

**Moot Court Team 8**  
Nadine Küng  
Janis Matthys  
Gilles Steiger  
Miriam Weingartner

**EINSCHREIBEN**

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

12. Dezember 2014

**KLAGESCHRIFT**

**Swiss Rules Fall Nr. 250123-2014**

In Sachen

**GAS SUPPLY GMBH (DEUTSCHLAND)**

Klägerin 1

**FRANCE PETROL SA (FRANKREICH)**

Klägerin 2

**TRANSSIB OIL OJSC (RUSSLAND)**

Klägerin 3

vertreten durch Moot Court Team 8

gegen

**PIPETRANSPORT AG (SCHWEIZ)**

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrter Herr Präsident Bosch,  
sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Roth,  
sehr geehrter Herr Schiedsrichter Vollenweider,

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

Literaturverzeichnis .....	III
Entscheidverzeichnis .....	IX
I. Prozessuales.....	1
1. Das Schiedsgericht ist für Ansprüche aus Transportvertrag und MoU zuständig.....	1
2. Das Schiedsgericht ist für Ansprüche aller Klägerinnen zuständig.....	2
a) Ein durch die Klägerinnen gemeinsam eingeleitetes Verfahren ist zulässig.....	3
b) Eine Konsolidierung wäre möglich gewesen .....	4
c) Die Beklagte kann nur einen Schiedsrichter wählen .....	5
3. Zwischenfazit.....	6
II. Materielles erste Periode.....	6
1. Die Beklagte schuldet der Klägerin Schadenersatz .....	6
2. Vertragsqualifikation .....	6
a) Der Transportvertrag ist als Frachtvertrag zu qualifizieren.....	6
b) Es liegt ein bedingter Vertrag vor .....	7
3. Die expliziter Vorbehalt des Schadenersatzes seitens Klägerin ist nicht notwendig .....	8
4. Eine Haftungsfreizeichnung für grobfahrlässiges Verhalten ist nicht möglich .....	8
5. Die Beklagte hat ihre Pflichten verletzt.....	8
a) Die Beklagte hat die gesetzlichen Pflichten verletzt .....	9
b) Die Beklagte hat den Transportvertrag verletzt.....	10
c) Die Beklagte hat das MoU verletzt.....	10
6. Durch die Vertragsverletzung ist ein Schaden entstanden.....	12
7. Die Pflichtverletzungen waren für den Schaden kausal .....	12
8. Die Beklagte hat den Schaden schuldhaft verursacht.....	12
9. Die Beklagte kann sich nicht auf einen Force Majeure Umstand berufen .....	14

a)	Es lag kein Force Majeure Umstand vor .....	14
b)	Eventualiter: Zu späte Anzeige des Force Majeure Umstandes.....	15
c)	Eventualiter: Ungenügende Substantiierung des Force Majeure Umstandes.....	16
10.	Zwischenfazit.....	17
III.	Materielles zweite Periode.....	17
1.	Der Transportpreis ist aufgrund einer Schlechterfüllung zu reduzieren.....	17
a)	Die Beklagte hat den Transportvertrag schlecht erfüllt.....	17
b)	Der Transportpreis ist trotz Fehlen einer Vermögensminderung zu reduzieren .....	18
c)	Die Beklagte trifft für die Schlechtleistung ein Verschulden.....	18
d)	Zwischenfazit .....	19
2.	Eventualiter: Der Transportpreis ist aus modifizierter Teilnichtigkeit zu reduzieren .....	19
a)	Ein Grundlagenirrtum seitens der Klägerin lag vor.....	19
b)	Die subjektive und objektive Teilbarkeit des Vertrages sind gegeben.....	20
c)	Zwischenfazit.....	20

## Literaturverzeichnis

- ARROYO MANUEL (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland - The Practitioner's Guide: Commentary*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2013 (zit. *Arbitration in Switzerland-BEARBEITERIN*)  
Rz. [17]
- BEALE HUGH/LANDO OLE, *Principles of European Contract Law Parts I and II*, 2. Auflage, Den Haag 2000 (zit. *BEALE/LANDO*)  
Rz. [71]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2. Auflage, Bern 2010 (zit. *BERGER/KELLERHALS*)  
Rz. [5, 6, 17]
- BREHM ROLAND, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 4. Auflage, Bern 2013 (zit. *BK OR-BREHM*)  
Rz. [65]
- BRUNNER CHRISTOPH, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Austin 2009 (zit. *BRUNNER*)  
Rz. [71, 75]
- DERENDINGER PETER, *Die Nicht – und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, 2. Auflage, Diss. Universität Freiburg 1990 (zit. *DERENDINGER*)  
Rz. [84, 90]
- DOMENICONI ALEX, *Letter of Intent, Zürcher Studien zum Privatrecht, Diss. Universität Zürich* 2013 (zit. *DOMENICONI*)  
Rz. [55]
- FELLMANN WALTER, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394 – 406 OR*, Bern 1992 (zit. *BK OR-FELLMANN*)  
Rz. [43, 83]

FONTAINE MARCEL/DE LY FILIP, *Drafting International Contracts, An Analysis of Contract Clauses*, 2. Auflage, Leiden/Boston 2009 (zit. FONTAINE/DE LY)

Rz. [75, 79]

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

Rz. [31, 38, 61, 96, 102]

GMÜR PHILIPP, *Die Vergütung des Beauftragten, Ein Beitrag zum Recht des einfachen Auftrages*, Diss. Universität Freiburg 1994 (zit. GMÜR)

Rz. [88]

GÖKSU TARKAN, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. GÖKSU)

Rz. [3]

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. [31, 96]

HEUSSEN BENNO/PISCHEL GERHARD/JUNKER MARKUS/KNESEBECK DIRK, *Letter of Intent: Absichtserklärungen, Geheimhaltungsvereinbarungen, Optionen, Vorverträge*, 2. Auflage, Köln 2014 (zit. HEUSSEN/PISCHEL/JUNKER/KNESEBECK)

Rz. [51]

HOFSTETTER JOSEF, *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse*, Band VII/6, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 2. Auflage, Basel 2000 (zit. HOFSTETTER)

Rz. [83]

HOLLAND HUBERT/VON WALDSTEIN THOR (Hrsg.), *De Gruyter Kommentar, Binnenschiffahrtsrecht*, 5. Auflage, Berlin 2007 (zit. HGB-BEARBEITERIN)

Rz. [30]

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KUKO OR-BEARBEITERIN)

Rz. [29, 43]

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, Bern 2010 (zit. HONSELL)

Rz. [83]

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

Rz. [3, 6, 7]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK OR I-BEARBEITERIN)

Rz. [29, 31, 38, 41, 43, 61]

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

Rz. [29, 96, 98]

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft (Art. 319-529 OR), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK OR-BEARBEITERIN)

Rz. [30, 36, 43, 46, 83, 90, 91, 100]

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

Rz. [57]

KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991 (zit. BK OR- KRAMER)  
Rz. [51]

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit. BK OR- KRAMER/SCHMIDLIN)  
Rz. [3]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009 (zit. OFK-BEARBEITERIN)  
Rz. [83]

LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANCOIS/REYMOND CLAUDE, Le Droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989 (zit. LALIVE/POUDRET/REYMOND)  
Rz. [13]

LUTTER MARCUS, Der Letter of Intent: Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen, 3. Auflage, Köln 1998 (zit. LUTTER)  
Rz. [51]

MATT ISABEL, Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, Zürcher Studien zum Privatrecht, Diss. Universität Zürich 2014 (zit. MATT)  
Rz. [31, 33]

MEIER ANDREA, Multi-party Arbitrations, in: ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland - The Practitioner's Guide: Commentary, Wolters Kluwer, Den Haag 2013 (zit. MEIER)  
Rz. [11, 13, 15]

POUDRET JEAN-FRANCOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Auflage, London/Zürich 2007 (zit. POUURET/BESSON)  
Rz. [13, 21]



REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 2008 (zit. REY)

Rz. [63]

SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich 2012 (zit.

SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP)

Rz. [30]

SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b: Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Auflage, Bern 2013 (zit. BK OR- SCHMIDLIN)

Rz. [95, 100]

SCHNYDER ANTON K./PORTMANN WOLFGANG/MÜLLER-CHEN MARKUS, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich 2013 (zit. SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN)

Rz. [63]

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

Rz. [31, 84]

SOETEBEER ANNETTE, Der Begriff der höheren Gewalt im Europäischen Wirtschaftsrecht, Eine Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof, Diss. Universität Hamburg 2009 (zit. SOETEBEER)

Rz. [71, 75]

TERCIER PIERRE/ FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4. Auflage, Genf/Zürich 2009 (zit. TERCIER/FAVRE)

Rz. [83]

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, art. 1-529 CO, 2. Auflage, Basel 2012 (zit. CR CO I- BEARBEITERIN)

Rz. [29, 30]

VOSER NATHALIE, Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties in: VAN DEN BERG ALBERT JAN (Hrsg.), 50 Years of the New York Convention, Alphen aan den Rijn 2009, S. 343-410 (zit. VOSER)  
Rz. [11]

WERRO FRANZ, Le mandat et ses effets, Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations, Analyse critique et comparative, Habil. Freiburg 1993 (zit. WERRO)  
Rz. [84]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, 2. Auflage, Zürich 2013 (zit. Swiss Rules- BEARBEITERIN)  
Rz. [6, 8, 11, 17, 18, 24]

