

Moot Court Team 1

Sandra Seiler

Egemen Dumlu

Michael Vollenweider

Raphael Waldvogel

per E-Mail

Schiedsgericht der

Zürcher Handelskammer

z.Hd. Frau Prof. Dr. X

lst.huguenin@rwi.uzh.ch

Zürich, 18. April 2011

Klageantwort

in Sachen

GLP Distribution (Switzerland) AG

Grienbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz

Klägerin 1

GLP Manufacturing Corporation

2112 North O'Connor Road, Irving, TX 75061, USA

Klägerin 2

beide vertreten durch Moot Court Team 6

gegen

HealthySales Ltd.

Otto-von-Bismarck-Allee 4A, DE-10557 Berlin, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 1

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

Rechtsbegehren

- 1. Die Klage der Klägerin sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
- 2. Die Klägerin sei zu verpflichten der Beklagten CHF 500'000 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 28. November 2009 zu bezahlen.*
- 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.*

und folgende

prozessuale Anträge

- 1. Es sei der Klägerin 2 die Teilnahme am Schiedsverfahren zu verweigern.*
- 2. Eventualiter sei auf die Klage der Klägerin 2 mangels Zuständigkeit nicht einzutreten, subeventualiter sei sie abzuweisen.*
- 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin 2.*

Vorwort

Die Klägerinnen GLP Distribution und GLP Manufacturing leiteten am 30. Juni 2010 ein Schiedsverfahren gegen die Beklagte HealthySales Ltd. ein.

Im Folgenden wird zur Klageschrift Stellung genommen. Dabei sind die Vorbringen der Klägerinnen im Einzelnen zu analysieren und zu berichtigen.

Im formellen Teil wird nach Angaben zur Schiedsfähigkeit der Streitsache und zur Gültigkeit der Schiedsklausel auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, in objektiver sowie subjektiver Hinsicht, eingegangen. Im Weiteren wird die von der Klägerschaft geltend gemachte Verrechnung behandelt.

Anschliessend wird im materiellen Teil zunächst die vertragliche Beziehung der Parteien umfassend ergründet. Sodann werden die von der Klägerschaft ins Feld geführten Ansprüche geprüft und weitestgehend widerlegt. Gegenstand der Auseinandersetzung sind insbesondere die positive Vertragsverletzung (Art. 97 OR), Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die absichtliche Täuschung (Art. 28 OR), ausservertragliche Schadenersatzansprüche (Art. 41 OR) und die Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen.

Inhaltsverzeichnis

I.	Formeller Teil.....	1
A.	Zuständigkeit des Schiedsgerichtes	1
1.	Zuständigkeit für die Widerklage	1
2.	Objektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel	1
3.	Keine Teilnahmeberechtigung für die Klägerin 2	3
4.	Fazit.....	5
B.	Keine Verrechnung gem. Art. 120 OR	5
II.	Materielles	6
A.	Vertragsqualifikation	6
1.	Käufe vor dem DV	6
2.	Vertragsgebiet als Nebenpflicht.....	7
3.	Fazit.....	9
B.	Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. Art. 62 OR	9
C.	Kein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR der Klägerin 1 für die Käufe vor dem DV	10
1.	Keine Nebenpflicht	10
2.	Kein Schaden	10
3.	Kein Kausalzusammenhang.....	11
D.	Kein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR der Klägerin 2 für die Käufe vor dem DV	12
1.	Kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	12
2.	Kein Schaden	13
3.	Kein Kausalzusammenhang.....	14
E.	Keine Auflösung des DV wegen absichtlicher Täuschung gem. Art. 28 Abs. 1 OR	15
1.	Keine Täuschungshandlung durch die Beklagte.....	15
2.	Keine Täuschungsabsicht.....	16
3.	Keine Widerrechtlichkeit	17

Klageantwort Team 1

4. Irrtum und Kausalität	17
5. Keine Vertragsauflösung ex tunc nach Art. 28 Abs. 1 OR	18
F. Kein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR der Klägerin 1 für die Käufe nach dem DV	20
G. Kein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR der Klägerin 2 für die Käufe nach dem DV	20

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS ET AL. (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. CHK-BEARBEITER/IN Gesetz X N Y), in Rz. 62, 72, 75, 76, 78, 86, 105 .

AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (HRSG.), Basler Kommentar. Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. BSK KG-BEARBEITER/IN, Art. X N Y), in Rz. 115.

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS), in Rz. 4, 21.

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT), in Rz. 91.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID), in Rz. 8, 17, 21, 54, 102.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (HRSG.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. X N Y), in Rz. 29.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (HRSG.), Basler Kommentar. Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. X N Y), in Rz. 1, 21.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (HRSG.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. X N Y), in Rz. 17, 21, 38, 39, 67, 86.

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. HUGUENIN, OR AT), in Rz. 59.

KELLER ROLAND, Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Diss., Zürich 2004 (zit. KELLER), in Rz. 105.

Klageantwort Team 1

POLYDOR-WERNER SUSANNE, Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge, Diss., Zürich 1988 (zit. POLYDOR-WERNER), in Rz. 44.

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009 (zit. SCHWENZER), in Rz. 50, 78, 107.

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (HRSG.), Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. X N Y), in Rz. 21.

Entscheidverzeichnis

Schweizerisches Bundesgericht

BGE 82 II 397

BGE 87 I 53

BGE 96 II 392

BGE 111 II 452

BGE 114 II 91

BGE 116 II 431

BGE 117 II 273

BGE 125 IV 195

BGE 128 III 428

BGE 129 III 320

BGE 129 III 727

BGE 132 III 122

BGE 132 III 321

Internationale Handelskammer

ICC No. 4131, 1982, aus: JARVIN SIGVARD / DERAÏNS YVES, Collection of ICC Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, Deventer/Boston 1998, S. 464-473

Deutscher Bundesgerichtshof

BGH XII ZR 189/08

I. Formeller Teil

A. Zuständigkeit des Schiedsgerichtes

1. Zuständigkeit für die Widerklage

1 Das Schiedsgericht ist für eine Beurteilung einer Widerklage zuständig, sofern sie auf demselben Vertragsverhältnis wie die Hauptklage beruht und durch dieselbe Schiedsvereinbarung gedeckt ist. Ein Sachzusammenhang ist nicht nötig (BSK IPRG–WENGER/SCHOTT, Art. 186 N 38).

2 Die widerklageweise geltend gemachte Forderung der Beklagten in Höhe von CHF 500'000.- wie die Hauptklage auf dem durch den Distributionsvertrag (nachfolgend DV) geregelten Vertriebsvertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin 1. Da gemäss der Schiedsklausel von Art. 19 (6) DV sämtliche Streitigkeiten aus dem DV dem Schiedsgericht unterworfen sein sollen, erstreckt sich der Geltungsbereich der Schiedsklausel auch auf die widerklageweise geltend gemachte Forderung der Beklagten.

3 Somit ist das Schiedsgericht für die Beurteilung der Widerklage zuständig.

2. Objektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel

a) Ausservertragliche Ansprüche

4 Sofern die relevante Handlung nicht gleichzeitig eine Vertragspflichtverletzung begründet, wird die Frage nach der Miterfassung von ausservertraglichen Ansprüchen eher verneint, wenn die Klausel nur Streitigkeiten "aus dem Vertrag" und nicht "aus und im Zusammenhang mit dem Vertrag" abdeckt (Berger/Kellerhals, N 473).

5 In casu deckt die fragliche Schiedsklausel nur Streitigkeiten "aus dieser Vereinbarung" ab (vgl. Art. 19 (6) DV).

6 Ausservertragliche Ansprüche sind demgemäss nur vom objektiven Geltungsbereich von Art. 19 (6) DV gedeckt, sofern die dafür relevante Handlung eine Vertragspflichtverletzung begründet.

b) Keine Rückwirkung

7 Die Klägerschaft argumentiert, dass bezüglich der Rückwirkung ein normativer Konsens vorliegen würde (vgl. Klageschrift Team 6 (nachfolgend KS), Rz. 23 ff.).

8 Beim normativen Konsens wird darauf geschaut, wie der Empfänger einer Erklärung diese nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 316). Bei

einer Erklärung handelt es sich um den Ausdruck des Willens, ein Recht oder ein Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder zu beenden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 168).

