

Moot Court Team 5  
Katja Gfeller  
Fabian David Glinz  
Katharina Constanze Röhl  
Simone Schmid

**EINSCHREIBEN**

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der  
Swiss Chambers' Arbitration Institution  
c/o Zürcher Handelskammer  
Selnaustrasse 32  
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 6

gegen

**PipeTransport AG**

Baarerstrasse 145, 6300 Zug, Schweiz

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team 5

Sehr geehrter Herr Präsident,  
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

**Rechtsbegehren:**

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

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>VI</b>
----------------------------------	-----------

<b>Entscheidverzeichnis .....</b>	<b>XI</b>
-----------------------------------	-----------

<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>XV</b>
-----------------------------------	-----------

### **I. Der Einrede der Unzuständigkeit ist stattzugeben .....**

1. Auslegung von Schiedsklauseln ..... 1
2. Das Schiedsgericht kann im eingeleiteten Verfahren nur Ansprüche der Klägerin 1 aus ihrem Transportvertrag beurteilen ..... 1
3. Das Schiedsgericht kann im eingeleiteten Verfahren keine Ansprüche der Klägerinnen 2 und 3 beurteilen ..... 2
4. Bei getrennter Einleitung der Verfahren wäre keine Konsolidierung erfolgt ..... 5
5. Nur auf die Klage der Klägerin 1 aus ihrem Transportvertrag ist einzutreten ..... 5

### **II. Die Beklagte verletzte keine Aufklärungspflichten.....**

1. Sowohl gesetzliche als auch vertragliche Aufklärungspflichten werden vorliegend nach Treu und Glauben beurteilt ..... 6
2. Hinsichtlich der Zwischenfälle vom 19. – 21. Juli 2013 bestand keine Informationspflicht ..... 7
3. Die erfolgte Aufklärung über die Zwischenfälle am 23. Juli 2013 ist nicht zu beanstanden ..... 8
4. Es erfolgte eine hinreichende Mitteilung hinsichtlich des Force Majeure Ereignisses..... 9
5. Eventualiter: Auch die übrigen Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch sind nicht erfüllt..... 10

a)	<i>Es fehlt am hypothetischen Kausalzusammenhang zwischen der angeblichen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden .....</i>	10
b)	<i>Die Beklagte handelte nicht schuldhaft.....</i>	11
6.	Die Klägerin verhielt sich widersprüchlich.....	12
<b>III.</b>	<b>Ein Schadenersatzanspruch für die Erste Periode ist aussichtslos .....</b>	<b>12</b>
<b>IV.</b>	<b>Die Beklagte war während der Ersten Periode von der Lieferpflicht befreit.. .....</b>	<b>12</b>
<b>V.</b>	<b>Eventualiter: Keine Haftung aufgrund von Force Majeure.....</b>	<b>13</b>
1.	Ein Unterbruch von mehreren Monaten war nicht vorhersehbar .....	14
2.	Es besteht ein ausserhalb des Einflussbereichs liegender Hinderungsgrund, der nicht hätte vermieden oder überwunden werden können .....	15
<b>VI.</b>	<b>Die Beklagte trifft kein Verschulden.....</b>	<b>15</b>
1.	Die Beklagte handelte nicht leicht fahrlässig .....	15
2.	Eventualiter: Der Vorwurf der Grobfahrlässigkeit ist haltlos .....	16
<b>VII.</b>	<b>Schadensposition B ist ohnehin nicht zu ersetzen .....</b>	<b>17</b>
<b>VIII.</b>	<b>Der Transportpreis der Zweiten Periode ist nicht zu mindern .....</b>	<b>18</b>
1.	Art. 7 des Transportvertrags schliesst eine Transportpreisreduktion aus.....	18
2.	Eventualiter: Die Klägerin kann sich nicht auf Mängelrechte berufen .....	18
a)	<i>Für die kaufrechtliche Sachgewährleistung fehlt es an einem Mangel.....</i>	18
b)	<i>Für eine Mietzinsherabsetzung fehlt es an einem Mangel .....</i>	19
3.	Eventualiter: Die Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR für einen Schadenersatzanspruch wegen Nichteinhaltung der selbständigen Garantie sind nicht erfüllt .....	20

4. Eventualiter: Es liegt kein Grundlagenirrtum vor .....	20
5. Die Transportpreiszahlungen für die Zweite Periode sind von der Klägerin vollumfänglich zu veranlassen .....	20
<b>IX. Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen .....</b>	<b>20</b>

## Literaturverzeichnis

ABEGGLEN SANDRO, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, Diss. Bern 1995 (zit. ABEGGLEN)  
Rz [29, 31, 47, 49]

AKIKOL DIANA, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Obligationenrecht und UN-Kaufrecht (CISG), in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Band Nr. 31, Zürich 2008 (zit. AKIKOL)  
Rz [85]

ASA Bulletin (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International), 1996, Band 14, Ausgabe 3, S. 496-507 (zit. ASA Bulletin)  
Rz [15]

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012 (zit. BERGER)  
Rz [66]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Auflage, Bern 2015 (zit. BERGER/KELLERHALS)  
Rz [3]

BERGER KLAUS PETER, International Economic Arbitration, Deventer/Boston 1993 (zit. BERGER Arb.)  
Rz [13]

BORN GARY B., International Commercial Arbitration, 2. Auflage, Alphen aan den Rijn 2014 (zit. BORN)  
Rz [11, 14]

BREIDENBACH STEPHAN, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, Diss. München 1989 (zit. BREIDENBACH)  
Rz [25]

BRUNNER CHRISTOPH, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-performance in International Arbitration, Alphen aan den Rijn 2009 (zit. BRUNNER)  
Rz [64, 70]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER)  
Rz [49]

DERENDINGER PETER, Die Nicht- und nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Auflage, Diss. Freiburg 1990 (zit. DERENDINGER)  
Rz [68]

FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 4. Auflage, Bern 1992  
(zit. BK OR-FELLMANN)  
Rz [68, 82]

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftung des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012 (zit. FELLMANN/KOTTMANN)  
Rz [68]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK OR AT-BEARBEITERIN)  
Rz [23, 47]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER)  
Rz [25]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID)

Rz [48]

GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband: Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR, 2. Auflage, Bern 1962 (zit. BK OR-GAUTSCHI)

Rz [76]

GEISINGER ELLIOTT/VOSER NATHALIE (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland – A Handbook for Practitioners, 2. Auflage, Alphen aan den Rijn 2013

(zit. Handbook-BEARBEITERIN)

Rz [14]

GIGER HANS, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, 2. Auflage, Bern 1980 (zit. BK OR-GIGER)

Rz [84]

HANOTIAU BERNARD, Complex – Multicontract–Multiparty – Arbitration, in: Arbitration International – The Official Journal of the London Court of International Arbitration (LCIA), Band 14 Ausgabe 4, S. 369-394, Oxford 1998 (zit. HANOTIAU)

Rz [11, 13]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITERIN)

Rz [23]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011

(zit. BSK OR I-BEARBEITERIN)

Rz [2, 17, 42]



HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. HUGUENIN)

Rz [23, 36, 78, 83]

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, Zürich 2012

(zit. CHK OR-BEARBEITERIN)

Rz [68]

KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband: Inhalt des Vertrages, Unterteilband 1a: Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991

(zit. BK OR-KRAMER)

Rz [74]

MOSER MARTIN/BERGER BERNHARD, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft - zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, Zugleich eine Besprechung des BGE 4C.410/1997 vom 23.6.1998, AJP 1999, S. 541 ff.

(zit. MOSER/BERGER)

Rz [24]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Auflage, Zürich 2007 (zit. POU DRET/ BESSON)

Rz [2, 11]

SCHALLER JEAN-MARC, Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag, AJP 2012, S. 56 ff.

(zit. SCHALLER)

Rz [74]

SCHNYDER ANTON K./PORTMANN WOLFGANG/MÜLLER-CHEN MARKUS, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich 2013 (zit. SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN)

Rz [57]

SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich/Basel/Genf  
2004 (zit. SCHUMACHER)

Rz [84, 85]

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

Rz [25, 27, 73, 78]

TRAIN FRANÇOIS-XAVIER, Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international, in:  
LGDJ, Paris 2003 (zit. TRAIN)

Rz [6]

WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band  
VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die  
Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zit. BK OR-WEBER)

Rz [23, 40, 71]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of In-  
ternational Arbitration, Commentary, 2. Auflage, Zürich 2013

(zit. Swiss Rules-BEARBEITERIN)

Rz [20]

## **Entscheidverzeichnis**

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

1. April 1925

BGE 51 II 190

Rz [60]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

22. Oktober 1964

BGE 90 II 449

Rz [27]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

6. Februar 1979

BGE 105 II 75

Rz [25, 49]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

28. November 1989

BGE 115 II 440

Rz [42]

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom

21. Dezember 1992

BGE 118 V 305

Rz [71]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

29. Januar 1996

BGer 4P.330/1994

Rz [15]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
23. April 1996  
BGE 122 III 229  
Rz [44]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
27. Juni 1996  
BGE 122 III 426  
Rz [84]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
23. Juni 1998  
BGer 4C.410/1997  
Rz [24]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
18. Juli 2000  
BGE 126 III 388  
Rz [87]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
6. September 2000  
BGer 4C.26/2000  
Rz [39]

