkung der geschuldeten Kapazität. Die Bewirkung der Kapazität als Leistungserfolg ist selber aber nicht mehr Inhalt der Schuldpflicht, sondern lediglich der dem Inhalt der Schuldpflicht entsprechende Leistungserfolg. Der Gastransport als Leistungserfolg ist m.a.W. nur das sich verwirklichende Gläubigerinteresse aufgrund der Erbringung der «obligation de moyens» durch Wartung bzw. Instandhaltung des vertragsgemässen Betriebszustands (Kapazität). Wäre der Gastransport (als «Werk»)/Bewirkung bzw. Erfolg Mitinhalt der Schuldpflicht (und nicht lediglich das sich verwirklichende Gläubigerinte-

resse) und der Vertrag damit einem Frachtvertrag oder Werkvertrag ähnlich, so wäre es der Klägerin egal gewesen, ob ihr Erdgas über Strasse, Schiene, See oder Luft befördert wird. Die Umschreibung des Frachtgutes und des Transportzieles hätte ausgereicht. Abreden über das Frachtgut oder dem Ein- und Ausspeisepunkt sind dem Vertrag jedoch nicht zu entnehmen; der Vertrag schweigt hierzu. Der Vertrag ist somit als einfacher Auftrag zu qualifizieren. Die Tatsache, dass die Beklagte als Gesellschaft der Klägerin als Muttergesellschaft (mit weiteren Gesellschaftern) wirtschaftlich und gesellschaftsrechtlich «gehört», spricht im Weiteren für einen einfachen Auftrag (mit tendenziell fiduziarischem Charakter). Es liegt also ein einfacher Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR vor.

- 24 Mit dem Ausdruck «verbindliche» Kapazität gemäss Art. 5 TV wird sodann das zunächst nicht mitgeschuldete Gläubigerinteresse, nämlich die Bewirkung der Kapazität bzw. des Betriebs als Erfolg, zugesichert und damit gewährleistet. Dass eine Gewährleistung durch Zusicherung und kein Werk- oder Frachtvertrag vorliegt, ergibt sich aus der Bedeutung des Ausdrucks «verbindlich». Die Formulierung «verbindlich» ist ein terminus technicus der Gaswirtschaft. Der Ausdruck bezeichnet gemäss Art. 2 Abs. 1 Ziff. 16 (EG) 715/2009 «Erdgasfernleitungskapazität, die von dem Fernleitungsnetzbetreiber [die Beklagte] vertraglich als nicht unterbrechbare Kapazität zugesichert wurde». Gemäss Ziff. 13 derselben Bestimmung ist «unterbrechbare» Kapazität demgegenüber Kapazität, «die von dem Fernleitungsnetzbetreiber [die Beklagte] gemäss den im Transportvertrag festgelegten Bedingungen unterbrochen werden kann». Inhalt der Schuldpflicht gemäss Art. 5 TV ist also das sorgfältige Instandhalten des funktionierenden Betriebs und die Gewährleistung der Kapazität bzw. des Betriebs. Im Gegenzug hat die Klägerin gemäss Art. 12 TV ein Entgelt zu zahlen. Die Schuldpflicht der Beklagten gemäss Art. 5 TV auf der einen Seite und die Zahlung des Entgelts gemäss Art. 12 TV auf der anderen Seite stehen somit zueinander im Synallagma.
- 25 Soweit das Schiedsgericht zum Vergleichsvertrag zu einem anderen Ergebnis kommt gilt folgendes: die Unterbrechung der Kapazität bzw. des Betriebs ab Fälligkeit des Vertrages am 1. Oktober 2013 stellt grundsätzlich eine Verletzung der «verbindlichen» Kapazität gemäss Art. 5 TV dar (Gewährleistungsfall) dar und führt grundsätzlich zur Haftung der Beklagten. Die weiteren Klauseln des Vertrages (Art. 7, 19 und 23 TV) regeln dann das vertragliche Haftungsregime. Diese Klauseln waren in den Auktionsbedingungen vorformuliert. Die Auktionsbedingungen sind gültig (Einleitungsanzeige, N 3). Mit Blick auf die Frage, ob eine Haftung wegen Betriebsunterbruch besteht, sind folgende Klauseln von Belang: Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 TV und Art. 19.1 TV. In Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 TV werden die Voraussetzungen für einen Haftungsausschluss wegen «Force Majeure» geregelt. In Art. 19.1 TV wird eine Haftung ab grobem Verschulden statuiert.