- 9 Es ist nicht ersichtlich, warum die Klägerinnen die Beklagte als Absenderin der Erklärung sehen. Denn es war die Klägerschaft, die der Beklagten den Distributionsvertrag (nachfolgend DV) mit der Schiedsklausel zugesandt hat (vgl. KB-9). Daher ist die Klägerschaft als Absenderin der Erklärung, deren Auslegung strittig ist, zu betrachten, weshalb geschaut werden muss, wie die Beklagte als Empfängerin die Schiedsklausel verstehen durfte und musste.
- 10 In KB-2 hat Klägerin 1 der Beklagten mitgeteilt, dass zu dem Zeitpunkt kein Wunsch nach Expansion in den indischen Subkontinent seitens der Klägerinnen bestehe und sie deshalb auch nicht nach Distributoren für diesen Raum suchen würden, weshalb zu diesem Zeitpunkt auch kein DV mit der Beklagten abgeschlossen wurde.
- 11 Wie aus KB-9 hervorgeht, haben sich die Klägerinnen erst etwa ein Jahr später für eine Expansion in den indischen Subkontinent entschieden. Es wäre daher widersprüchlich, wenn die Klägerinnen sich nun darauf berufen würden, dass der DV rückwirkend gelten soll, da dies bedeuten würde, dass die Klägerinnen bereits vor dem DV ein formalisiertes Verhältnis mit der Beklagten wollten, was gem. dem bereits erwähnten KB-2 ja eben nicht der Fall ist. Dazu kommt, dass vor dem DV nie von einer Schiedsklausel die Rede gewesen war. Hätten die Klägerinnen also wirklich alle diese Verträge einer Schiedsklausel unterstellen wollen, hätten sie bereits vor dem DV mit der Beklagten eine solche vereinbaren müssen. Da dies nicht geschehen ist, konnte die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerinnen allfällige Streitigkeiten vor der normalen, staatlichen Gerichtsbarkeit austragen wollten.
- 12 Dazu kommt, dass es die Klägerschaft war, die den Vertrag formuliert hat (vgl. KB-9 und Ziff. 11 der Einleitungsanzeige). Da im DV die Rückwirkung nicht erwähnt ist, konnte die Beklagte aufgrund der konkreten Umstände (vgl. das bereits gesagte zu KB-2 und 9) davon ausgehen, dass die Klägerinnen dem DV bzw. der Schiedsvereinbarung keine rückwirkende Geltung verleihen wollten. Denn eine Partei, die einen Vertrag einseitig ausformuliert, nimmt normalerweise alles in ihn auf, was ihr subjektiv wichtig ist.
- 13 Folglich durfte und musste die Beklagte nach Treu und Glauben annehmen, dass die Schiedsklausel keine rückwirkende Geltung haben würde.
- 14 Zum Vorwurf der Bösgläubigkeit, die der Beklagten in KS, Rz. 35 ff. vorgeworfen wird, sei an dieser Stelle nur so viel zu sagen, dass die Gutgläubigkeit gem. Art. 3 Abs. 1 ZGB nur in den Fällen relevant ist, in denen das Gesetz Rechtswirkungen an sie knüpft. Weil dies bei der Frage der Rückwirkung nicht der Fall ist, hat die Frage der Gutgläubigkeit hier keine Rele-

vanz und braucht an dieser Stelle nicht näher erläutert zu werden.

15 Somit hat der DV bzw. die Schiedsklausel keine rückwirkende Geltung.

3. Keine Teilnahmeberechtigung für die Klägerin 2

a) Keine Offerte der Beklagten

16 Die Klägerinnen argumentieren, dass es sich bei Art. 19 (2) DV um eine Offerte der Beklagten zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit Klägerin 2 handle (vgl. KS, Rz. 17 ff.).

17 Bei einer Offerte i. S. v. Art. 3 OR handelt es sich um die zeitlich erste Willenserklärung, die jedoch bereits alle wesentlichen Vertragselemente enthält, sodass der Empfänger sie nur noch anzunehmen oder abzulehnen braucht (BSK OR I-Bucher, vor Art. 3-9, N 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 363 ff.).

18 In casu war es die Klägerschaft, welche den DV ausformuliert hat, sodass die Beklagte ihn nur noch zu unterschreiben brauchte (Einleitungsanzeige Ziff. 11 f.). Die Offerte wurde also von der Klägerschaft gestellt, die Beklagte hat sie angenommen.

19 Somit handelt es sich bei Art. 19 (2) DV nicht um eine Offerte der Beklagten, sondern eher um eine Klausel, die die Zession gem. Art. 164 Abs. 1 OR einschränken soll.

b) Keine Schiedsklausel zugunsten Dritter aufgrund von Undeutlichkeit

20 Die Klägerinnen argumentieren, dass eine Schiedsklausel zugunsten der Klägerin 2 i.S.v. Art. 112 Abs. 1 OR abgeschlossen wurde (vgl. KS, Rz. 38 ff.)

21 In der Lehre und Rechtsprechung ist es unbestritten, dass eine Gerichts- oder Schiedsklausel immer ausdrücklich und unmissverständlich formuliert sein muss (vgl. BGE 87 I 53 E. 3a S. 56; Berger/Kellerhals, N 514, BSK OR I-Bucher, Art. 1 N 61 und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1144). Dies liegt insbesondere daran, dass der Unterzeichnende damit auf sein in Art. 30 Abs. 1 BV verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf den gesetzlichen Richter verzichtet. Dies ist auch einer der Gründe, warum sowohl in der ZPO als auch im IPRG für Schiedsvereinbarungen Formvorschriften verlangt werden (BSK ZPO-Girsberger, Art. 358 N 3; BSK IPRG-Wenger/Müller, Art. 178 N 7).

22 In casu ist mit Art. 19 (6) DV eine deutliche Schiedsklausel vorhanden. In dieser Klausel – und auch sonst im Vertrag – gibt es jedoch keine unmissverständlichen Angaben, dass die Klägerin 2 an einem möglichen Verfahren teilnehmen sollte. Die Abtretungsklausel von Art. 19 (2) DV genügt diesen Anforderungen nicht. Denn da es eine eindeutige Schiedsklausel gibt, durfte die Beklagte annehmen, dass dort drin alles geregelt sein würde, was die Klägerin

1 für ein mögliches Verfahren geregelt haben wollte. In jedem Fall verstösst es gegen Treu und Glauben, in einem solchen Rahmenvertrag, bei welchem generell die Möglichkeit besteht, dass er nur global übernommen wird, eine versteckte Schiedsklausel, die sich nicht mit der üblichen Sorgfalt, sondern nur mit juristischem Fachwissen finden lässt, einzubauen. Die Beklagte durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Vertragstext einigermaßen verständlich formuliert sein würde und musste ihn nicht durch Rechtsanwälte auf juristische Winkelzüge untersuchen lassen.

- 23 Aufgrund dieser konkreten Umstände durfte die Klägerschaft nicht davon ausgehen, dass die Beklagte die Schiedsklausel bemerkt und zugestimmt hat, womit kein Vertrag zugunsten Dritter i. S. v. Art. 112 Abs. 1 OR, wie von den Klägerinnen vorgebracht, abgeschlossen worden ist.

c) Keine Parteistellung aufgrund der Group of Companies Doctrine

- 24 Da die Klägerschaft den Utilitätsgedanken des BGer angeführt haben (vgl. KS, Rz. 29 f.), sei an dieser Stelle noch auf die Group of Companies Doctrine und die Rechtsprechung des BGer zu diesem Thema einzugehen.
- 25 In der internationalen Schiedsgerichtspraxis existiert die sogenannte Group of Companies Doctrine. Begründet wurde diese durch den ICC im Fall Dow Chemical v. Isover Saint Gobain (ICC No. 4131, 1982), in welchem der ICC die Ausdehnung einer Schiedsklausel auch auf andere Unternehmen des Dow Chemical Konzerns bejaht hat, obwohl diese keine Vertragsparteien waren.
- 26 Im Entscheid BGE 129 III 727 hat das BGer eine ähnliche Praxis begründet. Demnach erstreckt sich eine Schiedsklausel auch auf andere Parteien, sofern diese durch ihre Rolle an den Vertragsverhandlungen oder Ausführung des Vertrages den Anschein erweckt haben, ebenfalls an der Schiedsvereinbarung beteiligt sein zu wollen.
- 27 Dieser Entscheid ist zwar in der Lehre auf Kritik gestossen (vgl. Poudret Jean-François, Un statut privilégié pour l'extension de l'arbitrage aux tiers?, aus: ASA Bulletin Bd. 22 (2004), S. 390-397 und Habegger Philipp, Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form, aus: ASA Bulletin Bd. 22 (2004), S. 398-410), trotzdem hat das Bundesgericht in weiteren Entscheiden diese Rechtsprechung bestätigt, weshalb nicht näher auf die Kritik eingegangen wird.
- 28 In casu unterscheidet sich die Sachlage jedoch von den Fällen, in denen das Bundesgericht diese Rechtsprechung angewendet hat. Denn die Beklagte wollte ursprünglich mit Klägerin 2 die Vertragsbeziehungen aufnehmen (KB-1). Diese hat die Mail jedoch Klägerin 1 weitergeleitet, welche die Vertragsbeziehungen mit der Beklagten aufgenommen hat (KB-2). Diese

