

Moot Court Team 6
Andrea-Manuela Rüttimann
Jehan Schreiber
Zeno Raveane
Matteo Bianca

Einschreiben

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

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

vertreten durch Moot Court Team 6

gegen

PipeTransport AG

Baarerstrasse 145, 6300 Zug, Schweiz

Beklagte

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Bosch,

Sehr geehrter Herr Dr. Vollenweider,

Sehr geehrte Frau Dr. Roth,

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

Inhaltsverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	V
Literaturverzeichnis.....	VII
Entscheidungsverzeichnis.....	XII
A: Prozessuales	1
I Verfahrenskonsolidation nach SchO 4.....	1
1. Zusammenlegung der Verfahren der Klägerinnen 1, 2 und 3.....	1
2. Wahl der Richter.....	2
3. Privity of Contracts.....	2
II Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung aller Ansprüche der Klägerin 1 in einem Verfahren.....	3
1. Vorliegen und Auslegung der Schiedsklausel.....	3
2. Vertragliche Ansprüche.....	4
3. Ansprüche aus culpa in contrahendo.....	4
4. Ausservertragliche Ansprüche.....	5
5. Unterschiedlicher Sitz.....	5
B: Materielles	6
I Qualifikation und Abschluss des Vertrages.....	6
II Schadenersatz wegen Verletzung der Aufklärungspflicht.....	7
1. Absichtliche Täuschung.....	7
1.1 Täuschungshandlung.....	7
1.1.1 Vorliegen einer Aufklärungspflicht.....	7
1.1.1.1 Natur des abzuschliessenden Vertrages.....	7
1.1.1.2 Art und Weise der Vertragsverhandlungen.....	8
1.1.1.3 Beteiligte Vertragsparteien.....	9
1.1.2 Absichtliche Verletzung der Aufklärungspflicht und Widerrechtlichkeit.....	10
1.2 Motivirrtum und Kausalität.....	10
1.3 Verwirkung.....	10
2. Schadenersatz wegen Verletzung von OR 28 aus OR 41 und culpa in contrahendo.....	11

3. Haftung nach OR 41 I.....	11
3.1 Schaden.....	11
3.2 Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang.....	12
3.3 Verschulden und Verjährung.....	12
4. Haftung aus culpa in contrahendo.....	12
4.1 Schaden.....	12
4.2 Pflichtverletzung und Kausalzusammenhang.....	12
4.3 Verschulden und Verjährung.....	13
III Anspruch auf Schadenersatz der Klägerin aus Vertragsverletzung.....	13
1. Anwendbarkeit von OR 97 I.....	13
2. Verletzung des OR 97 I.....	13
2.1 Vertragsverletzung durch die Beklagte.....	13
2.2 Schaden auf Seiten der Klägerin.....	14
2.3 Der Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Vertragsverletzung.....	15
2.4 Verschulden der Beklagten.....	15
IV Reduktion des Transportpreises während der zweite Periode.....	17
1. Analoge Rechtsanwendung.....	17
2. Mietzinsreduktion aufgrund von OR 259d analog.....	17
2.1 Mangel an der Kapazität.....	17
2.2 Kenntnis der Beklagten über den Mangel.....	18
2.3 Geltendmachung der Herabsetzung.....	18
3. Eventualiter: Minderung des Kaufpreises der mangelhaften Kaufsache aufgrund von OR 205 I analog.....	18
3.1 Vorliegen eines Mangels.....	18
3.2 Bestehen des Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs.....	19
3.3 Keine Kenntnis der Klägerin vom Fehlen des Mangels.....	19
3.4 Mangelrüge, Ausschluss der Sachgewährleistung und Verjährung.....	19
4. Reduktion der Transportgebühren wegen Grundlagenirrtums (OR 23/24 I 4 i.V.m. OR 20 II).....	19
4.1 Vorliegen eines wesentlichen Irrtums.....	19
4.2 Keine Verwirkung.....	20
4.3 Teilungültigkeit.....	20

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Allg. Einleit.	Allgemeine Einleitung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BGE	Leitentscheid des schweizerischen Bundesgerichts
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Schweizer Kommentar
c.i.c.	culpa in contrahendo
d.h.	das heisst
Def.	Definition
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EG	Verordnung der Europäischen Union
Einleitanz.	Einleitungsanzeige
f.	und folgende Seite
ff.	und folgende Seiten
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HK	Handkommentar
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
MoU	Memorandum of Understanding
N	Randnummer
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar

OJSC	open joint-stock company
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR/RS 220)
Rz	Randziffer
S.	Seite
SA	société anonym
SchO	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung) vom Januar 2006
Sm ³ /h	standard cubic meter per hour
u.a.	unter anderem
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR/RS 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Literaturverzeichnis

- ARROYO MANUEL, Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Alphen am Rhein 2013 (zit. ARROYO)
Rz [3, 21]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, Bern 2010 (zit. BERGER/KELLERHALS)
Rz [1, 11, 15, 17, 20, 21]
- BORN GARY, International Commercial Arbitration, 2. Auflage, Biggleswade 2014 (zit. BORN)
Rz [7]
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER OR AT)
Rz [12, 54, 63, 72]
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht – Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER OR BT)
Rz [27]
- FELLMANN WALTER, Art. 394-406 OR. Der einfache Auftrag, Berner Kommentar, 2. Auflage, Bern 1992 (zit. BK-OR-FELLMANN)
Rz [62]
- FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD, International Commercial Arbitration, Den Haag 1999 (zit. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN)
Rz [15, 20]
- GABRIEL SIMON/WICKI JODOK, Vorvertragliche Schiedszuständigkeit, in: ASA Bulletin, Volume 27, 2009 (zit. GABRIEL/WICKI)
Rz [21]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht: Band I, 10. Auflage, Zürich 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP)
Rz [29, 46, 57, 58]

- GILOMEN HERMANN VIKTOR, Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Bern 1950 (zit. GILOMEN)
Rz [41]
- GONZENBACH RAINER, Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss., Bern 1987 (zit. GONZENBACH)
Rz [30, 31, 33, 39]
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit. GUHL)
Rz [26, 32, 51]
- HABEGGER PHILIPP, The Revised Swiss Rules of International Arbitration: An Overview of the Major Changes, in: ASA Bulletin, Volume 30, 2012 (zit. HABEGGER)
Rz [1]
- HABEGGER PHILIPP/MASSER ANNA, Die revidierte Schweizerische Schiedsordnung (Swiss Rules), in: Anwaltsrevue Ausgabe 04/2012 (zit. HABEGGER/MASSER)
Rz [1, 2]
- HANOTIAU BERNARD, Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions, Den Haag, 2006 (zit. HANOTIAU)
Rz [1]
- HONSELL HEINRICH, Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9. Auflage, Bern 2010 (zit. HONSELL)
Rz [27]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar - Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK-OR I- BEARBEITER)
Rz [32, 51, 59, 64, 74, 81]
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit. HUGUENIN)
Rz [25, 26, 31, 35, 54, 74, 88, 89, 90]

- KELLERHALS FRANZ/BERGER BERNHARD, Erste Erfahrungen mit den Swiss Rules of International Arbitration, in: Anwaltsrevue Ausgabe 04/2005 (zit. KELLERHALS/ BERGER)
RZ [4]
- KELLER ALFRED, Haftpflichtrecht im Privatrecht, Band I, 6. Auflage, Bern 2002 (zit. KELLER)
RZ [72]
- KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich 1995
(zit. KELLER/SIEHR)
RZ [82, 88]
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009 (zit. KOLLER OR AT)
RZ [49, 55, 92]
- KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berner Kommentar, Bern 1986 (zit. BK-KRAMER/SCHMIDLIN)
RZ [57]
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN, OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 2009 (zit. HK OR-BEARBEITER)
RZ [32, 83]
- LAUER JÜRGEN, Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, Diss., Bern 1983
RZ [33]
- MEIER ANDREA, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, Diss., Zürich 2007, Zürcher Studien zum Privatrecht (zit. MEIER)
RZ [10]
- MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE/GIRSBERGER DANIEL (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage Zürich 2012 (zit. CHK-BEARBEITER)
RZ [78]

- PAIR LARA, Consolidation in International Commercial Arbitration: The ICC and Swiss Rules (International Commerce and Arbitration), Den Haag 2012 (zit. PAIR)
RZ [1, 2, 3]
- PERMANN RICHARD, Mietrecht Kommentar, in OFK - Orell Füssli Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2007 (zit. OFK-BEARBEITERIN)
RZ [25]
- POUDRET JEAN-FRANCOIS/BESSON SEBASTIEN, Comparative law of international arbitration, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 2007 (zit. POUDRET/BESSON)
RZ [7, 15, 20]
- RUBINO-SAMMARTANO MAURO, International arbitration law and practice, 2. Auflage, Den Haag 2001 (zit. RUBINO-SAMMARTANO)
RZ [12]
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, Zürich 1999 (zit. RÜEDE/HADENFELDT)
RZ [17, 18]
- SCHMID JÖRG, Freizeichnung, S. 307-318, in: HONSELL HEINRICH/PORTMANN WOLFGANG/ZÄCH ROGE/ZOBL DIETER, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003 (zit. SCHMID)
RZ [65, 66]
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich 2012 (zit. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP)
RZ [25, 27]
- SCHMIDLIN BRUNO, Art. 23-31 OR. Allgemeine Bestimmungen: Mängel des Vertragsabschlusses, Berner Kommentar, 2. Auflage, Bern 2013 (zit. BK-OR-SCHMIDLIN)
RZ [29]
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 6. überarbeitete Auflage, Bern 2012 (zit. SCHWENZER)
RZ [29, 32, 51, 59, 64]

