

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

EINSCHREIBEN

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

12. Dezember 2014

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 250123-2014

In Sachen

Gas Supply GmbH

Hamburgerstrasse 33, 44135 Dortmund, Deutschland

Klägerin 1

France Petrol SA

35, Bd de Belleville, 75020 Paris, Frankreich

Klägerin 2

Transsib Oil OJSC

Nizhegorodskaya ul. 24, 606443 Moskau, Russland

Klägerin 3

alle vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

PipeTransport AG

Baarerstrasse 145, 6300 Zug, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts,

namens und mit Vollmacht der Klägerinnen stellen wir folgende

Rechtsbegehren

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 1 CHF 2'230'000 nebst Zins in Höhe von 5% seit dem 29. Mai 2014 zu bezahlen;
2. [analoges Begehren der Klägerin 2];
3. [analoges Begehren der Klägerin 3];
4. Es sei festzulegen, dass die von der Klägerin 1 zu bezahlende Transportgebühr für den Zeitraum vom 24. Dezember 2013 bis zum 24. Februar 2014 nur CHF 90'000 pro Monat beträgt;
5. [analoges Begehren der Klägerin 2];
6. [analoges Begehren der Klägerin 3];
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

I. Das angerufene Schiedsgericht ist für die Beurteilung aller geltend gemachten Ansprüche zuständig	1
1. Die Voraussetzungen einer Konsolidierung sind erfüllt.....	1
a) <i>Nachträgliche Sitzverschiebung nach Zürich</i>	1
b) <i>Eventualiter: Schiedsklauseln mit unterschiedlichen Sitzen sind kompatibel, solange die lex arbitri gleich bleibt</i>	2
c) <i>Art. 4(1) Swiss Rules ist teleologisch auszulegen</i>	2
2. Die konkreten Umstände unterstützen eine Konsolidierung	3
a) <i>Auslegung der Schiedsklauseln</i>	3
b) <i>Es liegt ein eindeutiger Sachzusammenhang vor</i>	4
c) <i>Auch die Ansprüche der Klägerin 3 sind im selben Verfahren zu beurteilen</i>	4
d) <i>Der Einwand der Beklagten bezüglich der Richterbestellung überzeugt nicht</i> ..	4
3. Alle geltend gemachten Ansprüche sind in einem Verfahren zu beurteilen.....	5
II. Die im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Ansprüche	5
III. Die Beklagte hat den wegen Aufklärungspflichtverletzungen entstandenen Schaden zu ersetzen	5
1. Die Auktionsbedingungen stellen einen suspensiv bedingten Vorvertrag dar	5
2. Es besteht ein vertraglicher Schadenersatzanspruch	6
a) <i>Die Beklagte verletzte vertragliche Pflichten im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR</i> ..	6
b) <i>Alle weiteren Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR sind erfüllt</i>	8
3. Eventualiter: Es besteht ein Schadenersatzanspruch aus culpa in contrahendo	9
4. Eventualiter: Der Klägerin steht Schadenersatz aus culpa in contrahendo wegen absichtlicher Täuschung zu.....	10

IV. Die Beklagte hat den wegen Nichtzurverfügungstellung der verbindlichen Kapazität entstandenen Schaden zu ersetzen	11
1. Die Beklagte befindet sich im Verzug nach Art. 102 ff. OR.....	11
a) <i>Der ausbleibende Gastransport ist die Vertragsverletzung</i>	<i>12</i>
b) <i>Auch die übrigen Voraussetzungen nach Art. 102 OR sind erfüllt.....</i>	<i>12</i>
c) <i>Die Beklagte ist mit der Einrede der Force Majeure nicht zu hören</i>	<i>12</i>
2. Der Schadenersatzanspruch ergibt sich aus Art. 107 Abs. 2 OR.....	14
a) <i>Die Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR sind erfüllt.....</i>	<i>14</i>
b) <i>Die Beklagte haftet für jedes Verschulden.....</i>	<i>15</i>
c) <i>Die Schadenspositionen A und B sind der Klägerin zu ersetzen</i>	<i>16</i>
V. Die Beklagte hat den wegen Sorgfaltspflichtverletzung entstandenen Schaden zu ersetzen	16
1. Die Beklagte beging eine Sorgfaltspflichtverletzung	17
2. Die weiteren Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch sind erfüllt	17
VI. Der Transportpreis der Zweiten Periode ist um die Hälfte zu reduzieren.....	18
1. Die vorliegende Abweichung von der verbindlichen Kapazität wird im Transportvertrag nicht geregelt.....	18
2. Eine analoge Mietzinsherabsetzung gemäss Art. 259d OR ist gerechtfertigt.....	19
3. Eventualiter: Ein Herabsetzungsanspruch besteht auch aus Auftragsrecht analog .	19
4. Eventualiter: Aufgrund eines Grundlagenirrtums ist der Vertrag teilnichtig	20
VII. Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen.....	20

Literaturverzeichnis

ARROYO MANUEL, Arbitration in Switzerland, Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013 (zit. Arbitration-BEARBEITERIN)
Rz [4, 12, 15]

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012 (zit. BERGER)
Rz [89, 95, 97]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and domestic arbitration in Switzerland, 2nd edition, Berne 2010 (zit. BERGER/KELLERHALS)
Rz [3, 4, 5, 38]

BRUNNER HANS-ULRICH, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Univ. Fribourg, Fribourg 1991 (zit. BRUNNER)
Rz [0]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER)
Rz [74]

BUOL MARTINA, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Univ. Fribourg, Zürich 1996 (zit. BUOL)
Rz [73]

BURKHARDT MARTIN, Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts, Vertragsgestaltung, Schiedsgerichtspraxis und Praxis des Bundesgerichts, Diss. Univ. St. Gallen, St. Gallen 1996 (zit. BURKHARDT)
Rz [59]

ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2^e édition, Berne 1997 (zit. ENGEL)
Rz [41]

FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 4. Auflage, Bern 1992 (zit. BK OR-FELLMANN)
Rz [74, 80, 84]

FURRER ANDREAS/ MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. FURRER/MÜLLER-CHEN)
Rz [40, 41]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK OR-BEARBEITERIN)
Rz [28, 65]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER)
Rz [25, 56, 57, 58]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID)
Rz [59, 73]

GEISINGER/DUCRET, The Arbitral Procedure, in: GEISINGER/VOSER (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, 2nd revised edition, Alphen aan den Rijn 2013 (zit. GEISINGER/DUCRET)
Rz [8]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration in Switzerland, 2nd edition, Zurich 2012 (zit. GIRSBERGER/VOSER)
Rz [5]

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN N., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY)
Rz [25, 93]

HABEGGER PHILIPP, The Revised Swiss Rules of International Arbitration – An Overview of the Major Changes, in: ASA Bulletin Volume 30 Issue 2, S. 269 ff., 2012
(zit. HABEGGER)
Rz [7]

HANOTIAU BERNARD, Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues An Analysis, Journal of International Arbitration Volume 18 Issue 3, pp. 251-360, London 2001 (zit. HANOTIAU)
Rz [4]

HERZOG NICOLAS R., Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Serie: Zürcher Studien zum Privatrecht, Diss. Univ. Zürich, Zürich 1999 (zit. HERZOG)
Rz [24]

HIGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 2b: Die Pacht, Art. 275-304 OR, 3. Auflage, Zürich 2000
(zit. ZK OR-HIGI)
Rz [53, 92]

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, Bern 2010 (zit. HONSELL)
Rz [53, 80]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011
(zit. BSK OR I-BEARBEITERIN)
Rz [25, 37, 57, 66, 67, 74, 81]

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

(zit. CHK OR-BEARBEITERIN)

Rz [93]

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

Rz [13, 35, 39, 56, 65, 66, 68, 80]

JÄGGI PETER/GAUCH PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 1b: Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980

(zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH)

Rz [59]

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

Rz [24, 46]

LOSER PETER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht – Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht und vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, Bern 2006 (zit. LOSER)

Rz [40, 50]

PAIR LARA, Consolidation in International Commercial Arbitration – The ICC and Swiss Rules, Diss. Univ. St. Gallen, Den Haag 2011 (zit. PAIR)

Rz [4, 10]

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

Rz [25]

SCHENKER URS, Haftung des entsendeten Verwaltungsrates, in: KUNZ PETER V./JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014
(zit. SCHENKER)
Rz [60]

SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 2013 (zit. BK OR-SCHMIDLIN)
Rz [48]

SCHRANER MARIUS, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. Auflage, Zürich 2000 (zit. ZK OR-SCHRANER)
Rz [55]

SCHWEIZERISCHER VERBAND DER IMMOBILIEN-TREUHÄNDER, SVIT (Hrsg.), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008 (zit. SVIT-Kommentar)
Rz [91]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012 (zit. SCHWENZER)
Rz [73]

STÖCKLI HUBERT, Sorgfaltsmangel und Vergütung, in: TERCIER PIERRE/AMSTUTZ MARC/KOLLER ALFRED/SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, S. 931-945, Zürich 2004, (zit. STÖCKLI)
Rz [93]

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. Auflage, Zürich 1974 (zit. VON TUHR/ESCHER)
Rz [25]

WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,
Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nicht-
erfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zit. BK OR-WEBER)
Rz [55, 56, 65, 76]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of In-
ternational Arbitration: Commentary, 2nd edition, Zurich 2013
(zit. Swiss Rules-BEARBEITERIN)
Rz [3, 7, 8, 18]

