

Moot Court Team 6
Felix Francois
Raffael Heggin
Simon Probst
Michèle Schmolzer

EINSCHREIBEN

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Selnaustrasse 32
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

24. März 2016

Klageantwort

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2015

in Sachen

Smoothilicious AG

Via Santa Theresa 5, 20151 Milano, Italien

vertreten durch Moot Court Team 7

gegen

Greengarden AG

Steinhofstrasse 34, 8004 Zürich, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 6

Sehr geehrte Frau Präsidentin,
Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

Rechtsbegehren

1. Auf die Klage sei mangels Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht einzutreten;
2. Soweit darauf eingetreten wird, sei die Klage abzuweisen;
3. Die Klägerin sei widerklageweise zu verpflichten, 50'000 Namenaktien der VeganMarket AG mit dem Nominalwert von CHF 1.- pro Aktie gegen die Bezahlung von CHF 2'687'500 von der Beklagten gemäss dem KV 2014 vom 1. Oktober 2014 zu erwerben;
4. Die Beklagte sei eventualiter zu verpflichten, 50'000 Namenaktien der VeganMarket AG mit dem Nominalwert von CHF 1.- pro Aktie gegen die Bezahlung von CHF 2'250'000 an die Klägerin gemäss dem ABV zu verkaufen;
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IV
Entscheidungsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XIII
I. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Klage.....	1
1. Auslegung nach dem tatsächlich übereinstimmenden Willen.....	1
2. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip.....	2
a) Keine direkte Zuständigkeit aus dem ABV.....	2
b) Keine Zuständigkeit aus dem KV 2013.....	3
II. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage.....	4
1. Konnexität zwischen Klage und Wiederklage.....	4
2. Schiedsklausel in KV 2014 als genügende Grundlage.....	5
3. Nichtvorliegen von Litispendenz.....	5
a) Anwendbarkeit des zweigliedrigen Streitgegenstands.....	5
b) Eventualiter: Anwendbarkeit der Kernpunkttheorie.....	6
III. Anwendbarkeit des KV 2014.....	6
1. Auflösung des ABV infolge Novation.....	6
2. Zustandekommen des KV 2014.....	7
a) MAC-Clause als Rücktrittsrecht.....	7
b) Eventualiter: MAC-Clause als Bedingung.....	9
c) Nichtvorliegen eines MAC bei Rücktritt.....	9
d) Nichtvorliegen eines MAC bei Klageeinreichung.....	12
3) Eventualiter: Treuwidrige Herbeiführung einer Bedingung.....	12
a) Verstoss gegen Treu und Glauben.....	13
b) Vorliegen des Kausalzusammenhangs.....	15
IV. Preisberechnung nach dem KV 2014.....	16
1. Sachmangel.....	16
2. Eventualiter: Verspätetes Erheben der Mängelrüge i.S.v. Art. 201 OR.....	18
3. Eventualiter: Kenntnis des Mangels durch Klägerin.....	19
V. Eventualiter: Kaufpreisberechnung nach dem ABV.....	19
VI. Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen	20

Literaturverzeichnis

AEPLI VIKTOR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 1h/1: Das Erlöschen der Obligation, Art. 114-126 OR, 3. A., Zürich 1991 (zit. ZK OR-AEPLI)

[N. 23, 24]

BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 2. A., Bern 1945 (zit. BK OR-BECKER)

[N. 26, 27, 44]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS)

[N. 11]

BUCHER ANDREAS (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Basel 2011 (zit. CR IPRG-BEARBEITERIN)

[N. 11]

BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT)

[N. 62]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT)

[N. 27]

DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH/OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. KUKO ZPO-BEARBEITERIN)

[N. 19]

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012 (zit. FELLMANN/KOTTMANN)
[N. 55]

FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. A., Basel 2013 (zit. CHK IPRG-BEARBEITERIN)
[N. 9, 15]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK OR I-BEARBEITERIN)
[N. 23, 44]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER)
[N. 23, 32]

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN N., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. A., Zürich 2000 (zit. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DUREY)
[N. 27, 45, 55]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON. K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (BSK IPRG-BEARBEITERIN)
[N. 11]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITERIN)
[N. 7, 32, 36, 45, 46, 62, 66]

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

[N. 23, 45, 60, 62, 63, 66]

JÄGGI PETER/GAUCH, PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Art. 18 OR, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN)

[N. 7]

KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. A., Zürich 1995 (zit. KELLER/SIEHR)

[N. 62]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. A., Bern 2009 (zit. KOLLER)

[N. 28]

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, 3. Auflage, Bern 1986 (zit. BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN)

[N. 2, 7, 36]

LEIMGRUBER STEFAN, Die negative Feststellungsklage vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 82 (Zürich 2014), S. 177 ff. (zit. LEIMGRUBER)

[N. 19]

LUGINBÜHL JÜRIG, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Diss. Zürich 1993, Publiziert in: FORSTMOSER PETER (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftrecht, Band 151 (zit. LUGINBÜHL)

[N. 62]

MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL/FURRER ANDREAS, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/FURRER)

[N. 61, 62, 66]

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK OR II-BEARBEITERIN)

[N. 61, 68]

PETER HANSJÖRG, Das bedingte Geschäft, Seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht, Habil. Bern, Zürich 1994 (zit. PETER)

[N. 44]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Droit comparé de l'arbitrage international, Zürich 2002 (zit. POUURET/BESSON)

[N. 11]

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993 (zit. RÜEDE/HADENFELDT)

[N. 17]

SCHLEIFFER PATRICK, No Material Adverse Change, in: Mergers & Acquisitions VI, Europa Institut Zürich, Bd. 48, TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, S. 53 ff. (zit. SCHLEIFFER)

[N. 27]

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

[N. 32, 34]

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013 (zit. BSK ZPO-BEARBEITERIN)

[N. 19]

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012
(zit. SUTTER-SOMM)

[N. 19, 21]

TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2.A., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. TSCHÄNI/DIEM/WOLF)

[N. 62]

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979 (zit. VON THUR/PETER)

[N. 7]

Entscheidverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

6. Februar 1934

BGE 60 II 27

[N. 27]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

31. März 1953

BGE 79 II 155

[N. 62]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

12. Juli 1956

BGE 82 II 378

[N. 36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. September 1962

BGE 88 II 364

[N. 66]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

13. Dezember 1967

BGE 93 I 549

[N. 15]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. November 1969

BGE 95 II 523

[N. 34]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
17. September 1975
BGE 101 II 323
[N. 7]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
10. November 1981
BGE 107 II 419
[N. 62, 68]]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
1. März 1983
BGE 109 II 20
[N. 44, 45]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. Februar 1987
BGE 113 II 49
[N. 7]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. März 1990
BGE 116 Ia 56
[N. 8]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. Dezmeber 1990
BGE 116 II 639
[N. 8]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
9. Juli 1991
BGE 117 II 259
[N. 70]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
3. November 1995
BGE 121 III 474
[N. 20]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. Januar 1997
BGE 123 III 16
[N. 20]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
8. Mai 2002
BGE 128 III 284
[N. 19]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Mai 2002
BGE 4C.60/2002
[N. 23]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
14. Oktober 2002
BGE 129 III 118
[N. 7]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
23. September 2011
BGer 5A_88/2011
[N. 19]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
17. Januar 2013
BGer 4A_244/2012
[N. 5]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. Februar 2014
BGer 4A_449/2013
[N. 46]

Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom
8. Dezember 1987
EuGH 144/86 (Gubisch Maschinenfabrik KG gegen Giulio Palumbo)
[N. 21]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ABV	Aktionärbindungsvertrag
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EBITDA	earnings before interests, taxes, depreciation and amortization
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
f./ff.	folgende
Hrsg.	Herausgeber
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
KV	Kaufvertrag
MAC	no material adverse change
MEDSAFE	Neuseeländische Gesundheitsbehörde
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend der Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
Rn.	Randnummer
S.	Seite
Swiss Rules	Swiss Rules of International Arbitration (June 2012)
vgl.	Vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1908 (SR 210)

zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

I. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Klage

N1 Die Klägerin behauptet fälschlicherweise, dass die Schiedsklausel des KV 2013 auch auf den ABV anzuwenden sei (Klageschrift, N. 5). Es ist zwar richtig, dass sowohl der KV 2013 als auch der ABV von denselben Parteien abgeschlossen worden und dadurch die subjektive Tragweite der Schiedsklausel gegeben ist. Die Parteien haben jedoch entgegen der Auffassung der Klägerin (Klageschrift, N. 6-31) keinen Konsens darüber erzielt, dass die Schiedsklausel auch auf den ABV anzuwenden sei. Damit fehlt es der Schiedsklausel an der objektiven Tragweite und das Schiedsgericht ist für die Beurteilung der Klage unzuständig.

