

Moot Court Team 1  
Sandra Seiler  
Egemen Dumlu  
Michael Vollenweider  
Raphael Waldvogel

**per Email**  
Schiedsgericht der  
Zürcher Handelskammer  
z.Hd. Frau Prof. Dr. X  
lst.huguenin@rwi.uzh.ch

15. Dezember 2010

---

# KLAGESCHRIFT

---

in Sachen

GLP Distribution [Switzerland] AG

**Klägerin 1**

GLP Manufacturing Corporation

**Klägerin 2**

beide vertreten durch Moot Court Team 1

gegen

HealthySales Ltd.

**Beklagte**

Betreffend

Bezahlung von CHF 1'056'920.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 30. Juni 2010

Bezahlung von USD 973'913.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. September 2010

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Klägerinnen 1 und 2 stellen wir folgende

### **Rechtsbegehren**

- 1a. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 1 einen Betrag von CHF 1'056'920.00 nebst Zins zu 5 % seit 30. Juni 2010 zu bezahlen.
- 1b. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 2 einen Betrag von USD 973'913.00 nebst Zins zu 5 % seit 8. September 2010 zu bezahlen.
- 1c. Klägerin 1 und 2 verlangen je Zahlung bis zum Gesamtbetrag von maximal CHF 1'056'920.00 bzw. dessen Gegenwert USD 973'913.00. Die jeweilige Forderung der einen Klägerin wird um den an die andere Klägerin zugesprochene Forderung herabgesetzt.
2. Die Widerklage der Beklagten sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

und folgenden

### **Prozessualen Antrag**

Es sei der Klägerin 2 gem. Art. 4 [2] der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern die Teilnahme am Schiedsverfahren als weitere Klägerin zu gestatten.

## I. Inhaltsverzeichnis

II. Vorwort .....	V
III. Literaturverzeichnis.....	VI
IV. Entscheidverzeichnis .....	VIII
V. Formelles und Eintretensfragen.....	1
A. Anwendbares Recht.....	1
B. Schiedsfähigkeit .....	1
C. Gültigkeit der Schiedsgerichtsklausel .....	1
D. Subjektiver Geltungsbereich der Schiedsgerichtsklausel.....	2
1. Legitimationen der Klägerin 1 und der Beklagten .....	2
2. Aktivlegitimation der Klägerin 2.....	2
a) Allgemeines.....	2
b) Aktivlegitimation aus Berechtigung.....	2
c) Eventualiter Aktivlegitimation aus externer Schuldübernahme.....	2
d) Subeventualiter Aktivlegitimation aus Vertragseinmischung.....	3
E. Objektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel.....	4
1. Distributionsvertrag .....	4
a) Vor Abschluss des Distributionsvertrages .....	4
b) Kaufverträge nach Abschluss des Distributionsvertrages .....	5
F. Verrechnung .....	5
VI. Materielle Ansprüche .....	6
A. Sachverhaltsabschnitt 1: Ansprüche aus den Verträgen vor Abschluss des Distributionsvertrages vom 30. März 2009.....	6
1. Bestimmung des Vertragsverhältnisses zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten....	6
2. Ansprüche der Klägerin 1 gegen die Beklagte aus Unmöglichkeit nach Art. 97 und Art. 109 OR.....	8
a) Schadenersatz .....	9

---

b) Herausgabe des stellvertretenden commodums .....	9
c) Rücktrittsrecht .....	10
3. Anspruch der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag [GoA] nach Art. 423 OR.....	10
4. Eventualiter: Anspruch der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR .....	11
B. Sachverhaltsabschnitt 2: Ansprüche nach dem Distributionsvertrag vom 30. März 2009.....	13
1. Erwägungen zum Distributionsvertrag vom 30. März 2009 zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten.....	13
a) Zustandekommen .....	13
b) Inhalt.....	13
c) Eigenschaften .....	13
2. Täuschung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 OR.....	15
a) Täuschungshandlung.....	15
b) Absicht .....	17
c) Widerrechtlichkeit.....	17
d) Kausalität und Irrtum .....	17
e) Keine Heilung des Mangels durch Genehmigung.....	17
f) Rechtsfolgen.....	18
3. Anspruch der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR.....	18
4. Eventualiter: Anspruch der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag [GoA] nach Art. 423 OR .....	20
5. Subventualiter: Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR für sämtliche Lieferungen nach Abschluss des Distributionsvertrages .....	20

## II. Vorwort

Am 25. Januar 2008 traten die Klägerinnen 1 und 2 und die Beklagte im Einvernehmen in ein langfristiges vertragliches Verhältnis ein. Daraus ergaben sich insb. für Klägerin 1 und die Beklagte besondere Rechte und Pflichten.

Diese wurden durch letztere Partei jedoch nicht immer ordnungsgemäss erfüllt, weshalb die Klägerinnen 1 und 2 beschlossen haben, den Rechtsweg zu beschreiten. Das vertragsverletzende Verhalten der Beklagten zeitigt rechtliche Folgen, namentlich Ansprüche gegen die Beklagte auf Gewinnherausgabe, Schadenersatz und das Recht auf Rücktritt vom Vertrag.

Der Haupttext ist in zwei Teile gegliedert. Im formellen Teil werden formelle Fragen wie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und die Zulässigkeit der Verrechnung behandelt werden. Im materiellen Teil werden wir die oben genannten Ansprüche im Einzelnen herausarbeiten und mit den Elementen des festgestellten Sachverhalts untermauern. Dabei wird auch der materielle Teil wieder zweigeteilt sein: Im ersten Teil werden wir die Ansprüche der Klägerinnen behandeln, die mit den Verträgen, die zeitlich vor dem Abschluss des Distributionsvertrags abgeschlossen worden waren, im Zusammenhang stehen, während wir im zweiten Teil auf die Ansprüche eingehen werden, die mit dem Distributionsvertrag oder mit den einzelnen Verträgen, die nach dem Abschluss des Distributionsvertrags entstanden sind, zusammenhängen.

### III. Literaturverzeichnis

*Allgemeiner Zitierhinweis:*

*Falls nichts anderes angegeben ist, werden die nachfolgenden Werke jeweils mit Nachnamen des Autors bzw. der Autoren sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.*

ARTER OLIVER (HRSG.), Vertriebsverträge, Bern 2007 in Rz 59

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 in Rz 21

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2010 [zit. CHK-BEARBEITER/IN OR x N y] in Rz 53

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationen Recht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 [zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N y] in Rz 54 und 79

HONSELL HEINRICH [Hrsg.]/VOGT NEDIM PETER [Hrsg.]/WIEGAND WOLFGANG [Hrsg.], Obligationenrecht I, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 [zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. x N y] in Rz 14, 31, 48, 52 und 80

HONSELL HEINRICH [Hrsg.]/VOGT NEDIM PETER [Hrsg.]/SCHNYDER ANTON K [Hrsg.]/BERTI STEPHEN V. [Hrsg.], Internationales Privatrecht. Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2007 [zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. x N y] in Rz 5 und 6

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 [zit. HUGUENIN, AT N y] in Rz 53, 75 und 82

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 [zit. HUGUENIN, BT N y] in Rz 48

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Zürich/Basel/Genf 2010 [zit. CHK-BEARBEITER/IN, Art. x N y] in Rz 49

MEIER ANDREA, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, Diss., Zürich/Basel/Genf 2007 [Zürcher Studien zum Privatrecht Nr. 201] [zit. MEIER, S. x] in Rz 9

MÜLLER-CHEN MARKUS [HRSG.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Zürich/Basel/Genf 2010 [zit. CHK-BEARBEITER/IN, Art. x N y] in Rz 60 und 62

POLYDOR-WERNER SUSANNE, Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge, Diss., Zürich 1988 [zit. POLYDOR-WERNER, S. x] in Rz 39

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009 [zit. SCHWENZER, N y] in Rz 36, 38, 39, 41, 43, 45, 47, 60, 62, 64 und 77

STÖCKLI HUBERT, Das Synallagma im Vertragsrecht, Habil., Freiburg 2008 [zit. STÖCKLI, S. x] in Rz 43

#### **IV. Entscheidverzeichnis**

BGE 101 II 203

BGE 114 II 131

BGE 116 II 431

BGE 126 III 69

BGE 129 III 320

BGE 129 III 422

BGE 129 III 646

BGE 129 III 675

BGE 129 III 727

BGE 134 III 565

ICC No. 4131, 1982

## V. Formelles und Eintretensfragen

### A. Anwendbares Recht

- 1 Das anwendbare Recht bestimmt sich gem. Art. 1 lit. b IPRG nach dem IPRG.  
2 Art. 116 Abs. 1 IPRG unterstellt den Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Die Parteien haben in Art. 19 [6] Distributionsvertrag [KB-10] eine solche Rechtswahl getroffen, und zwar schweizerisches Recht unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts.

