

Moot Court Team 2
Sandro Brugnoli
Désirée Klingler
Matthias Leemann
Martin Zuber

per E-Mail
Schiedsgericht der
Zürcher Handelskammer
z.Hd. Frau Prof. Dr. X
lst.huguenin@rwi.uzh.ch

14. Dezember 2010

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2010

In Sachen

GLP Distribution (Switzerland) AG

Grienbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz

Klägerin 1

GLP Manufacturing Corporation

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

Klägerin 2

beide vertreten durch das Moot Court Team 2

gegen

HealthySales Ltd.

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Namens und mit Vollmacht der Klägerinnen stellen wir unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Frist folgende

Rechtsbegehren

- 1a. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin 1 einen Betrag von CHF 1'056'920 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 nebst Zins zu 5 % seit 8. September 2010 zu bezahlen.*
- 1c. Klägerin 1 und Klägerin 2 verlangen je Zahlung bis zum Gesamtbetrag von maximal CHF 1'056'920 bzw. dessen Gegenwert von USD 973'913. Die jeweilige Forderung der einen Klägerin wird um den an die andere Klägerin zugesprochene Forderung herabgesetzt.*
- 2. Die Wiederklage der Beklagten sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
- 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.*

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	I
Inhaltsverzeichnis	II
Literaturverzeichnis	IV
Entscheidverzeichnis	X
Materialienverzeichnis	XV
1. Teilnahme der Klägerin 2 am Schiedsverfahren	1
1.1 Ausgangslage	1
1.2 Wahl der Swiss Rules als antizipiertes Einverständnis zum Einbezug Dritter	1
1.3 Das Verhalten der Klägerin 2 bei der Vertragserfüllung	1
1.4 Group of companies	2
1.5 Durchgriff.....	3
2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche der Klägerin 2	4
2.1 Ausgangslage	4
2.2 Anwendbares Recht	4
2.3 Voraussetzungen für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung	4
2.3.1 Subjektive Schiedsfähigkeit.....	4
2.3.2 Objektive Schiedsfähigkeit gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG.....	4
2.3.3 Formelle Gültigkeit gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG	5
2.3.4 Materielle Gültigkeit gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG	5
3. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche aus Verkäufen vor dem 31.3.2009	6
3.1 Ausgangslage	6
3.2 Von der Schiedsvereinbarung erfasste Ansprüche	6
3.3 Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf mehrere Verträge	7
4. Anspruchsberechtigung der Klägerin 2 - Durchgriff	8
4.1 Ausgangslage	8
4.2 Konzernverhältnis	8
4.3 Durchgriff.....	9
5. Anspruchsberechtigung der Klägerin 1 - Drittschadensliquidation	10
5.1 Ausgangslage	10
5.2 Drittschadensliquidation	10

6.	Ansprüche der Klägerinnen	11
6.1	Ausgangslage	12
6.2	Vertragsverhältnis.....	12
6.3	Ansprüche beider Klägerinnen bezüglich Vertragsauflösung	12
6.3.1	Vertragsauflösung aufgrund von absichtlicher Täuschung gemäss Art. 28 OR.....	12
6.3.2	Vertragsauflösung aufgrund von Grundlagenirrtum gemäss Art. 23 OR i.V.m. Art. 24 Abs. 2 OR	14
6.3.3	Anspruch aus culpa in contrahendo.....	15
6.4	Ansprüche der Klägerin 2 unabhängig von der Vertragsauflösung	16
6.4.1	Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 423 OR.....	16
6.4.2	Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 OR.....	17
6.5	Anspruch beider Klägerinnen bei Weiterbestehen des Vertrages - Schlechterfüllung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR.....	18
7.	Einrede der Verrechnung gemäss Art. 120 OR.....	19
7.1	Ausgangslage	19
7.2	Voraussetzungen.....	19

Literaturverzeichnis

AHRENS JAN-MICHAEL, Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe, Diss., Freiburg 2001, Schriftenreihe der August Maria Berges Stiftung für Arbitrales Recht Band 11 (zit. AHRENS).
[Rz. 7, 8]

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008 (zit. BERGER).
[Rz. 41, 42, 58, 71, 81]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS).
[Rz. 4, 14, 16, 17, 18, 20, 25, 26]

BEYELER KARIN, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss., Zürich 2004 (zit. BEYELER).
[Rz. 32]

BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ, Einführende Überlegungen zur Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ /BERGER KLAUS-PETER/BREDOW JENS (HRSG.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Band 16, Köln/Berlin/München 2005, 1 ff. (zit. BÖCKSTIEGEL).
[Rz. 4]

BOSMAN ALEIDUS GERARD, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss., Zürich 1984 (zit. BOSMAN).
[Rz. 35]

BUSSE DANIEL, Die Bindung Dritter an Schiedsvereinbarungen, SchiedsVZ 2005, 118 - 123 (zit. BUSSE).
[Rz. 7]

FISCHER PHILIPP, When can an arbitration clause be binding upon non-signatories under swiss law?, Jusletter, 4. Januar 2010, <<http://www.weblaw.ch/jusletter>> (zit. FISCHER).

[Rz. 7]

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 (zit. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL).

[Rz. 35]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. CHK-BEARBEITER/IN).

[Rz. 43, 73]

GAUCH PETER (Hrsg.)/AEPLI VIKTOR, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V/1h, Das Erlöschen der Obligation, Art. 114-126 OR, Zürich 1991 (zit. ZK OR-AEPLI).

[Rz. 83]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER).

[Rz. 48, 58, 60, 62, 74]

GAUCH PETER (Hrsg.)/SCHMID JÖRG, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V/3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-429 OR, Zürich 1993 (zit. ZK OR-SCHMID).

[Rz. 65, 67, 72]

GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. CHK-BEARBEITER/IN).

[Rz. 65, 66]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, *International Arbitration in Switzerland*, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GIRSBERGER/VOSER).

[Rz. 4, 26]

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit. GUHL/BEARBEITER).

[Rz. 72]

HABEGGER PHILIPP, *Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form*, in: *ASA Bulletin Vol. 22 No. 2*, Den Haag 2004 (zit. HABEGGER).

[Rz. 6]

HANDSCHIN LUKAS, *Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht*, Zürich 1994 (zit. HANDSCHIN).

[Rz. 33, 35, 36, 81]

HANOTIAU BERNARD, *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, Den Haag 2005 (zit. HANOTIAU).

[Rz. 4]

HOFSTETTER JOSEF, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Band VII, Basel 2000 (zit. HOFSTETTER).

[Rz. 65]

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

[Rz. 26, 47]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 2. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK IPRG- BEARBEITER/IN).

[Rz. 6, 17, 18]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN).

[Rz. 26, 57, 59, 64, 65, 66, 68, 73, 83]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/ Basel/Genf 2008 (zit. HUGUENIN, OR AT).

[Rz. 48, 60, 61, 62, 76, 78]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. HUGUENIN, OR BT).

[Rz. 47, 67]

JARVIN SIGVARD, DERAIS YVES, Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985, Paris/ New York (zit. ICC Arbitral Awards).

[Rz. 6, 7]

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

[Rz. 43]

KLEINSCHMIDT JENS, Die Widerklage gegen einen Dritten im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2006, 142 - 148 (zit. KLEINSCHMIDT).

[Rz. 3]

LISCHER URS, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht, Diss., Basel 1990 (zit. LISCHER).

[Rz. 65]

MEIER ANDREA, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, Diss., Zürich 2007, Zürcher Studien zum Privatrecht (zit. MEIER).

[Rz. 3,4]

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizer Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007 (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER).

[Rz. 35]

POUDRET JEAN-FRANCOIS/BESSON SEBASTIEN, Comparative law of international arbitration, 2. Auflage, Zürich 2002 (zit. POUDRET/BESSON).

[Rz. 23, 24, 26, 27, 28]

SANDROCK OTTO, Arbitration Agreements and Groups of Companies, in: DOMINICE CHRISTIAN/PATRY ROBERT/REYMOND CLAUDE, Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Basel 1993, 625 – 647 (zit. SANDROCK, Groups of Companies).

[Rz. 8]

SANDROCK OTTO, Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr, SchiedsVZ 2005, 1-10 (zit. SANDROCK, SchiedsVZ).

[Rz. 6]

SANDROCK OTTO, Wirkungen von Schiedsvereinbarungen im Konzern, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ /BERGER KLAUS-PETER/BREDOW JENS (HRSG.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Band 16, Köln/Berlin/München 2005, 93 ff. (zit. SANDROCK).

[Rz. 4, 8, 9]

SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. SCHMID/STÖCKLI).

[Rz. 47]

SCHWEIZER PHILIPPE, Jurisprudence suisse en matière d'arbitrage international, SZIER, 4, 2002, 585 ff. (zit. SCHWEIZER).

[Rz. 18]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009 (zit. SCHWENZER).

[Rz. 48, 78, 82]

VON BÜREN ROLAND, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/6d, Basel/Frankfurt am Main 1997 (zit. VON BÜREN).

[Rz. 31, 35, 36, 37]

WEBER ROLF, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI/1, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zit. BK-BEARBEITER/IN).

[Rz. 40]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER).

