

Moot Court Team 3
Carmen Honegger
Bettina Hunter
Melih Kaletürk
Stephan Weber

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

27. März 2015

Klageantwort

Swiss Rules Fall Nr. 250123-2014

in Sachen

Gas Supply GmbH
Hamburgerstrasse 33, 44135 Dortmund, Deutschland

Klägerin 1

France Petrol SA
35, Bd de Belleville, 75020 Paris, Frankreich

Klägerin 2

Transsib Oil OJSC
Nizhegorodskaya ul. 24, 606443 Moskau, Russland

Klägerin 3

alle vertreten durch Moot Court Team 4

gegen

PipeTransport AG
Baarerstrasse 145, 6300, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 3

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Bosch

Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Dr. Vollenweider

Sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Dr. Roth

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

Rechtsbegehren

1. *Ausser für Ansprüche der Klägerin 1 unter dem Transportvertrag sei auf die Klagen nicht einzutreten;*
2. *Eventualiter zu a): Ausser für Ansprüche der Klägerinnen 1 und 2 unter den jeweiligen Transportverträgen sei auf die Klage nicht einzutreten;*
3. *Eventualiter zu a) und b): die Klagen seien vollumfänglich abzuweisen;*
4. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerinnen.*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	VI
---------------------------	----

Entscheidverzeichnis.....	IX
---------------------------	----

A. Prozessuales.....	1
-----------------------------	----------

1. Anwendbares Recht	1
2. Unterschiedliche Bestimmung der Schiedsgerichtssitze	1
3. Keine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts.....	1
3.1. Prozessrechtliche Ausgangslage	1
3.2. Die Schiedsklausel ist gültig.....	1
3.3. Die Schiedsfähigkeit ist gegeben.....	1
3.4. Es sind lediglich Ansprüche aus dem TV zu beurteilen	2
3.5. Keine Urteilsmöglichkeit über die Ansprüche von Klägerin 2 und 3	2
4. Die Frage einer Konsolidierung des Verfahrens stellt sich nicht	3

B. Materielles	4
-----------------------------	----------

1. Die Beklagte hat keine Aufklärungs- und Informationspflicht verletzt	4
1.1. Keine Verletzung einer vertraglichen Pflicht (Art. 97 OR).....	4
1.1.1. Es liegt kein Vorvertrag vor	4
1.1.2. Die Bestimmungen aus dem TV entfalten keine Vorwirkungen	4
1.1.3. Art. 398 Abs. 2 und 440 Abs. 2 OR finden keine Anwendung.....	5
1.1.4. Es wird keine allgemeine vertragliche Nebenpflicht verletzt	6
1.1.5. Eventualiter: Art. 97 OR findet keine Anwendung.....	7
1.2. Es liegt keine Verletzung einer vorvertraglichen Treuepflicht vor	7
1.2.1. Keine Verletzung von Art. 16 MoU.....	7
1.2.2. Keine Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten aus c.i.c.....	8
2. Die Beklagte ist nicht schadenersatzpflichtig aufgrund einer Verletzung des Transportvertrags	9
2.1. Es liegt ein Fall unverschuldeten Verzuges vor	9

2.1.1. Die Regeln des Verzuges sind anwendbar	9
2.1.2. Es liegt kein Fall von Unmöglichkeit vor	9
2.1.3. Die Beklagte vermag sich zu exkulpieren.....	10
2.1.4. Eine Nachfrist hätte angesetzt werden müssen	10
2.1.5. Die Klägerin hat ihr Wahlrecht nicht wirksam ausgeübt	10
2.2. Eventualiter: Es liegt subj. Unmöglichkeit vor.....	11
2.3. Keine Verletzung von Nebenpflichten	11
2.4. Die Beklagte kann sich auf Force Majeure berufen	12
2.4.1. Es liegt ein von aussen kommendes Ereignis vor	13
2.4.2. Das Ereignis war unvorhersehbar	13
2.4.3. Das Ereignis war nicht vermeidbar	13
2.5. Der Beklagten kann kein Verschulden zugerechnet werden	13
2.6. Die Klägerin verzichtete auf einen allfälligen Schadensersatzanspruch	15
3. Der Transportpreis ist in voller Höhe zu leisten	15
3.1. Vorbemerkungen	15
3.1.1. Die Parteien haben tatsächlich unterbrechbare Kapazität vereinbart.....	15
3.1.2. Die Beklagte kam ihrer Verpflichtung in Periode 2 vollumfänglich nach....	16
3.1.3. Zwischenfazit	16
3.2. Der Transportvertrag ist gültig zustande gekommen.....	16
3.2.1. Die Klägerin kann sich nicht auf einen Grundlagenirrtum berufen	16
3.2.2. Eventualiter: Es liegt kein Fall modifizierte Teilnichtigkeit vor.....	17
3.2.3. Die Klägerin wurde nicht getäuscht	18
3.3. Kein vertraglicher Anspruch auf Kaufpreisminderung gem. Art. 7.3 TV.....	18
3.3.1. Kein Anspruch auf Reduktion des Transportpreises gem. Art. 7.3 TV	18
3.3.2. Eventualiter: Teilreduktion gem. Art. 7.3 TV	18
3.4. Kein Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus.....	18
3.5. Keine analoge Anwendung von Mietrecht oder Auftragsrecht	19
3.5.1. Der Transportvertrag ist nicht lückenhaft	19

3.5.2. Art. 259d OR ist nicht analog anwendbar	20
3.5.3. Eine Reduktion des Honoraranspruches ist nicht angezeigt	20

Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD
[Rz. 37] Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012
(zit. BERGER)
- BERGER BERNHARD /
KELLERHALS FRANZ
[Rz. 2, 8, 10, 13] International and Domestic Arbitration in Switzerland,
3rd edition, Bern 2015 (zit. BERGER/KELLERHALS)
- FELLMANN WALTER
[Rz. 23, 26, 51] Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner
Kommentar), Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der
einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992
(zit. BK OR-FELLMANN)
- FURRER ANDREAS /
MÜLLER-CHEN MARKUS
[Rz. 48] Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zü-
rich 2012 (zit. FURRER/MÜLLER-CHEN)
- GAUCH PETER
[Rz. 33] System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss.
Freiburg 1968 (zit. GAUCH)
- GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER /
SCHMID JÖRG
[Rz. 19, 20] Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,
Band I, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014
(zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID)
- GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER /
SCHMID JÖRG / EMMENEGGER
SUSAN
[Rz. 44] Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,
Band II, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014
(zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER)
- GIGER HANS
[Rz. 84] Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner
Kommentar), Die Miete, Grundsatzanalyse, Vorbe-
merkungen und Art. 253-255 OR, Bern 2013
(zit. BK OR-GIGER)
- GIRSBERGER DANIEL / VOSER
NATHALIE
[Rz. 10] International Arbitration in Switzerland, 2nd edition,
Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. GIRSBERGER/VOSER)

- GÖKSU TARKAN
[Rz. 8] Schiedsgerichtsbarkeit, 1. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2014
(zit. GÖKSU)
- HONSELL HEINRICH /
VOGT NEDIM PETER /
WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.)
[Rz. 23, 31, 36, 38, 47, 65, 76, 86] Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2012 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN)
- HUGUENIN CLAIRE
[Rz. 17, 31] Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014 (zit. HUGUENIN)
- KELLER ALFRED
[Rz. 52] Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Auflage, Bern 2002
(zit. KELLER)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA /
BERTISCHINGER URS /
BREITSCHMID PETER /
SCHWANDER IVO (HRSG.)
[Rz. 24] Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 2. überarbeitete Auflage, Zürich 2009
(zit. HK OR-BEARBEITER/IN)
- POUDRET JEAN-FRANCOIS /
BESSON SÉBASTIEN
[Rz. 8] Droit comparé de l'arbitrage international, 4^e édition, Zürich 2002 (zit. POUDRET/BESSON)
- SCHENKER FRANZ
[Rz. 33, 40] Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzuges im Schweizerischen Obligationenrecht: Übersicht, Würdigung und Kritik, Diss. Freiburg 1988
(zit. SCHENKER)
- SCHWENZER INGEBORG
[Rz. 41, 79] Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. überarbeitete Auflage, Basel 2012
(zit. SCHWENZER)
- TERCIER PIERRE /
FAVRE PASCAL G.
[Rz. 86] Les contrats spéciaux, 4^e édition, Genève/Zürich/Bâle 2009
(zit. TERCIER/FAVRE)

THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ
(Hrsg.)
[Rz. 50, 52]

Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2^e édition, Bâle 2012 (zit. CR CO I-BEARBEITER/IN)

VON TUHR ANDREAS /
ESCHER ARNOLD
[Rz. 40]

Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Auflage, Zürich 1974 (zit. VON TUHR/ESCHER)

WEBER ROLF H.
[Rz. 22, 23, 34, 38, 40, 41]

Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zit. BK OR-WEBER)

ZUBERBÜHLER TOBIAS / MÜLLER
CHRISTOPH / HABEGGER PHILIPP
(Hrsg.)
[Rz. 16]

Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2nd edition, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Commentary Swiss Rules-BEARBEITER/IN)

Entscheidverzeichnis

BGE 130 III 417 [Rz. 55]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. April 2004
BGE 127 III 300 [Rz. 76]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 24. April 2004
BGE 124 III 423 [Rz. 86]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 2. Juli 1998
BGE 120 II 35 [Rz. 50]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Januar 1994
BGE 118 II 297 [Rz. 63]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Mai 1992
BGE 111 Ib 192 [Rz. 52]	Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 1985
BGE 107 II 161 [Rz. 52]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 2. Juni 1981
BGE 107 II 348 [Rz. 78]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. März 1981
BGE 105 II 75 [Rz. 31]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Februar 1979
BGE 104 II 314 [Rz. 48]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. November 1978
BGE 101 II 17 [Rz. 79]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Januar 1975
BGE 93 II 311 [Rz. 45]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Oktober 1967

BGE 88 II 430 [Rz. 52]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. November 1962
BGE 81 II 439 [Rz. 47]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung Schweizerisches Bundesgerichts vom 7. Juli 1955
BGer 4A.450/2013 [Rz. 13]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. April 2014
BGer 4C.384 /2005 [Rz. 85]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. März 2006
BGer 4C.119/2005 [Rz. 50]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. August 2005
BGer 4C.424/2004 [Rz. 24]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 15. März 2005
BGer 4C.40/2003 [Rz. 8]	Urteil der I zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Mai 2003

A. Prozessuales

1. Anwendbares Recht

- 1 Die Beklagte stimmt mit den Klägerinnen hinsichtlich des anwendbaren Rechts überein. Demnach liegt ein internationales Schiedsverfahren i. S. v. Art. 176 ff. IPRG vor.