Von der Gewährleistung zu unterscheiden ist das Nicht- oder Schlechterbringen der geschuldeten Instandhaltung (ohne den gewährleisteten Erfolg), die als Sorgfaltspflichtverletzung eine eigene Vertragsverletzung darstellt. Weil bei Sorgfaltspflichten der Unterschied zwischen einem Tun oder Unterlassen lediglich eine «façon de parler» darstellt, ist die Unterscheidung zwischen Nichtleistung und Schlechtleistung als Leistungsstörungstatbestand müssig. Insbesondere sind die allgemeinen Verzugsfolgen gemäss Art. 103 ff. OR nicht anwendbar, weil die «Rechtzeitigkeitssorgfalt» im vorliegenden Fall nicht das Problem darstellt. Deshalb wird im Folgenden wie zuvor von «der Sorgfaltspflicht» und «der Sorgfaltspflichtverletzung» gesprochen. Die Unterscheidung zwei unterschiedlicher Arten von Vertragsverletzungen von ein und derselben Hauptpflicht der Beklagten gemäss Art. 5 TV ist relevant, weil mit dem Gewährleistungsfall (Betriebs- bzw. Kapazitätsunterbruch) nicht zwingend eine Sorgfaltspflichtverletzung einhergeht, die sodann das Verschulden indiziert (SCHWENZER, N 22.21).

Es stellt sich in der Folge also die Frage, ob mit dem Betriebsunterbruch die Sorgfaltspflicht dennoch erfüllt wurde und somit kein Verschulden vorliegt (unter b) und ob ein Haftungsausschluss wegen «Force Majeure» (Art. 7.2 i.V.m. Art. 23. TV) vorliegt (unter c).

b) Die Beklagte hat ihre Sorgfaltspflicht erfüllt bzw. den Betriebsunterbruch nicht verschuldet

Der Beklagten wird einerseits das Verhalten und Verschulden ihrer Organe und andererseits das Verhalten ihrer Hilfspersonen, soweit der Beklagten ein Verschulden (hypothetisch) vorzuwerfen wäre, wenn sie selbst gehandelt hätte, in Bezug auf den gesamten Sachverhalt zugerechnet (Art. 55 Abs. 2 ZGB und Art. 101 Abs. 1 OR).

Sorgfaltsmassstab ist das hypothetische Referenz-/Vorbildverhalten einer vernünftigen Person ihres Verkehrskreises (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2989). Gemäss Art. 1 Abs. 3 TV ist dies das Verhalten eines «erfahrenen Betreibers». Objektive Kriterien des hypothetischen Referenz-/Vorbildverhaltens sind gemäss Art. 321e Abs. 2 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 1 OR das «Betriebsrisiko» (Berufsrisiko), der Bildungsgrad, die erwarteten/verlangten Fachkenntnisse, sowie die Fähigkeiten und Eigenschaften des Betreibers (des Arbeitnehmers), die die Klägerin (Arbeitgeber) gekannt hat oder hätte kennen sollen. Liegt objektiv ein Verstoss gegen den Sorgfaltsmassstab (wegen Beweislosigkeit oder Verschuldensbeweis) vor, so treten die Rechtsfolgen nur ein soweit die Beklagte nicht gutgläubig gegen das Sorgfaltsmass versties (Art. 1 Abs. 3 TV); es gilt also Art. 3 ZGB.

Die Klägerin behauptet ohne darauf einzugehen, dass ein Sorgfaltsverstoss vorliegt. Die Beklagte hat ihr Sorgfaltsmass aber nicht missachtet, vielmehr ist sie in Erbringung ihrer Schuldpflicht ge-

