

Adimax GmbH  
Esslinger Strasse 12  
D-70182 Stuttgart

17. April 2007

*vertreten durch:*  
Moot Court Gruppe 3

Marina Wyler  
Benjamin Büchler  
Simon Gluch  
Marc Hanslin

# **KLAGEANTWORT**

**IN SACHEN**

**JOHANN MÜLLER**

Lindenstrasse 18  
CH-8152 Glattbrugg

**KLÄGER**

vertreten durch  
Moot Court Gruppe 4

**gegen**

**ADIMAX GMBH**

**BEKLAGTE**

vertreten durch  
Moot Court Gruppe 3

## **Rechtsbegehren**

1. *Es sei festzustellen, dass der Sponsoringvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten vom 26. Aug. 2005 mit Wirkung zum 10. Nov. 2006 aufgelöst worden ist;*
2. *Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten 150'000 CHF zuzüglich Zins zu 5% ab dem 11. Nov. 2006 zu bezahlen;*
3. *Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten 35'000 CHF zu bezahlen;*
4. *Es sei dem Kläger zu verbieten, Bekleidung und Schuhe, die von der Beklagten hergestellt und/oder vertrieben wurden, in der Öffentlichkeit zu tragen.*
5. *Es sei der Kläger zu verpflichten, die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens vor dem Landgericht Stuttgart (Az. 4 O 513/06) definitiv zu tragen und er sei zu verpflichten die Beklagte für das Massnahmeverfahren mit weiteren 3'095 EUR zu entschädigen;*  
  
*alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.*

## **Inhaltsübersicht**

<b>Rechtsbegehren .....</b>	<b>I</b>
<b>Inhaltsübersicht.....</b>	<b>II</b>
<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>III</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>V</b>
<b>Zeitschriftenverzeichnis .....</b>	<b>VII</b>
<b>Entscheidverzeichnis.....</b>	<b>VIII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>IX</b>
<b>1. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>2. Vertragsauflösung .....</b>	<b>1</b>
<b>3. Schadenersatz für entgangenen Gewinn .....</b>	<b>6</b>
<b>4. Geheimhaltungspflicht .....</b>	<b>7</b>
<b>5. Bestreitung des Anspruches auf Schadenersatz .....</b>	<b>10</b>
<b>6. Veröffentlichung auf der Website der Adimax GmbH.....</b>	<b>13</b>
<b>7. Anspruch auf höhere Prozessentschädigung .....</b>	<b>19</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Rechtsbegehren</b> .....	<b>I</b>
<b>Inhaltsübersicht</b> .....	<b>II</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>III</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>V</b>
<b>Zeitschriftenverzeichnis</b> .....	<b>VII</b>
<b>Entscheidverzeichnis</b> .....	<b>VIII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>IX</b>
<b>1. Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>2. Vertragsauflösung</b> .....	<b>1</b>
2.1. Korrekte Kündigung .....	1
2.2. Feststellungsinteresse.....	3
2.3. Konventionalstrafe.....	3
2.3.1. Anspruch auf Konventionalstrafe .....	3
2.3.2. Strafzahlung in vollem Umfang.....	4
<b>3. Schadenersatz für entgangenen Gewinn</b> .....	<b>6</b>
3.1. Umsatzeinbruch .....	6
3.2. Klägerverhalten als Ursache .....	6
3.3. Nichtgelingen der Exkulpation .....	7
<b>4. Geheimhaltungspflicht</b> .....	<b>7</b>
4.1. Inhalt der Geheimhaltungsklausel.....	8
4.1.1. Anwendung des Vertrauensprinzips .....	8
4.1.2. Analoge Anwendung von Arbeitsrecht.....	8
4.1.3. Analoge Anwendung von Auftragsrecht .....	9
4.1.4. Zwischenfazit.....	9
4.2. Keine geheimhaltungswürdige Aussage.....	9
4.3. Fazit.....	10