Handlung kommt einer Ablehnung des Antrags der Beklagten seitens der Klägerin 2 gleich. Durch die Abwicklung des ersten Geschäfts erfuhr die Beklagte dann auch, dass Klägerin 2 nicht für den Abschluss eines DV für den indischen Subkontinent zuständig war (Ergänzung Ziff. 3).

29 Es wäre somit widersprüchliches Verhalten der Klägerin 2 und damit rechtsmissbräuchlich gem. Art. 2 Abs. 2 ZGB (vgl. BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 43 f.), sich nun darauf zu berufen, doch Partei sein zu wollen, weshalb es naheliegender ist, die Klägerin 2 als Hilfsperson oder Beauftragte der Klägerin 1 zu betrachten.

30 Aus diesem Grund ist die in BGE 129 III 727 begründete Rechtsprechung des Bundesgerichts auf diesen ganz speziellen Fall nicht anwendbar.

d) *Kein Rechtsmissbrauch der Beklagten*

31 Die Klägerschaft wirft der Beklagten vor, die Unzuständigkeitseinrede rechtsmissbräuchlich zu erheben (vgl. KS Rz. 38).

32 Wie dargelegt, gibt es keinen Rechtsgrund, aus welchem die Klägerin 2 ein Teilnahmerecht am Schiedsverfahren ableiten könnte.

33 Folglich ist es kein Rechtsmissbrauch, wenn die Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit erhebt.

4. Fazit

34 Das Schiedsgericht ist für die Beurteilung der Widerklage der Beklagten und die vertraglichen Ansprüche der Klägerin 1 aus dem DV zuständig. Für ausservertragliche Ansprüche ist das Schiedsgericht nur zuständig, sofern ihre Grundlage ebenfalls eine Vertragspflichtverletzung des DV oder eines der ihm nachfolgenden Kaufverträge bedeutet.

35 Die Schiedsklausel hat keine Rückwirkung und der Klägerin 2 ist die Teilnahme zu verweigern.

B. Keine Verrechnung gem. Art. 120 OR

36 Wie aus der Einleitungsanzeige Ziff. 18 hervorgeht, gedenken die Klägerinnen, ihre Forderungen mit der Forderung der Beklagten in Höhe von CHF 500'000.- zu verrechnen.

37 Gem. Art. 125 Ziff. 1 OR ist eine Verrechnung gegen den Willen der Gläubigerin u. a. dann nicht möglich, wenn die Schuldnerin eine Sache böswillig vorenthält, obwohl sie zur Rückgabe verpflichtet wäre.

38 „Böswillig“ heisst in diesem Fall, dass ein unmoralisches Verhalten vorliegt, welches insbesondere dann gegeben ist, wenn die Sache entweder aufgrund eines verwerflichen Ver-

haltens übergeben wurde, oder wenn die Rückgabe unter Verletzung des Übergabezweckes verweigert wird (BSK OR I-Peter, Art. 125 N 4).

- 39 Aufgrund der Tatsache, dass das Bundesgericht in BGE 111 II 452 diese Norm auf einen Fall, in dem es um Buchgeld ging, angewendet hat, lässt darauf schliessen, dass der Anwendungsbereich von Art. 125 Ziff. 1 OR sich nicht auf „Sachen“ im klassischen Sinne beschränkt, sondern dass die Norm auch für Geldforderungen angewendet werden kann. Auch das Ziel dieser Norm, durch widerrechtliche Schaffung von Verrechnungsmöglichkeiten Selbstjustiz zu verhindern (vgl. BSK OR I-Peter, Art. 125 N 4), lässt darauf schliessen, dass der Begriff Sache weit ausgelegt werden muss.
- 40 In casu hat die Beklagte der Klägerin 1 am 28. November 2009 für eine Bestellung einen Betrag in Höhe von CHF 500'000.- als Vorauszahlung überwiesen (KB-17). Eine Vorauszahlung hat den Zweck, die Zahlung der Geldsumme für das Kaufobjekt sicherzustellen. Sie dient also als Sicherheit für den Schuldner des Kaufobjekts.
- 41 Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, wurde Klägerin 1 von Klägerin 2 dazu verpflichtet, die Bestellung nicht auszuführen (Ergänzungen Ziff. 4). Unter diesen Voraussetzungen wäre Klägerin 1 nun dazu verpflichtet gewesen, die Vorauszahlung der Beklagten zurückzuerstatten, da der Sicherungszweck nicht mehr erfüllt ist. Obwohl die Beklagte die Klägerin 1 mehrmals darum gebeten hat die Vorauszahlung zurückzuerstatten, hat sie dies nie getan (BB-4). Folglich hat sich Klägerin 1 unmoralisch verhalten, indem sie die Vorauszahlung zurückbehalten hat, obwohl der Zweck der Übergabe nicht mehr erfüllt war und sie somit zur Rückgabe verpflichtet war (zur Rückgabeverpflichtung vgl. auch Rz. 53 ff.). Dass die Beklagte nicht verrechnen möchte, hat sie durch die Erhebung der Widerklage in Höhe von CHF 500'000.- eindeutig gezeigt. Die Klägerin 1 darf demzufolge gem. Art. 125 Ziff. 1 OR diese Forderung nicht verrechnen.

II. Materielles

A. Vertragsqualifikation

1. Käufe vor dem DV

- 42 Der vertragliche Kontakt zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten vor Abschluss des DV wird von der Klägerschaft als eine Reihe von Kaufverträgen gem. Art. 184 ff. qualifiziert (KS, Rz. 48), was nicht zu beanstanden ist.
- 43 Es fehlt hier indes an einer weitergehenden Betrachtungsweise des gesamten Vertragsverhältnisses, denn die Einsicht in die Unterlagen zeigt, dass ein Bündel von gleich gearteten Verträ-

gen vorliegt (KB-7; KB-11). Zu prüfen ist deshalb das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses.

- 44 Ein Dauerschuldverhältnis ist primär an der periodischen Erbringung einer der Gattung nach bestimmten Leistung erkennbar (POLYDOR-WERNER, S. 6). Dadurch nimmt der Gesamtumfang einer Leistung mit der Zeit durch kontinuierliche Leistungen stets zu (BGE 128 III 428 E. 3b S. 430).
- 45 Seit Februar 2008 haben die Beklagte und die Klägerin 1 insgesamt 14 Kaufverträge abgeschlossen, bis der DV erstmals für das Geschäft im April 2009 Geltung entfaltete (KB-7; KB-11). Bis auf die ersten vier Käufe, bei denen der Bestellumfang sowie die Bestellmenge allmählich zugenommen haben, sind sie im Hinblick auf Leistung und Gegenleistung weitgehend gleich. Während die Menge leicht variiert, sind die Produkte PowerBar®, PowerUp® und PowerVit® stets Kaufgegenstand. Die Bestellungen werden monatlich getätigt. Auch wenn in den Unterlagen nicht die Rede von einem Dauerschuldverhältnis ist, stellt sie dennoch die gelebte Realität dar – es gilt das Prinzip *falsa demonstratio non nocet* (Art. 18 Abs. 1 OR) oder eben *nulla demonstratio non nocet*. Diese über ein Jahr andauernde Regelmässigkeit und Gleichartigkeit der einzelnen Leistungen legt nahe, die vertragliche Beziehung als ein Dauerschuldverhältnis zu würdigen.