1. Auslegung nach dem tatsächlich übereinstimmenden Willen

- N2 Das Vorliegen eines Konsenses bestimmt sich laut Art. 18 Abs. 1 OR nach dem tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien. Haben die Parteien dasselbe gewollt, geht dieser Wille sogar einer widersprechenden Vertragsklausel vor (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18, Rn. 14 f.).
- N3 Die Klägerin behauptet, dass die Parteien sich darauf geeinigt hatten, Streitigkeiten betreffend die Übertragung der Aktien der VeganMarket AG einem Schiedsgericht zu unterbreiten. Dieser Wille gehe aus den Schiedsvereinbarungen in den Kaufverträgen 2013 und 2014 hervor (Klageschrift, N. 9). Die vereinbarte Gerichtsstandsklausel sei eine „*irrtümlich verwendete unrichtige Bezeichnung*“ bzw. eine „*leere Floskel*“. Diese sei nur im Vertrag enthalten, weil der verwendete Mustervertrag ungenügend angepasst wurde. Daher sei auf den übereinstimmenden Willen und nicht auf die falsche Bezeichnung im Vertrag abzustellen (Klageschrift, N. 11 f.). Diese Behauptungen entsprechen, wie zu zeigen sein wird, nicht der Wahrheit.
- N4 Aus der Tatsache, dass die Parteien vor und nach dem Abschluss des ABV stets gleichlautende Schiedsvereinbarungen in die verschiedenen Verträge genommen haben, kann nicht geschlossen werden, dass die Parteien auch im ABV eine Schiedsvereinbarung abschliessen wollten. Der ABV verfolgt ein anderes Ziel als die Kaufverträge 2013 bzw. 2014. Im Gegensatz zu diesen bildet der ABV einen sogenannten Dauervertrag, der über eine längere Zeit Wirkungen entfaltet. Es ist nachvollziehbar, dass die Parteien für die Streitigkeiten während des Aktionärsverhältnisses an ein staatliches Gericht gelangen wollten. Die Gerichtsstandsvereinbarung ist daher weder eine „*unrichtige Bezeichnung*“ noch eine „*leere Floskel*“. Für die Behauptung, dass diese nur im Vertrag steht, weil der verwendete Mustervertrag ungenügend angepasst worden ist, gibt es weder Beweise noch Indizien.

- N5 Gemäss Aussagen der Klägerin geht der Wille, Streitigkeiten einem Schiedsgericht zu unterstellen bereits aus der Vereinbarung eines Schiedsgutachters hervor (Klageschrift, N. 11). Zur Bekräftigung dieser Ansicht, verweist sie auf ein Urteil des Bundesgerichts (BGer 4A_244/2012). Das Bundesgericht setzte sich darin mit dem Verhältnis zwischen einer Schieds- und einer Gerichtsstandsklausel im selben Vertrag auseinander. Dabei kam es zum Schluss, dass die Parteien die staatlichen Gerichte trotz Schiedsklausel *nicht* ausgeschlossen haben (E. 4.4) und das Schiedsgericht daher unzuständig sei (E. 4.6). Aus der Tatsache, dass eine Gerichtsstandsklausel Wirkung entfaltet, obwohl im selben Vertrag auch eine Schiedsklausel enthalten ist, muss geschlossen werden, dass diese auch Wirkung entfaltet, wenn im selben Vertrag eine Klausel für einen Schiedsgutachter enthalten ist. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss folglich geschlossen werden, dass die Klausel für einen Schiedsgutachter nicht als Indiz für den Willen der Parteien, die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zu vereinbaren, gesehen werden kann.
- N6 Aus diesen Ausführungen (N. 2 ff.) wird klar, dass die Parteien keinen tatsächlich übereinstimmenden Willen hatten, Streitigkeiten aus dem ABV der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen.

2. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip

- N7 Da kein übereinstimmender Wille der Parteien vorliegt, muss die Frage der Zuständigkeit mittels Auslegung der Verträge nach dem Vertrauensprinzip erfolgen. Dabei sind Willensäusserungen so zu verstehen, „wie sie vom Empfänger in gutem Treuen verstanden werden durften und mussten“ (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18, Rn. 67 ff.; VON THUR/PETER, S. 287; BGE 129 III 118, E. 2.5). Neben dem Wortlaut sind auch die Interessenlagen der Parteien sowie die Begleitumstände, die Entstehungsgeschichte und der Zweck des Vertrags zu berücksichtigen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18, Rn. 18 ff.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18, Rn. 389 ff.; BGE 101 II 323, E. 1; BGE 113 II 49, E. 1b). Entgegen der Auffassung der Klägerin (Klageschrift, N. 14 ff.) sind die Willenserklärungen nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass die Parteien die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte in Zug und nicht die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart haben.

a) Keine direkte Zuständigkeit aus dem ABV

- N8 Der Verzicht auf die staatlichen Gerichte darf nicht leichtfertig angenommen werden. Daher sind Willenserklärungen, die auf eine Schiedsvereinbarung deuten, restriktiv auszulegen (BGE 116 Ia 56, E. 3b). Von einer Schiedsvereinbarung darf nur ausgegangen werden, wenn

ein ausdrücklicher Verzicht auf die staatlichen Gerichte vorliegt (BGE 116 II 639, E. 2c). Der ABV besagt, dass für alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag die ordentlichen Gerichte in Zug zuständig sind, sofern keine andere Regelung *dieses Vertrages* vorgeht (Art. 27.8 ABV). Darin ist keine Schiedsvereinbarung zu erkennen. Sie lässt aber Platz für eine solche.

N9 Die Klägerin versucht aus der Vereinbarung eines Schiedsgutachters (Art. 6.9 des ABV) eine Schiedsvereinbarung zu lesen (Klageschrift, N. 33 ff.). Dieser Ansicht ist vehement zu widersprechen. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist klar von der Tätigkeit eines Schiedsgutachters zu unterscheiden. Ein Schiedsgutachter entscheidet rechtsverbindlich über einen Sachverhalt, ein Rechtsverhältnis oder eine Rechtsfrage. Im Gegensatz zu Entscheiden eines Schiedsgerichts sind die Entscheide eines Schiedsgutachters aber nicht direkt vollstreckbar (CHK IPRG-FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM, Vorbemerkungen zu Art. 176 ff., Rn. 12a). Der ABV spricht klar von einem Schiedsgutachter, den die Parteien für den Fall von Differenzen betreffend Preisberechnung bestimmen sollen (Art. 6.9.1 ABV). Diese Vertragsklausel kann nach Treu und Glauben nur so verstanden werden, dass die Parteien die Rechtsfrage der Preisberechnung durch einen Schiedsgutachter entscheiden lassen und für weitere Streitigkeiten an die ordentlichen Gerichte gelangen wollten. Ein Verzicht auf die staatlichen Gerichte ist unter keinen Umständen zu erkennen.

b) Keine Zuständigkeit aus dem KV 2013

N10 Die Klägerin behauptet, dass der ABV als Nach- oder Zusatzvertrag zum KV 2013 zu sehen und die Schiedsklausel daher auch auf den ABV anzuwenden sei (Klageschrift, N. 18 ff.). Der Klägerin ist dahingehend zuzustimmen, dass die Verträge einen inhaltlichen Konnex aufweisen. Bestritten wird aber die Behauptung, dass der ABV als Nach- oder Zusatzvertrag zu qualifizieren und daher die Schiedsvereinbarung des KV 2013 auf den ABV anzuwenden sei.

N11 Die Schiedsvereinbarung kann auf andere Verträge ausgedehnt werden, sofern es sich bei diesen um Nachträge oder den Hauptvertrag ergänzende oder abändernde Zusatzverträge handelt (BERGER/KELLERHALS, Rn. 475; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186, Rn. 75). Eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf andere Verträge ist hingegen nicht möglich, wenn es sich bei diesen lediglich um konnexe Hauptverträge handelt, die einen eigenständigen Streiterledigungsmechanismus enthalten (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186, Rn. 75; CR IPRG-TSCHANZ, Art. 178, Rn. 131; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178, Rn. 35a; POUURET/BESSON, Rn. 316).

N12 Der ABV regelt unter anderem die Übertragung der restlichen Aktien der VeganMarket AG auf die Klägerin. Aus diesem Grund ist eine Konnexität zwischen diesen Verträgen gegeben.