Urteil der Zivilkammer des Kantonsgerichts Graubünden vom  
2. Oktober 2006  
ZF 06 42  
Rz [25]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
22. Januar 2008  
BGer 4A\_244/2007  
Rz [2]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
7. Februar 2008  
BGer 4A\_408/2007  
Rz [88]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
18. Dezember 2008  
BGer 4A\_404/2008  
Rz [74]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
28. September 2010  
BGE 136 III 528  
Rz [48]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
8. März 2012  
BGer 4A\_627/2011  
Rz [11]

Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. Januar 2013  
BGer 8C\_194/2012  
Rz [57]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
30. September 2013  
BGer 4A\_220/2013  
Rz [84]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. November 2013  
BGE 130 III 66  
Rz [2]

## Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle juristische Praxis
Arb.	Arbitration
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
cic	culpa in contrahendo
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (SR 0.221.211.1)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
E.anzeige	Einleitungsanzeige
e.g.	exempli gratia
f., ff.	folgende
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KGer GR	Kantonsgericht Graubünden
KS	Klageschrift
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft
LCIA	The London Court of International Arbitration

LGDJ	La librairie générale de droit et de jurisprudence
MoU	Memorandum of Understanding
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
OR AT	Allgemeiner Teil des Obligationenrechts
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18. Juni 1993 (SR 211.112.944)
Rz	Randziffer
S.	Seite
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Swiss Rules	Swiss Rules of International Arbitration (June 2012)
TV	Transportvertrag
TV1	Transportvertrag der Klägerin 1
u.a.	unter anderem
UN	United Nations
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZF	Geschäftsnummer des Kantonsgerichts Graubünden
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert



## **I. Der Einrede der Unzuständigkeit ist stattzugeben**

1 Das angerufene Schiedsgericht der Swiss Chambers' Arbitration Institution ist nicht zuständig für die Beurteilung *aller* geltend gemachten Ansprüche der *drei* Klägerinnen. Dies ergibt sich in erster Linie aus der Auslegung der Schiedsklauseln und dem Prinzip der privity of contracts. Nachfolgend werden die Schiedsklauseln im Hinblick auf ihren subjektiven und objektiven Geltungsbereich ausgelegt. Das Ergebnis der Auslegung ergibt, dass das Schiedsgericht einzig für die Klage der Klägerin 1 gestützt auf Art. 33.2 TV zuständig ist.

### **1. Auslegung von Schiedsklauseln**

2 Die Auslegung von Schiedsklauseln richtet sich nach dem anwendbaren Recht (POUDRET/BESSON, Rz 295). Unbestrittenermassen ist dies Schweizer Recht (K-2, K-3, Verfügung Nr. 1 Rz 8). Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung bestätigt, dass Auslegungsgrundsätze privater Willenserklärungen auch auf Schiedsklauseln Anwendung finden (BGer 4A\_244/2007 E. 5.4). Primär ist auf den tatsächlichen Willen der Parteien abzustellen. Kann kein solcher eruiert werden, muss unter Zuhilfenahme des Vertrauensprinzips der hypothetische Parteiwille rekonstruiert werden (BGE 130 III 66 E. 3.2). Hierfür werden u.a. der Wortlaut der Klauseln und die relevanten Umstände, welche die Vertragsabschlüsse begleitet haben, die Interessen der Parteien und die allgemeine Handelsusanz miteinbezogen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 26 ff.). Wie nachfolgend gezeigt wird, erlaubt die ausgelegte Schiedsklausel von TV1 weder ein multi-party noch ein multi-contract Verfahren.

### **2. Das Schiedsgericht kann im eingeleiteten Verfahren nur Ansprüche der Klägerin 1 aus ihrem Transportvertrag beurteilen**

3 Es stellt sich bei einer Mehrheit von Verträgen die Frage, ob Ansprüche aus einem Vertrag unter die Schiedsklausel eines anderen Vertrags fallen. Dies entscheidet sich in erster Linie nach dem Parteiwillen (BERGER/KELLERHALS, Rz 514).

4 Die relevanten Dokumente (Statuten, MoU und Transportvertrag) mit ihren jeweiligen Schiedsklauseln können klar den verschiedenen Rollen der Klägerinnen als Gesellschafterinnen einerseits und als Kundinnen andererseits zugeordnet werden. Die Präambel des MoU sieht ausdrücklich vor, dass „Leistungen des Joint Venture an die Gesellschafter [...] in separaten Verträgen geregelt [werden]“ (K-2). Der Wille der Parteien, die Rollen Gesellschafterinnen/Kundinnen strikt zu trennen, wird daraus ersichtlich und mithin in den jeweiligen Transportverträgen umgesetzt. Ausgehend davon ist es verfehlt, aus dem Grundsatz „ius posterior derogat priori“ eine Verdrängung der Schiedsklauseln der Statuten und des MoU

durch den TV1 herleiten zu wollen (KS 6 Rz 21). Die Schiedsklausel des Transportvertrags besteht neben denen der Statuten und des MoU. Es kann also nicht von einer Hierarchie gesprochen werden, in der eine Schiedsklausel die anderen verdrängt, sondern vielmehr von einem horizontalen Verhältnis.

- 5 Darüberhinaus erklärt die oben erläuterte Rollentrennung die unterschiedliche Wahl des Schiedsortes. Verträge, welche die Klägerinnen in ihrer Stellung als Gründungsgesellschafterinnen eingegangen sind, sehen den Sitz der PipeTransport AG (Zug) als Schiedsort vor. Indem die Beklagte in den Schiedsklauseln der Transportverträge Zürich als Schiedsort wählte, zeigte sie ihr Bestreben, die geschäftlichen Beziehungen zu ihren Kunden und Gesellschaftern, wie im MoU vorgesehen, zu trennen. Entgegen der klägerischen Ansicht (KS 5 Rz 7) ist die Distanz zwischen Zug und Zürich völlig irrelevant. Bei der Auslegung der Schiedsklauseln kommt es auf den Sinn und Zweck der Verwendung unterschiedlicher Schiedsorte an. Die geographische Nähe ändert an der bezweckten Rollentrennung nichts.
- 6 Zusätzlich liefert die Konstellation der Verträge untereinander keinen hinreichenden Anhaltspunkt, um die Schiedsklausel des TV1 auf Ansprüche aus dem MoU auszuweiten. Verträge, welche nebeneinander existieren und einem gemeinsamen Ziel dienen, sowie aufeinanderfolgende Verträge, bei dem der zweite den ersteren erweitert, beendet oder ihn modifiziert, gelten als miteinander verbunden (TRAIN, Rz 17).
- 7 Das MoU respektive die Statuten und der Transportvertrag sind jedoch nicht derart miteinander verknüpft. Das Ziel der Statuten und des MoU ist die Organisation des Joint Ventures; der Transportvertrag dagegen zielt auf die Regelung der geschäftlichen Beziehungen mit den Kunden ab. Er steht also für sich selbst. Weder ergänzt er die Statuten bzw. das MoU noch enthält er einen Zusatz zu der gesellschaftsrechtlichen Organisation des Joint Ventures.
- 8 Es besteht somit kein hinreichender Konnex zwischen dem Transportvertrag einerseits und den Statuten und dem MoU andererseits, um Ansprüche aus diesen unter der Schiedsklausel des TV1 geltend machen zu können.
- 9 Daher kann das Schiedsgericht im vorliegenden Verfahren ausschliesslich Ansprüche der Klägerin 1 aus ihrem Transportvertrag mit der Beklagten beurteilen.

### **3. Das Schiedsgericht kann im eingeleiteten Verfahren keine Ansprüche der Klägerinnen 2 und 3 beurteilen**

- 10 Die Schiedsklausel des TV1 wird nachfolgend im Hinblick auf ihren subjektiven Geltungsbereich ausgelegt. Diese Auslegung zeigt, dass die Klägerinnen 2 und 3 als sog. non-signatories nicht von der Schiedsklausel des TV1 erfasst sind (E.anzeige Rz 24).