## **Entscheidverzeichnis**

### **Entscheide des Bundesgerichts**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

13. November 1961

BGE 87 II 290

Rz. [83, 90]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

21. Mai 1974

BGE 100 II 134

Rz. [71]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

28. November 1978

BGE 104 II 314

Rz. [71]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

10. November 1981

BGE 107 II 419

Rz. [95]

Urteil des eidgenössischen Versicherungsgerichts vom

21. Dezember 1992

BGE 118 V 305

Rz. [63]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

19. April 1994

BGE 120 II 155

Rz. [23]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
5. Dezember 1995  
BGE 122 III 10  
Rz. [31]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
26. Juni 1997  
BGE 123 III 292  
Rz. [95]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
17. November 1997  
BGE 124 III 57  
Rz. [100]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
2. Juli 1998  
BGE 124 III 423  
Rz. [83]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
8. Dezember 1999  
BGer 4P.154/1999  
Veröffentlicht in Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht  
(SZIER) 4/2000, S. 583ff.  
Rz. [5]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
18. Juli 2000  
BGE 126 III 388  
Rz. [59]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
8. März 2001  
BGer 4C.225/2000  
Rz. [61]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
28. Juni 2001  
BGE 127 III 357  
Rz. [43]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
2. Juli 2001  
BGer 4C.36/2001  
Rz. [53]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
18. Oktober 2001  
BGE 128 III 50  
Rz. [3]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
8. Juli 2003  
BGE 129 III 675  
Rz. [3]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. November 2003  
BGE 130 III 66  
Rz. [3]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
4. Dezember 2003  
BGE 130 III 49  
Rz. [95, 100]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
25. Januar 2005  
BGE 131 III 217  
Rz. [51]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
20. Dezember 2005  
BGE 132 III 359  
Rz. [57]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. Dezember 2007  
BGer 4A.424/2007  
Rz. [61]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
12. Juni 2008  
BGer 4A.16/2008  
Rz. [95]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
23. April 2009  
BGer 4A\_398/2007  
Veröffentlicht in Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 105/2009, S. 325ff.  
Rz. [31]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Dezember 2009  
BGer 4A.240/2009  
Rz. [79]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
19. November 2012  
BGE 139 III 49  
Rz. [43]

## **Entscheide kantonaler Gerichte**

Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom

16. August 2013

Veröffentlicht in Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung (FZR) 4/2013, S. 305ff.

Rz. [51]

Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom

18. Mai 1999

Veröffentlicht in Praxis des Kantonsgericht Graubünden (PKG) 3/1999, S. 19ff.

Rz. [90]

Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom

15. April 2011

ZK2-09-59

Rz. [29]

Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom

6. Januar 2010

HG.2008.42

Rz. [41]

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom

7. Juni 2012

HG100031

Rz. [102]

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom

25. November 2013

HG110170

Rz. [83]

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom

27. März 2014

HG100356

Rz. [63]

Urteil des Obergerichts Zürich vom

11. September 2011

Veröffentlicht in Swiss Arbitration Association (ASA) Bulletin 4/2002, S. 694ff.

Rz. [23]

### **Entscheide ausländischer Gerichte**

Urteil des Schiedsgerichts der International Chamber of Commerce von

1974

ICC Award, Case No. 2478

Veröffentlicht auf [www.trans-lex.org/202478](http://www.trans-lex.org/202478)

Rz. [75]

Urteil des europäischen Gerichtshofes vom

11. Juli 1985

Rechtssache C-101/84 - Kommission / Italien

Rz. [75]

Urteil des europäischen Gerichtshofes vom

13. Dezember 2001

Rechtssache C-1/00 - Kommission/Frankreich

Rz. [75]

Urteil des Federal Arbitrazh Court of the Volgo-Vyatsky District vom

27. Juni 2003

Izhevsk Electromechanical Plant Kupol v. Eniseistroi

Veröffentlicht auf [www.unilex.info/case.cfm?id=1598](http://www.unilex.info/case.cfm?id=1598) (besucht am: 10. Dezember 2014)

Rz. [71]

Urteil des Centro de Arbitraje de México vom

30. November 2006

Arbitral Award

Veröffentlicht auf [www.unilex.info/case.cfm?id=1149](http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149) (besucht am: 10. Dezember 2014)

Rz. [71]



## **I. Prozessuales**

1 In der Einleitungsantwort wird die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes für Ansprüche der Klägerin 1 aus Transportvertrag (K-3) nicht bestritten. Die Beklagte erhebt jedoch die Einrede der Unzuständigkeit bezüglich den Ansprüchen der Klägerin 1 aus dem Memorandum of Understanding (MoU). Weiter erhebt sie die Einrede der Unzuständigkeit bezüglich den Ansprüchen der Klägerinnen 2 und 3, sowohl aus den jeweiligen Transportverträgen, als auch aus dem MoU. Wie darzulegen sein wird, sind beide Einreden der Beklagten unbegründet.

### **1. Das Schiedsgericht ist für Ansprüche aus Transportvertrag und MoU zuständig**

2 Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die Klägerin 1. Sie gelten sinngemäss auch für die Klägerinnen 2 und 3, da sie alle das MoU, die Statuten und die überwiegend gleichlautenden Transportverträge unterzeichnet haben. Die Beklagte begründet die Einrede der Unzuständigkeit damit, dass die jeweiligen im Transportvertrag und MoU enthaltenen Schiedsklauseln aufgrund der verschiedenen Schiedsgerichtsorte nicht kompatibel seien. Wie zu zeigen sein wird, können die Verfahren trotzdem zusammen geführt werden.

3 Das Schiedsgericht entscheidet Kraft seiner in Art. 21 Abs. 1 Swiss Rules und Art. 186 Abs. 1 IPRG verankerten Kompetenz-Kompetenz selber über seine Zuständigkeit (BGE 128 III 50 E. 2c bb aaa; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER, Art. 186 N 2). Schiedsvereinbarungen sind nach den allgemeinen Auslegungsprinzipien für Willenserklärungen auszulegen (BGE 129 III 675 E. 2.3; GÖKSU, N 534). Damit ist primär der tatsächliche Parteiwille zu ermitteln und subsidiär nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 130 III 66 E. 3.2; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 67). Die verschiedenen Klauseln und abgeschlossenen Verträge sollten dabei nicht autonom, sondern stets im Zusammenhang miteinander betrachtet werden (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 26).

4 Aus dem Wortlaut der Verträge geht hervor, dass der tatsächliche Parteiwille darin bestand, alle allfälligen Streitigkeiten auf dem Wege der Schiedsgerichtsbarkeit beizulegen. Es lässt sich kein Parteiwille dazu ermitteln, ob die Parteien ein Verfahren mit verschiedenen Anspruchsgrundlagen wollten. Nach dem Vertrauensprinzip beurteilt ist die beträchtliche Ähnlichkeit der drei Schiedsklauseln so zu verstehen, dass die Beklagte ein einziges Verfahren zwischen ihr und der Klägerin 1 aus verschiedenen Anspruchsgrundlagen in Betracht gezogen hat. Alle Schiedsklauseln sehen die Swiss Rules als anwendbare institutionelle Schiedsordnung vor und legen einen Schiedsort in der Schweiz fest. Jegliche Streitigkeiten sollen zudem vor einem dreiköpfigen Schiedsgericht ausgetragen werden. Das Einzige, was gegen ein gemeinsames Verfahren spricht, sind die in den verschiedenen Schiedsklauseln genannten un-

terschiedlichen Schiedsgerichtsorte. Dies ist jedoch, wie sogleich dargelegt wird, kein Hindernis dafür, die Verfahren gemeinsam zu führen.

- 5 Zwei inhaltlich nicht übereinstimmende Schiedsklauseln führen in der Regel zu verschiedenen Verfahren (BERGER/KELLERHALS, N 478). Das Festhalten einer Partei daran zwei getrennte Verfahren aufgrund von verschiedenen Schiedsklauseln zu führen, kann als ungerechtfertigt erachtet werden, wenn kein legitimer Zweck damit verfolgt wird (BGer 4P.154/1999 E. 2e aa).
- 6 Vorliegend kommt das 12. Kapitel des IPRG zur Anwendung (Verfügung Nr. 1 Rz. 9). Auch wenn der Sitz des Schiedsgerichtes strittig ist, befindet er sich doch in Zug oder Zürich und damit in der Schweiz. Die *lex arbitri*, das anwendbare Schiedsverfahrensrecht, wird durch den Sitz des Schiedsgerichtes bestimmt (BERGER/KELLERHALS, N 688). Für internationale Sachverhalte ist in der ganzen Schweiz das IPRG als *lex arbitri* anwendbar (BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, Art. 176 N 17). Der einzig relevante Unterschied bei zwei verschiedenen Schiedsorten innerhalb der Schweiz ist die allfällige Zuständigkeit der staatlichen Gerichte und damit des *juge d'appui* (Swiss Rules-JERMINI/GAMBA, Art. 16 N 16; BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, Art. 176 N 22).
- 7 Für die Beklagte ändert sich mit dem Führen eines einzigen Verfahrens anstelle von zwei Verfahren an verschiedenen Schiedsorten nur die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte. Alle anderen relevanten Einflüsse, wie die *lex arbitri* oder ein allfälliger Rechtsmittelweg (vgl. BSK IPRG-PFIFNER/HOCHSTRASSER, Art. 176 N 18), sind bei einem oder zwei Verfahren gleich. Es gibt keinen sachlichen Grund an zwei voneinander getrennten Verfahren festzuhalten. Deshalb ist die Ablehnung eines einzigen Verfahrens durch die Beklagte rechtmisbräuchlich, da sie damit keinen legitimen Zweck verfolgt.
- 8 Bei nicht gemeinsamer Einleitung, wäre eine Konsolidierung der Verfahren zwischen der Klägerin und der Beklagten möglich gewesen (zu den Voraussetzungen siehe Rz. 17). Solange die *lex arbitri* unverändert bleibt, sollten Verfahren konsolidiert werden können, auch wenn der Sitz sich dabei ändert (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 31), was demnach auch für die Einleitung von Beginn weg gelten sollte.
- 9 Die Verfahren können, wie oben dargelegt, trotz der verschiedenen Schiedsgerichtsorte zusammengeführt werden. Deshalb ist die Einrede der Unzuständigkeit durch die Beklagte unbegründet.