Entscheidverzeichnis

Urteil vom

24. November 1905

BGE 31 II 640

Rz [24]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

24. Oktober 1950

BGE 76 II 300

Rz [66]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

27. Mai 1952

BGE 78 II 216

Rz [97]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

17. November 1970

BGE 96 II 392

Rz [70]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

17. Juni 1971

BGE 97 II 108

Rz [25]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

20. Juni 1978

BGE 104 II 190

Rz [36]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

6. Februar 1979

BGE 105 II 75

Rz [40]

Urteil der II. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

26. November 1981

BGE 107 II 489

Rz [36]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

30. Januar 1989

BGE 115 II 62

Rz [82]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

15. März 1990

BGE 116 Ia 56

Rz [13]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

22. Mai 1990

BGE 116 II 431

Rz [45]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

19. Juni 1990

BGE 116 II 441

Rz [34]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

20. Dezember 1995

BGE 121 III 495

Rz [0]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
2. Juli 1998
BGE 124 III 423
Rz [93]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
5. April 2000
BGer 4C.330/1999
Rz [45]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. Januar 2001
BGE 127 III 73
Rz [34]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
8. Juli 2003
BGE 129 III 675
Rz [13]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 2003
BGE 130 III 66
Rz [13]

Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
30. Januar 2006
BGE 132 II 161
Rz [48]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
13. Mai 2008
BGE 134 III 390
Rz [42]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. September 2010
BGE 136 III 528
Rz [46]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. Dezember 2010
BGer 4A_494/2010
Rz [28]

Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
8. Februar 2011
BGer 9C_855/2010
Rz [32, 74]

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom
23. Mai 2013
HGer ZH, Nr. HG130022-O
Rz [83]

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
5. Juni 2014
BGer 4A_302/2013
Rz [13]

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Volksinitiative „für Mietschutz“, zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 27. März 1985, BBl 1985 Band I, S. 1423 (zit. BBl 1985 I)

Rz [91]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
c/o	care of
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
cic	culpa in contrahendo
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil Suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (SR 220)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
E.antwort	Einleitungsantwort
E.anzeige	Einleitungsanzeige
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fn	Fussnote
gem.	gemäss
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Habil.	Habilitation
HGer ZH	Handelsgericht Zürich
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit

IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
Kap.	Kapitel
km	Kilometer
lit.	litera
Mio.	Million
MoU	Memorandum of Understanding
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend der Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
pp.	pages
Rz	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
Sm ³ /h	Standard Kubikmeter pro Stunde
sog.	sogenannt(e)
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder
Swiss Rules	Swiss Rules of International Arbitration (June 2012)
TV	Transportvertrag
u.a.	unter anderem
Univ.	Universität
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar

I. Das angerufene Schiedsgericht ist für die Beurteilung aller geltend gemachten Ansprüche zuständig

- 1 Die Beklagte bestreitet zu Unrecht die Zuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts zur Beurteilung aller Ansprüche der Klägerinnen in einem einzigen Verfahren. Sie ist der irrigen Ansicht, dass eine nachträgliche Konsolidierung nach Art. 4(1) Swiss Rules nicht möglich gewesen wäre (E.antwort, Rz 1 und 4). Dem ist entschieden zu widersprechen.
- 2 Die Beklagte verkennt, dass mehrere Ansprüche sowohl aus verschiedenen Verträgen als auch von verschiedenen Parteien unter den Swiss Rules konsolidiert werden können. Da alle Voraussetzungen erfüllt sind, hätte das Gericht die Verfahren nachträglich sowieso vereint. Es darf den Klägerinnen nicht zum Nachteil gereichen, dass sie die Verfahren von Anfang an gemeinsam eingeleitet haben.

1. Die Voraussetzungen einer Konsolidierung sind erfüllt

- 3 Damit eine Konsolidierung möglich ist, müssen die zu vereinenden Schiedsklauseln kompatibel sein (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 30). Kompatibel sind Schiedsklauseln, wenn sie bezüglich bestimmter Kernpunkte wie den anwendbaren institutionellen Regeln, dem Schiedsort, der Anzahl Schiedsrichter und der Verfahrenssprache übereinstimmen (BERGER/KELLERHALS, Rz 478).
- 4 Die Swiss Rules sind bekannt für ihre äusserst weitreichenden Konsolidierungsmöglichkeiten (PAIR, S. 32 und 38). Bei einem Verweis auf die Swiss Rules durch die Parteien ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie einer möglichen Verfahrensvereinigung im Voraus zugestimmt haben (BERGER/KELLERHALS, Rz 538; HANOTIAU, S. 330). Hätte die Beklagte keine Verfahrensvereinigung gewollt, so hätte ein ausdrücklicher Ausschluss einer Konsolidierung vereinbart werden müssen (Arbitration-SCHRAMM, Art. 4 N 4). Zudem sind immer drei Schiedsrichter vorgesehen, womit auch diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Lehre verlangt zusätzlich zur übereinstimmenden lex arbitri eine einheitliche Verfahrenssprache (Arbitration-SCHRAMM, Art. 4 N 12). Auch dies ist gegeben, die Schiedsklauseln sehen ausnahmslos Deutsch als Verfahrenssprache vor.

a) Nachträgliche Sitzverschiebung nach Zürich

- 5 Die Beklagte macht geltend, die Schiedsklauseln seien aufgrund der unterschiedlichen Sitze (MoU, Statuten: Zug / Transportvertrag, Auktionsbedingungen: Zürich) nicht kompatibel, eine Konsolidierung daher nicht möglich (E.antwort, Rz 6). Dem ist zu widersprechen. Die Lehre geht bei zeitlich aufeinander folgenden Verträgen, welche dieselbe Thematik regeln,

deren Schiedsklauseln jedoch unterschiedliche Sitze vorsehen, grundsätzlich davon aus, dass die Parteien den Sitz verschieben wollten (BERGER/KELLERHALS, Rz 476; GIRSBERGER/VOSER, Rz 251). Auch das Bundesgericht folgt dem Grundsatz *ius posterior derogat priori* und bestätigt damit die ausgeführte Ansicht (BGE 121 III 495 E. 5a).

6 Im vorliegenden Fall handelt es sich genau um solch aufeinander folgende Verträge. Der Transportvertrag ist die Umsetzung des im MoU sowie in den Statuten formulierten Zwecks. Er wurde zeitlich nach den erwähnten Verträgen geschlossen und sieht Zürich als Schiedsort vor. Die Klägerinnen durften folgerichtig in guten Treuen annehmen, dass alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Gastransport in Zürich beigelegt werden sollen.

b) Eventualiter: Schiedsklauseln mit unterschiedlichen Sitzen sind kompatibel, solange die lex arbitri gleich bleibt

7 Die Lehre ist sich einig, dass eine Konsolidierung bei Schiedsklauseln mit unterschiedlichen Sitzen möglich ist, solange die *lex arbitri* gleich bleibt (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 31; HABEGGER, S. 277). Das 12. Kapitel des IPRG ist sowohl in Zug als auch in Zürich die anwendbare *lex arbitri*, die Schiedsklauseln sind nach wie vor kompatibel. Auch die problemlos zu bewältigende Distanz zwischen Zug und Zürich (35 km) entkräftet den Einwand der Beklagten. All dies unterstreicht die Kompatibilität der Klauseln und schafft das berechtigte Vertrauen der Klägerinnen, alle Ansprüche in einem Verfahren einleiten zu dürfen.

c) Art. 4(1) Swiss Rules ist teleologisch auszulegen

8 Die Beklagte macht weiter das Fehlen eines bereits hängigen Verfahrens als Einwand gegen die Konsolidierung geltend. Dabei verkennt sie, dass Art. 4(1) Swiss Rules nicht streng nach dem Wortlaut, sondern teleologisch auszulegen ist. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist eine gesteigerte Verfahrenseffizienz, indem rechtlich oder faktisch gleiche oder zusammenhängende Fragen von nur einem Gericht beurteilt werden. Damit können Verfahrenskosten reduziert, Zeit gespart und das Risiko sich widersprechender Entscheide verringert werden (GEISINGER/DUCRET, S. 86; Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 19). Es muss daher möglich sein, Ansprüche mit solch engem Sachzusammenhang in einem Verfahren einzuleiten. Insbesondere durch eine gemeinsame Beweiserhebung könnten vorliegend erheblich Ressourcen gespart werden, da sich alle drei Klägerinnen auf dieselben Umstände berufen.

9 Ein Verfahren gilt nach Art. 3(2) Swiss Rules ab dem Tag als hängig, an welchem die Einleitungsanzeige eingereicht wird. Es wäre unsinnig und würde überspitztem Formalismus nahekommen, von den Klägerinnen zu verlangen, die einzelnen Ansprüche in separaten Ver-

fahren gestaffelt geltend zu machen, nur damit bereits ein „hängiges“ Verfahren vorliegt. Eine nachträgliche Vereinigung durch das Gericht wäre sowieso erfolgt.

