

Moot Court Team 8

Andrea Futter
Monika Germann
Laurence Käppeli
Michael Neumann

Einschreiben

Sekretariat des Schiedsgerichtshof
der Swiss Chambers' Arbitration
Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Selnastrasse 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

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 8

gegen

Greengarden AG

Steinhofstrasse 34, 8004 Zürich, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Prof. Dr. Marianne Wuffli

Sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Dr. Christine Schönwetter

Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Fritz Lustig

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Fristen, 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. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.*

Inhaltverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Kommentare	V
Lehrbücher	VI
Dissertationen.....	VII
Aufsätze.....	VII
Entscheidverzeichnis	VIII
Publizierte Entscheide des Bundesgerichts	VIII
Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts	VIII
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
I. Materieller Teil.....	1
1. Anspruch der Klägerin auf Übertragung von 50'000 Namenaktien der VeganMarket AG zum Preis von CHF 1'875'000 gestützt auf den ABV vom 11. April 2013	1
1.1. Wegfall des KV 2014 infolge des eingetretenen Wertverlustes	1
1.1.1. Berechnung des Wertverlustes	1
a) Inhalt der MAC-Klausel.....	1
b) Ergänzung der MAC-Klausel.....	2
c) Fazit.....	5
1.1.2. Keine treuwidrige Herbeiführung der Bedingung nach Art. 156 OR analog....	5
a) Voraussetzungen von Art. 156 OR	5
b) Eventualiter: Treuwidriges Verhalten ist aufgrund der vertraglichen Abweichung von der Rechtsfolge des Art. 156 OR irrelevant.....	8
1.1.3. Rechtsfolge des eingetretenen Wertverlustes.....	8
a) Rechtliche Qualifikation als aufschiebende Bedingung.....	8
b) Rechtsfolge des negativen Bedingungseintritts.....	10

1.1.4. Zwischenfazit	11
1.2. Kaufpreisberechnung nach ABV	11
1.2.1. Inhalt von Rz 6.8 ABV	11
1.2.2. Auslegung von Rz 6.8 ABV	12
1.2.3. Fazit	13
2. Eventualiter: Anspruch der Klägerin auf Übertragung von 50'000 Namenaktien der VeganMarket AG zum Preis von CHF 1'875'000 auf der Grundlage des geminderten Kaufpreises vom KV 2014	13
2.1. Inhalt von Rz 1 KV 2014	13
2.2. Clausula rebus sic stantibus	14
2.3. Rechtsfolge der clausula rebus sic stantibus	15
2.4. Fazit	15
II. Prozessualer Teil	15
1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Hauptklage gem. Rz 3.1 des KV 2013	15
1.1. KV 2013 und ABV als zusammengesetzter Vertrag	15
1.2. Auswirkung der Schiedsgutachterklausel auf die Anrufung der Schiedsvereinbarung	17
1.3. Nichtanwendung der allgemeinen Gerichtsstandsklausel	17
1.4. Fazit	18
2. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage	18
2.1. Wegfall der Schiedsklausel des KV 2014	18
2.2. Eventualiter: Ausschluss der Widerklage bei Rechtswirksamkeit des KV 2014	19
2.3. Fazit	20

Literaturverzeichnis

Kommentare

BK OR, BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Band IV, Bern 1941 (zit. BK OR-BECKER, Art. ... N ...)

Zitiert in Rz 15, 29

BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

Zitiert in Rz 78, 84

BSK OR I, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6. Auflage, Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITERIN, Art. ... N ...)

Zitiert in Rz 3, 15, 35, 48, 53, 56

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

Zitiert in Rz 60

KUKO OR, HONSELL HEINRICH, Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KUKO OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

Zitiert in Rz 35

ZK OR, JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar, Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N ...)

Zitiert in Rz 2

ZK OR, OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929 (zit. ZK OR-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. ... N ...)

Zitiert in Rz 15

Lehrbücher

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

Zitiert in Rz 78, 82

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N ...)

Zitiert in Rz 2, 3, 41, 55

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit.: GUHL/BEARBEITER, § ... N ...)

Zitiert in Rz 41, 60

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

Zitiert in Rz 3, 30, 33, 34, 35, 45, 54, 60, 65, 66

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009 (zit.: KOLLER, § ... N ...)

Zitiert in Rz 3

KREINDLER RICHARD H./SCHÄFER JAN K./WOLFF REINMAR, Schiedsgerichtsbarkeit Kompendium für die Praxis, Frankfurt am Main 2006 (zit.: KREINDLER/SCHÄFER/WOLFF, N ...)

Zitiert in Rz 69

SCHWAB HEINZ/WALTER GERHARD, Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar, 7. Auflage, Bern 2005 (zit. SCHWAB/WALTER, Kapitel ... N ...)

Zitiert in Rz 69

TSCHÄNI RUDOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 1. Auflage, Zürich Basel Genf 2003 (zit. TSCHÄNI, M&A, 1. Auflage, Kapitel ... Rz ...)

Zitiert in Rz 5, 37

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

Zitiert in Rz 66

Dissertationen

GUTMANS ALEXANDER, Die Regel der «Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion» im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), Diss. Basel und Frankfurt am Main 1995 (zit. GUTMANS, ...)

Zitiert in Rz 24, 30

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

Zitiert in Rz 63

Aufsätze

SCHLEIFFER PATRICK, No Material Adverse Change, in Mergers & Acquisitions VI von Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. SCHLEIFFER, ...)

Zitiert in Rz 37, 39, 41

Entscheidverzeichnis

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGE 97 II 390 E. 6	zitiert in Rz 60
BGE 107 II 144 E. 3	zitiert in Rz 2
BGE 108 II 112 E. 4	zitiert in Rz 3
BGE 109 II 20 E. 2b	zitiert in Rz 15
BGE 115 II 484 E. 4a	zitiert in Rz 2
BGE 115 II 484 E. 4b	zitiert in Rz 3
BGE 118 II 157 E. 3a	zitiert in Rz 63
BGE 119 II 347 E. 5a	zitiert in Rz 2
BGE 123 III 165 E. 3a	zitiert in Rz 35
BGE 127 III 444 E. 1b	zitiert in Rz 36
BGE 131 III 528 E. 7.1.1	zitiert in Rz 63
BGE 133 III 406 E. 2.2	zitiert in Rz 36
BGE 139 III 49 E. 3.3	zitiert in Rz 63

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGer 4C.11/2002 Urteil vom 31. Januar 2003 E. 5	zitiert in Rz 3
BGer 5C.192/2004 Urteil vom 4. Dezember 2004 E. 2.3.1	zitiert in Rz 15
BGer 4A_449/2013 Urteil vom 19. Februar 2014 E. 5.3	zitiert in Rz 15
BGer 4A_375/2010 Urteil vom 22. November 2010 E. 3.1	zitiert in Rz 56
BGer 4A_240/2012 Urteil vom 20. August 2012 E. 4.1	zitiert in Rz 72

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ABV	Aktionärsbindungsvertrag
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
BGE	Entscheide der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
E-Antw.	Einleitungsantwort
E-Anz.	Einleitungsanzeige
EBITDA	Earnings before interests, taxes, depreciation and amortization
f./ff.	Folgende
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
KUKO	Kurzkomentar
KV	Kaufvertrag
lit.	litera
M&A	Mergers and Acquisitions
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MAC	Material Adverse Change

mind.	mindestens
N	Randnummer
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz	Randziffer
sog.	Sogenannt(e/er)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Swiss Rules	Swiss Rules of International Arbitration vom Juni 2012
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZK	Zürcher Kommentar

I. Materieller Teil

1. Anspruch der Klägerin auf Übertragung von 50'000 Namenaktien der VeganMarket AG zum Preis von CHF 1'875'000 gestützt auf den ABV vom 11. April 2013