## **2. Das Schiedsgericht ist für Ansprüche aller Klägerinnen zuständig**

- 10 Wie zu zeigen sein wird, ist das Schiedsgericht für die Beurteilung der Ansprüche aller Klägerinnen zuständig.

a) *Ein durch die Klägerinnen gemeinsam eingeleitetes Verfahren ist zulässig*

- 11 Die Beklagte macht in der Einleitungsantwort geltend, dass das Schiedsgericht nicht für Ansprüche aller Klägerinnen zuständig sei. Wie zu zeigen sein wird, ist dieser Einwand unbegründet. Die Beurteilung der Frage, ob ein Schiedsverfahren mit mehreren Parteien zulässig ist, hängt von der Auslegung der Schiedsklausel ab (MEIER, N 5). Es muss berücksichtigt werden, ob die Parteien explizit oder implizit einem Mehrparteienverhältnis zugestimmt haben und ob die *lex arbitri* oder die gewählte Schiedsordnung ein solches zulässt (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 21; VOSER, S. 355).
- 12 Die Parteien haben in Art. 23 der Statuten die Möglichkeit einer Streitigkeit mit mehr als zwei involvierten Gesellschaftern ausdrücklich vorgesehen (K-1). Damit hat die Beklagte einem Mehrparteienverhältnis zugestimmt. Ein Mehrparteienverhältnis wurde auch in den weiteren Schiedsklauseln (Art. 30 K-2 und Art. 33 K-3) nicht ausgeschlossen.
- 13 Wenn keine explizite Einigung zu einem Mehrparteienverfahren vorliegt, kann das Parteiverhalten unter Umständen so interpretiert werden, dass eine Zustimmung zum Mehrparteienverfahren angenommen werden kann (MEIER, N 9). Das Einfügen von identischen Schiedsklauseln kann so interpretiert werden, dass der Wille vorhanden war, die verschiedenen Ansprüche in einem Verfahren zusammenzuführen (LALIVE/POUDRET/REYMOND, S. 151; MEIER, N 12; POUDRET/BESSON, N 240).
- 14 Die Beklagte hat all ihren Kunden dieselben vorformulierten und unabänderbaren Schiedsvereinbarungen in den Auktionsbedingungen unterbreitet. Wenn sie sich nun auf das Prinzip der ‚privity of contracts‘ beruft, ist dieses Verhalten widersprüchlich. Die Beklagte hat den Umstand, dass zwischen ihr und den Klägerinnen die gleichen Vertragsbedingungen gelten, selbst herbeigeführt. Das Berufen auf den Grundsatz der ‚privity of contracts‘ der Beklagten ist nicht zu berücksichtigen. Ihr Verhalten ist so zu interpretieren, dass sie ein Mehrparteienverhältnis bei der Unterzeichnung der Statuten und dem Einfügen der identischen Schiedsklauseln in Betracht gezogen hat.
- 15 Die Parteien haben übereinstimmend die Swiss Rules für anwendbar befunden. Auch diese lassen gemäss Art. 4 ein Mehrparteienverhältnis ausdrücklich zu. Das 12. Kapitel des IPRG sieht keine expliziten Regeln über Mehrparteienverhältnisse vor, schliesst sie aber auch nicht aus (MEIER, N 31).
- 16 Die Beklagte hat einem Mehrparteienverhältnis in den Statuten (K-1) ausdrücklich zugestimmt. Das Einfügen von identischen Schiedsklauseln kann ebenfalls als implizite Zustimmung zum Mehrparteienverhältnis gesehen werden, weshalb eine gemeinsame Klageeinlei-

tung durch die Klägerinnen 1 und 2 sowie der Klägerin 3 zulässig ist. Der Einwand der Beklagten ist unbegründet.

*b) Eine Konsolidierung wäre möglich gewesen*

- 17 Entgegen der Ansicht der Beklagten, wäre bei separaten Klageeinleitungen eine Verfahrensvereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules möglich gewesen. In allen drei Schiedsvereinbarungen werden Verfahren unter den Swiss Rules gewählt, was nicht bestritten wird. Wenn diese für anwendbar erklärt werden, gilt dies als Zustimmung der Parteien zu einer allfälligen Konsolidierung (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 26). Konsolidierung unter den Swiss Rules ist bei mehreren Verfahren mit den gleichen oder unterschiedlichen Parteien möglich (BERGER/KELLERHALS, N 537). Die Kriterien zur Verfahrensvereinbarung sind die jeweiligen Verfahrensstadien (i) und die Zusammenhänge zwischen den Fällen (ii), d.h. sowohl vergleichbare Sachlagen, als auch ähnliche rechtliche Themen (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 28-29; Arbitration in Switzerland-SCHRAMM, Art. 4 Swiss Rules N 16-20).
- 18 i) Eine Konsolidierung erscheint immer unangebrachter, je weiter ein Verfahren fortgeschritten ist (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 33). Die Verfahren würden sich noch in einem frühen Stadium befinden, wenn die Klägerinnen eine Konsolidierung beantragt hätten. Diese wäre deshalb möglich und angebracht gewesen.
- 19 ii) Die Klägerinnen stützen sich alle auf die gleichen Vorfälle an der Pipeline der Beklagten und machen dieselben Schadenspositionen geltend. Es ist nicht von Relevanz, dass die Verträge zu verschiedenen Zeitpunkten geschlossen worden sind. Die unterschiedlichen Vertragschlusszeitpunkte äussern sich vor allem in der Schadenersatzberechnung. Die Sachverhalte sind dem Grunde nach jedoch gleich. Die Frage, ob ein Force Majeure Umstand vorlag, beurteilt sich nach einheitlichen Kriterien. Der Sorgfaltsmassstab und der Umfang der Aufklärungspflicht lassen sich zudem allgemein beurteilen. Alle Klägerinnen bewegen sich in derselben Branche und die Interessen der Parteien sind gleich gelagert. Ebenso entspringen die Ansprüche der Klägerinnen aus dem gleichen rechtlichen Gebiet, da sie die gleichen Ansprüche aus denselben Verträgen geltend machen. Die Parteien sind alle wirtschaftlich und gesellschaftsrechtlich eng miteinander verknüpft und die Klägerinnen sind von der Beklagten alle immer gleichzeitig per E-Mail über dieselben Vorfälle informiert worden. Die Beklagte selber hat die Klägerinnen also als eine einzige Interessensgruppe wahrgenommen und sie folglich immer gleich behandelt. Die Sachverhalte mögen bezüglich des Force Majeure Umstandes und der Aufklärungspflichtverletzung nicht genau gleich sein, sie sind jedoch so ähnlich, dass sie in einem einzigen Verfahren beurteilt werden sollten. Aus diesen Gründen ist eine Konsolidierung insgesamt betrachtet sinnvoll.

20 Weil die Voraussetzungen vorlagen und deshalb eine Konsolidierung möglich gewesen wäre, darf es nicht zum Nachteil der Klägerinnen erwachsen, dass sie die Verfahren von Beginn an zusammen eingeleitet haben.

*c) Die Beklagte kann nur einen Schiedsrichter wählen*

21 Die Beklagte macht in der Einleitungsantwort geltend, dass sie auf ihr Recht besteht, für jedes gesonderte Verfahren einen anderen Schiedsrichter bestellen zu dürfen (Einleitungsantwort Rz. 3). Entgegen der Ansicht der Beklagten ist ein Verfahren mit nur einem von ihr ernannten Schiedsrichter zulässig. Bei der Schiedsrichterbestellung in einem Schiedsverfahren mit mehreren Parteien muss dem Parteiwillen (i) und dem Prinzip der Gleichberechtigung (ii) Rechnung getragen werden (POUDRET/BESSON, N 239).

22 i) Nach Art. 8 Abs. 3 Swiss Rules ist im Mehrparteienverhältnis das Schiedsgericht nach der Parteivereinbarung zu bestimmen. Das MoU, die Statuten und der Transportvertrag sehen alle ein dreiköpfiges Schiedsgericht vor. Aus den Statuten ergibt sich keine Regelung dafür, wie die Schiedsrichter in einem Schiedsverfahren mit mehr als zwei Parteien zu wählen sind. Die Lücke in den Vereinbarungen ist mit der Regelung in Art. 8 Abs. 4 Swiss Rules zu füllen. Diese besagt, dass mehrere Kläger zusammen oder mehrere Beklagte zusammen je einen Schiedsrichter ernennen können.

