

Moot Court Team 4

Aebi Benjamin
von Ins Philipp
Robert Dominic
Waelchli Fabienne

LIS

Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
8022 Zürich

Zürich, 14. April 2011

Klageantwort

Fall Nr. 123456-2010

In Sachen

GLP Distribution (Switzerland) AG

Grienbachstrasse 34, CH - 6340 Baar, Schweiz

Klägerin 1

GLP Manufacturing Corporation

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

Klägerin 2

beide vertreten durch Moot Court Team 9

gegen

HealthySales Ltd.

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 4

betreffend

FORDERUNG

Im Namen und mit Vollmacht der Beklagten unter Wahrung aller Fristen stellen wir folgende Rechtsbegehren:

- 1. Die Klage der Klägerin sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
- 2. Die Klägerin sei zu verpflichten der Beklagten CHF 500'000 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 28. November 2009 zu bezahlen.*
- 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.*

Die obenstehenden Rechtsbegehren werden anhand der Klageschrift von Moot Court Team 9 und der nachstehenden Streitfragen erörtert:

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

Nach Beschluss der Parteien in der Telefonkonferenz vom 24. September 2010, haben sich die Parteien lediglich zu den obenstehenden Fragen zu äussern. Die Fragen werden anhand von schweizerischem Recht unter Ausschluss des CISG erörtert.

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS	III
ENTSCHEIDVERZEICHNIS	VII
EINLEITUNG	VIII
1. ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS UND ANWENDBARES RECHT	1
1.1. Anwendbares Recht	1
1.2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
1.3. Konsens über die essentialia negotii	1
1.4. Zuständigkeit für die Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 2	1
1.4.1. Subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen	1
1.4.2. Berechtigung eines nichtsignierenden Dritten	2
1.4.3. Art. 4 Ziff. 2 SchO	3
2. ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTS FÜR ANSPRÜCHE AUS VERKÄUFEN VOR DEM 31. MÄRZ 2009.....	4
2.1. Essentialia: Bezeichnung des Rechtsstreites	4
2.2. Objektive Tragweite der Schiedsvereinbarung	5
3. AUFHEBUNG DES DISTRIBUTIONSVERTRAGES.....	6
3.1. Vertragsqualifikation	6
3.2. Zwischenfazit.....	7
3.3. Unzulässigkeit der Anfechtung auf Grund von Willensmängeln.....	7
3.3.1. Täuschendes Verhalten	7
3.3.2. Täuschungsabsicht.....	8
3.3.3. Irrtum	8
3.4. Schadenersatzpflicht der Klägerin aus Art. 26 OR	8
3.4.1. Fahrlässigkeit.....	9
3.4.2. Kenntnis des Erklärungsgegners.....	9
3.4.3. Rechtsfolge.....	9
3.5. Irrelevanz des Bestandes des Rahmenvertrages für die Einzelkaufverträge	9
4. FEHLENDE ANSPRÜCHE VON KLÄGERIN 1.....	10
4.1. Zeitliche Unterteilung der geschäftlichen Beziehungen.....	10
4.2. Erste Phase der geschäftlichen Beziehungen	10
4.2.1. Voraussetzungen für Art. 97 ff. OR	10
4.2.2. Fehlende Vertragsverletzung	10
4.2.3. Fehlender Schaden.....	11
4.2.4. Fehlender Kausalzusammenhang.....	11
4.2.5. Fehlendes Verschulden	12

4.2.6.	<i>Fehlendes Bestehen einer Geschäftsführung ohne Auftrag</i>	12
4.2.7.	<i>Unechte GoA</i>	12
4.3.	Zweite Phase der geschäftlichen Beziehungen	13
4.4.	Sinn und Zweck des Distributionsvertrages.....	13
4.4.1.	<i>Fehlende Vertragsverletzung</i>	13
4.4.2.	<i>Fehlender Schaden</i>	13
4.4.3.	<i>Fehlender Kausalzusammenhang</i>	13
4.4.4.	<i>Fehlendes Verschulden</i>	13
4.5.	Konkurrenzverbot als selbständiges Konkurrenzverbot.....	14
4.5.1.	<i>Willensäußerung in örtlicher Hinsicht</i>	14
4.5.2.	<i>Willensäußerung in zeitlicher Hinsicht</i>	14
5.	FEHLENDE ANSPRÜCHE VON KLÄGERIN 2 AUF SCHADENERSATZ	15
5.1.	Anwendbares Recht	15
5.2.	Anspruch aufgrund der übertragbaren Berechtigungen des Distributionsvertrags.....	15
5.3.	Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter.....	16
5.3.1.	<i>Inanspruchnahme der Leistung</i>	16
5.3.2.	<i>Leistungsvermittelter Schaden</i>	16
5.3.3.	<i>Vorhersehbarkeit für den Schuldner</i>	17
5.3.4.	<i>Ausschlussgründe</i>	17
5.3.5.	<i>Rückwirkung der Schutzwirkungen</i>	18
6.	VERRECHNUNG DER VORAUSZAHLUNG	18
6.1.	Schuldnerverzug	18
6.2.	Verrechnungsvoraussetzungen.....	19
6.2.1.	<i>Existenz zweier gleichartiger Forderungen</i>	19
6.2.2.	<i>Durchsetzbarkeit der Verrechnungsforderung</i>	19
6.3.	Einrede des nichterfüllten Vertrages	19
6.3.1.	<i>Synallagmatischer Vertrag</i>	19
6.3.2.	<i>Austauschverhältnis</i>	20
6.3.3.	<i>Bestand und Fälligkeit</i>	20
6.3.4.	<i>Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung oder fehlende Erfüllungsbereitschaft</i>	20

Literaturverzeichnis

- ARTER OLIVER
Vertriebsverträge, Bern 2007 (zit. Arter, S. ...)
Rz. 22, 23
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS
FRANZ
Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS, N ...)
Rz. 10, 11, 12, 16
- BUCHER EUGEN
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER, S. ...)
Rz. 10, 22, 26
- COTTI LUKAS
Das vertragliche Konkurrenzverbot: Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, Diss. Univ. Freiburg (Schweiz) 2001 (zit. COTTI, N ...)
Rz. 45, 55
- FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN
MARKUS et al.
Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2008 (zit. FURRER/MÜLLER-CHEN, S. ...)
Rz. 17, 60, 73, 79

FURRER ANDREAS/SCHNYDER
ANTON K. (Hrsg.)

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,
Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen,
Nachdruck der 1. Auflage, Zürich 2010 (zit.
CHK OR-BEARBEITER, Art. ... N ...)

Rz. 83, 88

HABEGGER PHILIPP

Extension of arbitration agreements to non-
signatories and requirements of form, Case note
on BGE 129 III 727, in: ASA Bulletin 2004, S.
398 ff. (zit. HABEGGER, S. ...)

Rz. 12, 13

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM
PETER/SCHNYDER ANTON
K./BERTI STEPHEN V.(Hrsg.)

Basler Kommentar, Internationalen Privatrecht,
IPRG, 2. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK IPRG-
BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

Rz. 12, 16

HONSELL HEINRICH/VOGT NE-
DIM-PETER/WIEGAND WOLFGANG

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privat-
recht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4.
Auflage, Basel 2007 (zit. BSK OR-BEARBEITER,
Art. ... N ...)

Rz. 10, 12, 16, 17, 28, 32, 33

HUGUENIN CLAIRE et al.

Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Überar-
beitete Auflage, Zürich 2008 (zit. HUGUENIN-
OR AT, N...)

Rz. 48, 78, 89

HUGUENIN CLAIRE/ MÜLLER-
CHEN MARKUS/GIRSBERGER DA-
NIEL (Hrsg.)

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,
Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag,
Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Nach-
druck der 1. Auflage, Zürich 2010 (zit. CHK
Vertragsverhältnisse-BEARBEITER, OR ... N
...)

Rz. 48, 63, 64, 72, 82

LACHMANN JENS-PETER

Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis; 3. völ-
lig überarbeitete Auflage, Köln 2008 (zit.
LACHMANN, N ...)

Rz. 12, 17

KOLLER ALFRED

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner
Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts
ohne Deliktsrecht, Bern 2009 (zit. KOLLER, § ...
N ...)

Rz. 67, 69, 74

MEIER ANDREA

Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsge-
richten, Diss., Zürich 2007 (zit. MEIER, S. ...)

Rz. 12, 13

SCHWENZER INGEBORG

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner
Teil, 4. überarbeitete Auflage, Bern 2006 (zit.
SCHWENZER, S. ...)

Rz. 26, 27, 81, 82

SIEGRIST SAMUEL

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1997 (zit. SIEGRIST, S. ...)

Rz. 60, 64, 65, 70, 71, 72, 75

WILHELM GEORG

Verträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter, ecolex 1191 (zit. WILHELM, S. ...)

Rz. 67

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

Swiss Rules of International Arbitration Commentary, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. Swiss Rules-BEARBEITER, Art. ... N ...)

Rz. 13

Entscheidverzeichnis

Urteil der II. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Juni 1952, BGE 78 II 230.

Rz. 55

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. September 1993, BGE 119 II 391.

Rz. 12, 13

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. März 1990, BGE 116 Ia 56.

Rz. 12

Urteil des Oberlandesgerichts München vom 13. Oktober 2004
7U3722/04.

Rz. 17

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Dezember 2004, BGE 130 III 345.

Rz. 60

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. April 2010, 4A_452/2009.