2. Vertragsgebiet als Nebenpflicht

- 46 Im Einzelnen erblickt die Klägerschaft für die Kaufverträge ferner eine vertragliche Nebenpflicht der Beklagten, die bezogenen Produkte ausschliesslich im indischen Subkontinent weiterzuverkaufen. Diese soll aus den vorgängigen Vertragsverhandlungen mit der Klägerin 1 nach Vertrauensprinzip hervorgehen. So wird vorgebracht, dass die Beklagte in ihrer Korrespondenz mit der Klägerin 1 angeboten habe, im besagten Gebiet zu verkaufen, woraufhin Letztere eine Preisreduktion von 50 % gewährt habe. Von anderen Vertragsgebieten sei nie die Rede gewesen. Ferner sei es nicht im Interesse der Klägerin 1 gewesen, dass ein Verkauf in die USA stattfindet und sie keinen Anlass gehabt habe anzunehmen, dass die Beklagte ausserhalb des besagten Gebiets verkauft (KS, Rz. 51 ff.).
- 47 Ein Vertrag kommt mit übereinstimmender gegenseitiger Willenserklärung zustande (Art. 1 Abs. 1 OR). Ist eine Willenserklärung nicht deutlich abgegeben worden, so ist sie nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. so, wie sie eine vernünftige Person nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Dabei ist allen Umständen Rechnung zu tragen, unter denen die Willenserklärung erfolgt ist (BGE 117 II 273 E. 5a S. 278).
- 48 Aus den Unterlagen geht nicht eindeutig hervor, dass eine Vertragsgebietsklausel in den Vertrag aufgenommen wurde. Vielmehr ist zu diskutieren, inwiefern die Beklagte sich gegen-

über der Klägerin 1 im Hinblick auf ein Vertragsgebiet hätte verpflichten sollen. Die Klägerin 2 wird unbestrittenermassen mit dem Hinweis auf Kontakte in Indien, Pakistan und Bangladesch angegangen, woraufhin die Klägerin 1 die Vertragsverhandlungen mit der Beklagten übernimmt (KB-1; KB-2). Es stellt sich indes die Frage, ob sie bei diesen wirklich annehmen durfte und musste, dass die Beklagte sich dahingehend verpflichten wollte, ausschliesslich in besagtes Gebiet weiterzuverkaufen. Dabei ist insbesondere vor Augen zu führen, in welche Situation sie sich begeben würde, wenn sie dort unverschuldet keine Abnehmer für die gekauften Produkte finden würde. Es wäre ihr wohl kaum zuzumuten, diese in ihrem Lager bis zu ihrem Untergang aufzubewahren, denn ein Rückgaberecht wurde für einen solchen Fall nicht ausbedungen (Ergänzung Ziff. 13). Das wirtschaftliche Fortkommen der Beklagten wäre dadurch massiv eingeschränkt. Unter diesen Umständen durfte die Klägerin 1 nach Treu und Glauben nicht annehmen, dass die Beklagte sich tatsächlich derart vertraglich einschränken wollte.

- 49 Dass eine doppelte Belieferung des Vertragsgebiets USA nicht im Interesse der Klägerschaft, gewesen ist, leuchtet ein. Der Umstand, dass die Klägerin 2 diesen Markt bearbeitet, war der Beklagten zu diesem Zeitpunkt jedoch nicht bekannt. Sie hat durch den ersten Kontakt lediglich erfahren, dass diese für den Vertragsschluss in besagtem Gebiet nicht zuständig ist und die E-Mail deshalb an die Klägerin 1 weitergeleitet hat (Ergänzung Ziff. 3). Folglich konnte die Beklagte nicht ahnen, dass eine Lieferung in die USA dem Absatz Klägerin 2 potenziell schaden könnte. Ebendies hätte die Klägerin 1 in den Vertragsverhandlungen erwähnen müssen, nicht zuletzt deshalb, weil sie von der Beklagten nicht erwarten durften, dass sie die Produkte im Falle des Nichtverkaufs im besagten Gebiet bis zu ihrem Untergang aufbewahren (vgl. Rz. 48).
- 50 Über eine Preisreduktion von 50 % wurde gem. Unterlagen nicht verhandelt. Es ist lediglich bekannt, dass die Beklagte auf einen Rabatt vertraute, ohne es jedoch sicher zu wissen (Ergänzung Ziff. 11). Es könnte sein, dass er konkludent vereinbart wurde. Dafür muss die Willenserklärung aus äusseren Umständen oder dem Verhalten des Erklärenden klar und eindeutig ersichtlich sein (SCHWENZER N 27.10). In casu gewährt die Klägerin 1 den Rabatt im Hinblick auf die Notlage im besagten Vertragsgebiet und auch die Beklagte geht davon aus, diesen zu bekommen (Ergänzung Nr. 11). Eine Kommunikation im Hinblick auf eine Preisreduktion – ob ausdrücklich oder konkludent – fehlt hingegen auf beiden Seiten gänzlich. Ein stilles Vertrauen der Beklagten auf einen Rabatt dürfte für die Gegenpartei nicht hinreichend klar sein, um einen konkludenten Antrag auf eine Preisreduktion anzunehmen. Auf der Gegenseite wird er aus selbstständigen, für sich vorbehaltenen Überlegungen gewährt.

51 Wo Willenserklärungen gänzlich fehlen, können auch keine Verbindlichkeiten entstehen (Art. 1 Abs. 1 OR). Eine Preisreduktion wurde mithin nicht vertraglich vereinbart. Die Behauptung, diese wurde mit dem Vorbehalt des ausschliesslichen Weiterverkaufs in besagtem Gebiet gewährt, kann somit der Beklagten nicht vorgehalten werden.

3. Fazit

52 Zusammenfassend sei festgestellt, dass es sich beim vorliegenden Vertragsverhältnis im Einzelnen um Kaufverträge gem. Art. 184 OR und im Ganzen um ein Dauer-schuldverhältnis zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten handelt. Aus den genannten Um-ständen ergibt sich aus der Position eines gutgläubigen Dritten keine Pflicht zur Einhaltung des Vertragsgebiets, wenn dort keine Abnehmer gefunden werden können, weil dies das wirt-schaftliche Fortkommen der Beklagten zu sehr einschränken würde. Die Anknüpfung an die Preisreduktion, wodurch der ausschliessliche Weiterverkauf nach Indien, Pakistan und Bang-ladesch gerechtfertigt werden sollte, scheitert daran, dass die Klägerin 1 sie gewährt und dies der Beklagten nicht hinreichend zu verstehen gegeben hat.

B. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. Art. 62 OR

53 Gem. Art. 62 Abs. 1 OR muss eine ungerechtfertigte Bereicherung aus dem Vermögen eines anderen zurückerstattet werden.

54 Eine Bereicherung liegt dann vor, wenn eine Vergrösserung des Vermögens oder eine Nichtverminderung des Vermögens vorliegt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1471 ff.). Für das Tatbestandsmerkmal der Ungerechtfertigkeit nennt Abs. 2 drei Beispiele: Zuwendung ohne Grund, Zuwendung aufgrund eines nicht verwirklichten Grundes oder Zuwendung aufgrund eines nachträglich weggefallenen Grundes.

55 In casu hat die Beklagte der Klägerin 1 in Vorkasse CHF 500'000.- für eine Lieferung bezahlt (KB-17). Es liegt also eine Vergrösserung des Vermögens der Klägerin 1 vor, welche aus dem Vermögen der Beklagten stammt.

56 Da die Klägerin 1 die Bestellung jedoch nie geliefert hat (Einleitungsanzeige Ziff. 17; BB-4), ist der Grund für die Geldüberweisung, welcher im Abschluss eines Kaufvertrages mit der Klägerin 1 lag, nicht verwirklicht worden, weshalb die Bereicherung ungerechtfertigt i.S.v. Art. 62 Abs. 2 OR ist.

57 Somit liegt eine ungerechtfertigte Bereicherung gem. Art. 62 Abs. 1 OR vor, weshalb die Klägerin 1 der Beklagten die CHF 500'000.- zurückzubezahlen hat.