[Rz. 3]

Entscheidverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. Dezember 1945

BGE 71 II 272

[Rz. 35]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
22. Januar 1946

BGE 72 II 67

[Rz. 35]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. Juli 1962

BGE 88 I 100

[Rz. 24]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
3. Juni 1986

BGE 112 II 235

[Rz. 40]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. März 1990

BGE 116 Ia 56

[Rz. 23, 24]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. Juli 1991

BGE 117 II 218

[Rz. 48]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
23. Juni 1992
BGE 118 II 353
[Rz. 16]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. April 1994
BGE 120 II 155
[Rz. 18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. November 1994
BGE 120 II 296
[Rz. 62]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
29. Januar 1996
Urteil vom 29.1.1996
[Rz. 9]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
6. September 1996
Urteil 4P.320/1994
[Rz. 14, 24]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. November 1996
BGE 123 III 101
[Rz. 73]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 1996
BGE 123 III 165
[Rz. 48]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. Januar 2000
BGE 126 III 69
[Rz. 67]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
17. Juli 2000
BGE 126 III 382
[Rz. 64]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
6. September 2000
Urteil 4C.26/2000
[Rz. 48]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2001
BGE 128 III 50
[Rz. 18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
18. Dezember 2001
Urteil 4P.126/2001
[Rz. 18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. Juli 2003
BGE 129 III 422
[Rz. 69, 72, 73]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
8. Juli 2003
BGE 129 III 675
[Rz. 17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Oktober 2003
BGE 129 III 727
[Rz. 4, 6, 18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 2003
BGE 130 III 66
[Rz. 17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
9. Januar 2004
BGE 130 III 213
[Rz. 31]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
2. März 2004
BGE 130 III 312
[Rz. 82]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
10. Januar 2006
BGE 132 III 342
[Rz. 81]

Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
30. Januar 2006
BGE 132 II 161
[Rz. 48]

Urteil des ICC-Schiedsgerichtes vom 23. September 1982
ICC interim award, Case No. 4131
[Rz. 7, 8]

Urteil der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichtes vom 20. Juni 1978
ZR 1979 Nr. 133
[Rz. 35]

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates vom 10. November 1982 zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BBl 1983 I 263-471 (zit. Botschaft IPRG).

[Rz. 16]

1. Teilnahme der Klägerin 2 am Schiedsverfahren

1.1 Ausgangslage

- 1 In der Stellungnahme vom 20.9.2010 bestreitet die beklagte Partei die Teilnahme der Klägerin 2 am Schiedsverfahren, da diese die Voraussetzungen von Art. 4 (2) SchO nicht erfülle. Gestützt auf Art. 4 (2) Teilsatz 1 SchO werden nachfolgend die Gründe aufgezeigt, weshalb die Teilnahme zu gewähren ist.

1.2 Wahl der Swiss Rules als antizipiertes Einverständnis zum Einbezug Dritter

- 2 In Art. 19 (6) des Distributionsvertrages (KB-10) wird festgehalten, dass sämtliche Streitigkeiten nach den Swiss Rules zu entscheiden sind. Aufgrund dieses Artikels hat die Klägerin 2 um Teilnahme am Schiedsverfahren als weitere Klägerin ersucht (Begehren vom 8.9.2010, Pkt. 7). Dabei nimmt die Klägerin 2 auf Seiten der Klägerin 1 am Verfahren teil und stellt dieselben Ansprüche (Pkt. 8).
- 3 Art. 4 (2) SchO hält fest, dass „das Schiedsgericht über das entsprechende Begehren nach Konsultation aller Parteien [...]“ entscheidet. Eine ausdrückliche Zustimmung der Beklagten zur Teilnahme wird nicht verlangt (KLEINSCHMIDT, S. 148; ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 4 N 11). Aus der Wahl der Swiss Rules als Verfahrensordnung, ergibt sich eine antizipierte Zustimmung aller Parteien zu einem Dritteinbezug (ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 4 N 12; MEIER, S. 105 f.). Von der Beklagten kann als Verteidigung nicht vorgebracht werden, dass sie dies beim Abschluss des Distributionsvertrages nicht gewusst habe (KLEINSCHMIDT, S. 148).

1.3 Das Verhalten der Klägerin 2 bei der Vertragserfüllung

- 4 Grundsätzlich beschränkt sich eine Schiedsvereinbarung lediglich auf die an ihrem Abschluss beteiligten Parteien (BERGER/KELLERHALS, N 492). Allerdings lässt sich im heutigen Wirtschaftsverkehr die Frage nach den Parteien einer Schiedsvereinbarung nicht mehr nur mit dem Verweis auf die Unterschriften beantworten (MEIER, S. 55). Dies liegt vor allem daran, dass häufig relativ komplexe Vertragsbeziehungen zu Schiedsverfahren führen (BÖCKSTIEGEL, S. 1). So kommt es in der Praxis immer häufiger vor, dass diejenige Partei, die eine Vereinbarung unterzeichnet, mit derjenigen, die sie erfüllt, nicht übereinstimmt (HANOTIAU, N 104 ff.). Nach dem Bundesgericht kann eine Schiedsvereinbarung unter bestimmten Umständen auf eine dritte Partei, welche die Schiedsvereinbarung nicht unterzeichnet hat, ausgedehnt werden (BGE 129 III 727). Die Ausdehnung auf einen Dritten kann dann allgemein bejaht werden, „wenn dieser beim Abschluss oder bei der Erfüllung des Hauptvertrages ein Verhalten an den Tag legte, das die Gegenseite nach Treu und Glauben so

verstehen durfte und musste, dass der Dritte dem Hauptvertrag einschliesslich der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung beitreten wollte“ (BERGER/KELLERHALS, N 521; vgl. GIRSBERGER/VOSER, N 311; MEIER, S. 56).

- 5 I.c. wurden die einzelnen Kaufverträge im Rahmen des Distributionsvertrages von der Klägerin 1 abgeschlossen. Die Lieferung der bestellten Ware wurde aber vollumfänglich von der Klägerin 2 ausgeführt (Beschluss Nr. 2 E. 2.). Vor dem Distributionsvertrag (KB-10) erfolgten über einen Zeitraum von Februar 2008 bis März 2009 mehrere Lieferungen (KB-7, KB-11). Im Laufe der Zeit erfuhr die Beklagte, dass die Lieferungen stets durch die Klägerin 2 abgewickelt wurden (Beschluss Nr. 2 E. 3.). Aufgrund der grossen Zeitspanne und Anzahl an Kaufverträgen muss die Beklagte bei Abschluss der Schiedsvereinbarung gewusst haben, dass die Klägerin 2 in die Vertragserfüllung eingreift. Die Tatsache, dass nach Abschluss des Distributionsvertrages die Ware weiterhin von der Klägerin 2 bereitgestellt wurde, muss nach Treu und Glaube als deren Wille verstanden werden, sich dem Distributionsvertrag inklusive der Schiedsvereinbarung unterwerfen zu wollen. Die Schiedsvereinbarung ist deshalb auf die Klägerin 2 auszudehnen.

1.4 Group of companies

- 6 Die internationale Schiedspraxis hat sich vermehrt mit der Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen auf Dritte befasst. Die ICC hat hierzu die sogenannte *group of companies-doctrine* entwickelt (ICC Arbitral Award, Case No. 4131), für welche auch das Bundesgericht seine Sympathie erkennen liess (BGE 129 III 727 E. 5.1.1; vgl. SANDROCK, SchiedsVZ, S. 7; HABEGGER, N 10). Ausserdem dürfen solche internationalen Entwicklungen in der Schiedsgerichtsbarkeit nicht ohne Weiteres ausser Acht gelassen werden (BSK IPRG-HOCHSTRASSER/BLESSING, Einleitung zum Zwölften Kapitel, N 196).
- 7 Das ICC-Schiedsgericht hielt fest: „the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts, or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise“ (ICC Arbitral Award, Case No. 4131, S. 151). Im zitierten Entscheid bejahte das ICC-Schiedsgericht den Einbezug eines Dritten, da eine *group of companies* trotz der unterschiedlichen juristischen Persönlichkeit der einzelnen Unternehmen in der wirtschaftlichen Realität eine Einheit darstellt (ICC Arbitral Award, Case No. 4131, S. 151; BUSSE, S. 120; FISCHER, Rz. 53). Die Willensübereinstimmung aller Parteien (*mutual*

intention) zum Einbezug Dritter in die Schiedsvereinbarung wurde vom Schiedsgericht auf Gewohnheiten von Kaufleuten im internationalen Handelsverkehr abgestützt (AHRENS, S. 150).

