

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

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

27. März 2015

## **Klageantwort**

Swiss Rules Fall Nr. 250123-2014

In Sachen

**Gas Supply GmbH**  
Hamburgerstrasse 33, 44135 Dortmund, Deutschland

**Klägerin 1**

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

**Klägerin 2**

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

**Klägerin 3**

alle vertreten durch Moot Court Team 3

gegen

**PipeTransport AG**  
Baarerstrasse 145, 6300 Zug, Schweiz

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team 2

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

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

**Rechtsbegehren:**

1. Auf die Klagen ausserhalb des Transportvertrags ist nicht einzutreten;
2. Alle Ansprüche auf Schadenersatz für die erste Periode abzuweisen;
3. Der Anspruch auf Reduktion des Transportpreises für die zweite Periode ist abzuweisen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigung zulasten der Klägerin.

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	V
Literaturverzeichnis .....	VI
Entscheidungsverzeichnis .....	IX
Materialienverzeichnis.....	XI
<b>A. DAS SCHIEDSGERICHT IST NUR FÜR ANSPRÜCHE AUS DEM TV ZUSTÄNDIG.....</b>	<b>1</b>
<b>I. Notwendigkeit separat geführter Verfahren.....</b>	<b>1</b>
<b>II. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts aufgrund verschiedener Sitze .....</b>	<b>1</b>
<b>III. Objektive Klagehäufung liegt nicht vor .....</b>	<b>2</b>
<b>B. KEIN ANSPRUCH AUF SCHADENERSATZPFLICHT FÜR DIE ERSTE PERIODE.....</b>	<b>3</b>
<b>I. Keine Ansprüche aus dem MoU .....</b>	<b>3</b>
1. Das MoU ist nicht verbindlich .....	3
2. Keine Haftung aus culpa in contrahendo .....	5
3. Eventualiter: Keine Vertragsverletzung.....	5
a) Keine Schlechterfüllung .....	6
b) Fehlendes Verschulden der Beklagten .....	7
4. Fazit.....	7
<b>II. Keine Ansprüche aus dem Transportvertrag .....</b>	<b>8</b>
1. Keine Geltendmachung der Nichtleistung .....	8
a) Nichtleistung unter Berufung auf Force Majeure.....	8
aa) Aussergewöhnliche und unvorhersehbare Umstände.....	8
bb) Unverzügliches Anzeigen von Force Majeure .....	9
cc) Fazit: Force Majeure ist zu bejahen.....	10
b) Eventualiter: Nichtleistung aufgrund subjektiver ursprünglicher Unmöglichkeit .....	10
c) Eventualiter: Nichtleistung infolge Erlass .....	11
2. Eventualiter: Beklagte hat keine vertraglichen Pflichten verletzt.....	12
a) Fehlende Kausalität .....	12
b) Fehlendes Verschulden.....	13
3. Es liegt weder eine absichtliche Täuschung und noch ein Irrtum vor .....	15
4. Fazit.....	16

<b>C. KEINEN ANSPRUCH AUF REDUKTION DES TRANSPORTPREISES .....</b>	<b>16</b>
<b>I. Verbindliche Kapazität lag vor .....</b>	<b>16</b>
<b>II. Eventualiter: Zulässige Reduktion gemäss Art. 7 TV.....</b>	<b>17</b>
1. Vorliegen von zulässiger Wartungsarbeit .....	18
2. Vorliegen von Force Majeure .....	18
<b>III. Analoge Anwendung des Werkvertrages ist ausgeschlossen.....</b>	<b>19</b>
<b>IV. Keine analoge Anwendung des Mietrechts .....</b>	<b>19</b>
<b>D. DAS RECHTSBEGEHREN DER KLÄGERIN IST ABZUWEISEN .....</b>	<b>20</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Januar 2002 (Deutschland)
BGE	Amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
c.i.c.	culpa in contrahendo
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EAZ	Einleitungsanzeige
ed.	edition
etc.	et cetera
ff.	und folgende
f.	folgend
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR/RS 291)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.v.	im Sinne von
KS	Klageschrift
MoU	Memorandum of Understanding
N.	Randnote
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR/RS 220)
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
S.	Seite
TV	Transportvertrag
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR/RS 210)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

## Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN  
ABEGGLEN SANDRO, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Diss. Bern 2004  
[Rz. 32, 33, 35]
- BERGER/KELLERHALS  
BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006  
[Rz. 4, 7, 9]
- BUCHER  
BUCHER EUGEN, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988  
[Rz. 31, 32]
- BSK OR I-BEARBEITERIN  
HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 5. Aufl., Basel 2011  
[Rz. 3, 90, 97]
- CHK Vertrag II-BearbeiterIn  
Huguenin Claire/Müller-Chen Markus/Girsberger Daniel, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht : Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft (Art. 319-529), 2. Aufl., Zürich 2012  
[Rz. 97]
- GAUCH  
GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011  
[Rz. 99]

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER	GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/ EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil (Band II), 10. Aufl., Zürich 2008 [Rz.64]
HONSELL OR-BEARBEITERIN	HONSELL HEINRICH, Kurzkommentar Obligationenrecht Art. 1-1186 OR, Basel 2014 [Rz. 16]
HUGUENIN	HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014 [Rz. 30, 36, 37, 60, 68, 82, 92, 97]
KOMMENTAR ZUM MIETRECHT	PERMANN RICHARD, Kommentar zum Mietrecht : mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2. Aufl., Zürich 2007 [Rz. 101]
MIETRECHTSPRAXIS	Deutsche Übersetzung des BGE 135 III 345 E. 3.2 aus mp 2009 S. 222ff., S. 223 [Rz. 102]
OR-KOMM-BEARBEITERIN	KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, OR : Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009 [Rz. 31]
POUDRET/BESSON	POUDRET JEAN-FRANCOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law Of International Arbitration, 3rd ed., Biggleswade 2014 [Rz. 5]

- ROUILLER  
ROUILLER NICOLAS, *Culpa in contrahendo et liberté de rompre les négociations: existe-t-il des devoirs précontractuels hors de l'obligation?*, Jusletter 10. Juli 2006  
[Rz. 27]
- SCHWENZER  
SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Bern 2012  
[Rz. 26, 52, 53, 54]
- STAUDINGER-BEARBEITERIN  
VON STAUDINGER JULIUS, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12. Aufl., Berlin 1978-1999  
[Rz. 32]
- Swiss Rules-BEARBEITERIN  
ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP, *Swiss Rules of International Arbitration: Commentary*, 2. Aufl., Zürich 2013  
[Rz. 3, 9]

## Entscheidverzeichnis

- BGE 92 II 250  
Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom  
15. November 1966  
[Rz. 68]
- BGE 102 II 81  
Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom  
25. Juni 1976  
[Rz. 26]
- BGE 102 Ib 257  
Urteil der II. öffentlichen Abteilung des Bundesge-  
richts vom 25. Juni 1976  
[Rz. 46]
- BGE 111 II 352  
Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom  
3. September 1985  
[Rz. 53, 59]
- BGE 111 II 429  
Urteil der II: Zivilabteilung des Bundesgerichts vom  
19. Dezember 1985  
[Rz.48]
- BGE 112 II 503  
Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom  
16. Dezember 1986  
[Rz. 32]
- BGE 113 II 421  
Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom  
17. Juni 1987  
[Rz. 37]
- BGE 116 II 431  
Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom  
22 Mai 1990  
[Rz. 79]

BGE 125 III 86	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 11. Dezember 1998 [Rz. 27]
BGE 127 II 323	Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 3. September 2001 [Rz. 97]
BGE 130 III 66	Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 21. November 2003 [Rz. 5]
BGer 4A.520/2007	Urteil der I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesge- richts vom 31. März 2008 [Rz. 64]
A-798/2014	Urteil der I. Abteilung des Bundesverwaltungsgericht vom 14. Oktober 2014 [Rz. 35]

## **Materialienverzeichnis**

EU Verordnung

Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. EU vom 14.

August 2009

[Rz. 89,90]

## **A. Das Schiedsgericht ist nur für Ansprüche aus dem TV zuständig**

- 1 Die Klägerinnen reichen gemeinsam in ein und demselben Verfahren mehrere Ansprüche unter verschiedenen Verträgen ein. Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerinnen in einem Verfahren die Ansprüche aus verschiedenen Verträgen mit verschiedenen Schiedsklauseln geltend machen können.
- 2 Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts sowie die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung für die Beurteilung der Fragen aus dem Transportvertrag werden nicht bestritten.

