

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

GLP Manufacturing Corporation
2112 North O`Connor Road
Irving
USA-TX 75061

Vertreten durch das Moot Court Team 7
Annalena von Allmen
Ursina Müller
Christoph Baumli
Martina Poloni

Einschreiben
LSI
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Zürich, 15. Dezember 2010

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 1233456-2010

Sehr geehrte Frau Präsidentin Prof. Dr. X., sehr geehrte Frau Dr. Y., sehr geehrter Herr Dr. A

in Sachen

GLP Distribution (Switzerland) AG

Grienbachstrasse 34, CH-6340 Baar

Klägerin 1

und

GLP Manufacturing Corporation

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

Klägerin 2

vertreten durch Moot Court Team 7

gegen

HealthySales Ltd.

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team ...

betreffend

Forderung

stellen wir namens und mit Vollmacht der Klägerinnen, 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 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.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----------|
| Rechtsbegehren | I |
| Literaturverzeichnis..... | V |
| Urteilsverzeichnis..... | X |
| Beilagenverzeichnis/ Beweisofferten (BO)..... | XIII |
| I Formelles | 1 |
| 1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts im Allgemeinen..... | 1 |
| 2 Teilnahme der Klägerin 2 und Zuständigkeit des Schiedsgerichts | 1 |
| 2.1 Vertrag zugunsten Dritter | 1 |
| 2.2 Durchgriff | 3 |
| 2.3 „Group of Companies“ – Doktrin | 4 |
| 2.4 Prozessökonomie | 4 |
| 3 Zuständigkeit für Ansprüche vor dem 30. März 2009 (Klägerin 1 und 2)..... | 5 |
| 3.1 Auslegung | 5 |
| 3.2 Autonomie der Schiedsklausel..... | 6 |
| 3.3 Konsens..... | 6 |
| 3.4 Prozessökonomie | 7 |
| II Materielles | 7 |
| 1 Absichtliche Täuschung und culpa in contrahendo (Klägerin 1)..... | 7 |
| 1.1 Aufhebung des Distributionsvertrages aufgrund absichtlicher Täuschung | 7 |
| 1.1.1 Täuschendes Verhalten der Beklagten | 7 |
| 1.1.2 Das widerrechtliche Verhalten der Beklagten | 8 |
| 1.1.3 Die Beklagte täuschte mit Absicht | 8 |
| 1.1.4 Motivirrtum bei der Klägerin 1 | 9 |
| 1.1.5 Das Vorliegen eines Täuschungserfolges..... | 9 |
| 1.1.6 Aufhebung des Vertrages | 9 |
| 1.2 Anspruch der Klägerin 1 nach Abschluss des Distributionsvertrag | 10 |
| 1.2.1 Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht | 10 |

| | | |
|-------|---|----|
| 1.2.2 | Schaden..... | 10 |
| 1.2.3 | Kausalität..... | 11 |
| 1.2.4 | Verschulden..... | 12 |
| 1.2.5 | Keine Verjährung..... | 12 |
| 1.3 | Anspruch der Klägerin 1 vor Abschluss des Distributionsvertrags..... | 12 |
| 1.3.1 | Distributionsklausel in Verträgen vor Abschluss des Distributionsvertrags.. | 12 |
| 1.3.2 | Absichtliche Täuschung..... | 13 |
| 1.3.3 | Anspruch auf Schadenersatz..... | 13 |
| 2 | Eventualiter: Anspruch aus Vertragsverletzung (Klägerin 1)..... | 14 |
| 2.1 | Aufhebung des Vertrages aufgrund einer positiven Vertragsverletzung..... | 14 |
| 2.1.1 | Vorliegen eines Konkurrenzverbotes..... | 14 |
| 2.1.2 | Verletzung des Konkurrenzverbotes..... | 14 |
| 2.1.3 | Wesentlichkeit der Vertragsverletzung..... | 15 |
| 2.1.4 | Vorhandensein eines Schadens..... | 15 |
| 2.1.5 | Vorliegen eines Kausalzusammenhangs..... | 15 |
| 2.1.6 | Vorliegen eines Verschuldens..... | 15 |
| 2.2 | Anspruch der Klägerin 1 nach Abschluss des Distributionsvertrages..... | 15 |
| 2.3 | Anspruch der Klägerin 1 vor dem Abschluss des Distributionsvertrages..... | 16 |
| 2.3.1 | Vertragsverletzung..... | 16 |
| 2.3.2 | Anspruch auf Schadenersatz..... | 16 |
| 3 | Eventualiter: Anspruch aus unechter GoA (Klägerin 1)..... | 16 |
| 3.1 | Fremdes Geschäft mit Eingriff in fremde Vermögenswerte..... | 16 |
| 3.2 | Geschäft im Eigeninteresse der Beklagten..... | 17 |
| 3.3 | Kausalität..... | 17 |
| 3.4 | Bösgläubigkeit..... | 17 |
| 3.5 | Keine Verjährung..... | 18 |
| 4 | Ansprüche der Klägerin 2..... | 18 |
| 4.1 | Anspruch aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung..... | 18 |

| | | |
|-----|---|----|
| 4.2 | Eventualiter: Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag | 18 |
| 4.3 | Eventualiter: Ungerechtfertigte Bereicherung | 19 |
| 5 | Verrechnung (Klägerin 1 und 2) | 19 |
| 5.1 | Wechselseitige Forderungen | 19 |
| 5.2 | Wesen des Konzerns: | 20 |
| 5.3 | Der Durchgriff | 20 |
| 5.4 | Der umgekehrte Durchgriff..... | 20 |
| 5.5 | Gleichartigkeit der Forderungen/ Fälligkeit und Erfüllbarkeit | 20 |
| III | Abschliessende Würdigung..... | 20 |

Literaturverzeichnis

- ADEN MENNO
Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit: Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC – DIS - Wiener Regeln – UNCITRAL - LCIA, 2. Aufl., München 2003
(zit: ADEN, S. ... Rz. ...)
zitiert in Rz.: 24
- BERGER BERNHARD/
KELLERHALS FRANZ
Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006
(zit.: BERGER/ KELLERHALS, Nr. ...)
zitiert in Rz.: 5, 17, 28, 30
- BÖCKSTIEGEL KARL-
HEINZ/ BERGER KLAUS
PETER/ BREDOW JENS
[Hrsg.]
Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren in Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit, Band 16, Köln 2005
(zit.: BEARBEITER/IN, Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, S. ...)
zitiert in Rz.: 16, 20
- BOSMAN ALEIDUS GERARD
Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss Zürich 1984
(zit.: BOSMAN, S. ...)
zitiert in Rz.: 53
- BUCHER EUGEN
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
(zit.: BUCHER, S. ...)
zitiert in Rz.: 39, 57
- COTTI LUKAS
Das vertragliche Konkurrenzverbot: Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, Diss. Freiburg 2001
(zit.: COTTI, N ...)
zitiert in Rz.: 69

- DRUEY JEAN NICOLAS Gesellschafts- und Handelsrechte, 10.Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2010
(zit.: DRUEY, § ... Nr. ...)
zitiert in Rz.:110
- DRUEY JEAN NICOLAS/
VOGEL ALEXANDER Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999
(zit.: DRUEY/ VOGEL, S. ...)
zitiert in Rz.: 53, 54, 55, 62
- FORSTMOSER PETER/
MEIER-HAYOZ AR-
THUR/ NOBEL PETER Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1995
(zit.: FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/ NOBEL, § ... N ...)
zitiert in Rz.: 111
- FURRER ANDREAS/
SCHNYDER ANTON K.
(Hrsg.) Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Unveränderte Sonderausgabe der 1. Auflage von 2007, Zürich/ Basel/ Genf 2010
(zit.: BEARBEITER/IN, CHK, N ... zu Art. ...OR)
zitiert in Rz.: 45, 47
- GAUCH PETER/
SCHLUEP WALTER R./
SCHMID JÖRG Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2008
(zit.: GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID, OR AT I, Nr. ...)
zitiert in Rz.: 12, 50, 100
- GAUCH PETER/
SCHLUEP WALTER R./
EMMENEGGER SUSAN Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2008
(zit.: GAUCH/ SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT II, Nr. ...)
zitiert in Rz.: 5, 68, 73, 78, 80, 82
- GILOMEN HERMANN
VIKTOR Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1950
(zit.: GILOMEN, S. ...)
zitiert in Rz.: 45

- GUHL THEO [HRSG.] Das schweizerische Obligationenrecht: Mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000
(zit.: BEARBEITER/IN, Schweizerisches Obligationenrecht, § ... N ...)
zitiert in Rz.: 57
- HONSELL HEINRICH Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010
(zit.: HONSELL, CH OR BT, S. ...)
zitiert in Rz.: 91, 93
- HONSELL HEINRICH OR Art. 1-529: Kurzkommentar, Basel 2008
[Hrsg.] (zit.: BEARBEITER/IN, KuKo, N ... zu Art. ...)
zitiert in Rz.: 54, 79, 84
- HONSELL HEINRICH Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl.,
et al. [Hrsg.] Basel 2007
(zit.: BEARBEITER/IN, BSK IPRG, N ... zu Art. ... IPRG)
zitiert in Rz.: 35
- HONSELL HEINRICH/ Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obli-
VOGT NEDIM PETER/ gationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel/ Genf/
WIEGAND WOLFGANG München 2007
(Hrsg.) (zit.: BEARBEITER/IN, BSK OR I, N ... zu Art. ... OR)
zitiert in Rz.: 6, 44, 46, 80, 105
- HUGUENIN CLAIRE Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/ Ba-
sel/ Genf 2008
(zit.: HUGUENIN, Nr. ...)
zitiert in Rz.: 50, 58, 60, 64, 65, 76, 77, 78, 82, 83, 101
- KELLER MAX/ Analyse der Willensmängel; Eine praxisorientierte Studie,
SCHMIED-SYZ CAROLE Basel/ Frankfurt am Main 1995
(zit.: KELLER/ SCHMIED-SYZ, S. ...)
zitiert in Rz.: 46