23 ii) Damit eine unabhängige Rechtsprechung gewährleistet ist, darf das Schiedsgericht insgesamt nicht zum Vor- oder Nachteil einer Partei bestellt worden sein (OGer ZH, ASA Bulletin 4/2002, S. 694, 698). Das Prinzip der Gleichbehandlung der Parteien bleibt gewahrt, wenn mehrere Beklagte in einem Verfahren nur einen gemeinsamen Schiedsrichter benennen dürfen (BGE 120 II 155 E. 6d). Es muss ebenso umgekehrt gelten, dass keine ungleichgewichtige Bestellung des Schiedsgerichtes vorliegt, wenn mehrere Klägerinnen das Verfahren einleiten und die Beklagte nur einen Schiedsrichter bestellen darf. Durch die gemeinsame Klageeinleitung verzichten die Klägerinnen ebenfalls auf ihr Recht, je einen Schiedsrichter zu bestellen. Damit ist das Gleichgewicht im Verfahren gewährleistet.

24 Bei einer nicht gemeinsamen Einleitung wäre eine Konsolidierung der Verfahren möglich gewesen (Rz. 20). Werden Verfahren nach getrennter Einleitung konsolidiert, dann besagt der letzte Satz des Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules, dass dies ein Verzicht der Parteien bedeutet, je einen eigenen Schiedsrichter zu ernennen (Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 35).

25 Die Beklagte darf nur einen Schiedsrichter bestellen und kann nicht auf dem Recht beharren, mehrere zu ernennen.

### 3. Zwischenfazit

26 Das angerufene Schiedsgericht ist dafür zuständig, alle Ansprüche aus dem Transportvertrag und dem MoU der Klägerinnen zu beurteilen. Eine gemeinsame Einleitung des Verfahrens durch alle drei Klägerinnen ist zulässig und die Beklagte hat für das Verfahren einen Schiedsrichter zu bestellen. Die Einrede der Unzuständigkeit durch die Beklagte ist in jeder Hinsicht unbegründet.

## II. Materielles erste Periode

### 1. Die Beklagte schuldet der Klägerin Schadenersatz

27 Wie darzulegen ist, schuldet die Beklagte der Klägerin Schadenersatz gemäss Art. 97 Abs. 1 OR im Umfang von CHF 2'230'000.

### 2. Vertragsqualifikation

28 Wie zu zeigen sein wird, hat die Klägerin mit der Beklagten am 16. Juli 2013 einen bedingten Frachtvertrag gemäss Art. 440 i.V.m. Art. 151ff. OR abgeschlossen.

#### *a) Der Transportvertrag ist als Frachtvertrag zu qualifizieren*

29 Es liegt ein Frachtvertrag vor, wenn eine Pflicht zum Transport einer Sache gegen Vergütung verabredet wird. Als *essentialia negotii* gelten die Angaben über Ort, Empfänger und die Sache, welche transportiert werden soll (KGer GR, ZK2-09-59 E. 3a). Überdies muss mindestens das Prinzip der Entgeltlichkeit anberaumt sein. Frachtgut kann jede transportfähige Sache sein (KUKO OR-BENZ, Art. 440 N 1; BSK OR I-STAEHELIN, Art. 440 N 1f.). Es ist möglich, dass die Person des Absenders mit derjenigen des Empfängers zusammenfällt (HUGUENIN, N 3492; CR CO I-MARCHAND, Art. 440 N 25).

30 Die Beklagte verpflichtete sich gemäss Art. 5 des Transportvertrages (K-3) zum entgeltlichen Transport von Erdgas der Klägerin von Varna/Bulgarien nach Budapest/Ungarn über das Pipelinesystem. Die Klägerin speist das Gas ein und entnimmt es auch selber wieder, wodurch sie sowohl Absenderin als auch Empfängerin ist (Verfügung Nr. 2 Rz. 3). Darüber hinaus stellt Gas in einem abgeschlossenen Behälter eine transportfähige Sache dar (CR CO I-MARCHAND, Art. 440 N 16; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 8). Eine Pipeline ist zudem als ein unter Art. 440ff. OR zu subsumierendes Transportmittel zu qualifizieren (HGB-HOLLAND, § 452 N 7; CHK OR-MONTANARO/V. ZIEGLER, Art. 440 N 16).

*b) Es liegt ein bedingter Vertrag vor*

- 31 Von einem bedingten Vertragsverhältnis nach Art. 151ff. OR ist auszugehen, wenn die Parteien ein zukünftiges, ungewisses Ereignis als Bedingung vereinbaren (BGer 4A\_398/2007 E. 3.1). Dies ist konkludent möglich (BGE 122 III 10 E. 4b; BSK OR I-EHRAT, Vorb. Art. 151-157 N 1). Auch eine Bedingung, geknüpft an den Willen einer Partei, ist zulässig. Während dem Schwebezustand zwischen der Vereinbarung und dem Eintritt der Bedingung verpflichtet das Rechtsverhältnis die Vertragsparteien zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 4018). Um den bedingten Vertrag gehörig erfüllen zu können, müssen alle dazu notwendigen Vorkehrungen getroffen werden. Dies beinhaltet nicht nur eine Unterlassungs- sondern auch eine Handlungspflicht (MATT, S. 244ff.). Missachtet eine Partei diese Pflicht, so begeht sie eine Vertragsverletzung und wird gemäss Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig (GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 9 N 20; SCHWENZER, N 12.04).
- 32 Die Klägerin hat die Auktionsbedingungen mitsamt den Bestimmungen des Transportvertrages der Beklagten am 16. Juli 2013 akzeptiert (Einleitungsanzeige Rz. 4). Dadurch haben die Parteien konkludent vereinbart, der Vertrag komme unter Voraussetzung, dass die Klägerin eine Transportkapazität ersteigert, zustande. Bis zum tatsächlichen Ersteigern der Kapazität befindet sich der Vertrag demnach in einem Schwebezustand.
- 33 Es steht den Parteien gemäss Art. 151 Abs. 2 OR bei einem bedingten Vertragsverhältnis offen, dem Bedingungsseintritt rückwirkende Rechtskraft beizumessen. Diese Abrede kann auch konkludent vereinbart werden (MATT, S. 280).
- 34 Die Beklagte setzt in den Auktionsbedingungen eine Genehmigung des nicht verhandelbaren Transportvertrages voraus (Einleitungsanzeige Rz. 5). Damit zeigt sie ihre Intention, die darin enthaltenen Pflichten seien bereits vor Eintritt der Bedingung als bindend zu erachten. Durch die Annahme der Auktionsbedingungen durch die Klägerin wird dem bedingten Frachtvertrag rückwirkende Rechtskraft auf den 16. Juli 2013 verliehen. Hätte die Beklagte keine Rückwirkung beabsichtigt, so wäre die Einbeziehung des Transportvertrages bereits am 16. Juli weder notwendig noch sinnvoll gewesen. Weiter bestand keine Klausel in den Auktionsbedingungen, welche der Klägerin die Möglichkeit offen gelassen hätte, von einer Unterzeichnung des Transportvertrages abzusehen oder aufgrund der Vorkommnisse diesen zu anderen Konditionen einzugehen (Verfügung Nr. 2 Rz. 8). Der Einwand der Beklagten, das Vertragsverhältnis entfalte erst am 3. August 2013 rechtliche Bindung, ist daher nicht zu hören.

35 Wie gezeigt, sind alle *essentialia negotii* erfüllt und es liegt ein bedingter Frachtvertrag gemäss Art. 440ff. i.V.m. Art. 151ff. OR vor. Durch den bedingten Vertragsabschluss ist der 16. Juli 2013 als massgebender Zeitpunkt der Bindung zu erachten.

### **3. Die expliziter Vorbehalt des Schadenersatzes seitens Klägerin ist nicht notwendig**

36 Dem Einwand der Beklagten, der explizite Vorbehalt von Schadenersatz sei notwendig, ist nicht zu folgen. Die Beklagte macht in Rz. 5 der Einleitungsantwort geltend, dass aufgrund der mündlich vereinbarten Vertragsmodifikation (vgl. Einleitungsanzeige Rz. 18) ein Berufen der Klägerin auf Schadenersatzansprüche in der ersten Periode nicht möglich sei. Grundsätzlich können die Parteien das Vertragsverhältnis aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit nach Art. 19 OR durch beidseitigen Konsens modifizieren. Dem Einwand der Beklagten ist entgegenzuhalten, dass die Modifikation nur Art. 5 und 12 des Transportvertrages betraf. Da keine Vertragsauflösung vereinbart wurde, bleibt die Geltung der restlichen Bestimmungen des Transportvertrages bestehen. Der Schadenersatzanspruch stellt eine Ergänzung zur Leistungspflicht dar und tritt somit neben den vertraglichen Erfüllungsanspruch (CHK OR-FURRER/WEY, Art. 97 N 126).

37 Sofern die weiteren Voraussetzungen des Art. 97 Abs. 1 OR vorliegen, kann die Klägerin Schadenersatz geltend machen.

### **4. Eine Haftungsfreizeichnung für grobfahrlässiges Verhalten ist nicht möglich**

38 Durch eine Freizeichnungsklausel können die Vertragsparteien eine Haftung ausschliessen oder beschränken. Dies ist jedoch nur innerhalb der Schranken des Art. 100 OR möglich. Ein Ausschluss der Haftung für Grobfahrlässigkeit ist demzufolge nicht zulässig. Nur die Haftung für leichte und mittlere Fahrlässigkeit kann ausgeschlossen werden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3083; BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 1).

39 Folglich fällt eine vollständige Haftungsfreizeichnung, wie sie die Beklagte unter Art. 19.2 des Transportvertrages vorformuliert hat (K-3), ausser Betracht. Die Beklagte haftet bei einem grobfahrlässigen Verhalten (Rz. 63ff.).