- SOMMER UELI, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?, in: AJP/PJA 09/2006, St. Gallen/Zürich 2006 (zit. SOMMER)
Rz [49]
- SPIRO KARL, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984 (zit. SPIRO)
Rz [66]
- STOCKAR CONRAD H., Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basel und Stuttgart 1971 (zit. STOCKAR)
Rz [66, 68]
- TERCIER PIERRE, La culpa in contrahendo en droit suisse, in: Premères journées juridiques yougoslavo-suissees, Lausanne 1984 (zit. TERCIER)
Rz [33]
- TORGGLER HELWIG (Hrsg.), Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2007 (zit. TORGGLER)
Rz [4]
- WAHRENBERGER ANDRÉ, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Kaufrechts), Diss., Zürich 1992 (zit. WAHRENBERGER)
Rz [32, 33, 36, 39, 41]
- WEIGAND FRANK-BERND, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, Oxford 2009 (zit. WEIGAND)
Rz [7]
- ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER)
Rz [1, 2, 7, 21]
- ZÜST MARTIN, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Diss., St. Gallen 1992 (zit. ZÜST)
Rz [78, 79]

Entscheidverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

07. Mai 1924

BGE 53 II 150

Rz [29]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

13. September 1933

BGE 59 II 305

Rz [62]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

09. Juli 1940

BGE 66 II 139

Rz [36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

6. Juni 1951

BGE 77 II 135

Rz [49]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

26. Juni 1962

BGE 88 II 195

Rz [59]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

7. Juli 1962

BGE 88 I 100

Rz [17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

30. November 1962

BGE 88 II 410

Rz [83]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
18. Juni 1963
BGE 89 II 239
Rz [47]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. Dezember 1966
BGE 92 II 328
Rz [33]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. Mai 1969
BGE 95 II 333
Rz [74]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. Juli 1970
BGE 96 II 101
Rz [92]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
06. Februar 1979
BGE 105 II 75
Rz [31]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
2. Juni 1981
BGE 107 II 238
Rz [44]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
10. November 1981
BGE 107 II 419
Rz [92]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
BGE 108 II 419
14. Dezember 1982
Rz [46, 49, 51]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
3. Mai 1983
BGE 109 Ia 5
Rz [47]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
5. Juli 1983
BGE 109 II 327
Rz [62]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
3. September 1985
BGE 111 II 352
Rz [59]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. Dezember 1985
BGE 111 II 429
Rz [72]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. Juni 1988
BGE 114 II 131
Rz [45]

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

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
22. Mai 1990
BGE 116 II 431
Rz [29, 32, 38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
02. September 1993
BGE 119 II 380
Rz [17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. April 1994
BGE 120 II 155
Rz [7]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. Dezember 1995
BGE 121 III 495
Rz [21]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. Dezember 1998
BGE 125 III 86
Rz [35]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
24. Februar 2000
Urteil 4C.364/1999
Rz [49]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. Januar 2001
BGE 127 III 73
Rz [50]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. Juni 2001
BGE 127 III 357
Rz [74]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
03. April 2002
BGE 128 III 428
Rz [32]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. November 2002
Urteil 4P.135/2002
Rz [67]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
25. März 2003
BGE 129 III 331
Rz [50]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2003
BGE 129 III 727
Rz [10]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. Oktober 2003
Urteil 4C.97/2003
Rz [79]

Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. November 2003
BGE 130 IV 7
Rz [74]

Urteil der sozialrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. Februar 2004
BGE 130 V 71
Rz [77]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. Februar 2004
BGE 130 III 353
Rz [32]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. Mai 2004
BGE 130 III 504
Rz [81]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. März 2005
4C.424/2004
Rz [33]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. Juli 2005
Urteil 5C.56/2005
Rz [62]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
22. März 2006
Urteil 4C.384/2005
Rz [78]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. Februar 2007
Urteil 4C.205/2006
Rz [38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
31. März 2008
Urteil 4A_520/2007
Rz [74]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
13. Mai 2008
BGE 134 III 390
Rz [58]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. Januar 2009
BGE 135 III 212
Rz [59]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. September 2010
BGE 136 III 528
Rz [29]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
03. Februar 2012
Urteil 4A_525/2011
Rz [38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. Februar 2014
BGE 140 III 134
Rz [12]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
27. März 2014
Urteil 4A_533/2013
Rz [36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

30. Juni 2014

BGE 140 III 367

Rz [12]

A: Prozessuales

I Verfahrenskonsolidation nach SchO 4

1. Zusammenlegung der Verfahren der Klägerinnen 1, 2 und 3

- 1 Ob mehrere Verfahren vor einem Schiedsgericht konsolidiert werden können, richtet sich grundsätzlich nach dem Konsens der Parteien zum Zeitpunkt des Zustandekommens der Schiedsgerichtsabrede (PAIR S. 61; ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER Art. 4 N 26). Durch die Bindung an die Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Swiss Rules) und damit an SchO 4 haben die Parteien ihr Einverständnis zu einer Zusammenlegung der Verfahren zum Ausdruck gebracht (BERGER/KELLERHALS N 534; HABEGGER S. 275; HANOTIAU S. 176). Die revidierten Swiss Rules bieten dem Gericht eine sehr grosse Ermessensfreiheit (HABEGGER/MASSER S. 177). Hätte die Beklagte von Anfang an die Möglichkeit einer Konsolidierung ausschliessen wollen, hätte sie dies im Vertrag festhalten müssen. Dies hat sie jedoch unterlassen.
- 2 Die Kompetenz zu entscheiden, ob mehrere Verfahren zusammenzulegen sind, liegt letztlich beim Gericht, das alle Parteien vorgängig anzuhören hat (HABEGGER/MASSER S. 117). Es hat eine umfassende Abwägung vorzunehmen, wobei der Fortschritt des Verfahrens und der sachliche Zusammenhang entscheidend sind (PAIR, S. 69; ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER Art. 4 N 28). Das Gericht hat unter anderem folgende Überlegungen in die Entscheidung einfließen zu lassen, welche in diesem Fall, wie zu zeigen sein wird, allesamt für eine Zusammenlegung der Verfahren sprechen.
- 3 Der Wortlaut des Gesetzes gibt keine Auskunft darüber, zu welchem Zeitpunkt in einem Verfahren eine Konsolidierung in Frage kommt. Alle in Frage kommenden Verfahren müssen bereits hängig sein, das Gericht muss sich aber noch nicht damit befassen haben (ARROYO, S. 360). Es wird im Allgemeinen davon ausgegangen, dass Verfahren grundsätzlich zu jedem beliebigen Zeitpunkt konsolidiert werden können, sicherlich jedoch gleich zu Beginn des Verfahrens (PAIR S. 36).
- 4 Die Tatsache, dass die Klägerinnen von Beginn an gemeinsam Klage einreichen, soll und darf keinen Unterschied machen. Die Verfahren sind in sinngemässer Anwendung von SchO 4 Ziff. 1 von Anfang an zu vereinigen, wie dies die Zürcher Handelskammer in Anwendung der revidierten Swiss Rules in einem ähnlich gelagerten Fall bereits getan hat (TORGGLER S. 444 N 57; KELLERHALS/BERGER S. 163). Drei Klägerinnen hatten basierend auf separaten, aber inhaltlich ähnlichen Verträgen gleichzeitig Klage eingereicht, den gleichen Schiedsrichter ernannt und sich vom selben Anwalt vertreten lassen. Aus verfahrensökonomischen Gründen ist das Vorgehen der Zürcher Handelskammer auch hier angezeigt.

- 5 Zwischen den Verfahren besteht ein enger sachlicher Zusammenhang. Alle Klägerinnen haben mit der Beklagten bis auf die Transportkapazitäten, den Preis, den Lieferungsbeginn und die Vertragsdauer identische Verträge abgeschlossen (Einleitanz. N 5/7). Bei allen Klägerinnen haben dieselben Ereignisse um den 23.07.13 zu den Schäden geführt, insbesondere auch bei Klägerin 3, die den Vertrag bereits ein Jahr zuvor abgeschlossen hatte. Alle drei sind ausserdem Gesellschafterinnen der Beklagten und haben mit ihr ein gleichlautendes MoU abgeschlossen.
- 6 Alle Klägerinnen berufen sich auf ihren mit der Beklagten vereinbarten Vertrag, der jeweils Zürich als Sitz des Schiedsgerichts vorsieht. Es ist daher in diesem Zusammenhang unbeachtlich, dass die Schiedsklausel des MoU einen anderen Sitz bestimmt.

2. Wahl der Richter

- 7 Die Beklagte sieht sich durch die Verfahrenszusammenlegung unter anderem in ihrem Recht verletzt, für jedes einzelne Verfahren einen anderen Schiedsrichter bestellen zu können. SchO 8 Ziff. 4 regelt das Verfahren der Schiedsrichterbestellung in einem Mehrparteienverfahren detailliert (ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER Art. 8 N 17). Wer sich den Swiss Rules unterstellt und damit auch der Möglichkeit einer Konsolidierung der Verfahren zustimmt, willigt gleichzeitig auch ein, in einem solchen Fall auf das Recht einen eigenen Schiedsrichter zu bestellen zu verzichten (POUDRET/BESSON N 248; BORN S. 2599). Ein solcher Verzicht im Voraus ist von Schweizer Gerichten durchs Band anerkannt worden und steht nicht in Konflikt mit der Schweizer Rechtsordnung (BGE 120 II 155; ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER Art. 8 N 17; WEIGAND N 12.25).
- 8 Dies hat umsomehr zu gelten, als die Beklagte ihr Recht einen eigenen Schiedsrichter für das Verfahren zu ernennen nicht verliert. Es sind die Klägerinnen, die auf dieses Recht freiwillig verzichteten, indem sie gemeinsam einen Schiedsrichter ernannt haben.