- KOLLER ALFRED Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009
(zit.: KOLLER, § ... N ...)
zitiert in Rz.: 47, 74
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA et al. OR: Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009
(zit.: BEARBEITER/IN, Handkomm., N ... zu Art. ...)
zitiert in Rz.: 80
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/ FORSTMOSER PETER Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2006
(zit.: Meier-Hayoz/ Forstmoser, § ... N ...)
zitiert in Rz.: 110
- MÜLLER CHRISTOPH Swiss Case Law in International Arbitration, 2. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2010
(zit.: MÜLLER, S. ...)
zitiert in Rz.: 5
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/ BESSON SÉBASTIEN Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2007
(zit.: POUDRET/ BESSON, Nr. ...)
zitiert in Rz.: 16, 28, 31
- REY HEINZ Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2008
(zit.: REY, Nr., ...)
zitiert in Rz.: 52

- SCHMIDLIN BRUNO
 Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 2. Teilband, Unterteilband 1b: Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23 – Art. 31 OR, Bern 1995
 (zit.: SCHMIDLIN, BK, N ... zu Art. ... OR)
 zitiert in Rz.: 41
- SCHWENZER INGEBORG
 Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009
 (zit.: SCHWENZER, N ... zu § ...)
 zitiert in Rz.: 12, 98
- VON BÜREN ROLAND/
 STOFFEL WALTER A./
 WEBER ROLF H.
 Grundrisse des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2007
 (zit.: VON BÜREN/ STOFFEL/ WEBER, Nr. ...)
 zitiert in Rz.: 107
- WEBER ROLF H.
 Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – Art. 109 OR, Bern 2000
 (zit.: WEBER, BK, N ... zu Art. ... OR)
 zitiert in Rz.: 72
- ZUBERBÜHLER TOBIAS
 / MÜLLER CHRISTOPH/
 HABEGGER PHILIPP
 (Hrsg.),
 Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, Zürich 2005
 (zit.: BEARBEITER/IN, SRIA, N ... zu Art. ... Swiss Rules)
 zitiert in Rz.: 5, 20

Urteilsverzeichnis

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Dezember 1918

BGE 44 II 500
zitiert in Rz.: 57

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Juni 1952

BGE 78 II 230
Zitiert in Rz.: 72

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 18. Juni 1963

BGE 89 II 239
zitiert in Rz.: 68

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Juni 1978

BGE 104 II 94
zitiert in Rz.: 61

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. November 1980

BGE 106 II 346
zitiert in Rz.: 42

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Dezember 1982

BGE 108 II 419
zitiert in Rz.: 50

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Februar 1984

BGE 110 II 54
zitiert in Rz.: 28

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

BGE 116 Ia 56
zitiert in Rz.: 29

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Mai 1990

BGE 116 II 431
zitiert in Rz.: 41

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 1995

BGE 121 III 495
zitiert in Rz.: 29

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Februar 1997

BGE 123 III 110
zitiert in Rz.: 59

Unveröffentlichtes Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Dezember 1999

4P. 154 / 1999
zitiert in Rz.: 35

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. Januar 2000

BGE 126 III 69
zitiert in Rz.: 85, 87, 91

Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. September 2002

BGE 128 II 329
zitiert in Rz.: 17

Unveröffentlichtes Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Mai 2003

4C.40/2003
zitiert in Rz.: 5, 24, 25

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2003

BGE 129 III 727
zitiert in Rz.: 20, 26

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Oktober 2004

BGE 130 III 686
zitiert in Rz.: 12

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. November 2005

BGE 132 III 268
zitiert in Rz.: 12

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 31. März 2006

BGE 132 III 489

zitiert in Rz.: 17

Unveröffentlichtes Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. August 2009

4A_160/2009

zitiert in Rz.: 17

Beilagenverzeichnis/ Beweisofferten (BO)

1. Einleitungsanzeige vom 30. Juni 2010
2. Distributionsvertrag zwischen GLP Distribution (Switzerland) AG gegen Healthy Sales Ltd. vom 30. März 2009 (KB-10)
3. Begehren um Teilnahme am Schiedsverfahren/ Antwort zur Anzeige der Widerklage vom 8. September 2010
4. Beschluss Nr. 2 des Schiedsgerichts vom 22. Oktober 2010
5. E-Mail von Frau Julianna Svrei an Herrn Alex Miller vom 13. März 2009 (KB-9)
6. E-Mail von Frau Julianna Svrei an Herrn Alex Miller vom 10. Februar 2008 (KB-2)
7. E-Mail von Frau Julianna Svrei an Herrn Alex Miller vom 16. Februar 2008 (KB-4)
8. E-Mail von Herrn Benjamin Walther an Frau Julianna Svrei vom 1. Juli 2009 (KB-15)
9. E-Mail von Herrn Johan Smith an Herrn Benjamin Walther vom 20. Juni 2009 (KB-14)
10. Gegenüberstellung Lot-Nummern per 30. September 2009 (KB-16)
11. E-Mail von Herrn Alex Miller an Frau Julianna Svrei vom 25. Januar 2008 (KB-1)
12. E-Mail von Herrn Alex Miller an Frau Julianna Svrei vom 14. Februar 2008 (KB-3)
13. Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage von 2. August 2010
14. E-Mail von Herrn Alex Miller an Herrn John Smith vom 5. März 2008 (BB-1)

I Formelles

1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts im Allgemeinen

- 1 Als objektives Schiedsfähigkeitskriterium sieht Art. 177 IPRG vor, dass der streitige Anspruch ein vermögensrechtlicher sein muss. Streitig sind Schadenersatzansprüche der Klägerin 1 und 2 über insgesamt CHF 1'056'920. Daneben macht die Beklagte widerklageweise einen Anspruch auf CHF 500'000 geltend.
- 2 In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 178 IPRG eine gültige Schiedsvereinbarung. Gemäss der Einleitungsanzeige (Rz. 12 in BO 1) wurde der Distributionsvertrag (BO 2), am 30. März 2009 gegengezeichnet.
- 3 Somit ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Ansprüche der Klägerin 1 seit dem Abschluss des Distributionsvertrags am 30. März 2009 zu bejahen (unbestritten). Weshalb das Schiedsgericht für Ansprüche der Klägerin 2, deren Teilnahme am Verfahren, sowie die Ansprüche von Klägerin 1 und Klägerin 2 vor dem 30. März 2009 ebenfalls zuständig ist, wird nachfolgend aufgezeigt und erläutert.

2 Teilnahme der Klägerin 2 und Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 4 Mit Schreiben vom 8. September 2010 (BO 3) begehrt die Klägerin 2 am Schiedsverfahren Swiss Rules Fall Nr. 123456-2010 gestützt auf Art. 4 Ziff. 2 der internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Swiss Rules) als Nebenklägerin aufzutreten.
- 5 Grundsätzlich bindet eine Schiedsvereinbarung - wie jeder Vertrag - nur die unterzeichnenden Parteien (statt aller: BERGER/ KELLERHALS, Nr. 492; GAUCH/ SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT II, Nr. 3873). Dieser Grundsatz sieht sich allerdings zahlreichen Ausnahmen gegenübergestellt. Namentlich kann sich eine Schiedsvereinbarung dann auf Dritte erstrecken, wenn sie als Vertrag zugunsten Dritter formuliert ist (Art. 112 OR), eine Partei derartig in einem Konzernverhältnis eingebunden ist, dass sich ein Durchgriff rechtfertigt oder ein Anwendungsfall der „group of companies“-Doktrin vorliegt (vgl. zum Ganzen: BERGER/ KELLERHALS Nr. 513 ff.; MÜLLER, S. 59 f.; BGer vom 19.5.2003 4C.40/2003 E. 4.1; GILLIÉRON/ PIT-TET, SRIA, N 15 ff. zu Art. 4 Swiss Rules).

2.1 Vertrag zugunsten Dritter

- 6 Voraussetzung für den Vertrag zugunsten Dritter ist, dass sich jemand (Promissar, i.c. Klägerin 1), in eigenem Namen, eine Leistung an einen Dritten (Klägerin 2), zu dessen Gunsten versprechen lässt. Die zu erbringende Leistung kann jeglichen Inhalts sein: Sachleistung, Geldzahlung, Beitrittsrecht in eine Gesellschaft (GONZENBACH, BSK OR I, N 3 zu Art. 112 OR). Demnach kann der Leistungsinhalt auch ein Klagerecht vor dem Schiedsgericht darstellen.

- 7 Ob ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegt, muss durch Vertragsauslegung nach Massgabe des auf den Vertrag anwendbaren Rechts ermittelt werden.
- 8 Zunächst ist festzustellen, dass die Schiedsklausel in Art. 19 Ziff. 6 des Distributionsvertrages (BO 2) direkt keine Drittbindung ins Auge fasst. Allerdings wird der Anwendungsbereich der Klausel sehr weit gefasst, indem „sämtliche Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung“ vor dem Schiedsgericht auszutragen sind.
- 9 Unter den Ausdruck „sämtliche Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung“ fällt jedenfalls die Frage, ob der Klägerin 2 als Dritte ein eigenes Klagerecht aus der Vereinbarung zusteht. Mindestens für diese Rechtsfrage ist das Schiedsgericht zuständig und wenigstens insoweit sind die tatsächlichen Vorbringen, unter Verweis auf den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 BV, zu hören und die Klägerin 2 zum Verfahren zuzulassen. Die strittige Frage lässt sich indessen nur unter Berücksichtigung des gesamten Vertrages abschliessend beantworten.
- 10 Art. 19 Ziff. 2 des Distributionsvertrages (BO 2) enthält unter der Überschrift „Abtretung“ folgende Bestimmung:
Diese Vereinbarung bindet die Parteien und ihre Rechtsnachfolger. (...). Die Lieferantin kann auch nach eigenem Ermessen ein mit ihr verbundenes Unternehmen bezeichnen, welches Verpflichtungen aus dieser Vereinbarung erfüllt oder Berechtigungen aus dieser Vereinbarung erhalten soll.
- 11 Art. 1 des Distributionsvertrages definiert ein verbundenes Unternehmen als jedes Unternehmen, welches eine Partei kontrolliert indem es mindestens 51% der Stimmrechte oder Vermögenswerte am verbundenen Unternehmen hält. Die Klägerin 1 ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Klägerin 2. Im fünfköpfigen Verwaltungsrat der Klägerin 1 sitzen zwei Personen, welche gleichzeitig dem Verwaltungsrat der Klägerin 2 angehören. Ein dritter Verwaltungsrat der Klägerin 1 ist über einen Mandatsvertrag derartig an die Klägerin 2 gebunden, als er verpflichtet ist nach Weisung der Klägerin 2 zu stimmen, soweit dies mit seinen weiteren Verpflichtungen vereinbar ist (Rz. 2 in BO 4).
- 12 Bei der Auslegung von Verträgen ist nach Art. 18 OR zunächst vom übereinstimmenden, wirklichen Willen der Parteien auszugehen. Dabei ist das massgebende Kriterium das vom Erklärenden wirklich Gewollte (SCHWENZER, § 27 N 1). Das Vertrauensprinzip, also die Suche nach dem mutmasslichen Parteiwillen, ist erst subsidiär anzuwenden. Dazu werden die Willenserklärungen der Parteien so ausgelegt, wie sie nach Wortlaut und Zusammenhang, sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 268 E. 2.3.2; BGE 130 III 686 E. 4.3.1, je mit Hinweisen; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID, OR AT I, Nr. 207).

