

Moot Court Team 4

Aebi Benjamin

v. Ins Philipp

Robert Dominic

Waelchli Fabienne

**LIS**

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

8022 Zürich

Zürich, 15. Dezember 2010

# Klageschrift

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 Moot Court Team 4

gegen

**HealthySales Ltd.**

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

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team [...]

betreffend

**FORDERUNG**

Namens und mit Vollmacht der Klägerinnen 1 und 2 unter Wahrung aller Fristen stellen wir 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 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 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 gemäss Art. 4 (2) der internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern die Teilnahme am Schiedsverfahren als weitere Klägerin zu gestatten.*

Die Rechtsbegehren werden anhand der nachstehenden Streitfragen erörtert

- I. *Ist der Klägerin 2 die Teilnahme am Schiedsverfahren zu erlauben und ist das Schiedsgericht zur Beurteilung der von der Klägerin 2 geltend gemachten Ansprüche zuständig?*
- II. *Ist das Schiedsgericht zur Beurteilung von Ansprüchen der Klägerin 1 und/oder Klägerin 2 aus Verkäufen vor dem 31. März 2009 zuständig?*
- III. *Ist der Distributionsvertrag aufgehoben, falls ja per wann?*
- IV. *Hat die Klägerin 1 aufgrund des Verhaltens der Beklagten einen Anspruch auf Geldleistung gegenüber der Beklagten? Falls ja, hinsichtlich welcher Lieferungen und aus welchen Rechtsgründen?*
- V. *Unter der Annahme, dass das Schiedsgericht der Klägerin 2 die Teilnahme am Schiedsverfahren erlauben würde und zur Beurteilung derer Ansprüche zuständig ist: Hat die Klägerin 2 aufgrund des Verhaltens der Beklagten einen Anspruch auf Geldleistung gegenüber der Beklagten? Falls ja, hinsichtlich welcher Lieferungen und aus welchen Rechtsgründen?*
- VI. *Hat die Beklagte einen Anspruch gegenüber der Klägerin 1 auf Rückzahlung der Vorauskasse von CHF 500'000? Falls ja, aus welchen Rechtsgründen?*

Nach Beschluss der Parteien in der Telefonkonferenz vom 24. September 2010, haben sich die Parteien lediglich zu den obenstehenden Fragen zu äussern. Die Fragen werden anhand des schweizerischen Rechts unter Ausschluss des CISG (Wiener-Kaufrecht) erörtert.

# Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS .....	II
ENTSCHEIDVERZEICHNIS .....	VI
EINLEITUNG .....	1
<b>1 ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS UND ANWENDBARES RECHT .....</b>	<b>2</b>
1.1 Anwendbares Recht .....	2
1.2 Zuständigkeit des Schiedsgerichts .....	2
<b>2 BERECHTIGUNG DER GLP-M ZUR ANRUFUNG DES SCHIEDSGERICHTS .....</b>	<b>3</b>
2.1 Subjektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel .....	3
2.2 Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Ansprüche .....	5
<b>3 ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS FÜR ANSPRÜCHE AUS VERKÄUFEN VOR DEM 31. MÄRZ 2009 .....</b>	<b>5</b>
3.1 Objektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel.....	6
3.2 Zuständigkeit für die Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 1 .....	8
3.3 Zuständigkeit für die Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 2 .....	8
<b>4 AUFHEBUNG DES DISTRIBUTIONSVERTRAGES.....</b>	<b>8</b>
4.1 Vertragsklassifikationen.....	8
4.2 Aufhebung des Rahmen- resp. Distributionsvertrages wegen Willensmängeln .....	9
<b>5 ANSPRUCH VON GLP DISTRIBUTION.....</b>	<b>11</b>
5.1 Aktivlegitimation.....	11
5.2 Schadenersatz gem. Art. 97 ff. OR .....	11
5.3 Drittschadensliquidation .....	12
5.4 Lieferungen.....	13
5.5 Rechtsgründe.....	13
<b>6 ANSPRUCH VON KLÄGERIN 2 AUF GELDLLEISTUNG.....</b>	<b>14</b>
6.1 Anspruch aus Vertrag .....	14
6.2 Geschäftsführung ohne Auftrag .....	14
6.2.1 Allgemeines zur Geschäftsführung ohne Auftrag .....	14
6.2.2 Objektive Elemente .....	15
6.2.3 Subjektive Elemente.....	16
6.3 Lieferungen.....	16
6.4 Rechtsgründe.....	17
<b>7 VERRECHNUNG DER VORAUSZAHLUNG .....</b>	<b>17</b>
7.1 Verrechnungsvoraussetzungen .....	17
7.1.1 Existenz zweier gleichartiger Forderungen .....	17
7.1.2 Durchsetzbarkeit der Verrechnungsforderung .....	18
7.1.3 Ausschluss der Verrechnung .....	19
7.2 Verrechnungserklärung .....	20

## Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD/KELLERHALS  
FRANZ  
Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit  
in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BER-  
GER/KELLERHALS, N ...)  
Rz. 12, 15, 16, 21, 24, 28
- BUCHER EUGEN  
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner  
Teil ohne Deliktsrecht, 2. neubearbeitete und er-  
weiterte Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER, S.  
...)  
Rz. 48, 50, 51, 55
- FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN  
MARKUS et al.  
Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich  
2008 (zit. FURRER/MÜLLER-CHEN, S. ...)  
Rz. 43, 57, 64, 85, 92, 94, 98
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER  
ANTON K. (Hrsg.)  
Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Ob-  
ligationenrecht Allgemeine Bestimmungen,  
Nachdruck der 1. Auflage, Zürich 2010 (zit.  
CHK OR-BEARBEITER, Art. ... N ...)  
Rz. 63
- GAUCH PETER/AEPLI VIK-  
TOR/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.)  
Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des  
Bundesgerichts, 7. nachgeführte und erweiterte  
Auflage, Zürich 2009 (zit. Präjudizien OR-  
BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
Rz. 97
- GUHL THEO  
Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufla-  
ge, Zürich 2000 (zit. GUHL, § ... N...)  
Rz. 56, 62

- HABEGGER PHILIPP  
Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form, Case note on BGE 129 III 727, in: ASA Bulletin 2004, S. 398 ff. (zit. HABEGGER, S. ...)  
Rz. 15
- HONSELL HEINRICH  
Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. ergänzte und verbesserte Auflage, Bern 2006 (zit. HONSELL, S. ...)  
Rz. 62
- HONSELL HEINRICH (Hrsg.)  
Kurzkomentar Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel 2008 (zit. KUKO OR-BEARBEITER, Art. ... N ...)  
Rz. 92
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM  
PETER/SCHNYDER ANTON  
K./BERTI STEPHEN V.(Hrsg.)  
Basler Kommentar, Internationalen Privatrecht, IPRG, 2. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)  
Rz. 10, 12, 28, 29
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM-  
PETER/WIEGAND WOLFGANG  
Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK OR-BEARBEITER, Art. ... N ...)  
Rz. 49, 52, 53, 77, 78, 87, 88, 104
- HUGUENIN CLAIRE et al.  
Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Überarbeitete Auflage, Zürich 2008 (zit. HUGUENIN, N...)  
Rz. 66, 90, 92

- HUGUENIN CLAIRE/ MÜLLER-  
CHEN MARKUS/GIRSBERGER DA-  
NIEL (Hrsg.)
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,  
Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag,  
Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Nach-  
druck der 1. Auflage, Zürich 2010 (zit. CHK  
Vertragsverhältnisse-BEARBEITER, Art. ... N ...)  
Rz. 73, 74, 75, 76
- KOLLER ALFRED
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner  
Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts  
ohne Deliktsrecht, Bern 2009 (zit. KOLLER, § ...  
N ...)  
Rz. 87
- KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL  
PETER/SCHWANDER IVO/WOLF  
STEPHAN
- Schweizerisches Obligationenrecht, Kommentar,  
2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich  
2009 (zit. OFK-BEARBEITER, Art. ... N ...)  
Rz. 88
- LACHMANN JENS-PETER
- Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis; 3. völlig  
überarbeitete Auflage, Köln 2008 (zit. LACH-  
MANN, N ...)  
Rz. 28, 33
- SCHWENZER INGEBORG
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner  
Teil, 4. überarbeitete Auflage, Bern 2006 (zit.  
SCHWENZER, S. ...)  
Rz. 57, 60, 61, 64, 88
- WALTER GERHARD
- Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4.  
Neubearbeitete Auflage, Bern 2007 (zit. WALTER,  
S. ...)  
Rz. 27

WALTER GERHARD/BOSCH  
WOLFGANG/BRÖNIMANN JÜRGEN

Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der  
Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-  
Gesetzes; Bern 1991 (zit. WALTER/BOSCH, Art.  
... S. ...)  
Rz. 28

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER  
CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP  
(Eds.)

