

# ZH\_HANDELSGERICHT HG150187 vom 28. November 2017

Zh Handelsgericht, 2017-11-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG150187](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG150187)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG150187 du 28 novembre 2017

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG150187 del 28 novembre 2017

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich blieben vorliegend zu Recht unbestritten (act. 1 N 9; act. 36 N 3).

#### E. 1.2

Feststellungsinteresse

##### E. 1.2.1

Streitpunkte Die Klägerin begründet ihr Feststellungsinteresse namentlich mit der seit der be- klagtischen Kündigung bestehenden Ungewissheit über das Schicksal des Char- terrahmenvertrags samt Zusatzvereinbarung, zumal diesbezüglich zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten bestünden (act. 1 N 109; act. 48 N 48; act. 57 N 13). Angesichts der vereinbarten Charterpreis-Volumina von mehreren Millionen Schweizer Franken sei ihr diese Ungewissheit auch in wirtschaftlicher Hinsicht unzumutbar (act. 1 N 111; act. 48 N 53; act. 57 N 20). Mangels Fälligkeit der einzelnen Vergütungsforderungen habe die Klägerin auch keine umfassende Leistungsklage erheben können, weshalb einzig die erhobene Feststellungsklage zur Verfügung stünde (act. 1 N 112; act. 48 N 56). Insofern seien die Anforderun- gen an die Subsidiarität erfüllt, auch wenn in casu zusätzlich noch diverse Aus- nahmen greifen würden (ausführlich: act. 57 N 28). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines schutzwürdigen Feststellungsinteres- ses unter Hinweis auf ihren mehrfach gegenüber der Klägerin klar kommunizier- ten Standpunkt über die Gültigkeit der Kündigung bzw. die Beendigung der ge- meinsamen Zusammenarbeit (act. 36 N 11 ff.; act. 52 N 15, N 35). Es bestehe folglich keine irgendwie geartete Ungewissheit über das Schicksal der streitge- genständlichen Verträge (act. 52 N 42). Eine Unzumutbarkeit dieser Situation für die Klägerin sei weder ersichtlich noch hinreichend durch diese dargetan worden (act. 36 N 35; act. 52 N 62). Ohnehin hätte die Klägerin eine Leistungsklage ein- - 6 - reichen können, gerade weil ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich nicht vor dem 31. März 2018 zu erwarten sei (act. 36 N 28; act. 52 N 65, N 114).

##### E. 1.2.2

Rechtliches Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Feststellungsklage zuzulas- sen, wenn die Klägerin an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwür- diges Interesse hat. Diese Voraussetzung ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung beseitigt werden kann und ihre Fortdauer der Klagepartei nicht zugemutet werden kann, weil sie sie in ihrer Bewegungsfreiheit behindert (BGE 133 III 282 E. 3.5;

BGE 136 III 523 E. 5). Die Feststellungsklage ist damit gegenüber anderen Klagen subsidiär (BGE 135 III 378 E. 2.2).

### E. 1.2.3

Würdigung Entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 52 N 13 ff.) führt die zwischen den Parteien bestehende Meinungsverschiedenheit über die Gültigkeit der Kündigung – mit der h.L. – bereits zur Bejahung einer rechtserheblichen Ungewissheit (FÜLLE-MANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 88 ZPO N 8; KUKO-OBERHAMMER, Art. 88 ZPO N 13; WEBER, Die Feststellungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Basel 2013, N 149). Ob die Beklagte die Beendigung der Zusammenarbeit gegenüber der Klägerin klar kommunizierte oder nicht, vermag daran nichts zu ändern. Die Beklagte vermischt mit ihren diesbezüglichen Ausführungen Aspekte der Eintretensfrage mit derjenigen der materiellen Beurteilung. Die Wirkung einer ausgesprochenen Kündigung bildet Sachurteilsvoraussetzung, nicht Prozessvoraussetzung. Es handelt sich insofern, was die Klägerin zutreffend festhält (act. 48 N 46), um eine doppelrelevante Tatsache (in diesem Sinn: SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017, § 6 N 558), zumal eine ausgesprochene Kündigung im schweizerischen Recht nicht eo ipso das zugrundeliegende Vertragsverhältnis beendet; es wird darauf zurückzukommen sein (siehe 3.3.2. a.). Das Kriterium der Ungewissheit ist jedenfalls erfüllt. Gleiches gilt hinsichtlich der Unzumutbarkeit. Die Fortdauer der Ungewissheit

- 7 - über die Gültigkeit der Kündigung kann der Klägerin angesichts des hohen, mehrere Millionen betragenden Werts der streitgegenständlichen Verträge nicht zugemutet werden. Dies steht im Einklang mit der bisherigen Praxis des hiesigen Gerichts, bejahte es doch im Rahmen einer (negativen) Feststellungsklage die Unzumutbarkeit bereits bei einem Betrag von knapp CHF 40'000.– (Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Juni 2007 E. 3.2.4 = ZR 106 [2007] Nr. 79 E. 2.3.4.). Das Kriterium der Unzumutbarkeit ist damit ebenfalls erfüllt. Schliesslich verbleibt auf die Subsidiarität einzugehen.