- 10 Nach dem Wortlaut von Art. 4(1) Swiss Rules sind die Vorteile einer Konsolidierung dem Nachteil einer allfälligen Verzögerung des bereits hängigen Verfahrens gegenüberzustellen und dann abzuwägen. Diese Abwägung erübrigt sich hier, da ein solcher Nachteil mangels hängigen Verfahrens gar nicht in Frage kommt. Es drängt sich auf, eine möglichst frühe Verfahrensvereinigung anzustreben, damit unnötiger prozessualer Aufwand gleich zu Beginn vermieden werden kann (PAIR, S. 61). Durch die Vereinigung wird die Beurteilung auch nicht komplizierter, da die Klägerinnen dieselben rechtlichen und faktischen Tatsachen geltend machen. Im Gegenteil führt die Vereinigung vorliegend zu einer erheblichen Vereinfachung.
- 11 Die Beklagte verstösst mit dem vorgebrachten Einwand überdies nicht nur gegen Art. 15(7) Swiss Rules sondern auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB).

2. Die konkreten Umstände unterstützen eine Konsolidierung

- 12 Liegen alle Voraussetzungen für eine Verfahrensvereinigung vor, so hat das Gericht letztendlich die konkreten Umstände zu berücksichtigen, bevor es über eine Konsolidierung entscheidet (Arbitration-SCHRAMM, Art. 4 N 15). Dazu gehört, dass das Gericht die Schiedsklauseln auslegt.

a) Auslegung der Schiedsklauseln

- 13 Die Auslegung von Schiedsvereinbarungen folgt den allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln (BGE 130 III 66 E. 3.2; BGer 4A_302/2013 E. 4). Kann ein tatsächlicher Wille nicht festgestellt werden, ist die Klausel objektiviert zu betrachten (HUGUENIN, Rz 190). Die Klausel ist nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 129 III 675 E. 2.3). Wie die Auslegung der vorliegenden Schiedsklauseln ergeben wird, durften die Klägerinnen von einer umfassenden Zuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts ausgehen. Diese Annahme rechtfertigt sich insbesondere, da vermutet wird, dass Parteien bei Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts wünschen (BGE 116 Ia 56 E. 3b).
- 14 Das MoU sieht ausdrücklich vor, dass „alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Memorandum of Understanding, einschliesslich der Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Beendigung, [...] durch *ein*¹ Schiedsverfahren“ beizulegen sind (K-2). Diese Formulierung schafft den Eindruck, dass die Beklagte selbst von einer einheitlichen Streitbeilegung ausging.

¹ Hervorhebung hinzugefügt.

b) Es liegt ein eindeutiger Sachzusammenhang vor

- 15 Art. 4(1) Swiss Rules verlangt insbesondere einen klaren Sachzusammenhang zwischen den zu konsolidierenden Fällen. Die Lehre stellt dafür auf den faktischen, rechtlichen und/oder logischen Zusammenhang ab (Arbitration-SCHRAMM, Art. 4 N 16). Faktisch beinhalten alle vorliegenden Verträge den Transport von Erdgas durch die Beklagte, wofür dieselbe Pipeline benutzt wird. Die Vertragserfüllung wird bezüglich aller drei Klägerinnen aufgrund derselben Wettervorkommnisse erschwert bzw. verunmöglicht.
- 16 Auch die Beklagte hatte offensichtlich einen eindeutigen Sachzusammenhang erkannt. Sie stimmte nämlich in einer Gesprächsrunde – an welcher alle drei Klägerinnen beteiligt waren – zu, die Streitigkeit über die Reduktion des Transportpreises bis zum Entscheid eines Schiedsgerichts über diesen Punkt auszusetzen (E.anzeige, Rz 21). Mit diesem Verhalten bestätigte die Beklagte eindeutig, dass auch sie von einer einheitlichen Streitbeilegung ausging.

c) Auch die Ansprüche der Klägerin 3 sind im selben Verfahren zu beurteilen

- 17 Die Tatsache, dass die Klägerin 3 schon seit Oktober 2012 beliefert wird, vermag den Sachzusammenhang nicht zu durchbrechen. Sie ist nämlich von den genau gleichen Ereignissen betroffen wie die Klägerinnen 1 und 2 und macht nur Ansprüche aus derselben Zeitperiode (23. Juli 2013 bis 24. Februar 2014) geltend. Im Übrigen waren die abgeschlossenen Transportverträge von der Beklagten vorformuliert. Sie sind deshalb bis auf die Vertragsdauer, die Kapazität und den Preis absolut identisch. Die Klägerinnen stützen ihre Ansprüche folglich auf dieselben Anspruchsgrundlagen, was den rechtlichen Konnex augenfällig macht. Aus all dem ergibt sich zwingend, dass eine gemeinsame Verfahrenseinleitung aller drei Klägerinnen möglich sein muss.

d) Der Einwand der Beklagten bezüglich der Richterbestellung überzeugt nicht

- 18 Der Einwand der Beklagten, eine Konsolidierung entziehe ihr das Recht, für jedes Verfahren je einen anderen Schiedsrichter bestellen zu können (E.antwort, Rz 3), vermag aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen: Die Beklagte übersieht, dass Art. 4(1) Swiss Rules einen Verzicht der Parteien auf Schiedsrichterbestellung ausdrücklich vorsieht. Können sich die Parteien nämlich nicht einigen, ist der Gerichtshof berechtigt, über die Bestellung der Schiedsrichter zu entscheiden (Art. 8(5) Swiss Rules; Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 6).
- 19 Durch eine Konsolidierung ergibt sich auch keine Ungleichbehandlung der Parteien bezüglich der Schiedsrichterbestellung. Die Beklagte wählt ihren Schiedsrichter. Die Klägerinnen sind diejenigen, die sich auf einen gemeinsamen Schiedsrichter einigen und damit verzichten, je einen eigenen Schiedsrichter zu bestellen. Die Beklagte verkennt also, dass sie sogar privile-

giert wird. Mit der Anwendbarkeit der Swiss Rules könnte es nämlich im Konsolidierungsfall – vor allem wenn sich die Parteien nicht einigen können – dazu kommen, dass die Parteien gar nicht an der Schiedsrichterbestellung mitwirken können (Art. 8(5) Swiss Rules).

- 20 Nebst all dem ist der Einwand der Beklagten realitätsfremd: Sie behauptet, für jedes Verfahren einen anderen Schiedsrichter bestellen zu wollen. Ihrer Ansicht nach könnte es bis zu sechs separaten Verfahren kommen, was enorme Kosten verursachen würde. Zu beurteilen wären von den verschiedenen Schiedsrichtern dann jedoch die exakt gleichen Sach- und Rechtsfragen. Ein solches Vorgehen der Beklagten wäre eine unnötige Verschwendung von Zeit und Geld.

3. Alle geltend gemachten Ansprüche sind in einem Verfahren zu beurteilen

- 21 Abschliessend ist festzuhalten, dass die Klägerinnen in ihrem Glauben, alle Streitigkeiten mit der Beklagten in einem Verfahren beilegen zu können, zu schützen sind. Die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten ist abzuweisen und alle Ansprüche aller Klägerinnen sind in einem Verfahren zu behandeln.

II. Die im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Ansprüche

- 22 Das Schiedsgericht hat über den Anspruch aus dem Transportvertrag (s. Rz 52 ff.) hinaus den Schadenersatzanspruch der Klägerin 1 wegen verschiedener Aufklärungspflichtverletzungen durch die Beklagte (s. Rz 24 ff.) zu beurteilen. Klägerin 1 kann vom selben Schiedsgericht verlangen, ihren Anspruch auf Transportpreisminderung feststellen zu lassen (s. Rz 86 ff.).
- 23 Die nachfolgend für Klägerin 1 ausgeführten Ansprüche stehen allen Klägerinnen zu. Klägerin 2 kann sich bezüglich der Aufklärungspflichtverletzung sinngemäss auf die Auktionsbedingungen als Vorvertrag berufen. Die Klägerin 3 kann für diesen Anspruch direkt über den bereits am 2. Juli 2012 abgeschlossenen Transportvertrag vorgehen. Auch die Feststellung des Anspruchs auf Transportpreisminderung der Klägerinnen 2 und 3 hat im selben Verfahren zu erfolgen.

III. Die Beklagte hat den wegen Aufklärungspflichtverletzungen entstandenen Schaden zu ersetzen

1. Die Auktionsbedingungen stellen einen suspensiv bedingten Vorvertrag dar

- 24 Die von der Klägerin 1 (Klägerin) am 16. Juli 2013 akzeptierten Auktionsbedingungen beinhalten die Verpflichtung zum Abschluss des Transportvertrages und stellen einen Vorvertrag im Sinne von Art. 22 Abs. 1 OR dar. Für deren Verbindlichkeit bedarf es der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der essentialia negotii des Hauptvertrages (BGE 31 II 640 E. 2). In

Bezug auf die Bestimmbarkeit genügt es, wenn die Parteien angeben, wie der Leistungsumfang bestimmt werden soll (KOLLER, § 6 Rz 35 ff.; HERZOG, Rz 217). Die essentialia negotii des Transportvertrages umfassen den Transport von Erdgas, das Zurverfügungstellen einer verbindlichen Kapazität sowie die Bezahlung eines Transportpreises (K-3). Die Parteien haben sich geeinigt, den Leistungsumfang im Rahmen der Auktion zu konkretisieren.