### **I. Notwendigkeit separat geführter Verfahren**

- 3 Die Kompetenz zur Zusammenführung der Ansprüche unterliegt alleine dem Gericht und darf nicht von den Parteien entschieden werden (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4, N. 25). Verträge entfalten nur unter den jeweiligen Parteien Wirkungen. Nach dem Grundsatz der „privity of contracts“ hätten die Klägerinnen je separate Verfahren auf der Grundlage der verschiedenen Verträge (einerseits Memorandum of Understanding nachfolgend MoU und andererseits Transportvertrag nachfolgend TV) einreichen müssen (BSK OR I-BUCHER, Art. 1-40, N. 38). Die Ermittlungen, ob ein Fall von Force Majeure vorliegt, und die Frage, ob die Beklagte eine eventuelle Aufklärungspflicht verletzt hat, erfordern eine separate Betrachtung der Sach- und Rechtslage. Die Frage, ob aus dem MoU eine rechtsverbindliche Aufklärungspflicht abgeleitet werden kann, hängt nicht mit der Frage zusammen, ob die Berufung auf Force Majeure gerechtfertigt ist oder nicht. Die Beklagte besteht aufgrund dessen gem. Art. 8 Abs. 1 Swiss Rules auch weiterhin auf ihr Recht, für jedes separat zu führende Verfahren einen anderen Schiedsrichter bestellen zu dürfen.

### **II. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts aufgrund verschiedener Sitze**

- 4 Das Schiedsgericht kann die Ansprüche aus dem MoU und dem Transportvertrag nicht gemeinsam beurteilen, da die Schiedsgerichtsklauseln bzgl. des Sitzes nicht kompatibel sind. Die Klägerinnen machen geltend, dass bei mehreren Verträgen die neuere Schiedsvereinbarung der älteren vorgeht (BERGER/KELLERHALS, N. 474). Dies ist jedoch im konkreten Fall abzulehnen, da es sich nicht um einheitliche Verträge handelt. (vgl. Rz. 9).
- 5 Weiter kommt man durch Auslegung der Vereinbarungen zum Schluss, dass keine Einwilligung der Parteien in ein gemeinsames Verfahren vorliegt. Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung folgt den für die Auslegung privater Willenserklärungen allgemein geltenden Grundsätzen (BGE 130 III 66, E. 3.2). Massgebend ist also in erster Linie das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien zu den ausgetauschten Erklärungen. Kann ein solcher tatsächlicher Parteiwille nicht festgestellt werden, ist die Schiedsvereinbarung objek-

tiviert auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille ist so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 130 III 66, E. 3.2). Falls die Vereinbarung der Swiss Rules als konkludente Einwilligung der Parteien für eine Verfahrensvereinigung verstanden wird, müsste man nach den Regeln von privaten Willenserklärungen prüfen, ob sie mit dem tatsächlichen Verständnis der Parteien übereinstimmt.

- 6 Die Parteien können nicht gegen ihren Willen dazu verpflichtet werden, die Verfahren zu vereinen, wenn die Schiedsgerichtsvereinbarungen nicht übereinstimmen. Schiedsvereinbarungen stimmen nicht überein, wenn der Sitz der verschiedenen Vereinbarungen nicht einheitlich ist (POUDRET/BESSON, N. 240). Das Schiedsgericht kann folglich im Verhältnis zwischen der Beklagten und einer einzelnen oder mehreren Klägerinnen Ansprüche aus dem jeweiligen Transportvertrag und aus dem MoU nicht gemeinsam behandeln.
- 7 Eventualiter geht aus beiden Verträgen (MoU und TV) hervor, dass der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz liegen soll. Fraglich ist aber, ob die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens „in der Schweiz“ genügt um die Zuständigkeit zu begründen. Wenn die Schiedsgerichtsklauseln weder über einen bestimmten Ort noch über einen einheitlichen Kanton, in dem sich der Ort des Schiedsverfahrens befinden soll, Aufschluss geben, werden sie mehrheitlich für unwirksam gehalten (BERGER/KELLERHALS, N. 702). Dies wird damit gerechtfertigt, dass nicht geklärt ist, welches staatliche Gericht zur Ernennung der Schiedsrichter angerufen werden kann, dem diese Aufgabe ersatzweise zugewiesen ist. Es würde dabei offen bleiben, welcher „Juge d’appui“ für die Ernennung örtlich zuständig ist (BERGER/KELLERHALS, N. 702). Selbst die Kantone der jeweilig genannten Ortschaften, aus welchen die Klägerinnen Ansprüche ableiten, stimmen nicht überein (vgl. EAZ, Beilage K-1, K-2 und K-3). Es ist folglich nicht gerechtfertigt, dass alle Ansprüche in einem Verfahren beurteilt werden sollen.

### **III. Objektive Klagehäufung liegt nicht vor**

- 8 Falls das Schiedsgericht befindet, dass die unterschiedliche Sitzwahl kein Hindernis für das Zusammenlegen der Prozesse darstellt, besteht keine objektive Klagehäufung.
- 9 Wenn zwischen denselben Parteien mehrere Verträge mit gleichlautenden oder zumindest inhaltlich übereinstimmenden Schiedsvereinbarungen vorliegen, muss zwischen den verschiedenen Ansprüchen ein hinreichender Zusammenhang (objektive Klagehäufung) bestehen, damit die Beurteilung im gleichen Schiedsverfahren legitim ist (BERGER/KELLERHALS, N. 478). Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules verlangt insbesondere einen klaren Sachzusammenhang zwischen den zu konsolidierenden Fällen, wobei sie alle relevanten Umstände miteinbeziehen muss (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4, N. 28).

- 10 Die beiden Vereinbarungen regeln zwei verschiedene Sach- und Rechtslagen. Der TV regelt das Verhältnis zwischen der Klägerin als Kundin und der Beklagten als Dienstleisterin. Das MoU dagegen regelt das Verhältnis der Klägerin als Gesellschafterin zur Beklagten als Gesellschaft.
- 11 Einerseits machen die Klägerinnen geltend, dass die im MoU statuierte Auskunftspflicht verletzt wurde. Sie werfen der Beklagten vor, die Beklagte hätte sie während den Vertragsverhandlungen nicht wie vereinbart informiert. Auf der anderen Seite machen die Klägerinnen geltend, dass die im TV geregelte Force Majeure Mitteilung nicht rechtzeitig erfolgte und leiten daraus Schadenersatz durch eine Verletzung des TV ab. Es fehlt somit eindeutig am Sachzusammenhang zwischen den geltend gemachten Ansprüchen, da sich die zwei zugrundeliegenden Vereinbarungen hinsichtlich Sach- und Rechtslage signifikant unterscheiden.

## **B. Kein Anspruch auf Schadenersatzpflicht für die erste Periode**

- 12 Die Beklagte bestreitet – wie in den prozessualen Ausführungen dargelegt – die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung von Ansprüchen, welche über den Transportvertrag hinausgehen. Unabhängig von der Zulassung der Klage weist die Beklagte die Anschuldigung ohnehin zurück.
- 13 Die Klägerin leitet Schadenersatzansprüche für die erste Periode aufgrund einer sich aus dem MoU ergebenden Informationspflicht her und macht diese i.V.m. Art. 97 OR geltend. Weiter leitet sie Schadenersatz aus einer angeblichen Verletzung des TV ab.

### **I. Keine Ansprüche aus dem MoU**

- 14 Die Klägerin kann aus dem MoU keine Ansprüche ableiten, da diese Vereinbarung für die Klägerin rechtlich nicht verbindlich ist. Eine Berufung auf culpa in contrahendo (nachfolgend c.i.c.) ist zudem rechtsmissbräuchlich, da keineswegs von einer Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten während der Periode des Vertragsabschlusses ausgegangen werden kann.

#### **1. Das MoU ist nicht verbindlich**

- 15 In der Klageschrift wird dargelegt, dass ein MoU entgegen der typisch unverbindlichen Ausgestaltung als rechtsverbindliche Vereinbarung charakterisiert werden kann.
- 16 Nach Art. 18 OR ist die Bezeichnung des Vertrages nicht ausschliesslich massgebend für dessen Inhalt bzw. dessen Verbindlichkeit. Vielmehr ist die Verbindlichkeit aus dem Parteiwillen und dem von den Parteien beabsichtigten Zweck zu ermitteln (HONSELL OR-WIEGAND/HURNI, Art. 18, N. 25). Ein MoU ist grundsätzlich eine unverbindliche Grundsatzvereinbarung, welche nur durch Auslegung des Inhalts und des Parteiwillens zu einer rechtsverbindlichen Vereinbarung gemacht werden kann.
- 17 Die Gesellschafter haben die PipeTransport AG als Joint Venture mit der Absicht gegründet, gemeinsam eine eigene Pipeline zu betreiben, damit sie beim Transport ihres Gases nicht auf

Dritte angewiesen sind. Dadurch entsteht ein erhöhtes Informationsbedürfnis der Gesellschafter. Da neben den drei Klägerinnen noch weitere Gesellschafter an der Gründung beteiligt gewesen waren, war nicht sichergestellt, dass sie Alle zu jeder Zeit in der Geschäftsleitung oder im Verwaltungsrat vertreten sind.