### B. Schiedsfähigkeit

- 3 Gem. Art. 177 Abs. 1 IPRG sind alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten schiedsfähig. Da es i.c. um Streitigkeiten aus Schuldverträgen geht, stellt dies kein Problem dar.

### C. Gültigkeit der Schiedsgerichtsklausel

- 4 In der Lehre wird zwischen formellen und materiellen Anforderungen unterschieden.  
5 Unter „formellen Anforderungen“ werden dabei die Formvoraussetzungen von Art. 178 Abs. 1 IPRG verstanden [vgl. Überschrift zu BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 6 ff.]. Diese Norm besagt, dass eine Schiedsvereinbarung schriftlich sein muss. Diese Voraussetzung bereitet keine Probleme [vgl. KB-10].  
6 Zusätzlich muss die Schiedsgerichtsklausel gem. Art. 178 Abs. 2 IPRG den materiellen Anforderungen des auf den Hauptvertrag anwendbaren oder des schweizerischen Rechts entsprechen. Da schweizerisches Recht anwendbar ist [vgl. Rz 2], brauchen nur dessen materielle Voraussetzungen geprüft zu werden. Gem. Art. 2 Abs. 1 OR müssen in einem Vertrag zumindest die Kernpunkte geregelt sein. Diese sind bei einer Schiedsgerichtsvereinbarung der Wille zur Derogation der staatlichen Gerichtsbarkeit und zur Einsetzung eines eindeutig bestimmbar Schiedsgerichts und der Sitz des Schiedsgerichts [vgl. BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 31-37]. Auch diese Bedingungen bereiten keine Probleme [vgl. KB-10].  
7 Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die Schiedsgerichtsklausel aus dem Distributionsvertrag den Gültigkeitsanforderungen von Art. 178 IPRG entspricht und die staatliche Gerichtsbarkeit somit gültig derogiert wurde.

## D. Subjektiver Geltungsbereich der Schiedsgerichtsklausel

### 1. Legitimationen der Klägerin 1 und der Beklagten

8 Als Parteien der Schiedsvereinbarung sind die Klägerin 1 und die Beklagte durch diese berechtigt und verpflichtet, weshalb ihre Aktiv- und Passivlegitimation keine Probleme darstellen.

### 2. Aktivlegitimation der Klägerin 2

#### a) Allgemeines

9 Grundsätzlich ist für eine Dritteinbeziehung die Zustimmung der Parteien erforderlich, da es sich bei einem Schiedsverfahren um ein privates Verfahren handelt [vgl. MEIER, S. 50].  
10 Art. 4 [2] Schweizer SchO verlangt diese Zustimmung der Parteien jedoch nicht, sondern überlässt die Frage des Dritteinbezugs dem Ermessen des Schiedsgerichts.

#### b) Aktivlegitimation aus Berechtigung

11 Da die Klägerin 2 aufgrund von Art. 19 [2] des Distributionsvertrages Berechtigungen aus dem Distributionsvertrag erhalten hat [vgl. Rz 65], ist sie auch dazu berechtigt, sich auf die Schiedsklausel zu berufen.

#### c) Eventualiter Aktivlegitimation aus externer Schuldübernahme

12 Eventualiter ergibt sich die Aktivlegitimation aus einer externen Schuldübernahme der Klägerin 2.

13 Die Klägerin 2 hat die Erfüllungsverpflichtungen der einzelnen Kaufverträge mittels externen Schuldübernahmen gem. Art. 176 Abs. 1 OR übernommen und ist so gem. Art. 178 Abs. 1 OR auch an die Schiedsvereinbarung gebunden.

14 Gem. Art. 176 Abs. 1 OR kann von einem Dritten eine Schuld übernommen werden, wobei diese Übernahme durch Vertrag mit dem Gläubiger geschieht. Da es sich bei der externen Schuldübernahme um einen formfreien Vertrag handelt [BSK OR I-TSCHÄNI, Art. 176 N 7], kann der Antrag zum Abschluss des Schuldübernahmevertrags – ebenso wie die Annahme, was explizit aus Art. 176 Abs. 3 OR hervorgeht – durch konkludentes Handeln geschehen. Der Antrag muss hinreichend bestimmt sein, damit die andere Vertragspartei ihn mit einem einfachen „Ja“ annehmen kann [vgl. BSK OR I-BUCHER, Art. 3 N 9 ff.]. Zusätzlich muss die Schuldübernahme erlaubt sein [BSK OR I-TSCHÄNI, Art. 176 N 4], was i.c. kein Problem

darstellt, da der Klägerin 1 die Schuldabtretung an die Klägerin 2 als ein mit ihr „verbundenes Unternehmen“ i.S.v. Art. 1 des Distributionsvertrages [vgl. auch Einleitungsanzeige, Rz 2] gem. Art. 19 [2] des Distributionsvertrages ausdrücklich erlaubt war. Die dreissigtägige Notifikation bezieht sich nur auf die Zession von Rechten, nicht auf die Schuldübernahme, da nur von Rechten und nicht von Pflichten die Rede ist.

- 15 Der konkludente Antrag der Klägerin 2 kann in der eigentlichen Abwicklung der durch die Klägerin 1 eingegangenen Verträge gesehen werden, da die Handlungen der Klägerin 2 zeigen, dass sie für die Erfüllung der Schulden ihrer Tochter zuständig sein soll. Diese Handlung war genügend bestimmt, sodass die Beklagte mit einem einfachen „Ja“ darauf antworten konnte, und zwar durch widerspruchslöse Annahme der Lieferungen [vgl. Art. 176 Abs. 3 OR]. Dies tat die Beklagte auch.
- 16 Auf der anderen Seite ergibt sich die Zustimmung der Beklagten zur externen Schuldübernahme bereits aus dem Distributionsvertrag. Denn Art. 19 [2] des Distributionsvertrages erlaubt es der Klägerin 1, nach eigenem Ermessen ein verbundenes Unternehmen i.S.v. Art. 1 des Distributionsvertrages zu bezeichnen, welches die Verpflichtungen aus diesem Vertrag erfüllt. Bei der Klägerin 2 handelt es sich um ein solches verbundenes Unternehmen, da sie alleinige Aktionärin der Klägerin 1 ist [vgl. Einleitungsanzeige, Ziff. 1]. Bei der Erfüllung der Verträge handelt es sich um „Verpflichtungen“ i.S.v. Art. 19 [2] des Distributionsvertrages, da gem. Art. 2 des Distributionsvertrags die Bildung solcher Kaufverträge zu dessen Vertragsgegenstand gehört.
- 17 Somit kann festgehalten werden, dass die Klägerin 2 gem. Art. 176 OR rechtskräftig die Vertragsschuld ihrer Tochter aus den Kaufverträgen übernommen hat.
- 18 Gem. Art. 178 OR gehen Nebenrechte bei diesem Vorgang nicht unter. Laut Lehre und Rechtsprechung fallen Schiedsvereinbarungen auch unter „Nebenrechte“ i.S.v. Art. 178 OR [vgl. BGE 134 III 565, E. 3.2 [= Pra 98 [2009] Nr. 37, S. 216-221] m.w.H.]. Wie in Rz 28 gezeigt wird, hat die Schiedsklausel des Distributionsvertrags auch Gültigkeit für die einzelnen Kaufverträge.
- 19 Somit wurde die Wirkung der Schiedsklausel durch die Schuldübernahme auch auf Klägerin 2 erstreckt, weshalb sie aktivlegitimiert ist.