- 11 Ausgehend vom Prinzip der *privity of contracts* bindet die Schiedsklausel grundsätzlich nur die zustimmenden Parteien (BGer 4A\_627/2011 E. 3.2). Die Klägerinnen verkennen offensichtlich (KS 6 Rz 9), dass das Prinzip der Relativität der Rechtsverhältnisse einen fundamentalen Grundsatz der Schiedsgerichtsbarkeit darstellt. Schiedsvereinbarungen sind vertraglicher Natur und gründen daher auf dem Konsens der Parteien (POUDRET/BESSON, Rz 239; BORN, S. 250). Aus diesem Parteikonsens ergibt sich die Zuständigkeit der Schiedsrichter, ein zwischen den Parteien eingeleitetes Verfahren durchzuführen (HANOTIAU, S. 372). Das sich aus der Schiedsklausel des TV1 konstituierende Schiedsgericht ist folglich nur legitimiert, über Streitigkeiten der Klägerin 1 und der Beklagten zu urteilen, da sich ausschliesslich diese beiden Parteien der Schiedsklausel unterworfen haben.
- 12 Der gleichlautende Wortlaut der Schiedsklauseln der Transportverträge stellt nach klägerischer Ansicht ein Indiz dafür dar, die Beklagte habe ein Mehrparteienverhältnis in Betracht gezogen. Die Klägerinnen gehen soweit zu behaupten, die Beklagte verhalte sich mit ihrer Berufung auf den Grundsatz der *privity of contracts* widersprüchlich (KS 8 Rz 14). Dieser Vorwurf ist entschieden zurückzuweisen.
- 13 Richtigerweise kann die Verwendung der gleichlautenden Schiedsklausel nach vertrauens-theoretischem Verständnis nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Beklagte einem multi-party Schiedsverfahren zugestimmt hätte. Die Klägerinnen lassen in ihrer Argumentation ausser Acht, dass es sich bei den Schiedsklauseln um die Musterklausel der Swiss Chambers' Arbitration Institution handelt, die in den Swiss Rules selbst vorgeschlagen wird. Die Wahl dieser Klausel bedeutet nur, dass die Beklagte eine im Einklang mit der institutionellen Schiedsordnung stehende Schiedsklausel verwenden wollte und bestätigt mithin lediglich, ein Schiedsverfahren gemäss den Swiss Rules führen zu wollen. In der Literatur wird bestätigt, dass eine identische Schiedsklausel in mehreren Verträgen für sich selbst noch keine Annahme rechtfertigt, die Parteien stimmten einem multi-party Verfahren zu (BERGER Arb., S. 308 f.; HANOTIAU, S. 376)
- 14 Zwar kann bei Vorliegen besonderer Umstände die Schiedsklausel auf non-signatories ausgeweitet werden (KS 1 Rz 6, 11, 12), eine solche Erweiterung entspricht aber immer einer Einzelfallentscheidung (BORN, S. 1414). In Literatur und Rechtsprechung wurden Fallgruppen entwickelt, die in diesen Situationen zur Orientierungshilfe herangezogen werden können (Handbook-BÄRTSCH/PETTI, S. 34 ff.). Die Klägerinnen beziehen sich auf die sog. *group of companies doctrine* (KS 1 Rz 12).
- 15 In ihrer Argumentation übersehen die Klägerinnen jedoch die eindeutige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur *théorie des groupes de sociétés*: Im Butec-Fall hat das Bundesgericht ent-

schieden, dass die group of companies doctrine nur unter spezifischen und aussergewöhnlichen Umständen und angelehnt an die strengen Voraussetzungen der Konzernvertrauenshaftung anzuwenden ist, um non-signatories an die Schiedsklausel zu binden (BGer 4P.330/1994 E. 7 in ASA Bulletin, S. 506).

- 16 Die Klägerinnen sind vorliegend alle Gründerinnen der als Joint Venture gestalteten Beklagten. Sie sind einzig in dem Sinne miteinander verbunden, Aktionärinnen derselben Aktiengesellschaft zu sein. Es liegt zwar eine Gruppe von Unternehmen vor, aber einzig daraus kann nicht geschlossen werden, dass die Klägerinnen 2 und 3 eigene Ansprüche unter der Schiedsklausel des TV1 geltend machen können. Um die Schiedsklausel des TV1 auszuweiten, hätten die Klägerinnen 2 und 3 beim Abschluss, bei der Erfüllung oder Beendigung des Vertrags zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten mitwirken müssen. Dies war keineswegs der Fall. Ebenso wenig sind die Klägerinnen 2 und 3 im Sinne einer Rechtsscheinhaftung durch besondere Umstände in ihrem Glauben zu schützen, sie könnten gemeinsam mit der Klägerin 1 unter ihrem TV1 ein Schiedsverfahren gegen die Beklagte führen. Da jede Klägerin einzeln einen Transportvertrag mit der Beklagten abgeschlossen hat, müssen sie sich ihrer ausschliesslichen vertraglichen Bindung bewusst gewesen sein.
- 17 Die Klägerinnen behaupten weiter, die Beklagte hätte implizit einem Mehrparteienverhältnis zugestimmt, da ein solches in Art. 33.2 TV nicht ausgeschlossen wurde (KS 8 Rz 12). Sie stützen ihre Argumentation darauf, in Art. 23 der Statuten sei die Möglichkeit eines multi-party Verfahrens ausdrücklich vorgesehen. Im Umkehrschluss hätte nach klägerischer Auffassung die Beklagte in ihren Transportverträgen ein solches ausdrücklich ausschliessen müssen. Dieser Schlussfolgerung ist entschieden zu widersprechen. Über den Wortlaut hinaus muss der mutmassliche Parteiwille ermittelt werden. Es ist darauf abzustellen, wie eine vernünftige und redlich handelnde Partei unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände die Willenserklärung nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 13). Ein multi-party Verfahren ergibt sich bei den Statuten ebenso wie bei dem MoU schon aus dem Sinn und Zweck derselben. Es handelt sich um eine Rechtsbeziehung mit mehreren Parteien. Demgegenüber sind an den Transportverträgen jeweils nur zwei Parteien beteiligt. Die Notwendigkeit, ein Mehrparteienverhältnis ausdrücklich auszuschliessen, war also überhaupt nicht angezeigt.
- 18 Die zu beurteilenden Sach- und Rechtsfragen stellen sich alsdann unterschiedlich dar. Insbesondere kann Klägerin 3 keine angebliche absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) geltend machen, da sie an der Auktion am 21./23. Juli 2013 überhaupt nicht mitbot. Im Weiteren schloss sie ihren Transportvertrag schon am 1. Oktober 2012 ab, d.h. die Force Majeure be-

gründenden Umstände ereigneten sich während der Laufzeit ihres Vertrags. Eine Berufung auf vorvertragliche Aufklärungspflichten bleibt ihr somit verwehrt. Sollte sich das Schiedsgericht wider Erwarten für ein gemeinsames Verfahren von Klägerin 1 und 2 zuständig erklären, so ist jedenfalls ein eigenständiges Verfahren für die Ansprüche der Klägerin 3 zu führen.

#### **4. Bei getrennter Einleitung der Verfahren wäre keine Konsolidierung erfolgt**

- 19 Die Klägerinnen argumentieren, dass es keinen Unterschied machen darf, dass sie von Beginn an ein gemeinsames Verfahren eingeleitet haben (KS 6 Rz 4).
- 20 Entgegen der klägerischen Ansicht ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen ihr Einverständnis gegeben haben, ein Schiedsverfahren gemäss den Swiss Rules zu führen und damit die dort statuierten prozessualen Regeln zu befolgen. Die Swiss Rules sehen in Art. 4 eine unmissverständliche Regelung zur Vereinigung von Verfahren und Beteiligung von Drittpersonen vor. Durch die Einleitung einer gemeinsamen Klage missachteten die Klägerinnen die Kompetenz des Schiedsgerichtshofs, Verfahren zu konsolidieren. Erst nach *Konsultation* aller Parteien und der bereits bestätigten Mitglieder der Schiedsgerichte *kann* der Gerichtshof eine Konsolidierung anordnen. Die klägerische Behauptung, einer Vereinigung wäre auf Antrag stattgegeben worden, ist haltlos (E.anzeige Rz 24). Die Klägerinnen können nicht ernsthaft behaupten, sie wüssten, wie der Schiedsgerichtshof nach Konsultation aller Parteien entschieden hätte. Die Praxis des Gerichtshofs zeigt, dass ohne die Zustimmung der Parteien eine Vereinigung grundsätzlich nicht erfolgt (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 26).
- 21 Die Wahl der Swiss Rules soll nach der Meinung der Klägerinnen eine Einwilligung in eine spätere Verfahrensvereinigung bedeuten (KS 6 Rz 1). Dabei verkennen sie, dass es dem Gerichtshof obliegt, eine Konsolidierung durchzuführen und nicht den Klägerinnen selbst. Die Beklagte besteht demnach weiterhin auf ihr Recht, für jedes Verfahren einen Schiedsrichter bestellen zu dürfen und vor einer allfälligen Konsolidierung vom Gerichtshof dazu angehört zu werden.

#### **5. Nur auf die Klage der Klägerin 1 aus ihrem Transportvertrag ist einzutreten**

- 22 Der Einrede der Unzuständigkeit ist aufgrund des Geschilderten stattzugeben.

