

**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

27. März 2015

**KLAGEANTWORT**

**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 1

gegen

**PIPETRANSPORT AG (SCHWEIZ)**

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 8

Sehr geehrter Herr Präsident Bosch,  
sehr geehrte Frau Schiedsrichterin Roth,  
sehr geehrter Herr Schiedsrichter Vollenweider,  
namens und mit Vollmacht der Klägerinnen stellen wir fristgerecht folgende

### **Rechtsbegehren**

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

Mit vorzüglicher Hochachtung, Moot Court Team 8

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	III
Entscheidungsverzeichnis.....	XI
Materialienverzeichnis.....	XVII
I. Prozessuales.....	1
1. Das Schiedsgericht ist nur Ansprüche aus dem Transportvertrag zuständig.....	1
a) Das Schiedsgericht ist nur für vertragliche Ansprüche zuständig.....	1
b) Die Klägerinnen können sich weder auf die Statuten noch auf das MoU berufen.....	1
c) Die drei Schiedsvereinbarungen der Parteien sind nicht als Einheit zu betrachten.....	2
2. Das Schiedsgericht ist nicht für Ansprüche aller Klägerinnen zuständig.....	3
a) Die Klägerinnen verletzen den Grundsatz der privity of contracts.....	3
b) Parteiwille und Parteiautonomie sind zentrale Grundsätze der Schiedsgerichtsbarkeit.....	3
c) Die Prozessökonomie bleibt gewahrt und es besteht keine Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen.....	4
d) Eine separate Schiedsrichterwahl ist unabdingbar.....	5
3. Fazit.....	6
II. Materielles: Erste Periode.....	6
1. Vertragsqualifikation.....	6
a) Der Transportvertrag ist als Frachtvertrag zu qualifizieren.....	6
b) Die analoge Anwendung von Normen anderer Vertragstypen ist ungerechtfertigt.....	7
2. Die Beklagte traf keine vorvertraglichen Pflichten.....	7
a) Der suspensiv bedingte Vorvertrag ist nicht gültig zustande gekommen.....	8
b) Eventualiter: Die Pflichten aus dem bedingten Vorvertrag wurden nicht verletzt.....	8
c) Die Beklagte schuldet keinen Schadenersatz aus culpa in contrahendo (cic).....	9
3. Das MoU ist rechtlich nicht bindend.....	10
4. Es liegt weder ein Irrtum, noch eine absichtliche Täuschung vor.....	10
5. Die Beklagte haftet nicht aus dem Transportvertrag.....	11
a) Die Haftungsfreizeichnungsklausel ist zulässig.....	11
b) Die Transportpflicht wurde durch die Klägerin und die Beklagte abbedungen.....	12
c) Die Beklagte handelte als vernünftige und vorsichtige Betreiberin.....	12
d) Die Klägerin hätte von den Ereignissen wissen müssen.....	12
e) Die Klägerin musste als Kennerin der Branche nicht über Risiken informiert werden.....	13
f) Die Beklagte handelte nicht grobfahrlässig.....	14

6.	Die Beklagte kann sich auf Force Majeure berufen.....	14
	a) Das Ereignis lag ausserhalb des Einflussbereichs der Beklagten.....	14
	b) Das Ereignis war nicht vorhersehbar.....	15
	c) Das Ereignis war nicht vermeidbar .....	15
	d) Trotz nicht sofortiger Geltendmachung ist eine Berufung möglich.....	16
7.	Fazit.....	16
III.	Materielles: Zweite Periode .....	17
1.	Der Transportpreis ist nicht aus modifizierter Teilnichtigkeit zu reduzieren .....	17
	a) Mietzinsherabsetzung und Sachmängelgewährleistung schliessen Irrtumsanfechtung aus.....	17
	b) Der Irrtum ist nicht anfechtbar .....	17
	c) Eventualiter: Die Irrtumsanfechtung verstösst gegen Treu und Glauben .....	18
2.	Die Klägerin kann sich nicht auf Art. 7 des Transportvertrags berufen .....	18
	a) Es lag keine Kapazitätsreduktion vor.....	18
	b) Eventualiter: Die Notleitung stellt keine Wartung sondern eine Erweiterung dar.....	18
3.	Der Transportpreis ist nicht aus Minderung im Auftrag zu reduzieren .....	19
4.	Der Transportpreis ist nicht aus Art. 259d OR zu reduzieren.....	20
	a) Mietrecht ist nicht analog anwendbar.....	20
	b) Eventualiter: Es handelt sich nicht um einen Mangel .....	20
	c) Subeventualiter: Das Unterbrechungsrisiko beeinträchtigt den Gebrauch nicht.....	20
5.	Fazit.....	20

## Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN SANDRO, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Habil., Universität Bern 2004 (zit. ABEGGLEN)  
Rz. [59]
- AEBI-MÜLLER REGINA E. *et al.*, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-BEARBEITERIN)  
Rz. [29, 41]
- ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland - The Practitioner's Guide: Commentary, Alphen aan den Rijn 2013 (zit. Arbitration in Switzerland-BEARBEITERIN)  
Rz. [10]
- BAUMANN MAX *et al.*, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band. I, Einleitungstitel zum ZGB, Art. 1-7 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998 (zit. ZK ZGB-BEARBEITERIN)  
Rz. [38]
- BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012 (zit. BERGER)  
Rz. [29]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2nd ed., Bern 2010 (zit. BERGER/KELLERHALS)  
Rz. [3, 14, 16]
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009 (zit. BÖCKLI)  
Rz. [62]
- BRUNNER CHRISTOPH, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration, Austin 2009 (zit. BRUNNER)  
Rz. [69, 77]

- DERENDINGER PETER, Die Nicht – und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Auflage, Diss., Universität Freiburg 1990 (zit. DERENDINGER)  
Rz. [90]
- EXNER ADOLF, Der Begriff der höheren Gewalt (*vis major*) im römischen und heutigen Verkehrsrecht, Saarbrücken 2007 (zit. EXNER)  
Rz. [69]
- FONTAINE MARCEL/DE LY FILIP, Drafting International Contracts, An Analysis of Contract Clauses, 2nd ed., Leiden/Boston 2009 (zit. FONTAINE/DE LY)  
Rz. [77]
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, „Vertreter“ im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information, in; Sethe Rolf *et al.* (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011 (zit. FORSTMOSER/KÜCHLER)  
Rz. [59, 61]
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 (zit. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL)  
Rz. [59]
- FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. FURRER/MÜLLER-CHEN)  
Rz. [47]
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK OR-BEARBEITERIN)  
Rz. [44, 48, 52]
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011 (zit. GAUCH)  
Rz. [31]

GAUCH PETER/AEPLI VIKTOR/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 8. Auflage, Zürich 2012 (zit. Präjudizienbuch OR-BEARBEITERIN)  
Rz. [53]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID)  
Rz. [82]

GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband: Kommission, Spedition, Frachtvertrag, Prokura, Anweisung, Hinterlegung, Art. 425-491 OR, Bern 1962 (zit. BK OR-GAUTSCHI)  
Rz. [27]

GIGER HANS, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Die Miete, Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253-255 OR, Bern 2013 (zit. BK OR-GIGER)  
Rz. [30]

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. [34]

HARTMANN STEPHAN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung – Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Diss., Universität Freiburg 2001 (zit. HARTMANN)  
Rz. [38, 41]

HENRICH DIETER, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss, Diss., Universität München, Berlin 1965 (zit. HENRICH)  
Rz. [34]

HERZOG NICOLAS R., Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Diss.,  
Universität Zürich 1999 (zit. HERZOG)

Rz. [34]

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

Rz. [31]

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

Rz. [29, 41]

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

Rz. [12, 27, 31, 34, 43, 44, 48, 90]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar Obligati-  
onenrecht II, Art. 530-964 OR (u.a.), 4. Auflage, Basel 2012 (zit. BSK OR II-  
BEARBEITERIN)

Rz. [62]

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

Rz. [48, 52, 82, 83, 87, 95]

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

Rz. [27, 44, 48, 52, 90]



JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Art. 18 OR, 4. Auflage, Zürich 2014 (zit. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN)  
Rz. [82]

KELLER MAX (Hrsg.), Das schweizerische Schuldrecht, Band IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel 1984 (zit. KELLER/SCHÖBI)  
Rz. [84]

KOLLER ALFRED, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Der Werkvertrag, Art. 363-366 (zit. BK OR-KOLLER)  
Rz. [31]

KOLLY GILBERT, Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, Diss., Universität Freiburg 1978 (zit. KOLLY)  
Rz. [83]

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. [12, 34, 44]

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. [34]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009 (zit. OFK-BEARBEITER)  
Rz. [62]

- LÜCHINGER NIKLAUS, Schadenersatz im Vertragsrecht, Grundlagen und Einzelfragen der Schadenersatzberechnung und Schadenersatzbemessung, Diss., Universität Freiburg 1999 (zit. LÜCHINGER)  
Rz. [43]
- LUTTER MARCUS, Der Letter of Intent: Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen, 3. Auflage, Köln 1998 (zit. LUTTER)  
Rz. [44]
- MASSURAS KONSTADINOS, Dogmatische Strukturen der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, Diss., Universität Hannover, Frankfurt am Main 1998 (zit. MASSURAS)  
Rz. [7, 14, 15]
- MEIER ANDREA, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, Diss., Universität Zürich 2007 (zit. MEIER, Einbezug)  
Rz. [7, 13, 14]
- MEIER ANDREA, Multi-party Arbitrations, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland - The Practitioner's Guide: Commentary, Alphen aan den Rijn 2013 (zit. MEIER, Multi-party)  
Rz. [18, 21]
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrecht und der Aktienrechtsreform, 11. Auflage, Bern 2012 (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER)  
Rz. [59]
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 4. Auflage, Genf 2014 (zit. MÜLLER/LIPP/PLÜSS)  
Rz. [59]
- PAIR LARA, Consolidation in International Commercial Arbitration – The ICC and Swiss Rules, Diss., Universität St. Gallen, Den Haag 2011 (zit. PAIR)  
Rz. [18, 21, 22]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., London/Zürich 2007 (zit. POUDRET/BESSON)

Rz. [12]

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

Rz. [67]

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG*, 2. Auflage. Inkl. Supplement zur 2. Auflage, Zürich 1993 (zit. RÜEDE/HADENFELDT)

Rz. [4]

SCHLOSSER PETER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Auflage, Tübingen 1989 (zit. SCHLOSSER)

Rz. [15]

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. [48, 84]

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

Rz. [73]

STOCKAR CONRAD H., *Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht*, Basel/Stuttgart 1971 (zit. STOCKAR)

Rz. [53]

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., *Les contrats spéciaux*, 4e éd., Zürich 2009 (zit. TERCIER/FAVRE)

Rz. [52]

WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zit. BK OR-WEBER)  
Rz. [43, 52]

WEISS RAINER, Höhere Gewalt als Haftungsausschluss, Diss., Universität Linz, Wien 2009 (zit. WEISS)  
Rz. [69]

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., Universität Freiburg 1993 (zit. WERRO)  
Rz. [52]

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, pp. 343-410 (zit. VOSER)  
Rz. [14]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, 2nd ed., Zürich 2013 (zit. Swiss Rules-BEARBEITERIN)  
Rz. [21, 22]

ZÜST MARTIN, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Diss., Universität St. Gallen, Bern 1992 (zit. ZÜST)  
Rz. [94]

## **Entscheidverzeichnis**

### **Entscheide des Bundesgerichts**

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

2. Juni 1953

BGE 79 II 272

Rz. [83]

Urteil des Kassationshofes des Schweizerischen Bundesgerichts vom

28. September 1956

BGE 82 IV 145

Rz. [90]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

27. November 1962

BGE 88 II 430

Rz. [52]

Urteil des Kassationshofes des Schweizerischen Bundesgerichts vom

4. Dezember 1964

BGE 90 IV 265

Rz. [69]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

14. Juli 1965

BGE 91 II 474

Rz. [71]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

22. März 1974

Veröffentlicht in *La Semaine judiciaire – jurisprudence (SJ)* 1975, S.1 ff.

Rz. [43]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
25. Juni 1976  
BGE 102 II 81  
Rz. [38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
6. Februar 1979  
BGE 105 II 75  
Rz. [38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
2. Juni 1981  
BGE 107 II 161  
Rz. [52]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
31. Mai 1983  
BGE 109 II 231  
Rz. [31]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
7. Juni 1983  
BGE 109 II 105  
Rz. [83]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
20. Dezember 1983  
BGE 109 II 338  
Rz. [59, 60]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
8. April 1986  
BGE 112 II 172  
Rz. [38]

Urteil des eidgenössischen Versicherungsgerichts vom

24. Oktober 1988

BGE 114 V 213

Rz. [58]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

15. März 1990

BGE 116 Ia 56

Rz. [3]

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom

1. Juni 1990

Veröffentlicht in Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht  
(SZW) 63/1991, S. 275

Rz. [64]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. Juli 1991

BGE 117 II 218

Rz. [38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

2. Juli 1998

BGE 124 III 423

Rz. [90]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

11. Dezember 1998

BGE 125 III 86

Rz. [38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
14. Dezember 2000  
BGE 127 III 83  
Rz. [81]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. Dezember 2000  
BGer 4C.268/2000  
Rz. [43]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
20. Juni 2001  
BGer 4C.43/2001  
Rz. [81]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
2. Juli 2001  
BGer 4C.36/2001  
Rz. [44]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. August 2001  
BGer 5C.104/2001  
Rz. [60]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
28. Oktober 2003  
BGer 4C.97/2003  
Rz. [95]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. November 2003  
BGer 4P.162/2003  
Rz. [3]



Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
22. November 2004  
BGer 4C.358/2004  
Rz. [41]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. März 2006  
BGer 4C.409/2005  
Rz. [44]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
22. März 2006  
BGer 4C.384/2005  
Rz. [94]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
24. April 2006  
BGer 4C.413/2005  
Rz. [53]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
5. September 2006  
BGer 4C.194/2006  
Rz. [84]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
1. April 2009  
BGer 4A\_43/2009  
Rz. [95]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
30. Juni 2014  
BGer 4A\_560/2013  
Rz. [3]

### **Entscheide kantonaler Gerichte**

Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts Zürich vom

21. Februar 1984

Veröffentlicht in Zürcherische Rechtsprechung (ZR) 83/1984, S. 291 ff.

Rz. [48]

Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom

14. Januar 1985

Veröffentlicht in Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ) 81/1985, S. 289 ff.

Rz. [52]

Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom

15. April 2011

ZK2-09-59

Rz. [27]

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom

27. März 2014

HG100356

Rz. [67]

### **Entscheide ausländischer Gerichte**

Urteil des United States District Court, Northern District, Illinois, Eastern Division vom

6. Juli 2004

Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co. KG, No. 03 C 1154

Veröffentlicht auf <http://www.unilex.info/case.cfm?id=987> (besucht am: 25. März 2015)

Rz. [71]

## **Materialienverzeichnis**

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589 ff. (zit. BBl 2008, 1685)  
Rz. [59]

GRAVEL SERGE, Multiparty arbitration and multiple arbitrations, ICC bulletin, Vol. 7 No. 2, 1996, pp. 45-53 (zit. GRAVEL)  
Rz. [7]

HANOTIAU BERNHARD, Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues, An Analysis, Journal of International Arbitration, Vol. 18 Issue 3, 2001, pp. 251-360 (zit. HANOTIAU)  
Rz. [12, 20]

WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, Geplante Neuerungen betreffend Organisation des Verwaltungsrats, GesKR Sondernummer 2008 (zit. WATTER/ROTH-PELLANDA)  
Rz. [58]

WEBER ROLF H., Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, AJP/PJA 2/1992, S. 177 ff. (zit. WEBER, Auftrag)  
Rz. [64]

WEBER ROLF H., Ausmass und Grenzen des Informationsflusses im Auftragsrecht: Zu den BGE vom 23.3.1993 und 119 II Nr. 45, ZBJV 11/1993, S. 692 ff. (zit. WEBER, Informationsfluss)  
Rz. [64]

## I. Prozessuales

1 Die Klägerinnen machen geltend, dass ein einziges Verfahren zwischen der Beklagten und jeder einzelnen Klägerin aus unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen im vorliegenden Fall zulässig sei. Weiter behaupten die Klägerinnen, eine gemeinsame Klageeinleitung sei statthaft. Entgegen der Ansicht der Klägerinnen ist das Schiedsgericht nur für die Beurteilung von Ansprüchen aus dem Transportvertrag (TV) und nur für solche der Klägerin 1 (K1) und eventualiter nur der K1 sowie der Klägerin 2 (K2) zuständig.

### 1. Das Schiedsgericht ist nur Ansprüche aus dem Transportvertrag zuständig

2 Entgegen der Ansicht der Klägerinnen ist es unzulässig, vertragliche, quasi- und ausservertragliche Ansprüche als Einheit in einem einzigen Schiedsverfahren geltend zu machen (KS 1 Rz. 19, 23). Vielmehr sind sie in getrennten Verfahren vorzubringen.

#### a) Das Schiedsgericht ist nur für vertragliche Ansprüche zuständig

3 Die Klägerinnen behaupten, die Formulierung im TV „aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag“ beinhalte den Willen, nebst vertraglichen auch quasi- und ausservertragliche Ansprüche im selben Verfahren beurteilen zu lassen (KS 1 Rz. 19). Die Argumentation der Klägerinnen wird zunächst nicht genügend belegt und ist zudem unzutreffend. Die Befugnisse des Schiedsgerichtes ergeben sich aus dem Willen der Parteien (BERGER/KELLERHALS, N 464). Schiedsvereinbarungen sind, wie jede andere Willenserklärung, primär nach dem Parteiwillen oder allenfalls nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 116 Ia 56 E. 3b; BGer 4P.162/2003 E. 3.2; 4A\_560/2013 E. 3.1). Der Wille der Beklagten geht aus der Formulierung in Art. 33.2 TV hervor. Der Wortlaut des Art. 33.2 TV umfasst die Gültigkeit, Ungültigkeit, Verletzung oder Beendigung des Vertrages, was auf einen engen Zusammenhang zum Vertrag hindeutet und somit ausschliesslich vertragliche Ansprüche impliziert. Das Schiedsgericht darf nicht über diesen Willen hinausgehende Ansprüche beurteilen. Daher sind quasi- und ausservertragliche Ansprüche vom Parteiwillen nicht erfasst und somit nicht durch das Schiedsgericht zu beurteilen.

#### b) Die Klägerinnen können sich weder auf die Statuten noch auf das MoU berufen

4 Entgegen der Auffassung der Klägerinnen ist Art. 23 der Statuten nicht einschlägig (Einleitungsanzeige Rz. 23). Streitigkeiten, welche nicht im Zusammenhang mit der juristischen Person stehen, fallen nicht unter die statutarische Schiedsklausel (RUEDE/HADENFELDT, S. 43 f.). Der Wortlaut von Art. 23 der Statuten erfasst nur „Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesen Statuten“. Somit beziehen diese sich bloss auf gesellschaftsrechtliche Ansprüche, welche die Klägerinnen in ihrer Rolle als Gesellschafter der PipeTransport AG

geltend machen können. Vorliegend machen die Klägerinnen als Kundinnen Ansprüche betreffend Gaslieferungen geltend, wodurch ein gesellschaftsrechtlicher Zusammenhang klar zu verneinen ist.

- 5 Ferner kann auch Art. 30 *Memorandum of Understanding* (MoU) nicht als Grundlage dienen, da das MoU rechtlich unverbindlich ist (vgl. 44 f.). Dieses betrifft des Weiteren nur die Klägerinnen in ihrer Rolle als Gesellschafter der PipeTransport AG und die PipeTransport AG selbst. Die Transportverträge begründen jedoch Kundenverhältnisse mit Dritten. Die Klägerinnen machen Ansprüche betreffend ihr Kundenverhältnis geltend. Aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Aspektes besteht daher zwar eine inhaltliche Nähe zwischen den Statuten und dem MoU, jedoch ist der TV aus den oben genannten Gründen gesondert zu betrachten.

*c) Die drei Schiedsvereinbarungen der Parteien sind nicht als Einheit zu betrachten*

- 6 Die Klägerinnen machen geltend, dass die Schiedsklauseln der verschiedenen Verträge aufgrund gleicher Formulierungen einheitlich zu betrachten seien (KS 1 Rz. 23). Dem ist nicht zu folgen.
- 7 Grundsätzlich kommt jeder einzelnen Schiedsvereinbarung rechtliche Eigenständigkeit zu (MASSURAS, S. 259). Damit Schiedsklauseln vereint werden können, braucht es einen Willen, diese als Einheit zu betrachten. Um einen solchen zu begründen, reichen ein wirtschaftlicher Zusammenhang der Verträge oder kompatible Schiedsklauseln nicht aus (MASSURAS, S. 261; MEIER, Einbezug, S. 58). Selbst wenn die Klauseln inhaltlich übereinstimmen, sind mehrere getrennte Verfahren zu führen (GRAVEL, S. 45 ff.; MEIER, Einbezug, S. 58). Den Transportverträgen und dem MoU liegen, wie in Rz. 5 bereits erwähnt, verschiedene Parteiverhältnisse zugrunde. Zudem hat das MoU den Bau und Betrieb der Leitungen sowie Installationen für den Transport zum Inhalt. Der TV hingegen regelt die Bereitstellung der Kapazitäten und Lieferungsmodalitäten. Somit ist auch eine inhaltliche Nähe zwischen dem MoU und dem TV zu verneinen (KS 2 Rz. 12).
- 8 Der Grundsatz, dass eine neuere Klausel der älteren vorgeht, ist vorliegend nicht anwendbar (KS 5 Rz. 5). Es ist zwar richtig, dass das MoU sowie die Statuten im Jahr 2012 und der TV erst im Jahr 2013 abgeschlossen wurden. Aufgrund der oben genannten Gründe fehlt es aber an einem Zusammenhang der Klauseln. Daher wäre es unangebracht, sich bei zwei voneinander unabhängigen Klauseln auf diesen Grundsatz zu stützen. Wenn die neuere Klausel den beiden älteren vorgeht und diese damit ersetzt, können die Klägerinnen aus den älteren ohnehin keine Ansprüche geltend machen. Ferner ist zu beachten, dass in den Klauseln unterschiedliche Sitze geregelt sind. Daher liegen keine identischen, sondern unterschiedliche und somit inkompatible Schiedsklauseln vor. Wäre beabsichtigt gewesen, allfällige Streitigkeiten

sowohl aus dem TV als auch aus dem MoU und den Statuten gemeinsam zu regeln, hätte die Beklagte in den Schiedsklauseln dieselben Sitze verwendet. Da dies aber nicht der Fall ist, dürfen die Schiedsklauseln vorliegend nicht als Einheit betrachtet werden.

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

- 9 Es wäre für die Klägerinnen nicht zulässig gewesen, ein einziges Verfahren gemeinsam einzuleiten. Vielmehr sind die Rechtsbeziehungen zwischen der Beklagten und jeder einzelnen Klägerin gesondert zu beurteilen.
- 10 Die Klägerinnen machen geltend, dass die Beklagte die Einleitungsantwort verspätet eingereicht habe und daher gegen Art. 3 Abs. 7 der Swiss Rules verstossen habe (KS 1 Rz. 9). Die Klägerinnen stellen fälschlicherweise auf das Datum der Einreichung der Einleitungsanzeige beim Sekretariat, statt auf die Zustellung an die Beklagte ab, weshalb dieses Argument nicht zu beachten ist (vgl. Arbitration in Switzerland-REITER, Art. 3 Swiss Rules N 32).
- 11 Es gibt darüber hinaus verschiedene gewichtige Gründe, die gegen ein gemeinsames Verfahren mit mehr als einer Klägerin sprechen. Diese werden nachfolgend dargelegt.

### *a) Die Klägerinnen verletzen den Grundsatz der privity of contracts*

- 12 Das Prinzip der *privity of contracts* (Relativität der Rechtsverhältnisse) beschränkt die vertraglichen Wirkungen auf die Parteien. Dies gilt auch für Schiedsvereinbarungen (HANOTIAU, S. 254; POUURET/BESSON, N 239). Die Klägerinnen machen geltend, dass es Ausnahmen davon gäbe (KS 1 Rz. 16). Diese werden ungenügend substantiiert hervorgebracht. Die Ausnahmen des oben dargelegten Prinzips sind Verträge zugunsten Dritter, die Abtretung oder allenfalls der „Durchgriff“ bei der juristischen Person (BSK OR I-BUCHER, Vorbem. zu Art. 1-40, N 38; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einl., N 59). Keiner dieser Fälle kommt vorliegend infrage, weshalb die Klägerinnen durch die gemeinsame Klageeinleitung das Prinzip der Relativität der Rechtsverhältnisse verletzen.
- 13 Ein Grund die staatlichen Gerichte zu derogieren ist, dass sich die Parteien mehr Privatheit und Vertraulichkeit wünschen, wobei auch prozessstrategische Überlegungen eine Rolle spielen (MEIER, Einbezug, S. 52). Diese Ziele werden durch das Begehren der Klägerinnen untergraben, weshalb dieses Vorgehen als unzulässig zu qualifizieren ist.

### *b) Parteiwille und Parteiautonomie sind zentrale Grundsätze der Schiedsgerichtsbarkeit*

- 14 Die Parteiautonomie ist ein zentraler Grundsatz der Schiedsgerichtsbarkeit (BERGER/KELLERHALS, N 11; MASSURAS, S. 88). Dies, weil das Schiedsgericht seine Zuständigkeit und Kompetenz einzig aus der Vereinbarung zwischen den Parteien ableitet (BERGER/KELLERHALS, N 11; VOSER, S. 350). Deshalb ist bei einem Mehrparteienverhältnis zur Auslegung der Schiedsvereinbarung der Parteiwille heranzuziehen (MEIER, Einbezug, S. 50).

- 15 Die Beklagte hat in den Transportverträgen identische Standardschiedsklauseln eingefügt (Einleitungsanzeige Rz. 3). Dies kann aber nicht per se als Wille, die Verfahren mit allen Klägerinnen zu vereinen, interpretiert werden (SCHLOSSER, N 561). Trotz den mehrfach gleichlautenden Schiedsklauseln müssen vielmehr genügende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Parteien ihre Verfahren gemeinsam abhandeln wollten (MASSURAS, S. 278; MEIER, Muli-party, N 12). Solche Anhaltspunkte liegen hier nicht vor. Die unterschiedlichen Wortlaute der Schiedsklauseln weisen eher auf das Gegenteil hin. Der Wortlaut der Schiedsklausel aus den Statuten ist unter Umständen so zu interpretieren, dass ein Mehrparteienverhältnis vom Parteiwillen erfasst ist („zwischen den Gesellschaftern untereinander und zwischen der Gesellschaft und einem oder mehreren Gesellschaftern“). Die Schiedsklauseln in den TV weisen hingegen eine andere Formulierung auf. Sie äussern sich nicht zum Mehrparteienverhältnis. Dies muss so verstanden werden, dass die Parteien bezüglich Ansprüchen aus dem TV kein Mehrparteienverhältnis wollten.
- 16 Die Klägerinnen stützen sich analog auf Art. 9 ICC Rules, um eine Zuständigkeit des Schiedsgerichtes zu begründen (KS 1 Rz. 10). Dieser Argumentation ist nicht Folge zu leisten. Wie von den Klägerinnen richtig erkannt, sind die Regeln des Art. 4 Swiss Rules auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Ein gewichtiger Grund, weshalb die Parteien eine institutionelle Schiedsordnung wählen, ist die Vorhersehbarkeit und somit der Schutz vor Überraschungen (BERGER/KELLERHALS, N 24). Es liegt im Ermessen der Parteien, welche Verfahrensart zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 182 IPRG). Dass die Beteiligten das Verfahren unter Anwendung der Swiss Rules abhalten wollen, geht klar aus allen Schiedsvereinbarungen hervor. Die Vorgehensweise der Klägerinnen, mittels Analogieschluss zum gewünschten Ergebnis zu gelangen, widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Rz. 29). Die Tatsache, dass die Swiss Rules zu dem Vorgehen im Falle einer gemeinsamen Klageeinreichung schweigt, ist vielmehr dahingehend zu interpretieren, dass es dies unter den Swiss Rules ohne die ausdrückliche Zustimmung der Parteien nicht gibt.
- 17 Die Beklagte verstösst, entgegen dem Vorwurf der Klägerinnen (KS 1 Rz. 9), in keiner Weise gegen das Prinzip von Treu und Glauben nach Art. 15 Abs. 7 der Swiss Rules. Es kann hingegen umgekehrt den Klägerinnen ein Handeln entgegen Treu und Glauben aufgrund des unbegründeten und unhaltbaren Analogieschlusses vorgeworfen werden.
- c) Die Prozessökonomie bleibt gewahrt und es besteht keine Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen*
- 18 Die Klägerinnen bringen vor, dass die Beklagte die effiziente Durchführung des Verfahrens verhindere, indem sie sich gegen ein Mehrparteienverhältnis wehrt (KS 1 Rz. 9). Dem kann

entgegengehalten werden, dass es nicht unbestritten ist, ob Mehrparteienverfahren tatsächlich effizienter sind als Verfahren mit lediglich zwei Parteien (PAIR, S. 171 f.). Die Koordination mehrerer Parteien gestaltet sich oft schwieriger, was das ganze Verfahren verlangsamen und zu Verzögerungen führen kann. Selbst unter der Annahme, dass Mehrparteienverfahren bezüglich Kosten und Zeit effizienter sind, ist ein Zusammenführen der Verfahren nicht angemessen. Es wäre unangebracht, wenn das Schiedsgericht nur mit Blick auf die prozessuale Effizienz einen Entscheid bezüglich der Zulässigkeit fällen würde. Dies vor allem, wenn es den Willen der Parteien ignorieren würde (MEIER, Multi-party, N 10).

- 19 Die Klägerinnen machen geltend, dass die Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen bestehe (KS 1 Rz. 14). Dieser Einwand ist unbegründet. Vorliegend könnten durchaus unterschiedliche Entscheidungen in mehreren Verfahren ergehen. Dies, weil die Rechts- und Tatfragen, die sich in den jeweiligen Konstellationen stellen, nicht gleich gelagert sind. Die unterschiedlichen Unterzeichnungszeitpunkte und Perioden der Leistungspflichten sind massgebend für die rechtliche Beurteilung der Sachverhalte. Es sind daher alle Verfahren getrennt zu behandeln. Selbst wenn diesem Begehren nicht stattgegeben wird, sind die Sachverhalte zumindest bezüglich der Klägerin 3 so signifikant unterschiedlich gelagert, dass nur die Ansprüche von K1 und K2 gemeinsam behandelt werden können.
- 20 Die Klägerinnen behaupten, sie seien eine Interessengemeinschaft (KS 1 Rz. 6). Das Kriterium der Interessengemeinschaft spielt grundsätzlich beim Einbezug von sog. *Non-signatories* eine Rolle (vgl. HANOTIAU, S. 274). Vorliegend hat jede Klägerin separat eine Schiedsklausel mit unterschiedlichen Kapazitäten und Preisen unterzeichnet. Deshalb sind sie keine *Non-signatories* und entgegen ihrer Ansicht auch keine Interessengemeinschaft.

*d) Eine separate Schiedsrichterwahl ist unabdingbar*

- 21 Alle Argumente der Klägerinnen bezüglich Art. 4 der Swiss Rules sind unhaltbar. Eine Konsolidierung wird durch das Schiedsgericht entschieden und nicht durch gemeinsame Klageeinleitung der Klägerinnen (zur Unterscheidung: MEIER, Multi-party, N 27 ff., 48). Das gemeinsame Einleiten der Klagen kann nicht nach den Kriterien der Konsolidierung gemäss Art. 4 Swiss Rules beurteilt werden (vgl. Swiss Rules-BÄRTSCH/PETTI, Art. 4 N 14; PAIR, S. 10). Es kann nicht angenommen werden, dass bei getrennter Einleitung ohnehin eine Vereinigung nach Art. 4 Swiss Rules stattgefunden hätte (KS 5 Rz. 9). Jegliche Argumente im Zusammenhang mit der Konsolidierung und dass die Beklagte durch die Wahl der Swiss Rules im Falle einer solchen auf die Schiedsrichterwahl verzichten würde, sind obsolet (KS 7 Rz. 25).
- 22 Das Recht auf Schiedsrichterbestellung ist ein zentrales Prinzip der Schiedsgerichtsbarkeit (PAIR, S. 124). Die Wahl des eigenen Schiedsrichters vermittelt den Parteien oftmals Vertrau-



en und ist ein gewichtiger Grund die Schiedsgerichtsbarkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit vorzuziehen (Swiss Rules-BÜHLER/FEIT, Art. 8 N 2).

- 23 Die Klägerinnen behaupten, verschiedene Verfahren mit von der Beklagten gewählten Schiedsrichtern zu führen, sei eine ineffiziente Nutzung der Ressourcen (KS 5 Rz. 20). Dabei werden die Klägerinnen offensichtlich von prozessstrategischen Motiven geleitet. Die Beklagte ist nicht bereit aus diesem Grund auf die mehrfache Schiedsrichterwahl zu verzichten. Aus ihrer Perspektive ist die Einhaltung des Grundsatzes der Schiedsrichterbestellung weitaus schwerer zu gewichten als die Prozessökonomie und Effizienz.
- 24 Die Klägerinnen substantiieren ungenügend, weshalb die Beklagte einwilligen sollte, die Verfahren gemeinsam und mit der Wahl von nur einem Schiedsrichter zu führen. Die Beklagte hält aus diesem Grund an ihrer Ansicht fest, in unterschiedlich gelagerten Verfahren je einen anderen Schiedsrichter wählen zu dürfen.

### **3. Fazit**

- 25 Entgegen der Ansicht der Klägerinnen hat der Schiedsgerichtshof nicht bereits darüber entschieden, ob das Schiedsgericht zuständig ist (KS 7 Rz. 18). Vielmehr überlässt er es dem Schiedsgericht darüber zu befinden (Verfügung Nr. 1 Rz. 6). Die Beklagte vertritt den Standpunkt, dass das Schiedsgericht nur für die Beurteilung von Ansprüchen aus dem TV zuständig ist. Zudem können die verschiedenen Schiedsklauseln nicht einheitlich betrachtet werden. Weiter ist der Schiedsgerichtshof für die Ansprüche der K2 sowie K3 und eventualiter für die K3 unzuständig.

## **II. Materielles: Erste Periode**

### **1. Vertragsqualifikation**

- 26 Die Vertragsqualifikation der Klägerin ist teilweise unzutreffend (KS 1 Rz. 66 ff.). Der Vertrag stellt keinen Innominatkontrakt mit fracht- und mietvertraglichen Elementen dar. Es liegt ein typischer Nominatvertrag in Form eines Frachtvertrages nach Art. 440 ff. OR vor.

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

- 27 Jeder entgeltliche Transport einer Sache ist, sofern die *essentialia negotii* des Frachtvertrags gegeben sind, unabhängig vom verwendeten Transportmittel, unter den Frachtvertrag zu subsumieren (vgl. KGer GR, ZK2-09-59 E. 3a; BK OR-GAUTSCHI, Art. 440, S. 152). Dabei gilt auch eine Rohrleitung als taugliches Transportmittel gemäss Art. 440 ff. OR (CHK OR-MONTANARO/v. ZIEGLER, Art. 440 N 16; BSK OR I-STAEHELIN, Art. 440 N 13).
- 28 Die Klägerin vereinbarte mit der Beklagten den entgeltlichen Gastransport von Varna/Bulgarien nach Budapest/Ungarn über deren Pipeline. Dabei lässt die Klägerin ausser

Acht, dass eine Pipeline unbestritten als taugliches Transportmittel gemäss Art. 440 ff. OR gilt. Das Vorliegen der übrigen *essentialia negotii* stellt sie nicht in Abrede. Aus den dargelegten Gründen handelt es sich beim TV um einen Frachtvertrag, womit das Vorliegen eines Innominatkontrakts auszuschliessen ist.

*b) Die analoge Anwendung von Normen anderer Vertragstypen ist ungerechtfertigt*

- 29 Die analoge Rechtsanwendung kommt nur im Falle einer Lücke, d.h. einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, infrage (BERGER, N 147; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHEN-TSCHER, Art. 1 N 380 f.; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 13). Es wäre stossend und der Rechtssicherheit abträglich, wenn sich die Klägerin nur auf die für sie optimalen Bestimmungen der jeweiligen Vertragstypen berufen könnte. Da der TV eindeutig einem Vertragstyp zugeordnet werden kann und keine Gesetzeslücke besteht, ist weder die analoge Anwendung des Miet- bzw. Pachtrechts (Art. 253 ff. OR) noch des Kauf- oder Werkvertragsrechts (Art. 184 ff. und Art. 363 ff. OR) angezeigt (KS 1 Rz. 66 ff.; KS 3 Rz. 85 ff.; KS 6 Rz. 82 ff.).
- 30 Der Einwand der Klägerin, Miet- oder Pachtrecht gemäss Art. 253 ff. OR finde analog Anwendung, vermag des Weiteren nicht zu überzeugen (KS 5 Rz. 53). Bei einem Mietvertrag (oder Pachtvertrag) schuldet der Vermieter die Überlassung einer Sache zum Gebrauch (BK OR-GIGER, Art. 253 N 19). Die Beklagte jedoch übernimmt den Transport des Erdgases als aktives Tun, was der Erzeugung und Aufrechterhaltung eines starken Druckes in der Rohrleitung bedarf. Dass sie die Pipeline nicht bloss zur Verfügung stellt, ergibt sich klar aus der Präambel des TV.
- 31 Aus dem Verweis von Art. 440 Abs. 2 OR auf Art. 398 ff. OR ergibt sich zudem die subsidiäre Anwendung von Auftragsrecht. Im Gegensatz zum Werkvertrag haftet der Frachtführer nicht für den Erfolg, sondern nur für sorgfältige Ausführung (BGE 109 II 231 E. 3c aa; HONSELL, S. 386). Sobald die *essentialia* des Frachtvertrages erfüllt sind, fällt die Anwendung des Werkvertragsrechts ausser Betracht (GAUCH, N 30; BK OR-KOLLER, Art. 363 N 11). Selbst bei Annahme eines gemischten Vertrages mit einem untergeordneten Mietrechtselement würde das Recht des Hauptvertrages das ganze Vertragsverhältnis regeln (BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. vor Art. 184 OR N 10, 17).
- 32 Folglich findet das Frachtvertragsrecht gemäss Art. 440 ff. OR und subsidiär das Auftragsrecht nach Art. 394 ff. OR Anwendung.

## **2. Die Beklagte trafen keine vorvertraglichen Pflichten**

- 33 Am 3. August 2013 ist ein Frachtvertrag zustande gekommen. Davor trafen die Beklagte keine vorvertraglichen Pflichten.

*a) Der suspensiv bedingte Vorvertrag ist nicht gültig zustande gekommen*

- 34 Die Behauptung der Klägerin, es sei am 16. Juli 2013 ein suspensiv bedingter Vorvertrag gültig zustande gekommen, ist unzutreffend (KS 5 Rz. 24 ff.). Sie verkennt, dass ein Vorvertrag nach Art. 22 Abs. 2 OR dieselben Formvorschriften wie der darauf folgende Hauptvertrag erfüllen muss (BSK OR I-BUCHER, Art. 22 N 47; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 17). Dies gilt auch, wenn ein Formvorbehalt nach Art. 16 OR durch vertragliche Vereinbarung verabredet wird (vgl. HENRICH, S. 183; BK OR-KRAMER, Art. 22 N 113). Fehlt einem Vorvertrag die erforderliche Form, sind die Rechtsfolgen der Nichtigkeit nach Art. 11 Abs. 2 OR anzuwenden (HERZOG, N 300; vgl. BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 16 N 35).
- 35 Die Klägerin vereinbarte mit der Beklagten am 16. Juli 2013, dass im Falle einer erfolgreichen Ersteigerung der Gaskapazität ein schriftlicher TV zu unterzeichnen sei. Damit hätte die Annahme der Auktionsbedingungen eine schriftliche Form verlangt. Weil die Vertragsparteien den Formvorbehalt nicht eingehalten haben (Einleitungsanzeige Rz. 4), erfüllt der suspensiv bedingte Vorvertrag die gewillkürte Gültigkeitsform des Hauptvertrages nicht und ist folglich nichtig. Aufgrund der Nichtigkeit des suspensiv bedingten Vorvertrages schuldet die Beklagte, entgegen der Ansicht der Klägerin, keinen Schadenersatz aus Treu und Glauben.
- 36 Die Bestimmungen des TV sehen den 3. August 2013 als explizites Wirksamkeitsdatum vor (K-3, K-18, Einleitungsantwort Rz. 20). Selbst wenn ein bedingter Vorvertrag am 16. Juli 2013 zustande gekommen wäre, würde das nichts am Wirksamkeitsdatum und Zeitpunkt des Vertragsschlusses des TV ändern. Es ist nicht von Relevanz, dass die Klägerin am 16. Juli 2013 die Auktionsbedingungen angenommen und die Auktion am 23. Juli 2013 gewonnen hat. Eine Ableitung der Informations- und Aufklärungspflicht aus TV bereits vor Vertragsschluss am 3. August 2013 ist demnach nicht möglich.

*b) Eventualiter: Die Pflichten aus dem bedingten Vorvertrag wurden nicht verletzt*

- 37 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten annehmen, es sei am 16. Juli 2013 ein suspensiv bedingter Vorvertrag geschlossen worden, wäre eine Verletzung von Pflichten aus Treu und Glauben zu verneinen (KS 5 Rz. 25).
- 38 Es müssen kumulativ verschiedene Voraussetzungen gegeben sein, um eine Informationspflichtverletzung aus Treu und Glauben geltend machen zu können (vgl. BGE 117 II 218 E. 6b; HARTMANN, N 62 ff.). Es muss nur über Fakten informiert werden, von welchen der zukünftige Vertragspartner keine Kenntnis hatte (BGE 112 II 172 E. 2b; 125 III 86 E. 3c). Falls die Gegenpartei zumindest verpflichtet gewesen wäre, die betroffenen Tatsachen zu kennen, fällt eine Informationspflicht ebenso ausser Betracht (vgl. BGE 102 II 81 E. 2; 105 II 75 E. 2a; ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 171). Bei der aufklärungsberechtigten Partei muss ein

wahrnehmbares Informationsbedürfnis bestehen. Es sind daher nur diejenigen Tatsachen betroffen, von welchen die aufklärungspflichtige Partei weiss, dass sie einen gewichtigen Einfluss auf die Entscheidung der Gegenpartei haben könnten (HARTMANN, N 72 ff.).

- 39 Die Klägerin stellt laut Sachverhalt einen Vertreter im Verwaltungsrat der Beklagten (Verfügung Nr. 2 Rz. 1). Dieser war dank seiner Stellung über das Gutachten vom 24. Juni 2013 und die Vorkommnisse vom 19. Juli 2013 bis 23. Juli 2013 informiert (Verfügung Nr. 2 Rz. 5). Gemäss seiner Position im Verwaltungsrat der Beklagten traf ihn die Obliegenheit (siehe Rz. 57 ff.), diese Informationen als Vertreter der Klägerin in ihre Beschlussfassung bezüglich der Ersteigerung der Gaskapazität einfließen zu lassen. Die Beklagte ging folglich davon aus, dass eine zusätzliche Information über die Ereignisse nicht nötig sei. Dass der Vertreter der Klägerin diese Informationsweitergabe unterliess, ist der Klägerin und nicht der Beklagten anzulasten. Über Umstände, von denen die Klägerin schon Kenntnis hatte oder zumindest haben sollte, musste die Beklagte nicht informieren. In einem weiteren Punkt kann festgehalten werden, dass die Beklagte zur Zeit des Vorkommnisses am 23. Juli 2013 noch gar nicht absehen konnte, wie lange der Unterbruch wirklich dauern würde. Nach bisheriger Erfahrung konnte davon ausgegangen werden, dass der Gastransport innerhalb weniger Tage wieder aufgenommen werden könne (vgl. K-5, K-13). Da der Transport des Gases der Klägerin erst ab dem 1. Oktober 2013 beginnen sollte, war für die Beklagte nicht ersichtlich, weshalb die Informationen einen besonders gewichtigen Einfluss auf die Entscheidungen der Klägerin haben würden.
- 40 Aufgrund des fehlenden Informationsbedarfes ist eine Pflichtverletzung aus Treu und Glauben abzulehnen.

*c) Die Beklagte schuldet keinen Schadenersatz aus culpa in contrahendo (cic)*

- 41 Die Behauptung der Klägerin, es sei Schadenersatz aufgrund der Verletzung von Aufklärungs- und Informationspflichten aus *cic* geschuldet, ist unbegründet (KS 1 Rz. 55 ff.). Um eine Haftung aus *cic* geltend machen zu können, muss in erster Linie eine Pflichtverletzung nach Treu und Glauben vorliegen (BGer 4C.358/2004 E. 2.1; BK ZGB-AEBI-MÜLLER/HAUSHEER Art. 2 N 160 f.; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 17). Die zu erfüllenden Voraussetzungen sind damit deckungsgleich mit denjenigen aus vorvertraglicher Haftung (HARTMANN, N 51). Diese sind, wie oben dargelegt (Rz. 38), nicht gegeben.
- 42 Eine Verletzung von Treu und Glauben kann verneint werden (siehe Rz. 40) und ein Anspruch aus *cic* kommt demnach nicht infrage.
- 43 Entgegen der Meinung der Klägerin (KS 1 Rz. 44) wäre im Falle einer vorvertraglichen Pflichtverletzung nur das negative Interesse geschuldet (LÜCHINGER, N 244 m.w.H.; BSK OR

I-WIEGAND, Einl. Art. 97-109 N 10). Ein Ersatz des entgangenen Gewinns ist nur dann geschuldet, wenn die geschädigte Partei aufgrund der Nichterfüllung auf den Abschluss eines alternativen Vertragsverhältnisses mit einem Dritten verzichten musste (BGer 4C.268/2000 E. 2b aa; BGer, SJ 1975 S. 5 f.; BK OR-WEBER, Art. 109 N 95). Die Klägerin musste im vorliegenden Fall nicht auf Vertragsabschlüsse mit Dritten verzichten.

### **3. Das MoU ist rechtlich nicht bindend**

44 Wie die Klägerin richtig festhält (KS 1 Rz. 32), ist ein MoU grundsätzlich unverbindlich (BSK OR I-BUCHER, Vor Art. 1-40 N 17; CHK OR-KUT, Art. 22 N 6). Ein fehlender Bindungswille kann sich darüber hinaus aus einer *no binding clause* oder aus Indizien ergeben (BGer 4C.36/2001 E. 5a; 4C.409/2005 E. 2.3.1; BK OR-KRAMER, Art. 22 N 57). Gegen die Annahme eines Bindungswillens spricht, wenn die Parteien auf einen zukünftigen Vertrag verweisen (LUTTER, S. 20). Im Zweifel ist davon auszugehen, es sei keine rechtliche Bindung gewollt gewesen (LUTTER, S. 25). Eine Haftung aufgrund eines MoU würde sich sodann lediglich aus *cic* und nicht, wie von der Klägerin behauptet (KS 1 Rz. 32), aus der vertraglichen Haftung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR ergeben (BSK OR I-BUCHER, Art. 22 N 26; LUTTER, S. 87).

45 Das MoU, welches die Klägerin mit der Beklagten abgeschlossen hat, entfaltet keine rechtliche Bindungswirkung. Vielmehr wird die Unverbindlichkeit des MoU dadurch bekräftigt, dass die Parteien sich in der Präambel des MoU die Regelung von Leistungen an die Gesellschafter oder an Dritte in separaten Verträgen vorbehalten haben.

### **4. Es liegt weder ein Irrtum, noch eine absichtliche Täuschung vor**

46 Die Behauptung, die Beklagte habe die Klägerin nach Art. 28 OR absichtlich getäuscht und somit zum Vertragsschluss verleitet, ist nicht schlüssig (KS 2 Rz. 45 ff.).

47 Der Tatbestand von Art. 28 OR setzt einen Motivirrtum voraus (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 7 N 1). Ein Irrtum seitens der Klägerin ist aufgrund der Wissenszurechnung zulasten der Klägerin auszuschliessen, da sie durch ihren Vertreter im Verwaltungsrat von den Schäden an der Sicherheitsplatte und den leichten Mängeln an der Pipeline hätte wissen müssen (Siehe Rz. 57). Zudem fällt ein Irrtum ausser Betracht, weil die Beklagte alle Gesellschafter noch am selben Tag des Unterbruchs informiert hat (K-17).

48 Darüber hinaus muss eine Pflicht zur Auskunft bestehen, damit eine Unterdrückung von Tatsachen als täuschendes Verhalten qualifiziert werden kann (BK OR-SCHMIDLIN, Art. 28 N 16). Geringere Anforderungen werden an die Auskunft von Branchenkennern gestellt (O-Ger ZH, ZR 83/1984 S. 293; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28 N 9). Diese sind vor Vertragsschluss nicht zu informieren (siehe Rz. 64 ff.). Zudem muss durch die Täuschung zumindest

eventualvorsätzlich ein kausaler Irrtum herbeigeführt worden sein (HUGUENIN, N 535; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28 N 11). Die potenziell Getäuschte ist bezüglich sämtlichen Voraussetzungen beweispflichtig (CHK OR-KUT, Art. 28 N 18).

- 49 Wie in Rz. 38 ff. dargelegt, lagen keine Auskunftspflichten vor. Die Klägerin kann als Branchenkennerin qualifiziert werden (vgl. Rz. 64 ff.) und war aufgrund dieses Umstandes vor Vertragsschluss nicht zu informieren. Ein eventualvorsätzliches Verhalten kann der Beklagten in keiner Weise angelastet werden (vgl. Rz. 67 f.).
- 50 Da seitens der Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein Irrtum vorlag, sind die Anfechtung wegen Grundlagenirrtums nach Art. 24 OR und wegen absichtlicher Täuschung nach Art. 28 OR ausgeschlossen.

## **5. Die Beklagte haftet nicht aus dem Transportvertrag**

### *a) Die Haftungsfreizeichnungsklausel ist zulässig*

- 51 Die Klägerin macht geltend, die Haftungsfreizeichnung für mittlere und grobe Fahrlässigkeit aus Art. 19.1 und 19.2 TV sei nicht zulässig (KS 5 Rz. 74). Dem ist zu widersprechen.
- 52 Die herrschende Lehre und das Bundesgericht erachten eine Haftungsbegrenzung unter Vorbehalt von Art. 100 Abs. 1 OR im Auftragsrecht entgegen der Ansicht der Klägerin als zulässig (BGE 88 II 430 E. 2; HUGUENIN, N 1016; TERCIER/FAVRE, N. 4088 ff.; WERRO, N 937 ff.). Auch im Frachtvertragsrecht ist eine Freizeichnungsklausel im Rahmen von Art. 100 OR möglich (AppGer BS, SJZ 81/1985 S. 289; BK OR-WEBER, Art. 100 N 46). Haben die Vertragsparteien eine gültige Freizeichnung vereinbart, liegt die Beweislast bezüglich des Verschuldens beim Gläubiger (BGE 107 II 161 E. 7c; CHK OR-FURRER/WEY, Art. 100 N 20). Beim vorliegenden Frachtvertrag ist die Freizeichnungsklausel nach Art. 100 Abs. 1 OR damit zulässig und die Klägerin trägt die Beweislast bezüglich sämtlicher Haftungsvoraussetzungen.
- 53 Es ist nicht einzusehen, inwiefern richterliches Ermessen nach Art. 100 Abs. 2 OR die Haftung der Beklagten auf mittleres und leichtes Verschulden ausdehnen sollte (KS 6 Rz. 66). Die Behauptung der Klägerin, eine Haftungsfreizeichnung sei unbillig, ist unzutreffend. Der Richter hat bei einem konzessionierten Gewerbe, unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände, einen angemessenen Entscheid zu fällen (vgl. BGer 4C.413/2005 E. 2; Präjudizienbuch OR-GÖKSU, S. 360). Ein Haftungsausschluss ist vor allem dann gerechtfertigt, wenn dieser dem Handelsbrauch zwischen Branchenkennern entspricht und der Vertragspartner die Tragweite der Vertragsbedingungen abzuschätzen weiss (STOCKAR, S. 28 ff., 88).
- 54 Die Klägerin ist Gründungsmitglied der PipeTransport AG und kann deshalb als branchenkundig angesehen werden (siehe Rz. 64). Der Paragraph 12.3 des EFET Gas Rahmenvertrags,

welcher einen standardisierten Energiehandel ermöglichen soll, sieht eine Haftungsbeschränkung vor. Die darin enthaltene Haftungsbeschränkungsklausel lässt darauf schliessen, dass eine Haftungsbeschränkung im Gastransportgeschäft durchaus als Handelsbrauch anzusehen ist. Die Haftungsfreizeichnung im TV ist somit sachlich gerechtfertigt und keineswegs unbillig. Eine Ausweitung der Haftung auf mittleres und leichtes Verschulden durch richterliches Ermessen ist abzulehnen.

*b) Die Transportpflicht wurde durch die Klägerin und die Beklagte abbedungen*

55 Die Klägerin und die Beklagte vereinbarten, dass in der ersten Periode aufgrund der äusseren Umstände kein Gas transportiert werden musste (Einleitungsanzeige Rz. 18). Dabei wurde unbestritten auch die Entrichtung eines Transportpreises abbedungen. Es leuchtet nicht ein, weshalb die Klägerin trotz klar gegenteiliger Abrede dennoch einen Anspruch auf die Lieferung des Erdgases haben sollte (KS 1 Rz. 45). Das Nichtliefern des Erdgases als Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR zu erachten, fällt somit ausser Betracht.

*c) Die Beklagte handelte als vernünftige und vorsichtige Betreiberin*

56 Die Beklagte trifft gemäss Art. 1 i.V.m Art. 7 TV die Pflicht, als vernünftige und vorsichtige Betreiberin aufzutreten. Dieser Verpflichtung aus dem TV ist die Beklagte vollumfänglich nachgekommen (Siehe Rz. 69 ff.). Zudem erlangt der TV erst ab dem 3. August 2013 Geltung (siehe Rz. 36). Eine Haftung vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses kommt, gestützt auf Art. 1 i.V.m. Art. 7 des TV, nicht infrage. Ihr kann folglich keine Verletzung des TV angelastet werden.

*d) Die Klägerin hätte von den Ereignissen wissen müssen*

57 Entgegen den Behauptungen der Klägerin kann ihr das Wissen ihres Vertreters im Verwaltungsrat der Beklagten zugerechnet werden (KS 1 Rz. 36).

58 Die vertretene Gesellschaft selbst kann als faktisches Organ gelten, wenn sie mit Hilfe des Vertreters Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft nimmt (vgl. BGE 114 V 213 E. 4d; WATTER/ROTH-PELLANDA, N 2.3). Die Klägerin stellt im Zeitraum vom 1. Juni 2012 bis 31. Mai 2014 einen Vertreter im Verwaltungsrat der Beklagten (Verfügung Nr. 2 Rz. 1). Dieser vertritt die Interessen der Klägerin und nimmt dadurch Einfluss auf die Geschäftsführung des Joint Venture. Somit ist die klägerische Gesellschaft selbst als faktisches Organ anzusehen.

59 Eine Wissenszurechnung eines Vertreters an eine delegierende Gesellschaft erfolgt darüber hinaus, wenn der Vertreter als Organ dieser Gesellschaft zu qualifizieren ist (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, S. 294). Als Organe gelten auch die faktisch mit der Geschäftsführung befassten Personen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 31; MÜLLER/LIPP/PLÜSS,

S. 352). Unterlässt der Vertreter das Informieren der delegierenden Gesellschaft, so verletzt er eine Obliegenheit und die Gesellschaft kann sich später nicht auf ihre Unkenntnis berufen (vgl. BGE 109 II 338 E. 2b; ABEGGLEN, S. 167). Ein Verwaltungsrat, als Vertreter im Sinne des Aktienrechts, ist befugt, die delegierende juristische Person über Belange zu informieren, welche für diese wichtig sind (BB1 2008, 1685). Der Verwaltungsrat darf und soll auch die Interessen der delegierenden Gesellschaft miteinbeziehen (FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 47). Den Vertreter der Klägerin hätte als Organ die Obliegenheit getroffen, die Klägerin über die Ereignisse im Retezatgebirge zu informieren. Nur weil er dies unterliess, kann sie sich nicht auf ihre Unwissenheit berufen.

60 Selbst das Wissen einer Hilfsperson kann der Gesellschaft zugerechnet werden, wenn diese nicht als völlig untergeordnet angesehen werden kann (BGE 109 II 338 E. 2b; BGer 5C.104/2001 E. 4b cc). Auch wenn der Vertreter als Hilfsperson der Klägerin angesehen würde, hätte er als deren Vertreter keine untergeordnete Funktion und sein Wissen wäre der Klägerin anzurechnen.

61 Das Gleichbehandlungsprinzip der Aktionäre nach Art. 717 Abs. 2 OR bleibt gewahrt, wenn diese auf Anfrage die gleichen Informationen erhalten oder ein Rechtfertigungsgrund besteht, um zwischen den Aktionären zu unterscheiden (FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 60 f.). K2 nahm am 21. Juli 2013 und K3 bereits im Juni 2012 an der Auktion teil (Einleitungsanzeige Rz. 6, 8). Dagegen hat K1 am Tag der Ereignisse vom 23. Juli 2013 an der Auktion teilgenommen. Aufgrund der Relevanz der Information für die Beteiligten, würde sich eine Ungleichbehandlung der Gesellschafterinnen rechtfertigen. Effektiv wurden alle Gesellschafter durch die Information über die Website der Beklagten gleich behandelt.

62 Den Verwaltungsrat trifft, unabhängig seiner Stellung in der delegierenden Gesellschaft, einzig bezüglich Geschäftsgeheimnissen eine Schweigepflicht (BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 20 f.). Diese erstreckt sich nur auf sensitive interne Informationen, deren Preisgabe den Gesellschaftsinteressen schaden könnte (BÖCKLI, § 13 N 671 ff.; OFK-CHAPUIS, Art. 717 N 9). Bei den Ereignissen vom 19. bis 23. Juli 2013 und dem Gutachten handelte es sich weder um sensitive Informationen, noch um Interna.

63 Folgerichtig wird jegliches Wissen des Verwaltungsrates der Klägerin zugerechnet.

*e) Die Klägerin musste als Kennerin der Branche nicht über Risiken informiert werden*

64 Entgegen der klägerischen Darstellung treffen die Beklagte vor dem Vertragsschluss am 3. August 2013 weder Informations- noch Auskunftspflichten bezüglich branchenüblichen Risikoumständen. Aufgrund der Treuepflicht obliegen dem Auftragnehmer während des Vertragsverhältnisses Aufklärungspflichten nach Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 OR. Bei einem



sachkundigen Auftraggeber ist vor der Ausführung des Auftrages grundsätzlich keine Information oder Aufklärung geschuldet (WEBER, Auftrag, S. 184 f.; WEBER, Informationsfluss, S. 696; vgl. BGer, SZW 1991, S. 275).

65 Aufgrund ihrer Erfahrung als Gründungsgesellschafterin des Joint Venture ist die Klägerin als Kennerin des Gewerbes zu qualifizieren. Das Ereignis vom 23. Juli 2013 war für die Klägerin zu diesem Zeitpunkt bloss ein abstraktes und branchenübliches Risiko betreffend ihren Gastransport. Dieser sollte erst ab 1. Oktober 2013 stattfinden. Trotzdem hat die Beklagte am 23. Juli 2013 um 18:00 Uhr bereits auf ihrer Website über den aktuellen Zustand im Retezatgebirge informiert (K-18).

66 Die Beklagte traf gegenüber der Klägerin aufgrund von Branchenkenntnis keine Informations- und Auskunftspflichten.

*f) Die Beklagte handelte nicht grobfahrlässig*

67 Entgegen der Ansicht der Klägerin kann der Beklagten keine Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden. Sie begründet das grobfahrlässige Verhalten damit, dass die Beklagte elementarste Vorsichtsmassnahmen bezüglich des Gastransports und Informationspflichten verletzt habe (KS 1 Rz. 50). Es gilt dabei die Gepflogenheiten der jeweiligen Branche zu beachten (HGer ZH, HG100356 E. 6.3.2; REY, N 843).

68 Die Beklagte war bezüglich allfälligen Sicherheitsmängeln und Erweiterungen des Pipelinesystems in stetigem Kontakt und Austausch mit den rumänischen Behörden (vgl. Rz. 74). Von einem elementaren Ausserachtlassen ihrer Pflicht, als vernünftige und vorsichtige Betreiberin aufzutreten, kann aufgrund der hiervor dargelegten Punkte nicht ausgegangen werden. Der Beklagten ist somit kein grobfahrlässiges Verhalten bezüglich jeder, von der Klägerin behaupteten, Pflichtverletzung anzulasten.

**6. Die Beklagte kann sich auf Force Majeure berufen**

69 Entgegen der Meinung der Klägerin liegt ein Force Majeure Umstand nach Art. 23 TV vor und die Beklagte kann sich exkulpieren (KS 1 Rz. 41). Force Majeure ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn der Umstand von einer vernünftigen und vorsichtigen Betreiberin nicht vorhergesehen, vermieden oder überwunden werden konnte (Art. 23 TV; vgl. EXNER S. 86; vgl. WEISS, S. 316 f.). Der Hinderungsgrund muss zudem ausserhalb des Einflussbereichs der Parteien liegen (BGE 90 IV 265 E. 2; vgl. BRUNNER, S. 111 f.).

*a) Das Ereignis lag ausserhalb des Einflussbereichs der Beklagten*

70 Die Behauptung der Klägerin, es liege kein von aussen kommendes Ereignis vor, ist unbegründet (KS 4 Rz. 22 f.). Sie lässt dabei den Fakt ausser Acht, dass das Pipelinesystem im Zeitpunkt der Ereignisse dem aktuellen Stand der Technik entsprach (Verfügung Nr. 2 Rz. 2).

Dies wird durch die Untersuchungen des rumänischen Rohrleitungsinspektorats, welches für die Beaufsichtigung von Rohrleitungsanlagen zuständig ist, u.a. am 15. Januar 2013 bestätigt (K-13). Die Schäden des Pipelinesystems sind folglich nicht auf die Verwirklichung einer bekannten Betriebsgefahr zurückzuführen. Es handelt sich um ein Ereignis, welches ausserhalb des Einflussbereichs der Beklagten lag.

*b) Das Ereignis war nicht vorhersehbar*

71 Der Meinung der Klägerin, die Ereignisse vom 19. bis 23. Juli 2013 seien vorhersehbar gewesen, ist nicht zu folgen (KS 4 Rz. 22 ff.). Heftige Regenfälle und daraus folgende Ereignisse sind dann aussergewöhnlich und unvorhersehbar, wenn ihr Ausmass die im Laufe der Jahrzehnte bekannte Intensität übersteigt (vgl. BGE 91 II 474 E. 8; Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co. KG, E. C).

72 Die Klägerin hält korrekterweise fest, die Beklagte hätte aufgrund des Gutachtens vom 24. Juni 2013 und der Ereignisse im Sommer 2012 mit Unwettern und allfälligen Steinschlägen rechnen müssen (KS 1 Rz. 41). Das Gutachten wies zwar darauf hin, dass in Zukunft mit weiteren Ereignissen gerechnet werden musste. Daraus liess sich aber nicht entnehmen, dass die Intensität der Vorkommnisse sich dermassen erhöhen würde, dass die Gewährleistung des Gastransportes über einen längeren Zeitraum in Gefahr sein könnte. Beim Bau der Pipeline wurden die neusten Sicherheitsstandards, meteorologische und geologische Gutachten berücksichtigt (Verfügung Nr. 2 Rz. 2). Dies indiziert, dass die bis dahin bekannten Naturereignisse nicht die Stärke des Ereignisses vom 23. Juli 2013 erreicht hatten. Wären Vorkommnisse mit dieser Intensität bereits eingetreten, hätte die rumänische Behörde den Bau des Pipelinesystems im Jahr 2012 nicht genehmigt. Die Ereignisse sind daher als nicht vorhersehbar zu qualifizieren.

*c) Das Ereignis war nicht vermeidbar*

73 Die Auffassung der Klägerin, das Ereignis vom 23. Juli 2013 wäre vermeidbar gewesen, ist unzutreffend. Der Argumentation, dass die Beklagte ihr Verhalten den vorherrschenden Sicherheitsstandards der entsprechenden Branche angleichen muss, ist zwar beizupflichten (KS 4 Rz. 25). Dies beinhaltet jedoch nur ein verhältnismässiges Tätigwerden, welches sicherstellt, dass alle technisch möglichen und wirtschaftlich zumutbaren Sicherheitsmassnahmen ergriffen werden (SOETEBEER, S. 83 f.).

74 Es ist der Beklagten wirtschaftlich nicht zumutbar, zu einem Bau einer Umleitung verpflichtet zu sein, ohne sicher zu wissen, ob diese auch tatsächlich benötigt würde. Die Forderung der Klägerin (KS 5 Rz. 61), eine derartige Konstruktion vorbeugend erstellen zu müssen, übertrifft die Pflicht als vernünftige und vorsichtige Betreiberin zu agieren bei Weitem. Die Be-

klagte war vielmehr in ständigem Austausch mit den rumänischen Behörden und ergriff alle möglichen technischen Vorsichtsmassnahmen, welche für einen reibungslosen Gastransport vonnöten waren (siehe K-5 bis K-13). Die von der rumänischen Behörde zum weiteren Betrieb der Pipeline vorausgesetzten Flussbettstabilisierungen wurden planmässig in die Wege geleitet (K-14). Laut der Inspektion des Rohrleitungsinspektorats im Januar 2013 waren weitergehende Massnahmen, wie von der Klägerin gefordert, nicht notwendig (K-13). Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Pflicht als vernünftige und vorsichtige Betreiberin aufzutreten die Vorgaben der zuständigen staatlichen Behörde noch übertreffen sollte.

- 75 Die Klägerin wirft der Beklagten zudem vor, sie hätte einen anderen Gutachter beauftragen oder dem Beauftragten zumindest eine Frist setzen sollen (KS 3 Rz. 60). Sie lässt dabei ausser Acht, dass das rumänische Rohrleitungsinspektorat den weiteren Betrieb des Pipelinesystems am 15. Januar 2013 genehmigt hatte, ohne weitere Massnahmen vorzuschreiben (K-13). Angesichts der Genehmigung der zuständigen staatlichen Behörde kann der Beklagten angerechnet werden, dass sie überhaupt ein Gutachten in Auftrag gegeben hatte.
- 76 Das Ereignis vom 23. Juli 2013 wäre für die Beklagte somit nicht vermeidbar gewesen.

*d) Trotz nicht sofortiger Geltendmachung ist eine Berufung möglich*

- 77 Dem Einwand der Klägerin, die Beklagte habe durch die verspätete Anzeige des Force Majeure Umstandes deren Geltendmachung verwirkt, ist nicht zu folgen (KS 1 Rz. 38, 46). Den Parteien steht es grundsätzlich frei, die Rechtsfolgen einer allfälligen verspäteten Anzeige vertraglich zu regeln (FONTAINE/DE LY, S. 418). Wird dies unterlassen, gelten die allgemeinen Regeln, welche bei einer verspäteten Anzeige keine Verwirkung der Geltendmachung von Force Majeure vorsehen. Es kommt lediglich eine Schadenersatzforderung infrage, sofern der Schaden aus der verspäteten Geltendmachung resultiert (BRUNNER, S. 343 f.).
- 78 Es ist zwar unbestritten, dass sich die Vertragsparteien in Art. 23.3 TV verpflichten, bei einer allfälligen Force Majeure der Gegenpartei dies sofort mitzuteilen. Die daraus resultierenden Rechtsfolgen bei einer verspäteten Mitteilung werden im TV allerdings nicht spezifisch geregelt. Da der Klägerin aus der verspäteten Anzeige am 12. September 2013 kein direkter Schaden entstanden ist (Einleitungsanzeige Rz. 30), ist eine Schadenersatzpflicht ausgeschlossen. Die Auffassung der Klägerin, eine Berufung sei aufgrund der verspäteten Anzeige nicht möglich, ist folglich unbegründet.

**7. Fazit**

- 79 Wie dargelegt wurde, trafen die Beklagte keine vertraglichen oder quasivertraglichen Pflichten. Des Weiteren hat sie ihre Pflichten, sofern ihr solche zukamen, nicht verletzt. Daher ist das Begehren der Klägerin auf Schadenersatz abzulehnen.

### III. Materielles: Zweite Periode

80 Entgegen der Ansicht der Klägerin ist der Transportpreis von CHF 180'000 pro Monat aus dem TV in der Periode vom 24. Dezember 2013 bis zum 24. Februar 2014 nicht zu reduzieren (KS 4 Rz. 39 ff.).

#### 1. Der Transportpreis ist nicht aus modifizierter Teilnichtigkeit zu reduzieren

##### a) Mietzinsherabsetzung und Sachmängelgewährleistung schliessen Irrtumsanfechtung aus

81 Bei einer allfälligen Berufung auf Sachmängelgewährleistung (KS 6 Rz. 82 ff.) oder Mietzinsherabsetzung (KS 1 Rz. 66 ff.) wird der Vertrag konkludent genehmigt und die Möglichkeit zur Geltendmachung eines Irrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR scheidet aus (BGE 127 III 83 E 1b; BGer 4C.43/2001 E. 3a bb). Da die Klägerin die oben dargelegten Ansprüche geltend macht, fällt ein Irrtum aufgrund konkludenter Genehmigung ausser Betracht.

##### b) Der Irrtum ist nicht anfechtbar

82 Die Klägerin macht geltend, sie sei bezüglich der Verbindlichkeit der Kapazität einem wesentlichen Irrtum unterlegen (KS 5 Rz. 96). Irrtümer beschränken sich auf gegenwärtige und vergangene Sachverhalte, wodurch Irrtümer über zukünftige Sachverhalte in erster Linie nicht unter Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR fallen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 801; HUGUENIN, N 521; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 702). Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 3. August 2013 zeichnete sich noch nicht ab, dass die Möglichkeit von längeren Unterbrechungen bestehen könnte. Aufgrund der noch nicht bestehenden Unterbrechungsrisiken im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, kann sich die Klägerin erst *nach* Vertragsschluss über die Verbindlichkeit geirrt haben. Daher ist der Irrtum über den zukünftigen Sachverhalt nicht anfechtbar.

83 Selbst wenn die Anfechtung eines Irrtums über zukünftige Sachverhalte als zulässig erachtet würde, ist dies nur unter der Voraussetzung der Vorhersehbarkeit möglich (BGE 79 II 272 E. 5a; 109 II 105 E. 4b aa; KOLLY, N 309, 312). Wie bereits ausgeführt, nahmen die Regenfälle ein ausserordentliches Ausmass an, was somit auf eine Unvorhersehbarkeit des Unterbrechungsrisikos schliessen lässt (vgl. Rz. 72). Folglich fällt die Anfechtung mangels Vorhersehbarkeit ausser Betracht. Des Weiteren hat diejenige Partei, welche Fälle von veränderten Verhältnissen im Vertrag zu regeln versäumt, das sie treffende Risiko zu tragen (HUGUENIN, N 522 ff.). Vorliegend unterliess es die Klägerin, eine zusätzliche Regelung für solche Fälle in den TV aufzunehmen, wodurch sie das Risiko zu tragen hat.

*c) Eventualiter: Die Irrtumsanfechtung verstösst gegen Treu und Glauben*

84 Ferner darf die Geltendmachung des Irrtums nicht gegen Treu und Glauben und damit gegen Art. 25 OR verstossen (BGer 4C.194/2006 E. 3.1; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 25 OR N 1). Bei der Beurteilung sind die Vertragsinteressen der beiden Parteien abzuwägen (KELLER/SCHÖBI, S. 189; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 25 N 6). Im Zeitpunkt der Geltendmachung des Irrtums verstösst die Klägerin gegen Treu und Glauben, da zu diesem Zeitpunkt bereits klar war, dass die Kapazität vollumfänglich und verbindlich gewährleistet wurde. Das Interesse der Beklagten ist gegenüber dem Interesse der Klägerin schwerer zu gewichten. Dies, weil die Beklagte gänzlich leistet und der Klägerin kein Nachteil erwächst. Zudem muss die Teilanfechtung mit dem Vertrauensschutz des Gegners vereinbar sein (BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 OR N 425 ff.). Eine nachträgliche Irrtumsanfechtung trotz vollumfänglicher Erfüllung der Gegenseite läuft dem allgemeinen Gerechtigkeitssinn zuwider und ist der Beklagten nicht zumutbar. Wäre die Klägerin tatsächlich einem Irrtum unterlegen, wäre eine frühere Geltendmachung angebracht gewesen.

**2. Die Klägerin kann sich nicht auf Art. 7 des Transportvertrags berufen**

85 Zunächst hat die Beklagte vollumfänglich transportiert und damit die Kapazität nicht von verbindlich auf unterbrechbar reduziert. Darüber hinaus wäre eine Reduktion aufgrund von Art. 7.1 TV möglich gewesen. Zudem behauptet die Klägerin, die Errichtung und Nutzung der Notleitung stelle eine Wartung nach Art. 1 TV dar und falle damit unter Art. 7.3 TV (KS 1 Rz. 78 f.). Dies ist jedoch unzutreffend.

*a) Es lag keine Kapazitätsreduktion vor*

86 Die Beklagte hat uneingeschränkt in verbindlicher Kapazität transportiert. Aus dem blossen Fakt, dass die Beklagte vorgängig über ein Unterbrechungsrisiko informiert hat, darf ihr kein Nachteil erwachsen. Sie hat lediglich ihre Pflicht als vernünftige und vorsichtige Betreiberin wahrgenommen. Hätte sie dies unterlassen, wären der Klägerin die Unterbrechungsrisiken gar nicht bewusst gewesen und eine Berufung auf eine Preisreduktion käme für sie nicht infrage. In der blossen Inkenntnissetzung über die Unterbrechungsrisiken kann keine Kapazitätsreduktion gesehen werden.

*b) Eventualiter: Die Notleitung stellt keine Wartung sondern eine Erweiterung dar*

87 Falls der Ansicht gefolgt wird, dass eine Kapazitätsreduktion vorlag, war diese gerechtfertigt. Es handelt sich bei der Nutzung der Notpipeline vorliegend nicht um eine Wartung. Eine solche definiert sich gemäss Art. 1 TV durch „Arbeiten und Aktivitäten, die für die Instandhaltung und den ordentlichen Betrieb des Pipelinesystems nötig sind (...)“. Aus diesem Wortlaut ist zu entnehmen, dass unter die Wartung routinierte Abläufe und ordentliche Instandhaltung

gen fallen. Die Nutzung der Notleitung jedoch stellt eine ausserordentliche Begebenheit dar, weshalb sie nicht unter den Begriff der Wartung fällt. Ferner ist die Anwendung der Unklarheitenregel unangebracht (KS 5 Rz. 89), weil Art. 8 UWG bei Nichtkonsumverträgen (*business to business*) nicht anwendbar ist (HUGUENIN, N 635).

88 Die Klägerin macht ausserdem geltend, der Bau der Umleitung falle unter den Begriff einer Erweiterung (KS 5 Rz. 89). Dieser Ansicht ist beizupflichten. Die Errichtung der Notleitung stellt eine Erweiterung dar, da für die Risikostellen im Retezatgebirge ein zusätzlicher provisorischer Pipelineabschnitt erstellt wurde.

89 Jedoch gibt es, entgegen der Ansicht der Klägerin, in Art. 7.3 des TV keine Vertragslücke (KS 5 Rz. 89). Eine Erweiterung fällt dem Wortlaut nach nicht unter Art. 7.3 TV. Daher kann die Beklagte die Kapazität bei rechtzeitiger Mitteilung reduzieren. Somit hätte sie nach Art. 7.1 TV die Kapazität für die Dauer der Erweiterung in der zweiten Periode reduzieren können. Sie hat die Klägerin über die Möglichkeit von Unterbrechungen für die zweite Periode rechtzeitig in Kenntnis gesetzt (Einleitungsanzeige Rz. 20). Zudem ist das Unterbrechungsrisiko mit dem Force Majeure Umstand zu rechtfertigen (vgl. Rz. 91). Aus den oben genannten Gründen kann die Klägerin keine Preisreduktion verlangen.

### **3. Der Transportpreis ist nicht aus Minderung im Auftrag zu reduzieren**

90 Dem Herabsetzungsanspruch aus Auftrag, welche die Klägerin geltend macht, ist nicht stattzugeben (KS 5 Rz. 93 ff.). Bei einem unsorgfältig ausgeführten Auftrag kann Minderung nach dem Äquivalenzgedanken verlangt werden, wobei ein Verschulden des Beauftragten vorausgesetzt wird (BGE 82 IV 145 E. 2a; 124 III 423 E. 3; vgl. DERENDINGER, N 436 f.; BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 43). Folgen unverschuldeter Vorkommnisse, wie bei höherer Gewalt, fallen in den Risikobereich des Auftraggebers und ein Minderungsanspruch ist ausgeschlossen (CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 394 N 31).

91 Wie bereits dargelegt, kehrte die Beklagte sämtliche Massnahmen vor, um einen reibungslosen Gastransport zu gewährleisten und handelte somit im Sinne einer vernünftigen und vorsichtigen Betreiberin (vgl. Rz. 74). Die Beklagte beruft sich für die zweite Periode auf den Force Majeure Umstand in Art. 7.2 TV, was sie der Klägerin auch mitteilt (Einleitungsantwort Rz. 11). Die Ereignisse im Sommer 2013 wirkten sich auch auf die zweite Periode aus, weshalb der Force Majeure Eintritt nicht von der ersten Periode zu unterscheiden ist. Folglich fallen jegliche Umstände von höherer Gewalt in die Risikosphäre der Klägerin. Zudem besteht zwischen Leistung und Gegenleistung der beiden Parteien aufgrund des vollumfänglichen und uneingeschränkten Transportes (Einleitungsantwort Rz. 11) kein Ungleichgewicht, wonach sich eine Minderung nach dem Äquivalenzverhältnis von vornherein nicht rechtfertigen lässt.

tigt. Aus denselben Gründen fällt auch eine Reduktion aus der *clausula rebus sic stantibus* ausser Betracht (KS 7 Rz. 74 ff.).

#### **4. Der Transportpreis ist nicht aus Art. 259d OR zu reduzieren**

92 Die Klägerin behauptet, eine Reduktion des Transportpreises aus Art. 259d OR analog sei gerechtfertigt (KS 1 Rz. 66 ff.) und es liege ein Mangel i.S.v. Art. 259a OR vor (KS 1 Rz. 69 f.). Wie im Folgenden dargelegt wird, ist dies unzutreffend.

##### *a) Mietrecht ist nicht analog anwendbar*

93 Die Klägerin behauptet, Mietrecht lasse sich vorliegend analog anwenden (KS 3 Rz. 93 ff.). Zudem sei die frachtvertragliche Haftung beschränkt, wodurch sich eine Analogie zusätzlich rechtfertigen würde (KS 1 Rz. 67). Da das Auftragsrecht theoretisch die Möglichkeit der Minderung vorsieht (siehe Rz. 31), liegt keine Gesetzeslücke vor. Dies schliesst eine Analogie aus (siehe dazu ausführlich Rz. 29).

##### *b) Eventualiter: Es handelt sich nicht um einen Mangel*

94 Als mangelhaft gilt ein Mietobjekt, welchem „eine vertraglich zugesicherte oder eine sich aus dem vertraglichen Gebrauchszweck ergebene Eigenschaft fehlt“ (BGer 4C.384/2005 E. 2.1; ZÜST, S. 5). Die zugesicherte Eigenschaft der Verbindlichkeit der Kapazität fehlt rückblickend nicht, da unstrittig vollumfänglich, ohne jegliche Unterbrechungen und somit uneingeschränkt transportiert wurde (Einleitungsantwort Rz. 11).

##### *c) Subeventualiter: Das Unterbrechungsrisiko beeinträchtigt den Gebrauch nicht*

95 Um den Mietzins herabsetzen zu können, muss mindestens ein mittelschwerer Mangel vorliegen, welcher nach Art. 259b lit. a OR die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch vermindert (BGer 4C.97/2003 E. 3.3; 4A\_43/2009 E. 3.2; HUGUENIN, N 2921). Die Tatsache, dass aufgrund der Nutzung der Notpipeline ein Unterbrechungsrisiko bestand, minderte die Gebrauchstauglichkeit nicht, da der Klägerin die vertragsgemässe Menge transportiert wurde und ihr aus dem Unterbrechungsrisiko kein Nachteil erwachsen ist. Deshalb ist auch von keiner Beeinträchtigung und keiner entsprechender Reduktion auszugehen. Dies würde sich als unverhältnismässige Rechtsfolge herausstellen. Die Gebrauchstauglichkeit ist somit nicht beeinträchtigt.

#### **5. Fazit**

96 Der Transportpreis ist weder aus modifizierter Teilnichtigkeit, noch aus dem TV zu reduzieren. Ferner rechtfertigt sich auch aus Auftrags- oder Mietrecht keine Reduktion.