2. Unterschiedliche Bestimmung der Schiedsgerichtssitze

- 2 Die Klägerinnen gehen nicht auf die Problematik der unterschiedlich bezeichneten Sitze im Memorandum of Understanding (nachstehend MoU, K-2) bzw. dem Transportvertrag (nachfolgend TV, K-3) ein. Währendem im MoU (K-2) und den Statuten (K-1) der Sitz als "Zug/Schweiz" festgelegt wird, enthält die analoge und ansonsten gleichlautende Klausel im TV (K-3) den Sitz "Zürich". Die Klägerin stellt lediglich fest, es handle sich um einen Sitz in der Schweiz (Rz. 1 der Klageschrift, nachstehend KS). Damit implizieren die Klägerinnen, dass die Tatsache, dass unterschiedliche Städte als Schiedsorte gewählt wurden, gänzlich irrelevant sei, solange diese sich in der Schweiz befänden. Wäre dem tatsächlich so, müsste eine allgemeine Bestimmung in der Art von „Arbitration in Switzerland“ für die Bestimmung des Schiedsgerichtsortes genügend sein. Dies ist aber nach h.L. nicht der Fall (BERGER/KELLERHALS, N 754). Gerade deswegen kommt einer unterschiedlichen Bestimmung des Schiedsgerichtssitzes erhebliche Bedeutung zu.
- 3 Somit befindet sich der Sitz des Schiedsgerichts hinsichtlich der Beurteilung der Ansprüche aus dem TV gem. Art. 33.2 TV (K-3) in Zürich, während Ansprüche aus dem MoU vor einem Schiedsgericht in Zug gem. Art. 30 Abs. 2 MoU (K-2) behandelt werden müssen.

3. Keine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts

3.1. Prozessrechtliche Ausgangslage

- 4 Nachfolgend ist aufzuzeigen, dass die Klägerinnen verschiedene Ansprüche aus unterschiedlichen Verträgen geltend machen. Eine Beurteilung in ein und demselben Verfahren ist daher auszuschliessen.

3.2. Die Schiedsklausel ist gültig

- 5 Die formelle sowie die materielle Gültigkeit der Schiedsklausel i. S. v. Art. 178 Abs. 1 IPRG wird nachfolgend nicht bestritten.

3.3. Die Schiedsfähigkeit ist gegeben

- 6 Die obj. und subj. Schiedsfähigkeit ist gegeben. Es wird allerdings bestritten, dass die beteiligten Personen auch rechtsgültig Partei der Schiedsvereinbarung sind, wie dies die Klägerinnen in Rz. 6 f. KS ausführen. Die sog. Sachlegitimation ist in einem engen Zusammen-

hang mit der Gebundenheit der Parteien an die Schiedsvereinbarung zu sehen. Auf diesen Punkt wird daher in Rz. 10 f. ausführlich eingegangen.

3.4. Es sind lediglich Ansprüche aus dem TV zu beurteilen

- 7 Obwohl in den Voraussetzungen für die Zuständigkeit genannt (KS, Rz. 2), werden von den Klägerinnen keine weiteren Ausführungen bezüglich des obj. Geltungsbereichs gemacht. Es fehlt somit bereits an der den Klägerinnen obliegenden genügenden Substantiierung. Dennoch soll in Wahrung der prozessualen Sorgfalt dargelegt werden, weshalb der obj. Geltungsbereich sich lediglich auf allfällige Ansprüche aus dem TV erstreckt.
- 8 Der obj. Geltungsbereich ist erfüllt, wenn alle vor dem Schiedsgericht geltend gemachten Ansprüche von der Schiedsvereinbarung erfasst sind (GÖKSU, N 1231). Grds. wünschen die Parteien eine umfassende Zuständigkeit, sofern das Vorliegen einer Schiedsklausel feststeht (BGer 4C.40/2003 E. 5.3). Dies bedeutet allerdings nicht, dass der obj. Geltungsbereich auf andere Vereinbarungen ausgeweitet werden darf. Insb. dann, wenn diese anderen Vereinbarungen eigene Schiedsklauseln enthalten, müssen alle Streitigkeiten in gesonderten Streit-schlichtungsverfahren behandelt werden (BERGER/KELLERHALS, N 491). Selbst wenn zwei oder mehr Vereinbarungen identische Schiedsklauseln enthalten sollten, sind diese separat vom Schiedsgericht zu behandeln (BERGER/KELLERHALS, N 520). Dies gilt umso mehr, als die Schiedsklauseln nicht übereinstimmen, namentlich dann, wenn der Sitz unterschiedlich ist (POUDRET/BESSON, N 240).
- 9 Demnach können vor dem angerufenen Schiedsgericht lediglich Ansprüche aus dem TV geltend gemacht werden, da sowohl der TV als auch das MoU eigene, aufgrund der unterschiedlichen Sitzbestimmung (Rz. 2) nicht identische Schiedsklauseln enthalten.

3.5. Keine Urteilsmöglichkeit über die Ansprüche von Klägerin 2 und 3

- 10 Im Hinblick auf den subj. Geltungsbereich stellt sich die Frage, ob das Gericht für die Ansprüche aller Klägerinnen zuständig ist (BERGER/KELLERHALS, N 537). Grds. bindet eine Schiedsvereinbarung nur diejenigen Parteien, die ihr zugestimmt haben. Eine Ausdehnung auf Dritte ist unter gewissen Umständen jedoch zulässig (GIRSBERGER/VOSER, N 237). Um den subj. Geltungsbereich zu bejahen, muss demnach eine Partei entweder beim Abschluss der Vereinbarung dabei gewesen sein oder dieser nachträglich als Drittpartei beitreten (BERGER/KELLERHALS, N 538).
- 11 Das Argument der Klägerinnen in Rz. 7 KS, die *privaty of contracts* greife nicht, weil sie die gleichen Rechtsbegehren stellen würden, ist im Hinblick auf den subj. Geltungsbereich gänzlich irrelevant. Weder ein gleiches Rechtsbegehren, noch ein daraus entstehender grundlegen-

der Konnex führt dazu, dass verschiedene Parteien rechtsgültig Partei derselben Schiedsvereinbarung sind (Rz. 10).

- 12 Es ist vorliegend keine direkte Teilnahme aller Klägerinnen bei den jeweiligen Abschlüssen der TV gegeben, gerade da die TV individuell von den Klägerinnen unterzeichnet wurden, (KS, Rz. 7, sowie Rz. 7 der Einleitungsanzeige vom 29. Mai 2014, nachstehend EAZ). An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die durch die Klägerinnen in Rz. 13 der KS angeführte Behauptungen hinsichtlich identischen Inhalts der Verträge (was im Übrigen aktenwidrig ist, vgl. EAZ, Rz. 7) und identischen Beweggrunds in Bezug auf den subj. Geltungsbereich irrelevant sind. Diese ändern nichts an der Tatsache, dass die Klägerinnen jeweils nicht am Vertragsschluss der anderen beteiligt waren.
- 13 Die Klägerinnen äussern sich nicht zum nachträglichen Beitritt, vollständigkeithalber soll aber darauf eingegangen werden, weshalb dessen Voraussetzungen ebenfalls nicht gegeben sind. Der nachträgliche Beitritt erfolgt durch ausdrückliche Erklärung oder aber konkludentes Verhalten des Dritten, vorausgesetzt sein Wille, Partei der Schiedsvereinbarung zu sein, wird dadurch ersichtlich (BGer 4A.450/2013 E. 3.2). Dieser Wille wird dann ersichtlich, wenn die Drittpartei in einer Weise beim Vertragsschluss oder bei der Ausführung des Hauptvertrages interveniert hat, dass ein legitimer Grund für die Annahme besteht, dass die Drittpartei durch dieses Verhalten Partei des Vertrages und der Schiedsklausel wurde (BERGER/KELLERHALS, N 565). Zwar besprechen BERGER/KELLERHALS in gerade erwähneter N 565 den Fall, dass eine Klägerin eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung anstrebt, um neben der durch die Schiedsvereinbarung explizit gebundenen Partei auch eine weitere Partei zur Verantwortung zu ziehen. Die hierzu gemachten Ausführungen müssen aber auch sinn- gem. im umgekehrten Fall gelten, wenn also mehrere Klägerinnen gemeinsam gegen eine Beklagte klagen möchten.
- 14 Eventualiter ist lediglich auf die Ansprüche der Klägerinnen 1 und 2 aus den TVs einzutreten. Die Beteiligung der Klägerin 3 steht ausser Frage, da diese den TV über ein Jahr zuvor abgeschlossen hat. Daher sind in ihrem Fall die Umstände derart anders gelagert, insb. da ihre all- fälligen vertraglichen Ansprüche zu einem viel früheren Zeitpunkt einsetzen, dass eine ge- meinsame Prozessführung mit den Klägerinnen 1 und 2 nicht gerechtfertigt werden kann.

