

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

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

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

Zürich, den 18.04.2011

Klageantwort

Swiss Rules Fall Nr. 1233456-2010

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

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

Klägerin 1

und

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

Klägerin 2

vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

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

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 7

betreffend

Forderung

Stellen wir namens und mit Vollmacht der Beklagten, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Frist, 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.*

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	I
Literaturverzeichnis.....	IV
Urteilsverzeichnis.....	XIII
Beilagenverzeichnis/ Beweisofferten (BO).....	XVI
I Vorbemerkungen.....	1
II Formelles.....	1
1 Teilnahme der Klägerin 2	1
1.1 Antizipierte Zustimmung zum Dritteinbezug	1
1.2 Klägerin 2 als Erfüllungsgehilfe	2
1.3 Group of companies	3
1.4 Group of companies	4
1.5 Durchgriff	4
2 Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche der Klägerin 2.....	5
3 Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche vor dem 30.03.2009.....	5
3.1 Von der Schiedsvereinbarung erfasste Ansprüche.....	6
3.2 Auslegung des objektiven Geltungsbereichs der Schiedsklausel	6
3.3 Keine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf mehrere Verträge	7
III Materielles.....	8
1 Keine Anspruchsberechtigung der Klägerinnen.....	8
1.1 Durchgriff	8
1.2 Drittschadensliquidation	9
2 Vollumfängliches Bestreiten der absichtlichen Täuschung i.S.v. Art. 28 Abs.1 OR10	
2.1 Keine Aufklärungspflicht.....	10
2.1.1 Keine Aufklärungspflicht vor dem 30.03.2009	11
2.1.2 Keine Aufklärungspflicht bei Abschluss des Distributionvertrages.....	12
2.2 Keine Absicht.....	13
3 Vollumfängliches Bestreiten eines Irrtums Art. 23 OR i.V.m. Art. 24 Abs. 2 OR... 14	
4 Keine Ansprüche aus culpa in contrahendo	15
4.1 Keine Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht	15
4.2 Kein Schaden	15
4.3 Kein Verschulden.....	15
5 Keine Schlechterfüllung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR.....	16

5.1	Keine Verletzung vertraglicher Nebenpflichten	16
5.1.1	Während des Distributionsvertrages.....	16
5.1.2	Vor dem 30. März 2009	17
5.2	Schaden und Verschulden.....	17
5.3	Keine Vertragsauflösung bei Verletzung einer Nebenpflicht	17
6	Kein Anspruch aus unechter GoA i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR	17
6.1	Kein fremdes Geschäft.....	17
6.2	Geschäft im Eigeninteresse der Beklagten.....	18
6.3	Gutgläubigkeit der Beklagten	18
7	Bestreiten der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	19
8	Widerlegung der Einrede der Verrechnung gemäss Art. 120 OR	19
8.1	Ausgangslage	19
8.2	Voraussetzungen	19
IV	Abschliessende Würdigung.....	20

Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008

(zit.: BERGER, Nr. ...)

zitiert in Rz.: 48
- BERGER BERNHARD/
KELLERHALS FRANZ Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der
Schweiz, Bern 2006

(zit.: BERGER/ KELLERHALS, Nr. ...)

zitiert in Rz.: 25, 29
- BOSMAN ALEIDUS
GERARD Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge
mit Dritten, Diss Zürich 1984

(zit.: BOSMAN, S. ...)

zitiert in Rz.: 36, 37, 38
- BUCHER EUGEN Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne
Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988

(zit. BUCHER, S. ...)

zitiert in Rz.: 49, 63
- BÜRGI WOLFHART
FRIEDRICH Ursprung und Bedeutung der Begriffe "Treu und Glauben"
und "Billigkeit" im schweizerischen Zivilrecht, Habil. Bern
1939

(zit.: BÜRGI, S. ...)

zitiert in Rz.: 42

- CAFLISCH SILVIO Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961
(zit.: CAFLISCH, S. ...)
zitiert in Rz.: 36, 37
- DENNLER MARKUS Durchgriff im Konzern, Diss. Zürich 1984
(zit.: DENNLER, S. ...)
zitiert in Rz.: 36, 38
- DRUEY JEAN NICOLAS/
VOGEL ALEXANDER Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999
(zit.: DRUEY/ VOGEL, S. ...)
zitiert in Rz.: 37, 38
- FORSTMOSER PETER/
MEIER-HAYOZ AR-
THUR/ NOBEL PETER Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1995
(zit.: FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/ NOBEL, § ... N ...)
zitiert in Rz.: 38
- FURRER ANDREAS/
MÜLLER-CHEN MAR-
KUS Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Zürich/Basel/Genf 2008
(zit.: FURRER/ MÜLLER-CHEN, Kap. ... N ...)
zitiert in Rz.: 43
- GAUCH PETER (HRSG.) ZK zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V/ Teilband 1h, Das Erlöschen der Obligation, Art. 114-126 OR, Zürich 1991
(zit: BEARBEITER/IN, ZK OR, N... zu Art.... OR)
zitiert in Rz.: 42, 85

- GAUCH PETER/
SCHLUEP WALTER R./
SCHMID JÖRG
- Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,
Band I, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008
(zitiert GAUCH/ SCHLUEP / SCHMID, OR AT I, Nr. ...)
zitiert in Rz.: 82
- GAUCH PETER/
SCHLUEP WALTER R./
EMMENEGGER SUSAN
- Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,
Band II, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
(zit. GAUCH/ SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT II Nr. ...)
zitiert in Rz.: 7, 40, 64
- GILOMEN HERMANN
VIKTOR
- Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen
nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1950
(zit. Gilomen, S. ...)
zitiert in Rz.: 44, 51, 67
- GIRSBERGER DANIEL
(et al.)
- ZK zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das
internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987,
2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004
(zit. BEARBEITER/IN, ZK zum IPRG, N ... zu Art. ... IPRG)
zitiert in Rz.: 18
- GIRSBERGER DANIEL/
VOSER NATHALIE
- International Arbitration in Switzerland, Zürich/Basel/Genf
2008
(zit: GIRSBERGER/ VOSER, N...)
zitiert in Rz.: 31
- GRIEDER THOMAS
- Vertragswidrigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit,
Diss. Zürich 2002, Zürich/Basel/Genf 2002
(zit.: GRIEDER, S. ...)
zitiert in Rz.: 64

- GUHL THEO (HRSG.) Das schweizerische Obligationenrecht: Mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000
(zit.: GUHL/ BEARBEITER/IN, Schweizerisches Obligationenrecht, § ... N ...)
zitiert in Rz.: 48, 49
- HABEGGER PHILIPP Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form in: ASA Bulletin 2004, S. 398 ff.
(zit.: HABEGGER, S. ...)
zitiert in Rz.: 9, 12, 19
- HADZIMANOVIC
NATASA Auslegung und Ergänzung von Verträgen - Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2004, Zürich/Basel/Genf 2006
(zit.: HADZIMANOVIC, S. ...)
zitiert in Rz.: 49
- HANDSCHIN LUKAS Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994
(zit: HANDSCHIN, S....)
zitiert in Rz.: 87
- HONSELL HEINRICH
et al. (Hrsg.) Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007
(zit. BEARBEITER/IN, BSK IPRG, N ... zu Art. ... IPRG)
zitiert in Rz.: 18, 19, 20, 24
- HONSELL HEINRICH
(Hrsg.) OR Art. 1-529: Kurzkommentar, Basel 2008
(zit. BEARBEITER/IN, KuKo, N ... zu Art. ... OR)
zitiert in Rz.: 49, 63

- HONSELL HEINRICH/
VOGT NEDIM PETER/
WIEGAND WOLFGANG
(Hrsg.)
- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4.Aufl., Basel/Genf/München 2007
- (zit. BEARBEITER/IN, BSK OR I, N ... zu Art. ... OR)
- zitiert in Rz.: 7, 88
- HUGUENIN CLAIRE
- Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
- (zit. HUGUENIN, Nr. ...)
- zitiert in Rz.: 7, 49, 74, 77
- KEHL DIETER
- Der sogenannte Durchgriff: eine zivilistische Studie zur Natur der juristischen Person, Habil. Zürich 1991
- (zit.: KEHL, S. ...)
- zitiert in Rz.: 36
- KLEINSCHMIDT JENS
- Die Widerklage gegen einen Dritten im Schiedsverfahren, in: SchiedsVZ 2006, 142 – 150
- (zit. KLEINSCHMIED, S. ...)
- zitiert in Rz.: 4
- KOLLER ALFRED
- Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009
- (zit. KOLLER, § ... N ...)
- zitiert in Rz.: 44, 57, 82

- LISCHER URS
Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen
Recht, Diss. Basel 1990
(zit.: LISCHER, S. ...)
zitiert in Rz.: 76, 79
- MEIER ANDREA
Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten,
Diss. Zürich 2007
(zit.: MEIER, S. ...)
zitiert in Rz.: 4, 9
- MEIER-HAYOZ AR-
THUR/ FORSTMOSER
PETER
Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10.Aufl., Bern 2006
(zit.: MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER, § ... N ...)
zitiert in Rz.: 87
- NAEGELI GEORG /
SCHMITZ CHRIS
Switzerland: Strict Test for the Extension of Arbitration
Agreements to Non-Signatories in: SchiedsVZ 2009, S.
185-188
(zit.: NAEGELI/ SCHMITZ, S. ...)
zitiert in Rz.: 6
- POUDRET JEAN-
FRANÇOIS
Un statut privilégié pour l'extension e l'arbitrage aux tiers
in: ASA Bulletin 2004, S. 390 ff.
(zit.: POUDRET, S. ...)
zitiert in Rz.: 19
- POUDRET JEAN-
FRANÇOIS/ BESSON
SÉBASTIEN
Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl.,
Zürich/Basel/Genf 2007
(zit. POUDRET/ BESSON, Nr. ...)
zitiert in Rz.: 12, 19, 31

- RISCH THOMAS Die Haftung aus Konzernvertrauen: die Haftung des herrschenden Unternehmens aus Konzernvertrauen für konzernspezifische Handlungen und Erklärungen, Diss. Bern 2009
(zit.: RISCH, S. ...)
zitiert in Rz.: 36, 38
- SANDROCK OTTO Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr, SchiedsVZ 2005, S. 1-10
(zit.: SANDROCK, SchiedsVZ, S. ...)
zitiert in Rz.: 12, 15, 19
- SANDROCK OTTO Wirkungen von Schiedsvereinbarungen im Konzern, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ / BERGER KLAUS-PETER / BREDOW JENS (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Band 16, Köln/Berlin/München 2005, S. 93 ff.
(zit. SANDROCK, S. ...)
zitiert in Rz.: 12, 15
- SANDROCK OTTO Arbitration Agreements and Groups of Companies, in: Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 625-647
(zit.: SANDROCK, FS Lalive, S. ...)
zitiert in Rz.: 12

SCHMIDLIN BRUNO

Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 2. Teilband, Unterteilband 1b: Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23 – Art. 31 OR, Bern 1995

(zit. SCHMIDLIN, BeK, N ... zu Art. ... OR)

zitiert in Rz.: 43, 59

SCHWENZER
INGEBORG

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009

(zit. SCHWENZER, N ... zu § ...)

zitiert in Rz.: 7, 40, 55, 64

SPIRO KARL

Die Haftung für Erfüllungshilfen, Bern 1984

(zit. Sprio, S. ...)