#### *d) Subeventualiter Aktivlegitimation aus Vertragseinmischung*

- 20 Sowohl die internationale Schiedspraxis [vgl. u.a. ICC No. 4131, 1982] als auch die aktuelle bundesgerichtliche Praxis [vgl. Rz 21] lassen einen Drittenbezug zu, sofern sich der Dritte massgeblich an der Vertragserfüllung beteiligt hat.

- 21 Nach bundesrichterlicher Rechtsprechung erstreckt sich eine Schiedsklausel unter anderem in den Fällen auf Drittpersonen, in welchen diese massiv in die Vertragserfüllung eingegriffen haben und dabei ihr Wille, der Schiedsklausel durch diese Handlungen beizutreten, erkennbar war [vgl. u.a. BGE 129 III 727 E. 5. 3. 1; BGer 4P.48/2005 E. 3.4.1; BGE 134 III 565 E. 3.2; allgemein dazu Berger/Kellerhals, Rz 519 ff.].
- 22 Wie der Beklagten ersichtlich war, hat die Klägerin 2 alle Kaufverträge, die sie mit der Klägerin 1 eingegangen war, erfüllt [Beschluss Nr. 2, Punkt 3]. Klägerin 2 hat sich somit wiederholt in die Vertragserfüllung eingemischt.
- 23 Aus KB-9 geht hervor, dass der Abschluss des Distributionsvertrages mit der Beklagten konzernintern besprochen und beschlossen worden war [„Good Life Pharma hat entschieden [...]“, KB-9], weshalb die Beklagte davon ausgehen durfte, dass die Klägerin 2 den Vertragsinhalt inkl. Schiedsklausel kannte. Dass dem auch wirklich so war, zeigt die Tatsache, dass der Standardvertrag von der Klägerin 2 stammte [vgl. Einleitungsanzeige, Ziff. 11]. Daher durfte die Beklagte annehmen, dass Klägerin 2 dem Vertrag inkl. der Schiedsklausel beitreten wollte, da sie gegenüber der Beklagten nie einen Vorbehalt diesbezüglich gemacht hat.
- 24 Daher ist Klägerin 2 ebenfalls aktivlegitimiert.

## E. Objektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel

### 1. Distributionsvertrag

#### a) Vor Abschluss des Distributionsvertrages

- 25 In Ziff. 4 der Einleitungsantwort bestreitet die Beklagte die Zuständigkeit für alle Ansprüche aus Verträgen, welche vor dem Distributionsvertrag abgeschlossen worden waren. Wenn das Schiedsgericht der Beklagten Recht geben würde, würde das bedeuten, dass gleichzeitig ein weiterer Prozess neben diesem bereits initiierten geführt werden müsste, und zwar mit praktisch identischem Inhalt, da es sich streng genommen um eine einzige Rechtsbeziehung handelt. Dies würde zu sinnlosen und vermeidbaren Doppelspurigkeiten und dadurch auch zu sinnlosen Kosten führen, da zwangsläufig weitere Prozess- und Anwaltskosten entstehen würden. Daher widerspricht dieses Begehren der Beklagten dem allgemein anerkannten Grundsatz der Prozessökonomie, der auch der Schweizer SchO zu Grunde liegt, wie z.B. Art. 4 oder Art. 20 der Schweizer SchO zeigen.
- 26 Zusätzlich widerspricht das Verhalten der Beklagten jedoch auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher u. a. in Art. 15 [6] Schweizer SchO verankert ist, da keine Gründe ersichtlich sind, warum die Beklagte damit einverstanden sein sollte, die Ansprüche aus der

einen Hälfte einer Rechtsbeziehung durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen, für die Ansprüche aus der anderen Hälfte derselben Rechtsbeziehung aber ein staatliches Gericht wünscht, vor allem, da die Beklagte die Schiedsklausel widerspruchlos akzeptiert hat [vgl. Ziff. 12 Einleitungsanzeige], was darauf schliessen lässt, dass die Beklagte Schiedsverfahren gegenüber nicht unbedingt abgeneigt zu sein scheint.

#### *b) Kaufverträge nach Abschluss des Distributionsvertrages*

- 27 Näheres zur rechtlichen Qualifikation der weiteren Verträge zwischen Klägerin 1 und der Beklagten siehe Rz 35.
- 28 Die einzelnen Kaufverträge enthalten zwar keine eigene Schiedsklausel, doch erhebt die Schiedsklausel aus Art. 19 [6] Distributionsvertrag Anspruch auf Gültigkeit für „sämtliche Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung [=Distributionsvertrag]“. Gem. Art. 18 Abs. 1 OR richtet sich der Inhalt eines Vertrages nach dem tatsächlichen Willen der Parteien, wobei die Tragweite einer gültigen Schiedsvereinbarung vom Bundesgericht extensiv ausgelegt wird [vgl. u.a. BGE 129 III 675, E. 2.3]. Weil aufgrund von Art. 2 des Distributionsvertrages, welcher genau die betreffenden Kaufverträge als Vertragsgegenstand bezeichnet, angenommen werden darf, dass eine Ausdehnung der Schiedsklausel auf diese Kaufverträge dem Willen der Parteien entspricht, ist die Schiedsklausel auch für die entsprechenden Kaufverträge, die nach dem Distributionsvertrag abgeschlossen wurden, gültig.

#### **F. Verrechnung**

- 29 Wie bereits unter Punkt 18 der Einleitungsanzeige angezeigt, wollen die Klägerinnen ihre Forderung in Höhe von CHF 1'556'920 mit der Gegenforderung der Beklagten in Höhe von CHF 500'000 verrechnen, welche sie vollumfänglich anerkennen.
- 30 Gemäss Art. 148 Abs. 2 IPRG untersteht die Verrechnung dem Recht der damit zu tilgenden Forderung. Das bedeutet, dass die Verrechnung i.c. dem schweizerischen Recht untersteht [vgl. Rz 2].
- 31 Die Verrechnung bestimmt sich nach Art. 120 ff. OR. Gem. Art. 124 Abs. 1 OR ist eine Anzeige nötig. Diese Anzeige ist in der Einleitungsanzeige enthalten [vgl. Einleitungsanzeige, Punkt 18]. Weiter müssen die Forderungen gem. Art. 120 Abs. 1 OR gleichartig und fällig sein, wobei es reicht, wenn nur die Forderung des Verrechnungsgegners fällig ist, während die Forderung des Verrechnenden erfüllbar sein muss [BSK OR I-PETER, Art. 120 N 4]. Art. 120 Abs. 2 OR lässt die Verrechnung auch zu, wenn die Forderung bestritten wird.
- 32 I.c. sind beide Forderungen gleichartig, da es sich um zwei Geldforderungen in CHF handelt.

Weiter ist die Forderung der Beklagten fällig, da deren Erfüllung gem. Art. 75 OR sofort verlangt werden kann, was die Beklagte in ihrem Mail vom 15.4.2010 auch getan hat [BB-4].

- 33 Folglich kann die Verrechnung durchgeführt werden, was bedeutet, dass die Forderung der Beklagten seit dem Tag, an welchem die Klägerin 1 ihre Forderung geltend gemacht hat, also dem 30. Juni 2010 [vgl. Einleitungsanzeige, S. 1], als getilgt gilt und die Widerklage der Beklagten daher gegenstandslos ist. Zusätzlich bedeutet dies auch, dass gem. Art. 21 [5] Schweizer SchO das Schiedsgericht i.c. für die Beurteilung der gesamten Forderung in Höhe von CHF 1'556'920 zuständig ist.

## VI. Materielle Ansprüche

- 34 Der Sachverhalt ist in zwei Abschnitte zu unterteilen. Nachfolgend werden im ersten Sachverhaltsabschnitt die Ansprüche aus den Verträgen *vor* dem Abschluss des Distributionsvertrags vom 30. März 2009 und im zweiten Sachverhaltsabschnitt diejenigen *nach* Abschluss des erwähnten Vertrages beurteilt.