- 25 Die Auktionsbedingungen als Vorvertrag stehen unter der Suspensivbedingung des Zuschlags für eine Kapazität. Bei suspensiv bedingten Rechtsgeschäften besteht bis zum Eintritt der Bedingung ein sog. Schwebezustand (BGE 97 II 108 E. 4). Während des Schwebezustandes besteht zwischen den Parteien bereits ein Schuldverhältnis, welches Rechte und Pflichten nach sich zieht (PETER, S. 305; VON TUHR/ESCHER, S. 264). Die Parteien sind verpflichtet, sich entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) zu verhalten (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 3995). Aus einer Verletzung dieser Pflicht erwächst ein Schadenersatzanspruch aus Art. 97 ff. OR (GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Rz 20; BSK OR I-EHRAT, Art. 152 N 2).
- 26 Nach Annahme der Auktionsbedingungen am 16. Juli 2013 löst jede Pflichtverletzung einer Partei einen vertraglichen Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR aus.

2. Es besteht ein vertraglicher Schadenersatzanspruch

- 27 Der Klägerin ist durch Verletzungen von Aufklärungspflichten vonseiten der Beklagten ein Schaden entstanden, den die Beklagte nach Art. 97 Abs. 1 OR zu ersetzen hat.
- a) Die Beklagte verletzte vertragliche Pflichten im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR*
- 28 Die Verletzung einer Aufklärungspflicht stellt als Nebenpflichtverletzung eine positive Vertragsverletzung dar. Eine Auskunftspflicht ist zu bejahen, sofern eine Partei offensichtlich ungenügende Kenntnisse bezüglich der Rechtslage hat und es für den kontrahierenden Partner ohne Weiteres möglich gewesen wäre, die entsprechende Auskunft zu erteilen (BGer 4A_494/2010 E. 4.4; CHK OR-FURRER/WEY, Art. 97 N 63).
- 29 Die Beklagte verletzte ihre Aufklärungspflicht, indem sie es unterliess, die Klägerin von den zahlreichen Zwischenfällen im Retezatgebirge während des 19. bis 23. Juli 2013 zu informieren und indem sie das Ergebnis des geologischen Gutachtens nicht mitteilte.
- 30 Noch während der laufenden Auktion (23. Juli 2013) wurde die Beklagte um ca. 16.00 Uhr von dem Transportunterbruch informiert. Es ist nicht erfindlich, weshalb es der Beklagten nicht gelang, diese Information den Bietern der Auktion innerhalb einer Stunde weiterzuleiten. Fälschlicherweise rechtfertigt die Beklagte das Zurückhalten der Informationen damit, dass sie die Folgen der Vorfälle nicht abschätzen konnte. Allerdings war es bereits im Som-

mer 2012 zu Erdbeben und Überschwemmungen gekommen (K-5 bis K-10). Folglich konnte und musste die Beklagte durchaus davon ausgehen, dass die Vorfälle im Sommer 2013 ähnliche Konsequenzen nach sich ziehen würden. Des Weiteren verkennt die Beklagte, dass bereits mit Abschluss des Vorvertrages und nicht erst mit Lieferbeginn im Oktober 2013 eine vertragliche Pflicht bestand, die Klägerin über jegliche Vorfälle zu informieren (s. Rz 26). Mithin hätte sie ihr das seit dem 24. Juni 2013 vorliegende geologische Gutachten weiterleiten müssen. Das Gutachten ergab, dass Vorfälle, wie sie sich im Sommer 2012 ereignet hatten, nun in regelmässigen Abständen passieren [können]“ (K-14). Die Klägerin hatte aufgrund ihres dreijährigen Vertrages ein berechtigtes Interesse, über die Vorfälle informiert zu werden. Sie hatte im Gegensatz zu der Beklagten keine Vertreter vor Ort und war folglich nicht in der Lage, sich selbst ein Bild von dem tatsächlichen Zustand der Pipeline zu machen. Die Aufklärungspflichtverletzung wird umso deutlicher, vergleicht man das Korrespondenzverhalten während der Vorfälle im Jahre 2012 mit demjenigen in 2013. Bis zu den Vorfällen im Juli 2013 gab es für die Klägerin keinerlei Anlass eigene Nachforschungen anzustellen, da sie bis anhin von der Beklagten immer vollumfänglich und sofort informiert worden war.

- 31 Der Beklagten ist weiter vorzuwerfen, dass sie die Klägerin nicht innert angemessener Frist informierte, sich bei den Vorfällen vom 23. Juli 2013 auf Force Majeure berufen zu wollen. Der Transportvertrag wurde am 3. August 2013 von den Parteien abgeschlossen und die Beklagte war allerspätestens ab diesem Moment verpflichtet, die Anzeige vorzubringen. Die Klägerin wusste nicht rechtzeitig davon, dass die Beklagte die Haftung für den Transportunterbruch nicht übernehmen wollen würde. Nebst der Verwirkung der Einrede der Force Majeure muss diese Aufklärungspflichtverletzung konsequenterweise auch einen Schadenersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR zur Folge haben.
- 32 Darüber hinaus steht der Klägerin als Partei des MoU das Recht zu, über sämtliche betriebsrelevante Vorkommnisse unverzüglich informiert zu werden (Art. 16 des MoU). Die rechtliche Verbindlichkeit des MoU ergibt sich eindeutig aus Art. 30 des MoU. Die Folge einer Verletzung der Informationspflicht (Art. 16 des MoU) wird nicht geregelt. Diese Vertragslücke ist durch dispositives Recht zu füllen (BGer 9C_855/2010 E. 3.5.2), daher ist vorliegend Art. 97 Abs. 1 OR heranzuziehen.
- 33 Die Klägerin hatte folglich vom 19. Juli bis zum 23. Juli 2013 ungenügende Kenntnisse in Bezug auf die tatsächliche Situation im Retezatgebirge sowie die Haftung für den Transportunterbruch. Es wäre für die Beklagte unproblematisch gewesen, die Informationsasymmetrie rechtzeitig auszugleichen. Durch die unterlassene Aufklärung verletzte die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten aus den Auktionsbedingungen.

b) Alle weiteren Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR sind erfüllt

- 34 Ein Schaden kann sich aufgrund der Verminderung von Aktiven, Erhöhung von Passiven oder entgangenem Gewinn ergeben (BGE 116 II 441 E. 3aa). Zu berechnen ist er aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und demjenigen, den er ohne das schädigende Ereignis aufweisen würde (BGE 127 III 73 E. 4a). Der Schaden der Klägerin ist die Differenz zwischen ihrem Auktionsgebot, das den Zuschlag erhielt und ihrem geringeren Höchstgebot, das sie in Kenntnis der Vorfälle abgegeben hätte. Ein weiterer Schaden besteht in der Differenz zwischen dem Transportpreis, den sich die Klägerin verpflichtete zu entrichten und dem Preis, den sie im Wissen um die spätere Berufung der Beklagten auf Force Majeure bereit gewesen wäre zu zahlen.
- 35 Besteht die vertragliche Pflichtverletzung in einem Unterlassen, muss ein hypothetischer Kausalzusammenhang nachgewiesen werden (HUGUENIN, Rz 1556). Die Kausalität ist gegeben, wenn der Schaden von der Schädigerin hätte verhindert werden können und müssen (HUGUENIN, Rz 1924). Hätte die Beklagte die Klägerin vor und während der Auktion darüber informiert, dass der Transport des Gases nicht mehr gewährleistet war, hätte die Klägerin nur zu tieferen Preisen mitgeboten. Ebenso hätte die Klägerin bei rechtzeitiger Anzeige der Berufung auf Force Majeure den Transportvertrag nur zu günstigeren Konditionen unterzeichnet. Die Beklagte hätte den Schaden der Klägerin durch rechtzeitige Aufklärung demnach verhindern können und müssen.
- 36 Bei der Beklagten handelt es sich um eine juristische Person, womit das Verschulden bei einem ihrer Organe vorzuliegen hat (BGE 107 II 489 E. 5b). Als Organ kommen Geschäftsführer und Personen, die eine leitende Stellung einnehmen, in Frage (BGE 104 II 190 E. 3b). Frau Ambrosius hatte gemäss der E-Mails (u.a. K-5) den Posten „Technische Leitung“ inne und nahm somit eine leitende Stellung innerhalb der PipeTransport AG ein. Es wäre für sie unproblematisch gewesen, die Klägerin über die Situation im Retezatgebirge vor und auch während der Auktion aufzuklären. Sie handelte eventualvorsätzlich, indem sie es in Kauf nahm, dass der Gastransport bis zum Vertragsbeginn am 1. Oktober 2013 nicht wieder gewährleistet sein würde, und sie dies nicht mitteilte. Gleiches gilt für die verspätete Anzeige des angeblichen Force Majeure Umstandes: Frau Ambrosius nahm es wiederum in Kauf, dass sich die Klägerin falsche Vorstellungen über die Haftung betreffend den Unterbruch des Transportes machte. Im Übrigen obliegt es der Beklagten sich zu exkulpieren.
- 37 Der Schadenersatzanspruch zielt auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses (BSK OR I–WIEGAND, Art. 97 N 46). Die Klägerin ist so zu stellen, als hätte die Beklagte keine Aufklärungspflichtverletzungen begangen. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Kläge-

rin gegenüber der Beklagten einen vertraglichen Anspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung der Aufklärungspflicht aus Art. 97 Abs. 1 OR hat.