- 13 Grundsätzlich sollen nach Art. 19 Ziff. 2 des Distributionsvertrages (BO 2) nur die Parteien und ihre Rechtsnachfolger durch ihn gebunden sein. Dieser Grundsatz wird aber umgehend dahingehend eingeschränkt, als die Lieferantin (Klägerin 1) nach eigenem Ermessen ein verbundenes Unternehmen bezeichnen kann. Eine Information gegenüber der anderen Partei, wie dies etwa für die Zession vorgesehen ist, wird nicht verlangt. Diese Formulierung, wenn auch sehr offen und weit gehalten, entspricht dem typischen Fall eines Vertrags zugunsten Dritter. Indem die Klägerin 1 aber auch ein mit ihr verbundenes Unternehmen verpflichten kann Leistungen zu erfüllen, liegt gleichzeitig auch ein Vertrag zulasten Dritter vor.
- 14 Nach den unstrittigen Sachverhaltsfeststellungen verfügt die Klägerin 1 nicht über die nötigen Lager und Infrastruktur, um einen weltweiten Warenverkauf vorzunehmen. Dieser wird von der Klägerin 2 ausgeführt. Sie tätigt sämtliche Erfüllungsleistungen aus den Kaufverträgen der Klägerin 1 und tritt auch direkt mit den jeweiligen Distributoren über Lieferzeiten etc. in Kontakt (Rz. 2 in BO 4). Das Gesagte stellt für sich alleine betrachtet zwar keine Berechtigung, sondern eine Verpflichtung dar. Es muss aber klar sein, dass der Klägerin 2 durch die Verpflichtung zur Erfüllung auch die Berechtigung zur selbstständigen Klageerhebung zuzuteilen ist. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Klägerin 1 ihr dieses Recht nach eigenem Ermessen zusprechen kann. So erfolgte die „Bezeichnung“ der Klägerin 1, die Klägerin 2 zu Erfüllungshandlungen zu verpflichten der Beklagten gegenüber stillschweigend, indem die Klägerin 2 schlicht handelte.
- 15 Die Beklagte nahm das Vertragsangebot am 30. März 2009 vorbehaltlos an. Dass die Klägerin 2 durch die offene und weite Formulierung „nach Ermessen der Lieferantin Berechtigungen erhalten und Verpflichtungen erfüllen“ in den Vertrag und damit in die Schiedsklausel mit eingebunden wird, ist ihr daher als ihrem Willen entsprechend zu unterstellen.
- 16 In Lehre und Rechtsprechung werden ferner zwei Theorien diskutiert, welche zu einer Erweiterung der Schiedsvereinbarung auf nicht-unterzeichnende Dritte (zur Ungenauigkeit dieses Ausdrucks siehe POUURET/ BESSON, Nr. 250) durch Einbettung in ein Konzernverhältnis führen. Es sind dies die Theorie des „Durchgriffs durch den Mantel der juristischen Person“ (SANDROCK, Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, S. 105) und die „group of companies“-Doktrin.

2.2 Durchgriff

- 17 Das Bundesgericht verfolgt die Praxis, dass bei wirtschaftlicher Identität zweier Gesellschaften die rechtliche Selbstständigkeit ausser Acht gelassen werden kann und von der Einen auf die Andere durchgegriffen wird, wenn die Berufung auf die Selbstständigkeit der Rechtssubjekte rechtsmissbräuchlich ist (BGer vom 25.8.2009 4A_160/2009 E. 4.3.1; BGE 132 III 489 E. 3.2; BGE 128 II 329 E. 2.4; BERGER/KELLERHALS, Nr. 527). In diesen Fällen rechtfertige

es sich die Schiedsvereinbarung ohne weiteres auf die Muttergesellschaft auszudehnen (BGR vom 25.8.2009 4A_160/2009 E. 4.3.1 mit Nachweisen). Dabei kann es nicht darauf ankommen welche Partei sich auf die rechtliche Selbstständigkeit der Rechtssubjekte beruft.

- 18 Die wirtschaftliche Identität der beiden Klägerinnen, bzw. die Unselbstständigkeit der Klägerin 1 wurde bereits oben (Rz. 11) dargelegt. Zu prüfen bleibt daher einzig, ob die Berufung der Beklagten auf die rechtliche Selbstständigkeit der Klägerinnen rechtsmissbräuchlich ist.
- 19 Rechtsmissbräuchlich ist die Berufung jedenfalls dann, wenn der Mantel der juristischen Person nur Zwecke aufrechterhalten wird um berechnete Ansprüche zu vereiteln. I.c. führt die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit der Klägerinnen dazu, dass der Klägerin 1 in den USA kein Schaden entstanden sein könne. Mithin könnte die Klägerin 2 diesen nicht vor Schiedsgericht geltend machen, da Schaden und Anspruch in der jeweils falschen Rechtssphäre liegen würden. Rechtsmissbrauch ist somit gegeben.

2.3 „Group of Companies“ – Doktrin

- 20 Nach der „group of companies“-Doktrin genügt für die Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung auf eine konzernverbundene Gesellschaft, dass diese sich an der Vertragsgestaltung, der Erfüllung oder Nicht-Erfüllung beteiligte, durch den Vertrag gebunden werden will und sich daraus einen Vorteil erhofft (GILLÉRON/PITTET, SRIA, N 17 zu Art. 4 Swiss Rules; BGE 129 III 727 E. 5.3.2; SANDROCK, Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, S. 98).
- 21 Im vorliegenden Fall ist der streitige Standard-Distributionsvertrag von der Rechtsabteilung der Klägerin 2 verfasst (Rz. 11 in BO 1). Die Klägerin 2 leistete sämtliche Warenleistungen direkt an die Beklagte. Ebenfalls war es die Klägerin 2, welche die Klägerin 1 anwies die Grossbestellung für die Hilfslager in Bangladesch vorerst auszusetzen (Rz. 17 in BO 1). Wie oben gezeigt wurde, will die Klägerin 2 durch die offene und weite Formulierung des Art. 19 Ziff. 2 und Art. 19 Ziff. 6 auch durch den Vertrag (BO 2) gebunden (verpflichtet und berechtigt) sein. Dass sich die Klägerin 2 durch die Geschäfte resultierend aus dem Distributionsvertrag (aber auch schon vorher) einen Vorteil erhofft, liegt auf der Hand. Immerhin ist sie als Konzernmutter besonders am wohlgedeihen ihrer Tochtergesellschaften interessiert.

2.4 Prozessökonomie

- 22 Wie die Klägerin 2 bereits in ihrem Teilnahmebegehren (BO 3) dargelegt hat, ist ihr zudem aus prozessökonomischen Überlegungen die Teilnahme zu gewähren. Dies bleibt wie folgt zu präzisieren:
- 23 Die Klägerin 2 behauptet einen Schaden im Umfang von USD 1'435'000 (BO 3) durch die Beklagte erlitten zu haben. Würde man der Klägerin 2 die Teilnahme am Schiedsverfahren verweigern, wäre die Klägerin 2 auf den ordentlichen Rechtsweg vor staatlichen Gerichten

verwiesen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass sowohl die Beklagte, wie auch die Klägerin 2, gezwungen wären lange und kostenintensive Prozesse zu führen.

- 24 Ein Verweis an die staatlichen Gerichte bringt zwangsläufig die Gefahr kontradiktorischer Urteile und damit einer potentiellen Überkompensation durch die Beklagte mit sich (so auch BGer vom 19.5.2003 4C.40/2003 E. 4.2). Hier läuft man aber stets Gefahr, dass das angerufene staatliche Gericht sich als unzuständig erachtet und die Parteien wiederum an das Schiedsgericht verweist, wie dies offenbar gerade in den USA beliebt zu sein scheint (ADEN, S. 203 Rz. 39).
- 25 Im Übrigen erscheint es angebracht der Klägerin 2 die Teilnahme zu gewähren, wenn man bedenkt, dass sie sich auf den gleichen Sachverhalt stützt, wie er auch zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten vorliegt. Zudem müssen keine weiteren Beweismittel abgenommen werden und beide Klägerinnen machen den gleichen Schaden geltend. Es ist daher von einer freiwilligen Streitgenossenschaft auszugehen. Deren Vorliegen reichte dem Bundesgericht in einem ähnlich gelagerten Fall aus, um die Schiedsvereinbarung auch auf den nicht-unterzeichnenden Dritten auszuweiten (BGer vom 19.5.2003 4C.40/2003 E. 4.2).
- 26 Nach dem Gesagten ist der Klägerin 2 demnach die Teilnahme am Schiedsgericht zu gewähren. Ebenso ist das Schiedsgericht für die Beurteilung zuständig, da die Klägerin 2 aus Vertrag zugunsten Dritter, infolge Durchgriffs und in Anwendung der „group of companies“-Doktrin von der Schiedsklausel miterfasst ist. Der Einwand, die formellen Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts seien nicht erfüllt, ist abzuweisen. Das Bundesgericht vertritt in dieser Frage zu Recht eine liberale Haltung (BGE 129 III 727 E. 5.3.1).