1.1. Wegfall des KV 2014 infolge des eingetretenen Wertverlustes

1.1.1. Berechnung des Wertverlustes

a) Inhalt der MAC-Klausel

- 1 Im KV 2014 (**B-1**, Rz 10.2 lit. c) haben die Parteien vereinbart, dass der Käufer vom Vertrag Abstand nehmen darf, wenn das Closing nicht innert sechs Wochen nach dem Signing vollzogen wird und eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der VeganMarket AG eingetreten ist. Diese wesentliche Verschlechterung wurde definiert als Wertverlust von mind. 20% gegenüber dem in diesem Vertrag vereinbarten Kaufpreis von CHF 2'687'500. Wie dieser Wertverlust konkret zu berechnen ist, wurde in der Klausel nicht definiert.
- 2 Die Parteien haben nach Vertragsschluss in ihren E-Mails vom 12. und 16. Dezember 2014 (**B-2**) für die Wertverlustberechnung die gleiche Formel wie für die Berechnung des Kaufpreises des KV 2014 (**B-1**) herangezogen. Dabei handelt es sich um dieselbe Formel, wie sie im ABV in Rz 6.8 (**K-2**) vereinbart wurde (**Verfügung Nr. 2**, Rz 13). Es herrscht folglich Einigkeit über die anzuwendende Formel. Strittig ist, ob innerhalb dieser Formel die negativen EBITDA zu berücksichtigen oder mit Null zu veranschlagen sind. Beim Abschluss des KV 2014 (**B-1**) am 1. Oktober 2014 haben die Parteien somit die massgebende Berechnungsmethode, zu welcher auch die anzuwendenden Vorzeichen der Wertpositionen gehören, nicht geregelt. Demzufolge unterliessen sie die Regelung eines regelungswürdigen Vertragspunktes und es liegt eine Vertragslücke vor (BGE 115 II 484 E. 4a; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 542), die durch Vertragsergänzung zu füllen ist (BGE 107 II 144 E. 3). Eine Vertragsergänzung darf nicht vorgenommen werden, wenn es sich beim regelungswürdigen Vertragspunkt um eine essentialia negotii des Vertrages handelt (BGE 119 II 347 E. 5a; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 335). Die MAC-Klausel stellt eine Bestimmung des Vertragsabschlusses bzw. Vollzugs (**B-1**, Rz 10) dar, weshalb es sich nicht um eine essentialia negotii handelt und sie der Vertragsergänzung zugänglich ist.

b) Ergänzung der MAC-Klausel

- 3 Bei der Vertragsergänzung ist primär zwingendes Recht (KOLLER, § 10 N 29), sekundär dispositives bzw. Gewohnheitsrecht (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 1248) heranzuziehen. Da es i.c. keine Anhaltspunkte für eine gesetzliche Regelung dieser Thematik gibt, ist die Lücke durch die Mittel der Vertragsergänzung, insbesondere den hypothetischen Parteiwillen, zu schliessen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 75 ff.). Zur Substantiierung des hypothetischen Parteiwillens ist danach zu fragen, welche Regelung die Parteien nach Treu und Glauben getroffen hätten, wenn sie sich über das Bestehen der Lücke im Klaren gewesen wären (BGE 108 II 112 E. 4; HUGUENIN, N 306). Dabei sind die Parteiinteressen, der Vertragszweck und die Umstände bei Vertragsschluss zu berücksichtigen (HUGUENIN, N 308). Es ist auf einen redlichen und vernünftigen Vertragspartner abzustellen (BGer 4C.11/2002 E. 5; BGE 115 II 484 E. 4b).
- 4 Bezüglich Vertragszweck ist festzuhalten, dass die Parteien durch den KV 2014 einen Rahmen schaffen wollten, der die Übertragung der restlichen Aktien der VeganMarket AG regelt und insbesondere den Streit über die Kaufpreisfestlegung beilegt (**B-1**, Präambel). Die MAC-Klausel soll sicherstellen, dass die Aktien im vereinbarten Rahmen auf die Klägerin übergehen, sofern im Übertragungszeitpunkt die VeganMarket AG entweder keine wesentliche wirtschaftliche Verschlechterung erlitten hat oder die Übertragung für die Klägerin trotz Wertverlust eine akzeptable Lösung darstellt. Der Zweck der MAC-Klausel ist als Teil des Vertragszwecks anzusehen, da diese die Übertragung der restlichen Aktien bedingt und die Parteien entsprechend absichert.
- 5 Die MAC-Klausel hat zum Ziel, der Gefahr einer möglichen Verschlechterung des Unternehmenswertes zwischen Signing und Closing mit einer vertraglichen Regelung zu begegnen. Sie stellt eine abweichende Regelung des Übergangs der Gefahrtragung nach Art. 185 Abs. 1 OR dar, indem die Gefahr nach Vertragsschluss beim Verkäufer verbleibt. Dies hat zur Konsequenz, dass der Käufer den Vertrag bei Vorliegen eines Material Adverse Change nicht vollziehen muss. Sinn und Zweck einer MAC-Klausel ist es folglich, den Käufer vor der Übernahme einer Unternehmung zu schützen, die aufgrund ihres Wertverlustes zwischen Signing und Closing den vereinbarten Kaufpreis nicht mehr wert ist. Geht man von dieser Schutzfunktion der MAC-Klausel zugunsten des Käufers aus, wäre es sinnwidrig, negative EBITDA, welche den effektiven Wertverlust eines Unternehmens eben gerade ausweisen, nicht einzubeziehen. Nur durch deren Berücksichtigung kann ein verzerrtes Bild der wirtschaftlichen Unternehmenslage vermieden werden.

- 6 Würden die negativen EBITDA für die Wertberechnung nicht berücksichtigt, erschwerte dies die Erreichung des vereinbarten Schwellenwerts von 20%. Sinkt der EBITDA eines Unternehmens im positiven Bereich (z.B. von + 400 auf + 200) oder sinkt er vom positiven in den negativen bzw. im negativen Bereich (z.B. von + 100 auf -100 bzw. von -100 auf -300), so ist der Wertverlust stets der gleiche (im Beispiel jeweils 200). Jedoch wird nur eine Differenz zwischen einem positiven EBITDA und Null oder zwei positiven EBITDA berücksichtigt, während eine Differenz zwischen Null und einem negativen EBITDA oder zwischen zwei negativen EBITDA ausser Betracht fällt. Diese Limitierung der Berechnungsmethode beschränkt die Schutzfunktion der MAC-Klausel erheblich.
- 7 Betrachtet man die Interessen der Parteien, so ist festzuhalten, dass die Beklagte in der Rolle der Verkäuferin an der Erlangung eines möglich hohen Kaufpreises interessiert ist. Die Berücksichtigung der negativen EBITDA in der MAC-Klausel wäre aus ihrer Sicht unvorteilhaft, da dadurch ein Wertverlust von über 20% vorliegen würde und die Klägerin vom Vertrag Abstand nehmen dürfte. Damit fiel der KV 2014 (**B-1**) als Grundlage für die Kaufpreisforderung von CHF 2'687'500 (**B-1**, Rz 1) weg. Die Klägerin hingegen ist daran interessiert, sich durch die MAC-Klausel dahingehend abzusichern, dass sie den hohen Kaufpreis aus dem KV 2014 (**B-1**) nur bezahlen muss, wenn sich dieser durch einen entsprechenden, effektiv bestehenden Unternehmenswert rechtfertigt. Die Klägerin ist der Beklagten bezüglich Kaufpreisberechnung entgegengekommen, indem sie zugestimmt hat, dass die negativen EBITDA mit Null veranschlagt werden (**Verfügung Nr. 2**, Rz 13). Dadurch hat sie die Interessen der Beklagten an einem hohen Kaufpreis geschützt, weshalb es im Sinne eines Gleichgewichts der Interessen angebracht wäre, der Klägerin in der Wertverlustberechnung entgegenzukommen.
- 8 Die Nichtberücksichtigung der negativen EBITDA liegt insbesondere auch nicht im Interesse vernünftiger Parteien, da dadurch die von ihnen explizit vereinbarte Abweichung der gesetzlichen Gefahrtragung nach Art. 185 Abs. 1 OR (sog. MAC-Klausel) verminderte Wirkung hätte. In den allermeisten Fällen trüge faktisch der Käufer nach Vertragsschluss die Gefahr, da der Schwellenwert von 20% mit dieser Berechnungsmethode kaum zu erreichen ist.
- 9 Die Behauptung der Beklagten, dass die negativen EBITDA mit Null einzusetzen sind, weil dies bereits in der Kaufpreisberechnung zum KV 2014 (**B-1**, Rz 1) so gehandhabt wurde (**E-Anz.**, Rz 14), geht aufgrund folgender Überlegungen fehl:
- 10 Erstens müssen der Kaufpreis und die MAC-Klausel unterschieden werden. Ein Kaufpreis wird als Ausdruck der Vertragsfreiheit grundsätzlich von den Parteien individuell ausgehandelt und hängt von verschiedenen subjektiven und objektiven Überlegungen ab. Dass ein

Kaufpreis gleich hoch wie der tatsächliche Wert des jeweiligen Kaufobjekts ist, stellt eine Seltenheit dar. Einerseits strebt der Verkäufer eines Unternehmens durch den Verkauf die Erzielung eines Gewinnes an und andererseits fließen aus Sicht des Käufers Faktoren wie die Gewinnung von neuen Synergien, Einsparungen bezüglich des eigenen Unternehmens sowie das sich bietende Marktumfeld in seine Kaufpreisberechnung mit ein. Es ist möglich, dass ein Käufer für das gleiche Produkt mehr zu bezahlen bereit ist als ein anderer Käufer, da das Kaufobjekt für diesen Käufer einen höheren Nutzen hat. Ein individuell verhandelter Kaufpreis stellt also einen subjektiven Wert dar, der zwar i.d.R. als Ausgangspunkt einen objektiven Marktwert hat, von den Parteien jedoch beliebig festgesetzt werden kann.