## II. Die Beklagte verletzte keine Aufklärungspflichten

### 1. Sowohl gesetzliche als auch vertragliche Aufklärungspflichten werden vorliegend nach Treu und Glauben beurteilt

- 23 Eine Aufklärungspflichtverletzung kann einen Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung oder culpa in contrahendo begründen (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 16), je nachdem, ob die Aufklärungspflicht als vorvertragliche oder vertragliche Pflicht qualifiziert wird. Vorausgesetzt wird in beiden Fällen, dass durch die schuldhaft begangene Aufklärungspflichtverletzung adäquat kausal ein Schaden entstanden ist (cic: HUGUENIN, Rz 1534; Vertrag: HUGUENIN, Rz 857). Somit kommt auch bei der Verletzung von vorvertraglichen Pflichten das Haftungsregime der Vertragshaftung zur Anwendung (CHK OR AT FURRER/WEY, Art. 97 N 12; BK OR-WEBER, Art. 97 N 93).
- 24 Verhandlungs- bzw. Vertragsparteien können sowohl während Vertragsverhandlungen, bei der Vertragsabwicklung als auch nach Beendigung des Vertrags aufgrund von Art. 2 Abs. 1 ZGB zur gegenseitigen Aufklärung verpflichtet sein (BGer 4C.410/1997 E. 3c). Sowohl vertragliche (solange nicht als Hauptleistungspflicht vereinbart) als auch vorvertragliche Aufklärungspflichten sind gesetzliche Verhaltenspflichten, die in Konkretisierung des allgemeinen Loyalitätsgebots gewonnen werden (MOSER/BERGER, S. 544 f.).
- 25 Dass sich die Beklagte mit der Klägerin vor dem 3. August 2013 in Vertragsverhandlungen befand und folglich gesetzliche Aufklärungspflichten bestanden, ist unbestritten. Art. 16 MoU (siehe z.B. KS 1 Rz 32) oder die Auktionsbedingungen (siehe z.B. KS 4 Rz 16) könnten allenfalls als ausdrücklich vereinbarte vertragliche (und nicht gesetzliche) Informationspflichten während des Verhandlungsstadiums des eigentlichen Transportvertrags Wirkung entfalten. Bei der Informationspflicht handelt es sich jedoch nicht um eine Hauptleistungspflicht (Gas-transport gegen eine Vergütung), sondern höchstens um eine vertragliche Nebenpflicht. Da deren Inhalt nicht über die sich aus Art. 2 Abs. 1 ZGB ergebende Pflicht hinausgeht, macht es vorliegend für die Beurteilung der Aufklärungspflichtverletzung keinen Unterschied, ob von einer gesetzlichen oder einer vertraglichen Aufklärungspflicht ausgegangen wird. So oder so sind Bestand, Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen (BGE 105 II 75 E. 2a). Massgebend sind insbesondere der Informationsbedarf und dessen erkennbare Erheblichkeit für die andere Vertragspartei (KGer GR, Urteil ZF 06 42 E. 5.3.b), ein allfälliger massgeblicher Wissensvorsprung (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2645), die von den Parteien eingenommenen Rollen (SCHWENZER, Rz 47.09) und schliesslich die Möglichkeit, Informationen zu erteilen (BREIDENBACH, S. 70 f.).

26 Wie zu zeigen sein wird, ist die Beklagte ihren Aufklärungspflichten im Rahmen des Zumutbaren vollumfänglich nachgekommen.

## **2. Hinsichtlich der Zwischenfälle vom 19. – 21. Juli 2013 bestand keine Informationspflicht**

27 Über die *Vorfälle* vom 19. – 21. Juli 2013 wurde die Klägerin von der Beklagten nicht informiert, da diesbezüglich mangels Informationsbedarfs keine Aufklärungspflicht bestand. Eine Aufklärungspflicht besteht hinsichtlich Tatsachen, die Entschlüsse des Verhandlungs- oder Vertragspartners über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen erkennbar zu beeinflussen vermögen (BGE 90 II 449 E. 4; SCHWENZER, Rz 38.06), d.h. hinsichtlich informationsbedürftiger Tatsachen. Die Klägerin macht insofern einen Informationsbedarf geltend, als sie behauptet, eine Information hätte die Höhe des von ihr abgegebenen Gebots beeinflusst (E.anzeige Rz 33).

28 Damit versucht die Klägerin ihren Informationsbedarf mit Umständen zu kreieren, hinsichtlich welcher sie gar keinen Informationsanspruch haben kann. Es scheint der Klägerin nicht bewusst zu sein, dass nur eine Information über die *Folgen* der Unwetter vom 19. – 21. Juli 2013 – und nicht etwa eine Information über die Zwischenfälle als solche – tauglich gewesen wäre, ihre Willensbildung zu beeinflussen. Denn nur mit einer Information über die Folgen hätte die Klägerin erkennen können, dass der von ihr angestrebte Vertrag tangiert wird, was für sie relevant gewesen wäre.

29 Inhalt einer Aufklärungspflicht bilden jedoch nur diejenigen Umstände, bezüglich derer ein konkreter Wissensvorsprung besteht (ABEGGLEN, S. 163). Die Beklagte mag hinsichtlich der eigentlichen Zwischenfälle kurzfristig über mehr Wissen verfügt haben als die Klägerin. Bezüglich der Zwischenfälle als solche mangelt es jedoch am Informationsbedarf seitens der Klägerin. Es ist nämlich nicht ersichtlich, weshalb diese Ereignisse für die Willensbildung der Klägerin hätten relevant sein sollen. Dies ergibt sich daraus, dass sich auch schon im Vorjahr solche Vorfälle ereigneten. Die erfolgten Informationen darüber vermochten den Kontrahierungswillen der Klägerin auch bis anhin nicht zu beeinflussen. Hinzu kommt, dass die Pipeline am 19. Juli 2013 gar nicht beschädigt wurde (E.anzeige Rz 13) und auch der Gastransport uneingeschränkt blieb. Dasselbe gilt für die Vorfälle vom 21. Juli 2013. Die Beklagte durfte nach Treu und Glauben annehmen, dass die Klägerin in Kenntnis der Ereignisse – genau wie die Beklagte – sicherlich *nicht* davon ausgegangen wäre, dass sich die Zwischenfälle auf den von der Klägerin angestrebten Vertrag mit Lieferungsbeginn im Oktober 2013 auswirken werden, da die bisherigen Unwetter *nie* zu längeren Unterbrüchen geführt hatten. Es war kein Informationsbedarf erkennbar, weshalb die Beklagte nicht zur Aufklärung verpflichtet war.

- 30 Die *Folgen* der Ereignisse konnten nicht Inhalt einer Aufklärungspflicht sein, da die Beklagte zu keinem Zeitpunkt über einen Wissensvorsprung verfügte. Überdies sollte es jedermann klar sein, dass eine Aufklärung über noch Unbekanntes schlicht unmöglich ist und keineswegs erwartet werden kann.
- 31 Die Behauptung, eine Information hätte auf die Höhe des von der Klägerin abgegebenen Gebots an der Auktion Einfluss nehmen können, ist sodann zurückzuweisen, da sie offensichtlich aus einer ex-post Perspektive erfolgt. Vielmehr ist bei der Beurteilung von Aufklärungspflichten eine ex-ante Perspektive angezeigt (ABEGGLEN, S. 88).
- 32 Insgesamt ergibt sich, dass die Beklagte hinsichtlich der Vorfälle vom 19. – 21. Juli 2013 keine Aufklärungspflicht verletzt hat.

### **3. Die erfolgte Aufklärung über die Zwischenfälle am 23. Juli 2013 ist nicht zu beanstanden**

- 33 Die Klägerin rügt eine *zu spät* erfolgte Information bezüglich der Vorfälle am 23. Juli 2013 und sieht darin eine Aufklärungspflichtverletzung. Dem ist zu widersprechen, denn hinsichtlich des ersten Vorfalls am 23. Juli bestand kein Informationsbedarf und folglich keine Informationspflicht. Die erfolgte Information über den zweiten Vorfall ist nicht zu beanstanden.
- 34 Um 10.20 Uhr ging eine Schlamm- und Gerölllawine (erster Zwischenfall) nieder (E.anzeige Rz 15). Die Lawine brachte zwar das Risiko eines Steinschlags, jedoch noch *keine* Beschädigung der Pipeline mit sich. Als Vorsichtsmassnahme stoppte die Beklagte den Transport und kam damit ihrer Sorgfaltspflicht als vorsichtige Betreiberin nach. Mangels Beschädigung der Pipeline durfte die Beklagte in guten Treuen davon ausgehen, dass sich der Vorfall nicht auf die Verträge mit Lieferbeginn im Oktober auswirken würde. Insofern bestand kein erkennbarer Informationsbedarf seitens der Klägerin. Wiederum wäre nicht die Kenntnis des Vorfalls als solche, sondern vielmehr die Kenntnis der Folgen möglicherweise geeignet gewesen, die Klägerin zu beeinflussen.
- 35 Der zweite Zwischenfall ereignete sich um 15.30 Uhr (E.anzeige Rz 15). Die Beklagte wurde um 16.00 Uhr darüber informiert (Verfügung Nr. 2 Rz 6). Verständlicherweise brauchten die Vertreter der Beklagten vor Ort Zeit, um die Umstände abzuklären und Informationen zu beschaffen. Es war für die Beklagte organisatorisch und technisch schlicht nicht möglich, die Klägerin vor dem Auktionsende um 17.30 Uhr, d.h. innert nur neunzig Minuten, in nützlicher Weise über den zweiten Zwischenfall zu unterrichten. In Anbetracht des Gefahrenpotenzials einer beschädigten Erdgaspipeline sollte auch der Klägerin einleuchten, dass sich die Beklagte in erster Linie und in Absprache mit den rumänischen Behörden um die Sicherung der Lage kümmerte (K-17). Mit der Mitteilung auf der Homepage um bereits 18 Uhr (K-17) informier-



te die Beklagte die Klägerin so schnell es ihr möglich und zumutbar war. Ausserdem erfolgte die Information pflichtgemäss innert der üblichen Frist von 24 Stunden (Verfügung Nr. 2 Rz 12) und ist auch deshalb nicht zu beanstanden.