Unbestrittenermassen waren die Vergütungsforderungen im Zeitpunkt der Klageeinreichung per 4. September 2015 nicht fällig (act. 1 N 112; act. 36 N 28; act. 52 N 68). Der Klägerin stand zum damaligen Zeitpunkt einzig und alleine die Feststellungsklage zur Verfügung (vgl. statt vieler: KUKO-OBERHAMMER, Art. 88 ZPO N 17; WEBER, a.a.O., N 281). Es schadet der Klägerin nicht, dass einzelne Teilleistungen kurz nach Klageeinreichung fällig wurden. Denn auch dann war es der Klägerin unmöglich, den Gesamtbetrag mittels Leistungsklage einzufordern. Die Situation ist damit eine gänzlich andere, als sie dem von der Beklagten angerufenen, bundesgerichtlichen "obiter dictum" zugrunde lag (BGE 131 III 319 E. 3.5; act. 52 N 69). Die Klägerin reagierte auf die Fälligkeit einzelner Teilforderungen mittlerweile mit der Einreichung einer Klageänderung, was prozessual zulässig ist (siehe 1.3.) und nicht zum Entfallen des (verbleibenden) Feststellungsinteresses führt. Im Übrigen bezweckt die eingereichte Feststellungsklage einen weitergehenden Rechtsschutz der Klägerin als sie ihn mittels einer Leistungsklage hätte durchsetzen können; denn für die Flugperioden ab Sommer 2016 wurde einzig eine Verhandlungspflicht für zukünftige Flugpläne vereinbart (act. 48 N 33; act. 48 N 56 dritter Spiegelstrich m.w.H.). Ein gutheissendes Feststellungsurteil hätte also – entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 52 N 43 ff.) – durchaus praktischen Nutzen für die Klägerin. Ohnehin wäre eine Vertragsauslegung, wie namentlich die Bestimmung des genauen Zeitpunktes der Fälligkeit einzelner Teilforderungen, gemäss Lehre der doppelrelevanten Tatsachen bei der materiellen Prüfung vorzunehmen. Der Vollständigkeit

halber ist ferner zu erwähnen, dass die Feststellung der Gültigkeit einer Kündigung gemäss der h.L. einen Hauptanwendungsfall einer Feststel-

- 8 - lungsklage darstellt (statt vieler: BESSENICH / BOPP, ZPO-Kommentar, Art. 88 ZPO N 4). Die diesbezüglichen Einwände der Beklagten zielen dementsprechend ins Leere (act. 52 N 71 ff.). Ob sich beide klägerischen Feststellungsbegehren als zu- lässig erweisen oder nicht, braucht – angesichts der Gültigkeit der Kündigung (siehe 3.) – nicht entschieden zu werden. Die Subsidiarität der eingereichten Feststellungsklage liegt vor.

#### **E. 1.2.4**

Fazit Zusammenfassend ist auf die Feststellungsklage vom 4. September 2015 einzu- treten.

#### **E. 1.3**

Zulässigkeit der Klageänderung

##### **E. 1.3.1**

Streitpunkte Die Klägerin führt aus, eine Klageänderung könne mittels beliebiger Eingabe erfolgen (act. 45 N 22; act. 59 N 9 ff.). Sämtliche neu mittels Leistungsklage eingereichten Ansprüche hätten ihren Ursprung in denselben Verträgen, die bereits Gegenstand der eingereichten Klage bilden würden (act. 45 N 20; act. 59 N 17 f.). Ein sachlicher Zusammenhang bestehe demnach. Gerade die Prozessökonomie gebiete die Zulassung der Klageänderung (act. 45 N 21; act. 59 N 23). Die Beklagte hält die Klageänderung vom 5. Oktober 2016 für prozessual unzu- lässig und beantragt entsprechend, es sei auf sie nicht einzutreten. Die Klageän- derung, die nicht mit beliebiger Eingabe eingereicht werden könne (act. 54 N 9 ff.), stehe in keinem sachlichen Zusammenhang zur ursprünglichen Klage (act. 54 N 26 ff.). Ausserdem widerspreche deren Zulassung dem Gebot der Prozessökonomie (act. 54 N 38 ff.). Die Beklagte würde so in ihren Verteidigungs- rechten beschnitten werden (act. 54 N 42 ff.).

##### **E. 1.3.2**

Rechtliches Gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänder- te oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht.