Swiss Rules of International Arbitration Com-  
mentary, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. Swiss Ru-  
les-BEARBEITER, Art. ... N ...)  
Rz. 25



## Entscheidverzeichnis

Urteil der. II. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 26. Oktober 1937  
BGE 63 II 383.

Urteil der. II. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. September  
1961  
BGE 87 II 155.

Urteil der II. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Februar 1982  
BGE 108 II 77.

Urteil der II. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. November  
1985  
BGE 111 II 447.

Urteil der Zivilrechtlichen und Schuldbetreibungs- und Konkursrechtlichen Abteilung des Schwei-  
zerischen Bundesgerichts vom 26. September 2000  
BGE 126 III 522.

Urteil der Zivilrechtlichen und Schuldbetreibungs- und Konkursrechtlichen Abteilung des Schwei-  
zerischen Bundesgerichts vom 7. Juli 2003  
BGE 129 III 422 (4C.363/2001).

Urteil der Zivilrechtlichen und Schuldbetreibungs- und Konkursrechtlichen Abteilung des Schwei-  
zerischen Bundesgerichts vom 8. Juli 2003  
BGE 129 III 675 (4P.67/2003).

Urteil der Zivilrechtlichen und Schuldbetreibungs- und Konkursrechtlichen Abteilung des Schwei-  
zerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2003  
BGE 129 III 727 (4P.115/2003).

Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 2. März 2004  
BGE 130 III 312 (4C.123/1997).

Urteil der Zivilrechtlichen und Schuldbetreibungs- und Konkursrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Mai 2003

4C.40/2003.

BGer, Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Januar 1996 (ASA Bulletin 1996, S. 496, 506).

I.C.C. Award 4131; Yearbook commercial arbitration / International Council for Commercial Arbitration, Vol. 8, 1984, p. 136 (zit. ICC Award 4131)

Urteil des V. Zivilsenates des deutschen Bundesgerichtshofes vom 5. Dezember 1963

V ZB 410/63 BGH, URT. v. 5.12.1963

## Einleitung

- 01 Der Aufbau der Klageschrift orientiert sich zur besseren Übersicht an den zu beantwortenden Streitfragen.
- 02 Einleitend wird aufgezeigt, welches Recht auf das vorliegende Verfahren angewendet wird und dass das Schiedsgericht der Handelskammer Zürich für die Beurteilung der Ansprüche der Klägerin 1 (GLP-Distribution [GLP-D]) zuständig ist.
- 03 Alsdann werden die Kläger zeigen, dass der Klägerin 2 die Teilnahme am Schiedsverfahren zu erlauben ist [2.] und im Weiteren, dass das Schiedsgericht zuständig ist zur Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche von GLP-Manufacturing [GLP-M] [2.1].
- 04 Im Weiteren zeigen die Kläger auf, dass das Schiedsgericht zur Beurteilung der Ansprüche der Klägerin 1 [3.2] und 2 [3.3] aus dem Rechtsverhältnis vor dem 31. März 2009 zuständig ist.
- 05 Die Kläger werden weiter darlegen, dass der Distributions-, resp. der Rahmenvertrag aufgehoben wird aufgrund von Willensmängeln [4.].
- 06 In der Folge wird gezeigt, dass Klägerin 1 einen Anspruch auf Geldleistung gegenüber der Beklagten hat. Weiter wird dargelegt, hinsichtlich welcher Lieferungen und aus welchen Rechtsgründen dieser Anspruch besteht [5.].
- 07 Sodann wird dargelegt, dass die Beklagte durch die Produktverkäufe in den USA gegenüber der Klägerin 2 sowohl Vertragsbruch begangen [6.1], als auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) vorgenommen hat [6.2].
- 08 Zuletzt wird gezeigt, dass die Klägerin 1 berechtigt ist, die Zahlung der Beklagten zurückzuhalten und mit der Schadenersatzforderung zu verrechnen [7.]

# 1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts und anwendbares Recht

## 1.1 Anwendbares Recht

09 Im vorliegenden Fall stehen sich die Parteien GLP-D mit Sitz in der Schweiz und HS mit Sitz in Deutschland gegenüber. Dies erfüllt den Tatbestand der qualifizierten Auslandsberührung gemäss Art.176 IPRG. Da beide Parteien aus Vertragsstaaten des Lugano-Übereinkommens stammen, steht gem. Art.1 Abs.1 IPRG zunächst dessen Anwendbarkeit in Frage. Die Anwendbarkeit desselben wird aber nach Art. 1 Abs. 2 Ziff. 4 LugÜ für Fälle der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen. Es ist demnach in Anwendung des 12. Kapitels IPRG das anwendbare Recht aufzuzeigen.

10 Gemäss Art. 182 IPRG liegt die Bestimmung der Verfahrensordnung in der Freiheit der Parteien (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 182 IPRG N 11). Vorliegend ergibt sich der Anwendungsbe- reich der Swiss Rules aus Art. 1 Ziff. 1 und 3 Swiss Rules. Demnach genügt nach Ziff. 1 der in der Schiedsklausel enthaltene Verweis auf die Schweizerische Handelskammer Zürich und nach Ziff. 3 in zeitlicher Hinsicht der Abschluss der Schiedsklausel nach dem 1. Januar 2004, um die Anwendbarkeit der Swiss Rules of International Arbitration 2004 zu begründen. Die Bestimmung des auf die Streitsache anwendbaren Rechts richtet sich primär nach dem Grund- satz der Parteiautonomie (vgl. Art. 33 Ziff.1 Swiss Rules i.V.m. Art. 187 Abs.1 Satz 1 IPRG). Im vorliegenden Fall haben die Parteien durch übereinstimmende Willensäusserung eine mate- rielle Rechtswahl (*lex voluntatis*) getroffen (BSK IPRG-KARRER, Art. 187 IPRG N 101 f.). Gemäss Schiedsklausel (KB-10, Art. 19 Ziff. 6) findet das schweizerische Recht, unter Aus- schluss des UN-Kaufrechts Anwendung. Demzufolge wird der Streitgegenstand nach dem auf die Streitsachen anwendbaren nationalen Recht beurteilt.

11 Folglich werden nachstehend die obligatorischen Ansprüche nach dem schweizerischen Obli- gationenrecht und die verfahrensrechtlichen Fragen primär nach den Swiss Rules beurteilt, so- lange sie eine formelle oder materielle Antwort für eine Fragestellung zu geben vermögen.

## 1.2 Zuständigkeit des Schiedsgerichts

12 Der Entscheid über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist Sache des Schiedsgerichts selbst (sog. Kompetenz-Kompetenz). Es entscheidet positiv über seine Zuständigkeit, sofern die Streitsache schiedsfähig ist, eine formell und materiell gültige Schiedsklausel vorliegt, die gel- tend gemachten Ansprüche unter die vereinbarte Schiedsklausel fallen und die Parteien befä- higt sind, die Schiedsklausel mit verbindlicher Wirkung abzuschliessen (BERGER/KELLERHALS, N 221). Objektiv schiedsfähig (*ratione materiae*) ist nach Art. 177 Abs. 1 IPRG jeder vermö-

gensrechtliche Anspruch. Im vorliegenden Fall werden obligatorische Ansprüche aus Vertrag und GoA, die allesamt ein wirtschaftliches Interesse (Geldwert) verfolgen (BGE 108 II 77), geltend gemacht. Die subjektive Komponente der Schiedsfähigkeit (*ratione personae*) wird durch Vorliegen einer formell und materiell gültig zustande gekommenen Schiedsklausel erfüllt. Im vorliegenden Fall erfüllt die schriftlich vereinbarte Schiedsklausel (KB-10) das formelle Erfordernis der Schriftlichkeit gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 IPRG N 6). Nach dem Grundsatz des *favor validitatis* beurteilt sich die materielle Gültigkeit der Schiedsklausel nach dem auf die Streitsache, insb. auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht (BERGER/KELLERHALS, N 367). In casu besteht gem. Art. 1 Abs. 1 OR, einen Konsens über die anwendbare Schiedsordnung (Swiss Rules), den Schiedsort und die Verfahrenssprache (KB-10, Art. 19 Ziff. 6) zwischen GLP-D und HS (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art.178 IPRG N 24 f.). Sodann haben GLP-D und HS, deren Rechts- und Handlungsfähigkeit ausser Frage steht und damit auch deren Befähigung eine Schiedsklausel mit verbindlicher Wirkung abschliessen zu können, eine materiell gültige Schiedsklausel abgeschlossen.

13 Schlussfolgernd wird die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte zugunsten des Schiedsgerichts durch die gültig zustande gekommene Schiedsklausel derogiert. Die subjektive und objektive Zuständigkeit des Schiedsgerichts der Zürcher Handelskammer ist somit festgestellt und das Schiedsgericht hat über die Streitsache zwischen GLP-D und HS zu befinden. Wieweit der subjektive und objektive Geltungsbereich der Schiedsklausel im vorliegenden Fall reicht, ist nachstehend zu beantworten.