- 36 Die Klägerin (KS 6 Rz 39 f.) beruft sich auf eine gesteigerte Aufklärungspflicht aufgrund eines Experte-Laie-Verhältnisses (HUGUENIN, Rz 1546). Eine solche fällt von vornherein ausser Betracht, ist doch die Klägerin erfahrene Branchenteilnehmerin. Als Gründungsgesellschafterin der PipeTransport AG ist sie mindestens genauso lang, wenn nicht sogar länger, im Gastransportgeschäft tätig wie die Beklagte. Weniger Erfahrung hat sie entgegen der klägerischen Ansicht (KS 6 Rz 40) keineswegs. Sodann wäre die Information der Beklagten selbst bei Vorliegen einer gesteigerten Informationspflicht nicht zu beanstanden, da sie so schnell als möglich und zumutbar erfolgte.

#### **4. Es erfolgte eine hinreichende Mitteilung hinsichtlich des Force Majeure Ereignisses**

- 37 Die Klägerin rügt weiter, dass ihr die Beklagte erst am 12. September 2013 mitteilte, sich betreffend der Haftungsfrage wegen der Vorfälle am 23. Juli 2013 auf Force Majeure berufen zu wollen (E.anzeige Rz 34). Dabei verkennt sie, dass mit der Mitteilung noch am 23. Juli 2013 (K-17) eine hinreichende Information seitens der Beklagten erfolgte.
- 38 Die Beklagte informierte nämlich pflichtgemäss und so schnell als möglich über den Umstand der Force Majeure, d.h. den Hinderungsgrund der Leistungspflicht. Die Anforderungen an eine Information werden von der Klägerin eindeutig überspannt, wenn sie beansprucht, mit der Mitteilung eines Umstands zugleich über dessen rechtliche Qualifikation aufgeklärt zu werden.
- 39 Im Übrigen besteht keine Offenbarungspflicht, wenn die eine Vertragspartei nach Treu und Glauben annehmen durfte, die Gegenpartei werde die Umstände ohne Weiteres erkennen und einordnen können (BGer 4C.26/2000 E. 2a/bb). Insbesondere aufgrund des Verhaltens der Klägerin (Vereinbarung, dass für die erste Periode kein Transportpreis geschuldet ist) und der Tatsache, dass sie eine erfahrene Branchenteilnehmerin ist, durfte die Beklagte nach Treu und Glauben annehmen, dass die Klägerin die Wesensmerkmale eines Force Majeure Ereignisses kennt, Vorfälle entsprechend einzuordnen vermag oder sich andernfalls rechtlich beraten lässt.
- 40 Schliesslich scheint die Klägerin den Sinn und Zweck des Instituts der Force Majeure zu verkennen. So soll eine Partei nicht dafür einstehen müssen, dass ihre Leistung wegen eines nicht von ihr zu vertretenden und nicht beeinflussbaren Grundes gehindert ist (BK OR-WEBER, Art. 97 N 242). Die Klägerin macht jedoch geltend, sie hätte bei einer früheren Mit-

teilung über die Berufung auf Force Majeure nur zu günstigeren Konditionen kontrahieren wollen, was die Beklagte schlechter gestellt hätte, obwohl sie die Leistungshinderung nicht verschuldete. Würde ein solches Verhalten der Klägerin zugelassen, so würde damit das Institut der Force Majeure seines Sinnes entleert.

#### **5. Eventualiter: Auch die übrigen Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch sind nicht erfüllt**

41 Sollte das Schiedsgericht entgegen dem Vorstehenden von einer Aufklärungspflichtverletzung ausgehen, so scheidet der Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz auf jeden Fall am Fehlen der übrigen Anspruchsvoraussetzungen.

##### *a) Es fehlt am hypothetischen Kausalzusammenhang zwischen der angeblichen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden*

42 Die Beweislast für die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden obliegt auch bei der Verletzung von Informationspflichten dem Geschädigten (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 62). Eine unterlassene Aufklärung kann einen Schaden nur in zurechenbarer Weise verursachen, wenn der Geschädigte bei „pflichtgemässer“ Information so disponiert hätte, dass der eingetretene Schaden mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* ausgeblieben wäre (BGE 115 II 440 E. 5a)

43 Die Klägerin verkennt, dass die angebliche Aufklärungspflichtverletzung keineswegs adäquat kausal zu den von ihr geltend gemachten Schadenspositionen A und B (KS 6 Rz 50 und 64) geführt haben kann. Vorerst ist zu verdeutlichen, dass der Schaden der Klägerin *nur* ausgeblieben wäre, wenn sie *keinen* Zuschlag erhalten hätte. Denn selbst bei einem Zuschlag mit einem tieferen Gebot hätte die Klägerin auf den Lieferbeginn anfangs Oktober 2013 vertraut und bei Ausbleiben der Lieferung Deckungseinkäufe tätigen sowie Verträge kündigen müssen.

44 Hätte die Beklagte „pflichtgemäss“ informiert, so behauptet die Klägerin, hätte sie weniger geboten. Es kann mangels entgegenstehender Angaben ihrerseits jedoch davon ausgegangen werden, dass sie *nicht* ganz von einem Gebot abgesehen hätte. Solange die Klägerin aber bietet, besteht die Möglichkeit eines Zuschlags. Es wird der Klägerin nicht gelingen nachzuweisen, dass sie bei erfolgter Information und einem ihrerseits tieferen Gebot mit überwiegender Wahrscheinlichkeit keinen Zuschlag erhalten hätte. Ein tieferes Gebot impliziert nämlich nicht zwingend, dass sie keinen Zuschlag erhalten hätte, denn wäre eine Information erfolgt, so hätten auch die anderen Bieterinnen von den Ereignissen gewusst und entsprechend weniger geboten. Es ist somit wahrscheinlich, dass die Klägerin im Verhältnis zu den anderen Bi-

tern immer noch mehr geboten und folglich den Zuschlag erhalten hätte. Damit kann sich die Beklagte erfolgreich auf den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens (als Einwand anerkannt in BGE 122 III 229 E. 5a/aa) berufen. Der Klägerin wird hingegen der Nachweis misslingen, dass der eingetretene Schaden bei „pflichtgemässer“ Information mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre.

- 45 Sodann ist die Behauptung des Mindergebots im Rahmen einer Auktion nicht sehr zielführend. Hätte die Klägerin tatsächlich weniger geboten, ist nicht sicher, ob sie den Zuschlag dennoch erhalten hätte. Es ist aber davon auszugehen, dass es die Klägerin nicht leichthin riskiert hätte, keinen Zuschlag zu erhalten. Immerhin ist sie Gesellschafterin der Beklagten und dies von Beginn weg mit dem Ziel, auch Kundin der Beklagten zu werden (Präambel des MoU). Auch ist es nicht wahrscheinlich, dass die Beklagte ohne Weiteres mit einer anderen Transportgesellschaft – d.h. mit einer Konkurrentin der PipeTransport AG – kontrahieren würde.
- 46 Im Ergebnis mangelt es an der hypothetischen Kausalität zwischen der angeblichen Aufklärungspflichtverletzung und den geltend gemachten Schadenspositionen.

*b) Die Beklagte handelte nicht schuldhaft*

- 47 Nur die schuldhafte Verletzung von Aufklärungspflichten führt zu einem Anspruch auf Schadenersatz (ABEGGLEN, S. 94). Das Verschulden wird sowohl bei der Verletzung von vertraglichen als auch vorvertraglichen Aufklärungspflichten vermutet (ABEGGLEN, S. 113). Dem Schuldner steht jedoch der Exkulpationsbeweis offen (CHK OR AT-FURRER/WEY, Art. 97 N 116). Die Beklagte kann sich exkulpieren:
- 48 Die Klägerin unterstellt der Beklagten, sie hätte absichtlich auf eine Aufklärung verzichtet und wirft ihr somit eine absichtliche Täuschung i.S.v. Art. 28 OR vor (KS 6 Rz 43). Wird entgegen dem Vorstehenden eine Aufklärungspflichtverletzung seitens der Beklagten angenommen, so ist die Unterstellung, die Beklagte hätte dabei absichtlich gehandelt, verfehlt. Absichtlich handelt, wer bei der Gegenpartei willentlich einen Irrtum bewirkt oder bestehen lässt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 864). Bereits *dolus eventualis* würde genügen (BGE 136 III 528 E. 3.4.2). Indem die Beklagte jedoch nach guten Treuen keinen Informationsbedarf erkannte, *konnte* sie es gar nicht in Kauf genommen und schon gar nicht beabsichtigt haben, der Klägerin angeblich aufklärungspflichtige Tatsachen zu verschweigen.
- 49 Für einen Schadenersatzanspruch aus culpa in contrahendo oder aus Vertrag genügt bereits die fahrlässige Verletzung einer Aufklärungspflicht (cic: BGE 105 II 75 E. 2a; Vertrag: Art. 99 Abs. 1 OR). Eine Exkulpation bei der Bejahung einer Aufklärungspflichtverletzung ist zwar schwierig, da in der Pflichtverletzung häufig bereits die Verletzung der erforderlichen

Sorgfalt liegt (ABEGGLEN, S. 95). Jedoch entfällt selbst bei der Verletzung von Aufklärungspflichten das Verschulden, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen (BUCHER, S. 347). Ausserordentliche Umstände liegen insofern vor, als die Konsequenzen der Zwischenfälle, welche die angebliche Informationspflichtverletzung erst ins Spiel brachten, von einem im Vergleich zum Vorjahr ausserordentlichen Ausmass waren. Die Beklagte konnte die eingetretenen Folgen unmöglich antizipieren, weshalb ihr die unterbliebene Aufklärung nicht als Verschulden angelastet werden kann. Sodann stellt die entschuldbare Unkenntnis des Schuldners über seine Verpflichtung einen Schuldasschliessungsgrund dar (BUCHER, S. 347). Sollte das Gericht wider Erwarten eine Aufklärungspflicht bejahen, so verschuldete die Beklagte die unterlassene Aufklärung jedenfalls nicht, da sie nach Treu und Glauben in Unkenntnis über eine Verpflichtung war.

