

Moot Court Team 5  
Alisa Zehner  
Dan Pruschy  
Tobias Magyar

**EINSCHREIBEN**

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

11. Dezember 2015

**Klageschrift**

**Swiss Rules Fall Nr. 987596-2015**

in Sachen

**Smoothilicious AG**

Via Santa Theresa 5, 20151 Milano, Italien

vertreten durch Moot Court Team 5

**Klägerin**

gegen

**Greengarden AG**

Steinhofstrasse 34, 8004 Zürich, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team [...]

**Beklagte**

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,  
Sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

### **Rechtsbegehren**

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, 50'000 Namenaktien der VeganMarket AG mit dem Nominalwert von CHF 1.00 pro Aktie gegen die Bezahlung von CHF 1'875'000 an die Klägerin gemäss dem Aktionärsbindungsvertrag vom 11. April 2013 zu übertragen;
2. Auf die Widerklage der Beklagten sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>V</b>
<b>Judikaturverzeichnis</b> .....	<b>X</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XIII</b>
<b>A. PROZESSUALES</b> .....	<b>1</b>
<b>I. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Ansprüche der Klägerin</b> .	<b>1</b>
1. Anwendbarkeit des ABV .....	1
2. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes.....	1
3. Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung im KV 2013 auf Ansprüche aus ABV .....	1
a) Der KV 2013 und der ABV stellen ein zusammenhängendes Ganzes dar .....	1
i. Nach subjektiver Vertragsauslegung.....	1
ii. Nach objektivierter Vertragsauslegung .....	2
b) Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung bei losgelöster Betrachtung der Verträge	2
4. Keine Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung im KV 2014 auf Ansprüche aus dem ABV .....	3
5. Unzulässigkeit der Einsetzung eines Schiedsgutachters.....	4
6. Fazit.....	5
<b>II. Keine Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage der Beklagten</b> .....	<b>5</b>
1. Rechtsgrundlage der Widerklage .....	5
2. Unterschiedliche Vertragsverhältnisse.....	6
3. Widerklage ist „within the scope of the arbitration agreement“ .....	6
a) Keine inhaltlich identischen Schiedsvereinbarungen beider Verträge.....	6
b) Keine Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage .....	7
4. Widerklage ist „outside the scope of the arbitration agreement“ .....	8
a) Ausdrückliche Vereinbarung der Parteien .....	8
b) Einlassung der Klägerin .....	8
5. Fazit.....	8
<b>B. MATERIELLES</b> .....	<b>9</b>
<b>I. Übertragung der restlichen 50% der Aktien auf die Klägerin aus ABV</b> .....	<b>9</b>
1. Rechtliches zur MAC-Klausel .....	9
2. Unverbindlichkeit des KV 2014 .....	9

a) MAC-Klausel als Suspensivbedingung.....	9
b) Aktivierung der MAC-Klausel.....	11
c) Zwischenfazit .....	12
3. MAC-Klausel als resolutiv bedingtes Rücktrittsrecht .....	12
a) Unverbindlichkeit des KV 2014 infolge Rücktritt durch MAC-Klausel .....	12
b) Novation des ABV .....	12
c) Zwischenfazit .....	12
4. Fazit.....	12
5. Unerheblichkeit eines allfälligen Verschuldens durch die Klägerin für die Aktivierung der MAC-Klausel.....	13
6. Fehlen eines Verschuldens im Sinne einer Sorgfaltspflichtverletzung.....	13
a) Qualifikation der Geschäftsführungspflicht und anwendbarer Sorgfaltsmassstab .	13
b) Betreffend Neuorientierung der Hotelkette Larinof.....	14
c) Betreffend Auflösung weiterer Geschäftsbeziehungen.....	14
d) Betreffend Verschmutzung der Smoothies und neue Lebensmittelvorschriften.....	15
7. Keine treuwidrige Herbeiführung des MAC.....	15
<b>II. Preisberechnung bei Anwendung des ABV.....</b>	<b>16</b>
1. Übergang von Nutzen und Gefahr .....	16
a) Parteivereinbarung .....	17
b) Besondere Verhältnisse .....	17
c) Die Aktientranche ist eine Gattungsschuld i.S.v. Art. 185 Abs. 2 OR .....	18
d) Keine Anwendung des Art. 185 Abs. 3 OR .....	19
e) Zwischenfazit .....	19
2. Der Einbezug der negativen EBITA entspricht dem gewöhnlichen Gebrauch .....	19
a) Die EBITDA stellen ein realistisches Abbild des Unternehmenswerts dar .....	19
b) Der ABV folgt der Closing-Account-Methode.....	19
3. Fazit.....	20
<b>III. Preisberechnung bei Anwendung des KV 2014 .....</b>	<b>20</b>
1. Der Übergang von Nutzen und Gefahr i.S.v. Art. 185 Abs. 3 OR .....	20
2. Fazit.....	20
<b>C. DEN RECHTSBEGEHREN IST STATTZUGEBEN .....</b>	<b>20</b>

# Literaturverzeichnis

AEPLI VIKTOR, Zürcher Kommentar, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Band V/1h/1, Zürich 1991 (zit.: ZK OR-AEPLI, Art. ... N ...)

[Rz. 54]

BÄRTSCHI HARALD, Pfandrecht und Nutzniessung an Gesellschaftsanteilen, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, hrsg. von Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver, Bern 2012, 263 ff.

[Rz. 74]

BECKER HERMANN, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Band VI/1, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Bern 2006 (zit.: BK OR-BECKER, Art. ... N ...)

[Rz. 54, 67]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015

[Rz. 19, 20]

BUCHER EUGEN, Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrentragung durch den Käufer), ZSR 1970, Band 89, Halbband 1, 281-294 (zit.: BUCHER, Art. 185)

[Rz. 71]

BUCHER EUGEN, Die Schweiz als traditioneller Sitzort internationaler Schiedsgerichte, in: Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II), Das neue Recht ab 1. Januar 1989, hrsg. von Böckstiegel Karl-Heinz, Köln/Berlin/Bonn/München 1989, 119 ff., (zit.: BUCHER, Schiedsgericht)

[Rz. 31]

FEHR BENJAMIN/BENKERT STEFAN/POGGENSEE RUBEN, Earn-out: Erfolgsorientierter Kaufpreis, Expert Focus 10/15, 800 ff.

[Rz. 50]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/EMMENEGGER SUSAN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014

[Rz. 45]

- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010  
[Rz. 71]
- HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit.: KUKO OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
[Rz. 69, 80, 82]
- HONSELL HEINRICH/VOGT PETER NEDIM/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
[Rz. 20]
- HONSELL HEINRICH/VOGT PETER NEDIM/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
[Rz. 19, 28, 35, 36, 40]
- HONSELL HEINRICH/VOGT PETER NEDIM/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012 (zit.: BSK OR II-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
[Rz. 62]
- HONSELL HEINRICH/VOGT PETER NEDIM/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
[Rz. 69, 71, 74, 80, 90, 91]
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014  
[Rz. 4, 78]
- KELLERHALS FRANZ/BERGER BERNHARD, Widerklage und Verrechnung nach den Swiss Rules of International Arbitration, in: Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, hrsg. von Bohnet François/Wessner Pierre, Basel/Genf/München 2005, 207–226  
[Rz. 25]
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-318 OR, Band I, Bern 2012 (zit.: KOLLER, OR BT, § ... N ...)  
[Rz. 90]

- LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANCOIS/REYMOND CLAUDE, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989 (ZIT.: LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. ... N ...)  
[Rz. 24]
- LIONNET KLAUS/LIONNET ANNETTE, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Systematische Darstellung der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit für die Praxis der Parteien*, 3. Aufl., Stuttgart 2009  
[Rz. 40]
- MÜLLER ROLAND/BIEDERMANN KATHRIN, *Der Aktionärsbindungsvertrag als Unterstützungsmassnahme bei der Nachfolge- und Nachlassregelung*, AJP 6/2015, 885 ff.  
[Rz. 74]
- OETIKER CHRISTIAN, *Eintritt und Wirkung der Rechtshängigkeit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, St. Galler Studien zum internationalen Recht, Band 33, Diss. Universität St. Gallen, St. Gallen/Lachen 2003  
[Rz. 33, 34]
- PATOCCHI PAOLO MICHELE/SCHERER MATTHIAS (Hrsg.), *The Swiss International Sports Arbitration Reports*, Vol. 1, Genf/Huntington 2012  
[Rz. 24]
- REINER ANDREAS, *ICC Schiedsgerichtsbarkeit, Ein Handbuch für die Praxis*, Wien 1989  
[Rz. 25]
- RÜEDE THOMAS/HADENFELD REIMER, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG*, 2. Aufl., Zürich 1999  
[Rz. 24]
- SCHÄRER HEINZ/GROSS BALZ, *Pacta sunt servanda – von der Realerfüllung des Unternehmenskaufvertrages und deren prozessualer Durchsetzung*, in: *Mergers & Acquisitions XVI*, hrsg. von Tschäni Rudolf, Zürich 2014, 115-172  
[Rz. 45]
- SCHLEIFFER PATRICK, *No Material Adverse Change*, in: *Mergers & Acquisitions X*, hrsg. von Tschäni Rudolf, Zürich 2014, 53-107  
[Rz. 44, 45]

SCHÖNLE HERBERT, Zürcher Kommentar, Kauf und Tausch/Schenkung, Art. 184-191 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Band V/2a/1, Zürich 1993 (zit.: ZK OR-SCHÖNLE, Art. ... N ...)

[Rz. 69]

STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015

[Rz. 2]

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013

[Rz. 24]

TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich 2013

[Rz. 44]

UEK – Übernahmekommission, Empfehlung I Saia-Burgess Electronics Holding AG vom 15. Juli 2005, 0249/01

[Rz. 46]

VAN KANN JÜRGEN, Wettstreit der Methoden: Locked Box vs. Closing Accounts, in: Jahrbuch Mergers & Acquisitions 2012, hrsg. vom FINANCE Magazin und dem Bundesverband Mergers & Acquisitions, Frankfurt am Main 2011, 19 ff.