Für die Übertragung regelt der ABV aber im Gegensatz zum KV 2013 keinen fixen Preis, sondern lediglich eine Formel für die Preisberechnung. Dieser Unterschied ist darauf zurückzuführen, dass der ABV das Verhältnis zwischen den Parteien während einer längerer Dauer, in welcher sich die Verhältnisse verändern, regeln soll. Neben den Formalien für die Übertragung der Aktien regelt der ABV auch das Verhältnis der beiden Parteien während der Zeit, in welcher sie gleichberechtigte Mitteilhaber der VeganMarket AG sind. Aus diesen Gründen ist der ABV ein eigenständiger Hauptvertrag und kann nicht nur als Nach- oder Zusatzvertrag zum KV 2013 gesehen werden. Mit der Gerichtsstandsklausel (Art. 27.8 ABV) enthält dieser einen eigenen Streiterledigungsmechanismus. Aus diesen Gründen kann die Schiedsvereinbarung des KV 2013 nicht auf den ABV ausgedehnt werden. Die Gerichtsstandsklausel ist entgegen der Ansicht der Klägerin (Klageschrift, N. 26 ff.) für beide Parteien verbindlich.

N13 Aus den obigen Ausführungen (N. 2-12) ergibt sich, dass die Parteien weder einen natürlichen noch einen normativen Konsens darüber erzielt haben, dass staatliche Gerichte bei Streitigkeiten aus dem ABV durch Schiedsgerichte verdrängt werden sollen. Daher ist das Schiedsgericht für die vorliegende Klage nicht zuständig und darf auf diese nicht eintreten.

II. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage

N14 Die Klägerin behauptet, dass das Schiedsgerichts für die Widerklage nicht zuständig sei (Klageschrift, N. 38 ff.). Dieser Behauptung ist zu widersprechen. Das Schiedsgericht ist, wie im Folgenden gezeigt wird, für die Beurteilung der Widerklage zuständig.

1. Konnexität zwischen Klage und Widerklage

N15 Ein Gericht ist für eine Widerklage zuständig, sofern ein sachlicher Zusammenhang zwischen dieser und der Hauptklage besteht. Diese Konnexität liegt vor, wenn die beiden Ansprüche aus demselben Rechtsverhältnis abgeleitet werden oder sie den gleichen Gegenstand haben. Dies ist z.B. der Fall, wenn sich die Ansprüche gegenseitig ausschliessen (CHK IPRG-SCHRAMM/BUHR, Art. 8, Rn. 8; BGE 93 I 549, E. 2).

N16 Sowohl die Haupt- wie auch die Widerklage haben das Ziel, die restlichen Aktien der VeganMarket AG von der Beklagten auf die Klägerin übergehen zu lassen. Die Parteien streiten nur über die Frage, auf welcher Grundlage diese Übertragung erfolgen und wie hoch der Kaufpreis sein soll. Dadurch, dass die Aktien nur ein Mal übergeben werden können, schliessen sich die Haupt- und die Widerklage gegenseitig aus. Daraus ergibt sich ein genügender sachlicher Zusammenhang, um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage zu begründen.

2. Schiedsklausel in KV 2014 als genügende Grundlage

N17 Die Klägerin bringt vor, dass die Schiedsvereinbarung des KV 2013 die Widerklage nicht umfasst und diese daher nicht zulässig sei (Klageschrift, N. 43 ff.). Dem ist deutlich zu widersprechen. Bestehen mehrere Ansprüche zwischen denselben Parteien, bestimmt sich die Zulässigkeit der Widerklage nach dem Ermessen des Schiedsgerichts. Die Widerklage ist bei identischen Schiedsklauseln zuzulassen, selbst wenn die Ansprüche ihre Grundlage in unterschiedliche Verträge haben (RUEDE/HADENFELDT, S. 257 f.). Die Haupt- und die Widerklage stützen sich, wie die Klägerin richtig erkennt (Klageschrift, N. 45), auf Schiedsklauseln in verschiedenen Verträgen. Die Schiedsklauseln im KV 2013 bzw. KV 2014 sind jedoch identisch. Dadurch zeigt sich der Wille der Parteien, Streitigkeiten aus den beiden Verträgen auf dieselbe Weise zu entscheiden. Das Schiedsgericht hat die Widerklage daher zuzulassen.

3. Nichtvorliegen von Litispendenz

N18 Die Klägerin behauptet weiter, dass das Schiedsgericht auf die Widerklage nicht eintreten könne, da diese denselben Streitgegenstand wie die Hauptklage betreffe und von der Rechtshängigkeitssperre erfasst werden (Klageschrift, N. 38 ff.). Dieser Behauptung ist vehement zu widersprechen. Wie zu zeigen sein wird, kommt bei der Koordination von verschiedenen Schiedsverfahren in der Schweiz nicht die Kernpunkttheorie, sondern die Theorie des zweigliedrigen Streitgegenstands zur Anwendung. Dadurch liegt bei der Haupt- und der Widerklage nicht derselbe Streitgegenstand und somit keine Litispendenz vor. Das Schiedsgericht hat die Widerklage zuzulassen.

a) Anwendbarkeit des zweigliedrigen Streitgegenstands

N19 Das Bundesgericht hat sich bisher schwer getan, sich auf einen Streitgegenstandsbegriff festzulegen. Es ist zwar richtig, dass es sich im Bereich von Art. 9 IPRG der Kernpunkttheorie angenähert hat (SUTTER-SOMM, Rn. 490; 128 III 284, E. 3b). Die Kernpunkttheorie kann aber nicht auf den Streitgegenstandsbegriff vor internationalen Schiedsgerichten ausgedehnt werden. Aufgrund der Unabhängigkeit des 12. Kapitel des IPRG muss der Streitgegenstandsbegriff in Schiedsverfahren autonom ausgelegt werden, auch wenn er sprachlich mit Art. 9 IPRG übereinstimmt (LEIMGRUBER, Rn. 499). Um einen problematischen Systembruch zwischen der staatlichen Gerichtsbarkeit sowie der Binnen- und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu verhindern, muss für alle diese Gerichte derselbe Streitgegenstandsbegriff gelten. Eine Ausnahme kann nur dann gemacht werden, wenn das Verhältnis zu einem Verfahren vor einem ausländischen Gericht in Frage steht (LEIMGRUBER, 502 ff.; KUKO ZPO-DASSER, Art.

372, Rn. 13). Daher ist bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wie bei der staatlichen Gerichtsbarkeit der zweigliedrige Streitgegenstand anzuwenden (BSK ZPO-INFANGER, Art. 64, Rn. 10; BGer 5A_88/2011, E.4).

N20 Ein identischer Streitgegenstand liegt vor, wenn die Klage sich auf denselben Rechtsgrund und denselben Sachverhalt stützt (BGE 121 III 474, E. 4a; BGE 123 III 16, E. 2). Die Klage richtet sich auf die Übertragung von 50% der Aktien der VeganMarket AG aus dem ABV. Die Widerklage hingegen verlangt, dass die Aktien aufgrund des KV 2014 übertragen werden. Der Sachverhalt der Widerklage geht somit über den Sachverhalt der Hauptklage hinaus, da diese im Gegensatz zur Hauptklage das Erlöschen des ABV durch Abschluss der KV 2014 berücksichtigt. Dadurch bilden verschiedene Sachverhalte die Grundlage für die Haupt- bzw. Widerklage und die Klagen haben keinen identischen Streitgegenstand. Das Gericht hat demnach mangels Litispendenz die Widerklage zuzulassen.

b) Eventualiter: Anwendbarkeit der Kernpunkttheorie

N21 Folgt das Schiedsgericht der Meinung der Klägerin und wendet es die Kernpunkttheorie an, ändert sich nichts an der Tatsache, dass zwischen der Haupt- und der Widerklage keine Litispendenz vorliegt. Bei der Kernpunkttheorie bestimmt sich die Identität der Klagen nach dem Kern des Prozesses. Dieser bestimmt sich nach derselben Grundlage der Klage und demselben Klageziel (SUTTER-SOMM, Rn. 490; EuGH 144/86). Wie beim zweigliedrigen Streitgegenstand bereits ausgeführt worden ist (vgl. N. 19), haben die Haupt- und die Widerklage nicht dieselbe Grundlage, da sie sich auf verschiedene Verträge stützt. Aus diesem Grund muss die Klageidentität auch bei Anwendung der Kernpunkttheorie verneint werden, was dazu führt, dass die Widerklage mangels Litispendenz zuzulassen ist.

III. Anwendbarkeit des KV 2014

1. Auflösung des ABV infolge Novation

N22 Die Parteien schlossen am 1. Oktober 2014 den KV 2014 (B-1). Dieser ersetzt den ABV, um die bestehenden Differenzen, welche beim diesem bestanden, zu beheben (Präambel B KV 2014; Art. 11.7 KV 2014). Der KV 2014 ist daher in analoger Anwendung von Art. 116 Abs. 1 OR als Novation zu sehen.