Rz. 17

Einleitung

- 01 Der Aufbau der Klageantwort orientiert sich zur besseren Übersicht an den zu beantwortenden Streitfragen und der Klageschrift der gegnerischen Partei.
- 02 Einleitend wird die Beklagte, Healthy Sales Ltd. [HS], zeigen, dass der Klägerin 2, GLP-Manufacturing [GLP-M], die Teilnahme am Schiedsverfahren nicht zu erlauben ist [1.4]. Im Weiteren, dass das Schiedsgericht zur Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche von Klägerin 2 nicht zuständig ist.
- 03 Alsdann zeigt die Beklagte auf, dass das Schiedsgericht zur Beurteilung der Ansprüche der Klägerin 1, GLP-Distribution [GLP-D], [2.1] und 2 [2.2] aus dem Rechtsverhältnis vor dem 31. März 2009 nicht zuständig ist.
- 04 Die Beklagte wird weiter darlegen, dass der Distributions- resp. der Rahmenvertrag auf Grund von Willensmängeln nicht aufgehoben wird [3] und eine Auflösung des Rahmenvertrages nichts an der zu beurteilenden Forderung ändert [3.4 ff.].
- 05 In der Folge wird dargelegt, dass Klägerin 1 keinen Anspruch auf Rückleistung der Streitsumme gegenüber der Beklagten hat [4].
- 06 Sodann wird gezeigt, dass der Distributionsvertrag keine Schutzwirkung zugunsten Dritter entfaltet und die Klägerin 2 folglich keinen Anspruch auf Schadenersatz hat [5].
- 07 Zuletzt wird gezeigt, dass Klägerin 1 nicht berechtigt ist, die Zahlung der Beklagten mit der Schadenersatzforderung zu verrechnen und die Vorauszahlung demnach ohne Rechtsgrund zurückbehält [6.].

1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts und anwendbares Recht

1.1. Anwendbares Recht

08 Die Beklagte stimmt dem Kläger bezüglich der Anwendbarkeit des IPRG und des Verfahrensreglements der Schiedsordnung zu. Ebenfalls bestimmt sich die Rechts- und Parteifähigkeit nach Schweizerischem Recht.

1.2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

09 Grundlage eines jeden Schiedsverfahrens und damit eines positiven Entscheides über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist das Produkt einer übereinstimmenden Willensäußerung der Parteien, eine sog. Schiedsvereinbarung. Wie die Klägerin richtig dargelegt hat, liegt durch Konsens über die *essentialia negotii* eine rechtskräftig zustande gekommene Schiedsklausel zwischen der GLP-D und der HS vom 30. März 2009 vor.

1.3. Konsens über die *essentialia negotii*

10 Die Klägerin behauptet in der Klageschrift, dass ein Konsens über die *essentialia negotii* der Schiedsklausel zu Stande gekommen ist (Klageschrift N 9). Dabei generalisiert die Klägerin den Begriff der *essentialia negotii*, ohne zu substantiieren, was die besagten *essentialia* konkret sind. Zutreffend ist, dass sich GLP-D und HS übereinstimmend geäußert haben, das staatliche Gericht zugunsten des Schiedsgerichts zu derogieren, Zürich als Schiedsort zu wählen und die Verfahrensfragen nach der internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer [SchO] zu beantworten (BERGER/KELLERHALS, N270 ff.). Weiter haben sie sich geeinigt „sämtliche Streitigkeiten“ aus der Vereinbarung durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen. Folglich haben die Parteien, wie auch von der Klägerin entsprechend festgestellt wurde (Klageschrift N 9), einen Konsens zu den wesentlichen Bestandteilen der Schiedsklausel erzielt (vgl. zum Konsens: BSK OR-BUCHER, Art. 1 N 22 ff.).

1.4. Zuständigkeit für die Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 2

1.4.1. Subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen

11 Unzutreffenderweise behauptet die Klägerin, dass unter der Voraussetzung, dass eine gültige Schiedsvereinbarung zwischen GLP-D und der Beklagten zu Stande gekommen ist, das Schiedsgericht auch zur Beurteilung der Ansprüche, welche von *Klägerin 2* gestellt wurden, zuständig ist (Klageschrift N 1). Diese Behauptung ist unzutreffend und verkennt in grober Weise, dass das Begehren um Teilnahme von *Klägerin 2* am Verfahren eine Frage der subjektiven Reichweite der Schiedsklausel ist. Unter subjektiver Reichweite ist der personelle Umfang einer Schiedsklausel zu verstehen, also welche Parteien von einer Schiedsklausel erfasst werden. Der Grundsatz der privatautonomen Unterwerfung unter Schiedsvereinbarungen gebietet,

dass eine Schiedsklausel nur *inter partes* Wirkung entfaltet (BERGER/KELLERHALS, N 492; BORIS NIKLAS, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, Tübingen 2008, S.157). Es soll deshalb nachstehend aufgezeigt werden, warum die subjektive Reichweite nicht ausgedehnt werden darf (Rz. 12) und folglich die Voraussetzungen für einen Beitritt gemäss Art. 4 Ziff. 2 SchO, wie dies die Klägerin behauptet, nicht gegeben sind (Rz. 13) und deshalb auf die Klage der Klägerin 2 mangels Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht einzutreten ist.

1.4.2. *Berechtigung eines nichtsignierenden Dritten*

12

Nach herrschender Lehre ist ein nichtsignierender Dritter berechtigt, sich auf die Schiedsklausel zu berufen, sofern sie nach Treu und Glauben (*bona fides*) daraus verpflichtet oder berechtigt ist (HABEGGER, S. 399). Dies kann durch Mithilfe beim Abschluss oder bei der Erfüllung des Vertrages erfolgen. Die Partei erweckt dabei den Anschein, als ob sie der Schiedsvereinbarung beitrete und von ihr erfasst sei (BERGER/KELLERHALS, N 521). Insbesondere nach der *Group of Companies Doctrine* verbreitet sich die Ansicht, dass eine Erstreckung der Schiedsvereinbarung auf ein drittes Unternehmen schon auf Grund der Zugehörigkeit zum Konzern einer Partei erfolgen könnte (LACHMANN, N 509; ICC Award 431). Einer solchen Ansicht darf im vorliegenden Fall jedoch auf keinen Fall gefolgt werden, denn sie verkennt in grober Weise das strenge Erfordernis der anwendbaren *lex arbitri* um einen schriftlichen Nachweis zur formellen Gültigkeit der Schiedsklausel (Art.178 Abs.1 IPRG). Die Formfrage stellt sich umso mehr, da die Beklagte mit dem Beitritt von GLP-M zum Verfahren nicht einverstanden ist (POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SEBASTIEN, Droit comparé de l'arbitrage international, Zürich 2002, N 250). Deshalb wird eine solche Aufweichung einer Formvorschrift zu Recht von der herrschenden Lehre als unpraktikabel angesehen (BGE 119 II 391 E 3a). Zum einen ist anzuführen, dass gerade eine Formvorschrift eine „Klarstellungsfunktion“ ausübt (SchiedsVZ 2005, Heft 1; BGE 119 II 391 E 3a; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 7). Das Bundesgericht führt dazu in BGE 116 Ia 56 E. 3b aus: „Mit einer Schiedsvereinbarung verzichten die Parteien auf die Entscheidung allfälliger Streitigkeiten durch staatliche Gerichte, ein Verzicht, dem angesichts der damit verbundenen Einschränkung der Rechtsmittelwege und angesichts der im Vergleich zum staatlichen Verfahren regelmässig bedeutend höheren Kosten des Schiedsverfahrens eine erhebliche Tragweite zukommt; dass eine solche Vereinbarung getroffen worden ist, darf daher im Streitfall nicht leichthin angenommen werden“. Dagegen führt Klägerin 1 aus, dass von einem strengen Formerfordernis abgesehen werden kann, wenn der Dritte wesentlich an der Erfüllung des Hauptvertrages beteiligt ist. Dies ist in dieser Trivialität nicht korrekt, denn über die Beteiligung an der Vertragserfüllung hinaus, muss bei der Beklagten der Anschein erweckt werden, dass Klägerin 2 mit ihrer Mitwirkung am Vertragsabschluss auch die Absicht bekundet, selber Partei der Schiedsklausel zu sein (MEIER, S.56). Denn unter

Würdigung der massgeblichen Umstände, wie es das Schiedsgericht bei seiner Entscheidung tut, hätte auch Klägerin 1 feststellen müssen, dass Klägerin 2 mit ihren Lieferungen an das Lager der Beklagten in keiner Weise den Anschein erweckt, selber Partei der Schiedsklausel zu sein. Vielmehr erweckt Klägerin 2 bei der Beklagten den Anschein ein Erfüllungsgehilfe zu sein, welcher mit Wissen und Wollen von Klägerin 1 deren Pflicht zur Lieferung erfüllt (BSK OR-WIEGAND, Art. 101 N 7). In sinngemässer Anwendung von Art. 101 OR auf den Erfüllungsgehilfen bleibt deshalb abschliessend festzuhalten, dass es gerade die Eigenschaft eines solchen ist, bei Ausübung einer Schuldpflicht des Schuldners, nicht berechtigt oder verpflichtet zu werden (BSK OR-WIEGAND, Art. 101 N 4 ff.). Deshalb ist nicht einzusehen, dass Klägerin 2 zur Teilnahme am Schiedsverfahren berechtigt sein soll, wenn sie lediglich in dieser Funktion aufgetreten ist.