[Rz. 85]

VISCHER FRANK/HUBER LUCIUS/OSER DAVID, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000

[Rz. 36]

VISCHER MARKUS, Übergang von Nutzen und Gefahr beim Unternehmenskaufvertrag, Jusletter 26. Juli 2004

[Rz. 45]

VON RADOWITZ KONSTANTIN/KURZ HANNES, Completion Accounts vs. Locked Box, ST 9/2012, 617 ff.

[Rz. 85]



ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), *Swiss Rules of International Arbitration, Commentary*, 2. Aufl., Zürich, 2013 (zit.: SRK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
[Rz. 29, 35, 38]

# Judikaturverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

20. Februar 2015

BGE 4A\_390/2014

[Rz. 11]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

27. Februar 2014

BGE 140 III 134

[Rz. 4, 7, 8, 11, 17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

6. August 2012

BGE 138 III 681

[Rz. 11]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

5. März 2012

BGE 138 III 401

[Rz. 20]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

7. November 2011

BGE 138 III 29

[Rz. 7]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

9. Juni 2009

BGE 4A\_94/2009

[Rz. 24]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

8. April 2009

BGE 4A\_66/2009

[Rz. 20]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
29. Februar 2008  
BGE 4A\_452/2007  
[Rz. 11]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. April 2007  
BGE 4C.30/2007  
[Rz. 61]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
20. Juni 2006  
BGE 132 III 626  
[Rz. 8]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. November 2003  
BGE 130 III 66  
[Rz. 7, 11]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
8. Juli 2003  
BGE 129 III 675  
[Rz. 11]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Mai 2003  
BGE 129 III 535  
[Rz. 20]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
17. Mai 2002  
BGE 128 III 265  
[Rz. 8]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
12. März 2002  
BGE 128 III 370  
[Rz. 71]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

5. Juli 2001

BGE 127 III 444

[Rz. 4]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

20. August 1996

BGE 123 III 35

[Rz. 38]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

15. März 1990

BGE 116 Ia 56

[Rz. 7]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

23. Mai 1978

BGE 104 II 108

[Rz. 61]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

18. April 1958

BGE 84 II 158

[Rz. 71, 74]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

14. Oktober 1908

BGE 34 I 755

[Rz. 36]

# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ABV	Aktionärsbindungsvertrag vom 11. April 2013
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c/o	care of
CAM	Closing-Account-Methode
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
E. coli	Escherichia coli
EBITDA	earnings before interest, taxes, depreciation and amortization
Einl.	Einleitung
et al.	et alii
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
Fn.	Fussnote
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne

i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ICC	International Chamber of Commerce
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
Kap.	Kapitel
KUKO	Kurzkomentar
KV 2013	Aktienkaufvertrag vom 11. April 2013
KV 2014	Aktienkaufvertrag vom 1. Oktober 2014
LBM	Locked-Box-Methode
lit.	litera(e)
M&A	Mergers & Acquisitions
m.a.W.	mit anderen Worten
MAC	material adverse change
N	Note(n)/Randnote(n)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz.	Randziffer(n)
s.	siehe
S.	Seite(n)
SchlT	Schlusstitel
SR	Systematische Rechtssammlung
SRK	Swiss Rules-Kommentar
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
ÜBest	Übergangsbestimmungen
UEK	Übernahmekommission
UEV	Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. August 2008 (SR 954.195.1)
UEV-UEK	Verordnung der Übernahmekommission vom 21. Juli 1997 über öffentliche Kaufangebote (SR 954.195.1). Aufgehoben und ersetzt durch UEV am 1. Januar 2009
vgl.	vergleiche

vs.	versus
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

## **A. PROZESSUALES**

### **I. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Ansprüche der Klägerin**

#### **1. Anwendbarkeit des ABV**

- 1 Wie im materiellen Teil zu zeigen sein wird, ist der KV 2014 entgegen der Auffassung der Beklagten nie zustande gekommen, weswegen der ABV gültig ist (s. Rz. 43 ff.). Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ergibt sich aus der Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung im KV 2013 auf den ABV, was im Folgenden zu beweisen sein wird.

#### **2. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes**

- 2 Unbestritten ist, dass die in Art. 3.1 KV 2013 enthaltene Schiedsvereinbarung sowohl formell als auch materiell gültig ist (vgl. Art. 178 Abs. 1 und 2 IPRG sowie Art. 1 Abs. 1 OR). Der geltend gemachte Anspruch ist ausserdem schiedsfähig i.S.v. Art. 177 Abs. 1 IPRG, da es sich bei der Übertragung von Aktien um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt (vgl. STACHER, Rz. 222 ff.).

#### **3. Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung im KV 2013 auf Ansprüche aus ABV**

- 3 Die Schiedsvereinbarung in Art. 3.1 KV 2013 findet auf den ABV Anwendung.

*a) Der KV 2013 und der ABV stellen ein zusammenhängendes Ganzes dar*

*i. Nach subjektiver Vertragsauslegung*

- 4 Bei der Auslegung privater Willenserklärungen ist zunächst auf den tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen abzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 140 III 134 E. 3.2). Die Interessenlage ist mittels Indizien wie Wortlaut, Ort und Zeit des Vertragsschlusses zu eruieren, die sich aus den gesamten Umständen ergeben (BGE 127 III 444 E. 1b; HUGUENIN, N 280, 290). Das Gesagte gilt auch für zusammenhängende Verträge und Willenserklärungen, die folglich zusammenhängend auszulegen sind (HUGUENIN, N 294).
- 5 Tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien bei Vertragsschluss war es, dass der KV 2013 und der ABV als zusammenhängendes Ganzes zu betrachten sind. Dies ergibt sich aus dem engen sachlichen Zusammenhang sowie dem zeitgleichen Abschluss der beiden Teilverträge (s. Präambel ABV, lit. D). Beide Teilverträge verweisen ausserdem in diversen Bestimmungen auf den jeweils anderen (s. Präambel KV 2013, lit. B; Art. 2.2 Ziff. 2 KV 2013; Präambel ABV, lit. D; Art. 27.1.1 ABV) und ergänzen oder überschneiden sich in der materiellen Regelung der Vertragsgegenstände (s. Präambel KV 2013, lit. C; Art. 2.2 Ziff. 1 KV 2013; Art. 9 ABV). Aufgrund der engen Verknüpfungen und Überschneidungen ist offensichtlich, dass die Parteien stets an der gesamthaften Betrachtung beider Teilverträge interessiert waren. Es tut dabei nichts zur Sache, dass sie den ersten Teil des Vertrages als „Aktienkaufvertrag“, den zweiten jedoch als „Aktionärsbindungsvertrag“ bezeichneten (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR).



6 Da der KV 2013 und der ABV ein zusammenhängendes Ganzes darstellen, gilt die Subsidiarität der Gerichtsstandsklausel (vgl. Art. 27.8 ABV) auch für die Schiedsvereinbarung im KV 2013.

*ii. Nach objektivierter Vertragsauslegung*

7 Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass ein übereinstimmender Parteiwillen nicht festgestellt werden kann, so ist die betreffende Klausel nach dem Vertrauensprinzip (Art. 2 Abs. 1 ZGB) auszulegen. Der mutmassliche Parteiwille ist diesfalls so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (BGE 140 III 134 E. 3.2; 138 III 29 E. 2.2.3; 130 III 66 E. 3.2; 116 Ia 56 E. 3b).

8 Hauptsächlich massgebend für die Auslegung ist der Wortlaut. Allerdings müssen dabei Systematik und Gesamtzusammenhang des Vertrages sowie Sinn und Zweck seiner Bestimmungen beachtet werden (BGE 132 III 626 E. 3.1; 128 III 265 E. 3a). Das Schiedsgericht hat dabei die Sachgerechtigkeit des Auslegungsergebnisses zu berücksichtigen (BGE 140 III 134 E. 3.2).

9 Im vorliegenden Fall durfte die Klägerin auch nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass der KV 2013 und der ABV ein einziges Vertragswerk darstellen. Dies ergibt sich einerseits aus den in Rz. 5 genannten Gründen, die ein anderes Verständnis der Vereinbarungen objektiv nur schwerlich zulassen. Andererseits ist es auch kontraproduktiv, die beiden Teilverträge losgelöst voneinander zu betrachten, da dies zu unangemessenen Lösungen führen könnte, was die Parteien keinesfalls gewollt haben konnten.

*b) Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung bei losgelöster Betrachtung der Verträge*

10 Sollte das Schiedsgericht unerwartet schliessen, dass die beiden Verträge als in sich abgeschlossene Rechtsgeschäfte zu betrachten sind, so muss zumindest die Schiedsvereinbarung in KV 2013 nach Treu und Glauben so verstanden werden, dass sie auch Streitigkeiten aus dem ABV erfasst.

11 Für die Auslegung einer Schiedsvereinbarung gelten die allgemeinen Regeln zur Auslegung privater Willenserklärungen (BGE 130 III 66 E. 3.2; s. Rz. 7 f.). Liegt unbestrittenermassen eine Schiedsvereinbarung vor, ist sie extensiv auszulegen (BGE 140 III 134 E. 3.2; 129 III 675 E. 2.3). Enthält eine Schiedsvereinbarung ausserdem die Formulierung, dass ihr auch Streitigkeiten „im Zusammenhang mit“ dem Vertrag unterstehen sollen, so ist anzunehmen, dass die Parteien für sämtliche Ansprüche, die sich aus dem vertraglich geregelten Sachverhalt ergeben oder diesen berühren, die ausschliessliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründen wollten (BGE 138 III 681 E. 4.4). Dies ist allein dann nicht der Fall, wenn bzgl. eines mit dem Hauptvertrag zusammenhängenden Anspruchs ausdrücklich eine entgegenstehende Vereinbarung zwecks Begründung einer anderweitigen Zuständigkeit formuliert wurde (BGE 138 III 681 E. 4.4; 4A\_390/2014 E. 3.4 ff.; 4A\_452/2007 E. 2.5).