### A. Sachverhaltsabschnitt 1: Ansprüche aus den Verträgen vor Abschluss des Distributionsvertrages vom 30. März 2009

#### 1. Bestimmung des Vertragsverhältnisses zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten

- 35 Die Verträge über die Lieferung der Produkte PowerUp<sup>®</sup>, PowerBar<sup>®</sup> und PowerVit<sup>®</sup> kommen nach Art. 1 Abs. 1 OR bei übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen der Vertragsparteien zustande. Sie enthalten im Einzelnen die Hauptleistungspflichten der Übergabe der Produkte und die Bezahlung des Kaufpreises, weshalb ein Kaufvertrag angenommen wird [Art. 184 OR]. Unklar ist indes, ob neben den vertragstypischen Pflichten nach Art. 184 OR auch weitere Nebenpflichten zum Vertragsinhalt aufgenommen wurden. So darf z.B. die Vereinbarung über die Vorauszahlung als eine vertragliche Nebenpflicht angenommen werden. Weiter könnte eine Vertragsgebietsklausel, wie sie im Distributionsvertrag explizit in Art. 3 erwähnt ist, vereinbart worden sein. Da der Vertragsinhalt sich freilich nach dem Parteiwillen bestimmt, ist auf das Material der Vertragsverhandlungen über den ersten Vertrag [KB-1 bis KB-5] zurückzukommen.

- 36 In KB-1 bietet sich die Beklagte als Vermittlerin an, den Markt in Indien, Pakistan und Bangladesch zu erschliessen. Sie gibt vor, „ausgezeichnete Kontakte“ zu haben, um die fraglichen Produkte der Klägerin 2 „optimal vermarkten“ zu können. Es kann sich hierbei nicht um einen Antrag nach Art. 3 OR handeln – die Email ist im Hinblick auf den Vertragstypus oder die essentialia negotii nicht genügend bestimmt [SCHWENZER, N 28.05]. Vielmehr ergibt sich aus ihr eine allgemeine Bereitschaft der Beklagten, mit der Klägerin 2 in ein vertragliches Verhältnis einzutreten, die dazu dienen soll, in den fraglichen Ländern wirtschaftlich tätig zu werden. Es geht folglich um einen *letter of intent* bzw. eine *invitatio ad offerendum*, die den Eingang in vertragliche Verhandlungen markiert, für sich genommen jedoch nicht verbindlich ist [SCHWENZER, N 28.09 ff.].
- 37 Die Klägerin 1, der die Email weitergeleitet wurde, geht in KB-2 zunächst ablehnend auf die Einladung der Beklagten ein: Es sei noch „keine Expansion in den indischen Subkontinent“ vorgesehen. Im gleichen Zug offeriert sie der Beklagten 20 Paletten für CHF 2000.00 pro Palette in Vorauszahlung. Der Antrag ist in personeller sowie inhaltlicher Hinsicht [essentialia negotii] hinreichend bezeichnet. Auch der Rechtsbindungswille der Beklagten ist zu vermuten. Die Annahme erfolgt sodann in der Antwort der Beklagten [KB-3], womit der Vertrag nach Art. 1 Abs. 1 OR steht.
- 38 Der auf den ersten Blick klare Antrag der Klägerin 1 wirft indes folgendes Problem auf: Ob sie wollte, dass die Beklagte die Produkte in den vorangehend erwähnten Ländern vertreiben soll, kommt nicht klar zum Ausdruck. Zugleich suggerieren die Vorverhandlungen eine dahingehende Abmachung. Es ist darauf abzustellen, wie die Gegenpartei den Antrag nach Treu und Glauben verstehen durfte oder musste [Vertrauensprinzip, SCHWENZER, N 27.40]. Hierbei ist den gesamten Umständen, die sich aus dem Austausch der Parteien ergeben, Rechnung zu tragen. In KB-1 führt die Klägerin 1 aus, dass noch keine Expansion dorthin geplant sei. Eine Expansion ist allgemein als eine dauerhafte Markterschliessung zu verstehen. Hingegen geht es ihr um einen einmaligen Verkauf. Für die Beklagte, die sich vorangehend noch als Schnittstelle zum fraglichen Marktgebiet anerbietet [KB-1], ist es naheliegend anzunehmen, dass die Klägerin 1 die 20 Paletten dorthin verkauft haben will. Es wäre widersprüchlich und mithin treuwidrig, wenn die Beklagte ihren eigenen „Approach“ ignorieren würde, wonach sie ja genau in dieses Gebiet verkaufen will. Sie musste demzufolge aufgrund von Treu und Glauben erkennen, dass es ein wichtiges Anliegen der Klägerin 1 ist, die Produkte nicht irgendwo, sondern im erwähnten Gebiet zu verkaufen. Dieser Umstand spricht weiter dafür, dass die Vertragsgebietsbindung als eine einklagbare Nebenpflicht zu qualifizieren ist [SCHWENZER, N 4.24 f.].

39 Der erste Kaufvertrag, der zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten geschlossen wird [Rz 35 ff.], setzt hinsichtlich des Vertragsinhalts das Fundament für die nachfolgenden Lieferungen. In der Folge wird eine ganze Reihe von Verträgen mit gleichen Bedingungen geschlossen, wobei nur das Bestellvolumen variiert [KB-7, KB-11]. Es könnte daher sein, dass ein Dauerschuldverhältnis vorliegt. Für sich genommen stellen die Kaufverträge zwar jeweils einen einmaligen Leistungsaustausch dar. Sie erlöschen nach ihrer Erfüllung [Schwenzer, N 73.01 f.]. Dass sie aber immer den gleichen Rahmenbedingungen unterliegen und sich über einen Zeitraum von etwa einem Jahr verteilen, lässt doch vermuten, dass den vertraglichen Beziehungen zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten etwas Dauerhaftes anhaftet. Durch die periodische Erbringung einer der Gattung nach bestimmten Leistung wird sie weiter in die Nähe eines Dauerschuldverhältnisses gerückt [POLYDOR-WERNER, Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverhältnisse, S. 6]. Schliesslich ist im Vorschlag der Beklagten in KB-8, einen Distributionsvertrag abzuschliessen, die Grundhaltung zu erblicken, etwas ohnehin schon Bestehendes zu formalisieren. Dem hat die Klägerin 1 sodann in KB-9 auch nichts entgegenzusetzen. Das Verhältnis der beiden Parteien vor Abschluss des Distributionsvertrages ist demzufolge als ein Dauerschuldverhältnis zu erachten.

## **2. Ansprüche der Klägerin 1 gegen die Beklagte aus Unmöglichkeit nach Art. 97 und Art. 109 OR**

40 Wie oben dargelegt, trifft die Beklagte die vertragliche Pflicht, die Produkte im entsprechenden Vertragsgebiet zu vertreiben. Sie verstösst gegen diese Pflicht, indem sie die Produkte in den USA statt in den genannten Ländern vertreibt.

41 Die Gültigkeit der Verträge, die die Beklagte mit Jim's Gym geschlossen hat, ist unbestritten. Dass die Beklagte damit gegen den Vertrag mit der Klägerin 1 verstösst, ändert nichts an dieser Tatsache. Daher kann es sein, dass ihre Leistung gegenüber der Klägerin 1 aufgrund des Vertrages unmöglich geworden ist. Eine Leistung ist unmöglich, wenn sie nicht mehr erbracht werden kann [SCHWENZER, N 63.01]. Dies kann aus tatsächlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen der Fall sein [SCHWENZER, N 63.02]. Dadurch, dass die Beklagte die Produkte in den USA verkauft, macht sie es sich unmöglich, diese vertragsgemäss zu vertreiben. Erfüllen könnte die Beklagte nur, wenn sie die Ware von Jim's Gym zurückkaufen und anschliessend im Vertragsgebiet verkaufen würde. Da Jim's Gym als Fitnesscenter die Produkte seinerseits an Endverbraucher verteilt, wäre dies ein unzumutbares Unterfangen. Es liegt wirtschaftliche Unmöglichkeit vor, teilweise sogar tatsächliche Unmöglichkeit, sofern

die Produkte bereits konsumiert wurden.

- 42 Die Unmöglichkeit wurde vorsätzlich durch den Beklagten herbeigeführt, weil er den Vertragsinhalt kannte oder hat kennen müssen und trotzdem vertragsbrüchig wurde. Somit ist die Anwendung von Art. 119 OR ausgeschlossen. Weiter ist die Leistung erst nach Vertragsschluss unmöglich geworden, weshalb Nichtigkeit wegen ursprünglicher Unmöglichkeit gem. Art. 20 Abs. 1 OR auch ausser Betracht fällt. Vielmehr kommen die Rechtsfolgen der Nichterfüllung gem. Art. 97 Abs. 1 OR zum Zuge.