3 Zuständigkeit für Ansprüche vor dem 30. März 2009 (Klägerin 1 und 2)

- 27 Die Beklagte bestreitet, dass sich die Klägerinnen auf die Schiedsklausel (BO 2) berufen können, für Ansprüche welche aus Bestellungen vor dem 30. März 2009, d.h. vor Vertragschluss und somit der Unterzeichnung der Schiedsklausel stammen. Im Folgenden wird aufgezeichnet, weshalb und inwieweit sich die Klägerinnen auch für diese Ansprüche auf die Schiedsklausel berufen können.

3.1 Auslegung

- 28 Inwieweit eine vorhandene Schiedsklausel Geltung erlangen kann, ist durch Auslegung zu bestimmen. Die Interpretation der Schiedsabrede basiert auf dem von den Parteien gewählten Recht (POUDRET/ BESSON, Nr. 304). Die Parteien haben das Schweizer Recht für anwendbar erklärt (BO 2). Die Schiedsvereinbarung wird in Anwendung von Art. 178 Abs. 2 IPRG nach schweizerischem Recht ausgelegt, somit ist nach Art. 1 Abs. 1 OR in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien massgebend (BERGER/ KELLERHALS, Nr. 415). Die Kriterien für eine gültige Schiedsvereinbarung dürfen aber nicht zu leicht sein, da z.B. die

Kosten in einem Schiedsverfahren viel höher anfallen (BGE 110 II 54, E. 2). Wenn die Schiedsvereinbarung aber einmal gültig abgeschlossen wurde, besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Grund mehr für eine restriktive Auslegung. (POUDRET/ BESSON, Nr. 304). Vielmehr ist dann dem Anliegen der Parteien Rechnung zu tragen, die Streitsache durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen, weshalb davon auszugehen ist, dass die Parteien eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts wünschen, wenn sie eine Schiedsabrede getroffen haben.

- 29 Die Klägerin 1 bat per Mail (BO 5) die Beklagte den Standard-Distributionsvertrag kritisch durchzulesen und zu unterschreiben. Die Beklagte hat ihn ohne Änderungen unterschrieben zurückgeschickt, worauf ihn die Klägerin 1 gegenzeichnete. I.c. steht das Vorliegen einer gültigen Schiedsabrede daher fest (BGE 116 Ia 56, E. 3b i.V.m. BGE 121 III 495, E. 5c), weshalb von einer umfassenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts auszugehen ist.

3.2 Autonomie der Schiedsklausel

- 30 Eine umfassende Zuständigkeit des Schiedsgerichts bedeutet, dass die Schiedsvereinbarung, obwohl sie mit dem Hauptvertrag in einer einzigen Urkunde verbunden ist, eine autonome Bedeutung bekommt (BERGER/ KELLERHALS, Nr. 423). Des Weiteren ist aufzuzeigen weshalb die Autonomie der Schiedsklausel hier von Bedeutung ist.
- 31 Der Distributionsvertrag weist darauf hin, dass sämtliche Streitigkeiten aus der Vereinbarung durch ein Schiedsgericht zu entscheiden sind. Der Vertrag bildet somit eine Art Rahmenvertrag, wobei dann die einzelnen Kaufverträge ebenfalls unter die Schiedsklausel fallen. Insofern wird die Schiedsklausel losgelöst und somit autonom vom Hauptvertrag auf alle diesem unterstellten Verträge anwendbar und folglich erweitert. Diese einzelnen Verträge beinhalten alle dieselbe ökonomische Funktion. Geschäftsbeziehungen basieren auch meist auf mehreren Verträgen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass bloss eine einzige Urkunde alle Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien regeln kann (POUDRET/ BESSON, Nr. 308). Es ist daher anzunehmen, dass die Parteien ihre gesamten Rechtsbeziehungen unter dieselbe Schiedsklausel stellen wollten.
- 32 Die Schiedsklausel kann somit als autonome Klausel, losgelöst vom Rahmenvertrag angesehen werden und erlangt dadurch erweiterte Geltung auf Kaufverträge aus dem Distributionsverhältnis.

3.3 Konsens

- 33 Als weiterer Schritt ist aufzuzeigen, weshalb auch die einzelnen Verträge vor dem 30. März 2009 zwingend unter diese Klausel fallen müssen.
- 34 Auf Wunsch der Beklagten wurde das Geschäftsverhältnis durch einen Distributionsvertrag formalisiert. Jedoch wurde die Beklagte weiterhin nur gegen Vorkasse beliefert, weshalb

sich der Bestell- und Lieferablauf nicht veränderte. Dazu kommt, dass die Beklagte auch schon vor Vertragsschluss aus dem gesamten Sortiment der Power- Linie bestellen konnte, was ebenfalls beweist, dass sich an den einzelnen Kaufverträgen nichts verändert hat. Da sich bei den einzelnen Kaufverträgen, folglich im Vergleich zu den vorvertraglichen Abreden nichts geändert hat, ist von konnexen Verträgen die Rede.

- 35 Eine vertragliche Klausel, bzw. ein Vermerk im Distributionsvertrag, ist für die Erweiterung auf konnexe Verträge nicht notwendig. Finden sich in konnexen Verträgen eigenständige Streiterledigungsmechanismen, etwa Gerichtsstandsklauseln oder abweichende Schiedsklauseln, so haben diese grundsätzlich Vorrang, was eine Erweiterung der Schiedsklausel in diesen Fällen ausschliesst (WAGNER/ SCOTT, BSK IPRG, N 37 zu Art. 186 IPRG); siehe auch BGer vom 8. Dezember 1999, 4P.154/1999 E. 2c). Dies ist hier nicht gegeben, denn wie aus den beiden Emails ersichtlich (BO 6, 7) enthielten die einzelnen Kaufverträge nie Streiterledigungsmechanismen und wiesen auch nie auf allgemeine Geschäftsbedingungen hin, worin ebensolche enthalten sein könnten. Es handelte sich eher um formlose, einfachere Abhandlungen, welchen ja genau durch den Distributionsvertrag Form gegeben werden sollte.

3.4 Prozessökonomie

- 36 Konnexe Verträge basieren auf demselben Rechtsverhältnis. Der Gegenstand der Verträge bildet stets dasselbe Produkt. Ebenfalls wurden alle Verträge jeweils unter denselben Parteien abgeschlossen, nämlich zwischen der Beklagten und der Klägerin 1. Die Behandlung von konnexen Verträgen vor demselben Gericht ist ebenfalls hinsichtlich der Prozessökonomie von Bedeutung.
- 37 Die Prozessökonomie schafft Effizienz. Es erscheint daher wenig sinnvoll, wenn man die besagten Kaufverträge gesondert behandeln würde. Die staatlichen Gerichte müssten sich dann mit demselben Rechtsstreit auseinandersetzen, was alles erschweren und verlangsamen und zudem die Gefahr kontradiktorischer Urteile mit sich bringen würde.
- 38 Das Schiedsgericht ist somit auch für Ansprüche der Klägerinnen vor dem 30. März 2009 zuständig.

II Materielles

1 Absichtliche Täuschung und culpa in contrahendo (Klägerin 1)

1.1 Aufhebung des Distributionsvertrages aufgrund absichtlicher Täuschung

1.1.1 Täuschendes Verhalten der Beklagten

- 39 Bei einer Täuschung gemäss Art. 28 Abs. 1 OR wird grundsätzlich zwischen der Vorspiegelung von falschen Tatsachen und dem Verschweigen von Tatsachen unterschieden (BUCHER, S. 219).

- 40 Nach der Meinung der Klägerin 1 wurde sie getäuscht, indem die Beklagte ihr wesentliche Tatsachen verschwiegen hat.
- 41 Gemäss dem Bundesgericht darf das Verschweigen einer Tatsache nur dann als eine Täuschung qualifiziert werden, wenn eine Aufklärungspflicht bestand. Eine solche kann sich aus „besonderen gesetzlichen Vorschriften, aus Vertrag, oder wenn eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten ist“ ergeben (BGE 116 II 431 E. 3a). Wie weit eine Aufklärungspflicht besteht und was ihr Umfang ist lässt sich nach dem Grad der Erkennbarkeit und der Schwere des verschwiegenen Mangels feststellen (SCHMIDLIN, BK, N 38 zu Art. 28 OR).
- 42 Da es üblich ist einem Distributor (in diesem Fall der Beklagten) ein Gebiet zuzuweisen, erachtet die Klägerin 1 die Eingrenzung des Vertragsgebietes als wesentlicher Bestandteil des in Frage stehenden Distributionsvertrages, denn ohne den in diesen Worten formulierten Art. 3 des Vertrages (BO 2), wäre sie niemals bereit gewesen ein Dauerschuldverhältnis mit der Beklagten einzugehen. Auch aufgrund der bereits seit mehr als einem Jahr abgewickelten Kaufverträge und einem wesentlichen Bestellvolumen war die Klägerin 1 der Ansicht, dass ein gewisses Vertrauensverhältnis zwischen ihr und der Beklagten bestehen würde. Demgemäss waren die Parteien bereits beim Vertragsschluss nach Treu und Glauben verpflichtet, sich in gewissem Masse über Tatsachen zu unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss beeinflussen können (BGE 106 II 346 E. 4a). Dies hat die Beklagte unterlassen, indem sie den Distributionsvertrag ohne Anmerkungen wieder zurückgesendet hat.
- 43 Demzufolge vertritt die Klägerin 1 den Standpunkt, dass die Beklagte eine Aufklärungspflicht auf Grund der Intensität des Vertrages, dem Vertrauensverhältnis und des wesentlichen Vertragspunktes des Vertragsgebietes traf.

