

HealthySales Ltd.
Otto-von-Bismarck-Allee 4A
10557 Berlin
Deutschland

Vertreten durch das Moot Court Team 9
James Anthony
Kalina Bettenmann
Isabella Bütikofer
Philipp-Claude Siegrist

LSI
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Zürich, 18. April 2011

KLAGEANTWORT

in Sachen

GLP Distribution (Switzerland) AG
Grienbachstrasse 34, CH-6340 Baar

Klägerin 1

GLP Manufacturing Corporation
2112 North O'Connor Road, Irving, TX 75061, USA

Klägerin 2

beide vertreten durch Moot Court Team 4

gegen

HealthySales Ltd.
Otto-von-Bismarck-Allee 4A, 10557 Berlin, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 9

Inhaltsverzeichnis

I. Rechtsbegehren	III
II. Literaturverzeichnis	IV
III. Entscheidverzeichnis	VI
1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts und anwendbares Recht	1
2. Die Klägerin 2 ist nicht zur Teilnahme am Schiedsverfahren berechtigt	1
2.1 Art. 178 Abs. 1 IPRG als zwingende Formvorschrift	1
2.1.1 Schutz- und Klarstellungsfunktion.....	1
2.1.2 Parallelvorschrift Art. 5 Abs. 1 IPRG.....	1
2.1.3 Fazit.....	2
2.2 Keine Anwendung der <i>Théorie des groupes des sociétés</i>	2
2.3 Prinzip von Treu und Glauben überzeugt nicht	2
2.4. Fazit.....	3
3. Verkäufe vor dem 31. März 2009 sind nicht erfasst	3
3.1 Zeitliche Geltung	4
3.2 Separate Verträge	4
3.3 Eventualiter: Objektiver Geltungsbereich erfasst Verkäufe vor 31. März nicht	5
3.4 Fazit.....	5
4. Verhältnis zwischen den Beteiligten	5
4.1 Klägerin 1 ist Bestandteil der GLP Gruppe.....	5
4.2 Verhältnis zwischen Klägerin 1 und Klägerin 2	6
4.3 Liefergebiet.....	6
4.4 Fazit.....	7
5. Keine Aufhebung des Distributionsvertrages wegen Willensmängel.....	7
5.1 Keine Täuschungshandlung ersichtlich	7
5.2 Fehlende Täuschungsabsicht	8
5.3 Kein Irrtum	9
5.4 Kein Kausalzusammenhang vorhanden	9
5.5 Fazit.....	10
6. Kein Anspruch der Klägerin 1	10
6.1 Kein Schadenersatz nach Art. 97 ff. OR	10
6.1.1 Keine Verletzung einer vertraglichen Pflicht.....	10
6.1.2 Der Klägerin 1 ist kein Schaden entstanden	10
6.1.3 Klägerin 1 kann keine Drittschadensliquidation geltend machen	11
6.1.4 Der Kausalzusammenhang ist nicht gegeben	11
6.1.5 Die Beklagte trifft kein Verschulden	11
6.2 Fazit.....	11
7. Kein Anspruch der Klägerin 2 auf Schadenersatz	12
7.1 Kein Anspruch aus Vertrag	12
7.2 Keine Geschäftsführung ohne Auftrag.....	12
7.3 Fazit.....	12
8. Rücktritt vom Vertrag	13
8.1 Schuldnerverzug	13
8.1.1 Es besteht Leistungsmöglichkeit.....	13
8.1.2 Die Forderung ist fällig	14
8.1.3 Die Klägerin 1 ist in Verzug	14
8.1.4 Kein Leistungsverweigerungsrecht	14
8.2 Wahlrechte	14
8.3 Fazit.....	15

I. Rechtsbegehren

- 1. Die Klage der Klägerin sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.*
- 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.*

unter Einschluss des folgenden

Prozessualen Antrages

Es sei der Klägerin 2 die Teilnahme am Schiedsverfahren zu verweigern.

Eventualiter sei auf die Klage der Klägerin 2 mangels Zuständigkeit nicht einzutreten, subeventualiter sei sie abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin 2.

II. Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 [zit. in N 2,7: BERGER/KELLERHALS]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 [zit. in N 38: BUCHER]

GAUCH PETER/AEPLI VIKTOR/STÖCKLI HUBERT, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009 [zit. in N 80: Präjudizienbuch OR-BEARBEITER]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration in Switzerland, Zürich/Basel/Geneva 2008 [zit. in N 22: GIRSBERGER/VOSER]

GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 [zit. in N 57: GUHL]

HABEGGER PHILIPP, Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form, Case note on BGE 129 III 727, in ASA Bulletin 2004, S. 398 ff. [zit. in N 4,10: HABEGGER]

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen 2006 [zit. in N 16: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN]

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage, Bern 2006 [zit. in N 57: HONSELL]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008 [zit. in N 17,22,36,43,48,51,58,71,75,78,80: HUGUENIN, OR AT]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2008 [zit. in N 74: HUGUENIN, OR BT]

LACHMANN JENS-PETER, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Auflage, Köln 2008
[zit. in N 21: LACHMANN]

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSTER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007 [zit. in N 27,28: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER]

MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 [zit. in N 58: CHK-BEARBEITER]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Auflage, London 2007 [zit. in N 5,9: POUDRET/BESSON]

SANDROCK OTTO, Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr - Das Bundesgericht erlässt ein befremdliches Urteil -, in: SchiedsVZ, 1-10, 2005 [zit. in N 4: SANDROCK]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009 [zit. in N 11: SCHWENZER]

III. Entscheidverzeichnis

BGE 65 II 171 [N 74]
BGE 69 II 243 [N 80,82]
BGE 103 II 102 [N 80]
BGE 105 II 75 [N 43]
BGE 109 II 452 [N 42]
BGE 116 Ia 56 [N 14,21]
BGE 119 II 241 [N 71]
BGE 119 II 337 [N 12]
BGE 119 II 391 [N 5]
BGE 120 II 155 [N 8]
BGE 120 II 296 [N 55]
BGE 123 III 220 [N 7]
BGE 129 III 535 [N 77]
BGE 129 III 727 [N 2]
BGE 134 III 565 [N 10]