C. Kein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR der Klägerin 1 für die Käufe vor dem DV

- 58 Die Klägerin 1 macht die Verletzung einer nicht selbständig einklagbaren Nebenpflicht (KS, Rz. 55 ff.) geltend und einen Schaden, der aufgrund einer Preisreduktion von rund 50 % der Verkaufspreise in den USA beruht. Die Klägerin 1 gewährte diese Reduktion angeblich nur, weil sie davon ausging, dass die Beklagte die bestellten Produkte nach Indien, Pakistan und Bangladesch weiterverkaufen würde.
- 59 Damit ein Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR geltend gemacht werden kann, muss eine Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht, ein Schaden, ein Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden sowie ein Verschulden vorliegen (HUGUENIN, OR AT N 598).

1. Keine Nebenpflicht

- 60 Dass es sich beim Vertragsgebiet „indischer Subkontinent“ um eine Nebenpflicht handelt, ist gem. Rz. 47 ff. zu verneinen. Somit ist eine positive Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR für die Verkäufe vor Abschluss des DV per se gar nicht möglich.

2. Kein Schaden

- 61 Klägerin 1 macht eine unfreiwillige Vermögenseinbusse und einen *lucrum cessans* durch die gewährte Preisreduktion geltend, die sie gestützt auf die problematischen Verhältnisse in den Vertragsgebieten gewährt habe. Verwirrend erscheint das Vorbringen der Klägerin 1, weil sie zuerst von einer unfreiwilligen Vermögenseinbusse und dann von einem *lucrum cessans* spricht, jedoch nicht beide Ansprüche nebeneinander geltend macht (KS, Rz. 58 und 62). Im Folgenden wird auf beides eingegangen.
- 62 Ein Schaden ist eine unfreiwillige Vermögenseinbusse, die in einer Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn bestehen kann. Sie ergibt sich aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und demjenigen, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis aufweisen würde. Wenn der Geschädigte sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte vermehren können, entsteht ein entgangener Gewinn (CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 72).
- 63 Nach allgemeiner Lehre ist Ersatz für einen *lucrum cessans* nur geschuldet, soweit es sich um einen üblichen oder sonst wie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt (BGE 82 II 397, E. 6, S 401).

- 64 Im gegebenen Fall kann nicht von einer unfreiwilligen Vermögenseinbusse gesprochen werden, da die Klägerin 1 die Preisreduktion aus freien Stücken, ohne äusseren Einfluss gewährte (Einleitungsanzeige Ziff. 6). Ihre Aktiven wurden weder vermindert, noch wurden ihre Passiven durch den reduzierten Preis vermehrt.
- 65 In casu kann Klägerin 1 durch die gewährte Preisreduktion auch keinen entgangenen Gewinn erlitten haben. Es stand nicht in Aussicht, dass sie die Produkte für einen höheren Preis hätte verkaufen und dadurch einen grösseren Gewinn erzielen können. Es ist zudem unwahrscheinlich, dass sie die Produkte an einen anderen Distributor für den indischen Subkontinent verkauft hätte, da sie eigentlich keine Expansion in dieses Gebiet geplant hatte (KB-2). Auszuschliessen ist somit auch, dass sie einen üblichen Gewinn hätte erzielen können. Klägerin 1 kann daher nicht glaubhaft machen, dass die gewährte Preisreduktion einen entgangenen Gewinn darstellt.

3. Kein Kausalzusammenhang

- 66 Die Klägerin 1 führt an, dass die Verletzung des Verkaufsgebiets kausal zur gewährten Reduktion sei (KS, Rz. 59).
- 67 Damit der Kausalzusammenhang bejaht werden kann, muss die Nebenpflichtverletzung natürlich und adäquat kausal zum Schaden sein. Ist eine Ursache *conditio sine qua non* für den Schadenseintritt, so ist die natürliche Kausalität gegeben. Die Nebenpflichtverletzung darf nicht weggedacht werden können, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen (BGE 96 II 392 E. 1 S. 396). Ein Ereignis gilt dann als adäquat kausal, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden von der Art des eingetretenen (BSK OR-I, Wiegand, Art. 97 N 41).
- 68 Die behauptete Nebenpflichtverletzung ist nicht *conditio sine qua non* für den Schaden.
- 69 Denn führt man den Gedanken der Klägerin 1 fort, nachdem die Nebenpflichtverletzung kausal zu den 50 % weniger Einnahmen seien, hätte sie umgekehrt - bei Erfüllung dieser Pflicht - 50 % mehr Einnahmen generieren müssen.
- 70 Die Klägerin 1 verkennt jedoch, dass sie durch den Verkauf an die Beklagte – trotz Reduktion – Einnahmen erwirtschaftete, welche sie ansonsten wohl kaum erzielt, geschweige denn übertroffen hätte.

D. Kein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR der Klägerin 2 für die Käufe vor dem DV

1. Kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

- 71 Die Klägerin 2 macht vertragliche Ansprüche gegen die Beklagte aufgrund einer Verletzung von Art. 3 DV bzw. der vertraglichen Nebenpflicht, die Produkte nur im indischen Subkontinent zu verkaufen, geltend. Dazu nimmt sie an, bei diesen Verträgen, die freilich zwischen der Beklagten und der Klägerin 1 geschlossen wurden, handle es sich um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.
- 72 Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist im Gesetz nicht geregelt. Hierbei sollen dem Gläubiger nahestehende Dritte, die aufgrund einer Vertragsverletzung des Schuldners einen Schaden erlitten haben, ihre Ersatzansprüche gegenüber diesem direkt und nach vertraglichen Regeln geltend machen dürfen. Dies soll dann möglich sein, wenn für den Schuldner erkennbar ist, dass seine Hauptleistung den betreffenden Dritten (mit)berührt (sogenannte Leistungsnähe). Weiter sollte der Gläubiger in dem Bereich, den der Vertrag beschlägt, für Wohl und Wehe des Dritten verantwortlich sein. Ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers muss den Einbezug des Dritten rechtfertigen (CHK-REETZ/GRABER, OR 112 N 36 f.).
- 73 Die Klägerschaft bringt eine Leistungsnähe der Klägerin 2 vor und begründet diese damit, dass Letztere schliesslich die von der Klägerin 1 eingegangenen Verträge erfüllte, indem sie die Produkte lieferte (KS, Rz. 63 ff.). Damit nimmt sie indes einen falschen Standpunkt ein – die Tatsache, dass sie sich aus freien Zügen in die Vertragserfüllung einbringt begründet keine Leistungsnähe. Gerade umgekehrt setzt diese voraus, dass die Leistung, die der Gläubiger vom Schuldner empfängt, eine Berührung mit dem Dritten aufweisen muss. In casu müsste also die Geldleistung der Beklagten, denn das ist die Hauptleistung, die Klägerin 2 auch berühren. Dies ist hier freilich nicht der Fall.
- 74 Für die Kaufverträge vor dem DV ist ausserdem zu beachten, dass die Beklagte bei Vertragsschluss gar keine Kenntnis von der Rolle der Klägerin 2 hatte. Erst bei der Abwicklung erfuhr sie, dass Letztere die Produkte liefert (Ergänzung Ziff. 3). Damit die Schutzwirkung zugunsten Dritter jedoch Wirkung entfalten kann, muss der Schuldner Kenntnis vom Einbezug des Dritten haben, was hier nicht zutrifft.
- 75 Im Weiteren kann geprüft werden, ob der Vertragspunkt des Vertragsgebiets (Art. 3 DV bzw. Nebenpflicht vor DV) eine solche Leistungsnähe aufweist. Die Lehre verlangt, dass die Hauptleistung dem Dritten nahesteht (CHK-Reetz/Graber, OR 112 N 37). Die Klägerschaft

definiert die Pflicht der Beklagten, nur in besagtem Gebiet zu vertreiben, als eine Nebenleistungspflicht (KS, Rz. 55 f.), womit sie von vorneherein ausser Betracht fällt.