4. Die Frage einer Konsolidierung des Verfahrens stellt sich nicht

- 15 Die Klägerin beruft sich sowohl in Rz. 15 der KS als auch in Rz. 24 der EAZ auf Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules. Die Frage der Konsolidierung stellt sich aber nicht, da von Beginn weg alle Ansprüche in einem Verfahren gelten gemacht wurden.

16 Eine Konsolidierung gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules ist ohnehin nicht möglich. So müssen bei der Frage nach einer Konsolidierung verschiedener Verfahren gem. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules die gesamten Umstände berücksichtigt werden (Commentary Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 28). Es ist festzuhalten, dass die Beklagte nie in Betracht zog, dass Ansprüche aus dem TV durch mehrere Klägerinnen in einer Klage geltend gemacht werden würden. Insbesondere die Tatsache, dass unterschiedliche Verträge vorliegen, die jeweils eine eigenständige Schiedsklausel enthalten, zeigt, dass eine Konsolidierung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Swiss Rules nie gewollt war. Die Argumentation mit den gleichlautenden Rechtsbegehren, und die daraus abgeleitete Praktikabilität (KS, Rz. 15), ist abzulehnen. Dies insb., weil die Klägerin 3 ihre Ansprüche auf einer anderen rechtlichen Grundlage gründet, und sie den TV über ein Jahr vor den Klägerinnen 1 und 2 abschloss.

B. Materielles

1. Die Beklagte hat keine Aufklärungs- und Informationspflicht verletzt

1.1. Keine Verletzung einer vertraglichen Pflicht (Art. 97 OR)

1.1.1. Es liegt kein Vorvertrag vor

17 Die Klägerin 1 (nachstehend Klägerin) sieht im Erstehen von Kapazitäten an der Auktion vom 23. Juli 2013 fälschlicherweise einen Vorvertrag gem. Art. 22 OR (KS, Rz. 16, 31). Definitionsgemäss ist ein Vorvertrag ein Vertrag, welcher mindestens eine Partei zum Abschluss eines künftigen Vertrages (sog. Hauptvertrag) verpflichtet. Es ist somit ein Versprechen, einen weiteren Vertrag einzugehen (HUGUENIN, N 153). Es ist nicht ersichtlich, inwieweit im blossen Erstehen von Kapazitäten ein derartiges Versprechen abgegeben wird. Denn an der Auktion ging es in erster Linie um die Bestimmung des Vertragspartners und des Kaufpreises. Die gesamte Argumentation basiert somit auf einer falschen Grundannahme.

1.1.2. Die Bestimmungen aus dem TV entfalten keine Vorwirkungen

18 Selbst wenn das Erstehen der Kapazitäten als Vorvertrag zu qualifizieren wäre, ist die Argumentation der Klägerin, die Bestimmungen aus dem TV (K-3) würden Vorwirkungen entfalten, nicht stichhaltig.

19 Die Rechtfertigung einer Vorwirkung sieht die Klägerin darin, dass der TV (also der Hauptvertrag) nicht mehr weiter verhandelbar gewesen sei (KS, Rz. 16). Dieses Argument ist irrelevant, denn ein Vorvertrag qualifiziert sich gerade dadurch, dass darin die wesentlichen Punkte des Hauptvertrages bereits bestimmt sind (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1079, 1084). Daraus eine Vorwirkung abzuleiten, würde dazu führen, dass alle Rechte und Pflichten eines jeden Hauptvertrags bereits mit dem Vorvertrag begründet würden. Dies geht zu weit.

20 Ganz grds. rechtfertigt sich keine Vorwirkung: Vertragswirkungen, als Rechtsfolgen des Vertragsschlusses, treten frühestens dann ein, wenn ein Vertrag tatsächlich i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR zustande gekommen ist. Der TV konnte somit seine Wirkung frühestens ab dem 3. August 2013 entfalten, da die Klägerin und die Beklagten den Vertrag erst in diesem Zeitpunkt schlossen. Aber auch der Zeitpunkt des Vertragsschlusses gem. Art. 1 Abs. 1 OR genügt an sich noch nicht für das Eintreten der Vertragswirkungen. So können die Parteien den Eintritt der Vertragswirkungen bspw. von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig machen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 230). Vorliegend ist in Art. 5 TV (K-3) ausdrücklich festgehalten, dass die Kapazität erst ab dem 1. Oktober 2013 zur Verfügung gestellt wird. Auch die übrigen Bestimmungen entfalten ihre Wirkung erst ab dem 1. Oktober 2013, da der Zweck der Normen darin besteht, das Verhältnis zwischen den Parteien während des Gastransports zu regeln. Das gilt insbesondere für die in Art. 23.3 TV statuierte Aufklärungspflicht: Diese soll den für eine derartige vertragliche Beziehung nötigen Informationsaustausch gewährleisten, damit die Klägerin um einen allfälligen Stopp des Gastransportes weiss. Auch der Wortlaut der Bestimmung unterstreicht dies: So heisst es „die von dem Hinderungsgrund betroffene Partei“. Ein Hinderungsgrund liegt aber nur dann vor, wenn die Transportpflicht nicht erfüllt werden kann. Dazu muss eine derartige Pflicht überhaupt bestehen, was erst ab dem 1. Oktober 2013 der Fall war. D.h., dass der TV und somit auch Art. 23.3 TV erst ab diesem Zeitpunkt Wirkungen entfalteten. Die Beklagte schaltete bereits am 23. Juli 2013 Informationen über die Vorkommnisse desselben Tages auf ihrer Webseite auf (K-17), und benachrichtigte die Klägerin zusätzlich mittels Schreiben am 12. September 2013 (K-18). Somit unterrichtete sie die Klägerin vor dem eigentlichen Beginn der Vertragswirkungen, weshalb ihr keine Verletzung von Art. 23.3 TV vorgeworfen werden kann.

1.1.3. Art. 398 Abs. 2 und 440 Abs. 2 OR finden keine Anwendung

- 21 Eine Vorwirkung von Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 440 Abs. 2 OR rechtfertigt sich bereits nicht aufgrund des in Rz. 20 Gesagten.
- 22 Die Klägerin beruft sich in Rz. 32 KS unter Hinweis auf BK OR-WEBER, Art. 398 N 9 auf die in der Lehre vertretene Auffassung, wonach die auftragsrechtlichen Informationspflichten auch auf vorvertraglicher Ebene zum Tragen kommen.
- 23 Dabei ist zu beachten, dass sich die entsprechende Aufklärungspflicht nach den Umständen und der Natur des Auftrages richtet (BK OR-WEBER, Art. 398 N 9). Je mehr Informationen lediglich im Einfluss- und Einsichtsbereich des Beauftragten liegen, desto eher liegt eine Aufklärungspflicht vorliegt (BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 153). Eine derartige Aufklärungspflicht besteht insb. in Vertrauensverhältnissen, in denen die eine Partei gegenüber der

anderen über einen „Wissensvorsprung“ verfügt. In der Literatur wird als Beispiel deshalb meist die Beziehung zwischen Arzt und Patient oder aber Anwalt und Mandant erwähnt (u.a. BSK OR I-WEBER Art. 398 N 26). Derartige Vertrauensverhältnisse rechtfertigen einen erhöhten Schutz bereits vor dem eigentlichen Vertragsschluss. Im Hinblick auf den vorliegenden TV (K-3) ist dies aber unpassend, da gerade kein derartiges Abhängigkeitsverhältnis besteht. Die Klägerin ist im Gas- und Ölgewerbe tätig und nimmt die Beklagte lediglich für das Erbringen von Transportleistungen in Anspruch. Dabei verfügt letztere über keinen auszumachenden Wissensvorsprung gegenüber der Klägerin, die beiden Parteien sind vielmehr einander gleichgestellt. Eine vorvertragliche Wirkung einer derartigen Aufklärungspflicht ist rechtfertigt sich somit nicht.