- 9 -

##### **E. 1.3.3**

Würdigung Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat seine früher publizierte Praxis, die ei- ne Klageänderung mit beliebiger Eingabe zuliess, mittlerweile aufgegeben (Be- schluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160015-O vom 24. Mai 2017 = ZR 116 [2017] Nr. 612, E. 3.12). Da im vorliegenden Fall die Klageänderung noch vor der erwähnten und publizierten Praxisänderung eingereicht wurde, ist diese – auch aufgrund der nachfolgenden Erwägungen – noch als zulässig zu er- achten. Im Übrigen ist auch das Erfordernis der gleichen Verfahrensart erfüllt, da sowohl die Klage als auch die Klageänderung im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind. Dies blieb zu Recht unbestritten (act. 45 N 20; act. 54 N 23). Entgegen der Ansicht der Beklagten steht die Klageänderung ferner in einem sachlichen Konnex zur Klage, da sämtliche geltend gemachten Ansprüche auf denselben Verträgen, mithin demselben Lebenssachverhalt, basieren (in diesem Sinn auch: Urteil BGer 4A\_255/2015 vom 1. Oktober 2015 E. 2.2.3.). Die Klage- änderung der Klägerin vom 5. Oktober 2016 erweist sich damit insgesamt als pro- zessual zulässig. Die diesbezüglichen

beklagtischen Einwände drehen sich im Kreis und sind widersprüchlich. Will man nämlich, wie die Beklagte, bereits auf die Feststellungsklage mit dem Hinweis nicht eintreten, die Klägerin habe ja eine Leistungsklage einreichen können (act. 52 N 64) und will man schliesslich auch auf die Klageänderung bzw. die neu eingereichte Leistungsklage mit dem Hinweis nicht eintreten, die Klägerin habe ja bereits eine Feststellungsklage eingereicht (act. 54 N 29), so verweigert man der Klägerin jeglichen Rechtsschutz. Das Prozessrecht hat aber lediglich dienende Funktion. Entsprechend anerkennt die h.L., dass bei während des Prozessverlaufs eingetretener Fälligkeit einzelner Forderungen mittels Klageänderung fortan einzig auf Leistung zu klagen ist (statt vieler: PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 ZPO N 9).

- 10 -

#### **E. 1.3.4**

Fazit Zusammenfassend ist auf die Klageänderung vom 5. Oktober 2015 einzutreten.

### **E. 2**

Unbestrittener Sachverhalt und wesentliche Streitpunkte

#### **E. 2.1**

Unbestrittener Sachverhalt Die Vorbringen der Parteien sind umfangreich, obschon der Sachverhalt im Wesentlichen unbestritten blieb. Die Klägerin und die Beklagte verbinden zwei Verträge, wobei der eine als "Aircraft Charter Agreement" vom 24. September 2014 (act. 3/9: "Charterrahmenvertrag") bezeichnet wurde und der andere als "Zusatzvereinbarung zum Flug – Charter – Rahmenvertrag ("Aircraft Charter Agreement")" vom 28. Mai 2015 (act. 3/22). Mit letzterem Vertrag wurde die Anzahl der durch die Klägerin im Grundsatz zu erbringenden Flüge auf 518 Flüge (act. 1 N 86; act. 36 N 141) festgelegt. Von diesen 518 Flügen wurden schliesslich deren 48 nicht durch die Klägerin, sondern durch die C.\_\_\_\_\_ AG, eine Drittgesellschaft, durchgeführt. Dies veranlasste die Beklagte zur Kündigung der genannten Verträge.

#### **E. 2.2**

Wesentliche Streitpunkte Zwischen den Parteien ist strittig, ob die Durchführung der 48 Flüge durch die Klägerin geschuldet war oder nicht. Die Klägerin verneint dies unter Hinweis auf die fehlende Erhältlichkeit passender Slots an den Flughäfen; denn in Ziffer 3.2 des Charterrahmenvertrags sei ein Slotvorbehalt vereinbart worden. Ohne passenden Slot sei die Durchführung der 48 Flüge durch sie nicht geschuldet: "3.2. The Flight Program is subject to the coordination of slots. The departure and arrival times serve only for guidance and are subject to operational changes and depend on confirmation of the airport co-ordinators of the respective countries. The Charter Services are provided irrespective of other means of transport and the Carrier does not guarantee any connection to other means of transport."

- 11 - Die Beklagte ist anderer Ansicht. Sie erachtet die 48 Flüge als vereinbart und durch die Klägerin geschuldet. Mangels persönlicher Leistungserbringung durch die Klägerin sei der massgebliche Schwellenwert von 95 Prozent des Charterrahmenvertrags unterschritten worden und sie habe diesen und die Zusatzvereinbarung gestützt auf Ziffer 16.3 lit. b) kündigen können: "16.3. The Charterer may otherwise extraordinarily terminate this Agreement a) ... b) in case the carrier does not perform the respective Flight Program for more than 95% (ninety five percent) per Flight Plan Period with its own Aircraft (excluding

non-scheduled maintenance), then the Charterer shall have the right (but not the obligation) to terminate this Agreement with effect to the end of the respective Flight Plan Period."