1.1.2 Das widerrechtliche Verhalten der Beklagten

- 44 Nach der Lehre wird eine Widerrechtlichkeit nicht explizit vorausgesetzt, da der Gesetzgeber davon ausging, dass eine Täuschung immer widerrechtlich sei (SCHWENZER, BSK OR I, N 12 zu Art. 28 OR). Somit war das Verhalten der Beklagten per se widerrechtlich.

1.1.3 Die Beklagte täuschte mit Absicht

- 45 Gemäss der Rechtsprechung und der Lehre liegt eine Täuschungsabsicht dann vor, wenn der täuschende die Unrichtigkeit kennt und mit Absicht bei einer Gegenpartei einen Irrtum bewirken oder bestehen lassen will, um sie so zu einem Vertragsschluss zu verleiten (Statt aller: KUT/SCHNYDER, CHK, N 7 zu Art. 28 OR). Für die Klägerin 1 besteht kein Zweifel, dass die Beklagte bereits vor dem Vertragsschluss wusste, dass die von ihr gemachten Angaben nicht wahr sind, denn wie sich herausstellte (Rz. 9 in BO 4), hat sie tatsächlich die Produkte nie aus

der USA ausgeführt. Folglich geht die Klägerin 1 davon aus, dass die Beklagte wusste, dass die Klägerin 1 sich in einem Irrtum befand und es der Beklagten somit jederzeit möglich war die Klägerin 1 über die tatsächlichen Umstände aufzuklären; diese wollte aber wie bereits oben dargelegt der Aufklärungspflicht nicht nachkommen, da sie gute Geschäfte mit Jim's Gym machen konnte und sich somit weitere Gewinne, durch das Verleiten der Klägerin 1 zum Abschluss des Distributionsvertrages, erhoffte (GILOMEN, S. 96). Eine Täuschungsabsicht erachtet die Klägerin somit als gegeben.

1.1.4 Motivirrtum bei der Klägerin 1

46 Durch die Täuschung der Beklagten muss bei der Klägerin ein Irrtum hervorgerufen oder aufrechterhalten werden (SCHWENZER, BSK OR I, N 13 zu Art. 28 OR). In einem Irrtum befindet sich, wer sich Vorstellungen macht die nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen (KELLER/ SCHMIED-SYZ, S. 15). Die Klägerin 1 war immer der Meinung, die Beklagte sei ein kundiger Distributor im indischen Kontinent und vertriebe somit auch die Ware an den vereinbarten Ort. Die Beklagte hat jedoch nie ausserhalb der USA geliefert (Rz. 9 in BO 4). Die Klägerin befand sich somit in einem Irrtum.

1.1.5 Das Vorliegen eines Täuschungserfolges

47 Zwischen der Täuschung und dem Vertragsschluss muss ein Kausalzusammenhang vorliegen. Ein solcher besteht dann, wenn der Getäuschte den Vertrag nicht (dolus causam dans) oder nicht mit diesem Inhalt (dolus incidens) geschlossen hätte (KOLLER, § 17 N 7; KUT/ SCHNYDER, CHK, N 10 zu Art. 28 OR). Wie bereits unter Rz. 42 erwähnt, wäre die Klägerin 1 zu keinem Zeitpunkt bereit gewesen einen Distributionsvertrag mit einem Distributionsgebiet in den USA einzugehen. Dies wäre aufgrund der Firmenpolitik völlig unsinnig gewesen, denn die GLP Manufacturing Corporation hätte sich somit einen eigenen Konkurrenten geschaffen. Es liegt somit einen Kausalzusammenhang dolus causam dans vor.

1.1.6 Aufhebung des Vertrages

48 Die Klägerin 1 wurde durch die Beklagte getäuscht, weshalb der Vertrag für sie gemäss Art. 23 OR unverbindlich ist. Die Klägerin 1 hat sodann die Wahl sich zwischen der Anfechtung oder der Genehmigung des Vertrages zu entscheiden. Die Anfechtung muss gemäss Art. 31 OR innerhalb Jahresfrist seit der Entdeckung der Täuschung erfolgen. Da nach der Ansicht der Klägerin das Verhältnis zu der Beklagten tiefgreifend erschüttert wurde entschloss sich die Klägerin am 30. Juni 2010 eine Einleitungsanzeige zur Aufhebung des Distributionsvertrages beim Schiedsgericht einzureichen. Da die Klägerin von der Täuschung frühestens am 1. Juli 2009 erfahren konnte (BO 8) hat sie die Anfechtung des Vertrages rechtzeitig beim Schiedsgericht eingereicht (vgl. Rz. 62 f).

49 Normalerweise wird ein Vertrag auf Grund einer Anfechtungserklärung ex tunc aufgehoben. Bei einem Dauerschuldverhältnis, wie es der Distributionsvertrag ist, kann sich aber eine Rückabwicklung des Vertrages als wenig sinnvoll und unpraktikabel erweisen. Daher wird in Lehre und Rechtsprechung die Auflösung des Vertrages ex nunc bevorzugt. Der bereits abgewickelte Teil bleibt somit gültig. Der Vertrag wurde somit per 30. Juni 2010 aufgehoben.

1.2 Anspruch der Klägerin 1 nach Abschluss des Distributionsvertrag

50 Der Klägerin 1 ist infolge der Auflösung des Distributionsvertrages wegen absichtlicher Täuschung Ersatz für den entgangenen Gewinn zuzusprechen. Dieser Anspruch resultiert aus der c.i.c. (GAUCH/ SCHLUEP / SCHMID, OR AT I, Nr. 850; BGE 108 II 419 E. 5). Die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht im Rahmen von Vertragsverhandlungen, der daraus resultierende adäquat kausale Schaden sowie das Verschulden der Beklagten als Voraussetzungen der c.i.c. (HUGUENIN, Nr. 956 ff.) sind, wie folgend dargelegt, gegeben.

1.2.1 Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht

51 Die Beklagte täuschte die Klägerin 1 im Zuge des Abschlusses des Distributionsvertrags absichtlich. Sie verletzte dadurch eine vorvertragliche Aufklärungspflicht (zur Begründung siehe Rz. 41 ff.).

1.2.2 Schaden

52 Aus der absichtlichen Täuschung der Klägerin 1 durch die Beklagte über das Distributionsgebiet resultierte der Klägerin 2 ein Schaden in Form von entgangenem Gewinn. Als entgener Gewinn wird die Differenz zwischen dem Vermögensstand nach Schädigung und dem hypothetischen Vermögensstand ohne Schädigung verstanden (REY, Nr. 347 f.). Diese Differenz besteht i.c. zwischen dem Preis, den die Beklagte der Klägerin 1 bezahlte (Rz. 6 in BO 1) und demjenigen, den die Klägerin 2 bei Direktverkauf der Ware an Jim's Gym erhalten hätte.

53 Klägerin 1 ist, entgegen der Behauptung der Beklagten (Rz. 10 in BO 1) berechtigt den oben genannten Schaden der Klägerin 2 geltend zu machen. Klägerin 1 und 2 stehen aufgrund der 100 prozentigen Beteiligung der Klägerin 2 an der Klägerin 1 unter einheitlicher Leitung. Sie sind somit als Konzern zu betrachten (DRUEY/ VOGEL, S. 5). Die an Konzernen beteiligten Gesellschaften werden grundsätzlich rechtlich strikt getrennt behandelt. Wenn es die Gerechtigkeit erfordert anerkennen Lehre und Rechtsprechung jedoch die Einheitsbehandlung (BOSMAN, S. 60 f.; DRUEY/ VOGEL, S. 2 f.).

54 Ob Regel oder Ausnahme zum Zug kommt, ergibt sich i.c. aus Sinn und Zweck der angewandten gesetzlichen Norm (DRUEY/ VOGEL, S. 38): Art. 28 Abs. 1 OR soll sicherstellen, dass der Vertragsschluss auf dem freien Willen der Parteien beruht. Ausserdem soll eine Partei schadlos gehalten werden, falls sie durch Täuschung zu einem Vertrag bewegt wurde, den sie so nicht wollte (BLUMER, KuKo, N 1 zu Art. 28 OR).

- 55 In Anbetracht dieses Zwecks sind Klägerin 1 und 2 als Einheit zu behandeln. Dafür spricht, dass gemäss Art. 663e OR die Klägerinnen verpflichtet sind eine konsolidierte Jahresrechnung aufzustellen, d.h. Aufwand und Ertrag beider wird zusammengerechnet (DRUEY/ VOGEL, S. 34 f.). Abgesehen davon sind die Klägerinnen organisatorisch eng verbunden (gleicher Namensbestandteil, Klägerin 1 weisungsgebunden, drei Verwaltungsräte der Klägerin 1 mit Klägerin 2 verbunden, gemeinsame Erfüllung von Vertragspflichten; vgl. Rz. 2 in BO 4; und oben Rz. 11) und teilen somit die gleichen Interessen (Interessenkonvergenz; DRUEY/ VOGEL, S. 107 f.). Der Erfolg bzw. Misserfolg von Klägerin 2 schlägt somit auf Klägerin 1 durch (DRUEY/ VOGEL, S. 106). Der Schaden von Klägerin 2 trifft auch Klägerin 1 und muss daher von dieser auch in eigenem Namen geltend gemacht werden können.
- 56 Abgesehen davon ist die Berufung der Beklagten auf die innere Organisation der Klägerinnen zur Umgehung der Rechtsfolgen der absichtlichen Täuschung nach Art. 2 Abs. 2 OR rechtsmissbräuchlich (Rz. 18 f.).
- 57 Aufgrund der c.i.c. wird der Ersatz des Vertrauensinteresses geschuldet. Dieses besteht i.d.R. im negativen Interesse (BUCHER, S. 223). Entgangener Gewinn ist im Rahmen des negativen Interesses zu ersetzen, wenn der Geschädigte wegen des dahingefallenen Vertrags auf den Vertragsschluss mit einem Dritten verzichten musste (KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, § 10 N 50; BGE 44 II 500 E. 5). Dies ist i.c. gegeben: Die Beklagte lieferte an Jim's Gym, einen bestehenden Kunden der Klägerin 2, anstatt in das vereinbarte Distributionsgebiet (Art. 3 in BO 2). Der Klägerin 2 wurde dadurch die Möglichkeit genommen, gleichviele bzw. mengenmässig gleich umfassende Kaufverträge mit Jim's Gym abzuschliessen wie bis anhin.
- 58 Ausserdem ist im Rahmen des negativen Interesses per definitionem der Geschädigte so zu stellen, „wie wenn der Vertrag nie abgeschlossen worden wäre“ (HUGUENIN, Nr. 611). Dies ist hier nur möglich, indem der entgangene Gewinn ersetzt wird, da die Klägerin 2 ohne den Vertrag mit der Beklagten mit Jim's Gym geschäftet hätte wie bisher.