mäss Art. 5 TV sorgfältig tätig geworden. Nach Erhalt des geologischen Gutachtens (in der letzten Woche des Juni 2013) ist die Beklagte mit der rumänischen Behörde zur Überzeugung gekommen, dass das Flussbett stabilisiert werden muss. Die technische Leitung der Beklagten war sich den Gefahren also bewusst – das sagte sie explizit im internen Mail – und handelte dementsprechend, indem sie mit den Behörden die gefahrminimierenden Bauarbeiten plante. Gleichzeitig möchte sich Andrea Ambrosius (Technische Leitung der Beklagten) mit einem Arbeitskollegen zusammensetzen und weitere Lösungen diskutieren (Einleitungsanzeige, Beilage K-14). Eine vernünftige Referenzperson, also ein erfahrener Betreiber, hätte sich hier nicht anders verhalten. Die Beklagte hat im Einklang mit dem lokalen und europäischen öffentlichen Recht versucht eine nachhaltige Lösung zu finden und hat hierfür die genannten Anstrengungen eingeleitet, um weitere den Betrieb gefährdende Ereignisse zu vermeiden. Die Bauarbeiten begannen ab dem 27. Juli 2013 (Beilage K-14). Insbesondere kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, sie hätte die Bauarbeiten schneller durchführen können. Einerseits hängt die Durchführung von der Zustimmung und Beaufsichtigung der Behörden ab, andererseits brauchen die Bauunternehmen Vorbereitungszeit. Von einem erfahrenen Betreiber wird auch erwartet, dass die Arbeiten einen nachhaltigen Effekt haben. So nützt es nichts, wenn Schutzvorrichtungen wenig durchdacht und hastig gebaut werden, die dann wieder mit der nächsten Gerölllawine beschädigt werden. Es zeigte sich immer wieder im Jahr 2012, dass sogar bei sorgfältiger Vorgehensweise die Naturgewalt nicht in den Griff zu bekommen ist. Der Betrieb wurde trotz Stabilisierungsarbeiten Ende August 2012 wieder gefährdet (Mail vom 23. September 2012, Beilage K-10). Dies zeigt gleichzeitig, dass die Fachkenntnisse eines erfahrenen Betreibers nicht so weit gehen, dass das Problem vollständig in den Griff zu bekommen ist. Die Risiken sind zwar bekannt, aber nicht vollends beherrschbar. Insofern intensiviert das Vorliegen des Gutachtens nur das Bewusstsein, dass sich solche Risiken realisieren könnten, das Gutachten liefert aber keine Lösung für das Problem. Es konnten also lediglich die bisher angewandten Kunstregeln beachtet werden, was die Beklagte wie gesagt auch getan hat; somit kann der Beklagten auch nicht die Aufrechterhaltung eines Risikos (Ingerenz) vorgeworfen werden. Der Betriebsunterbruch ab dem 1. Oktober 2013 war nicht vermeidbar oder überwindbar. Dass der letzte Abschnitt der Kausalkette das «Abschalten» durch Mitarbeiter erfolgte, ändert an der Unvermeidbarkeit nichts. Es gehört zur Sorgfalt, dass bei aktueller Gefahr einer dauernden Beschädigung des Systems oder des Verlustes von Erdgas das System «abzuschalten» ist. Das sorgfältige «Abschalten» ist keine Vertragsverletzung, sondern gemäss Art. 7.1 TV erlaubt. Diese Einrede wird durch «Unterbrechen» des Betriebs ausgeübt. Die Anzeigepflichtigkeit wurde schon vor Fälligkeit der Schuldpflicht erfüllt, indem die Klägerin spätestens am 28. Juli 2013 vom Betriebsunterbruch Kenntnis nahm und mit Brief vom 12. September 2013. Die

Anzeige des Ausmasses und der Dauer der Unterbrechung war soweit nicht möglich, weil unbekannt. Denn mit dem behördlichen Betriebsverbot lag es im Ermessen der Behörden das Verbot aufzuheben. Die «physische» Reduzierung der Risiken durch Bauarbeiten hatte insofern nur begrenzt Einfluss auf die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Betriebs. Dass die behördliche Anordnung eines Betriebsverbots nicht vermeidbar war, ergibt sich schon aus der Nichtvermeidbarkeit der «physischen» Risiken. Es könnte einzig die Unsorgfalt in der Übernahme des Geschäfts, also im Betreiben einer Pipeline durch ein geologisch instabiles Gelände vorliegen, indem die fachliche Erkennbarkeit zukünftiger geologischer Risiken angenommen wird. Diesbezüglich hat die Klägerin aber als Muttergesellschaft Kenntnis von den Fähigkeiten der Beklagten. Demzufolge ist nicht einzusehen, inwiefern die Beklagte ihr Sorgfaltsmass missachtet haben soll. Soweit ein Übernahmeverschulden anzunehmen ist, gilt aber Art. 19.1 TV. Der Grad des Übernahmeverschuldens wäre leicht, weil der Bau der Pipeline nur mit Zustimmung der Behörden erfolgen konnte und die Einschätzung geologischer Risiken über die Strecke von Varna bis Budapest kein leichtes Unterfangen darstellt. Dass gewisse Strecken gefährdeter sind als andere ist nur logisch. Das Betreiben einer Pipeline ist ihrer Natur gemäss ein risikogeeignetes Unterfangen, was die die Klägerin auch wissen musste. Ein grobes Verschulden käme definitiv nicht in Betracht.

c) *Die Voraussetzungen für «Force Majeure» gemäss Art. 7.2 i.V.m. Art. 23 TV sind erfüllt*

Voraussetzung für die Wirkung der peremptorischen Einrede gemäss Art. 7.2 TV durch die Beklagte ist das Vorliegen des Tatbestandes gemäss Art. 23.1 TV, die rechtsgeschäftliche (regelmässig konkludente) Ausübung durch tatsächliches Reduzieren der Kapazität und die Erfüllung der Anzeigepflicht gemäss Art. 7.2 und Art. 23.3 TV und der Massnahmenpflicht gemäss Art. 23.2 TV. Die Wirkung der Einrede gemäss Art. 7.2 TV auf Seite der Beklagten bewirkt auch das Freiwerden auf Seite der Klägerin (Art. 23 Abs. 4 TV). 31