- 76 Für eine Schutzwirkung muss der Gläubiger überdies eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Dritten treffen. Er muss für Wohl und Wehe desselben verantwortlich sein (CHK- a.a.O. N 36). Fürsorgepflichten ergeben sich wohl primär aus dem Gesetz oder aus vertraglichen Verhältnissen, so z.B. die elterliche Fürsorgepflicht nach Art. 301 ZGB und die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht (vgl. dazu die deutsche Rechtsprechung in BGH XII ZR 189/08 S. 11). Es scheint folglich, dass sich die Fürsorgepflicht gewissermassen auch aus einem Abhängigkeitsverhältnis ergibt. Wie es sich mit juristischen Personen im Konzernverhältnis verhält, ist unklar und wohl im Einzelnen zu beurteilen.
- 77 Vorliegend ist die Klägerin 1 eine 100 %-Tochtergesellschaft der Klägerin 2 (Ergänzung Ziff. 2). Ihre Aufgabe ist lediglich, Distributoren im internationalen Raum anzuwerben, während die Klägerin 2 das Vertragsgebiet USA und international die gesamte Abwicklung übernimmt. Die Klägerin 1 ist somit als ein verlängerter Arm der Klägerin 2 zu betrachten, um den internationalen Markt vertraglich zu erschliessen. Damit steht freilich fest, dass die Klägerin 1 keine Fürsorgepflicht gegenüber der Klägerin 2 haben kann.
- 78 Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist zusammenfassend zu verneinen, nicht zuletzt auch deshalb, weil die Rechtsfigur einen Einschnitt in das Prinzip der Geltung von Vertragsbeziehungen *inter partes* darstellt. Es sollen ausschliesslich diejenigen Personen aus dem Vertrag schuldrechtliche Ansprüche ableiten können, die ihn abschliessen (BGE 114 II 91 E. 4a/aa S. 97). Dieses Prinzip darf nicht leichtfertig relativiert werden, zumal in den häufigsten Fällen, wo diese Rechtsfigur Anwendung findet, eine Lösung nach deliktischer Haftung befriedigend ist (CHK-Reetz/Graber, OR 112 N 39; SCHWENZER N. 87.05). Endlich sei zu beachten, dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter von der schweizerischen Rechtsprechung nicht anerkannt ist (CHK- Reetz/Graber, OR 112 N 40).
- 79 Dies hat in casu die Folge, dass der Klägerin 2 keine vertraglichen Ersatzansprüche – weder aus den Kaufverträgen noch aus dem DV – gegenüber der Beklagten zustehen. Klägerin 2 hat keinen Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR.
- 80 Für den Fall, dass das Schiedsgericht den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dennoch bejahen sollte, wird im Folgenden aufgezeigt, warum die einzelnen Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung nicht gegeben sind.

2. Kein Schaden

- 81 Klägerin 2 macht einen entgangenen Gewinn geltend (KS Rz. 58; 63 ff.). Es wird jedoch nicht ausgeführt, wie dieser zustande gekommen sein sollte.

- 82 Aus KB-7 geht hervor, dass die Beklagte die Produkte PowerBar[®], PowerUp[®] und PowerVit[®] zusammen erst ab ca. Juni 2008 von Klägerin 1 bezogen und an Jim's Gym verkauft hat. Auffällig ist jedoch, dass die Verkäufe dieser drei Produkte, wie der Grafik in KB-13 zu entnehmen ist, zum ungefähr gleichen Zeitpunkt einbrechen und dies noch bevor die Beklagte die Produkte PowerUp[®] und PowerVit[®] bezieht. Dies legt nahe, dass ein Zusammenhang zwischen dem Einbruch des Verkaufes von PowerBar[®] und den anderen zwei Produkten besteht, der unabhängig von den Verkäufen der Beklagten an Jim's Gym ist.
- 83 Im Weiteren erhöhte sich der Umfang der Bestellungen der Beklagten im November und Dezember 2008 (KB-7). Obwohl jedoch die Beklagte diese Produkte an Jim's Gym verkaufte, brechen die Verkäufe von Klägerin 2 nicht im gleichen Umfang ein. Die Grafik zeigt zwischen April und November 2008 nur ganz minime Veränderungen. Mitte November 2008 verkauft die Klägerin 2 sogar wieder mehr PowerBar[®] an diesen Kunden.
- 84 Daher kann Klägerin 2 nicht einwenden, sie hätte einen entgangenen Gewinn erlitten, weil die Beklagte an denselben Kunden lieferte. Mit dem Verkauf an Jim's Gym stand für die Klägerin 2 zu diesem Zeitpunkt nie ein Gewinn sicher. War der Verkauf der Produkte der Power-Linie durch die Klägerin 2 an Jim's Gym vor Februar 2008 noch regelmässig und ein entsprechender Gewinn wohl üblich, kann der Gewinn nach dem Verkaufseinbruch ca. Mitte März 2008 nicht mehr sicher und in Aussicht gestanden haben.

3. Kein Kausalzusammenhang

- 85 Betreffend der Definition des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang kann auf Rz. 67 verwiesen werden.
- 86 Die Beklagte macht mit dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens geltend, dass der gleiche Schaden auch eingetreten wäre, wenn sie die von ihr verletzte Rechtspflicht korrekt erfüllt hätte (CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 108). Es liegt keine natürliche Kausalität vor und es fehlt an einem pflichtwidrigen Verhalten als Ursache für das schädigende Ereignis (BSK OR-I, SCHNYDER, Art. 41 N 29a).
- 87 Die unter Rz. 82 ff. erwähnten Einbrüche der Verkäufe der Produkte der Power-Linie können nicht der Beklagten angelastet werden. Die Grafik in KB-10 macht deutlich, dass sich die Verkaufszahlen nicht parallel zu den Verkäufen der Beklagten an Jim's Gym entwickelten. Im Februar 2008 brechen die Verkaufszahlen von PowerUp[®] und PowerVit[®] ein, noch bevor die Beklagte überhaupt diese Produkte bezogen hatte (vgl. KB-7) und auch danach ist kein eindeutiger Zusammenhang zwischen den Verkäufen der Beklagten an Jim's Gym und dem Bestellverhalten des gleichen Kunden bei Klägerin 2 ersichtlich. Es bestehen somit berechnete Zweifel, dass die Aktivitäten der Beklagten natürlich kausal zum Schaden von Klägerin 2

gewesen sind. Somit muss die adäquate Kausalität nicht geprüft werden, der Kausalzusammenhang ist ohnehin nicht gegeben.

E. Keine Auflösung des DV wegen absichtlicher Täuschung gem. Art. 28 Abs. 1 OR

88 Die klagenden Parteien wollen den am 30. März 2009 zwischen Klägerin 1 und der Beklagten abgeschlossenen DV auflösen, wobei sie sich dabei auf die absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 Abs. 1 OR beziehen (KS, Rz. 66).

1. Keine Täuschungshandlung durch die Beklagte

89 Die Klägerschaft behauptet sowohl eine aktive Täuschung durch Vorspiegelung falscher Tatsachen als auch eine Täuschung durch Unterlassen (KS, Rz. 68 ff.).

90 Zunächst einmal bemängelt die Klägerschaft das vorvertragliche Verhalten der Beklagten. Ihr wird vorgehalten, sich als Distributor für den indischen Subkontinent ausgegeben zu haben (KB-1) und in der Folge diesen "Anschein" aufrecht erhalten zu haben. Schliesslich wird erläutert, die Klausel in Art. 3 (2) DV begründe eine vertragliche Aufklärungspflicht, die verletzt werde.

91 Tatsächlich erwähnt die Beklagte in KB-1 zwar jahrelange Erfahrung und ausgezeichnete Kontakte nach Indien, Pakistan und Bangladesch, sie gibt sich jedoch nicht als Distributorin aus. Im Gegenteil steht dort sogar, dass die Produkte PowerBar®, PowerUp® und PowerVit® eine Ergänzung der Produktpalette bedeuten würden, also anders gesagt nicht bereits vertrieben werden. Es darf nicht vergessen werden, dass der Verkauf von neuen Produkten auch in Gebieten, zu denen bereits gute Kontakte bestehen, mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist. Dies muss auch die Klägerseite gewusst haben, da sie selber auch im Handel tätig ist. Denn nach dem Vertrauensprinzip darf davon ausgegangen werden, dass eine Äusserung von der Gegenpartei so verstanden wird, wie dies in ihrem Verkehrskreis üblich wäre (vgl. BGE 116 II 431 E. 3a S. 434 f.). Dass die Beklagte sich "sicher ist", dass die erwähnten Produkte eine "hervorragende Ergänzung" zur aktuellen Produktpalette wären (KB-1), stellt zudem bloss ein subjektives Werturteil der Beklagten dar und nicht etwa einen objektiv feststellbarer Zustand, weshalb diese Aussagen wiederum keine Täuschungshandlungen darstellen können (vgl. BUCHER, OR AT, S. 219). Weiter können auch die Erwähnungen in KB-8 nicht als aktive Täuschungshandlungen qualifiziert werden. Die Aussage der Beklagten, dass gerade in Ländern wie Indien und Pakistan das Plazet des "Official Distributors" sehr stark greife und dies die Verkäufe in diesen Ländern unterstützen würde, spiegelt nicht vor, dass die Verkäufe der relevanten Produkte im Vertragsgebiet bereits gut laufen würden. Ansonsten wäre dieses

Plazet ja gerade nicht notwendig. Und dass ein formalisiertes Geschäftsverhältnis hilfreich ist, um die Produkte der Power-Linie bei internationalen Hilfsorganisationen oder staatlichen Stellen platzieren zu können, hat sich bei der Möglichkeit zum Verkauf von Produkten an die Organisation "Mercy in Action" gezeigt (BB-3). Somit kann auch dieser Aussage nicht der Charakter einer aktiven Täuschung zukommen, da sie nicht unrichtig ist.

