

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

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

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

LSI
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Zürich, 15. Dezember 2010

KLAGESCHRIFT

in Sachen

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

Klägerin 1

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

Klägerin 2

beide vertreten durch Moot Court Team 9

gegen

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

Beklagte

Inhaltsverzeichnis

I. Rechtsbegehren	IV
II. Literaturverzeichnis	V
III. Entscheidverzeichnis	VII
1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts und Teilnahme	1
1.1 Subjektive Schiedsfähigkeit	1
1.1.1 Rechts- und Parteifähigkeit	1
1.1.2 Handlungs- und Prozessfähigkeit.....	1
1.2 Objektive Schiedsfähigkeit	2
1.3 Formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung.....	2
1.3.1 Konsens über die essentialia negotii	2
1.3.2 Form- und Schriftlichkeit	2
1.4 Zwischenfazit	3
1.5 Subjektiver Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung.....	3
1.5.1 Allgemeines	3
1.5.2 Ausdehnung auf die Klägerin 2 gemäss Art. 4 Ziff. 2 SchO	3
1.6 Objektiver Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung	4
1.7 Fazit.....	4
2. Verkäufe vor dem 31. März 2009	4
2.1 Zuständigkeit	4
2.2 Objektiver Geltungsbereich.....	4
2.3 Fazit.....	5
3. Aufhebung des Distributionsvertrages	6
3.1 Zustandekommen des Vertrages	6
3.1.1 Rechts- und Handlungsfähigkeit	6
3.1.2 Übereinstimmende Willenserklärung	6
3.1.3 Rechtsbindungswille der Parteien	6
3.2 Rechtliche Qualifikation des Vertrages	6
3.3 Zwischenfazit	7
3.4 Anfechtung des Vertrages wegen Willensmangel	7
3.4.1 Täuschendes Verhalten	7
3.4.2 Täuschungsabsicht.....	8
3.4.3 Irrtum.....	9
3.4.4 Widerrechtlichkeit	9
3.4.5 Kausalität.....	9
3.5 Fazit.....	9
3.6 Anfechtung des Dauerschuldverhältnisses	9
3.6.1 Anfechtungsberechtigung.....	9
3.6.2 Anfechtungserklärung	9
3.6.3 Anfechtungsfrist	10
3.7 Rechtsfolgen nach erfolgter Anfechtung.....	10
3.8 Fazit	10
4. Ansprüche der Klägerin 1	10
4.1 Vertragsverletzung.....	10

4.1.1 Verletzung einer Unterlassungspflicht.....	11
4.1.2 Schaden	12
4.1.3 Adäquater Kausalzusammenhang	12
4.1.4 Verschulden	12
4.1.5 Zwischenfazit	13
4.2 Geschäftsführung ohne Auftrag	13
4.2.1 Auftragslosigkeit	13
4.2.2 Fremdes Geschäft.....	13
4.2.3 Bösgläubigkeit.....	14
4.2.4 Herausgabe des Erlangten	14
4.2.5 Verjährung	14
4.2.6 Zwischenfazit	14
4.3 Anspruchskonkurrenz.....	14
4.3.1 Gewinnherausgabeanspruch und Schadenersatz.....	14
4.3.2 Gewinnherausgabeanspruch und ungerechtfertigte Bereicherung.....	14
4.4 Fazit.....	15
5. Anspruch der Klägerin 2 auf Schadenersatz	15
5.1 Kreis der Berechtigten.....	15
5.1.1 Leistungsnähe zum Vertrag	15
5.1.2 Besonderes Interesse am Schutz des Dritten.....	15
5.1.3 Erkennbarkeit von Leistungsnähe und schutzwürdigem Gläubigerinteresse.....	16
5.2 Schaden	16
5.3 Adäquater Kausalzusammenhang	17
5.4 Verschulden	17
5.5 Fazit.....	17
6. Schuldnerverzug.....	17
6.1 Verrechnung.....	18
6.1.1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der Verrechnungsforderung....	18
6.1.2 Anwendbares materielles Recht	18
6.1.3 Bestand der Forderungen	18
6.1.4 Fälligkeit der Verrechnungsforderung.....	18
6.1.5 Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit.....	19
6.1.6 Ausschlussgrund.....	19
6.1.7 Verrechnungserklärung.....	19
6.2 Fazit.....	19

I. 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.

unter Einschluss des folgenden

Prozessualen Antrages

Es sei der Klägerin 2 gemäss Art. 4 (2) der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern die Teilnahme am Schiedsverfahren als weitere Klägerin zu gestatten.

II. Literaturverzeichnis

ARTER OLIVER, Vertriebsverträge, Bern 2007 [zit. in N 33,34: ARTER]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 [zit. in N 2,3,8,9,14,16,19,20,22: BERGER/KELLERHALS]

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

COTTI LUKAS, Das vertragliche Konkurrenzverbot: Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, Diss. Univ. Freiburg (Schweiz) 2001 [zit. in N 54,55,58,63: COTTI]

EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Auflage, Zürich 2004 [zit. in N 33: EMCH/RENZ/ARPAGAU]

GROSS DOMENIC, Das rechtliche Schicksal von Verrechnungsansprüchen im Schiedsverfahren, Band 2, Zürich 1999 [zit. in N 57,95: GROSS]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 [zit. in N 7,95: BSK IPRG-BEARBEITER]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007 [zit. in N 38,98: BSK OR I-BEARBEITER]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008 [zit. in N 29,31,44,48,55,58,65,92,93,94,97,99,100,101: HUGUENIN, OR AT]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2008 [zit. in N 69,76,77: HUGUENIN, OR BT]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009 [zit. in N 38,43,51,101: SCHWENZER]

LACHMANN JENS-PETER, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Auflage, Köln 2008 [zit. in N 22: LACHMANN]

LIEBMANN MARC, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Europäische Hochschulschriften, Diss. Greifswald 2006 [zit. in N 84: LIEBMANN]

MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 [zit. in N 40: CHK-BEARBEITER]

REBMANN KURT/FRANZ JÜRGEN SÄCKER (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, München 1994 [zit. In N 79: MK-BEARBEITER]

SCHMID JÖRG, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Fünfter Band, Das Obligationenrecht, Art. 419-424 OR. Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 1993 [zit. in N 67,73,77: ZK-SCHMID]

SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band VI: Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 23-31 OR, Bern 1995 [zit. in N 52: SCHMIDLIN-Berner Kommentar]

SIEGRIST SAMUEL, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1997 [zit. in N 79,84,86: SIEGRIST]

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des CH-OR, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979 [zit. in N 37: VON TUHR/PETER]

III. Entscheidverzeichnis

BGE 75 II 225 [N 67]
BGE 87 II 163 [N 98]
BGE 98 II 15 [N 51]
BGE 114 II 131 [N 52]
BGE 116 Ia 56 [N 20]
BGE 116 II 431 [N 38]
BGE 116 II 444 [N 86]
BGE 118 II 353[N 6]
BGE 123 III 110 [N 60,88]
BGE 129 III 320 [N 52]
BGE 129 III 681[N 20,23]
BGE 129 III 727 [N 14,15]
BGE 132 II 161[N 45]
BGE 4A_452/2007 [N 21]

BGHZ 49, 350 (354) [N 80]
BGHZ 61, 227 (230) [N 80]
BGHZ 127, 378 [N 82]

1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts und Teilnahme

Die Klägerin 2 kann am Verfahren teilnehmen, sofern das Schiedsgericht für die Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 1 gegen die Beklagte zuständig ist. Das bedingt, dass zwischen den beiden Parteien eine gültig zustande gekommene Schiedsvereinbarung vorliegt. Dafür müssen die nachfolgend aufgeführten Voraussetzungen gegeben sein. 1