Soweit die Beklagte ihr Sorgfaltsmass eingehalten hat, kann der Grund der Unterbrechung nicht im Einflussbereich der Beklagten liegen und war für sie auch nicht vermeidbar oder überwindbar. Oben unter b) wurde dies dargelegt: das Ereignis vom 23. Juli 2013 und das anschliessende behördliche Betriebsverbot sind nicht das Resultat unterlassener Sorgfalt, sondern gehören zum vertraglich erlaubten Risiko. Dass das geologische Risiko bekannt war, macht das Ereignis (Betriebsunterbruch) selber nicht voraussehbar. Jeder in San Francisco weiss, dass irgendwann ein Erdbeben stattfinden wird, das Wann und mit welchem Effekt ist aber nicht bekannt. Insofern war der Betriebsunterbruch nicht voraussehbar; eine Gerölllawine muss nicht zu einem Betriebsunterbruch führen, wenn die Schutzvorrichtungen funktionieren. Der Force-Majeure-Tatbestand gemäss Art. 23.1 TV liegt also vor. Die Ausübung der Einrede erfolgte sodann durch Unterbrechung des Betriebs. Die Massnahmenpflicht gemäss Art. 23.2 TV als auch die Anzeigepflicht-

heit gemäss Art. 7.2 und 23.3 TV erfüllte die Beklagte wie bereits oben unter b) dargelegt; die Klägerin hat von der Unterbrechung Kenntnis genommen (Anzeigeobliegenheit) und die Beklagte hat alle Sorgfalt walten lassen, um den Betriebsstopp zu beseitigen (Massnahmenobliegenheit).

3. Die Aufklärungspflicht aus dem vertraglichen Auktionsverhältnis und aus c.i.c. wurde nicht verletzt, weil die mit dem Betrieb zusammenhängenden Tatsachen bzw. Risiken, die zu einer Unterbrechung führen können, schon gar nicht Pflichtinhalt darstellen

32 Vorweg ist zu bemerken, dass zwei Rechtsgrundlagen als «vorvertragliche» Aufklärungspflicht in Frage kommen, beide aber inhaltlich identisch sind: das vertragliche Auktionsverhältnis (m.a.W. der Auktionsvertrag oder die Auktionsbedingungen) und das c.i.c.-Institut. Das vertragliche Auktionsverhältnis ist im Grunde eine Art Verhandlungsvertrag durch den die geplanten Vertragsverhandlungen anhand von vertraglichen Regeln geordnet und formalisiert werden. Hierzu dienen die Auktionsbedingungen, die z.B. die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Gebotes, eines höheren Gebotes und des Zuschlages regeln. Mit Beginn der Gestaltungswirkung des Auktionsvertrags (durch klägerische Erklärung am 16. Juli 2013, dass an der Auktion teilgenommen wird und die Auktionsbedingungen akzeptiert werden; diese ist entweder als Antrag auf Teilnahme an der Auktion oder als Annahme zu qualifizieren [Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 OR oder Art. 10 Abs. 1 OR]) ist die Aufklärungspflicht im Verhandlungsstadium ab dann einfach nicht mehr auf das c.i.c.-Institut abzustützen, sondern auf den «Auktionsvertrag», m.a.W. auf die Auktionsbedingungen (als Verhandlungsvertrag). Ab dem 16. Juli 2013 existieren also zwei Rechtsgrundlagen für ein und dieselbe Pflicht; deshalb wird im Folgenden der Einfachheit halber von *der* «vorvertraglichen» Aufklärungspflicht gesprochen. Es ist denkbar, dass schon vor dem 16. Juli 2013 eine vorvertragliche Aufklärungspflicht bestand, z.B. seit dem Frühjahr 2013 mit Ausschreibung der Kapazitäten. Der zeitliche Geltungsbereich der vorvertraglichen Aufklärungspflicht ist aber gar nicht relevant, weil inhaltlich die Aufklärung über den Betriebsverlauf gar nicht von der vorvertraglichen Aufklärungspflicht erfasst ist: die Klägerin gehört demselben Verkehrskreis an wie die Beklagte, sie ist sogar ihre Muttergesellschaft – Informationsasymmetrien bestehen also grundsätzlich nicht; im 2012 hat die Klägerin im Übrigen von den Betriebsrisiken, die zu einem Unterbruch führen könnten, Kenntnis genommen; und als Mitglied des Verkehrskreises und als Muttergesellschaft hätte sie das durch Vertrag geregelte Schadenstragungsrisiko erkennen können – sie hat es ihrer eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, wenn sie einen Vertrag eingeht bei dem aufgrund der ihr bekannten Tatsachenlage das Risiko besteht, dass sie den Schaden selber zu tragen hat. Weil die Klägerin die Betriebsrisiken, die zu einem Unterbruch führen könnten im 2012 zur Kenntnis genommen hat, besteht diesbezüglich keine Aufklärungspflicht und es kann diesbezüglich auch kein Grundlagenirrtum vorliegen. Ein Irrtum kann in Bezug auf

diese Risiken überhaupt nicht vorliegen, weil sie sich durch Kenntnisnahme Vorstellungen über die Risiken gemacht hatte. Im letzten Fall hätte sie die Rechtslage zumindest kennen müssen. Eine Aufklärungspflicht besteht somit auch diesbezüglich nicht.