### **5. Die Beklagte hat ihre Pflichten verletzt**

40 Es wird zu zeigen sein, dass die Beklagte durch ihr Unterlassen sowohl die gesetzlichen Pflichten aus dem Auftragsrecht, den Transportvertrag, als auch das MoU verletzt hat.



a) Die Beklagte hat die gesetzlichen Pflichten verletzt

- 41 Es wird darzulegen sein, dass die Beklagte die gesetzlichen Pflichten aus Art. 440ff. i.V.m. Art. 394ff. OR verletzt hat. Gemäss Art. 440 Abs. 2 OR ist subsidiär Auftragsrecht nach Art. 394ff. OR anwendbar. Bezüglich der Haftung aus Frachtvertrag gilt es zwischen den spezifischen Haftungstatbeständen der Art. 447-449 OR und den subsidiären Haftungsnormen des Auftragsrechts zu unterscheiden. Sofern es sich nicht um Fälle des vollständigen und teilweisen Untergangs, Verlusts, der Beschädigung oder der Verspätung handelt, ist der Anwendungsbereich der speziellen Haftungsnormen nicht eröffnet (KGer SG, HG.2008.42 E. 2b; BSK OR I-STAEHELIN, Art. 447 N 1).
- 42 Die Beklagte konnte aufgrund des Unterbruchs des Gastransports, die im Transportvertrag versprochene Erdgaskapazität in der ersten Periode gar nicht befördern. Folglich fällt die Vertragsverletzung der Beklagten nicht unter den Geltungsbereich der *leges speciales* des Frachtvertragsrechts. Es gilt daher, die Haftungsnormen des Auftragsrechts gemäss Art. 394ff. OR zu beachten.
- 43 Die Vertragsverletzung im Rahmen von Art. 398 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR umfasst unter anderem die Verletzung einer Sorgfalts- und Treuepflicht als Nebenpflicht und ermöglicht eine Forderung auf das positive Interesse (KUKO OR-SCHALLER, Art. 398 N 8). Die Auftraggeberin ist so zu stellen, wie wenn das bestehende Vertragsverhältnis ordnungsgemäss erfüllt worden wäre (CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 398 N 23). Die Informations- und Aufklärungspflicht ergibt sich unter anderem auch aus Art. 400 Abs. 1 OR (BSK OR I-WEBER, Art. 400 N 4). Die Auftragnehmerin trifft somit die Pflicht, die Auftraggeberin rechtzeitig, vollständig und wahrheitsgetreu über alles zu informieren, was für sie von Bedeutung sein kann (BGE 139 III 49 E. 4.1.3; 127 III 357 E. 1d). Eine Mitteilung kann zudem erforderlich sein, wenn sich ein Vertrauensverhältnis zwischen der Gläubigerin und der Schuldnerin gebildet hat (BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 145).
- 44 Durch das Unterlassen der Information über die Ereignisse ab dem 19. Juli 2013 hat die Beklagte die Pflicht verletzt, die Klägerin rechtzeitig über die Vorkommnisse zu informieren, welche für sie als Auftraggeberin von Bedeutung waren. Die Beklagte schuf bei der Klägerin ein berechtigtes Vertrauen, indem sie die Klägerin ab dem 12. August 2012 bis am 15. Januar 2013 (K-5 bis K-13) stets per E-Mail über die relevanten Zwischenfälle informierte. Auch bei einem erfahrenen Betreiber im selben Geschäft (vgl. Art. 1 des Transportvertrages) hätte dieses Verhalten der Beklagten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ein erhöhtes Vertrauensverhältnis begründet. Die Klägerin wurde im von der Beklagten erweckten Vertrauen, sie werde auch über zukünftige Ereignisse in Kenntnis gesetzt, enttäuscht. Im Üb-

rigen hat die Beklagte auch während des Schwebezustandes gemäss Art. 152 Abs. 1 OR nach Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 ZGB zu agieren. Dieses Vertrauen verletzte die Beklagte dadurch, dass sie eine Information über die Ereignisse vom 19.-23. Juli 2013 unterliess (siehe Rz. 64).

45 Die Beklagte hat ihre aus dem Auftragsrecht fliessenden Pflichten wie dargelegt verletzt.

*b) Die Beklagte hat den Transportvertrag verletzt*

46 Der Einwand der Beklagten, die aus dem Transportvertrag fliessenden Pflichten nicht verletzt zu haben, ist nicht zu hören. Eine Vertragsverletzung liegt vor, wenn eine Erbringung der geschuldeten Leistung nicht gehörig erfolgt oder eine Nebenpflicht verletzt wird (CHK ORFURRER/WEY, Art. 97 N 51). Die Beklagte trifft trotz modifiziertem Inhalt (Rz. 36) von Art. 7 Transportvertrag (K-3) die Pflicht, als vernünftige und vorsichtige Betreiberin aufzutreten. Dies umfasst die Einhaltung einer erhöhten Sorgfalts-, Vorsichts- und Voraussichtspflicht. Die Beklagte trifft durch das Vorformulieren der Bestimmung, als sorgfältige Betreiberin agieren zu müssen (Art. 1 K-3), eine gesteigerte Sorgfaltspflicht. Aus der Zusicherung der verbindlichen Kapazität durch die Beklagte kommt ihrer Pflicht als vernünftige Betreiberin aufzutreten noch grössere Bedeutung zu.

47 Die vernünftige und vorsichtige Betreiberin der Pipeline hat alle Vorsichtsmassnahmen zu treffen, welche den störungsfreien Transport des Erdgases sicherstellen. Aus der Vorsichtspflicht fliesst, dass die Beklagte die Klägerin über eine allfällige Reduktion der Transportkapazität baldmöglichst zu unterrichten hat. Von einem vorsichtigen und vernünftigen Betreiber kann daher erwartet werden, dass er unter Beachtung der geforderten Sorgfalt und Voraussicht seine Kunden über allfällige Risiken und Vorfälle umfänglich informiert.

48 Die Beklagte hat keine der Situation angemessenen Vorkehrungen getroffen, um einen unterbrechungsfreien Transport zu gewährleisten (siehe Rz. 64). Mit dem Unterlassen der Information hat die Beklagte nicht nur die Aufklärungspflichten aus dem Auftragsrecht verletzt (Rz. 44), sondern auch die aus dem Transportvertrag fliessenden gleichen Pflichten.

49 Weil sich die Beklagte des möglichen Risikos von Unterbrechungen hätte bewusst sein müssen, wäre sie verpflichtet gewesen, nur eine unterbrechbare Kapazität anzubieten. Dies stellt eine zusätzliche Sorgfaltspflichtverletzung dar.

50 Die Beklagte hat ihre Pflichten aus Transportvertrag wie dargelegt verletzt.

*c) Die Beklagte hat das MoU verletzt*

51 Wie darzulegen sein wird, hat die Beklagte das MoU, welches als bindend zu erachten ist, verletzt und haftet demzufolge nach Art. 97 Abs. 1 OR. Eine Absichtserklärung, wie das vor-

liegende MoU, kann unverbindliche Abreden, aber auch rechtlich durchsetzbare Rechte und Pflichten begründen. Für Absichtserklärungen haben sich verschiedenste Bezeichnungen herausgebildet. Dabei ist nicht die Überschrift an sich, sondern deren Inhalt wesentlich, um zu ermitteln, ob daraus direkt Ansprüche abgeleitet werden können (BGE 131 III 217 E. 3; HEUSSEN/PISCHEL/JUNKER/KNESEBECK, N 109; LUTTER, S. 23). Hierbei muss darauf abgestellt werden, ob das MoU bereits wesentliche Punkte des späteren Vertrages genügend bestimmt. In diesem Fall führt die Auslegung zum Schluss, eine rechtliche Bindungswirkung sei bereits durch die Bestimmung im MoU intendiert gewesen (KGer FR, FZR 4/2013, S. 305, 319; BK OR-KRAMER, Art. 22 N 60).

- 52 Bereits am 1. Februar 2012 haben die Klägerinnen einerseits und die Beklagte andererseits im Hinblick auf den Bau und den Betrieb der Pipeline ein MoU (K-2) abgeschlossen. In diesem haben die involvierten Parteien unter Art. 16 unmissverständlich die Pflicht statuiert, die Parteien seien gegenseitig unverzüglich über alle relevanten Vorkommnisse in Kenntnis zu setzen. Diese umfassende Informationspflicht bildet zu einem späteren Zeitpunkt einen wesentlichen Punkt des Transportvertrages. Damit haben sie eine genügend definierte Bestimmung geschaffen, um daraus Rechte und Pflichten ableiten zu können.
- 53 Wollen die Parteien eine rechtliche Bindung unmissverständlich ausschliessen, so inkorporieren sie eine ‚no binding clause‘ in die entsprechende Absichtserklärung (BGer 4C.36/2001 E. 5a).
- 54 Wäre seitens der Beklagten eine Bindungswirkung nicht erwünscht gewesen, so hätte sie dies explizit mit einer ‚no binding clause‘ ausschliessen müssen. Dies hat die Beklagte vorliegend unterlassen. Somit hat sie auch gegen die Informationspflicht aus dem rechtlich bindenden MoU verstossen, indem sie es im Zeitraum ab dem 19. Juli 2013 unterliess, die Klägerin über die Begebenheiten im Retezatgebirge aufzuklären.
- 55 Die Rechtsfolge für die Verletzung von bindenden Vertragsklauseln unterscheidet sich je nachdem, ob es sich um Kernklauseln oder Nebenklauseln handelt. Werden vertragliche Nebenklauseln verletzt, so eröffnet sich die Haftung aus Vertrag gemäss Art. 97 Abs. 1 OR. Der Geschädigte kann die Ersetzung seines Schadens in Höhe des positiven Interesses fordern (DOMENICONI, N 371).
- 56 Wie bereits ausgeführt (siehe Rz. 43) stellt die Informationspflicht eine vertragliche Nebenpflicht der Beklagten dar. Auch ausgehend vom MoU ist sie als Nebenpflicht zu erachten. Folgerichtig haftet die Beklagte auch nach Art. 97 Abs. 1 OR wegen der Verletzung des MoU, sofern die übrigen Haftungsvoraussetzungen vorliegen.