3. Privity of Contracts

- 9 Die Beklagte beruft sich in der Einleitungsantwort weiter auf das Prinzip der „Privity of Contracts“. Jeder Vertrag, insbesondere die Schiedsvereinbarung, soll nur zwischen den einzelnen Parteien Wirkung zeigen, weshalb eine Vereinigung der Verfahren nicht möglich sein soll. Diese Argumentation ist nicht schlüssig. Zunächst ist festzustellen, dass sich die Klägerinnen grundsätzlich auf ihre jeweils eigens mit der Beklagten abgeschlossenen Verträge berufen und ihre Ansprüche zwar in einem Verfahren, aber grundsätzlich einzeln zu beurteilen sind.
- 10 Es sei ausserdem darauf hingewiesen, dass die Teilnahme der Klägerin 2 und 3 am Verfahren auch allein aufgrund der Verträge zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten möglich

wäre. So können unter Umständen auch Parteien an einem Verfahren teilnehmen, die ursprünglich nicht an der Schiedsabrede beteiligt waren und diese auch nicht unterzeichnet haben (BGE 129 III 727 E. 5.3.1; MEIER S. 55). Aufgrund der sehr ähnlich gelagerten Fälle wäre es den Klägerinnen folglich auch möglich, als Dritte im Sinne von SchO 4 Ziff. 2 am Verfahren der Klägerin 1 teilzunehmen.

II Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung aller Ansprüche der Klägerin 1 in einem Verfahren

1. Vorliegen und Auslegung der Schiedsklausel

- 11 Nach h.L. können verschiedene Ansprüche in einem Verfahren geltend gemacht werden, wenn die Ansprüche in den objektiven Geltungsbereich der jeweiligen Schiedsklausel fallen (BERGER/KELLERHALS N 462f.). Die Schiedsklausel befindet sich in Art. 33.2 des Transportvertrags. Im vorliegenden Fall bestreitet keine der Parteien, dass eine gültige Schiedsklausel zustande gekommen sei. Als Sitz des Schiedsgerichts ist Zürich vorgesehen. Die beklagte Partei ist der Ansicht, dass nur vertragliche Ansprüche aus dem Transportvertrag mit Klägerin 1 in diesem Verfahren geltend gemacht werden können. Ebenfalls könnten keine Ansprüche aus dem MoU gleichzeitig geltend gemacht werden. Im folgenden wird dargelegt, weshalb dieser Ansicht nicht zu folgen ist.
- 12 Ob ein Anspruch vom objektiven Geltungsbereich einer Schiedsvereinbarung erfasst wird, bestimmt sich mittels Auslegung. Die Auslegung hat dabei den Regeln über die Auslegung von Verträgen zu folgen (RUBINO-SAMMARTANO S. 263). Dies bedeutet, dass zunächst die Ermittlung des Parteiwillens bei Vertragsabschluss, d.h. ex tunc, zu erfolgen hat (BUCHER OR AT S. 184). Sollte dies nicht möglich sein, ist der mutmassliche Wille der Parteien nach Vertrauensprinzip i.S.v. ZGB 2 I zu eruieren (BGE 140 III 134 E. 3.2; BGE 140 III 367 E. 3.1).
- 13 Im vorliegenden Fall ist strittig, ob und inwieweit die Schiedsklausel auch nicht vertragliche Ansprüche erfasst. Eine Rekonstruktion des tatsächlichen Parteiwillens kann aufgrund des bestehenden Sachverhalts nicht mehr erfolgen.
- 14 Es gibt keine Hinweise darauf, welche Ansprüche, neben den vertraglichen, die Parteien bei Abschluss des Transportvertrages mit der Schiedsklausel erfassen wollten. Die Schiedsklausel ist somit objektiviert auszulegen.
- 15 Das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung ist von den Parteien unbestritten (Rz 11; Art 33.2 Transportvertrag). Fraglich ist bloss der Umfang der Zuständigkeit des Schiedsgerichts, den die Klausel begründet. Nach h.L. ist die Schiedsklausel extensiv auszulegen

(BERGER/KELLERHALS N 464; POUURET/BESSON N 304; FOUCHARD/GAILLARD/ GOLDMAN N 480; BGE 116 Ia 56 E. 3b).

- 16 In Bezug auf die einzelnen Ansprüche möge das Gericht der folgenden Argumentation folgen.

2. Vertragliche Ansprüche

- 17 Nach allgemeiner Auffassung begründet eine Schiedsklausel, wonach *alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Vertrag* erfasst sind, eine umfassende Zuständigkeit bezüglich aller vertraglichen Ansprüche (BERGER/KELLERHALS N 466; RÜEDE/HADENFELDT S. 74f.) Die Schiedsabrede ist insofern unabhängig, als sie wegen ihrer prozessrechtlichen Natur auch dann Bestand hat, wenn es um Ungültigkeit des Hauptvertrages geht. Dies gilt selbst dann, wenn sie Teil des Vertrages ist, den es aufzuheben gilt (BGE 119 II 380 E. 3b). Vorliegend haben die Parteien eine Schiedsabrede getroffen, wonach die schiedsgerichtliche Zuständigkeit begründet wird, wenn die Streitigkeit in Zusammenhang mit dem Vertrag steht (Art 33.2 Transportvertrag). Es ist somit von einer umfassenden Zuständigkeit für alle kontraktlichen Ansprüche auszugehen. Erfasst sind namentlich auch folgende, geltend zu machende Ansprüche: Klagen bezüglich der Gültigkeit des Vertrags (somit auch Willensmängeln), deren Folgen (BGE 88 I 100 E. 2), der Wirkungen des Hauptvertrags und der Nicht- bzw. Schlechterfüllung (BERGER/KELLERHALS N 466). Des Weiteren kann die Klägerin vertragliche Nebenrechte, insbesondere Zinsen, geltend machen (BERGER/KELLERHALS N 468).

3. Ansprüche aus culpa in contrahendo

- 18 Untersteht der Hauptvertrag dem Schweizer Schuldrecht i.S.v. IPRG 187 I, so schliesst die Schiedsabrede auch Ansprüche aus culpa in contrahendo ein. Dies ist insbesondere dann der Fall, falls ein Anspruch nach dem Wortlaut der Schiedsklausel bereits in den objektiven Geltungsbereich fällt, wenn er einen blossen Zusammenhang zum Vertrag aufweist. (BERGER/KELLERHALS N 470). Ein Teil der Lehre sieht die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auch dann schon gegeben, wenn die Schiedsklausel ihrem Wortlaut zufolge bloss Ansprüche aus Vertrag erfasst (RÜEDE/HADENFELDT S. 74).
- 19 Für diesen Fall ist somit festzuhalten, dass Ansprüche aus c.i.c. in jedem Fall geltend gemacht werden können. Erstens untersteht der zwischen den Parteien geschlossene Transportvertrag dem OR und somit Schweizer Schuldrecht und zweitens erfasst die Schiedsvereinbarung nicht nur Klagen aus Vertrag, sondern ein blosser Zusammenhang zu diesem reicht aus.

4. Ausservertragliche Ansprüche

- 20 Ausservertragliche Ansprüche sind ebenfalls vor Schiedsgericht einklagbar, wenn eine offen formulierte Schiedsklausel vorliegt. Dies ist der Fall, wenn Ansprüche, die einen Konnex zum Vertrag aufweisen, ebenfalls erfasst sind (BERGER/KELLERHALS N 473; POUURET/BESSON N 307; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN N 524). Die vorliegende Abrede sieht die Zuständigkeit für alle Streitigkeiten in Zusammenhang mit dem Vertrag vor (Rz 14f.; 17f.), weshalb auch deliktrechtliche Ansprüche zwischen den Parteien vor Schiedsgericht geltend zu machen sind.

5. Unterschiedlicher Sitz

- 21 Zweifellos sehen die Schiedsabreden des MoU und des Transportvertrags unterschiedliche Sitze des Schiedsgerichts vor. Nur ist dies für das gleichzeitige Erheben von verschiedenen Ansprüchen unerheblich, wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird. Für alle oben genannten Ansprüche ist, das Schiedsgericht in Zürich aus der Schiedsklausel im Transportvertrag zuständig (Rz 11ff.). Keine dieser Zuständigkeiten stützt sich auf Art. 30 des MoU. Im Rahmen der Ansprüche aus culpa in contrahendo dienen das MoU und die Auktionsbedingungen lediglich dazu aufzuzeigen, dass die Parteien schon im Vorvertragsstadium Schiedsgerichtsbarkeit anstrebten (GABRIEL/WICKI S. 248). Weiter ist hinzuzufügen, dass jüngere Rechtsbeziehungen nach dem Grundsatz „ius posterior derogat priori“ den älteren vorgehen (BERGER/KELLERHALS N 473; BGE 121 III 495 E. 5b). Der Transportvertrag wurde nach dem MoU abgeschlossen. Somit ist allein das Schiedsgericht in Zürich für alle Klagen, die nach Art 33.2 des Transportvertrages der Schiedsgerichtsbarkeit unterstehen, zuständig. Selbst wenn es der Beklagten gelingen sollte, das Gericht zu überzeugen, dass sich die Zuständigkeit für Ansprüche aus c.i.c. nur aus Art. 30 MoU ergeben, bleibt darauf zu bestehen, dass alle Ansprüche gemeinsam in Zürich eingeklagt werden können. Dies ist deshalb der Fall, da ein unterschiedlicher Sitz der Konsolidierung zweier Verfahren zwischen den gleichen Parteien nicht entgegensteht, solange die lex arbitri, die Verfahrenssprache und das Land, in dem sich die Schiedsgerichte befinden, identisch sind (ARROYO S. 361; ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER Art. 4 N 31).
- 22 Dies ist hier unbestritten der Fall, weshalb alle Ansprüche der Klägerin 1 vor Schiedsgericht in Zürich geltend gemacht werden können.
- 23 Fazit: Die Klägerin 1 kann vertragliche, ausservertragliche und quasivertragliche Ansprüche im gleichen Verfahren vor Schiedsgericht in Zürich geltend machen.