1.4.3. Art. 4 Ziff. 2 SchO

13 Klägerin 1 stellt zutreffend fest, dass sich die Parteien zum Einbezug Dritter im Vertrag nicht äussern (KB-10; Klageschrift N 12 f.). Klägerin 1 führt alsdann in ihrer Begründung aus, dass eine Ausdehnung auf die nichtsignierende Klägerin 2 in Anwendung von Art. 4 Ziff. 2 SchO gerechtfertigt sei (Klageschrift N 14 ff.). Sodann stimmt die Beklagte der Klägerin zu, dass sich beide Parteien mit der Unterzeichnung der Schiedsklausel der internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern freiwillig, d.h. parteiautonom unterworfen haben und damit deren Anwendung im Schiedsverfahren zustimmen (MEIER, S. 106). Folglich unterliegen die Parteien auch der Anwendung von Art. 4 Ziff. 2 SchO. Diese Bestimmung geht im Grundsatz von einer antizipierten Zustimmung zu einem Dritteinbezug aus (MEIER, S. 105) und überlässt schliesslich dem Schiedsgericht die Kompetenz-Kompetenz über die Teilnahme zu entscheiden (Swiss Rules-GILLIÉRON/PITTET, Art. 4 Ziff. 2 N 16-18, sog. Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts). Trotz einer allfälligen antizipierten Zustimmung bleibt das Gericht dazu verpflichtet, seinen Entscheid unter Würdigung der Parteiwillen und den massgeblichen Umständen zu treffen (Swiss Rules-GILLIÉRON/PITTET, Art. 4 N 17). Üblicherweise dürfen die Parteien bei Abschluss einer Schiedsklausel zur Recht erwarten, dass ein späteres Verfahren auf die Parteien der Schiedsklausel beschränkt bleibe. Dieser Erwartung sollte auch in Anwendung von Art. 4 Ziff. 2 SchO entsprochen werden. Infolge einer mangelnden Verankerung des Parteiwillens ist Art. 4 Ziff. 2 SchO nicht zulasten einer Vertragspartei auszulegen (MEIER, S. 152). Vielmehr sollte für die Zulassung eines Dritten zu jeder Zeit der Parteiwille massgeblich sein. Des Weiteren ist festzuhalten, dass die Klägerin die Möglichkeit hatte, die Vertragsbedingungen in ihrem Standarddistributionsvertrag nach eigenem Ermessen autonom zu gestalten und zu formulieren (Einleitungsanzeige N 11). Da dies nach den Worten von Klägerin 1 ein Standardvertrag ist, drängt sich eine Auslegung analog der AGB auf. Daraus ergibt sich, dass

der Alleinautor der Vertragsbedingungen eine allfällige Unklarheit nach dem Grundsatz der *ambiguitas contra stipulatorem* gegen sich gelten lassen muss.

14 *Fazit: Aus dem Gesagten erschliesst sich, dass die Formvorschrift von Art. 178 IPRG nicht dahingehend entleert werden darf, dass Klägerin 2 ebenfalls davon erfasst wird. Des Weiteren erscheint es fast rechtsmissbräuchlich, wenn der Klägerin 1 die Möglichkeit eingeräumt wird, den Vertragsinhalt selbst zu gestalten und sie dann im Anschluss eine derartige teleologische Erweiterung ihrer Vertragsklausel und der Rechtslage verlangt. Daher ist Klägerin 2 nicht zur Teilnahme am Verfahren zuzulassen. Folglich ist das Schiedsgericht auch nicht zur Beurteilung der Ansprüche von Klägerin 2 zuständig.*

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche aus Verkäufen vor dem 31. März 2009

2.1. Essentialia: Bezeichnung des Rechtsstreites

15 Wie die Klägerin richtigerweise in ihrer Klageschrift festhält, ist das Schiedsgericht nur zuständig, wenn eine gültige Schiedsabrede zwischen den Parteien vorhanden ist. Wie unter Rz. 10 dargelegt, erfordert die Gültigkeit auch die Bezeichnung des Rechtsstreites.

16 Aus der klaren Formulierung der Schiedsklausel im Rahmenvertrag (KB-10) und deren Signierung durch die Beklagte ergeht, dass bezüglich der Anwendbarkeit der Schiedsgerichtsbarkeit ein Konsens gemäss Art. 1 Abs. 1 OR zu Stande gekommen ist und damit deren Bestand nicht bestritten wird. Hauptwirkung einer rechtsgültig zustande gekommenen Schiedsvereinbarung ist der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit (BERGER/KELLERHALS, N 458). Diese Ausschlusswirkung gilt grundsätzlich für sämtliche Ansprüche, die von der Schiedsklausel erfasst werden (BERGER/KELLERHALS, N 461). Deshalb stellt sich als Nächstes die Frage, welche Ansprüche unter die Schiedsklausel fallen. Eine solche Frage betrifft den sachlichen Geltungsbereich einer Schiedsklausel, auch objektive Tragweite genannt (BERGER/KELLERHALS, N 462), und ist ebenso eine Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts. So kann das Schiedsgericht, auch wenn es sich an die Rechtsbegehren der Parteien hält (*intra petita*), seine Zuständigkeit überschreiten, wenn der fragliche Anspruch nicht unter die Schiedsklausel fällt (*extra potestatem*; BERGER/KELLERHALS, N 463; BSK IPRG-BERTI/SCHNYDER, Art. 190 Abs. 2 lit. b N 38). Deshalb ist im Streitfall durch Auslegung zu ermitteln, welche Streitpunkte die Vertragsparteien der Zuständigkeit des Schiedsgerichts unterstellen wollten (sog. Parteiwille; BERGER/KELLERHALS, N 464).

2.2. Objektive Tragweite der Schiedsvereinbarung

17

Wie die Klägerin richtig festhält, bestimmt sich der fragliche Umfang der Schiedsklausel grundsätzlich nach dem Parteiwillen. Zu ermitteln ist nachstehend, worauf sich dieser Parteiwille erstreckt, wenn die Parteien in der Schiedsklausel «sämtliche Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung» dem Schiedsgericht unterstellen (KB-10). Im vorliegenden Fall bedeutet dies für das Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz entweder eine Auslegung nach dem von den Parteien gewählten, dem auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis anwendbaren oder dem schweizerischen Recht. Nach dem Grundsatz des *favor validitatis* ist dabei eine Auslegung nach dem auf die Streitsache günstigsten Recht anzuwenden. So hat sich die Auslegung der Schiedsklausel an den allgemeinen Auslegungsregeln der Vertragsauslegung zu orientieren (LACHMANN, N 472). Die Auslegung einer Schiedsklausel folgt den für die Auslegung privater Willenserklärungen allgemein geltenden Grundsätzen. Aus der bundesgerichtlichen Argumentation erschliesst sich, dass primär auf einen natürlichen Konsens abgestellt werden soll (4A_452/2009 E. 2.3). Alsdann ein solcher wie im vorliegenden Fall nicht zu Stande gekommen ist, soll nach Art. 18 OR auf den normativen Konsens abgestellt werden, der sich an dem inneren tatsächlichen und nicht primär an dem kundgegebenen Willen orientiert. Aus der Formulierung der Klageschrift (Klageschrift N 20 ff.) lässt sich schliessen, dass kein tatsächlicher Konsens zwischen den Parteien zu Stande gekommen ist. Vom Wortlaut von Art. 19 Abs. 6 des Rahmenvertrages sind „sämtliche Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung“ erfasst. Dies entspricht dem Englischen „all disputes arising out of this agreement“. Eine solche Formulierung hat eine wesentlich geringere sachliche Reichweite, wie wenn die Klägerin von „allen Streitigkeiten im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung“ sprechen würde (LACHMANN, N 47; GARY B. BORN, Cluver Law: International Commercial Arbitration, Volume I, S. 1095 ff.). Dabei haben sich die Parteien darauf behaften zu lassen, was ein unvoreingenommener Dritter objektiv unter den ausgetauschten Willenserklärungen verstanden hätte. Es ist dabei primär auf das tatsächliche und sekundär auf das normative Verständnis abzustellen (FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 120). So geht Klägerin 1 irrigerweise von verbundenen Verträgen aus, die eine Subsumtion unter den Wortlaut der Schiedsklausel rechtfertigen würden. Verbundene Verträge sind per Definition solche, die eine wirtschaftliche Einheit bilden oder als solche behandelt werden (LACHMANN, N 482). Die wirtschaftliche Einheit ist bei einem objektiven inneren Zusammenhang von zwei oder mehreren Verträgen gegeben. Ein solcher ist gegeben, wenn die Parteien den einen Vertrag, nicht ohne Gültigkeit des anderen abgeschlossen hätten. Wenn die Klägerin also in ihrem Argument der verbundenen Verträge behauptet, dass in ihrem zitierten Entscheid (Klageschrift N 22; LACHMANN N 482; OLG München Urteil v.13.10.2004 – 7U3722/04) vom Oberlandesgericht München, der Schiedsklausel eine präjudizielle Wirkung in diesem Verfah-

ren zukommen soll, so verkennt sie in tragischer Weise, dass es in dem besagten Entscheid um die Erstreckung der Wirkung auf Verträge geht, die *nach* Abschluss der Schiedsklausel geschlossen worden sind. Und nicht wie von der Klägerin behauptet für alle auch vorgängig geschlossenen Verträge.

18 Klägerin 1 verkennt, dass aus den dargelegten Ausführungen ergeht, dass der Wortlaut des Vertragstextes: „sämtliche Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung“ erstens eng zu fassen ist, und zweitens im Zweifelsfalle sich der Autor eine Auslegung zu seinen Ungunsten als Ausfluss des Vertrauensprinzips gefallen lassen muss.