- 18 Ein Aktionär hat nach Art. 697 Abs. 1 OR lediglich ein Auskunftsrecht über Informationen, welche im Zusammenhang mit der Ausführung seiner Aktionärsrechte stehen. Weiter muss die Gesellschaft dem Aktionär nach Art. 697 Abs. 2 OR Informationen nur soweit erteilen, wie dies für die Ausübung seiner Aktionärsrechte erforderlich ist. Der Aktionär hat also kein Recht über alle betriebsrelevanten Vorgänge informiert zu werden. Die Situation gestaltet sich anders, wenn ein Aktionär zusätzlich im Verwaltungsrat Einsitz nimmt. Jedes Mitglied des Verwaltungsrates kann nach Art. 715a Abs. 1 OR Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen.
- 19 Durch die Auslegung des MoU kommt man somit zum Schluss, dass die Gründergesellschaft mit dem MoU die Informationsgleichheit unter den Gründern sicherstellen wollten. Es sollte durch die Vertretung einzelner Gründer im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung nicht zu einer Informationsassymetrie kommen. Durch den Zweck des MoU als Sicherstellung der Informationsgleichheit unter den Gesellschaften, kann das MoU somit nur gegenüber denjenigen Gesellschaften eine rechtsverbindliche Vereinbarung darstellen, welche lediglich Aktionäre der Pipe Transport AG sind und weder strategisch noch operativ in der Gesellschaft vertreten sind.
- 20 Durch die Vertretung der Klägerin im Verwaltungsrat (vgl. Verfügung Nr. 2, Rz. 1) hat sich für sie nach Art. 715 Abs. 1 OR die Möglichkeit ergeben, von der Beklagten ausdrücklich Informationen über die betriebsinternen Vorgänge zu verlangen, womit das MoU ihr gegenüber nicht verbindlich ist. Die Klägerin hat von diesem Recht Gebrauch gemacht, und so z.B. alle Informationen zum geologischen Gutachten erhalten (vgl. Verfügung Nr. 2, Rz. 5 f.).
- 21 Weiter kann das MoU aus dem Zweck der Entstehung nur als rechtsverbindlich erachtet werden, wenn die Aktionäre der Gesellschaft nicht zusätzlich auch als Kunden agieren. Die Aktionäre, welche zusätzlich Kunden der Gesellschaft sind, haben nach der Unterzeichnung des MoU am 12. Februar 2012 den für die Leistungserbringung relevanten Transportvertrag unterschrieben. Mit dieser Unterzeichnung hat das MoU seine Rechtsverbindlichkeit verloren, da in der Leistungsvereinbarung zwischen den Kunden und der PipeTransport AG andere Vereinbarungen betreffend Informationspflicht getroffen wurden. Die Leistung des Joint Venture an die Gesellschafter soll in separaten Verträgen festgehalten werden, was explizit in der Präambel des MoU so festgehalten wird.

- 22 Für die Klägerin ist das MoU somit in zweierlei Hinsicht nicht verbindlich. Einerseits war eine Vertreterin in der Klägerin während der strittigen Periode im Verwaltungsrat der PipeTransport AG. Durch diese Stellung war sie direkt an der Quelle und somit über sämtliche Vorfälle informiert (vgl. Verfügung Nr. 2, Rz. 5 f.). Aufgrund der Sachlage ist es offensichtlich, dass die Vertreterin der Klägerin nicht privat im Eigeninteresse, sondern explizit in Vertretung der Klägerin im Verwaltungsrat der PipeTransport AG vertreten war.
- 23 Zum anderen ist die Klägerin auch Kundin der PipeTransport AG. Sie kann die Pflichten der Beklagten somit nur aus dem Transportvertrag geltend machen, da in diesem der Umfang der Leistungserbringung und alle damit zusammenhängenden Pflichten genau definiert werden.
- 24 Die Klägerin kann sich somit wegen fehlender Rechtsverbindlichkeit des MoU nicht auf die darin statuierte Informationspflicht berufen.

## **2. Keine Haftung aus culpa in contrahendo**

- 25 Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie hätte ihren Entscheidungswillen beeinflusst, indem sie ihrer Informations- und Aufklärungspflicht nicht nachgekommen sei und macht daraus Ansprüche aus c.i.c. geltend.
- 26 Für eine Haftung aus c.i.c. muss ein geschäftlicher Kontakt stattgefunden haben, aus welchem die verletzte Partei ein erhöhtes Vertrauen abgeleitet hat (SCHWENZER, N. 47.03). Im Falle eines Vertragsschlusses kommt c.i.c. nur zum Einsatz, wenn die im Verhandlungsstadium obliegende Aufklärungs- bzw. Informationspflicht schuldhaft verletzt wurde und dies für die unaufgeklärte Partei zu einem nachteiligen Vertragsschluss geführt hat (SCHWENZER, N. 47.09; BGE 102 II 81).
- 27 Die Pflicht zur gegenseitigen Aufklärung besteht jedoch nur für Umstände, über welche sich die benachteiligte Partei keine Kenntnis verschaffen konnte und musste (BGE 125 III 86, E. 3c). Zur Zeit der Unterzeichnung des MoU am 1. Februar 2012 war die geologische Lage im Retezatgebirge noch nicht kritisch. Bis anhin waren der Beklagten selber noch keine kritische Zwischenfälle bekannt über welche sie Auskunft hätte erteilen müssen. Die Beklagte war zudem nicht verpflichtet, nach möglichen Irrtümern der Klägerin zu forschen (vgl. ROUILLER, N. 8).
- 28 Die Klägerin kann somit durch c.i.c. keine Verletzung der Informationspflicht bezüglich Unterlassen der Auskunft über die Vorfälle, welche zum Unterbruch der Pipeline geführt haben, geltend machen.

## **3. Eventualiter: Keine Vertragsverletzung**

- 29 Auch wenn das Gericht das MoU als rechtsverbindliche Vereinbarung qualifiziert, kann die Klägerin sich nicht auf die Verletzung der Aufklärungspflicht berufen.

**a) Keine Schlechterfüllung**

- 30 Wie aus der Verfügung Nr. 2 des Schiedsgerichts ersichtlich, war eine Vertreterin der Klägerin im relevanten Zeitraum im Verwaltungsrat der PipeTransport AG. Nicht klar ersichtlich ist, ob die Vertreterin der Klägerin selbst ein Organ der Klägerin darstellt, oder lediglich Vertreterin per Vollmacht ist (vgl. HUGUENIN, N. 1045, 1050 f.). Das Wissen der Vertreterin der Klägerin ist ihr jedoch ohnehin anzurechnen, womit keine Schlechterfüllung durch die Beklagte vorliegt.
- 31 Eine Rechtsfolge der direkten Stellvertretung sieht vor, dass die Rechtswirkungen für Handlungen des Vertreters beim Vertretenen eintreten (OR-KOMM-NOBEL/SCHWANDER/WOLF, Art. 32 N. 16). Eine Vertretung nach OR 32 ff. ist in allen Rechtsgeschäften möglich (BUCHER, S. 600). Man kann also auch in blossem Wissen vertreten. Somit ist das Wissen des Vertreters dem Wissen des Vertretenen zuzurechnen (BUCHER, S. 600).
- 32 Wenn das Wissen oder Nichtwissen rechtlich bedeutsam wird, ist auf das Wissen des Vertreters und nicht auf das Wissen des Vertretenen (konkret der Klägerin als juristische Person) abzustellen (BUCHER, S. 629 f.; Anm. 115 und BGE 112 II 503 E.3.). Die in § 166 BGB normierte Regelung der Wissenszurechnung wird in der Schweiz von Lehre und Praxis unbestritten angewandt (vgl. ABEGGLEN, S. 19 ff.). Es ist also Sache des Vertretenen, sich einen zuverlässigen Vertreter auszusuchen (vgl. STAUDINGER-SCHILKEN, § 166 N. 2).
- 33 Ob die Vertreterin die Information intern weitergeleitet hat oder nicht, ist für die Beurteilung der Frage, ob die Klägerin Kenntnis von den Vorfällen hatte, also nicht relevant. In der heutigen Zeit und mit den heutigen Kommunikationsmöglichkeiten wird davon ausgegangen, dass bei einer funktionierenden Gesellschaft die Kenntnisnahme des Wissens des Vertreters intern weitergeleitet wird (vgl. ABEGGLEN, S. 21 ff.).
- 34 Die Klägerin hatte somit über ihre Vertreterin im Verwaltungsrat der PipeTransport AG Kenntnis von allen relevanten Informationen, über welche sie behauptet, nicht aufgeklärt worden zu sein.
- 35 Noch klarer ist die Sache, wenn die Vertreterin der Klägerin bei ihr ebenfalls eine Organstellung einnahm. Eine Körperschaft ist rechts- und handlungsfähig (Art. 54 ZGB) und handelt unmittelbar durch ihre Organe (Art. 55 ZGB). Die juristische Person wird durch ihre Organe in den Zustand des Wissens oder Nichtwissens versetzt (ABEGGLEN, S. 41). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat sich die juristische Person nach dem Grundsatz der Wissensvertretung das Wissen ihrer einzelnen Organe anzurechnen (A-798/2014, E. 6.1). Es bedarf des Nichtwissens sämtlicher Organe, damit die Gesellschaft Dritten gegenüber den Einwand der Unkenntnis erheben kann (ABEGGLEN, S.41, S. 63 f.).