### **E. 3**

Zulässigkeit der beklagischen Kündigung vom 25. August 2015

#### **E. 3.1**

Streitpunkte im Einzelnen Die Klägerin erachtet die Kündigung der Beklagten vom 25. August 2015 aus mehreren Gründen (nachfolgend 1-5) für unzulässig bzw. rechtsunwirksam. (Argument 1) Aufgrund der Regelung in Ziffer 3.2 des streitgegenständlichen Charterrahmenvertrags würden Flüge nämlich erst dann Bestandteil des Flugprogramms, wenn passende Slots erhältlich seien (sog. "Slotvorbehalt"). Einzig diese Flüge gälte es bei der Berechnung des Schwellenwerts von 95 Prozent, dessen Unterschreiten ein ausserordentliches Kündigungsrecht der Klägerin gemäss Ziffer 16.3 lit. b) nach sich zöge, zu berücksichtigen (act. 1 N 121; act. 69 N 279 f.). (Argument 2) Ausserdem stelle Ziffer 16.3 lit. b) darauf ab, ob Flüge von der Klägerin selbst oder durch eine von ihr beauftragte Dritte durchgeführt worden seien. Diese Voraussetzung sei vorliegend nicht erfüllt, da die Beklagte eine Drittesellschaft direkt beauftragt habe (act. 1 N 123; act. 69 N 435). (Argument 3) Die Parteien hätten sich am 25. Juni 2015 auch einvernehmlich darauf geeinigt, dass der Beklagten kein Kündigungsrecht mehr zustünde (act. 1 N 124; act. 69 N 281 f.). (Argument 4) Ferner habe die Beklagte spätestens am 25. Juni 2015 gewusst, in welchem Umfang die Klägerin keine Slots habe erhältlich machen können. Die am

- 12 - 25. August 2015 ausgesprochene Kündigung erweise sich demzufolge als verspätet. Die Beklagte habe ihr ausserordentliches Kündigungsrecht infolge Zeitablaufs verwirkt (act. 1 N 125). (Argument 5) Ohnehin erweise sich das Verhalten der Beklagten als treuwidrig, da die Kündigung nur ein Druckmittel für die Neuverhandlung des Charterrahmenvertrags darstelle (act. 1 N 128; act. 69 N 283 f.). Die Beklagte erachtet ihre Kündigung vom 25. August 2015 dagegen für rechtswirksam. (zu Argument 1) Unabhängig der Erhältlichkeit passender Slots gälte es bei der Berechnung des Schwellenwerts von 95 Prozent sämtliche Flüge gemäss Flugprogramm zu berücksichtigen (act. 36 N 192, 194). Die Klägerin habe den besagten Schwellenwert mit der Nichtdurchführung der 48 Flüge unterschritten, was die Beklagte zur Kündigung berechtigt habe. (zu Argument 2) Die Beklagte habe sich durch das vertragswidrige Verhalten gezwungen gesehen, eine Drittesellschaft mit der Durchführung der Flüge zu betrauen. Daraus könne die Klägerin aber nichts zu ihren Gunsten ableiten (act. 36 N 353; act. 77 N 111). (zu Argument 3) Eine einvernehmliche Änderung der streitgegenständlichen Verträge habe nicht stattgefunden, wobei diese gemäss Ziffer 19.4 des Charterrahmenvertrags ohnehin schriftlich zu vereinbaren gewesen wäre (act. 36 N 202, 204, 355). (zu Argument 4) Die Kündigung erweise sich schliesslich nicht als verspätet, da der Schwellenwert erst mit dem 26. Flug per 20. August 2015 unterschritten worden sei (act. 36 N 210, 357). (zu Argument 5) Auch sei die Kündigung in keiner Weise treuwidrig erfolgt (act. 36 N 216, 359; act. 77 N 126 ff.).