19 Weiter argumentiert die Klägerin, dass aufgrund dessen, dass auch vorvertragliche Ansprüche geltend gemacht werden dürfen, auch Ansprüche von vor dem 30. März 2009 Gegenstand der Schiedsklausel sind. Ein solches Argument verkennt die Tatsache, dass schon vor dem 30. März 2009 Einzelkaufverträge abgeschlossen wurden, also niemals von vorvertraglichen Ansprüchen die Rede sein kann. Zum einen ist dazu auszuführen, dass der Distributionsvertrag ein von der Schiedsklausel unabhängiger Vertrag ist, der wie oben erwähnt AGB enthält, welche den zukünftigen Einzelkaufverträgen Rahmenbedingungen zu Grunde legt. Die Schiedsklausel wird dabei unabhängig vom Bestehen eines Hauptvertrages beurteilt.

20 Aus dem Gesagten erschliesst sich, dass es sich weder um verbundene Verträge noch um eine wirtschaftliche Einheit handelt und folglich die objektive Tragweite der Schiedsklausel nicht auf die Verträge, die vor dem 31. März 2009 abgeschlossen wurden, ausgedehnt werden kann.

21 *Fazit: Aus dem Dargelegten ergeht, dass die Erstreckung der Schiedsklausel auf die Einzelkaufverträge von vor dem 31. März 2009 nicht zulässig ist, weil es einer unzulässigen Rückwirkung entsprechen würde. Zudem musste die Beklagte zur Zeit dieser Käufe zu keinem Moment annehmen, dass sie sich vor einem Schiedsgericht dafür rechtfertigen müsse. Deshalb ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Käufe von vor dem 31. März 2009 strikt zu verneinen.*

3. Aufhebung des Distributionsvertrages

3.1. Vertragsqualifikation

22 Der von den Vertragsparteien abgeschlossene Rahmenvertrag (KB10), also die Formalisierung des Rechtsverhältnisses, entspricht Rahmenbedingungen in der Gestalt von AGB. Fälschlicherweise geht Klägerin 1 in ihrem Literaturzitat (Klageschrift N 34 f.; ARTER, S 24) von einem Exklusivliefer- resp. Alleinliefervertrag aus. Der vorliegende Vertrag KB-10 ist dies keinesfalls, da in Art. 2 Abs. 1 des Rahmenvertrages ausdrücklich festgehalten wird, dass der Vertrag das *nicht exklusive* Recht einräumt, die Produkte zu verkaufen. Zudem geht Klägerin 1 von der irrigen Annahme aus, dass es sich darum um ein Dauerschuldverhältnis handelt (Klageschrift N 34). Dem ist nicht so, da es sich, wie bereits beschrieben, um einen nicht exklusiven

Vertrag handelt. Weiter zeichnet sich ein Dauerschuldverhältnis dadurch aus, dass mindestens eine Partei des Vertrages ein jederzeitiges obligatorisches Forderungsrecht hat. Der Vertragstext räumt jedoch keiner Partei ein solches ein (Sinngemäß BUCHER, S. 102; ARTER, S. 23). Eine gesteigerte Informationspflicht, wie dies die Klägersseite als Ausfluss eines Dauerschuldverhältnisses sieht, ist daher nicht gegeben.

3.2. Zwischenfazit

23 Als Konklusion lässt sich festhalten, dass zwischen den Parteien nicht, wie von Klägerin 1 angenommen, ein Exklusivvertriebsvertrag entstanden ist, sondern Geschäftsbedingungen für den *nicht exklusiven* Vertrieb der Powerlineprodukte abgeschlossen wurden (KB-10). Aus der Charakteristik des Vertrages geht keine gesteigerte Informationspflicht hervor, wie es Klägerin irrigerweise annimmt. Fälschlicherweise bezeichnet die Klägerin die Bestellungen als Abwicklung (sic!) der Kaufverträge, welche jedoch einfach normale Einzelkaufverträge sind, ohne einen erweiterten Zusammenhang mit den Geschäftsbedingungen.

3.3. Unzulässigkeit der Anfechtung auf Grund von Willensmängeln

24 Klägerin 1 beruft sich fälschlicherweise auf einen Willensmangel und ist der Ansicht, dass sie den Vertrag einseitig entsprechend der Kündigungstheorie (Sic!) resp. nach der Anfechtungstheorie ex nunc aufheben kann.

25 In der Folge wird zu zeigen sein, dass bei der Klägerin kein Irrtum vorlag und die Anfechtung des Vertrages missbräuchlich ist. Eventualiter wird dargelegt, dass die Klägerin gestützt auf Art. 26 OR zu Schadenersatz verpflichtet ist. Subeventualiter ist zu zeigen, dass auch die Aufhebung des Vertrages nichts an der Rechtslage der Einzelkaufverträge ändert.

3.3.1. Täuschendes Verhalten

26 Wie Klägerin 1 richtig behauptet, kann ein täuschendes Verhalten in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder dem Verschweigen von vorhanden Tatsachen liegen (OR AT Rz. 38.03). Ein Verschweigen ist lediglich verpönt wenn eine Vertragspartei eine Informationspflicht trifft (BUCHER, S.219-221). Eine solche kann sich aus Gesetz, Vertrag oder aus der herrschenden Anschauung, wenn nach Treu und Glauben eine Mitteilung geboten ist, ergeben (BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 N 8-10). Die Klägerin behauptet, dass ein Dauerschuldverhältnis vorliegt und dadurch eine Informationspflicht induziert sei (Klageschrift N 38). Wie unter Rz. 22 dargelegt, besteht kein Dauerschuldverhältnis zwischen den Parteien und damit auch nicht eine daraus abgeleitete Informationspflicht. Ebenso wenig besteht eine Aufklärungspflicht aus dem vorliegenden reinen Austauschverhältnis. Zudem hat die Beklagte einer eventuell vertraglich bestehenden Rayon-Pflicht nicht zuwider gehandelt, da ein Kundenkreis ausserhalb des Absatzgebietes bereits vor Vertragsschluss bestanden hat.

3.3.2. Täuschungsabsicht

27 Das täuschende Verhalten muss absichtlich erfolgen. Das heisst, der Täuschende muss die Unrichtigkeit seiner Angaben erkennen und mit Wissen und Wollen die Gegenpartei über den fraglichen Sachverhalt hinweg täuschen (BSK OR-SCHWENZER, Art.28 N 11). Ein solches Verhalten kann der Beklagten nicht zugerechnet werden. Die Klägerin behauptet, dass der Beklagten ein ausschliessliches Vertragsgebiet zugeteilt wurde. Weiter behauptet sie, dass die Beklagte die Klägerin absichtlich über eine wesentliche Tatsache getäuscht hat, indem sie ihr nicht mitteilte, keinen Abnehmer im indischen Subkontinent gefunden zu haben. Ein solches Argument verkennt, dass der Beklagten kein Exklusivrecht im indischen Subkontinent zu vertrieben eingeräumt, sondern ihr nur das Plazet des „*official Distributors*“ verliehen wurde. Folglich traf sie auch nicht die Pflicht, die Klägerin zu informieren, falls sie ausserhalb des genannten Gebietes Waren vertrieben hat. Schlussfolgernd konnte die Beklagte gar nicht mit Vorsatz über den fraglichen Sachverhalt täuschen.

3.3.3. Irrtum

28 Der Irrtum wird durch das täuschende Verhalten auf Seiten des Getäuschten hervorgerufen oder aufrecht erhalten (BSK OR-SCHWENZER, Art. 28 N 13). Der Irrtum ist regelmässig ein Motivirrtum, das heisst einer, der sich auf den Beweggrund zum Abschluss eines Vertrages bezieht (BSK OR-SCHWENZER, Art. 24 N 28). Die Klägerin behauptet, dass aus dem Verhalten der Beklagten anzunehmen sei, dass sie in den indischen Subkontinent liefern würde. Dies ist unzutreffend. Schon zu Beginn der Rechtsbeziehung hat die Klägerin erklärt, nicht in den indischen Subkontinent expandieren zu wollen, hat der Beklagten aber dennoch die Lieferung von 20 Paletten PowerBar angeboten. Damit hat sie der Beklagten kein Vertragsgebiet zugeordnet. Folglich hat sie das auch in den weiteren Einzelkaufverträgen nicht getan, was die Unmöglichkeit bewirkt, einen Irrtum bei der Klägerin hervorzurufen.

29 Alsdann erübrigt sich die Abhandlung der übrigen Voraussetzungen für den Tatbestand der absichtlichen Täuschung.

30 *Fazit: Aus den obigen Ausführungen wird klar dargelegt, dass es zu keiner Täuschung der Klägerin durch die Beklagte gekommen ist. Vielmehr hat sich die Klägerseite durch ihre hohen Gewinnabsichten in einen selbstverschuldeten Irrtum begeben.*

3.4. Schadenersatzpflicht der Klägerin aus Art. 26 OR

31 Gemäss Art 26 Abs.1 OR ist der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lassen möchte verpflichtet, dem Vertragspartner den Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schadens zu ersetzen, wenn er den Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat.