## 2 Berechtigung der GLP-M zur Anrufung des Schiedsgerichts

14 Der Vertrag, in dem die Schiedsklausel enthalten ist, wurde zwischen Klägerin 1 und der Beklagten HS geschlossen. Nicht zwischen GLP-M und HS. Der Vertrag resp. der Kreis der Begünstigten und Verpflichteten aus dem Vertrag sind jedoch der Auslegung zugänglich. Es wird zu zeigen sein, dass die tatsächlichen Parteiverhältnisse weiter gefasst sind als der Wortlaut des Vertrages (POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Droit comparé de l'arbitrage international, Zürich 2002, N 250) und sodann GLP-M berechtigt ist, das Schiedsgericht anzurufen.

### 2.1 Subjektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel

15 Eine nicht signierende Partei ist berechtigt sich auf die Schiedsklausel zu berufen, sofern sie nach Treu und Glauben (*bona fides*) (HABEGGER, S. 399), daraus verpflichtet oder berechtigt ist. Dies kann durch Mithilfe beim Abschluss oder bei der Erfüllung des Hauptvertrages erfol-

gen, indem sich die Partei so verhält, als ob sie der Schiedsklausel beitrete und von ihr erfasst ist (BERGER/KELLERHALS, N 521). Eine Anwendung der *Théorie des Groupes des sociétés* (BERGER/KELLERHALS, N. 530) aus dem französischen Recht wurde vom Bundesgericht nur unter Zurückhaltung getragen (BGer 1. Zivilabteilung–Urteil vom 29. Januar 1996 E. 7). Nur, aber immerhin, soll sie gelten, wenn eine Unternehmung der Gruppe bei der Erfüllung der Vertragspflicht massgeblich involviert ist und nicht nur ein reines Gruppenverhältnis besteht (BGer 1. Zivilabteilung–Urteil vom 29. Januar 1996 E. 7, *e contrario*; ICC Award 4131). Zudem ist der Anwendungsbereich der IPRG-Normen, welche die Parteiausweitung einschränken, insbesondere Art. 178 IPRG, wonach ein schriftlicher Nachweis für die Schiedsklausel gefordert ist, weit auszulegen, gegebenenfalls als nicht zwingend anzusehen. Ohne eine solche Lösung wäre die Möglichkeit zur Teilnahme jeder Partei, ungeachtet wie schützenswert ihre Anliegen sind, von vornherein ausgeschlossen (sinngemässe Wiedergabe des BGE 129 III 727 E. 5.3.1).

16 Es muss sodann dargelegt werden, dass GLP-M nicht eine aussenstehende Partei, sondern eine Erfüllungsgehilfin von Klägerin 1 resp. Leistungserbringerin des Vertrages ist und die eigentliche Vertragsleistung erbrachte und somit GLP-M und GLP-D zu einer *wirtschaftlichen Realität* (DANIEL BUSSE, Die Bindung Dritter an die Schiedsvereinbarung in: SchiedsVZ, Zeitschrift für Schiedsverfahren, 3. Jahrgang 2005, Heft 3, S. 119; sowie BERGER/KELLERHALS, N 527) wurden.

17 Daher ist zu zeigen, dass GLP-M massgeblich an der Erfüllung des Vertrages mitgewirkt hat, und folglich als nicht unterzeichnende Partei in den unterzeichnenden Parteien vertreten war. Zudem muss im Sinne der vertrauensrechtlichen Auslegung ermittelt werden, ob die betreffende Partei eine Begünstigung aus dem Vertrag zieht (BGE 129 III 675 E. 2.1).

18 Im vorliegenden Falle ist GLP-D eine Gesellschaft die zu 100% in der Hand (siehe Sachverhalt S. 46) der Muttergesellschaft GLP-M steht. Zudem ist die Schweizer Tochtergesellschaft über die Stimmrechte (3 von 5 Stimmrechten) im Verwaltungsrat von der Muttergesellschaft kontrolliert. Die Muttergesellschaft GLP-M hat stets die Vertragsleistung, das heisst die Lieferung der Bestellungen ausgeführt, und die Klägerin 1 diente lediglich zur administrativen Auftragsabwicklung. Die Beklagte hat zur Herstellung der Geschäftsbeziehungen Klägerin 2 direkt angeschrieben, welche so dann behilflich war, um die Geschäftsbeziehungen zur Klägerin 1 herzustellen (KB-1). Zudem wurde der Vertrag von der Rechtsabteilung der Klägerin 2 ausformuliert und der Klägerin 1 als *Standardvertrag* zur Verfügung gestellt. Klägerin 2 ist die effektive Leistungserbringerin im Vertragsverhältnis, was die Beklagte von Anfang an wusste. Diese vertragsnotorische Tatsache muss die Beklagte nach dem Vertrauensprinzip gegen sich gelten lassen.

19 Das Formerfordernis nach Art. 178 IPRG ist, wie aus den obigen Ausführungen ergeht, ebenfalls erfüllt. Ebenfalls anerkennt die Beklagte die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, indem sie Dr. A. als ihren Schiedsrichter bezeichnet (Sachverhalt, S. 27/59 Rz. 13).

20 *Fazit: Es ist festzuhalten, dass Klägerin 2 durch ihre Verbindung mit der Klägerin 1 und der Erbringung der Hauptvertragsleistung, gestützt auf den Distributionsvertrag und die einzelnen Kaufverträge, zur Teilnahme am Verfahren zuzulassen ist (KB-10, Art. 1).*

## **2.2 Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Ansprüche**

21 Wie unter Abschnitt 2 dargelegt, ist Klägerin 2 zur Teilnahme am Verfahren vor dem Schiedsgericht berechtigt und kann selbständig Ansprüche geltend machen. Folglich fällt sie in den subjektiven Geltungsbereich (BERGER/KELLERHALS, N. 491) der Schiedsklausel. Das Schiedsgericht ist demnach nach Massgabe des objektiven Geltungsbereichs der Schiedsklausel (MEIER ANDREA, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, Diss., Zürich 2007, S. 64) zur Beurteilung der Parteienanträge zuständig und verpflichtet (BERGER/KELLERHALS, N. 462).

22 In der Schiedsklausel (KB-10, Art. 19 Abs. 6) wird von allen *Streitigkeiten aus dem Distributionsvertrag* gesprochen. Nach teleologischer Auslegung sind unter dem Terminus Streitigkeiten auch die Ansprüche der Klägerin 2 umfasst. Eine anderweitige Auslegung widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben, sowie jeder Prozessökonomie.

23 *Fazit: Das Schiedsgericht ist sowohl subjektiv wie objektiv zur Beurteilung der von der Klägerin 2 gestellten Ansprüche zuständig.*

## **3 Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche aus Verkäufen vor dem 31. März 2009**

24 Der Distributionsvertrag (BERGER/KELLERHALS, N. 477) in KB-10 wurde am 30 März 2009 zwischen den Parteien GLP-D Schweiz und HS Deutschland geschlossen. Damit wurde dem Wunsch der Beklagten nach einer *Formalisierung* (KB-8) der Rechtsbeziehung von Seiten der Klägerin entsprochen. Im Vertrag (KB-10) unter Art. 19 Abs. 2 wurde unter der Marginalie „*Anwendbares Recht und Zuständigkeit des Schiedsgerichts*“ vereinbart: sämtliche Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung sollen einem Dreier-Schiedsgericht unterbreitet werden.

25 Gemäss Art. 21 Abs. 1 Swiss Rules hat das Schiedsgericht eine Kompetenz-Kompetenz im engeren Sinne und kann über seine Zuständigkeit selbst entscheiden (Swiss Rules-BERGER, Art. 21 N 5).

26 Es ist aufzuzeigen, dass die strittigen Ansprüche der Klägerin 1 und 2, die vor dem 30. März 2009 entstanden sind, ebenfalls unter den objektiven Geltungsbereich der am 30. März 2009 geschlossenen Schiedsklausel fällt.

### 3.1 Objektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel

27 Die Frage, ob eine Schiedsklausel besteht oder nicht, ist nach der herrschenden Rechtsprechung und Lehre sehr restriktiv auszulegen (WALTER, S.73). Wie oben ausgeführt besteht im Distributionsvertrag unbestritten eine gültige Schiedsklausel zwischen der Klägerin und der Beklagten. Dies geht aus der Einleitungsantwort (Ziff. 13) vom 2. August 2010 hervor, in der die beklagte Partei die Vereinbarung nicht anfecht, sondern lediglich deren objektive Anwendung auf die einzelnen Kaufverträge von vor dem 30. März 2010 (Ziff. 14).