1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts und anwendbares Recht

Bezüglich der Frage des anwendbaren Rechts stimmt die Beklagte der Klägerin 1 zu. Zudem ist das Schiedsgericht zur Beurteilung der Streitsache, abgesehen von den Verkäufen vor dem 31. März 2009 (Rz. 14 ff.), zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten zuständig. 1

2. Die Klägerin 2 ist nicht zur Teilnahme am Schiedsverfahren berechtigt

Wer zur Teilnahme an einem Verfahren berechtigt ist, bestimmt der subjektive Geltungsbereich der Schiedsklausel (BERGER/KELLERHALS, N 491). Diesen auf Dritte auszudehnen ist problematisch. Das Bundesgericht weicht in seiner Rechtsprechung zu BGE 129 III 727 von der Prüfung der formellen Gültigkeit ab, indem es die ursprünglich (gültige) Schiedsvereinbarung als genügend ansieht und einen weiteren Nachweis durch Text nicht verlangt. Die liberale Haltung des Bundesgerichts im genannten Entscheid ist fragwürdig, mag jedoch der Situation des dort beurteilten Falles gerecht werden. Im vorliegenden Fall trifft der Entscheid des Bundesgerichts jedoch keineswegs zu. 2

Nachstehend soll erläutert werden, weshalb die Formvorschrift von Art. 178 Abs. 1 IPRG als zwingend anzusehen ist. Danach wird aufgezeigt, weshalb das Prinzip von Treu und Glauben nicht ausreicht, um eine Ausdehnung auf die Klägerin 2 zu bewirken. 3

2.1 Art. 178 Abs. 1 IPRG als zwingende Formvorschrift

2.1.1 Schutz- und Klarstellungsfunktion

Schiedsvereinbarungen bekunden den Willen von Parteien, die staatliche Gerichtsbarkeit zu derogieren und die Streitsache von einem Schiedsgericht beurteilen zu lassen. Dieser spezifische Wille lässt sich nicht einfach schlechthin annehmen. So wird in der Lehre auf die Schutz- und Klarstellungsfunktion des besagten Artikels hingewiesen, mit der Absicht, einer Partei ins Bewusstsein zu rufen, dass durch die Zustimmung, auf den Rechtsschutz durch staatliche Gerichte verzichtet wird. Zudem wird der Inhalt eindeutig und unmissverständlich klargestellt (SANDROCK, Ziff. 2.a, mit Hinweis auf HABEGGER, S. 405 Ziff. 16). 4

2.1.2 Parallelvorschrift Art. 5 Abs. 1 IPRG

POUDRET weist auf die Parallelvorschrift in Art. 5 Abs. 1 IPRG hin (im Wortlaut Art. 178 Abs. 1 IPRG gleich), welche für Gerichtsstandsvereinbarungen ebenfalls einen Nachweis durch Text erfordert und damit den Verzicht auf den gesetzlichen Richter deutlich bekundet. Das Gleiche muss auch für Art. 178 Abs. 1 IPRG gelten (Verweis auf BGE 119 II 391 durch POUDRET/BESSON, N 193). 5

2.1.3 Fazit

Die Formvorschrift von Art. 178 Abs. 1 IPRG ist als zwingend zu erachten und lässt keinen Raum für leichtfertige Abweichungen. 6

2.2 Keine Anwendung der *Théorie des groupes des sociétés*

Die von den Klägern vorgebrachte *Théorie des groupes des sociétés* (Klageschrift 4, Rz. 15) aus dem französischen Recht ist nicht nur vom Bundesgericht abgelehnt worden, sondern steht mit dem vorliegenden Fall in keinem Zusammenhang (BERGER/KELLERHALS, N 530). Die besagte Doktrin findet nämlich bei Fällen der Haftung aus erwecktem Rechtsschein Anwendung (BGE 123 III 220, E.7.). Eine übermässige Beteiligung einer Unternehmung an der Erfüllung von Vertragspflichten vermag zwar in Fällen der Rechtsscheinhaftung die Ausweitung der Schiedsklausel zu bewirken. Diese ist aber in casu, mangels haftungsrechtlichen Bezugs, fehl am Platz. 7

Ferner berufen sich die Kläger auf das Vorliegen einer *wirtschaftlichen Realität* (Klageschrift 4, Rz. 16), welche regelmässig im Zusammenhang mit der *Théorie des groupes des sociétés* als Bestimmungsmerkmal genannt wird. Wie bereits erläutert, findet diese Theorie aber keine Anwendung. Überdies wäre dieser Argumentation entgegenzuhalten, dass die Formvorschrift nicht umgangen werden kann, indem behauptet wird, Mitglieder einer Unternehmensgruppe seien eng miteinander verbunden und würden als wirtschaftliche Einheit auftreten (so entschieden vom Cour de justice du canton de Genève am 3. novembre 1987, Erw. 3.3: «La notion d'identité économique ne trouve donc pas sa place ici et ne saurait suppléer à l'absence d'une convention d'arbitrage». Vom Bundesgericht in BGE 120 II 155 getragen). 8

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Zugehörigkeit einer Gesellschaft zu einer Gruppe noch keinen Einbezug in den subjektiven Geltungsbereich rechtfertigt. Die einzige Möglichkeit, eine Einbeziehung zu erzielen, wäre ein Stellvertretungstatbestand, wobei die einzubeziehende Gesellschaft (Klägerin 2) durch die Vertragspartei (Klägerin 1) vertreten worden wäre (POUDRET/BESSON, N 260). Eine solche Konstellation ist hier jedoch nicht ersichtlich. 9

2.3 Prinzip von Treu und Glauben überzeugt nicht

Das Bundesgericht hat in BGE 134 III 565 vier Möglichkeiten vorgezeigt, in welchen eine Ausdehnung des subjektiven Geltungsbereichs auf eine Drittpartei zuzulassen wäre. Genannt sind die Fälle der Zession, der Schuldübernahme sowie der Vertragsübernahme (BGE 134 III 565, Erw. 3.2). Des Weiteren kann, in Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben, die Schiedsklausel auf diejenigen aussenstehenden Parteien ausgeweitet werden, welche 10

massgeblich an der Entstehung oder der Erfüllung des Vertrages mitgewirkt haben (HABEGGER S. 399, Befassung mit BGE 129 III 727, siehe auch BGE 134 III 565).