- 24 Ausserdem besteht die Pflicht des Beauftragten, den Auftraggeber ohne Aufforderung über alle Punkte zu informieren, die dieser nicht kannte oder nicht kennen musste, nur dann, wenn diese Punkte für den Entschluss des letzteren zur Auftragserteilung *wesentlich* waren (BGer 4C.424/2004 E. 3, vgl. auch HK OR-BÜHLER Art. 398 N 3). Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorfälle im Juli 2013 die Klägerin in ihrer Entschlussfassung hätten wesentlich beeinflussen sollen. So wusste sie von den Vorfällen im Sommer 2012, wie sie selbst in Rz. 33 und Rz. 10 EAZ schildert, unterschrieb die Auktionsbedingungen am 16. Juli 2013 aber dennoch. Die Vorfälle vom 19. und 21. Juli 2013 fielen gar weniger schlimm aus, da sie zu keinerlei Schaden führten (Rz. 28). Ausserdem hatte die Klägerin gem. Rz. 15 der Verfügung Nr. 2 bereits Verträge mit Abnehmern für Gas vor dem Auktionsdatum abgeschlossen. Dieses Verhalten zeigt eindeutig, dass die Klägerin, unabhängig von den Vorfällen im Juli 2013, selbst unabhängig davon, ob sie schlussendlich verbindliche oder unterbrechbare Kapazität erstehen würde (Rz. 69), von der Beklagten Kapazitäten erstehen wollte. Auch die Tatsache, dass die Klägerin als Gesellschafterin die Beklagte mitgründete, zeigt deutlich, dass sie Kapazitäten erstehen und mittels der Pipeline transportieren wollte (vgl. Art. 2 Statuten, K-1). Zusammenfassend hätte sie die Vorfälle im Sommer 2013 wohl zur Kenntnis genommen, wäre aber in ihrem Entschluss nicht beeinflusst worden.

1.1.4. Es wird keine allgemeine vertragliche Nebenpflicht verletzt

- 25 In Rz. 32 KS mit Verweis auf BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 34 f. macht die Klägerin Ausführungen zu Informations- und Aufklärungspflichten als allgemeine vertragliche Nebenpflichten, welche aus dem Vertragsschluss selbst hervorgehen. Mit dem letzten Satzteil „aus dem Vertragsschluss“ ist bereits ersichtlich, dass natürlich auch die Nebenpflichten eines Vertrages *frühestens* dann aufleben können, wenn ein Vertragsschluss i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR vorliegt (vgl. Rz. 20). Es ist deshalb nicht weiter darauf einzugehen.

1.1.5. Eventualiter: Art. 97 OR findet keine Anwendung

26 Sollte das Gericht wider Erwartens von einer Vorwirkung einer der zuvor erwähnten Aufklärungspflichten ausgehen, so wäre Art. 97 OR dennoch nicht anwendbar. Denn auch eine Vorwirkung ändert nichts daran, dass am 23. Juli 2013 noch kein Vertrag bestand und somit lediglich quasivertragliche Ansprüche in Frage kommen (BK OR-FELLMANN, Art. N 157). Auf diese wird in Rz. 31 eingegangen.

1.2. Es liegt keine Verletzung einer vorvertraglichen Treuepflicht vor

1.2.1. Keine Verletzung von Art. 16 MoU

27 Trotz fehlender Berufung der Klägerin auf Art. 16 MoU (K-2) hinsichtlich einer Aufklärungspflichtverletzung soll in Wahrung der prozessualen Sorgfalt dargelegt werden, weshalb keine Verletzung von Art. 16 MoU vorliegt.

28 Es gilt, die Vorfälle vom 19., 21. und 23. Juli 2013 einzeln zu betrachten. Bei den beiden erst genannten Ereignissen kam es zu keinerlei Beschädigungen, nicht einmal bei den Schutzvorrichtungen der Pipeline (EAZ, Rz. 13 f.) und sie beeinflussten somit die Transportleistungen der Beklagten in keiner Weise. Diese Vorfälle fallen somit nicht unter den Wortlaut „betriebsrelevant“. Dies auch deshalb, da es keine Anzeichen dafür gab, dass ein erneuter Vorfall zu einer Einstellung des Transportes aufgrund schwerer Beschädigungen führen könnte. Betreffend 23. Juli 2013 ist ebenso wenig von einer Verletzung von Art. 16 MoU auszugehen. So handelte es sich hier zwar um einen betriebsrelevanten Vorgang, da die Pipeline beschädigt wurde und der Gastransport gestoppt werden musste. Die Information erfolgte jedoch „unverzüglich“: Die Beklagte erfuhr vom zweiten Umstand um 16.00 Uhr, bereits zwei Stunden später hatte sie die Informationen auf der Webseite aufgeschaltet. Es ist im Sinne des allgemeinen Geschäftsverkehrs anzunehmen, dass sich die Beklagte kurz rückversichern musste, wie der Schaden effektiv aussah, bevor sie genauere Informationen publizieren konnte. Dies insb. im Hinblick darauf, dass auch voreilige Informationen zu Schäden führen können. Indem die Beklagte bereits zwei Stunden nach dem relevanten Vorfall Informationen diesbezüglich aufschaltete, obwohl eine Information üblicherweise innert 24 Stunden erfolgte (Verfügung Nr. 2, Rz. 12), kam sie ihrer Aufklärungspflicht vollumfänglich nach.

29 Die Klägerin kritisiert ausserdem die Wahl der Beklagten, die Informationen auf der Webseite aufzuschalten. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Auktionen auf einer von der Beklagten bereitgestellten, elektronischen Plattform stattfand (Verfügung Nr. 2, Rz. 4), weshalb die Klägerin sicherlich Zugang zum Internet hatte. Zudem ist in Rz. 6 der Verfügung Nr. 2 zu entnehmen, dass die Klägerin spätestens am 28. Juli 2013 von der Information auf der Webseite Kenntnis hatte. Dies zeigt, dass die Klägerin durchaus die Webseite besuchte und es ist

nicht ersichtlich, weshalb eine Publikation auf dem Internet, die dafür sorgt, dass sämtliche Gesellschafter, Kunden und Interessierte über die jüngsten Geschehnisse informiert sind, nicht genügen sollte. Darüber hinaus hatte die Klägerin gem. Rz. 1 der Verfügung Nr. 2 einen Vertreter im Verwaltungsrat. Dieser mag zwar einer Geheimhaltungs- und Schweigepflicht unterliegen. Jedoch ist diese spätestens dann aufgehoben, wenn die Information öffentlich auf der Webseite publiziert wird. Es wäre somit die Pflicht dieses Vertreters gewesen, die Klägerin auf die Information auf der Webseite aufmerksam zu machen bzw. über die Vorfälle zu informieren.

- 30 Unabhängig von den soeben geltend gemachten Ausführungen ist das MoU unverbindlicher Natur, da dieses eine „Absichtserklärung“ ist, die signalisiert, dass die Unterzeichnenden potentielle Vertragspartner sind (BK OR-KRAMER, Art. 22 N 57). In diesem Sinne liegt entsprechend Art. 18 OR vielmehr ein „letter of intent“ als ein eigentliches „Memorandum of Understanding“ vor. Denn letzteres fixiert grds. Vertragsergebnisse (BK OR- KRAMER, Art. 22 N 63 f.), was vorliegend nicht der Fall ist. Eine allfällige Verletzung fällt somit nicht unter eine vertragliche Schadenersatznorm, sondern ist über die c.i.c. abzuwickeln, auf welche nachstehend eingegangen wird.

1.2.2. Keine Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten aus c.i.c.

- 31 Unstrittigerweise standen die Beklagte und die Klägerin seit dem 16. Juli 2013 in rechtsgeschäftlichem Kontakt. Es fehlt allerdings an einer schutzwürdigen Vertrauensbasis. Eine solche liegt vor, wenn der rechtsgeschäftliche Kontakt zwischen den Parteien zu einem erhöhten Vertrauen geführt hat (HUGUENIN, N 1538). In diesem Zusammenhang ist die Funktion der c.i.c. als „Korrektiv“ in Situationen, in denen gebotene Rücksichtnahme auf Vertragspartner ausblieb und diesem daraus Schaden erwuchs, zu beachten (BSK OR I-BUCHER, Vorbem. Art. 1-40 N 86). Eine schutzwürdige Vertrauensbasis kann also nicht bereits aus dem Umstand abgeleitet werden, dass überhaupt eine Rechtsbeziehung besteht, und ist überdies von der Klägerin zu beweisen. Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern erhöhte Rücksicht der Beklagten auf die Klägerin geboten war (vgl. hierzu Rz. 23). Zudem ist, wenn eine Aufklärungspflichtverletzung geltend gemacht wird, nachzuweisen, dass die eine Partei die andere über Umstände, die für letztere nicht erkennbar sind und ihre Entscheidung über den Vertragsschluss beeinflussen können, aufzuklären hat (BGE 105 II 75, E. 2; BSK OR I-BUCHER, Vorbem. Art. 1-40 N 86). Wie bereits in Rz. 24 dargelegt wurde, hätte das Wissen um die Ereignisse am 19. und 21. Juli 2013 die Klägerin aber ohnehin nicht beeinflusst. Bezüglich des Vorkommnisses vom 23. Juli 2013 ist erneut zu erwähnen, dass die Beklagte innert kür-

zester Zeit alle relevanten Informationen auf ihrer Webseite aufschaltete (Rz. 28), sie ihrer Aufklärungspflicht also vollumfänglich nachkam.

2. Die Beklagte ist nicht schadenersatzpflichtig aufgrund einer Verletzung des Transportvertrags

2.1. Es liegt ein Fall unverschuldeten Verzuges vor

32 Es liegt ein Fall von Verzug vor, weshalb sich ein allfälliger Schadensersatzanspruch nach Art. 107 Abs. 2 OR richtet.

2.1.1. Die Regeln des Verzuges sind anwendbar

33 Wird bei Dauerschuldverhältnissen nicht rechtzeitig mit der Erfüllung begonnen, so ist die Erbringung der Leistung zwar nicht mehr zum vereinbarten, wohl aber noch zu einem späteren Zeitpunkt möglich. Es rechtfertigt sich somit auch auf Dauerschuldverhältnisse die Regeln des Verzuges anzuwenden (SCHENKER, N 37 f.; GAUCH, S. 148).