- 12 Die Schiedsvereinbarung in KV 2013 ist extensiv auszulegen. Sie ist ausserdem so formuliert, dass sie sämtliche „Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag“ erfassen soll. Zwischen dem KV 2013 und dem ABV besteht ein offensichtlicher Konnex. Dies ergibt sich sowohl aus der in Rz. 5 dargelegten strukturellen und inhaltlichen Konnexität wie auch daraus, dass beide Verträge den Kauf derselben Aktien desselben Unternehmens regeln.
- 13 Da zwischen dem KV 2013 und dem Anspruch auf Übertragung der restlichen Aktien aus ABV ein Zusammenhang besteht, durfte die Klägerin in guten Treuen davon ausgehen, dass auch für Ansprüche aus dem ABV eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts gilt.
- 14 Dem steht auch die Gerichtsstandsklausel in Art. 27.8 ABV nicht entgegen, die gerade *nicht* die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in Zug bezweckt. Vielmehr besagt sie ausdrücklich, dass diese i.S. eines subsidiären Auffangmechanismus nur zuständig sind, falls keine andere Regelung vorgeht. Eine solche Regelung ist die weit auszulegende Schiedsvereinbarung in KV 2013. Es spielt dabei auch keine Rolle, dass sich der Wortlaut der Gerichtsstandsklausel im ABV nur auf „Regelungen dieses Vertrags“ bezieht (vgl. Art. 27.8 ABV). Die Schiedsvereinbarung erscheint nämlich aufgrund ihres weiten Anwendungsbereichs als Teil des ABV und wird somit gemäss Wortlaut vom Vorbehalt in der Gerichtsstandsklausel erfasst. Selbst wenn dem nicht so wäre, würde der Sinn des Art. 27.8 ABV als subsidiäre Auffangklausel seinem Wortlaut vorgehen, sodass die „andere Regelung“ sich nicht nur aus dem ABV ergeben muss.
- 15 Es würde ausserdem zu unsachgerechten Ergebnissen führen, wenn man die Verträge so verstehen müsste, dass die Parteien für den Verkauf von 50% der Aktien die Zuständigkeit des Schiedsgerichts vereinbart, diese aber für die Übertragung weiterer 50% derselben Aktien einige Zeit später ausgeschlossen hätten. So könnte bspw. das Schiedsgericht den in Essenz gleichen Sachverhalt, nämlich die Übertragung eines Teils desselben Unternehmens, völlig anders als ein staatliches Gericht beurteilen. Dies würde in gewissen Konstellationen zu sich widersprechenden Urteilen führen.
- 16 Wie oben erörtert, ist die Schiedsvereinbarung im KV 2013 auch für den Fall, dass der KV 2013 und der ABV nicht als zusammenhängendes Ganzes betrachtet werden, auf Streitigkeiten aus dem ABV anwendbar.

#### **4. Keine Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung im KV 2014 auf Ansprüche aus dem ABV**

- 17 Aufgrund der Autonomie der Schiedsvereinbarung ist diese von Zustandekommen oder Gültigkeit des Hauptvertrages unabhängig (BGE 140 III 134 E. 3.3.2). Obschon KV 2014 nicht

rechtsgültig zustande gekommen ist (s. Rz. 43 ff.), bleibt daher zu prüfen, ob die darin vorgesehene Schiedsvereinbarung auch den ABV erfassen könnte. Bzgl. der objektiven Tragweite einer Schiedsvereinbarung kann auf die rechtlichen Ausführungen in Rz. 11 verwiesen werden.

- 18 Zwar enthält auch die Schiedsvereinbarung im KV 2014 den Passus „im Zusammenhang mit“. Allerdings ist zweifelhaft, dass zwischen KV 2014 und ABV ein Konnex besteht, da Ersterer Letzteren ja gerade ersetzen wollte. Sollte man dennoch zum Schluss kommen, dass ein Zusammenhang vorhanden ist, könnte man versucht sein, die Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung im KV 2014 auf den ABV zu bejahen. Dies ist aber unzulässig, denn mit der Schiedsvereinbarung im KV 2013 kommt bereits eine dem entgegenstehende Vereinbarung zur Anwendung (s. Rz. 3 ff.), sodass jede auf eine andere Vereinbarung gestützte Zuständigkeitsbegründung abgelehnt werden muss.

### **5. Unzulässigkeit der Einsetzung eines Schiedsgutachters**

- 19 Die Bestellung eines Schiedsgutachters führt zum Entzug der Kognitionsbefugnis des Schiedsgerichts für die durch den Schiedsgutachter zu beurteilenden Sachverhaltselemente (BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, Einl. 12. Kap. N 298). Unbestritten ist, dass sich die Parteien nicht auf die Einsetzung eines Schiedsgutachters einigen konnten (s. K-7; B-4). Ausserdem wurde für diesen Fall auch keine Ersatzbestellung durch eine Schiedsinstitution vereinbart (s. ABV; vgl. BERGER/KELLERHALS, Rz. 154). Da, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, auch eine anderweitige Bestellung ausgeschlossen werden muss, ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bejahen.
- 20 Kann eine Ersatzbestellung aufgrund fehlender Parteivereinbarung nicht vorgenommen werden, ist zu prüfen, ob der Anspruch auf Zustimmung zur Einsetzung eines Schiedsgutachters gestützt auf den betreffenden Vertrag vor dem zuständigen staatlichen Gericht eingeklagt werden kann (vgl. Sachverhalt von BGE 129 III 535; BERGER/KELLERHALS, Rz. 154, Fn. 11). Eine solche Rechtsausübung ist jedoch offenbar rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB, wenn sie ohne schützenswertes Interesse erfolgt (BGE 138 III 401 E. 2.2; 4A\_66/2009 E. 1.1). Ein solches Interesse ist regelmässig zu verneinen, wenn die Geltendmachung eines Anspruchs unnütz ist (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 38).
- 21 Eine Klage kann von der Beklagten nicht eingereicht werden, da ein solches Vorgehen rechtsmissbräuchlich wäre. Die Schiedsgutachterklausel in Art. 6.9 ABV bezweckt nämlich die Beschleunigung des Verfahrens der Kaufpreisbestimmung und die Begrenzung der Verfahrenskosten für den Fall, dass sich die Parteien über die Kaufpreisberechnung nicht einig werden. Folglich strebt die Klausel eine verfahrensökonomisch sinnvolle Streitbeilegung an. Es wäre verfahrensökonomisch jedoch alles andere als sinnvoll, wenn das Schiedsgericht lediglich über

das *Vorhandensein* des Anspruchs aus ABV befinden würde, ohne im selben Verfahren über die *Höhe des Kaufpreises* entscheiden zu können. Bevor dieser nämlich durch einen Schiedsgutachter bestimmt werden könnte, müssten sich die Parteien auf einen solchen einigen bzw. bei einer erneuten Nichteinigung (vgl. Rz. 19) auf Zustimmung der anderen Partei vor dem staatlichen Gericht klagen. Dieses Vorgehen würde einzig und allein eine Aufblähung der Kosten und des Zeitaufwandes zur Folge haben. Die Beklagte hält das Schiedsgericht denn auch offensichtlich selbst für geeignet, über die Angemessenheit des Kaufpreises zu entscheiden, wie sich aus ihrer Widerklage ergibt. Sie zieht somit aus der Bestimmung eines Schiedsgutachters keinen unmittelbaren wirtschaftlichen oder rechtlichen Nutzen und verzögert die Streitbeilegung unnötigerweise. Sie hat folglich kein schutzwürdiges Interesse. Da eine Klage auf Zustimmung zur Einsetzung eines Schiedsgutachters daher offenbar rechtsmissbräuchlich wäre und die Bestimmung des Kaufpreises durch das Schiedsgericht verfahrensökonomisch sinnvoll ist, ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bejahen.

## **6. Fazit**

22 Das Schiedsgericht ist für die Beurteilung der Ansprüche der Klägerin zuständig.

### **II. Keine Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage der Beklagten**

23 Das Schiedsgericht ist für die Beurteilung der Widerklage der Beklagten mangels gleicher Vertragsgrundlage für Haupt- und Widerklage unzuständig. Selbst wenn man der Ansicht ist, dass kein identisches Vertragsverhältnis für die Schiedszuständigkeit notwendig ist, besteht nach Auslegung des Parteiwillens keine Konnexität zwischen den Klagen, die kumulativ mit einer inhaltlich identischen Schiedsvereinbarung beider Vertragsverhältnisse vorausgesetzt wird, um eventualiter eine Widerklage-Zuständigkeit zu begründen. Es mangelt auch an einer Parteivereinbarung oder Einlassung auf Seiten der Klägerin, die eine solche Zuständigkeit begründen könnten. Hierzu im Detail:

#### **1. Rechtsgrundlage der Widerklage**

24 Die Widerklage ist die in einem anhängigen Verfahren erhobene Klage des Beklagten gegen den Kläger, mit der ein Gegenanspruch selbstständig geltend gemacht wird (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 224). Auch wenn Art. 21 (5) Swiss Rules nach Wortlaut nur die Verrechnung und nicht die Widerklage vorsieht, ist Letztere nach anerkannter Auffassung und Praxis zulässig (BGE 4A\_94/2009 E. 4; RÜEDE/HADENFELDT, 257; LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. 186 N 7; PATOCCHI/SCHERER, 328).