Die Kläger rufen ebendieses Prinzip von Treu und Glauben an (Klageschrift 4, Rz. 17 ff.). Die Mitwirkung der Klägerin 2 beschränkt sich, wie die Kläger darlegen, auf die Tätigkeit als Erfüllungsgehilfin (Klageschrift 4, Rz. 16). Die Frage danach, wer die Leistungen tatsächlich erbringt, ist nicht identisch mit der Frage nach der Zurechnung solcher Handlungen bzw. daraus resultierenden Schäden (SCHWENZER, N 23.02). Deshalb muss nach Treu und Glauben ein erhebliches Mass an Mitwirkung und Rechtsbindungswillen seitens der Klägerin 2 vorliegen, um ihr eine Einbeziehung in den Geltungsbereich der Schiedsklausel zu gestatten. 11

Nach Art. 101 Abs. 1 OR ist ein Geschäftsherr für die Handlungen seines Erfüllungsgehilfen verantwortlich. Das Institut des Erfüllungsgehilfen dient dazu, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch «outsourcing» steigern zu können, dabei aber dem Gläubiger die Haftungsgrundlage nicht zu entziehen. Erfüllungsgehilfen erbringen jeweils bei der Entstehung bis zur Abwicklung von Verträgen austauschbare Leistungen. Dies zeigt sich deutlich darin, dass man für die Zurechnung der Haftung von der hypothetischen Vorwerfbarkeit ausgeht. Hier stellt sich jedoch die Frage, ob die Handlung der Hilfsperson dem Schuldner vorzuwerfen wäre, wenn er sie selbst vorgenommen hätte (BGE 119 II 337, 338). Es ist deutlich hervorzuheben, dass die Klägerin 1 die massgebliche Rolle gespielt hat und nicht, wie die Kläger behaupten, nur zur administrativen Auftragsabwicklung diente (Klageschrift 4, Rz. 18). Neben Koordination, Entgegennahme der Bestellungen und Korrespondenzen übernahm die Klägerin 1 als selbständige Unternehmung das Haftungsrisiko aus dem Vertrag. 12

2.4. Fazit

Die Tätigkeit der Klägerin 2 spielte keine massgebliche Rolle in der Abwicklung bzw. der Erfüllung des Vertrages und ist deshalb nicht zum Schiedsverfahren zuzulassen. 13

3. Verkäufe vor dem 31. März 2009 sind nicht erfasst

Die Klägerinnen wollen die Verkäufe vor dem 31. März 2009 auch durch das Schiedsgericht beurteilen lassen, obwohl vor diesem Zeitpunkt noch keine Schiedsklausel vorhanden war. Eine solche sollte auch nicht leichthin angenommen werden, weil ein Schiedsverfahren meist mit höheren Kosten verbunden ist und auch die Rechtsmittel eingeschränkt werden. Deshalb praktiziert das Bundesgericht eine restriktive Auslegung beim Zustandekommen einer Schiedsklausel (BGE 116 Ia 56 ff.). 14

Dazu kommt, dass für die Gültigkeit strenge Anforderungen an die Schriftlichkeit und deren Umfang zu stellen sind. Dies hat auch eine Schutz- und Klarstellungsfunktion. Wie an 15

früherer Stelle dargelegt, soll damit abgesichert werden, dass die Parteien wirklich die staatliche Gerichtsbarkeit derogieren wollen (Rz. 4). Daher sollte nicht ohne triftige Gründe von diesem Erfordernis abgewichen werden.

3.1 Zeitliche Geltung

Gesetze gelten grundsätzlich ab ihrem Inkrafttreten. Dieser Zeitpunkt wird grundsätzlich im Gesetz selbst festgesetzt. Eine Rückwirkung ist aber im Sinne des Legalitätsprinzips und somit auch der Rechtssicherheit meist nicht denkbar. Es wird im Gegenteil oft eine Übergangsfrist angesetzt, damit das Vertrauen der Betroffenen auf die Weitergeltung geschützt werden kann (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 310 ff.).

Mit Verträgen verhält es sich ähnlich. Sie entfalten ihre Wirkung normalerweise ab Abschluss. Da aber die Vertragsfreiheit gilt, können die Parteien von dieser Regelung abweichen, wenn dies dem Willen beider Parteien entspricht (HUGUENIN, OR AT, N 248).

Den Parteien wäre es folglich möglich gewesen die Schiedsabrede rückwirkend auch für die Verträge vor dem 31. März 2009 abzuschliessen. In Anbetracht, dass die Parteien bei den bisherigen Verträgen keine solchen Klauseln abgeschlossen und die spätere auch nicht explizit ausgedehnt haben, kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine solche Ausdehnung gewollt war.

3.2 Separate Verträge

Die Klägerinnen berufen sich darauf, dass mit dem Vertrag vom 30. März 2009 bloss das Rechtsverhältnis schriftlich festgehalten wurde und deshalb nur ein einziges Rechtsverhältnis besteht (Klageschrift 4, Rz. 33). Sie verkennen dabei aber, dass durch den Distributionsvertrag ein engeres Rechtsverhältnis zwischen den Parteien und somit ein neuer Vertrag entstanden sind. Die Klägerin 1 sah nämlich beim Abschluss des ersten Vertrages noch keine Expansion in den indischen Subkontinent vor und suchte daher auch nicht nach einem Distributor (KB-2). Der Distributionsvertrag dagegen hatte zum Zweck, ein neues offizielles Vertriebsgebiet zu erschliessen und die Beklagte zum offiziellen Distributor zu ernennen (KB-9). Zu diesem Zweck war es sinnvoll, einen Rahmenvertrag auszuarbeiten, da dieser das Verhältnis zwischen den beiden Parteien klar regelt.

Dies war auch der richtige Zeitpunkt, um eine Schiedsabrede zu vereinbaren. Denn aufgrund des neuen Vertrages und der daraus resultierenden engeren Verflechtung der beiden Unternehmen, ist es verständlich, dass die Parteien ihre Streitigkeiten lieber unter sich und nicht mehr vor staatlichen Gerichten und somit auch nicht an der Öffentlichkeit austragen wollen.