#### **6. Die Klägerin verhielt sich widersprüchlich**

50 Der Klägerin ist widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen, da sie behauptet, sie hätte in Kenntnis der Vorfälle weniger geboten. Die tatsächliche Information am 23. Juli 2013 scheint dann aber überhaupt keinen Einfluss auf ihr Verhalten gehabt zu haben. Wäre die Klägerin wirklich so unzufrieden gewesen, wie sie jetzt im Nachhinein behauptet, so hätte sie den Vertrag nach dem allgemeinen Vertragsrecht anfechten können, was ihr den Rücktritt oder eine Anpassung des Transportvertrags ermöglicht hätte.

#### **III. Ein Schadenersatzanspruch für die Erste Periode ist aussichtslos**

51 Es wird nachfolgend gezeigt, dass es an sämtlichen Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR für eine erfolgreiche Schadenersatzklage mangelt. Weder ist eine Pflichtverletzung gegeben, noch besteht ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden und ausserdem trifft die Beklagte kein Verschulden. Überdies haben die Parteien einen Haftungsausschluss für entgangenen Gewinn vereinbart.

#### **IV. Die Beklagte war während der Ersten Periode von der Lieferpflicht befreit**

52 Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ihre Transportpflicht verletzt, indem sie während der Periode vom 1. Oktober – 23. Dezember 2013 kein Gas lieferte. Dieser Behauptung ist entschieden zu widersprechen. Die Beklagte konnte ihre Lieferpflicht nicht verletzen, da sie während dieser Zeit gar keine solche Pflicht traf, weil sie infolge eines Force Majeure Umstands gemäss Art. 23 TV von ihrer Leistungspflicht befreit war. Art. 23.1 und 23.4 TV

sehen nämlich vor, dass der Betreiber im Falle eines Force Majeure Umstands von der Leistungspflicht befreit ist. Dass ein solcher vorliegt, wird nachfolgend gezeigt (Rz 57 ff.).

- 53 Auch die Klägerin ging von einem Force Majeure Umstand aus. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass die Parteien mündlich genau das vereinbarten, was Art. 23.4 TV schon vorsieht, nämlich dass die Klägerin keinen Transportpreis zu entrichten hat (E.anzeige Rz 18). Aufgrund dieser konkludenten Einigung, dass ein Fall von Art. 23.4 TV vorliegt, durfte und musste die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Klägerin mit dem ganzen Art. 23 TV einverstanden war und folglich auch von höherer Gewalt ausging.
- 54 Indem sich die Parteien darauf einigten, dass ein Force Majeure Ereignis vorliegt, änderten sie konkludent Art. 5 TV ab. Dass der ursprünglich vorgesehene Lieferbeginn in Art. 5 TV nicht beibehalten werden konnte, ergibt sich daraus, dass mit der Vereinbarung einer vorübergehenden beidseitigen Leistungsbefreiung notwendigerweise eine Verschiebung des Lieferbeginns einhergeht. Die Beklagte durfte in guten Treuen davon ausgehen, dass sie am 1. Oktober 2013 noch keine Lieferpflicht traf. Folglich kann sie auch keine Pflichtverletzung begangen haben.
- 55 Dass die Klägerin einer Vertragsänderung zustimmte, ergibt sich auch daraus, dass die Klägerin mit dem Anliegen an die Beklagte gelangte, die rechtlichen und kommerziellen Konsequenzen aus dem Transportunterbruch besprechen zu wollen (Verfügung Nr. 2 Rz 19). Aufgrund dieser Formulierung durfte und musste die Beklagte nämlich annehmen, die Klägerin wolle ihre Ansprüche abschliessend geltend machen. An der Sitzung stellte sie dann aber lediglich Ansprüche betreffend den Transportpreis und erwähnte zu keinem Zeitpunkt einen möglichen Schadenersatzanspruch. Es ist unerklärlich, warum die Klägerin nicht schon zu diesem Zeitpunkt Schadenersatzansprüche geltend machte, wenn sie tatsächlich davon ausgegangen war, dass sie einen Anspruch auf Lieferung von Erdgas gehabt hatte.
- 56 Diese Ausführungen verdeutlichen, dass die Beklagte in guten Treuen annehmen durfte, dass während der Ersten Periode keine Lieferpflicht bestand. Somit scheidet das klägerische Argument einer Pflichtverletzung (KS 6 Rz 61) und damit einhergehend ein Anspruch auf Schadenersatz.

## **V. Eventualiter: Keine Haftung aufgrund von Force Majeure**

- 57 Selbst wenn eine Pflichtverletzung bejaht würde, entfällt eine Haftung der Beklagten, da der Force Majeure Umstand den Kausalzusammenhang unterbrochen hat. Der Kausalzusammenhang wird unterbrochen, wenn eine weitere adäquate Ursache hinzutritt, die einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass sie die andere Ursache verdrängt. Höhere Gewalt gehört

nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zu den geeigneten Unterbrechungsursachen (SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Rz 124; BGer 8C\_194/2012 E. 6.1).

58 Auch Art. 23 TV sieht einen Haftungsausschluss bei Vorliegen eines Force Majeure Umstands vor (K-3). Danach muss ein ausserhalb des Einflussbereichs liegender Hinderungsgrund bestehen, der auch von einem Vernünftigen und Vorsichtigen Betreiber nicht vorherzusehen war und nicht hätte vermieden oder überwunden werden können (Art. 23.1 TV).

### **1. Ein Unterbruch von mehreren Monaten war nicht vorhersehbar**

59 Die Klägerin trägt vor, ein Force Majeure Umstand liege schon deshalb nicht vor, weil die Beklagte aufgrund der Ereignisse des vorhergehenden Sommers und des geologischen Gutachtens mit Unwettern hätte rechnen müssen, diese also vorhersehbar waren (KS 3 Rz 58 f.).

60 Ein Ereignis muss gemäss Bundesgericht jedoch nicht „gänzlich überraschend“ (BGE 51 II 190 E. 6) sein, damit die Folgen davon als „unvorhersehbar“ qualifiziert werden können. Es wird auch nicht bestritten, dass nicht mit Unwettern zu rechnen war. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, dass sämtliche aus den erwarteten Unwettern bewirkten Ereignisse vorhersehbar hätten sein sollen (vgl. BGE 51 II 190 E. 6).

61 Die Klägerin nennt in der Einleitungsanzeige (E.anzeige Rz 10) die Folgen, die im Jahr 2012 aufgrund bereits „beträchtlicher“ Erdbeben entstanden. Dabei handelt es sich namentlich um eine *leichte* Beschädigung der Schutzvorrichtungen wegen eines Steinschlags. Daraufhin wurde die Kapazität während einiger *Stunden* reduziert. Einige Tage später ereigneten sich *heftige* Regenfälle, die letztlich jedoch *keine* Auswirkungen auf den Transport hatten. Diese Ereignisse, die als „heftig“ und „beträchtlich“ bezeichnet werden, zeigen auf, mit welchen Konsequenzen und Einschränkungen aufgrund krasser Wetterbedingungen zu rechnen war: Steinschläge, Überschwemmungen und Regenfälle hatten lediglich leichte Beschädigungen und maximal eine Transportreduktion von einigen Stunden zur Folge.

62 Die Vorfälle, die aber in diesem Verfahren zur Debatte stehen, sind nicht ansatzweise mit denjenigen des Vorjahrs zu vergleichen. Es war schlicht nicht vorhersehbar, dass die Unwetter einen Unterbruch der Gaslieferung von mehreren Monaten zur Folge haben würden. Damit musste und konnte die Beklagte nicht rechnen.

63 Nach diesen Ausführungen ist klar, dass auch das geologische Gutachten nicht zur Vorhersehbarkeit der Vorfälle geführt haben kann, wie dies die Klägerin fälschlicherweise behauptet (KS 6 Rz 73). Der Gutachter stellte fest, dass „Vorfälle [wie] im Jahr 2012 nun in regelmässigen Abständen passieren [können]“ (K-14). Das Gutachten liess lediglich erahnen, dass sich Vorfälle in der Grössenordnung des letzten Jahres ereignen können. Diese Feststellung deutete aber in keiner Weise auf das tatsächliche Ausmass der nun eingetretenen Vorfälle hin. Die-

ses sprengt wahrlich jegliche Vorstellungskraft und die Vorfälle sind daher als nicht vorhersehbar zu qualifizieren.