N23 Die Aufhebung von ganzen Verträgen ist im Obligationenrecht nicht vorgesehen. Anerkanntermassen ist aber mittels analoger Anwendung der Vorschriften über die Aufhebung einer Obligation eine Aufhebung möglich (HUGUENIN, Rn. 641; ZK OR-AEPLI, Vorbemerkungen zu Art. 114-142, Rn. 7). Eine Novation setzt das Bestehen einer alten Forderung, welche

durch eine Novationsabrede aufgehoben und durch eine neue Forderung ersetzt wird, voraus. Die Parteien müssen dabei einen Novationswillen äussern (CHK OR I-KILLIAS/WIGET, Art. 116 OR, Rn. 4-6; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3441-3146; BGE 4C.60/2002 E. 1.4). Die Parteien waren sich bei der Berechnung des Kaufpreises im ABV uneinig. Um diesen Konflikt beizulegen, schlossen sie den KV 2014, welcher einen auf CHF genau bestimmten Kaufpreis enthält. Der ABV sollte untergehen und durch den KV 2014 ersetzt werden. Der Wille dazu ist im Wortlaut von Präambel B und Art. 11.7 KV 2014 klar erkennbar.

N24 Die Novation bedarf zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen Form. Dies gilt auch, wenn zur Begründung oder Änderung des Vertrages eine bestimmte Form vorgeschrieben oder vereinbart ist (ZK OR-AEPLI, Art. 116, Rn. 8). Die Formvorschrift, welche der ABV für seine Änderung in Art. 21.2.1 ABV statuiert, ist daher für die Novation unbeachtlich. Da die Parteien den KV 2014 aber schriftlich abgeschlossen haben, wäre die Novation auch bei gegenteiliger Ansicht gültig zustande gekommen. Der ABV wurde daher durch den KV 2014 ersetzt und ist nicht mehr in Kraft.

2. Zustandekommen des KV 2014

N25 Der Klägerin ist zuzustimmen, dass der KV 2014 unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wurde, dass dem Geschäftsführer der American Venture gekündigt wird (Art. 10.2 (b) KV 2014; Klageschrift, N. 57). Klar zu widersprechen ist aber ihrer Aussage, dass es sich bei der MAC-Clause um eine Suspensiv- (Klageschrift, N. 72 ff.) oder um eine Resolutivbedingung (Klageschrift, N. 79 ff.) handelt. Die MAC-Clause ist, wie zu zeigen sein wird, vielmehr als bedingtes Rücktrittsrecht ausgestaltet.

N26 Die Hauptwirkungen des Vertrages beginnen im Sinne von Art. 151 Abs. 2 OR mit dem Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung (BK OR-BECKER, Art. 151, Rn. 3). Der KV 2014 enthält die Bedingung, dass dem Geschäftsführer der American Venture gekündigt werden muss. Diesem wurde per 30. November 2014 ordentlich gekündigt. Die Hauptwirkungen des KV 2014 beginnen mit diesem Zeitpunkt.

a) MAC-Clause als Rücktrittsrecht

N27 Das Rücktrittsrecht ist das Recht einer oder beider Parteien, durch einseitige Erklärung vom Vertrag zurückzutreten. Gewöhnlich ist dieses an sachliche Voraussetzungen gebunden (BK OR-BECKER, Vorbemerkungen zu Art. 114-142, Rn. 14; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DUREY, §38, Rn. 18 f.; BUCHER, OR AT, S. 392 f.) Das Rücktrittsrecht kann auch unter die Bedingung des Eintritts eines MAC gestellt werden (SCHLEIFFER, S. 70 f.) Bei Geltendmachung des ver-

traglichen Rücktrittsrechts fällt der Vertrag nicht ex tunc dahin, sondern wird analog zu Art. 109 OR in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt (BGE 60 II 27, E. 6). Die Gegenpartei verkennt, dass es sich bei Art. 10.2 (c) KV 2014 um ein bedingtes Rücktrittsrecht und nicht um eine Bedingung handelt.

- N28 Der KV 2014 regelt nicht explizit, ob die MAC-Clause als Bedingung oder Rücktrittsrecht ausgestaltet ist. Dies muss daher durch Auslegung eruiert werden. Vertragsklauseln werden nach denselben Grundsätzen ausgelegt wie Willenserklärungen (KOLLER, § 9, Rn. 2). Folglich kommt das Vertrauensprinzip zur Anwendung. Dabei sind der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, die Begleitumstände und der Zweck des Vertrags zu berücksichtigen (vgl. N. 7).
- N29 Die MAC-Clause ist anders aufgebaut als die anderen Vollzugsbedingungen von Art. 10.2 (a) und (b) KV 2014. Sie gibt der Klägerin das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der definierte MAC eintritt. Durch dieses Wahlrecht, welches der Klägerin zugestanden wurde, unterscheidet sich die MAC-Clause von den anderen Vollzugsvoraussetzungen. Daraus ergibt sich, dass die Parteien die MAC-Clause nicht als dasselbe rechtliche Institut ausgestalten wollten, wie die anderen Vollzugsvoraussetzungen.
- N30 Der KV 2014 sollte die bestehenden Differenzen zwischen den Parteien beenden und dafür sorgen, dass auch die restlichen 50% der Aktien der VeganMarket AG endlich auf die Klägerin übergehen. Die Parteien hatten ein grosses Interesse, dass der Vertrag erfüllt wird. Bei einem Rücktrittsrecht muss die Klägerin aktiv werden, um den Vertrag dahin fallen zu lassen, bei einer negativen Suspensivbedingung (Klageschrift, N. 72 ff.) hingegen müsste sie aktiv werden, um den Vertrag weiterhin bestehen zu lassen. Die Bindung des Vertrages ist daher stärker, wenn der Klägerin nur ein Rücktrittsrecht gewährt wird, da der Vertrag durch reine Passivität der Klägerin bestehen bleibt. Wird der Zweck des Vertrages in die Auslegung mit einbezogen, kann die MAC-Clause nicht so verstanden werden, dass der Vertrag bei Eintritt eines MAC automatisch dahinfällt. Vielmehr soll der Vertrag nur dann dahinfallen, wenn die Klägerin unter keinen Umständen mehr gebunden sein möchte und den Vertrag einseitig aufhebt.
- N31 Darauf lässt auch der Wortlaut schliessen, welcher klar von einem *Recht, vom Vertrag zurückzutreten* und nicht von einem *Recht, den Vertrag trotz MAC zu vollziehen* spricht. Diese Wortwahl deutet darauf hin, dass die Parteien der Klägerin das Recht geben wollten, durch aktive Handlung vom Vertrag zurückzutreten und diesen damit zu beenden. Dass die Klägerin bei Eintritt eines MAC aktiv werden muss, um den Vertrag zu erhalten, ist nicht zu erkennen.

N32 Bei negativen Bedingungen beginnt der Vertrag erst zu wirken, wenn die Bedingung definitiv ausfällt, d.h. nicht mehr eintreten kann (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 151, Rn. 9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 3994; SCHWENZER, Rn. 13.07). Eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation einer Unternehmung kann grundsätzlich jederzeit eintreten. Dies bedeutet, dass der MAC nie definitiv ausfallen kann. Wäre die MAC-Clause als Bedingung zu sehen, würde daraus folgen, dass der Vertrag nie erfüllt werden kann, weil der Eintritt der negativen Bedingung jederzeit möglich ist. Daher kann es nicht dem Willen der Parteien entsprechen, dass die MAC-Clause als negative Bedingung ausgestaltet ist.

N33 Aus den obigen Ausführungen (vgl. N. 27-32) ergibt sich eindeutig, dass die Parteien keine negative Bedingung vereinbaren wollten. Vielmehr war es ihr Wille, die Klägerin vor einer wesentlichen Verschlechterung zu schützen und ihr in diesem Fall ein Rücktrittsrecht zu gewähren, von welchem sie Gebrauch machen kann oder nicht. Bei Geltendmachung des Rücktritts würde der Vertrag nicht ex tunc dahinfallen, sondern in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt.

b) Eventualiter: MAC-Clause als Bedingung

N34 Sollte das Schiedsgericht der Ansicht der Klägerin folgen und die MAC-Clause als Bedingung ansehen, würde dies nichts an der Rechtsfolge ändern. Wird bei einer negativen Bedingung kein Zeitpunkt bestimmt, an dem diese als eingetreten angesehen wird, hat das Gericht durch Auslegung einen angemessenen Zeitpunkt festzulegen (SCHWENZER, Rn. 13.09; BGE 95 II 523, E. 2). Die Parteien wollten den Vertrag am fünften Werktag nach Erfüllung aller Vollzugsvoraussetzungen vollziehen (Art. 10.1 KV 2014). Da die Bedingung eine Vollzugsvoraussetzung ist, kann dieser Zeitpunkt nicht als Eintritt der negativen Bedingung angesehen werden. Daraus wird jedoch ersichtlich, dass die Parteien den Vertrag in absehbarer Zeit vollziehen wollten. Dem Geschäftsführer der American Venture wurde per 30. November gekündigt. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien den Vertrag kurz nach dieser Kündigung vollziehen wollten. Mangels Vorliegen eines MAC (vgl. N. 41, 42), ist die Bedingung spätestens einen Monat nach der Kündigung als erfüllt anzusehen. Der Vertrag würde daher spätestens am 31.12.2014 in Kraft treten und den ABV durch Novation verdrängen.