- 13 -

#### **E. 3.2**

Beurteilungspunkte Auch wenn die Ausführungen der Klägerin hierzu stellenweise wenig stringent sind, gestand sie ein, dass die Nichtdurchführung der 48 Flüge (mit passenden

Slots) die Unterschreitung des Schwellenwerts von 95 Prozent zur Folge hatte, welche eine Kündigung durch die Beklagte per 31. Oktober 2015 auslösen konnte: act. 1 N 86 "Spätestens am 25. Juni 2015 war der Beklagten vor dem Hintergrund der bezeichneten Slot-Problematik und der mit der Klägerin getroffenen Lösung klar, dass von den ursprünglich gemäss Zusatzvereinbarung für den Sommerflugplan 2015 vorgesehenen 518 Flügen (...) weniger als 95% effektiv von bzw. in der Verantwortung der Klägerin durchgeführt würden." act. 69 N 197 "A.\_\_\_\_\_ hat fast alle der nötigen Slots bereits für den ersten Flugplan, Sommer 2015, erhalten – aber eben nicht alle: Für rund 9% der Flüge fehlten passend[e] Slots. Genau für diese voraussehbare Situation enthielt der Vertrag den üblichen Slot-Vorbehalt." Damit braucht im Folgenden insbesondere erstellt zu werden, ob tatsächlich keine passenden Slots verfügbar waren und ob überhaupt ein Slotvorbehalt vertraglich vereinbart wurde bzw. die Durchführung der 48 Flüge durch die Klägerin geschuldet war (siehe nachfolgend: 3.3.1. und 3.3.2.).

### **E. 3.3**

Rechtliches und Würdigung

#### **E. 3.3.1**

und 3.3.2.). Entsprechend hätten auch die 48 Flüge, welche die Beklagte schlussendlich einer Drittgesellschaft zur Durchführung übertrug bzw. übertragen musste, durch die Klägerin geflogen werden müssen. Aus ihrem vertragswidrigen Verhalten kann die Klägerin daher nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Beklagte war daher berechtigt, die 48 Flüge direkt, d.h. selber, an die C.\_\_\_\_\_ AG zu vergeben. Im Übrigen einigten sich die Parteien – gemäss Zugeständnis der Klägerin (act. 1 N 83) – auf die Direktvergabe an die C.\_\_\_\_\_ AG. Die Kündigung der Beklagten vom 25. August 2015 erweist sich (auch) vor diesem Hintergrund als zulässig.

#### **E. 3.3.2**

Eventualbegründung (zu Argument 1) a. Vorbemerkung Als Vorbemerkung ist festzuhalten, dass eine ausgesprochene Kündigung im schweizerischen Recht nicht eo ipso das zugrundeliegende Vertragsverhältnis auflöst. Dies folgt aus dem Grundsatz "pacta sunt servanda". Gegenteiliges gilt nur bei entsprechender gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage. Mit anderen Worten beendet eine Kündigung den Vertrag nur dann, wenn dies das Gesetz, wie insbesondere in Art. 336a Abs. 1 OR, Art. 377 OR und Art. 404 Abs. 1 OR, oder der Vertrag selbst ausdrücklich so vorsehen. Auf den vorliegenden Chartervertrag gelangt indes keine der genannten gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung (BGE 115 II 108 E. 4c; Urteil BGer 4A\_641/2010 vom 23. Februar 2011 E. 3.2; Urteil BGer 4A\_201/2016 vom 1. März 2017 E. 3.2.; HOCHSTRASSER, Der Beförderungsvertrag, Habil., Zürich 2015, N 293 f. m.w.H.). Demnach ist die Kündigung der Beklagten nur bei Vorliegen einer vertraglichen Grundlage zulässig, gleichgültig, ob die Beklagte sie als zulässig erachtet oder nicht. Im Folgenden wird daher namentlich zu prüfen sein, ob ein "Slotvorbehalt" vereinbart wurde oder nicht.

- 17 - Ob die Kündigung für die Beklagte, wie die Klägerin dies geltend macht (z.B. act. 69 N 245 ff.), aufgrund der geänderten Rahmenbedingungen, namentlich bezüglich Euro-Mindestkurs und Kerosinpreise, wirtschaftlich Sinn machte, ist für die vorliegende Streitsache hingegen nicht von Bedeutung. Dies folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Parteien sind frei, die Beendigung eines Vertrags zu regeln. Sind die vereinbarten Parameter erfüllt, ist das eigentlich Motiv der Kündigung irrelevant, weshalb