## **2. Es besteht ein ausserhalb des Einflussbereichs liegender Hinderungsgrund, der nicht hätte vermieden oder überwunden werden können**

- 64 Die Klägerin anerkennt selber, dass es sich bei den Unwettern um einen ausserhalb des Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund handelte, der das Pipelinesystem direkt betraf (KS 1 Rz 46). Ein Force Majeure Ereignis muss zusätzlich weder vermeidbar noch überwindbar sein (BRUNNER, S. 320). Die Tatsache, dass die Geschehnisse vom 23. Juli 2013 nicht vermeidbar oder überwindbar waren, ergibt sich daraus, dass die Beklagte stets die Anforderungen an einen Vorsichtigen und Vernünftigen Betreiber erfüllte (Rz 66 ff.).
- 65 Somit erfüllen die Vorfälle im Juli 2013 alle Kriterien, um als Force Majeure Umstand eingestuft zu werden. Wie auch vertraglich vorgesehen, hat die Beklagte für die Nichterfüllung nicht einzustehen (Art. 23.1 TV), da der Kausalzusammenhang unterbrochen wurde und ein Schadenersatzanspruch damit entfällt.

## **VI. Die Beklagte trifft kein Verschulden**

### **1. Die Beklagte handelte nicht leicht fahrlässig**

- 66 Gelingt dem Schuldner der Beweis, dass er alle erdenkliche Sorgfalt walten liess, kann dies nur heissen, dass er nicht schuldhaft handelte und das Ereignis, das die Leistung unmöglich werden liess, ausserhalb seines Einflussbereichs lag (BERGER, Rz 1534).
- 67 Die Klägerin ersucht das Gericht darum, im vorliegenden Fall auch leichtes Verschulden für eine Haftung genügen zu lassen (KS 6 Rz 69). Sie begründet dieses Begehren damit, dass es im Umgang mit obrigkeitlich konzessionierten Gewerben nach Art. 100 Abs. 2 OR im Ermessen des Richters liege, einen Haftungsausschluss für leichtes Verschulden als nichtig zu erklären (KS 6 Rz 66). Dieses Argument hat insofern keine weitere Bedeutung, als die Beklagte – wie im Nachfolgenden zu zeigen sein wird – weder leicht noch sonst fahrlässig handelte.
- 68 Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nur gering von der gebotenen Sorgfalt abgewichen wird (FELLMANN/KOTTMANN, Rz 566). Vorliegend ergibt sich der vertraglich vereinbarte Sorgfaltsbegriff aus Art. 1 TV. Dieser entspricht dem gebotenen berufsspezifischen Durchschnittsverhalten, welches in Auftragsverhältnissen verlangt wird (DERENDINGER, Rz 269 ff.; BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 485). Die erforderliche Sorgfalt ist sodann im Lichte der konkreten Umstände zu ermitteln (CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 398 N 14).
- 69 Die Beklagte hat mit der gebotenen Sorgfalt gehandelt: Am 29. Oktober 2012 wurde ein Experte mit der Durchführung einer Pig Passage beauftragt (K-11). Dabei wurde die Pipeline

„gründlich untersucht“ (K-12) und es wurden lediglich kleinere Beschädigungen festgestellt, weshalb die Beklagte verständlicherweise keinen Handlungsbedarf sah. Hervorzuheben bleibt an dieser Stelle auch, dass diese Auffassung sowohl vom beauftragten Kontrollunternehmen als auch von den rumänischen Behörden geteilt wurde (K-12). Mit diesem beispiellosen Verhalten erfüllte die Beklagte jegliche Anforderungen an einen Vernünftigen und Vorsichtigen Betreiber und wich klarerweise nicht von der gebotenen Sorgfalt ab. Das Argument der Klägerin, dass die Beklagte daraufhin – trotz Nichtvorliegens einer voraussehbaren Gefährdung – weitere Schutzvorrichtungen hätte anbringen müssen (KS 6 Rz 75), ist unverständlich und entspringt offensichtlich einer unerlaubten ex-post Betrachtung.

70 Die Klägerin behauptet weiter, dass die Beklagte zu einem früheren Zeitpunkt eine Notleitung hätte einrichten müssen (KS 7 Rz 67). Dieses Argument vermag aber nicht zu überzeugen: Die Klägerin unterstellt damit, dass sich die Beklagte auf einen nicht vorhersehbaren Vorfall hätte vorbereiten müssen. Im Gasleitungsgeschäft wäre es nicht verhältnismässig, bei jedem kräftigeren Wetterereignis eine Umleitung zu verlangen. BRUNNER hat in seiner Arbeit zu den Force Majeure Klauseln denn auch Folgendes betont: „an obligor cannot be expected to take precautions out of proportion to the risk (e.g., not merely to use special construction techniques against the risk of earthquakes, but to build a virtual fortress)“ (BRUNNER, S. 321). Es kann von der Beklagten nicht verlangt werden, unverhältnismässige Massnahmen zu treffen. Es gibt keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass andere Betreiber unter den konkreten Umständen eine Umleitung zu einem früheren Zeitpunkt hätten erbauen lassen und somit fehlt für die Behauptung, dass die Beklagte von der gebotenen Sorgfalt abgewichen sei, jegliche Grundlage.

## **2. Eventualiter: Der Vorwurf der Grobfahrlässigkeit ist haltlos**

71 Ein grobfahrlässiges Verhalten zeichnet sich dadurch aus, dass es gegen die elementarsten Vorsichtsgebote verstösst, deren Beachtung jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen (BK OR-WEBER, Art. 100 N 95; BGE 118 V 305 E. 2a). Der klägerische Vorwurf der Grobfahrlässigkeit (KS 6 Rz 75) ist haltlos. Es ist verfehlt, das Verhalten der Beklagten, das stets in Absprache mit den rumänischen Behörden erfolgte, als Verstoss gegen die *elementarsten* Vorsichtsgebote zu bezeichnen. So hätte namentlich im Januar 2013 das rumänische Rohrleitungsinspektorat kaum bestätigt, die Instandhaltungsmassnahmen seien ausreichend und der Betrieb der Pipeline sei inskünftig ohne weitere Einschränkungen möglich (K-13), wenn die Beklagte die elementarsten Sorgfaltsgebote ausser Acht gelassen hätte.



72 Der Vorwurf, dass die Beklagte grobfahrlässig handelte, indem sie sich nach Erhalt des Gutachtens mit den Instandhaltungen begnügte und keine Notleitung anfertigen liess (KS 8 Rz 67), ist ebenfalls nicht zu hören. Wie oben erwähnt (Rz 63), liess das Ergebnis des Gutachtens keinesfalls erahnen, dass die Unwetter derartige Folgen nach sich ziehen würden. Für die zu *erwartenden* Folgen war die Beklagte bestens ausgerüstet und vorbereitet.

## **VII. Schadensposition B ist ohnehin nicht zu ersetzen**

73 Der ausdrückliche Haftungsausschluss für entgangenen Gewinn in Art. 19.2 TV ist zu beachten. Selbst wenn man mit der Klägerin diese Bestimmung in ihrer Gesamtheit wegen Verstosses gegen Art. 100 Abs. 1 OR als unzulässig erachten wollte, wäre eine geltungserhaltende Reduktion (SCHWENZER, Rz 32.44) der Bestimmung geboten. Dies mit der Wirkung, dass jedenfalls bei leichter oder mittlerer Fahrlässigkeit die Haftung für entgangenen Gewinn gültig wegbedungen worden ist.

74 Der geltungserhaltenden Reduktion ist gegenüber der Lehrmeinung, wonach missbräuchliche AGB-Klauseln gesamtничtig und nicht nur teilnichtig nach Art. 20 Abs. 2 OR sind (BK OR-KRAMER, Art. 19/20 N 377), der Vorzug zu geben (so auch SCHALLER, S. 65; BGer 4A\_404/2008 E. 5.6.3.1 a.E.). Eine umfassende Nichtigkeit, die ihren Ursprung im Schutzgedanken zugunsten der schwächeren Partei hat (BGer 4A\_404/2008 E. 5.6.3.2.1) und angezeigt ist beim Konsumentenschutz oder bei einem grossen einseitigen Wissensgefälle der Parteien, ist hier aufgrund der Gleichrangigkeit der Beteiligten abzulehnen. Die Klägerin und die Beklagte sind aufgrund ihrer Erfahrung im Gasgeschäft als gleichrangige Vertragsparteien zu betrachten (Rz 36). Es ist festzuhalten, dass die Klägerin den AGB als erfahrene Unternehmerin zustimmte. Daher soll die Bestimmung lediglich im Rahmen der geltungserhaltenden Reduktion auf das zulässige Mass reduziert werden. Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil es dem ausdrücklichen Parteiwillen entsprach, den entgangenen Gewinn von den anderen möglichen Schadenspositionen abzugrenzen und einer gesonderten Regelung zuzuführen.