1.1 Subjektive Schiedsfähigkeit

Voraussetzung für das Vorliegen der subjektiven Schiedsfähigkeit einer Partei ist einerseits die Fähigkeit der Partei, eine Schiedsvereinbarung zu schliessen, andererseits im eigentlichen Schiedsverfahren als Partei auftreten zu können (BERGER/KELLERHALS, N 324). 2

1.1.1 Rechts- und Parteifähigkeit

Die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft wird in Anwendung von Art. 187 IPRG nach dem von den Parteien gewählten Recht oder dem Recht, welches mit dem Streitgegenstand am nächsten zusammenhängt («closest connection») bestimmt (BERGER/KELLERHALS, N 328). Die Parteien haben bezüglich Rechtsfähigkeit keine Regelung getroffen, weshalb das Gesellschaftsstatut (Art. 154 Abs. 1 IPRG) zur Anwendung gelangt. Daher kommt im Falle der Klägerin 1 das schweizerische Recht zur Anwendung. Klägerin 1 ist eine nach schweizerischen Vorschriften konstituierte Aktiengesellschaft (i.S.v. Art. 620 ff. OR), welche folglich rechts- und parteifähig ist. Die Limited Company (Ltd.) ist eine Gesellschaftsform des englischen Rechts und entspricht in etwa der schweizerischen GmbH nach Art. 772 ff. OR. Diese ist als körperschaftlich aufgebaute Gesellschaft ebenso rechtsfähig wie die AG. Es gilt zudem: «parteifähig ist, wer rechtsfähig ist» (Art. 66 ZPO). Die Klägerin 1 und die Beklagte sind somit beide fähig, eine Schiedsvereinbarung zu schliessen, sowie Partei im Prozess zu sein. 3

1.1.2 Handlungs- und Prozessfähigkeit

Die Prozessfähigkeit umschreibt das Recht, den Prozess als Partei persönlich zu führen oder durch einen Vertreter führen zu lassen. Überdies gilt: «Prozessfähig ist, wer handlungsfähig ist» (Art. 67 Abs. 1 ZPO). 4

Die Handlungs- bzw. Prozessfähigkeit wird entsprechend der Rechtsfähigkeit, auch in Anwendung von Art. 187 IPRG, nach dem von den Parteien gewählten Recht oder nach dem «closest connection- test» bestimmt. Mangels Rechtswahl ist auf das Gesellschaftsstatut abzustellen (Art. 154 Abs. 1 IPRG); auch hier wieder das schweizerische Recht. 5

Die juristische Person ist handlungs- und prozessfähig, soweit ihre nach Gesetz und Statuten unentbehrlichen Organe bestellt sind (Art. 54-55 ZGB). Dies ist als gegeben zu betrachten.

1.2 Objektive Schiedsfähigkeit

Die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes ist eine Voraussetzung für die materielle 6
Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und zugleich Voraussetzung für die Zuständigkeit des
Schiedsgerichts (BGE 118 II 353 E. 3a.).

Das Recht, nach welchem bestimmt wird, ob eine Streitsache schiedsfähig ist, ist die *lex* 7
arbitri; daher für die Schweiz das IPRG (BSK IPRG-BRINER, Art. 177 N 8). Gemäss Art. 177
Abs. 1 IPRG kann jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand des Schiedsverfahrens
sein. Die Klägerin 1 verlangt die Zahlung von CHF 1'056'920. Daher ist ein
vermögensrechtlicher Anspruch und folglich auch ein schiedsfähiger Streitgegenstand
gegeben.

1.3 Formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

Vor Schiedsgericht bestimmen sich formelle und materielle Gültigkeit nach der auf das 8
Schiedsverfahren anwendbaren *lex arbitri* (BERGER/KELLERHALS, N 301). Das
Schiedsgericht hat seinen Sitz in Zürich, weshalb sich das Verfahren nach schweizerischem
Recht richtet und Art. 178 IPRG zur Anwendung kommt. Dem steht keine Rechtswahl der
Parteien entgegen.

1.3.1 Konsens über die essentialia negotii

Das auf die materielle Gültigkeit anwendbare Recht ist entweder das von den Parteien 9
gewählte, das auf die Streitsache oder das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht (Art. 178
Abs. 1 IPRG); i.c. kommt nur schweizerisches Recht in Frage. Für die materielle Gültigkeit
der Schiedsklausel ist erforderlich, dass die Parteien sich über die wesentlichen Bestandteile
des Vertrages geeinigt haben. Dazu gehört, dass die Parteien ihren Rechtsstreit einem
Schiedsgericht unterstellen und dass die Bestimmbarkeit des Rechtsstreites in der Klausel
vorliegen muss (BERGER/KELLERHALS, N 272). Unter Art. 19 Ziff. 6 des
Distributionsvertrages (KB-10) unterstellen die Parteien «sämtliche Streitigkeiten» aus der
Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit. Die Parteien haben folglich über die *essentialia*
negotii (nach Art. 178 Abs. 2 IPRG) im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR Konsens erzielt.

1.3.2 Form- und Schriftlichkeit

Die formelle Gültigkeit verlangt, dass der Nachweis durch Text möglich ist (Art. 178 Abs. 1 10
IPRG). Die Parteien haben unbestritten eine Schiedsvereinbarung getroffen, welche der
Anforderung der Schriftlichkeit genügt.

1.4 Zwischenfazit

Das Schiedsgericht ist zur Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 1 gegen die Beklagte 11
zuständig, da eine Schiedsvereinbarung gültig zustande gekommen ist.

1.5 Subjektiver Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung

1.5.1 Allgemeines

Grundsätzlich sind nur jene Parteien befugt, ihre Ansprüche vor einem Schiedsgericht geltend 12
zu machen, welche Partei einer gültigen Schiedsvereinbarung sind. Dritten bleibt daher eine
Teilnahme verwehrt (Formerfordernis in Art. 178 Abs. 1 IPRG).

1.5.2 Ausdehnung auf die Klägerin 2 gemäss Art. 4 Ziff. 2 SchO

Zum Einbezug Dritter äussern sich die Klägerin 1 und die Beklagte im Vertrag (KB-10) nicht. 13
Jedoch unterstellen sie ihre aus dem Vertrag resultierenden Streitigkeiten den Swiss Rules of
International Arbitration. In Art. 4 Ziff. 2 SchO wird die Mitwirkung von Drittparteien
dahingehend gelöst, dass das Schiedsgericht nach Konsultation der Parteien und unter
Berücksichtigung aller massgeblichen Umstände entscheidet, ob der Drittpartei die Teilnahme
zu gewähren ist.

In BGE 129 III 727 hat das Bundesgericht Stellung genommen zur Problematik der 14
Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf Dritte und deren Vereinbarkeit mit dem in Art. 178.
Abs. 1 IPRG statuierten Formerfordernis (BERGER/KELLERHALS, N 520). Es geht davon aus,
dass die Schiedsklausel auf denjenigen Dritten auszudehnen sei, welcher an den
Vertragsverhandlungen oder an der Erfüllung des Hauptvertrages eine massgebliche
Beteiligung hat. Daraufhin muss die Gegenpartei nach Treu und Glauben erkennen, dass die
Drittpartei den Hauptvertrag mit dazugehöriger Schiedsklausel akzeptiert und sich auf ein
allfälliges Schiedsverfahren einlässt (BERGER/KELLERHALS, N 521 ff.).