c) Nichtvorliegen eines MAC bei Rücktritt

N35 Das Rücktrittsrecht ist, wie bereits erläutert wurde (vgl. N. 33), an eine Suspensivbedingung geknüpft. Die Klägerin kann nur vom Vertrag zurücktreten, wenn ein MAC vorliegt. Ein

MAC liegt vor, wenn der Wert der VeganMarket AG um mindestens 20% verglichen mit dem Kaufpreis in Art. 1 KV 2014 abnimmt (Art. 10.2 (c) KV 2014). Ob dabei die negativen EBITDA der einzelnen Tochtergesellschaften in die Berechnung einzubeziehen oder mit Null zu veranschlagen sind, wird nirgends ausdrücklich definiert. Dies ist durch Auslegung der MAC-Clause nach Vertrauensprinzip (vgl. N. 7) zu ermitteln.

- N36 Es ist zwar richtig, dass bei der Verwendung eines technischen Begriffs grundsätzlich der Sinn der Fachsprache berücksichtigt wird (Klageschrift, N 61). Diese wird nur angewandt, wenn die Parteien den Begriff nicht im Sinne einer Privatsprache selber definiert haben. Diese Definition kann entweder explizit im Vertrag geregelt sein (z.B. bei Verwendung der Formel „X im Sinne dieses Vertrages bedeutet Y“) oder sich konkludent aus den Umständen ergeben (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 Rn. 20; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18, Rn. 25; BGE 82 II 378, E. 4). Der Begriff EBITDA wird im KV 2014 nicht explizit definiert. Eine Definition findet sich aber in Art. 2 ABV. Obwohl dieser durch den Abschluss des KV 2014 aufgehoben wurde, muss diese Definition als Privatsprache angesehen werden. Der Begriff EBITDA ist daher nach Art. 2 ABV und nicht als technischer Begriff einer gemeinsamen Fachsprache zu verstehen. Die relevante Frage, ob negative EBITDA in die Berechnung des tatsächlichen Wertes der VeganMarket AG einbezogen werden muss, lässt diese Definition aber offen.
- N37 Die Klägerin behauptet, dass der negative EBITDA nach Treu und Glauben einbezogen werden muss, um den tatsächlichen Wert der Muttergesellschaft richtig abzubilden (Klageschrift, N. 63). Diese Behauptung ist insofern falsch, als dass die MAC-Clause einen Vergleich mit dem Kaufpreis gemäss Art. 1 KV 2014 anstellt. Der tatsächliche Wert der VeganMarket AG und der vereinbarte Kaufpreis können nur verglichen werden, wenn beide Werte nach denselben Grundsätzen berechnet werden. Eine andere Ansicht würde den Vergleich verzerren, da bereits bei Abschluss des Vertrages eine Verschlechterung des Wertes der VeganMarket AG vorliegen würde. Für die Berechnung des Kaufpreises im KV 2014 haben die Parteien in gegenseitigem Einverständnis die negativen EBITDA mit Null ersetzt (Sachverhaltsergänzungen, Rn. 13). Die Berechnung des tatsächlichen Wertes im Sinne der MAC-Clause hat die negativen EBITDA auch durch Null zu ersetzen, um einen sinnvollen Vergleich zu ermöglichen.
- N38 Hätten die Parteien bei der Berechnung des tatsächlichen Wertes des VeganMarket AG im Sinne der MAC-Clause von der Berechnungsmethode bei der Berechnung des Kaufpreises abweichen wollen, hätte dies explizit im Vertrag niedergelegt werden müssen. Da die Parteien dies unterlassen haben, kann die MAC-Clause nach Treu und Glauben nur so ausgelegt werden, dass dieselbe Berechnungsmethode angewandt wird, wie beim Kaufpreis.

- N39 Die Klägerin behauptet weiter, dass die Beklagte bei der Preisberechnung für den KV 2013 den negativen EBITDA in der Präsentation aufgeführt und nicht mit Null veranschlagt hat (Klageschrift, N. 64 f.). Diese Ausführungen entsprechen zwar der Wahrheit, sind aber weder vollständig noch relevant für die vorliegende Frage. Bei der Kaufpreisberechnung im KV 2013 sind die negativen EBITDA nur deshalb einbezogen worden, weil zusätzlich auch andere Faktoren wie z.B. Marktaussichten, Synergien und Einsparungen berücksichtigt worden sind (Einleitungsanzeige, Rn. 19; Sachverhaltsergänzungen, Rn. 3). Im ABV haben sich die Parteien auf eine Berechnung des Kaufpreises anhand der EBITDA ohne den Einbezug weitere Faktoren geeinigt. Dabei werden die negativen EBITDA mit Null veranschlagt, um die Nichtberücksichtigung anderer Faktoren auszugleichen. Diese Änderung wurde vereinbart, da die anderen Faktoren nicht streng mathematisch berechnet werden können. Mit dem Abschluss des KV 2014 haben die Parteien noch einmal bekräftigt, dass sie für die Berechnung des Wertes der VeganMarket AG die negativen EBITDA nicht einbeziehen wollen.
- N40 Die Klägerin wirft das Argument auf, dass eine Forderung in Höhe von [x] und eine Schuld in Höhe von [y] zusammen den Wert [x-y] und nicht [x-0] ergibt (Klageschrift, N. 63). Dieser Aussage ist bezogen auf eine Forderung zuzustimmen. Die Klägerin verkennt aber, dass diese Prinzipien nicht eins zu eins auf einen Unternehmenskauf anzuwenden sind. Die VeganMarket AG ist eine Holdinggesellschaft. Sie ist zu 100% Aktionärin der einzelnen Tochtergesellschaften. Die Aktionärin hat ausschliesslich die Pflicht, das Aktienkapital zu liberieren. Das OR erwähnt sogar ausdrücklich in Art. 680 Abs. 1 OR, dass der Aktionär nicht verpflichtet werden kann, mehr als den festgesetzten Betrag zu leisten. Ist eine Gesellschaft überschuldet, wird diese liquidiert. Der Aktionär muss für deren Schulden nicht haften. Der wirtschaftliche Wert einer Aktie kann nicht unter null Franken sinken. Daher bestimmt sich der wirkliche Wert einer Muttergesellschaft die 100% der Aktien von verschiedenen Tochtergesellschaften hält nach der Formel [x-0]. Der negative EBITDA darf deswegen nicht in die Wertberechnung einfließen, da die VeganMarket AG nicht für die Verluste der New Zealand und African Venture haften muss.
- N41 Aus dem Gesagten (vgl. N. 35-40) ergibt sich, dass der negative EBITDA bei der Berechnung der MAC-Clause mit Null veranschlagt werden muss. Entscheidend ist der Wert zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung der Klägerin. Diese erfolgte mittels Mail vom 12.12.2004 (B-2). Zum damaligen Zeitpunkt lag der tatsächliche Wert der VeganMarket AG bei CHF 2'281'250 (B-2). Verglichen mit dem vereinbarten Kaufpreis entsprach dies einem Verlust von CHF 406'250 oder 15.12 %. Es bestand kein MAC im Sinne von Art. 10.2 (c) des KV 2014 und die

Klägerin konnte nicht von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch machen. Der KV 2014 ist daher immer noch in Kraft und verhindert ein Wiederaufleben des ABV.

d) Nichtvorliegen eines MAC bei Klageeinreichung

N42 Die Klägerin behauptet, dass sich die wirtschaftliche Situation der VeganMarket AG zwischen versuchtem Rücktritt und Klageeinreichung weiter verschlechtert habe, so dass bei Klageeinreichung ein MAC vorgelegen hat (Klageschrift, N. 71). Es ist zwar richtig, dass sich der tatsächliche Wert der VeganMarket AG noch einmal verschlechtert hat. Dabei muss, wie oben bereits erläutert wurde (vgl. N. 41), der negative EBITDA mit Null in die Bewertung einfließen. Dadurch resultiert ein tatsächlicher Wert im Sinne der MAC-Clause von CHF 2'250'000. Die Verschlechterung beläuft sich bei Klageeinreichung auf CHF 437'500 oder 16.28%. Damit ist keine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation eingetreten, die der Klägerin ein Rücktrittsrecht gewähren würde. Der KV 2014 ist weiterhin in Kraft und verhindert ein Wiederaufleben des ABV.