- 11 Bei der Wertverlustberechnung innerhalb der MAC-Klausel geht es darum, am Stichtag den effektiven Wert eines Unternehmens bzw. dessen Wertverlust darzustellen und daraus die vertraglich vereinbarten Schlüsse zu ziehen. Im Gegensatz zum Kaufpreis geht es bei der MAC-Klausel um die Festlegung eines objektiven Wertes, der die Lage des Unternehmens korrekt darstellen soll. Es ist also erforderlich und zweckmässig, die EBITDA vollumfänglich einzubeziehen. Nur der so berechnete Wertverlust zeigt ein verlässliches Bild der wirtschaftlichen Lage.
- 12 Kaufpreis und Wertverlust der MAC-Klausel sind somit zwei verschiedene Grössen. Während es sich beim Kaufpreis um einen subjektiven Wert handelt, der von den Parteien frei festgelegt werden kann, ist der Wertverlust der MAC-Klausel ein objektiver Wert, der seinem Zweck nach die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens so akkurat wie möglich darstellen soll. Eine Nichtberücksichtigung der negativen EBITDA bei der Kaufpreisberechnung rechtfertigt es aufgrund dieser Unterscheidung deshalb nicht ohne Weiteres, dass diese Berechnungsart auch bei der MAC-Klausel zur Anwendung kommt.
- 13 Zweitens muss bei der Zustimmung der Klägerin für die Kaufpreisberechnung des KV 2014 (**B-1**) der Hintergrund und die Entstehungsgeschichte des Vertrages mitberücksichtigt werden. Die Parteien waren sich in Bezug auf die Kaufpreisberechnung gemäss ABV (**K-2**) uneinig und es kam infolgedessen zu Streitigkeiten (**E-Anz.**, Rz 14). Ziel der Klägerin war und ist es, die VeganMarket AG zu erwerben und zu führen. Deshalb befand sie sich daraufhin in einer Patt-Situation, da sie bereits seit eineinhalb Jahren 50% der Aktien der VeganMarket AG besass und bei einem Scheitern der Übertragung der restlichen 50% weiterhin Teilhaberin der Gesellschaft bliebe, ohne die alleinige Kontrolle innezuhaben. Um einen absehbaren Konsens und Ausweg aus der für beide Parteien unvorteilhaften Situation zu finden, hat die Klägerin dem Kaufpreis des KV 2014 (**B-1**, Rz 1) zugestimmt. Dieses Einverständnis, das als

Entgegenkommen verstanden werden muss, gilt nur bezüglich Kaufpreisberechnung und darf nicht generell als für den ganzen Vertrag anwendbar angesehen werden (**B-3**).

c) Fazit

- 14 Die Vertragsergänzung mittels hypothetischem Parteiwillen ergibt, dass redlich und vernünftig denkende Parteien die negativen EBITDA für die Wertverlustberechnung berücksichtigt hätten. Der Vertrag ist somit dahingehend zu ergänzen. Wie die Klägerin in ihrer E-Mail vom 12. Dezember 2014 (**B-2**) dargelegt hat, ist unter Berücksichtigung der negativen EBITDA ein Wertverlust von über 20% gegenüber dem Kaufpreis des KV 2014 (**B-1**) eingetreten.

1.1.2. Keine treuwidrige Herbeiführung der Bedingung nach Art. 156 OR analog

a) Voraussetzungen von Art. 156 OR

- 15 Wird der Eintritt einer Bedingung durch eine Partei in treuwidriger Weise verhindert, gilt diese als erfüllt (Art. 156 OR). Dasselbe gilt analog für die Herbeiführung von Bedingungen, wenn der Vertrag vom Ausbleiben einer Bedingung abhängig gemacht wird (BGer 5C.192/2004 E. 2.3.1; BK OR-BECKER, Art. 156 N 10). Die Berufung auf Art. 156 OR setzt neben einem Kausalzusammenhang zwischen der Verhaltensweise des bedingt Verpflichteten und dem Eintritt bzw. Ausfall der Bedingung kumulativ einen Verstoss gegen Treu und Glauben voraus (BGer 4A_449/2013 E. 5.3; BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 5). Während der Grossteil der Lehre für Art. 156 OR keine Absicht verlangt (BGE 109 II 20 E. 2b; BSK OR I-EHRAT/WIDMER, Art. 156 N 6 m.w.H.), plädiert die ältere Lehre dafür, dass der Verstoss gegen Treu und Glauben absichtlich sein muss (BK OR-BECKER, Art. 156 N 4; ZK OR-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 156 N 5).
- 16 Nachfolgend wird dargelegt, weshalb die Klägerin den Wertverlust nicht treuwidrig herbeigeführt hat.
- 17 Die Beklagte bringt vor, dass die Klägerin das Abspringen von wichtigen Vertragspartnern, insbesondere der Hotelkette Larinof, nicht verhindert hat. Dieses Verhalten der Klägerin soll angeblich kausal dazu geführt haben, dass der Wertverlust eingetreten ist (**B-3**).
- 18 Insbesondere die Geschäftsbeziehung mit der Hotelkette Larinof, welche einen substantiellen Teil des Umsatzes der New Zealand Venture ausmachte, wurde nicht gekündigt, weil die Klägerin sich in irgendeiner Weise falsch verhalten hat, sondern weil die Vertragspartnerin eine Neuorientierung anstrebte und die Smoothies der Klägerin ihrer Ansicht nach nicht mehr

in das neue Konzept passten (**E-Anz.**, Rz 22). Auch wenn die New Zealand Venture nicht durch negative Presse aufgefallen wäre, hätte Larinof die Zusammenarbeit beendet.

- 19 Neben der Wellnesskette Larinof haben weitere Vertragspartner die Zusammenarbeit mit der New Zealand Venture gekündigt. Bei der Beurteilung der Kausalität dieser Vertragsbeendigungen muss der am 16. Oktober 2014 erschienene Zeitungsartikel des «New Zealand Herald» miteinbezogen werden. Bereits der mit zwei Ausrufezeichen verstärkte Titel («Contaminated smoothies!!», **K-6**) ist einzig darauf ausgerichtet, beim Leser Empörung hervorzurufen. Aufgrund eines kontaminierten Produkts wird in übertreibender Weise der Zweifel geschürt, dass auch alle anderen Produkte der Klägerin die Gesundheit der Konsumenten gefährden würden («smoothies and other reputedly healthy food products», **K-6**). Zudem wird entgegen der wahren Sachlage behauptet, dass die Hotelkette Larinof wegen der Kontamination die Zusammenarbeit beendet habe. William Jacks wahre Aussage betreffend des Kündigungsgrundes wird ausdrücklich als Ausrede bezeichnet («It does, hence, not come as a surprise that the hotel chain Larinof [...] jumped off their long term contract with Venture», «Of course, William Jacks has an excuse ready [...]», **K-6**).
- 20 Wie oben dargelegt, sind die Formulierungen im Artikel allesamt überspitzt. Durch den schwarzmalerschen und angstverbreitenden Schreibstil, der nicht sachlich informieren, sondern schockieren will, hat die New Zealand Venture viele Geschäftsbeziehungen verloren. Der durchschnittliche Leser lässt sich leicht von solchen Erkenntnissen täuschen.
- 21 Die Klägerin hatte keinen Einfluss darauf, ob der Zeitungsartikel erscheinen wird oder nicht. Die Klägerin hat jedoch nach dessen Publikation alles in ihrer Macht stehende unternommen, um die Kündigung der Geschäftsbeziehungen zu verhindern. Konkret hat die Klägerin eine Sprachregelung zur Beantwortung von Kundenanfragen erarbeitet und diesen mitgeteilt, dass sie ein neues Überwachungs- und Kontrollsystem eingeführt hat, welches künftige Zwischenfälle verhindern soll (**Verfügung Nr. 2**, Rz 7).
- 22 Es kann somit festgestellt werden, dass nicht das Verhalten der Klägerin, sondern der Zeitungsartikel des New Zealand Herald (**K-6**) die Unternehmensbeziehungen stark beeinträchtigt und dadurch den Wertverlust kausal verursacht hat.
- 23 Selbst wenn das Schiedsgericht die Kausalität bejahte, könnte Art. 156 OR nicht analog angerufen werden, da kein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt.
- 24 Ein Verhalten verstösst im Rahmen von Art. 156 OR gegen das Gebot von Treu und Glauben, wenn es «dem Zweck des bedingten Rechtsgeschäft zuwiderhandelt» (GUTMANS, 193). Der Zweck des KV 2014 (**B-1**) ist es, den Streit über die Kaufpreisbestimmung beizulegen und die Übertragung der verbleibenden 50% der Aktien durchzuführen (**B-1**, Präambel Rz B und D).