Rz.: 7, 11

VON TUHR ANDREAS/
PETER HANS

Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Aufl., Zürich 1979

(zit.: VON THUR/ PETER, S. ...)

zitiert in Rz.: 44

WEBER ROLF H.

Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – Art. 109 OR, Bern 2000

(zit. WEBER, BeK, N ... zu Art. ... OR)

zitiert in Rz.: 7

ZUBERBÜHLER TOBIAS
/ MÜLLER CHRISTOPH/
HABEGGER PHILIPP
(Hrsg.),

Swiss Rules of International Arbitration: Commentary,
Zürich 2005

(zit. BEARBEITER/IN, SRIA, N ... zu Art. ... Swiss Rules)

zitiert in Rz.: 4, 12

Urteilsverzeichnis

Urteil über Zivilstreitigkeiten des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Dezember 1905

BGE 31 II 896

Zitiert in Rz. 44

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 24. Oktober 1950

BGE 76 II 300

Zitiert in Rz. 63

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Mai 1959

BGE 85 II 111

Zitiert in Rz. 38, 42

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. November 1971

BGE 97 II 289

Zitiert in Rz. 37

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Mai 1984

BGE 110 II 293

Zitiert in Rz. 59

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

BGE 116 II 431

Zitiert in Rz. 43

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Mai 1992

BGE 118 II 297

Zitiert in Rz. 58

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

BGE 126 III 69

Zitiert in Rz. 76

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Juli 2000

BGE 126 III 382

Zitiert in Rz. 79

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. September 2001

BGE 127 V 301

Zitiert in Rz. 59

Urteil der 1. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2003

BGE 129 III 727

Zitiert in Rz. 9, 12, 19

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003

BGE 130 III 66

Zitiert in Rz. 25

Urteil der 1. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. September 2005

BGer 4P.48/2005

Zitiert in Rz. 9

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. Januar 2006

BGE 132 III 342

Zitiert in Rz. 86

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. August 2008

Urteil des BGer 4A_128/ 2008 (= BGE 134 III 565; einige hier verwendete Erwägungen finden sich nicht in der aml. Publikation)

Zitiert in Rz. 5, 6, 9, 12, 13

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. Oktober 2010

Urteil des BGer 4a_422/ 2010

Zitiert in Rz. 40

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 05. November 2007

Urteil des BGer 4C.433/2006

Zitiert in Rz. 82

Beilagenverzeichnis/ Beweisofferten (BO)

- BO-1 Beschluss Nr. 2 vom 22. Oktober 2010
- BO-2 Distributionsvertrag vom 30. März 2009
- BO-3 Klageschrift vom 14. Dezember 2010
- BO-4 E-mail von Frau Svrei an Herr Miller vom 10. Februar 2008
- BO-5 E-mail von Herr Miller an Frau Svrei vom 14. Februar 2008
- BO-6 E-mail von Frau Svrei an Herr Miller vom 16. Februar 2008
- BO-7 Überweisungsbestätigung über CHF 40'000 vom 20. Februar 2008
- BO-8 E-mail von Herr Miller an Frau Svrei vom 25. Januar 2008
- BO-9 E-mail von Frau Svrei an Herr Miller vom 13. März 2009
- BO-10 Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage vom 2. August 2010
- BO-11 E-mail von Herr Miller an Frau Svrei vom 18. August 2009
- BO-12 E-mail von Herr Miller an Frau Svrei vom 10. Januar 2009
- BO-13 Einleitungsanzeige vom 30. Juni 2010
- BO-14 E-mail von Frau Svrei an Herr Miller vom 23. Juli 2009
- BO-15 E-mail von Frau Breu (Mercy in Action) an Herr Miller vom 25. November 2009
- BO-16 E-mail von Herr Miller an Frau Svrei vom 28. November 2009

I Vorbemerkungen

- 1 Als Erstes gilt es anzumerken, dass die Klageschrift gravierende Mängel aufweist. Zum einen wurde kein prozessualer Antrag zur Teilnahme der Klägerin 2 am Schiedsverfahren gestellt, womit auf die diesbezüglichen Ausführungen aufgrund des Dispositionsgrundsatzes nicht einzutreten ist. Wegen der speziellen Umstände des Moot Courts äussert sich die Klageantwort dennoch zu diesen Vorbringen (Rz. 3 ff., 17 ff., 75 ff., 81 ff.).
- 2 Zum Anderen behaupten die Klägerinnen mit der Beklagten am 31. März 2009 einen Distributionsvertrag geschlossen zu haben. Im Sinne einer *falsa demonstratio non nocet* nimmt die Beklagte an, dass damit der Distributionsvertrag vom 30. März 2009 gemeint ist. Sollten die Klägerinnen daran festhalten, am 31. März 2009 einen weiteren Vertrag geschlossen zu haben, bestreitet die Beklagte ihrerseits das Vorliegen eines Konsens.

II Formelles

1 Teilnahme der Klägerin 2

- 3 Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist der Klägerin 2 die Teilnahme am Schiedsverfahren zu verweigern. Damit wird gleichzeitig auch die materielle Gültigkeit der Schiedsklausel, bzw. deren Erstreckung auf die Klägerin 2 verneint.

1.1 Antizipierte Zustimmung zum Dritteinbezug

- 4 Nach Auffassung der Klägerinnen haben die Parteien des Schiedsvertrages mit der Wahl der Swiss Rules eine antizipierte Zustimmung zum Dritteinbezug vorgenommen (BO-3, Rz. 2 f.). Daraus wollen sie vor allem ableiten, dass die Beklagte gegen die Teilnahme der Klägerin 2 nichts einwenden könne. Soweit sich die Klägerinnen in ihren Ausführungen auf die Meinungen von MEIER, S. 105 f. und KLEINSCHMIDT, S. 148 stützen, verkennen sie die dogmatische Einordnung dieser Meinungen. KLEINSCHMIDT behandelt die antizipierte Zustimmung a.a.O. unter der Überschrift der Widerklage gegen einen Dritten im Schiedsverfahren, wogegen MEIER dies unter der Überschrift „Dritteinbezug auf Gesuch einer Verfahrenspartei“ vollzieht. Diese Fälle der Drittwiderklage, bzw. der Intervention auf Gesuch einer Verfahrenspartei sind i.c. jedoch nicht einschlägig. Vorliegend ersuchte die Klägerin 2 *als Dritte* um Teilnahme am hängigen Verfahren. Ihr Teilnahmebegehren beschränkt sich nicht auf eine blosser Intervention in die Streitsache. Vielmehr ist von einer einfachen Streitgenossenschaft auszugehen. Es muss klar sein, dass zwischen Intervention, Drittwiderklage und einfacher Streitgenossenschaft strukturelle Unterschiede bestehen. So unterscheiden auch GILLIÉRON/ PITTET, SRIA, N 9 ff. zu Art. 4 Swiss Rules ihre Ausführungen in „Intervention“ und „Participation“. Diese

Autoren befürworten zwar eine antizipierte Zustimmung zum Dritteinbezug weitestgehend, doch soll nicht jeder Dritte eo ipso zur Partei werden. Sie relativieren ihre Meinung daher umgehend, indem sie auf dieselben Kriterien (GILLIÉRON/ PITTET, SRIA, N 15 zu Art. 4 Swiss Rules) wie bei der Streitverkündung und Drittwiderklage verweisen, welche durch das Schiedsgericht berücksichtigt werden sollten. MEIER (S.107) lehnt die Auffassung, dass wenn ein Dritter selber ein Teilnahmegesuch stelle, die antizipierte Zustimmung eine Schiedsvereinbarung zu ersetzen vermöge strikt ab. Demnach kann eine antizipierte Zustimmung zum Dritteinbezug nur in den Fällen der Intervention einer Drittpartei angenommen werden. Das liegt aber i.c. nicht vor.