28 Im Gegensatz dazu ist die sachliche Reichweite einer Schiedsklausel jedoch grosszügig auszulegen (WALTER/BOSCH, Art. 178 IPRG S. 73), sodass eine Schiedsklausel auch Streitigkeiten erfassen kann, die zeitlich vor ihrem Abschluss liegen (Lachmann, S.129 N 465). Nachdem die Parteien festgehalten haben, dass sie die staatliche Gerichtsbarkeit derogieren möchten, besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (4C.40/2003) kein Grund mehr für eine restriktive Auslegung der Schiedsklausel in Bezug auf deren sachliche Tragweite (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 IPRG N 52). Es ist deshalb bei Auslegung derselben dem Parteiwillen Rechnung zu tragen, weshalb davon auszugehen ist, dass die Parteien eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts für sämtliche Streitigkeiten aus ihren Rechtsbeziehungen wünschen, wenn sie dies durch eine gültige Schiedsklausel vereinbaren (BERGER/KELLERHALS, N 422).

29 Dabei kann die Schiedsklausel sowohl zukünftige oder bereits entstandene Streitigkeiten von der staatlichen Gerichtsbarkeit ausnehmen und der Schiedsgerichtsbarkeit zuführen (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 IPRG N 3).

30 Die Klägerin macht in der Klage Ansprüche geltend, die auf einem Rechtsgrund (Einzelkaufverträge vor Abschluss des Distributionsvertrages) beruhen, welcher bereits vor der Formalisierung des Verhältnisses eingetreten ist.

31 Dabei ergeht aus der klaren Formulierung der Schiedsklausel im Rahmenvertrag (KB-10) und deren Signierung durch die Beklagte, dass bezüglich der Schiedsklausel und deren Inhalt ein Konsens gemäss Art. 1 Abs. 1 OR zu Stande gekommen ist und damit deren Bestand nicht bestritten wird. Es gilt somit zur Beantwortung der Zuständigkeitsfrage zu ermitteln, welche Streitigkeiten die Parteien dem Schiedsgericht unterwerfen wollten.

32 Die im Rahmenvertrag enthaltene Schiedsklausel umfasst nach dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 6: „sämtliche Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung“. Es ist durch Auslegung derselben zu zei-



gen, dass die sachliche Reichweite der Schiedsklausel auch die Ansprüche aus den Einzelkaufverträgen von vor dem 30. März 2009 erfasst.

33 Die beklagte Partei hat in ihrem Schreiben (KB-8) vom 10. Januar 2009 um eine Formalisierung der Geschäftsbeziehung nachgefragt. Auf Grund dieser Bitte wurde der oben genannte Rahmenvertrag ausgearbeitet, welcher in allen Einzelheiten dem bisherigen Rechtsverhältnis entspricht, mit der Ausnahme, dass die Beklagte als *official Distributor* auftreten darf. Folglich korrespondieren das Rechtsverhältnis und der Vertragsgegenstand, vor und nach dem Vertragschluss in allen Punkten. Das bisherige Vertragsverhältnis und die Abwicklung der Geschäfte wurden demnach lediglich formalisiert und mit der oben diskutierten Schiedsklausel versehen. Es besteht somit kein sachlicher Grund, die Einzelkaufverträge vor dem 30. März 2009 als rechtlich selbständige Verträge, die losgelöst sind von der nachgängigen Vereinbarung, zu qualifizieren und damit dem Anwendungsbereich des Rahmenvertrages/Schiedsklausel zu entziehen (LACHMANN, S.132 N 476).

34 Aus der obigen Ausführung zur Auslegung der objektiven Reichweite ergeht so zwangsläufig, dass sämtliche Kaufverträge, welche von GLP-D und HS geschlossen wurden von der Schiedsklausel gedeckt sind (BGH, Urt. v. 5.12.1963). Folglich fallen sowohl die Ansprüche vor, als auch nach Abschluss bzw. Formalisierung mittels Rahmenvertrages unter die darin enthaltene Schiedsklausel.

35 Ein weiteres unterstützendes Argument liefert der Grundsatz von Treu und Glauben, nach der oben dargestellten *bona fides* (Punkt 2). Danach widerspricht die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für lediglich einen Teilaspekt einer umfassenden Forderung dem Grundsatz von Treu und Glauben in einer stossenden Weise. Aufgrund des sachlichen und rechtlichen Zusammenhangs der Einzelkaufverträge vor und nach Abschluss des Distributionsvertrages, besteht kein sachlicher Grund eine Unzuständigkeit des Schiedsgerichts für die Forderungen aus den Verkäufen vor der Formalisierung zu behaupten. Ein solches Verhalten erweckt den Anschein, querulatorisch zu sein und widerspricht jeder Verfahrensökonomie.

36 Art. 4 Abs. 1 der Swiss Rules sieht eine Verfahrenskonsolidierung vor, für den Fall, dass sich zwei Verfahren mit demselben Meritum befassen. *Ratio leges* dieser Bestimmung sind die Überlegungen der Prozessökonomie sowie das Vermeiden von widersprüchlichen Urteilen in zusammenhängenden Verfahren, wenn dasselbe Meritum von verschiedenen Gerichten beurteilt wird (Swiss Rules-GILLÉRON/PITTET, Art. 4 N 2).

37 Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um zwei verschiedene Verfahren, sondern darum, dass sämtliche Streitigkeiten unter den obigen *ratio leges* ebenfalls in die Zuständigkeit des Schiedsgerichts fallen. Es besteht kein Anlass für eine Verfahrenskonsolidierung, sondern lediglich um positive Begründung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts.

### **3.2 Zuständigkeit für die Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 1**

38 Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass das Schiedsgericht den Antrag der Unzuständigkeit abzuweisen hat, und in Anwendung von Art. 21 Abs. 1 Swiss Rules von seiner Kompetenz-Kompetenz Gebrauch machen sollte. Demnach ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für sämtliche Ansprüche, also für diejenigen vor und nach dem Abschluss der Schiedsklausel im Distributionsvertrag, positiv festzustellen.

### **3.3 Zuständigkeit für die Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 2**

39 Aus den obigen Ausführungen bzgl. Zulassung von Klägerin 2 ist zu folgern, dass sie Parteistellung im Verfahren erhält und damit eigene Ansprüche geltend machen kann.

40 Wie unter Punkt 3.1 dargestellt, erfasst der Geltungsbereich der Schiedsklausel auch die Ansprüche, die vor dem 30. März 2009 entstanden sind.

41 *Fazit: Das Schiedsgericht ist zur Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 1 und Klägerin 2 aus den Kaufverträgen vor dem 30. März 2009 zuständig.*

## **4 Aufhebung des Distributionsvertrages**

### **4.1 Vertragsklassifikationen**

42 Der von den Vertragsparteien abgeschlossene Rahmenvertrag (KB-10), also die Formalisierung des Geschäftsverhältnisses der Parteien GLP-D respektive GLP-M und HS, entspricht dogmatisch dem Abschluss von allgemeinen Vertragsbedingungen. Es wird nachfolgend zu zeigen sein, dass es sich um AGB handelt und dass sie sowohl formgültig zu Stande gekommen sind, von HS gültig übernommen worden sind, und auf sämtliche Verträge zwischen den Parteien Anwendung finden.

43 Als allgemein anerkannte Kriterien für die Klassifizierung einer Vereinbarung als AGB gelten die Vorformulierung durch eine Partei, die Anwendbarkeit auf eine Vielzahl von Verträgen sowie die Einseitigkeit der Vereinbarung (FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 135).

44 Die genannten Kriterien werden von den in Frage stehenden Vereinbarungen wie folgt erfüllt: Der Distributionsvertrag wurde von Klägerin 2 zuhanden der Klägerin 1 vorformuliert. Der Rahmen- oder Distributionsvertrag ist bestimmt, alle Kaufverträge zwischen Klägern und der Beklagten zu formalisieren, den Abschluss derer zu konkretisieren und zu vereinfachen (Sachverhalt, S. 4/50 Rz. 12). Da die Vereinbarung unilateral von den Klägern formuliert wurde und nicht Gegenstand von Verhandlungen war, sind diese Kriterien klar erfüllt.

45 Ebenfalls wurde durch die vorbehaltlose Unterzeichnung des Rahmenvertrags dieser in allen Belangen, voll und nicht nur global, übernommen.

46 *Fazit: Aus den vorhergehenden Ausführungen erschliesst sich, dass zwischen der HS und den Klägern gültige AGB, im Sinne eines Rahmenvertrages unter dem die einzelnen Kaufverträge fallen, abgeschlossen wurden.*

## **4.2 Aufhebung des Rahmen- resp. Distributionsvertrages wegen Willensmängeln**

47 Es wird zu zeigen sein, dass das Verhalten der Beklagten zu einem Willensmangel auf Seiten der Klägerin geführt hat und folglich der Rahmen- resp. der Distributionsvertrag wegen Anfechtung einseitig aufzuheben ist. In casu beruft sich die Klägerin auf die absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR. Eventualiter ist ein qualifizierter Motiv- bzw. wesentlicher Grundlagenirrtum gem. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 23 OR gegeben.

48 Im vorliegenden Fall wird die absichtliche Täuschung durch die Täuschungshandlung der Beklagten indiziert, sowie durch Vorspiegelung von falschen Tatsachen und dem aktiven Unterdrücken solcher. Des Weiteren bedarf es der Täuschungsabsicht und des Kausalzusammenhangs (BUCHER, S.220).