- 8 Die *group of companies-doctrine* setzt zunächst eine durch Abhängigkeit und einheitliche Leitung gekennzeichnete Unternehmensgruppe voraus (AHRENS, S. 153). Zu den Ausführungen, dass beide Klägerinnen eine wirtschaftliche Einheit und einen Konzern bilden, kann auf Rz. 32 ff. verwiesen werden. Als weitere Voraussetzung muss sich ein Vertreter der Nicht-Unterzeichnerin am Abschluss, an der Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrages beteiligt haben (SANDROCK, S. 98). Durch die Ausarbeitung des Distributionsvertrages (Einleitungsanzeige, Pkt. 11) hat sich die Klägerin 2 am Abschluss des Vertrages beteiligt. Zudem muss ein Vertreter der Klägerin 2 den Auftrag gegeben haben, die bestellte Ware auszuliefern. Auf diese Weise hat jener in die Erfüllung des Vertrages eingegriffen. Des Weiteren muss die Nicht-Unterzeichnerin als wirkliche Partei des Hauptvertrages und der Schiedsvereinbarung auftreten (SANDROCK, S. 98). Aufgrund des beschriebenen Verhaltens [Rz. 4 f.] erscheint die Klägerin 2 als wirkliche Partei (*veritable parties*) des Vertrages (ICC Arbitral Award, Case No. 4131, S. 151; SANDROCK, Groups of Companies, S. 628). Zum Schluss muss der Klägerin 2 aus ihrem Auftreten ein Vorteil erwachsen sein (SANDROCK, S. 98). Die Klägerin 1 kümmert sich um die Verträge und somit um neue Kundschaft. Das Geld aus den Verträgen kommt der Unternehmensgruppe aber erst dann zugute, wenn die Verträge erfüllt werden. Dadurch dass die Klägerin 2 die Ware liefert, sorgt sie dafür, dass das Geld erwirtschaftet werden kann. Zudem verhindert die Klägerin 2 durch die Vertragserfüllung allfällige Schadenersatzpflichten ihrer Tochter wegen Vertragsverletzung. Da die Voraussetzungen der *group of companies-doctrine* damit erfüllt sind, ist die Schiedsvereinbarung auf die Klägerin 2 auszuweiten.

1.5 Durchgriff

- 9 Wie unten dargelegt wird, handelt es sich bei den Klägerinnen um einen Konzern [Rz. 31 ff.], weshalb ein Durchgriff [Rz. 35 ff.] möglich ist. Das Bundesgericht hat bei einem solchen Durchgriff bestätigt: „Die beherrschende Muttergesellschaft ist in diesen Fällen nicht an Stelle, sondern neben der Tochtergesellschaft berechtigt [...]“ (Urteil vom 29.1.1996 E. 6.a, ASA Bulletin 1996, 504; vgl. auch SANDROCK, S. 105). I.c. kann die Klägerin 2 somit Ansprüche neben der Klägerin 1 geltend machen.
- 10 *Da die Klägerin 2 vom subjektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel erfasst wird, ist ihr die Teilnahme am Schiedsverfahren zu gewähren.*

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche der Klägerin 2

2.1 Ausgangslage

1 1 In der Stellungnahme vom 20.9.2010 bestreitet die beklagte Partei die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Ansprüche der Klägerin 2. Nachfolgend wird aufgezeigt, weshalb das Schiedsgericht auch für ihre Ansprüche zuständig ist.

2.2 Anwendbares Recht

1 2 I.c. handelt es sich um eine Streitigkeit zwischen einem schweizerischen und einem amerikanischen Unternehmen als Klägerinnen und einem Unternehmen mit Sitz in Deutschland als Beklagte. Gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG gehen Staatsverträge dem nationalen Recht grundsätzlich vor. Sowohl Deutschland wie auch die Schweiz sind Parteien des Lugano-Übereinkommens. Da dieses gemäss Art.1 Abs. 2 Ziff. 4 LugÜ jedoch nicht auf Streitigkeiten betreffend die Schiedsgerichtsbarkeit anwendbar ist, kommt das 12. Kapitel des IPRG zur Anwendung.

1 3 Gemäss Art. 187 Abs. 1 IPRG entscheidet das Schiedsgericht nach dem von den Parteien gewählten Recht. I.c. fiel die Rechtswahl der Parteien auf Schweizer Recht (Art. 19 (6) des Distributionsvertrages, KB-10), welches damit anwendbar ist.

2.3 Voraussetzungen für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

1 4 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Schiedsgericht für die Beurteilung einer Streitsache zuständig, wenn die Voraussetzungen der subjektiven und objektiven Schiedsfähigkeit, der formellen und materiellen Gültigkeit [Rz. 15 ff.] sowie des subjektiven [Rz. 2 ff.] und objektiven Geltungsbereiches [Rz. 23 ff.] kumulativ erfüllt sind (Urteil 4P.320/1994 E. A. c/aa, ASA Bulletin 1997, 299; vgl. BERGER/KELLERHALS, N 323).

2.3.1 Subjektive Schiedsfähigkeit

1 5 Unter die subjektive Schiedsfähigkeit fallen die Partei- und die Prozessfähigkeit. Die GLP Distribution AG und die amerikanische GLP Manufacturing Corporation sind juristische Personen und nach Art. 53 und 54 ZGB partei- und prozessfähig.

2.3.2 Objektive Schiedsfähigkeit gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG

1 6 Gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG ist jeder vermögensrechtliche Anspruch schiedsfähig. Dieser bestimmt sich vor einem Schweizer Schiedsgericht ausschliesslich nach schweizerischem Recht (BERGER/KELLERHALS, N 194). Nach der Rechtsprechung fallen darunter alle geldwerten Leistungen oder alle Rechte, die einen in Geld schätzbaren Wert aufweisen (BGE 118 II 353 E. 3b). Es kommt somit auf das wirtschaftliche Interesse, das mit einer Klage

verfolgt wird, an (BERGER/KELLERHALS, N 196). Der Botschaft zum IPRG folgend, gelten unter anderem schuldrechtliche Ansprüche aus Vertrag, ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag als vermögensrechtlich (Botschaft IPRG, I 301). Vorliegend machen die Klägerinnen den Ersatz des entstandenen Schadens (aus culpa in contrahendo, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung oder eventualiter aus Vertrag [vgl. Rz. 60 ff.]) im Umfang von CHF 1'056'920 geltend, was einen vermögensrechtlichen Anspruch bzw. eine schiedsfähige Sache darstellt.

2.3.3 Formelle Gültigkeit gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG

- 17 Art. 178 Abs. 1 IPRG verlangt den Nachweis der Schiedsvereinbarung durch Text. Nach h.L. müssen die Abrede der schiedsgerichtlichen Streitentscheidung und die Bezeichnung des Rechtsstreites vom Formerfordernis umfasst sein (BGE 130 III 66 E. 3; BGE 129 III 675 E. 2.3; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 9; BERGER/KELLERHALS, N 405). In Art. 19 (6) des Distributionsvertrages (KB-10) haben die Klägerin 1 und die Beklagte bestimmt, „sämtliche Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung“ einem Schiedsgericht mit Sitz in Zürich zur Entscheidung vorzulegen. Der Rechtsstreit wie auch die Zuweisung an ein Schiedsgericht sind damit genügend bestimmt und die Schriftform gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG ist gewahrt.
- 18 Nachfolgend wird aufgezeigt, dass das Formerfordernis auch von der Klägerin 2 erfüllt wird. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre sind an die formelle Gültigkeit bei der Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf Dritte keine hohen Anforderungen zu stellen (BGE 129 III 727 E. 5.3.1; BGE 120 II 155 E. 3b bb; BGE 128 III 50 E. 2b aa; Urteil 4P.126/2001 E. 2e/bb; BSK IPRG-HOCHSTRASSER/BLESSING, Einleitung zum Zwölften Kapitel, N 207; SCHWEIZER, 587; BERGER/KELLERHALS, N 520). Das Formerfordernis erstreckt sich einzig auf die Schiedsvereinbarung, d.h. ausschliesslich auf den Konsens der ursprünglichen Parteien. Sobald eine Drittpartei vom subjektiven Geltungsbereich erfasst wird, was vorliegend der Fall ist [Rz. 2 ff.], erfüllt sie automatisch die Formanforderungen von Art. 178 Abs. 1 IPRG (BGE 129 III 727 E. 5.3.1).

2.3.4 Materielle Gültigkeit gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG

- 19 Damit eine Schiedsvereinbarung volle Gültigkeit beanspruchen kann, muss zudem ein Konsens der Parteien betreffend der essentialia negotii vorliegen. Da die Rechtswahl auf schweizerisches Recht fiel, beurteilt sich die Willensübereinstimmung nach Art. 1 ff. OR. Wie die Klägerin 1 und die Beklagte in Art. 19 (6) des Distributionsvertrages (KB-10) festgehalten

haben, sind sie sich über die Streitentscheidung durch ein Schiedsgericht und das Rechtsverhältnis einig.

20 Es bleibt nun aufzuzeigen, inwiefern auch die Klägerin 2 die materielle Gültigkeit gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG erfüllt. Damit dies gegeben ist, muss ein Dritter vom subjektiven Geltungsbereich erfasst sein (BERGER/KELLERHALS, N 521). Da dies der Fall ist [Rz. 2 ff.], erstreckt sich die materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung auch auf die Klägerin 2.

21 *Da sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind, ist das Zürcher Schiedsgericht für die Ansprüche der Klägerin 2 zuständig.*

3. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche aus Verkäufen vor dem 31.3.2009

3.1 Ausgangslage

22 Die Beklagte bestreitet die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes für Ansprüche vor dem 31.3.2009. Bis dahin wurden die Verkäufe zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten ohne einen einheitlichen schriftlichen Vertrag abgewickelt. Erst als die Beklagte um Formalisierung bat (KB-8), wurde ein schriftlicher Distributionsvertrag abgeschlossen (KB-10). Nachfolgend wird gezeigt, dass die Schiedsvereinbarung auch die Verkäufe vor dem 31.3.2009 erfasst.