1.2.3 Kausalität

- 59 Der Verkauf der Ware an Jim's Gym durch die Beklagte war „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich“ geeignet „einen Erfolg in der Art des eingetretenen“, also einen Verkaufsrückgang bei der Klägerin 2 herbeizuführen (BGE 123 III 110 E. 3a). Die Handlung der Beklagten war ausserdem *conditio sine qua non* für den Erfolg. Die absichtliche Täuschung ist folglich adäquat und natürlich kausal für den geltend gemachten Schaden.

1.2.4 Verschulden

60 Das Verschulden der Beklagten wird nach h.L. entsprechend Art. 97 Abs. 1 OR vermutet (HUGUENIN, Nr. 978). Da die Beklagte absichtlich, d.h. in vollem Wissen täuschte (Rz. 45), ist ihr Verschulden ohne Zweifel gegeben.

1.2.5 Keine Verjährung

61 Die Verjährung von Ansprüchen aus der c.i.c. richtet sich gemäss Bundesgericht (BGE 104 94 E. 3a) nach Deliktsrecht (Art. 60 Abs. 1 OR). Somit verjährt der Anspruch ein Jahr nachdem der Geschädigte Kenntnis von Schaden und Ersatzpflichtigem erlangte.

62 Die Klägerinnen stellten Anfang 2009 die Verkaufseinbrüche bei Jim's Gym fest. Am 20. Juni 2009 erfuhr Klägerin 2 durch Jim's Gym (BO 9) von einem Grosshändler, der ihre Produkte 20% günstiger verkauft. Der Verdacht der Klägerin 2 fiel auf die Beklagte („erste Verdachtsmomente“, Rz. 4 in BO 4). Am 1. Juli 2009 (BO 8) erkundigte sie sich bei dieser über einen möglichen Zusammenhang. Zu diesem Zeitpunkt hatten die Klägerinnen weder Kenntnis von der Identität des Ersatzpflichtigen noch von der tatsächlichen Höhe des Schadens. Erst die Gegenüberstellung der Lot Nummern (BO 10) per Mitte Juli 2009 bestätigte den Verdacht (Rz. 4 in BO 4) und brachte den Klägerinnen die sichere Kenntnis der Identität der Ersatzpflichtigen und in der Folge auch des Schadens. Klägerin 1 anerkennt, dass ihr das Wissen der Klägerin 2 aufgrund des Konzerntatbestands (Rz. 53) vollumfänglich angerechnet wird, auch wenn sie nie explizit darüber informiert wurde (Rz. 4 in BO 4; DRUEY/ VOGEL, S. 39).

63 Klägerin 1 machte bereits am 30. Juni 2010 mit der Einleitungsanzeige ihre Ansprüche geltend (BO 1). Die Ansprüche aus c.i.c. sind somit nicht verjährt. Auch die absolute Frist von 10 Jahren ab Schädigung ist gewahrt (Art. 60 Abs. 1 OR).

1.3 Anspruch der Klägerin 1 vor Abschluss des Distributionsvertrags

1.3.1 Distributionsklausel in Verträgen vor Abschluss des Distributionsvertrags

64 Vor der Formalisierung des Geschäftsverhältnisses durch den Distributionsvertrag schlossen Klägerin 1 und Beklagte für die Lieferungen jeweils einzelne Kaufverträge. Die Klägerin 1 durfte bei allen diesen Verträgen davon ausgehen, dass sie nebst der Vereinbarung über Kaufsache und Preis auch eine Abmachung bezüglich des Distributionsgebiets enthielten. Dies ist durch die objektivierte Vertragsauslegung belegbar. Auf den inneren Willen der Beklagten (subjektive Auslegung; HUGUENIN, Nr. 262 f.) kann nicht abgestellt werden, da dieser aufgrund deren widersprüchlichen Verhaltens nicht mehr eruierbar ist.

65 Bei der genannten Auslegungsmethode wird bekanntlich darauf abgestellt, was eine vernünftige Person nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) unter den bei Vertragsschluss gegebenen Umständen verstehen durfte und musste (HUGUENIN, Nr. 264 f., 275). Die erste

Anfrage der Beklagten (BO 11) richtete sich dem Wortlaut nach eindeutig auf den Vertrieb der Produkte der Klägerinnen im indischen Subkontinent und konnte nicht als eine generelle Anfrage zum Vertrieb der Produkte unabhängig von einem Distributionsgebiet verstanden werden. Im gesamten darauf folgenden Mailverkehr bis zum Abschluss des ersten Kaufvertrags wurde im Betreff immer das von der Beklagten anvisierte Distributionsgebiet genannt (BO 6, 7, 12). Da der Betreff im geschäftlichen Mailverkehr als relevanter Bestandteil einer E-Mail betrachtet wird und auf den Inhalt der Mail hinweist, musste und durfte Klägerin 1 nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sich die gesamte weitere Vertragsverhandlung auf den Vertrieb im indischen Subkontinent bezog. Die Vereinbarung über das Distributionsgebiet wurde somit Bestandteil des ersten Kaufvertrags.

66 Alle weiteren Kaufverträge bis zum Abschluss des Distributionsvertrags wurden immer nach denselben Modalitäten (Vorauszahlung, Lieferung in Warenlager der Beklagten usw.) abgewickelt (Rz. 9 in BO 1). In den Bestellungs-mails wurde jeweils nur noch Ware und Preis genannt, ohne auf die weiteren Modalitäten einzugehen. Ebenso wie die Klägerin 1 sich auf das Gleichbleiben der Verkaufsmodalitäten verlassen durfte (unbestritten), musste sie auch davon ausgehen, dass alle Bestellungen der Beklagten sich auf das genannte Vertriebsgebiet bezogen. Dafür spricht auch, dass die Beklagte in keiner Weise erstaunt auf die Vertragsgebietsklausel im Distributionsvertrag (Art. 3 in BO 2) reagierte.

1.3.2 Absichtliche Täuschung

67 Eine absichtliche Täuschung durch die Beklagte nach Art. 28 Abs. 1 OR liegt vor. Grösstenteils kann auf die Ausführungen unter Rz. 39-47 verwiesen werden. Folgend zusätzlich einige Präzisierungen: Die Beklagte gab vor, den indischen Subkontinent als Absatzgebiet erschliessen zu wollen. Sie verschwieg der Klägerin 1 ihre Absicht, die Produkte gegebenenfalls auch ausserhalb dieses Gebiets zu vertreiben (Rz. 11 in BO 4) und verletzte damit ihre Aufklärungspflicht (Rz. 42). Dies führte zu einem Irrtum auf Seiten der Klägerin 1 (Rz. 46). Dieser wurde von der Beklagten erkannt und gewollt, denn nur so konnte sie sich die Option offenhalten, die Produkte ggf. auf anderen Märkten abzusetzen.

1.3.3 Anspruch auf Schadenersatz

68 Klägerin 1 verzichtet aus Praktikabilitätsgründen auf die Aufhebung der Kaufverträge. Sie macht jedoch gestützt auf Art. 28 Abs. 1 i.V.m. Art. 31 Abs. 3 OR Schadenersatz aus c.i.c. geltend (GAUCH/ SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT II, Nr. 871; BGE 89 II 249 E. 6). Für die Begründung kann auf die Ausführungen unter Rz. 52 ff. verwiesen werden.

2 Eventualiter: Anspruch aus Vertragsverletzung (Klägerin 1)

2.1 Aufhebung des Vertrages aufgrund einer positiven Vertragsverletzung

2.1.1 Vorliegen eines Konkurrenzverbotes

69 Ein Konkurrenzverbot darf grundsätzlich in jedem Vertrag geschlossen werden, solange es innerhalb der gesetzlichen Schranken liegt (Art. 19 Abs. 1 OR). In der Lehre entwickelte sich eine Formel die besagt, dass sich der Belastete durch das vertragliche Konkurrenzverbot verpflichtet, gegenüber dem Geschützten selbst, keine Konkurrenz zu üben und/ oder Dritte bei der Konkurrenzierung des Geschützten nicht zu unterstützen. Das heisst, dass der Entstehungsgrund von verkehrstypischen Konkurrenzverboten ein Vertrag ist. Dabei beschreibt der Begriff „Verbot“ die Rechtsbeziehung zwischen dem Unterlassungsgläubiger und dem Unterlassungsschuldner. Der Zweck eines vertraglichen Konkurrenzverbotes ist, die Konkurrenzierung des Geschützten durch den Belasteten zu verhindern. Man versucht dadurch den Abschluss von Verträgen über Leistungen, mit welchen dieselben Bedürfnisse befriedigt werden sollen, zu unterbinden. Somit kann man sagen, dass ein Konkurrenzverbot der Ausschaltung von Angebotskonkurrenz dienen soll (COTTI, N 13 ff.).

70 Nach Ansicht der Klägerin 1 wurde das Konkurrenzverbot in Art. 3 des Distributionsvertrages (BO 2) festgelegt. Die Beklagte wird darin verpflichtet es zu unterlassen ausserhalb der ihr zugeschriebenen Staatsgebiete Indien, Pakistan und Bangladesch aktiv Kunden anzuwerben. Zudem wollte die Klägerin 1 mit dem zweiten Absatz des Art. 3 des Distributionsvertrages klar bezwecken, dass sie alleine die Entscheidung hat, wo ihre Produkte hin geliefert werden und somit die Übersicht über allfällige Konkurrenz behalten kann. Ein Konkurrenzverbot liegt somit nach Ansicht der Klägerin 1 vor.