36 Eine Informationspflicht kann nur für Tatsachen bestehen, von welchen die zur Information verpflichtete Partei weiss oder wissen muss, dass die Gegenpartei keine Kenntnis hat (vgl. HUGUENIN, N. 539). Es ist aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich zu behaupten, über eine Tatsache die man bereits kennt, nicht aufgeklärt worden zu sein. Die Klägerin kann – aufgrund des ihr anzurechnenden Wissens – keine Informationspflichtverletzung und somit auch keine Schlechterfüllung geltend machen.

#### **b) Fehlendes Verschulden der Beklagten**

37 Selbst wenn das Gericht von einer Pflichtverletzung ausgeht, fehlt es für die Geltendmachung des Schadenersatzes nach Art. 97 OR am Verschulden der Beklagten. Das Verschulden nach OR 97 wird vermutet, womit die Beklagte diese Vermutung widerlegen muss (HUGUENIN, N. 1558). Dies ist vor allem in Bezug auf die Qualifizierung als Dienstleistungsvertrag möglich. Die Beklagte verspricht bei der vereinbarten Dienstleistung – Zurverfügungstellung von Kapazität und Transport von Gas – alle „erdenkliche Sorgfalt“ aufzuwenden (vgl. BGE 113 II 421, E. 3a).

38 Die Beklagte informierte nicht, da sie davon ausgehen durfte, dass die Vertreterin der Klägerin als Teil des VR alle Informationen intern weiterleiten wird. Wie unter Rz. 32 ff. bereits ausgeführt, durfte die Beklagte davon ausgehen, dass das Wissen der Vertreterin dem Wissen der ganzen Gesellschaft der Klägerin gleichzustellen ist. Der Beklagten war somit keine zusätzliche Informationspflicht gegenüber der Klägerin bewusst, weshalb ihr ein Verschulden nicht vorgeworfen werden kann.

39 Zudem wollte die Beklagte vorerst intern weitere Abklärungen vornehmen, bevor sie ihre Kunden unnötig verunsichert. Sie informierte die Kunden dann noch am selben Tag des Vorfalles via Homepage über die momentane Lage. Die PipeTransport AG hatte zu diesem Zeitpunkt selbst noch keine weiteren Informationen.

40 Sollte das Gericht von einer Pflichtverletzung durch die Beklagte ausgehen, fehlt es für eine Schadenersatzpflicht aus Art. 97 OR am Verschulden.

#### **4. Fazit**

41 Eine Berufung auf eine im MoU statuierte Aufklärungspflicht ist unabhängig von der Zulassung der Klage durch das Schiedsgericht, sowohl in tatsächlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht, aussichtslos. Das MoU ist für die Klägerin eine rechtlich unverbindliche Vereinbarung und es können keine Ansprüche aus dem Vertrag abgeleitet werden. Auch eine quasivertragliche Haftung nach c.i.c. kann durch das korrekte Handeln der Beklagten während Vertragschluss nicht gerügt werden.

42 Auch im Fall der Bejahung der Rechtsverbindlichkeit kann keine Verletzung der Aufklärungspflicht geltend gemacht werden, da die Klägerin durch die Wissenszurechnung informiert war. Die Beklagte trifft bei Bejahung der Rechtsverbindlichkeit kein Verschulden bzgl. Informationspflichtverletzung, da sie darauf vertrauen durfte und musste, dass die Vertreterin der Klägerin alle Informationen intern weiterleitet.

## **II. Keine Ansprüche aus dem Transportvertrag**

43 Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ihre in Art. 5 TV statuierte Transportpflicht verletzt und leitet daraus i.V.m. Art. 97 OR einen Schadenersatz in der Höhe von CHF 2'230'000.- ab. Die Beklagte weist die Ansprüche insbesondere unter Berufung auf Force Majeure zurück.

### **1. Keine Geltendmachung der Nichtleistung**

44 Die Beklagte hat die vertraglich vereinbarte Leistung in der ersten Periode offensichtlich nicht erbracht, jedoch ist sie aufgrund von Force Majeure nicht schadenersatzpflichtig. Eventualiter fällt der Vertrag durch das Nichtwissen der anfänglichen Unmöglichkeit dahin. Zudem haben sich die Parteien nachträglich einvernehmlich über die Nichtleistung beider Seiten während der ersten Periode geeinigt.

#### **a) Nichtleistung unter Berufung auf Force Majeure**

45 Gemäss Art. 23 TV hat der Betreiber für die Nichterfüllung seiner Pflichten nicht einzustehen, wenn er beweist, dass diese Nichterfüllung auf einen ausserhalb seines Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht, welcher das Pipelinesystem direkt betrifft und von einem vernünftigen und vorsichtigen Betreiber nicht vorherzusehen, vermieden oder überwunden werden konnte. Dabei hat der Betreiber unverzüglich alle technisch und wirtschaftlich möglichen Massnahmen zu veranlassen, die dazu führen, dass er seine Pflichten wieder erfüllen kann. Er hat diesen Umstand sofort mitzuteilen und unverzüglich über die Details in Bezug auf die voraussichtliche Dauer und Ursache des Unterbruchs Aufschluss zu geben.

##### *aa) Aussergewöhnliche und unvorhersehbare Umstände*

46 Die Beklagte hatte keinen Einfluss darauf, wie sich das Wetter im Retezatgebirges entwickelt. Das Wetter ist eine höhere Gewalt und bricht unvorhersehbar, aussergewöhnlich und unabwendbar von aussen herein (BGE 102 Ib 257, E. 5). Die Einwendung, wonach die Voraussetzung der Aussergewöhnlichkeit nicht gegeben sei, weil es bereits im Jahr 2012 zu Steinschlägen gekommen war, ist klar zurückzuweisen.

47 Die Anordnung einer Pig Passage zur Kontrolle des Zustands der Pipeline machen das Wetter ebenso wenig vorhersehbar, wie ein in Auftrag gegebenes geologisches Gutachten. Die Pig Passage diente der Eruierung eines allfälligen Handlungsbedarfs und der Abklärung mögli-

cher Schäden an der Pipeline. Das geologische Gutachten sollte die geologische Situation im Retezatgebirges analysieren. Das Gutachten hat sodann festgestellt, dass insbesondere im Sommer aufgrund des zusätzlichen Schmelzwassers mit Steinschlägen zu rechnen sei. Die Beklagte hat deshalb Arbeiten in Auftrag gegeben, welche das Flussbett bis dahin stabilisieren sollen (vgl. EAZ, Beilage K-14). Die Beklagte war sehr bemüht, dass solche Vorfälle bis im Sommer verhindert werden können.

48 Die Beklagte konnte nicht vorhersehen, dass es am 23. Juli 2013 zu einem starken Unwetter kam, welches schlussendlich ursächlich für die Beschädigung der Pipeline war. Man kann wohl sagen, dass ein schweres Unwetter als ein aussergewöhnliches, von aussen unabwendbares Ereignis zu qualifizieren ist (vgl. BGE 111 II 429, E. 1b). Hätte das Schmelzwasser allein zu einer Schlammlawine geführt, könnte man die Unvorhersehbarkeit anzweifeln, da die Beklagte über das Risiko des Schmelzwassers aufgeklärt war. Da die Lawine aber durch ein starkes Gewitter ausgelöst wurde, welches per Definition nicht kontrolliert werden kann, ist die Unkontrollierbarkeit gegeben.

49 Die Beklagte hat alles Zumutbare getan, indem sie nach Bekanntgabe des geologischen Gutachtens unverzüglich mit der Planung von Sicherungsmassnahmen begonnen hat. Dass solche Massnahmen nicht innert Tagesfrist professionell und nachhaltig umgesetzt werden können, steht ausser Frage. Zudem soll eine Umleitung – welche hohe Kosten für die Beklagte aufwirft – sicherlich eine dauerhafte Lösung für die Umgehung des gefährdeten Gebietes darstellen und nimmt deshalb eine gewisse Planungszeit in Anspruch.