Zunächst ist hervorzuheben, dass der von der Klägerin 1 und der Beklagten unterzeichnete 15
Distributionsvertrag und die darin enthaltene Schiedsklausel eine standardisierte
Vertragsvorlage von Klägerin 2 ist. Dies lässt einerseits darauf schliessen, dass die Klägerin 2
einen allfälligen Beitritt ihrerseits in ein Verfahren gemäss Art. 4 Ziff. 2 SchO von vornherein
nicht ausschliessen wollte. Andererseits zeigt es auf, welche Massstäbe die Klägerin 2 in
Bezug auf den Hauptvertrag und dessen Abwicklung setzt. Insofern lassen die inhaltliche
Gestaltung und Formulierungen vielmehr auf den Willen der Klägerin 2 als auf denjenigen der
Klägerin 1 schliessen. Es steht zudem fest, dass die Klägerin 2 jeweils die vertraglich
vereinbarten Lieferungen an die Beklagte erbrachte und somit den Vertrag gehörig erfüllte

(KB-6). Dieser Umstand ist als massgebliche Beteiligung an der Vertragserfüllung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu qualifizieren (BGE 129 III 727).

1.6 Objektiver Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung

Es stellt sich die Frage nach dem Umfang der vom Schiedsgericht zu beurteilenden Fragen und inwieweit sich dieser aus der Schiedsvereinbarung ergibt (BERGER/KELLERHALS, N 462-463). Es handelt sich, wie nachfolgend gezeigt wird (N 33), um einen Rahmenvertrag und nachgelagerte einzelne Kaufverträge. Grundsätzlich ist der fragliche Umfang nach dem Parteiwillen zu ermitteln; i.c. ergibt sich ein solcher aus dem Wortlaut der Schiedsklausel, wonach «sämtliche Streitigkeiten» erfasst sein sollen (KB-10). Damit sind alle, dem schriftlichen Rahmenvertrag nachgelagerten Kaufverträge, und wie nachfolgend gezeigt wird, auch solche vor dem 31. März, von der objektiven Wirkung der Schiedsvereinbarung umfasst (BERGER/KELLERHALS, N 477). 16

1.7 Fazit

Das Schiedsgericht, welches zur Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 1 gegen die Beklagte zuständig ist, ist daher auch für die Ansprüche der Klägerin 2 zuständig. 17

2. Verkäufe vor dem 31. März 2009

2.1 Zuständigkeit

Grundsätzlich ist ein Schiedsgericht nur zuständig, wenn eine gültige Schiedsklausel vorhanden ist. Die Schiedsklausel aus dem Vertrag ist gültig (N 11). 18

Jedoch würden die Verkäufe vor dem 31. März nicht unter die Schiedsabrede fallen, da diese erst zu einem späteren Zeitpunkt schriftlich erfolgte. Daher ist zu zeigen, dass das Schiedsgericht trotzdem zuständig ist, weil diese Verkäufe vom objektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung erfasst sind (BERGER/KELLERHALS, N 462). 19

2.2 Objektiver Geltungsbereich

Der objektive Geltungsbereich bestimmt, welche Rechtsbegehren von der Schiedsabrede erfasst werden und somit vom Schiedsgericht beurteilt werden müssen (BERGER/KELLERHALS, N 462). Grundsätzlich muss der Rechtsstreit bestimmbar sein, damit eine Schiedsklausel gültig ist (N 9). Das Bundesgericht verzichtet daher auf eine restriktive Auslegung, wenn das Vorliegen einer gültigen Schiedsabrede feststeht und die Schiedsvereinbarung nicht explizite Einschränkungen enthält (BGE 116 Ia 56 ff., BGE 129 III 681). 20

Es ist zuerst der tatsächlich übereinstimmende Parteiwille zu ermitteln. Liegt kein natürlicher Konsens vor, muss die Schiedsvereinbarung objektiviert, d.h. nach dem Vertrauensprinzip wie sie nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste, ausgelegt werden (BGE 4A_452/2007). 21

Falls der Parteiwille nicht klar ermittelt werden kann, fallen als erstes die vertraglichen Ansprüche in den objektiven Geltungsbereich. Des Weiteren können aber, vor allem bei weiter Auslegung, *culpa in contrahendo* und deliktische Ansprüche geltend gemacht werden (BERGER/KELLERHALS, N 469 ff., LACHMANN, N 479, 480). Ebenfalls ist es möglich, bei verbundenen Verträgen die Schiedsvereinbarung zu erstrecken. Unter verbundenen Verträgen versteht man insbesondere, wenn die Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden (LACHMANN, N 482 f.). 22

I.c. ist die Schiedsabrede gültig und die Parteien haben keine Einschränkungen getroffen (KB-10). Die Schiedsvereinbarung ist somit nicht restriktiv, sondern nach dem *favorem validitatis* auszulegen (BGE 129 III 681). 23

Vorliegend ist mit dem Vertragsschluss vom 31. März 2009 kein neuer Vertrag geschlossen, sondern nur ein schon bestehender formalisiert worden (KB-8). Es ist daher kein Grund zu sehen, wieso die Parteien nicht alle Ansprüche zur gleichen Zeit vor dem gleichen Gericht geltend machen können. Es würde auch aus prozessökonomischen Gründen keinen Sinn machen, zwei Verfahren zu führen. Ebenfalls bestünde dann die Gefahr gegensätzlicher Urteile. Daher ist es in der Regel im Interesse der Parteien, dass die Streitigkeit umfassend vor einem Gericht entschieden wird. 24

Da es sich im vorliegenden Fall um das gleiche, bloss formalisierte Geschäftsverhältnis handelt, ist eine wirtschaftliche Einheit gegeben. Ebenfalls ist nicht ersichtlich, wieso die Klägerin nicht darauf vertrauen konnte, dass auch die Ansprüche aus den ersten Verkäufen durch das Schiedsgericht beurteilt werden, wenn auch vorvertragliche Ansprüche geltend gemacht werden können. 25

2.3 Fazit

Aus diesen Gründen fallen auch die Verkäufe vor dem 31. März 2009 unter die Schiedsvereinbarung. 26

3. Aufhebung des Distributionsvertrages

3.1 Zustandekommen des Vertrages

Vorab ist zu prüfen, ob ein Vertrag zustande gekommen ist. Dazu müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein. 27

3.1.1 Rechts- und Handlungsfähigkeit

Für die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Parteien ist auf obige Ausführungen zu verweisen (N 3-5). Diese sind als gegeben zu betrachten. 28

3.1.2 Übereinstimmende Willenserklärung

Art. 1 Abs. 1 OR verlangt für den Vertrag die Gegenseitigkeit der Willenserklärungen. Diese werden idealtypischerweise mittels Antrag und Annahme ausgetauscht (HUGUENIN, OR AT, N 208). Eine Vertragspartei kann ohne Vorliegen eines definitiven Rechtsbindungswillens Vertragshandlungen herbeiführen, indem sie ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Vertragsschluss kundgibt (*invitatio ad offerendum*) (HUGUENIN, OR AT, N 214). 29

Aus KB-1 ergibt sich, dass die Klägerin 2 am 25. Januar 2008 von der Beklagten ein E-Mail erhalten hat, in der die Beklagte die Bereitschaft am Kauf und Vertrieb der Power-Linie in Indien geäussert hat. Am 10. Februar 2008 bot die Klägerin 1 der Beklagten gegen Vorkasse die Lieferung von 20 Paletten PowerBar® an (KB-2). Dieses Verhalten der Klägerin 1 ist als Angebot zu qualifizieren, da sie den Willen zum Vertragsabschluss äussert. Darauf folgend am 14. Februar 2008 nahm die Beklagte das Angebot der Klägerin 1 bezüglich der 20 Paletten PowerBar® an. 30