49 Die Beklagte hat die Klägerin durch tatsachenwidrige Behauptungen (BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 OR N 6) in die Irre geführt. Im Speziellen behauptete HS, über langjährige Erfahrung und hervorragende Kontakte nach Indien, Pakistan und Bangladesch zu verfügen (KB-1) und auf Grund dieser die Power-Line-Produkte optimal vermarkten zu können. Insbesondere bot die Beklagte der Klägerin an, diese Märkte für sie zu erschliessen. Somit erweckte sie unter vertrauenstheoretischen Grundsätzen den Anschein, Produkte ausschliesslich auf diesem Markt abzusetzen. Zudem unterstreicht HS diesen Anschein, indem sie im Mail vom 14. Februar 2008 (KB 3) die Lieferung an ihr Lager in Florida verlangt, um die Ware nach Bedarf nach Bangladesch zu verschiffen. Sodann setzt die Beklagte die Täuschung fort und behauptet weiterhin, dass die Verkäufe auf diesem Markt hervorragend laufen.

50 Ebenso täuscht die Beklagte die Klägerin, in dem sie Tatsachen verschweigt, und sogar unterdrückt (BUCHER, S. 220). Die Vertragspartei, die eine für die Vertragsausführung essentielle Information besitzt, welche die Vertragsverwirklichung in Frage stellt, hat nach Treu und Glauben eine Offenbarungspflicht (BUCHER, S. 222). Eine Offenbarungs- und Aufklärungspflicht ist vor allem bei Dauerschuldverhältnissen anzunehmen, wie hier im vorliegenden Fall. So hat HS die Klägerin nicht darüber informiert, dass sie noch keinen Abnehmer für die Produkte auf dem indischen Subkontinent hat (Einleitungsantwort, S. 27/50 Rz. 2) und auch nicht angezeigt, dass

sich dies nicht geändert hat. Im Gegenteil behauptet die Klägerin, dass sich die Absätze weiter gut entwickeln (KB-8). Final manifestiert sich die Täuschungshandlung darin, dass HS um Formalisierung des Verhältnisses bittet und mit der Unterzeichnung des Rahmenvertrages das Vertriebsgebiet erneut bestätigt.

- 51 Die Täuschungsabsicht verwirklicht die Beklagte damit, dass sie in Kenntnis der Unrichtigkeit, dass heisst absichtlich mit Wissen und Wollen, bei der Klägerin einen Irrtum erregt, resp. aufrecht erhält (BUCHER, S. 220). Die Beklagte betont wiederholt, dass sie die Ware in den indischen Subkontinent verkauft und verschifft (KB-1, KB-3, KB-8 und BB-3). Sodann behauptet die Beklagte vorsätzlich, dass sie für die Expansion das Plazet des *official Distributors* (KB-8) braucht, ohne je einen Abnehmer in diesen Märkten gefunden zu haben und täuscht damit wiederum absichtlich. Als Begründung für die Bitte um die Formalisierung bringt die Beklagte an, dass dies ihre Verkäufe in diesen Ländern (indischer Subkontinent) unterstütze (KB-8). Entgegen diesen Aussagen, bot sie die Ware aktiv auf dem US-amerikanischen Markt an und dies nicht nur einmalig aus einem Notstand heraus, wie die Beklagte in ihrer Klageantwort (Sachverhalt, S. 28 Rz. 3) geltend macht, sondern wiederholt und über einen längeren Zeitraum hinweg. Dadurch versetzt die Beklagte die Klägerin mit Täuschungsabsicht in einen Irrtum und hält diesen auch aktiv aufrecht.
- 52 Dieser Irrtum muss nicht graduell den eines wesentlichen Motivirrtums erreichen. Daher muss sich der Irrtum lediglich auf Beweggrund (BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 OR N 13) beziehen. Im vorliegenden Fall ist der durch Täuschung indizierte Irrtum über den Absatzort der Produkte klar erfüllt. Es handelt sich hier, obschon dies nicht zwingend verlangt ist, um einen wesentlichen Grundlagenirrtum gem. Art. 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 OR.
- 53 Alsdann ist zu zeigen, dass der Irrtum kausal für die Abgabe der Willenserklärung der Klägerin war. Wenn die Klägerin den Willen auf Grund der Täuschung gebildet (*sog. dolus causam dans*), resp. nicht gleich gebildet hat, wie sie es getan hätte ohne Täuschungstatbestand (*sog. dolus incidens*), ist die Kausalität gegeben (BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 OR N 14).
- 54 Die Klägerin hätte nie an die Beklagte Produkte der Power-Line verkauft, geschweige denn einen entsprechenden Rahmen- oder Distributionsvertrag geschlossen im Wissen, dass auch nur ein Bruchteil der Produkte auf dem US-amerikanischen Heimmarkt abgesetzt würden. Die Beklagte hat mit systematischer Täuschung die Vertragsschlüsse erschlichen.
- 55 *Fazit: Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die Beklagte die Klägerin vorsätzlich getäuscht hat, um von den vorteilhaften Konditionen zu profitieren, die einen Wiederverkauf auf dem Indischen Subkontinent ermöglichen. Sowohl der Tatbestand der absichtlichen Täuschung gem. Art. 28 OR als auch der des wesentlichen Grundlagenirrtums gem. Art 24 Abs. 1*

*Ziffer 4 i.V.m Art. 23 OR werden wie oben beschrieben von der Beklagten erfüllt. Deshalb löst die Klägerin den Rahmenvertrag mit dem Bekanntwerden resp. als sie unumstössliche Sicherheit über die Tatsachen erhält, am 30. September 2009 durch Anfechtung auf (BUCHER, S. 222). Somit ist der Rahmenvertrag durch die Anfechtungstheorie (HUGUENIN OR AT, N 513) aufzuheben, nicht jedoch die Einzelkaufverträge.*

## **5 Anspruch von GLP Distribution**

### **5.1 Aktivlegitimation**

56 Um einen Anspruch geltend machen zu können, muss die Klägerin aktivlegitimiert sein. Die Aktivlegitimation bezeichnet das Recht des Klägers, einen eingeklagten Anspruch resp. Forderung geltend machen zu können. Um eine Forderung geltend machen zu können, muss die Klägerin Gläubiger in einem Schuldverhältnis sein. Ist die Forderung fällig, entsteht der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung (GUHL, §2 N 15).

57 Einem Forderungsrecht gegenüber steht die Leistungspflicht des Schuldners (SCHWENZER, S. 24). Diese Leistungspflicht kann in einem Tun (positive Leistung), Unterlassen oder Dulden (beides negative Leistungen) bestehen (FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 24 N 94 ff.).

### **5.2 Schadenersatz gem. Art. 97 ff. OR**

58 Wird seitens des Schuldners nicht geleistet, hat der Gläubiger das Recht gem. Art. 97 ff. OR Ersatz zu fordern. Um Schadenersatzanspruch geltend machen zu können, müssen kumulativ vier Punkte erfüllt sein: bestehen einer Nicht- oder Schlechterfüllung, Vorhandensein eines Schadens, Kausalzusammenhang zwischen Nicht- oder Schlechterfüllung und dem Schaden, Widerrechtlichkeit im Sinne eines Vertragsbruches sowie dem vermuteten Schaden.

59 Es wird zu zeigen sein, dass es sich um eine Nichterfüllung handelt, da die Beklagte eine vertragliche Hauptpflicht verletzt hat. Diese Hauptpflicht besteht im vorliegenden Fall aus einer Unterlassungspflicht für HS, den US-amerikanischen Markt zu beliefern. Das kann insofern gedeutet werden, als dass HS die Produkte nur im besagten Vertragsgebiet, bestehend aus den Staatsgebieten von Indien, Pakistan und Bangladesch vermarkten, verkaufen und vertreiben darf (KB-10). Der Distributionsvertrag begründet die Formalisierung des Vertragsverhältnisses. Es ist aufgrund der Betreffe und Inhalte der E-Mails aber schon vorher klar, aus welchen Ländern die Vertragsgebiete bestehen (KB-1 bis KB-4). Verkäufe in andere Länder sind zu unterlassen. Diese negative Leistungspflicht wurde nicht eingehalten, da HS die Produkte ausserhalb des Vertragsgebietes, auf dem US-amerikanischen Markt, verkauft hat. Zudem hat HS (Sachverhalt, Frage 6) Kunden aktiv angeworben, indem sie die Produkte auf ihrer Website zum

Verkauf angeboten hat. Beides stellt eine Nichterfüllung des Vertrages aus der Verletzung einer vertraglichen Pflicht gem. Art. 97 i.V.m. Art. 98 Abs. 2 OR dar.