1.2 Klägerin 2 als Erfüllungsgehilfe

- 5 In einem neueren Entscheid (BGer 4A_128/2008) hat das Bundesgericht die Kriterien für die Ausdehnung einer Schiedsklausel auf nicht unterzeichnende Dritte abschliessend dargelegt.
- 6 Danach kann vom Grundsatz der Relativität vertraglicher Obligationen (*principe de la relativité des obligations contractuelles*; BGer 4A_128/2008, E. 3.2) nur abgewichen werden bei: Abtretung eines Vertrages mit Schiedsklausel; Schuldübernahme aus Vertrag mit Schiedsklausel; Übernahme der Schiedsklausel durch Verweisung; oder bei signifikanter Einmischung des Dritten in die Erfüllung des Vertrages. Dieses Kriterium könne nicht leicht hin angenommen werden. Insbesondere reicht die blossе Beherrschung durch den Dritten nicht aus (BGer 4A_128/2008, E. 3.2; NAEGELI/ SCHMITZ, S. 185 f).
- 7 Entgegen der Auffassung der Klägerinnen (BO-3, Rz. 4 f.) hat Klägerin 2 beim Abschluss oder der Erfüllung nicht ein Verhalten an den Tag gelegt, das die Beklagte „nach Treu und Glauben so verstehen durfte und musste, dass der Dritte (Klägerin 2) dem Hauptvertrag einschliesslich der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung beitreten wollte“. Stattdessen sind die Handlungen der Klägerin 2 als Handlungen eines Erfüllungsgehilfen i.S.v. Art. 101 OR zu qualifizieren. Erfüllungsgehilfe ist jede Person, die mit Wissen und Willen des Schuldners an Erfüllung des Vertrages beteiligt ist (WEBER, BeK, N 39 f. zu Art. 101 OR; HUGUENIN, Nr. 724; SCHWENZER, N 4 zu § 23; GAUCH/ SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT II, Nr. 3018, 3027). Dabei kommt es insbesondere nicht auf das Innenverhältnis zwischen Gehilfe und Geschäftsherr an (SPIRO, S. 130; GAUCH/ SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT II, Nr. 3028; SCHWENZER, N 4 zu § 23; HUGUENIN, Nr. 724 je m.w.N; mit Beispielen WIEGAND, BSK OR I, N 7 ff. zu Art. 101). Der Erfüllungsgehilfe selber ist nicht Partei des Vertrages.
- 8 Nicht jede Erfüllungshandlung vermag das geforderte Verhalten zu begründen, das die Gegenseite nach Treu und Glauben so verstehen muss, dass der Dritte Partei des Hauptvertrages sein wolle. Nimmt man das an, entzieht man Art. 101 OR jeglichen Anwendungsbereich.

- 9 In BGE 129 III 727 hat das Bundesgericht eine Ausdehnung einer Schiedsgerichtsvereinbarung auf den nicht unterzeichnenden Dritten A geschützt. Die Einmischung des A gestaltete sich derartig, als dieser ständig und über einen längeren Zeitraum in offensichtlicher Weise in die Vertragserfüllung eingegriffen hat. Das geschah namentlich dadurch, dass A zwei der unterzeichnenden Unternehmen direkt bzw. über seine Familie kontrollierte, das streitige Bauprojekt als sein „persönliches“ in den Medien präsentierte, sowie durch den Umstand, dass die beteiligten Unternehmen nichts als „instruments de l'activité personnelle“ von A darstellten (BGE 129 III 727, E. 5.1.1; HABEGGER, S. 402 f.; MEIER, S. 56). Um eine Ausdehnung vornehmen zu können bedarf es daher einer qualifizierten Einmischung in die Vertragserfüllung. Das Bundesgericht spricht denn auch in einer späteren Entscheidung (BGer 4P.48/2005, E. 3.4.1) präziser von „intervenieren“. Im Urteil vom 19. August 2008 spricht es von einem signifikanten Eingriff (BGer 4A_128/2008, E. 4.1.2).
- 10 Eine solche qualifizierte Einmischung, bzw. ein regelrechtes „Intervenieren“ liegt indessen nicht vor, hat doch die Klägerin 2 einzig in der Weise eingegriffen, als sie die bestellten Waren jeweils lieferte, bzw. zur Abholung bereitstellte. Indem sie die Beklagte darüber hinaus über Liefertermine etc. – also Administratives – informierte (BO-1, E. 2), zeugt dies lediglich von effizienter Auftragsbearbeitung. Das Handeln der Klägerin 2 ist daher als ein rein logistisches zu qualifizieren. Ein solches ist aber gerade ein typisches Handeln des Erfüllungsgehilfen.
- 11 Gelangt man zu diesem Ergebnis, so ändert der grosse Zeitraum, bzw. die Vielzahl der Erfüllungshandlungen nichts an dieser Qualifikation. Der Erfüllungsgehilfe wird eben nicht – auch nicht implizit – plötzlich Partei des Hauptvertrages, bloss weil er denselben ständig erfüllt (im Ergebnis auch SPIRO, S. 187). Insofern ist nicht einzusehen, inwiefern ein Unterschied zwischen dem Zeitraum vor dem Distributionsvertrag und danach bestehen soll. Hinzu tritt, dass der Distributionsvertrag (BO-2) in Art. 19 Ziff. 2 vorsieht, dass die Lieferantin „nach eigenem Ermessen ein mit ihr verbundenes Unternehmen bezeichnen [kann], welches Verpflichtungen aus dieser Vereinbarung erfüllt“. Der Status quo – Klägerin 2 als Erfüllungsgehilfe – wird demnach durch den Vertrag selbst geregelt und beibehalten.

1.3 Group of companies

- 12 Wenn die Klägerinnen im Glauben sind, das Bundesgericht lasse seine Sympathie zur „group of companies“ - Doktrin erkennen (BO-3, Rz. 6), so entgeht ihnen der Ausnahmeharakter, mithin die speziellen Umstände dieser Entscheidung. Der überwiegende Teil der Lehre steht dem angeführten Urteil (BGE 129 III 727), nicht nur in Bezug auf die „group of companies“ - Doktrin, äusserst kritisch gegenüber (POUDRET/ BESSON, Nr. 258 ff. m.w.N.; GILLIERON/ PIT-

TET, SRIA, N 15 zu Art. 4 Swiss Rules; HABEGGER, S. 401; SANDROCK, SchiedsVZ, S. 7 f.). In einem Entscheid vom 29. Januar 1996 (publiziert in: ASA 1996, S. 496 ff.) hat das Bundesgericht in E. 7 der „group of companies“ - Doktrin die Anwendung versagt. Betrachtet man den von den Klägerinnen angeführten Entscheid genau, so stellt man fest, dass von Sympathie keine Rede sein kann. Tatsächlich hatte der Beschwerdeführer nicht in genügend substantiierter Form dargelegt, inwiefern die Anwendung der „group of companies“ - Doktrin Recht verletzt (BGE 129 III 727, E. 5.3.2; SANDROCK, SchiedsVZ, S. 6; DERS. S. 98). GILLIERON/ PITTET halten die Anwendung der „group of companies“ - Doktrin bei Anwendung schweizerischen Rechts jedenfalls für „questionable“ (GILLIERON/ PITTET, SRIA, N 15 zu Art. 4 Swiss Rules m.w.N.). SANDROCK spricht von „erheblichem Widerstand“ nicht nur in der Lehre (SANDROCK, SchiedsVZ, S. 7; in extenso DERS., FS Laliver, S. 625 ff.; mit rechtsvergleichender Übersicht POUURET/ BESSON, Nr. 250 ff. je m.w.N.). Die Theorie sei mithin gar „zweifelhaft“ (SANDROCK, SchiedsVZ, S. 10). Angesichts BGE 134 III 565 bleibt überhaupt fraglich, inwiefern der „group of companies“-Doktrin ein eigener Stellenwert vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz zukommt.

1.4 Group of companies

- 13 Wie die Klägerinnen richtig vorbringen, setzt die „group of companies“-Doktrin „zunächst eine durch Abhängigkeit und einheitliche Leitung gekennzeichnete Unternehmensgruppe voraus“ (BO-3, Rz. 8). Das soll aber nach BGE 134 III 565, E. 4.1 gerade nicht mehr genügen.
- 14 Zumindest fragwürdig ist, ob ein blosser Erfüllungsgehilfe den nötigen Beteiligungsgrad erreicht, der von dieser Theorie gefordert wird. So oder anders ist das Verhalten der Klägerin 2 aber nicht als Verhalten zu qualifizieren, durch das sie „als wirkliche Partei (veritable parties) des Vertrages“ erschiene (BO-3, Rz. 8; zur Begründung siehe oben ...).
- 15 Weiter fordert die „group of companies“-Doktrin, dass dem nicht unterzeichnenden Dritten aus dem Vertrag ein Vorteil *erwächst*. Ein abstrakter oder bloss möglicher Vorteil kann daher nicht genügen. So bringen auch die Klägerinnen vor, dass „der Klägerin 2 aus ihrem Auftreten ein Vorteil erwachsen sein [*muss*]“ (BO-3 Rz. 8; zum ganzen vgl.: SANDROCK, SchiedsVZ, S. 7; DERS., S. 98). Soweit die Klägerin 2 einen Schaden über CHF 1'056'920 behauptet, kann nicht eingesehen werden, worin der Vorteil aus dem Vertrag besteht.

1.5 Durchgriff

- 16 Wie unter Rz. 36 ff. dargelegt wird, kann die Klägerin 2 auch nicht infolge Durchgriffs Ansprüche neben der Klägerin 1 vorbringen.