Die Klägerin unterliegt aber einem unwesentlichen Rechtslageirrtum, in dem sie folgende mit dem Betrieb im Zusammenhang stehenden Tatsachen/Risiken als von der vorvertraglichen Aufklärungspflicht erfasst erachtet: der «schlechte Zustand der Leitung», die nicht «intakte und sichere Pipeline» (Klageschrift, N 33), die «Schäden an der Pipeline», die «sofortige Anzeige von Force Majeure» (Einleitungsanzeige, N 32 ff.). Die Klägerin hat den Irrtum aber als kaufmännisch agierende Person fahrlässig bewirkt, in dem sie sich nicht ausreichend über den Inhalt des Vertrages informiert hat. Die Interessen der Beklagten als Tochtergesellschaft sind hier zu wahren; die Klägerin profitiert durch die Generalausgliederung des Pipelinebetriebs (und damit der Ausgliederung der mit dem Betrieb einhergehenden Risiken) schon genug. Es würde jeder Fairness entgegenstehen, wenn man hier eine Aufklärungspflicht gegenüber der Klägerin aus den Umständen ableiten würde. Die Klägerin ist nicht irgendein Kunde, sie hat die Beklagte als dienstleistende Person errichtet. Eine Informationsasymmetrie bleibt somit ausser Betracht.

4. Die Klausel des MoU «Art. 16 – Informationspflichten» ist keine Obligation aus Vertrag mangels Äusserung des Geltungs- und Geschäftswillens bzw. mangels Bestimmtheit/-barkeit

Oben unter 3. wurde dargelegt, dass die Beklagte im 2012 Kenntnis von den Betriebsrisiken, die zu einem Unterbruch führen könnten, nahm. Insofern kann diesbezüglich gar keine Aufklärungspflicht bestehen. Die nachfolgenden Ausführungen begründen, dass die Klägerin die Rechtslage zu den Aufklärungspflichten falsch einschätzte. Dieser unwesentliche und ihrer eigenen Fahrlässigkeit zuzurechnende Rechtslageirrtum betrifft auch die Qualifikation des Art. 16 MoU.

Die fehlende Bestimmtheit und Bestimmbarkeit, der inhaltsleere, floskelartige und diffuse Charakter des zentralen Ausdrucks «betriebsrelevante Vorkommnisse» spricht der Klausel jeden Charakter einer bestimmten oder bestimmbaren Willensäusserung ab. Was ist ein «Vorkommnis» und wann ist es «betriebsrelevant»? Wann liegt ein Vorkommnis in der Sphäre der Beklagten vor? Wann nicht? Wann liegt ein Vorkommnis in der Sphäre der Klägerinnen vor? Wann nicht? Und welche Vorkommnisse sind relevant für den Betrieb? Welche nicht? Eine mehr oder minder durchschimmernde Kontur der Bedeutung des Ausdrucks ist beim besten Willen nicht ansatzweise erkennbar. Der konturlose Ausdruck «betriebsrelevante Vorkommnisse» macht nur dann Sinn, wenn das Statuieren der Klausel im Dokument und das Dokument als Ganzes nichts anderes als die gegenseitige Bekenntnis bezweckt, dass die wirtschaftlichen Interessen der Muttergesellschaft-

ten gewahrt werden sollen. Konkret wünschen sich also die Muttergesellschaften, dass die Beklagte von ihrem Recht auf Geheimhaltung absieht und die Muttergesellschaften entsprechend informiert wird; und mit der Klausel wird auch auf das Bestehen gesellschaftsrechtlicher Informationspflichten hingewiesen. In welchem Fall aber von dem Recht auf Geheimhaltung abzuweichen wäre oder unter welchen Umständen gesellschaftsrechtliche Informationspflichten bestehen, ist der Klausel wegen ihrer Unbestimmtheit nicht zu entnehmen; deshalb ist sie aus objektiver Betrachtung auch nicht verbindlich, weil sich schon aus dem unbestimmten Wortlaut nicht ansatzweise Fallkonstellationen, wo eine Information geschuldet wäre, bilden lassen. Das Dokument bezweckt also ganz im Sinne eines klassischen MoU die verschriftlichte Erklärung einer gemeinsamen Absicht, nämlich dass im Mutter-Tochter-Verhältnis die wirtschaftlichen Interessen der Muttergesellschaften gewahrt werden sollen. Diese Absicht spiegelt sich in Art. 16 MoU wider. Aus objektiver Betrachtung bleibt es, wie oben bereits dargelegt, wegen der Unbestimmtheit der Klausel bei der unverbindlichen Absicht.