B: Materielles

I Qualifikation und Abschluss des Vertrages

- 24 Die Klägerin hat mit der Beklagten einen Vertrag geschlossen, durch den diese sich verpflichtete, eine bestimmte Kapazität an Erdgas gegen Entgelt mittels ihrer Pipeline zu transportieren. Wie zu zeigen sein wird, handelt es sich dabei um einen Frachtvertrag. Abzugrenzen ist der vorliegende Vertrag insbesondere vom Miet- und Kaufvertrag.
- 25 Bei einem Mietvertrag nach OR 253 verpflichtet sich der Vermieter, der Mieterin eine Sache gegen Entgelt zum Gebrauch zu überlassen (HUGUENIN N 2890; OFK-PERMAN Art. 253 N 1). Eine Sache i.S.d. Sachenrechts liegt vor, sofern ein Gegenstand beherrschbar, unpersönlich, körperlich greifbar sowie abgrenzbar ist (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP N 4ff.). Vorliegend mangelt es an der Körperlichkeit und der Abgrenzbarkeit der Transportkapazität, um diese als Sache im sachenrechtlichen Sinn qualifizieren zu können. Zudem war der Transport zu jeder Zeit im Machtbereich der Beklagten, es kann also nicht von einer Besitzübergabe der Sache gesprochen werden. Es liegt folglich kein Mietvertrag vor.
- 26 Ein Kaufvertrag nach OR 184 liegt dann vor, wenn sich Käufer und Verkäufer einigen, dass ein bestimmter Kaufgegenstand zu einem bestimmten Preis übergeben und dem Vertragspartner Eigentum daran verschafft werden soll. Kaufgegenstand können Sachen oder Rechte sein. Auch sonstige wirtschaftliche und faktische Vorteile bzw. ideelle Geschäftswerte (GUHL N 2 S. 344) werden teilweise als Kaufgegenstand anerkannt, sofern sie sich übertragen lassen (HUGUENIN N 2425). Beispiele sind „Know-how“, „Goodwill“ oder Kundschaft. Eine Sache liegt nicht vor (Rz 25). Ebenfalls wäre es falsch, von einem übertragenen Recht oder sonstigen Vorteil zu sprechen. Vielmehr handelt es sich schlicht um eine Verpflichtung, eine bestimmte Menge Gas der Beklagten ohne Unterbrechungen mit einer Pipeline von A nach B zu befördern. Ein Kaufgegenstand liegt demzufolge nicht vor.
- 27 Beim Frachtvertrag nach OR 440 handelt es sich um einen Sondertyp des Auftrags (BUCHER OR BT S. 235). Dabei verpflichtet sich der Frachtführer zum Transport von beweglichen Sachen an einen bestimmten Ort gegen Entgelt (HONSELL S. 381). Durch den Transportvertrag verpflichtete sich die Beklagte, gegen Bezahlung von 180'000 CHF monatlich (Einleitanz. N 2), zum Transport von Erdgas von Varna am Schwarzen Meer nach Ungarn. Transportpreis und Bestimmungsort sind demnach klar bestimmt. Bei Gas handelt es sich, sofern es sich in einem Behältnis befindet, um eine abgrenzbare Sache (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP N 8). Es ist davon auszugehen, dass das Gas in einem Behältnis zur Pipeline transportiert und direkt in diese eingespeist wird. Diese Voraussetzung ist somit gegeben. Da auch alle anderen Kriterien erfüllt sind, ist das Gas eine Sache i.S.d. Sachenrechts. So-

mit sind alle wesentlichen Vertragsmerkmale des Frachtvertrages gegeben. Der Vertrag kam am 03.08.13 zustande. Eine analoge Anwendung von OR 229 II ist nicht angezeigt, da der Parteiwille der Analogie vorgeht und die Parteien ausdrücklich den 03.08.13 als Abschlussdatum gewählt haben (K-18; BUCHER OR BT S. 26f.). Ein Frachtvertrag ist am 03.08.13 zwischen der Klägerin und der Beklagter zustande gekommen.

II Schadenersatz wegen Verletzung der Aufklärungspflicht

1. Absichtliche Täuschung

- 28 Die Beklagte hat, wie folgend darzulegen ist, die Klägerin durch absichtliche Täuschung zum Vertragsabschluss geführt.

1.1 Täuschungshandlung

- 29 Die Täuschungshandlung kann im Verschweigen vorhandener Tatsachen bestehen, sofern eine Aufklärungspflicht besteht (SCHWENZER N 38.06; BGE 116 II 431 E. 3a). Der Vertragsgegner muss absichtlich handeln, damit eine absichtliche Täuschung bejaht werden kann (GAUCH/SCHLUEP N 864), wobei Eventualvorsatz genügt (BGE 53 II 150; bestätigt in BGE 136 III 528 E. 3.4.2). Eine Schädigungsabsicht wird nicht vorausgesetzt (BK-OR-SCHMIDLIN Art. 28 N 8).

1.1.1 Vorliegen einer Aufklärungspflicht

- 30 Der Klägerin ist bewusst, dass das Vorliegen und der Umfang einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht vom Einzelfall abhängen. Es handelt sich um eine Ermessensfrage, deren Entscheidung dem Gericht obliegt (GONZENBACH S. 103f.).
- 31 Das Bundesgericht hat für Existenz und Umfang folgende wichtige Kriterien bestimmt: die Natur des abzuschliessenden Vertrages, die Art und Weise der Vertragsverhandlungen und die beteiligten Parteien (GONZENBACH S. 107; HUGUENIN N 1546; BGE 105 II 75 E. 2). Im Folgenden wird dargelegt, weshalb diese Voraussetzungen vorliegend als erfüllt zu betrachten sind, und die Beklagte die Klägerin während der Auktion vom 23.07.14 über die am selben Tag stattfindenden Ereignisse hätte aufklären müssen.

1.1.1.1 Natur des abzuschliessenden Vertrages

- 32 Das Bestehen von Aufklärungspflichten kann sich unter anderem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (ZGB 2 I) ergeben (GUHL S. 148 N 2; WAHRENBERGER S. 83; BGE 116 II 431 E. 3a). Daraus ergibt sich namentlich, dass bei Verträgen, denen eine grosse Vertrauensbasis zugrunde liegt, eher vom Bestand einer Aufklärungspflicht auszugehen ist (WAHRENBERGER S. 83; BSK-OR I-SCHWENZER Art. 28 N 9). Insbesondere Dauerschuldverhältnisse setzten eine stabile Vertrauensgrundlage voraus (SCHWENZER N 38.06; BGE

130 III 353 E. 2.1.1). Ein Dauerschuldverhältnis liegt vor, wenn der Umfang der vertragstypischen Gesamthauptleistung von der Länge der Zeit abhängt, während der die Leistungen fortgesetzt werden soll (BGE 128 III 428 E. 3). Vorliegend ist die Hauptleistung in der Beförderung von einer pro Monat bestimmten Menge Erdgas durch die PipeTransport AG während drei aufeinander folgenden Jahren, zu sehen. Somit ist die Gesamtleistung von der Zeit abhängig, während der sie fortgeführt werden soll, und ein Dauerschuldverhältnis i.S.d. Bundesgerichts zu bejahen. Weiter ist anzufügen, dass namentlich bei Aufträgen eine besondere Vertrauensbasis besteht (HK OR-DASSER Art. 28 N 5). Der Frachtvertrag stellt einen besonderen Auftrag dar (Rz. 27). Es ist daher aus zweierlei Hinsicht vom Vorliegen eines abzuschliessenden Vertrages auszugehen, der ein erhöhtes Vertrauen in die Gegenpartei rechtfertigt.

1.1.1.2 Art und Weise der Vertragsverhandlungen

- 33 Eine Aufklärungspflicht ergibt sich aus den Vertragsverhandlungen auch dann, wenn die eine Partei annehmen muss, der Gegenpartei entgehe ein wesentlicher Punkt, d.h. eine Gegebenheit, die die Entscheidung der Gegenpartei zu beeinflussen vermag (WAHRENBERGER S. 86f.; GONZENBACH S. 109; TERCIER S. 231; BGE 92 II 328 E. 3b). Diese Informationspflicht besteht insbesondere auch in einem Auftragsverhältnis. Sie hat bereits im Vorvertragsstadium Wirkung zu entfalten (Urteil 4C.424/2004 E.3). Ob Wesentlichkeit vorliegt, bestimmt sich in erster Linie nach der Vorstellung der Parteien (WAHRENBERGER S. 87; LAUER S. 297). Des Weiteren gilt, dass je eher eine Information dem Macht- und Einblicksbereich einer Partei zuzuordnen ist, desto mehr muss von einer Offenbarungspflicht ausgegangen werden (GONZENBACH S. 104).
- 34 Im vorliegenden Fall geht es um natürliche Ereignisse, die zur Beschädigung einer Pipeline geführt haben (K-15/16). Der Schaden war von derartigem Ausmass, dass der Gastransport eingestellt werden musste. Hier nicht von einem wesentlichen Ereignis zu sprechen wäre geradezu sachfremd. Selbst wenn die Beklagte von Unwesentlichkeit ausging, so hätte sie dies in guten Treuen nicht tun dürfen. Die Klägerin hätte während der Auktion, wissend um die in Frage stehenden Ereignisse, zu diesen Konditionen, oder zumindest zu diesem Zeitpunkt nicht gleich gehandelt.
- 35 Auch konnte bzw. musste die Klägerin die Informationen bezüglich des aktuellen Zustands der Pipeline am 23.07.13 nicht anderswie beschaffen oder während der Auktion nach deren Zustand fragen, wie es die Rechtsprechung verlangt (BGE 125 III 86 E. 3c; HUGUENIN N 1543).