3.2 Von der Schiedsvereinbarung erfasste Ansprüche

23 Bei der Frage, ob das Schiedsgericht auch für Ansprüche aus Verkäufen vor dem 31.3.2009 zuständig ist, geht es um den objektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung, der sich grundsätzlich nach dem Parteiwillen bestimmt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre ist die Schiedsvereinbarung im Zweifel extensiv auszulegen (BGE 116 Ia 56 E. 3b; POUURET/ BESSON, N 304).

24 Um zu zeigen, welche Ansprüche von der vorliegenden Schiedsabrede erfasst werden, ist auf die Formulierung derselben abzustellen. Nach allgemeiner Ansicht begründet die Formulierung, wonach Streitigkeiten *aus dem Vertrag* vor Schiedsgericht zu beurteilen sind, eine umfassende Zuständigkeit (BGE 116 Ia 56 E. 3b; BGE 88 I 100 E. 2; Urteil 4P.320/1994 E. 1c/bb). Damit fallen vertragliche Ansprüche wie auch Ansprüche aus culpa in contrahendo in den objektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung, insbesondere wenn diese weit gefasst ist (BERGER/ KELLERHALS, N 469 f., POUURET/ BESSON, N 307). Da i.c. eine sehr offene Formulierung gewählt wurde, ist dies ohne Weiteres zu bejahen. Ebenso unter den objektiven Geltungsbereich fallen Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

Bereicherungsrechtliche Ansprüche fallen darunter, falls der Vertrag nachträglich dahinfällt (BERGER/KELLERHALS, N 473; POUURET/BESSON, N 307).

3.3 Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf mehrere Verträge

- 25 Die Schiedsabrede, die in einem, aber nicht in allen Verträgen enthalten ist, beurteilt sich nach der Absicht der Parteien (BERGER/KELLERHALS, N 474). Auf internationaler Ebene haben sich verschiedene Ansätze zur Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf mehrere Verträge herausgebildet.
- 26 In der einen Konstellation geht es um Verträge, die den gleichen Zweck (*same purpose*) verfolgen. Dabei ist lediglich im Rahmenvertrag (*framework contract*) eine Schiedsklausel enthalten, auf welche sich die zugehörigen Verträge beziehen (POURET/BESSON, N 308; GIRSBERGER/VOSER, N 250). In diesem Fall sollen alle Streitigkeiten, die aus der Reihe der Verträge hervorgehen, dem Schiedsgericht vorgelegt werden (GIRSBERGER/VOSER, N 250). Bei der vorliegenden Streitigkeit verfolgen sämtliche Verträge denselben Zweck, nämlich den Verkauf der Power-Linie. Aus der Autonomie der Schiedsklausel folgt sodann, dass diese auch dann exklusiv gilt, wenn der Vertrag, welcher die Klausel enthält, einen früher abgeschlossenen Vertrag nur ergänzt (BERGER/KELLERHALS, N 476). Der Distributionsvertrag stellt i.c. einen solchen ergänzenden Vertrag dar, da er einzig der Formalisierung des bestehenden Geschäftsverhältnisses diene (KB-8, KB-9). Zudem legt der Distributionsvertrag lediglich den Rahmen für die einzelnen Kaufverträge fest (BSK OR I-AMSTUTZ/SCHLUEP, Einleitung zu Art. 184 ff. N 1490 ff.; zum Alleinvertriebsvertrag HUGUENIN, N 1500; HONSELL, S. 454 ff.).
- 27 Unterstützend kann ein weiterer Ansatz der französischen Rechtsprechung aufgeführt werden: die Interpretation nach der „ökonomischen Realität“ (POURET/BESSON, N 311). Dabei müssen ökonomische Verbindungen (*economic links*) zwischen den Verträgen bestehen und die Streitigkeiten müssen eine untrennbare Natur (*inseparable nature*) aufweisen (POURET/BESSON, N 309). Dass zwischen den verschiedenen Verkäufen eine ökonomische Verbindung besteht, nämlich der Vertrieb und die Abnahme der Power-Linie, ist offensichtlich. Es kann gar von einer „*economic unity of the transactions*“ gesprochen werden (POURET/BESSON, N 309). Die Streitigkeit zwischen den Parteien ist auf ein vertragswidriges Verhalten seitens der Beklagten zurückzuführen. Diese verkaufte die Power-Linie gegen die Vereinbarung in den USA und zwar seit Anfang der Geschäftsbeziehungen zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten (Beschluss Nr. 2 E. 9, vgl. KB-13). Die strittigen Fragen, die aus den Verkäufen vor dem 31.3.2009 resultieren und jene, die aus Verkäufen nach dem Distributionsvertrag hervor-

gehen, stehen somit in einem untrennbaren Zusammenhang, sodass von einer einheitlichen Streitigkeit auszugehen ist.

- 28 Untermuert werden kann Obiges mit dem Argument, dass die Parteien, wenn sie sich zur Schiedsgerichtsbarkeit bekennen, einen Grundsatzentscheid treffen. Oft sind Verfahren vor Schiedsgerichten schneller und der Öffentlichkeit entzogen. Für eine Ausdehnung auf die Verkäufe vor dem 31.3.2009 spricht auch, dass bei einer Aufteilung der Streitigkeiten auf ein staatliches und ein Schiedsgericht, widersprüchliche Urteile erfolgen könnten und die Prozesskosten höher ausfallen würden (POUDRET/BESSON, N 312).
- 29 *Das Schiedsgericht in Zürich ist für die Ansprüche aus Verkäufen vor dem 31.3.2009 zuständig.*

4. Anspruchsberechtigung der Klägerin 2 - Durchgriff

4.1 Ausgangslage

- 30 Die Beklagte bestreitet, dass der Klägerin 1 ein Gewinn in den USA entgangen ist (Einleitungsantwort, Pkt. 10). Nicht bestritten ist hingegen, dass der Klägerin 2 ein Schaden entstand. Nachfolgend wird aufgezeigt, auf welcher Grundlage sie diesen Schaden einfordern kann.

4.2 Konzernverhältnis

- 31 Die Legaldefinition des Konzerns steht in Art. 663e OR. Nach VON BÜREN ist der Konzern eine Gesamtheit aller unter einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung stehenden, juristisch selbständigen Unternehmen (VON BÜREN, S. 16, vgl. hierzu auch BGE 130 III 213 E. 2.2.1.). Unbestrittenermassen besitzen Klägerin 1 und Klägerin 2 juristische Selbstständigkeit.
- 32 Zweites Erfordernis für das Bestehen eines Konzerns ist die einheitliche Leitung. Konzerne werden zumeist gebildet, in dem sich die herrschende Gesellschaft am Kapital anderer beteiligt; für die Beherrschung der Generalversammlung ist die Stimmkraft eines Aktionärs entscheidend (BEYELER, S. 80). Die Klägerin 2 ist Alleinaktionärin der Klägerin 1 und somit kommen ihr sämtliche Aktionärs- und Mitbestimmungsrechte alleine zu. Laut Beschluss Nr. 2 E. 2 besteht der fünfköpfige Verwaltungsrat der Klägerin 1 aus zwei Personen, die zugleich im Verwaltungsrat der Klägerin 2 sitzen, sowie einer Person, die vertraglich an Weisungen der Klägerin 2 gebunden ist. Die Klägerin 2 hat somit die Leitung der Klägerin 1 aufgrund einer Stimmenmehrheit im Verwaltungsrat inne (vgl. BEYELER, S. 83).
- 33 Eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der Konzerndefinition [Rz. 31] liegt vor bei der organisatorischen Zuweisung von Aufgaben, wie z.B. dem Vertrieb. Diese Aufgaben müssen

mit den Konzernzielen und dem Konzernzweck abgestimmt sein und das Tochterunternehmen so einbinden, dass es alleine nicht mehr lebensfähig ist (HANDSCHIN, S. 60). Die Produktfabrikation und Auslieferung werden global von der Klägerin 2 ausgeführt. Die Klägerin 1 unterhält nur Geschäftsbeziehungen mit verschiedenen Abnehmern. Sie könnte auch als für den globalen Vertrieb zuständige Abteilung der Klägerin 2 betrachtet werden. Die Klägerin 1 ist somit von ihrer Mutter abhängig, um ihren Auslieferungspflichten nachzukommen. Die Produkte, welche die Klägerin 1 vertreibt, werden ihr von ihrer Mutter verrechnet. Insofern erfolgt eine Weitergabe des Umsatzes an die Konzernobergesellschaft, was ein gemeinsames Wirtschaften begründet. Da die Klägerin 2 100% der Aktien der Klägerin 1 hält, partizipiert sie zudem direkt an deren Gewinn und Verlust. Damit ist eine wirtschaftliche Einheit belegt.