3.3 Eventualiter: Objektiver Geltungsbereich erfasst Verkäufe vor 31. März nicht

Sollte aber ein einziges Rechtsverhältnis angenommen werden, kann angeführt werden, dass im Grundsatz zwar eine weite Auslegung praktiziert wird, wenn eine Schiedsklausel zustande gekommen ist (BGE 116 Ia 56 ff.), diese aber, insbesondere auf internationaler Ebene, durch bestimmte Formulierungen der Klausel relativiert wird. So geht die Reichweite einer Klausel mit den Worten «aus einem Vertrag» wesentlich weniger weit, als eine, die alle Rechtsstreitigkeiten «im Zusammenhang mit diesem Vertrag» erfasst (LACHMANN, N 474). Bei einer engen Klausel werden Vorgänge vor dem Abschluss des Vertrages grundsätzlich nicht erfasst (LACHMANN, N 465). 21

Zusätzlich sollte bei einer Auslegung beachtet werden, wer der Verfasser ist. Denn gemäss der Vertrauenseheorie muss dabei vom Empfängerhorizont ausgegangen werden, d.h. wie die Erklärung vom Empfänger in gutem Treuen verstanden werden durfte und daher im Zweifelsfall eher gegen den Verfasser (HUGUENIN, OR AT, N 181 ff.; GIRSBERGER/VOSER, N 222). 22

In casu liegt die erste Formulierungsvariante vor, da die Klausel «sämtliche Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung» einbezieht. Daher ist eine weite Auslegung, wie sie die Klägerinnen fordern (Klageschrift 4, Rz. 27 ff.), abzulehnen und erfasst auch keine Streitigkeiten, die zeitlich vor dem Abschluss liegen. 23

Wie oben ausgeführt gilt ein Vertrag grundsätzlich nicht rückwirkend, wenn nichts anderes vereinbart wurde (vgl. Rz. 17). Da die Schiedsvereinbarung keine solche Abmachung enthält und die Klägerin 1 keinen darauf deutenden Hinweis gemacht hat, konnte die Beklagte in gutem Treuen davon ausgehen, dass die Klausel nur für die Zukunft gilt. 24

3.4 Fazit

Folglich liegen keine triftigen Gründe für die Abweichung vom strikten Schriftformerfordernis und die Ausdehnung auf die Verträge vor dem 31. März 2009 vor. Das Schiedsgericht ist somit nicht zuständig. 25

4. Verhältnis zwischen den Beteiligten

Die folgenden Ausführungen werden für die Verneinung der behaupteten Ansprüche der Klägerin 1 und 2 von Bedeutung sein. 26

4.1 Klägerin 1 ist Bestandteil der GLP Gruppe

Durch Beteiligungen und Verträge sind Gesellschaften auf mannigfache Weise miteinander verflochten und oft zur wirtschaftlichen Einheit, zum Konzern, zusammengefasst (MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER, § 24, N 35). Aus der Einleitungsanzeige Ziff. 1 und KB-10 ergibt sich, 27

dass die Klägerin 1 eine Gruppengesellschaft der Good Life Pharma Unternehmensgruppe und somit Bestandteil eines Konzerns ist.

4.2 Verhältnis zwischen Klägerin 1 und Klägerin 2

Zunächst soll der Unterschied zwischen Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften 28 aufgezeigt werden. Zweigniederlassungen sind Geschäftsbetriebe, die durch zwei Elemente gekennzeichnet sind: eine gewisse Selbständigkeit gegenüber einer Hauptniederlassung in wirtschaftlicher Hinsicht und durch ihre rechtliche Abhängigkeit von einem Hauptunternehmen (MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER, § 24, N 7). Ausserdem bleibt die Zweigniederlassung rechtlich Bestandteil des Gesamtunternehmens. Durch diese rechtliche Abhängigkeit und durch das Fehlen eigener Rechtspersönlichkeit unterscheidet sich die Zweigniederlassung insbesondere von der Tochtergesellschaft (MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER, § 24, N 12).

Aus der oberen Definition der Zweigniederlassung ergibt sich *e contrario*, dass im 29 vorliegenden Fall die Klägerin 1 notwendigerweise eine unabhängige Tochtergesellschaft mit eigener Rechtsform ist und nicht eine abhängige Zweigniederlassung. Auch wenn die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft zu 100% beherrscht, liegt es in den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts und es erscheint zudem aus wirtschaftlicher Perspektive sinnvoll, dass eine Muttergesellschaft (Klägerin 2) eine Tochtergesellschaft (Klägerin 1) mit eigener Rechtspersönlichkeit (im vorliegenden Fall als AG) gründet, um in einem Haftungsfall sowie im Konkurs nicht belangt zu werden. Hätte die Muttergesellschaft sich nur ausbreiten wollen, so hätte sie in der Schweiz eine Niederlassung gegründet.

Überdies bezieht die Klägerin 1 ihre Produkte von der Klägerin 2 (Beschluss Nr. 2, Ziff. 2). 30 Dies ist ein eindeutiges Element, welches die Unabhängigkeit der Klägerin 1 gegenüber der Klägerin 2 erneut klar werden lässt.

4.3 Liefergebiet

Es ist klar zu stellen, wer aus dem Distributionsvertrag vom 30. März 2009 Ansprüche geltend 31 machen kann. Zu diesem Zweck wird der Vertrag zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten ausgelegt. Aus dem Wortlaut des Vertrages, sowie aus der Einleitungsantwort und Ziff. 10 der Anzeige der Widerklage geht hervor, dass die Klägerin 1 weltweit, mit der Ausnahme der USA, für den Vertrieb der Produkte zuständig ist. Der US-Markt wird hingegen der Klägerin 2 vorbehalten.

Aus der systematischen Auslegung des Vertrages ergibt sich somit, dass die Klägerin 1 mit 32 Bezug auf die USA keinen Vertrag abschliessen konnte. Die Formulierung «ausserhalb des Vertragsgebietes» in Art. 3 Abs. 2 des Vertrages konnte sich gar nicht auf die USA beziehen,

da der Klägerin 1 aufgrund der strikten Kompetenzaufteilung ein Einbezug oder Ausschluss des Staatsgebietes der USA in einem Vertrag untersagt war. Daraus folgt, dass der Klägerin 1 im Zusammenhang mit Tätigkeiten in den USA keine rechtlichen Ansprüche erwachsen können.