## 2. Unterschiedliche Vertragsverhältnisse

- 25 Unstrittig wird die Zuständigkeit für die Widerklage anerkannt, wenn diese auf dem gleichen Vertragsverhältnis wie die Hauptklage beruht und durch eine übereinstimmende Schiedsvereinbarung gedeckt ist. Eines Sachzusammenhangs bedarf es darüber hinaus nicht (KELLERHALS/BERGER, 222; REINER, 43).
- 26 I.c. ist kein gleiches Vertragsverhältnis gegeben, da sich die Hauptklage, wie oben dargelegt, auf den KV 2013 i.V.m. dem ABV (s. Rz. 3 ff.) stützt und die Widerklage auf KV 2014. Die Prüfung einer übereinstimmenden Schiedsvereinbarung sowie die Frage des Sachzusammenhangs erübrigen sich. Es liegt keine Widerklage-Zuständigkeit vor.
- 27 Die Voraussetzung des gleichen Vertragsverhältnisses kann nach Ansicht eines Teils der Lehre dahinstehen. Unter folgenden i.c. nicht einschlägigen, weiteren Titeln kann sich eine Widerklage-Zuständigkeit ergeben:

### 3. Widerklage ist „within the scope of the arbitration agreement“

- 28 Wenn beide Vertragsverhältnisse inhaltlich identischen Schiedsvereinbarungen unterstehen, bspw. je einer Swiss Rules-Standard-Schiedsklausel, und wenn Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage besteht, hat das Schiedsgericht eine Wertung vorzunehmen, die sich am Parteiwillen orientiert (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 79).

#### a) Keine inhaltlich identischen Schiedsvereinbarungen beider Verträge

- 29 Der Beklagten ist dahingehend zuzustimmen, dass die Schiedsklauseln Art. 11.1 KV 2014 und Art. 3.1 ABV vom Wortlaut her identische Swiss Rules-Standard-Schiedsklauseln seien. Ein identischer Wortlaut allein führt aber nicht zwangsläufig zu einer inhaltlich identischen Schiedsvereinbarung: Vorausgesetzt wird, dass die Widerklage im Rahmen der Schiedsvereinbarung liegt (SRK-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 36). Die Schiedsklauseln stehen in einem unterschiedlichen Kontext und sind auch in ihrem jeweiligen Kontext zu verstehen:
- 30 Mit der Präambel im KV 2014 haben die Parteien nicht, wie im KV 2013, einen ausdrücklichen Verweis auf die Geltung des ABV fixiert (Präambel KV 2013, lit. B). Sie haben dort – im Gegenteil – wortwörtlich geregelt, dass der ABV durch den KV 2014 ersetzt werden soll (Art. 11.7 KV 2014). Der KV 2014 wurde auf neuer Grundlage und losgelöst der Umstände des ABV verhandelt und abgeschlossen. Es ist gerade keine inhaltlich identische Zuständigkeitsklausel gegeben. Aus dem Wortlaut der Präambel geht vielmehr eindeutig hervor, dass der KV 2014 eine völlig neue Regelung unter neuen Umständen schaffen sollte.
- 31 Primärer Sinn und Zweck einer Widerklage ist die Verfahrensökonomie. *E contrario* können Widerklagen aber auch den Prozess verzögern und verkomplizieren. BUCHER argumentiert des-

halb, dass ein Ausschluss der Widerklage in Betracht kommt, wenn dieser die Verfahrensökonomie fördert und dem Widerkläger kein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht (BUCHER, Schiedsgericht, 136).

- 32 Die Verhandlungen der Parteien ziehen sich bereits über ein Jahr und drei Monate hin, während dieser Zeit die Klägerin zur Lösungsfindung vermehrt auf die Beklagte zugegangen ist: So beharrte die Klägerin von Anbeginn darauf, möglichst schnell einen Schiedsgutachter zu bestimmen (K-7; B-4) und liess sich sogar darauf ein, den KV 2014 zu schliessen, um die Pattsituation zu lösen. Damit war es gerade die Klägerin, die eine schnelle Lösung anstrebte, während die Beklagte bis heute versucht, den Prozess – auch mit der Widerklage – zu verzögern und gar zu torpedieren. Bei Ausschluss der Widerklage würde insofern der Beklagten gerade „kein nicht wiedergutzumachender Nachteil“ entstehen, da sie all ihre Argumente im Rahmen des Erkenntnisverfahrens vorbringen könnte. Im Interesse der Prozessökonomie wie auch einer rechtsmissbrauchsfreien Judikatur ist sogar der Ausschluss der Widerklage geboten.
- 33 Eine Erweiterung der Wirkung einer Schiedsvereinbarung auf eng verbundene Rechtsverhältnisse ist nicht möglich, wenn der Gegenanspruch seinerseits einer anderen Schiedsvereinbarung unterstellt ist. Das gilt auch, wenn die Schiedsklauseln einen identischen Wortlaut haben. In diesem Fall kann jede Partei ein selbstständiges Schiedsgericht verlangen (OETIKER, N 498).
- 34 Der Meinung OETIKER folgend, ist die Berufung auf identische Vertragsklauseln unzulässig, wenn sich, wie hier, der Gegenanspruch der Klägerin auf die Kaufpreiszahlung aus dem KV 2014 stützt und somit der Schiedsvereinbarung des KV 2014 unterstellt ist. Das Schiedsgericht ist nicht für die Beurteilung der Widerklage zuständig. Eventualiter erfolgt noch die Prüfung der zweiten Zuständigkeitsvoraussetzung.

*b) Keine Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage*

- 35 Entgegen der Meinung von BERGER/PFISTERER (s. Rz. 29 ff.) sollte zusätzlich zur dort genannten Voraussetzung die faktische Konnexität zwischen den Klagen verlangt werden. Art. 8 IPRG verlangt diese ausdrücklich. Nach systematischer Auslegung ist es nicht ersichtlich, warum Art. 8 IPRG keine Anwendung auf die Bestimmungen der Schiedsgerichtbarkeit finden sollte. Nur wenn sich die Partei auf die Widerklage einlässt, wird das Erfordernis der Konnexität zwischen Haupt- und Widerklage hinfällig (BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 8 N 13).
- 36 Zur Beurteilung der Konnexität ist in erster Linie nach dem Parteiwillen zu entscheiden. In Anlehnung an Art. 8 IPRG ist festzustellen, ob ein Sachzusammenhang besteht (VISCHER/HUBER/OSER, N 1465). Die rechtliche Konnexität ist, wie oben erörtert, nicht gegeben (kein gleiches Rechtsverhältnis). Die faktische Konnexität (Sachzusammenhang) liegt vor, wenn beide Ansprüche einen inneren Zusammenhang aufweisen (BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 8 N 10).

Das Bundesgericht entschied aber, dass ein solcher bei Ansprüchen aus unterschiedlichen Verträgen nur vorliegt, wenn sie nach dem Willen der Parteien eine Einheit bilden sollen (BGE 34 I 755 E. 5).

37 Eine Einheit der Verträge ist i.c. zwischen KV 2013 und dem ABV zu bejahen (s. Rz. 4 ff.), jedoch nicht zwischen dem ABV und dem KV 2014 (s. Rz. 17 f.). Zwischen den zwei letztgenannten Verträgen besteht kein innerer Zusammenhang.

#### **4. Widerklage ist „outside the scope of the arbitration agreement“**

##### *a) Ausdrückliche Vereinbarung der Parteien*

38 Beruht die Widerklage auf einem anderen Vertragsverhältnis als die Klage, so kann die Widerklage-Zuständigkeit des für die Hauptklage konstituierten Schiedsgerichts nur dadurch zustande kommen, dass die Parteien dies in ihrer Schiedsabrede oder nachträglich so vereinbaren (SRK-BERGER/PFISTERER, Art. 21 N 37; s. auch Tiefgaragenfall Konstanz, BGE 123 III 35 E. 3c).

39 I.c. haben die Parteien eine solche Widerklage-Zuständigkeit weder im KV 2013/ABV vereinbart, noch im Nachhinein eine solche Vereinbarung getroffen. Auch die bereits oben thematisierte staatliche Zuständigkeit ändert nichts daran, da keine „beachtenswerten Gründe“ ein Aussetzen des Schiedsgerichts erfordern würden (Art. 186 Abs. 1<sup>bis</sup> IPRG).

##### *b) Einlassung der Klägerin*

40 Wenn die Klägerin keine Einrede der Unzuständigkeit i.S.v. Art. 186 Abs. 2 IPRG erhebt, so ist davon auszugehen, dass sich die Klägerin auf die Widerklage einlässt (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 78). Als Unzuständigkeitseinrede gilt jede Erklärung der beklagten Partei, aus welcher hervorgeht, dass diese das Schiedsgericht ganz oder teilweise nicht für kompetent erachtet, die zur Diskussion stehende Streitfrage zu entscheiden (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 92). Begründungspflichten und Formvorbehalte bestehen nicht (LIONNET/LIONNET, 344 f.).

41 Die Klägerin bestritt in der Stellungnahme zur Einleitungsantwort die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage ausdrücklich. Eine Einlassung i.S.v. Art. 186 Abs. 2 IPRG ist nicht gegeben – folglich auch keine Widerklage-Zuständigkeit.

#### **5. Fazit**

42 Der Widerklage ist nicht stattzugeben.

## **B. MATERIELLES**

### **I. Übertragung der restlichen 50% der Aktien auf die Klägerin aus ABV**

#### **1. Rechtliches zur MAC-Klausel**

43 Entgegen der Aussagen der Gegenpartei ist die Übertragung der zweiten 50% der VeganMarket nach den Bestimmungen des ABV zu vollziehen, was nachfolgend dargelegt sei.