## **6. Durch die Vertragsverletzung ist ein Schaden entstanden**

- 57 Durch die Vertragsverletzungen seitens der Beklagten ist der Klägerin ein Schaden in Höhe von CHF 2'230'000 entstanden. Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung und kann in Form einer Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder einem entgangenen Gewinn bestehen (BGE 132 III 359 E. 4; KOLLER, § 46 N 57).
- 58 Aufgrund des Transportunterbruchs war die Klägerin gezwungen, Deckungskäufe vorzunehmen, um die bereits abgeschlossenen Verpflichtungen gegenüber Dritten wahrzunehmen. Folglich liegt eine Vermögenseinbusse in Gestalt einer Verminderung der Aktiven vor.
- 59 Ein entgangener Gewinn stellt ebenfalls einen, unter der Haftung auf das positive Interesse zu subsumierenden, Vermögensschaden dar. Dieser ist zu ersetzen, wenn es sich dabei um einen garantierten Gewinn handelt (BGE 126 III 388 E. 3.3.3).
- 60 Die Klägerin konnte die bereits geschlossenen Verträge mit ihren Abnehmern teilweise nicht einhalten. Die Verträge mussten gekündigt werden und der dadurch entgangene Gewinn ist als Schadensposition zu erachten (Einleitungsanzeige Rz. 19). Demnach ist der Klägerin insgesamt ein Schaden in Höhe von CHF 2'230'000 erwachsen.

## **7. Die Pflichtverletzungen waren für den Schaden kausal**

- 61 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die unter Rz. 40-56 aufgeführten Pflichtverletzungen seitens der Beklagten kausal zu den oben dargelegten Schadenspositionen führten. Liegt die Vertragsverletzung in Form einer Unterlassung vor, so gilt es den hypothetischen Kausalverlauf zu prüfen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2950). Dieser ist zu bejahen, wenn der Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre, hätte der Schädigende die unterlassene Handlung vorgenommen (BGer 4C.225/2000 E. 2a; 4A.424/2007 E. 2.2; BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 41).
- 62 Unter der Annahme, die Beklagte hätte die Klägerin über die Geschehnisse des 19. bis 23. Juli informiert, wäre für die Klägerin eine Teilnahme an der Auktion zu gleichen Bedingungen nicht in Frage gekommen. Hätte die Beklagte sodann weitergehende Vorkehrungen bezüglich der Gewährleistung der Kapazität getroffen, so wäre es nicht zu einem Unterbruch und somit zum Schaden zu Lasten der Klägerin gekommen. Somit sind die verschiedenen Pflichtverletzungen als kausale Ursachen für den Schaden zu erachten.

## **8. Die Beklagte hat den Schaden schuldhaft verursacht**

- 63 Die Beklagte hat grobfahrlässig einen Schaden verursacht. Grobe Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn der Schädigende die elementarsten Sorgfaltspflichten ausser Acht lässt, sodass sein Verhalten im Vergleich zum Referenzverhalten als klar abweichend erscheint

(BGE 118 V 305 E. 2a; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 218). Die objektive Sorgfaltspflicht wird nach der Branche bemessen, in welcher sich der Schädigende bewegt (HGer ZH, HG100356 E. 6.3.2; REY, N 843). Eine Pflicht, als vernünftige und vorsichtige Betreiberin aufzutreten, trifft die Beklagte nicht nur hinsichtlich des objektiven Massstabes, sondern auch durch ihre Zusicherung, als solche auftreten zu wollen (Art. 7 K-3).

- 64 Als grobfahrlässig anzulasten ist der Beklagten, dass sie trotz Kenntnis der Vorkommnisse im Retezatgebirge die Klägerin exakt in dem Zeitraum, in welchem sich die Klägerin für eine Teilnahme an der Auktion entschloss, nicht informierte. Diese Pflicht wäre der Beklagten sowohl aus Vertrag, als auch aus MoU zugekommen. Es leuchtet nicht ein, warum die Beklagte bis in das Frühjahr 2013 jeweils direkt per E-Mail informierte, diese Praxis aber zuhanden eines Eintrages auf ihrer Webseite am 23. Juli 2013 (K-17) einstellte. Somit verblieb die Klägerin in der Annahme, der Betrieb der Pipeline sei zukünftig ohne Einschränkungen möglich, was das zuständige Inspektorat bestätigt hatte (K-13). Dementsprechend hätte die Beklagte zumindest damit rechnen müssen, dass die Klägerin in Kenntnis der Vorkommnisse nur unter angepassten Konditionen an der Auktion teilgenommen hätte. Zusätzlich hat es die Beklagte unterlassen, weitergehende Massnahmen vorzukehren, um den Betrieb bei einem allfälligen Unterbruch schnellst möglich wieder aufzunehmen. So waren die sporadischen Notfallvorkehrungen (K-6 und K-7) und die Reaktion der Beklagten auf die ‚pig passage‘, welche immerhin leichte Beschädigungen zutage förderte, nicht ausreichend, um einen konstanten Betrieb aufrecht zu erhalten. Vielmehr hätte bereits nach den beträchtlichen Erdbeben im Jahr 2012 eine weitergehende Lösung erarbeitet werden müssen.
- 65 Der Einwand des Unwissens genügt nicht, um die Schadenersatzpflicht zu umgehen. Die Aussage einer Behörde kann zudem eine mögliche Schadenersatzpflicht nicht ausschliessen (BK OR-BREHM, Art. 41 N 176).
- 66 Der Vorwand der Beklagten, es sei ihr nicht möglich gewesen, die im Jahr 2012 eingetretenen Erdbeben vorauszuahnen, kann nicht geltend gemacht werden. Spätestens im November 2012 hätte die Beklagte wissen müssen, dass es im Sommer, in Folge von Schmelzwasser und heftigen Unwettern, zu Überschwemmungen und Erdbeben kommen kann. Insofern war auch ein Abwarten des Gutachtens nicht notwendig. Überdies hätte die Beklagte darauf bestehen müssen, dass ein entsprechendes Gutachten innert nützlicher Frist und nicht in einem Zeitraum von einem halben Jahr erstellt würde. Der Umstand, dass der Gutachter offensichtlich mit anderen Aufträgen beschäftigt war, bekräftigt die Ansicht, es sei angezeigt gewesen, die Anfertigung eines Gutachtens anderweitig in Auftrag zu geben.

- 67 Als vernünftige und vorsichtige Betreiberin hätte die Beklagte die Erstellung einer Notleitung bzw. die Umleitung der Pipeline im betroffenen Gebiet jedenfalls bereits vor dem Drängen der rumänischen Behörden einleiten sollen und müssen. Die Tatsache, dass das Rohrleitungsinspektorat im Winter 2012 die Ausbesserungsarbeiten der Beklagten als genügend beurteilte, schliesst das Verschulden der Beklagten nicht aus. Dies umso mehr, als dass sie der Klägerin eine verbindliche Kapazität zusagte. Auch nachdem die Beklagte Kenntnis vom geologischen Gutachten erlangte, unterliess sie es, unverzüglich wirksame und nachhaltige Vorkehrungen zu treffen, sondern begnügte sich vorläufig weiterhin mit Instandhaltungsarbeiten (Einleitungsanzeige Rz. 10).
- 68 Infolge des grobfahrlässigen Verhaltens seitens der Beklagten ist der Klägerin ein Vermögensschaden entstanden.

### **9. Die Beklagte kann sich nicht auf einen Force Majeure Umstand berufen**

- 69 Die Beklagte beruft sich darauf, dass die Klägerin durch ihr Verhalten bezüglich der Vertragsänderung der ersten Periode konkludent einen Force Majeure Umstand genehmigt hat.
- 70 Die Beklagte trifft die Anzeigepflicht bezüglich des Force Majeure Umstandes im Retezatgebirge (Art. 3 K-3). Dass die Parteien den Vertrag teilweise modifiziert haben, bedeutet keine konkludente Zustimmung der Klägerin zum Vorliegen eines Force Majeure Umstandes. Die Klägerin vertraut trotz Modifizierung des Vertrages darauf, dass die Beklagte ihre vertragliche Pflicht (Art. 23.3 K-3) einhält und einen möglichen Force Majeure Fall anzeigen würde. Solange die Beklagte dies unterlässt, trifft die Klägerin keinen Anlass von einem Force Majeure Ereignis auszugehen. Die Behauptung der Beklagten ist demnach unbegründet. Es wird zu zeigen sein, dass sich die Beklagte mit Hilfe des Force Majeure Umstandes nicht exkulpieren kann.