*bb) Unverzügliches Anzeigen von Force Majeure*

50 Der Vorwurf, die Beklagte hätte das Vorliegen von Force Majeure zu spät angezeigt, ist ebenfalls abzuweisen. Gemäss Art. 23 Abs. 3 erster Satz des Transportvertrags hat die Betreiberin den Umstand sofort mitzuteilen. Die Beklagte hat das Vorliegen von Force Majeure am gleichen Tag via Homepage bekannt gegeben. Sie hat mitgeteilt, dass es aufgrund von Naturereignissen zu einer Beschädigung kam und der Transport daher bis auf weiteres unterbrochen worden ist. In der Folge hat die Beklagte alles unternommen, damit sie ihre Pflicht wieder erfüllen kann. Gemäss Art. 23 Abs. 3 zweiter Satz des Transportvertrags ist das Ausmass und die mutmassliche Dauer der Unterbrechung unverzüglich mitzuteilen. Wie aus dem Schreiben vom 12. September 2013 zu entnehmen ist (EAZ, Beilage K-18), konnte die Beklagte das genaue Ausmass der Beschädigung und die Dauer selbst im September 2013 noch nicht abschätzen. Die Beklagte hat jedoch angezeigt, dass die Klägerin auf der Homepage der PipeTransport AG immer aktuelle und detaillierte Informationen zum Stand der Arbeiten fin-

det. Sobald die Beklagte also das Ausmass und die Dauer definitiv abschätzen konnte, erfolgte eine unverzügliche Information auf der Homepage.

cc) *Fazit: Force Majeure ist zu bejahen*

51 Bei den Vorfällen vom 23. Juli 2013 handelt es sich um aussergewöhnliche und nicht vorhersehbare Umstände, welche von der Beklagten unverzüglich auf ihrer Homepage bekannt gemacht wurden. Somit liegt ein Fall von höherer Gewalt nach Art. 23 TV vor.

**b) Eventualiter: Nichtleistung aufgrund subjektiver ursprünglicher Unmöglichkeit**

52 Sollte das Gericht die Berufung auf Force Majeure nicht akzeptieren, fällt der Vertrag nach Art. 119 i.V.m. Art. 114 OR dahin (SCHWENZER, N. 64.08). Es ist unbestritten, dass zwischen der PipeTransport AG und der Klägerin ein Vertrag über das Zurverfügungstellen der Kapazität zustande gekommen ist. Es wird auch nicht angezweifelt, dass die Beklagte in der Zeit zwischen dem 23. Juli 2013 und dem 23. Dezember 2013, aufgrund von Unmöglichkeit der vertraglich versprochenen Leistung, kein Gas transportieren konnte.

53 Es liegt, wie von der Klägerin richtig vorgebracht, ein Fall von anfänglicher, subjektiver Leistungsunmöglichkeit vor. Die Schuldnerin haftet jedoch dabei nur nach Art. 97 OR, wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von ihrer Unfähigkeit, die Leistung zu erbringen, „wusste oder bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen“ (BGE 111 II 352, E. 2a; SCHWENZER, N. 64.08).

54 Wusste die Beklagte nicht von der anfänglichen und subjektiven Unmöglichkeit und ist diese daher von ihrer Seite unverschuldet, erlischt die Forderung nach Art. 119 Abs. 1 OR (SCHWENZER, N. 64.08).

55 Der Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten kam am 23. Juli 2013 durch Zuschlag an der Auktion zustande (Art. 235 Abs. 1 OR). Dabei spielt es keine Rolle, ob die vertraglichen Wirkungen bzw. die vertragliche Leistung erst später begann und der Vertrag am 3. August 2013 noch verschriftlicht wurde.

56 Am Auktionstag kam es zum ersten Mal um 10.20 Uhr zu einem Zwischenfall. Die Beklagte stoppte den Gastransport aus Sicherheitsgründen, da ein grosser Stein die Pipeline beschädigen könnte (vgl. EAZ, Rz. 15). Da dies jedoch eine reine Vorsichtsmassnahme darstellte und dabei kein Schaden entstand, lag noch keine Aufklärungspflicht der Beklagten vor. Die Nachricht, dass durch einen erneuten Zwischenfall ein wesentlicher Schaden an der Pipeline entstand, erfuhr die PipeTransport AG um 16.00 Uhr dieses Tages. Erst dann war sie sich bewusst, dass sie momentan nicht mehr in der Lage war, den Transport des Gases zu gewährleisten. Die Auktion ging bereits um 17.30 Uhr zu Ende. Im Regelfall informierte die Beklagte die Kunden und Gesellschafter immer innert gut 24 Stunden über jegliche mögliche Ein-

schränkungen der Kapazität infolge unvorhergesehener Ereignisse (vgl. Verfügung Nr. 2, Rz. 6 und Rz. 12). Es zeigt sich, dass es intern eine gewisse Zeit braucht, um Informationen weiterzuleiten, zu prüfen und dann zu veröffentlichen.

- 57 Die Mitteilung auf der Homepage erfolgte bereits zwei Stunden nachdem die Beklagte vom zweiten Zwischenfall erfuhr. Die unbestimmte Formulierung der Mitteilung verdeutlicht zusätzlich, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der Auktion noch in keiner Weise abschätzen konnte, in wie weit die Pipeline überhaupt beschädigt wurde und wie lange der Transport unterbrochen sein würde.
- 58 Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass es der Beklagten bis anhin nach Steinschlägen jeweils nach kurzer Zeit möglich war, die Leitung für den Gastransport wieder freizugeben. Sie konnte daher nicht damit rechnen, dass der Zwischenfall solch schwerwiegende Folgen haben wird und die Unmöglichkeit bei Beginn der vertraglichen Leistungspflicht immer noch andauern werde. Es wäre nicht verhältnismässig, der Beklagten – welche gewinnorientiert zu wirtschaften hat – vorzuwerfen, sie hätte die Auktionsteilnehmer über die noch ungeklärte Situation während der Auktion informieren müssen. Bei einer Auktion – welche in einem geschlossenen Rahmen zu vordefinierten Bedingungen stattfindet – hat jede Information direkte Auswirkungen auf das Bieterverhalten der potentiellen Kunden. Solange die PipeTransport AG während der Auktion nur solche Mitteilungen zurückhält, welche nicht gesichert und so nur spekulativ sind und nicht vorsätzlich gesicherte Informationen zurückhält, ist dies völlig gerechtfertigt.
- 59 Das Unwetter und die daraus resultierenden Beschädigungen der Pipeline geschahen unmittelbar vor Vertragsschluss, womit der Beklagten nicht vorgeworfen werden kann, sie hätte damals bereits erkennen können, dass ihre Leistung im Oktober (insbesondere wegen der Nichtfreigabe der Leitung durch die rumänischen Behörden) unmöglich sein wird. Der Vertrag erlischt somit mit all seinen Nebenrechten nach Art. 119 Abs. 1 OR (BGE 111 II 352, E. 2a).

**c) Eventualiter: Nichtleistung infolge Erlass**

- 60 Nach Art. 115 OR kann die Gläubigerin mit Einverständnis des Schuldners die teilweise Aufhebung einer Forderung veranlassen. Durch Übereinkunft kann also ein Schuldverhältnis ganz oder teilweise aufgehoben werden (HUGUENIN, N. 726). Wenn das Vertragsverhältnis bestehen bleibt und lediglich teilweise Forderungen erlassen werden, ist bei der Formerfordernis der Aufhebung auf Art. 12 OR abzustellen (HUGUENIN, N. 735).
- 61 Vom 23. Juli bis zum 23. Dezember 2013 wurde infolge Nichtleistung der Beklagten von der Klägerin kein monatlicher Transportpreis gem. Art. 12 TV geleistet. Die Parteien haben sich

infolge der Nichtfreigabe der Leitung durch die rumänischen Behörden einvernehmlich dazu geeinigt, dass die Klägerin nicht zu einer Gegenleistung verpflichtet ist. Weitere Ansprüche bzgl. des Schadenersatzes haben die Parteien jedoch nicht besprochen. Es ist somit klar, dass die Klägerin sich mit dem Erlass ihrer Leistung für die erste Periode zufriedenstellte. Durch die Qualifizierung des Vertrags als Innominatkontrakt – zusammengesetzt aus Fracht- und Mietvertrag – besteht kein Formerfordernis, da gem. Art. 11 Abs. 1 OR Verträge nur einer bestimmten Form bedürfen, wenn dies vom Gesetz vorgeschrieben wird. Die Verhandlungen haben mündlich stattgefunden und erfüllen damit das Formerfordernis.

- 62 Die Beklagte ist der Klägerin mit dem Erlass der Bezahlung des Transportpreises entgegen gekommen. Die Übereinkunft bezog sich auf Erlass der Leistung und nicht auf Leistung eines zusätzlichen Schadenersatzes. Die Parteien haben sich also darauf geeinigt, die gegenseitigen Forderungen nach Art. 115 OR teilweise zu erlassen und den Vertrag weiter bestehen zu lassen.

## **2. Eventualiter: Beklagte hat keine vertraglichen Pflichten verletzt**

- 63 Sollte das Gericht trotzdem von einer Nichtleistung der Beklagten ausgehen, fehlt es für eine vertragliche Haftung nach Art. 97 OR neben der Kausalität auch am Verschulden der Beklagten.