Hätte die Klägerin 1 sich vollumfänglich absichern wollen, wäre es ratsam gewesen, ihre Zuständigkeit auf die USA zu erweitern. Somit hätte sie auch vertragliche Ansprüche für Tätigkeiten im US-amerikanischen Markt gehabt. 33

4.4 Fazit

Die Klägerin 1 ist ein rechtlich unabhängiges Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit. Zudem kann sie für Tätigkeiten der Beklagten in den USA keine Ansprüche aus Vertrag geltend machen, da ihr die Zuständigkeit für jenes Gebiet fehlt. 34

5. Keine Aufhebung des Distributionsvertrages wegen Willensmängeln

Es wird zu zeigen sein, dass die Klägerin 1 zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht absichtlich getäuscht wurde und somit ein gültiger Vertrag abgeschlossen wurde. 35

Damit der Tatbestand von Art. 28 OR gegeben wäre, müssten vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt werden: Täuschungshandlung, Täuschungsabsicht, Irrtum und Kausalzusammenhang zwischen täuschender Handlung und Vertragsabschluss (HUGUENIN, OR AT, N 487 ff.). 36

Diese Voraussetzungen müssen laut Art. 28 OR bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhanden sein. Der Distributionsvertrag zwischen den Parteien wurde am 30. März 2009 abgeschlossen (KB-10). 37

5.1 Keine Täuschungshandlung ersichtlich

Ein täuschendes Verhalten nach Art. 28 OR besteht in einer Vorspiegelung falscher Tatsachen oder im Verschweigen von Tatsachen (BUCHER, OR AT, S. 218 f.). 38

Es ist nicht klar, inwieweit die Tatsache, wonach die Beklagte die Lieferung der Produkte an ihr Lager in Florida verlangt, eine Täuschungshandlung darstellt, bzw. welcher Anschein damit erweckt werden soll (Klageschrift 4, Rz. 49). Die Bitte um Zustellung der Waren nach Florida stellt keine irreführende Handlung dar, sondern folgt aus logistischen Überlegungen. 39

Unbegründet ist auch die Argumentation in N 49 der Klageschrift, wonach die Behauptung der Beklagten «über langjährige Erfahrung und hervorragende Kontakte zu verfügen» als «tatsachendwichtig» qualifiziert wird. 40

Die Gegenpartei hat keine Anhaltspunkte um die Unwahrheit bzw. die Tatsachenwidrigkeit dieser Information zu begründen, weil keine anderslautenden Fakten ersichtlich sind. Diese Äusserung der Beklagten kann somit nicht bestritten werden. 41

Sodann behauptet die Gegenpartei weiter in N 50, dass die Beklagte die ihr zukommende Aufklärungspflicht verletzt, indem sie verschweigt, dass sie noch keine Abnehmer hatte. Im Falle von AGBs, wovon die Klägerinnen ausgehen (Klageschrift 4, Rz. 42 ff.), ist aber von einer Aufklärungspflicht des Verfassers auszugehen. Der Distributionsvertrag wurde von der Rechtsabteilung der Muttergesellschaft verfasst (KB-9, KB-10). Das Bundesgericht bestätigt in BGE 109 II 452 («Hühnerstallfall»), dass bei vorformulierten Verträgen immer eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Vertragspartner besteht. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hat weder die Mutter- (Klägerin 2) noch die Tochtergesellschaft (Klägerin 1) Auskunft über den Inhalt des Vertrages gegeben, er wurde nur versandt. Einen Kontakt bzw. Austausch zwischen der Beklagten und dem Verfasser gab es nie. Um Missverständnisse zu vermeiden, hätten die Kläger vielmehr über die wesentlichen Punkte des Vertrages aufklären sollen.

In welchem Masse die Parteien einander gegenseitig aufzuklären haben, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des einzelnen Falles, namentlich von der Natur des Vertrages, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten ab (BGE 105 II 75). Eine Pflicht, den Vertragspartner über seine fehlerhaften Vorstellungen aufzuklären, besteht nur wenn dieser Irrtum selbst erkannt wurde. Es besteht keine Pflicht nach Irrtümern der Gegenpartei zu forschen (HUGUENIN, OR AT, N 965). Es wird also vorausgesetzt, dass die Beklagte den Irrtum in dem sich die Klägerin befand, bemerkte. Die Beklagte konnte jedoch nicht wissen, dass die Klägerin bezüglich der Abnehmer irrte. Sie hat sich nie darüber informiert (Einleitungsantwort, Ziff. 4). Es war der Beklagten nicht möglich diesen Irrtum zu erkennen, weshalb sie keinen Anlass hatte darüber aufzuklären. Sie hat also keine Aufklärungspflicht verletzt und das Verschweigen betreffend die Abnehmer stellt keine Täuschungshandlung dar.

5.2 Fehlende Täuschungsabsicht

Die Gegenpartei argumentiert, dass die Beklagte mit Wissen und Wollen einen Irrtum bei der Klägerin 1 erregt hat (Klageschrift 4, Rz. 51). Der Irrtum bezieht sich nach dieser Auffassung auf die Tatsache, dass die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch keine Abnehmer hatte (Einleitungsantwort, Ziff. 2). Die Beklagte konnte gar nicht wissen, dass sich die Klägerin in einem Irrtum befindet, weil Letztere sich nie genauer informiert hat und somit keine Unklarheiten zum Vorschein kamen (vgl. Beschluss Nr. 2, Ziff. 14). Wenn über potentielle Abnehmer seitens der Klägerin 1 nie die Rede war, durfte auch die Beklagte davon ausgehen, dass dies nicht wesentlich war. Da die Klägerin 1 eine Dauerschuld eingegangen ist, wäre es für sie vorteilhaft gewesen, sich über die gesamte Abwicklung des Vertrages zu informieren. Demzufolge kann auch kein Wollen vorhanden sein. Dies scheidet auch, weil die

Beklagte nicht die Absicht hatte, in das Vertragsgebiet der Klägerin 1 einzugreifen, da dieser die USA gar nicht unterstehen (Rz. 32).