3.1.3 Rechtsbindungswille der Parteien

Eine Willenserklärung besteht in der Kundgabe des Willens zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses (HUGUENIN, OR AT, N 154). Art. 2 Abs. 1 OR setzt voraus, dass sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte zu einigen haben, damit ein Vertrag zustande kommt. 31

Während der Vertragsverhandlungen (KB-1;KB-2;KB-3;KB-4) einigen sich die Parteien über die Menge der ersten Lieferung (20 Paletten PowerBar®), den Lieferort (Warenlager in Florida), den Preis (CHF 40'000) und die Destination des Vertriebs (indischer Subkontinent). 32

3.2 Rechtliche Qualifikation des Vertrages

Der vorliegende Vertrag hat den Charakter eines Rahmenvertrages. Er regelt die Rahmenbedingungen einer Vertragsbeziehung zwischen zwei Vertragsparteien, die beabsichtigen, eine Vielzahl von einzelnen Geschäften abzuschliessen (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 2115). Es ist zu unterscheiden zwischen dem Grundvertrag als 33

Dauerschuldverhältnis auf der einen und den jeweiligen Lieferungs- und Bezugsverträgen auf der anderen Seite. Diese Doppelstruktur ist abzugrenzen vom Sukzessivlieferungsvertrag. Dieser verpflichtet unmittelbar, d.h. ohne den Abschluss weiterer Kaufverträge zum Leistungsaustausch (z.B. Zeitungsabonnementsvertrag) (ARTER S. 24).

Aus dem Dauerschuldcharakter ergibt sich ein erhöhtes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien. Daher kommt dem Grundsatz von Treu und Glauben in diesen Vertragsbeziehungen eine gesteigerte Bedeutung zu (ARTER S. 24). 34

Die Beklagte teilte am 25. Januar 2008 der Klägerin 2 mit, dass sie den Vertrieb der Power-Linie im indischen Subkontinent übernehmen wolle (KB-1). Aus dem Verhalten der Beklagten ist somit erkennbar, dass sie ein langfristiges Geschäftsverhältnis mit der GLP Gruppe eingehen möchte. Die jeweiligen Bestell- und Liefervorgänge sind als Abwicklungen des Rahmenvertrages zu qualifizieren (z.B. KB-5;KB-6;KB-7). 35

3.3 Zwischenfazit

Am 14. Februar 2008 (KB-3) wurde ein mündlicher Vertrag abgeschlossen, der nachträglich am 30. März 2009 (KB-10) mit den selben Rahmenkonditionen als Distributionsvertrag formalisiert wurde. 36

3.4 Anfechtung des Vertrages wegen Willensmangel

Bei der absichtlichen Täuschung wird der Willensmangel durch den Vertragspartner hervorgerufen, indem er beim Getäuschten eine falsche oder fehlende Vorstellung über einen Sachverhalt hervorruft, bestärkt oder bestehen lässt, sodass dieser einen Vertrag abschliesst, den er in Kenntnis der wahren Verhältnisse nicht oder nicht so abgeschlossen hätte (VON TUHR/PETER, S. 320). Die absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR ist zu bejahen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. 37

3.4.1 Täuschendes Verhalten

Ein täuschendes Verhalten besteht in der Vorspiegelung falscher oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen (SCHWENZER, OR AT, 38.03/BGE 116 II 431). Das Verschweigen von Tatsachen gilt nur dann als Täuschung, wenn eine Aufklärungspflicht besteht. Eine solche kann sich aus dem Vertrag, einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, dem Grundsatz von Treu und Glauben oder der herrschenden Anschauungen ergeben (BUCHER, OR AT, S. 220). Eine erhöhte Pflicht, den Vertragspartner aufzuklären, besteht insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28 N 9). 38

Im Zeitpunkt des mündlichen Vertragsabschlusses (KB-3) trifft die Beklagte eine erhöhte Aufklärungspflicht, da ein Dauerschuldverhältnis eingegangen wird (N 33,34). Art. 3 des 39

Distributionsvertrages (KB-10) verpflichtet die Beklagte zum Vertrieb der Power-Linie ausschliesslich im Vertragsgebiet. Jedoch waren zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch keine Abnehmer im indischen Subkontinent vorhanden. Es wurden auch keine Abklärungen hinsichtlich des Bedarfs in diesem Gebiet durchgeführt (Beschluss Nr. 2, Erw. 10). Auch die Tatsache, dass die besagten Gebiete mit Ernährungsproblemen zu kämpfen hätten, vermag der Beklagten keine genügende Basis für eine Argumentation zu verschaffen, da es sich nur um die Vermutung, einen Abnehmer zu finden, handelte. Es war jedoch kein konkreter Anhaltspunkt für reale Kontakte vorhanden. Sie hätte also der Klägerin 1 umgehend mitteilen müssen, dass sie zu diesem Zeitpunkt noch keine Abnehmer gefunden hatte (Einleitungsantwort, Ziff. 2). Die Beklagte hat somit eine für den Abschluss des Vertrages sehr wichtige Information verschwiegen, was eine Verletzung der Aufklärungspflicht darstellt.

3.4.2 Täuschungsabsicht

Der Täuschende muss in Täuschungsabsicht handeln, d.h. er muss die Unrichtigkeit seiner Behauptungen bzw. der verschwiegenen Tatsachen kennen und mit dem Willen handeln, bei der Gegenpartei einen Irrtum zu bewirken oder bestehen zu lassen, um diese so zum Vertragsabschluss zu verleiten. Bereits Eventualabsicht reicht aus (CHK- KUT/SCHNYDER, Art. 28 N 7). 40

Aus den Handlungen der Beklagten lassen sich mehrere Anhaltspunkte für eine Täuschungsabsicht herleiten. Zum einen ist sie den langfristigen und auf den indischen Subkontinent beschränkten Distributionsvertrag eingegangen, obwohl sie von Anfang an keine potentiellen Abnehmer in diesem Gebiet hatte. Die Beklagte hat nur entsprechend dieser Lieferorte die Produkte zu einem günstigeren Preis erhalten und zwar ungefähr zur Hälfte der Verkaufspreise in den USA (KB-2). Dieser Preisvorteil war ihr von Anfang an bekannt (Beschluss Nr. 2, Erw. 11). Sie hat somit diese Gelegenheit bewusst ausgenützt, ohne sich aber an den Distributionsvertrag zu halten. Trotz den fehlenden Abnehmern hat die Beklagte die Bestellungen sogar erhöht, was eine Bestärkung des Irrtums, in dem sich die Klägerin 1 befunden hat, bewirkt (KB-7;KB-11). Die Absicht der Beklagten, die Klägerin 1 zu täuschen, verdeutlicht sich auch dadurch, dass die Einbrüche der Bestellungen in den USA gerade nach Vertragsabschluss begonnen haben (KB-13). Die Beklagte hat die Produkte gar nie aus den USA exportiert (Einleitungsanzeige, Ziff. 15-16), sondern sofort im Inland weiterverkauft. Zur Bestärkung der fehlerhaften Vorstellungen der Klägerin 1 hat sie die Formalisierung des Vertrages initiiert (KB-8;KB-10). Die Klägerin 1 durfte demzufolge glauben, dass die Lieferungen tatsächlich in den indischen Subkontinent geliefert wurden. 41