### **a) Fehlende Kausalität**

- 64 Es trifft zu, dass in der Periode vom 23. Juli 2013 bis zum 23. Dez 2013 kein Gas transportiert wurde. Ebenso wenig bestritten ist, dass der Klägerin dadurch ein Schaden entstanden ist. Es liegt jedoch keine Kausalität zwischen der Nichtleistung und dem Schaden vor. Die Klägerin stützt ihren vertraglichen Anspruch auf einer Unterlassung der Aufklärungspflicht, sowie auf unterlassene Sicherungsmassnahmen. Bei einem Unterlassungssachverhalt wird der hypothetische Kausalzusammenhang verlangt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N. 2950). Die Unterlassung ist kausal, wenn der Schaden bei Vornahme der gebotenen Handlung nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge verhindert worden wäre (BGer 4A.520/2007, E. 4).
- 65 Der Schaden hätte jedoch nicht dadurch verhindert werden können, dass die Beklagte der Klägerin mitgeteilt hätte, dass das Risiko eines Steinschlags bestand. Insbesondere, weil die Klägerin einerseits durch ihren langjährigen geschäftlichen Kontakt (vgl. EAZ, Beilage K-9) und andererseits durch Vertretung im Verwaltungsrat der Beklagten von der latenten Gefahr von Steinschlägen wusste (vgl. Rz. 30 ff.). Trotz Kenntnis der unsicheren Situation um die Pipeline hat die Klägerin an der Auktion teilgenommen. Somit wäre der Schaden bei der Klägerin auch dann eingetreten, wenn die PipeTransport AG die Klägerin nochmals zusätz-

lich über die Situation der Pipeline informiert hätte. Der Fakt, dass die Klägerin trotz Kenntnis der lokalen Gefahrensituation (vgl. Rz. 30 ff.) an der Auktion teilgenommen hat, zeigt, dass eine allfällige Aufklärungspflichtverletzung nicht kausal für den Schaden war. Eine Aufklärungspflichtverletzung aus der ausgebliebenen Information über die Beschädigung der Leitung ist mit Verweis auf Rz. 68 ebenfalls nicht gegeben.

66 Weiter kann auch die unzureichende Sicherheitsvorkehrung nicht für den Schaden der Klägerin verantwortlich gemacht werden. Die Beklagte hat bereits im Jahre 2012 Sicherungsmassnahmen zur zusätzlichen Gewährleistung der Leistung veranlasst, obwohl bis dahin noch keine gravierenden Schäden oder Unterbrüche zu verzeichnen waren (vgl. Pig Passage sowie geologisches Gutachten). Die PipeTransport AG hat ein existentielles Interesse daran, ihre einzige Ertragsquelle – die Pipeline – zu erhalten und hat darum stets alles in ihrer Macht stehende getan, um die Sicherheit der Pipeline zu gewähren. Die Beklagte hat durch eine Pig Passage und die Erstellung des geologischen Gutachtens deutlich gemacht, wie wichtig ihr die Funktionstüchtigkeit der Leitung ist. Es kann somit keineswegs behauptet werden, es seien Sicherungsmassnahmen unterlassen worden, die kausal für den Schaden waren. Insbesondere ist zu beachten, dass man sich gegen Naturereignisse nie ganz absichern kann und die Naturgewalt ebenso auch nach der Auktion hätte eintreffen können. Zudem war die Klägerin über die lokalen geologischen Risiken aufgeklärt (vgl. Rz. 56).

67 Die Kausalität zwischen den vorgeworfenen unterlassenen Sicherungsmassnahmen, sowie der vorgeworfenen unterlassenen Aufklärung und dem Schadenseintritt, ist somit nicht gegeben.

#### **b) Fehlendes Verschulden**

68 Gemäss Art. 97 OR wird neben der Vertragsverletzung, dem Schaden und dem Kausalzusammenhang auch ein Verschulden des Schädigers für einen Schadenersatzanspruch vorausgesetzt (HUGUENIN, N. 857). Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie hätte grob fahrlässig gehandelt, indem sie trotz Kenntnis des geologischen Gutachtens keine Sicherungsmassnahmen ergriffen hat und der Klägerin trotzdem verbindliche Kapazität verkauft hat. Gemäss Bundesgericht verhält sich grob fahrlässig, wer eine elementare Vorsichtspflicht verletzt, deren Beachtung sich jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage aufdrängt (BGE 92 II 250, E. 2). Eine durchschnittlich sorgfältige Person hätte im konkreten Sachverhalt ebenfalls alle Kunden direkt via Homepage über die Vorfälle informiert. Sie hätte in der konkreten Situation ebenfalls keinen Anlass gesehen, die Klägerin noch zusätzlich zu informieren, da für jedermann klar war, dass die Klägerin durch die Vertretung im Verwaltungsrat bereits aus erster Hand informiert war.

- 69 Es ist unbestritten, dass die Beklagte durch das geologische Gutachten Kenntnis von der unsicheren Situation im Retezatgebirge hatte. Ebenso ist es aber auch nicht bestritten, dass die Beklagte unverzüglich nach Kenntnisnahme der lokalen Gefahrenzone weitere Schritte eingeleitet hat, um die Pipeline zusätzlich zu sichern (EAZ, Beilage K-14). Im internen Mailverkehr der PipeTransport AG werden die Arbeiten bezüglich Stabilisierung des Flussbettes gleich auf die nächste Woche angekündigt und sie sind sich bewusst, dass die Sicherungsmassnahmen keinesfalls aufgeschoben werden können.
- 70 Die elementare Vorsichtspflicht beim Betrieb einer Pipeline ist neben der Instandhaltung auch die Überprüfung der Sicherheitsvorkehrungen der Pipeline für den reibungslosen Gastransport.
- 71 Die Beklagte hat bereits im Jahre 2012 ein geologisches Gutachten in Auftrag gegeben, nach dem einige Vorfälle zu kurzen Gefahrensituationen geführt haben. Zudem hat sie versucht, den Transport trotz unvorhergesehenen Naturereignissen (vgl. EAZ Beilage K-11) jederzeit so gut wie möglich zu gewährleisten. Zur Ermittlung einer Handlungsinitiative hat die Beklagte mittels einer Pig Passage Mitte bis Ende Oktober 2012 das Ausmass einer möglichen Beschädigung durch bereits erfolgte Steinschläge ermitteln lassen.
- 72 Nach dem Gewitter und den heftigen Steinschlägen am 23. Juli 2013 hat die Beklagte den Transport im Hinblick auf ihre Pflicht als vernünftige und vorsichtige Betreiberin unterbrochen. Die PipeTransport AG konnte die Sicherheit des Gastransportes in dieser Situation nicht mehr gewährleisten. Die Beklagte transportierte das Gas der Klägerin und musste sicherstellen, dass dieses durch eine Beschädigung der Pipeline nicht entweicht. Es war also die vernünftige Reaktion, den Transport sicherheitshalber vorläufig einzustellen. Weiter muss sich die Betreiberin an die Vorgaben der rumänischen Behörden halten, welche den fortführenden Gastransport untersagt haben (EAZ, Beilage K-18).
- 73 Die Beklagte hat damit ihre Sorgfaltspflicht jederzeit erfüllt. Bis dato hat die PipeTransport AG die Pipeline stets vorschriftsgemäss gewartet und die Sicherungsmassnahmen stetig verbessert, erneuert und erweitert. Beim Abschluss eines Risikogeschäftes wie es sich im Sachverhalt darstellt, kann nie eine hundertprozentige Sicherheit der Leistung gewährleistet werden. Aus diesem Grund finden sich im Transportvertrag auch explizit Klauseln zum Haftungsausschluss (Art. 19 TV sowie Art. 23 TV), was zeigt, dass sich beide Parteien dem latenten Risiko des Geschäfts bewusst waren.
- 74 Vom 19. Juli 2013 bis zum 23. Juli 2013 um 15.30 wurde die Pipeline effektiv nicht beschädigt. Durch die herrschenden Unwetter zu diesem Zeitpunkt bestand jedoch ein immenses Risiko für eine bevorstehende Schädigung. Am 22. Juli 2013 wurde dieses Risiko intern klar

kommuniziert und intensiv an einer Lösung gearbeitet (EAZ, Beilage K-14). Es wurden sofort Stabilisierungsarbeiten für die darauffolgende Woche, sowie Wartungsarbeiten für Ende September bis Dezember 2013 veranlasst (vgl. Rz. 69).