<b>5.</b>	<b>Bestreitung des Anspruches auf Schadenersatz .....</b>	<b>10</b>
5.1.	Kein Haftungsanspruch aus Art. 368 OR .....	10
5.2.	Kein Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 3 SV i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR .....	10
5.2.1.	Erfüllung der vertraglichen Anpassungspflicht gemäss Art. 3 SV .....	10
5.2.2.	Wahrung vertraglicher Nebenpflichten.....	11
5.3.	Kausalzusammenhang.....	12
5.4.	Exkulpationsbeweis .....	12
5.5.	Umfang des Schadenersatzes.....	13
<b>6.</b>	<b>Veröffentlichung auf der Website der Adimax GmbH.....</b>	<b>13</b>
6.1.	Kein Vorliegen von unwahren Tatsachenbehauptungen .....	13
6.1.1.	Verwicklung in einen Raufhandel .....	14
6.1.2.	Keine Bereitschaft der Beklagten für sex, drugs and alcohol Gelder auszugeben .....	14
6.1.3.	Eventualiter .....	14
6.2.	Werturteile .....	16
6.3.	Eventualiter: keine Widerrechtlichkeit / Rechtmässigkeit.....	16
6.3.1.	Allgemein zugängliche Tatsachen .....	16
6.3.2.	Überwiegendes öffentliches und privates Interesse.....	17
6.4.	Abweisung der weiteren Ansprüche .....	18
6.4.1.	Wegen mangelnder Persönlichkeitsverletzung.....	18
6.4.2.	Eventualiter: wegen mangelnden materiellen Voraussetzungen .....	18
6.4.2.1.	Berichtigung gemäss Art. 28c Abs. 3 ZGB .....	18
6.4.2.2.	Feststellungsklage gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB .....	18
6.4.2.3.	Urteilspublikation gemäss Art. 28a Abs. 2 ZGB .....	19
<b>7.</b>	<b>Anspruch auf höhere Prozessentschädigung .....</b>	<b>19</b>
7.1.	Zuständigkeit des Schiedsgerichts .....	19
7.2.	Entscheid des Landgerichts Stuttgart.....	19
7.3.	Schiedsgericht als in der Hauptsache zuständiges Gericht.....	19
7.4.	Anspruch auf Zahlung weiterer EUR 3'095 aus Art. 38 lit. e SchO .....	20
7.5.	Angemessenheit der entstandenen Kosten.....	20

## Literaturverzeichnis

- BENTELE Roland Die Konventionalstrafe nach Art. 160 – 163 OR, Diss. Freiburg 1994.  
Zitiert: BENTELE
- ENGEL Pierre Traité des obligations en droit suisse, 2. Auflage, Bern 1997.  
Zitiert: ENGEL
- ENSTHALER Jürgen HGB – Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, 7. Auflage, Neuwied 2007.  
Zitiert: GK-HGB-BEARBEITER
- FREITAG Andreas Die Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeit des ausübenden Künstlers, Baden-Baden 1993.  
Zitiert: FREITAG
- GAUCH Peter Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996.  
Zitiert: GAUCH
- GAUCH Peter, SCHLUEP Walter R., SCHMID Jörg, REY Heinz Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band I, 8. Auflage, Zürich 2003.  
Zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID
- GAUCH Peter, SCHLUEP Walter R., SCHMID Jörg, REY Heinz Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band II, 8. Auflage, Zürich 2003.  
Zitiert: GAUCH/SCHLUEP/REY
- HILTY Reto M. Lizenzvertragsrecht, Bern 2001.  
Zitiert: HILTY
- HONSELL Heinrich, VOGT Nedim Peter, GEISER Thomas (Hrsg.) Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch I Art. 1 – 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2003.  
Zitiert: BSK ZGB I-BEARBEITER
- HONSELL Heinrich, VOGT Nedim Peter, WIEGAND Wolfgang (Hrsg.) Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I Art. 1 – 526 OR, 3. Auflage, Basel 2006.  
Zitiert: BSK OR I-BEARBEITER
- HUGUENIN Claire Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2006.  
Zitiert: HUGUENIN OR AT
- HUGUENIN Claire Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2004.  
Zitiert: HUGUENIN OR BT

- REDFERN Alan, HUNTER Martin      Law and Practice of international commercial Arbitration, 4. Auflage, London 2004.  
Zitiert: REDFERN/HUNTER
- REINER Andreas                      ICC Schiedsgerichtsbarkeit, Ein Handbuch für die Praxis, Wien 1989.  
Zitiert: REINER
- REY Heinz                              Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich 2003.  
Zitiert: REY
- SCHMIDT Karsten (Hrsg.)          Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 4, Drittes Buch – Handelsbücher §§ 238 – 342a, München 2001.  
Zitiert: MünchKomm HGB-BEARBEITER
- SCHWENZER Ingeborg              Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2006.  
Zitiert: SCHWENZER
- WEBER Rolf                            Berner Kommentar VI/1 zu OR 97-109, Bern 2000.  
Zitiert: BK OR-BEARBEITER
- WEHRLI Hans Peter                 Marketing, Zürich 1990.  
Zitiert: WEHRLI
- WICKIHALDER Urs                    Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers, Diss. Zürich, Bern 2004.  
Zitiert: WICKIHALDER
- ZUBERBÜHLER Tobias, MÜLLER      Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, Zürich 2005.  
Christoph, HABEGGER Philipp  
(Hrsg.)                                  Zitiert: SRC-BEARBEITER