Die Beklagte erkennt eindeutig die Unrichtigkeit ihrer Informationen und handelt mit dem Willen, den Irrtum bei der Klägerin 1 zu bewirken, um sie zum Abschluss eines für sie günstigeren Vertrages zu verleiten. 42

3.4.3 Irrtum

Die Täuschungshandlung muss beim Getäuschten einen Irrtum bewirken, bestärken oder bestehen lassen. Der Irrtum besteht in einer falschen oder fehlenden Vorstellung über den Sachverhalt (SCHWENZER, OR AT, N 38.10), was hier der Fall ist. Aus dem Verhalten der Beklagten durfte die Klägerin 1 ableiten, dass die Produkte tatsächlich in den indischen Subkontinent geliefert wurden, was in Wirklichkeit nicht stimmte. 43

3.4.4 Widerrechtlichkeit

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass jede absichtliche Täuschung widerrechtlich ist. Die Verletzung einer Aufklärungspflicht begründet *per se* Widerrechtlichkeit (HUGUENIN, OR AT, N 496). 44

3.4.5 Kausalität

Der durch Täuschung verursachte Irrtum muss für den Abschluss des Vertrages kausal sein. Die Kausalität ist gegeben, wenn der Getäuschte den Vertrag in Kenntnis der wahren Sachlage nicht oder nicht so abgeschlossen hätte (BGE 132 II 161 E. 4.1) 45

Die Klägerin 1 hätte den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen, wenn sie gewusst hätte, dass die Beklagte an die gleiche Kundschaft das selbe Produkt verkauft. 46

3.5 Fazit

Die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR sind kumulativ erfüllt. 47

3.6 Anfechtung des Dauerschuldverhältnisses

Der Vertrag ist laut Art. 28 Abs. 1 OR für den Getäuschten unverbindlich. Das bedeutet, dass die gestaltungsberechtigte Partei einseitig über die Gültigkeit des Vertrages frei entscheiden kann (HUGUENIN, OR AT, N 510). 48

3.6.1 Anfechtungsberechtigung

Anfechtungsberechtigt ist nach Art. 31 OR diejenige Partei, die sich in einem Willensmangel befunden hat. Die Klägerin 1 ist demzufolge anfechtungsberechtigt. 49

3.6.2 Anfechtungserklärung

Mit Schrift vom 30. Juni 2010 ficht die Klägerin den Distributionsvertrag wegen absichtlicher Täuschung an (Einleitungsanzeige, Ziff. 18). 50

3.6.3 Anfechtungsfrist

Nach Art. 31 Abs. 1 OR muss die Anfechtung binnen Jahresfrist erfolgen. Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist. Diese beginnt im Falle einer Täuschung mit deren Entdeckung zu laufen. Erforderlich ist sichere Kenntnis (BGE 98 II 15, SCHWENZER, OR AT, N 39.15 ff.). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin 1 am 1. Juli 2009 (KB-15) Kenntnis davon genommen. Ob es sich schon dann um sichere Kenntnis handelt, ist in casu irrelevant, da mit Einreichung der Einleitungsanzeige am 30. Juni 2010 die Anfechtungsfrist ohnehin eingehalten wurde. 51

3.7 Rechtsfolgen nach erfolgter Anfechtung

Unabhängig davon, ob der so genannten Anfechtungs- oder Ungültigkeitstheorie gefolgt wird (BGE 114 II 131), ist die Rechtsfolge das Dahinfallen des Vertrages *ex tunc* (SCHMIDLIN-Berner Kommentar, N. 123 zu Art. 23/24 OR und N. 14 zu Art. 31 OR.). Dies ist jedoch keine passende Lösung für Dauerschuldverhältnisse. Es ist wirtschaftlich unsinnig, bei bereits in Vollzug gesetzten Verträgen die von den Parteien erbrachten Leistungen rückabzuwickeln. Das Bundesgericht führt dazu aus, dass das Gesetz die Rechtsfolgen der Anfechtung nicht allgemein regle, aber für den Arbeitsvertrag in Art. 320 Abs. 3 OR eine Sonderordnung getroffen habe. Dabei werde die Gültigkeit des unverbindlichen Vertrags für die gegenseitigen Ansprüche und Verpflichtungen bis zu dessen Aufhebung fingiert. Ferner gelte folgendes: «Die Behandlung der Anfechtung eines bereits ganz oder teilweise abgewickelten Dauerschuldverhältnisses als ausserordentliche Kündigung *ex nunc* bedeutet im Grundsatz, dass sie nicht zurückwirkt und der abgewickelte Teil des Vertrages als voll gültig erachtet wird, was für die abgelaufene Vertragsdauer im Synallagma die parteiautonom begründeten Ansprüche unberührt lässt» (BGE 129 III 320, Erw. 7). 52

3.8 Fazit

Mit der Annahme der «Kündigungstheorie» wird der Distributionsvertrag durch die Anfechtungserklärung der Beklagten vom 30. Juni 2010 *ex nunc* aufgelöst und bleibt bis zu diesem Zeitpunkt gültig. 53

4. Ansprüche der Klägerin 1

4.1 Vertragsverletzung

Wie zuvor dargelegt wurde, bleibt der im Zeitpunkt der Anfechtung bereits abgewickelte Teil des Dauerschuldverhältnisses gültig (N 52). Aufgrund dieser Ausgangslage finden auf den gültigen Teil des Vertrages auch die entsprechenden Regeln nach Art. 97 ff. OR Anwendung. 54

Art. 98 Abs. 2 OR setzt neben der Vertragsverletzung einen Schaden, ein Verschulden und ein Kausalzusammenhang voraus (COTTI, N 499).

4.1.1 Verletzung einer Unterlassungspflicht

Der Schadenersatzanspruch setzt voraus, dass die Schuldnerin eine vertragliche Pflicht verletzt. Ein solche Vertragsverletzung liegt bei der Verletzung einer Unterlassungspflicht vor (vgl. Art. 98 Abs. 2 OR) (HUGUENIN, OR AT, N 605). Ein vertragliches Konkurrenzverbot wird als Unterlassungspflicht verstanden, weil sich der Belastete gegenüber dem Geschützten verpflichtet, sich konkurrenzierender Tätigkeiten zu enthalten. Dazu zählt auch der Abschluss kompetitiver Verträge mit der Kundschaft des Geschützten (COTTI, N 13 ff.). Solche Konkurrenzverbote können auch stillschweigend zustande kommen. Dies ist sogar zu vermuten, wenn eine Konkurrenzhaltungspflicht notwendig ist, um den Hauptzweck des Vertrages zu erreichen (COTTI, N 104 ff.). Insofern stellt ein Konkurrenzverbot eine Hauptpflicht des Vertrages dar, wenn ohne diese, der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Wie in erläutert, kommt den Vertragsparteien insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen eine erhöhte Aufklärungs- bzw. Informationspflicht zu (N 38). Das Konkurrenzverbot und die Informationspflicht bestehen schon beim mündlichen Vertragsschluss, werden jedoch in Art. 3 des Vertrages explizit ausformuliert. 55

Die Beklagte teilte der GLP Gruppe während der vorvertraglichen Korrespondenz mit, dass die Zielmärkte der Produkte lediglich innerhalb des indischen Subkontinentes seien (KB-1-KB-3). Die Klägerin 1 durfte dies nach Treu und Glauben als ein der Beklagten exklusiv zugewiesenes Gebiet verstehen. Da die Klägerin 1 bisher keine Produkte in diesen Gebieten vertrieben hatte, würde somit keine Konkurrenzsituation entstehen. Das dem Vertrag inherente Konkurrenzverbot stellte für die Klägerin 1 eine *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss dar. 56