- 25 Ein Vorwurf der Treuwidrigkeit bezieht sich auf das Abspringen der Wellnesskette Larinof. Dies war eine Entscheidung, die Larinof im Hinblick auf ihre Neuorientierung alleine getroffen hat. Larinof machte infolge der Mindestabnahme- und Mindestlieferungspflicht von Produkten der Klägerin einen Grossteil des Umsatzes aus (**E-Anz.**, Rz 22). Geschäftserfolge können nicht garantiert werden und es steht nicht in der Macht der Klägerin, dass Verhalten von Drittpersonen zu steuern. Deshalb ist es nicht treuwidrig, dass sie die Beendigung der Geschäftsbeziehung nicht verhindert hat bzw. nicht verhindern konnte.
- 26 Die Kontamination der Smoothies mit e-coli Bakterien wurde durch den Defekt einer Einfüllmaschine verursacht. Die Smoothies, die durch die anderen, intakten Maschinen eingefüllt wurden, wiesen keine e-coli Bakterien auf. Sobald sie das Problem erkannt hatte, reagierte die Klägerin sofort. Einerseits wurde die defekte Maschine umgehend repariert und andererseits wurden die Kunden beruhigt und über die Reparatur informiert (**Verfügung Nr. 2**, Rz 6 und 7). Die unverzügliche Reparatur der unverschuldet defekten Maschine läuft dem Zweck des KV 2014 (**B-1**) nicht zuwider, weshalb ein entsprechender Verstoss gegen Treu und Glauben verneint werden kann.
- 27 In Bezug auf den zu hohen Anteil an kanzerogenen Stoffen kann gesagt werden, dass die Klägerin als international ausgerichtetes Unternehmen die internationalen Gesundheitsstandards eingehalten hat (**K-6**). Die Klägerin hat umgehend nach der entsprechenden Aufforderung durch die MEDSAFE die Zusammensetzung der Smoothies den lokalen gesetzlichen Vorgaben angepasst (**Verfügung Nr. 2**, Rz 6). Der Klägerin könnte zwar in Bezug auf die gesetzlichen Regelungen Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt jedoch nicht vor.
- 28 Die Klägerin hat sämtliche notwendigen Massnahmen ergriffen, um den Wertverlust abzuwenden. Es kann deshalb festgehalten werden, dass das Verhalten der Klägerin in keiner Weise dem Vertragszweck, nämlich der Übertragung der restlichen 50% der Aktien der VeganMarket AG, entgegensteht. Demzufolge liegt keine Treuwidrigkeit vor.
- 29 Der älteren Lehrmeinung folgend bedarf treuwidriges Verhalten zudem einer Absicht (BK OR-BECKER, Art. 156 N 4). Der Klägerin zu unterstellen, dass sie den Wertverlust mit Absicht herbeiführte, ginge zu weit. Strebte die Klägerin tatsächlich einen Wertverlust der gesamten VeganMarket AG an, hätte sich ihr Handeln nicht ausschliesslich auf die New Zealand Venture beschränkt, sondern auch auf die anderen drei Ventures negativen Einfluss genommen. Dass die anderen drei Ventures in der fraglichen Zeit zum Teil sogar Wertzunahmen verzeichnet hatten, spricht gegen eine entsprechende Absicht der Klägerin. Ausserdem würde wohl keine vernünftig und redlich denkende Person einem Unternehmen absichtlich

schaden wollen, welches sie bereits zu 50% besitzt und gänzlich zu erwerben gedenkt. Da die Smoothies, welche von der Klägerin hergestellt werden, selbst Teil des Vertriebs der New Zealand Venture sind, ist es zudem auch nicht in ihrem Sinne, dem Vertrieb ihrer eigenen Produkte zu schaden.

b) Eventualiter: Treuwidriges Verhalten ist aufgrund der vertraglichen Abweichung von der Rechtsfolge des Art. 156 OR irrelevant

- 30 Ausdruck der Vertragsfreiheit ist der Grundsatz, wonach dispositives Gesetzesrecht nur zur Anwendung kommt, falls die Parteien zu einem bestimmten Punkt keine abweichende Regelung getroffen haben (HUGUENIN, N 9). Die Beklagte bringt vor, dass die MAC-Klausel aufgrund von Art. 156 OR nicht greift, da der Ausfall der Bedingung fingiert wird (**E-Antw.**, Rz 17). Die Klägerin hat richtigerweise erkannt, dass im vorliegenden Fall die Rechtsfolge von Art. 156 OR nicht zur Anwendung gelangt (**B-3**), da diese dispositiver Natur ist (GUTMANS, 224).
- 31 Die MAC-Klausel definiert im KV 2014 (**B-1**, Rz 10.2. lit. c), dass der Käufer bei Vorliegen der folgenden Bedingungen vom Vertrag Abstand nehmen darf: Das Closing ist nicht innert sechs Wochen nach Signing erfolgt und es ist zwischen Signing und Closing eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der VeganMarket AG eingetreten. Die Rechtsfolge wird sogleich definiert, indem dem Käufer das Recht eingeräumt wird, vom Vertrag Abstand zu nehmen. Da sowohl die Voraussetzungen als auch ihre Rechtsfolge der MAC-Klausel von den Parteien definiert wurden, hat diese Klausel die Bedingungs Voraussetzungen und vor allem deren Rechtsfolge abschliessend geregelt. Daraus kann gefolgert werden, dass i.c. ein treuwidriges Verhalten unbeachtlich wäre, da nur die in der Klausel genannten Voraussetzungen erfüllt sein müssen.
- 32 Selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss gelangt, dass die Klägerin den Wertverlust treuwidrig herbeigeführt hat, dürfte diese sich infolge der Wegbedingung der Rechtsfolge von Art. 156 OR trotzdem auf die MAC-Klausel berufen.

1.1.3. Rechtsfolge des eingetretenen Wertverlustes

a) Rechtliche Qualifikation als aufschiebende Bedingung

- 33 Der KV 2014 (**B-1**) definiert nicht, wie die MAC-Klausel rechtlich zu qualifizieren ist. Während sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, es liege ein Rücktrittsrecht vor, plädiert die Klägerin dafür, dass es sich um eine Suspensivbedingung handle. Streiten die Parteien über den Inhalt des Vertrages, muss dieser ausgelegt werden (HUGUENIN, N 273).

- 34 Ist der tatsächliche Wille der Parteien nicht mehr bestimmbar, muss der hypothetische Parteiwille durch eine objektive Auslegung ermittelt werden. Abzustellen ist auf vernünftig und redlich denkende Parteien, deren Verhalten nach Treu und Glauben zu beurteilen ist. Zudem ist zu beachten, wie die Parteien unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände die Verhaltensweisen und Willensäußerungen der Gegenpartei verstehen durften und mussten (HUGUENIN, N 282).
- 35 Primäres Auslegungsmittel, was jedoch mehr die Reihenfolge der Prüfung und weniger eine allfällige Hierarchie ausdrückt (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 19), ist der Wortlaut des Vertrags (KUKO OR-WIEGAND/HURNI, Art. 18 N 18). Des Weiteren können als ergänzende Auslegungsmittel der Vertragszweck, die Usanzen und Verkehrssitten, die Begleitumstände, die Entstehungsgeschichte des Vertrages, die vorangegangenen Vertragsverhandlungen sowie das Verhalten der Parteien vor, während und nach Vertragsabschluss beigezogen werden (HUGUENIN, N 290). Bei der Auslegung einer einzelnen Vertragsklausel darf diese nicht einfach isoliert betrachtet werden, sondern es muss immer auch der Gesamtzusammenhang des Vertrages in die Beurteilung miteinbezogen werden (BGE 123 III 165 E. 3a).
- 36 Achtet man auf den Wortlaut, so statuiert Rz 10.c des KV 2014 (**B-2**), dass der Verkäufer berechtigt sei, «vom Vertrag zurückzutreten». Es wäre naheliegend, auf ein Rücktrittsrecht zu schliessen. Jedoch darf man sich nicht nur auf eine reine Buchstabenauslegung beschränken (BGE 127 III 444 E. 1b), sondern man muss den Gesamtzusammenhang des Vertrages bei der Auslegung der MAC-Klausel mitberücksichtigen (BGE 133 III 406 E. 2.2). In Rz 11.7 des KV 2014 haben die Parteien definiert, dass der KV 2014 mit Unterzeichnung beider Parteien in Kraft treten soll. Diese Bestimmung muss mit dem zweiten Absatz derselben Randziffer zusammen gelesen werden. Darin steht, dass der ABV erst mit Abschluss des KV 2014 ausser Kraft gesetzt werden soll. Das bedeutet, dass Unterzeichnung und Abschluss des KV 2014 zeitlich auseinander fallen bzw. auseinander fallen können. Unter Rz 10 («Vertragsabschluss») sind verschiedene Bestimmungen aufgelistet, die alle zum Vollzug des Vertrages gehören. Konkret haben die Parteien in Rz 10.1 bestimmt, dass der Vertrag erst nach Erfüllung sämtlicher in Rz 10.2 formulierten Vollzugsvoraussetzungen (inkl. MAC-Klausel) vollzogen werden darf. Vollzug steht dabei für den endgültigen Abschluss des KV 2014 (**B-1**, Rz 10.1). Die explizite Unterscheidung zwischen Inkrafttreten und Abschluss ein und desselben Vertrages deutet darauf hin, dass sich die Parteien nicht vor Eintritt sämtlicher Vollzugsbedingungen, die zum Abschluss notwendig sind, binden wollten. Folglich liegt es im Interesse vernünftig und redlich denkender Parteien, die MAC-Klausel als Suspensivbedingung auszugestalten, um erst ab Bedingungsausfall vollumfänglich gebunden zu sein.

- 37 Bezüglich Usancen ist anzumerken, dass es in der Praxis üblich ist, Unternehmenskaufverträge, deren Vollzug nicht sofort nach Vertragsschluss geschieht, suspensiv zu bedingen (TSCHÄNI, M&A, Kapitel 4 Rz 21). Die Ausgestaltung der MAC-Klausel als bedingtes Rücktrittsrecht stellt dagegen eine Ausnahme in der Geschäftswelt dar (SCHLEIFFER, 71). Nach dem Vertrauensprinzip durfte die Klägerin die MAC-Klausel somit als Suspensivbedingung verstehen, da eine Abweichung von dieser Praxis explizit hätte hervorgehoben bzw. vereinbart werden müssen.
- 38 Die Funktion der MAC-Klausel als Sicherungsmittel gegen einen Wertverlust stützt die Annahme einer Suspensivbedingung ebenfalls, da der Käufer dadurch aus dem Vertrag nicht unmittelbar verpflichtet wird, bevor die Vollzugsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.
- 39 Suspensivbedingungen werden in der Vertragspraxis nicht selten dahingehend abgeändert, dass sie dem Käufer die Wahlmöglichkeit einräumen, bei Eintritt eines MAC selbst zu entscheiden, ob er den Vertrag dahinfallen lassen oder diesen unter Verzicht auf die Bedingung trotzdem vollziehen will. Durch dieses Wahlrecht werden die Interessen des Käufers deshalb besser gewahrt, weil der Vertrag nicht einfach *eo ipso* dahinfällt, sondern nur auf Begehren des Käufers hin. Diese vertragliche Modifikation der Rechtsfolge bei Bedingungseintritt wird von den Parteien oft untechnisch als Rücktrittsrecht bezeichnet. Das ändert nichts daran, dass es sich um eine Suspensivbedingung handelt (SCHLEIFFER, 68 f.).
- 40 Die Auslegung der MAC-Klausel ergibt, dass es sich trotz des missverständlichen Wortlautes um eine Suspensivbedingung handelt, welche dahingehend modifiziert wird, dass dem Käufer eine Wahlmöglichkeit eingeräumt wird, ob er bei Bedingungseintritt den Vertrag halten will oder nicht.

b) Rechtsfolge des negativen Bedingungseintritts

- 41 Die Bedingung ist i.c. negativ konstatiert, weil der Nichteintritt einer wesentlichen Verschlechterung den Vertrag rechtswirksam macht. Negative Bedingungen gelten als ausgefallen, wenn das Ereignis sich verwirklicht (GUHL/KOLLER, § 9 N 26). Als Folge des Ausfalls entfällt der Schwebezustand und es ist, als ob die Parteien nie in eine rechtliche Beziehung zueinander getreten wären (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3993; GUHL/KOLLER, § 9 N 28). Ist die MAC-Klausel als Suspensivbedingung ausgestaltet und der MAC eingetreten, so ist der Käufer berechtigt, den Vertrag «durch einseitige Willensäußerung mit Wirkung *ex tunc* dahinfallen zu lassen» (SCHLEIFFER, 71). Indem die Klägerin in der E-Mail vom 12. Dezember 2014 (**B-2**) erklärt hat, dass sie den Vertrag nicht mehr halten möchte, übte sie durch einseitige Willenserklärung ihre Wahlmöglichkeit aus. Dies hat zur Folge, dass der Vertrag

nie Rechtswirksamkeit erlangt hat. Der KV 2014 (**B-1**) scheidet somit als Anspruchsgrundlage aus. Es stellt sich nun die Frage, ob der ABV (**K-2**) jemals ausser Kraft gesetzt wurde und falls ja, ob er wieder auflebt.

- 42 Grundsätzlich war es Zweck des KV 2014, den ABV zu ersetzen (**B-1**, Präambel Rz B). Diese Randziffer muss jedoch wiederum in Zusammenhang mit dem gesamten Vertrag, insbesondere Rz 11.7 des KV 2014, betrachtet werden. Nach dieser Bestimmung wird der ABV (**K-2**) erst nach dem Abschluss des KV 2014 (**B-1**) ausser Kraft gesetzt. Wie unter Rz 36 erläutert, beinhaltet der Abschluss die Erfüllung sämtlicher Vollzugsvoraussetzung nach Rz 10.2 (**B-1**, Rz 10.1). Dass eine wesentliche Verschlechterung der VeganMarket AG eingetreten ist, wird in Rz 14 dargelegt. Somit ist die Voraussetzung in Rz 10.2. lit. c nicht erfüllt und es liegen noch nicht sämtliche Vertragsabschlussvoraussetzungen vor. Deshalb hat der KV 2014 den ABV noch gar nicht ausser Kraft gesetzt und der ABV hat stets parallel zum KV 2014 weiterbestanden.
- 43 Unterstützend kann Rz 27.1.2 des ABV (**K-2**) herangezogen werden. Nach dieser Bestimmung gilt der ABV solange als beide Parteien Aktionäre der VeganMarket AG sind. Während der gesamten Zeitspanne zwischen dem Vollzug des KV 2013 (**K-1**) und dem heutigen Zeitpunkt waren und sind beide Parteien mit je 50% der Aktien an der Gesellschaft beteiligt. Dies spricht ebenfalls dafür, dass der ABV neben dem KV 2014 (**B-1**) weiterbestanden hat.

1.1.4. Zwischenfazit

- 44 Der KV 2014 (**B-1**) hat aufgrund der Willensäusserung der Klägerin, dass sie den Vertrag aufgrund des MAC nicht mehr vollziehen möchte (**B-2**), *ex tunc* seine Wirksamkeit verloren. Da der ABV (**K-2**) gar nie ausser Kraft gesetzt wurde, steht dieser als Anspruchsgrundlage weiterhin zur Verfügung. Die Klägerin hat deshalb das Recht, die Übertragung der restlichen 50% der Aktien zu verlangen (Optionsrechte in **K-2**, Rz 6.7.2).

1.2. Kaufpreisberechnung nach ABV

1.2.1. Inhalt von Rz 6.8 ABV

- 45 Gelangt der ABV (**K-2**) zur Anwendung, wird der Kaufpreis grundsätzlich nach dessen Rz 6.8 berechnet. Es wurde darin vereinbart, dass er sich aus dem «Fünffachen des durchschnittlichen EBITDA der Tochtergesellschaften (...)» zusammensetzt. Strittig ist, was unter dem Durchschnitt der EBITDA der Tochtergesellschaften zu verstehen ist. Während die Klägerin darauf plädiert, die negativen EBITDA miteinzubeziehen, spricht sich die Beklagte für eine Einsetzung derselben mit Null aus. Da sich die Parteien über den Inhalt der Formel streiten, muss diese ausgelegt werden (HUGUENIN, N 273).

1.2.2. Auslegung von Rz 6.8 ABV

- 46 Nach dem Wortlaut der Klausel (**K-2**, Rz 6.8) ist auf den «durchschnittlichen EBITDA der Tochtergesellschaften» abzustellen. Ein Durchschnitt berechnet sich dadurch, dass man alle zu berücksichtigenden Werte addiert und diese in der Folge durch die Anzahl der massgebenden Werte dividiert. Wird nun einer der zu berücksichtigenden Werte anstelle seiner negativen Zahl mit Null veranschlagt, verzerrt dies das arithmetische Mittel. Es kann somit nicht mehr von einem Durchschnitt im mathematischen Sinn gesprochen werden. Der Wortlaut spricht folglich klar für die Einbeziehung der negativen EBITDA.
- 47 Die Parteien haben im ABV (**K-2**) den inhaltlich klaren Begriff des EBITDA explizit definiert (**K-2**, Rz 2). Als Konsequenz darf die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass mit dem Begriff des «Durchschnitts» (**K-2**, Rz 6.8) tatsächlich der mathematische Durchschnitt gemeint ist. Eine Abweichung davon hätten die Parteien nach dem Vertrauensprinzip explizit vereinbaren müssen.
- 48 Die Klägerin hat in der Einleitungsanzeige festgehalten, dass die negativen EBITDA in Anwendung von allgemein anerkannten Grundsätzen bei der Preisbestimmung innerhalb eines Aktienverkaufes zu berücksichtigen sind (**E.-Anz.**, N 16 und 20). Diese Tatsache wurde von der Beklagten nicht bestritten. Es wird bei branchenüblichen Grundsätzen vermutet, dass die Parteien diese in diesem Sinne verstanden haben (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 31). Darauf darf sich eine vernünftig und redlich denkende Partei verlassen, sofern vertraglich keine Vorbehalte eingeräumt wurden. Aus der entsprechenden Klausel (**K-2**, Rz 6.8) ergibt sich nicht, dass die Parteien von diesem Grundsatz hätten abweichen wollen bzw. diesen nicht so verstanden haben, wie es üblich ist. Diese Usanz spricht somit dafür, die negativen EBITDA in die Kaufpreisberechnung miteinzubeziehen.
- 49 Die Beklagte erstellte zwecks Vertragsverhandlungen des KV 2013 (**K-1**) eine Powerpointpräsentation, in welcher sie die negativen EBITDA miteinbezog. Dies wurde durch eine grafische Darstellung verdeutlicht (**K-5**). Zudem erklärt die Beklagte in der Einleitungsantwort ausdrücklich, dass die Parteien die negativen EBITDA für die Kaufpreisberechnung des KV 2013 berücksichtigt haben (**E-Antw.**, Rz 13). Aus der Präsentation geht nicht hervor, ob die Einbeziehung der negativen EBITDA nur für den KV 2013, nur für den ABV oder für beide Verträge relevant ist. Da die beiden Verträge gleichzeitig abgeschlossen wurden (**K-2**, Rz D), darf nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden, dass sich der Inhalt der Powerpointpräsentation – konkret die Berücksichtigung der negativen EBITDA – sowohl auf den KV 2013 als auch auf den ABV bezieht.

50 Das Argument der Beklagten, dass die negativen EBITDA infolge der Übertragung der operativen Führung an die Klägerin zur Absicherung mit Null zu veranschlagen seien, vermag nicht zu überzeugen (**E-Antw.**, Rz 6). Zwar ging die operative Führung tatsächlich mit Abschluss des KV 2013 auf die Klägerin über (**K-1**, Rz 2.2.1), jedoch blieb die Beklagte immer noch mit 50% der Aktien an der Gesellschaft beteiligt. Somit stehen ihr sämtliche Aktionärschutzrechte gemäss gesetzlicher Regelung zu. Ausserdem haben die Parteien eine sog. Put- und Call-Option im ABV vereinbart (**K-2**, Rz 6.7). Danach ist auch die Beklagte berechtigt, den Teilverkauf der Aktien auszulösen (**K-2**, Rz 6.7.1). Als Folge kann sich die Beklagte bei einer schlechten operativen Führung durch die Ausübung ihres Verkaufsrechts genügend schützen und es ist nicht ersichtlich, weshalb die negativen EBITDA nicht berücksichtigt werden sollten.

1.2.3. Fazit

51 Die Auslegung der Klausel (**K-2**, Rz 6.8) ergibt, dass die negativen EBITDA bei Kaufpreisberechnung der Aktien des ABV zu berücksichtigen sind. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut, andererseits stützen auch die übrigen Auslegungsmittel dieses Ergebnis.

52 Gelangt der ABV zur Anwendung, ist der Preis wie folgt zu berechnen (**K-2**, Rz 6.8 i.V.m. Rz 2): Es werden die EBITDA der Tochtergesellschaften addiert. Dieser Betrag wird durch die Anzahl Tochtergesellschaften geteilt. Das Ergebnis ist mit fünf zu multiplizieren und sodann durch zwei zu teilen, da es sich nur um 50% der Aktien handelt. In Anwendung dieser Formel beläuft sich der Kaufpreis auf CHF 1'875'000.

2. Eventualiter: Anspruch der Klägerin auf Übertragung von 50'000 Namenaktien der VeganMarket AG zum Preis von CHF 1'875'000 auf der Grundlage des geminder- ten Kaufpreises vom KV 2014

2.1. Inhalt von Rz 1 KV 2014

53 Falls das Schiedsgericht die Anwendung der MAC-Klausel verneint und die Anspruchsgrundlage für den Kaufpreis somit der KV 2014 (**B-1**) ist, bestimmt sich der Kaufpreis nach Rz 1 desselben Vertrages. Grundsätzlich ist dieser durch einen Fixbetrag von CHF 2'687'500 festgelegt, in dessen Berechnung die negativen EBITDA mit Null veranschlagt wurden (**B-2**, **B-3**). Nach dem Prinzip *pacta sunt servanda* sind Verträge wie vereinbart zu erfüllen. Eine Ausnahme davon bildet die Vertragsanpassung bei veränderten Verhältnissen (*clausula rebus sic stantibus*; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 97).

2.2. Clausula rebus sic stantibus

- 54 Für die *clausula rebus sic stantibus* wird einerseits vorausgesetzt, dass sich die Verhältnisse nach Vertragsschluss verändert haben (HUGUENIN, N 328). Vorliegend haben sich die Verhältnisse dahingehend verändert, dass der Wert der VeganMarket AG, zusammengesetzt aus den EBITDA der vier Tochtergesellschaften, seit Vertragsschluss von CHF 3'800'000 auf 3'000'000 gesunken ist. Das ist ein Verlust von CHF 800'000 bzw. 21%.
- 55 Andererseits muss die Änderung der Verhältnisse dazu führen, dass eine gravierende Äquivalenzstörung eintritt (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 1300). Von einer gravierenden Äquivalenzstörung spricht man, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein grobes Missverhältnis besteht. Für 50% der Aktien der VeganMarket AG würde ein Preis (CHF 2'687'500) bezahlt, der fast so hoch ist wie der Gesamtwert der Unternehmung im heutigen Zeitpunkt (CHF 3'000'000). Der «reine» Wert für die 50% der Aktien beträgt CHF 1'500'000. Indem die Klägerin CHF 2'687'500 bezahlen müsste, betrüge die Marge CHF 1'187'500 (79%), was bei einem finanziell desolaten Unternehmen nicht gerechtfertigt ist. Folglich kann von einer gravierenden Äquivalenzstörung ausgegangen werden.
- 56 Zudem darf die Äquivalenzstörung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht voraussehbar gewesen sein (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 101). Eine vorhersehbare Veränderung der Verhältnisse ist gegeben, wenn man «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit der späteren Entwicklung vernünftigerweise rechnen musste» (BGer 4A_375/2010, E. 3.1). Massgebend ist zudem, ob eine vernünftige Vertragspartei in der Lage des Vertragsschliessenden die Wahrscheinlichkeit der Änderung der Verhältnisse als so gross ansah, dass sie deren Vorhandensein bei ihrer Entscheidung bezüglich Vertragsabschluss und Ausgestaltung desselben berücksichtigte (BGer 4A_375/2010, E. 3.1).
- 57 Vergleicht man die EBITDA vom 31.12.2012, d.h. vier Monate bevor die Klägerin die operative Führung übernahm, mit denjenigen vom 1. Oktober 2014 (Vertragsschluss des KV 2014), als sie die operative Führung bereits mehr als ein Jahr innehatte, zeigt sich folgendes Bild: Sowohl die American als auch die Asian Venture verzeichnen eine Wertzunahme von jeweils CHF 150'000 bzw. CHF 100'000. Die New Zealand Venture stagnierte und die African Venture verzeichnete einen Verlust von CHF 100'000. Gesamthaft betrachtet sind die EBITDA aller Tochtergesellschaften insgesamt um CHF 150'000 gestiegen (**K-5 i.V.m. Verfügung Nr. 2**, Rz 13). Aufgrund dieser Unternehmensentwicklung durfte die Klägerin davon ausgehen, dass, sollte sie ihre operative Führung wie gewohnt weiterführen, auch in Zukunft keine horrenden Werteinbrüche stattfinden würden.

58 Bei Vertragsschluss war zudem der Artikel im «New Zealand Herald» (**K-6**) noch nicht erschienen. Wie in Rz 22 dargelegt, kann die negative Presse als kausale Ursache für die Wertverluste der New Zealand Venture angesehen werden, weshalb diese bei Vertragsschluss noch nicht voraussehbar waren. Aufgrund dieser wertenden Beurteilung gelangt man zum Schluss, dass ein solcher Wertverlust nicht voraussehbar war.

59 Da i.c. alle Voraussetzungen erfüllt sind, liegt ein Fall der *clausula rebus sic stantibus* vor.

2.3. Rechtsfolge der *clausula rebus sic stantibus*

60 Greift die *clausula rebus sic stantibus*, ist der Vertrag aufzulösen oder anzupassen (BGE 97 II 390 E. 6; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 356). Als geringerer Eingriff wird die Vertragsanpassung der Vertragsauflösung vorgezogen (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 19). Es ist möglich, dass im Einzelfall eine Minderung angezeigt ist (GUHL/KOLLER, § 38 N 29). Das Gericht fällt seine Entscheidung im Hinblick auf eine sachgerechte Lösung (HUGUENIN, N 334).

61 Im KV 2014 (**B-2**) bezieht sich das Missverhältnis auf den Kaufpreis, welcher nicht mehr gerechtfertigt ist. Sachgerecht erscheint die Minderung des Kaufpreises auf eine angemessene Höhe. Weil die Äquivalenzstörung eine Folge der Nichteinbeziehung der negativen EBITDA ist, rechtfertigt es sich, den Kaufpreis so zu mindern, dass neu die negativen EBITDA in die Berechnung miteinbezogen werden. Da die Parteien für die Kaufpreisberechnung des KV 2014 dieselbe Formel wie im ABV benützt haben (**Verfügung Nr. 2**, Rz 13), kann auf die Berechnungsart in Rz 52 verwiesen werden.

2.4. Fazit

62 Gelangt der KV 2014 (**B-1**) zur Anwendung, berechnet sich der Kaufpreis nach der Formel des ABV (**K-2**, Rz 6.8), wobei die negativen EBITDA zu berücksichtigen sind. Somit beträgt der an die neuen Verhältnisse angepasste Kaufpreis CHF 1'875'000.

II. Prozessualer Teil

1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Hauptklage gem. Rz 3.1 des KV 2013

1.1. KV 2013 und ABV als zusammengesetzter Vertrag

63 Liegen formal zwei verschiedene Verträge vor, besteht jedoch nach dem Parteiwillen eine Abhängigkeit und Verknüpfung zwischen diesen, spricht man von einem zusammengesetzten Vertrag (BGE 131 III 528 E. 7.1.1; BGE 139 III 49 E. 3.3). Ein solcher liegt unter anderem vor, wenn die Verträge zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels abgeschlossen wurden (TRAIN, N 17). Ein zusammengesetzter Vertrag wird als Vertragseinheit angesehen (BGE 118

II 157 E. 3a). Entscheidend für dessen Vorliegen ist nicht die formale Trennung der beiden Verträgen, sondern der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien (Art. 18 OR).

- 64 Der KV 2013 regelt die Übertragung der ersten 50% der Aktien und der ABV diejenige der zweiten 50% (**K-1**, Präambel Rz B, **K-2**, Präambel Rz D). Gemeinsamer Zweck der beiden Verträge war es, durch einen «Gesamtkaufvertrag» den Übergang aller Aktien der VeganMarket AG von der Beklagten auf die Klägerin zu regeln. Würden die beiden Verträge isoliert betrachtet und behandelt, vereitelte dies das Ziel der Parteien, die gesamte Unternehmung zu übertragen. Nur die Verbindung der Verträge ermöglicht es, dies zu erreichen.
- 65 Die Verknüpfung der Verträge zeigt sich regelmässig in einer konkludenten oder ausdrücklichen Koppelungsabrede in den entsprechenden Verträgen (HUGUENIN, N 3676). Die Präambel des KV 2013 und des ABV nehmen explizit aufeinander Bezug (**K-1**, Präambel Rz B; **K-2**, Präambel Rz D). Der ABV konkretisiert den KV 2013 dahingehend, dass die Rechte und Pflichten der Parteien, insbesondere bezüglich der operativen Führung der VeganMarket AG und deren Tochtergesellschaften, näher umschrieben werden (**K-1**, Rz 2.2.2). Sowohl der ABV als auch der KV 2013 wären für sich betrachtet unvollständig. KV 2013 und ABV sind deshalb genügend miteinander verknüpft, um einen zusammengesetzten Vertrag anzunehmen.
- 66 Liegt ein Joint Venture Vertrag vor, ist dieser zu den zusammengesetzten Verträgen zu zählen (HUGUENIN, N 3677). Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte führen weiterhin ihr eigenes Unternehmen, sie haben jedoch vereinbart, die VeganMarket AG als Joint Venture bis zum vollständigen Übergang derselben gemeinsam zu führen (**E-Antw.**, Rz 19). Die VeganMarket AG ist weiterhin für den Vertrieb der entsprechenden Produkte zuständig. Klägerin und Beklagte kontrollieren die Gesellschaft gemeinsam, da beide Aktionärinnen im Verwaltungsrat zumindest strategische Minimalaufgaben wahrnehmen (**Verfügung Nr. 2**, Rz 10). Es liegen alle Voraussetzung für ein Joint Venture vor (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, Kapitel 7 Rz 4). Eine Grundvereinbarung eines Joint Ventures enthält Regelungen bezüglich Gründung, Organisation und Ende des Joint Ventures und stellt zudem den Ausgangspunkt für das weitere Vorgehen dar (TSCHÄNI/DIEM/WOLF, Kapitel 7 Rz 6). Entgegen der Auffassung der Beklagten (**E-Antw.**, Rz 19) beginnt das Joint Venture bereits mit dem Abschluss des KV 2013. Dieser gründet durch die Übertragung der ersten 50% der Aktien der VeganMarket AG das Joint Venture, regelt in groben Zügen die Organisation bezüglich operativer Führung (**K-1**, Rz 2.2.1) und bildet Ausgangspunkt für das weitere Vorgehen (**K-1**, Rz 2.2.2). Das Ende des Joint Ventures wird beschrieben, indem auf den Übergang der restlichen 50% der Aktien Bezug genommen wird (**K-1**, Präambel Rz B). Der KV 2013 stellt somit für sich eine Grundvereinbarung dar. Die Joint Venture Phase beginnt deshalb bereits ab Abschluss des KV 2013.

Der ABV als Konkretisierung der Grundvereinbarung stellt auch einen Joint Venture Vertrag dar, weshalb ABV und KV 2013 als zusammengesetzter Vertrag anzusehen sind.

67 Des Weiteren wurden KV 2013 und ABV am gleichen Tag abgeschlossen (**K-1**, Rz 2.1 i.V.m. Rz 2.2.2), was in Anbetracht der Umstände als weiteres Indiz für einen zusammengesetzten Vertrag angesehen werden kann.

68 Aufgrund dieser Überlegungen entspricht es dem hypothetischen Parteiwillen, einen zusammengesetzten Vertrag anzunehmen.

1.2. Auswirkung der Schiedsgutachterklausel auf die Anrufung der Schiedsvereinbarung

69 In Unternehmenskaufverträgen vereinbaren die Parteien oft neben einer Schiedsklausel eine Schiedsgutachterklausel (KIEM/KÖNIG, § 13 N 18). Während der Schiedsgutachter in Bezug auf den Streitpunkt mit bindender Wirkung für die Parteien entscheidet, ist das Schiedsgericht für alle anderen Streitfragen zuständig (KIEM/KÖNIG, § 13 N 12 und 18). Ob eine Partei das vereinbarte Schiedsgutachten überspringen darf, hängt davon ab, ob die Schiedsgutachterklausel optional oder zwingend ausgestaltet wurde. Ist die Klausel optional ausgestaltet, steht es den Parteien frei, direkt ein Schiedsverfahren einzuleiten, anstatt zuerst den Schiedsgutachter zu konsultieren. Falls sie zwingend ist, darf die Gegenpartei Rüge erheben und die Schiedsklage muss abgewiesen werden (KREINDLER/SCHÄFER/WOLFF, N 70). Auch wenn die Schiedsgutachterklausel zwingend formuliert ist, entfällt deren Wirkung bei Verweigerung der Begutachtung durch die Gegenpartei (SCHWAB/WALTER, Kapitel 2 N 8).

70 Die Klägerin hat nach der Streitigkeit über den Kaufpreis der Beklagten einen Schiedsgutachter vorgeschlagen. Dieser wurde von der Beklagten jedoch ohne Gegenvorschlag abgelehnt (**B-4**). Das Gutachterverfahren ist lediglich deshalb nicht zustande gekommen, weil die Beklagte die Durchführung eines solchen verweigerte. Dies hat zur Folge, dass die Klägerin das Gutachterverfahren in jedem Fall überspringen und direkt an ein Schiedsgericht gelangen kann, auch wenn die Schiedsgutachterklausel zwingend wäre.

71 Aufgrund dieser Umstände darf sich die Klägerin bei Uneinigkeit über den Schiedsgutachter direkt an das zuständige Gericht wenden.

1.3. Nichtanwendung der allgemeinen Gerichtsstandsklausel

72 Beinhaltet ein zusammengesetzter Vertrag sowohl eine allgemeine Gerichtsstandsklausel als auch eine Schiedsklausel, ist durch Auslegung zu ermitteln, welche Klausel im konkreten Fall zur Anwendung kommen soll (BGer 4A_240/2012 E. 4.1).

73 Wesensmerkmal von Schiedsklauseln ist, dass nur vermögensrechtliche Streitigkeiten durch Schiedsgerichte beurteilt werden dürfen (Art. 177 Abs. 1 IPRG). Der Teilsatz in der Schieds-

klausel, welcher die Behandlung von nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten zum Inhalt hat (**K-1**, Rz 3.1.1), verstösst gegen diese Norm. In Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR ist nur dieser Teil der Klausel nichtig. Bei der allgemeinen Gerichtsstandsklausel (**K-2**, Rz 27.8) handelt es sich um eine Standardklausel, da sie ihren Anwendungsbereich nicht definiert und bloss subsidiär zu anderen vertraglichen Vereinbarungen zur Anwendung gelangt. Während es sich beim KV 2013 um einen reinen Kaufvertrag handelt, hat der ABV zusätzlich Rechte und Pflichten, beispielsweise die Grundsätze der Geschäftsführung (**K-2**, Rz 9), zum Gegenstand. Infolgedessen ist bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten das ordentliche Gericht und bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten das Schiedsgericht anzurufen. Die allgemeine Gerichtsstandsklausel und die Schiedsvereinbarung erfassen somit verschiedene Materien.

- 74 Mit der Bestimmung über den Schiedsgutachter (**K-2**, Rz 6.9.1) haben die Parteien den Willen zum Ausdruck gebracht, Preisstreitigkeiten in Abweichung zur Standardklausel nicht vom ordentlichen Gericht beurteilen zu lassen.
- 75 Zwischen der Klägerin und der Beklagten wurden in der Vergangenheit in den verschiedenen Vertriebsverträgen überwiegend Schiedsvereinbarungen vereinbart (**Verfügung Nr. 2**, Rz 17). Bei Streitigkeiten aus Vertriebsverträgen handelt es sich i.d.R. um vermögensrechtliche Ansprüche. Das Verhalten der Parteien vor Vertragsschluss zeigt deshalb einen allgemeinen Willen, vermögensrechtliche Streitigkeiten durch Schiedsgerichte beurteilen zu lassen.
- 76 Die Auslegung der beiden Klauseln ergibt, dass es Wille der Parteien war, den Anwendungsbereich der Gerichtsstandsklausel dahingehend zu reduzieren, dass bloss nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten durch sie gedeckt sind.

1.4. Fazit

- 77 Da im vorliegenden Fall ein zusammengesetzter Vertrag vorliegt, die Schiedsgutachterklausel übersprungen werden kann und die allgemeine Gerichtsstandsklausel nicht einschlägig ist, kann sich die Klägerin auf die Schiedsklausel des KV 2013 (**K-1**, Rz 3.1) berufen.

2. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Widerklage

2.1. Wegfall der Schiedsklausel des KV 2014

- 78 Nach der Theorie der Unabhängigkeit der Schiedsvereinbarung, welche u.a. in Art. 178 Abs. 3 IPRG und Art. 21 Abs. 2 Swiss Rules niedergeschrieben ist, fällt die Schiedsklausel durch die Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit des Hauptvertrages grundsätzlich nicht dahin (**BERGER/KELLERHALS**, N 604). Von diesem Grundsatz darf abgewichen werden, wenn sich die Parteien ausdrücklich oder konkludent geeinigt haben, dass die Schiedsklausel zusammen mit dem Hauptvertrag wegfallen soll (**BSK IPRG-GRÄNICHER**, Art. 178 N 84).

- 79 Wie in Rz 36 dargelegt, unterscheidet der KV 2014 in Rz 11.7 zwischen dem bedingten Inkrafttreten des Vertrages (Unterzeichnung) und dem tatsächlichen Abschluss (Vollzug) desselben. Systematisch betrachtet steht die Schiedsklausel (**B-1**, Rz 11.1) vor der Bestimmung über das Inkrafttreten, während sich die Schieds- bzw. Gerichtsstandsklauseln in KV 2013 und ABV am Ende des jeweiligen Vertrages befinden (**K-1**, Rz 3.1.1 und **K-2**, Rz 27.8). Dieser Umstand spricht dafür, dass sich die Parteien durch die Gliederung des KV 2014 konkludent darauf geeinigt haben, dass selbst die Schiedsklausel, wie der Rest des gesamten Vertrages, an die Bedingung gekoppelt werden soll.
- 80 Die Umstände des Vertragsschlusses, namentlich die Tatsache, dass sich die Parteien in einer Pattsituation befanden, sprechen zudem dafür, dass nicht nur der Vollzug, sondern der gesamte Vertrag bedingt sein soll. Die Parteien wollten erst gebunden sein, nachdem sämtliche Vollzugsvoraussetzungen erfüllt sind.
- 81 Demzufolge ist auch die Schiedsklausel des KV 2014 (**B-1**, Rz 11.1) durch die Willenserklärung der Klägerin weggefallen. Die Beklagte kann ihre Widerklage folglich nicht auf diese Klausel stützen.

2.2. Eventualiter: Ausschluss der Widerklage bei Rechtswirksamkeit des KV 2014

- 82 Die Zuständigkeiten für Haupt- und Widerklage beruhen auf verschiedenen Vertragsverhältnissen. Die Klägerin stützt ihre Hauptklage auf die Schiedsklausel des KV 2013, die Beklagte ihre Widerklage auf jene des KV 2014. Zudem sind die Klauseln in KV 2013 und KV 2014 zwar vom Wortlaut, nicht jedoch vom Inhalt her identisch. Beide Klauseln sprechen von «Streitigkeiten [...] aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag», wobei mit «diesem Vertrag» einmal der zusammengesetzte Vertrag (KV 2013 und ABV) und einmal der der KV 2014 gemeint ist. Die Widerklage ist deshalb klauselfremd (BERGER/KELLERHALS, N 487 ff.). Da sowohl das 12. Kapitel des IPRG als auch die einschlägige Schiedsordnung (i.c. die Swiss Rules) keine Regelung bezüglich klauselfremden Widerklagen enthält, ist alleine auf den durch Auslegung ermittelten Parteiwillen abzustellen (BERGER/KELLERHALS, N 490).
- 83 Die Widerklage basiert nicht nur formal auf einem anderen Vertragsverhältnis, sondern es war das Ziel der Parteien, durch den KV 2014 die Pattsituation zu lösen und einen Neuanfang zu erreichen (**B-1**, Präambel Rz B). Die im Zusammenhang mit dem KV 2013 und ABV entstandenen Streitigkeiten sollten zurückgelassen und eine neue Vereinbarung erzielt werden. Es wurde eine neue Schiedsvereinbarung eingefügt. Dies ist ein Indiz dafür, dass man den KV 2014 und seine Streitigkeiten einer neuen Ordnung unterstellt und sich vom zusammengesetzten Vertrag des KV 2013 und ABV distanzieren wollte. In diesem Sinne spricht die Entste-

hungsgeschichte des Vertrages für die Ablehnung des Einbezugs von klauselfremden Widerklagen in das Schiedsverfahren des zusammengesetzten Vertrages.

- 84 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Haupt- und Widerklage könnte bejaht werden, wenn diese nachträglich vereinbart wurde oder es die Widerbeklagte unterlässt eine Unzuständigkeitserklärung i.S.v. Art. 186 Abs. 2 IPRG zu erheben (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 78).
- 85 Zwischen den Parteien ist keine nachträgliche Vereinbarung über die Zuständigkeit des eingesetzten Schiedsgerichts für die Beurteilung klauselfremder Widerklagen geschlossen worden. Zudem hat die Hauptklägerin eine Unzuständigkeitseinrede betreffend die Widerklage erhoben und sich somit auch nicht auf das Verfahren eingelassen.

2.3. Fazit

- 86 Die Klägerin hat durch die Ausübung ihres Gestaltungsrechts den gesamten KV 2014 inkl. Schiedsklausel dahinfallen lassen, weshalb die Beklagte ihre Widerklage nicht auf diese stützen kann. Selbst wenn die Schiedsklausel vom Schiedsgericht für anwendbar erklärt wird, hatten die Parteien den Willen, die klauselfremde Widerklage im Zusammenhang mit dem Hauptverfahren des KV 2013 und ABV nicht zuzulassen. Auf die Widerklage ist deshalb mangels Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht einzutreten.

Wir bitten das Schiedsgericht, den gestellten Rechtsbegehren nachzukommen.

Mit vorzüglicher Hochachtung,

Moot Court Team 8