2 Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche der Klägerin 2

- 17 Es genügt, an dieser Stelle auf das Fehlen des Formerfordernisses nach Art. 178 Abs. 2 IPRG bzgl. der Klägerin 2 einzugehen.
- 18 Art. 178 Abs. 1 IPRG wird von einem Schutz- und Klarstellungsgedanken getragen (WENGER/ MÜLLER, BSK IPRG, N 7 zu Art. 178 IPRG m.w.N.; VOLKEN, ZK zum IPRG, N 21 zu Art. 178 IPRG). Die Parteien sollen nicht ohne Weiteres auf staatlichen Rechtsschutz verzichten können (WENGER/ MÜLLER, BSK IPRG, a.a.O). Zu beachten ist ferner die Parallelbestimmung gemäss Art. 5 Abs. 1 IPRG.
- 19 In BGE 129 III 727 entschied das Bundesgericht, dass der nicht unterzeichnende Dritte das Formerfordernis des Art. 178 Abs. 1 IPRG nicht selbst erfüllen müsse. Dieses Erfordernis erstreckte sich nämlich nur auf die Schiedsvereinbarung selbst. Das Urteil wurde von einem Grossteil der Lehre heftig kritisiert (POUDRET, S. 390 ff. mit zahlreichen Nachweisen; HABEGGER, S. 398 ff.; SANDROCK, SchiedsVZ, S. 1 ff.; POUDRET/ BESSON, Nr. 258 ff.; WENGER/ MÜLLER, BSK IPRG, N 8 zu Art. 178 IPRG). Das Bundesgericht will mit dieser Auslegung von Art. 178 Abs. 1 IPRG einen „aprophe libérale“ statuieren (BGE 129 III 727, E. 5.3.1). Die Ansicht von POUDRET sei dagegen formalistisch, wobei ohnehin zweifelhaft sei, ob diese Auffassung überhaupt von einer Mehrheit getragen werde.
- 20 Das Urteil vermag in mehrfacher Hinsicht nicht zu überzeugen. Zunächst untermauert das Bundesgericht seinen Zweifel, dass die „formalistische“ Ansicht nicht von einer Mehrheit getragen werde, mit keinerlei Nachweisen. Weiter kann von „Formalismus“ überhaupt keine Rede sein, zumal das Formerfordernis des Art. 178 Abs. 1 IPRG *Gültigkeitsvoraussetzung* ist (WENGER/ MÜLLER, BSK IPRG, N 7 zu Art. 178 IPRG). Die Klägerin 2 kann sich daher nicht dadurch der Formvorschrift entziehen, dass sie die Schiedsvereinbarung mit allen Konsequenzen gegen sich gelten lassen will. Das erschliesst sich insbesondere auch aus Sinn und Zweck der Norm, als eben sämtliche Beteiligte geschützt werden sollen. Wenn der Gesetzgeber aber meint, ein Schutzbedürfnis ausgemacht zu haben, so steht dieser Inhalt eben nicht mehr zur Disposition. Würde man dies vertreten, droht jede Schutz- und Formvorschrift leer zu laufen.
- 21 Das Schiedsgericht ist daher infolge Formmangels gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG für die Ansprüche der Klägerin 2 unzuständig.

3 Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Ansprüche vor dem 30.03.2009

- 22 Die Klägerinnen machen geltend, das Schiedsgericht sei auch für Ansprüche vor dem 30. März 2009 zuständig (BO-3, 11 ff.). Bis dahin wurden die Verkäufe aber ohne einen einheitlichen Vertrag und insbesondere ohne Schiedsabrede abgewickelt (BO-4 bis BO-7). Nach-

folgend wird daher aufgezeigt, weshalb das Schiedsgericht in oben genannter Sache nicht zuständig sein kann.

3.1 Von der Schiedsvereinbarung erfasste Ansprüche

23 Dass die Schiedsklausel für Abreden nach dem 30. März 2009 (BO-2) Geltung erlangte, bleibt hier unbestritten. Ebenfalls bleibt unbestritten, dass sich die Schiedsklausel aus dem Distributionsvertrag autonom verhält und somit auf weitere, *später* abgeschlossene und zusammenhängende Verträge anwendbar wird. Der Distributionsvertrag kann daher durchaus als Rahmenvertrag verstanden werden, jedoch nur für nach dem 30. März 2009 abgeschlossene Kaufverträge. Dies ist durch Auslegung der Schiedsvereinbarung aufzuzeigen.

3.2 Auslegung des objektiven Geltungsbereichs der Schiedsklausel

24 Unter dem Gesichtspunkt der objektiven Tragweite ist zuständigkeitsrelevant, ob die Gesamtheit der im konkreten Verfahren streitigen Begehren von der Schiedsvereinbarung gedeckt ist, in casu, ob das Schiedsgericht auch für eventuelle Ansprüche aus konnexen Verträgen zuständig ist (WENGER/ SCHOTT, BSK IPRG, N 36 zu Art. 186 IPRG).

25 Ein Schiedsgericht ist zuständig, sobald ihm die Parteien richterliche Befugnisse übertragen. Deren Grenzen bestimmen sich nach dem Willen der Parteien (BERGER/ KELLERHALS, Nr. 464). Die Schiedsklausel muss nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden. Von Bedeutung ist daher der Parteiwille im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 130 III 66, E. 3.2, BERGER/ KELLERHALS, Nr. 416).

26 Am 25. Januar 2008 hat die Beklagte die Klägerin 2 angefragt, den Vertrieb der Power-Linie im indischen Subkontinent zu übernehmen (BO-8). Weder die Klägerin 2 noch die Klägerin 1 hatten eine Expansion in den indischen Subkontinent geplant (BO-4). Sie gaben der Beklagten dadurch eindeutig zu verstehen, dass sie kein Interesse hatten, einen Distributionsvertrag einzugehen, bzw. das Geschäftsverhältnis zu formalisieren. Die Beklagte durfte daher nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass es sich hierbei, und ebenfalls bei den weiteren Bestellungen vor dem 30. März 2009, um einzelne Kaufverträge handelt.

27 Nachdem sich die Beklagte zu einem der Kunden mit dem am stärksten wachsenden Bestellvolumen entwickelte, waren die Klägerin 1 und die Beklagte damit einverstanden, die *weiteren* Geschäftsbeziehungen zu formalisieren (BO-9).

28 Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses durfte und musste die Beklagte, aufgrund des zuvor verweigernden Verhaltens der Klägerinnen, davon ausgehen, dass der Distributionsvertrag nur für zukünftige Geschäfte Geltung erlangt und nicht auch für die vergangenen.

- 29 Für die Kaufverträge vor dem 30. März 2009 ist deshalb nie eine gültige Schiedsvereinbarung zustande gekommen, weshalb die von den Klägerinnen behauptete extensive Auslegung abzulehnen ist (BO-3, Rz. 23). Diese kommt nur zur Anwendung, wenn einmal feststeht, dass die Parteien die staatliche Gerichtsbarkeit derogieren wollten (BERGER/ KELLERHALS, Nr. 422). Das ist i.c. jedoch erst nach dem 30. März 2009 der Fall. Im Distributionsvertrag wurde zwischen den Parteien auch nicht vermerkt, dass die darin enthaltene Schiedsklausel ebenfalls auf vorherige Verträge Anwendung findet.
- 30 Wenn die Klägerinnen die Vereinbarung vom 30. März 2009 auf vorherige Verträge ausdehnen, legen sie daher ein *widersprüchliches* Verhalten an den Tag.

3.3 Keine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf mehrere Verträge

- 31 Die Klägerinnen vermerken in ihrer Klageschrift (BO-3, Rz. 26), dass eine Schiedsklausel losgelöst vom Hauptvertrag auch Anwendung auf deren zugehörigen Verträge findet. In diesem Fall sollen alle Streitigkeiten, die aus der Reihe der Verträge hervorgehen, dem Schiedsgericht vorgelegt werden (GIRSBERGER/ VOSER, N 250). Dies, soweit es die Absicht der Parteien zulasse (POUDRET/ BESSON, Nr. 305). Aus den Emails vom 10. Februar 2008 (BO-4) bzw. vom 13. März 2009 (BO-9) ist herauszulesen, dass es nie der Absicht der Klägerin 1 entsprach, eventuelle Streitigkeiten aus den einzelnen Kaufverträgen vor dem 30. März 2009 einem Schiedsgericht vorzulegen. Der Distributionsvertrag (BO-2) kann daher nur für die nach dem 30. März 2009 entstandenen Kaufverträge als Rahmenvertrag gelten. Die Schiedsklausel findet demzufolge auf die vorher ergangenen Kaufverträge keine autonome, vom Distributionsvertrag losgelöste Anwendung.
- 32 Es spielt daher gar keine Rolle, ob es sich um Verträge mit derselben Zweckverfolgung handelt. Es bleibt nochmals hervorzuheben, dass die Klägerin 1 bis zum 13. März 2009 (BO-9) keinerlei Interesse zeigten, die Geschäft mit der Beklagten zu formalisieren. Sich nun darauf zu berufen, verstösst gegen Treu und Glauben. Es bleibt sowieso fragwürdig, ob es sich in diesem Fall um eine „ökonomische Realität“ handelt; zumal es vor dem 30. März 2009 um die Abhandlung einzelner Kaufverträge geht und danach um den Distributionsvertrag. Das zeigt, dass Streitigkeiten aus zwei verschiedenen Gebilden entstanden sind und somit auch trennbarer Natur sind.
- 33 Ebenfalls ist das Argument des Grundsatzentscheides (BO-3, Rz. 28) abzuweisen, da wie oben erwähnt, die Klägerin 1 erst ab dem 13. März 2009 (KB- 9) bereit war diesen Grundsatzentscheid einzugehen.
- 34 Daraus ergibt sich, dass das Schiedsgericht in Zürich für Ansprüche vor dem 30. März 2009 *unzuständig* ist.

III Materielles

1 Keine Anspruchsberechtigung der Klägerinnen

35 Wie die Klägerinnen richtig ausführen, wäre - falls ein Schaden vorläge - dieser bei Klägerin 2 eingetreten (BO-3, Rz. 30 ff. und 39 ff.), während die restlichen Voraussetzungen der Anspruchsgrundlagen (Art. 28 Abs. 2, 97 Abs. 1, 423 Abs. 1 OR) ggf. von Klägerin 1 erfüllt würden. Die Beklagte bestreitet jedoch die von den Klägerinnen geltend gemachten Anspruchsberechtigungen aufgrund des Durchgriffs oder der Drittschadensliquidation.