Die Beklagte hat den Grosskunden der Klägerin 2 (Jim's Gym) beliefert und wurde somit ausserhalb des Vertragsgebietes tätig. Zudem hatte die Beklagte, wenn von Drittseite angegangen, die Klägerin 1 über diesen Umstand umgehend zu informieren. Die Beklagte kam dieser Pflicht offensichtlich nicht nach, da sie die Produkte auf ihrer Webpage angeboten hat und daraufhin von Jim's Gym Anfragen erhielt (Beschluss Nr. 2, Erw. 6, BB-1). Die Beklagte hat sowohl das Konkurrenzverbot als auch die damit einhergehende Informationspflicht verletzt. 57

4.1.2 Schaden

Der Schaden ist eine unfreiwillige Verminderung des Vermögens, die in einer Abnahme der Aktiven, einer Zunahme der Passiven oder in einem entgangenen Gewinn besteht (HUGUENIN, OR AT, N 607). Um Schadenersatz verlangen zu können, muss der Geschützte nachweisen, dass die vom Belasteten abgewickelten Geschäfte bei gehöriger Erfüllung der Unterlassungspflicht ihm zugefallen wären und dabei ein Gewinn erzielt worden wäre (COTTI, N 500). 58

Wie sich aus den Unterlagen ergibt, hat die Beklagte nach dem 14. Februar 2008 systematisch die Produkte trotz Konkurrenzverbot und Informationspflicht ausserhalb des vereinbarten Zielgebietes verkauft. Hätte die Beklagte während der Vertragsverhandlungen die wahre Absicht geäußert, die Produkte nicht im indischen Subkontinent zu verkaufen, hätte die Klägerin 1 die Produkte nicht zu einem günstigeren Preis angeboten (etwa die Hälfte des effektiven Marktpreises in den USA) (KB-2). Folglich wurde durch die Vertragsverletzung eine unfreiwillige Vermögensverminderung auf Seiten der Klägerin 1 bewirkt. 59

4.1.3 Adäquater Kausalzusammenhang

Ein adäquater Kausalzusammenhang liegt vor, wenn das schädigende Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg in der Art des eingetretenen herbeizuführen oder den Eintritt dieses Erfolges durch das Ereignis zumindest als allgemein begünstigt erscheinen zu lassen (BGE 123 III 110, 112). 60

Aus der Korrespondenz der Parteien geht hervor, dass die Beklagte die Klägerin 1 nicht über die tatsächlichen Zielgebiete informiert hat. Die Beklagte behauptete während den Verhandlungen, dass sie im indischen Subkontinent tätig werden würde (KB-1;KB-2;KB-3). In der Tat aber agierte sie ausserhalb des vereinbarten Gebietes. Durch das Konkurrenzverbot und die Informationspflicht (KB-10) erhielt die Beklagte einen tieferen Preis für die Produkte. Hätte die Klägerin 1 die Produkte nicht für ungefähr die Hälfte des US-amerikanischen Verkaufswerts an die Beklagte verkauft, hätte sie einen Mehrgewinn von ca. 50% erzielt. 61

Somit war die Verletzung des Konkurrenzverbotes und der Informationspflicht auf Seiten der Beklagten an sich geeignet, Vermögensverminderung auf Seiten der Klägerin 1 zu bewirken. 62

4.1.4 Verschulden

Das Verschulden wird bei der Verletzung der Unterlassungspflicht vermutet (COTTI, N 529). 63

4.1.5 Zwischenfazit

Somit sind die Voraussetzungen für den Ersatz des entgangenen Gewinns in der Höhe von CHF 1'056'920 nebst 5% Zins erfüllt. 64

4.2 Geschäftsführung ohne Auftrag

Eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne von Art. 419 OR liegt vor, wenn jemand das Geschäft eines anderen besorgt, ohne von diesem beauftragt worden zu sein. Die GoA ist somit ein Quasikontrakt bzw. ein gesetzliches Schuldverhältnis, d.h. ein Schuldverhältnis, das von Gesetzes wegen entsteht, ohne dass es auf eine übereinstimmende Willensäusserung im Sinn von Art. 1 ff. OR ankommt (HUGUENIN, OR AT, N 110 ff.). 65

Eine unechte GoA liegt vor, wenn sich der Geschäftsführer in die Geschäfte des Geschäftsherrn einmischt, jedoch Eigeninteressen verfolgt bzw. versucht, sich selbst Vorteile zu verschaffen (vgl. Art. 423 OR). 66

4.2.1 Auftragslosigkeit

Die Rechtsfolgen der bösgläubigen GoA nach Art. 423 OR greifen nur dann, wenn der Geschäftsführer für den Geschäftsherrn ein Geschäft besorgt, «ohne von ihm beauftragt zu sein». Zwischen den Parteien darf somit weder ein Auftrag nach Art. 394 ff. OR noch ein anderes Vertragsverhältnis bestehen (ZK-SCHMID, Art. 419 N 63 ff.). Nach herrschender Lehre ist es irrelevant, ob dem Geschäftsführer bewusst ist, dass kein Auftrag besteht (BGE 75 II 225 ff.). 67

Wie in zuvor erläutert (N 55), wurde die Beklagte verpflichtet, ausserhalb des Vertragsgebietes keine Kunden aktiv anzuwerben. Beim Verkauf der Produkte an Jim's Gym handelte die Beklagte nicht nur auftragslos, sondern auch gegen das ausdrückliche Konkurrenzverbot. 68

4.2.2 Fremdes Geschäft

Laut Art. 419 OR besorgt der Geschäftsführer ein Geschäft für einen anderen. Dies bedeutet, dass der Geschäftsführer durch sein Handeln in einen fremden Interessenkreis eingreift (HUGUENIN, OR BT, N 856 ff.). Sobald die Interessen des Geschäftsherrn, seien diese sachenrechtlicher, wirtschaftlicher oder persönlicher Natur, betroffen sind, ist das Geschäft für den Geschäftsführer ein fremdes (ZK-SCHMID, Art. 419 N 14 ff.). 69

Im vorliegenden Fall greift die Beklagte in ein der Klägerin 2 gehörendes Geschäft ein, weshalb die wirtschaftlichen Integrität der ganzen GLP-Gruppe und somit auch diejenigen der Klägerin 1 verletzt sind. 70

4.2.3 Bösgläubigkeit

Das ZGB regelt in Art. 3 Abs. 2 den guten Glauben bei Rechtsverhältnissen. Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen. Der Geschäftsführer ist bösgläubig, wenn er bei Anwendung gebotener Aufmerksamkeit weiss oder wissen muss, dass er ohne Rechtsfertigungsgrund in eine fremde Geschäftssphäre eingreift. 71

Die Vermutung des guten Glaubens findet bei der Beklagten keine Anhaltspunkte, weil ihr Handeln ganz offensichtlich dem Distributionsvertrag zuwiderläuft. Hiermit sei auf die obigen Ausführungen verwiesen (N 41, 42). 72

4.2.4 Herausgabe des Erlangten

Nach Art. 423 Abs. 1 OR hat der Geschäftsführer sämtliche aus dem Geschäft resultierenden Vorteile herauszugeben. Geschuldet ist der Nettogewinn, welcher aus Bruttogewinn plus Zinsen minus Aufwendungen des Geschäftsführers besteht. (ZK-SCHMID, Art. 423 N 95, 102 ff.). Die Beklagte muss also den Gewinn plus Zinsen, den sie dank dem Geschäft mit Jim's Gym erzielt hat, der Klägerin 1 herausgeben. 73