3.4.1. Fahrlässigkeit

32 Die Klägerin hat sich in fahrlässiger Weise in den behaupteten Irrtum begeben, da sie in regelmässiger Weise die Beklagte mit Powerline-Produkten beliefert hat. Dies obschon sie den bestätigten Verdacht hatte, dass die Beklagte *berechtigterweise* an Jim's Gym Produkte lieferte (KB 12-14). Berechtigterweise deshalb, weil die Kundenbeziehung schon vor dem Unterzeichnen des Rahmenvertrages hergestellt wurde (BSK OR-SCHWENZER Art. 26 N 2). Auch ist entgegen der Meinung der Klägerin festzuhalten, dass in der Beziehung zwischen GLP-D und der Beklagten kein Dauerschuldverhältnis besteht, was eine Aufklärungspflicht begründen könnte.

3.4.2. Kenntnis des Erklärungsgegners

33 Die Schadenersatzpflicht würde nicht bestehen, wenn der Erklärungsgegner den Irrtum gekannt hat oder hätte kennen sollen, also bei einem erkennbaren Erklärungsirrtum (BSK OR-SCHWENZER, Art. 26 N 3-4).

34 Im vorliegenden Fall hat Klägerin 1 der Beklagten am 30. März 2009 den Vertrag zur Unterzeichnung zugestellt, obwohl bereits Mitte Februar 2009 (KB-13) Unstimmigkeiten auf dem amerikanischen Markt aufgetreten und Umsatzeinbussen zu verzeichnen waren (KB-10). Trotzdem hat die Klägerin mit dem Schreiben von Frau Svrei am 23. Juli 2009 zu den hervorragenden Verkäufen gratuliert.

35 Dieser Umstand hat bei der Beklagten ohne Zweifel dazu geführt, den Anschein zu erwecken, dass die Klägerin mit allen Fakten vertraut sei. Die Beklagte hatte daher keine Kenntnis über einen allfälligen fahrlässigen Irrtum seitens der Klägerin.

3.4.3. Rechtsfolge

36 Aus den oben genannten Gründen ist die Klägerin der Beklagten zur Zahlung eines Schadenersatzes im Umfang des negativen Vertragsinteresses verpflichtet.

37 *Fazit: Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die Klägerin sich selbstverschuldet in einen Irrtum begeben, und durch die Vertragsauflösung eine Schadenersatzpflicht gegenüber der Beklagten ausgelöst hat.*

3.5. Irrelevanz des Bestandes des Rahmenvertrages für die Einzelkaufverträge

38 Aus den Ausführungen von Rz. 22 ff. ergeht, dass der Rahmenvertrag lediglich AGB darstellt. Daher ist der Bestand der Einzelkaufverträge nicht von der Existenz des Rahmenvertrages abhängig. Folglich kann die Frage nach dem Auflösungszeitpunkt des Rahmenvertrages offen bleiben.

4. Fehlende Ansprüche von Klägerin 1

39 Es wird bestritten, dass HS vertragliche Verpflichtungen verletzt und GLP-D dementsprechend Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR hat (Klageschrift N 54 ff.).

4.1. Zeitliche Unterteilung der geschäftlichen Beziehungen

40 Dabei ist zu berücksichtigen, dass die einzelnen Kaufverträge zwischen HS und GLP-D in zwei Phasen zu unterteilen sind. In der ersten Phase gibt es eine Reihe von einzelnen Kaufverträgen (sog. Einzelkaufverträge). Die zweite Phase zeichnet sich dadurch aus, dass zwischen den Parteien ein Distributionsvertrag als Rahmenvertrag geschlossen wurde. Die Einzelkaufverträge bestehen dennoch weiterhin.

4.2. Erste Phase der geschäftlichen Beziehungen

41 Die erste Phase der geschäftlichen Beziehungen zwischen HS und GLP-D beginnt mit der Antwort von GLP-D am 10. Februar 2008 (KB-2). Sie endet am 29. März 2009, da am darauffolgenden Tag das Geschäftsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen formalisiert wird (KB-8, KB-9, KB-10). Es wird im Folgenden zu zeigen sein, dass die Klägerin in der ersten Phase keinen Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR hat.

4.2.1. Voraussetzungen für Art. 97 ff. OR

42 Die Klägerin hat richtig erkannt, dass kumulativ Vertragsverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden gegeben sein müssen, um eine Schadenersatzpflicht auszulösen (Klageschrift N 54).

4.2.2. Fehlende Vertragsverletzung

43 Die erste Anfrage von HS richtete sich an GLP-M (KB-1). Erst nachdem GLP-M nicht auf die Anfrage einging, kam GLP-D auf HS zu und machte ihr ein Angebot für eine Lieferung von 20 Paletten PowerBar im Wert von CHF 40'000. Die Beklagte nahm das Angebot an und überwies den geforderten Betrag per pränumerando. Dieses Angebot enthielt allerdings keine Gebietszuordnungen und folglich auch keine Rayonpflicht (KB-2). Darüber hinaus erklärt GLP-D sogar ausdrücklich, dass sie gar nicht beabsichtige, im indischen Subkontinent mit Warenverkäufen einzusteigen (KB-2). HS konnte dementsprechend gar nicht wissen oder annehmen, dass sie die Produkte ausschliesslich im indischen Subkontinent verkaufen durfte. Es ist sogar die Beklagte, welche in einem Email die Klägerin darauf aufmerksam machte, dass sie die Waren nach Erhalt, *je nach Bedarf* nach Indien, Pakistan oder Bangladesch weiterverschiffen werde (KB-3). *E contrario* darf aus diesen Worten klar geschlossen werden, dass die Waren, falls dieser Bedarf nicht bestehe, in einem anderen Gebiet verkauft werden. Die Klägerin hat diesem Verhalten von HS zugestimmt, indem sie daraufhin der Beklagten nicht ausdrücklich verboten hat, ausserhalb der von ihr gewünschten Gebiete zu liefern. Des Weiteren hat sie der Beklagten sogar

ihre Kontodaten mit der Bitte angegeben, den Betrag einzuzahlen (KB-4). Dies ist nicht nur als konkludente Einwilligung in die Vertragsbedingungen von HS zu verstehen, sondern darüber hinaus auch als Aufforderung den Vertrag mit der Klägerin zu diesen Konditionen einzugehen. Weiter existierte entgegen der Behauptungen der Klägerseite zu diesem Zeitpunkt kein *exklusiv* zugewiesenes Vertragsgebiet (Klageschrift N 56). Zu beachten ist, dass HS später den Status eines *official Distributors* erhält, nicht aber den eines *exclusive Distributors*. Es gibt kein Email, in welchem von Gebietszuweisungen die Rede ist. Demzufolge ist zu keinem Zeitpunkt von einem Konkurrenzverbot die Rede, ebenso wenig von einer Informationspflicht oder von einem Verbot, die Produkte selbst auf einer Homepage anzubieten. Dementsprechend liegt keine Nichterfüllung des Konkurrenzverbots vor und folglich auch keine Vertragsverletzung. Es handelt sich bei den Verträgen der ersten Phase um reine Einzelkaufverträge, an die zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Bedingungen geknüpft worden sind.

4.2.3. *Fehlender Schaden*

44 Nach der Klägerin besteht der Schaden aus entgangenem Gewinn. Wie unter Rz. 12 dargestellt, stellen Klägerin 1 und 2 keine wirtschaftliche Einheit dar. Die beiden Firmen sind als eigenständige Unternehmungen zu betrachten. Daraus ergibt sich, dass GLP-D auch zu keinem Zeitpunkt eine Gewinneinbusse in den USA (durch den Bestellungenrückgang von Jim`s Gym) erlitten hat, da sie für diesen Markt gar nicht verantwortlich ist (Einleitungsanzeige N 2). Die Klägerin ist einzig für das „internationale Geschäft“, also exklusive den USA, verantwortlich. Die Produkte wurden jederzeit von GLP-M geliefert, währenddessen GLP-D den Kaufpreis erhielt. Damit ist sie nicht geschädigt, sondern konnte in der Zeit sogar Gewinn erzielen. Dank der Beklagten konnte GLP-D das Verkaufsziel für das Jahr 2009 gar übertreffen. Dessen war sich die Klägerin auch bewusst und sogar froh darüber (BB-2). Dies ist bei den weiteren Einzelkaufverträgen der ersten Phase genau gleich.

4.2.4. *Fehlender Kausalzusammenhang*

45 Der Kausalzusammenhang muss zwischen dem Schaden des Geschützten und der Vertragsverletzung des Belasteten bestehen (COTTI, N 522 f.).

46 Entgegen den Behauptungen der Klägerseite hat die Beklagte zudem nie behauptet, im indischen Subkontinent tätig zu werden. Sie schlug der Klägerin lediglich vor, die Produkte, *nach Bedarf*, nach Indien, Pakistan oder Bangladesh zu schicken. Wie unter Rz. 44 beschrieben, hat nie ein Konkurrenzverbot existiert. Es ist in der Korrespondenz zwischen HS und GLP-D ebenfalls nie die Rede von einer Informationspflicht, auf welche sich die Klägerin fälschlicherweise stützt. Die Klägerseite nimmt dabei fälschlicherweise Bezug auf den Distributionsvertrag (Klageschrift N 61), welcher zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich am 30. März 2009 geschlossen wurde. Weiter behauptet die Klägerin, dass die Beklagte durch das scheinbare Konkurrenzver-

bot und die angebliche Informationspflicht einen tieferen Preis als üblich erhielt. Auch in diesem Punkt nimmt sie Bezug auf den Distributionsvertrag. Der Vertrag kann aber nicht rückwirkend auf die erste Phase angewendet werden (Rz. 22 ff.). Zudem war es die Klägerin selbst, welche den Preisvorschlag machte, ohne jegliche Aufforderung von der Beklagten (KB-2). Weiter behauptet die Klägerin, hätte sie einen Mehrwert von ca. 50% erzielt, wenn sie die Produkte nicht für ungefähr die Hälfte des Verkaufswertes an HS verkauft hätte. Dies ist jedoch eine reine Behauptung, welche nicht belegbar ist. Auch behauptet die Klägerseite, dass Klägerin 1 eine Vermögensverminderung erleiden musste. Da Klägerin 1 aber gar nicht für den US-amerikanischen Markt verantwortlich ist, konnte sie gar nicht geschädigt werden.