60 Weiter muss ein Schaden entstanden sein. GLP-D beliefert die HS nicht selbst, dies wird durch die Klägerin 2 vorgenommen, dadurch hat GLP-M einen indirekten Schaden erlitten. Indirekt ist ein Schaden, wenn ein Dritter durch das schädigende Ereignis eine Vermögenseinbusse erleidet (SCHWENZER, S. 84). Der Dritte ist i.c. GLP-M, welche durch die Produktverkäufe der HS in den USA einen Gewinnrückgang erleidet. Der entgangene Gewinn stellt nach der Differenztheorie einen Schaden gem. Art. 97 i.V.m. Art. 98 Abs. 2 OR dar. GLP-M kann aber GLP-D haftbar machen. Diese amtet gem. Art. 394 ff. OR als Auftragnehmerin der GLP-M. GLP-D kann als Treuhänderin angesehen werden, die für GLP-M stellvertretend deren Interessen ausserhalb der USA wahrnimmt. Deshalb läuft sie Gefahr durch Vertragsverletzung seitens der HS von GLP-M in Haftung genommen zu werden.

61 Um dieser Haftung vorzubeugen, kann GLP-D gegenüber HS ihr Haftpflichtinteresse geltend machen. Dies entspricht dem Institut der sog. Drittschadensliquidation (SCHWENZER, S. 84 ff.).

### 5.3 Drittschadensliquidation

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

63 Die Drittschadensliquidation ist bei der indirekten Stellvertretung anerkannt. Voraussetzung dafür ist, dass der Schuldner das Drittinteresse erkennen konnte (CHK OR-A.FURRER/R.WEY, Art. 97-98 OR N 94). Das Drittinteresse von GLP-M ist, die Produkte auf dem Heimmarkt selber verkaufen zu können. HS war sich dessen wie oben gezeigt bewusst.

64 Im vorliegenden Fall hat GLP-D keinen direkten Schaden erlitten, da sie nicht für den Vertrieb der Waren auf dem US-amerikanischen Markt zuständig ist. Sie hat aber Anspruch auf Vertragserfüllung, da sie direkte Vertragspartnerin von HS ist. Demgegenüber hat GLP-M als Dritte einen indirekten Schaden in Form eines entgangenen Gewinnes erlitten. Dieser resultiert aus den unerlaubten Verkäufen der Produkte auf dem US-amerikanischen Markt durch HS und den daraus entstandenen Umsatzeinbussen. Daraus folgt das Problem des Auseinanderfallens von Schaden und Anspruch. Um dieses Problem zu lösen, wird Klägerin 1 erlaubt, den Schaden, den Klägerin 2 erlitten hat, gegenüber dem Schädiger zu liquidieren, wie wenn es ihr eigener wäre (SCHWENZER, S. 85). Danach ist er dem Dritten im Umfang des Schadens zum Ersatz verpflichtet (FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 609). Durch die Drittschadensliquidation ist der Schaden zu GLP-D überführt worden. Im vorliegenden Fall kann GLP-D den Schaden, den GLP-M erlitten hat, liquidieren.

- 65 Im Weiteren muss der Kausalzusammenhang gegeben sein. Wie oben beschrieben, hat HS entgegen den vertraglichen Pflichten Produkte auf dem US-amerikanischen Markt verkauft. Dies ist die Nichterfüllung des Vertrages. Durch diese Nichterfüllung konkurrenziert HS GLP-M auf ihrem Heimmarkt. Diese Tatsache bewirkt einen Einbruch bei ihren Bestellungen. Da HS die Produkte durch Rabattgewährung seitens GLP-D weitaus günstiger verkaufen kann, bezieht der bisherige Grossabnehmer von GLP-M, Jim's Gym, die Produkte seit mindestens Juni 2008 (BB-1) von HS. Der Kausalzusammenhang ist damit gegeben.
- 66 Bei einer Vertragsverletzung wird das Verschulden vermutet (HUGUENIN, N 631). Obwohl ein Verschulden von der Klägerin nicht bewiesen werden muss, wird durch das Handeln von HS, welche die Produkte vorsätzlich auf dem US-amerikanischen Markt verkauft, diese Voraussetzung dennoch erfüllt.
- 67 *Fazit: HS hat gegen die vertraglichen Verpflichtungen verstossen. GLP-D ist aktivlegitimiert und kann Ersatz für den entstandenen Schaden aus der Vertragsverletzung fordern.*

#### **5.4 Lieferungen**

- 68 Es wird zu zeigen sein, aufgrund welcher Lieferungen GLP-D Anspruch auf Schadenersatz hat. HS nimmt erstmals am 25.01.2008 mit GLP-M Kontakt auf. Dies mit dem Zweck, die Produkte der Power-Linie in den Märkten von Indien, Pakistan und Bangladesh optimal zu vermarkten. Als Grund wird angegeben, dass diese Märkte interessant und wachsend seien (KB-1). Da GLP-M ausschliesslich den US-amerikanischen Markt bearbeitet, übergibt sie die E-Mail GLP-D, welche fortan die Geschäftsbeziehungen mit HS regelt. Am 20. Februar 2008 bezahlt HS per pränumerando CHF 40'000 für die erste Lieferung, welche ein paar Tage später ordnungsgemäss an das Lager von HS in Fort Lauderdale geliefert wird (KB-5). Diese und alle weiteren Lieferungen werden ans Lager von HS geliefert. Jene verkauft die Produkte dann entgegen den vertraglichen Bestimmungen auf dem Heimmarkt von GLP-M.

#### **5.5 Rechtsgründe**

- 69 Der Klägerin 1 steht der Anspruch auf Schadenersatz aus Nichterfüllung des Vertrages gem. Art. 97 OR i.V.m. Art. 98 Abs. 2 OR zu. Einerseits hat die Beklagte gegen die konkludente Unterlassungspflicht verstossen, indem sie Produkte der Power-Linie in den USA verkauft hat. Andererseits hat sie auf ihrer Website die Produkte beworben und so das Interesse von Jim's Gym geweckt. Anstatt gem. Vertrag GLP-D zu informieren, hat sie auch dies unterlassen (KB-10).

70 *Fazit: GLP-D hat Anspruch auf Schadenersatz aus Nichterfüllung gem. Art. 97 OR i.V.m. Art. 98 Abs. 2 OR. Die Höhe des Schadenersatzes beziffert sich auf CHF 1`556`920 nebst Zins zu 5% seit 30. Juni 2010.*

## **6 Anspruch von Klägerin 2 auf Geldleistung**

### **6.1 Anspruch aus Vertrag**

71 GLP-M ist aufgrund des Distributionsvertrages berechtigt den Schadenersatz aufgrund Nichterfüllung des Vertrages zu fordern. Wie unter Abschnitt 2 festgehalten, ist GLP-M Erfüllungsgelhilfin von GLP-D und erfüllt die charakteristische Vertragsleistung, da sie jeweils die Lieferungen ausgeführt und den Rahmenvertrag ausformuliert hat. Folglich ist GLP-M die effektive Leistungserbringerin und befindet sich in einem Vertragsverhältnis mit HS. Wie unter Abschnitt 5 dargelegt, hat GLP-D Anspruch auf Schadenersatz aus Nichterfüllung des Vertrages. Daraus folgend hat GLP-M als effektive Leistungserbringerin ebenfalls Anspruch auf Schadenersatz, da sie objektiv und subjektiv vom Vertragsverhältnis erfasst wird.

### **6.2 Geschäftsführung ohne Auftrag**

72 Eventualiter wird zu zeigen sein, dass die Beklagte HS gegenüber GLP-M durch die Produktverkäufe in den USA eine Geschäftsführung ohne Auftrag [GoA] gem. Art. 419 ff. OR vorgenommen hat. GLP-M hat folglich Anspruch auf Schadenersatz gem. Art. 423 Abs. 1 OR.

#### **6.2.1 Allgemeines zur Geschäftsführung ohne Auftrag**

73 Die GoA zeichnet sich dadurch aus, dass jemand (Geschäftsführer) willentlich aber ohne rechtsgeschäftliche und/oder vertragliche Verpflichtung für jemanden (Geschäftsherr) tätig wird. Es gibt zwei Typen: Die echte GoA, bei welcher der Geschäftsführer fremdnützig (altruistisch) handelt und die unechte GoA, bei welcher der Geschäftsführer eigennützig (egoistisch) handelt (CHK Vertragsverhältnisse-C.HUGUENIN/R.M.JENNY, Art. 419 OR N 1 ff.). Die egoistische GoA unterteilt sich wiederum in zwei Typen: Ist der Eingriff in die fremde Rechtssphäre gutgläubig erfolgt, so handelt es sich um eine Geschäftseinmischung. Ist der Eingriff jedoch bösgläubig zu verstehen, ist es eine Geschäftsanmassung (CHK Vertragsverhältnisse-C.HUGUENIN/R.M.JENNY, Art 419 OR N 4). Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Geschäftsanmassung gem. Art. 423 OR, da sich HS fremde Geschäfte anmasst und die Intention hat, durch die Verkäufe der Produkte einen Gewinn für sich zu erzielen. Die Tatbestandsvoraussetzungen umfassen objektive und subjektive Elemente.