4.2.5 Verjährung

Die Frage der Verjährung ist in unserem Fall insoweit irrelevant, als die Frist ohnehin eingehalten wurde und mit Einreichung der Klage am 30. Juni 2010 weder die eine noch die andere Frist abgelaufen ist. 74

4.2.6 Zwischenfazit

Die Klägerin 1 hat nach Art. 423 OR einen Anspruch auf Herausgabe des durch die Beklagte erzielten Gewinns. 75

4.3 Anspruchskonkurrenz

4.3.1 Gewinnherausgabeanspruch und Schadenersatz

Neben reinen Vertragsverletzungen im Sinne von Art. 97 ff. OR kommt auch der Gewinnherausgabeanspruch nach Art. 423 OR zur Anwendung (HUGUENIN, OR BT, N 913). 76

4.3.2 Gewinnherausgabeanspruch und ungerechtfertigte Bereicherung

Bei der bösgläubigen Geschäftsführung besteht Anspruchskonkurrenz zwischen Gewinnherausgabeanspruch nach Art. 423 OR und Herausgabe der Bereicherung nach Art. 62 OR (HUGUENIN, OR BT, N 914). Die beiden Ansprüche unterscheiden sich aber umfangmässig: Art. 423 OR gibt dem Geschäftsherrn einen Anspruch auf den gesamten 77

Nettogewinn (N 73), während die Eingriffskondiktion gemäss Art. 62 OR nur den Wertersatz im Rahmen der objektiven Bereicherung, d.h. ohne Gewinn, gewährt (ZK-SCHMID, Art. 423 OR N 1333 ff.; HUGUENIN, OR BT, N 914).

4.4 Fazit

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Klägerin 1 einen Anspruch aus Art. 97 ff. OR hat. Sollte das Schiedsgericht die Ansicht vertreten, der Anspruch sei nicht gegeben, steht der Klägerin 1 ein Anspruch auf Herausgabe aus Art. 423 OR zu. 78

5. Anspruch der Klägerin 2 auf Schadenersatz

Die Parteien des Distributionsvertrages (Klägerin 1 und die Beklagte) haben in Art. 19 (2) letzter Satz geregelt, dass die Lieferantin (Klägerin 1) nach Ermessen ein mit ihr verbundenes Unternehmen bezeichnen kann, welches Verpflichtungen aus dem Vertrag erfüllt oder Berechtigungen erhalten soll. Es wird nachstehend geprüft, ob aufgrund dieser Vereinbarung, der Vertrag Schutzwirkungen zugunsten Dritter (genauer: der Klägerin 2) entstehen lässt. In Annahme eines solchen Vertrages lassen sich Schadenersatzansprüche nach Art. 97 ff. OR für den Dritten ableiten. Die Schutzwirkung zugunsten Dritter entfaltet seine Wirkung bereits im Zeitpunkt der Aufnahme von Vertragsverhandlungen und endet mit der endgültigen Vertragsabwicklung (MK-GOTTWALD, N 107 zu § 328 in: SIEGRIST, S. 74). Damit sind alle dem Rahmenvertrag (KB-10) vor- und nachgelagerten Kaufverträge abgedeckt. 79

5.1 Kreis der Berechtigten

5.1.1 Leistungsnähe zum Vertrag

Grundsätzlich muss der Dritte bestimmungsgemäss (d.h. vertragsgemässe Bestimmung) mit der geschuldeten Hauptleistung des Schuldners in Berührung kommen (BGHZ 61, 227 (230)). Dabei ist erforderlich, dass der Dritte einer ähnlichen oder gleichen Gefahr der Schlechtleistung wie der Vertragsgläubiger ausgesetzt ist (BGHZ 49, 350 (354), «Capuzolfall»). 80

Das Konkurrenzverbot bezweckt neben dem Schutz der Klägerin 1 auch denjenigen der Klägerin 2. Wie bereits erwähnt, ist das Konkurrenzverbot eine Hauptleistungspflicht (N 55). Da der Zuständigkeitsbereich der Klägerin 2 durch die Verkäufe an Jim's Gym tangiert ist, kann die erforderliche Leistungsnähe bejaht werden. 81

5.1.2 Besonderes Interesse am Schutz des Dritten

Die aktuelle deutsche Rechtsprechung akzeptiert, dass ein schutzwürdiges Interesse schon dann gegeben sei, wenn der Gläubiger an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich 82

des Vertrages ein irgendwie geartetes Interesse habe; somit liessen sich auch rein rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner darunter subsumieren (BGHZ 127, 378).

Dem Charakter eines Konzernes entsprechend, liegt zwischen Klägerin 1 und Klägerin 2 eine sehr enge Verbindung vor. Obwohl jede Gesellschaft rechtlich unabhängig ist und eine eigene juristische Person darstellt, darf nicht verkannt werden, dass die Klägerin 2 als Muttergesellschaft 100% der Anteile an der Tochter hält und zusammen betrachtet als wirtschaftliche Einheit gesehen werden muss (Einleitungsanzeige Ziff. 2). Damit verbunden sind Treuepflichten und gemeinsame Beschlussfassung, welche die rechtliche Unabhängigkeit wieder in Relation stellen. Es besteht vorliegend ein erhebliches Interesse der Tochtergesellschaft daran, dass die Muttergesellschaft (von der sie ja abhängig ist) nicht Verluste vorweisen muss und die gesamte GLP-Gruppe leidet.

83

5.1.3 Erkennbarkeit von Leistungsnähe und schutzwürdigem Gläubigerinteresse

Ein Dritter ist nur dann in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen, wenn dessen Leistungsnähe und das schutzwürdige Interesse des Gläubigers an seinem Schutz aus Sicht des Schuldners erkennbar waren (LIEBMANN, S. 259). Dies rührt daher, dass der Schuldner nicht ein für ihn unüberschaubar grosses Haftungsrisiko eingeht (SIEGRIST, S. 63). Allgemein wird gefordert, dass für den Schuldner insbesondere der Kreis der geschützten Personen (BGHZ, 49, 350 (354)) erkennbar ist.

84

Vorliegend konnte die Beklagte nicht anders als erkennen, dass eine Nähe der Klägerin 2 zum Gegenstand des Vertrages vorlag. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Umstand, dass die Lieferungen allesamt von der Klägerin 2 stammten, sondern auch daraus, dass der Vertrag in Art. 19 Ziff. 2 von Berechtigungen und demzufolge wohl auch von Schutzwirkungen spricht, welche die Klägerin 1 nach eigenem Ermessen einem verbundenem Unternehmen zuerkennen kann. Dabei kann nur gemeint sein, dass eine allfällige Einbeziehung der Klägerin 2 in die Schutzwirkung des Vertrages erfolgen kann, sofern Verletzungen seitens der Beklagten stattfinden. Die Klägerin 2 fällt somit in den Schutzbereich des Vertrages. Nachstehend wird der Anspruch aus Art. 97 ff. OR zu prüfen sein.

85

5.2 Schaden

Eine erste Voraussetzung besteht im Schaden, den der Dritte erleidet. Ein Schaden im obligationenrechtlichen Sinn kann sich auch in entgangenem Gewinn manifestieren (SIEGRIST, S. 66). Dabei wird auf die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, abgestellt (BGE 116 II 444).