Die Gegenpartei schreibt in N 51, dass die Beklagte die Formalisierung des Vertrages anfragt, als Ausdruck einer mutmasslichen täuschenden Absicht. Aus KB-8 geht klar hervor, dass es die einzige Absicht der Beklagten ist, Abnehmer mittels formalisierten Vertrags finden zu können. Das Verlangen nach dem Plazet des «official Distributor» beweist vielmehr die Bemühungen und den Willen der Beklagten, eine bessere Unterstützung der Verkäufe sicherzustellen. Auch für den Verkauf an internationale Hilfsorganisationen und staatliche Stellen ist ein formalisierter Vertrag von Vorteil. Es ist daher in dieser Handlung keine täuschende Absicht zu sehen. 45

Des Weiteren schreibt die Gegenpartei, dass die Beklagte die Ware «aktiv» auf dem US-amerikanischen Markt anbietet. Diese Aussage ist falsch. Aktiv anbieten bedeutet, aus eigenem Anlass nach möglichen Käufern zu suchen. Das alleinige Anbieten auf der Website dagegen ist als passive Handlung zu verstehen, da dies keine verbindliche Offerte darstellt. 46

Die Beklagte wurde daraufhin von Jim's Gym kontaktiert (BB-1), war also nie anderweitig auf dem US-amerikanischen Markt aktiv tätig. Sie ist auch nicht gehalten oder verpflichtet, nach dem Hintergrund ihrer Geschäftspartner und deren Verbindungen zu forschen. Daher ist auch hier keine täuschende Absicht ersichtlich. Es ist vielmehr das Vorgehen von Jim's Gym zu hinterfragen, da er als langjähriger Kunde die Geschäftsbeziehung mit der Klägerin 2 umgeht. 47

5.3 Kein Irrtum

In N 52 der Klageschrift 4 bringt die Gegenpartei vor, es sei ein wesentlicher Irrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR gegeben. Um dies zu bejahen, müssen zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt werden, nämlich objektive und subjektive Wesentlichkeit (HUGUENIN, OR AT, N 482 ff.). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wird von der Gegenpartei nicht nachgewiesen (vgl. Art. 8 ZGB), deshalb ist darauf nicht einzutreten und als nicht erfüllt zu erachten. 48

5.4 Kein Kausalzusammenhang vorhanden

Der in N 53 f. der Klageschrift beschriebene Kausalzusammenhang ist nicht ausgewiesen. Laut Präambel des Distributionsvertrags (KB-10) vertreibt die Klägerin *weltweit mit Ausnahme der Vereinigten Staaten von Amerika* die Produkte der Power-Linie. Dass die Beklagte in den USA gehandelt hat, ist für sie somit irrelevant. Auch wenn die Klägerin gewusst hätte, dass die Beklagte in den USA lieferte, hätte sie trotzdem den Vertrag abgeschlossen und sich wahrscheinlich besser informiert. 49

5.5 Fazit

Aus den obigen Ausführungen geht klar hervor, dass es an den notwendigen Voraussetzungen nach Art. 28 OR fehlt. Auch wenn nur eine Voraussetzung fehlt, kommt die absichtliche Täuschung nicht zur Anwendung. Da die Klägerin nicht absichtlich getäuscht wurde, ist ein gültiger Vertrag abgeschlossen worden. 50

6. Kein Anspruch der Klägerin 1

6.1 Kein Schadenersatz nach Art. 97 ff. OR

Wird seitens des Schuldners nicht geleistet, hat der Gläubiger das Recht gemäss Art. 97 ff. OR Ersatz zu fordern. Um einen Schadenersatzanspruch geltend machen zu können, müssen kumulativ vier Punkte erfüllt sein: die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, das Vorliegen eines Schadens, Kausalzusammenhang zwischen der vertraglichen Pflichtverletzung und dem Schaden und das Verschulden. (HUGUENIN, OR AT, N 598 ff.). Fehlt eine Voraussetzung, fällt der Anspruch weg. 51

6.1.1 Keine Verletzung einer vertraglichen Pflicht

Die Klägerin 1 behauptet (Klageschrift 4, Rz. 58 ff.), dass es sich im vorliegenden Fall um eine Nichterfüllung handelt, da die Beklagte angeblich eine vertragliche Hauptpflicht verletzt habe. Diese Hauptpflicht bestehe aus einer Unterlassungspflicht für die Beklagte, den US-amerikanischen Markt zu beliefern. 52

Die Klägerin 1 ist weltweit mit Ausnahme der USA zuständig. Der US-Amerikanische Markt ist dagegen Zuständigkeitsgebiet der Klägerin 2, in dem der Klägerin 1 keine rechtlichen Ansprüche erwachsen können (Rz. 32). Daher kann sie auch in einem Vertrag keine Unterlassungspflicht für dieses Gebiet statuieren. 53

Folglich hat die Beklagte keine Unterlassungspflicht verletzt, indem sie die Produkte an Jim's Gym verkauft hat. 54

6.1.2 Der Klägerin 1 ist kein Schaden entstanden

Der Schaden ist nach der Differenztheorie des Bundesgerichts zu ermitteln (BGE 120 II 296 ff.). Die Klägerin 1 hat aus den Tätigkeiten der Beklagten keine Gewinneinbussen erlitten, da Jim's Gym kein Vertragspartner der Klägerin 1 ist. 55

Die Klägerin 1 hat mit ihren Lieferungen an die Beklagte gut verdient (KB- 9, Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage Ziff. 10, BB-2). 56

6.1.3 Klägerin 1 kann keine Drittschadensliquidation geltend machen

Die Drittschadensliquidation zeichnet sich dadurch aus, dass ein Dritter durch eine ihn nicht betreffende Pflichtverletzung geschädigt wird (GUHL, S. 251). Anspruch und Schaden fallen auseinander (HONSELL, S. 55). 57

Die Drittschadensliquidation ist gemäss Schweizer Lehre nur bei der indirekten Stellvertretung anerkannt (CHK OR A.FURRER/R.WEY, Art. 97-98, N 94). Bei der indirekten Stellvertretung handelt die Vertreterin zwar auf fremde Rechnung, aber in eigenem Namen. Die indirekte Vertreterin wird aus dem von ihr abgeschlossenen Vertrag selbst berechtigt und verpflichtet. Um die Vertragswirkungen auf den Vertretenen zu übertragen, bedarf es der Forderungsabtretung oder der Schuldübernahme (HUGUENIN, OR AT, N 1079). 58