- 37 Dass schon keine «Willensäusserung», kein «Vertrag» vorliegt, lässt sich aus einem anderen Blickwinkel feststellen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Als charakterisierendes Merkmal des Begriffs der «Willensäusserung» und damit des «Vertragsabschlusses» («Konsens») setzt Lehre und Rechtsprechung die (regelmässig konkludente) «Mit-Äusserung» des sog. Geschäftswillens voraus. Mit der «Mit-Äusserung» des Geschäftswillens geht sodann – so die dogmatische Konzeption – die Äusserung des sog. Erklärungs-/Geltungswillens einher (BK OR-KRAMER, Art. 1, N 33 f.). Da keine weiteren Umstände bekannt sind, ist einzig auf den Wortlaut gemäss verkehrstypischem Gebrauch abzustellen. Mit der Unterzeichnung des Memorandum of Understanding äussern die Parteien damit aber gerade keinen Geltungs- und Geschäftswillen. Ein als MoU bezeichnetes Dokument wird gemäss verkehrsmässiger Typisierung keiner rechtsgeschäftlichen Begriffskategorie («Willensäusserung», «Vertrag», «Obligation») zugeordnet. Das Dokument stellt also prima facie keine «Obligation», kein «Vertrag» dar, weil dem Dokument nach der Typisierung bereits den Charakter einer «Willensäusserung» i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR und Art. 18 Abs. 1 OR abgeht. Eine schlichte «Äusserung» in der Tatsachenwelt liegt aber schon vor, die insofern rechtsgeschäftlich rechtsrelevant ist, als sie das Vorliegen jener rechtsgeschäftlichen «Rechtsdinge» (Willensäusserung, Vertrag, Obligation) explizit negiert: die Parteien äusserten mit dem Dokument «Memorandum of Understanding» explizit das Nicht-äussern-Wollen einer «Willensäusserung» i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR. Sie negieren somit ausdrücklich einen allfällig denkbaren Geltungs- und Geschäftswillens und zerstören damit einen allfälligen «Rechtsschein»; eine ver-

trauenstheoretische (normative) Zurechnung einer «Willensäusserung» i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR ist somit ausgeschlossen.

II. Es besteht kein Grund zur Reduktion des Transportpreises für die zweite Periode (Streitfrage Ziff. v)

Der Transportpreis ist für die hier relevante zweite Periode (24. Dezember 2013 - 24. Februar 2014) nicht zu reduzieren. Eine Verletzung von Art. 5 TV liegt nicht bei einer Unterbrechungs*gefahr*, sondern ausschliesslich im Falle einer realen Unterbrechung vor. Die in Art. 5 TV statuierte verbindliche Kapazität konnte ohne Zwischenfälle zur Verfügung gestellt werden (vgl. Einleitungsanzeige, N 20); insofern greifen die Rechtsgrundlagen auf die sich die Klägerin beruft nicht. 38

1. Die Beklagte beging während der zweiten Periode keine Vertragsverletzung

Nach Lehre und Rechtsprechung steht dem Auftraggeber eine Art Minderungsrecht zu, wenn der Beauftragte den Auftrag nicht oder schlecht erfüllt (BK OR-FELLMANN, Art. 394, N 498). Wie bereits erwähnt, sind zwei Leistungsstörungen/Vertragsverletzungen zu unterscheiden: das «Nichtbekommen» und das «Nicht-/Schlechtverhalten». Würde also ein «Nichtbekommen» oder «Nicht-/Schlechtverhalten» seitens der Beklagten bestehen, so stünde der Klägerin ein Minderungsrecht aus dem Auftragsrecht zu. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Die Beklagte schuldet lediglich die Zurverfügungstellung der Pipeline im funktionierenden, vertragsgemässen Betriebszustand und hat somit jene Tätigkeiten vorzunehmen, welche zum Funktionieren der Pipeline notwendig sind. Das Pipelinesystem befindet sich dann im vertragsgemässen Betriebszustand, wenn die festgelegte Kapazität während der Vertragsdauer vorhanden ist. Eine Haftung für eine Unterbrechungs*gefahr*, welche sich in der Realität nicht oder noch nicht als Unterbruch erfüllt hat, ist nicht Teil des geschuldeten Leistungsverhaltens bzw. Leistungserfolges (*verbindliche Kapazität*). Gewährleistet wird eine Unterbrechung, also ein «Nichtbekommen» an sich. Ein Unterbrechungsereignis würde somit eine Vertragsverletzung darstellen, sie indiziert jedoch kein Verschulden. Bei einer Sorgfaltspflichtverletzung, also einem «Nicht-/Schlechtverhalten», liegt ebenfalls eine Vertragsverletzung vor, welche jedoch ein Verschulden indiziert. Da sich in der zweiten Periode aber keine Unterbrechung, also kein «Nichtbekommen» ereignet hat (vgl. Einleitungsanzeige, N 20), kommt eine Transportpreisreduktion nur im Zusammenhang einer Sorgfaltspflichtverletzung in Betracht. Eine Haftung der Beklagten kommt also nur in Frage, wenn sie in Bezug zur zweiten Periode eine Sorgfaltspflichtverletzung (durch «Nicht-/Schlechtverhalten») und dadurch eine Vertragsverletzung, welche ein Verschulden indiziert, begangen hat. Die Beklagte beauftragte nach den Vorfällen im Jahr 2012 einen Spezialisten zur Erstellung eines geolo- 39