- 75 Der Vorwurf der Klägerin, die Beklagte hätte zu lange abgewartet, bevor Massnahmen bezüglich einer Lösung der im geologischen Gutachten dargelegten Probleme veranlasst wurden, ist unbegründet. Die Erstellung des Gutachtens dauerte mehr als ein halbes Jahr und deutet somit auf die komplizierte geologische Situation im Retezatgebirge hin. Es wäre nicht verhältnismässig, die Abklärungen bezüglich des weiteren Vorgehens und der dazugehörigen Planung innert Tagesfrist zu verlangen.
- 76 Da die Beklagte von langer Hand geplant hat, die Sicherheit der Pipeline im Sommer zu erhöhen, kann von der Klägerin nicht hervorgebracht werden, die Beklagte hätte beim Verkauf von verbindlicher Kapazität ab Oktober 2013 eine Nichterfüllung in Kauf genommen. Die Beklagte hat vielmehr alles Erdenkliche getan, um die Sicherheit der Pipeline soweit zu erhöhen, dass auch der Transport der verbindlichen Kapazität für die Klägerin ab Oktober 2013 wieder risikolos gewährleistet werden kann.
- 77 Die Beklagte ist somit all ihren Pflichten als vernünftige und vorsichtige Betreiberin nachgekommen, indem sie bis anhin nach einer gründlichen internen Abklärung über jeden Zwischenfall und dessen Folgen informiert hat. Zudem hat sie stets alle zumutbaren Sicherheitsvorkehrungen getroffen.
- 78 Der Beklagten kann somit kein grob fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden, weshalb die Anschuldigungen ungerechtfertigt sind.

### **3. Es liegt weder eine absichtliche Täuschung und noch ein Irrtum vor**

- 79 Der Vorwurf, die Klägerin sei nach Art. 28 Abs. 1 OR von der Beklagten durch aktive Unterdrückung von Tatsachen absichtlich getäuscht worden, ist zurückzuweisen. Die Klägerin unterstellt der Beklagten, dass sie Tatsachen nicht offenlegte, obwohl sie dazu ganz klar verpflichtet gewesen wäre (vgl. BGE 116 II 431, E. 3a).
- 80 Es kann nicht behauptet werden, die Beklagte hätte der Klägerin absichtlich verschwiegen, dass es während der Auktion zu einer Beschädigung der Pipeline gekommen ist. Wenn man selbst keine Kenntnis von einem Ereignis bzw. dessen Ergebnis hat, kann man dieses auch nicht verschweigen.
- 81 Selbst wenn das Gericht zum Schluss kommt, die Beklagte hätte der Klägerin Tatsachen verschwiegen, geschah dies bestimmt nicht absichtlich. Hätte die PipeTransport AG gewusst, dass sie im Oktober 2013 keine verbindliche Kapazität liefern kann, hätte sie bestimmt keinen solchen Vertrag geschlossen. Die Beklagte hat schliesslich keinen Vorteil davon gehabt,

verbindliche Kapazität zu verkaufen. Sie musste der Klägerin die Bezahlung der Kapazität sowieso erlassen, da sie die Kapazität in der ersten Periode gar nicht liefern konnte.

82 Ferner beruft sich die Klägerin darauf, sich in einem Irrtum befunden zu haben. Der Vertragswille des Irrenden beruht dabei auf einer falschen Vorstellung über die tatsächliche Sachlage (HUGUENIN, N. 470).

83 Die Klägerin kannte jedoch den Zustand der Pipeline (vgl. Rz. 31 f.) und kann sich als langjährige Gesellschafterin nicht auf den Standpunkt stellen, sie hätte gedacht, dass beim Kauf von verbindlicher Kapazität die Sicherheit der Pipeline stets zu hundert Prozent gewährleistet sei. Die Klägerin wusste vom geologischen Gutachten und somit auch, dass die geologische Situation zum Zeitpunkt der Auktion kritisch war. Gleichzeitig wusste sie aber auch, dass die Beklagte alles unternahm, um die Gefahrensituation zu entschärfen, damit die Sicherheit der Pipeline bis zum Beginn des Transports im Oktober wieder gewährleistet werden kann. Aus diesem Grund entschied sich die Klägerin, bei der Auktion fixe Kapazität zu ersteigern und nicht etwa, weil sie der Meinung war, dass das Retezatgebirge absolut frei von geologischen Risiken sei.

84 Da der Klägerin die Sachlage zum Vertragsschluss klar war, kann kein Irrtum geltend gemacht werden. Ebenso wenig kann sich die Klägerin auf eine absichtliche Täuschung berufen, da weder eine Täuschungshandlung, noch eine Täuschungsabsicht vorlag.

#### **4. Fazit**

85 Die Beklagte konnte die vertragliche Pflicht aufgrund von Force Majeure nicht einhalten. Gemäss Art. 23 Abs. 4 TV wird die Beklagte jedoch in diesem Fall von ihrer Leistungspflicht befreit. Im Gegenzug wurde die Klägerin in beidseitigem Einverständnis von ihrer Gegenleistungspflicht befreit.

86 Selbst wenn das Gericht das Vorliegen von Force Majeure verneint, besteht kein Schadenersatzanspruch aus einer Verletzung des TV. Einerseits fehlt es an der Kausalität und andererseits liegt kein Verschulden der Beklagten vor.

87 Die Ansprüche der Klägerin auf Schadenersatz für den aufgrund des Transportunterbruchs entstandenen Schadens in der ersten Periode, sind somit vollumfänglich abzuweisen.

### **C. Keinen Anspruch auf Reduktion des Transportpreises**

88 Der monatliche Transportpreis ist von der Klägerin vom 24. Dezember 2013 bis 24. Februar 2014 (zweite Periode) gemäss Art. 12 TV vollumfänglich zu bezahlen.

#### **I. Verbindliche Kapazität lag vor**

89 Gemäss Art. 5 TV wurde von den Parteien die verbindliche Kapazität vertraglich vereinbart. Aufgrund der technischen Kapazität (EU Verordnung, Art. 2 Abs. 1 Ziff. 18) der Pipeline,

den früheren Erfahrungen beim Transport und den Erfahrungen der Beschädigung der Pipeline im Jahre 2012, kann man von einer verbindlichen Kapazität (EU Verordnung, Art. 2 Abs. 1 Ziff. 16) ausgehen.

- 90 Dass, wie die Klägerin behauptet, eine unterbrechbare Kapazität vorliegt, ist zu verneinen. Denn gem. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 13 EU Verordnung beinhaltet die unterbrechbare Kapazität die Möglichkeit unter festgelegten Bedingungen den Transport vom Fernnetzbetreiber zu vermindern oder gar zu unterbrechen. Vorliegend wurden im TV keine Bedingungen festgelegt, um den Transport willkürlich zu unterbrechen, ausser für die Wartung und den Umstand von Force Majeure (Art. 7 TV). Damit das Pipelinesystem vernünftig und vorsichtig betrieben werden kann, gehört es auch bei der verbindlichen Kapazität dazu, dass solche Vorbehalte einer Unterbrechung gewährleistet werden, damit die Leitungen ordnungsgemäss gewartet werden können. Eine Reduktionsmöglichkeit bei Vorliegen von Force Majeure (Art. 7 Abs. 2 TV i.V.m. Art. 23 TV) läuft der verbindlichen Kapazität nicht zuwider, da solche Umstände ausserhalb des Einflussbereiches bzw. Risikobereiches des Betreibers zuzuordnen sind (BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N. 8) und von den Parteien einvernehmlich genehmigt wurden.
- 91 Vorliegend handelt es sich bei der Mitteilung der Beklagten (EAZ, Rz. 20) um eine rein informelle Darlegung der Gefahr, dass durch die Inanspruchnahme der Notleitung mögliche Unterbrüche stattfinden können. Dies wurde bereits ab September 2012 (EAZ, Beilage K-5 f.) von der Beklagten so gehandhabt, da die Information einer möglichen Unterbrechung eine Pflicht des vorsichtigen und vernünftigen Betreibers darstellt.
- 92 Diese rein informative Benachrichtigung der Beklagten stellt in keinem Fall eine Vertragsanpassung dar. Damit das Gericht einen Vertrag anpasst, müssen die nachträglich veränderten Verhältnisse zu einer nicht vorhersehbaren und nicht vermeidbaren gravierenden Äquivalenzstörung führen (HUGUENIN, N. 327). Im konkreten Fall fehlt es bereits an der gravierenden Äquivalenzstörung. Dadurch, dass die Klägerin die volle Leistung erhalten hat, und dafür den abgemachten Preis bezahlt hat, besteht kein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (vgl. HUGUENIN, N. 329). Zudem haben sich die Verhältnisse faktisch nicht geändert. Der Umstand, dass die Kapazität für die zweiten Periode über eine Notleitung zur Verfügung gestellt wurde, hatte keinen Einfluss auf den Wert der Leistung.

## **II. Eventualiter: Zulässige Reduktion gemäss Art. 7 TV**

- 93 Sollte das Gericht entgegen den Darlegungen in Rz. 88 ff. annehmen, dass die Beklagte bei einem Transportvertrag mit verbindlicher Kapazität faktisch nur unterbrechbare Kapazität zur Verfügung gestellt hat und es trotz Einhaltung der abgemachten Kapazität zu Unterbrüchen

gekommen ist, kann trotzdem keine Reduktion des Preises verlangt werden, da sich die Beklagte in Art. 7 TV dagegen vertraglich abgesichert hat.