Wie in Rz. 28 f. erläutert, sind Klägerin 1 und Klägerin 2 zwei unabhängige Unternehmen, die selbständig handeln. Diese Eigenständigkeit wird dadurch ausdrücklich, indem die Klägerin 1 die Produkte von Klägerin 2 abkauft (Beschluss Nr. 2, Ziff. 2). 59

Somit handelt die Klägerin 1 auf eigenen Namen sowie auf eigene Rechnung und nicht in indirekter Stellvertretung wie die Klägerin 1 unbegründet behauptet (Klageschrift 4, Rz. 63 ff.). 60

6.1.4 Der Kausalzusammenhang ist nicht gegeben

Die Beklagte konnte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht damit rechnen, dass bei der Klägerin 1 ein Schaden entsteht, wenn sie Verkäufe in einem Gebiet tätigt, für das die Klägerin 1 nicht zuständig ist. 61

6.1.5 Die Beklagte trifft kein Verschulden

Die Vermutung des Verschuldens fällt mangels Vertragsverletzung dahin. Sollte eine solche jedoch angenommen werden, ist eine vorsätzliche Schädigung seitens der Beklagten trotzdem zu verneinen; die angebliche Vertragsverletzung wurde nicht mit Wissen und Wollen vorgenommen. Die Beklagte konnte in guten Treuen davon ausgehen, dass keine Unterlassungspflicht für die USA besteht. Daher handelte sie nicht sorgfaltswidrig und folglich auch nicht fahrlässig. 62

6.2 Fazit

Es fehlt somit an den Voraussetzungen des behaupteten Schadenersatzanspruchs aus Art. 97 ff. OR; dieser fällt damit weg. Überdies ist eine indirekte Stellvertretung nicht erfüllt und die Klägerin 1 kann somit auch keinen Drittschaden liquidieren. 63

7. Kein Anspruch der Klägerin 2 auf Schadenersatz

7.1 Kein Anspruch aus Vertrag

Wie schon in Rz. 28 f. dargelegt, sind Klägerin 1 und Klägerin 2 unabhängige Unternehmen. 64
Klägerin 1 hat den Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen. Somit hat nur die Klägerin 1
allfällige Ansprüche aus Vertrag und nicht Klägerin 2, welche, wie von den Klägerinnen
dargelegt, nur Erfüllungsgehilfin ist (Klageschrift 4, Rz. 16).

Ausserdem ist aus den Unterlagen nicht ersichtlich, dass eine Abtretung von Klägerin 1 an 65
Klägerin 2 gemäss Art. 19 des Distributionsvertrag (KB-10) stattgefunden hat, die eine
allfällige Berechtigung der Klägerin 2 aus Vertrag begründen würde.

7.2 Keine Geschäftsführung ohne Auftrag

Die Klägerin 1 behauptet, dass sie Anspruch auf Schadenersatz aus entgangenem Gewinn aus 66
Art. 423 Abs. 1 OR hat. Sie stützt sich auf die Argumentation, dass die Beklagte bösgläubig in
die Geschäftssphäre der Klägerin 2 eingedrungen ist.

Die Beklagte wird durch Jim's Gym kontaktiert und liefert daraufhin die Produkte. Die 67
Beklagte konnte nicht wissen, dass sie sich in das Geschäft der Klägerin 2 einmischen würde.

Aus den Geschäftsbeziehungen wusste die Beklagte, dass die Klägerin 2 in den USA ihren
Standort hatte. Ausserdem wusste sie, dass die Klägerin 2 für den indischen Subkontinent
nicht zuständig war (Beschluss Nr. 2, Ziff. 3). Dies ist jedoch kein Anhaltspunkt um zu
begründen, dass sich die Beklagte böswillig in das Geschäft der Klägerin 2 eingemischt hat.

Vielmehr erkannte die Beklagte nicht und konnte auch nicht erkennen, dass das Geschäft für 68
sie fremd ist, weil sie sich im Distributionsvertrag (KB-10) nur für eine Unterlassungspflicht
im Gebiet der Klägerin 1 verpflichtet hat und keine Kenntnisse über eine Beziehung zwischen
der Klägerin 2 und Jim's Gym hatte. Dieser Informationsmangel wurde durch die Klägerin 1
erzeugt. Im Rahmen ihrer Aufklärungspflicht hat sie die Beklagte nicht über die exakte
Stellung der Klägerin 2 auf dem Weltmarkt informiert (vgl. Rz. 42 f.).

Die Beklagte wurde somit, wie im normalen Geschäftsleben üblich, von einem Abnehmer 69
kontaktiert, der auf der Suche nach einem preisgünstigen Verkäufer war. Es ist somit kein
böser Wille im Verhalten der Beklagten ersichtlich.

7.3 Fazit

Die Klägerin 2 hat demzufolge keinen Anspruch aus Vertrag und kann ebenfalls keinen 70
Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen.

8. Rücktritt vom Vertrag

Die Klägerin 1 gibt klar zu erkennen, dass sie nicht die Absicht hat, ihre Lieferung auszuführen. Sie verletzt damit ihre vertragliche Pflicht, weshalb die Beklagte die Vorauszahlung von CHF 500'000 zurückfordert. Dieser Rückerstattung kommt die Klägerin 1 trotz mehrmaliger Aufforderung durch die Beklagte nicht nach (BB-4). Sie leitet dagegen ein Schiedsverfahren ein und erklärt in Ziff. 18 der Einleitungsanzeige die Verrechnung. Die Klägerin 1 verkennt dabei aber, dass eine Verrechnungserklärung nur möglich ist, wenn sie vor einem allfälligen Rücktritt vom Vertrag wegen Schuldnerverzug erfolgt (HUGUENIN, OR AT, N 878; BGE 119 II 241 ff.).

Es ist daher zu zeigen, dass die Klägerin sich in Schuldnerverzug befindet, die Beklagte ihre Wahlrechte ausüben kann und von diesen auch Gebrauch gemacht hat.

8.1 Schuldnerverzug

Bei der Bestellung vom 28. November 2009 (KB-17) handelt es sich um einen einzelnen Kaufvertrag, der im Rahmen des Distributionsvertrages vom 30. März 2009 zustande kam. Es kommen also die Vorschriften über den Kaufvertrag in Art. 184 ff. OR zur Anwendung.