34 *Das Verhältnis der Klägerinnen ist als Konzern zu betrachten.*

4.3 Durchgriff

35 Im Konzern muss prinzipiell nur die vertragschliessende Gesellschaft für ihre Verpflichtungen einstehen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §24 N 55). Allerdings ist ein Haftungsdurchgriff möglich: „Ein Durchgriff auf die Muttergesellschaft ist namentlich dann gerechtfertigt, wenn die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit der Tochtergesellschaft als rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) erscheint“ (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 61; vgl. HANDSCHIN, S. 185 und VON BÜREN, S. 181f.). In BGE 71 II 272 274 werden die Muttergesellschaft und ihre 100% Tochtergesellschaft als wirtschaftliche Einheit betrachtet. Dies weil die Tochter ein Instrument der Mutter darstellt und sie vollständig in deren Händen verbleibt. In einem solchen Fall müsse die juristische Selbstständigkeit in gewissen Belangen unbeachtet bleiben, z.B. hinsichtlich der rechtlichen Beziehungen des einzigen Aktionärs (Mutter) zu Dritten, wenn das der Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr erfordere (vgl. BGE 72 II 67 E. 3c). I.c. liegt die umgekehrte Situation vor. Die Beklagte hat der Klägerin 2 einen Schaden verursacht, beruft sich in der Einleitungsantwort aber darauf, dass die Klägerin 1 keine entgangenen Geschäfte habe (Einleitungsantwort, Pkt. 10). Aus Obigem ist e contrario zu schliessen, dass die Berufung auf Selbstständigkeit auch in der umgekehrten Situation als rechtsmissbräuchlich einzustufen ist. Es muss möglich sein, dass die Muttergesellschaft auf den Dritten durchgreifen kann. Für die Anwendung des Durchgriffs hat das Bundesgericht postuliert, dass die Mutter ihre Tochtergesellschaft auch effektiv beherrscht (BGE 71 II 272, 275; BOSMAN, S.64). Dies liegt i.c. vor [Rz. 35]. Es wird in der Lehre gefordert, dass bei der Auslegung eines Vertrages oder einer Norm ein beherrschender

Aktionär ein schutzwürdiges Interesse an der Durchsetzung eines Rechts hat, wenn formell Rechte seiner AG auf dem Spiel stehen (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §62 N 94; vgl. ZR 1979 Nr. 133, S. 306). I.c. bedeutet dies, dass die Klägerin 2 als Alleinaktionärin die Rechte ihrer Tochter bezüglich absichtlicher Täuschung bzw. positiver Vertragsverletzung geltend machen kann.

- 36 Es widerspricht jeglichem Gerechtigkeitsgedanken, dass beim Haftungsdurchgriff die „Selbstständigkeit der einzelnen Konzernunternehmen schlicht ignoriert wird“ (VON BÜREN, S. 181), in umgekehrter Richtung aber strikt auf der juristischen Trennung der Vermögen beharrt, und damit der wirtschaftlichen Realität widersprochen wird. Dies vor allem, da die alleine stehenden Aktiengesellschaften heutzutage in der Minderzahl sind. Man geht davon aus, dass mehr als die Hälfte aller Aktiengesellschaften heute in einem Konzernverhältnis stehen (HANDSCHIN, S. 6).
- 37 Nach VON BÜREN sind die Ansprüche, die sich aufgrund eines Konzernverhältnisses ergeben vertraglicher und quasivertraglicher Art, wenn das herrschende Unternehmen sich als Nebenpartei am Vertrag beteiligt (VON BÜREN, S. 185/186), was i.c. vorliegt.
- 38 *Daher ist der Klägerin 2 die Geltendmachung eigener Ansprüche, vertraglicher und quasivertraglicher, bezüglich der entstandenen Schäden zu erlauben, da die Bestreitung ihrer Legitimation durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich ist.*

5. Anspruchsberechtigung der Klägerin 1 - Drittschadensliquidation

5.1 Ausgangslage

- 39 Unbestritten ist, dass der Klägerin 2 Gewinn in den USA entgangen ist. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, auf welcher Anspruchsgrundlage die Klägerin 1 den entgangenen Gewinn der Klägerin 2 geltend machen kann.

5.2 Drittschadensliquidation

- 40 Falls das Gericht sich gegen die Teilnahme der Klägerin 2 oder den Durchgriff entscheiden würde, macht die Klägerin 1 ihre Forderungen [Rz. 48] über die Drittschadensliquidation geltend. Mit der Drittschadensliquidation kann eine Partei, welche selber keinen Schaden erlitten hat, diesen aus Billigkeitsgründen für eine andere, geschädigte, Person einklagen (vgl. BGE 112 II 235). Von einem Grossteil der Lehre wird der Ausschluss „jeglichen Ersatzes eines bei einer Drittperson eingetretenen Schadens als unangemessen empfunden“ und daher die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation bejaht (BK-WEBER, Art. 97, Rz. 298).

- 4 1 Erstes Tatbestandselement der Drittschadensliquidation ist, dass eine Vertragsverletzung des Schuldners einen Schaden herbeiführt, der nicht beim Gläubiger, sondern bei einem Dritten eintritt (BERGER, Rz.1577). Im vorliegenden Fall hat die Beklagte den Vertrag verletzt, indem sie die Power-Linie nicht im vereinbarten Vertragsgebiet (KB-10, Art. 3), sondern in den USA verkauft hat [vgl. Rz. 65 und 77]. Dabei ist nicht der Klägerin 1 ein Schaden entstanden, sondern der Klägerin 2.
- 4 2 Des Weiteren darf der Dritte keinen Ersatzanspruch gegen den Gläubiger oder den Schuldner des Vertrags haben (BERGER, Rz. 1577). Die Drittschadensliquidation ist somit als subsidiäre Haftungsgrundlage anzuwenden, wenn andere Ansprüche nicht greifen. Die Klägerin 2 hat keine Anspruchsgrundlage gegen die Beklagte, falls der Durchgriff verneint würde. Auch gegen die Klägerin 1 sind keine Ansprüche gegeben.
- 4 3 Schliesslich muss die Drittschadensliquidation billig sein (KELLER, S. 52). Billig erscheint die Drittschadensliquidation, wenn die Geschädigte sonst von niemandem Ersatz verlangen könnte. I.c. ist Billigkeit gegeben, da bei Verneinung des Durchgriffs die Beklagte ohne Drittschadensliquidation mit dem zu Unrecht erzielten Gewinn für ihr vertragswidriges Verhalten belohnt würde. Genau in einem solchen Fall trifft es nach der h.L. zu, dass „die Drittschadensliquidation in gewissen Fällen die einzige Möglichkeit ist, sachgerechte Resultate bereitzustellen, weshalb ihrer Anerkennung nichts im Wege stehen soll“ (CHK-REETZ/GRABER, OR 112 N 44).
- 4 4 *Die Voraussetzungen für die Drittschadensliquidation sind erfüllt und es ist der Klägerin 1 zu gestatten, den Schaden über USD 1'435'000 (Antwort vom 8.9.2010, Pkt. 4) für die Klägerin 2 bei der Beklagten einzuklagen.*

6. Ansprüche der Klägerinnen

- 4 5 Nachfolgend werden die Ansprüche der Klägerinnen abgehandelt. Aufgrund des Durchgriffs [Rz. 35 ff.] stehen dabei der Klägerin 2 sämtliche Ansprüche zu [Rz. 51-80]. Der Klägerin 1 stehen bei Verneinung der Teilnahme der Klägerin 2 oder Verneinung des Durchgriffs Ansprüche aus Art. 28 OR, eventualiter Art. 24 OR und aufgrund der Drittschadensliquidation [Rz. 40 ff.] Ansprüche aus culpa in contrahendo und eventualiter aus Art. 97 OR zu. Dabei gelten die folgenden Abhandlungen jeweils für beide Klägerinnen, mit Ausnahme derjenigen über die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung, die nur für die Klägerin 2 gelten.

6.1 Ausgangslage

46 Die Beklagte bestreitet die Aufhebung des Distributionsvertrages (Einleitungsantwort, Pkt. 11) und die Ansprüche der Klägerin 1 auf den entgangenen Gewinn, nicht jedoch jene der Klägerin 2 (Einleitungsantwort, Pkt. 10). Im Folgenden sollen die Aufhebung des Distributionsvertrages und die damit zusammenhängenden Ansprüche der Klägerinnen erläutert werden.

6.2 Vertragsverhältnis

47 Natürlicher Konsens liegt nicht nur beim Distributionsvertrag, sondern auch bei den Verkäufen vor dem 31.3.2009 vor. Die Klägerin 1 und die Beklagte haben sich per Mail über die Ware und den Preis geeinigt (KB-1 bis KB-4, KB-12, KB-17). Die Verkäufe vor dem 31.3.2009 sind als einzelne Kaufverträge zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten zu qualifizieren. Beim Distributionsvertrag handelt es sich um einen Rahmenvertrag, der mit dem Alleinvertriebsvertrag identisch ist, abgesehen von dessen Exklusivitätsrecht (HUGUENIN, OR BT, N 1490 ff.; HONSELL, S. 454 ff.; SCHMID/STÖCKLI, N 1493). Die Beziehung zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten kann wie abgehandelt [Rz. 26 ff.] als einheitliches Vertragsverhältnis betrachtet werden. Der Kaufvertrag wie auch der Distributionsvertrag verlangen keine besondere Form.