75 Die Anwendung des Prinzips der geltungserhaltenden Reduktion führt dazu, dass die Haftung für (leichte und mittlere) Fahrlässigkeit gültig ausgeschlossen ist. Wie oben gezeigt (Rz 66 ff.), kann sich die Beklagte exkulpieren, indem sie beweist, dass sie nicht fahrlässig und schon gar nicht grobfahrlässig handelte. Die Schadensposition B ist daher nicht zu ersetzen.

## **VIII. Der Transportpreis der Zweiten Periode ist nicht zu mindern**

76 Richtigerweise erkennt die Klägerin, dass es sich vorliegend im Schwerpunkt um einen Frachtvertrag handelt (KS 6 Rz 27). Auf diesen kommen subsidiär die Bestimmungen des einfachen Auftrags zur Anwendung (Art. 440 Abs. 2 OR). Im Auftragsverhältnis trägt grundsätzlich der Absender das Risiko des Transports (BK OR-GAUTSCHI, Art. 440 N 4a).

### **1. Art. 7 des Transportvertrags schliesst eine Transportpreisreduktion aus**

77 Der klägerischen Ansicht, sie habe Anspruch auf eine Transportpreisreduktion, ist nicht zu folgen. Diese Möglichkeit wurde in Art. 7 TV ausgeschlossen, was sich aus dem mutmasslichen Parteiwillen ergibt.

78 Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf eine angebliche Vertragslücke (KS 4 Rz 58). Eine solche ist gegeben, wenn die Parteien eine Frage nicht geregelt haben, über die später ein Streit entsteht (SCHWENZER, Rz 34.01). Eine solche Lücke ist aufgrund der Vertragsfreiheit primär mit dem hypothetischen Parteiwillen zu füllen (SCHWENZER, Rz 34.05). Der mutmassliche Wille ist jener, welcher nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände anzunehmen ist (HUGUENIN, Rz 282). Vorliegend ergibt er sich aus dem Folgenden: Für den Fall von Wartung und Erweiterung wurde mit Art. 7.1 i.V.m. 7.3 TV ausdrücklich die Möglichkeit einer Transportpreisreduktion vorgesehen. In unserem Fall handelt es sich jedoch um einen Force Majeure Umstand, weshalb Art. 7.2 TV anzuwenden ist. Da die Rechtsfolge in Art. 7.3 TV nur für Art. 7.1 TV bestimmt ist, ergibt sich e contrario, dass in den Fällen von Art. 7.2 TV eben gerade keine Transportpreisreduktion möglich sein soll. Dafür spricht auch, dass der Absender (die Klägerin) die Gefahr für den Transport trägt (Rz 76).

79 Wie soeben aufgezeigt, rechtfertigt sich nicht einmal bei einer tatsächlichen Reduktion des Transports aufgrund von Force Majeure eine Transportpreisminderung. Umso mehr ist der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Minderung verfehlt, als der Transport im vorliegenden Fall weder reduziert noch unterbrochen wurde.

### **2. Eventualiter: Die Klägerin kann sich nicht auf Mängelrechte berufen**

80 Sollte vom Schiedsgericht entgegen dem Vorstehenden eine Vertragslücke angenommen werden, kann, wie nachfolgend gezeigt wird, dennoch keine Transportpreisminderung verlangt werden.

#### *a) Für die kaufrechtliche Sachgewährleistung fehlt es an einem Mangel*

81 Die verbindliche Kapazität ist, entgegen der klägerischen Ansicht, keine zugesicherte Eigenschaft (KS 6 Rz 82), sondern – wie zu zeigen sein wird – eine selbständige Garantie.

- 82 Wie oben dargelegt, findet das Auftragsrecht subsidiär Anwendung (Rz 76). Diesem ist inhärent, dass der Beauftragte sorgfältig tätig werden muss (Art. 398 Abs. 2 OR). Gibt der Beauftragte jedoch eine Erfolgsgarantie ab, passt dies nicht mehr zum Typus des Auftrags, vielmehr muss über die Sachgewährleistung im Kaufrecht vorgegangen werden (BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 104).
- 83 Die kaufrechtliche Sachgewährleistung setzt voraus, dass ein Sachmangel schon vor dem Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorliegt, von dem der Käufer aber keine Kenntnis hat (HUGUENIN, Rz 2596). Der Sachmangel kann unter anderem im Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft bestehen (Art. 197 Abs. 1 OR). Darauf stützt sich die Klägerin fälschlicherweise (KS 6 Rz 82).
- 84 Zugesichert werden tatsächliche oder rechtliche Eigenschaften, welche die Sache im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs innehaben soll (BGE 122 III 426 E. 4). Nicht zusicherungsfähig sind dagegen zukünftige Eigenschaften der Kaufsache (BK OR-GIGER, Art. 197 N 39). Liegt ein Versprechen für die Zukunft vor, kann es sich um eine selbständige Garantie handeln. Dabei wird ein zukünftiger Erfolg versprochen, der über die Beschaffenheit der Sache hinausgeht (SCHUMACHER, Rz 726). Der Erfolg hängt also wesentlich von anderen zukünftigen Faktoren ab (BGer 4A\_220/2013 E. 4.3.1). Art. 5 TV sieht vor, dass über drei Jahre hinweg eine bestimmte Menge pro Stunde transportiert wird. Die Klägerin verkennt, dass es sich bei der verbindlichen Transportkapazität keineswegs um eine objektiv feststellbare Eigenschaft handelt (KS 6 Rz 82). Vielmehr handelt es sich um ein Versprechen, dass zukünftig eine bestimmte Menge transportiert werden soll. Weiter liegt der Transport einer bestimmten Menge nicht ausschliesslich in der Hand der Beklagten. Der Transport ist nämlich wesentlich vom Wetter, den geologischen Gegebenheiten im Retezatgebirge (K-14) und von den rumänischen Behörden (K-18) abhängig. Die dargelegte Auslegung ergibt, dass Art. 5 TV nach dem mutmasslichen Parteiwillen als selbständige Garantie zu qualifizieren ist.
- 85 Fehlt es an einer zugesicherten Eigenschaft, findet auch keine Mängelhaftung Anwendung (SCHUMACHER, Rz 727). Die Rechtsfolgen bei Nichteinhalten einer selbständigen Garantie richten sich nach Art. 97 Abs. 1 OR (AKIKOL, Rz 509) (dazu nachfolgend Rz 87).

*b) Für eine Mietzinsherabsetzung fehlt es an einem Mangel*

- 86 Die Klägerin macht eine Mietzinsherabsetzung geltend und stützt sich dabei auf das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (KS 6 Rz 78). Wie oben dargelegt (Rz 84), liegt keine zugesicherte Eigenschaft vor. Somit ist auch die Berufung auf eine Mietzinsherabsetzung nicht möglich.

**3. Eventualiter: Die Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR für einen Schadenersatzanspruch wegen Nichteinhaltung der selbständigen Garantie sind nicht erfüllt**

87 Ein allfälliger Schadenersatzanspruch scheidet schon am Fehlen eines ersatzfähigen Schadens. Die Klägerin macht lediglich einen entgangenen Genuss geltend (E.anzeige Rz 36). Dieser wird im schweizerischen Recht jedoch nicht als Schadensposition anerkannt (BGE 126 III 388 E. 11a). Sodann mangelt es an der Kausalität als weitere Schadenersatzvoraussetzung. Die Force Majeure Umstände und deren Folgen (Rz 57 ff.) wirken sich nämlich in der Zweiten Periode weiterhin aus. Zuletzt ist der Beklagten kein Verschulden vorzuwerfen, da sie sowohl vor als auch nach dem Eintritt der Force Majeure Umstände mit der gebotenen Sorgfalt handelte (Rz 69). Ein Schadenersatzanspruch ist folglich zu verneinen.

**4. Eventualiter: Es liegt kein Grundlagenirrtum vor**

88 Dem klägerischen Begehren, den Vertrag aufgrund eines Grundlagenirrtums als teilnichtig zu erklären (KS 6 Rz 89 ff.), kann nicht stattgegeben werden. Die Klägerin unterlag keinem Irrtum, da sie schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 3. August 2013 vom Transportunterbruch wusste (Verfügung Nr. 2 Rz 7). Selbst bei Annahme eines Irrtums war dieser auf jeden Fall nicht subjektiv wesentlich. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss eine Partei Unklarheiten in Bezug auf eine ihr wichtige Frage vor oder bei Vertragsabschluss klären (BGer 4A\_408/2007 E. 3.2). Anlässlich des Wissens um den Unterbruch ist es unerklärlich, warum die Klägerin nicht nachfragte, wie es um den Transport in der Zukunft stehe. Folglich kann nicht von subjektiver Wesentlichkeit ausgegangen werden und damit auch nicht von einem Grundlagenirrtum.

**5. Die Transportpreiszahlungen für die Zweite Periode sind von der Klägerin vollumfänglich zu veranlassen**

89 Aufgrund der obigen Ausführungen sind die ausgesetzten Zahlungen während der Zweiten Periode von der Klägerin unverzüglich und in vollem Umfang zu leisten.

**IX. Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen**

90 Aus all diesen Gründen ersuchen wir Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 5