86

Wie aus den Beilagen hervorgeht, wurden alle von der Beklagten bestellten Produkte an Jim's Gym geliefert (KB-13;KB-14;KB-15;KB-16). Der Klägerin 2 wurde somit die Möglichkeit genommen, selber Produkte an Jim's Gym zu liefern. Hätte die Beklagte den Vertrag eingehalten, hätte die Klägerin 2 ihren gewöhnlichen Umsatz erzielt. Dies war ihr nicht möglich, weshalb der durch die Beklagte verursachte Schaden von USD 973'913 (nebst Zins zu 5% seit 8. September 2010) als entgangener Gewinn zu qualifizieren ist. 87

5.3 Adäquater Kausalzusammenhang

Die vom Schädiger begangene Vertragsverletzung muss nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge für den Eintritt des Schadens ursächlich sein, überdies muss sie dazu geeignet sein, einen Erfolg in der Art des eingetretenen herbeizuführen (BGE 123 III 110, 112). Die Beklagte hatte mit ihren Verkäufen an einen wichtigen Grosskunden der Klägerin 2 eine wichtige Absatzstelle blockiert. Es fällt somit unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht schwer, diese Verkäufe als adäquat kausal für die entgangenen Gewinne der Klägerin 2 zu qualifizieren. 88

5.4 Verschulden

Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR wird für das Vorliegen des Verschuldens eine gesetzliche Vermutung aufgestellt und damit eine Umkehr der Beweislast bewirkt. 89

I.c. hat die Beklagte, wie bereits ausgeführt (N 40, 41), mit Täuschungsabsicht gehandelt und vorsätzlich vertragswidrige Geschäfte geführt; der Exkulpationsbeweis wird ihr nicht gelingen. 90

5.5 Fazit

Es steht somit fest, dass die Klägerin 2, in Anwendung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, einen Schadenersatzanspruch von USD 973'913 (nebst Zins zu 5% seit 8. September 2010) aus Art. 97 Abs. 1 OR hat. 91

6. Schuldnerverzug

Damit sich die Schuldnerin in Schuldnerverzug nach Art. 102-109 OR befindet, muss die Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit ausbleiben, die Forderung muss fällig sein, die Schuldnerin darf kein Leistungsverweigerungsrecht haben und sie muss in Verzug sein (HUGUENIN, OR AT, N 647). 92

Die Klägerin 1 stimmt zu, dass die Leistung noch möglich wäre und gemäss Art. 82 OR auch fällig ist. Da kein Verfalltag verabredet war, muss die Beklagte die Klägerin 1 mahnen, damit 93

diese in Verzug kommt. Diese Mahnung bedarf keiner besonderen Form und muss auch das Wort «Mahnung» nicht enthalten (HUGUENIN, OR AT, N 650 ff.). Deshalb kann BB-4 als Mahnung verstanden werden. Die Klägerin 1 macht jedoch, wie nachstehend gezeigt wird, mit der Verrechnungseinrede ein Leistungsverweigerungsrecht geltend.

6.1 Verrechnung

Durch die Verrechnung wird die niedrigere Forderung getilgt und erlöscht rückwirkend auf den Zeitpunkt, zu welchem erstmals verrechnet hätte werden können (HUGUENIN, OR AT, N 875, 876). 94

6.1.1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Beurteilung der Verrechnungsforderung

Gemäss Art. 186 IPRG hat das Schiedsgericht eine Kompetenz-Kompetenz (GROSS, S. 38). 95
Das bedeutet, dass es seine Zuständigkeit nach der *lex arbitri* beurteilt (BSK IPRG-WENGER/SCHOTT, Art. 186 N 40). Da das IPRG keine Bestimmung zur Zuständigkeit von Verrechnungseinreden enthält, kommen die Swiss Rules of International Arbitration zur Anwendung. Gemäss Art. 21 Ziff. 5 SchO ist das Gericht in jedem Fall zuständig.

6.1.2 Anwendbares materielles Recht

Die Streitsache ist gemäss Art. 187 Abs. 1 IPRG nach dem von den Parteien gewählten Recht 96
oder nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt, zu entscheiden. I.c. haben die Parteien im Distributionsvertrag (KB-10) eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts getroffen.

6.1.3 Bestand der Forderungen

Damit die Schuldnerin eine Verrechnungseinrede geltend machen kann, müssen beide 97
Parteien über eine wirksame und gültige Forderung verfügen (HUGUENIN, OR AT, N 853).
Die Beklagte hat aufgrund der vertraglichen Vereinbarung eine Vorleistungspflicht gegenüber der Klägerin 1 (KB-2). Diese hat sie durch Zahlung der CHF 500'000 erfüllt. Somit steht ihr eine Forderung auf Lieferung der Bestellung zu. Die Verrechnungsforderung der Klägerin 1 ist eine gültige Schadensersatzforderung (N 64). Ob sie bestritten ist, spielt gemäss Art. 120 Abs. 2 OR für den Bestand der Forderung keine Rolle.

6.1.4 Fälligkeit der Verrechnungsforderung

Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes in Art. 120 Abs. 1 OR genügt es, wenn nur die 98
Verrechnungsforderung fällig ist. Die Schuld des Verrechnenden muss lediglich erfüllbar sein (BSK OR I-PETER, Art. 120 OR N 4).

Ein Schadenersatzanspruch aus ungehöriger Erfüllungshandlung wird gemäss Bundesgericht im Zeitpunkt der Vornahme fällig (BGE 87 II 163).

Ob damit erst der Abschluss der Vornahme gemeint ist, ist vorliegend nicht von Relevanz, da der Vertrag *ex nunc* aufgelöst ist (N 53). Die schädigende Handlung ist ohnehin schon beendet.

6.1.5 Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit

Die zu verrechnenden Forderungen müssen gegenseitig und gleichartig sein (HUGUENIN, OR AT, N 852). 99

Da es sich vorliegend um Geldforderungen handelt, ist die Gleichartigkeit unproblematisch. Auch die Gegenseitigkeit ist klar gegeben, da die Parteien jeweils Gegenpartei der Forderungen sind.

6.1.6 Ausschlussgrund

Die Verrechnung darf weder durch Vertrag noch durch Gesetz ausgeschlossen sein (HUGUENIN, OR AT, N 852). Ein Ausschluss der Verrechnung liegt hier nicht vor, da die Parteien nie einen solchen erwähnt haben, also nicht vertraglich ausgeschlossen haben und kein gesetzlicher Ausschlussgrund nach Art. 125 OR vorliegt. 100

6.1.7 Verrechnungserklärung

Erforderlich ist eine Verrechnungserklärung. Diese kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (SCHWENZER, N 78.02). Die Erklärung erfolgte mit der Einleitungsanzeige (Ziff. 18) ausdrücklich. Der genaue Zeitpunkt ist aber nicht relevant, da der Erlöschungszeitpunkt auf jenen Zeitpunkt zurückbezogen wird, zu welchem der Kläger das erste Mal hätte verrechnen können. Somit würden bereits eingetretene Verzugsfolgen entfallen (HUGUENIN, OR AT, N 876). I.c. würden sie mit der Fälligkeit der Verrechnungsforderung entfallen und somit im Zeitpunkt der Vornahme der schädigenden Handlung. Auch hier ist irrelevant, ob dies erst mit Beendigung der Fall ist. Gemäss BB-3 ist die letzte Bestellung wirklich für Bangladesh gedacht, somit findet keine Vertragsverletzung mehr statt. Der Erlöschungszeitpunkt wird also mindestens auf diesen Zeitpunkt zurückbezogen. Da dieser vor dem behaupteten Schuldnerverzug liegt, würden allfällige Verzugsfolgen dahinfallen. 101

6.2 Fazit

Die Verrechnungsforderung ist begründet. Es besteht deshalb kein Schuldnerverzug, da die Klägerin 1 somit ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen kann. 102