### **1. Vorliegen von zulässiger Wartungsarbeit**

94 Gemäss Art. 7 Abs. 1 TV darf der Betreiber auf Grund von Wartungsarbeiten und Erweiterungen die Kapazität reduzieren. Wartungen werden im Transportvertrag in Art. 1 als Instandhaltungen definiert, die beim ordentlichen Betrieb nötig sind, um die Kontinuität, die Regularität und die Sicherheit des Erdgastransportes zu gewährleisten. Da die vorsichtige und vernünftige Betreiberin eine die Gefahrenzone umgehende, permanente Umleitung errichten musste, hat sie in der zweiten Periode eine provisorische Notleitung errichtet, damit der Betrieb trotzdem weiterlaufen kann. Die Betreiberin ist damit ihrer Pflicht nachgekommen, den Erdgastransport mit Kontinuität und Sicherheit zu gewährleisten. Somit kann für die zweite Periode eine Instandhaltung nach Art. 7 Abs. 1 TV bejaht werden und der Preis für diese Periode bestimmt sich trotz allfälligen Unterbrüchen nach der verbindlichen Kapazität.

95 Im Falle von Wartungen sind bei einer verbindlichen Kapazität trotzdem Unterbrüche bis zu einem üblichen Masse von 480 Stunden im Jahr voll zu entlönnen (Art. 7 Abs. 3 TV). Zu diesen Stunden zählen nur solche, welche durch die ordentliche Wartung und durch Unterhaltsarbeiten verursacht werden. Die Unterbrechung der ersten Periode, die durch den Force Majeure Umstand anfiel, darf nicht hinzugezählt werden, da nach Art. 23 Abs. 1 TV der Betreiber „für die Nichterfüllung seiner Pflichten nicht einzustehen“ hat. Erst wenn die Unterbrüche mehr als 480 Stunden im Jahr betragen, kann der Transportpreis durch eine Reduktion angepasst werden. Schlussendlich hat die Beklagte die vertraglich abgemachte Kapazität in der zweiten Periode eingehalten.

### **2. Vorliegen von Force Majeure**

96 Wie in Rz. 45 ff. dargelegt, liegt ein Fall von Force Majeure nach Art. 23 TV vor. Durch die Beschädigung der Hauptleitung am 23. Juli 2013 durch den Umstand des Force Majeure, war die Hauptleitung auch in der zweiten Periode noch immer nicht funktionsfähig, wie dies eigentlich für die verbindliche Kapazität vorgesehen war. Die Beklagte hat sich gemäss Art. 23 Abs. 2 TV als vernünftige und vorsichtige Betreiberin beim Eintritt eines Force Majeure Umstandes zu vergewissern, dass die „technisch und wirtschaftlich möglichen und vernünftigen Massnahmen[...] erfüllt sind“, damit sie ihren Pflichten wieder nachkommen kann. Die Beklagte hat durch die Erstellung der Notleitung alles technisch wie auch zeitlich Mögliche getan, um den Transport in der zweiten Periode zu gewährleisten. Die Beklagte hat sich in jeder Situation als vernünftiger und vorsichtiger Betreiber nach Art. 1 TV i.V.m. Art. 7 TV und Art. 23 TV verhalten.

### **III. Analoge Anwendung des Werkvertrages ist ausgeschlossen**

- 97 Entgegen den Ausführungen der Klägerin liegt hier kein Innominatvertrag mit werkvertraglichen Elementen vor. Ein Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR zeichnet sich dadurch aus, dass der Unternehmer – im vorliegenden Sachverhalt die Beklagte – zur Herstellung eines Werkes verpflichtet wird und die Bestellerin – also die Klägerin – im Gegenzug eine Vergütung schuldet. Beim Werkvertrag wird im Gegensatz zum Auftrag zusätzlich ein Erfolg geschuldet (HUGUENIN, N. 3122). Als Werk i.S.v. Art. 363 OR sind körperliche wie auch unkörperliche Arbeitsergebnisse zu qualifizieren. Als unkörperliches Werk werden wissenschaftliche und künstlerische, also im Allgemeinen geistige Werke verstanden (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 363-379 N. 2). Bei einem unkörperlichen Werk darf das Erreichen des Erfolges nicht von Faktoren abhängen, auf welche der Hersteller keinen Einfluss hat (CHK Vertrag II-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 363 N. 2). Nach der Rechtsprechung muss das Resultat nach objektiven Kriterien überprüfbar sein, also als richtig oder falsch zu bestimmen sein (BGE 127 II 323, E 2c;).
- 98 Die Beklagte wird durch den Transportvertrag zwar verpflichtet, eine gewisse Kapazität zur Verfügung zu stellen (vertraglich geschuldeter Erfolg), damit das Gas transportiert werden kann. Es geht dabei jedoch nur um das Zurverfügungstellen der Kapazität für den Gastransport und es wird dabei weder ein körperliches, noch ein unkörperliches Werk hergestellt. Ein unkörperliches Werk liegt nicht vor, da die Beklagte auf die Unterbrechungen durch die äusseren Umstände keinen Einfluss hatte und die Kapazität nicht objektiv als richtig oder falsch zu qualifizieren ist.
- 99 Selbst wenn das Gericht von einem Dauerwerkvertrag ausgeht und die Kapazität als Werk betrachten sollte, kann gemäss Art. 368 Abs. 2 OR trotzdem keine Minderung des Preises gefordert werden. Ein Mangel ist ein „vertragswidriger Zustand des Werkes, der darin besteht, dass dem Werk eine vertraglich geforderte Eigenschaft fehlt“ (GAUCH, N. 1356). Die verbindliche Kapazität ist zwar eine vertraglich geforderte Eigenschaft, jedoch muss für die Geltendmachung von Art. 368 Abs. 2 OR zusätzlich zum Mangel eine effektive Wertdifferenz, also ein Minderwert, vorliegen (GAUCH, N. 1627). In der zweiten Periode konnte aber die vertraglich vereinbarte Kapazität effektiv eingehalten werden und somit liegt keine Wertdifferenz vor.

### **IV. Keine analoge Anwendung des Mietrechts**

- 100 Die analoge Anwendung des Mietrechts im Bereich der Gebrauchsüberlassung auf der im TV festgesetzten Kapazität, ist machbar (Klageschrift, Rz. 93). Die Klägerin macht jedoch gel-

tend, gemäss Art. 258 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 259d OR die Transportkosten herabzusetzen, da die Mietsache einen Mangel aufweise.

- 101 Die Klägerin nimmt die nach ihrer Ansicht mangelhafte Sache trotzdem an und somit liegt hier, entgegen den Ausführungen der Klägerin, kein Rücktritt wegen erheblicher Beeinträchtigung vor. Vielmehr versucht die Klägerin nach Art. 258 Abs. 3 Lit. a die Herabsetzung nach Art. 259d OR geltend zu machen, da sie von einer Schlechterfüllung ausgeht. Unter Schlechterfüllung wird die Übergabe der Sache mit einem Mangel verstanden (KOMMENTAR ZUM MIETRECHT, Art. 258 OR, N. 5). Unter Art. 259d OR wird die Tauglichkeit nicht ganz ausgeschlossen oder erheblich beeinträchtigt, sondern der Gebrauch wird lediglich vermindert.
- 102 „Ein Mangel liegt vor,[...] wenn eine Eigenschaft fehlt, die der Mieter bei dem für den vertraglichen Gebrauch tauglichen Zustand voraussetzen darf“ (MIETRECHTSPRAXIS, S. 223). Ein Mangel nach Art. 259d OR muss eine massive Beeinträchtigung darstellen, die zeitweise den Gebrauch der Mietsache ganz oder teilweise verunmöglicht.
- 103 Durch die Beschädigung an der Pipeline (EAZ, Beilage K-17) ist der Transport des Erdgases während der ersten Periode unmöglich. Für die zweite Periode wurde jedoch eine Notleitung geschaffen, welche die vertragliche Leistung der Beklagten ermöglichte. Somit kann sich die Klägerin nicht auf einen Mangel berufen. Der Mangel in der Gebrauchsüberlassung (Kapazität) und der Nutzung der Sache (Transport an den Zielort) wurde durch die Notleitung behoben und die vertraglichen Leistungen der Beklagten wurden während der zweiten Periode vollends erbracht. Für die zweite Periode ist deshalb von einer Geltendmachung von Art. 258 OR abzusehen.

#### **D. Das Rechtsbegehren der Klägerin ist abzuweisen**

Wir ersuchen Sie, sämtliche Forderungen der Klägerin abzuweisen. Aus dem MoU können keine Ansprüche geltend gemacht werden, da es an einer rechtlichen Grundlage für einen Schadenersatzanspruch fehlt. Weiter liegt keine Vertragsverletzung in der ersten Periode vor, da die Nichtleistung u.a. aufgrund von Force Majeure gerechtfertigt ist. Für eine Reduktion des Transportpreises für die zweite Periode gibt es ebenfalls keinen Rechtsgrund. Die Beklagte hat ihre Pflicht in diesem Zeitraum vollständig erfüllt und die Klägerin kam in den Genuss von verbindlicher Kapazität. Reduktionsgründe liegen keine vor.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 2