2.1.2. Es liegt kein Fall von Unmöglichkeit vor

34 Entgegen der Behauptung der Klägerin (KS, Rz. 18) liegt kein Fall von Unmöglichkeit i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR vor. Denn eine vorübergehende Leistungsstörung fällt unter die Regelungen des Schuldnerverzuges (BK OR-WEBER, Art. 97 N 131). Dauernde Unmöglichkeit liegt lediglich dann vor, wenn die Leistung „definitiv und unwiderruflich“ unmöglich ist oder aber die eingetretenen Leistungshindernisse mit Blick auf den Zeitraum in dem die Leistung erbracht werden soll, nicht in absehbarer Weise überwunden werden können (BK OR-WEBER, Art. 97 N 139). So stellen denn auch Sperrungen von Transportwegen regelmässig keine dauernde Unmöglichkeit dar (BK OR-WEBER, Art. 97 N 139). Eine vorübergehende Unterbrechung des Gastransportes, die schnellst möglichst beseitigt wurde, fällt nicht darunter, insb. weil es sich vorliegend um einen Vertrag mit mehrjähriger Laufzeit und ein Gesellschaftsverhältnis, das eine längerfristige Zusammenarbeit mit sich bringt, handelt. In Anbetracht des Gesellschaftsverhältnisses ist ein erneuter Vertragsabschluss sehr wahrscheinlich weshalb das Argument der fehlenden Nachholbarkeit nicht stichhaltig ist.

35 Die Klägerin behauptet in Rz. 18 KS, bei der Zurverfügungstellung von Transportkapazität handle es sich um ein absolutes Fixgeschäft. Bei einem solchen ist der Termin der Leistungserbringung derart bedeutsam, dass der Vertrag in seinem gesamten Bestand davon abhängt (OR I-WIEGAND, Art. 97 N 18). Der Gastransport kann jedoch vorliegend gem. Art. 7 TV unterbrochen werden, was dem Wesen eines absoluten Fixgeschäftes gerade zuwiderläuft. Ohnehin sind Unterbrechungen, wie sie im TV geregelt sind, dem Betrieb einer Pipeline immanent, sodass es regelmässig zu „Unmöglichkeiten“ kommen kann. Zudem ist anzuführen,

dass die Beklagte den TV am 3. August 2013 und damit in Kenntnis des Transportunterbruchs (EAZ, Rz. 7) unterzeichnete. Sie nahm folglich das Risiko in Kauf, dass der Gastransport nicht rechtzeitig wieder sichergestellt sein würde. Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Art. 2 ZGB) durfte die Klägerin dem Termin der Leistungserbringung nicht eine derartige Bedeutung beimessen. Es liegt somit kein absolutes Fixgeschäft vor.

2.1.3. Die Beklagte vermag sich zu exkulpieren

- 36 Entgegen dem Wortlaut von Art. 107 OR ist der Exkulpationsbeweis bei Verzug ebenfalls möglich (BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 16). Es gelten die Ausführungen in Rz. 50.

2.1.4. Eine Nachfrist hätte angesetzt werden müssen

- 37 Der Gläubiger muss dem Schuldner eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR), welche so lange sein muss, dass der Schuldner die Leistung effektiv noch erbringen kann (BERGER, N 1679).
- 38 Die Fristansetzung ist u.a. aber dann entbehrlich, wenn sie sich erkennbarer Weise als unnützlich erweisen würde (Art. 107 Abs. 2 OR), so etwa, weil sich der Schuldner derart in Verzug befindet, dass eine Leistung nicht mehr erbringen kann (BSK OR I-WIEGAND, Art. 108 N 2). Die Beklagte teilte der Klägerin am 12. September 2013 mit, dass es aufgrund eines Force Majeure-Ereignisses zu einem Unterbruch des Gastransportes gekommen sei, sie jedoch nach einer möglichst schnellen Lösung suchen würde (K-18). Aufgrund der Unbestimmtheit dieses Schreibens durfte die Klägerin nicht auf die Nutzlosigkeit einer Nachfrist schliessen (BK OR-Weber, Art. 108 N 13 zu den Anforderungen).
- 39 Die Klägerin hätte somit der Beklagten eine Nachfrist ansetzen müssen, um Schadensersatz aufgrund von Art. 107 Abs. 2 OR geltend zu machen.

2.1.5. Die Klägerin hat ihr Wahlrecht nicht wirksam ausgeübt

- 40 Gem. Art. 107 Abs. 1 OR muss der Gläubiger unverzüglich erklären, ob er vom Vertrag zurücktreten wolle und ob er an der Leistung festhalten oder aber auf diese verzichten und stattdessen Schadensersatz fordern wolle. Nach wohl h.L. muss dies auch für die Wahl von Schadensersatz bzw. Festhalten an der Leistung gelten (BK OR-WEBER, Art. 107 N 147 ff.). Zudem muss die Wahl von Schadensersatz gleichzeitig mit dem Verzicht auf die Leistung erfolgen (SCHENKER, N 561; sinngemäss auch VON TUHR/ESCHER, S. 153). Die Beklagte hätte demnach einen allfälligen Schadensersatzanspruch am Treffen zwischen dem 23. Juli und dem 23. Dezember 2013 (nachfolgend Periode 1) geltend machen müssen.

2.2. Eventualiter: Es liegt subj. Unmöglichkeit vor

- 41 Art. 119 Abs. 1 OR bestimmt für den Fall einer nachträglichen, nicht durch den Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, dass dieser befreit von seiner Leistungspflicht befreit wird. Vorliegend war die vereinbarte Leistung anfänglich unmöglich, also schon bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr erbringbar (BK OR-WEBER, Art. 97 N 107 ff.). Die Unmöglichkeit war ausserdem subj., da die Klägerin Deckungseinkäufe tätigen konnte. Gem. h.L. kommen die Regeln der nachträglichen subj. Unmöglichkeit auch auf die anfängliche subj. Unmöglichkeit zur Anwendung (BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 13). Falls den Schuldner ein Übernahmeverschulden trifft, richtet sich die Rechtsfolge nach Art. 97 OR (SCHWENZER, N 64.08). Hingegen kommt Art. 119 Abs. 1 OR zur Anwendung. Fehlt hingegen ein Verschulden so wird der Schuldner gem. Art. 119 Abs. 1 OR von seiner Leistungspflicht befreit.
- 42 Die Regenfälle im Sommer 2013 waren von aussergewöhnlicher Heftigkeit. Die Beklagte musste vernünftigerweise nicht damit rechnen, dass die Ereignisse vom 23. Juli zu einer derart massiven Störung des Gastransportes führen würden. Im Sommer 2012 war sie stets in der Lage die auftretenden Probleme in Zusammenhang mit Regenfällen und Gerölllawinen schnell zu lösen, ohne dass es zu Unterbrechungen des Transportes kam (EAZ Rz. 10). Der Beklagten kann somit kein Vorwurf gemacht werden, dass sie darauf vertraute, der Transportunterbruch im Sommer 2013 könne innert absehbarer Frist behoben werden. Somit findet Art. 119 Abs. 1 OR Anwendung.
- 43 Zudem war die Klägerin ebenfalls informiert über den Transportunterbruch. Sollte der Beklagten also ein Übernahmeverschulden zur Last gelegt werden, müsste dieser Vorwurf ebenso die Klägerin treffen.

2.3. Keine Verletzung von Nebenpflichten

- 44 Die Beklagte verletzte keine Aufklärungspflicht. Es kann in weiten Teilen auf die Ausführungen in Rz. 28 verwiesen werden, wonach die Beklagte die Klägerin frühzeitig, in Wahrung der ihr obliegenden Aufklärungspflicht informierte. Weiter fällt eine Anwendung der aus Art. 398 OR abgeleiteten Aufklärungspflicht ausser Betracht (vgl. Rz. 23 f.). Ebenso wenig unterlag die Beklagte einer allgemeinen Aufklärungspflicht, da es einerseits am vorausgesetzten Wissensvorsprung fehlte (die Klägerin wusste gem. Verfügung Nr. 2, Rz. 7 spätestens am 28. Juli 2013 von den relevanten Vorfällen) und ausserdem die Umstände keine Offenlegung verlangten (vgl. zu den Voraussetzungen GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2645). Letzteres liegt insb. bei der ärztlichen Aufklärungspflicht oder jener bei der Rechtsverbeistandung vor (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2646), da in diesen Fällen ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht. Ein solches ist aber vorliegend nicht gegeben (Rz. 24).