Nach Art. 190 OR unterstehen Verträge im kaufmännischen Verkehr speziellen Verzugsvorschriften. Unter kaufmännischem Verkehr wird verstanden, dass ein gewerbsmässiger Käufer einen Kauf zum Zweck des Weiterverkaufs tätigt (BGE 65 II 171). Des Weiteren verlangen Lehre und Rechtsprechung ein relatives Fixgeschäft nach Art. 108 Ziff. 3 OR, damit die Vorschriften zur Anwendung kommen (HUGUENIN, OR BT, N 188).

In casu handelt es sich klar um einen Fall von kaufmännischem Verkehr, da die Beklagte als Käuferin die Produkte gewerbsmässig im indischen Subkontinent weiterverkaufen wollte. Damit die zweite Bedingung gegeben ist, muss sich gemäss Art. 108 Ziff. 3 aus dem Vertrag ergeben, dass die Leistung genau bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll. Die Beklagte bittet im E-Mail vom 28. November 2009 (KB-17) um rasche Ausführung, sie nennt aber keinen bestimmten Zeitpunkt. Somit ist das Erfordernis von Art. 108 Ziff. 3 OR nicht erfüllt und es liegt kein relatives Fixgeschäft vor. Folglich findet Art. 190 OR keine Anwendung und es muss auf die allgemeinen Verzugsregeln von Art. 102 ff. OR zurückgegriffen werden. Diese setzen für Schuldnerverzug voraus, dass die Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit ausbleibt, die Forderung fällig ist, die Schuldnerin in Verzug ist und kein Leistungsverweigerungsrecht vorliegt (HUGUENIN, OR AT, N 647).

8.1.1 Es besteht Leistungsmöglichkeit

Der Klägerin 1 bzw. Klägerin 2 wäre es durchaus möglich zu liefern. Sie weigert sich aber zu liefern, weil sie glaubt, dass die Beklagte den Distributionsvertrag verletzt habe.

8.1.2 Die Forderung ist fällig

Eine Forderung ist fällig, wenn der Gläubiger die Erfüllung der Forderung verlangen kann (BGE 129 III 535). Bei zweiseitigen Verträgen ist dies gemäss Art. 82 OR dann der Fall, wenn der Gläubiger selbst schon erfüllt hat. Die Beklagte hat ihre Pflicht mit der Zahlung des Kaufpreises bereits erfüllt, somit ist die Forderung fällig. 77

8.1.3 Die Klägerin 1 ist in Verzug

Art. 102 Abs. 1 OR bestimmt, dass Verzug durch Mahnung eintritt, solange nicht ein Fall von Abs. 2 vorliegt. Da konkret kein Verfalltag verabredet wurde (KB-17), braucht es eine Mahnung. Diese bedarf keiner besonderen Form und muss auch das Wort «Mahnung» nicht enthalten (HUGUENIN, OR AT, N 662 ff.). Deshalb kann BB-4 als Mahnung verstanden werden und die Schuldnerin ist in Verzug gefallen. 78

8.1.4 Kein Leistungsverweigerungsrecht

Die Verrechnung wird vorliegend nicht erläutert, da im Folgenden der Rücktritt vom Vertrag geltend gemacht wird und somit die Verrechnung nicht zum Tragen kommt. 79

8.2 Wahlrechte

Ist der Schuldnerverzug eingetreten, muss der Gläubiger eine angemessene Nachfrist ansetzen, wenn nicht einer der Gründe von Art. 108 OR vorliegt. Im Fall von Ziff. 1 muss keine Nachfrist angesetzt werden, wenn das Verhalten der Schuldnerin erkennen lässt, dass sie nutzlos wäre. Sodann hat der Gläubiger das erste Wahlrecht zwischen Verzicht oder Festhalten an der Leistung. Verzichtet er auf die Leistung, steht ihm ein zweites Wahlrecht zu. Er kann dann Schadenersatz wegen Nichterfüllung (positives Interesse) verlangen oder vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz verlangen (negatives Interesse) (HUGUENIN, OR AT, N 683 ff.). Die Ausübung des Wahlrechts kann schon zusammen mit der Fristansetzung und durch konkludentes Verhalten erfolgen (Präjudizienbuch OR-STÖCKLI, Art. 107, N 5; BGE 103 II 102; BGE 69 II 243). 80

In casu müsste die Beklagte keine Nachfrist ansetzen, da das Verhalten der Klägerin 1 klar darauf schliessen lässt, dass sie nicht vor hat, die Lieferung auszuführen. Es liegt also ein Fall von Art. 108 Ziff. 1 OR vor. 81

Die Beklagte hat aber trotzdem zwei Versuche unternommen, mit der Klägerin 1 eine Lösung zu finden. Im E-Mail vom 15. April 2010 (BB-4) fordert sie die Klägerin 1 noch ein drittes Mal auf, ihr die Vorauszahlung zurückzuerstatten. Es ist somit klar, dass sie nicht an der Leistung festhalten will. Fraglich ist jedoch, ob sie mit dieser Aussage auch schon ihr zweites Wahlrecht ausgeübt hat. In BGE 69 II 243 hat das Bundesgericht eine konkludente Wahl des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung angenommen, da die dortige Berufungsklägerin ent- 82

gangenen Gewinn gefordert hatte. Dieser kann aber nicht beim negativen Interesse sondern nur im Rahmen des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung gefordert werden. In der gleichen Weise verhält es sich in diesem Fall. Die Beklagte fordert die Rückerstattung der Vorauszahlung. Dies bedeutet, dass sie den Vertrag rückabwickeln will und nicht dass sie Schadenersatz im Wert der ausgefallenen Lieferung fordert. Sie hat somit konkludent den Rücktritt vom Vertrag gewählt.

8.3 Fazit

Die Beklagte hat im E-Mail vom 15. April 2010 konkludent von ihren Gestaltungsrechten Gebrauch gemacht und ist gültig vom Vertrag zurückgetreten. Somit hat die Klägerin 1 die Verrechnung zu spät erklärt und muss der Beklagten die Vorauszahlung von CHF 500'000 zurückerstatten.

83