gischen Gutachtens, um die Lage im Retezatgebirge abzuklären (Einleitungsanzeige, N 11). Nach Erhalt des Gutachtens, sprach sich die Beklagte mit den rumänischen Behörden ab und kam zum Schluss, dass eine Flussbettstabilisierung durchgeführt werden muss (K-14). Nach den Ereignissen des 23. Juli 2013 wurden, wieder in Absprache mit den rumänischen Behörden, verschiedene Handlungsalternativen abgeklärt. Danach wurde parallel zur Erstellung der permanenten Umleitung, welche die Gefahrenzone umgeht, eine provisorische Notleitung zur Verfügung gestellt (Verfügung Nr. 2, N 20). Hätte die Beklagte auf die Erstellung der Notleitung verzichtet, hätte bis zum 24. Februar 2014 kein Gas transportiert werden können. Die Erstellung der Notleitung erfolgte also vor allem im Interesse der Klägerin. Es ist soweit nicht ersichtlich, inwiefern sich die Beklagte unsorgfältig und nicht im Interesse der Klägerin verhalten hätte, da sie sich stets um eine Problemlösung bemüht hat. Ein Minderungsanspruch kommt dementsprechend grundsätzlich nicht in Frage. Des Weiteren ist hinzuzufügen, dass bzgl. des Transport-Vorvertrags vom 23. Juli 2013 keine Willensmängel vorliegen (vgl. Rn. X). Die Klägerin kann sich deshalb nicht darauf berufen, dass der TV erst am 24. Dezember 2013 mit unterbrechbarer Kapazität konkludent geschlossen wurde (Klageschrift, N 89ff.). Sowieso liegt in der zweiten Periode aus den dargelegten Gründen keine unterbrechbare, sondern verbindliche Kapazität vor.

2. Keine Preisreduktion durch analoge Anwendung der Mietennormen

40 Die Klägerin vertritt die Meinung, dass es sich beim TV um einen Vertrag mit mietrechtlichen Einschlag handelt (vgl. Klageschrift 2, N 95; HUGUENIN N 2906 m.w.H.). Dies wird bestritten. Zwar besteht in wirtschaftlicher Sicht eine gewisse Ähnlichkeit zur Miete, jedoch wird nichts physisches zum Gebrauch überlassen, es findet keine Besitzübertragung statt. Erachtet das Schiedsgericht die Normen zur Miete jedoch als anwendbar, käme es trotzdem zu keinem Preiserminderungsanspruch nach Art. 259d OR. Eine Mietzinsminderung soll ein durch einen Mangel entstandenes Ungleichgewicht zwischen den vertraglichen Hauptleistungen der Parteien ausgleichen (BSK OR I-WEBER, Art. 259d N 1). Ein Mangel liegt vor, wenn die Mietsache sich nicht in dem vertragsgemässen Zustand befindet, den der Vermieter schuldet (ZK OR-HIGI, Art. 258 N 27). Was genau geschuldet wird und welche Leistung der Mieter erwarten darf, muss anhand des Vertrags und/oder durch den üblichen Gebrauch der Sache bestimmt werden (ZK OR-HIGI, Art. 258 N 28).

41 Es ist nicht ersichtlich, inwiefern während der zweiten Periode ein Ungleichgewicht zwischen den vertraglichen Hauptleistungen der Parteien bestanden haben sollte. Die Beklagte stellte ab dem 24. Dezember 2013 eine Notpipeline zur Verfügung, die es ebenfalls ermöglichte, die in Art. 5 TV festgelegte Kapazität bereitzustellen. Die Klägerin kann nicht behaupten, dass schon rein aus der Nutzung einer Notleitung eine Unsicherheit erfolgt. Das Argument der Klägerin, dass die Be-

klagte die Mietsache nicht im tauglichen Zustand übergab, wird bestritten (Klageschrift 2, N 97ff.). Wie bereits erwähnt, ist schon durch die Zurverfügungstellung der Pipeline, welche es ermöglicht die festgelegte Kapazität zu transportieren, die Pflicht der Beklagten erfüllt. Eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt nicht vor und es ereignete sich auch kein Unterbruch. Die Beklagte hat somit keine Vertragsverletzung begangen und ihre Verpflichtungen aus dem TV erfüllt. Da kein Ungleichgewicht zwischen den Hauptleistungen besteht ist nicht ersichtlich, inwiefern der Klägerin ein Anspruch auf Minderung bestehen sollte.