3) Eventualiter: Treuwidrige Herbeiführung einer Bedingung

N43 Sollte das Schiedsgericht die Meinung vertreten, dass die MAC-Clause eine negative Bedingung darstellt und diese eingetreten ist, muss es auch erkennen, dass die Klägerin sich nicht auf diese Bedingung berufen kann. Die Klägerin hat diese, wie zu zeigen sein wird, im Sinne von Art. 156 OR treuwidrig herbeigeführt. Daher kann sie sich nicht auf die MAC-Clause berufen und hat den KV 2014 zu vollziehen.

N44 Eine Bedingung ist als erfüllt anzusehen, wenn eine der Vertragsparteien ihren Eintritt wider Treu und Glauben verhindert hat (PETER, S. 231). Bei negativen Bedingungen muss dies so verstanden werden, dass eine eingetretene Bedingung als nicht eingetreten anzusehen ist, sofern sie wider Treu und Glauben herbeigeführt worden ist (BK OR-BECKER, Art. 156, Rn. 10; BGE 109 II 20, E. 2a). Dabei wird verlangt, dass das definitive Ausbleiben einer Tatsache zur Bedingung gemacht worden ist (CHK OR I-ROTH/DUBS, Art. 156, Rn. 2).

N45 Die negative Bedingung wurde treuwidrig herbeigeführt, sofern die Partei ein Interesse am Eintritt der Bedingung hat und diese adäquat kausal durch einen Verstoß gegen Treu und Glauben ausgelöst worden ist (BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156, Rn. 6; HUGUENIN, Rn. 1321). Das Verhalten muss weder absichtlich noch schuldhaft sein, sondern nur gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZGB verstossen (GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DUREY, § 9, N 23; BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156, Rn. 5, 6; BGE 109 II 20 E. 2b)

a) Verstoss gegen Treu und Glauben

- N46 Ob ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten vorliegt, muss anhand der Berücksichtigung aller Umstände, der Veranlassung der Parteien sowie des verfolgten Zweckes beurteilt werden (BGer 4A_449/2013 E. 5.3). Dabei ist Art. 156 OR restriktiv auszulegen, weil Bedingungen immer mit Unsicherheiten verbunden sind (BSK OR I-EHRAT, Art. 156, Rn. 5).
- N47 Die Klägerin behauptet, dass sie nicht für die negativen Schlagzeilen in der „The New Zealand Herald“ (K-6) verantwortlich sei, da sie ihren Pflichten stets nachgekommen sei (Klageschrift, N. 93). Dieser Behauptung ist vehement zu widersprechen. Die Übergangsfrist für die neuen verschärften Vorschriften für Lebensmittelsicherheit in Neuseeland endete am 30. September 2014. Zu diesem Zeitpunkt erfüllten die Smoothies von New Zealand Venture die gesetzlichen Vorgaben nicht (Sachverhaltsergänzungen, N. 5 f.). Die Zusammensetzung der Smoothies wurde nach der Androhung der MEDSAFE innerhalb kürzester Zeit den Vorschriften angepasst (Sachverhaltsergänzungen, N. 6). Dies zeigt, dass die Anpassung für die New Zealand Venture kein schwer zu beseitigendes Problem darstellte und nur zu spät stattfand, weil die Klägerin diese verschlampt hat.
- N48 Der Defekt der Einfüllmaschine und die dadurch entstehenden Hygieneprobleme, welche zu einem zu hohem Wert an E. Coli Bakterien geführt haben, können der Klägerin wohl nicht vorgeworfen werden. Ihr ist aber vorzuwerfen, dass sie die Produkte, welche in dieser Zeit abgefüllt worden sind, nicht auf ihre Hygienekonformität geprüft hat, bevor diese in den Umlauf gelangt sind. Hätte die Klägerin die entsprechenden Vorkehrungen getroffen, wären die kontaminierten Smoothies nie in den Handel gelangt und die Hygieneprobleme wären nie publik geworden. Insofern ist die Klägerin ihren Pflichten nicht nachgekommen. Der Zeitungsbericht der „The New Zealand Herald“ entstand aufgrund dieser Fehlverhalten der Klägerin. Sie hat den Zeitungsbericht folglich zu verantworten.
- N49 Die Behauptung der Klägerin, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Zeitungsberichts alle Probleme beseitigt waren, ist korrekt (Klageschrift, N. 94). Der Zeitungsbericht spricht davon, dass die MEDSAFE kanzerogene Stoffe und einen zu hohen Wert an E. Coli Bakterien in den Smoothies der New Zealand Venture gefunden hat. Der Bericht entspricht daher der Wahrheit. Für dessen Erscheinen ist es irrelevant, ob die bestehenden Probleme im Nachhinein behoben wurden. Die sofortige Behebung der Probleme durch die Klägerin ist zu begrüssen, ändert aber nichts an der Tatsache, dass der Zeitungsbericht von der Klägerin verschuldet worden ist.

- N50 Die Klägerin weist darauf hin, dass alle Ventures dieselben Produkte vertreiben, welche zentral abgefüllt und abgepackt werden und in keiner anderen Vertriebsregion Probleme aufgetreten sind (Klageschrift, N. 93). Diese Tatsache ist aber nur darauf zurückzuführen, dass in keiner anderen Vertriebsregion zu diesem Zeitpunkt Kontrollen des E. Coli Bakteriengehalts durchgeführt worden sind. Dass die Probleme nur in New Zealand aufgetaucht sind, ist nur auf Glück und nicht auf ein korrektes Verhalten der Klägerin in den anderen Vertriebsregionen zurückzuführen.
- N51 Der Klägerin kann zugutegehalten werden, dass sie nach dem Bericht der MEDSAFE sofort reagiert und verschärfte Überwachungs- und Kontrollsysteme eingeführt hat (Sachverhaltsergänzungen, N. 7). Dies ändert aber nichts daran, dass zu diesem Zeitpunkt bereits Smoothies mit kanzerogenen Stoffen und einem zu hohem Wert an E. Coli Bakterien im Handel erhältlich waren.
- N52 Die Klägerin stellt richtigerweise fest, dass sie keine Rechtspflicht hat, Geschäftsbeziehungen aufrecht zu erhalten. Ihr ist aber klar zu widersprechen, dass der Vorwurf, sie hätte den Absprung der Hotelkette Larinof verhindern müssen, zu Unrecht erfolgt ist (Klageschrift, N. 96). Larinof hat sich verpflichtet, jährlich eine Mindestanzahl an Smoothies von der New Zealand Venture, abzunehmen. Ein substanzieller Teil des Umsatzes der New Zealand Venture wurde daher durch die Geschäftsbeziehung mit Larinof erwirtschaftet (Einleitungsanzeige, N. 22). Daher führt die Beendigung dieser Geschäftsbeziehung dazu, dass sich der EBITDA der New Zealand Venture drastisch senkt und sogar in den negativen Bereich fällt. Dies wird von der Klägerin auch nicht bestritten (B-2). Aus wirtschaftlichen Überlegungen wäre die Klägerin daher verpflichtet gewesen, die Geschäftsbeziehung mit Larinof möglichst zu erhalten. Die Klägerin hatte aber kein Interesse daran, den EBITDA der New Zealand Venture aufrecht zu erhalten. Im Gegenteil, der Einbruch kommt der Klägerin geradezu entgegen, da sie meint, sie könne sich dadurch auf die MAC-Clause stützen.
- N53 Es ist richtig, dass Larinof ihren Absprung nie öffentlich begründet hat. Dass es sich aber nur um eine Neuausrichtung handelt, kann nicht bewiesen werden (Einleitungsanzeige, N. 22). Da die Untersuchung der MEDSAFE im Zeitpunkt des Absprungs bereits bekannt war (Sachverhaltsergänzungen, N. 8), ist vielmehr davon auszugehen, dass die von der Klägerin verschuldete Untersuchung der Grund für den Absprung der Klägerin war. Der Vorwurf an die Klägerin ist aber nicht primär die Beendigung der Geschäftsbeziehung mit Larinof, sondern die fehlenden Bemühungen, diese zu erhalten. Diese Untätigkeit ist der Klägerin vorzuwerfen. Sie hat ihr persönliches Interesse an einem Absturz des EBITDA, um die MAC-Clause auszulö-

sen, über das betriebliche Interesse an einem hohen EBITDA gestellt. Dieses Verhalten verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