2.1.2 Verletzung des Konkurrenzverbotes

71 Indem die Beklagte die Ware in die USA lieferte, wurde das Konkurrenzverbot offensichtlich verletzt. Überdies hat die Beklagte die Produkte im Internet angeboten (Rz. 6 in BO 4). Es dürfte auch der Beklagten bekannt gewesen sein, dass das Internet heutzutage weltweit verbreitet ist und somit auch unbeschränkt viele Menschen Zugang zum Angebot haben. Die Beklagte hatte beim Abschluss des Distributionsvertrages die Klägerin 1 nicht über die Aktivitäten in der USA informiert, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wäre (Art. 3 in BO 2).

72 Gemäss der h.L. und dem Bundesgericht zählt man heute das Konkurrenzverbot zu dem Unterlassungspflichten (WEBER, BK, N 97 zu Art. 98 OR; BGE 78 II 230 E. 2b). Unterlassungspflichten, sind Pflichten, die auf Gesetz oder Vertrag beruhen. Der Schuldner wird dabei angehalten, gewisse Handlung nicht vorzunehmen, obwohl er dies aufgrund von allgemeinen Grundsätzen dürfte (WEBER, BK, N 92 zu Art. 98 OR). Weshalb die Beklagte eine Unterlassungspflicht verletzt hat.

73 Die Verletzung von Unterlassungspflichten ist in Art. 98 Abs. 2 OR geregelt. Da solche Verletzungen nicht immer zu Leistungsunmöglichkeit führen und zudem oft Überschneidungen zur Schlechtleistung bestehen, rechtfertigt es sich die Verletzung der Unterlassungspflicht der positiven Vertragsverletzung zuzurechnen (GAUCH/ SCHLUEP/ EMENEGGER, OR AT II, N 2652).

2.1.3 Wesentlichkeit der Vertragsverletzung

74 Objektiv wesentlich ist ein Vertragspunkt dann, wenn er notwendigerweise einer Vereinbarung durch die Parteien bedarf und daher bei fehlender Einigung der Vertrag nicht zustande kommen würde (KOLLER, § 6 N 28). Für einen Distributionsvertrag ist es geradezu wesensimmanent, dass man dem Distributor ein bestimmtes Gebiet zuweist. Aus diesen Gründen ist Art. 3 des Distributionsvertrages (BO 2) objektiv wesentlich. Somit liegt eine wesentliche Verletzung der Unterlassungspflicht vor.

2.1.4 Vorhandensein eines Schadens

75 Für den Schaden kann auf Rz. 52 ff. verwiesen werden.

2.1.5 Vorliegen eines Kausalzusammenhangs

76 Der entstandene Schaden muss nur dann ersetzt werden, wenn zwischen dem Schaden und der Vertragsverletzung ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang vorliegt (HUGUENIN, N 625 f.). Ein solcher Zusammenhang liegt vor, denn hätte die Beklagte die Produkte nicht an Jim's Gym weiterverkauft, wäre kein Schaden entstanden. Auch ein adäquater Kausalzusammenhang liegt nach der Meinung der Klägerin 1 vor, denn es ist normal, dass man Gewinneinbussen hat, wenn es plötzlich einen Konkurrenten gibt, den es eigentlich nicht geben dürfte.

2.1.6 Vorliegen eines Verschuldens

77 Ein Verschulden wird nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Die Klägerin 1 geht zudem davon aus, dass die Beklagte mindestens mit Eventualvorsatz gehandelt hat, denn durch ihr Schweigen hat sie klar eine Vertragsverletzung in Kauf genommen (HUGUENIN, N 634).

2.2 Anspruch der Klägerin 1 nach Abschluss des Distributionsvertrages

78 Aus der Vertragsverletzung durch die Beklagte resultierte der Klägerin 2 ein Schaden in Form von entgangenem Gewinn. Rechtsfolge aus der Vertragsverletzung nach Art. 98 Abs. 2 OR ist, nebst dem Rücktritt vom Vertrag, der Ersatz des negativen Interesses analog Art. 109 Abs. 2 OR (GAUCH/ SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT II, Nr. 2652; HUGUENIN, Nr. 642). Somit kann auf die Ausführungen unter Rz. 52 ff. verwiesen werden.

79 Zur Ergänzung: Klägerin 1 kann wiederum den Schaden der Klägerin 2 geltend machen, obwohl die Vertragsverletzung im Rechtskreis der Klägerin 1 stattfand. Dies weil Sinn und

Zweck von Art. 98 Abs. 2 OR ist, den infolge Vertragsverletzung Geschädigten nach dem Rücktritt vom Vertrag schadlos zu halten (THIER, KuKo, N 1 zu Art. 98 OR).

2.3 Anspruch der Klägerin 1 vor dem Abschluss des Distributionsvertrages

2.3.1 Vertragsverletzung

80 Wie in Rz. 64 ff. erläutert, enthielten auch die einzelnen Verträge vor Abschluss des Distributionsvertrags eine Klausel zum Vertriebsgebiet. Diese Klauseln entsprechen einer vertraglich vereinbarten Nebenpflicht (GAUCH/ SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT II, Nr. 2614). Als Verhaltenspflicht, die bezweckt die Rechtsposition der Klägerinnen zu schützen (KREN KOSTKIEWICZ, HandKomm, N 11 zu Art. 97), ist sie nicht selbständig einklagbar. Sie löst jedoch bei Verletzung die Rechtsfolgen von Art. 97 Abs. 1 OR aus (WIEGAND, BSK OR I, N 32 zu Art. 97 OR).

81 Eine solche Verletzung liegt i.c. vor. Die Beklagte belieferte, anstatt wie vereinbart den indischen Subkontinent, Jim's Gym in den USA. Zur Begründung der weiteren Voraussetzungen für eine Vertragsverletzung kann auf Rz. 75 ff. verwiesen werden.

2.3.2 Anspruch auf Schadenersatz

82 Klägerin 1 verzichtet wiederum aus Praktikabilitätsgründen auf die Aufhebung der Kaufverträge. Sie verlangt gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR Schadenersatz und verzichtet gemäss der Austauschtheorie auf die Rückerstattung der von ihr bereits erbrachten Leistung (GAUCH/ SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT II, Nr. 2590; HUGUENIN, Nr. 640).

83 Schadenersatz aus Art. 98 Abs. 2 OR umfasst den Ersatz des positiven Interesses. Im Rahmen von diesem ist auch ein allfällig entgangener Gewinn, wie er i.c. vorliegt (vgl. Rz. 52), zu ersetzen (HUGUENIN, Nr. 612). Zur weiteren Begründung kann auf Rz. 78 f. verwiesen werden.

3 Eventualiter: Anspruch aus unechter GoA (Klägerin 1)

84 Eventualiter macht die Klägerin 1 bezüglich allen Leistungen die Herausgabe des Verletzergewinns aufgrund unechter Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 Abs. 1 OR) durch die Beklagte geltend. Die Beklagte führte durch den Vertrieb der Ware in den USA bösgläubig ein fremdes Geschäft in ihrem eigenen Interesse, was zu einer unrechtmässigen Gewinnerzielung führte (WEBER, KuKo, N 4 f. zu Art. 423 OR).

3.1 Fremdes Geschäft mit Eingriff in fremde Vermögenswerte

85 Das Bundesgericht nahm in BGE 126 III 69 (= Pra 2001 Nr.11) eine Praxisänderung vor und lässt neu neben dem Eingriff in dingliche Rechte die unechte GoA auch bei Eingriff in fremde Vermögenswerte zu, „wenn die Person einen Vorteil aus der Verletzung einer Pflicht oder eines Verbots zieht“.

- 86 Dies ist vorliegend der Fall: Die Beklagte erhielt aufgrund der Abmachung ausschliesslich in den indischen Subkontinent zu liefern (BO 2 bzw. Rz. 64 ff.), die Ware von der Klägerin 1 zu einem günstigeren Preis. Unter Verletzung dieser Pflicht, verkaufte sie die Ware in den USA an einen bestehenden Kunden der Klägerin 2. Sie führte somit ein fremdes Geschäft der Klägerin 2 und zog daraus den Vorteil, ihre für den indischen Subkontinent bestellte Ware absetzen zu können, indem sie den Preis der Klägerin 2 in den USA um ca. 20% unterbot. Die Absetzung der Ware wäre ihr anderweitig nicht möglich gewesen, da sie es unterlassen hatte, den Markteintritt in ihr zugewiesenen Distributionsgebiet seriös vorzubereiten (Rz. 10 in BO 4; Rz. 3 in BO 13). Da die Beklagte zudem auf eigene Rechnung wirtschaftete, floss der gesamte Gewinn in ihre Kassen.
- 87 Diese Argumentation wird gestützt durch die ratio legis von Art. 423 Abs. 1 OR. Ziel der Bestimmung ist es zu verhindern, dass der Urheber (i.c. die Beklagte) einer widerrechtlichen Handlung (i.c. Vertrieb der Ware in den USA) von dieser profitiert (BGE 126 III 69 E. 2b = Pra 2001 Nr.11).
- 88 Aus Sinn und Zweck von Art. 423 Abs. 1 OR geht zudem wiederum hervor, dass die Klägerinnen im vorliegenden Fall als Einheit zu behandeln sind (vgl. Rz. 53 ff.), da ansonsten die Beklagte von der widerrechtlichen Handlung profitieren würde. Klägerin 1 kann folglich die unechte GoA geltend machen, obwohl es sich beim fremden Geschäft um ein Geschäft der Klägerin 2 handelt.

3.2 Geschäft im Eigeninteresse der Beklagten

- 89 Die Klägerinnen profitierten vom Geschäft der Beklagten in den USA nicht. Sie verkauften an der Beklagten nicht - wie erhofft – zusätzlich zum bestehenden Absatz Ware, sondern auf Kosten des bestehenden Absatzes. Von einem „guten Verdienst“, wie ihn die Beklagte vorbringt (Rz. 10 in BO 13) kann indessen keine Rede sein, wenn man die Klägerinnen richtigerweise als wirtschaftliche Einheit betrachtet. Das Geschäft war somit ausschliesslich im Eigeninteresse der Beklagten.