### 6.2.2 Objektive Elemente

- 74 Die objektiven Elemente umfassen vier Punkte: Einmischung in eine fremde Rechtssphäre ohne Fremdgeschäftsführungswille, Widerrechtlichkeit der Einmischung, Erzielung eines Verletzergewinns, Kausalzusammenhang zwischen Geschäftsanmassung und Gewinnerzielung (CHK Vertragsverhältnisse-C.HUGUENIN/R.M.JENNY, OR 423 N 4).
- 75 Gemäss der *Anmassungstheorie* liegt eine Einmischung in ein fremdes Geschäft vor, wenn sich HS als Geschäftsführer die Befugnis zur Erteilung einer Bewilligung der Geschäftsführung selbst anmass. Der Wille des Geschäftsherrn, welcher die Bewilligung hätte erteilen müssen, wird nicht beachtet (CHK Vertragsverhältnisse-C.HUGUENIN/R.M.JENNY, Art. 423 OR N 5). Das Geschäft selbst wird in eigenem Interesse geführt. Das Bundesgericht wendet die *Eingriffs- oder Widerrechtlichkeitstheorie* an, welche danach fragt, ob eine widerrechtliche Verletzung eines fremden subjektiven Rechts vorliegt (BGE 129 III 422 E. 4; BGE 126 III 69 E. 2b). Gem. Art. 3 des Distributionsvertrages (KB-10) ist das Vertragsgebiet klar festgelegt und umfasst die bereits genannten drei Länder des indischen Subkontinents. Ein Verkauf der Produkte auf dem US-amerikanischen Markt stellt damit einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre dar. Der Verkauf der Power-Linie in den USA ist ausschliesslich GLP-M gestattet. Um die Produkte dort absetzen zu können, hätte HS einer Bewilligung zur Geschäftsführung von GLP-M benötigt. HS hat GLP-M nie um eine Bewilligung ersucht. Sie hat sich diese selbst erteilt. Es liegt eine Einmischung in eine fremde Rechtssphäre vor.
- 76 Weiter wird gezeigt, dass diese Einmischung in die Rechtssphäre oder das Vermögen widerrechtlich erfolgt ist. Widerrechtlichkeit ist gegeben, wenn der Geschäftsführer keinen Rechtfertigungsgrund, basierend auf Vertrag oder Gesetz hat (CHK Vertragsverhältnisse-C.HUGUENIN/R.M.JENNY, Art. 423 OR N 10). Wie bereits weiter oben dargelegt wurde, ist das Vertragsgebiet klar definiert. Es existiert kein vertraglicher oder gesetzlicher Rechtfertigungsgrund, die Produkte trotzdem in den USA verkaufen zu dürfen.
- 77 Es muss weiter ein Gewinn erzielt werden. Dieser muss durch die Geschäftsanmassung herbeigeführt worden sein. Nicht vorausgesetzt ist die Gewinnerzielungsabsicht (BSK OR I-WEBER, Art. 423 OR N 5). Durch die Geschäftsanmassung und die Verkäufe der Produkte an Jim`s Gym hat HS bis September 2009 einen Umsatz von USD 5`740`000 erwirtschaften können (KB-16). Bezahlt hat sie für die Produkte seit Februar 2008 lediglich CHF 2`228`750 (KB-7 und KB-11). HS hat in dieser Zeitspanne folglich einen erheblichen Reingewinn erzielt. Dieser ist zugleich kausal durch die Geschäftsanmassung, da sie die Produkte wie bereits oben festgehalten und entgegen dem Vertrag in den USA verkauft hat. Es sind alle objektiven Elemente erfüllt.

### 6.2.3 Subjektive Elemente

78 In subjektiver Hinsicht bedarf es der Bösgläubigkeit des Geschäftsführers (BGE 129 III 422 E. 4). Diese bezeichnet ein Unrechtsbewusstsein. HS handelt bösgläubig, wenn sie weiss oder wissen müsste, dass sie in eine fremde Rechtssphäre eingreift (BSK OR I-WEBER, Art. 423 OR N 8). Diese ist in casu gegeben, da HS wissen muss, dass GLP-M für den Verkauf der Power-Linie in den USA verantwortlich ist. Denn die Anfrage von HS an GLP-M wird an GLP-D weitergeleitet, welche für den Verkauf der Produkte ausserhalb der USA verantwortlich ist (KB-10). Damit ergibt sich, dass GLP-M für den US-Markt verantwortlich ist. Das subjektive Element ist gegeben.

79 *Fazit: Es sind alle objektiven und subjektiven Voraussetzungen erfüllt. Geschäftsanmassung gem. Art. 423 OR ist gegeben.*

### 6.3 Lieferungen

80 Es wird zu zeigen sein, hinsichtlich welcher Lieferungen Klägerin 2 einen Anspruch auf Schadenersatz hat.

81 Wie unter Punkt 5.1.2 festgehalten, hat HS in der Zeitspanne von Februar 2008 bis und mit September 2009 Produkte der Power-Linie verkauft. An GLP-D hat sie dafür einen Betrag von insgesamt CHF 2'228'750 bezahlt. Die erste Lieferung hat HS im Februar 2008 erhalten. Bezahlt hat sie per pränumerando (KB-4). Erhalten hat GLP-D die Zahlung am 20. Februar 2008 (KB-5). Gem. dem Sachverhalt hat HS die Produkte von Anfang an auf ihrer Website zum Verkauf angeboten. So kam anfangs März 2009 der erste Kontakt mit Jim`s Gym zustande (BB-1). So ist klar, dass HS von der ersten Lieferung an, die Produkte vorsätzlich in den USA verkauft hat (KB-7 und BB-1). Sie hatte gem. dem Sachverhalt, keine konkreten und ernstzunehmenden Abklärungen getroffen, wie und ob die Produkte im indischen Subkontinent zu verkaufen seien. Sie hat die Gutgläubigkeit und das Vertrauen der beteiligten Parteien in grober Weise missbraucht und sich darauf gestützt, die Produkte auch ausserhalb des ihr zugewiesenen Distributionsgebietes, insbesondere auf dem lukrativen US-amerikanischen Markt, verkaufen zu können. Die hohen erzielten Gewinne resultieren nicht zuletzt aus der Tatsache, dass HS einen marktfähigen Wiederverkaufspreis für den indischen Subkontinent erhalten hat, welcher tiefer liegt, als derjenige auf dem US-amerikanischen (Sachverhalt, S. 3/50 Rz 6) Markt. Weiter ist aus dem Sachverhalt ersichtlich, dass HS bis auf die letzte Bestellung vom 28. November 2009 (BB-4) alle Produkte an Jim`s Gym verkauft hat. GLP-M hat Anspruch auf Ersatz aus den Lieferungen von Februar 2008 bis und mit September 2009.

## 6.4 Rechtsgründe

82 Klägerin 2 ist als Geschäftsherrin gem. Art. 423 Abs. 1 OR Anspruch auf Schadenersatz einzuräumen. In casu besteht der Schadenersatz aus entgangenem Gewinn. Dieser entspricht der Differenz zwischen dem, was GLP-M hätte erwirtschaften können und dem was sie tatsächlich erwirtschaftet hat. Wie oben dargelegt, hat HS durch die Verkäufe einen Umsatz von USD 5'740'000 erwirtschaftet. GLP-M hätte dafür USD 7'175'000 erzielt. Dies entspricht einer Differenz von USD 1'435'000 (umgerechnet CHF 1'556'920), welche GLP-M zusteht.

83 *Fazit: GLP-M hat Anspruch auf Schadenersatz aus entgangenem Gewinn in der Höhe von CHF 1'556'920 nebst Zins zu 5% seit 8. September 2010.*

## 7 Verrechnung der Vorauszahlung

### 7.1 Verrechnungsvoraussetzungen

84 Im Folgenden wird gezeigt, dass die Klägerin 1 das Recht hat, die Vorauszahlung von HS in der Höhe von CHF 500'000 mit ihrer Schadensersatzforderung gem. Art. 120 ff. OR zu verrechnen.

85 Um eine Forderung verrechnen zu können, müssen sich zwei gleichartige Forderungen zwischen denselben Parteien gegenüber stehen und die Verrechnungsforderung muss durchsetzbar sein. Weiter darf die Verrechnung weder vertraglich noch gesetzlich ausgeschlossen sein (FURRER/MÜLLER-CHEN S. 584).

#### 7.1.1 Existenz zweier gleichartiger Forderungen

86 Zwei Forderungen müssen existieren, die gleichartig sind und sich gegenüberstehen. In casu sind die CHF 500'000 als Hauptforderung zu sehen, welche HS an GLP-D überweist. Dieser Forderung stehen die CHF 1'556'920 aus der Schadensersatzklage von GLP-D als Verrechnungsforderung gegenüber (siehe 5.5).