45 Eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt ebenfalls nicht vor. Die Sorgfalt richtet sich vorliegend nach Art. 1 Abs. 3 TV (K-3). Bei der Bestimmung des Sorgfaltsmassstabes ist auf die Regeln der entsprechenden Branche zurückzugreifen (BGE 93 II 311, E. 2a). Vorliegend hat die Beklagte alles (bzw. sogar mehr) unternommen, was von erfahrenen Betreibern im selben Geschäft in ähnlichen Umständen erwarten werden durfte. So wurde die Pipeline gem. Rz. 2 der Verfügung Nr. 2 entsprechend dem geltenden Standard erstellt. Die gegenteiligen Ausführungen der Klägerin in Rz. 26 KS sind demnach aktenwidrig. Weiter brachte die Beklagte im Juli 2012 eine zusätzliche Sicherungsplatte an, was gem. Rz. 2 Verfügung Nr. 2 *e contrario* hinsichtlich der Umstände nicht nötig gewesen wäre. Die Behauptung der Klägerin, dass qualitativ mangelhaftes Material verwendet wurde (KS, Rz. 26), hat keinerlei Basis. Im Übrigen unternahm die Beklagte alles, damit die Pipeline und die Sicherungen in einem einwandfreien Zustand blieb: So führte sie nicht nur Stabilisierungsarbeiten (EAZ, Rz. 10; K-9), sondern auch eine Pig Passage (EAZ, Rz. 10; K-10) und ordnungsgemässe Instandhaltungsarbeiten (EAZ, Rz. 10) durch. Da sämtliche Ergebnisse und auch das beauftragte Kontrollunternehmen, die rumänischen Behörden und das rumänische Rohrleistungsinspektorat die Beklagte in ihrer Annahme bestätigten, dass die Sicherungsvorkehrungen genügend waren (vgl. K-12; K-13), sah sich diese nicht veranlasst, weitere Schutzmassnahmen zu ergreifen. Es kann deshalb auch nicht von einer „subj. Fehleinschätzung“ (KS Rz. 26) die Rede sein. Auch jeder andere Betreiber in der entsprechenden Situation hätte sich nicht anders verhalten, da weitere Sicherungsvorkehrungen aus wirtsch. Sicht nicht sinnvoll und nicht zumutbar waren. Die Beklagte ordnete zusätzlich ein geologisches Gutachten an, das sie im Juni 2014 erhielt und aufgrund dessen sie in Kontakt mit den rumänischen Behörden gelangte, um zusätzliche Vorkehrungen zu treffen (K-14). Das Gutachten sprach sich aber lediglich darüber aus, dass Vorfälle, wie sie sich im Sommer 2012 ereigneten, in regelmässigen Abständen auftreten könnten (K-14). Dafür wäre die Klägerin nach eigener Auffassung, sowie der Auffassung der Behörden und des Kontrollunternehmens (K-12; K-13) genügend gerüstet gewesen. Es handelte sich im Sommer 2013 jedoch um ein „Force-Majeure-Ereignis“. Weshalb die Beklagte bereits im Sommer 2012 eine Nachrüstungspflicht treffen müsste, ist nicht ersichtlich, da sie ausreichende Sicherungsmassnahmen getroffen hatte (K-7).

2.4. Die Beklagte kann sich auf Force Majeure berufen

46 Vorliegend handelt es sich um einen Fall von Force Majeure i.S.v. Art. 7.2. i.V.m. Art. 23.1 TV (K-18). Gem. Art. 23 TV werden daher beide Parteien von ihren Leistungen befreit, es besteht kein Anspruch auf Schadenersatz.

2.4.1. *Es liegt ein von aussen kommendes Ereignis vor*

47 Die Klägerin argumentiert, dass Schlamm- und Gerölllawinen räumlich ausserhalb des Betriebes entstehen, funktional aber ihren Ursprung in den mangelhaften Betriebseinrichtungen haben (KS, Rz. 23). Letzteres trifft nicht zu (Rz. 45). Zudem vermag auch das Argument des funktionalen Zusammenhangs nicht zu überzeugen, da höhere Gewalt sich gerade auf ausserordentliche Naturereignisse wie heftige Unwetter und Erdbeben bezieht (BGE 81 II 439 E. 2; BSK OR I-SCHNYDER, Art. 41 OR N 21).

2.4.2. *Das Ereignis war unvorhersehbar*

48 Unvorhersehbar ist ein Ereignis, wenn es vernünftigerweise nicht vorhergesehen werden kann (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 10 N 75). Wie die Klägerin zu Recht in Rz. 24 KS darlegt, wird die Vorhersehbarkeit eines Ereignisses unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bestimmt (BGE 104 II 314, E. 1b.). Die Klägerin behauptet jedoch, heftige Regenfälle oder darauf zurückzuführende Ereignisse seien nur aussergewöhnlich, wenn im Lauf der Jahrzehnte damit schlechthin nicht zu rechnen war (KS, Rz. 24). Die Behauptung, dass die Art, Intensität und örtliche Ausbreitung des Ereignisses bereits am 12. August 2012 voraussehbar war, ist unbegründet. Am 12. August 2012 meldete die Beklagte nur einige geringfügige Probleme (K-5), welche bereits am 13. August 2012 wieder behoben waren (K-6; K-7). Die schnelle „Problembewältigung“ zeigt, dass die Intensität dieses Ereignisses vom 12. August 2012 in keiner Weise mit jenen Vorfällen vom 23. Juli 2013 verglichen werden kann. Dasselbe gilt für die späteren Vorfälle im Sommer 2012 (K-8; K-9; K-10). Das Schreiben vom 22. Juli 2013 (K-14) besagt nur, dass der Betreiber auf Probleme, wie sie im August und September 2012 auftraten, vorbereitet sei.

2.4.3. *Das Ereignis war nicht vermeidbar*

49 Hinsichtlich der Vermeidbarkeit argumentiert die Klägerin mit der Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Beklagte (KS, Rz. 25 ff.). Es kann somit auf Rz. 44 f. verwiesen werden.

2.5. Der Beklagten kann kein Verschulden zugerechnet werden

50 Entgegen den Aussagen der Klägerin (KS, Rz. 20) stellt Art. 19 TV keine nichtige Freizeichnungsklausel gem. Art. 100 Abs. 1 OR dar. Eine Freizeichnungsklausel, die über das gem. Art. 100 OR erlaubte Mass hinausgeht, ist nämlich nicht als Ganzes nichtig, sondern lediglich in Anwendung der modifizierten Teilnichtigkeit auf das erlaubte Mass zu reduzieren (BGE 120 II 35 E. 4a; CR CO I-THÉVENOZ, Art. 100 N 21). Der generelle Haftungsausschluss in Art. 19 TV führt folglich keinesfalls zum Dahinfallen der ganzen Abrede. Lediglich eine zugesicherte Eigenschaft, wie sie im Kaufrecht vorkommt, würde von der Freizeichnungsklausel

nicht erfasst werden (BGer 4C.119/2005 E. 2.3). Vorliegend handelt es sich aber um einen Innominatkontrakt ohne kaufvertragliche Elemente. Zudem wurde die Verbindlichkeit des Gastransportes gerade nicht zugesichert (Rz. 57). Darüber hinaus ist gem. h.L. eine Freizeichnungsklausel durchaus mit der Natur eines Auftragsverhältnisses vereinbar (CR CO I-THÉVENOZ, Art. 100 N 18). Dies muss also umso mehr auch hier gelten, wo doch ein Innominatkontrakt mit allenfalls auftragsrechtlichen Elementen vorliegt (KS, Rz. 17).

- 51 Selbst wenn die Beklagte ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe (Art. 100 Abs. 2 OR) betreiben sollte, wäre hier die Nichtigkeit der Freizeichnungsklausel keine angemessene Rechtsfolge. Es darf insb. nicht ausser Acht gelassen werden, dass es sich bei der Klägerin um eine Gesellschafterin der Beklagten handelt, wobei drei der fünf Verwaltungsratsmitglieder Vertreter der Gesellschafterinnen sind. Die Klägerin, welche zudem an der Gründung der Beklagten beteiligt war, hat also durchaus Einflussmöglichkeiten auf die Beklagte. Es ist folglich weder erforderlich noch angebracht, der Klägerin einen stärkeren Schutz zuzugestehen, insb. da sie ebenfalls geschäftskundig ist und die Konsequenzen einer Freizeichnungsklausel verstehen musste, auch wenn diese Teil eines vorformulierten Vertrages waren (BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 519).
- 52 Somit haftet die Beklagte nicht für jedes Verschulden, sondern nur für grobe Fahrlässigkeit. Grobfahrlässig handelt nur derjenige, dessen Verhalten gegen die elementarsten Vorsichtsgebote verstösst (BGE 88 II 430 E. 2), wenn dessen Vorgehen also „schlechthin unverständlich“ ist (KELLER, S. 127) oder *alle vorgeschriebenen Sicherheitsmassnahmen* verletzt (BGE 111 Ib 192 E. 4). Daraus folgt, dass die Beklagte sich jeglichen Sicherheitsvorschriften hätte widersetzen müssen. Sie müsste sich also u.a. den Auflagen der rumänischen Behörden widersetzt haben. Dies ist ohnehin zu verneinen, da die Beklagte ihr Vorgehen stets mit der rumänischen Behörde abgesprochen hat (EAZ, Rz. 10, 18 und 20; K-12; K-13; K-14; K-18). Die Beklagte hat sich nicht nur mit der Erfüllung der Vorgaben der Behörde begnügt, sondern hat auch Gutachter bestellt und auch ein Kontrollunternehmen beauftragt. Von einem „schlechthin unverständlichen Verhalten“ kann hier nicht die Rede sein. Zudem hat ohnehin die Klägerin aufgrund der Freizeichnungsklausel das Vorliegen von grober Fahrlässigkeit zu beweisen (BGE 107 II 161 E. 3c; CR CO I-THÉVENOZ, Art. 100 N 19).
- 53 Unabhängig davon, hat die Beklagte zu keinem Zeitpunkt fahrlässig, geschweige denn vorsätzlich gehandelt, sondern sämtlichen angezeigten Massnahmen zur Gewährleistung des Gastransportes pflichtgemäss ergriffen (vgl. hierzu Rz. 45).