1.1 Durchgriff

36 Bei der von den Klägerinnen geltend gemachten Anspruchsberechtigung für Klägerin 2 (BO-3, Rz. 35 ff.), handelt es sich um Folgendes: Die rechtliche Selbständigkeit von zwei konzernmässig verbundenen juristischen Personen wird in einer bestimmten Situation ausser Acht gelassen, weil sie in wirtschaftlicher Hinsicht eine Einheit bilden (BOSMAN, S. 60; KEHL, S. 5; CAFLISCH, S. 210). Diese Abkehr von der gesetzlich klar geregelten (Art. 53 f. OR) und gewollten Selbständigkeit der juristischen Personen (Trennungsprinzip; BOSMAN, S. 60; RISCH, S. 101; KEHL, S. 4) ist in der Lehre und Rechtsprechung umstritten und wird wenn, dann nur als ultima ratio unter sehr strengen Voraussetzungen bejaht (BOSMAN, S. 61, 72; RISCH, S. 102; DENNLER, S. 30 ff.). Grund dafür ist die schwere Beeinträchtigung der Rechts- und Verkehrssicherheit bei einem Durchgriff (BOSMAN, S.71). Daher ist im Zweifelsfalle das formelle Recht zu schützen (BOSMAN, S. 62; CAFLISCH, S. 182). Dies wird bei den folgenden Ausführungen zu bedenken sein.

37 Der Durchgriff zugunsten des Konzerns ist aufgrund seiner Konzeption ausgeschlossen und wird von der Lehre und Rechtsprechung abgelehnt (DRUEY/ VOGEL, S. 39; BOSMAN, S. 72; CAFLISCH, 246 f.): Der einzige Zweck des Durchgriffs ist, das objektiv berechtigte Vertrauen von *Dritten* zu schützen, wenn konzernrechtlich verbundene Unternehmen sich missbräuchlich auf das Trennungsprinzip berufen (DRUEY/ VOGEL, S. 38; BOSMAN, S. 63). Der Konzern ist hingegen für die Wahl seiner rechtlichen Organisationsform selbst verantwortlich und kann sich daher nicht auf eine andere berufen (BGE 97 II 289, E. 3).

38 Von der Nichtanwendbarkeit abgesehen, müssten die Voraussetzungen, die für den Durchgriff gegen den Konzern gelten, in umgekehrter Form auch für den Durchgriff zugunsten des Konzerns gelten (DENNLER, S. 91): Da Art. 2 Abs. 2 ZGB der Rechtsgrund für den Durchgriff ist, müsste ein offener Rechtsmissbrauch durch die Beklagte vorliegen (BOSMAN, S. 61; DENNLER, S. 91 f.; RISCH, S. 102; BGE 85 II 111, E. 3). D.h. die Beklagte müsste die rechtliche Trennung bewusst ausgenutzt haben, um den Vertrag zu umgehen (DENNLER, S. 92). I.c.

haben die Klägerinnen ihre Organisationsform und die innere Aufgabenteilung selbst gewählt. Sie haben es aber unterlassen, diese gegenüber der Beklagten klar zu kommunizieren. Die Beklagte wusste daher nur, was sie aus den Kontakten mit den Klägerinnen zufällig erfuhr (BO-1, E. 3). Auch die Firmen der Klägerinnen bestätigen die Wahrnehmung der Beklagten: Klägerin 1 als “GLP Distribution” ist zuständig für den Vertrieb, Klägerin 2 als “GLP Manufacturing” ist zuständig für die Produktion. Die Beklagte ging daher völlig berechtigt davon aus, dass sie allein mit Klägerin 1 kontrahierte (DRUEY/ VOGEL, S. 141) und ihre Geschäftstätigkeit keinerlei Einfluss auf Klägerin 2 hatte. Die Klägerin 1 hätte die Pflicht gehabt, den Eindruck der Beklagten zu korrigieren. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, wie auch aus dem firmenrechtlichen Wahrheits- und Klarheitsgebot (Art. 944 Abs. 1 OR; BOSMAN S. 91; FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/ NOBEL, § 8, Rz. 18). Da durch die Klägerin 1 keinerlei Klarstellung erfolgte, kann die Berufung der Beklagten auf die rechtliche Selbstständigkeit der Klägerinnen nicht – und schon gar nicht *offensichtlich* – rechtsmissbräuchlich sein.

- 39 Ein Durchgriff zugunsten der Klägerinnen ist klarerweise abzulehnen. Einerseits weil er von Lehre und Rechtsprechung verneint wird; andererseits weil kein Rechtsmissbrauch vorliegt, der die Beeinträchtigung Rechts- und Verkehrssicherheit rechtfertigen würde. Das objektiv berechtigte Vertrauen der Beklagten in den Auftritt der Klägerinnen ist zu schützen.

1.2 Drittschadensliquidation

- 40 In der Klageschrift (BO-3, Rz. 39 ff.) wird die Klägerin 1 aufgrund der Drittschadensliquidation als Anspruchsberechtigt bezeichnet. Abgesehen davon, dass die Drittschadensliquidation als Rechtsinstitut von der Rechtsprechung nicht anerkannt ist (BGer 4a_422/2010, E. 2.6), ist sie im vorliegenden Fall nicht einschlägig: In der Lehre wird die Drittschadensliquidation grundsätzlich nur für Fälle der indirekten Stellvertretung bejaht (statt vieler: GAUCH/ SCHLUEP/ EMENEGGER, OR AT II, Nr. 2886; SCHWENZER, N 26 zu §14). Eine solche liegt i.c. nicht vor, da Klägerin 1 die Verträge mit der Beklagten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschloss. Überdies wird von den Klägerinnen auch keine indirekte Stellvertretung geltend gemacht.
- 41 Obwohl die Anwendbarkeit der Drittschadensliquidation somit bereits ausgeschlossen ist, soll im Folgenden noch kurz auf einzelne Voraussetzungen eingegangen werden. Als erstes Tatbestandselement wird die Vertragsverletzung angeführt (BO-3, Rz. 41). Damit wird die Anwendbarkeit der Drittschadensliquidation auf die Täuschung verneint, da die Täuschung bereits das *Zustandekommen* des Vertrags verhindert. Die Vertragsverletzung wird ausserdem von der Beklagten bestritten (Rz. 66 ff.).

42 Des Weiteren findet die Drittschadensliquidation gemäss Klageschrift (BO-3, Rz. 43) nur Anwendung, wenn sie billig erscheint. Dazu kann jedoch entgegen der Ansicht der Klägerinnen nicht genügen, dass der geschädigte Dritte ansonsten von niemandem Ersatz verlangen könnte. In diesem Fall würde das Kriterium der Billigkeit nicht mehr einschränkend wirken und könnte genauso gut weggelassen werden. Unter Billigkeit muss vielmehr eine angemessene Lösung für den Einzelfall verstanden werden (BÜRGI, S. 95; BGE 85 II 111, E. 3). So gesehen ist die Anwendung der Drittschadensliquidation i.c. unbillig: Der Beklagten war die Rolle der Klägerin 2 gänzlich unbekannt, was einer Pflichtverletzung der Klägerin 1 zuzuschreiben ist (Rz. 38). Der von Klägerin 2 behauptete Schaden war somit für die Beklagte im Vorherein nicht ersichtlich (BECKER, ZK OR, N 47 zu Art. 97 OR). Es ist daher gänzlich unbillig der Beklagten eine Entschädigungspflicht aufzuerlegen, während die Klägerin 1 für das Missverständnis verantwortlich ist.

2 Vollumfängliches Bestreiten der absichtlichen Täuschung i.S.v. Art. 28 Abs.1 OR

2.1 Keine Aufklärungspflicht

43 Die absichtliche Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) wird von der Beklagten vollumfänglich bestritten. Die Beklagte hat zu keinem Zeitpunkt der Klägerin 1 etwas verschwiegen, was sie ihr aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschriften, des Vertrages oder nach den herrschenden Anschauungen von Treu und Glauben hätte mitteilen müssen (SCHMIDLIN, BeK, N 45 zu Art. 28 OR; BGE 116 II 431, E. 3a). Ob und in welchem Umfang eine Aufklärungspflicht besteht, ist im Einzelfall zu beurteilen (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 7, N 12). Vorliegend ist eine Aufklärungspflicht zu verneinen und zwar aus folgenden Gründen:

44 Grundsätzlich braucht niemand alles der Gegenpartei mitzuteilen, was für diese von Interesse sein könnte. Es gibt in der Schweizer Rechtsordnung keine allgemeine Pflicht und kein allgemeines Recht auf Wahrheit (GILOMEN, S. 62; VON TUHR/PETER, S. 322). Dieser Grundsatz spielt vor allem daher eine Rolle, da die Beklagte und die Klägerin 1 Vertragsgegner sind und jeder seine eigenen Interessen verfolgt. Sie sind Konkurrenten im Markt weshalb sich auch weitgehend ein Verschweigen von Tatsachen rechtfertigt (BGE 31 II 896, E. 5). Nach herrschender Lehre ist es jeder Partei zumutbar, sich nach den für sie wichtigen Umständen zu erkundigen und allfällig nötige Abklärungen zu treffen (GILOMEN, S. 62, 75; KOLLER, § 14 N 154). Hierbei gilt es zu sagen, dass die Klägerin 1 sich nie nach dem Destinationsort der Ware erkundigt hat (BO-10, Rz. 4).

- 45 Es ist somit auch völlig absurd, dass die Klägerinnen verlangen, dass die Beklagte von sich aus ihren Businessplan offenlegt (BO-3, Rz. 49), insbesondere weil ein solcher ausschliesslich der internen Unternehmensplanung dient.
- 46 Des Weiteren werfen die Klägerinnen der Beklagten vor, es hätte ihr doch klar sein müssen, dass die Klägerin 1 keine Konkurrenz zur Klägerin 2 schaffen wollte (BO-3, N 49). Für die Beklagte stellt sich hier die Frage, wie sie dies hätte wissen sollen, wenn sie von den Klägerin 1 nie darüber informiert worden ist, dass die Klägerin 2 die einzige Distributorin in Amerika ist (BO-1, E. 3). Die Beklagte hat keine billigeren Produkte gefordert. Es wäre an der Klägerin 1 gewesen, die Beklagte ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass eine Vergünstigung aufgrund der geringeren Kaufkraft im indischen Subkontinent zustande kam.