#### *a) Schadenersatz*

- 43 Da die nachträgliche Vertragserfüllung nicht mehr möglich, also der Primäranspruch der Klägerin 1 nicht mehr erfüllbar ist, wird dieser von einem Sekundäranspruch auf Schadenersatz abgelöst [SCHWENZER, N 64.20; STÖCKLI, S. 245]. Geschuldet ist nunmehr das positive Interesse. D.h. der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Auf den vorliegenden Fall übertragen bedeutet das, dass die Klägerin vermögensrechtlich so gestellt werden muss, wie wenn die Beklagte gem. Art. 3 des Vertrages nach Indien, Pakistan und Bangladesch verkauft hätte.
- 44 An dieser Stelle stellt sich indes die Frage, wo sich denn bei der Klägerin 1 ein Schaden manifestiert hat. Wenn die Beklagte vertragsgemäss ins vereinbarte Vertragsgebiet geliefert hätte, hätte Jim's Gym die fraglichen Produkte von der Klägerin 2 bezogen. Somit wären die Verkaufseinbrüche ausgeblieben und ihr wäre kein Gewinn entgangen. Am Vermögensstand der Klägerin 1 ändert dies jedoch nichts.

#### *b) Herausgabe des stellvertretenden commodums*

- 45 Anstelle des Schadenersatzes räumt die h.L. dem Gläubiger weiter den Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden commodums ein [SCHWENZER, N 64.23]. Im Gesetz findet sich keine explizite Regelung darüber. Das stellvertretende commodum ist derjenige Vermögensvorteil, der dem Schuldner aufgrund der Umstände, die seine Leistung unmöglich machen, zukommt. Beispiele aus der Literatur sind Versicherungssummen und Schadenersatzansprüche gegen Dritte [SCHWENZER, N 64.14]. Den Vermögensvorteil, den der Schuldner aufgrund selbstverschuldeter Unmöglichkeit erlangt – der „Verletzerertrag“ – ist auch eine Mehrung seines Vermögens und mithin auch darunter einzuordnen [SCHWENZER, N 64.23]. Dies primär aufgrund der Überlegung, dass der Schuldner aus der selbstverschuldeten Herbeiführung der Leistungsunmöglichkeit nicht bessergestellt werden soll.
- 46 Der Gewinn, den die Beklagte durch den unerlaubten Verkauf in die USA erzielt hat, ist als ein solcher zu erachten. Die Klägerin 1 hat Anspruch auf Herausgabe dieses Gewinns. Dieser

tritt an die Stelle des Anspruchs, der aus der Vertragsgebietsvereinbarung fließt.

### *c) Rücktrittsrecht*

- 47 Weitere Folge der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit ist nach h.L. ein Rücktrittsrecht des Gläubigers analog Art. 107 Abs. 2 OR. Weil die zufällige Unmöglichkeit ähnliche Rechtsfolgen zeitigt [Art. 119 OR], scheint es sachgerecht, dem Gläubiger das Recht einzuräumen, sich im vorliegenden Fall von den einzelnen Verträgen loszusagen [SCHWENZER, N 64.27 f.]. Die h.L. und Praxis gehen davon aus, dass die Anfechtung [bspw. Art. 23 OR] eines in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnisses jedoch nicht möglich ist. Art. 320 Abs. 3 OR werden Arbeitsverträge nur ex nunc aufgehoben. Dieses Prinzip wird dabei teleologisch auf alle Dauerschuldverhältnisse erweitert. Der Grund ist die wirtschaftliche Praktikabilität der Rückabwicklung der Verträge [BGE 129 III 320, 28; SCHWENZER, N 39.25]. Für die Rückabwicklung nach Art. 107 Abs. 2 OR muss das Gleiche gelten, da sie faktisch auf das gleiche Ziel wie die Anfechtung hinausläuft. Die Wirkung des Rücktritts wird demnach teleologisch auf ex nunc reduziert. Weil das vorliegende Dauerschuldverhältnis ohnehin nur bis zum Abschluss des Distributionsvertrags dauert, bleibt der Rücktritt gegenstandslos.

### **3. Anspruch der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag [GoA] nach Art. 423 OR**

- 48 Mit der Absicht, sich selber Vorteile zu verschaffen, greift der Geschäftsführer in einen fremden Interessenkreis ein [HUGUENIN BT, N 893]. Wenn der Geschäftsführer fremde Geschäfte ungeachtet des beachtlichen Interesses und mutmasslichen Willens des Geschäftsherrns willentlich und bösgläubig zu Eigen macht, liegt eine Geschäftsanmassung vor [BSK OR I-WEBER, Vorb Art. 419 – 424 OR N 11]. Das Eingreifen des Geschäftsführers darf nicht durch einen Vertrag oder einen anderen Rechtsgrund gerechtfertigt sein. Da der Geschäftsführer eigennützig tätig wird, ist ein solches Eingreifen in einen fremden Rechtskreis bei der unechten GoA als widerrechtlich i.S.v. Art. 41 ff. OR zu qualifizieren [HUGUENIN BT, N 895]. Zwischen dem Bereicherungsgläubiger und dem Bereicherungsschuldner muss zudem keine unmittelbare Vermögensverschiebung stattgefunden haben [BGE 129 III 422].
- 49 Der Geschäftsherr ist nach Art. 423 Abs. 1 OR gleichwohl berechtigt, sich aus der Führung seiner Geschäfte entspringende Vorteile anzueignen [BGE 126 III 69]. Nach Art. 423 Abs. 2 OR handelt es sich dabei um den Nettogewinn [Bruttogewinn zuzüglich Zinsen und abzüglich

Aufwendungen des Geschäftsanmassers]. Es ist nach h.L. und Rechtsprechung nur der Anteil am Verletzergeprofit herauszugeben, der kausal auf die Geschäftsanmassung zurückgeföhrt werden kann [CHK-HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR N 16 f.].

- 50 Die Beklagte hat als Geschäftsföhrerin in einen fremden Interessenkreis, nämlich in denjenigen der Klägerin 2 eingegriffen, indem sie die Power-Linie in den USA verkaufte. Aus der ersten Anfrage der Beklagten vom 25. Januar 2008 [KB-1], die sich an die Klägerin 2 richtete, geht hervor, dass die Beklagte beabsichtigte, die Produkte der Power-Linie auf dem Indischen Subkontinent zu vertreiben. Nachfolgend wurde von der Klägerin 1 die Antwort erteilt, dass die Good Life Pharma Gruppe für ihre Power-Linie noch keine Expansion in den indischen Subkontinent vorsieht und derzeit noch nicht nach Distributoren in diesen Ländern sucht [KB-2]. Mit Bestellungseingang vom 14. Februar 2008 [KB-3] teilte die Beklagte mit, dass sie die Lieferung je nach Bedarf nach Indien, Pakistan oder Bangladesch weiterverschiffen werde. Weiter erkundigte sich die Beklagte mit Email vom 10. Januar 2009 [KB-8], ob es möglich wäre, das bisherige Geschäftsverhältnis zu formalisieren, da gerade in Ländern wie Indien und Pakistan das Plazet des „Official Distributors“ sehr stark greife und es die Verkäufe unterstützen würde. Spätestens mit Email vom 13. März 2009 [KB-9] hätte die Beklagte erkennen können, dass die Klägerin 1 von einem Verkauf in den indischen Subkontinent ausging [„wir freuen uns, dass die Verkäufe in Indien und Pakistan so gut laufen“]. Die Beklagte wurde nicht beauftragt, Verkäufe der Power-Line in den USA zu tätigen, denn die Klägerin 2 hat selbst ein beachtliches Interesse daran, dass niemand ausser sie die Power-Linie in ihrem „Heimmarkt“ vertreibt. Mit dem Verkauf in den USA wurde sie mit ihren eigenen Produkten von der Beklagten konkurrenziert und es gibt keinen ersichtlichen Grund, der das Eingreifen in die Rechtsphäre der Klägerin 2 rechtfertigen würde.
- 51 Somit hat die Beklagte der Klägerin 2 aus unechter Geschäftsföh rung ohne Auftrag nach Art. 423 OR den gesamten Nettogewinn aus sämtlichen Lieferungen vor Abschluss des Distributionsvertrages herauszugeben, da dieser vollständig auf die Geschäftsanmassung zurückzuföhren ist.