2.6. Die Klägerin verzichtete auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch

- 54 Vorliegend wird nicht bestritten, dass während der Periode 1 ein Schaden entstanden ist. Die Klägerin verzichtete aber auf die Geltendmachung eines allfälligen Schadenersatzanspruchs.
- 55 Nach dem Vertrauensprinzip ist eine Erklärung so auszulegen, wie sie nach dem Wortlaut sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte (BGE 130 III 417 E. 3.2). Indem die Klägerin auf die Beklagte zukam, um „die rechtlichen und kommerziellen Konsequenzen“ zu besprechen (Verfügung Nr. 2, Rz. 19), durfte die Beklagte nach dem Vertrauensprinzip (Art. 2 Abs. 1 ZGB) davon ausgehen, dass die Klägerin alle ihre Forderungen in diesem Gespräch offenlegen würde. Dies insb. deshalb, weil die Beklagte das Force Majeure Ereignis (K-18) der Klägerin angezeigt hat. Dadurch dass die Klägerin der Geltendmachung von Force Majeure nicht widersprach und sich zudem mit der Beklagten auf eine Lösung einigte, die den Rechtsfolgen von Art. 23.4 TV entspreche, verzichtete sie entgegen ihren Behauptungen in Rz. 21 KS konkludent auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen.

3. Der Transportpreis ist in voller Höhe zu leisten

3.1. Vorbemerkungen

- 56 Die Klägerin stützt ihre Argumentation darauf, dass die Beklagte gem. Art. 5 TV zur Zurverfügungstellung von verbindlicher Kapazität verpflichtet gewesen sei, faktisch jedoch nur unterbrechbare Kapazität zur Verfügung gestellt hätte (vgl. KS, Rz. 39, 42). Nachfolgend wird gezeigt, dass die Parteien sich effektiv auf unterbrechbare Kapazität einigten und die Beklagte während der Periode vom 24. Dezember 2013 bis zum 24. Februar 2014 (nachfolgend Periode 2) ihren Verpflichtungen vollumfänglich nachkam.

3.1.1. Die Parteien haben tatsächlich unterbrechbare Kapazität vereinbart

- 57 Gem. Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Auslegung von Verträgen der wirkliche, übereinstimmende Wille der Parteien entscheidend und nicht eine unrichtige Bezeichnung. So sprechen die Parteien vorliegend zwar von „verbindlicher Kapazität“, das Wesensmerkmal dieser Kategorie besteht aber in der vertraglichen Zusicherung, dass keine Unterbrechung eintreten wird (vgl. Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2008 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. EU vom 14. August 2009, Nr. L 211, S. 40 Art. 2 Abs. 1 Ziff. 16). Durch die Auflistung von Ausnahmen in Art. 7 TV (K-3) wird das Prinzip der „Ununterbrechbarkeit“ soweit relativiert und geradezu ausgehöhlt, dass nicht mehr von „verbindlicher Kapazität“ gesprochen werden kann.

58 Hinzu kommt, dass Art. 2 Abs. 1 Ziff. 13 der Verordnung Nr. 715/2009 „unterbrechbare Kapazität“ dahingehend definiert, dass sie „von dem Fernleitungsnetzbetreiber gem. den im Transportvertrag festgestellten Bedingungen unterbrochen werden kann“. Indem die Parteien Art. 7 TV in den Vertrag integrierten, brachten sie zum Ausdruck, dass sie materiell von „unterbrechbarer“ und nicht von „verbindlicher“ Kapazität ausgingen.

3.1.2. Die Beklagte kam ihrer Verpflichtung in Periode 2 vollumfänglich nach

59 Selbst wenn davon ausgegangen werden würde, dass die Beklagte verbindliche Kapazität zur Verfügung hätte stellen müssen, ist die Forderung nach Herabsetzung des Transportpreises unbegründet, da es unbestrittener Weise zu keinem Unterbruch des Transportes während der Periode 2 kam. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin aus dem einwandfreien Transport des Gases Ansprüche ableiten können sollte.

60 Die Parteien haben in Art. 7.2 und 23 TV (K-3) eine Regelung getroffen bzgl. des Falles von Force Majeure sowie des Unterbruchs als Folge von Wartungen. Sie haben sich somit mit der Frage der Beeinträchtigungen des Transportes auseinandergesetzt und diese Fragen abschließend geregelt. Fälle, in denen kein effektiver Unterbruch stattfand, sollten demnach nicht zu einer Transportpreisreduktion führen, da sie dies sonst ebenfalls angeführt hätten. Es handelt sich somit um eine Risikoverteilung, die von den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit im TV vorgenommen wurde und die sich die Klägerin nun entgegenhalten lassen muss.

3.1.3. Zwischenfazit

61 Damit beruht die gesamte Argumentation der Klägerin hinsichtlich der Reduktion des Transportpreises (KS Rz. 39 ff.) auf einer falschen Grundlage. Vollständigkeitshalber wird nachstehend dennoch auf die vorgebrachten Argumente der Klägerin eingegangen.

3.2. Der Transportvertrag ist gültig zustande gekommen

3.2.1. Die Klägerin kann sich nicht auf einen Grundlagenirrtum berufen

62 Die Klägerin beruft sich auf einen Grundlagenirrtum bzgl. der Tatsache, dass die Beklagte während der Periode 2 verbindliche Kapazität zur Verfügung stellen würde (KS, Rz. 40 ff.).

63 Gegenstand eines Grundlagenirrtums, unabhängig davon, ob er sich auf einen zukünftigen Sachverhalt bezieht, kann nur ein Irrtum über eine obj. wesentliche Vertragsgrundlage sein. D.h., der Irrende durfte den vorgestellten Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Vertragsgrundlage betrachten (BGE 118 II 297 E. 2).

64 Die Klägerin durfte aber nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gerade nicht annehmen, der Transport würde immer ohne Unterbrechung gewährleistet sein, da der Fall einer Unterbrechung ausdrücklich und ausführlich in Art. 7 TV (K-3) geregelt wurde. Die Klägerin

war sich daher bewusst, dass die Möglichkeit eines Unterbruches bestand. Zudem sieht besagte Regelung vor, dass die Klägerin bei Wartungen sowie im Fall von Force Majeure (Rz. 46) keinen Anspruch auf Reduktion des Kaufpreises hat. Damit trägt also grds. die Klägerin das Risiko, wenn die Kapazität nicht zur Verfügung gestellt werden kann. Verbindlichkeiten ihrerseits übernahm sie somit auf eigene Gefahr. Das Ausbleiben solcher Unterbrechungen und umso mehr noch der blossen Möglichkeit einer Unterbrechung kann also nach Treu und Glauben gar nicht als obj. wesentliche Vertragsgrundlage betrachtet werden.

- 65 Ausserdem muss, damit die Berufung auf einen wesentlichen Irrtum i.S.v. Art. 23 OR zulässig ist, dieser unbewusst sein, d.h. falls Zweifel an der Richtigkeit der eigenen Vorstellungen bestehen, fällt ein Irrtum ausser Betracht (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 23 N 3).
- 66 Die Klägerin hätte somit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits Zweifel haben müssen, dass ein zu 100% einwandfreier Gastransport ohne jegliche Unterbrüche möglich wäre. Insb. auch deshalb, weil sie bereits von den Unterbrüchen wusste (Verfügung Nr. 2, Rz. 7).
- 67 Ausserdem ist das Argument der Klägerin, dass sie bei Wissen um Unterbrüche einen solchen Vertrag nicht eingegangen wäre, nicht stichhaltig (Rz. 69 f.).

3.2.2. *Eventualiter: Es liegt kein Fall modifizierte Teilnichtigkeit vor*

- 68 Sollte ein Grundlagenirrtum wider Erwartens angenommen werden, so kommt es trotzdem zu keiner Transportpreisreduktion durch Vertragsanpassung gem. Art. 23 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 OR *analog*, wie dies die Klägerin in Rz. 47 KS fordert. Sie behauptet, sie hätte den Vertrag nicht zu den eingegangenen Konditionen abgeschlossen bzw. lediglich unterbrechbare Kapazität an der Auktion erstanden, hätte sie gewusst, dass die verbindliche Kapazität nicht sichergestellt sei (KS, Rz. 48).
- 69 Zunächst erstreckte sich der wirkliche Wille der Klägerin und der Beklagten ohnehin auf unterbrechbarer Kapazität (Rz. 57 f.). Weiter ist zu bedenken dass die Klägerin an der Gründung der Pipe Transport AG als Gesellschafterinnen beteiligt waren. Wer den Aufwand auf sich nimmt, eine Gesellschaft zu gründen, um den Gastransport in einer bestimmten Region sicherzustellen, tut dies mangels besserer Alternativen. Es ist also unwahrscheinlich, dass die Klägerin nicht mitgeboten hätte bei der Auktion, insb. da sie bereits vor der Auktion Verträge mit Abnehmern schloss (Verfügung Nr. 2, Rz. 15). Dadurch verpflichtete sie sich nämlich faktisch an der Auktion mitzubieten und Kapazitäten unabhängig vom Merkmal der Verbindlichkeit zu erstehen. Und der Transportpreis wurde schlussendlich durch die Gebote der Teilnehmer bestimmt und nicht durch die Beklagte.
- 70 Weiter betrifft der Willensmangel hier den Transportpreis und damit die *essentialia negotii*. Gem. Art. 2 Abs. 1 OR ist es für das Zustandekommen eines Vertrages unerlässlich, dass eine

Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte besteht. Würde die Klägerin also tatsächlich auf ihrem Standpunkt beharren, würde dies zum unsachlichen und ungewollten Ergebnis führen, dass – mangels Einigung über die essentialia negotii – gar nie ein Vertrag zwischen den Beteiligten zustande kam.