- 92 Daher wäre lediglich noch eine "Täuschung durch Unterlassen" möglich. Eine solche ist allerdings nur zu bejahen, wenn den Täuschenden eine spezielle Aufklärungspflicht trifft (vgl. BGE 116 II 434 E. 3a S. 434). Die Geltendmachung dafür - wie für die gesamte Täuschungshandlung - obliegt der klagenden Partei. Die Klägerin begründet eine solche allerdings lediglich dadurch, dass dies in Art. 3 DV ausdrücklich erwähnt wird (vgl. KS, Rz. 69). Hier wird jedoch die Täuschung mit einer allfälligen positiven Vertragsverletzung (Rz 58 ff.) verwechselt. Denn die Verletzung der Aufklärungspflicht muss den Getäuschten ja gerade zum Vertragsabschluss verleiten. Eine erst nach Vertragsabschluss unterlassene Aufklärung ist dazu nicht geeignet. Mit anderen Worten leuchtet es nicht ein, warum eine Vertragsklausel, die erst mit Vertragsabschluss Gültigkeit erlangt, eine Aufklärungspflicht begründen soll, welche bereits vor Abschluss des Vertrages bindend gewesen sein müsste, um eine Täuschung überhaupt möglich zu machen.
- 93 Aus diesen Gründen ist bereits das Vorliegen einer Täuschungshandlung zu verneinen. Es fehlt sowohl an einer Aufklärungspflicht als auch an einer Handlung, die als aktive Täuschung qualifiziert werden könnte.

2. Keine Täuschungsabsicht

- 94 Die Klägerschaft wirft der Beklagten vor, mindestens eventualvorsätzlich eine Irrtumsbegründung auf Seite der Klägerin 1 in Kauf genommen zu haben. Nach deren Ansicht musste die Beklagte nämlich davon ausgehen, dass ein ausschliesslicher Warenvertrieb im indischen Subkontinent angenommen würde. Begründet wird dies durch den vorvertraglichen E-Mail-Verkehr (KS, Rz. 71 f.).
- 95 Verkannt wird dabei jedoch, dass vor Januar 2009 der Abschluss eines DV noch gar kein Thema war. Erst zu diesem Zeitpunkt fragte die Beklagte nämlich an, ob eine Formalisierung des Geschäftsverhältnisses möglich wäre (KB-8). Daher können vorher getätigte Aussagen auch nicht in der Absicht erfolgt sein, Klägerin 1 zu einem Vertragsabschluss zu verleiten, von dem die Beklagte selbst noch keine Vorstellung hatte. Hingegen ab dem Zeitpunkt, in welchem bei der Beklagten die Idee eines DV aufgekommen ist, hat sie sodann ihre weiteren Aussagen sehr sorgfältig formuliert, damit bei der Klägerin kein Irrtum aufkommen konnte (KB-8). Die Beklagte behauptete etwa nicht, dass sie ihre Produkte aktuell in Indien, Pakistan

oder Bangladesch verkaufen würde. Im Gegenteil wollte sie die Verkäufe in diese Länder "unterstützen", das heisst weiter ankurbeln (zur fehlenden Täuschungshandlung vgl. Rz. 89). Die Beklagte hat also nicht etwa einen Irrtum der Gegenpartei in Kauf genommen, sondern im Gegenteil die im Geschäftsverkehr gebotene Sorgfalt walten lassen.

- 96 Weiter wird bemängelt, dass sich Alex Miller als "Director New Business Development / India, Pakistan, Bangladesh" (KB-1, KB-3, KB-8) bezeichnet bzw. im Verkehr mit Jim's Gym als "Director New Business Development / USA". Da es sich dabei nicht um einen geschützten Titel nach Art. 3 lit. c UWG handelt und es darüber hinaus nicht unüblich ist, dass in kleineren Unternehmen eine Person mehrere Geschäftszweige betreut, ist dies jedoch unproblematisch. Zusätzlich wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass in casu eine Täuschungsabsicht gar nicht möglich ist, weil die Beklagte keine Kenntnis vom Interesse der Klägerin 1, ausschliesslich in das Vertragsgebiet zu liefern, haben konnte und musste.
- 97 Bezüglich einer allfälligen Verletzung einer Aufklärungspflicht bleibt zu sagen, dass die Beklagte stets davon ausgehen durfte, ihren Überschuss ausserhalb von Indien, Pakistan oder Bangladesch weiterzuvertreiben, wenn sie dort keine Abnehmer finden sollte. Klägerin 1 hat nie ein Interesse daran gezeigt, dass ausschliesslich in dieses Gebiet verkauft wird. Im Gegenteil hat diese sogar bekundet, dass sie keine Expansion in den indischen Subkontinent vorsehen würde (KB-2).
- 98 Nach dem Gesagten ist eine Täuschungsabsicht der Beklagten zu verneinen.

3. Keine Widerrechtlichkeit

- 99 Da kein tatbestandsmässiges Handeln vorliegt, muss auch die Widerrechtlichkeit verneint werden. Auch liegt keine Verletzung einer Aufklärungspflicht vor, die eine allfällige Widerrechtlichkeit begründen würde.

4. Irrtum und Kausalität

- 100 Es ist nicht ersichtlich, warum die Klägerseite an dieser Stelle einen Motivirrtum gemäss Art. 24 Abs. 2 OR geltend macht (vgl. KS, Rz. 72). Dabei handelt es sich um einen unwesentlichen Irrtum. Zwar wäre der Vertrag für den Getäuschten auch bei Unwesentlichkeit des Irrtums unverbindlich (Art. 28 Abs. 1 OR), allerdings wird die Kausalität immer unwahrscheinlicher, je unbedeutender der Irrtum in objektiver und subjektiver Hinsicht war. Die Klägerschaft besagt, Klägerin 1 hätte dem DV nicht zugestimmt, wenn sie von der konkurrierenden Tätigkeit zu deren Muttergesellschaft gewusst hätte (KS, Rz. 74). Dabei vergisst sie jedoch, dass der Vertrag nicht von der Beklagten verfasst wurde, sondern es sich um einen Standard-DV der Good Life Pharma selbst handelt. Die Klägerschaft hat also den Vertragsin-

halt selbst mitbestimmt. In diesem ist jedoch nirgends vermerkt, dass der Klägerin 1 daran liegt, dass nicht in den USA Produkte vertrieben werden bzw. dass ihre Muttergesellschaft, Klägerin 2, nicht konkurrenziert wird. Somit ist auch nicht anzunehmen, dass ein solches Interesse subjektiv tatsächlich bestanden hat.

- 101 Das von den Klägern beanstandete Verhalten der Beklagten und der damit verbundene angebliche Irrtum ist also nicht *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss. Gleiches gelte für unterlassene Aussagen, insoweit für solche eine Aufklärungspflicht bestanden hätte. Einzig wäre hier die hypothetische Kausalität zu prüfen, also ob die Aussagen nicht hinzuge-dacht werden können, ohne dass der Irrtum mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiere (BGE 125 IV 195 E. 2b S. 197). Die Begründung dafür, dass keine *conditio cum qua non* vorliegt, bleibt jedoch gleich wie die oben beschriebene. Klägerin 1 wäre den Vertrag auch eingegangen, ohne sich im geltend gemachten Irrtum nach Art. 24 Abs. 2 OR befunden zu haben.