87 Gem. Art. 120 Abs. 1 OR müssen die Forderungen gleichartig sein. Im vorliegenden Fall handelt es sich um zwei Geldforderungen in CHF und USD. Die Forderung der Klägerin wurde von USD in CHF umgerechnet. Dies ist zum Zwecke der Verrechnung zulässig, falls einerseits ein Umrechnungskurs besteht und andererseits keine Effektivklausel vorliegt, welche vorschreibt, dass die Forderung zwingend in der besagten Währung zu erfüllen ist (BGE 63 II 383 E. 5.b; bestätigt in BGE 130 III 312 E. 6.2; siehe auch: KOLLER, § 66 N 42; BSK OR-PETER, Art. 120 OR N 10). In casu ist ein Wechselkurs gegeben und eine Effektivklausel liegt nicht vor.

88 Folglich ist die Gleichartigkeit bei diesen Geldforderungen unproblematisch (SCHWENZER, S. 507 ff.; BSK OR-PETER, Art. 120 OR N 10). Die unterschiedliche Höhe der Forderungen führt zu keinen Problemen, da dies bei der Verrechnung keine Voraussetzung ist (OFK-COMETTA, Art. 120 OR N 8).

89 *Fazit: Die Gleichartigkeit und Gegenseitigkeit der beiden Forderungen sind demnach gegeben.*

### **7.1.2 Durchsetzbarkeit der Verrechnungsforderung**

90 Die Verrechnungsforderung muss gem. Art. 120 Abs. 1 OR fällig sein, nicht jedoch die Hauptforderung (HUGUENIN, N 854 f.). Eine Forderung wird gem. Art. 75 OR sofort fällig, falls nichts Anderes vereinbart wurde. Da bei einer Schadenersatzforderung üblicherweise, sowie auch in diesem Fall, keine Vereinbarung bezüglich der Fälligkeit getroffen wird, wird die Forderung umgehend mit ihrer Entstehung fällig (BGE 87 II 155 E. 3c analog). Bei einer Forderung aus Nicht- oder Schlechterfüllung wird diese mit der vertragswidrigen Handlung fällig. Im vorliegenden Fall liegen mehrere einzelne Vertragsverletzungen vor, welche fortlaufend, während dem ganzen Rechtsverhältnis auftraten. Die Forderung wird erstmals am 20. September 2009 gestellt (KB-16).

91 In der Einleitungsanzeige von GLP-D (Sachverhalt, S. 5/50 Rz. 18) wird der Schadenersatz erstmals eingefordert, folglich befindet sich HS gem. Art. 102 Abs. 1 OR in Verzug und schuldet GLP-D seit dem 31. Juli 2010 die Verzugszinsen gem. Art. 104 Abs. 1 OR.

92 Die Verrechnungsforderung muss vor Gericht klagbar und durchsetzbar sein, um verrechnet werden zu können (FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 587 N 64). Nicht klagbar sind Forderungen, die als verpönt gelten (HUGUENIN, N 26 f.) oder solche, die bereits verjährt sind (KUKO OR-KELLER, Art. 120 OR N 20). Da die Schadenersatzforderung frühestens am 22. Februar 2008 entstanden ist und die Verjährung gem. Art. 127 OR zehn Jahre beträgt, kann diese Forderung noch vor Gericht eingeklagt werden. Eine verpönte Forderungsgrundlage liegt bei dieser Schadenersatzforderung nicht vor.

93 Nicht gefordert wird gem. Art. 120 Abs. 2 OR, dass die Forderung unbestritten ist. Folglich kann GLP-D die Verrechnung geltend machen, auch wenn HS die Schadenersatzforderung bestreitet.

94 Die Verrechnungsforderung muss des Weiteren frei von Einreden sein (FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 587 f.). Insbesondere wird dabei die Einrede des nichterfüllten Vertrages gem. Art. 82 OR erwähnt.

95 Im Folgenden wird jedoch gezeigt, dass die Verrechnung hier zulässig ist, da der Kaufvertrag, aus dem HS die Vorauszahlung von CHF 500'000 ableitet, gar nie zustande gekommen ist.

- 96 Bei dem Distributionsvertrag (KB-10) handelt es sich, wie in Punkt 4.1 definiert, bloss um AGB für die jeweiligen Vertragsabschlüsse der beiden Parteien. In diesen wurden jedoch wichtige Punkte für das spätere Rechtsverhältnis definiert. Die Lieferungen und Kaufpreiszahlungen erfolgten dann aufgrund neuer Verträge, welche auf der Grundlage dieser AGB abgeschlossen wurden.
- 97 Bei der ersten Lieferung vom 22. Februar 2008 kam der Kaufvertrag durch ein Angebot der GLP-D (KB-2) und durch das Akzept von HS (KB-3) zustande. Dann erfolgte die vertragsgemässe Auslieferung der Ware und Bezahlung des Kaufpreises. Später wurden die Verträge jedoch umgekehrt abgeschlossen, indem Herr Miller von HS in seinen E-Mails jeden Monat aufs Neue ein Angebot machte, wie beispielsweise in KB-12 gezeigt wird. Durch die Lieferung erfolgte dann ein konkludentes Akzept von GLP-D für die Kaufverträge. Schriftliche Akzente der Kaufverträge gab es keine. Der Vertrag wurde demnach erst mit der Lieferung rechtsgültig abgeschlossen. Davor bestanden keinerlei rechtliche Verpflichtungen seitens der GLP-D (Präjudizien OR-AEPLI, Art. 1 OR N 2).
- 98 Beim letzten Kaufvertrag vom 28. November 2009, aufgrund dessen die Zahlung der CHF 500'000 erfolgte, fehlt allerdings das Akzept auf der Seite von GLP-D. Demnach bleibt es bloss bei der Offerte von HS (KB-17). Gem. Art. 1 Abs. 1 OR kommt keine übereinstimmende Willensäusserung zustande und demzufolge auch kein Vertrag (FURRER, MÜLLER-CHEN, S. 84 N 3).
- 99 *Fazit: Die Zahlung erfolgte demnach nicht aufgrund eines Vertrages, sondern gänzlich ohne Rechtsgrund. Die Einrede kann aufgrund eines nichterfüllten Vertrages nicht geltend gemacht werden.*

### **7.1.3 Ausschluss der Verrechnung**

- 100 Die Verrechnung kann gem. Art. 125 OR von Gesetzes wegen oder gem. Art. 126 OR durch Vertrag ausgeschlossen werden.
- 101 Gem. Art. 125 Ziff. 1 OR ist die Verrechnung wider den Willen des Gläubigers, in casu HS, ausgeschlossen, wenn es sich um eine Verpflichtung zur Rückgabe oder Ersatz hinterlegter Sachen handelt. Die Summe wurde jedoch mit der Absicht einen Kaufpreis zu bezahlen überwiesen. Demnach ist hier keine Hinterlegung gegeben.
- 102 Weiter ausgeschlossen sind widerrechtlich entzogene Sachen. Da die Zahlung jedoch freiwillig bzw. sogar ohne jegliche Aufforderung der Klägerin erfolgte, kann hier nicht von einem Entzug gesprochen werden.

- 103 Bei den böswillig vorenthaltenen Sachen (*mala fides*) braucht es zum Ausschluss der Verrechnung ein moralisch verwerfliches Verhalten (OR AT-SCHWENZER, S. 510 f.; BGE 111 II 447 E. 3b).
- 104 Ein moralisch verwerfliches Verhalten ist gegeben, falls die Übergabe durch eine unlautere Handlung herbeigeführt wurde (BSK OR-PETER, Art. 125 OR N 4). Der Zahlungswille von HS wurde jedoch, wie oben dargelegt, in keiner Weise von GLP-D beeinflusst und ist daher auch nicht durch ein verwerfliches Verhalten herbeigeführt worden.
- 105 *Fazit: Ein vertraglicher Ausschluss der Verrechnung liegt hier nicht vor, da weder im Distributionsvertrag (KB-10), noch in den jeweiligen Kaufverträgen davon gesprochen wird.*

## 7.2 Verrechnungserklärung

- 106 Die Verrechnung tritt nicht ex lege in Kraft, sobald die erwähnten Forderungen erfüllt sind, sondern sie muss durch eine Verrechnungserklärung des Schuldners gem. Art. 124 Abs. 1 OR geltend gemacht werden.
- 107 In casu hat GLP-D in ihrer Einleitungsanzeige (Sachverhalt, S. 5/50 Rz. 8) deutlich und rechtsgültig erklärt, dass sie von ihrem Recht auf Verrechnung Gebrauch machen möchte (Sachverhalt, S. 5/50 Rz. 18). Diese Erklärung wurde sowohl der Beklagten, wie auch dem Gericht zugestellt und wurde von Beiden zur Kenntnis genommen.
- 108 *Fazit: Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Rückzahlung der CHF 500'000 da GLP-D die Forderung gem. Art. 120 ff. OR rechtsgültig verrechnen kann und dies bereits in der Einleitungsanzeige gem. Art. 124 Abs. 1 OR erklärt hat.*