2.1.1 Keine Aufklärungspflicht vor dem 30.03.2009

- 47 Die Beklagte beging insbesondere keine Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht bei der Verhandlung der einzelnen Kaufverträge vor Abschluss des Distributionsvertrags. Dies weil - wie im Folgenden begründet - die einzelnen Kaufverträge keine Vertragsgebietsklausel enthielten, die eine Aufklärungspflicht der Beklagten über ihre Absicht die Produkte weltweit zu vertreiben, hätte entstehen lassen können (entgegen BO-3, Rz. 49).
- 48 Die Klägerinnen implizieren in der Klageschrift (BO-3, Rz. 47 i.V.m. Rz. 49), dass der Distributionsvertrag nicht nur bezüglich der Schiedsklausel (BO-2, Art. 19 Ziff.6) auf die vorhergehenden Kaufverträge auszudehnen sei, sondern auch bezüglich der Klausel über das Vertragsgebiet (BO-2, Art. 3). Daraus leiten die Klägerinnen ab, dass bereits die einzelnen Kaufverträge bis zum 30. März 2009 eine Vertragsgebietsklausel enthielten. Diese Argumentation läuft auf einen Zirkelschluss hinaus und ist daher unbeachtlich: Die Klägerinnen gehen einerseits davon aus, dass es sich beim Distributionsvertrag um eine reine Formalisierung des bereits bestehenden Geschäftsverhältnisses handelt (BO-3, Rz. 26), andererseits leiten sie aus dem Distributionsvertrag für das bereits bestehende Geschäftsverhältnis eine Vereinbarung über das Vertragsgebiet ab. Das Argument, dass im Distributionsvertrag das Gebiet beschränkt sei und die Beklagte daher mit der ersten Lieferung nicht machen könne was sie wolle, ist somit widersinnig (BO-3, Rz. 49). Niemand kann in der Vergangenheit wissen, was in der Zukunft geschehen wird. Ausserdem können Verträge ihrer Natur nach erst nach Vertragsschluss Wirkung entfalten (BERGER, Nr. 634; GUHL/ KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, § 13 N. 43).
- 49 Richtigerweise ist der vorliegende Fall folgendermassen zu qualifizieren: Das erste Mail vom 25. Januar 2008 (BO-8) der Klägerin 1 an die Beklagte ist als Gegenofferte (HUGUENIN, Nr. 226; BUCHER, S. 127) und nicht als Angebotsannahme zu verstehen. Dies deshalb, weil

Klägerin 1 das von der Beklagten vorgeschlagene Distributionsgebiet und die Expansionsmöglichkeit ablehnte, ihr im Gegenzug dafür aber eine einmalige Lieferung anbot. Klägerin 1 nahm das Angebot offensichtlich nicht an, sondern änderte es ab. Die Gegenofferte durfte und musste die Beklagte nach objektiver Auslegung (HADZIMANOVIC, S. 84 ff.) so verstehen, dass Klägerin 1 ihr diese einmalige Lieferung unabhängig von einem bestimmten Distributionsgebiet anbot, zumal diese weiter oben in der gleichen Mail (BO-8) ausdrücklich festhielt, dass sie “keine Expansion in den indischen Subkontinent” vorsehe (BO-4). Ausserdem hielt Klägerin 1 in ihrer Gegenofferte sowohl Preis wie Zahlungskonditionen und Qualität der Ware fest, äusserte sich aber in keiner Weise zu einem ausschliesslichen Distributionsgebiet. Da eine Offerte sämtliche objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte enthalten muss (GUHL/KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, § 13 N. 21; WIEGAND, KuKo, N 5 zu Art. 3 OR), durfte die Beklagte davon ausgehen, dass sie bei Annahme keiner Vertragsgebietsklausel zustimmte. Die in der Klageschrift (BO-3, Rz. 49) als Argument angeführte Betreffzeile (BO-4, 5, 8) kann keinesfalls als Teil der Offerte gelten. Einerseits weil die Klägerin 1 im Inhalt des Mails vom 10. Februar 2008 (BO-4) selbst das Distributionsgebiet ablehnte. Andererseits weil ganz offensichtlich durch die Klägerinnen einfach die Schaltflächen “Weiterleiten” und “Antworten” benutzt wurden ohne dem Betreff erkennbar Aufmerksamkeit zu schenken.

50 Für alle weiteren Kaufverträge nach diesem Ersten ist von denselben Modalitäten auszugehen (BO-13, Rz. 9). Die Beklagte ist daher der Ansicht, dass für alle diese nie eine Klausel zum Vertragsgebiet existierte und sie somit nie verpflichtet gewesen ist, Klägerin 1 über den Vertrieb der Ware in den USA aufzuklären. Die Beklagte beging somit auch keine Täuschung.

2.1.2 Keine Aufklärungspflicht bei Abschluss des Distributionvertrages

51 In der Klageschrift (BO-3, Rz. 52) erwähnen die Klägerinnen, dass das Vertragsgebiet in Art. 3 des Distributionsvertrages (BO-2) abschliessend definiert ist. Ebenso machen sie geltend (BO-3, Rz. 50), das Vertragsgebiet lasse sich auch aus der Präambel und dem Art. 2 des Distributionsvertrages (BO-2) herleiten. Diese Ansicht teilt die Beklagte nicht. In den Verträgen vor dem Distributionsvertrag wurde nie ausdrücklich ein Vertragsgebiet abgemacht, geschweige denn explizit darauf hingewiesen (Rz. 47 ff.). Daher erkannte die Beklagte bei Unterzeichnen des Distributionsvertrages nicht, dass dies ein wesensimmanenter Vertragspunkt für die Klägerin 1 ist. Es kann der Beklagten auch nicht vorgehalten werden, sie hätte die Bedeutung, die der Artikel 3 des Distributionsvertrages für die Klägerin 1 hatte, erkennen müssen. Damit aber vom Verschweigen einer Tatsache und somit von einer Täuschung ausgegangen werden kann, müsste die Beklagte erkannt haben, dass für die Klägerin 1 Art. 3 des Dist-

ributionsvertrages von ausschlaggebender Bedeutung für den Vertragsschluss war (GILOMEN, S. 66). Dieses Erkennen war der Beklagten jedoch aufgrund des Verhaltens der Klägerin 1 nicht möglich. Sie hat daher aus den eben vorgebrachten Gründen auch keine Änderung am Distributionsvertrag angebracht.

- 52 Auch verweisen die Klägerinnen auf den Betreff im E-Mail vom 18. August 2009 (BO-11, BO-3, Rz. 54) und dessen Zusammenhang mit dem E-Mail vom 10. Januar 2009 (BO-12). Dabei gilt es zu erwähnen, dass im E-Mail (BO-12) keineswegs eine Täuschung liegt. Es ist in Tat und Wahrheit so, dass man auf dem Indischen Subkontinent die Produkte mit Plazet Official Distributor leichter verkaufen kann (BO-3, Rz. 51). Die Beklagte hat – entgegen der Behauptung der Klägerinnen - nie explizit erwähnt, dass sie bereits in diese Länder geliefert hat. Im Gegenteil, sie strebte die Formalisierung des Geschäftsverhältnisses gerade an, um im erwähnten Gebiet erstmals Fuss zu fassen, da es sich um einen Markt mit grossem Potential handelt.
- 53 Wenn die Klägerinnen in ihren Ausführungen auf das E-Mail vom 18. August 2009 (BO-11) Bezug nehmen, vermögen sie daraus nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Eine Täuschung kann nur bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses stattfinden (Art. 28 Abs. 1 OR). Die E-Mail wurde jedoch nach Vertragsschluss gesendet. Somit kann von einem „Zusammenspiel“ (BO-3, Rz. 54) von den beiden erwähnten E-Mails (BO-12 mit BO-11) keine Rede sein. Die Klägerinnen verkennen damit einmal mehr die Relevanz des Kalenders.
- 54 Die weiteren Argumente sind nach dem Gesagten für eine allfällige Täuschung belanglos (BO-3, Rz. 48 - 55).

2.2 Keine Absicht

- 55 Die Klägerinnen werfen der Beklagten in der Klageschrift (BO-3, Rz. 55) vor, sie habe mit Absicht gehandelt. Wie allgemein bekannt sein dürfte, liegt eine Absicht dann vor, wenn der Täuschende die Unrichtigkeit des Sachverhaltes kennt (SCHWENZER, N 7 zu § 38). Wie bereits unter Rz. 51 erwähnt, hat die Beklagte nicht erkannt, dass die Gebietseinschränkung so wesensimmanent für die Klägerin 1 war, dass eine Aufklärungspflicht bestanden hätte. Folglich konnte sie auch nicht mit Absicht handeln. Das Vorbringen der Klägerinnen überzeugt jedenfalls nicht. Sie schliessen von einer vermeintlichen Täuschung auf eine vermeintliche Absicht. Ein solches Vorgehen ist methodisch unhaltbar.
- 56 Da es zu keiner absichtlichen Täuschung gekommen ist, sind weder der Distributionsvertrag noch die Verträge davor aufzulösen.