3.2.3. Die Klägerin wurde nicht getäuscht

71 Wie in Rz. 62 f. und Rz. 31 dargelegt, befand sich die Klägerin weder in einem Irrtum noch verschwieg die Beklagte ihr Informationen, zu deren Mitteilung sie verpflichtet gewesen wäre. Die Klägerin kann sich somit auch nicht auf Täuschung gem. Art. 28 OR berufen.

3.3. Kein vertraglicher Anspruch auf Kaufpreisminderung gem. Art. 7.3 TV

72 Die Klägerin beruft sich in ihrer Klageschrift in keiner Weise auf Art. 7.3 TV (K-3). Der Vollständigkeit halber soll nachstehend dennoch darauf eingegangen werden.

3.3.1. Kein Anspruch auf Reduktion des Transportpreises gem. Art. 7.3 TV

73 Gem. Art. 7.2 TV (K-3) hat der vorsichtige und vernünftige Betreiber das Recht, sollte er aufgrund eines Falles von Force Majeure nicht in der Lage sein, die geschuldete Kapazität in vollem Umfang zur Verfügung zu stellen, die Kapazität für die Dauer dieses Vorfalls zu reduzieren. Art. 7.3 TV besagt ausdrücklich, dass für Unterbrechungen in Folge von Wartungen kein Anspruch auf Reduktion der Transportgebühr besteht. Dies muss umso mehr auch für Unterbrechungen aufgrund von Force Majeure gelten. Dies insb. vor dem Hintergrund von Art. 23 TV welcher ausdrücklich festhält, dass der Betreiber für die Nichterfüllung nicht einzustehen hat, sollte ein Fall von Force Majeure vorliegen. Muss er also für Nichterfüllung aufgrund von Force Majeure nicht eintreten, muss er umso weniger für eine blosser Beeinträchtigung haften.

3.3.2. Eventualiter: Teilreduktion gem. Art. 7.3 TV

74 Selbst wenn die Unterbrechung des Transportes aufgrund des Erdbebens nicht als Fall von Force Majeure erachtet werden sollte, würde es sich immer noch um einen Fall der Wartung i.S.v. Art. 7.3 i.V.m. Art. 1 Abs. 4 TV (K-3) handeln (vgl. nachstehend Rz. 82 f.) womit aber lediglich eine Reduktion im Rahmen von 1032 Stunden erfolgen würde.

3.4. Kein Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus

75 Die Klägerinnen verlangen des Weiteren eine Vertragsanpassung gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB in Anwendung der clausula rebus sic stantibus (KS, Rz. 50 ff.).

76 Die Klägerin lässt hierbei ausser Acht, dass sich gem. Rechtsprechung (BGE 127 III 300 E. 5b) die Verhältnisse nachträglich, also nach Vertragsschluss, ge-

ändert haben müssen. Es können daher Fehlvorstellungen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses über die bestehenden Voraussetzungen und Umstände nicht berücksichtigt werden (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 99).

- 77 Die Klägerin behauptet die Verhältnisse hätten sich erst ab dem 24. Dezember 2013 geändert, da die Beklagte erst ab diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Lage gewesen sei, die verbindliche Kapazität zu garantieren (KS, Rz. 51). Diese Behauptung ist jedoch falsch, da der Gastransport bereits seit dem 23. Juli 2013 nicht mehr gewährleistet werden konnte und sich die Verhältnisse spätestens zu diesem Zeitpunkt und damit vor Vertragsschluss änderten.
- 78 Weiter muss das Äquivalenzverhältnis zwischen den geschuldeten vertraglichen Leistungen derart gestört sein, dass das Festhalten des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrages offensichtlich rechtsmissbräuchlich wäre (BGE 107 II 348 E. 2). Es ist nicht ersichtlich, wieso die Klägerin einen tieferen Transportpreis bezahlen sollte, da doch der Transport des Gases seit dem 24. Dezember 2013 ununterbrochen lief. Es ist insb. zu berücksichtigen, dass die Änderungen der Umstände, die am 24. Dezember 2013 eintraten, sprich die Wiederaufnahme des Gastransportes, zu Gunsten und nicht zu Lasten der Klägerin gingen.
- 79 Zudem ist festzuhalten, dass die Veränderung der Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragschlusses nicht voraussehbar sein durfte (BGE 101 II 17 E. 2). Sonst hätte die betroffene Partei mittels einer entsprechenden Vertragsabrede Vorkehrungen treffen können (SCHWENZER, N 35.08). Der Klägerin war bei Vertragsabschluss bekannt, dass es zu einer Störung des Transportes infolge Erdbebens gekommen war und auch dass der Transport nicht umgehend wieder sichergestellt werden konnte. Sie musste sich daher bewusst sein, dass der Gastransport in der nächsten Zeit mit gewissen Unsicherheiten behaftet sein würde und verzichtete dennoch, sich bzgl. einer entsprechenden Vertragsklausel mit der Beklagten in Verbindung zu setzen.

3.5. Keine analoge Anwendung von Mietrecht oder Auftragsrecht

3.5.1. Der Transportvertrag ist nicht lückenhaft

- 80 Die Klägerin behauptet in Rz. 58 KS, der TV sei deswegen lückenhaft und zu ergänzen, weil er keine Regelung zur Reparatur enthalte.
- 81 Zunächst ist festzuhalten, dass, sollte tatsächlich eine Störung des Transportes in der Periode 2 stattgefunden haben, dieser Umstand durch Force Majeure verursacht wurde (Rz. 46 ff.) und damit bereits in Art. 23.1 TV (K-3) geregelt wird.
- 82 Auch sonst wäre der Sachverhalt bereits durch den TV genügend geregelt. Denn die Parteien umschreiben in Art. 1 TV (K-3) die Wartung. Diese weite Definition muss gem. dem Prinzip der Vertragsfreiheit (Art. 8 OR) der umgangssprachlichen Verwendung des Begriffs der War-

tung vorgehen. So war die Umleitung des Gases über eine provisorische Pipeline durchaus nötig, um den Bau und damit die Kontinuität, Regularität und Sicherheit des Gastransportes in Zukunft sicherzustellen. Der vorliegende Sachverhalt fällt somit unter den Begriff der Wartung, womit sich die Frage der Lückenhaftigkeit des Vertrages nicht stellt.

3.5.2. Art. 259d OR ist nicht analog anwendbar

- 83 Die Klägerin macht geltend, eine analoge Anwendung von Art. 259d OR sei gerechtfertigt, da eine ähnliche Interessenslage vorliege wie bei der Miete.
- 84 Dem ist folgendes entgegenzuhalten: Gem. Art. 253 OR verpflichtet sich der Vermieter bei der Miete dem Vermieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen für einen entsprechenden Mietzins. Bezeichnend für ein Mietverhältnis ist somit „die besonderen Ausgestaltung der Sachherrschaftsbeziehung unter den Parteien“ (BK OR-GIGER, Art. 253 N 7). Hier wurde die Gaspipeline nicht der Klägerin übergeben, es fand nie eine Besitzübertragung statt. Die notwendigen Handlungen zum Transport von Gas wurden von der Beklagten vorgenommen, sie ist also diejenige die Gebrauch von der Sache macht und nicht die Klägerin. Es ist daher nicht ersichtlich, wieso eine analoge Anwendung des Mietrechts angezeigt sein sollte.
- 85 Selbst wenn Art. 259d OR grds. analog anwendbar sein sollte, so wären dessen Voraussetzungen dennoch nicht erfüllt. So muss die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt bzw. vermindert sein. Dazu muss der Mietsache entweder eine Eigenschaften fehlen, die vertraglich zugesicherte wurde oder aber sich aus dem vertraglich bestimmten Gebrauchszweck bestimmt (BGer 4C.384/2005 E. 2.1.). Dies ist vorliegend aber nicht der Fall, da aus dem TV gerade nicht hervorgeht, dass der Transport unter allen Umständen gewährleistet sein muss (Rz. 57 f.) und somit die Verbindlichkeit der Kapazität keine solche qualifizierte Eigenschaft darstellt.

3.5.3. Eine Reduktion des Honoraranspruches ist nicht angezeigt

- 86 Gem. BGer und h.L. ist eine Reduktion des Honoraranspruches auf den Wert der tatsächlich erbrachten Leistung dann angezeigt, wenn eine schlechte Vertragsausführung vorliegt (BGE 124 III 423 E. 3b; TERCIER/FAVRE, N 5252), sprich in solchen Fällen in denen der Auftrag nicht korrekt und sorgfältig ausgeführt wurde (BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 43).
- 87 Im vorliegenden Fall traf die Beklagte alle Vorkehrungen, die eine sorgfältig handelnde Drittperson ebenfalls getroffen hätte um den Transport sicherzustellen (Rz. 45). Zudem ist nicht ersichtlich, worin der Minderwert der Leistung bestehen sollte (Rz. 59). Es erscheint vor diesem Hintergrund unverständlich wieso der Klägerin eine Reduktion des Transportpreises zugestanden werden sollte.