- 36 Die Klägerin hat nur über die Beklagte Zugang zu Angaben über die Beförderungsanlage. Diese Informationen sind folglich einzig dem Einsichtsbereich der Beklagten zu zuordnen. Es würde auch zu weit gehen, von der Klägerin zu verlangen, sie hätte während der Auktion nach dem Zustand der Anlage fragen müssen. Vielmehr durfte sie darauf vertrauen, über Beschädigungen der Pipeline umgehend, d.h. Während der Auktion informiert zu werden. Es gab keinen vernünftigen Grund anzunehmen, dass diese am Tag der Auktion erneut beschädigt wurde, zumal bereits eine Unterrichtung über die Ereignisse vom 19.07.13 unterblieb. Bei dolosem Verhalten des Aufklärungspflichtigen sieht das Bundesgericht jedoch ohnehin von diesem Kriterium ab (BGE 66 II 139 E. 5; bestätigt in 4A_533/2013 E. 4.3; WAHRENBERGER S. 103).
- 37 Da es die Beklagte, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, absichtlich unterlassen hat, die Klägerin über die Ereignisse des 19. und 23.07.13 während der Auktion zu informieren (Rz 43), ist eine Aufklärungspflicht auch dann zu bejahen, wenn man der Klägerin unterstellt, sich fahrlässig, d.h. im Rahmen des Zumutbaren nicht selbst unterrichtet zu haben.

1.1.1.3 Beteiligte Vertragsparteien

- 38 Entscheidend ist ebenfalls die Frage, wie fachkundig die beteiligten Parteien sind (Urteil 4C.205/2006 E. 3.2; 4A_525/2011 E. 3.2 und 3.3). Der Vertragspartner darf daher i.S.v. von Treu und Glauben lediglich das gängige Wissen des Verkehrskreises, dem der Vertragspartner angehört, voraussetzen (BGE 116 II 431 E. 3b).
- 39 Ein fachlich unterschiedlicher Wissensstand der Parteien ist durch eine erhöhte Aufklärungspflicht auszugleichen (WAHRENBERGER S. 89; GONZENBACH S. 113).
- 40 Betreffend der Fachkenntnisse ist anzumerken, dass die Klägerin zwar kein Laie auf dem Gebiet des Gastransportes ist, jedoch keines Falles gleich bewandert ist wie die Beklagte. Diese hat viel mehr Erfahrung mit dem Betrieb einer Pipeline und den Auswirkungen von Erdbeben und Steinschlägen auf die Betriebstätigkeit der Anlage.
- 41 Ebenfalls ist zu erwähnen, dass andauernde Geschäftsbeziehungen auch zu einer umfassenderen Aufklärungspflicht führen (WAHRENBERGER S. 93; GILOMEN S. 73). Dies ist vorliegend der Fall, nicht zuletzt weil die Klägerin am 23.07.13 seit eineinhalb Jahren Gesellschafterin der Beklagten ist und selbst an deren Gründung beteiligt war. Zu verweisen ist hier auch auf die Informationspflicht in Art. 16 MoU, das eigens für Gesellschafterinnen der Beklagten konzipiert wurde.
- 42 Fazit: Die PipeTransport AG unterlag bezüglich der Geschehnisse vom 23.07.13 rund um die Pipeline einer umfassenden Aufklärungspflicht.

1.1.2 Absichtliche Verletzung der Aufklärungspflicht und Widerrechtlichkeit

- 43 Die Beklagte hat bewusst darauf verzichtet, die Klägerinnen vor bzw. während der Versteigerung über die für die Betriebsfähigkeit der Pipeline relevanten Geschehnisse aufzuklären. Dabei muss sie, angesichts ihrer Fachkenntnisse und ihrer Geschäftserfahrung, ohne Zweifel gewusst haben, dass die Klägerin bei der Auktion nicht in gleicher Weise mitgeboten hätte, wäre sie über die tatsächliche Lage informiert gewesen. Die Aufschaltung der Information auf der Website nach Ablauf der Auktion kam zu spät. Richtigerweise hätte die Beklagte während der Auktion auf der dafür vorgesehenen Internetplattform eindeutig und umfänglich über die Geschehnisse vom 23.07.13 im Retezatgebirge aufgeklärt (K-15/16). Indem die PipeTransport AG die Informationen lediglich auf ihrer Internetseite publik machte (K-17), hat sie zumindest in Kauf genommen, dass der Klägerin die Informationen immerhin für eine gewisse Dauer vorenthalten belieben. Dies im Gegensatz zu einer direkten, persönlichen Mitteilung. Diese erfolgte erst am 12.09.13 (K-18). Mit dem bei der Auktion erhaltenen Zuschlag hatte sich die Klägerin bereits dazu verpflichtet einen „vorformulierten und nicht weiter verhandelbaren Transportvertrag“ abzuschliessen. Ein Rücktritt wäre zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich gewesen. Eine Täuschungsabsicht war somit klar vorhanden. Die Beklagte hat keinen Rechtfertigungsgrund vorzuweisen.

1.2 Motivirrtum und Kausalität

- 44 Die Klägerin befand sich zur Zeit des Vertragsschlusses in einem Motivirrtum. Sie wollte einen Transportvertrag mit verbindlicher Kapazität abschliessen (Einleitanz. N 9), in der Annahme, dass dieser von der Beklagten auch mit Sicherheit eingehalten werden kann, ansonsten hätte sie den Vertrag nicht, oder zu anderen Konditionen abgeschlossen. Vorausgesetzt wird natürliche und adäquate Kausalität. Letztere liegt vor, *wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen*“ (BGE 107 II 238 E. 5a). Die Verletzung der Informationspflicht war natürlich und adäquat kausal für den Motivirrtum. Wäre sie über die Lage der Pipeline rechtzeitig aufgeklärt worden, hätte sie den Vertrag in dieser Form nicht abgeschlossen.

1.3 Verwirkung

- 45 Die einjährige, relative Frist von OR 31 I ist gewahrt. Eine absolute Frist besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht (BGE 114 II 131 E. 2b).

2. Schadenersatz wegen Verletzung von OR 28 aus OR 41 und culpa in contrahendo

- 46 Absichtliche Täuschung führt sowohl zu einer Schadenersatzpflicht aus culpa in contrahendo, als auch nach OR 41f. (GAUCH/SCHLUEP N 870; BGE 108 II 419 E. 5), wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind. Wie darzulegen sein wird, sind hier beide Tatbestände erfüllt (Rz 50ff.).
- 47 Die Genehmigung eines an sich mit Willensmangel behafteten Vertrags führt nicht zum Ausschluss möglicher Schadenersatzansprüche nach OR 41ff. (OR 31 III). Vielmehr kann Schadenersatz geltend gemacht werden, wenn die Genehmigung des mangelhaften Vertrags den Schaden nicht oder nur teilweise vermieden hätte (BGE 109 Ia 5 E. 4b; BGE 89 II 239 E. 6).
- 48 Die Klägerin wurde erst durch die Website der Beklagten zwischen dem 24. und dem 28.07. über die relevanten Ereignisse am 23.07. informiert. Ob der Schaden teilweise vermieden worden wäre, wenn sich die Klägerin sogleich auf Nichtigkeit des Vertrages aufgrund absichtlicher Täuschung berufen hätte, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden. Die Klägerin hätte zunächst vor Gericht die Nichtigkeit des Vertrages geltend machen müssen. Der Ausgang eines solchen Verfahrens kann nicht mit Sicherheit vorhergesehen werden. Es bestand somit die Möglichkeit, letzten Endes doppelt vertraglich gebunden zu sein und zu viele Transportkapazitäten erstanden zu haben. Auch konnte nicht davon ausgegangen werden, dass ein Vertrag mit einem anderen Anbieter zu denselben Bedingungen geschlossen werden kann. Somit wären auch bei diesem Vorgehen Deckungskäufe zu schlechteren Bedingungen (Schadensposten A) und Kündigungen von Verträgen mit Kunden (Schadensposten B) durchaus möglich, gar wahrscheinlich gewesen. Die blossе Kündigung hätte auf jeden Fall nicht zur Vermeidung des Schadens geführt. Eine allfällige Einrede der fehlenden Vertragsanfechtung durch die Beklagte ist demnach nicht statthaft.
- 49 Nach anhaltender Rechtsprechung des Bundesgerichts geht die Haftung aus culpa in contrahendo bei erfolgreichem Abschluss des Vertrages nicht in der vertraglichen Haftung nach OR 97 auf, sondern kann nach wie vor unabhängig geltend gemacht werden (BGE 77 II 135 E. 2a; bestätigt in Urteil 4C.364/1999 E. 2c)cc; SOMMER S. 1039). OR 41 und c.i.c. sind alternativ konkurrierend (KOLLER OR AT S. 292; BGE 108 II 419 E. 5).