N54 Abschliessend kann festgestellt werden, dass der Absturz des EBITDA einerseits auf den Absprung vieler Kunden durch die Untersuchung der MEDSAFE und den Zeitungsbericht in der „New Zealand Herald“ herbeigeführt worden ist. Wie oben gezeigt wurde (vgl. N. 47-53), sind sowohl die Untersuchung wie auch der Zeitungsbericht auf ein erhebliches Verschulden der Klägerin zurückzuführen. Ein weiterer relevanter Punkt für den Absturz des EBITDA ist der Absprung von Larinof. Die Klägerin hat diesen nicht einmal im Ansatz versucht zu verhindern. Daher ist der Absturz des EBITDA der New Zealand Venture auf treuwidriges Verhalten von Seiten der Klägerin zurück zu führen.

b) Vorliegen des Kausalzusammenhangs

N55 Das treuwidrige Verhalten muss adäquat kausal für den Eintritt der Bedingung sein. Dies ist erfüllt, sofern das fragliche Verhalten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, den Eintritt der Bedingung herbeizuführen (GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DUREY, § 10, Rn. 24). Liegt die Treuwidrigkeit in einem Unterlassen, müsste ein pflichtgemässes Handeln den Eintritt der Bedingung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert haben (FELLMANN/KOTTMANN, Rn. 434)

N56 Die Klägerin anerkennt, dass ein grosser Teil der Umsatzeinbussen durch den Zeitungsbericht ausgelöst worden ist (Klageschrift, N. 103). Wie oben bereits gezeigt wurde (vgl. N. 54), ist der Zeitungsbericht auf Tatsachen zurückzuführen, welche die Klägerin treuwidrig herbeigeführt hat. Hätte die Klägerin die neuen Vorschriften zur Lebensmittelsicherheit innerhalb der Übergangsfrist eingehalten, hätte die MEDSAFE keine Untersuchung gegen die New Zealand Venture eingeleitet. Wäre die Untersuchung der MEDSAFE ausgeblieben, wäre auch der sehr negative aber wahre Zeitungsbericht in der „The New Zealand Herald“ unterblieben. Dadurch hätte die New Zealand Venture weniger Kunden verloren und der EBITDA wäre weniger stark gesunken. Das treuwidrige Verhalten der Klägerin ist adäquat kausal zur Verschlechterung des EBITDA der New Zealand Venture.

N57 Die Klägerin behauptet fälschlicherweise, dass der Absprung von Larinof keine grossen Umsatzeinbussen zur Folge hat (Klageschrift, N. 103). Diese Aussage muss falsch sein, da Larinof für einen substanziellen Teil des Umsatzes verantwortlich ist (Einleitungsanzeige, N. 22) und dieser ersatzlos wegfällt. Dadurch liegt auch im Absprung von Larinof ein wesentlicher Grund für den Rückgang des EBITDA der New Zealand Venture. Es ist zwar umstritten, weshalb Larinof abgesprungen ist. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass ein langjähriger

Vertragspartner nicht grundlos abspringt. Hätte die Klägerin versucht, mit Larinof ins Gespräch zu kommen und wäre sie auf die Probleme und Bedenken von Larinof eingegangen, wäre diese nicht abgesprungen. Es ist zwar möglich, dass Larinof nicht mehr so viele Smoothies wie früher abgenommen hätte, die totale Einstellung der Geschäftsbeziehung hätte jedoch mit grosser Wahrscheinlichkeit verhindert werden können. Daher ist auch das Unterlassen jeglicher Versuche, Larinof zu einem neuen Vertrag zu bewegen, adäquat kausal zu einem grossen Teil der Umsatzeinbussen.

N58 Der EBITDA der New Zealand Venture hat von Vertragsschluss bis heute einen Einbruch von CHF 750'000 erlitten. Für einen grossen Teil dieses Betrags muss der Absprung von Larinof und der Absprung weiterer Abnehmer aufgrund des Zeitungsberichts verantwortlich gemacht werden. Dieser Einbruch ist dafür verantwortlich, dass die VeganMarket AG einen Verlust von mehr als 20% erlitten hat und die MAC-Clause erfüllt ist. Da der Absprung von Larinof und der Zeitungsbericht, wie oben gezeigt wurde (vgl. N. 55-57), adäquat kausal auf ein treuwidriges Verhalten der Klägerin zurückzuführen ist, kann sich diese im Sinne von Art. 156 OR nicht auf das Rücktrittsrecht stützen. Daher bleibt der KV 2014 in Kraft und die Klägerin hat diesen zu vollziehen.

IV. Preisberechnung nach dem KV 2014

N59 Der KV 2014 ist gültig zustande gekommen. Da die Klägerin kein Recht hat, von diesem zurückzutreten, ist der KV 2014 immer noch in Kraft. Die Parteien haben für die restlichen 50% der Aktien einen fixen Kaufpreis vereinbart (Art. 1 KV 2014). Die Klägerin macht geltend, dieser Kaufpreis sei aufgrund von 197 ff. OR zu mindern (Klageschrift, N. 112 ff.). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, hat die Klägerin keinen Anspruch auf eine Minderung des Kaufpreises. Die Klägerin ist daher zu verpflichten dem Beklagten CHF 2'687'500 für die Übertragung der 50% der Aktien der VeganMarket AG zu bezahlen.

N60 Damit die Klägerin eine Minderung geltend machen kann, muss unter anderen ein Sachmangel vorliegen, der zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs der Kaufsache bereits bestand und die Klägerin muss rechtzeitig Mängelrüge erheben. Die Klägerin kann keine Ansprüche aus Gewährleistung geltend machen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Mängeln Kenntnis hatte (HUGUENIN, Rn. 2596).

1. Sachmangel

N61 Ein Sachmangel liegt vor, sofern eine der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache fehlt oder der Ist- vom Sollzustand dermassen abweicht, dass der Wert oder die Tauglichkeit der

Sache zum vorausgesetzten Gebrauch gemindert oder aufgehoben ist (MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/FURRER, S. 60; CHK OR II-MÜLLER-CHEN, Art. 197, Rn. 13).

- N62 Die Klägerin behauptet, dass die VeganMarket AG als Kaufgegenstand zu betrachten sei, da die Klägerin diese nach dem Kauf zu 100% kontrollieren wird (Klageschrift N. 117). Es ist zwar richtig, dass in der Lehre teilweise vertreten wird, dass nicht die Aktien, sondern die Unternehmung in einem solchen Fall den Kaufgegenstand bilden. Die Mehrheit der Lehre und auch das Bundesgericht gehen aber weiterhin davon aus, dass es sich bei den Aktien um die Kaufsache handelt (HUGUENIN, Rn. 2613; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, Kap. 4, Rn. 70 f.; KELLER/SIEHR, S. 128 ff.; LUGINBÜHL, S. 48; BSK OR I-HONSEL, Art. 197, Rn. 4; BUCHER, OR BT, S. 62; BGE 79 II 155, E. 3; BGE 107 II 419, E. 1). Dieser Meinung folgt auch der KV 2014 der die 50'000 Namenaktien der VeganMarket AG als Kaufgegenstand bezeichnet (Art. 1 KV 2014). Die Gewährleistung besteht nur für den Bestand und den Umfang der mit den Aktien veräusserten Rechte, nicht aber für den Wert des Unternehmens (MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/FURRER, S. 54).
- N63 Wollen die Parteien trotzdem eine Mängelhaftung in den Vertrag aufnehmen, muss der Verkäufer eine Zusicherung betreffend bestimmter Qualitäten der Unternehmung abgeben (HUGUENIN, Rn. 2428, 2613). Die Klägerin versucht aus der MAC-Clause eine Zusicherung für den EBITDA zu lesen (Klageschrift, N. 119). Dieser Interpretation der MAC-Clause ist klar zu widersprechen. Die Parteien wollten mit der MAC-Clause eine Sicherheit für die Klägerin schaffen, dass sie vom Vertrag zurücktreten kann, wenn ein bestimmter Wertverlust der VeganMarket AG eintritt. Der KV 2014, welcher die MAC-Clause beinhaltet, wurde nur geschlossen, weil der Versuch, einen vom EBITDA abhängigen Kaufpreis zu vereinbaren, gescheitert ist. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte einen bestimmten Wert der VeganMarket AG zusichern wollte, da dies die Streitigkeit betreffend EBITDA neu entfachen würde. Daher liegt keine Zusicherung eines bestimmten Wertes der VeganMarket AG vor und die Klägerin kann keine Minderung geltend machen.
- N64 Folgt das Schiedsgericht nicht dem Bundesgericht und erachtet es die Unternehmung als Kaufsache, ändert dies nichts daran, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Minderung hat. Die VeganMarket AG ist die Muttergesellschaft der verschiedenen Ventures und besitzt alle deren Aktien. Dadurch besteht keine Abweichung des Ist- von Sollzustand und damit kein Sachmangel. Diese Ansicht vertritt auch die Klägerin (Klageschrift, N. 118 ff.).