3 Vollumfängliches Bestreiten eines Irrtums Art. 23 OR i.V.m. Art. 24 Abs. 2 OR

- 57 Als Erstes muss gesagt werden, dass auch hier wieder eine Unsauberkeit in der Klageschrift vorliegt, denn gemäss Art. 24 Abs. 2 OR ist ein Motivirrtum nicht wesentlich und berechtigt somit auch nicht zur Anfechtung des Vertrages (KOLLER, § 14 N 25). Grundsätzlich schliesst dieser Artikel den Grundlagenirrtum nicht aus, korrekterweise hätte aber Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR zusätzlich geltend gemacht werden müssen.
- 58 Eine unerlässliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Berufung auf einen Grundlagenirrtum ist, dass es sich um einen Irrtum über eine objektiv wesentliche Vertragsgrundlage und nicht bloss um eine auf Hoffnung gründende spekulative Erwartung handelt. Der Irrende muss sich mit anderen Worten über einen bestimmten Sachverhalt geirrt haben, den er nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Vertragsgrundlage betrachten durfte (BGE 118 II 297, E. 2c). Das Argument der Klägerinnen (BO-3, Rz. 58), dass jeder den Vertrag als auf den indischen Subkontinent beschränkt betrachten würde, ist abzulehnen. Erstens war diese Wichtigkeit, wie bereits erwähnt (Rz. 51), der Beklagten nie bewusst. Zudem besteht, wie ebenfalls bereits erwähnt, ein Konkurrenzverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin 1 (Rz. 44). In einem solchen Verhältnis sollte man nicht leichthin irgendetwas annehmen.
- 59 Des Weiteren verlangt die Rechtsprechung, dass für den Gegner die grundlegende Bedeutung des vom Irrenden angenommenen Umstandes nach Treu und Glauben erkennbar war. (BGE 127 V 301, E. 3c; BGE 110 II 293, E. 5b). Der Irrende musste beim Vorliegen eines Grundlagenirrtums erkennbar machen, welche Bedeutung er dem irrtumsbehafteten Sachverhalt zumass, andernfalls liegt das Vertragsrisiko bei ihm: Der Vertrag gilt trotz Irrtums (SCHMIDLIN, BeK, N 88 zu Art. 23/ 24 OR). Wie unter Rz. 38 erwähnt, war für die Beklagte nie ersichtlich, dass nur die Klägerin 2 in der USA die Ware verkaufen darf. Zudem konnte ihr, weder bei Abschluss der einzelnen Verträge noch bei Abschluss des Distributionsvertrages bekannt sein, welche Wichtigkeit die Klägerin 1 der Gebietszuordnung zumisst, da diese eine solche nie genauer erläuterte (genauere Ausführungen siehe Rz. 49 f., 51). Es mangelt folglich auch an der Erkennbarkeit für die Beklagte. Somit ist festzustellen, dass die Beklagte Art. 23 OR i.v.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR keinesfalls erfüllt hat. Daher können weder der Distributionsvertrag noch die einzelnen Verträge vor diesem aufgelöst werden.

4 Keine Ansprüche aus culpa in contrahendo

60 Die Klägerinnen können, selbst wenn sie anspruchsberechtigt wären und eine Täuschung beziehungsweise ein Irrtum vorliegen würde, keinen Anspruch auf Schadenersatz aus c.i.c. geltend machen, da wie folgend erläutert, die Voraussetzungen dafür fehlen.

4.1 Keine Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht

61 Wie bereits erläutert, traf die Beklagte nie eine vorvertragliche Aufklärungspflicht (Rz 43 ff.). Sie konnte somit eine solche auch nicht verletzen.

4.2 Kein Schaden

62 Die Klägerin 1 erlitt durch den Vertrieb der Waren in den USA - wie bereits in der Einleitungsantwort erwähnt (BO-10, Rz. 10) - keinen Schaden, da sie nur für das internationale Geschäft exklusive USA zuständig ist (BO-13, Rz. 1 f.). Im Gegenteil, sie profitierte von den Geschäften der Beklagten, wie sie dieser u.a. per Mail mitteilte (BO-14). Die Anspruchsberechtigung der Klägerin 1 aus Drittschadensliquidation wird von der Beklagten bestritten (Rz. 40 ff.).

63 Zu beachten ist weiter, dass falls der Klägerin 2 ein Schaden entstanden wäre und Klägerin 1 diesen geltend machen könnte, es sich dabei um entgangenen Gewinn handelte. Im Rahmen der c.i.c. besteht Anspruch auf das negative Interesse (WIEGAND, KuKo, N 29 zu Art. 1; BUCHER, S. 223). Dieses umfasst den entgangenen Gewinn nicht (BGE 76 II 300, E. 3).

4.3 Kein Verschulden

64 Ein Verschulden würde voraussetzen, dass die Beklagte die Aufklärungspflicht - falls sie bestand - mit Wissen und Willen verletzte (Vorsatz) oder zumindest die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht gelassen hätte (Fahrlässigkeit; SCHWENZER, N 12/ 14 zu § 22). Zur Bestimmung der Fahrlässigkeit ist ein objektivierter Massstab anwendbar, d.h. die anzuwendende Sorgfalt wird anhand des fiktiven Verhaltens einer vernünftigen Person in der gleichen Situation beurteilt (GAUCH/ SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT II, Nr. 2989 ff.; GRIEDER, S. 104 ff.).

65 Ein Vorsatz der Beklagten muss von vornherein ausgeschlossen werden, da die Beklagte nicht um die Aufklärungspflicht wusste (Rz. 43 ff.) und sie daher auch nicht willentlich verletzen konnte. Bleibt die Frage, ob das Verletzen der Aufklärungspflicht der mangelnden Sorgfalt der Beklagten zuzuschreiben ist. Dies ist jedoch ebenfalls zu verneinen. Dass die Beklagte sich nie durch eine Vertragsgebietsklausel gebunden fühlte, ist der unvollständigen Gegenofferte zuzuschreiben, für die die Klägerinnen die Verantwortung tragen (Rz. 49). Aufgrund dessen war bei Abschluss des Distributionsvertrags für die Beklagte die Wesensimmanenz der

Vertragsgebietsklausel für Klägerin 1 nicht erkennbar. Über die innere Aufgabenteilung der Klägerinnen sowie Vertriebstätigkeit der Klägerin 2 wusste die Beklagte nicht Bescheid (Rz. 38). Dies ist den Klägerinnen zuzuschreiben ist. Für eine vernünftige Person in der gleichen Situation wie die Beklagte hätte somit kein Anlass bestanden, sich über etwaige Gebietszuteilungen Gedanken zu machen. Sie hätte somit, genauso wie die Beklagte, nicht erkannt, dass eine Aufklärungspflicht bestand. Die Beklagte handelte folglich nicht fahrlässig, weshalb sie kein Verschulden trifft.

5 Keine Schlechterfüllung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR

66 Die Klägerinnen machen in der Klageschrift (BO-3, Rz. 76 ff.) geltend, dass die Beklagte eine vertragliche Nebenpflicht verletzt habe. Dies wird von der Beklagten vollumfänglich bestritten und zwar aus folgenden Gründen.

5.1 Keine Verletzung vertraglicher Nebenpflichten

5.1.1 Während des Distributionsvertrages

67 Zum einen machen die Klägerinnen geltend, die Verletzung der Aufklärungspflicht, als vertragliche Nebenpflicht, sei dadurch erfolgt, dass die Beklagte in die USA geliefert habe (BO-3, Rz. 77). Damit implizieren die Klägerinnen, dass die Lieferung in die USA durch die Beklagte erlaubt war, sie hätte die Klägerinnen einfach darüber informieren müssen. Die Aufklärungspflicht über den Lieferungsart wird indessen von der Beklagten wie bereits in Rz. 51 ff. vorgebracht, klar angefochten. Somit kann nicht behauptet werden, die Gebietszuordnung sei für die Klägerinnen von ausschlaggebender Bedeutung gewesen und es hätte eine erhöhte Aufklärungspflicht für die Beklagte bestanden (GILOMEN, S. 66).

68 Auch das Argument, die vertragliche Nebenpflicht sei verletzt worden, indem die Beklagte die Klägerin 2 konkurrenziert habe, ist abwegig (BO-3, Rz. 76). Dies hat nichts mit einer Aufklärungspflicht zu tun. Zudem hatte die Beklagte bis zum Entstehen des Streits keine Ahnung, dass die Klägerin 2 die alleinige Vertreiberin in den USA ist.

69 Zu guter Letzt bringen die Klägerinnen vor, die Beklagte habe gegen Art. 3 des Distributionsvertrages verstossen, indem sie die Produkte im Internet anbot (BO-3, Rz. 77). Im heutigen Zeitalter ist es normal, dass man Produkte, die man verkaufen möchte, im Internet anbietet; was auch von der Klägerin 1 nicht untersagt wurde. Nach dem Stand der Technik ist es praktisch unmöglich, eine Internetseite nur in bestimmten Ländern zugänglich zu machen. Und ein Handel ohne Internet ist heutzutage unvorstellbar.

70 Des Weiteren kann es sich beim Publizieren im Internet noch nicht um ein aktives Anwerben handeln. Nach wie vor muss sich jeder potentielle Kunde selbst darum kümmern, dass er zu

den Produkten kommt, die angeboten werden. Der erste Kontakt geht vom potenziellen Käufer aus und nicht vom Verkäufer. Somit hat die Beklagte das Anwerbeverbot nicht verletzt und auch nicht gegen Art. 3 des Distributionsvertrages verstossen.

5.1.2 Vor dem 30. März 2009

71 Bei genauerer Betrachtung der Klageschrift wird ersichtlich, dass die Klägerinnen nur Ansprüche nach Abschluss des Distributionsvertrages unter dem Punkt der Schlechterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 OR geltend machen. Der im Rechtsbegehren geltend gemachte Schadenersatzanspruch von USD 1'435'000 beziehungsweise CHF 1'556'920 bezieht sich dagegen auf die gesamte Geschäftsbeziehung. Daraus muss folgen, dass sich dieser um den Betrag vor dem Distributionsvertrag reduziert.

72 Sollte das Schiedsgericht der Auffassung sein, der Klageschrift sei der gesamte Anspruch zu entnehmen gilt folgendes: In den Verträgen vor dem Distributionsvertrag lag keine Gebietsklausel vor (Rz. 49). Daher konnte diese von der Beklagten auch nicht verletzt werden.

5.2 Schaden und Verschulden

73 Für Schaden und Verschulden kann auf die Ausführungen zur c.i.c. verwiesen werden. (Rz. 60 ff.).

5.3 Keine Vertragsauflösung bei Verletzung einer Nebenpflicht

74 Die Klägerinnen erkennen richtig (BO-3, Titel 6.5), dass ein Vertrag durch die Verletzung einer Nebenpflicht nicht aufgelöst wird. In diesem Falle hat die Beklagte weiterhin Anspruch auf die Lieferung von 100 Paletten PowerBar und 100 Paletten PowerUp. Die Klägerin 1 befindet sich somit im Schuldnerverzug. Sie ist daher verpflichtet, der Beklagten den Ersatz des Verspätungsschadens (Art. 103 OR) zu leisten (HUGUENIN, Nr. 673).