4.2.5. *Fehlendes Verschulden*

47 Die Klägerin behauptet, dass sich die Beklagte durch die Verletzung einer Unterlassungspflicht schuldig gemacht habe. Leider führt sie nicht weiter aus, aus was die Unterlassungspflicht bestanden habe. Falls sie damit das von ihr geforderte Konkurrenzverbot meint, so kann auf die Ausführungen unter Rz. 44 verwiesen werden. Es hat zu keinem Zeitpunkt der ersten Phase ein Konkurrenzverbot bestanden.

48 *Fazit: Die Klägerin ist mangels Vorliegen von Vertragsverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden nicht berechtigt, von der Beklagten Schadenersatz zu fordern.*

4.2.6. *Fehlendes Bestehen einer Geschäftsführung ohne Auftrag*

49 Es wird bestritten, dass die Beklagte eine Geschäftsführung ohne Auftrag [GoA] vorgenommen hat.

4.2.7. *Unechte GoA*

50 Die Klägerseite nimmt Bezug auf die unechte GoA gemäss Art. 423 OR. Leider führt sie nicht weiter aus, welche unechte GoA sie meint (Klageschrift N 65). Es ist der Klageschrift zu entnehmen, dass sie sich auf die Geschäftsanmassung bezieht (CHK Vertragsverhältnisse-C. Huguenin/R.M. Jenny, OR 419 N 4). Merkmal der Geschäftsanmassung ist es, ein fremdes Geschäft egoistisch, in eigenem Interesse und bösgläubig zu führen. Wie die Klägerin richtigerweise darlegt, greifen die Rechtsfolgen der bösgläubigen GoA nur, wenn der Geschäftsführer ein Geschäft für den Geschäftsherrn besorgt, ohne von ihm beauftragt worden zu sein (Klageschrift N 67). Wie weiter oben beschrieben stellen die Klägerinnen 1 und 2 aber keine wirtschaftliche Einheit dar. Klägerin 1 ist nicht Geschäftsherrin im US-amerikanischen Markt. Folglich konnte HS auch zu keinem Zeitpunkt ebenda ein Geschäft für die Klägerin führen. Es gibt wie die Klägerin richtigerweise behauptet eine Auftragslosigkeit. Allerdings ist Klägerin 1 selbst nicht in besagtem Markt involviert. Es kann demnach kein Geschäft für sie geführt werden. Weiter ist zu bedenken, dass es der Beklagten am Merkmal der Bösgläubigkeit fehlt. Da die Beklagte schon lange vor Vertragsschluss mit Jim`s Gym Geschäfte tätigte, durfte sie nach

Treu und Glauben annehmen, dass sie dies auch in Zukunft – nach Abschluss des Distributionsvertrages - tun dürfe. Denn weder Klägerin 1 noch Klägerin 2 haben dies je beanstandet. Folglich sind die Tatbestandsvoraussetzungen der GoA nicht gegeben.

51 *Fazit: Es liegt keine GoA vor. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Herausgabe des Gewinns gemäss Art. 423 OR.*

4.3. Zweite Phase der geschäftlichen Beziehungen

52 Die zweite Phase der geschäftlichen Beziehungen zwischen HS und GLP-D beginnt mit der Unterzeichnung des Distributionsvertrages am 30. März 2009.

4.4. Sinn und Zweck des Distributionsvertrages

53 Der Distributionsvertrag dient der Formalisierung der Geschäftsbeziehung mit dem Ziel, die zukünftigen Vertragsabwicklungen zu vereinfachen (KB-8, KB-9). Er ist wie weiter oben beschrieben vom Alleinvertriebsvertrag abzugrenzen auf den sich die Klägerseite beruft (Rz. 23).

4.4.1. Fehlende Vertragsverletzung

54 Die Klägerin geht davon aus, dass zwischen beiden Parteien ein vertragliches Konkurrenzverbot bestehe. Es stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Konkurrenzverbot vorhanden ist. Art. 3 des Distributionsvertrages definiert die Vertragsgebiete. Weiter hat sich gemäss Art. 3 des Vertrages die Beklagte zu verpflichten, ausserhalb des Vertragsgebietes keine Kunden aktiv anzuwerben. Daraus folgernd unterstellt die Klägerseite der Beklagten durch die Lieferungen in die USA ausserhalb des Vertragsgebietes tätig geworden zu sein. Tatsächlich hat die Beklagte aber keine Kunden aktiv aquiriert. Sie hat die Produkte lediglich auf ihrer Website zum Verkauf angeboten, was kein aktives Anwerben darstellt, sondern lediglich eine *invitatio ad offerendum*, worauf Jim`s Gym auf HS zukam. Diese Zusammenarbeit zwischen HS und Jim`s Gym besteht überdies schon seit 2008, also über ein Jahr vor Vertragsschluss.

4.4.2. Fehlender Schaden

55 Hier kann auf Rz. 44 verwiesen werden. Klägerin 1 und 2 stellen keine wirtschaftliche Einheit dar. Da Klägerin 1 nicht auf dem US-amerikanischen Markt tätig ist, entstand ihr durch den Verkauf von Produkten an Jim`s Gym durch die Beklagte auch keinen Schaden.

4.4.3. Fehlender Kausalzusammenhang

56 Es besteht weder ein Schaden der Klägerin noch eine Vertragsverletzung durch die Beklagte. Demnach kann es keinen Kausalzusammenhang geben. Die Beklagte hat stets Produkte an Jim`s Gym verkauft, mit welchen sie schon vor Vertragsschluss gehandelt hat. HS hat nach Vertragsschluss also keine Kunden aktiv angeworben.

4.4.4. Fehlendes Verschulden

57 Es besteht kein Verletzen einer Unterlassungspflicht durch die Beklagte. HS ist es gemäss dem Vertrag nicht erlaubt, Kunden aktiv anzuwerben. Der einzige Kunde, den sie in den USA hat,

ist Jim`s Gym. Dieser ist aber selber auf die Beklagte zugekommen. HS hat keine Produkte aktiv beworben. Damit fehlt es am Verschulden.

Fazit: Die Klägerin ist nicht berechtigt, Schadenersatzforderungen zu stellen, da es an den Voraussetzungen fehlt.

4.5. Konkurrenzverbot als selbständiges Konkurrenzverbot

58 Die Klägerseite behauptet richtigerweise, dass das Konkurrenzverbot eine *conditio sine qua non* für den Abschluss des Vertrages darstellt (Klageschrift N 93).

Das Konkurrenzverbot ist für den Vertrag so essentiell, dass ohne diese Klausel der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Der Vertrag ist vorwiegend darauf ausgerichtet, den Wettbewerb unter den Vertragspartnern zu regeln. Das Konkurrenzverbot ist demzufolge als ein Vertragsverhältnis eigener Art anzusehen (BGE 78 II 230). Es ist nicht Bestandteil eines Gesamtvertrages. Das Konkurrenzverbot ist ein eigener Vertrag. Der Vertrag ist folglich als Konkurrenzhauptvertrag anzusehen (COTTI, N 56). Der gegenseitige Wettbewerb soll so möglichst klar beschränkt und die Absatzgebiete klar geregelt werden (COTTI, N 56). Damit ein solcher Vertrag zustande kommen kann, müssen kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sein: Es braucht eine umfassende Willensäußerung in örtlicher, zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht. Nur wenn diese drei Punkte erfüllt sind, besteht das selbständige Konkurrenzverbot (COTTI, N 93).

4.5.1. Willensäußerung in örtlicher Hinsicht

59 Beide Vertragsparteien müssen sich einig sein über den Ort des Konkurrenzverbots. Art. 3 des Distributionsvertrages regelt das Vertragsgebiet. Es sind dies die Staatsgebiete von Indien, Pakistan und Bangladesch (nachfolgend: indischer Subkontinent). In allen anderen Ländern ist es der Beklagten nicht erlaubt, die Klägerin zu konkurrenzieren. Was HS mit einer Lieferung in die USA nicht tut, da sie dort höchstens GLP-M konkurrenzieren könnte.

4.5.2. Willensäußerung in zeitlicher Hinsicht

60 Die Dauer des Konkurrenzverbots muss klar geregelt sein. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Die Dauer des Konkurrenzverbots wird durch den Vertrag nicht geregelt. Damit könnte man annehmen, dass das Verbot *für immer* gilt. Es kann der Beklagten aber nicht zugemutet werden auf eine unbestimmte Zeit auf die Gebiete ausserhalb des indischen Subkontinents zu verzichten. Dies wäre ein zu schwerwiegender Eingriff in die Vertragsfreiheit. Eine übermässige Bindung kann der Vertragspartei nicht zugemutet werden.