2. Eventualiter: Verspätetes Erheben der Mängelrüge i.S.v. Art. 201 OR

- N65 Folgt das Schiedsgericht der Ausführungen der Gegenpartei und betrachtet es die MAC-Clause als Zusicherung eines Wertes von CHF 2'375'000 (Klageschrift, N. 122), muss es die Minderung trotzdem abweisen, weil die Klägerin die Mängelrüge zu spät erhoben hat.
- N66 Der Käufer einer Sache ist im Sinne von Art. 201 Abs. 1 OR verpflichtet, die Beschaffenheit der Kaufsache zu prüfen und allfällige Mängel unverzüglich zu rügen (BSK OR I-HONSELL, Art. 201, Rn. 2). Die Mängelrüge muss erhoben werden, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang üblich ist (HUGUENIN, Rn. 2619; BGE 88 II 364 E. 2). Kommt der Käufer seiner Rügeobligenheit nicht oder nicht rechtzeitig nach, verliert er seinen Anspruch auf Gewährleistung (MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/FURRER, S. 62). Die Klägerin ist fälschlicherweise der Ansicht, dass sie die Mängelrüge rechtzeitig erhoben hat. Sie geht davon aus, dass der Mangel am 12. November 2014 eingetreten ist und die Mängelrüge daher nach einem Monat erhoben worden ist (Klageschrift, N. 129).
- N67 Wird davon ausgegangen, dass die Beklagte einen Wert von CHF 2'375'000 zugesichert hat, liegt ein Mangel dann vor, wenn dieser Wert unterschritten wird und nicht erst, wenn die Voraussetzungen der MAC-Clause erfüllt sind. Larinof hat die Geschäftsbeziehungen per 30. September 2014 gekündigt. Zudem hat die MEDSAFE am 6. Oktober einen negativen Bericht und die „The New Zealand Herald“ am 16. Oktober einen negativen Artikel veröffentlicht, die zu weiteren Absprüngen von Kunden geführt haben. Daher kann davon ausgegangen werden, dass der EBITDA der New Zealand Venture nicht erst am 12. November 2014, sondern bereits um den 16. Oktober herum eingebrochen ist und der zugesicherte Wert unterboten worden ist. Die Beklagte hat die Mängelrüge erst nach mehr als sieben Wochen geltend gemacht.
- N68 Für die Mängelrüge wird in Normalfall eine Frist von vier bis sieben Tagen seit Entdeckung noch als rechtzeitig angesehen (CHK OR II-MÜLLER-CHEN, Art. 201, Rn. 21, 23). Das Bundesgericht erachtet bei einem Unternehmenskauf eine Frist von zehn Tagen als angemessen (BGE 107 II 419, E. 2). Eine Rüge nach mehr als sieben Wochen ist daher nicht zu akzeptieren. Auch eine Frist von einem Monat, welche nach der Berechnung der Klägerin verstrichen ist, muss als zu lange angesehen werden. Die Klägerin begründet dies mit einer internen Entscheidungsfindung (Klageschrift, N. 129). Eine Gesellschaft, die sich auf einen Mangel berufen und dadurch mehr als CHF 400'000 sparen kann, braucht keine lange Entscheidungsfindung, um zu entscheiden, dass sie diesen Mangel rügen will. Die Klägerin hat es vielmehr verschlampt, den Mangel rechtzeitig zu rügen und versucht mit dieser fadenscheinigen Begründung, die verspätete Mängelrüge zu legitimieren.

N69 Aus diesen Gründen ist eine Mängelrüge, die nach sieben Wochen oder eventualiter, unter Berücksichtigung der Berechnung der Klägerin, nach einem Monat geltend gemacht wird, nicht rechtzeitig im Sinne von Art. 201 Abs. 1 OR erhoben worden. Der Anspruch auf Minderung ist abzuweisen.

3. Eventualiter: Kenntnis des Mangels durch Klägerin

N70 Die Käuferin kann sich im Sinne von Art. 200 Abs. 1 OR nicht auf die Gewährleistung berufen, wenn sie den Mangel zum Zeitpunkt des Kaufes gekannt hat. Entscheidend ist das Wissen der Käuferin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGE 117 II 259, E. 1). Die Klägerin behauptet fälschlicherweise, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nichts von den Mängeln gewusst hat und nichts hat wissen können (Klageschrift, N. 127). Der KV 2014 wurde am 1. Oktober 2014 von den Parteien unterzeichnet. Zu diesem Zeitpunkt waren die Geschäftsbeziehungen mit Larinof nachweislich bereits beendet (Sachverhaltsergänzungen, N. 8). Die Klägerin, welche bereits zu diesem Zeitpunkt die Geschäftsführung der New Zealand Venture ausübte, wusste von diesen Umständen. Da die Geschäftsbeziehung mit Larinof einen *substanziellen Teil des Umsatzes* der New Zealand Venture ausmachte (Einleitungsanzeige, N. 22), war ein Einbruch des EBITDA für die Klägerin zu diesem Zeitpunkt erkennbar. Zudem war am 1. Oktober 2014 seit längerem bekannt, dass die MEDSAFE eine Untersuchung gegen die New Zealand Venture eingeleitet hat. Die Klägerin musste davon ausgehen, dass der Bericht nicht ausschliesslich positiv ausfallen wird und dadurch einige Kunden abspringen könnten. Dass sich der EBITDA der New Zealand Venture dadurch zusätzlich verringert, muss der Klägerin klar gewesen sein.

N71 Die Klägerin wusste im Zeitpunkt des Abschlusses des KV 2014 von den bestehenden Mängeln der New Zealand Venture. Es muss ihr klar gewesen sein, dass deren Wert in der nächsten Zeit stark zurückgehen wird. Dadurch kann die Klägerin keine Gewährleistungsrechte geltend machen. Der Kaufpreis kann nicht gemindert werden.

V. Eventualiter: Kaufpreisberechnung nach dem ABV

N72 Geht das Schiedsgericht davon aus, dass der KV 2014 nicht mehr gültig ist und die Aktien nach Massgabe des ABV übertragen werden müssen, gilt Folgendes: Der Klägerin ist zuzustimmen, dass der Zeitpunkt der Preisberechnung das Datum der Einleitungsanzeige ist (Klageschrift, N. 110). Zu widersprechen ist ihr allerdings darin, dass die negativen EBITDA in die Berechnung des Kaufpreises mit einfließen müssen (Klageschrift, N. 107). Der vereinbarte Kaufpreis nach der Formel von Art. 6.8 ABV beträgt CHF 2'250'000.

- N73 Der ABV sagt nicht ausdrücklich, ob die negativen EBITDA in die Berechnung des Kaufpreises einzubeziehen sind (Art. 6.8 ABV). Dieser Streitpunkt ist durch Auslegung mittels Vertrauensprinzip zu entscheiden (vgl. N. 7).
- N74 Der Begriff der EBITDA ist im Sinne einer Privatsprache zwischen den Parteien definiert worden (vgl. N. 36). Daraus lässt sich nicht schliessen, ob die negativen EBITDA in die Berechnung einzubeziehen sind. Die negativen EBITDA sollten nicht in die Berechnung des Kaufpreises einbezogen werden, um das Weglassen weiterer Faktoren wie z.B. Marktaussichten, Synergien und Einsparungen auszugleichen. Daher wird auch von der Preisberechnung des KV 2013 abgewichen, bei welchem die negativen EBITDA in die Preisberechnung einbezogen worden sind (vgl. N. 39). Zudem spricht auch die Ermittlung des tatsächlichen Wertes, welcher bei Muttergesellschaften [x-0] entspricht, dafür, die negativen EBITDA nicht in die Berechnung einfließen zu lassen (vgl. N. 40).
- N75 Der Nichteinbezug der negativen EBITDA stellt zudem eine Sicherheit der Beklagten dar. Durch den KV 2013 hat die Klägerin die operative Führung der VeganMarket AG übernommen (Präambel C KV 2013). Der Wert der verbleibenden 50% der Aktien und der vereinbarte Kaufpreis sind somit von den Handlungen der Klägerin abhängig. Mit schlechten Geschäftsentscheiden kann die Klägerin den EBITDA der einzelnen Tochterunternehmen verkleinern und dadurch den Kaufpreis drücken. Die Beklagte hat darauf bestanden, dass dieses Risiko dadurch abgeschwächt wird, dass die negativen EBITDA nicht in die Berechnung des Kaufpreises im Sinne von Art. 6.8 ABV einfließen, sondern mit Null veranschlagt werden.
- N76 Aus diesen Gründen wird klar, dass die negativen EBITDA nicht in die Berechnung des Kaufpreises der verbleibenden 50% der Aktien der VeganMarket AG einfließen dürfen. Der Kaufpreis, der sich eventualiter aus dem ABV ergibt, liegt daher bei CHF 2'250'000.

VI. Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 6