3. Eventualiter: Es besteht ein Schadenersatzanspruch aus culpa in contrahendo

- 38 Ansprüche aus *cic* sind von einer Schiedsklausel erfasst, sofern diese entsprechend breit formuliert ist, etwa mit der Formulierung „aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag“ (BERGER/KELLERHALS, Rz 470 f.). Dieser Wortlaut wurde hier gewählt (K-1, K-2, K-3).
- 39 Für einen Schadenersatzanspruch aus *cic* müssen Vertragsverhandlungen stattgefunden haben, die zu einem erhöhten Vertrauen bei der geschädigten Partei geführt haben. Weiter werden die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht, ein Schaden und die Kausalität zwischen Verletzung und Schaden vorausgesetzt (HUGUENIN, Rz 1534). Es ist unstrittig, dass die Beklagte und die Klägerin im Hinblick auf den Abschluss des Transportvertrages seit dem 16. Juli 2013 miteinander in Kontakt standen. Die Klägerin durfte aufgrund des Verhaltens der Beklagten darauf vertrauen, dass der Transportvertrag im Falle des Zuschlages zustande kommen wird. Zu dem Vorliegen des hypothetischen Kausalzusammenhangs zwischen der Verletzung der Aufklärungspflicht und dem Schaden siehe Rz 35.
- 40 Das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung fest, dass auch die fahrlässige Verletzung der Aufklärungspflicht zu einer Haftung aus *cic* führen kann. Wer es im vorvertraglichen Kontext unterlässt, die Gegenpartei von Umständen in Kenntnis zu setzen, die sie sich weder selbst verschaffen konnte noch musste, wird auch bei fahrlässigem Verhalten schadenersatzpflichtig (BGE 105 II 75 E. 2a). Wie in Rz 29 ff. ausgeführt, bestanden für die Beklagte Aufklärungspflichten hinsichtlich der Vorfälle während des 19. bis 23. Juli 2013, des geologischen Gutachtens sowie bezüglich der sofortigen Anzeige des angeblichen Force Majeure Umstandes. Bei der Haftung aus *cic* ist das Vertrauensinteresse ab dem Zeitpunkt zu ersetzen, ab dem das Vertrauensverhältnis verletzt wurde (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 18 Rz 102). Die Geschädigte ist so zu stellen, als wäre sie richtig informiert worden (LOSER, Rz 717). Die Beklagte informierte ihre Kunden und Gesellschafter i.d.R. innert 24 Stunden über mögliche Einschränkungen der Kapazität (Verfügung Nr. 2, Rz 12). Indem sie die Klägerin nicht innerhalb von 24 Stunden über den ersten Zwischenfall am 19. Juli 2013 informierte, verletzte die Beklagte das Vertrauensverhältnisses am 20. Juli. Alle danach unnötig getätigten Aufwendungen sind der Klägerin zu ersetzen.
- 41 Die herrschende Lehre sieht die Beweislastverteilung geregelt wie in Art. 97 Abs. 1 OR (ENGEL, S. 753; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 18 N 104). Sofern die Beklagte beweist, dass sie ihre Aufklärungspflichten doch nicht fahrlässig verletzt hat, kann sie sich exkulpieren.

Dies wird ihr jedoch nicht gelingen. Viel eher hat die Beklagte es zumindest eventualvorsätzlich unterlassen, die Klägerin von sämtlichen genannten Vorfällen zu informieren (s. Rz 36).

42 Der Schadenersatzanspruch aus *cic* verjährt gemäss Bundesgericht nach der ausservertraglichen Norm des Art. 60 Abs. 1 OR (BGE 134 III 390 E. 4.3.2). Die Einleitungsanzeige datiert vom 29. Mai 2014 und liegt daher innerhalb der einjährigen Frist.

43 Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin aus *cic* für den Schaden haftet, den die Klägerin durch die Aufklärungspflichtverletzungen erlitt.

4. Eventualiter: Der Klägerin steht Schadenersatz aus culpa in contrahendo wegen absichtlicher Täuschung zu

44 Die Beklagte verschwieg der Klägerin relevante Tatsachen und beging damit eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR.

45 Täuschendes Verhalten in Form des Verschweigens von Tatsachen setzt eine Aufklärungspflicht voraus, die sich aus Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) ergeben kann (BGE 116 II 431 E. 3a). Eine solche wurde in BGer 4C.330/1999 E. 1d aufgrund eines Informationsgefälles zwischen den Parteien bejaht. In Anbetracht der Rechtsprechung ist die vorliegende Informationsasymmetrie zwischen den Parteien als schwerwiegend zu betrachten und eine Aufklärungspflicht zu bejahen (s. auch Rz 29 ff.). Durch das Verschweigen der Informationen täuschte die Beklagte die Klägerin.

46 Hinsichtlich der Täuschungsabsicht genügt *dolus eventualis* (BGE 136 III 528 E. 3.4.2). Zum Eventualvorsatz der Beklagten kann auf Rz 36 verwiesen werden. Die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit geht bei dem Verschweigen von Tatsachen in der Prüfung der Aufklärungspflicht auf (KOLLER, § 14 Rz 165).

47 Die Klägerin befand sich in zweifacher Hinsicht im Irrtum: Zum einen unterlag sie bei Ende der Auktion am 23. Juli 2013 um 17.00 Uhr in Bezug auf die Gewährleistung des Gastransportes einem Irrtum. Zum anderen irrte sie sich zum Zeitpunkt des Abschlusses des Transportvertrages am 3. August 2013 hinsichtlich der Haftung der Beklagten für den Unterbruch.

48 Der Irrtum muss *kausal* für den Abschluss des Vertrages sein. Kausal ist der Irrtum dann, wenn der Getäuschte den Vertrag in Kenntnis der wahren Sachlage nicht oder nicht mit dem Inhalt abgeschlossen hätte (BGE 132 II 161 E. 4.1; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 28 N 78). Da die Klägerin von einem gewährleisteteten Gastransport ausging, steigerte sie bis zum Zuschlag einer Kapazität an der Auktion mit. Ebenso unterschrieb sie den Transportvertrag nur zu den ersteigerten Konditionen, weil sie nicht wusste, dass die Beklagte sich auf Force Majeure berufen würde.

- 49 Die einjährige Verwirkungsfrist von Art. 31 Abs. 1 OR ist unstrittig mit der Einreichung der Einleitungsanzeige am 29. Mai 2014 gewahrt worden.
- 50 Im Ergebnis hätte die Klägerin in Kenntnis aller Informationen einen für sie günstigeren Transportvertrag abgeschlossen (E.anzeige, Rz 33 und 34). Der vertrauenden Partei steht eine wertmässige Anpassung in Form von Schadenersatz nach den Grundsätzen der *cic* zu, vorausgesetzt, die Gegenpartei hätte dem Rechtsgeschäft mit veränderten Bedingungen ebenfalls zugestimmt (LOSER, Rz 729). Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie den Transportvertrag mit der Klägerin auch zu günstigeren Konditionen abgeschlossen hätte. Das negative Interesse wird in Fällen, in denen der unerwünschte Vertrag von der Gegenpartei auch zu günstigeren Bedingungen abgeschlossen worden wäre, faktisch zum Ersatz des Erfüllungsinteresses (LOSER, Rz 745 und 1241; BRUNNER, Rz 600).
- 51 Die Klägerin ist von der Beklagten so zu stellen, als hätte sie nicht auf die falsche Informationslage vertraut und auf einem günstigeren Abschluss beharrt. Der Schadenersatzanspruch richtet sich nach *cic* (s. Rz 38 ff.).

IV. Die Beklagte hat den wegen Nichtzurverfügungstellung der verbindlichen Kapazität entstandenen Schaden zu ersetzen

- 52 Die Beklagte hat den wegen verschiedener Vertragsverletzungen während der Ersten Periode entstandenen Schaden (E.anzeige, Rz 35) zu ersetzen. Wie zu zeigen sein wird, übte die Klägerin einen Verzicht auf den Gastransport aus, womit sie sich implizit die Geltendmachung von Schadenersatz vorbehielt. Ein ausdrücklicher Vorbehalt war nicht notwendig.

1. Die Beklagte befindet sich im Verzug nach Art. 102 ff. OR

- 53 Der Transportvertrag ist ein gemischter Innominatkontrakt. Er enthält pachtähnliche Elemente, weshalb es gerechtfertigt ist, für die Bestimmung der Rechtsfolgen Pachtrecht heranzuziehen. Die Pacht ist die entgeltliche Überlassung einer nutzbaren Sache oder eines nutzbaren Rechts zur Nutzung und Fruchtziehung auf Zeit (HONSELL, S. 252). Kapazitäten sind *Rechte* (Verordnung (EG) Nr. 715/2009, S. 36 E. 4). Die Zurverfügungstellung einer verbindlichen Kapazität während drei Jahren kommt einer Rechtspacht nahe. Art. 288 OR regelt die Haftung des Verpächters analog zum Mietrecht. Diese Bestimmung ist jedoch nur für die Sachpacht anwendbar (ZK OR-HIGI, Art. 288 N 6). Folglich sind in einem Fall wie diesem primär die Normen des allgemeinen Vertragsrechts und erst sekundär die Vorschriften der Sachpacht analog anzuwenden (ZK OR-HIGI, Vorb. zu Art. 275-304 N 62). Wie zu zeigen sein wird, haftet die Beklagte für den entstandenen Schaden aus Verzug.