#### *a) Es lag kein Force Majeure Umstand vor*

- 71 Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist auf den Einwand der Beklagten (Einleitungsantwort Rz. 3), die Haftung entfalle aufgrund eines Force Majeure Umstandes nach Art. 23 Transportvertrag, nicht einzugehen. Damit sich eine Partei auf Force Majeure berufen kann, muss ein Hinderungsgrund vorliegen, der ausserhalb des Einflussbereichs der Parteien liegt (Art. 23.1 K-3; vgl. BRUNNER, S. 111f.). Dieser darf laut Transportvertrag von einem vorsichtigen und vernünftigen Betreiber nicht vorhergesehen, vermieden oder überwunden werden können (vgl. SOETEBEER, S. 77). Die Vorhersehbarkeit gilt es im Blickwinkel der spezifischen vertraglichen Umstände zu eruieren (vgl. BGE 104 II 314 E. b). Wenn Überschwemmungen und Unwetter jedes Jahr zur selben Zeit wiederkehren, können sich die Par-

teilen, aufgrund der Vorraussehbarkeit, nicht auf Force Majeure berufen. Dies gilt auch, wenn es sich um ein Ereignis handelt, welches nicht beeinflusst werden konnte (vgl. BGE 100 II 134 E. 5; vgl. BEALE/LANDO, S. 381). Dies liegt daran, dass die Partei die Vorkommnisse bei Vertragsschluss hätte voraussehen müssen und daher verpflichtet gewesen wäre, den Umständen entsprechend Vorkehrungen zu treffen (Izhevsk Electromechanical Plant Kupol v. Eniseistroi, 27.6.2003; BRUNNER, S. 156f.). Zusätzlich hat eine, in ihrem Tätigkeitsbereich erfahrene Geschäftsperson, einen strengeren Massstab, in Bezug auf den Force Majeure Beweis zu erfüllen, als ein geschäftsunerfahrene Person (Arbitral Award, 30.11.2006).

- 72 Eine geschäftserfahrene Person im Gashandel kennt sich mit der Problematik und den Unsicherheiten, die ein Gastransport durch eine Berggegend mit sich bringt, aus. Die etlichen Vorkommnisse (Einleitungsanzeige Rz. 10) zeigen, dass während den Sommermonaten immer wieder mit heftigen Gewittern, starkem Regenfall und Erdrutschen gerechnet werden musste. Diese vorhandene Gefahr wird zudem durch das geologische Gutachten vom 23. Juni 2013 durch einen unabhängigen Experten unterstrichen (Einleitungsanzeige Rz. 11). Dem Gutachten ist zu entnehmen, dass Ereignisse, welche den Gastransport möglicherweise gefährden, nun in regelmässigen Abständen vorkommen können.
- 73 Eine vernünftige, sorgfältige Betreiberin hätte nach den Vorfällen im Sommer 2012 einen weitreichenden Notfallplan erstellt, welcher umfassende Massnahmen im Falle einer Unterbrechung vorgesehen hätten. Obwohl der Betreiberin das mögliche Leistungsausfallrisiko bewusst war (K-14), unterliess sie es, der Situation Rechnung zu tragen. Es kann weiter nicht davon ausgegangen werden, dass die Ereignisse im Sommer 2013 – im Gegensatz zu vorherigen Jahren – für die Jahreszeit ungewöhnlich und äusserst heftig wären.
- 74 Der Auffassung der Beklagten, die Vorkommnisse seien für sie weder vorhersehbar noch vermeidbar gewesen, ist demnach nicht zu folgen und eine Geltendmachung des Force Majeure Umstandes ist ausgeschlossen.

*b) Eventualiter: Zu späte Anzeige des Force Majeure Umstandes*

- 75 Dem Einwand der Beklagten, die verspätete Anzeige des Force Majeure Umstandes habe der Klägerin keinen Nachteil erbracht, ist nicht zu folgen. Laut Art. 23.3 des Transportvertrag (K-3) ist die den Force Majeure Umstand geltend machende Partei verpflichtet, die Gegenpartei sofort zu informieren. Unterlässt sie dies, ist die Geltendmachung der Force Majeure Klausel nicht mehr möglich (vgl. ICC Award, Case No. 2478 E. 2). Es steht den Parteien frei, eine mögliche verspätete Anzeige zusätzlich zu regeln (FONTAINE/DE LY, S. 418). Bei Unklarheiten bezüglich der Rechtsfolgen eines zu spät geltend gemachten Force Majeure Umstandes,

ist die Klausel nach dem Wortlaut, dem Parteiwillen und nach der Natur des Vertrages auszu-legen (vgl. BRUNNER, S. 345; FONTAINE/DE LY, S. 549f.). Eine Berufung auf Force Majeure ist zumindest dann auszuschliessen, wenn seit dem Eintritt des Hindernisses schon so viel Zeit vergangen ist, dass es für die sich darauf berufende Partei zumutbar gewesen wäre, den Hinderungsgrund aus der Welt zu schaffen (vgl. EuGH Rs. 101/84, N 16 ; Rs. 1/00, N 131; SOETEBEER, S. 117).

- 76 Obwohl sich der Vorfall, der den Unterbruch verursacht hat, am 23. Juli 2013 zugetragen hat, wurde die Klägerin 1 erst am 12. September 2013 darüber informiert, dass ein Force Majeure Umstand eingetreten war. Durch diese erheblich verzögerte Anzeige verletzte die Beklagte, die in der Klausel 23.3 des Transportvertrages (K-3) explizit einbezogene, sofortige Mitteilungspflicht. Die Parteien haben es unterlassen, die Folgen einer verspäteten Anzeige vertraglich ausdrücklich zu regeln. Die Auslegung nach dem Parteiwillen lässt keine Schlüsse auf die gewünschten Rechtsfolgen zu. Jedoch lässt die gewählte Wortwahl der Beklagten in Art. 23.3 des vorformulierten Transportvertrages (K-3) und die heikle Natur des Vertragsverhältnisses darauf schliessen, dass bei einem Unterlassen der sofortigen Anzeige kein Force Majeure geltend gemacht werden kann.
- 77 Hätte die Beklagte ihre Pflicht als vernünftiger und sorgfältiger Betreiber aufzutreten wahrgenommen, wäre ein Beheben des Unterbruchs bis zum 12. September 2013 zumutbar gewesen. Sechs Wochen stellen genügend Zeit dar, um einen schon bestehenden Notfallplan (Rz. 64) bei Vorliegen eines Unterbrechungsgrunds umzusetzen. Es wäre stossend, wenn das selbstverschuldete Versäumen der Beklagten bezüglich ihrer Pflicht, der Klägerin gegenüber zum Nachteil erwachsen würde. Die Beklagte kann den Force Majeure Umstand aufgrund der verspäteten Anzeige nicht geltend machen.

*c) Eventualiter: Ungenügende Substantiierung des Force Majeure Umstandes*

- 78 Aufgrund ungenügender Substantiierung des Force Majeure Umstandes kann sich die Beklagte nicht entlasten.
- 79 Art. 23.3 des Transportvertrages (K-3) enthält die Pflicht, über einen Force Majeure Umstand frühzeitig zu informieren. Dies beinhaltet, die Ursache des Unterbruchs, welche einen Force Majeure Umstand rechtfertigt, mit Fakten ausreichend zu substantiieren. Zudem muss die voraussichtliche Dauer der Unterbrechung bekannt gegeben werden (BGer 4A.240/2009 E. 5.2.1; FONTAINE/DE LY, S. 421f.).
- 80 Die Mitteilung an die Klägerin vom 12. September 2013 (K-18) fällt unzureichend aus. Die Beklagte unterlässt es einerseits Statistiken beizufügen, welche beweisen, dass die meteorologische Situation im Retezatgebirge um den 23. Juli 2013 erheblich und unvorhersehbar von



der normalen Witterung zu dieser Jahreszeit abgewichen ist. Andererseits fehlen jegliche Angaben bezüglich der Dauer des Unterbruchs. Sie erfüllt folglich weder die Pflicht, die Vorfälle als Force Majeure Umstand zu qualifizieren, noch nimmt sie Bezug auf den möglichen Zeitraum der Unterbrechung. Ein Berufen auf Force Majeure fällt auch aufgrund der fehlenden Substantiierung ausser Betracht.

### **10. Zwischenfazit**

81 Aus den hiervor geschilderten Gründen resultiert, dass die Beklagte der Klägerin Schadenersatz in der Höhe von CHF 2'230'000 samt Zinsen von 5 % seit dem 26. Mai 2013 infolge Verletzung des Frachtvertrages schuldet.

### **III. Materielles zweite Periode**

82 Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist der Transportpreis von CHF 180'000 pro Monat aus dem Transportvertrag in der Periode vom 23. Dezember 2013 bis zum 24. Februar 2014 auf CHF 90'000 zu reduzieren.

#### **1. Der Transportpreis ist aufgrund einer Schlechterfüllung zu reduzieren**

83 Gemäss Lehre und Rechtsprechung wird dem Auftraggeber ein Minderungsrecht der Vergütung eingeräumt, sofern der Beauftragte seine geschuldete Leistung nicht, schlecht oder unvollständig erfüllt (BGE 124 III 423 E. 3; HGer ZH, HG110170 E. 4.5; BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 498; OR-HONSELL, S. 336; OFK-BÜHLER, Art. 394 N 20; TERCIER/FAVRE, N 5256). Obwohl keine Vermögensverminderung vorliegt, kann der Transportpreis reduziert werden (BGE 87 II 290 E. 4a). Weiter muss die Schlechtleistung schuldhaft verursacht worden sein (CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 394 N 31). Die Reduktion hat nach Massgabe des Äquivalenzprinzips zu erfolgen (HOFSTETTER, § 7 I S. 84).