6.3 Ansprüche beider Klägerinnen bezüglich Vertragsauflösung

6.3.1 Vertragsauflösung aufgrund von absichtlicher Täuschung gemäss Art. 28 OR

48 Der Tatbestand der absichtlichen Täuschung definiert sich darin, dass eine Vertragspartei den Vertrag eines Motivirrtums wegen abschliesst, der durch täuschendes Verhalten der Gegenpartei erweckt wurde. Der Irrtum ist adäquat kausal für den Vertragsabschluss (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 856). Es muss Absicht vorliegen, d.h. dem Täuschenden die Unrichtigkeit des Sachverhalts bekannt sein (SCHWENZER, 38.07; vgl. HUGUENIN, OR AT, Rz. 497; vgl. BGE 123 III 165 E. 2). Die Täuschung kann auch durch Schweigen erfüllt werden, sofern eine Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben besteht (BGE 132 II 161 E. 4.1; BGE 117 II 218 E. 6). Beim einem Dauerschuldverhältnis, welches i.c. vorliegt, ist zudem ein erhöhtes Mass an Aufklärung gefordert (BGE 4C.26/2000 E. 2a/bb; SCHWENZER, 38.06). „Freilich hat auch hier jede Vertragspartei die andere über Umstände aufzuklären, die erkennbar für den Entschluss zum Vertragsabschluss von wesentlicher Bedeutung sind“ (SCHWENZER, 38.06).

49 In Beschluss Nr. 2 E. 10 wird gesagt, dass der Businessplan der Beklagten darauf basierte, die Produkte aufgrund des billigeren Bezugspreises in anderen als den vereinbarten Märkten

absetzen zu können. Diese Kalkulierung wäre der Klägerin 1 unbedingt mitzuteilen gewesen, da die Beschränkung auf den indischen Subkontinent *conditio sine qua non* für die billigere Abgabe war. Es musste der Beklagten klar gewesen sein, dass die Klägerin 1 keine mit günstigeren Produkten ausgestattete Konkurrenz zu ihrer Konzernmutter schaffen wollte. Es war nie die Rede vom Vertrieb in anderen Märkten. Es geht im Mail KB-1 nur um die Öffnung der Märkte Indien, Pakistan und Bangladesh (siehe auch den Betreff des Mails). Im Mail KB-3 schreibt die Beklagte, dass sie die Waren von Fort Lauderdale „nach Bedarf nach Indien, Pakistan oder Bangladesh weiterverschiffen *werde*“. Da sich der Vertriebsvertrag (KB-10) auf den indischen Subkontinent beschränkt, konnte dies von der Klägerin 1 nur dahingehend verstanden werden, dass nach Bedarf die Ware nur zwischen diesen drei Ländern aufgeteilt werden darf. Irreführend ist allgemein, dass Herr Miller sich stets mit dem Titel „Director New Business Development/India, Pakistan, Bangladesh“ an die Klägerin wandte, gleichzeitig aber, wie im von der Beklagten vorgebrachten Beweismittel BB-1 als „Director New Business/USA“ korrespondiert. Dies impliziert gegenüber der Klägerin 1 eine Vollmacht für den indischen Subkontinent, nicht aber auch für andere Märkte.

- 50 In der Präambel des Vertrages wird die Beklagte als Distributor von Nahrungsmitteln im indischen Subkontinent genannt. Ein Korrigendum, dass sie auch in den USA tätig ist, hat sie nie angebracht. In der Einleitung ist der Vertragszweck auf Verkauf, Vermarktung und Vertrieb auf dem indischen Subkontinent beschränkt. In Art. 2 werden der Vertragsgegenstand und die Geschäftsaspekte festgelegt. Ein Verkauf in anderen Regionen würde eine Zweckänderung darstellen, zu dem die Beklagte nicht angeregt hat, obwohl sie gebeten wurde den Vertrag kritisch durchzulesen (KB-9).
- 51 Ab dem Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen sind weitere Elemente der Täuschung hinzugekommen. Mit dem Satz: „Gerade in Ländern wie Indien und Pakistan greift das Plazet des ‚Official Distributors‘ stark, und es würde unsere Verkäufe in diesen Ländern unterstützen“ (KB-8) erweckte die Beklagte den Eindruck, dass dort Verkäufe getätigt werden, die nun mit Hilfe eines Distributionsvertrags vergrößert werden sollen. Dass gar nie Verkäufe im indischen Raum stattgefunden haben und die Formalisierung nur dazu dient, die Verkäufe das erste Mal umzusetzen, wird nicht erwähnt.
- 52 Der Vertrag beschränkt in Art. 3 i.V.m Art. 1 das Vertragsgebiet abschliessend. Dass Verkäufe in den USA und anderen Gebieten damit nicht erlaubt sind, ergibt sich als logischer Umkehrschluss. Es ist davon auszugehen, dass einem international tätigen Unternehmen wie der Beklagten der Exklusivcharakter solcher Gebietsautorisationen bewusst ist. Dass die Verkäufe in den USA erst getätigt worden sind, nachdem der Verkauf im indischen Raum versucht wur-

de, ist keine Rechtfertigung. Eine Beschränkung zur Verhinderung von Eigenkonkurrenz würde sinnlos, werden wenn der schlechte Absatz im zugewiesenen Gebiet ihre Wirkung aufheben könnte.

- 53 Dass die Power-Linie vor wie nach Vertragsschluss im indischen Raum keinen Absatz fand (Einleitungsantwort, Pkt. 3), stellt kein Problem der Klägerinnen dar und ist keine Berechtigung zum Vertragsbruch. Dass die Klägerin 1 die Waren nicht zurücknimmt (Einleitungsantwort, Pkt. 7) ändert daran nichts. Die verkauften Produkte der Power-Linie sind insgesamt zwei Jahre haltbar. Damit sind sie, v.a. bei humanitären Katastrophen aufgrund des sofortigen Verbrauchs, bis kurz vor Ablauf verkaufbar. Seit Beginn der Geschäftsbeziehungen der Beklagten und der Klägerin 1 sind ein wenig mehr als zwei Jahre vergangen. Damit hatte die Beklagte keinen grossen Zeitdruck, die Ware zu verkaufen und hätte weiter im indischen Raum nach Abnehmern suchen können, anstatt diese sofort in den USA abzusetzen.
- 54 Im Mail KB-12 bestellt Herr Miller ein weiteres Kontingent der Power-Linie unter dem Betreff: „Bestellung für Hilfslager in Pakistan/Bangladesh“. Nach Treu und Glauben muss und darf die Klägerin 1 davon ausgehen, dass solche Abnehmer existieren. Trotzdem wurde auch diese Lieferung in den USA verkauft. Im Zusammenspiel von KB-12 mit KB-8 wurden der Klägerin 1 Lieferungen an Hilfslager angezeigt, die tatsächlich nicht erfolgten. Dies stellt eine wichtige Grundlage für die Formalisierung und damit den Distributionsvertrag dar.
- 55 Die Häufung der verschwiegenen Tatsachen, die nach Treu und Glauben die Beklagte der Klägerin 1 hätte mitteilen müssen ist markant. Von Absicht ist auszugehen, da eine solche Zahl von Fehlern und Missachtungen von Aufklärungspflichten keinem Manager eines international tätigen Unternehmens unabsichtlich unterlaufen. Wenn sich die Beklagte im Recht fühlte bei ihrem Handeln, warum kam sie ihrer Anzeigepflicht (KB-10, Art. 3) bei der Anfrage von Jim's Gym (BB-1) nicht nach?
- 56 Als Rechtsfolge der Vertragsauflösung anerbietet sich ein Schadenersatzanspruch aus culpa in contrahendo [Rz. 60 ff.]. Da die Produkte bereits weiterverkauft sind, ist eine Rückabwicklung unzweckmässig.
- 57 *Der Vertrag ist somit nach Art. 28 OR ex tunc, rückwirkend auf den 31.3.2009, aufzuheben (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28 N 18).*

6.3.2 Vertragsauflösung aufgrund von Grundlagenirrtum gemäss Art. 23 OR i.V.m. Art. 24 Abs. 2 OR

- 58 Eventualiter machen die Klägerinnen bei Ablehnung der Täuschung durch das Gericht einen Irrtum geltend. I.c. liegt ein Motivirrtum vor, der als Irrtum über den Beweggrund zum

Vertragsabschluss (siehe Art. 24 Abs. 2 OR in der französischen Fassung „les motifs du contrat“) definiert wird (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 768). Wesentlich ist ein Irrtum, wenn der vorgestellte Sachverhalt für den Irrenden eine *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss darstellt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 779). Aufgrund der obigen Ausführung bezüglich der Konkurrenzierung der Konzernmutter [Rz. 49] liegt ein subjektiv wesentlicher Irrtum vor. Auch in objektiver Hinsicht ist die Klägerin 1 zu schützen. Nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr hätte jeder vernünftig und korrekt denkende Verhandlungspartner (BERGER, Rz. 990) den Vertrag als auf den indischen Subkontinent beschränkt ansehen müssen [Rz. 52].