3. Haftung nach OR 41 I

3.1 Schaden

- 50 Der Schaden nach OR 41 berechnet sich nach der Differenz des gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögenstandes und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 127 III 73 E. 4a). Eine solche Differenz besteht

bei Vermehrung der Passiven, Verminderung der Aktiven oder entgangenem Gewinn (BGE 129 III 331 E. 2.1). Vorliegend besteht der Schaden in den angegebenen Schadensposten (Rz 64).

3.2 Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang

- 51 Eine absichtliche Täuschung durch Unterlassen ist per se widerrechtlich, da es sich bei OR 28 um eine Schutznorm i. S. d. objektiven Widerrechtlichkeitstheorie handelt (BGE 108 II 419 E. 5; SCHWENZER N 38.09; BSK-OR I-SCHWENZER Art. 28 N 12). OR 28 stellt somit ein Delikt i.S.v. OR 41 dar (GUHL S. 150 N 11), sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (OR 52). Vorliegend kommt kein Rechtfertigungsgrund in Frage. Die absichtliche Täuschung war natürlich und adäquat kausal für den Schaden (Rz 44).

3.3 Verschulden und Verjährung

- 52 Die schädigende Partei muss urteilsfähig sein und schuldhaft gehandelt haben. Die Pipe-Transport AG ist urteilsfähig i.S.v. ZGB 54 und hat absichtlich, d.h. vorsätzlich, getäuscht und somit schuldhaft gehandelt (Rz 43).
- 53 Sowohl die einjährige, relative Frist, als auch die zehnjährige absolute Frist sind gewahrt (OR 60 I).

4. Haftung aus culpa in contrahendo

4.1 Schaden

- 54 Zu ersetzen ist das negative Vertragsinteresse sowie nach Billigkeit auch der weitere Schaden (BUCHER OR AT S. 223; HUGUENIN N 1554f.). Die Klägerin hat der Beklagten aufgrund der später dargelegten besonderen Umstände (Rz 64ff.) für den vollen Schaden einzustehen (Schadensposten A und B). Der Ersatz des positiven Vertragsinteresses, wie er bei einer späteren Vertragsverletzung i.S.v. OR 97 die Folge gewesen wäre, ist auch hier angezeigt, da ein gültiger Vertrag zustande gekommen ist. Die üblichen Rechtsfolgen der Verletzung von vorvertraglichen Pflichten (Ersatz des negativen Interesses) sind hier nicht zu rechtfertigen.

4.2 Pflichtverletzung und Kausalzusammenhang

- 55 Die Pflichtverletzung der Beklagten bestand in der Verletzung der Aufklärungspflicht bzw. der absichtlichen Täuschung der Beklagten (Rz 43). Die absichtliche Täuschung stellt den Prototyp der culpa in contrahendo dar (KOLLER OR AT S. 425).
- 56 Die Pflichtverletzung war natürlich und adäquat kausal für den Motivirrtum (Rz 44) und somit auch für den entstandenen Schaden.

4.3 Verschulden und Verjährung

- 57 Das Verschulden wird aufgrund der Ähnlichkeit der c.i.c.-Haftung zu OR 97 vermutet (GAUCH/SCHLUEP N 967; BK- KRAMER/SCHMIDLIN Allg. Einleit. N 141).
- 58 Die Verjährung richtet sich analog nach OR 60 I (GAUCH/SCHLUEP N 971; BGE 134 III 390 E. 4.3.2). Sowohl die einjährige, relative Frist, als auch die zehnjährige, absolute Frist sind gewahrt.

III Anspruch auf Schadenersatz der Klägerin aus Vertragsverletzung

1. Anwendbarkeit von OR 97 I

- 59 Unter OR 97 I fallen u.a. Fälle der subjektiven Unmöglichkeit (BSK-OR I-WIEGAND Art. 97 N 11; SCHWENZER N 63.13; BGE 135 III 212 E. 3.1), in denen die Erfüllung dem Schuldner nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann (BGE 135 III 212 E. 3.1). Bei anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit wusste der Schuldner (bzw. hätte wissen müssen), dass er die Verpflichtung nicht erfüllen können wird (BGE 88 II 195 E. 5; BGE 111 II 352 E. 2a). Wird die Leistung erst zu einem späteren Zeitpunkt unmöglich, liegt nachträgliche Unmöglichkeit vor (BSK-OR I-WIEGAND Art. 97 N 8).
- 60 Da der Vertragsabschluss erst am 03.08.13 erfolgte (Einleitanz. N 7) und die Ereignisse, die zur Unmöglichkeit führten bereits am 23.07.13 stattfanden, anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit auszugehen.

2. Verletzung des OR 97 I

2.1. Vertragsverletzung durch die Beklagte

- 61 Die Beklagte hat zwischen dem 1.10.2013 und 23.12.2013 den Vertrag verletzt. Die Beklagte konnte die verbindlich zugesicherte Kapazität von 5'000 Sm³/h (Art. 5 des Transportvertrages) nicht zur Verfügung stellen. Aus diesem Grund verlangt die Klägerin Schadenersatz aus OR 97 I.
- 62 Die Beklagte argumentiert, die Klägerin hätte aufgrund mündlicher Abmachungen keinen Anspruch auf Schadenersatz, da keine Transportgebühren entrichtet wurden. Dies impliziere, dass eine Aufhebung durch Übereinkunft nach OR 115 stattgefunden habe. Die Aufhebung kann prinzipiell auch konkludent erfolgen (BGE 59 II 305 E. 5), sie darf aber in keinem Fall vermutet werden (Urteil 5C.56/2005 E. 3.2). Der Wille der Parteien muss klar zum Ausdruck kommen (BGE 109 II 327 E. 2b). Die Klägerin hatte jedoch keinen Willen, den Vertrag aufzulösen. Die mündliche Vereinbarung betrifft nur die Bezahlung der monatlichen Transportgebühren, erstreckt sich aber nicht auf weitere Pflichten wie die Informations- und Treuepflichten unter den Parteien. Es liegt auch kein Widerruf i.S.v. OR 404 vor. Ein solcher mündlicher Widerruf ist nur gültig falls der Erklärende ohne Zweifel

davon ausgehen konnte, dass dieser von der Gegenpartei als solcher verstanden wurde (BK-FELLMANN Art. 404 N 27). Davon kann hier keine Rede sein, da diesbezüglich keine ausdrückliche Abrede vorliegt. Somit besteht auch während der ersten Periode ein Vertrag zwischen den Parteien.

- 63 Bei einem zweiseitigen Vertrag stellt sich die Frage nach der Gegenleistung der Gläubigerin, wenn die Leistung des Schuldners ausbleibt. Nach der Differenztheorie wird die Leistung der Gläubigerin mit dem Schadenersatz, den die Schuldnerin zu zahlen hat, verrechnet (BUCHER OR AT S. 380). Die Klägerin ging bei der Abrede, sie müssen die Transportgebühr nicht bezahlen davon aus, es handle sich lediglich um eine Verlängerung der Frist nach OR 80. Zum Zeitpunkt der Vereinbarung waren die Dauer des Unterbruchs sowie der daraus entstehende Schaden noch nicht absehbar, weshalb eine direkte Verrechnung nicht möglich war. Ein Aufschub der Frist ist nach Treu und Glauben angebracht.

2.2 Schaden auf Seiten der Klägerin

- 64 Die Klägerin wurde durch die Vertragsverletzung geschädigt. Sie war einerseits zu Deckungskäufen gezwungen (Schadensposition A), andererseits ist ihr Gewinn entgangen (Schadensposition B). Bei analoger Anwendung von OR 191 II ist es der Klägerin gestattet, bei Verzicht auf Lieferung der Ware, der nach OR 190 I bei Verzug vermutet wird, in guten Treuen einen Deckungskauf vorzunehmen. Geht der Erfüllungsanspruch durch Unmöglichkeit unter und wird dies durch den Verkäufer mitgeteilt, muss sich der Käufer um eine Deckung bemühen (BSK-OR I-KOLLER Art. 191 N10). Dies hat die Klägerin getan. Im Weiteren hat die Klägerin nach OR 97 I Anspruch auf das positive Interesse (BSK-OR I-WIEGAND Art. 97 N 46), das auch entgangenen Gewinn umfasst (SCHWENZER N 14.13).
- 65 OR 100 I besagt, dass die Wegbedingung der Haftung bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit nichtig sei. Dies gilt für sämtliche Folgen der Nichterfüllung (SCHMID S. 309) und somit auch für die Geltendmachung von entgangenem Gewinn. Art. 19.2 des Transportvertrages kann also den entgangenen Gewinn nicht in jedem Fall abbedingen und ist, zumindest bei Absicht und grober Fahrlässigkeit der Beklagten, nichtig.
- 66 Nach OR 100 II liegt es im Ermessen des Gerichtes, ob eine Wegbedingung der Haftung, im Falle des Vorliegens eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, als zulässig erachtet wird oder nicht. Neben den klassischen Monopoltätigkeiten sind auch Tätigkeiten, die einer staatlichen Bewilligung bedürfen, zu erfassen (u.a. SCHMID S. 313). Die Bewilligungen beschränken die Anzahl der Betreiber im betreffenden Tätigkeitsbereich und führen dazu, dass sich Kunden dazu genötigt sehen, den Haftungsausschluss zu akzeptieren (SPIRO S. 353-354). Besonders wichtig ist jedoch das durch die Bewilligung vermittelte Ver-

trauen in die Fachkenntnis des Betriebes (STOCKAR S. 38-39). Die Beklagte hat die erforderliche Bewilligung (Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 und Art. 9-11 der Richtlinie 2009/73/EG), um die Pipeline von Bulgarien nach Ungarn zu betreiben. Somit ist die Beklagte in einem konzessionierten Gewerbe tätig, das unter OR 100 II fällt.