darauf auch nicht weiter einzugehen ist. b. Vertragsauslegung: Slotvorbehalt (Ziffer 3.2 Charterrahmenvertrag)? Wie schon die Ausführungen der Klägerin zum Schwellenwert (siehe vorne 3.2.) sind auch diejenigen zum angeblich vereinbarten Slotvorbehalt nicht völlig schlüssig. In der Klageschrift führte die Klägerin nämlich noch aus, dass für den Sommer 2015 und Winter 2015 / 2016 ein von den Parteien verbindliches Flugprogramm vereinbart wurde (act. 1 N 57). Was aber "verbindlich" ist, kann nicht mehr unter einem Slotvorbehalt stehen. Unabhängig dieser unklaren Tatsachenvorbringen respektive der klägerischen Zugeständnisse spricht der Wortlaut von Ziffer 3.2 des Charterrahmenvertrags lediglich von geringfügigen Änderungen, wie Abflugs- und Ankunftszeiten. Weitergehende Abänderungsrechte im Sinne eines Slotvorbehalts zugunsten der Klägerin sind rein vom Wortlaut her betrachtet nicht ersichtlich. Was gemeinhin unter "Slotkoordination" verstanden wird, ist erst im Rahmen der letzten Stufe einer objektiven Vertragsauslegung zu berücksichtigen. Mit anderen Worten werden die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin erst dann relevant, wenn sich erstens kein tatsächlicher Konsens im Rahmen einer subjektiven Auslegung ermitteln lässt und zweitens eine normative Auslegung nach Treu und Glauben zu keinem Resultat führt. Denn die Vertragsauslegung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts eine subjektiv-objektive und orientiert sich nicht primär am "Üblichen" (statt vieler: BGE 131 III 606 E. 4.1); denn auch Unübliches kann vereinbart werden. Stützt man sich im Rahmen dieser subjektiven Vertragsauslegung weiter auf die Entstehungsgeschichte ab, so wird ersichtlich, dass kein Slotvorbehalt vereinbart

- 18 - wurde. Schliesslich wurden diverse Formulierungen gestrichen, die weitergehende Abänderungsrechte des Flugprogramms durch die Klägerin vorgesehen hätten, was unbestritten blieb (act. 36 N 91; act. 77 N 17; act. 81 N 17; act. 37/6). Der Begriff "Flight Permit" umfasst dabei auch Slots (act. 77 N 17; act. 81 N 17): "3.2. The flight schedule set forth in the relevant Charter Contract is subject to the coordination of slots. If the Carrier does not notify the Charterer about the change of the flight schedule at least three (3) weeks before the departure of the first Flight, the flight schedule set forth in the Charter Contract is applicable. The departure and arrival times serve only for guidance and are subject to operational changes and depend on confirmation of the airport co-ordinators of the respective countries. The Charter Services are provided irrespective of other means of transport and the Carrier does not guarantee any connection to other means of transport." "8.2. If the Carrier is unable to operate the Flight, owing to late issuance, non-issuance or revocation of the required Flight Permits, the Carrier may withdraw from the Charter Contract in the scope covering every affected Flight (...)." Die Parteien haben durch die Streichung dieser Passagen weitgehende Abänderungsrechte der Klägerin vertraglich ausgeschlossen. Aus der Entstehungsgeschichte des Vertrags lässt sich folglich kein Slotvorbehalt zugunsten der Klägerin ableiten. Vielmehr kann die durch die Klägerin angerufene Formulierung "The Flight Program is subject to the coordination of slots" nach dem Ausgeführten nur noch untergeordnete Abänderungen des Flugprogramms umfassen. Es ist mit anderen Worten irrelevant, was die Klägerin unter diesem Satz versteht oder verstanden hat, begründet die subjektive Erwartungshaltung einer einzigen Vertragspartei noch keinen tatsächlichen Konsens. Immerhin hat die Klägerin – vor der Streichung der vorzitierten Passagen – erkannt, dass die beklaglichen Anwälte "fast den gesamten Vertrag neu und vermeintlich besser formuliert hatten". Kaum ein Absatz sei unverändert geblieben (act. 69 N 147). Es wäre zum damaligen Zeitpunkt an ihr gewesen, genau bzw. genauer zu prüfen, inwiefern diese weitgehenden Änderungen sich auch auf das Synallagma des Vertrags und damit

inhaltlich auswirken. Die Klägerin begnügte sich aber damit, dass "es keinen Hinweis auf konkrete inhaltliche Änderungen" gab (act. 69 N 148). Mit ihrer Unterschrift bzw. ihrem Akzept des Gegenantrags der Beklagten wurden die Abänderungsrechte des Flugprogramms zu ihren Gunsten vertraglich ausgeschlossen.