#### **4. Eventualiter: Anspruch der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR**

- 52 „Die Bereicherung besteht in der Vermögensvermehrung. Eine solche liegt in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand und dem Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge“ [BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 5 f.].

- 53 Bei der Eingriffskondiktion entsteht die Bereicherungslage durch ein Verhalten des Bereicherten selbst. Die Eingriffskondiktion wird im Gesetz zwar nicht speziell erwähnt, aber weitgehend anerkannt [HUGUENIN AT, N 1045]. Entscheidend für die Rückforderung ist, ob der erlangte Vermögensvorteil dem Bereicherungsgläubiger zugeordnet ist. Die h.L. folgt der Zuweisungstheorie. In Betracht kommen nach dieser Theorie Bereicherungsansprüche, wenn der fragliche Eingriff eine Rechtsposition betrifft, die marktfähig verwertbar ist und die ihrem Inhaber zur ausschliesslichen Ausübung, Nutzung oder Verwertung zugewiesen ist. Der Verletzer muss in eine monopolartige Rechtsstellung eingegriffen haben, aufgrund welcher alle aus der Ausübung, Nutzung oder Verwertung der Rechtsposition resultierenden Erlöse dem Berechtigten zugeordnet sind. Neben der Ungerechtfertigkeit des Erwerbs, wenn er ohne Rechtsgrund vorgenommen wird, müssen keine weiteren Voraussetzungen erfüllt sein [CHK-HAHN, Art. 62 N 22 ff.]. „Der Bereicherungsanspruch setzt nicht voraus, dass zwischen dem Bereicherungsgläubiger und dem Bereicherungsschuldner eine unmittelbare Vermögensverschiebung stattgefunden hat. Auszugleichen ist vielmehr die Bereicherung, die der Schuldner auf Kosten eines anderen erlangt hat“ [BGE 129 III 646].
- 54 Der Bereicherungsanspruch ist eine Geldforderung, die sich auf Wertersatz richtet. Die Bereicherung muss in vollem Umfang ausgeglichen werden. Die zurückzuerstattende Bereicherung besteht in dem Gegenstand, der ohne Rechtsgrund dem Vermögen des Bereicherten zugekommen ist. Dieser Gegenstand ist, soweit möglich, in natura zurückzugeben [GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1512 f. u. N 1516].
- 55 Dadurch, dass die Beklagte die bei der Klägerin 1 bestellten und von der Klägerin 2 produzierten und gelieferten Produkte unerlaubterweise ebenfalls in den USA verkaufte, griff sie in die monopolartige Stellung der Klägerin 2 ein und konkurrenzierte sie im eigenen Markt. Alle aus der Ausübung, Nutzung oder Verwertung der Rechtsposition resultierenden Erlöse sind ausschliesslich der Klägerin 2 zugeordnet.
- 56 Daher schuldet die Beklagte der Klägerin 2 den Wertersatz aus den Lieferungen vor Abschluss des Distributionsvertrages wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR.

## **B. Sachverhaltsabschnitt 2: Ansprüche nach dem Distributionsvertrag vom 30. März 2009**

### **1. Erwägungen zum Distributionsvertrag vom 30. März 2009 zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten**

#### ***a) Zustandekommen***

57            Klägerin 1 hat der Beklagten durch die Zusendung des Distributionsvertrages einen Antrag zum Vertragsabschluss gemacht. Diese hat den Antrag angenommen, indem sie den Vertrag unterzeichnet und zurückgeschickt hat. Somit haben die Parteien i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR gegenseitig ihre übereinstimmenden Willen geäußert, womit ein Vertrag zustande gekommen ist. Dies wird im Übrigen von keiner der Parteien bestritten.

#### ***b) Inhalt***

58            Der zwischen der Beklagten und der Klägerin 1 abgeschlossene Vertrag vom 30. März 2009 regelt den Verkauf der Produkte PowerBar<sup>®</sup>, PowerUp<sup>®</sup> und PowerVit<sup>®</sup> von Klägerin 1 an die Beklagte sowie den Weiterverkauf durch diese im Vertragsgebiet. Sowohl das Recht, vom Lieferanten die Produkte zu beziehen als auch das Vertriebsrecht im Vertragsgebiet sind nicht-exklusiver Natur [Art. 2 des Distributionsvertrages]. Der Distributor handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Ausserdem verpflichtet er sich, ausserhalb des Vertragsgebietes keine Kunden aktiv anzuwerben bzw. die Lieferantin umgehend zu informieren, wenn er von Drittseite angegangen wird.

#### ***c) Eigenschaften***

59            Der Vertrag regelt nicht, wie häufig der Distributor beim Lieferanten Waren bezieht oder welche Mengen vorgesehen sind. Vielmehr legt der Vertrag fest, auf welche Art und Weise der Kauf und Weiterverkauf vollzogen werden soll. Er legt somit also einen Rahmen, der für den Verkaufsablauf zwischen der Beklagten und Klägerin 1 immer gültig sein soll, fest. Denn Ziel des Vertragsabschlusses war es ja auch, das "Geschäftsverhältnis zu formalisieren" [KB-8], damit die Bedingungen nicht jedes mal von neuem ausgehandelt werden müssen. Der Distributionsvertrag stellt somit einen Rahmenvertrag dar, innerhalb welchem wiederum einzelne Verträge abgeschlossen werden sollen [vgl. auch OLIVER ARTER, Vertriebsverträge, S. 23].

60            Es handelt sich ferner um einen Vertrag sui generis [CHK-R. JACOBS, Vorb 184 ff., N 18]. Grosse Ähnlichkeit besteht zum Alleinvertriebsvertrag, der die genannten Pflichten zusätzlich

um ein Exklusivvertriebsrecht und eine Absatzförderungspflicht ergänzt [CHK-R. JACOBS, Vorb 184 ff., N 1]. Aufgrund dieser sachlichen Nähe ist dessen rechtliche Handhabung für den vorliegenden Vertrag auch relevant.

- 61 Wichtig war der Beklagten zudem nach eigenen Angaben, dass sie als "Official Distributor" im indischen Subkontinent tätig sein kann. Diese Funktion erfüllt der Distributionsvertrag bereits dadurch, dass er schriftlich abgeschlossen worden ist und somit bewiesen werden kann, dass die Beklagte offizieller, wenn auch nicht exklusiver Verteiler im Vertragsgebiet ist.
- 62 Unklar ist, ob es sich bei der Vertragsgebietsklausel [Art. 3 des Distributionsvertrages] um eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht handelt. Eine Hauptleistungspflicht ist daran zu erkennen, dass sie den Vertrag charakterisiert, so z.B. die Pflicht zur Eigentumsübertragung beim Kaufvertrag [SCHWENZER, N 4.21]. Während eine solche sich bei einem Nominatvertrag wie dem Kauf aus dem Gesetz ergibt [Art. 184 OR], muss dies bei einem Vertrag sui generis aus anderen Gründen ersichtlich sein. Zunächst wird von der h.L. angenommen, dass eine Vertragsgebietsklausel regelmässig Bestandteil eines Alleinvertriebsvertrags ist, was sinngemäss auch für den Distributionsvertrag gilt [Rz 60; CHK-R. JACOBS, Vorb 184 ff., N1]. Ferner ist es ein für die Vertragsparteien bedeutendes Anliegen, das Absatzgebiet zu definieren: Der Sinn des Vertrages ist eben gerade die Erweiterung des Absatzmarktes um die Länder Indien, Pakistan und Bangladesch. Die Erfüllung der Vertragsgebietsklausel [Art. 3 des Distributionsvertrages] gehört mithin zu einer Hauptleistungspflicht.
- 63 Während auf der Durchführungsebene die kaufvertraglichen Hauptpflichten im Synallagma stehen, bilden die eben erwähnten Hauptpflichten das Pendant auf rahmenvertraglicher Ebene.
- 64 Dieser Rahmenvertrag stellt zudem ein Dauerschuldverhältnis dar, da die Parteien zu Leistungen über einen längeren Zeitraum hinweg verpflichtet sind, der Vertrag sich also nicht in einem einmaligen Austausch von Leistungen erschöpft [Schwenzer, N 3.25].
- 65 Nach Art. 19 [3] des Distributionsvertrages kann die Lieferantin nach eigenem Ermessen ein mit ihr verbundenes Unternehmen bezeichnen, welches Verpflichtungen aus dieser Vereinbarung erfüllt oder Berechtigungen aus dieser Vereinbarung erhalten soll. Die Klägerin 1 ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Klägerin 2. Die Klägerin 2 als Muttergesellschaft ist somit nach Art. 1 des Distributionsvertrages [KB-10] ein verbundenes Unternehmen der Klägerin 1.
- 66 Die eigentliche Abwicklung der von der Klägerin 1 eingegangenen Kaufverträge läuft vollumfänglich über die Klägerin 2, da die Klägerin 1 über keine eigenen Lager verfügt. Sämtliche von der Beklagten bestellten und vertriebenen Produkte stammen somit aus der

Produktion der Klägerin 2. Die Beklagte erfuhr aus der Abwicklung der einzelnen Käufe, dass die eigentlichen Lieferungen physisch stets über die Klägerin 2 abgewickelt wurden.