59 *Nach Art. 23 OR ist der Vertrag für den Irrenden ex tunc aufzuheben (vgl. BSK OR I-SCHWENZER, Art. 23 N 8). I.c. ist der Vertrag somit rückwirkend auf den 31.3.2009 aufzuheben.*

6.3.3 Anspruch aus culpa in contrahendo

60 In der Folge soll nun gezeigt werden, dass die Beklagte den Klägerinnen aus culpa in contrahendo haftet. Wenn bei Vertragsverhandlungen eine der Parteien gegen die Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, verstösst, haftet sie der anderen für den dadurch entstandenen Schaden bei gegebenen Voraussetzungen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 963). Als erste Voraussetzung ist ein rechtliches Sonderverhältnis zwischen den Parteien zu nennen, aus dem sich nach Treu und Glauben Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben. Explizit sind hierzu Vertragsverhandlungsverhältnisse zu nennen (HUGUENIN, OR AT, Rz. 956). Dies liegt i.c. vor, es wurde über die Lieferung der Power-Linie verhandelt, ein Vertrag abgeschlossen und in der Folge auch erfüllt.

61 Als zweite Voraussetzung muss ein schutzwürdiges Vertrauen bei der einen Partei geweckt werden, welches unter Verstoß gegen Treu und Glauben verletzt wird (HUGUENIN, OR AT, Rz. 956). Das schutzwürdige Vertrauen liegt i.c. vor [Rz. 49 ff.]. Die Verletzung besteht darin, dass die Beklagte die Produkte ausschliesslich in den USA verkaufte, obwohl sie wissen musste, dass die Klägerin 1 die Produkte nur für den indischen Subkontinent abgab [Rz. 52].

62 Der Klägerin 2 ist dadurch ein Schaden im Sinne der Differenztheorie entstanden (vgl. BGE 120 II 296 E. 3b). Da die Klägerin 2 alleinige Vertriebsberechtigte der Power-Linie in den USA ist, wäre der Gewinn aus dem Verkauf der Produkte an Jim's Gym alleine an sie gefallen. Der eingetretene Schaden muss eine adäquat kausale Folge der Pflichtverletzung sein (HUGUENIN, OR AT, Rz. 975). Das konkurrenzierende Verhalten der Beklagten mit billigeren, aber qualitativ gleichwertigen Produkten, war i.c. geeignet, die vorliegenden Ein-

brüche zu verursachen. Nach allgemeinem Lauf der Dinge und Lebenserfahrung kauft der Konsument stets die billigere Variante, sofern die teurere keinen Mehrwert bietet. Ein Verschulden ist in Analogie zu Art. 97 Abs. 1 OR zu vermuten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 982 k).

63 *Die Haftung der Beklagten aus culpa in contrahendo ist zu bejahen und den Klägerinnen der bezifferte Schaden zu ersetzen.*

6.4 Ansprüche der Klägerin 2 unabhängig von der Vertragsauflösung

6.4.1 Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 423 OR

64 Zusätzlich zu den obigen Rechtsbegehren hat die Klägerin 2 gegen die Beklagte einen Anspruch aus Geschäftsanmassung bzw. Eigengeschäftsführung nach Art. 423 ff. OR. Im Gegensatz zur echten Geschäftsführung ohne Auftrag in Art. 419 ff. OR handelt der Geschäftsführer im eigenen, nicht in fremdem Interesse (BGE 126 III 382 E. 4. b/ee). Nach der Absicht des Geschäftsführers sollen Vorteile aus der Geschäftsführung nicht dem Geschäftsherrn zukommen, sondern bei ihm selbst verbleiben (BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 7). I.c. hat die Beklagte offensichtlich nicht die Absicht, den erzielten Gewinn der Klägerin 2 oder Klägerin 1 zukommen zu lassen, da sie ihn bis jetzt einbehalten hat.

65 Eine solche Geschäftsführung besteht in einem rechtswidrigen Eingriff in die Rechtssphäre des Geschäftsherrn (BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 5 f.; ZK OR-SCHMID, Art. 423 OR N 14). Geschäftsanmassung liegt in Fällen vor, in denen die Vorteilserzielung ausschliesslich dem Geschäftsherrn zustehen würde (LISCHER, S. 28). Darunter fallen – unabhängig davon, ob der Zuweisungs- oder der Widerrechtlichkeitstheorie gefolgt wird (CHK-HUGUENIN/JENNY OR 423 N 5 und 7) – nach h.L. Verletzungen von Alleinvertriebsverträgen (CHK-HUGUENIN/JENNY OR 423 N 7; ZK OR-SCHMID, Art. 423 OR, N 80; HOFSTETTER, S. 269). Inhalt eines Alleinvertriebsvertrags ist u.a. das Alleinvertriebsrecht, welches dem Berechtigten die alleinige Nutzung des Vertriebsrechts in einem Gebiet zugesteht. Ein solches Recht hat i.c. auch die Klägerin 2 für die USA inne (Einleitungsanzeige, Pkt. 2), allerdings ohne Abschluss eines Vertrages, da sie es sich als alleinige Produzentin der Power-Linie selbst vorbehalten konnte. Dieses Recht wurde verletzt, als die Beklagte die Power-Linie in den USA verkaufte.

66 Damit die Geschäftsführung unberechtigt ist, darf keine Handlungspflicht des Geschäftsführers zur Geschäftsführung vorliegen; das bedeutet, dass kein Rechtsgrund für das Handeln, also kein Auftrag vorliegt (BSK OR I-WEBER, Art. 423, N 5 i.V.m. Art. 423 N 7). Es bestand keine Verpflichtung der Beklagten zum Verkauf der Power-Linie in den USA. Weder wurde

eine Vereinbarung mit entsprechendem Inhalt getroffen, noch ist ein anderer (z.B. gesetzlicher) Rechtsgrund ersichtlich (CHK-HUGUENIN/JENNY, OR 423 N 10).

67 Art. 423 OR regelt den Fall der bösgläubigen Eigengeschäftsführung (HUGUENIN, OR BT, Rz. 899; BGE 126 III 69 E. 2. a). Bösgläubigkeit liegt dann vor, wenn der Geschäftsführer weiss oder wissen muss, dass er eigennützig ein fremdes Geschäft führt und dass dafür kein Rechtfertigungsgrund vorliegt (ZK OR-SCHMID, Art. 423 OR, N 23). Die Beklagte musste nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Vertrieb in den USA alleine der Klägerin 2 zusteht. Schliesslich wusste sie, dass die Klägerin 1 die Produkte auf der ganzen Welt, ausser in den USA vertreibt (KB-10); zudem wusste sie, dass die Klägerin 2 die Produkte an die Kunden in den USA liefert (KB-6). Aufgrund dieser Tatsachen ist es naheliegend, dass die Klägerin 2 die Power-Linie in den USA zudem auch vertreibt. Des Weiteren war im Vertriebsvertrag vereinbart, dass die Beklagte bei Verkauf der Produkte ausserhalb des Vertragsgebiets die Klägerin 1 darüber zu informieren habe (KB-10, Art. 3). Hätte sie diese Pflicht erfüllt, würde sie mit Sicherheit das Vertriebsgebiet der Klägerin 2 kennen. Deshalb musste sie nach Treu und Glauben wissen, dass sie mit dem Vertragsbruch zugleich das Alleinvertriebsrecht der Klägerin 2 verletzte.

68 Schliesslich muss vom Geschäftsführer ein Gewinn kausal aus der ungerechtfertigten Geschäftsführung erzielt worden sein (BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 5). Ohne Zweifel und unbestritten hat die Beklagte mit dem Verkauf der Power-Linie in den USA einen Gewinn erzielt (KB-16). Der Kausalzusammenhang zwischen Geschäftsanmassung und Gewinn-erzielung ist ebenfalls evident und unbestritten; es ist offensichtlich, dass der Gewinn kausal aufgrund des Verkaufs der Power-Linie zu einem tieferen Preis in den USA erzielt wurde [Rz. 62].

69 Als Folge der Geschäftsanmassung hat derjenige, der in eine fremde Rechtssphäre eingreift und dadurch Gewinn erzielt, dem Geschäftsherrn den zu Unrecht erzielten Gewinn herauszugeben und allenfalls darüber hinaus Schadenersatz zu leisten (BGE 129 III 422 E. 4.).

70 *Das bedeutet, dass die Klägerin 2 gegen die Beklagte einen Anspruch aus Eigengeschäftsführung auf USD 1'435'000 hat.*

6.4.2 Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 OR

71 Eventualiter zur Eigengeschäftsführung fordert die Klägerin 2 die Herausgabe des Gewinns durch die Beklagte aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 OR. Der Tatbestand des Art. 62 OR beinhaltet als erstes Element eine Bereicherung, bestehend in einer Vermögensvermehrung des Bereicherten. Diese Vermögensvermehrung kann in einer tatsächlichen Vergrösserung oder in einer „Nichtverminderung“ des Vermögens bestehen

(BERGER, Rz. 2037). I.c. hat die Beklagte ihr Vermögen durch die Verkäufe der Produkte der Power-Linie vergrössert, indem sie den Gewinn von USD 1'435'000 erzielte (KB-16).