3.3 Kausalität

- 90 Die Geschäftsanmassung durch die Beklagte war natürlich und adäquat kausal für die Gewinnerzielung, dies geht bereits aus der Argumentation in Rz. 86 hervor

3.4 Bösgläubigkeit

- 91 Das Bundesgericht sowie die herrschende Lehre setzen für die Anwendung der unechten GoA die Bösgläubigkeit des Geschäftsführers voraus (BGE 126 III 69 E. 2a; HONSELL, CH OR BT, S. 347).
- 92 Der Beklagten war die Abmachung über das Distributionsgebiet bekannt (Art. 3 in BO 2 bzw. Rz. 64 ff.). Sie beging bewusst eine Vertragsverletzung. Sie musste ausserdem aufgrund des

ersten Mails von Jim's Gym erkennen, dass es sich bei diesem um einen bereits bestehenden Abnehmer der Power-Linie handelte. Jim's Gym stellte (geht aus BO 14 hervor) keinerlei Fragen zum Produkt und musste nicht überzeugt werden, die Produkte in sein Sortiment aufzunehmen. Hätte Jim's Gym keine, oder Konkurrenzprodukte im Sortiment gehabt, hätte es sich sicherlich gründlich nach der Qualität der Produkte erkundigt. Dies musste der Beklagten aufgrund der jahrelangen Erfahrung im Geschäft (BO 11) bewusst gewesen sein. Die Beklagte wusste somit, dass sie ein fremdes Geschäft in ihrem eigenen Interesse führte. Sie war bösgläubig.

3.5 Keine Verjährung

93 Der Anspruch aus unechter GoA verjährt gemäss der h.L. nach Art. 60 OR (HONSELL, CH OR BT, S. 348). Es kann somit auf die Ausführungen unter Rz. 62 f. verwiesen werden.

4 Ansprüche der Klägerin 2

4.1 Anspruch aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung

94 Die Klägerin 2 macht ihren Schaden sowohl aus culpa in contrahendo, als auch aus positiver Vertragsverletzung für die gesamte Geschäftsbeziehung zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten geltend. Wie die Beklagte selbst vorbringt (Rz. 10 in BO 13), liegt der Schaden unstrittig in der Sphäre der Klägerin 2. Demgegenüber wurde sie nicht durch die Beklagte getäuscht, bzw. hat die Beklagte ihr gegenüber keine Vertragsverletzung begangen. Da aber die rechtliche Selbstständigkeit der Klägerin 1 vorliegend richtigerweise verneint werden muss (Rz. 11, 53 ff.), treffen die Handlungen der Beklagten auch die Klägerin 2 (vgl. dazu auch unten Rz. 107). Infolgedessen sie auch berechtigt ist die daraus entspringenden Ansprüche durchzusetzen.

95 Im Übrigen kann auf die Ausführungen unter Rz. 39 ff. und Rz. 65 ff. zu Klägerin 1 zu den genannten Ansprüchen verwiesen werden. Diese gelten sinngemäss ebenfalls für die Klägerin 2.

4.2 Eventualiter: Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag

96 Wie oben gezeigt wurde, führte die Beklagte entgegen dem Verbot der Klägerin 1 ihr Verkaufsgeschäft in den USA. Der Verkauf der Power-Linie in den USA ist der Klägerin 2 ausschliesslich vorenthalten. Indem der Beklagten sämtliche Erlöse aus den Verkäufen innerhalb der USA zuflossen und die Klägerin 2 infolgedessen Umsatzeinbussen erlitt, liegt klarerweise Eigengeschäftsführungsinteresse vor (Rz. 89). Dass die Beklagte dabei bösgläubig war, wurde oben ebenfalls dargelegt (Rz. 91 f.).

97 Nach dem Gesagten, liegen die Voraussetzungen für eine unechte Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 423 Abs. 1 vor und die Beklagte sei zur Herausgabe des Verletzergewinns zu verpflichten.

4.3 Eventualiter: Ungerechtfertigte Bereicherung

- 98 Weiter besteht ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung i.S.v. Art. 62 Abs. 1 OR. Hier wird vorausgesetzt, dass jemand aus dem Vermögen eines Anderen ungerechtfertigt bereichert wird. Eine Bereicherung ist ein Vermögensvorteil, der sich in der Vergrösserung oder Nichtverminderung des Vermögens manifestiert (SCHWENZER, OR AT, § 55 N 7 m.w.H).
- 99 Durch die Verkäufe der Power-Linie in den USA hat die Beklagte offensichtlich ein Mehr an Einnahmen erzielt.
- 100 Der Wortlaut von Art. 62 Abs. 1 OR verlangt nun, dass die Bereicherung „aus dem Vermögen eines andern“ stammt. Nach neuer, richtiger Auffassung wird lediglich verlangt, dass die Bereicherung durch Beeinträchtigung der fremden Rechtssphäre erlangt wird (GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID, OR AT I, Nr. 1566). I.c. erzielte die Beklagte ein Mehr an Einnahmen, indem sie sich dem Geschäft der Klägerin 2, entgegen dem Verbot der Klägerin 1, bediente und damit in die Rechtssphäre der Klägerin 2 eingriff.
- 101 Überdies muss die Bereicherung ungerechtfertigt sein. Das ist immer dann der Fall, wenn aus Vertrag oder Gesetz kein Rechtsgrund den Vermögensvorteil rechtfertigt (HUGUENIN, Nr. 1034). Indem sich die Beklagte dem ausdrücklichen Verbot der Klägerin 1 widersetzte, ist ihr Vermögensvorteil nicht gerechtfertigt. Darüber hinaus ist die Klägerin 2 Inhaber der Marken der Power-Linie. Ein Eingriff ist daher allein deshalb schon ungerechtfertigt; wenngleich auf derlei markenrechtliche Fragen hier nicht eingegangen werden muss.

5 Verrechnung (Klägerin 1 und 2)

- 102 Die Beklagte stellt das Rechtsbegehren, die Klägerin 1 sei zu verpflichten ihr den Betrag von CHF 500'000 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 28. November 2009 zu bezahlen.
- 103 Die Klägerinnen stellen sich hier auf den Standpunkt, dass sie ihre Begehren bereits um CHF 500'000 durch Verrechnung reduziert haben, was somit die Rückzahlung ausschliesst.
- 104 Ob die Verrechnungsforderung begründet ist, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen aus Art. 120 OR gegeben sind.

5.1 Wechselseitige Forderungen

- 105 Eine Verrechnung kann nur stattfinden, wenn sich die Verrechnungsforderung gegen den Verrechnungsgegner und die Hauptforderung gegen den Verrechnenden richtet. (PETER, BSK OR I, N 5 zu Art. 120 OR)
- 106 Dies ist für Klägerin 1 gegeben. Ein Problem stellt sich bei Klägerin 2, da sich die Verrechnungsforderung (USD 1'435'000) zwar gegen die Beklagte richtet, die Hauptforderung (CHF 500'000) jedoch nicht gegen die Klägerin 2, sondern gegen die Klägerin 1. Dieses Problem ist wie folgend aufgezeigt durch Konzernrecht zu lösen.

5.2 Wesen des Konzerns:

- 107 Ein Konzern ist eine Zusammenfassung mehrerer rechtlicher selbstständiger Unternehmen unter eine einheitliche wirtschaftliche Leitung. Somit handelt es sich um eine wirtschaftliche Einheit trotz juristischer Selbstständigkeit der einzelnen Konzernunternehmen. Die Konzernbildung erfolgt meist über 100-prozentige Beherrschungen von Tochtergesellschaften durch eine Obergesellschaft (VON BÜREN/ STOFFEL/ WEBER, Nr. 80)
- 108 Konzernrechtlich gesehen besteht so keine Wechselseitigkeit der Forderungen, da es sich ja um zwei rechtlich unabhängige Gebilde handelt.
- 109 Im Folgenden wird jedoch aufgezeigt, wie und weshalb in diesem Fall die Voraussetzung der Wechselseitigkeit der Forderungen dennoch als gegeben betrachtet werden kann.

5.3 Der Durchgriff

- 110 Die Praxis begegnet den wesentlichen Unzulänglichkeiten des Trennungsprinzips mit dem sog. Durchgriff (DRUEY, §1 Nr. 91). In Konzernen können die Tochtergesellschaften von der Muttergesellschaft derart beherrscht werden, dass ihnen (gegenüber der Muttergesellschaft) keine Selbstständigkeit mehr zukommt (MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER, §2, N 44). Dieser ist i.c. gegeben, Rz. 11, 16 ff., 53

5.4 Der umgekehrte Durchgriff

- 111 Neben dem Normalfall des direkten Durchgriffs gibt es auch den Fall des umgekehrten Durchgriffs, das heisst der Erstreckung einer Verpflichtung der Muttergesellschaft (Klägerin 2) auf die von dieser beherrschten Gesellschaft (FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/ NOBEL, § 62 N 87). Dieser ist, da die Voraussetzungen des normalen Durchgriffs gegeben sind, durchaus möglich. I.c., dass die Klägerin 2 für die Schuld der Klägerin 1 aufzukommen hat und dadurch zur Verrechnenden wird. Anders formuliert: Die Hauptforderung, nämlich diese CHF 500'000.-, richten sich gegen die Klägerin 2, weshalb die Wechselseitigkeit der Forderungen bejaht werden kann.

5.5 Gleichartigkeit der Forderungen/ Fälligkeit und Erfüllbarkeit

- 112 Die weiteren Voraussetzungen von Gleichartigkeit, Fälligkeit und Erfüllbarkeit sind ohne weiteres gegeben.

III Abschliessende Würdigung

Aus den dargelegten Gründen bitten wir Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Mitglieder der Schiedskommission, antragsgemäss zu entscheiden.

Mit vorzüglichster Hochachtung

Moot Court Team 7