61 *Fazit: Da nicht alle Punkte erfüllt sind, fehlt es am Konsens und das selbständige Konkurrenzverbot ist nichtig. Der Beklagten ist es erlaubt, in Länder ausserhalb des Vertragsgebietes zu liefern. Damit hat sie sich auch nicht der Missachtung einer vertraglichen Unterlassungspflicht schuldig gemacht. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadenersatz gem. Art. 97 ff. OR.*

5. Fehlende Ansprüche von Klägerin 2 auf Schadenersatz

5.1. Anwendbares Recht

62 Wie bereits in Rz. 1 dargelegt und auch die Klägerseite richtig erkennt (Klageschrift N 8 ff.; N 96), richtet sich das Verfahren nach Schweizerischem Recht.

63 Die Klägerinnen nehmen in ihrer Klageschrift zur Begründung ihrer Forderung allerdings fortlaufend Bezug auf das deutsche Recht und die Entscheide des deutschen Bundesgerichtshofs in Zivilsachen. Zudem verkennen sie dabei die Tatsache, dass der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter [VSD] in der Schweiz nicht allgemein anerkannt ist (SIEGRIST, S. 10; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 608; BGE 130 III 345 E.1). Das deutsche Recht hat zudem aufgrund des Territorialitätsprinzips keine Wirkung in der Schweiz. Die Entscheide des Bundesgerichtshofs können natürlich als Auslegungshilfe beigezogen werden, da jedoch jegliche Grundlage im Schweizerischen Recht fehlt, gibt es auch nichts, das ausgelegt werden könnte.

5.2. Anspruch aufgrund der übertragbaren Berechtigungen des Distributionsvertrags

64 Wie in der Klageschrift richtig darlegt, wird im Distributionsvertrag der Klägerin 1 das Recht eingeräumt ein anderes Unternehmen zu bezeichnen, welches Verpflichtungen erfüllen oder Berechtigungen erhalten soll. Weiter sieht Klägerin 1 auch ein, dass geprüft werden muss, ob diese „Berechtigungen“ auch Schutzwirkungen mit einschliessen. Dies unterlässt sie jedoch und geht dann fälschlicherweise davon aus, dass bei Berechtigungen „demzufolge auch von Schutzwirkungen“ die Rede ist (Klageschrift N 85). Im Distributionsvertrag wird klar zwischen „Rechten“ und „Berechtigungen“ unterschieden, die Klägerseite nimmt keine Rücksicht auf diese Unterscheidung. „Berechtigungen“ ist kein juristischer Begriff. Er wird weder im Gesetz noch in der Lehre eindeutig definiert. Um unter Berechtigungen auch Schutzwirkungen subsumieren zu können, müssen diese zuerst genauer definiert werden. Schutzwirkungen begründen selbständige Rechte (FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 608), wie z.B. das Klagerecht bei einem Anspruch auf Schadenersatz. Berechtigungen sind nicht mit „Rechten“ gleichzusetzen. Folglich sind sie eher als Gegenteil von Verpflichtungen anzusehen, welche nur im Zusammenhang mit einer Obligation aus einem synallagmatischen Vertrag zustande kommen.

65 Wie bereits in Rz. 13 dargelegt, müssen die Klägerinnen gemäss dem Grundsatz von *ambiguitas contra stipulatorem* alle Unklarheiten im Vertrag gegen sich gelten lassen, da dieser ausschliesslich von ihnen formuliert wurde.

66 Demnach sind Schutzwirkungen aufgrund der beinhalteten Rechte eher unter Art. 19 Abs. 2 im Distributionsvertrag zu subsumieren. Dieser Absatz besagt, dass Klägerin 1 Rechte nur nach „vorgängiger dreissigtägiger Notifikation an den Distributor“ an ein anderes Unternehmen abtreten darf. Da dies unterlassen wurde, sind die Rechte nicht an Klägerin 2 abgetreten worden.

5.3. Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter

67 Wie bereits Rz. 63 dargelegt, stützen die Klägerinnen ihre Forderungen auf eine Rechtsfigur, welche im Schweizerischen Recht nicht anerkannt ist und „untermauern“ dies mit Entscheiden von deutschen Gerichten. Dennoch soll hier gezeigt werden, dass selbst in Deutschland, wo die Rechtsfigur teilweise praktiziert wird (WILLHELM, S. 157; KOLLER, § 61 N 14). diesem Anspruch keine genügende Rechtfertigung zugrunde liegt. Die Klägerseite führt die verschiedenen Voraussetzungen für einen VSD leider nicht genauer aus. Daher wird der VSD in der Klageantwort anhand von folgenden Kriterien geprüft; Inanspruchnahme der Leistung, leistungsvermittelter Schaden, Vorhersehbarkeit für den Schuldner und fehlende Ausschlussgründe (SIEGRIST, S. 62 ff.)

5.3.1. Inanspruchnahme der Leistung

68 In der Klageschrift wird dies sinngemäss unter N 80 f. abgehandelt. Die Klägerinnen verkennen, dass der Dritte mit der Hauptleistung nicht nur „in Berührung kommen“ muss (Klageschrift N 80), sondern diese „so für sich in Anspruch nehmen, wie dies statt oder neben ihm nur der Gläubiger tut“ (SIEGRIST, S. 68). Der Dritte muss die Leistung demzufolge „gläubigergleich“ in Anspruch nehmen. Folglich muss bewiesen werden, dass GLP-M die Leistung von HS so in Anspruch nimmt, wie es sonst nur GLP-D tut.

69 Beim Distributionsvertrag, welcher gemäss den Klägerinnen Schutzwirkungen entfalten soll, ist die Hauptleistung von HS eine Unterlassungspflicht gemäss Art. 98 Abs. 2 OR, dass sie demzufolge keine Produkte ausserhalb des indischen Subkontinentes vertreiben. Eine Unterlassung wird dadurch erfüllt, dass eine gewisse Handlung nicht vorgenommen wird, welche durch Gesetz oder Vertrag vorgegeben wird (KOLLER, § 45 N 5). Wenn man nun annimmt, dass jeder diese Leistung in Anspruch nimmt, der von diesem Unterlassen profitiert bzw. von einer Zuwiderhandlung geschädigt würde, würde das zu einer Ausdehnung auf alle Händler führen, die im US-amerikanischen Raum tätig sind. Dies ist offensichtlich eine zu starke Ausdehnung und nicht haltbar.

5.3.2. Leistungsvermittelter Schaden

70 Beim leistungsvermittelten Schaden handelt es sich um eine Vermögenseinbusse, welche der Dritte durch bestimmungsgemässe Nutzung der Hauptleistung, im vorliegenden Fall die Unterlassung, erlitten hat. Wie bereits unter Rz. 69 dargelegt, konnte Klägerin 2 die Leistung von HS, also die Unterlassungshandlung, gar nicht sinngemäss nutzen, da diese Nutzung sonst allen amerikanischen Händlern zugesprochen werden müsste.

71 Des Weiteren ist auch der Schaden, den GLP-M geltend machen will nicht begründet, sondern beruht lediglich auf der Vermutung, dass die Geschäfte zwischen HS und Jim's Gym automatisch an GLP-M gefallen wären (Rz. 44).

5.3.3. Vorhersehbarkeit für den Schuldner

72 Wie die Klägerseite richtig erkannt hat, muss dem Schuldner bei Vertragsschluss klar sein, dass eine Vertragsverletzung Schaden für einen Dritten bewirken könnte (SIEGRIST, S. 62 f.; FURRER/MÜLLER-CHEN, S.608). Der Beklagten war die Nähe von GLP-M zum Vertrag bewusst, da die Produkte stets direkt von dieser Firma geliefert wurden. Sie wusste ebenfalls, dass GLP-M nicht für die Abwicklung von Distributionsverträgen verantwortlich war (Sachverhalt, Erwägungen 3). Jedoch wusste die Beklagte bis zur Einleitungsanzeige nicht, dass die beiden Gesellschaften zueinander in einem Konzernverhältnis stehen. Die konzerninternen Verhältnisse waren der Beklagten *nicht* bekannt (Sachverhalt, Erwägungen 3). Weiter wurde auch nie erwähnt, dass GLP-M selber Handel in den USA betreibt. Im Distributionsvertrag wird sogar ausdrücklich gesagt, dass GLP-D die Produkte „weltweit mit der Ausnahme der Vereinigten Staaten von Amerika“ vertreibt. GLP-M wird dabei nicht erwähnt. Die Beklagte konnte folglich nicht annehmen, dass sie mit den Verkäufen in Amerika in irgendeiner Konkurrenz zu den Klägerinnen tätig wird.

73 Das Konkurrenzverbot ist ein Vertrag, welcher relative Pflichten und Rechte begründet. Sinn dieses sog. Relativitätsprinzips ist unter anderem, dass das Haftungsrisiko überschaubar und kalkulierbar ist (SIEGRIST, S. 64). Demnach muss der Schuldner nur diejenigen Ansprüche gegen sich gelten lassen, die bereits bei Vertragsabschluss vorhersehbar waren, dann jedoch bei einem unbeteiligten Dritten eingetreten sind. Die Beklagte konnte und musste mit ihrem Wissen zum Zeitpunkt der Verkäufe in den USA nicht voraussehen, dass sie GLP-D oder ein mit ihr verbundenes Unternehmen schädigen könnte.

5.3.4. Ausschlussgründe

74 Die Schutzwirkungen zugunsten einer Drittpartei dürfen nur angenommen werden, wenn sie entweder im Vertrag vereinbart wurden, oder falls sie sich durch Auslegung des hypothetischen Parteiwillens aufdrängen (KOLLER, § 61 N 13). Eine solche Auslegung ist natürlich nur zulässig, wenn eine Vereinbarung bezüglich Einbezugs von Drittparteien im Vertrag fehlt (SIEGRIST, S. 52). Im Distributionsvertrag wurde jedoch klar festgelegt, dass Rechte, und somit auch Schutzwirkungen, nur nach vorgängiger dreissigtägiger Notifikation an Dritte abgetreten werden können (Rz. 66). Demnach liegt eine Regelung vor und der VSD kann aufgrund der fehlenden Lückenhaftigkeit nicht durch einen hypothetischen Parteiwillen begründet werden.

75 *Fazit: Da die Voraussetzungen für einen VSD nicht gegeben sind, dieses Rechtsinstitut in der Schweiz nicht anerkannt und zudem noch ein Ausschlussgrund gegeben ist, ist die Forderung nach Schadenersatz abzuweisen.*

5.3.5. Rückwirkung der Schutzwirkungen

76 Eventualiter ist zu zeigen, dass die Schutzwirkungen frühestens ab der zweiten Phase der Geschäftsbeziehung (Rz. 52 ff.), also ab dem Zeitpunkt der Verhandlungen zum Distributionsvertrag, ihre Wirkungen entfalten würden.

77 Klägerin 1 geht davon aus, dass alle Einzelkaufverträge von diesen Schutzwirkungen zugunsten von Klägerin 2 gedeckt sind. Dabei berufen sie sich auf die Dissertation von Samuel Siegrist (SIEGRIST, S. 74), welcher darlegt, dass die Schutzwirkung mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen seine Wirkung entfaltet. Leider geht die Klägerseite irrigerweise davon aus, dass die Schutzwirkungen ab dem Zeitpunkt eintreten, ab welchem die Parteien zum ersten Mal einen Vertrag schliessen bzw. die Verhandlungen dafür aufnehmen (Klageschrift N 79). Die Schutzwirkungen entfalten aber erst dann ihre Wirkungen, wenn die Vertragsverhandlungen zu genau diesem Vertrag beginnen, welcher dann diese Schutzwirkungen beinhaltet. Die vorgelagerten Einzelkaufverträge werden nicht erfasst.

78 In der Klageschrift wird in N 79 geprüft, ob der Distributionsvertrag Schutzwirkungen zugunsten Dritter entfaltet. Folglich würden diese ihre Wirkung ab den ersten Verhandlungen, welche zum Abschluss des Distributionsvertrags führten, entfalten. In casu beginnen die Vertragsverhandlungen für den Distributionsvertrag mit der Anfrage der Beklagten vom 10. Januar 2009 (KB-8).

79 *Fazit: Folglich sind diesen Schutzwirkungen erst diese Kaufverträge zu unterwerfen, welche nach diesem Mail geschlossen wurden, nicht jedoch diejenigen, welche früher abgeschlossen und bereits komplett erfüllt wurden.*

6. Verrechnung der Vorauszahlung

6.1. Schuldnerverzug

80 Wie die Klägerin richtig feststellt, ist Schuldnerverzug gegeben, wenn die Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit ausbleibt, die Forderung fällig ist, die Schuldnerin kein Leistungsverweigerungsrecht hat und sich rechtlich in Verzug befindet (Klageschrift N 92). Klägerin 1 macht als Leistungsverweigerungsrecht die Verrechnung mit der Schadensersatzforderung geltend. Wie im Folgenden gezeigt wird, befindet sich Klägerin 1 dennoch im Verzug, da die Verrechnung nicht rechtsgültig zustande gekommen ist.

6.2. Verrechnungsvoraussetzungen

6.2.1. Existenz zweier gleichartiger Forderungen

81 Die Klägerin hat richtig erkannt, dass für die Durchsetzung der Verrechnung beide beteiligte Parteien über eine gültige Forderung verfügen müssen (Klageschrift N 97; HUGUENIN OR AT, S. 136 N 852). Weiter muss für die Forderungen das Element der Gegenseitigkeit gegeben sein. Wie unter Rz. 48 und Rz. 61 dargelegt, steht die Schadenersatzforderung weder GLP-D noch GLP-M zu. Folglich kann Klägerin 1 nicht verrechnen, da keine Verrechnungsforderung besteht. Dies zeigt, dass weder bei Klägerin 1 noch bei Klägerin 2 eine verrechenbare Forderung besteht.

6.2.2. Durchsetzbarkeit der Verrechnungsforderung

82 Damit eine Verrechnungsforderung durchsetzbar ist, muss sie weiter sowohl fällig, als auch klagbar sowie frei von Einreden sein. Die Beklagte macht hier die Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR geltend. Es ist dies eine sog. anspruchsbeschränkende Einrede (FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 588 N 65). Dies bedeutet, dass der Verrechnungsgegner (auch Kompensat genannt) die Durchsetzung der Verrechnungsforderung des Schuldners mit einer Einrede hindern kann.

6.3. Einrede des nichterfüllten Vertrages

83 Um die Einrede geltend machen zu können, bedarf es vier Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen: Es muss ein gegenseitiger (synallagmatischer) Vertrag vorliegen, die beiden Leistungen müssen in einem Austauschverhältnis stehen, sowie rechtsgültig und fällig sein und die Erfüllung durch die andere Partei bzw. deren Erfüllungsbereitschaft muss fehlen (CHK OR-WULLSCHLEGER, Art. 82 N 5).

6.3.1. Synallagmatischer Vertrag

84 Bei einem synallagmatischen Vertrag erfolgen die gegenseitigen Leistungen Zug um Zug, d.h. gleichzeitig. Solche Verträge kommen v.a. im Kaufrecht vor (SCHWENZER, S. 426). In casu handelt es sich um einen normalen synallagmatischen Einzelkaufvertrag. Die Beklagte hatte von Klägerin 1 keine ausdrückliche Einwilligung in den Vertrag erhalten, damit liegt ein konkludentes Akzept vor.

85 Eine konkludente Einwilligung in einen Kaufvertrag kann angenommen werden, wenn bereits ein Vertrauensverhältnis durch vorhergehende Geschäfte besteht, sowie auch bei einem Rahmenvertrag eine ausbleibende Antwort als Akzept ausgelegt werden darf (HUGUENIN, OR AT, N 229 f.) in analoger Anwendung des Kaufs auf Abruf. Da alle Geschäfte bisher genau gleich abliefen (Einleitungsanzeige N 9), musste die Klägerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass dieses Email ebenfalls den Charakter eines Kaufvertrages hatte. Hätte sie nicht darauf eingehen wollen, hätte sie der Beklagten sogleich eine den Kaufvertrag betreffende negative

Antwort zukommen lassen müssen. Dies hat sie allerdings unterlassen, weshalb die Beklagte davon ausgehen durfte und musste, dass der Kaufvertrag wie alle vorhergehenden normal geschlossen worden ist.

86 Eine Vorleistungspflicht, welche die Einrede zunichtemachen würde, existiert nicht. Eine solche bedingt eine Abrede, bei der beispielweise der Käuferin eine Zahlungsfrist von 30 Tagen nach Lieferung der Waren eingeräumt wird (SCHWENZER, S. 427). Zwar bezahlte die Beklagte die Waren jeweils im Voraus, doch ist aus den Verträgen (KB-4, KB-17) sowie den Übersichten zu den Lieferungen (KB-6) klar ersichtlich, dass die Produkte jeweils gleich nach Zahlungseingang an die Beklagte geliefert wurden.

87 Folglich entstand mit dem Email der Beklagten vom 28. November 2009 ein Einzelkaufvertrag in den GLP-D konkludent eingewilligt hat. Obschon die Beklagte den Kaufpreis bezahlt hat, lieferte die Klägerin die Produkte bis dato nicht, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wäre.

6.3.2. *Austauschverhältnis*

88 Das Zug-um-Zug-Prinzip von Art. 82 OR gilt nur für Verpflichtungen, die zueinander in einem Austauschverhältnis stehen. Dies bedeutet, dass beide Leistungspflichten eng miteinander verbunden sind und dass eine Leistung die jeweilige Gegenleistung für die andere ist (CHK OR-WULLSCHLEGER, Art. 82 N 14 f.). Da es sich hier um einen Einzelkaufvertrag handelt, ist diese Bedingung erfüllt.

6.3.3. *Bestand und Fälligkeit*

89 Die Klägerin stimmt der Beklagten zu, dass die Leistung noch besteht bzw. die Erfüllung „noch möglich wäre“, und auch fällig ist (Klageschrift N 92). Demzufolge muss dies die Klägerin gegen sich gelten lassen.

6.3.4. *Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung oder fehlende Erfüllungsbereitschaft*

90 Es wird vorausgesetzt, dass der fordernde Gläubiger seine Leistung nicht oder nicht gehörig erbracht hat. In casu hat die Klägerin ihre charakteristische Leistung, sprich das Versenden der Produkte, nicht erbracht. Weiter hat sie auch nie die Bereitschaft gezeigt, die Leistung nachträglich noch zu erfüllen.

91 *Fazit: Da alle Voraussetzungen für die Einrede des nichterfüllten Vertrages gegeben sind, kann Klägerin I die Forderung über CHF 500'000 nicht verrechnen. Dies bedeutet, dass GLP-D die Zahlung ohne jeglichen Rechtsgrund zurückbehält und demnach HS diese umgehend zurückerstatten muss gemäss Art. 62 Abs. 2 OR, zuzüglich 5% Zinsen gemäss Art. 73 Abs. 1 OR ab dem 28. November 2009.*