- 72 Gemäss dem Wortlaut des Art. 62 OR hat die Bereicherung „aus dem Vermögen eines anderen“ zu erfolgen. Nach Bundesgericht und h.L. muss die Bereicherung zwar auf Kosten des Bereicherungsgläubigers, aber entgegen dem Wortlaut nicht unbedingt aus dessen Vermögen erfolgt sein (GUHL/KOLLER, S. 220 Rz. 4; ZK OR-SCHMID, Art. 423 OR N 181; BGE 129 III 422 E. 4.). Es ist also nicht erforderlich, dass das Vermögen des Entreicherten tatsächlich kleiner geworden ist und es genügt i.c., dass der Klägerin 2 Gewinn entgangen ist.
- 73 Ungerechtfertigt ist die Bereicherung mithin aufgrund eines unberechtigten Eingriffs in das Vermögen des Entreicherten (Eingriffskondiktion) (CHK-HAHN OR 62 N 4; BGE 129 III 422 E. 4.; BGE 123 III 101 E. 3. a). Ein Eingriff in fremdes Vermögen bedeutet unter anderem, dass der Entreicherte im Gebrauch oder der Nutzung eines Rechts gehindert oder gestört wird (BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 20). Die Klägerin 2 wurde daran gehindert, ihr Alleinvertriebsrecht in den USA auszuüben, indem die Beklagte Parallelverkäufe in diesem Markt getätigt hat (KB-16). Für das Vorliegen eines Eingriffs ist weiter entscheidend, „dass der Verletzer in eine monopolartige Rechtsstellung eingegriffen hat, aufgrund derer alle aus der Ausübung, Nutzung oder Verwertung der Rechtsposition resultierenden Erlöse dem Berechtigten zugeordnet sind“ (CHK-HAHN OR 62 N 23). Das Vertriebsrecht an der Power-Linie steht der Klägerin 2 in den USA alleine zu (Einleitungsanzeige, Pkt. 2) und ist daher eine monopolartige Rechtsstellung. Durch den Verkauf der Power-Linie in den USA hat die Beklagte in jene Rechtsstellung eingegriffen.
- 74 Rechtsfolge der ungerechtfertigten Bereicherung ist, dass der Entreicherte einen Anspruch auf den gesamten Betrag der Bereicherung hat, also auf „die Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand [des Bereicherten] und dem Vermögensstand, welcher ohne die ungerechtfertigte Bereicherung vorliegen würde“ (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1478).
- 75 *Gestützt auf die ungerechtfertigte Bereicherung fordert die Klägerin 2 von der Beklagten die Bereicherung von USD 1'435'000 herauszugeben, welche sie durch den Verkauf der Power-Linie in den USA ungerechtfertigter Weise erlangt hat.*

6.5 Anspruch beider Klägerinnen bei Weiterbestehen des Vertrages - Schlechterfüllung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR

- 76 Falls das Gericht die obigen Anträge nicht gutheisst und den Vertrag nicht aufhebt wird eventualiter ein Schadensersatzanspruch der Klägerinnen gegen die Beklagte aufgrund von Schlechterfüllung geltend gemacht. Vertragliche Nebenpflichten sind unter anderem „Obhuts-

und Schutzpflichten, Aufklärungspflichten, Verschaffungspflichten und Mitwirkungspflichten“ (HUGUENIN, OR AT, Rz. 593). I.c. liegt eine Schutz- und Aufklärungspflicht vor [Rz. 49 ff.]. Dagegen wurde durch die Beklagte verstossen, indem sie die Konzernmutter der Klägerin 1 mit tieferen Preisen unterboten und im gleichen Marktsegment konkurrenziert hat.

77 In Art. 3 des Distributionsvertrages (KB-10) wird statuiert, dass die Beklagte kein Anwerben ausserhalb des Vertragsgebietes vornehmen darf. Auch müsste sie die Klägerin bei allfälligen Angeboten von Drittseite informieren. Laut Gerichtsbeschluss Nr. 2 E. 6 bot die Beklagte ihre Produkte im Internet an. Es ist davon auszugehen, dass das Angebot mit Lieferoptionen in die USA bestand, da sie die Ware an Jim's Gym geliefert hat. Dies läuft dem Anwerbeverbot zuwider. Zudem ist eine Auslieferung in den USA unzulässig, einzig der Import ins Vertragsgebiet und der dortige Verkauf sind erlaubt. Aus Mail BB-1 wird ersichtlich, dass die Beklagte von Jim's Gym mit einem Kaufangebot für PowerBar's angegangen wurde. Dies hat eine Informationspflicht ausgelöst, der jedoch nie nachgekommen wurde. Somit wurde gegen den Vertragszweck und sämtliche Regelungen des Art. 3 verstossen.

78 Entsteht dem Gläubiger wegen der Schlechtleistung ein Schaden, ist das positive Interesse zu ersetzen, welches den entgangenen Gewinn beinhaltet (SCHWENZER, 68.06; HUGUENIN, OR AT, Rz. 612). I.c. hat die Klägerin einen Schaden erlitten und möchte den entgangenen Gewinn von der Beklagten abschöpfen.

79 *Den Klägerinnen ist Schadenersatz in der Höhe von USD 1'435'000 bzw. CHF 1'556'920 aus Art. 97 Abs. 1 OR zuzusprechen.*

7. Einrede der Verrechnung gemäss Art. 120 OR

7.1 Ausgangslage

80 Die Klägerinnen machen mittels Verrechnung geltend, dass die Klägerin 1 die CHF 500'000 aufgrund der Vorauszahlung vom 28.11.2009 einbehalten kann. Die Verrechnungserklärung geben die Klägerinnen in der Antwort zur Anzeige der Widerklage (Pkt. 4) ab. Die Verrechnung soll mit der ihr zustehenden Summe von USD 1'435'000 bzw. CHF 1'556'920 erfolgen.

7.2 Voraussetzungen

81 Die für die Verrechnung erforderliche Gegenseitigkeit der Forderungen (Art. 120 Abs. 1 OR) bedeutet, dass die Parteien jeweils gleichzeitig Gläubiger und Schuldner der anderen Partei sind (BERGER, Rz. 1367; BGE 132 III 342 E. 4.3). Klägerin 1 ist Gläubigerin der Schadenersatzforderung über CHF 1'556'920 und zugleich Schuldnerin der CHF 500'000,

welche sie als Vorauszahlung von der Beklagten erhalten hat. Sollte der Schadenersatz der Klägerin 2 zugesprochen werden, kommt die Rechtsfigur der Konzernverrechnung e contrario zur Anwendung. Bei der Konzernverrechnung ist es aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots möglich, dass Aussenstehende ihre Forderungen mit einem Konzernunternehmen verrechnen, auch wenn ihre Forderung gegenüber einem anderen Konzernunternehmen besteht (HANDSCHIN, S. 277). Dieser Grundsatz muss - wie der Durchgriff - aus Billigkeit auch in die andere Richtung möglich sein [vgl. Rz. 35 f.]. So kann ein Konzernunternehmen seine Forderung gegen einen Dritten mit einer Schuld eines anderen Konzernunternehmens bei diesem Dritten verrechnen.

- 82 Beim Erfordernis der Gleichartigkeit müssen die geschuldeten Leistungen der gleichen Gattung angehören (SCHWENZER, Rz. 77.10). I.c. ist dies gegeben, da die Forderungen beider Parteien Geldschulden sind. Die allenfalls vorliegenden unterschiedlichen Währungen stellen dabei grundsätzlich kein Problem dar, da die Währungen in die jeweils andere umgerechnet werden können (BGE 130 III 312 E. 6.2).
- 83 Die dritte Voraussetzung für die Verrechnung ist die Fälligkeit bzw. Erfüllbarkeit der Forderungen (ZK OR-AEPLI, Art. 120 OR N 80 f.). Entgegen dem Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 OR müssen nicht beide Forderungen fällig sein, sondern lediglich die Verrechnungsforderung. Für die Hauptforderung genügt die Erfüllbarkeit (BSK OR I-PETER, Art. 120 N 4), was i.c. vorliegt. Die Fälligkeit der Verrechnungsforderung setzt sich aus einem sachlichen und einem zeitlichen Element zusammen (ZK OR-AEPLI, Art. 120 OR N 84). Sachlich ist eine Forderung dann fällig, wenn sie wegen ihres Entstehungsgrundes klagbar ist (ZK OR-AEPLI, Art. 120 OR N 85). Da die Forderung der Klägerinnen bereits eingeklagt worden ist, ist das sachliche Element gegeben. In zeitlicher Hinsicht muss die Klagbarkeit eingetreten sein, was sofort nach der Entstehung der Forderung geschieht, sofern die Parteien nicht anderes vereinbart haben (Art. 75 OR). I.c. ist also die Forderung der Klägerinnen sogleich fällig geworden. Weiter ist Art. 121 Abs. 2 OR zu beachten, welcher statuiert, dass der Schuldner auch dann verrechnen kann, wenn seine Gegenforderung bestritten wird (ZK OR-AEPLI, Art. 120 OR N 146). Die Klägerinnen können folglich verrechnen, auch wenn über ihre Forderungen prozessiert wird.
- 84 *Es steht den Klägerinnen zu, ihre Forderungen mit der Forderung der Beklagten über CHF 500'000 zu verrechnen.*