a) *Der ausbleibende Gastransport ist die Vertragsverletzung*

- 54 Die Beklagte verletzte ihre vertragliche Hauptleistungspflicht: Sie war nicht in der Lage, ab dem 1. Oktober 2013 eine Kapazität von 5000 Sm³/h verbindlich zur Verfügung zu stellen und verletzte damit unstrittig Art. 5 TV.
- 55 Der Erfüllungszeitpunkt ist bei Dauerschuldverhältnissen regelmässig so wesentlich, dass eine verspätete Leistung Unmöglichkeit bedeutet (ZK OR-SCHRANER, Art. 91 N 51). Dies vor allem dann, wenn sie nicht nachgeholt werden kann (BK OR-WEBER, Art. 102 N 46). Vorliegend handelt es sich um ein auf drei Jahre befristetes Dauerschuldverhältnis. Für die Periode der ausgefallenen Leistung hatte die Klägerin bereits Deckungseinkäufe getätigt. Ein Nachholen der Leistung kommt somit nicht in Frage.
- 56 Anfängliche subjektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn der *betreffende* Schuldner die Leistung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht leisten konnte (HUGUENIN, Rz 814 ff.). Der Gastransport wurde der Beklagten von den rumänischen Behörden untersagt (E.anzeige, Rz 18). Er blieb in der Folge vom 23. Juli bis am 23. Dezember 2013 vollständig aus. Die Zurverfügungstellung der verbindlichen Kapazität ab dem 1. Oktober 2013 war damit für die Beklagte anfänglich unmöglich. Die Subjektivität der Unmöglichkeit bestätigte sich dadurch, dass Deckungseinkäufe getätigt wurden. Die Nichtleistung dauerte bis zum 23. Dezember 2013, danach transportierte die Beklagte wieder Gas. Bei vorübergehender anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit ist nach Verzug gem. Art. 102 OR vorzugehen (BK OR-WEBER, Art. 97 N 139; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2658).

b) *Auch die übrigen Voraussetzungen nach Art. 102 OR sind erfüllt*

- 57 Fälligkeit liegt vor, wenn der Gläubiger die Leistung beim Schuldner einfordern kann und darf (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 4). Die Leistung war vorliegend mit Beginn der Transportpflicht am 1. Oktober 2013 fällig. Liegt ein Verfalltaggeschäft vor, ist die Mahnung entbehrlich (Art. 102 Abs. 2 OR). Der Erfüllungsbeginn einer Dauerleistungspflicht ist ein Verfalltag (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2714). Die Lieferungsspflicht begann am 1. Oktober 2013, womit die Beklagte sich daher auch ohne Mahnung im Verzug befand.

c) *Die Beklagte ist mit der Einrede der Force Majeure nicht zu hören*

- 58 Die Schuldnerin handelt dann nicht pflichtwidrig, wenn ein Gläubigerverzug vorliegt oder sie andere Einreden geltend machen kann (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz 2663 ff.). Als Einrede beruft sich die Beklagte auf Force Majeure, was ihre Nichtleistung während der Ersten Periode nach Art. 7.2 TV rechtfertigen würde. Die Voraussetzungen für Force Majeure nach Art. 23.1 TV sind, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, jedoch nicht erfüllt.

- 59 Der Einwand der Force Majeure kann nur erfolgreich sein, wenn der eingetretene Umstand *unvorhersehbar* war. Der Zeitpunkt zur Beurteilung der Voraussehbarkeit ist der Vertragsschluss (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1298; BURKHARDT, S. 261). Die Auktionsbedingungen sehen vor, dass nach dem Zuschlag an der Auktion ein Transportvertrag abgeschlossen wird. Die Klägerin durfte folglich darauf vertrauen, dass der 3. August 2013 als Abschlussdatum des Transportvertrages relevant war zur Beurteilung der Voraussehbarkeit. Sie liegt dann vor, wenn eine Partei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vernünftigerweise mit der späteren Entwicklung rechnen musste (ZK OR-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 667). Aufgrund der Vorfälle im Jahr 2012 hatte die Beklagte ein Gutachten in Auftrag gegeben. Dieses ging ihr am 24. Juni 2013 zu (K-14). Es besagt, dass zukünftig regelmässig Vorfälle wie im Vorjahr zu erwarten sind. Die Beschädigung des Dammes (E.anzeige, Rz 13) war ein zusätzliches Risiko, welches Anlass geben musste mit zukünftigen schädigenden Ereignissen zu rechnen. Ein erfahrener Betreiber muss unter diesen Umständen von der Möglichkeit einer Unterbrechung des Transportes ausgehen. Da von einer Gasleitung ein erhebliches Risiko ausgeht, der Betrieb folglich sehr restriktiven Anforderungen unterliegt, musste die Beklagte davon ausgehen, dass die Behörden den Transport für längere Zeit untersagen würden.
- 60 Der Einwand, die Klägerin habe Kenntnis vom Gutachten gehabt, da einer ihrer Vertreter im Verwaltungsrat der Beklagten Einsitz hatte, wäre nicht erfolgreich. Ein entsendeter Verwaltungsrat untersteht der Verschwiegenheitspflicht gem. Art. 717 Abs. 1 OR (SCHENKER, S. 152). Die gesellschaftlichen Interessen gehen vor, selbst wenn sie den Interessen des Entsenders widersprechen (SCHENKER, S. 155). Das Wissen des Verwaltungsrates ist der Klägerin daher nicht zuzurechnen.
- 61 Weiter setzt die erfolgreiche Einrede der Force Majeure voraus, dass der Umstand von der Beklagten weder vermieden noch überwunden werden konnte (Art. 23.1 TV). Die von der Beklagten ergriffenen Massnahmen waren offensichtlich ungenügend (K-14). Von einem „Vorsichtigen und Vernünftigen Betreiber“ ist zu erwarten, dass er unverzüglich eine Umleitung erstellen lässt. Es ist untragbar, dass die Beklagte erst auf Verlangen der Behörden hin tätig wurde (E.anzeige, Rz 22).
- 62 Die Beklagte ist der irrigen Ansicht, dass auch die Klägerin vom Vorliegen eines Force Majeure Umstandes ausging (E.antwort, Rz 17). Alleine aus der Tatsache, dass die Klägerin auf die Leistung verzichtete und dafür richtigerweise keinen Transportpreis bezahlen musste, konnte die Beklagte aber keineswegs schliessen, dass die Klägerin sich damit gleichzeitig zur Haftung äussern wollte.

63 Zudem scheitert der Einwand der Force Majeure in jedem Fall daran, dass er nicht *sofort* (wie in Art. 23.3 TV verlangt) mitgeteilt wurde. Schliesslich obliegt die Beweislast bezüglich des Vorliegens eines Force Majeure Umstandes der Beklagten (Art. 23.1 TV).

64 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Einrede der Force Majeure abzuweisen ist.

2. Der Schadenersatzanspruch ergibt sich aus Art. 107 Abs. 2 OR

65 Wie oben ausgeführt, befindet sich die Beklagte im Verzug. Der Verzicht der Gläubigerin auf die Leistung ist rechtmässig und wirksam, wenn die Voraussetzungen von Art. 107 OR erfüllt sind (HUGUENIN, Rz 955). Es muss ein synallagmatischer Vertrag vorliegen (CHK OR-FURRER/WEY, Art. 107 N 9) und eine Nachfristsetzung erfolgt oder unnütz sein (Art. 108 Ziff. 1 OR). Beides ist gegeben. Der Transportvertrag ist synallagmatisch und eine Nachfristsetzung erübrigt sich, denn die Beklagte hätte sowieso nicht liefern können. Der Verzicht muss unverzüglich erklärt werden, wobei bei Vorliegen einer unmöglichen Leistung weniger strenge Anforderungen gelten (BK OR-WEBER, Art. 107 N 144 f.). Inhalt des Gespräches während der Ersten Periode war der Verzicht der Klägerin auf den Gastransport. Die Beklagte akzeptierte diesen Verzicht zu jenem Zeitpunkt.

66 Verzichtet die Gläubigerin auf die Leistung, kann sie am Vertrag festhalten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrag zurücktreten (HUGUENIN, Rz 958). Die Geltendmachung des Schadenersatzes hat nicht zwingend gleichzeitig mit dem Verzicht zu erfolgen. Die von einem Laien geäusserte Ausübung des Wahlrechtes ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Im Zweifelsfall ist anzunehmen, dass nur auf die Primärleistung verzichtet wird (BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 15; BGE 76 II 300 E. 2). Die Beklagte darf nach guten Treuen nicht davon ausgehen, dass die Klägerin von einer Geltendmachung des Schadenersatzes absehen wollte. Sie kann nicht ernsthaft behaupten, dass die Klägerin ohne Weiteres auf eine Summe von mehr als CHF 2 Mio. verzichten wollte.

67 Der Schadenersatz bei Verzicht auf die Leistung richtet sich nach den Grundsätzen von Art. 97 Abs. 1 OR (BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 16).

a) Die Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR sind erfüllt

68 Die Pflichtverletzung ergibt sich aus dem Verzug (HUGUENIN, Rz 959). Wie oben dargelegt, leistete die Beklagte zum geschuldeten Zeitpunkt nicht (s. Rz 54 ff.).

69 Es sind der Klägerin zwei Schadenspositionen zu ersetzen (E.anzeige, Rz 19). Sie musste Deckungseinkäufe zu höheren Preisen tätigen und erlitt damit einen positiven Schaden im Sinne einer Verminderung ihrer Aktiven. Zusätzlich entgingen ihr durch Vertragskündigungen Gewinne.