- 19 - Kurzum gilt: Was ausdrücklich gestrichen wurde, kann über die Mittel der Vertragsauslegung nicht wieder als natürlicher Konsens der Parteien rekonstruiert werden. Die genau gleichen Schlüsse lassen sich auch mittels einer systematischen Betrachtungsweise ziehen. Die fragliche Ziffer befindet sich unter dem Titel "§ 3 Charterer Services" und gerade nicht unter "§ 6: Agreement and changes of flight programm". Auch die in Ziffer 3.4 vorgenommene Risikoverteilung stützt diese Betrachtungsweise. Anerkanntermassen ist nämlich die Klägerin als Fluggesellschaft für die Einholung passender Slots verantwortlich (act. 1 N 60). "Responsible" bedeutet, entgegen der Klägerin (act. 69 N 62), sehr wohl auch "haftbar", was auch der klägerischerseits zitierte Collins Dictionary so festhält (responsible = liable; <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/responsible>, abgerufen am 28. November 2017). Wenn die Beschaffung der Slots als Erfüllungshandlung für die Durchführung der Flüge aber in die Risikosphäre der Klägerin fällt, so muss dies wertungsmässig auch für ein Scheitern der Beschaffung gelten. Würde jetzt aber ein solcher Flug ohne Slot tatsächlich nicht Bestandteil des Flugprogramms bzw. Vertragsbestandteil werden, wie dies die Klägerin annimmt, so trüge schlussendlich die Beklagte wiederum das Beschaffungsrisiko. Dies widerspricht Ziffer 3.4 des Chatterahmenvertrags und kann insgesamt nicht dem wirtschaftlichen Zweck des Vertrags entsprechen. Gerade die vertragliche Wiederholung der Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Flugplanvermittlung und die Koordination von Zeitnischen (Slots) auf Flughäfen vom 11. August 2005 (SR 748.131.2) verdeutlicht, dass die Parteien sich über die öffentlich-rechtlichen Vorgaben auch privatrechtlich darauf geeinigt haben, dass die Klägerin für die Einholung der Slots verantwortlich und haftbar war. Es existiert kein Slotvorbehalt. c. Zwischenfazit Es wurde kein Slotvorbehalt vereinbart. Die Kündigung der Beklagten erweist sich aufgrund der Nichtdurchführung der 48 Flüge als zulässig.

- 20 - Die Klage ist damit auch mit dieser Eventualbegründung abzuweisen.

### **E. 3.3.3**

Unzulässigkeit der Kündigung aufgrund der fehlenden sonstigen Anwendbarkeit (zu Argument 2)? Nach dem Ausgeführten wurden sämtliche Flüge Vertragsbestandteil (siehe vorne)

### **E. 3.3.4**

Unzulässigkeit der Kündigung aufgrund der einvernehmlichen Regelung der Parteien (zu Argument 3)? Die Beklagte hält zu Recht fest, dass sämtliche Änderungen der streitgegenständlichen Verträge, samt deren Anhängen, gemäss Ziffer 19.4 schriftlich zu vereinbaren sind (act. 36 N 204). Es gilt deshalb die Vermutung, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Der Klägerin misslingt der Beweis einer schriftlichen Änderung, offeriert sie doch lediglich Gesprächsnotizen einer Zeugin sowie diverse Zeugenaussagen zum Beweis (act. 1 N 83 ff.; act. 69 N 282). Auch nachträgliche Erfüllungshandlungen der Parteien, welche auf eine (konkludente) Vertragsänderung schliessen würden, sind weder ersichtlich noch dargetan worden. Die Beklagte verzichtete entsprechend nicht auf ihr Kündigungsrecht gemäss

Charterrahmenvertrag, womit sich ihre Kündigung vom 25. August 2015 (auch) vor diesem Hintergrund als zulässig erweist.

- 21 -

### **E. 3.3.5**

Unzulässigkeit der Kündigung aufgrund von Zeitablauf (Verwirkung) (zu Argument 4)? Es ist irrelevant, ob die Beklagte bereits am 25. Juni 2015 darüber im Bilde war, in welchem Umfang durch die Klägerin keine Slots beschafft werden konnten. Denn einerseits sieht der Vertrag in Ziffer 16.3 lit. b) ausdrücklich ein Kündigungsrecht – und damit keine Kündigungspflicht ("the right [but not the obligation]") – bei Unterschreiten des Schwellenwerts vor und andererseits wurde der Schwellenwert erst am 20. August 2015 mit ausgefallenem Flug Nr. 26 (act. 36 N 210) unterschritten. Die Kündigung der Beklagten vom 25. August 2015 erweist sich (auch) vor diesem Hintergrund als rechtzeitig und zulässig.

### **E. 3.3.6**

Unzulässigkeit der Kündigung aufgrund treuwidrigen Verhaltens der Beklagten (zu Argument 5)? Wenn sich die Klägerin, wie mehrfach ausgeführt (siehe 3.3.1. und 3.3.2.) selbst vertragswidrig verhielt, kann sie sich nicht auf ein allfällig treuwidriges Verhalten der Beklagten berufen. Dieses ist auch a priori nicht ersichtlich. Die Kündigung der Beklagten vom 25. August 2015 erweist sich (auch) vor diesem Hintergrund als zulässig.

### **E. 3.4**

Fazit Die Kündigung der Beklagten vom 25. August 2015 erweist sich insgesamt als zulässig. Der Klägerin stehen entsprechend keine (Feststellungs-) Ansprüche zu. Dies betrifft namentlich die in der Klageänderungsschrift vom 5. Oktober 2016 unter dem Titel "Forderungsgruppe 1" und "Forderungsgruppe 3" geltend gemachten Ansprüche. Die Klage ist damit abzuweisen.