44 Die Geltendmachung des in Art. 10.2 lit. c KV 2014 stipulierten Rücktrittsrechts macht den KV 2014 für die Übertragung der restlichen 50% der VeganMarket für beide Parteien unverbindlich. Die darin vereinbarte sogenannte MAC („Material Adverse Change“-)Klausel ermöglicht es einer Partei vom KV 2014 zurückzutreten, falls zwischen Signing und Closing unerwartete Ereignisse eintreffen, welche die Transaktion in bedeutend nachteiliger Weise beeinflussen (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, Rz. 24). Dabei wird zwischen quantifizierten und nichtquantifizierten MAC-Klauseln unterschieden. Quantifizierte ermöglichen den Ausstieg aus einem Vertrag, wenn der MAC aufgrund des Überschreitens eines zahlenmässig definierten Schwellenwerts festgestellt wird. Der entscheidende Vorteil dabei ist, dass in nachvollziehbarer Weise festgestellt werden kann, inwiefern eine relevante Veränderung geschehen ist. Bei nichtquantifizierten wird auf den unbestimmten Rechtsbegriff der Wesentlichkeit abgestellt (SCHLEIFFER, 62 ff.).

#### **2. Unverbindlichkeit des KV 2014**

##### *a) MAC-Klausel als Suspensivbedingung*

45 Eine MAC-Klausel, eine so genannte „*Closing Condition*“, versetzt den Vertrag bis zu dessen Erfüllung in einen Schwebezustand (VISCHER, Rz. 32 ff.). MAC-Klauseln können als Suspensivbedingung bzw. als bedingtes Rücktrittsrecht ausgestaltet sein (SCHLEIFFER, 66). Gerade bei Kaufverträgen aber, bei denen die Zeitpunkte des Signing und Closing auseinanderfallen, werden sie üblicherweise als negative Suspensivbedingungen i.S.v. Art. 151 Abs. 1 OR ausgestaltet, da sie das entstehende Risiko einer wesentlichen nachteiligen Wertveränderung des Kaufobjektes absichern (SCHÄRER/GROSS, 128). Damit wird der Eintritt der vertraglichen Wirkung vom sich ereignenden MAC abhängig gemacht (SCHLEIFFER, 68). Steht die rechtliche Qualifikation einer Bedingung in Frage, so ist von einer aufschiebenden Bedingung auszugehen, weil so keine unmittelbaren Pflichten entstehen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 4199). Zur rechtlichen Evaluierung einer unklaren Klausel sind hier die systematische und auf den Wortlaut bezogene Auslegungsmethode anzuwenden (s. Rz. 8). Die Klausel wird unter dem Titel der Vollzugsvoraussetzungen (Art. 10.2 KV 2014) angeführt. Dem nachfolgend regelt Art. 10.3 KV 2014 die Vollzugsmassnahmen, die bei der Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 10.2 zu erfolgen haben. Erst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, so auch das Ausbleiben eines



MAC, kann der KV in Kraft treten und mit den Vollzugsmassnahmen begonnen werden. Die Bedingungen von Art. 10.2 modifizieren die rechtspolitisch hochbrisante Frage (s. nachfolgend Rz. 68 ff.) des Gefahrenübergangs, da der KV 2014 erst in Kraft tritt, wenn keine wesentliche Wertminderung i.S.v. Art. 10.2. lit. c erfolgt ist. Eine andere Auffassung würde dem Zweck der MAC-Klausel widersprechen. Denn zentral ist, dass sich der Käufer bis zum tatsächlichen Vollzug des Kaufgeschäftes von einer negativen Wertveränderung schützen kann. Wäre die MAC-Klausel keine negative Suspensivbedingung, sondern eine Resolutivbedingung, so hätte die Käuferin mangels zeitlicher Befristung der Klausel das Recht, auch nach Vollzug des Kaufgeschäftes nach Art. 10.2. lit. c vom Vertrag zurückzutreten. Dies widerspricht klar den Interessen der Verkäuferin, denn dies würde nur zu einer aufwändigen Rückabwicklung führen, was nicht i.S. der Parteien gewesen sein kann. Daher ist auch im Interesse der Verkäuferin die Klausel als negative Suspensivbedingung zu qualifizieren.

- 46 Ferner sei nach der Beklagten die Klausel im Lichte der tatsächlichen Bedingungen zu lesen. Da die Klägerin bereits mit Abschluss des KV 2013 und dem ABV einen massgeblichen Anteil am Unternehmen gewonnen und dabei die operative Führung übernommen habe, dürfe mittels dieser Klausel die Klägerin nicht zusätzlich begünstigt werden (B-3). Dieser Ansatz ist verkürzt. Mit Abschluss des KV 2013 übernahm die Klägerin *ex ante* schon die Hälfte des Risikos in Bezug auf die zufällige Verschlechterung der Kaufsache in Form einer allfällig minimierten Dividendenausschüttung und möglicher vertraglicher Haftungen. Die breite Risikotragung darf sich nicht negativ auf die Käuferin auswirken. Die Suspensivbedingung dient einem Ausgleich der Risikotragung. Überdies gilt die Klausel ohnehin nur als *ultima ratio*: Die UEK erachtet bereits die Quantifizierung von 10% als wesentliche Wertminderung (Art. 35 Abs. 2 lit. a UEV-UEK i.V.m. UEK, Empfehlung 0249/01 Saia-Burgess E. 2.3.4). Daher deuten die i.c. erforderlichen 20% darauf, dass beide Parteien den Rücktritt nur in unerwarteten Fällen gestatten wollten.
- 47 Des Weiteren delegiert der ABV der Klägerin die Unternehmensführung, überträgt ihr damit aber nicht die volle Macht. Im Gegenteil, die Verkäuferin verfügt durch ihre 50%ige Beteiligung noch über eine Sperrminorität, welche es ihr ermöglicht, entscheidend in das Geschehen der Gesellschaft einzugreifen. Mittels Suspensivbedingung sollten nun die Risiken des Kaufes des gesamten Unternehmens auf den tatsächlichen Moment der Inanspruchnahme der vollen Verantwortung fallen. Dazu gehört auch die Gewissheit, dass sich das Unternehmen nicht wesentlich verschlechtert.
- 48 Aus den genannten Gründen ist die MAC-Klausel eine Suspensivbedingung.

b) *Aktivierung der MAC-Klausel*

- 49 Die Klägerin macht geltend, dass sie aufgrund des Vorliegens der Voraussetzungen nach Art. 10.2. lit. c KV 2014 vom Vertrag zurücktritt. Das Vorliegen der temporalen Voraussetzung wird von keiner Partei bestritten. Vielmehr wirft die Gegenpartei der Klägerin vor, dass sie mit dem Einbezug der negativen EBITDA der New Zealand und der African Venture die erforderlichen 20% Wertminderung falsch berechnet habe und sie nicht berechtigt sei, vom Vertrag zurückzutreten (B-3).
- 50 Die Parteien sind sich, obwohl keine Berechnungsgrundlage vereinbart wurde, offenbar konkludent einig, dass sie den Wertverlust über die Analyse der EBITDA der Tochtergesellschaften der VeganMarket evaluieren wollen. Die EBITDA ermöglichen ein authentisches Bild der effektiven operativen Ertragskraft eines Unternehmens. In der Praxis erfolgt die Unternehmenswertberechnung i.d.R. unter Bezug dieser Kennzahl, da sie die wirtschaftliche Ertragskraft auf operativer Ebene am genauesten angibt (FEHR/BENKERT/POGGENSEE, 800). Die Beklagte macht in widersprüchlicher Weise geltend, dass für die Berechnung der 20% Wertminderung angeblich die negativen EBITDA mit null veranschlagt werden müssen (Einleitungsantwort, Rz.14), was jedoch zu einseitig ist. Denn aufgrund des Zwecks der Klausel, nämlich der Risikoabsicherung, ist die Berechnungsgrundlage käuferfreundlich oder zumindest in objektiver Weise auszulegen. Würden nun also bei der Berechnung der Wertminderung die negativen EBITDA nur mit null veranschlagt, würde der tatsächliche Unternehmensverlust ignoriert. Der effektive Verlust bei einem Venture mit bereits negativen EBITDA würde so nicht berücksichtigt, was folglich das tatsächliche Bild der VeganMarket verzerrte. Dadurch würde der Zweck der Risikoabsicherung gänzlich ausgehöhlt und die Klausel per se obsolet. Der Sinngehalt der Klausel würde so konsenswidrig umgedeutet.
- 51 Die Beklagte behauptet zudem, dass sich die Parteien über den Nichteinbezug der negativen Werte einig gewesen seien, da bei der Preisberechnung des KV 2014 die negativen Werte der African Venture nicht eingerechnet wurden. Zwar ist Letzteres richtig, doch ist dies nur als Entgegenkommen im Rahmen der Streitbeilegung zu werten. Zur Berechnung des Unternehmenswertes ist dieser Ansatz jedoch mathematisch falsch. Es darf hier nicht die Wertberechnung mit der Kaufpreisfestsetzung verwechselt werden. Während der Kaufpreis *inter partes* vereinbart wird, ist die Unternehmenswertberechnung eine empirisch authentische Darstellung, welche mathematisch nicht mit der Nichtbeachtung der negativen Werte verfälscht werden darf. Durch das eingeräumte Rücktrittsrecht wird die synallagmatisch erforderliche Äquivalenz gewähr-

leistet, was durch die erhöhte Zahlung (+ CHF 312'500) abgegolten wird. Das Entgegenkommen im Kaufpreis, darf jedoch nicht auf die Wertberechnung erweitert werden. Durch diese Falschinterpretation versucht die Verkäuferin das Synallagma zu umgehen.

*c) Zwischenfazit*

52 Indem die Klägerin ihren Rücktritt vom KV 2014 rechtzeitig kommunizierte, bleibt der ABV in Kraft. Die darin vermittelten Rechte zur Übertragung der Aktien (Art. 6.7) sind folglich noch gültig. Insofern kann die Klägerin den Vollzug des Klagebegehrens gestützt auf den ABV verlangen.