70 Die Vertragsverletzung ist kausal für die Schadenspositionen. Nicht nur muss sie *conditio sine qua non* für den Schaden sein, sondern auch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den eingetretenen Schaden herbeizuführen (BGE 96 II 392 E. 1 und 2). Wäre der Transport vertragsgemäss ausgeführt worden, hätte die Klägerin keine Deckungseinkäufe zu höheren Preisen tätigen sowie bestehende Verträge nicht kündigen müssen. Die Vertragsverletzung war somit geeignet, die beiden eingetretenen Schadenspositionen herbeizuführen.

71 Schliesslich handelte die Beklagte schuldhaft. Wie zu zeigen sein wird, reicht jedes Verschulden aus, da Art. 19 TV zu modifizieren ist.

b) Die Beklagte haftet für jedes Verschulden

72 Art. 19.1 und 19.2 TV bestimmen jeweils unterschiedliche Haftungsmassstäbe für verschiedene Schadenspositionen. Wie ferner aufzuzeigen sein wird, ist sowohl die Freizeichnung des Art. 19.2 TV als auch die des Art. 19.1 TV im Lichte von Art. 100 OR unzulässig.

73 Art. 19.2 TV schliesst die Haftung in jedem Fall „für indirekten oder mittelbaren Schaden, einschliesslich entgangenen Gewinn“ aus (K-3). Diese vollumfängliche Freizeichnung verstösst zweifelsohne gegen Art. 100 Abs. 1 OR. Bei einem solchen Verstoss ist die vorgesehene Haftungsbefreiung als Ganzes nichtig. Dies rechtfertigt sich insbesondere im Hinblick auf vorformulierte Verträge (SCHWENZER, Rz 24.08; BUOL, Rz 509). Der Transportvertrag ist vorformuliert, nicht verhandelbar (E.anzeige, Rz 5) und damit AGB-ähnlich. AGB sind Vertragsklauseln, die von einer Vertragspartei im Hinblick auf den Abschluss einer Vielzahl von Verträgen vorformuliert werden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1117). Es rechtfertigt sich daher, die vollumfängliche Freizeichnung in Art. 19.2 TV durch die dispositive Regelung von Art. 99 Abs. 1 OR zu ersetzen (s. Rz 32). Die Beklagte haftet somit in Bezug auf indirekten und mittelbaren Schaden, einschliesslich entgangenen Gewinns, für jedes Verschulden.

74 Art. 19.1 TV beschränkt die Haftung auf grob fahrlässiges Verhalten. Allerdings kann auch eine Freizeichnung für mittlere und leichte Fahrlässigkeit ungültig sein, sofern sich dies aus der *Natur des Geschäftes* ergibt (BUCHER, S. 348 Fn 77). Der Transportvertrag ist frachtvertragsähnlich, da er den Transport von Gas gegen eine Vergütung vorsieht. Auf den Frachtvertrag kommen subsidiär die Bestimmungen des Auftragsrechts zur Anwendung (Art. 440 Abs. 2 OR). Gerade bei Auftragsverhältnissen, bei welchen getreues und sorgfältiges Tätigwerden geschuldet wird, ist die Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit unzulässig (BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 504). Der Sorgfaltsmassstab geht vorliegend aus Art. 1 TV hervor. Die Beklagte soll sich durch eine Haftungsbeschränkung nicht der Einhaltung der Sorgfalt entziehen können, denn bei Dienstleistungsverträgen ist das Verschulden

und die vertraglich geschuldete Sorgfalt weitgehend deckungsgleich (BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 6). Die Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit in Art. 19.1 TV widerspricht der auftragsrechtlichen Natur des Transportvertrages und muss daher konsequenterweise als unzulässig betrachtet werden. Es ist die dispositive Norm des Art. 99 Abs. 1 OR heranzuziehen (BGer 9C_855/2010 E. 3.5.2).

75 Darüber hinaus sieht Art. 100 Abs. 2 OR vor, dass ein Haftungsverzicht für leichte Fahrlässigkeit nach *richterlichem Ermessen als nichtig* betrachtet werden kann. Voraussetzung ist, dass sich die freizeichnende Partei ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe betreibt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Beklagte Betreiberin eines solchen Gewerbes ist. Sie hat ihr Vorgehen mit den rumänischen Behörden abzusprechen (u.a. K-9) und Inspektionen abzuwarten (K-6). Darüber hinaus verlangten die rumänischen Behörden das Erstellen der permanenten Umleitung der Pipeline (E.anzeige, Rz 22).

76 Die Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit (Art. 19.1 TV) ist gemessen an den konkreten Umständen als unbillig zu betrachten. Inhaltlich geht es in Art. 100 Abs. 2 OR um den Schutz der schwächeren Vertragspartei (BK OR-WEBER, Art. 100 N 111). Die Klägerin kann sehr wohl als schwächere Vertragspartei betrachtet werden, denn es wurde ihr jegliche Mitwirkung bei der Ausformulierung des Transportvertrages versagt. Sie ist auf den Schutz durch den richterlichen Ermessensentscheid angewiesen. Der Richter wird mithin angehalten, in Anwendung von Art. 100 Abs. 2 OR das Mass der Haftung nach Art. 99 Abs. 1 OR für „Verluste, Schäden oder Kosten“ (Art. 19.1 TV) auf jedes Verschulden auszuweiten.

77 Insofern ist es Frau Ambrosius als technischer Leiterin vorzuwerfen, dass sie die Nichtbelieferung der Klägerin während der Ersten Periode in Kauf nahm. Jedenfalls wäre die Beklagte für das Vorliegen eines Exkulpationsgrundes beweislastpflichtig.

c) Die Schadenspositionen A und B sind der Klägerin zu ersetzen

78 Die Beklagte haftet für das positive Vertragsinteresse (s. Rz 37). Sie hat der Klägerin folglich CHF 2'230'000 nebst Zins in Höhe von 5% seit dem 29.Mai 2014 zu bezahlen.

V. Die Beklagte hat den wegen Sorgfaltspflichtverletzung entstandenen Schaden zu ersetzen

79 Nebst der Verletzung der Hauptleistungspflicht hat die Beklagte auch die ihr obliegende Sorgfaltspflicht, die sich aus dem Auftragsrecht analog (s. Rz 74) ergibt, verletzt.

80 Nach Art. 398 OR ist der Beauftragte zur vertragsgemässen Ausführung und zur Beachtung eines bestimmten Sorgfaltsmassstabs verpflichtet (HONSELL, S. 325 ff.). Vorliegend haben die Parteien mit dem Abschnitt „Vernünftiger und Vorsichtiger Betreiber“ in Art. 1 TV den er-

forderlichen Sorgfaltsmassstab festgelegt. Sie legen dem Massstab das Verhalten eines „erfahrenen Betreiber[s] im selben Geschäft“ zugrunde (K-3). Dies entspricht der in Art. 398 Abs. 1 OR vorgesehenen Pflicht zu einem berufsspezifischen Durchschnittsverhalten (BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 485). Die Beklagte hielt diese Verhaltensmaxime nicht ein. Die Parteien haben jedoch keine Rechtsfolge vereinbart. Die daraus entstehende Vertragslücke wird laut Bundesgericht mit dispositivem Recht gefüllt (s. Rz 32). Die Haftung richtet sich nach Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR (HUGUENIN, Rz 3262).

1. Die Beklagte beging eine Sorgfaltspflichtverletzung

- 81 Die Beauftragte schuldet der Auftraggeberin im Rahmen einer sorgfältigen Auftragsausführung eine weitsichtige Planung der Auftragsbefreiung sowie die Bearbeitung der sich stellenden Probleme nach einem hohen beruflichen Standard (BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 25). Diese Voraussicht lässt die Beklagte jedoch missen. Sie ist seit Anfang 2012 im Geschäft tätig und hatte seither regelmässig mit ungünstigen Wetterverhältnissen zu kämpfen. Spätestens nach Erhalt des Gutachtens Ende Juni 2013 musste sie damit rechnen, dass sich weitere Vorfälle ereignen würden. Sie realisierte die Dringlichkeit der Situation, unterliess es aber, unverzüglich Massnahmen zu ergreifen. Mit dem Vorsatz, sich „bei Gelegenheit“ zusammzusetzen um eine Lösung zu finden (K-14), wurde sie dem Handeln eines sorgfältigen Betreibers, der Probleme nach einem hohen beruflichen Standard zu lösen hat, eindeutig nicht gerecht.
- 82 Höhere Anforderungen an das Sorgfaltsmass dürfen gestellt werden, wenn die Beauftragte ihre Tätigkeit beruflich gegen Entgelt ausübt (BGE 115 II 62 E. 3a). Die Beklagte ist beruflich in der Erdgasbranche tätig, in welcher generell ein sehr hoher Dienstleistungsstandard festgelegt wird (vgl. Verordnung (EG) Nr. 715/2009).

2. Die weiteren Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch sind erfüllt

- 83 Die Sorgfaltspflichtverletzung besteht in einer Unterlassung und muss hypothetisch kausal für den Schaden sein (HGer ZH, Nr. HG130022-O E. 3.35). Hätte die Beklagte das Gefahrenpotenzial früher abgeklärt und daraufhin geeignete Massnahmen getroffen, wäre es mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht zum Unterbruch gekommen. Der Schaden, namentlich die Kosten für die Deckungseinkäufe sowie der entgangene Gewinn (s. Rz 69), hätte verhindert werden können und müssen.
- 84 Das Verschulden der Beklagten besteht in der Sorgfaltspflichtverletzung. Mindestens fahrlässig und somit schuldhaft handelt, wer die erforderliche Sorgfalt verletzt (BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 22). Die Beklagte haftet für jedes Verschulden (s. Rz 72 ff.). Im Übrigen ist die Beklagte bezüglich des fehlenden Verschuldens beweislasterpflichtig.

85 Abschliessend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch kumulativ erfüllt sind. Die Klägerin kann den entstandenen Schaden sowohl aus Art. 107 Abs. 2 OR als auch aus Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR geltend machen. Die Beklagte haftet für das Erfüllungsinteresse (s. Rz 37).

VI. Der Transportpreis der Zweiten Periode ist um die Hälfte zu reduzieren

1. Die vorliegende Abweichung von der verbindlichen Kapazität wird im Transportvertrag nicht geregelt

86 Während der Zeit vom 24. Dezember 2013 bis zum 24. Februar 2014 war der Transport mit Unsicherheiten behaftet, da jederzeit mit Unterbrüchen zu rechnen war. Die verbindliche Kapazität war somit nicht gewährleistet. Faktisch kam die Klägerin nur in den Genuss einer unterbrechbaren anstelle der vereinbarten verbindlichen Kapazität.

Dieser Vergleich – und die damit einhergehende Transportpreisreduktion – ist gerechtfertigt. Die Beklagte verkennt offensichtlich, dass das massgebende Unterscheidungsmerkmal die *Möglichkeit einer Unterbrechung* ist. Der Transport *kann* unterbrochen werden, muss aber nicht (vgl. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 13 Verordnung (EG) Nr. 715/2009). Folglich ist der Einwand, dass es schlussendlich doch zu keinem Unterbruch kam, irrelevant. Fest steht, dass sich die Wahrscheinlichkeit eines Unterbruchs im Preis niederschlägt (vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b Verordnung (EG) Nr. 715/2009). Eine Reduktion der Transportgebühr ist daher gerechtfertigt.

87 Der Vertrag enthält keine spezifische Bestimmung für den tatsächlich eingetretenen Fall. Insbesondere ist festzuhalten, dass Art. 7.2 und 7.3 TV nicht zur Anwendung kommen: Es liegt weder ein Force Majeure Umstand vor (s. Rz 58 ff.), noch wird das Pipelinesystem gewartet. „Warten“ beschränkt sich begriffsnotwendig auf bestehende Infrastruktur.

88 Vor dem Hintergrund, dass Art. 7.3 TV eine Reduktion des Transportpreises bei Wartung von mehr als 480 Stunden vorsieht, ist es nicht mit Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB vereinbar, dass sich die Beklagte vehement gegen eine Anpassung wehrt, obwohl während 1'440 Stunden nicht vertragsgemäss geliefert wurde.

89 Beim Bau der Umleitung handelt es sich um eine Erweiterung. Bei einer solchen ist es dem Betreiber gemäss Art. 7.1 TV erlaubt, die Kapazität vorübergehend zu reduzieren. Jedoch ist diese Bestimmung insofern unklar, als sie sich nicht zur Auswirkung der Reduktion der Kapazität auf den Transportpreis äussert. Wie erwähnt, ist der Transportvertrag AGB-ähnlich ausgestaltet (s. Rz 73). Weil AGB regelmässig autoritativ festgelegt werden, findet bei der Auslegung der Bestimmungen die Unklarheitenregel Anwendung, wonach missverständliche

oder unklare Formulierung im Zweifel zum Nachteil des Verfassers ausgelegt werden (BERGER, Rz 962). Die Anwendung der Unklarheitenregel ergibt, dass die Erweiterung des Pipelinesystems nicht unter Art. 7.3 TV fällt, sondern dass davon auszugehen ist, dass keine Regelung getroffen wurde. Es liegt also eine Vertragslücke vor, die mit dispositiven Regeln gefüllt werden muss (s. Rz 32).

2. Eine analoge Mietzinsherabsetzung gemäss Art. 259d OR ist gerechtfertigt

- 90 Wie oben erwähnt, rechtfertigt sich eine analoge Anwendung des Pacht- bzw. Mietrechts. Da vorliegend die Normen des allgemeinen Vertragsrechts nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führen, sind die Regeln der Sachpacht analog anwendbar (s. Rz 53). Die Beklagte verpachtet der Klägerin ein verbindliches Kapazitätsrecht, weicht aber vom Vertrag ab, indem sie faktisch nur unterbrechbare Kapazität zur Verfügung stellt. Die verbindliche Kapazität wird als „vertraglich [...] nicht unterbrechbare Kapazität zugesichert“ (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 16 Verordnung (EG) Nr. 715/2009). Eine solche Zusicherung findet sich in Art. 5 TV. Durch die Gefahr von Unterbrüchen fehlt aber die vertraglich zugesicherte Eigenschaft.
- 91 Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft ist ein Mangel im Sinne von Art. 259d OR (SVIT-Kommentar, Vorb. Art. 258-259i N 9; vgl. auch BBl 1985 I, S. 1423). Zugesicherte Eigenschaften gehören zum vertraglich geschuldeten Zustand der Sache, unabhängig davon, ob sie die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch beeinflussen (SVIT-Kommentar, Vorb. Art. 258-259i N 27 ff.). Art. 258 Abs. 2 und 3 OR verweisen auf Art. 259d OR. Daher ist es irrelevant, ob der Wegfall der Zusicherung als nachträglicher oder anfänglicher Mangel qualifiziert wird. Ausserdem ist die Beklagte über den Mangel informiert worden und er ist nicht von der Klägerin zu vertreten. Es sind folglich, entgegen der Ansicht der Beklagten, alle Voraussetzungen einer analogen Pacht- bzw. Mietzinsherabsetzung erfüllt.
- 92 Erfolgt die Herabsetzungserklärung vor Klageeinleitung, so handelt es sich bei der anschliessenden Klage nicht um die Ausübung eines Gestaltungsrechts sondern um eine Feststellungsklage (ZK OR-HIGI, Art. 259d N 31). Die Klägerin begehrt daher lediglich die Feststellung, dass während der Zweiten Periode die Hälfte des Transportpreises geschuldet sei.

3. Eventualiter: Ein Herabsetzungsanspruch besteht auch aus Auftragsrecht analog

- 93 Wie erwähnt, rechtfertigt sich die analoge Anwendung des Auftragsrechts (s. Rz 74). Im Auftragsrecht ist eine Vergütung grundsätzlich auch dann geschuldet, wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eintritt (GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 49 Rz 23). In BGE 124 III 423 anerkannte das Bundesgericht aber erstmals, dass der Honoraranspruch entfallen soll, wenn der Auftrag unsorgfältig erfüllt wurde. Für den vertragsgemäss ausgeführten Teil des Auftrags

bleibt lediglich ein reduzierter Honoraranspruch bestehen. Die Lehre folgt diesem Urteil und hält konsequenterweise auch ein Minderungsrecht beim Frachtvertrag für sachgerecht (STÖCKLI, S. 942 f.). Ist kein ersatzfähiger Schaden entstanden, so ist die Honorarminderung sogar die einzige Möglichkeit, um das Äquivalenzverhältnis wiederherzustellen (CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 394 N 30).

- 94 Vorliegend verletzte die Beklagte ihre Sorgfaltspflicht (s. Rz 81 f.). Eine Minderung des Honorars ist insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil sich die Beklagte nicht an den Sorgfaltsmasstab eines „Vernünftigen und Vorsichtigen Betreibers“ nach Art. 1 TV hielt. Ihre Sorgfaltspflichtverletzung führte dazu, dass eine verbindliche Kapazität nicht durchgehend garantiert werden konnte. Für ein solch unsorgfältiges Vorgehen soll auch nur ein geminder-tes Honorar geleistet werden.

4. Eventualiter: Aufgrund eines Grundlagenirrtums ist der Vertrag teilnichtig

- 95 Der Grundlagenirrtum setzt gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR voraus, dass der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betrifft, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde. Der Irrtum muss folglich sowohl aus der Sicht des Irrenden sowie aus der Sicht eines vernünftig denkenden Dritten in derselben Situation wesentlich sein (BERGER, Rz 989 f.).
- 96 Für die Klägerin ist die Zusicherung der verbindlichen Kapazität für die Höhe ihres Gebotes wesentlich. Auch für einen redlich denkenden Dritten wäre ein angemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis eine wesentliche Grundlage des Vertrages.
- 97 Betrifft der Irrtum nur einen Teil des Vertrages und ist anzunehmen, dass der Vertrag auch ohne den ungültigen Teil abgeschlossen worden wäre, so greift Art. 20 Abs. 2 OR analog, sofern der Vertrag teilbar ist (BERGER, Rz 1028 f.; BGE 78 II 216 E. 5). Im vorliegenden Fall ist eine Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR analog gerechtfertigt. Der Vertrag ist teilbar, er kann nämlich auf einen Vertrag mit unterbrechbarer Kapazität herabgestuft werden. Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie den Vertrag mit unterbrechbarer Kapazität nicht geschlossen hätte.

VII. Den Rechtsbegehren ist zu entsprechen

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 5