5. Keine Vertragsauflösung ex tunc nach Art. 28 Abs. 1 OR

- 102 Käme eine Vertragsauflösung aufgrund Täuschungsanfechtung in Frage, so ist zu beachten, dass die Wirkungen einer Anfechtung ganz oder teilweise abgewickelter Dauerschuldverhältnisse auf die Zukunft zu beschränken sind (vgl. BGE 129 III 320 E. 7.1.2 f. S. 328 f.). Die Anfechtung des DV wäre demnach wie eine Kündigung mit Wirkungen ex nunc zu behandeln. Dies ergibt sich bereits aus Art. 25 Abs. 1 OR oder per analoger Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR durch eine teleologische Auslegung dieser arbeitsrechtlichen Norm (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 944).
- 103 Die Klägerschaft zeigt hingegen die Ansprüche auf, wie sie bei einer Auflösung ex nunc und einer solchen ex tunc entstehen müssten.

a) Kein Anspruch der Klägerin 1 aus Art. 41 Abs. 1 OR bei Auflösung des DV ex tunc

- 104 Klägerin 1 macht einen Schaden nach Art. 41 OR geltend, der sich auf die Verletzung eines absoluten Rechts stützen soll (KS, Rz. 83).
- 105 Meistens sind die Folgen einer Nebenpflichtverletzung beschränkt auf einen Vermögensschaden (CHK-Furrer/Wey, OR 97-98 N 66). Rechtswidrig nach Art. 41 OR ist die Verursachung von Vermögensschäden nur dann, wenn ein Verstoss gegen eine Norm vorliegt, die speziell den Schutz des Vermögens bezweckt (BGE 132 III 122 E. 4.1 S. 130). Das Deliktsrecht anerkennt das Vermögen als solches nicht als geschütztes Rechtsgut (Keller, S. 5). Liegt ein Verstoss gegen eine besondere Verhaltensnorm vor, deren Zweck darin besteht, das Vermögen

gegen Schädigungen der vorliegenden Art zu schützen oder wird ein absolut geschütztes Rechtsgut – Leib, Leben, Persönlichkeit, Eigentum und beschränkte dingliche Rechte, Immaterialgüterrechte – verletzt (CHK-Müller, OR 41, N 25 und N 44) und liegen die übrigen Voraussetzungen ebenfalls vor, könnte der Klägerin 1 ein Schaden i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR entstanden sein. Wegen Fehlen einer besonderen Verhaltensnorm und eines absolut geschützten Rechtsgutes ist der Klägerin kein Anspruch i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR zuzugestehen.

b) Keine Ansprüche der Klägerin 1 bei Auflösung des DV ex nunc

- 106 Die Klägerschaft nimmt im Falle der Auflösung des DV ex nunc aufgrund von Täuschung (Art. 28 OR) ein Rückabwicklungsverhältnis an (KS, Rz. 76; 84). Dabei wird auf BGE 129 III 320 E. 7.1.1. S. 327 f. verwiesen, wo das Bundesgericht diese Rechtsfolgen angeblich vorsehe. Sie verkennt dabei jedoch, dass an dieser Stelle die Rede von Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch ist, bei denen die vertragliche Rückabwicklung nach Anfechtung durchaus angemessen erscheinen kann.
- 107 Der vorliegende DV ist hingegen als ein Dauerschuldverhältnis zu betrachten, das sich seit einem halben Jahr in Abwicklung befand (vgl. Rz. 42 ff.). Die Rückabwicklung eines bereits in Vollzug gebrachten Dauerschuldverhältnisses erweist sich in der Praxis meistens als undurchführbar. Deshalb geht die einhellige Lehre und Praxis in hier davon aus, dass sich die Anfechtung wegen Willensmängel wie eine Kündigung ex nunc auswirkt. Die Gültigkeit des Dauerschuldverhältnisses wird somit bis zu dessen Anfechtung fingiert – auf eine Rückabwicklung wird hier verzichtet (BGE 129 III 320 E. 7.1.2 ff. S. 328 f.; SCHWENZER N 3.28).
- 108 Des Weiteren macht die Klägerseite für Klägerin 1 den behaupteten Schaden aus der Täuschung als negatives Interesse aufgrund von Art. 109 OR geltend (KS, Rz. 84).
- 109 Die Täuschungsanfechtung nach Art. 28 OR soll den Willensmangel beheben, der vor Vertragsschluss durch die Gegenpartei bzw. einen Dritten herbeigeführt wurde. So ist eben dort auch nach einer Anspruchsgrundlage auf Schadenersatz zu suchen. Im vorvertraglichen Stadium könnte sich der Täuschende folglich nur aufgrund von culpa in contrahendo haftbar machen. Die Anspruchsgrundlage von Art. 109 OR knüpft an ein Fehlverhalten an, das die Vertragserfüllung betrifft und scheint hier ungeeignet.
- 110 Als Schaden macht die Klägerin 1 erstens den Rabatt geltend, den sie der Beklagten freiwillig gewährte, zweitens die Gewinne, die die Beklagte aus dem Verkauf der Produkte an Jim's Gym erwirtschaftet hat. Dass hiermit ein Schaden vorliegt, ist zu bestreiten (Rz. 61 ff.).
- 111 Ausserdem sind bei den gleichzeitig geltend gemachten Schadenspositionen Überschneidungen im Schadenssubstrat vorhanden. Im Gewinn, den die Beklagte durch den Verkauf der Produkte an Jim's Gym macht, ist der von der Klägerin 1 gewährte Rabatt mit enthalten.

Würde auf Ersatz beider Schadensposten erkannt werden, läge ein Tatbestand der Überentschädigung vor, was im Haftpflichtrecht verboten ist (BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323).

- 112 Abschliessend ist zu sagen, dass ein Dauerschuldverhältnis nach h.L. und Rspr. nicht rückabzuwickeln ist, ist er bereits in Vollzug gesetzt worden. Die Anfechtung des Vertrages hat die Wirkung einer Kündigung ex nunc. Ein solches Dauerschuldverhältnis liegt in casu mit dem DV vor. Die richtige Rechtsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch wäre die culpa in contrahendo, weil sie an die Täuschungshandlung vor Vertragsschluss anknüpft und nicht an Art. 109 OR.

F. Kein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR der Klägerin 1 für die Käufe nach dem DV

- 113 Klägerin 1 nimmt als Variante zur absichtlichen Täuschung eine positive Vertragsverletzung an (KS, Rz. 77).
- 114 Im Hinblick auf die Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR kann auf die Ausführungen in Rz. 59 ff. verwiesen werden.
- 115 Im Art. 3 DV (KB-10) wird lediglich festgehalten, dass ausserhalb des Vertragsgebietes keine Kunden aktiv angeworben werden dürfen. Der aktive Verkauf zeichnet sich dadurch aus, dass eine aktive Ansprache (per E-Mail, Brief oder Kundenbesuch) einzelner Kunden in einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe erfolgt. Die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden aus einem fremden Vertragsgebiet ist hingegen als Passivverkauf zu verstehen. Ein Angebot auf einer Internetseite gilt nur dann als aktiver Verkauf, wenn es eindeutig für ein Gebiet ausserhalb des der Beklagten selbst zugewiesenen Gebiets bestimmt ist (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 Abs. 4 KG N 558 und N 563 ff.).
- 116 Den Ergänzungen Ziff. 6 ist zu entnehmen, dass die Beklagte die verfügbaren Produkte der Power-Linie auf ihrer Website anbot. Dies wäre als Passivverkauf der Beklagten zu qualifizieren, was gem. DV nicht verboten ist. Es könnte auch dann nicht vorgebracht werden, es handle sich um einen aktiven Verkauf, wenn die Beklagte die Homepage in Englisch betrieben hätte. Schliesslich gilt Englisch in vielen Ländern als Businesssprache, so auch in Indien, Pakistan und Bangladesch, damit wird sicher nicht explizit die USA als Kundenkreis angesprochen.

G. Kein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR der Klägerin 2 für die Käufe nach dem DV

- 117 Weil die Klägerin 2 keinen Ersatzanspruch aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter begründen kann, ist dieser Anspruch zu verneinen (Rz. 78).