**3. MAC-Klausel als resolutiv bedingtes Rücktrittsrecht**

*a) Unverbindlichkeit des KV 2014 infolge Rücktritt durch MAC-Klausel*

53 Selbst wenn das Schiedsgericht wider Erwarten der Meinung der Beklagten folgt und die MAC-Klausel als Rücktrittsrecht i.S. einer Resolutivbedingung qualifiziert, bleibt der KV 2014 für die Klägerin unverbindlich. Zwar ist der KV 2014 dann in Kraft getreten, doch wird er aufgrund der ebenfalls geltenden Aktivierung der MAC-Klausel (s. Rz. 49 ff.) für die Parteien unwirksam.

*b) Novation des ABV*

54 Nach dem Rücktritt vom in Kraft getretenen KV 2014 ist ferner auf das Wiederaufleben des ABV einzugehen, da KV 2014 die Novation der im ABV begründeten Schuld darstellt. Eine Novation ist die Tilgung einer alten Schuld durch die Begründung einer neuen mit dem Novierungswillen der Parteien. Die Novation enthält somit zwei Vereinbarungen; die Aufhebungsvereinbarung, i.c. Art. 11.7 KV 2014, und die Neuerungsvereinbarung, i.c. die neuen Verpflichtungen des KV 2014 (ZK OR-AEPLI, Art. 116 N 5). Diese werden jedoch hinfällig, wenn der novierte Vertrag rechtsunwirksam wird. Indem sich der Novierungsvertrag (KV 2014) aufgrund der Aktivierung der MAC-Klausel als nachträglich unwirksam herausstellt, leben die alten Verpflichtungen und Bestimmungen des ABV wieder auf (vgl. BK OR-BECKER, Art. 116 N 18).

*c) Zwischenfazit*

55 Die Klägerin erlangt wiederum das Recht, die Übertragung aufgrund der im ABV eingeräumten Call-Optionen geltend zu machen, da der ABV mit Rücktritt vom KV 2014 *ex nunc* wieder Gültigkeit erlangt. Insofern bildet der ABV auch die Übertragungsgrundlage, wenn der MAC-Klausel der Suspensivcharakter abgesprochen wird.

**4. Fazit**

56 Aufgrund des Suspensivcharakters der MAC-Klausel ist der KV 2014 nie in Kraft getreten. Die Voraussetzungen zur Aktivierung der MAC-Klausel sind aufgrund des berechtigten Miteinbezuges der negativen EBITDA gegeben. Der ABV ist der einzige rechtswirksame Vertrag, nach welchem die Klägerin die Übertragung der verbleibenden 50% verlangen kann und darf.

57 Sollte das Schiedsgericht die MAC-Klausel als Resolutivbedingung qualifizieren, trifft eventua-  
liter aufgrund des Wiederauflebens des ABV dasselbe zu.

#### **5. Unerheblichkeit eines allfälligen Verschuldens durch die Klägerin für die Akti- vierung der MAC-Klausel**

58 Die Beklagte behauptet in ihrer Einleitungsantwort, Rz. 15 f., dass bei der Berechnung des  
Wertverlustes i.S. der MAC-Klausel ein allfälliges Verschulden i.S. einer Sorgfaltspflichtver-  
letzung durch die Klägerin berücksichtigt werden müsse. Da ein tatsächlich übereinstimmender  
Parteiwille (vgl. Rz. 4) diesbezüglich nicht mehr aufgezeigt werden kann, wird im Folgenden  
mittels objektivierter Auslegung dargelegt, dass der Behauptung der Beklagten jegliche Grund-  
lage fehlt. Für die rechtlichen Ausführungen zur objektivierten Auslegung von Vertragsklausel-  
n kann auf Rz. 7 ff. verwiesen werden.

59 Die in Art. 10.2 lit. c KV 2014 erwähnte „wesentliche Verschlechterung“ ist eine objektive  
Bedingung, für deren Eintritt es nicht die geringste Rolle spielt, *wie genau* die Verschlechterung  
zustande kommt, d.h. ob sie von der Klägerin verschuldet wird oder nicht. Die Klausel nimmt  
daher auch mit keinem Wort Bezug auf die Folgen eines Verschuldens für die Berechnung des  
Wertverlusts. Wenn sich die Beklagte gegen allfällige, den Wert des Unternehmens vermin-  
dernde Handlungen der Klägerin absichern hätte wollen, wäre es folglich an ihr gewesen, diesen  
Aspekt bei der Formulierung der MAC-Klausel einzubringen. Da sie dies unterliess, konnte die  
MAC-Klausel nach Treu und Glauben aufgrund des klaren Wortlautes gar nicht anders verstan-  
den werden, als dass der Grund für die Wertverminderung völlig belanglos ist.

#### **6. Fehlen eines Verschuldens im Sinne einer Sorgfaltspflichtverletzung**

60 Selbst wenn man davon ausginge, dass ein allfälliges Verschulden in Form der Verletzung der  
in Art. 2.2 Ziff. 1 KV 2013 sowie Art. 9 ABV statuierten Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsfüh-  
rung bei der Berechnung des Wertverlustes zulasten der Klägerin einbezogen werden müsste,  
wäre dies i.c. unerheblich, da sich die Klägerin keinerlei Fahrlässigkeit zu Schulden kommen  
liess.

##### *a) Qualifikation der Geschäftsführungspflicht und anwendbarer Sorgfaltsmassstab*

61 Fraglich ist, ob auf die Geschäftsführungspflicht der Klägerin die Regeln der einfachen Gesell-  
schaft oder diejenigen des Auftrags zur Anwendung kommen. Hauptsächlicher Unterschied  
zwischen diesen Vertragstypen ist, dass der Beauftragte typischerweise im Interesse des Auf-  
traggebers tätig ist, während bei der einfachen Gesellschaft ein gemeinsamer Zweck mit ge-  
meinsamen Kräften oder Mitteln angestrebt wird (vgl. Art. 394 ff. und Art. 530 Abs. 1 OR). Da  
auch der Beauftragte ein (meist finanzielles) Interesse an der Ausführung eines Auftrages haben

kann, ist darauf abzustellen, ob die Interessen der Parteien gleicher Art sind – wie bei der einfachen Gesellschaft – oder ob sie auf unterschiedliche Ziele gerichtet sind – wie beim Auftrag, bei dem das primäre Interesse des Beauftragten beim Entgelt liegt, dasjenige des Auftraggebers bei der sorgfältigen Ausführung (BGE 104 II 108 E. 2; 4C.30/2007 E. 4.1).

62 Vorliegend waren die Interessen der Parteien zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des ABV gleicher Art. Beide waren am Prosperieren der VeganMarket interessiert – die Klägerin, weil sie deren Übernahme im Blick hatte, die Beklagte, weil der Wert ihrer Aktien gestiegen bzw. die MAC-Klausel nicht aktiviert worden wäre. Es liegt folglich eine einfache Gesellschaft vor, bei der die Klägerin geschäftsführende Gesellschafterin ist. Das Mass der Sorgfalt richtet sich daher nach Art. 538 Abs. 1 OR, wonach nur für die *diligentia quam in suis* gehaftet wird (BSK OR II-HANDSCHIN, Art. 538 N 4).

*b) Betreffend Neuorientierung der Hotelkette Larinof*

63 Der vom New Zealand Herald insinuierte und von der Beklagten aufgegriffene Umstand, die Komplikationen im Zusammenhang mit den neuen Lebensmittelvorschriften und den Verunreinigungen durch *E. coli*-Bakterien seien kausal für die Kündigung der Hotelkette Larinof gewesen, ist offenkundig falsch. Zum Zeitpunkt der Kündigung am 30. Juni 2014 war einzig und allein bekannt, dass MEDSAFE eine Untersuchung betreffend die Einhaltung der Lebensmittel- und Hygienevorschriften eingeleitet hatte (Verfügung Nr. 2, Rz. 8). Eine solche Untersuchung hätte auch völlig routinemässig erfolgt sein können und liess zum Kündigungszeitpunkt keine Rückschlüsse auf die tatsächlichen Umstände zu. Die Larinof kündigte den Vertrag jedoch vor Veröffentlichung des Berichtes, was darauf schliessen lässt, dass sie sich tatsächlich nur neu orientieren wollte.

*c) Betreffend Auflösung weiterer Geschäftsbeziehungen*

64 Die verantwortlichen Manager haben alles unternommen, um den negativen Auswirkungen des unsachlichen Artikels in der Boulevardzeitung New Zealand Herald (K-6) entgegenzuwirken. Den Kunden wurde transparent und überzeugend kommuniziert, wo die Bedenken der Lebensmittelbehörde lagen und wie sie behoben wurden (Verfügung Nr. 2, Rz. 7). Bis jedoch angemessen reagiert werden konnte, hatten aufgrund der bedauerlichen Berichterstattung bereits einige Kunden die Geschäftsbeziehungen mit der New Zealand Venture aufgelöst. Der Umstand, dass aufgrund der masslosen Übertreibungen im Zeitungsartikel keine Klagen gegen die New Zealand Venture eingereicht wurden (Verfügung Nr. 2, Rz. 15), beweist, dass deren Management alles Notwendige getan hatte, um mit der oben beschriebenen Kommunikationsstrategie seine Geschäftspartner zu besänftigen und weiteren Schaden abzuwenden.

*d) Betreffend Verschmutzung der Smoothies und neue Lebensmittelvorschriften*

65 Die Verschmutzung der Smoothies durch *E. coli*-Bakterien war ein unverschuldeter Unfall. Die Klägerin war verpflichtet, die ihr eigenübliche Sorgfalt für die Kontrolle der Maschinen anzuwenden (s. Rz. 61 f.). Da es bis zum Zeitpunkt der Untersuchung nie zu Komplikationen bei der Abfüllung gekommen war, durfte sie davon ausgehen, dass die bisherigen Kontrollmechanismen zur Sicherstellung der hygienischen Abfüllung ausreichten. Als das Problem durch den MEDSAFE-Bericht aufgedeckt wurde, handelte die Klägerin mustergültig und führte ein verschärftes Überwachungssystem bei den Abfüllmaschinen ein (Verfügung Nr. 2, Rz. 7).