- 67 Im Weiteren geht aus dem am 30. März 2009 abgeschlossenen Distributionsvertrag hervor, dass es sich bei der Klägerin 1 um eine Gruppengesellschaft der Good Life Pharma Gruppe handelt, die weltweit mit Ausnahme der Vereinigten Staaten von Amerika Produkte der Power-Linie vertreibt.
- 68 Der Umstand, dass sich die Beklagte mit der Anfrage, die Vermarktung in den Ländern Indien, Pakistan und Bangladesch zu übernehmen, vom 25. Januar 2008 [KB-1] an die Klägerin 2 gewandt hat und diese die Anfrage an die Klägerin 1 weiterleitete [KB-2], lässt darauf schliessen, dass die Beklagte zumindest annehmen musste, dass es sich um mehrere Unternehmen unter einem „Dach“ handelt.
- 69 Ausserdem wird festgehalten, dass eine Zusammenarbeit beabsichtigt wird, die sich auf das vermarkten, verkaufen und vertreiben in den Ländern des indischen Subkontinents stützt.
- 70 Die Klägerin 2 hat die Lieferpflicht an die Beklagte aus dem Distributionsvertrag übernommen und wird nun aus diesem berechtigt.

## 2. Täuschung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 OR

### a) Täuschungshandlung

- 71 Die Täuschungshandlung kann in der Vorspiegelung falscher oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen liegen. Für Letzteres muss jedoch eine besondere Aufklärungspflicht bestehen. Eine solche ist wohl meist nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen durch das besondere Vertrauensverhältnis im Dauerschuldverhältnis geboten [vgl. BGE 116 II 431, 434]. Die Tatsachen müssen sich auf objektiv feststellbare Zustände oder Ereignisse tatsächlicher oder rechtlicher Art beziehen, bloss subjektive Werturteile und Meinungsäusserungen fallen nicht darunter [vgl. BUCHER, OR AT, 219]. Die Täuschung ist zudem bezüglich äusserer oder innerer Umstände möglich und kann auch konkludent erfolgen. Für die Würdigung der behaupteten Tatsachen ist nach dem Vertrauensprinzip auf den Verkehrskreis des Getäuschten abzustellen [vgl. BGE 116 II 431, 434 f.].
- 72 Das Vertragsgebiet umfasst die Staatsgebiete von Indien, Pakistan und Bangladesch [Art. 3 des Distributionsvertrages]. Bereits vor Vertragsabschluss hat sich die Beklagte mehrfach damit gerühmt, gute Handelskontakte zu besagtem Gebiet zu haben. In KB-1 behauptet die Beklagte, über jahrelange Erfahrung und ausgezeichnete Kontakte in und zu den Ländern des Vertragsgebietes zu verfügen. Bezüglich einer der Lieferungen vor Abschluss des Distribu-

onsvertrages [KB-3] hat sie die Klägerin 1 darum gebeten, die Produkte an ihr Warenlager in Fort Lauderdale zu liefern, um diese dann direkt nach Indien, Pakistan oder Bangladesch weiterverschiffen zu können. Auch in KB-8 ist die Rede davon, dass der Abschluss eines Distributionsvertrages die Verkäufe in diesen Ländern "unterstützen" würde. Alle diese Informationen erwecken bei Klägerin 1 die Annahme, dass die Beklagte bereits über gute Beziehungen im Vertragsgebiet verfügt und auch schon aktiv Produkte dort hin vertreibt. Ihr wird vorge-täuscht, dass die Beklagte dazu fähig ist, die Produkte der Power-Linie im Vertragsgebiet regelmässig abzutreten. Dies stellt einen objektiv feststellbaren Zustand tatsächlicher Art dar, denn ob wirklich bereits verkauft wurde und weiterhin verkauft werden kann, unterliegt kei-nen Werturteilen. Da Klägerin 1 selber nicht im indischen Subkontinent tätig ist, kann sie zudem nicht ohne weiteres die Richtigkeit dieser behaupteten Tatsachen überprüfen. Sie muss daher auf die Aussagen der Beklagten vertrauen können. Umso mehr hätte diese die Klägerin 1 zum Beispiel darüber informieren müssen, dass bereits in ihrem Business Plan der Verkauf der Produkte in anderen Märkten vorgesehen war [vgl. Beschluss Nr. 2, Ziff. 10].

- 73 Seit Abschluss des Distributionsvertrages ist kein einziges Produkt in das Vertragsgebiet verkauft worden. Tatsächlich wurden die Produkte stets direkt in den USA an Jim's Gym ab-gesetzt [KB-16]. Bestünden tatsächlich derart gute Handelsbeziehungen zwischen der Beklag-ten und den Ländern des Vertragsgebietes, wie sie dies zumindest implizit behauptet, hätte wohl auch ein grösserer Teil der Produkte in Indien, Pakistan oder Bangladesch verkauft wer-den können. Dass dies nicht der Fall war, lässt darauf schliessen, dass die Beklagte gar nie über derartige Kontakte verfügt hat. Weiter ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte jemals An-strengungen unternommen hat, um die Produkte tatsächlich im Vertragsgebiet zu verkaufen. Ausserdem ist auch ein plötzlicher Abbruch ihrer dortigen Handelsbeziehungen seit Ab-schluss des Distributionsvertrages sehr unwahrscheinlich. Somit hat die Beklagte sowohl fal-sche innere als auch äussere Tatsachen vorgespiegelt. Äussere Tatsachen insofern, als dass die Beziehungen zu besagten Ländern zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch gar nicht in dieser Form bestanden haben. Innerlich hatte die Beklagte nicht die Absicht, solche mit letzter Konsequenz herzustellen oder den Vertrag überhaupt einhalten zu wollen. Die einmalige Möglichkeit zum Absatz einer grösseren Produktmenge an das Hilfswerk "Mercy in Action" vermag daran nichts zu ändern, da für einen solchen Deal weder die behaupteten guten Bezie-hungen zum indischen Subkontinent unabdingbar sind noch beweist ein derartiger, erst durch grosse Unwetter möglich gewordener Gelegenheits-verkauf, dass auch auf regelmässiger Ba-sis verkauft werden kann.

*b) Absicht*

74 Die Beklagte macht falsche Angaben über ihre Handelsbeziehungen zu Indien, Pakistan und Bangladesch sowie über ihre eigene Erfüllungsbereitschaft. Bezüglich beider Punkte muss sie die Unrichtigkeit ihrer Erklärungen gekannt und somit absichtlich falsche Angaben gemacht haben [vgl. Beschluss Nr. 2, Ziff. 10].

*c) Widerrechtlichkeit*

75 In der Regel ist jede absichtliche Täuschung auch widerrechtlich [HUGUENIN AT, N 506]. Jedoch anerkennen Lehre und Rechtsprechung, dass die Vorspiegelung falscher Tatsachen nicht in allen Fällen widerrechtlich ist. Klassisches Beispiel dafür ist das sog. "Notwehrrecht auf Lüge". Von einem solchen ist in diesem Fall jedoch nicht auszugehen, da die Beklagte nicht in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt worden wäre, wenn sie keine falschen Tatsachen vorgespiegelt hätte. Im Gegenteil begründet ein Geschäft der Tragweite eines Dauerschuldverhältnisses in der Regel eine erhöhte Aufklärungspflicht.