- 22 -

## **E. 4**

"Forderungsgruppe 2": Vergütungsforderungen betreffend gewisse durchgeführte, jedoch nicht bezahlte Flüge des Sommerflugprogramms 2015

### **E. 4.1**

Streitpunkte Die Klägerin fordert unter dem Stichwort "Forderungsgruppe 2" Vergütungen gewisser, unter dem Sommerflugplan 2015 durchgeführter, jedoch (noch) nicht bezahlter Flüge von der Beklagten ein (act. 45 N 94 ff.; Prot. S. 31. f.). Die Beklagte bestreitet diese Ansprüche. Nach korrekter Ab- und Verrechnung ergebe sich sogar ein Guthaben zu ihren Gunsten (act. 72 N 6).

### **E. 4.2**

Unbestrittener Sachverhalt Die Klägerin verwies anlässlich der Hauptverhandlung vom 31. Mai 2017 pauschal auf ihre Behauptungen in der Klageschrift (Prot. S. 31 f.). Sie bestritt insbesondere nicht die detaillierte beklagtische Abrechnung für die fragliche Zeitperiode (act. 2 N 42). Diese hat daher als unbestritten zu gelten (vgl. BGE 141 III 433 E. 2.6):

- 23 - Aufgrund des positiven Saldo zugunsten der Beklagten hat die Klägerin aber keinen Anspruch auf die unter dem Stichwort "Forderungsgruppe 2" geltend gemachten

Forderungen.

#### **E. 4.3**

Fazit Es bestehen keine Ansprüche der Klägerin aus der "Forderungsgruppe 2". Die Klage ist auch in diesbezüglicher Hinsicht abzuweisen.

#### **E. 5**

Oktober 2016. Demzufolge sind die entsprechenden Beilagen (act. 47: Ordner 1-5) nach Rechtskraft dieses Entscheides der Klägerin wieder herauszugeben.

- 24 -

#### **E. 6**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 6.1**

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird im Grundsatz durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Bei Feststellungsbegehren setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO; BGE 141 III 137 E. 2.2). Es orientiert sich am Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses, dessen Bestand oder Nichtbestand durch das Urteil festgestellt werden soll (BK-STERCHI, Art. 91 ZPO N 5; vgl. BGE 80 II 311 E. 1). In der Regel ist bei zwischen den Parteien bestehender Uneinigkeit über den Streitwert allerdings auf den höheren Betrag bzw. die klägerische Streitwertberechnung abzustellen (STEIN-WIGGER, ZPO-Kommentar, Art. 91 ZPO N 26 m.w.H.; in diesem Sinne auch BGE 140 III 571 E. 1.4). Diesen Lehrmeinungen folgend ist – entgegen der Beklagten (act. 36 N 21) – von einem Streitwert gemäss Klageschrift in der Höhe von CHF 85'583'550.– auszugehen (act. 1 N 8). Auf eine nachträgliche Berichtigung des Streitwerts, wie sie vorliegend durch die Klägerin in ihrer Klageänderungsschrift vom 5. Oktober 2016 vorgenommen wurde (act. 45 N 117), kann es nicht ankommen (KUKO-VAN DE GRAAF, Art. 91 ZPO N 10; vgl. BGE 116 II 431 E. 1). Das Verfahren war komplex und die Akten waren äusserst umfangreich. Es stellten sich zudem verschiedene komplexe rechtliche Fragen. Zudem mussten verschiedene Verfahrensanträge bearbeitet werden. Ausserdem fanden verschiedene Verhandlungen statt (Vergleichsverhandlung, Hauptverhandlung). Es resultiert eine ordentliche Gerichtsgebühr von CHF 500'000.–, wobei diese Gerichtsgebühr auch die Aufwendungen für den Beschluss vom 16. Dezember 2015 (act. 26) angemessen berücksichtigt. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

- 25 -

##### **E. 6.2**

Parteientschädigung Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 85'583'550.– beträgt die Grundgebühr rund CHF 485'000.–. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für

die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechts- schriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berech- net (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Bei der Festset- zung der Parteientschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass (zweimal) ein thematischer beschränkter, zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wurde und die Beklagte zur klägerischen Stellungnahme zur Duplik eine Eingabe verfasste. Ferner unterlag die Beklagte aber mit ihrem Antrag auf Sicherstellung der Partei- entschädigung. Angesichts dessen erscheint eine Parteientschädigung von CHF 500'000.– als gerechtfertigt. Die Beklagte behauptete keine für die Zuspre- chung der Mehrwertsteuer erforderlichen, aussergewöhnlichen Umstände (vgl. Urteil BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Daher ist ihr die Parteient- schädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Das Handelsgericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.