66 Auch bzgl. der Umsetzung der neuen Lebensmittelvorschriften kann der Klägerin kein Vorwurf gemacht werden. Zwar betrug die Übergangszeit für die Anpassung 18 Monate, was bedeutet, dass sie bis Ende September 2014 erfolgt sein hätte müssen (Verfügung Nr. 2, Rz. 5). Doch die Klägerin handelte richtig, indem sie zuerst das Ergebnis der Anfang 2014 eingeleiteten MEDSAFE-Untersuchung abwartete. Es wäre sinn- und verantwortungslos gewesen, nach Einleitung dieser Untersuchung selbst eine aufwändige Überprüfung der Einhaltung der neuen Lebensmittelvorschriften durchzuführen. Mit der Veröffentlichung des Berichts am 6. Oktober 2014 wurde die Produktion dann schnellstmöglich angepasst. MEDSAFE musste gewusst haben, dass die Klägerin auf die Veröffentlichung des Berichts warten würde, bevor sie Anpassung vornehmen würde. Sie billigte daher gewissermassen eine kurze Verlängerung der Übergangsfrist zur Umsetzung der verschärften Vorschriften, indem sie ihren Bericht erst im Oktober veröffentlichte. Von einer Fahrlässigkeit der Klägerin kann folglich nicht die Rede sein.

**7. Keine treuwidrige Herbeiführung des MAC**

67 Die Beklagte behauptet zudem, dass Art. 156 OR analog anzuwenden sei, da die Klägerin den MAC treuwidrig herbeigeführt habe. Da die Klägerin kein Verschulden trifft (s. Rz. 60 ff.), kann sie die Bedingung gar nicht willentlich herbeigeführt haben. Denn die Anwendung von Art. 156 OR setzt Absicht voraus. Selbst wenn das Schiedsgericht entgegen der klaren Rechtslage die Anwendung von Art 156 OR erwägt, ist darauf hinzuweisen, dass Art. 156 OR nur greifen kann, wenn eine klare „illoyale Vereitelung“ bzw. Herbeiführung des Bedingungseintritts vorliegt (BK OR-BECKER, Art. 156 N 4). Manipulationen i.d.S. werden hier aber weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich. Im Gegenteil – die Klägerin hat i.c. keinerlei Interesse an der Herbeiführung einer drastischen Wertminderung von 20%, da sie ja selber im Besitz von 50% der Aktien ist und sich insofern selber schaden würde. Die Krise in Neuseeland und der daraus entstandene Schaden stehen vielmehr im direkten Zusammenhang mit dem Entscheid der Beklagten, dort aktiv zu werden und nicht durch das angeblich schlechte oder gar vorsätzlich treuwidrige Management der Klägerin, welche diesen Entscheid nur ausführte.

Überdies hat das Management umgehend reagiert und die Ursachen des Wertverlustes mittels offener Kommunikation und der Behebung der Schadensquelle, nämlich der Reparatur der veralteten Maschinen, aus dem Weg geschafft (Verfügung Nr. 2, Rz. 7). Daher ist die Anwendung von Art. 156 OR mangels illoyaler Verhaltensweise klar zu verneinen.

## **II. Preisberechnung bei Anwendung des ABV**

68 Die Preisberechnung basiert auf der gesetzlichen Regelung zum Übergang der Preisgefahr beim Fahrniskauf. Diese erfolgt unter Anwendung der Closing-Account-Methode. Die Preisgefahr geht erst mit Closing über, sodass die Beklagte bis dato für die Negativentwicklung der restlichen Aktien einzustehen hat. Hierzu im Detail:

### **1. Übergang von Nutzen und Gefahr**

69 Art. 185 OR bestimmt den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bzgl. der Preisgefahr beim Fahrniskauf (ZK OR-SCHÖNLE, Art. 185 N 3). Entgegen der Regelung in Art. 119 Abs. 2 OR (*res perit domino*) statuiert die *lex specialis* in Art. 185 Abs. 1 Satz 2 OR den Grundsatz *periculum emptoris est*. Der Käufer muss also den vollen Kaufpreis trotz zufälliger Verschlechterung erstatten (BSK OR I-KOLLER, Art. 185 N 1, 6). Die Anwendbarkeit des Art. 185 OR setzt einen gültigen Kaufvertrag und eine nachträgliche, zufällige Verschlechterung der Kaufsache voraus (KUKO OR-KIKINIS, Art. 185 N 7).

70 I.c. ist ein Kaufvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen, der zwar als ABV bezeichnet wird, jedoch mit einem Kaufvertrag gleichzusetzen ist (Art. 6.7 ABV). Aktien sind Fahrnis i.S.v. Art. 187 Abs. 1 OR. I.c. ist eine beidseitig unverschuldete Verschlechterung des Aktienwertes nach Abschluss des ABV durch den Skandal in Neuseeland eingetreten (s. Rz. 60 ff.). Art. 185 OR ist anwendbar.

71 Der Grundsatz des Gefahrenübergangs mit Verpflichtungsgeschäft wird in der Lehre und Rechtsprechung als rechtspolitisch verfehlt angesehen. Die herrschende Lehre und das Bundesgericht plädieren deshalb für eine extensive Auslegung der Ausnahmen des Grundsatzes (BGE 128 III 370 E. 4a-c; HONSELL, 54 ff.; BSK OR I-Koller, Art. 185 N 2). BUCHER verlangt die Abänderung des Grundsatzes zu *res perit domino* (BUCHER, Art. 185, 285). Selbiges könnte auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung verfolgen, indiziert durch die Bezeichnung des Art. 185 OR als „contraire aux conceptions generalement admises dans le public“ (BGE 84 II 158 E. 1b; BUCHER, Art. 185, 284).

72 Die Ausnahmen des in Art. 185 Abs. 1 Satz 2 OR statuierten Grundsatzes sind folglich extensiv auszulegen:

*a) Parteivereinbarung*

73 Die Vereinbarung über den Übergang der operativen Führung auf die Klägerin (Art. 9.1 ABV) ist kein Übergang des Nutzens der Aktien. Der Nutzen an Aktien ist die Dividende und das Stimmrecht (vgl. Art. 660, 692 OR). Er ist bzgl. der restlichen 50% der Aktien bis dato bei der Beklagten. Es besteht keine Preisgefahrregelung oder Einlassung seitens der Klägerin in puncto Einbezug der negativen EBITDA der New Zealand und African Venture. Der Grundsatz des Art. 185 Abs. 1 Satz 2 OR ist anwendbar.

*b) Besondere Verhältnisse*

- 74 Besondere Verhältnisse liegen vor, wenn der Käufer im Zeitpunkt der zufälligen Verschlechterung der Sache noch gar nicht Eigentümer ist, der Käufer somit keine Möglichkeit hat, die notwendige Schadensabwehr zu treffen. Liegen besondere Verhältnisse vor, so gehen Nutzen und Gefahr mit Verfügungsgeschäft über (BGE 84 II 158 E.1a; BSK OR I-KOLLER, Art. 185 N 38). Dieses ist bei Inhaberaktien die Übertragung des Besitzes an der Aktienurkunde i.S.v. Art. 967 Abs. 1 OR (BÄRTSCHI, 272). Eine bedingte Kaufoption ist die durch Rechtsgeschäft verliehene Befugnis, bei Vorliegen bestimmter Tatsachen durch einseitige Willenserklärung eine Sache käuflich zu erwerben. Die Ausübung ist formfrei (MÜLLER/BIEDERMANN, 893 f.)
- 75 Die Beklagte hat ihre Kaufoption bzgl. der ersten zwei Aktientranchen ausgeübt (K4; B3). Wie sich aus Art. 6.7.4 ABV ergibt, hat hierauf das Verfügungsgeschäft innert 30 Tagen zu erfolgen. Eine Übertragung der Aktienurkunden i.S.d. Wortlauts der Klausel fand nie statt, d.h. die Klägerin kann bis heute nicht über die restlichen 50% der Aktien verfügen. Die Klägerin hat kein Eigentum an den Aktien erworben (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Nutzen und Gefahr gehen i.S.v. Art. 185 OR gemeinsam über. Die Beklagte erfährt Nutzen. Sie trägt folglich die Preisgefahr.
- 76 Die 100%ige operative Führung der VeganMarket durch die Klägerin ist nicht mit der 100%igen Möglichkeit zur Schadensabwehr gleichzusetzen. Andernfalls würde der Grund für die Übertragung der restlichen 50% der Aktien fehlen: Die Aktien werden gerade nicht übertragen, um der Klägerin eine 100%ige operative Führung zu ermöglichen, da sie diese bereits innehat – sie werden übertragen, um der Klägerin zusätzlich zur operativen Führung (Verwaltungsratskompetenz i.S.v. Art. 716a Abs. 1 Ziff.1 OR) noch Aktionärsrechte i.S.v. Art. 698, 660 ff. OR einzuräumen. Diese sind essentiell für eine vollumfängliche Schadensabwehr – das oberste Organ der AG ist nicht umsonst die mit den Aktionären besetzte GV (Art. 698 Abs. 1 OR). Aktionärsrechte sind eine notwendige Voraussetzung, um eine „vollumfängliche“ Schadensabwehr, d.h. auf Geschäftsführungs- sowie auf Generalversammlungsebene, durch die Klägerin zu ermöglichen. Die Klägerin kann auf Ebene der operativen Führung, die ihr zustehenden Kompetenzen zur Schadensabwehr vollkommen ausüben. Dies hat sie sorgfältig getan (s. Rz. 60 ff.).