*d) Kausalität und Irrtum*

76 Klägerin 1 hat erwartet, dass die Beklagte die Produkte dank guter Handelsbeziehungen zu Indien, Pakistan oder Bangladesch regelmässig im Vertragsgebiet weiterverkauft. Daher hat sie der Beklagten die Produkte auch zu einem Preis verkauft, der weit unter demjenigen liegt, den die Good Life Pharma Gruppe normalerweise in den USA verlangen. Dies wusste die Beklagte auch [vgl. Beschluss Nr. 2, Ziff. 11]. Ausserdem war es gerade Zweck des Distributionsvertrages, den Markt im indischen Subkontinent zu erschliessen. Hätte die Beklagte nicht Handelsbeziehungen vorgetäuscht, die faktisch nie bestanden haben, so hätte die Beklagte auch keinen Vertrag mit ihr oder jedenfalls nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen.

*e) Keine Heilung des Mangels durch Genehmigung*

77 Art. 31 Abs. 1 OR statuiert eine einjährige Verwirkungsfrist, nach deren Ablauf die Genehmigung des Vertrages durch die getäuschte Partei fingiert wird [vgl. BGE 114 II 131, 141 sowie BGE 101 II 203, 209 f.]. Nach Art. 31 Abs. 2 OR beginnt diese Frist mit der Entdeckung der Täuschung zu laufen. Erst am 1. Juli 2009 hat Klägerin 1 in Person von Julianna Svrei davon Kenntnis erlangt, dass in den USA deutliche Verkaufseinbrüche festgestellt wurden [KB-15]. Obwohl zu diesem Zeitpunkt bereits vermutet wird, dass die dafür verantwortlichen Produkte aus den für Indien, Pakistan und Bangladesch bestimmten Lieferungen stammen, ist noch nicht von der Entdeckung der Täuschung auszugehen. Denn diese setzt sichere

Kenntnis des Willensmangels voraus, blosse Zweifel genügen nicht [Schwenzer, N 39.21]. Auf jeden Fall mussten nach dem 1. Juli 2009 noch weitere Nachforschungen angestellt werden, um eindeutig festzustellen, dass die Beklagte die Produkte gar nie im Vertragsgebiet, sondern immer direkt in den USA vertrieben hat. Erst daraus konnte Klägerin 1 schliessen, dass sie durch die Beklagte in mehrfacher Hinsicht getäuscht wurde. Da die Täuschung mit Schreiben vom 30. Juni 2010 geltend gemacht wird, ist die einjährige Verwirkungsfrist nicht eingetreten, womit eine fingierte Genehmigung abzulehnen ist.

### *f) Rechtsfolgen*

- 78 Wie bereits in Rz 64 beschrieben wurde, stellt der zwischen Klägerin 1 und der Beklagten abgeschlossene Distributionsvertrag ein Dauerschuldverhältnis dar. Da dieses bereits teilweise abgewickelt worden ist, sind die Wirkungen der
- 79 Anfechtung auf die Zukunft zu beschränken, sie treten also ex nunc ein [vgl. BGE 129 III 320, 328 ff.]. 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]. Eine Rückabwicklung des Distributionsvertrages kommt ohnehin nicht in Frage, da es der Beklagten nicht möglich ist, die inzwischen weiterverkauften Produkte an Klägerin 1 zurückzuerstatten. Die Anfechtung des Distributionsvertrages wird deshalb wie eine ausserordentliche Kündigung ex nunc behandelt [BGE 129 III 320, 329]. Der Distributionsvertrag ist somit mit Geltendmachung der Anfechtung in der Einleitungsanzeige per 30. Juni 2010 aufzuheben.

### **3. Anspruch der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR**

- 80 Die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, die sich weder dem Verzug noch der Nichterfüllung zuordnen lässt, wird als positive Vertragsverletzung bezeichnet [BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 OR N 25]. Für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches muss ein Schaden, der durch die Vertragsverletzung verursacht wurde, bestehen. „Der Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung von Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Sie entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte“ [Differenzhypothese, BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 38].

- 81 Der Schaden der Klägerin 2 besteht im entgangenen Gewinn von CHF 1'556'920.00 reduziert um CHF 500'000.00 durch die Verrechnung der Klägerin 1. Diesen Schaden hat sie erlitten, weil die Beklagte die bestellten Produkte statt ins vereinbarte Vertragsgebiet an den bestehenden Kunden [Jim's Gym] der Klägerin 2 in den USA verkaufte. Im Distributionsvertrag wurde zudem vereinbart, dass sich die Beklagte verpflichtet, ausserhalb des Vertragsgebietes keine Kunden aktiv anzuwerben und die Klägerin 1 umgehend darüber zu informieren, falls sie hinsichtlich des Verkaufs der Produkte ausserhalb des Vertragsgebietes von Drittseite angegangen wird [KB-10, Art. 3]. Die Beklagte hat die verfügbaren Produkte der Power-Linie auf ihrer Website zum Verkauf angeboten [Beschluss 6, Seite 48]. Darin ist noch kein Verstoss gegen Art. 3 des Distributionsvertrages zu erblicken, denn es ist legitim, dass die Klägerin ihr Angebot auf dem Internet platziert. Sie hätte aber aus dem genannten Artikel die Pflicht gehabt, die Klägerin 1 über die Anfrage von Jim's Gym zu informieren, und darüber hinaus hätte sie die Verkäufe an diesen Kunden nicht vornehmen dürfen.
- 82 Wenn der Schaden mit der Vertragsverletzung in einem Zusammenhang steht, ist er zu ersetzen. Der entstandene Schaden muss *conditio sine qua non* für den Schaden sein [natürlicher Kausalzusammenhang] und die Vertragsverletzung muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, einen Erfolg in der Art des eingetretenen herbeizuführen. Durch die Vertragsverletzung erscheint der Schadenseintritt als allgemein begünstigt [adäquater Kausalzusammenhang] [Huguenin AT, N 625 ff.].
- 83 Hätte sich die Beklagte an die Vereinbarung nach Art. 3 des Distributionsvertrages gehalten und die Verkäufe nicht in den USA getätigt oder hätte sie die Klägerin 1 vorzeitig über die Anfrage von Jim's Gym informiert, wäre der Klägerin 2 kein Schaden entstanden, weil keine Konkurrenzierung des Produktes auf demselben Markt stattgefunden hätte. Die Klägerin 2 wäre als einzige Verkäuferin in ihrem Markt aufgetreten und hätte weiterhin mehr Produkte an Jim's Gym verkauft. Daher erfüllt die von der Beklagten begangene Vertragsverletzung den natürlichen sowie den adäquaten Kausalzusammenhang.
- 84 Die Beklagte müsste im Weiteren beweisen, dass sie kein Verschulden trifft, da dieses bei Vertragsverletzungen vermutet wird. Dieser Nachweis dürfte ihr schwer fallen, da sie wissen musste, dass sie ausserhalb des vereinbarten Gebietes Verkäufe tätigt.
- 85 Folglich hat die Beklagte der Klägerin 2 das positive Interesse wegen der positiven Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR zu ersetzen.

**4. Eventualiter: Anspruch der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag [GoA] nach Art. 423 OR**

86 Da sich an den Voraussetzungen und Argumenten auch nach Abschluss des Distributionsvertrages nichts ändert, kann auf die Ausführungen in Rz 48 ff. verwiesen werden.

87 Demzufolge hat die Beklagte der Klägerin 2 aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 423 OR den gesamten Nettogewinn aus sämtlichen Lieferungen nach Abschluss des Distributionsvertrages herauszugeben, da wie erwähnt, dieser ebenfalls vollständig auf die Geschäftsanmassung zurückzuführen ist.

**5. Subventualiter: Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR für sämtliche Lieferungen nach Abschluss des Distributionsvertrages**

88 Auch hier kann auf die Ausführungen Rz 52 ff. verwiesen werden, da sich an den Voraussetzungen und Argumenten nichts ändert.

89 Folglich schuldet die Beklagte der Klägerin 2 den Wertersatz aus den Lieferungen nach Abschluss des Distributionsvertrages wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR.