

Universität Zürich

Moot Court im Obligationenrecht 2010

Klageschrift

15. Dezember 2010

bei

Prof. Dr. Claire Huguenin

Dr. iur. Philipp Habegger

Dr. iur Urs Weber-Stecher

Team 6:

Chaim Friedman

Maja Rohner

Eva Steiner

Gregori Werder

GLP Distribution (Switzerland) AG

Grienbachstrasse 34

CH-6340 Baar

Vertreten durch das Moot Court Team 6:

Chaim Friedman

Maja Rohner

Eva Steiner

Gregori Werder

EINSCHREIBEN

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

Zürich, 15. Dezember 2010

KLAGESCHRIFT

Fall Nr. 123456-2010

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

in Sachen

GLP Distribution (Switzerland) AG

Grienbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz

Klägerin 1

GLP Manufacturing Corporation

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

Klägerin 2

beide vertreten durch Moot Court Team 6

gegen

HealthySales Ltd.

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

betreffend
FORDERUNG

stellen wir namens und mit Vollmacht des Klägers, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Frist, folgende

Rechtsbegehren:

- i. *Der Klägerin 2 sei die Teilnahme am Schiedsverfahren zu erlauben und das Gericht habe sich zur Beurteilung der von der Klägerin 2 geltend gemachten Ansprüche zuständig zu erklären.*
- ii. *Das Schiedsgericht habe sich zur Beurteilung von Ansprüchen der Klägerin 1 und der Klägerin 2 aus Verkäufen vor dem 31. März 2009 zuständig zu erklären.*
- iii. *Der Distributionsvertrag sei wegen Willensmangel ex tunc per 30. März 2009, eventualiter ex nun per 30. Juni 2010 aufzuheben. Subeventualiter sei eine positive Vertragsverletzung festzustellen.*
- iv. *Der Klägerin 1 sei ein Anspruch aus Art. 41 OR auf Schadenersatz, eventualiter ein Anspruch aus Art. 109 OR auf das negative Interesse und subeventualiter ein Anspruch aus Art. 97 OR auf das positive Interesse zuzusprechen.*
- v. *Der Klägerin 2 sei aufgrund des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter die Umsatzeinbusse zurückzuerstatten.*
- vi. *Das Schiedsgericht habe den Klägerinnen 1 und 2 die vorne verlangten Ansprüche auf Geldleistung gegenüber der Beklagten in Höhe von CHF X.-- zuzusprechen.*
- vii. *Der Antrag der Beklagten auf Rückzahlung der Vorkasse von CHF 500'000 sei abzuweisen. Die Forderungen der Parteien seien zu verrechnen.*

viii. Der Beklagten seien die Kosten des Schiedsverfahrens in Höhe CHF Y.-- , sowie die Parteikosten der Klägerinnen 1 und 2 in Höhe von CHF Z.-- aufzuerlegen.

Gemäss Punkt 12 des Konstitutierungsbeschluss des Schiedsgerichts vom 27. September 2010, werden sich die Klägerinnen im Folgenden nur zu den Fragen i-v und vii äussern.

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	I
Inhaltsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	VI
Urteilsverzeichnis	

A. Ausgangslage	1
B. Formelle Rechtsfragen	1
I. Anwendbares Recht	2
II. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung	2
1. Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes	2
2. Schiedsfähigkeit der Parteien	3
3. Materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung.....	3
a. Parteistellung der Klägerin 2.....	4
b. Rückwirkende Geltung für die vorangegangenen Kaufverträge	6
4. Formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung	7
III. Wirkungen der Schiedsvereinbarung	8
1. Objektiver Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung	8
2. Subjektiver Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung	9
C. Materielle Rechtsfragen	11
I. Ansprüche aus Kaufverträgen	11
1. Vertragliche Pflichten	11
2. Verletzung der vertraglichen Nebenpflichten	12
a. Verletzung einer nicht selbständig einklagbaren Nebenpflicht.....	13
b. Schaden.....	13
c. Kausalzusammenhang.....	13
d. Verschulden	14
3. Ansprüche der Klägerinnen	14
II. Auflösung des Distributionsvertrags	15
1. Absichtliche Täuschung	15
a. Täuschendes Verhalten.....	15
b. Täuschungsabsicht	16

c. Widerrechtlichkeit	16
d. Kausalität	16
2. Wirkungen der Vertragsauflösung.....	17
3. Positive Vertragsverletzung.....	17
4. Ansprüche der Klägerinnen	18
a. Ansprüche der Klägerin 1	18
i. Bei Auflösung ex tunc.....	18
ii. Bei Auflösung ex nunc	18
iii. Bei Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung.....	19
b. Ansprüche der Klägerin 2	19
III. Ansprüche der Beklagten	19
D. Schlusswort.....	20

Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz; Bern 2006
- BLESSING MARC The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects, ASA Spec. 1994, 7-23
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I & II; 9. Auflage; Zürich/Basel/Genf 2008
- R./SCHMID JÖRG/REY
- HEINZ/EMMENEGGER SUSAN
- GIRSBERGER DANIEL/HEINI Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987; 2. Auflage; Zürich/Basel/Genf 2004
- ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ
- JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER (zit.: ZK-IPRG-BEARBEITER)
- FRANK/VOLKEN PAUL
- HABEGGER PHILIPP Arbitration and Groups of Companies – the Swiss Practice, EBOR 2002, 517-551
- HANOTIAU BERNARD Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues, JIntArb 2001, 251-360
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR); 4. Aufl.; Basel 2007
- PETER/WIEGAND WOLFGANG (zit.: BSK-OR-I-BEARBEITER)
- HUGUENIN CLAIRE Obligationenrecht Allgemeiner Teil; 3. Auflage; Zürich / Basel / Genf 2008
- KOLLER ALFRED Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil; 3. Auflage; Bern 2009

- KRAMER ERNST/SCHMIDLIN BRUNO
 Berner Kommentar zum Schweizerischen Privat-
 recht, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband; Bern
 1986
 (zit.: BK-OR-BEARBEITER)
- SANDROCK OTTO
 Extending the Scope of Arbitration Agreements to
 Non-Signatories, ASA Spec. 1994, 165-180
- SCHWENZER INGEBORG
 Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner
 Teil, Bern 2009; 5. Auflage
- VON TUHR ANDREAS
 Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligatio-
 nenrechts, Band II; 3. Auflage; Zürich 1974
- WEBER ROLF H.
 Berner Kommentar zum Schweizerischen Privat-
 recht, Band VI, 1. Abteilung; Bern 2002
- ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER
 CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP
 Swiss Rules of Inter-national Arbitration: Com-
 mentary; Zürich 2005

Urteilsverzeichnis

Urteile des Bundesgerichts:

- BGE 98 II 111
- BGE 112 II 39
- BGE 114 II 131
- BGE 114 II 57
- BGE 115 II 474
- BGE 116 II 431
- BGE 118 II 355
- BGE 120 II 155
- BGE 122 III 176
- BGE 123 III 165
- BGE 128 III 54
- BGE 129 III 320
- BGE 129 III 681
- BGE 129 III 732
- BGE 129 III 733
- BGE 129 III 735
- BGE 130 III 71
- BGE 131 I 166
- BGer v. 28.1.2000, 4C.296/1999

Urteile des Handelsgericht St. Gallen:

- HG St. Gallen 2006.74

A. Ausgangslage

- 1 Die Beklagte ersuchte die Klägerin 1 am 25. Januar 2008 um den Abschluss eines Distributionsvertrages. Die Klägerinnen wollten die Geschäftsbeziehungen zu diesem Zeitpunkt jedoch noch nicht formalisieren, offerierten der Beklagten aber Waren zum Verkauf (vgl. *KB-2*). Diese nahm das Angebot an. Im folgenden Jahr kam es immer wieder zu Kaufverträgen zwischen der Beklagten und der Klägerin 1 (vgl. *KB-7*). Die Ware wurde jeweils direkt durch die Klägerin 2 geliefert.
- 2 Am 10. Januar 2010 bat die Beklagte erneut um den Abschluss eines Distributionsvertrags. Da die Geschäfte bis anhin sehr gut gelaufen waren, stimmten die Klägerinnen zu (vgl. *KB-9*). Die Klägerin 1 und die Beklagte unterzeichneten am 30. März 2009 besagten Vertrag. Die Beklagte bezog weiterhin die Produkte der Klägerinnen, um sie im Vertragsgebiet Indien, Pakistan und Bangladesch umzusetzen.
- 3 Im Juni 2009 brachen die Verkaufszahlen der Klägerin 2 massiv ein. Nachforschungen ergaben, dass die Beklagte die bezogene Ware nicht wie abgemacht im indischen Subkontinent vertrieben, sondern sie an einen Grosskunden der Klägerin 2 verkauft hatte (vgl. *BB-1*, *KB-13*, *KB-14*). Die Klägerinnen zogen darauf hin die Konsequenzen und sistierten die Geschäftsbeziehungen. Dies beinhaltete auch die Zurückhaltung einer Vorauszahlung der Beklagten.
- 4 Am 30. Juni 2010 reichte die Klägerin 1 die Einleitungsanzeige bei der Zürcher Handelskammer ein. Die Beklagte erhob in ihrer Einleitungsantwort vom 2. August 2010 Widerklage. Mit der Widerklageantwort vom 8. September 2010 stellte die Klägerin 2 ihr Teilnahmebegehren, welches die Beklagte am 20. September 2010 in einer Stellungnahme ablehnte.

B. Formelle Rechtsfragen

- 5 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass der Klägerin 2 sowohl die Teilnahme am Schiedsverfahren zu gestatten ist, als auch eine Zuständigkeit des Schiedsgerichts bejaht werden muss. Dies ist dadurch begründet, dass zwischen Klägerin 2 und der Beklagten eine gültige Schiedsvereinbarung zustande gekommen ist.

I. Anwendbares Recht

6 Art. 4 Abs. 2 SchO besagt, dass das Schiedsgericht, unter Berücksichtigung aller Umstände, einer Partei, die eine Verfahrensteilnahme beantragt, eine solche gestatten kann. Es stellt sich die Frage, welches die Umstände sind, die das Schiedsgericht zu berücksichtigen hat, resp. welches Recht bei der Beantwortung der Frage, ob der Klägerin 2 die Teilnahme am Verfahren zu gestatten ist, anzuwenden ist. Da ein internationaler Sachverhalt vorliegt, stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des 12. Kapitels des IPRG. Art. 176 Abs. 1 IPRG besagt, dass die Bestimmungen des 12. Kapitels für Schiedsgerichte gelten, die ihren Sitz in der Schweiz haben, insofern mindestens eine Partei ebenfalls Sitz in der Schweiz hat.

7 Die Parteien haben sich auf Zürich als Schiedsort geeinigt (vgl. Art. 19 Abs. 6 DV (= Distributionsvertrag), *KB-10*). Die Beklagte hat ihren Sitz in Deutschland (vgl. Einleitung DV, *KB-10*). Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor und demnach gelten die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG. Gem. Art. 187 Abs. 1 IPRG entscheidet das Schiedsgericht die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Recht. Die Parteien haben sich in Art. 19 Abs. 6 DV (vgl. *KB-10*) darauf geeinigt, dass ihre Vereinbarungen schweizerischem Recht unterstehen. Dieser Wortlaut erfasst auch die Schiedsvereinbarung. Folglich ist die Streitigkeit nach materiellem schweizerischem Recht zu entscheiden.

II. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

8 Dass die verschiedenen Voraussetzungen für die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung erfüllt sind, wird im Folgenden aufgezeigt.

1. Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes

9 Das Schiedsgericht kann selber über seine Zuständigkeit entscheiden (Art. 186 Abs. 1 IPRG). Es wird sich als für die Streitsache zuständig erklären, sofern diese schiedsfähig ist (Art. 177 Abs. 1 IPRG). Die Schiedsfähigkeit ist eine materielle Gültigkeitsvoraussetzung der Schiedsklausel (BERGER/KELLERHALS, Rz. 169; BGE 118 II 355 E.3a). Schiedsfähig ist jeder vermögensrechtliche Anspruch (Art. 177 Abs. 1 IPRG). Damit gemeint ist jeglicher vermögenswerte Anspruch einer Partei (BGE 118 II 355 E.3a), insbesondere solche aus Obligationen und ausservertraglicher

Haftung (ZK-IPRG-VOLKEN, Art. 177 Rz. 5.). Vorliegend geht es um eine vermögensrechtliche Streitigkeit aus einem Vertrag. Es handelt sich um einen schiedsfähigen Streitgegenstand.

2. Schiedsfähigkeit der Parteien

10 Die Fragen betreffend die Teilnahmeberechtigung und die Aktivlegitimation der Klägerin 2 hängen so eng zusammen, dass sie nur gemeinsam beantwortet werden können (BERGER/KELLERHALS, Rz. 333). Die Parteien können sich nur durch eine gültige Schiedsvereinbarung einem Schiedsgericht unterwerfen, was bedeutet, dass auf diese Weise die Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet wird (ZK-IPRG-VOLKEN, Art. 178 Rz. 1, Rz. 14).

11 Gültigkeitsvoraussetzung einer Schiedsvereinbarung ist, dass ihr subjektiver Geltungsbereich die Parteien erfasst, die schiedsfähig sind (BERGER/KELLERHALS, Rz. 330). Alle beteiligten Parteien erfüllen letztere Voraussetzung. Die Schiedsfähigkeit beinhaltet die Partei- und Prozessfähigkeit (BERGER/KELLERHALS, Rz. 333). Die Schiedsfähigkeit ist weder bestritten, noch gibt es irgendwelche Hinweise darauf, dass sie nicht gegeben sein könnte.

12 Ist eine Partei vom subjektiven Gültigkeitsbereich der Schiedsvereinbarung erfasst, ist sie durch die Schiedsvereinbarung gebunden und darf deshalb am Verfahren teilnehmen (BERGER/KELLERHALS, Rz. 331). Es ist darum klar, dass die Fragen der Schiedsfähigkeit und der Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht getrennt beantwortet werden können und gemeinsam beantwortet werden müssen. Diesbezüglich ist auf die Ausführungen in Rz. 40ff. zu verweisen.

3. Materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

13 Die Parteien haben materielles schweizerisches Recht als anwendbar erklärt. Deshalb bestimmt sich die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung in materieller Hinsicht nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Abschluss und die Gültigkeit von Verträgen (Art. 178 Abs. 2 IPRG; BBl 1983 I 462). Laut Art. 1 Abs. 1 OR kommt ein Vertrag zustande, wenn eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien vorliegt. Die Klägerin 1 und die Beklagte sind ein Vertragsverhältnis eingegangen. Insbesondere die Beklagte hat den Vertrag vorbehaltlos unterschrieben und zurückgesandt.

14 Es kann davon ausgegangen werden, dass eine übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung und ein Konsens zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung vorlag. Dieser tatsächliche Konsens

bezieht sich auch auf die Schiedsvereinbarung, die im Vertragstext enthalten ist. Ausserdem wird bei formgültigen Verträgen angenommen, dass gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen ausgetauscht worden sind (BERGER/KELLERHALS, Rz. 366).

- 15 Nachfolgend wird erläutert, dass zwischen der Klägerin 2 und der Beklagten ein zusätzlicher normativer Konsens über den Abschluss der Schiedsvereinbarung vorliegt und die Klägerin 2 dadurch ebenfalls Partei der Schiedsvereinbarung geworden ist (vgl. Rz. 16ff.). Des Weiteren wird gezeigt, dass die Schiedsvereinbarung nicht nur für den Distributionsvertrag allein, sondern auch rückwirkend für die vorangegangenen Kaufverträge gilt (vgl. Rz. 23ff.).

a. Parteistellung der Klägerin 2

- 16 Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin 2 durch den Vertrag Parteistellung erlangt hat. Damit kann ein tatsächlicher Konsens in dieser Hinsicht ausgeschlossen werden. Allerdings liegt hier ein klassischer normativer Konsens vor.
- 17 Die Klausel in Art. 19 Abs. 2 DV stellt eine Offerte der Beklagten i.S.v. Art. 5 Abs.1 OR dar, jederzeit auch mit einem verbundenen Unternehmen eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen. Mit dem Begehren zur Teilnahme am Schiedsverfahren hat die Klägerin 2 diese Offerte der Beklagten angenommen, wodurch ein Konsens zustande gekommen ist und die Beklagte dem Schiedsgericht unterworfen wurde. Die Offerte der Beklagten besteht darin, dass „die Lieferantin nach eigenem Ermessen ein mit ihr verbundenes Unternehmen bezeichnen kann, welches [...] Berechtigungen aus dieser Vereinbarung erhalten soll“ (vgl. Art. 19 Abs. 2 DV).
- 18 Art. 5 Abs. 1 OR besagt, dass eine Offerte an einen Abwesenden, die ohne Bestimmung einer Frist angeboten worden ist, den Offerierenden so lange bindet, wie er den Eingang einer Antwort erwarten durfte. Eine Offerte ist die Erklärung, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen zu wollen (BSK-OR-I-BUCHER, Art. 3 Rz. 1). Sie ist an keine formellen Erfordernisse gebunden (BSK-OR-I-BUCHER, Art. 3 Rz. 9; BK-OR-KRAMER, Art. 3 Rz. 16). Inhaltlich muss der Antrag genügend bestimmt sein (BSK-OR-I-BUCHER, Art. 3 N 11; BK-OR-KRAMER; Art. 3 Rz. 7). Der Vertragsinhalt muss jedoch nicht vollständig umschrieben werden (BK-OR-KRAMER, Art. 3 Rz. 8). Es reicht aus, wenn die individuellen Umstände, wie Geschäftsbeziehungen, regelmässige Bestellungen, etc., dabei helfen, den Inhalt der Offerte herzuleiten (BK-OR-KRAMER, Art. 3 Rz. 10).

- 19 Die vorliegende Offerte ist inhaltlich genügend bestimmt, weil für ihren konkreten Inhalt auf den Hauptvertrag verwiesen wird. In diesem ist die Schiedsvereinbarung enthalten, die somit auch von der Offerte der Beklagten erfasst ist. Die Beklagte offeriert durch Verweis, Streitigkeiten mit der Klägerin 2 als verbundenem Unternehmen vor einem Schiedsgericht auszutragen. Art. 5 Abs. 1 OR setzt voraus, dass keine Frist zur Annahme angesetzt worden ist. Der Wortlaut „nach eigenen Ermessen“ bindet die Klägerin 2 ausdrücklich nicht an eine Frist. Der anvisierte Vertragspartner muss bestimmt oder bestimmbar sein, wobei die Offerte auch an einen Dritten gerichtet sein kann, damit dieser die Offerte annimmt (BSK-OR-I-BUCHER, Art. 3 Rz. 13; BK-OR-KRAMER, Art. 3 Rz. 28). Art. 19 Abs. 2 DV spricht davon, dass verbundene Unternehmen berechtigt werden können, an welche sich die Offerte richtet. Die Klägerin 2 ist ein derartiges Unternehmen (vgl. Art. 1, 2. Lemma DV). Somit geht der Empfänger der Offerte aus dieser selbst genügend bestimmt hervor.
- 20 Da keine ausdrückliche Annahmefrist gesetzt worden ist, besteht diese bis zu dem Zeitpunkt, an welchem der Offerent den Eingang der Annahmeerklärung nach gewöhnlichem Lauf der Dinge erwarten darf (Art. 5 Abs. 1 OR; HUGUENIN, Rz. 242). Dieser Zeitrahmen besteht aus der Übermittlungsdauer und einer angemessenen Überlegungszeit. Hier interessiert vor allem, ob die Übermittlungszeit eingehalten worden ist, resp. die Annahme der Offerte rechtzeitig erfolgt ist. Bei der Festlegung der Überlegungszeit kommt es auf den Inhalt und die Tragweite der Offerte und die persönlichen Umstände des Adressaten an (BGE 98 II 111 E.2b). Es ist aber nicht ausser Acht zu lassen, dass der Offerierende ausrechnen können muss, wie lange er an die Offerte gebunden ist (BK-OR-KRAMER, Art. 5 Rz. 9). Der Sinn und Zweck einer Schiedsvereinbarung ist es, alle zukünftigen Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis von einem Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Es erscheint somit sachgerecht, der Klägerin 2 eine dauernde Annahmefrist zu gewähren, da es während der gesamten Vertragsdauer zu einer Streitigkeit kommen könnte. Für sie wird die Annahme der Offerte der Beklagten erst in diesem Zeitpunkt relevant.
- 21 Die Berechnung der Dauer der Annahmefrist ist der Beklagten möglich. Es ergibt sich aus der Natur der beiden Verträge, dass die Schiedsvereinbarung mindestens die gleiche Dauer hat wie der Hauptvertrag. Aus der Laufzeit der Schiedsvereinbarung bestimmt sich die Dauer der Annahmefrist. Diese hat demnach so lange zu laufen, wie auch der Hauptvertrag Geltung hat. Es spielt dabei keine Rolle, dass die Schiedsvereinbarung einen selbständigen, vom Hauptvertrag unabhängigen Vertrag darstellt (BERGER/KELLERHALS, Rz. 604).

22 In diesem Sinne ist erwiesen, dass die Beklagte eine „dauernde Offerte“ an die Klägerin 2 gemacht hat. Diese hat mit dem Teilnahmebegehren am Schiedsverfahren die Annahme dieser Offerte erklärt. Somit ist ein Konsens zwischen den Parteien und eine Schiedsvereinbarung zustande gekommen. Der Klägerin 2 ist damit die Teilnahme am Schiedsverfahren zu gewähren.

b. Rückwirkende Geltung für die vorangegangenen Kaufverträge

23 Auch bezüglich der rückwirkenden Geltung der Schiedsklausel liegt ein normativer Konsens zwischen den Parteien vor. Bei einem normativen Konsens ist der Vertrag so auszulegen, wie ihn die andere Partei „nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste“ (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, OR AT I, §4 Rz. 316).

24 Der vorliegende Fall ist eine klassische Variante dieses Tatbestands. Es steht zwar nicht explizit im Vertrag, dass die Schiedsklausel auch rückwirkende Geltung hat, aber nach den Gesamtumständen ist genau das der Fall. Es war die Beklagte, die auf die Klägerin 1 zugegangen ist, welche sich von Anfang an einen Distributionsvertrag gewünscht hat. Die Klägerin 1 hatte anfänglich kein Interesse an einer solchen Rechtsbeziehung. Dennoch bot sie der Beklagten diverse Kaufverträge an. Diese waren die Anbahnung des Distributionsvertrags. Das Rechtsverhältnis muss hier als Ganzes betrachtet werden. Als die Rechtsbeziehung schliesslich formalisiert wurde, war es nur natürlich, dass die Schiedsklausel auch auf das nunmehr über ein Jahr andauernde Handelsverhältnis anwendbar ist. Jeder gutgläubige, durchschnittliche Dritte wäre in diesem Moment davon ausgegangen, dass die Schiedsklausel selbstverständlich auch für die vorangegangenen Kaufverträge gilt.

25 Es macht grundsätzlich keinen Sinn, ein Rechtsverhältnis zu formalisieren, um anschliessend die vorangegangenen Verträge trotzdem einer staatlichen Gerichtsbarkeit zu unterstellen. Es gibt keine vernünftigen Gründe, die beiden Rechtsverhältnisse unterschiedlich zu behandeln. Damit ist der Tatbestand eines normativen Konsens‘ erfüllt. Er ersetzt damit den tatsächlichen Konsens (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, OR AT I, §4 Rz. 318). Die Parteien haben sich gem. Art. 1 Abs. 1 OR über die Schiedsklausel geeinigt. Sie hat vollständige materielle Gültigkeit erlangt.

4. Formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

- 26 Die Wirkung der Schiedsvereinbarung zwischen der Klägerin 2 und der Beklagten könnte aufgrund der fehlenden Schriftform verneint werden. Die Anforderungen an die Form der internationalen Schiedsvereinbarung finden sich in Art. 178 Abs. 1 IPRG, der die internationale Schiedsgerichtsbarkeit regelt (HABEGGER, EBOR 2002, S. 522 Rz. 6; ZK-IPRG-VOLKEN, Art. 178 Rz. 19; BGE 129 III 732 E.5.3).
- 27 Die Schiedsvereinbarung hat demnach schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht (Art. 178 Abs. 1 IPRG). Dabei genügt es, wenn aus der Gesamtheit der in Textform nachgewiesenen Äusserungen die Zustimmung aller Beteiligten zur Schiedsvereinbarung hervorgeht (HG St. Gallen 2006.74). Die Beklagte hat den Distributionsvertrag, der die Schiedsvereinbarung enthält, unverändert unterzeichnet. Das lässt keine Zweifel aufkommen, dass die Beklagte diesem zugestimmt hat. Ausserdem wurde sie von der Klägerin 1 ausdrücklich darauf hingewiesen, den Vertrag gut zu studieren (vgl. *KB-9*).
- 28 Die fehlende Unterschrift der Klägerin 2 stellt keinen Grund dar, die Schiedsvereinbarung aufgrund eines formellen Mangels nicht auszudehnen. Die Annahme der stehenden Offerte der Beklagten durch die Klägerin 2 bedarf keiner speziellen Formerfordernisse, da solche nicht vom Gesetz vorgesehen sind (Art. 11 Abs. 1 OR). Wenn man wie in Rz. 41 davon ausgeht, dass die Berechtigung zur Teilnahme am Schiedsverfahren von der Klägerin 1 auf die Klägerin 2 übertragen worden ist, kommt es bloss auf die Form der Schiedsvereinbarung zwischen Klägerin 1 und der Beklagten an. Diese genügt, wie in Rz. 27 dargelegt, den formellen Erfordernissen.
- 29 Im Hinblick auf eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin 2, wie sie in Rz. 46 beschrieben wird, ist Folgendes zu beachten. Gemäss Rechtssprechung kann eine Schiedsvereinbarung auch Personen verpflichten, die diese Vereinbarung nicht unterschrieben haben (BGE 128 III 54 E.2b/aa). Daraus lässt sich sinngemäss ableiten, dass Personen berechtigt werden können, selbst wenn diese der Schiedsvereinbarung nicht schriftlich zugestimmt haben.
- 30 Deshalb ist der Klägerin 2 trotz der fehlenden Unterschrift die Teilnahme am Schiedsverfahren zu gestatten. Dadurch wird auch dem Utilitätsgedanken der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Rechnung getragen. Demnach ist möglichst ein Vertragsverständnis zu suchen, das die Schieds-

vereinbarung bestehen lässt (BGE 130 III 71 E.3.2; 129 III 681 E.2.3). Der Schiedsvereinbarung die formelle Gültigkeit abzusprechen, stünde somit in einem klaren Widerspruch zur liberalen Grundhaltung der bundesgerichtlichen Rechtssprechung (BGE 129 III 733 E.5.3.1). Es ist somit dargelegt, dass es nicht sachgerecht wäre, der Klägerin 2 unter einer Berufung auf formelle Mängel die Teilnahme am Schiedsverfahren zu verweigern.

III. Wirkungen der Schiedsvereinbarung

31 Wie vorne dargelegt, ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts allein mit dieser Schiedsklausel schon begründet. Weitere Gründe, um der Klägerin 2 die Teilnahme am Schiedsverfahren zu gestatten und die Rückwirkung der Schiedsklausel anzunehmen, ergeben sich aus den allgemeinen Wirkungen der Schiedsvereinbarung.

1. Objektiver Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung

32 Bei der Frage, ob die Rechtsbegehren der Parteien von der Schiedsvereinbarung erfasst sind, muss grundsätzlich auf den Parteiwillen abgestellt werden (BERGER/KELLERHALS, Rz. 462ff.).

33 In Art. 19 Abs. 6 DV unterwerfen die Parteien sämtliche Streitigkeiten aus der Vereinbarung dem Schiedsgericht. Es sind somit alle vertraglichen Ansprüche vom objektiven Geltungsbereich erfasst. Ausservertragliche Ansprüche gehören auch dazu, wenn „ihr Tatsachenfundament zugleich eine Vertragspflichtverletzung begründet“ (BERGER/KELLERHALS, Rz. 473).

34 Der grundsätzliche objektive Geltungsbereich bezieht sich somit auf den abgeschlossenen Distributionsvertrag. Er geht aber noch weiter. Schlussendlich ist nicht nur der Vertrag, der die Schiedsklausel enthält, erfasst, sondern auch die vorangegangenen Kaufverträge (vgl. vorne Rz. 23ff.).

35 Der objektive Geltungsbereich und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts sind eng miteinander verknüpft (BERGER/KELLERHALS, Rz. 463). Das Schiedsgericht entscheidet gem. Art. 21 Abs. 1 SchO selbständig über seine eigene Zuständigkeit. Es hat die sogenannte Kompetenz-Kompetenz, welche auch durch bundesgerichtliche Rechtssprechung anerkannt ist (BGE 120 II 155 E.3b/bb).

36 An dieser Stelle ist noch einmal speziell auf den in Rz. 23f. erwähnten normativen Konsens einzugehen. Wie schon ausgeführt, durfte die Klägerin 1 davon ausgehen, dass die Beklagte wie je-

der gutgläubige Dritte handelt und die Rückwirkung der Schiedsklausel als selbstverständlich betrachtet. Es ist zu beachten, dass die Beklagte in diesem Zeitpunkt keineswegs gutgläubig war.

37 Zu diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte bereits sämtliche Lieferungen, die sie von der Klägerin 2 erhalten hatte, an Jim's Gym weitergeliefert (vgl. *KB-16*). Jeder durchschnittliche, gutgläubige Dritte hätte die Ware tatsächlich, wie in den Kaufverträgen abgemacht, in Indien, Pakistan und Bangladesch verkauft. Die Beklagte jedoch hat sich von Anfang an nicht um solche, eigentlich selbstverständliche Grundsätze gekümmert. Sie hat das Vertrauen der Klägerinnen missbraucht und war damit bösgläubig.

38 Dass die Beklagte nun die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts erhebt, ist rechtsmissbräuchlich. Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Institut zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Institut gar nicht schützen will (BGE 131 I 166 E.6.2). Die Beklagte erhebt diese Einrede nur, damit die Klägerin 2 dem Prozess nicht beitreten kann und so verhindert wird, dass sich die Beklagte auch dieser gegenüber zu verantworten hat. Sinn und Zweck dieser Einrede ist es aber nicht, dass sich eine Partei der Verantwortung entziehen kann.

39 Das Schiedsgericht hat diesem Umstand in seinen Zuständigkeitserwägungen Rechnung zu tragen und den objektiven Geltungsbereich auch rückwirkend festzustellen.

2. Subjektiver Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung

40 Grundsätzlich bindet eine Schiedsvereinbarung bloss die Parteien, die an ihrem Abschluss beteiligt waren (BERGER/KELLERHALS, Rz. 492). Allerdings existieren Ausnahmen von diesem Grundsatz. Eine ergibt sich aus sich aus den Regeln zum echten Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 ff. OR ergeben (HABEGGER, EBOR 2002, S. 528 Rz. 19; BERGER/KELLERHALS, Rz. 514).

41 Die Klägerin 1 kann gem. Art. 19 Abs. 2 DV nach eigenem Ermessen verbundene Unternehmen (i.S.v. Art. 1, 2. Lemma DV), also die Klägerin 2, berechtigen. Hierbei handelt es sich um eine klassische Vertragsklausel, die einen echten Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR begründet. Dadurch wird der Dritte Gläubiger der versprochenen Leistung, obwohl er nicht Vertragspartei ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY/EMMENEGGER, OR AT II, §37 Rz. 3879). Er kann die Erfüllung aus dem Vertrag selbständig einklagen (BGE 112 II 39 E.3). Die Konstruktion des Vertrags zugunsten Dritter ist eine von der Literatur anerkannte Möglichkeit, den subjektiven

Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung auszudehnen (HABEGGER, EBOR 2002, S. 528 Rz. 19; HANOTIAU, JIntArb 2001, S. 261; SANDROCK, ASA No. 8, S. 169).

- 42 Der Vertrag zugunsten Dritter basiert auf übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien. Er muss die Willenskundgabe beinhalten, eine Forderung zugunsten eines Dritten zu begründen und der begünstigte Dritte muss mindestens bestimmbar sein (BK-OR-WEBER, Art. 112 Rz. 34ff.). Ein gültiges Zustandekommen des vorliegenden Vertrages ist nicht fraglich. Die Abrede lässt der Klägerin 1 explizit die Möglichkeit offen, jemanden aus dem Vertrag zu berechnen, womit dieses Erfordernis auch erfüllt ist. Die Drittperson ist bestimmbar, da es sich um ein verbundenes Unternehmen handeln muss (vgl. Rz. 41). Ausserdem wird in der Präambel des Vertrages darauf hingewiesen, dass die Klägerin 1 zur Good Life Pharma Gruppe gehört, was bei der Bestimmung der berechtigten Dritten zusätzliche Hilfestellung bietet. Die Schiedsvereinbarung wirkt auch für den Dritten.
- 43 Um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter bejahen zu können, muss der Klägerin 2 ein selbständiges Forderungsrecht eingeräumt worden sein und die Parteien müssen dies auch so beabsichtigt haben (BK-OR-WEBER, Art. 112 Rz. 44).
- 44 Wenn man vom Wortlaut des Vertrages ausgeht, erhält die Klägerin 2 zweifelsohne ein selbständiges Forderungsrecht. Allein die Überschrift „Abtretung“ zu Art. 19 Abs. 2 zeigt sehr klar, dass der Klägerin 2 mit dieser Klausel eigene Instrumente in die Hand gegeben werden sollten. Die Absicht war, dass sie ihre Rechte selbständig geltend machen kann. Es handelt es sich klassischerweise um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter.
- 45 Hinzu kommt die Tatsache, dass die Klägerin 1 zu 100% von der Klägerin 2 beherrscht wird. Die Klägerin 2 kann deshalb das Verhalten der Klägerin 1 aufgrund der vorne genannten Eigentumsverhältnisse diktieren und besitzt faktisch ein eigenes Forderungsrecht. Die Klägerin 2 ist aus der Schiedsvereinbarung legitimiert, da eine Begünstigungsklausel i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR vorliegt, und sie somit vom subjektiven Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung erfasst ist.
- 46 Auch ausserhalb dieser Rechtsnachfolgetatbestände rechtfertigt sich eine Ausdehnung des subjektiven Geltungsbereiches einer Schiedsvereinbarung auf Dritte. Gemäss gefestigter bundesgerichtlicher Rechtssprechung werden auch Dritte gebunden, wenn diese den Anschein erweckt haben, dass sie ebenfalls an den Hauptvertrag gebunden sein wollen (BERGER/KELLERHALS, Rz.

523; ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 4 Rz. 15). Diese Ausnahme basiert auf dem Prinzip des guten Glaubens (BLESSING, ASA No. 8, S. 22). Als solches Verhalten kann z.B. das Verhalten der Drittpartei in Bezug auf die Ausführung des Vertrages in Betracht gezogen werden. Mischt sie sich in die Ausführung ein, ist eine Ausdehnung gerechtfertigt (BGE 129 III 735 E.5.3.2).

- 47 Die Klägerin 2 war sowohl Produzentin der von der Beklagten bestellten Produkte (vgl. *KB-10*), als auch Lieferantin (vgl. *KB-6*). Sie hat sich nicht bloss in die Erfüllung eingemischt, sondern eigentlich an Stelle der Klägerin 1 geleistet. Aus einem derartigen Engagement der Klägerin 2 würde sich ein Einbezug gegen ihren Willen rechtfertigen, was umgekehrt bedeutet, dass ihr auch ein Beitritt aus freien Stücken zugestanden werden muss.

C. Materielle Rechtsfragen

I. Ansprüche aus Kaufverträgen

1. Vertragliche Pflichten

- 48 Die Vertragsbeziehungen vor dem Distributionsvertrag sind als Kaufverträge i.S.v. Art. 184ff. OR zu qualifizieren. Kaufgegenstand waren die Produkte der Klägerinnen, Kaufpreise sind den Unterlagen zu entnehmen (vgl. *KB-7*).
- 49 Der Beklagten oblagen aufgrund der genannten Vertragsverhältnisse Nebenpflichten. Diese können sich aus Gesetz, Vertrag oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben (BGE 114 II 57 E.6d/aa). Da beide Parteien eine andere Auffassung bezüglich der Nebenpflicht, die Produkte in bestimmten Gebieten zu verkaufen, haben, soll hier kurz begründet werden, dass ein normativer Konsens vorliegt.
- 50 Wenn kein natürlicher Konsens vorliegt, ist nach dem Vertrauensprinzip vorzugehen. Danach ist ein Vertrag so zu beurteilen, wie ihn der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (BGE 133 III 406, E.2.2). Für die Beklagte war aus dem Vertrag ohne Weiteres ersichtlich, wo sie die Produkte verkaufen durfte und wo nicht.
- 51 Die Beschränkung auf das Vertragsgebiet „indischer Subkontinent“ stellt, wie bereits gesagt (vgl. Rz. 49), eine Nebenpflicht dar. Die Beklagte hat der Klägerin 1 eine E-Mail geschrieben, in der

sie zum Ausdruck brachte, die Produkte der Klägerin 1 in Indien, Pakistan und Bangladesch vertreiben zu wollen (vgl. *KB-1*). Die Klägerin 1 antwortete daraufhin, dass sie zwar nicht an einer Expansion in den indischen Raum interessiert wäre, eine einmalige Bestellung aber möglich sei (vgl. *KB-2*). Im Hinblick auf die problematischen Verhältnisse im Vertragsgebiet, hat die Klägerin 1 der Beklagten sogar eine Preisreduktion von bis zu 50% gegeben. Alex Miller hat sich stets als „Director New Business Development/ *India, Pakistan, Bangladesh*“ ausgewiesen. Es war nie von anderen Vertragsgebieten die Rede. Die Klägerin 1 hatte keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte die Ware noch anderweitig verkaufen würde.

52 Weiter wäre eine Erstreckung des Vertragsgebietes für die Klägerin 1 auch gar nicht in Frage gekommen, da sie für den Vertrieb der Produkte ausserhalb der USA zuständig ist und mit anderen Distributoren entsprechende Distributionsverträge einging (vgl. *Einleitungsanzeige*, Rz. 2). Für die Klägerin 1 war es ebenfalls von Interesse, dass Gebiete nicht doppelt besetzt werden, da dies dem Absatz geschadet hätte. Aus diesen Umständen ist ersichtlich, dass die Klägerin 1 keinen Anlass hatte, anzunehmen, die Beklagte würde die Produkte auch ausserhalb von Indien, Pakistan und Bangladesch verkaufen. Die Beklagte hat auch nichts anderes kommuniziert.

53 Die Klägerin 1 durfte und musste annehmen, dass die Beklagte die Produkte nur in Indien, Pakistan und Bangladesch vertreiben werde. Ausserdem hat die Beklagte dies auch in jedem ihrer E-Mails zu verstehen gegeben. Von einem anderen Gebiet war nie die Rede. Ein normativer Konsens ist zu bejahen. Weiter verstösst die ganze Thematik auch gegen Treu und Glauben, da die Klägerin 1 aufgrund des Verhaltens der Beklagten sicher darauf schliessen durfte, dass diese nur in den genannten Gebieten Geschäfte tätigen werde.

2. Verletzung der vertraglichen Nebenpflichten

54 Wie vorne erwähnt, hat die Beklagte die Produkte nicht in dem Raum verkauft, der ihr zugeteilt worden ist. Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung sind die Verletzung einer nicht selbständig einklagbaren Nebenpflicht (vgl. Rz. 55ff.), ein Schaden (vgl. Rz. 58), ein Kausalzusammenhang (vgl. Rz. 59) und ein Verschulden (vgl. Rz. 60f.).

a. Verletzung einer nicht selbständig einklagbaren Nebenpflicht

55 Da die Nebenpflicht nicht selbständig einklagbar ist, besteht nur ein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung (HUGUENIN, Rz. 61, 592). Diese ergibt sich aus Art. 97 Abs. 1 OR.

56 Vorliegend handelt es sich um eine leistungsbezogene Nebenpflicht (SCHWENZER, Rz. 67.09). Mit Hilfe von dieser soll der Eintritt des Vertragserfolges gesichert werden. Die Pflicht der Beklagten an bestimmte Orte zu liefern, ergibt sich aus dem Vertrag (vgl. Rz. 51ff.). Dadurch, dass die Beklagte behauptet hat, sie habe gute und langjährige Kontakte in diese Gebiete (vgl. *KB-I*) und dass sie die Ware dort vertreiben würde, durfte die Klägerin 1 annehmen, dass die Waren auch nur für diese Orte gedacht waren. Allerdings suchte die Beklagte aktiv nach anderen Abnehmern für die Produkte (vgl. *Einleitungsantwort*, Rz. 3).

57 Auf diese Weise kam es zu einem Kaufvertrag zwischen Jim's Gym und der Beklagten (vgl. *BB-I*). Jim's Gym war ein jahrelanger Grosskunde der Klägerin 2, mit Sitz in den USA (vgl. *Einleitungsanzeige*, Rz. 14). Die Beklagte war aber nicht autorisiert, ein solches Geschäft zu tätigen, da sich Jim's Gym nicht in ihrem Vertragsgebiet befindet. Die Verletzung einer nichteinklagbaren Nebenpflicht ist zu bejahen.

b. Schaden

58 Unter einem Schaden versteht man eine unfreiwillige Vermögensverminderung oder ein entgangener Gewinn (BGE 115 II 474 E.3a). Die Klägerin 1 gewährte der Beklagten eine Preisreduktion von bis zu 50 % (vgl. *Einleitungsanzeige*, Rz. 6). Dies ist eine unfreiwillige Vermögenseinbusse, da diese mit Blick auf die problematischen Verhältnisse in den Vertragsgebieten gewährt wurde. Hinzu kommt der Schaden der Klägerin 2, welcher sich in einem entgangenen Gewinn manifestiert.

c. Kausalzusammenhang

59 Dadurch, dass die Beklagte angab, die Produkte in Indien, Pakistan und Bangladesch zu vertreiben, gewährte ihr die Klägerin 1 die Preisreduktion. Wenn sie gewusst hätte, dass die Beklagte die Produkte in den USA weiterverkaufen würde, wäre die Preisreduktion nie ein Thema gewesen. Hätte sich die Beklagte an den Vertrag gehalten und nicht an Jim's Gym geliefert, hätte die Klägerin 2 keinen Umsatzeinbruch erlitten.

d. Verschulden

- 60 Die Beklagte behauptete im ersten E-Mail an die Klägerin 2, dass sie über jahrelange Erfahrung und ausgezeichnete Kontakte nach Indien, Pakistan und Bangladesch verfügt (vgl. *KB-1*). In Tat und Wahrheit hatte die Beklagte aber überhaupt keine Ahnung, ob Bedarf an solchen Produkten in den Gebieten bestand. Sie vermutete vielmehr, dass aufgrund der Ernährungsprobleme in den genannten Gebieten ein Interesse bestehen würde (vgl. *Einleitungsantwort, Rz. 10*). Diese Tatsachen lassen darauf schliessen, dass die Beklagte in voller Absicht ein Vertragsgebiet angab, das sie gar nicht beliefern konnte.
- 61 Ein weiteres Indiz für das Verschulden der Beklagten ist, dass sich Alex Miller gegenüber Jim's Gym als „Director New Business Development / USA“ ausgab (vgl. *BB-1*). Wie bereits vorne erwähnt, trat er gegenüber der Klägerin 1 stets als „Director New Business Development / India, Pakistan, Bangladesh“ auf. Die Klägerin 1 hatte keinen Anlass, den Vertrieb zu überprüfen. Immerhin hätte die Beklagte kaum so viele Bestellungen getätigt, wenn sie ernsthafte Probleme mit dem Weiterverkauf gehabt hätte (vgl. *Einleitungsantwort, Rz. 3*).

3. Ansprüche der Klägerinnen

- 62 Aufgrund der vorliegenden positiven Vertragsverletzung hat die Klägerin 1 Anspruch auf die Bezahlung der Differenz des von der Beklagten bezahlten Betrages und dem Preis, zu dem die Ware sonst bezogen worden wäre. Dies bezieht sich auf die Waren, die direkt an Jim's Gym weitergeliefert wurden. Dabei handelt es sich um den *lucrum cessans*.
- 63 Im Falle der Klägerin 2 ist der Anspruch ebenfalls ein *lucrum cessans*, nämlich die Gewinneinbusse gegenüber Jim's Gym. Für die Rückwirkung auf die Kaufverträge ist grundsätzlich auf die Ausführungen in Rz. 23ff. zu verweisen. Die Klägerin 2 begründet ihren Anspruch mit der Schutzwirkung des Distributionsvertrags zu ihren Gunsten.
- 64 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGer v. 28.1.2000, 4C.296/1999) setzt die Leistungsnähe der Dritten zur Hauptleistung voraus. Die Klägerin 2 hat die Produkte anstelle der Klägerin 1 an die Beklagte geliefert und damit die Hauptleistung des Vertrags erbracht (vgl. *KB-6*). Dies begründet die verlangte Leistungsnähe. Weiter wird eine Schutzverpflichtung der Gläubigerin gegenüber der Dritten verlangt. In Art. 3 Abs. 1 DV wird das Vertragsgebiet der Beklagten auf Indien, Pakistan und Bangladesch beschränkt. Aus der Präambel des Vertrags ergibt sich zusätzlich,

dass die Klägerin 1 nicht in die USA liefert und diese somit ausschliessliches Liefergebiet der Klägerin 2 darstellen. Daraus ergibt sich auch, dass die Beklagte nicht in dieses Gebiet liefern darf. Zusammen mit Art. 3 Abs. 2 DV leitet sich eine Schutzpflicht zugunsten der Klägerin 2 ab. Abschliessend muss gemäss Bundesgericht die Schuldnerin der Hauptleistung letztgenannte Voraussetzungen erkennen. Es darf davon ausgegangen werden, dass die Klägerin 1 sich dieser bewusst war, da sie den Inhalt des von ihr vorgelegten Vertrages ja gekannt hat.

65 Durch diesen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erhält die Klägerin 2 das Recht, ihren Schaden geltend zu machen.

II. Auflösung des Distributionsvertrags

1. Absichtliche Täuschung

66 Die Klägerin 1 ersucht in ihrem Begehren um Aufhebung des Distributionsvertrags zwischen ihr und der Beklagten vom 30. März 2009. Als Rechtsgrund gibt sie einen Willensmangel an. Die absichtliche Täuschung gem. Art. 28 Abs. 1 OR stellt einen solchen dar. Das Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen wird nachfolgend dargelegt.

a. Täuschendes Verhalten

67 Es liegt täuschendes Verhalten seitens der Beklagten vor. Ein solches kann in der Vorspiegelung falscher Tatsachen bzw. im Verschweigen vorhandener Tatsachen bestehen, soweit die Partei eine entsprechende Aufklärungspflicht trifft (HUGUENIN, Rz. 494 f.).

68 Die Beklagte hat sich von Anfang an, als Distributorin für die Gebiete Indien, Pakistan und Bangladesch ausgegeben (vgl. *KB-1*), obwohl sie noch gar keine Beziehungen in diese Gebiete unterhielt (vgl. Rz. 60). Diesen Anschein erhielt sie während des ganzen vorvertraglichen Verhältnisses aufrecht. Es gab während der ganzen Kooperation zwischen der Beklagten und der Klägerin 1 nie eine Andeutung, dass die Beklagte Produkte der Power Linie auch in den USA vertrieb (vgl. insb. *KB-12*). Dies stellt eine aktive Täuschung durch Vorspiegelung falscher Tatsachen dar, welche nie aufgeklärt wurde.

69 In Art. 3 DV unter dem Titel „Vertragsgebiet“ wurde beschlossen, dass die Beklagte nur in Indien, Pakistan und Bangladesch vertreiben dürfe und gegenüber der Klägerin 1 eine Auskunftspflicht bezüglich Kontakten mit Kunden ausserhalb dieses Vertragsgebiets habe. Spätestens zu

diesem Zeitpunkt durfte die Beklagte ihren Handel mit Jim's Gym nicht einfach weiter betreiben. Die Beklagte verschwieg vorhandene Tatsachen und gab trotz vertraglicher Aufklärungspflicht (vgl. Art. 3 Abs. 2 DV) den Kundenkontakt mit Jim's Gym nicht an.

70 In diesem Zusammenhang ist es nicht nachvollziehbar, dass die Beklagte in Punkt 7 ihrer Begründung schreibt, sie hätte es für selbstverständlich gehalten, dass die überschüssige Ware ausserhalb des Vertragsgebiets verkauft werden dürfe. Der Wortlaut des Vertrags unterstützt diese Auffassung in keinsten Weise. Es liegt täuschendes Verhalten durch Unterlassen vor (BGE 116 II 431 E.3a).

b. Täuschungsabsicht

71 Weiterhin verlangt Art. 28 Abs. 1 OR, dass die Täuschende wissen oder es zumindest in Kauf nehmen muss, dass beim Vertragsgegner durch ihr Schweigen, trotz Bestehen einer Aufklärungspflicht, ein Irrtum hervorgerufen bzw. aufrechterhalten wird (BGE 123 III 165 E.2).

72 Die Täuschungsabsicht der Beklagten liegt vor. Sie nahm mindestens in Kauf, dass die Klägerin 1 nichts von ihrem Kunden in den USA wusste. Ausserdem musste sie davon ausgehen, dass aufgrund der Bezeichnungen im Mailverkehr ein ausschliesslicher Warenvertrieb im indischen Subkontinent angenommen würde (vgl. *KB-1*, *KB-12*). Trotzdem hielt es die Beklagte nicht für nötig, ihre Vertragspartnerin über die tatsächliche Sachlage aufzuklären. Die Klägerin 1 befand sich wegen der fehlenden Vorstellung über die Tätigkeiten der Beklagten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in einem Motivirrtum gem. Art. 24 Abs. 2 OR.

c. Widerrechtlichkeit

73 Das Täuschen durch Verschweigen begründet Widerrechtlichkeit, wenn das Bestehen einer Aufklärungspflicht bejaht wird (KOLLER, § 14 Rz. 165). Es liegt, wie beschrieben, eine Aufklärungspflicht gem. Art. 3 DV vor. Trotzdem hat die Beklagte der Aufklärungspflicht nicht Folge geleistet und täuschte die Klägerinnen. Das Verhalten der Beklagten war widerrechtlich.

d. Kausalität

74 Die Kausalität zwischen Täuschung und Motivirrtum liegt vor. Hätte die Klägerin 1 gewusst, dass die Beklagte in konkurrierender Tätigkeit zur Muttergesellschaft in den USA Produkte vertreibt und so für die erheblichen Umsatzeinbrüche der Muttergesellschaft verantwortlich ist, hätte

sie diesem Distributionsvertrag nie zugestimmt. Der Distributionsvertrag leidet am Willensmangel der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 Abs. 1 OR.

2. Wirkungen der Vertragsauflösung

75 Nach erfolgter Anfechtung ist ein Vertrag, sei es nach der Ungültigkeitstheorie, wie sie in BGE 114 II 131 E.3b postuliert wird, sei es nach der Anfechtungstheorie, wie sie in der h.L. (BUCHER, S. 209ff.; KOLLER, §14 Rz. 271; BK-SCHMIDLIN, Art. 23/24 Rz. 118ff.; BSK-OR-I-SCHWENZER, Art. 23 Rz. 8) vertreten wird, mit Wirkung *ex tunc* aufgehoben. Demnach wäre der Distributionsvertrag per 30. März 2009 aufgelöst.

76 Eventualiter wird eine neuere Lehrmeinung angefügt (BK-SCHMIDLIN, Art. 31 Rz. 14 ff., 56 ff., 96ff.). Das Bundesgericht bezeichnete diese Lehrmeinung als „mit guten Gründen vertretbar“ (BGE 129 III 320 E.7.1.1). Nach dieser Ansicht wandelt sich der Distributionsvertrag in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis um. Demnach wäre der Vertrag erst mit Wirkung *ex nunc*, also am Tag der Klageeinreichung per 30. Juni 2010, aufzuheben.

3. Positive Vertragsverletzung

77 Als Variante zur absichtlichen Täuschung wird eventualiter eine positive Vertragsverletzung angenommen. Gemäss Art. 2 DV verpflichtet sich die Beklagte, die Ware bei der Klägerin 1 zu kaufen, um sie dann auf dem vereinbarten Vertragsgebiet zu veräussern. Hierbei handelt es sich um ein nicht-exklusives Recht.

78 In Art. 3 DV wurden Indien, Pakistan und Bangladesch als Vertragsgebiet bezeichnet. Weiter verpflichtete sich die Beklagte dazu, dass sie ausserhalb des Gebietes keine Kunden aktiv anwerbe und falls sie angegangen würde, sie dies sofort der Klägerin 1 mitteile. Die Pflicht, in keinem anderen Land oder in einem anderen Vertragsgebiet zu verkaufen, wurde vertraglich festgehalten.

79 Die Beklagte hat den Vertrag ohne Änderungen angenommen, weshalb für sie sämtliche Pflichten in Kraft traten. Allerdings hat die Beklagte die gekauften Produkte sofort an Jim's Gym weiterverkauft (vgl. *KB-16*), ohne sich an das vertraglich abgemachte Gebiet zu halten. Weiter hat die Beklagte auch keine Mitteilung an die Klägerin 1, bezüglich der mit Jim's Gym geschlossenen Verträge, gemacht. Wie sich aus dem Sachverhalt ergibt, hat die Beklagte die Produkte nie in

den vereinbarten Gebieten verkauft. Eine Verletzung der vertraglichen Nebenpflichten ist aus diesen Gründen klar zu bejahen.

80 Bezüglich des Schadens und des Kausalzusammenhangs kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz. 58ff.).

81 Zum Verschulden ist zusätzlich zu Rz. 60f. bloss anzumerken, dass die Beklagte stets den Eindruck vermittelte, dass sie die Produkte in den vereinbarten Gebieten veräusserte (vgl. *KB-12*).

4. Ansprüche der Klägerinnen

a. Ansprüche der Klägerin 1

i. Bei Auflösung ex tunc

82 Wenn der Vertrag ex tunc aufgelöst wird, kann man keine Ansprüche mehr aus Vertrag geltend machen (HUGUENIN, N527). Es ist nur noch auf die ausservertraglichen Ansprüche einzugehen. Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Schadens i.S.v. Art. 41 OR sind Schaden, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit und Verschulden.

83 Bezüglich des Schadens, des Kausalzusammenhangs und des Verschuldens ist auf vorne zu verweisen (vgl. Rz. 58ff.). Widerrechtlichkeit i.S. der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie (BGE 122 III 176, E.7b) liegt bei der Verletzung eines absoluten Rechts vor. Die Beklagte bewirkt durch den Verstoss gegen eine vertragliche Pflicht einen Vermögensschaden bei der Klägerin 1. Die Widerrechtlichkeit ist ebenfalls zu bejahen. Die Klägerin 1 hat einen Anspruch aus Art. 41 OR auf den Ersatz des verursachten Schadens.

ii. Bei Auflösung ex nunc

84 Bei einer Vertragsauflösung ex nunc wird ein Rückabwicklungsverhältnis angenommen. Der Schadenersatz kann, analog zum Rücktritt, mit Art. 109 OR begründet werden (HUGUENIN, Rz. 528). Dabei wird das negative Interesse geltend gemacht (HUGUENIN, Rz. 613). Die Klägerin 1 soll so gestellt werden, als ob der Vertrag nie abgeschlossen worden wäre (HUGUENIN, Rz. 611). Die Beklagte hat in diesem Falle sowohl den Gewinn, den sie mit dem Verkauf der Produkte an Jim's Gym gemacht hat, als auch die Preisreduktion, für die Lieferungen, welche an Jim's Gym gingen, zurückzuzahlen.

iii. Bei Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung

85 Eventualiter soll Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 OR zugesprochen werden. Dabei wird das positive Interesse geltend gemacht (HUGUENIN, Rz. 611). Die Klägerin 1 soll so gestellt werden, wie wenn der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre. In diesem Falle muss der Gewinn, den die Beklagte mit dem Verkauf an Jim's Gym erzielt hat, herausgegeben werden.

b. Ansprüche der Klägerin 2

86 Die Klägerin 2 erlitt eine Umsatzeinbusse. Dies resultierte daraus, dass die Beklagte die Produkte zu einem günstigeren Preis an einen Grosskunden der Klägerin 2 verkaufte (vgl. *Einleitungsanzeige*, Rz. 14). Für die Begründungen der verschiedenen Rechtsgrundlagen, ist auf die vorne genannten Ausführungen zu verweisen (vgl. Rz. 66ff.).

87 Wie dargelegt, handelt es sich beim Distributionsvertrag um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (vgl. Rz. 63ff.), weshalb die Klägerin 2 anspruchsberechtigt ist. Somit hat die Klägerin 2 Anspruch auf die Bezahlung der Differenz des von der Beklagten bezahlten Betrages und dem Preis, zu dem die Ware sonst bezogen worden wäre. Dies bezieht sich auf die Waren, die direkt an Jim's Gym weitergeliefert wurden.

III. Ansprüche der Beklagten

88 Bei der Aufhebung des Distributionsvertrags bekäme die Beklagte möglicherweise einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. Art. 62ff. OR. Eventualiter würde sie bei der Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses das schon Geleistete zurückerhalten. Allfällige Ansprüche der Beklagten werden in jedem Fall mit Verrechnung gemäss Art. 120ff. OR abgegolten.

89 Bei der Verrechnung muss sowohl der Verrechnende als auch die Verrechnungsgegnerin über eine wirksame und gültige Forderung verfügen. Wie beschrieben hat die Verrechnende eine gültige Forderung (vgl. Rz. 82ff.). Die Verrechnungsgegnerin könnte möglicherweise eine gültige Forderung auf die Rückzahlung der Anzahlung von CHF 500'000.- aus ungerechtfertigter Bereicherung bzw. aus dem Rückabwicklungsverhältnis des Vertrags haben (vgl. Rz. 88). Grundsätzlich bestreiten alle Parteien die Forderungen ihrer Gegenseite. In der Lehre wird jedoch vertreten, dass die sog. Eventualverrechnung trotzdem im Prozess üblich und zulässig ist

(VON TUHR/ESCHER, OR AT II, S. 205f.). Aus diesem Grund kann die Klägerin 1 die Verrechnung beantragen.

- 90 Nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit muss der Verrechnende Gläubiger der Gegenforderung und die Verrechnungsgegnerin Gläubigerin der Hauptforderung sein. Dem wird Genüge getan, indem die Klägerin 1 und die Beklagte sich direkt in einem Gläubiger-Schuldner Verhältnis gegenüber stehen. Gemäss vorangegangener Argumentation ersucht die Klägerin um Verrechnung ihrer Forderung mit der möglichen Forderung der Beklagten.

D. Schlusswort

- 91 Wir bitten das Gericht, aufgrund unserer umfassenden Argumentation, die eingangs gestellten Rechtsbegehren der Klägerinnen gutzuheissen.