67 Selbst wenn es sich nicht um eine Konzession im Sinne des OR 100 II handeln sollte, ist die Wegbedingung der Haftung, im Fall das AGB vorliegen, nicht ohne Weiteres zulässig. Beim Transportvertrag handelt es sich um einen Formularvertrag bzw. Standardvertrag. Dies ist ein Vertrag, der von einer Vertragspartei mit der Absicht vorformuliert wird, ihn bei einer unbestimmten Anzahl künftiger Vertragsschlüsse anzuwenden. Somit enthält ein solcher Vertrag AGB (Urteil 4P.135/2002 E. 3.1). Die Beklagte hatte die nicht verhandelbaren Transportverträge vorformuliert und bei allen Kunden eingesetzt. Die Klägerin musste vor der Teilnahme an der Auktion bereits vorformulierte Auktionsbedingungen akzeptieren. In diesen Bedingungen war u.a. die Verpflichtung zur Unterzeichnung eines gleichlautenden, bei Zuschlag nicht verhandelbaren Vertrages statuiert (Einleitanz. N 5).

68 OR 100 II ist auf alle Standardverträge anwendbar, auch wenn der die AGB verwendende Betrieb kein konzessioniertes Gewerbe betreibt (STOCKAR S. 52). Dies lässt sich damit erklären, dass Standardverträge, worin die Haftung auf die Abnehmer abgeschoben wurde, anfänglich nur von konzessionierten Gewerben verwendet wurden (STOCKAR S. 49f.). Das Problem der systematischen Abwälzung der Risiken kommt aber heute bei allen AGB-Klauseln vor (STOCKAR S. 52f.).

69 Im Hinblick auf das enorme Schadenspotential für Klägerin und Umwelt ist es nicht zu rechtfertigen, dass Art. 19 des Transportvertrages leichtes Verschulden für eine Bejahung der Haftung nicht ausreichen lassen muss. Aus diesen Gründen ersuchen wir das Gericht, leichtes Verschulden für die Haftung bereits genügen zu lassen und somit die Wegbedingung der Haftung aufzuheben.

2.3 Der Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Vertragsverletzung

70 Die Nicht-Lieferung des Erdgases ist nach allgemeiner Lebenserfahrung geeignet, einen Schaden, wie er der Klägerin entstanden ist, zu verursachen. Die Klägerin hatte weitere Verträge geschlossen, die sie trotz Defekt an der Pipeline zu erfüllen hatte. Schäden durch Deckungskäufe und entgangenem Gewinn sind im kaufmännischen Verkehr üblich. Die natürliche und adäquate Kausalität ist gegeben (Def. Rz 44).

2.4 Verschulden der Beklagten

71 Nach OR 97 I muss die Beklagte, entgegen ihrer Behauptung, beweisen, dass sie keinerlei Verschulden trifft.

- 72 Die Beklagte macht „Force Majeure“ geltend (Art. 23 des Transportvertrages). Mit Vorliegen von Force Majeure wäre die Beklagte exkulpiert (BUCHER OR AT S. 347). Bei Force Majeure handelt es sich um ein unvorhersehbares Ereignis mit aussergewöhnlicher Kraft, welcher man sich nicht widersetzen kann (BGE 111 II 429 E. 1b). Jedoch ist nicht jedes ungewöhnliche Ereignis per se ein Fall der Force Majeure. So wäre eine Lawine in den Bergen nicht pauschal eine Force Majeure, sondern nur, wenn sie einen ungewöhnlichen Weg einschlägt, mit dem niemand rechnen musste (KELLER S. 95).
- 73 Die Beklagte wusste auf Grund der Ereignisse im Jahre 2012 und dem daraufhin erstellten Gutachten vom 24.06.13, dass Sie in den folgenden Monaten regelmässig mit weiteren Überschwemmungen, Steinschlägen und Erdbeben rechnen musste (K-14). Die Beklagte kann sich nicht durch die Force Majeure exkulpiieren. Vielmehr wäre es bei vernünftigem und vorsichtigem Betrieb ihre Pflicht gewesen, sich rechtzeitig um allfällige Alternativen zu bemühen. Wartungsarbeiten und die Sicherung des Flussbettes waren zwar geplant, jedoch wurden keine Alternativen, wie beispielsweise eine Umleitung, abgeklärt.
- 74 Fahrlässigkeit ist ein objektiv zu messender Mangel an Sorgfalt (BSK-OR I-HEIERLI/SCHNYDER Art. 41 N 48a). Um die Sorgfaltspflicht zu bestimmen dienen gesetzliche Regelungen (BSK-OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 48a), allgemein anerkannte Verhaltensregeln (BGE 130 IV 7 E. 3.3) und der allgemeine Gefahrensatz (Urteil 4A_520/2007 E. 2.1). Im Frachtvertragsrecht wird der Massstab der Sorgfalt anhand von OR 440 II i.V.m. OR 398 I bestimmt (HUGUENIN N 3262 und N 3507) und richtet sich daher i.S.v. OR 321e II nach „den Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften des Beauftragten, die der Auftraggeber gekannt hat oder hätte kennen müssen“ (BGE 127 II 357 E. 1c). Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn elementarste Sicherheitsgebote, die sich jedem vernünftigen Menschen aufdrängen, ausser Acht gelassen werden (u.a. BGE 95 II 333 E. 6a).
- 75 Da die PipeTransport AG sich ausschliesslich mit dem Betrieb einer Pipeline beschäftigt, muss davon ausgegangen werden, dass sie über hohe Fachkenntnisse und Fähigkeiten in diesem Gebiet verfügt. Es ist daher ein sehr strenger Sorgfaltsmassstab anzuwenden. Die ersten Probleme mit Erdbeben und Steinschlägen traten bereits im Sommer 2012 auf. Im Winter 2013 wurden die gängigen Instandhaltungsmassnahmen durchgeführt, die nach der Einschätzung der Behörde auch für den normalen Betrieb genügten (K-13). Die Beklagte bemühte sich jedoch nicht darum, weitere Schutzvorkehrungen zu treffen, indem sie z.B. Verbauungen anbrachte, um ihre Anlage vor Steinschlägen oder Erdbeben zu sichern. Auch ist nicht bekannt, ob die Beklagte alternative Routen oder Transportmethoden abklärte, um die der Kundschaft zugesicherten Kapazitäten auch bei Störungsfällen liefern zu

können. Jeder vernünftige Mensch weiss um das Gefahrenpotenzial von Erdgas. Die Beschädigung einer Gasleitung kann verheerende Folgen haben, weil das darin enthaltene Erdgas leicht entzündlich ist. Zudem können auch schon bei kleinen Unterbrüchen grosse finanzielle Schäden entstehen. Eine vernünftige und vorsichtige Betreiberin einer Pipeline sollte schon bei Verdacht das Gefahrenpotenzial abklären und anschliessend Massnahmen zur Sicherung der Pipeline einleiten oder alternative Transportwege suchen. Die Beklagte hat grobfahrlässig gehandelt, indem sie diese Abklärungen und Massnahmen unterliess.

- 76 Fazit: Die Beklagte sei wegen unterbliebener Lieferung des Gases zum vollumfänglichen Ersatze der Schadenspositionen A und B zu verurteilen. Eine etwaige Exkulpation über die Force Majeure scheitert.

IV Reduktion des Transportpreises während der zweiten Periode

1. Analoge Rechtsanwendung

- 77 Das Frachtvertragsrecht regelt den Fall, dass die Transportgebühr wegen möglichen Unterbrüchen im Transport zu reduzieren sei, nicht. Auch unter Anwendung von OR 440 II lassen sich im subsidiären einfachen Auftragsrecht keine Bestimmungen finden. Daher ersuchen wir das Gericht einen Analogieschluss zu ziehen. Nach Bundesgericht ist eine Analogie zulässig, wenn hinreichend gleich gelagerte Verhältnisse bestehen, was bedeutet, dass die gesetzlich geregelte und die zuregelnde Thematik genügend sachliche Gemeinsamkeiten aufweisen (BGE 130 V 71 E. 3.2.1). Es handelt sich nicht um einen Mietvertrag, da es der Transportkapazität an Sachqualität mangelt (Rz 25). Nichtsdestotrotz weist der Vertrag einige Elemente des Mietvertrags auf, welche eine analoge Anwendung rechtfertigen. Es handelt sich um ein Dauerschuldverhältnis, in dem gegen periodische Zahlungen eine Transportkapazität zur Verfügung gestellt wird (Rz 32). Auch zum Kaufvertrag bestehen Ähnlichkeiten, welche eine analoge Anwendung zu rechtfertigen vermögen. Im Rahmen einer Versteigerung wurden Transportkapazitäten zu einem bestimmten Preis erstanden, die zwar keine Kaufgegenstand per se darstellen, aber dennoch von derart ähnlicher Natur sind, dass sie die Rechtsfolgen der Sachgewährleistung als sachgerecht erscheinen lassen.