6 Kein Anspruch aus unechter GoA i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR

75 Die Klägerinnen machen einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns aus unechter GoA nach Art. 423 Abs. 1 OR geltend (BO-3, Rz. 64 ff.). Die Beklagte bestreitet diesen Anspruch.

6.1 Kein fremdes Geschäft

76 Die Beklagte macht geltend mit dem Verkauf der Ware in den USA kein fremdes Geschäft der Klägerin 2, sondern ein eigenes geführt zu haben. Die Fremdheit des Geschäfts ist bei der unechten GoA eng zu fassen, da sie als Rechtfertigung für die Gewinnherausgabe dient (LISCHER, S. 28). Wie in der Klageschrift richtig festgestellt (BO-3, Rz. 65), muss daher, damit das Geschäft für den Geschäftsführer fremd ist, das Recht zur Vorteilerzielung ausschliesslich dem Geschäftsherrn zustehen (LISCHER, S. 30). Umgekehrt betrachtet, müsste der Be-

klagen durch eine (Unterlassungs-)pflicht die Vorteilserzielung verboten sein (BGE 126 III 69, übersetzt in: Pra 90/2001, Nr. 11). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Beklagte bezog die Ware, die sie in den USA verkaufte, über einzelne Kaufverträge bzw. den Distributionsvertrag (BO-13, Rz. 1, BO 4-6) direkt bei Klägerin 1, der offiziellen Distributorin dieser Produkte.

77 Dass Klägerin 2 gemäss interner Aufgabenteilung für den Vertrieb in den USA zuständig ist, verleiht ihr gegenüber der Beklagten kein subjektives Recht, wie die Klägerinnen fälschlicherweise geltend machen (BO-3, Rz. 65): Ein Alleinvertriebsrecht von Klägerin 2 in den USA würde gegenüber der Beklagten aufgrund der Relativität von Verträgen (statt aller: HUGUENIN, Nr. 50) nur Wirkung entfalten, wenn sie diesbezüglich einen Vertrag mit ihr abgeschlossen hätte. Da dies nicht der Fall ist, entfaltet die rein interne Regelung zwischen den Klägerinnen bezüglich des Vertriebsgebiets für die Beklagte keinerlei rechtliche Wirkung. Anderes würde bedeuten, dem Alleinvertriebsrecht erga omnes Wirkungen zuzusprechen. Das wäre angesichts des freien Wettbewerbs unhaltbar. Das Recht zur Vorteilserzielung in den USA stand somit nicht ausschliesslich den der Klägerin 2 zu. Die Beklagte war folglich zum Vertrieb berechtigt und führte beim Verkauf der Ware in den USA ihr eigenes Geschäft.

6.2 Geschäft im Eigeninteresse der Beklagten

78 Die Beklagte führte ihr eigenes Geschäft natürlich in ihrem eigenen Interesse. Allerdings nicht ausschliesslich: Aufgrund der Verträge mit der Klägerin 1 (BO- 4-6; BO-2) sowie der positiven Rückmeldungen per Mail (BO-14) war sie der Ansicht, dass auch die Klägerin 1 vom guten Geschäftsgang profitierte. Über die interne Kompetenzaufteilung der Klägerinnen bzgl. des Vertriebs war der Beklagten nichts bekannt (BO-1, E. 3).

6.3 Gutgläubigkeit der Beklagten

79 Wie die Klägerinnen richtig feststellen (BO-3, Rz. 67) ist Bösgläubigkeit, d.h. das Wissen oder Wissen müssen um die Fremdheit des Geschäfts, Voraussetzung für einen Gewinnherausgabeanspruch nach Art. 423 Abs. 1 OR (LISCHER, S. 46 f.; BGE 126 III 382, E. 4.b.aa). Die Beklagte bestreitet indessen bösgläubig gehandelt zu haben.

80 Der Beklagten war, anders als in der Klageschrift (Bo-3, Rz. 67) behauptet, die interne Aufgabenteilung der Klägerinnen nicht bekannt (Rz. 38). Sie wusste noch nicht einmal, dass die Klägerin 2 auch im Vertrieb tätig war (BO-1, E. 3). Da die Beklagte keine Pflicht hatte, sich aus eigenem Antrieb über die internen Verhältnisse der Klägerinnen zu informieren und diese ihre Pflicht diesbezüglich vernachlässigten (Rz. 38), musste die Beklagte nicht um die Fremdheit des Geschäfts wissen. Sie handelte folglich gutgläubig.

7 Bestreiten der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung

81 Soweit die Klägerin 2 einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung behauptet (BO-3, Rz. 71), ist das Schiedsgericht hierfür nicht zuständig, da dieser Anspruch nicht vom objektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel erfasst ist. Wie die Klägerinnen selbst vorbringen, fallen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nur dann unter eine Schiedsklausel mit dem Inhalt „sämtliche Streitigkeiten *aus* diesem Vertrag“, wenn der Vertrag nachträglich dahin fällt (BO-3, Rz. 24). Wie hinreichend dargelegt wurde, ist der Vertrag i.c. nicht dahin gefallen. Im Übrigen sind Bereicherungsansprüche *per definitionem* keine Ansprüche *aus* einem Vertrag; nur solche wollen aber durch die geschlossene Schiedsklausel gedeckt sein. Das erkennen implizit wohl auch die Klägerinnen, indem sie für die Klägerin 1 keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen.

82 Eventualiter sind die Voraussetzungen nicht gegeben. Zunächst stammt der Gewinn aus den Verkäufen nicht, wie vom Wortlaut gefordert, aus dem Vermögen des präsumtiv Entreicherten. Die Auffassung der Klägerinnen (BO-3, Rz. 72) ist keineswegs unbestritten (BGer 4C.433/2006, E. 3.1; KOLLER, § 30 N 3; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID, OR AT I, Nr. 1565 mit zahlreichen Nachweisen). Weiter kann von einem Eingriff in das Vermögen unter dem Gesichtspunkt des freien Wettbewerbs keine Rede sein. Andernfalls würde jedes konkurrierende Tätigwerden am Markt einen Bereicherungsanspruch begründen. Wie oben gezeigt wurde (Rz. 78 ff.), ist die „Bereicherung“ auch nicht ungerechtfertigt.

8 Widerlegung der Einrede der Verrechnung gemäss Art. 120 OR

83 Die Beklagte konnte im November 2009 mit dem Hilfswerk Mercy in Action ein Geschäft über die Lieferung von 100 Paletten Energieriegel sowie 100 Paletten Proteinshakes abschliessen. Als Kaufpreis wurden CHF 700'000 vereinbart (BO-15).

8.1 Ausgangslage

84 Die Beklagte gab ihrerseits eine Bestellung bei der Klägerin 1 auf, welche jedoch in der Folge nicht lieferte (BO-16). Es ist daher der Beklagten die Vorauszahlung von CHF 500'000 zurück zu erstatten. In der Klageschrift machen die Klägerinnen hierzu die Einrede der Verrechnung geltend. Nachfolgend ist an dieser Stelle aufzuzeigen, weshalb eine Verrechnung i.c. nicht gültig zustande kommen kann.

8.2 Voraussetzungen

85 Ob eine Verrechnung möglich ist, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen von Art. 120 ff. OR gegeben sind. Namentlich sind dies die Gegenseitigkeit der Forderungen, die

Gleichartigkeit und die Fälligkeit bzw. Erfüllbarkeit der Forderungen (AEPLI, ZK OR, N 84 zu Art. 120 OR). Die zwei letzteren – d.h. die Gleichartigkeit der Forderungen sowie die Fälligkeit bzw. Erfüllbarkeit derselben – sind für die rechtliche Würdigung belanglos.

- 86 Die Gegenseitigkeit der Forderung bedeutet, dass die Parteien – d.h. die Klägerin 1 und die Beklagte – jeweils gleichzeitig Gläubiger und Schuldner der anderen Partei sind (BGE 132 III 342, E. 4.3). Dies ist hier nicht gegeben, da die Verrechnungsforderung (USD 1`435`000) zwischen der Beklagten und der Klägerin 2 besteht, die Hauptforderung (CHF 500`000) hingegen zwischen der Beklagten und der Klägerin 1.
- 87 Die Klägerinnen machen an dieser Stelle die Rechtsfigur der Konzernverrechnung geltend, d.h. Aussenstehende dürfen ihre Forderungen mit *einem* Konzernunternehmen verrechnen, auch wenn ihre Forderung gegenüber einem *anderen* Konzernunternehmen besteht (HANDSCHIN, S. 277). Dieser Grundsatz darf nicht aus blossen Gründen der Billigkeit in die andere Richtung möglich sein. Ein Durchgriff erfolgt in aller Regel zu Lasten der Beteiligten. Zu Gunsten der juristischen Person oder zu Gunsten der Gesellschafter wird ein Durchgriff nach h.L. grundsätzlich nicht zugelassen (MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER, § 2 N 45). Es ist deshalb nicht verständlich, weshalb die Konzernverrechnung in die andere Richtung gelten soll.
- 88 In einem Konzern sind die verschiedenen Gesellschaften voneinander *rechtlich unabhängig*. Die fehlende Gegenseitigkeit kann allein durch Vertrag beseitigt werden, insb. in Form von Konzernverrechnungsklauseln (WOLFGANG PETER, BSK OR I, N 7 zu Art. 120 OR). Dies ist hier nicht erfolgt. Nicht anerkannt werden darf der Durchgriff *zugunsten* der Klägerinnen. Die Beklagte darf – und muss sogar – auf das äussere Erscheinungsbild der Klägerinnen vertrauen.
- 89 Die Klägerin 1 kann selbständig Verträge mit Dritten abschliessen, d.h. die Beklagte wird gemäss dem Distributionsvertrag nur gegenüber der Klägerin 1 verpflichtet. Sie ist daher zu verpflichten, der Beklagten den Betrag von CHF 500`000 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 28. November 2009 zu bezahlen.

IV Abschliessende Würdigung

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 7