Auf Stimmrechtsebene ist sie hingegen machtlos. Dies ist der nur 50%igen Aktienberechtigung seitens der Klägerin und der hieraus resultierenden Pattsituation in der GV geschuldet: Die Klägerin kann bspw. nicht für eine Statutenänderung i.S.v. Art. 698 Abs. 1 Ziff. 1 OR stimmen, um einen Produktvertrieb in Neuseeland aufgrund der verschärften Lebensmittelsicherheitsvorschriften vorzubeugen, da ihr hierzu die Mehrheit in der GV fehlt. Die Beschlussunfähigkeit der GV hindert die Klägerin daran, ihre eigenen 50% der Aktien vollumfänglich vor Schaden zu bewahren. Folglich kann sie schon gar nicht die Aktien der Beklagten vor einer Wertverschlechterung schützen.

77 Die Klägerin ist weder Eigentümerin der restlichen Aktien, noch kann sie die mit dem Aktieneigentum verbundene Schadensabwehr tätigen. Es liegen besondere Verhältnisse vor, die den Gefahrenübergang auf den Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts hinausschieben.

*c) Die Aktientranche ist eine Gattungsschuld i.S.v. Art. 185 Abs. 2 OR*

78 Selbst wenn man keine besonderen Verhältnisse i.S.v. Art. 185 Abs. 1 Satz 1 OR annimmt, wurden die Aktien i.S.v. Art. 185 Abs. 2 OR nicht ausgeschieden, was bei der Gattungsschuld die Preisgefahr auf die Klägerin übertragen hätte.

Die Bezeichnung des Kaufgegenstandes seiner Gattung nach, d.h. nach Merkmalen, Beschaffenheit, Mass, Zahl oder Qualität, qualifiziert die Gattungsschuld. Gegenstand eines Gattungskaufs sind vertretbare Sachen. Je enger die Parteien die Gattung bestimmen, desto mehr nähert sich der Gattungskauf einem Stückkauf an (HUGUENIN, N 2379).

79 I.c. bestimmen die Parteien allein den Übergang von Wertpapieren – vertretbaren Sachen – zu einem bestimmten Preis pro Aktie. Es wurden hier weder spezielle Namensaktien vereinbart, noch die Ausgabe von Partizipationsscheinen, die eine gewisse Individualisierung der Aktien begründen könnten (vgl. Art. 6.7 ABV; Verfügung Nr. 2, Rz. 11). Es handelt sich um eine Gattungsschuld.

80 Die Aussonderung setzt voraus, dass der Verkäufer dem Käufer die Erfüllung anbietet und dies dem Käufer anzeigt (KUKO OR-KIKINIS, Art. 185 N 26). Die Beklagte hat die zu übertragenden Aktien nicht angeboten, d.h. bereitgestellt, obwohl die Klägerin mehrfach versuchte, ihre Kaufoption auszuüben (K4; B3). Solange eine Ausscheidung nicht erfolgt ist, mangelt es an jedem erheblichen Bezug zwischen Sache und einem bestimmten Erwerb durch den Käufer. Folglich besteht kein Anlass, einen bestimmten Käufer mit der Preiszahlung zu belasten (BSK OR I-KOLLER, Art. 185 N 2).

81 Die Klägerin kann, aber muss die Kaufoptionen nicht ausüben: Allein der Charakter der Kaufoption als Möglichkeit, spricht gegen eine frühzeitige Belastung der Klägerin mit der Preisgefahr. Des Weiteren ist anzuführen, dass es der Klägerin bis heute unmöglich ist, die Aktien der

Beklagten vor Schaden zu bewahren (s. Rz. 76). Dies spricht offensichtlich auch gegen einen Gefahrenübergang mit Vertragsschluss. Die Prüfung des Merkmals „anzeigen“ erübrigt sich. Die Preisgefahr liegt auch bei Anwendung des Art. 185 Abs. 2 OR bis dato bei der Beklagten.

*d) Keine Anwendung des Art. 185 Abs. 3 OR*

82 Würde man die Kaufoptionen als Suspensivbedingungen qualifizieren, so wäre die Anwendung des Art. 185 Abs. 3 OR versagt, da diese befristet sind (Art. 6.7 ABV; KUKO OR-KIKINIS, Art. 185 N 25).

*e) Zwischenfazit*

83 Die Beklagte trägt bis heute die Preisgefahr an den Aktien. Sie hat für die Verluste der Aktienwerte der New Zealand Venture und der African Venture aufzukommen, d.h. die negativen EBITDA sind bei der Kalkulation des Aktienwertes einzubeziehen.

**2. Der Einbezug der negativen EBITA entspricht dem gewöhnlichen Gebrauch**

*a) Die EBITDA stellen ein realistisches Abbild des Unternehmenswerts dar*

84 Wie oben erörtert (s. Rz. 50), ist der Sinn des Einbezugs der negativen EBITDA, ein realistisches Abbild des Unternehmenswertes aufzuzeigen. Ohne diesen Einbezug würde die betriebliche Leistungskraft offensichtlich verfälscht wiedergegeben.

*b) Der ABV folgt der Closing-Account-Methode*

85 Um den Unternehmenskaufpreis zu bestimmen sind zwei Methoden üblich. Entweder bestimmt sich der Kaufpreis anhand vorhandener Jahresabschlüsse im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts (Locked-Box-Methode, LBM), oder am Übergangsstichtag anhand einer Abschlussprüfung (Closing-Account-Methode, CAM). Die Wahl der Methodik hat Einfluss auf die Kaufpreisbestimmung. Der Preis kann im Zeitpunkt des Signings ein anderer sein, als im Zeitpunkt des Closings; die Preisgefahr geht entweder bereits mit dem Signing (LBM) oder erst beim Closing (CAM) über (VON RADOWITZ/KURZ, 617). Hauptargument für die CAM ist die Möglichkeit, im Kaufpreis ein genaues Abbild der Unternehmenslage darzustellen (VAN KANN, 21).

86 Für die Anwendung der CAM auf den ABV spricht, dass der ABV eine Kaufpreisberechnungsformel in Art. 6.8 vorsieht, jedoch keinen Fixpreis wie Art. 1 Ziff. 2 KV 2013. Das schliesst die LBM aus, die eine Kaufpreisbestimmung mit Signing verlangt.

87 Auch die Aufspaltung der Call-Optionen in Tranchen (Art. 6.7.3 ABV) spricht für die CAM: Aus Sicht der Klägerin wäre der Kauf der VeganMarket ohne genügend liquide Mittel und Sicherheiten unverantwortlich. Auf eine Stückelung der Kaufpreisschuld war und ist die liquide Klägerin m.a.W. nicht angewiesen. Die Beklagte hat bewusst eine Kaufpreisbestimmung mit Closing vorgesehen, um von einer möglichen Unternehmenswertsteigerung der VeganMarket

unter operativer Führung der Klägerin direkt zu profitieren. Hierfür spricht auch die Treueklausel (Art. 27.5 ABV): Die Beklagte verpflichtet sich dazu, die Geschäftsleitung nach besten Kräften zu unterstützen. Das Interesse der Beklagten an einer erfolgreichen Unternehmensführung der Klägerin und damit an einem hohen Verkaufspreis spiegelt sich in dieser Klausel wider. Die Anwendung der CAM erfolgte im Zeitpunkt des Signings zu Gunsten der Beklagten. Folglich hat sie auch für das mit der Methodenwahl verbundene Risiko einzustehen. Die Aktien sind – wie es dem Sinn und Zweck der CAM entspricht – im Zeitpunkt des Closings zu ihrem wirklichen Wert zu übertragen, d.h. unter Einbezug der negativen EBITDA.

### **3. Fazit**

88 Die Berechnung des Kaufpreises hat unter Einbezug der negativen EBITDA zu erfolgen.

### **III. Preisberechnung bei Anwendung des KV 2014**

89 Die gesetzlichen Regelungen finden beim KV 2014 im Gegensatz zum ABV keine Anwendung. Die Preisgefahr geht nie auf die Käuferin über, da die negative Suspensivbedingung des KV 2014 greift (s. Rz. 45 ff.).

#### **1. Der Übergang von Nutzen und Gefahr i.S.v. Art. 185 Abs. 3 OR**

90 I.S.v. Art. 185 Abs. 3 OR gehen Nutzen und Preisgefahr erst mit Nichteintritt der negativen Suspensivbedingung über. Eine Subsumtion der Suspensivbedingung des KV 2014 unter Art. 185 Abs. 3 OR wäre nicht möglich, da stets die allgemeinen Voraussetzungen für den Gefahrenübergang (z.B. Ausscheidung), erfüllt sein müssen (BSK OR I-KOLLER, Art. 185 N 33; KOLLER, OR BT, § 4 N 9). Da die Ausnahmen vom Grundsatz *periculum emptoris est* wie oben (s. Rz. 69 ff.) erörtert einschlägig sind, ist die Anwendung des Art. 185 Abs. 3 OR versagt.

91 Würde man die Mac-Klausel als Resolutivbedingung i.S.v. Art. 153 OR qualifizieren, so fände Art. 185 Abs. 3 OR keine Anwendung, da Resolutivbedingungen den Übergang der Gefahr gemäss der allgemeinen Regeln nicht hinausschieben. (BSK OR I-KOLLER, Art. 185 N 34). Die Preisgefahr würde, wie unter Rz. 74 ff argumentiert, nach Art. 185 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 OR mit Closing oder mit Ausscheidung der Aktien übergehen.

#### **2. Fazit**

92 Auch bei Anwendung des KV 2014 geht die Preisgefahr erst beim Closing über, entgegen des in Art. 185 Abs. 1 Satz 2 OR statuierten Grundsatzes *periculum emptoris est*. Die negativen EBITDA sind somit in die Kaufpreisberechnung mit einzubeziehen.

### **C. DEN RECHTSBEGEHREN IST STATTZUGEBEN**

Aus diesen Gründen ersuchen wir Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren. Mit vorzüglicher Hochachtung, Moot Court Team 5