2. Mietzinsreduktion aufgrund von OR 259d analog

2.1 Mangel an der Kapazität

- 78 „Eine Sache ist mangelhaft, wenn ihm eine vertraglich zugesicherte oder eine sich aus dem vertraglichen Gebrauchszweck ergebende Eigenschaft fehlt“ (Urteil 4C.384/2005 E 2.1). Des Weiteren ist eine Sache auch mangelhaft, wenn sie nur eingeschränkt genutzt werden kann (CHK-HEINRICH Art. 258 N 2). Der Mangel muss dem Vermieter zurechenbar sein (ZÜST N 298), d.h. der Mieter hat den Mangel weder selbst zu verantworten noch

auf eigene Kosten zu beseitigen (OR 259a I). Es wurde eine verbindliche Kapazität zugesichert (Art. 5 des Transportvertrages). Da die Kapazität nicht garantiert werden konnte, liegt ein Mangel in Form des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft vor. Auch hat die Klägerin den Mangel weder zu verantworten, noch selbst zu beseitigen.

- 79 OR 259d erfasst schwere, mittlere und auch vorbestehende kleine Mängel (ZÜST N 303). Letztere sind gegeben, wenn sich der Gebrauch um mindestens 5% vermindert oder ein Mangel unter 5% für eine lange Zeit besteht (Urteil 4C.97/2003). Nach Verordnung (EG) 715/2009 14 I b stellt der Preisunterschied zwischen verbindlicher und unverbindlicher Kapazität die Wahrscheinlichkeit der Unterbrechung dar. Wenn jederzeit mit Unterbrüchen gerechnet werden muss (Rz. 20 Einleitungsanzeige), sind eine Unterbruchswahrscheinlichkeit und ein Mangel von mehr als 5% gegeben.

2.2 Kenntnis der Beklagten über den Mangel

- 80 Die Beklagte hatte Kenntnis vom Mangel, da sie selbst die Notleitung errichtet hatte und vom damit verbundenen Risiko der Unterbrechung der Lieferung wusste.

2.3 Geltendmachung der Herabsetzung

- 81 Eine Herabsetzung kann sogar rückwirkend geltend gemacht werden (BGE 130 III 504 E. 5.1), d.h. nach Behebung des Mangels oder sogar nach der Beendigung des Mietverhältnisses (BSK-OR I-WEBER Art. 259d N 4). Es ist keine besondere Erklärung des Mieters nötig (BSK-OR I-WEBER Art. 259d N 4). Der Rückforderungsanspruch entsteht wie der Mietzins periodisch und verjährt gemäss OR 128 Ziff. 1 innert 5 Jahren (BGE 130 III 504 E. 6). Die Klägerin kann den Schaden geltend machen, da die Forderung weder verjährt noch die Geltendmachung in der zweiten Gesprächsrunde inkorrekt ist.

3. Eventualiter: Minderung des Kaufpreises der mangelhaften Kaufsache aufgrund von OR 205 I analog

3.1 Vorliegen eines Mangels

- 82 OR 205 I i.V.m. OR 197 setzt für die Minderung des Kaufpreises einen Mangel voraus. Ein Mangel kann auch im Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft bestehen (OR 197 I). Eigenschaften sind diejenigen Merkmale einer Kaufsache, die nach Verkehrsanschauung oder nach individuellem Interesse des Käufers den Wert und die Tauglichkeit beeinflussen (KELLER/SIEHR S. 73). Jede verbindliche Äusserung des Verkäufers über objektiv feststellbare Eigenschaften gilt als deren Zusicherung (KELLER/SIEHR S. 73 f.). Die Zusicherung der Verbindlichkeit der Gaslieferung ergibt sich aus Art. 5 des Transportvertrages. Da nur unterbrechbar geliefert wurde, ist von einem Mangel auszugehen.

3.2 Bestehen des Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs

83 Schliesslich muss das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft spätestens im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges zumindest im Keime vorhanden sein (HK OR-KRIESTOWIECZ Art. 198 N 13; BGE 88 II 410 E. 3a). Die Lawine ging während Versteigerung nieder, also ist dies nach OR 185 I der Fall.

3.3 Keine Kenntnis der Klägerin vom Fehlen des Mangels

84 Die Klägerin wurde weder vor noch während der Versteigerung informiert. Sie konnte frühestens am Abend des 23. Juli 2013 von dem Vorfall Kenntnis erlangen, als ein kurzer Text auf der Webseite der Beklagten aufgeschaltet wurde (K-17).

3.4 Mangelrüge, Ausschluss der Sachgewährleistung und Verjährung

85 Nach OR 201 I muss die Käuferin eine Sache prüfen und allfällige Mängel rügen. Da die Beklagte selber den Mangel entdeckte und die Klägerin keinen Zugang zur Pipeline hatte, um diese selber zu prüfen, ist im konkreten Fall keine klassische Mangelrüge nötig.

86 Ein Ausschluss der Sachgewährleistung ergibt sich auch nicht aus Art. 19 des Transportvertrages, da diese Klausel nicht anwendbar ist (Rz 64ff.). Eine Force Majeure liegt ebenfalls nicht vor (Rz 72ff.).

87 Das Recht auf Sachgewährleistung verwirkt innert 2 Jahren (OR 210 I). Diese Frist ist vorliegend gewahrt.

4. Reduktion der Transportgebühren wegen Grundlagenirrtums (OR 23/24 I 4 i.V.m. OR 20 II)

88 Die Klägerinnen berufen sich auf einen Grundlagenirrtum nach OR 24 I 4. Die Voraussetzungen für Ungültigkeit wegen Grundlagenirrtum sind das Vorhandensein eines Irrtums und dessen Wesentlichkeit. Ausserdem darf das Recht auf Ungültigkeitserklärung nicht verwirkt sein. Ein Verschulden wird nicht vorausgesetzt. Der Grundlagenirrtum betrifft die Vertragsgültigkeit, die Sachgewährleistung und die Mietzinsreduktion hingegen die Vertragserfüllung (HUGUENIN N 2703; KELLER/SIEHR S. 107f.). Somit werden vorliegend beide Rechtsgrundlagen alternativ angerufen.

4.1 Vorliegen eines wesentlichen Irrtums

89 „Ein Irrtum ist gegeben, wenn [...] ihr [die Partei] Vertragswille auf einer falschen oder fehlenden (sog. ignorantia) Vorstellung über die tatsächliche Sachlage beruht“ (HUGUENIN N 470). Die Klägerin ging davon aus, sie gehe mit der Beklagten einen Vertrag mit verbindlicher Kapazität ein. Die Kapazität konnte de facto nur unterbrechbar garantiert werden. Somit liegt ein Motivirrtum vor (Rz 44).

90 Die Wesentlichkeit des Irrtums ist in eine subjektive und eine objektive Komponente aufgeteilt. Subjektiv wesentlich ist der Irrtum, wenn aus der Sicht der Irrenden die Bindung unzumutbar erscheint, da sich der Irrtum auf eine notwendige Grundlage des Vertrages bezieht. Objektiv wesentlich ist er, wenn nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die Bindung als unzumutbar erscheint (HUGUENIN N 511f.). Die Ereignisse vor Vertragsabschluss am 23.07.13 sorgten dafür, dass während der zweiten Periode, wegen Reparaturarbeiten an der Pipeline, mit Unterbrüchen des Transports gerechnet werden musste. Die Verbindlichkeit der Transportkapazität war kausal für den Abschluss des Vertrags (Einleitanz. N 33/34). Die objektive Wesentlichkeit ergibt sich aus der Tatsache, dass in der EUNorm (Art. 14 Abs. 1 lit. b der Verordnung NR. 715/2009) explizit zwischen garantierter und unterbrechbarer Kapazität unterschieden und ein entsprechend angepasster Preis gefordert wird. Es entspricht also der allgemeinen Geschäftspraxis, dass Verträge mit garantierter und unterbrechbarer Kapazität nicht zu den gleichen Konditionen abgeschlossen werden. Subjektiv ist der Irrtum wesentlich, da die Klägerin den Vertrag mit unterbrechbarer Kapazität nicht zu diesem Preis abgeschlossen hätte. Der Irrtum ist wesentlich.

4.2 Keine Verwirkung

91 Nach OR 31 muss der Irrende den Irrtum innerhalb eines Jahres ab Entdeckung geltend machen. Andernfalls verwirkt er sein Recht, sich auf Ungültigkeit zu berufen. Weiter darf die Berufung auf den Irrtum nicht gegen Treu und Glauben verstossen (OR 25 I). Die Klägerin erfuhr von der nicht garantierten Kapazität gegen Ende Dezember 2013, als die Notleitung erstellt und genehmigt wurde. Die Einleitungsanzeige wurde am 29.05.14 eingereicht. Die Jahresfrist ist nicht abgelaufen. Die Berufung auf den Irrtum verstösst auch nicht gegen OR 25 I. Somit ist das Recht nicht verwirkt.

4.3 Teilungültigkeit

92 Die Klägerin verlangt eine Reduktion der Transportgebühr. Eine Auflösung des Vertrags ist nicht in ihrem Interesse. Sowohl das Bundesgericht als auch ein gewichtiger Teil der Lehre anerkennen die Möglichkeit, bei Willensmängeln von blosser Teilnichtigkeit (OR 20 II) auszugehen, wenn dies sachlich gerechtfertigt erscheint (BGE 96 II 101 E. 3; KOLLER OR AT S. 272 N 99). Dies ist vorliegend der Fall, da eine Aufhebung des Vertrags der Klägerin nicht zugemutet werden kann (Rz. 48) und von keiner der Parteien angestrebt wird (Rz 47f.). Das Bundesgericht hat in einer sehr ähnlichen Konstellation angenommen, dass eine wiederkehrende Zahlung wegen Grundlagenirrtums nach OR 24 I 4 i.V.m. OR 20 II zu reduzieren sei (BGE 107 II 419 E. 3). Dieses Vorgehen ist auch hier angezeigt.