3. Keine Preisreduktion durch Vertragsanpassung mittels *clausula rebus sic stantibus* (Art. 2 Abs. 2 ZGB)

Wenn sich die Umstände nach Vertragsschluss in massgeblicher Weise ändern, kann dies zu einer Äquivalenzstörung der auszutauschenden Leistungen führen. Grundsätzlich gilt jedoch das Prinzip der Vertragstreue („*pacta sunt servanda*“) (CHK OR-KUT, Art. 18, N 40). Unter gewissen Voraussetzungen kann aber eine richterliche Vertragsanpassung verlangt werden. Die Anwendung der *clausula* ist nur möglich, wenn die Parteien keine vertragliche Anpassung vereinbart haben. Die richterliche Vertragsanpassung erfolgt somit stets subsidiär (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18, N 322). Da die Auktionsbedingungen und der TV keine solche Klausel enthalten (vgl. Verfügung Nr. 2, N 8), könnte eine richterliche Vertragsanpassung in Betracht gezogen werden. Wie im Folgenden jedoch dargelegt wird, ist jedoch die Voraussetzung der gravierenden Äquivalenzstörung nicht erfüllt.

Eine richterliche Vertragsanpassung gestützt auf Art. 2 ZGB ist nur zulässig wenn eine gravierende Äquivalenzstörung, also ein grobes und erhebliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Dies ist dann erfüllt, wenn der Schuldner für seine Leistung gar keine oder keine angemessene Gegenleistung erhält (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N 244). Vorliegend konnte die Beklagte während einer Zeitspanne von zwei Monaten (24. Dezember 2013 – 24. Februar 2014) die in Art. 5 TV festgelegte Kapazität zwar einhalten, jedoch musste die Klägerin mit Unterbrüchen rechnen. Eine Äquivalenzstörung wäre anzunehmen, wenn die Beklagte ihre Hauptpflicht in grober Weise nicht mehr nachkommen könnte. Da eine Unterbrechungsgefahr nicht als Leistungsstörung der verbindlichen Kapazität zu verstehen ist, ist die Behauptung einer Äquivalenzstörung unbegründet. Es ist somit überhaupt keine Äquivalenzstörung vorhanden und die *clausula rebus sic stantibus* nicht anwendbar.

4. Keine Preisreduktion durch Anwendung der Teilnichtigkeit gemäss

Art. 20 Abs. 2 OR analog

Sind einzelne Teile eines Vertrages mit Mängeln behaftet, so sind nur diese nichtig, sofern nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne sie nicht abgeschlossen worden wäre (sog. Teilnichtigkeit;

CHK OR-KUT, Art. 19-20, N 46). Obwohl in den Art. 23ff. OR die Teilnichtigkeit unerwähnt bleibt, wird sie bei Willensmängeln mittlerweile analog angewendet (BGE 130 III 49 E 3.2). Nachfolgend wird zu sehen sein, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Preisreduktion aufgrund von Teilnichtigkeit gem. Art. 23/24 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 OR analog hat.

- 45 Damit ein Vertrag aufgrund eines Irrtums angefochten werden kann, muss es sich um einen wesentlichen Irrtum handeln (Art. 23 OR). Auf einen Solchen kann sich diejenige Partei berufen, welche sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der für sie notwendige Vertragsgrundlage war (sog. subjektive Wesentlichkeit), und den sie zudem nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachten durfte (sog. objektive Wesentlichkeit; BGE 136 III 528 E 3.4.1). Ein Irrtum, der sich lediglich auf den Beweggrund zum Vertragsabschlusse bezieht, ist als unwesentlicher Motivirrtum zu erachten (so explizit Art. 24 Abs. 2 OR). Der Grundlagenirrtum kann auch im blossen Verkennen einer Rechtslage bestehen (BGE 96 II 101 E 1.c). Ein Irrtum über die Rechtslage ist ein unwesentlicher Motivirrtum, wenn er bloss die rechtlichen Nebenfolgen des geschlossenen Vertrages betrifft (BGE 4A_228/2007 E. 2).
- 46 Die Klägerin irrt sich über die Haftung der Beklagten bzgl. der in Art. 5 TV festgelegten Transportkapazität. Sie ging davon aus, dass bei verbindlicher Kapazität eine Haftung der Beklagten bereits für Unterbrechungsrisiken vorliegt, was jedoch genau nicht der Fall ist. Das Versprechen von verbindlicher Kapazität erfasst nur die Haftung bei einem Unterbrechungsereignis an sich oder einer Sorgfaltspflichtverletzung und nicht schon die Unterbrechungsgefahr. Das Bestehen einer solchen Gefahr ist nicht als Misserfolg zu bewerten. Der Irrtum über die Haftung der Beklagten aus Art. 5 TV stellt nur eine rechtliche Nebenfolge dar. Somit liegt ein Irrtum über die Rechtslage vor und da er nur eine rechtliche Nebenfolge betrifft, handelt es sich lediglich um einen unwesentlichen Motivirrtum. Die Wesentlichkeit des Irrtums ist nicht gegeben und die Klägerin kann sich nicht auf einen Grundlagenirrtum gem. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR stützen. Die Teilnichtigkeit gem. Art. 20 Abs. 2 OR kommt nicht zur Anwendung und die Klägerin kann keine Preisreduktion für die zweite Periode fordern.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 1