##### *a) Die Beklagte hat den Transportvertrag schlecht erfüllt*

84 Eine Schlechterfüllung zeichnet sich grundsätzlich dadurch aus, dass der Schuldner die von ihm verlangte Hauptleistung nicht in derjenigen Qualität erbringt, die vertraglich vereinbart gewesen wäre (SCHWENZER, N 67.03). Im Auftragsrecht kann trotz vollständiger Leistungserbringung eine Schlechterfüllung vorliegen (DERENDINGER, N 155; WERRO, N 1059).

85 Im Gashandel wird zwischen verbindlichen und unterbrechbaren Kapazitäten unterschieden, wobei deren Preise stark voneinander abweichen. Verbindliche Kapazitäten sind deshalb teurer, weil garantiert wird, dass keine Unterbrechungen vorkommen werden und jederzeit transportiert werden muss. Vorliegend wurde der Klägerin durch die Beklagte aus Art. 5 des Transportvertrages (K-3) eine verbindliche Kapazität zugesichert.

- 86 In der besagten Periode musste im vorliegenden Fall jedoch jederzeit mit Unterbrüchen gerechnet werden, da der Transport durch eine Notleitung fortgeführt wurde. Daher ist festzuhalten, dass durch die jederzeitige Möglichkeit einer Unterbrechung, die Klägerin nicht in den Genuss einer verbindlichen Kapazität kam.
- 87 Es ist nicht von Bedeutung, dass die Beklagte schlussendlich in der Lage war ohne Unterbruch zu liefern. Gemäss ihrer Mitteilung (Einleitungsanzeige Rz. 20) informiert sie die Klägerin, dass nur eine unterbrechbare Kapazität angeboten werden könne. Die Beklagte hat zu diesem Zeitpunkt der Klägerin schon inzident mitgeteilt, dass eine Schlechterfüllung des Vertrages vorliegen wird, da nicht die vertraglich vereinbarte Qualität geliefert werden könne.
- 88 Ferner ist für die Bestimmung des Wertes der mangelhaften Leistung der subjektive Wert massgebend. Dabei muss die Frage gestellt werden, inwiefern die mangelhaft erbrachte Leistung für den Auftraggeber von Nutzen ist (GMÜR, N 488).
- 89 Das subjektive Interesse der Klägerin lag darin, eine verbindliche Kapazität zu erhalten, wobei sie auch bereit war, dementsprechend mehr dafür zu bezahlen. Sinn und Zweck war, das Gas permanent in der vereinbarten Kapazität befördern zu können, um es an ihre Kunden weiterliefern. Durch die jederzeitige Möglichkeit einer Unterbrechung musste die Klägerin immer auf allfällige Deckungskäufe vorbereitet sein. Es bestand eine grosse Wahrscheinlichkeit, ihre Kunden nicht weiterbeliefern zu können. Somit hat die Beklagte, wie dargelegt, ihre Leistung schlecht erfüllt.

*b) Der Transportpreis ist trotz Fehlen einer Vermögensminderung zu reduzieren*

- 90 Der Transportpreis zu reduzieren ist, obwohl kein ersatzfähiger Schaden vorliegt. Tritt trotz mangelhafter Ausführung durch den Beauftragten keine Vermögensminderung auf, kann die Gegenleistung des Auftraggebers dennoch herabgesetzt werden (BGE 87 II 290 E. 4a; PKG 3/1999, S. 19, 24; DERENDINGER, N 441; CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 394 N 30). Da die angekündigten Unterbrüche ausblieben, ist seitens der Klägerin kein Schaden entstanden. Der Transportpreis ist dennoch auf den Wert der unterbrechbaren Kapazität anzupassen (vgl. Rz. 85).

*c) Die Beklagte trifft für die Schlechtleistung ein Verschulden*

- 91 Die Vergütung ist lediglich dann zu mindern, wenn der Beauftragte für die Leistungsstörung einzustehen hat (CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 394 N 31).
- 92 Im vorliegenden Fall kann die Beklagte dafür verantwortlich gemacht werden, dass es zu einer Leistungsstörung kam (vgl. dazu ausführlich Rz 63ff.). Bereits im Juni 2013 wurde ihr in einem geologischen Gutachten mitgeteilt, dass Vorfälle wie jene vom August und Septem-

ber 2012 nun in regelmässigen Abständen erfolgen können (K-14). Nach Erhalt dieses Gutachtens unterliess es die Beklagte, sichernde Massnahmen für die Zukunft zu ergreifen und wartete zu, bis im Juli 2013 weitere Ereignisse vorfielen. Schon im Sommer des Jahres 2012 zeichnete sich zudem ab, dass sich die Lage im Retezatgebirge unsicher gestalten würde (Einleitungsanzeige Rz. 10). Am 19. und 21. Juli 2013 erfolgten dann weitere Überschwemmungen und Steinschläge im Bereich der Pipeline im Retezatgebirge. Beide Male wurde die Klägerin nicht informiert, obwohl die Vorfälle letztendlich grossen Einfluss auf den Transport zur Folge hatten (Einleitungsanzeige Rz. 13ff.).

- 93 Folglich kann festgehalten werden, dass die Beklagte für die Leistungsstörung einzustehen hat und sich, wie bereits erwähnt, nicht mit dem Force Majeure Argument exkulpieren kann (vgl. dazu ausführlich Rz 69ff.).

*d) Zwischenfazit*

- 94 Die Voraussetzungen zur Minderung des Transportpreises gemäss Lehre und Rechtsprechung sind gegeben. Der Transportpreis ist wertadäquat auf CHF 90'000 pro Monat zu reduzieren.

**2. Eventualiter: Der Transportpreis ist aus modifizierter Teilnichtigkeit zu reduzieren**

- 95 An Stelle der üblichen Rechtsfolgen der Vertragsanfechtung ist, im Sinne des *favor negotii*, der Preis in der zweiten Periode wertadäquat zu reduzieren (vgl. BGE 123 III 292 E. 2e/aa; BGer 4A.16/2008 E. 2.3). Für die Vertragsanfechtung aus modifizierter Teilnichtigkeit ist Art. 20 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR für die Vertragsanfechtung analog anwendbar (BGE 130 III 49 E. 3.2; 107 II 419 E. 3a; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 409). Dafür sind zuerst die Anforderungen des Grundlagenirrtums zu erfüllen (BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 419). Darüberhinaus wird eine auf den Inhalt bezogene subjektive und objektive Teilbarkeit vorausgesetzt (BK OR-SCHMIDLIN, Art.23/24 N 417).

*a) Ein Grundlagenirrtum seitens der Klägerin lag vor*

- 96 Ein Irrtum liegt vor, wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Vorstellung der Partei von der Wirklichkeit abweicht (HUGUENIN, N 470). Dabei hat der Irrtum sowohl in subjektiver wie auch in objektiver Hinsicht wesentlich zu sein (GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 16 N 10). Als subjektiv wesentlich ist ein Irrtum zu erachten, wenn er von der irrenden Partei als notwendige Grundlage des Vertrages erachtet werden konnte (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 779).
- 97 Hätte die Klägerin gewusst, dass Probleme bezüglich des Gastransports vorliegen, hätte sie den Vertrag nicht zum Preis der verbindlichen Kapazität abgeschlossen.

98 Des Weiteren bedarf es der objektiven Wesentlichkeit des Irrtums. Diese ist anzunehmen, wenn sich der Irrtum auf eine nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr notwendige Grundlage des Vertragsabschlusses bezog (HUGUENIN, N 511).

99 Wenn die verbindliche Kapazität nicht garantiert wird, würde auch ein durchschnittlicher Dritter unter diesen Umständen den Vertrag nur zu einem wesentlich tieferen Preis abschliessen.

*b) Die subjektive und objektive Teilbarkeit des Vertrages sind gegeben*

100 Es ist zu zeigen, dass der Vertrag subjektiv wie auch objektiv teilbar ist. Die subjektive Teilbarkeit basiert auf der Annahme, dass die irrige Sachlage für sich alleine nicht *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss war (BGE 130 III 49 E. 3.2; 124 III 57 E. 3c; CHK OR-KUT, Art. 19/20 OR N 49). Die objektive Teilbarkeit verlangt dazu, dass der angefochtene Teil nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr für sich alleine beurteilt werden kann, bzw. seiner Natur nach teilbar ist (BK OR-SCHMIDLIN, Art.23/24 N 417).

101 Die Klägerin hätte den Vertrag zu modifizierten Bedingungen auch geschlossen, wenn sie über die möglichen Unterbrechungen Bescheid gewusst hätte. Der Transportpreis und die geschuldeten Kapazitäten sind beide aufgrund ihrer Natur als Mengen objektiv teilbar. Dass die Parteien den Transportpreis monatlich geschuldet haben, spricht ebenfalls für eine Teilbarkeit. Auch die Tatsache, dass der Gastransport erst in der zweiten Periode aufgenommen wurde, verdeutlicht die Teilbarkeit.

102 Bei einer Modifikation ist massgebend, was die Parteien nach Treu und Glauben – unter Berücksichtigung der bei Vertragsschluss herrschenden Umstände – vereinbart hätten, wenn der mangelhafte Teil der Abmachung schon bei Vertragsschluss bekannt gewesen wäre (HGer ZH, HG100031 E. 5.3.4; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 700).

103 Wären sich die Parteien des Risikos der Unterbrechungen bewusst gewesen, hätten sie nach Treu und Glauben einen Preis zur unterbrechbaren Kapazität von CHF 90'000 pro Monat vereinbart.

*c) Zwischenfazit*

104 Da die Voraussetzungen nach Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR gegeben sind, wird der Klägerin ermöglicht den Preis für die faktisch unterbrechbare Kapazität nachträglich herabzusetzen.