## Zeitschriftenverzeichnis

- HAUSHEER Heinz, AEBI-MÜLLER Regina E.      Persönlichkeitsschutz und Massenmedien, Eine Darstellung der aktuellen privatrechtlichen Ausgangslage, in: recht 4/2004 S. 129 ff.  
Zitiert: HAUSHEER/AEBI-MÜLLER
- NETZLE Stefan      Der Sportler – Subjekt oder Objekt, in: ZSR 1996, 2. Halbband, S. 1 ff.  
Zitiert: NETZLE Sportler
- RIEMER Hans Michael, RIEMER-KAFKA Gabriela      Entwicklungen im Personenrecht (natürliche Personen), in: SJZ 97 (2001) Nr. 19 S. 427 ff.  
Zitiert: RIEMER/RIEMER-KAFKA
- TAKEI Naoki D.      Inhalt und Rechtsfolgen von Geheimhaltevereinbarungen, in: SJZ 103 (2007), S. 57 ff.  
Zitiert: TAKEI
- WEBER Rolf      Sorgfaltswidrigkeit – Quo Vadis? In: ZSR 1988 Band 1, S. 39 ff.  
Zitiert: WEBER ZSR



## **Entscheidverzeichnis**

### ***Schweizerisches Bundesgericht***

Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 19. Dezember 2002, BGE 129 V 177 ff.

Zitiert: BGE 129 V 177

Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile du 5 juillet 2001, BGE 127 III 444 f., in: Pra 2002, Nr. 22.

Zitiert: Pra 2002

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Mai 2001, BGE 127 III 365 ff.

Zitiert: BGE 127 III 365

Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 7. Juli 2000, BGE 126 III 305 ff.

Zitiert: BGE 126 III 305

Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Juli 1996, BGE 122 III 420 ff.

Zitiert: BGE 122 III 420

Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Dezember 1995, BGE 121 III 453 ff.

Zitiert: BGE 121 III 453

Urteil des Kassationshofes vom 24. Januar 1992, BGE 118 IV 41 ff.

Zitiert: BGE 118 IV 41

Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 27. Juni 1990, BGE 116 Ia 162 ff.

Zitiert: BGE 116 Ia 162

Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Juni 1988, BGE 114 II 264 ff.

Zitiert: BGE 114 II 264

Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Oktober 1965 BGE 91 II 372 ff.

Zitiert: BGE 91 II 372

Urteil der II. Zivilabteilung vom 24. Mai 1956, BGE 82 II 397 ff.

Zitiert: BGE 82 II 397

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Beschl.	Beschluss
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Lausanne ab 1875
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999.
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EUR	Euro
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GK	Gemeinschaftskommentar
HGB	Handelsgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland vom 10. Mai 1897.
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KS	Klageschrift
LG	Landgericht
Lit.	Litera
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MünchKomm	Münchener Kommentar
N.	Note

Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911.
Pra	Die Praxis, Basel ab 1912.
RdNr.	Randnummer
recht	Recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Bern ab 1983
Rz.	Randziffer, bezieht sich ohne weitere Hinweise auf die Klageantwort
S.	Seite
SchO	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich ab 1904.
SRC	Swiss Rules Commentary
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.
SV	Sponsoringvertrag
u.a.	unter anderem
v.a.	vor allem
Vgl.	Vergleiche
Z.	Zeile
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel ab 1852.

## 1. Einleitung

- 1 Die Beklagte wird zunächst beweisen, dass die Kündigung rechtmässig erfolgt ist [2]. (Streitfrage 1)
- 2 Die Beklagte legt des weiteren dar, dass ihr ein Anspruch auf Schadenersatz für entgangenen Gewinn zusteht [3]. (Streitfrage 7)
- 3 Im Übrigen verletzt die Beklagte weder die Geheimhaltungsvereinbarung [4] noch die Persönlichkeitsrechte [6] des Klägers durch ihre Internetpublikation. (Streitfragen 2 und 4)
- 4 Ausserdem widerlegt die Beklagte den Anspruch des Klägers auf Ersatz der Behandlungskosten [5]. (Streitfrage 3)
- 5 Schliesslich wird dargelegt, dass der Beklagten ein Anspruch auf Zusprechung einer höheren Prozessentschädigung zusteht [7]. (Streitfragen 6.2 und 6.3)

## 2. Vertragsauflösung

### 2.1. Korrekte Kündigung

- 6 Der Kläger weist richtig darauf hin, dass der sportliche Erfolg des Sponsornehmers in die Risikosphäre des Sponsors fällt (Z. 67 KS). Dabei übersieht er, dass nicht seine mangelnde sportliche Leistung, sondern der veränderte Lebenswandel und der damit verbundene Imagewechsel der Grund für die Kündigung ist. Da der Kläger sich ein Image aufgebaut hat, das mit dem vertraglich vereinbarten nicht mehr vergleichbar ist (K-3) und so den Vertrag verletzte, kündigte die Beklagte korrekterweise gestützt auf Art. 11 Abs. 2 SV.
- 7 Die Beklagte wollte von der „positiven Publizität“ des Klägers profitieren (B-8 S. 8). Die hohe Übereinstimmung der vom Kläger einst vertretenen Werte mit dem Selbstverständnis der Beklagten bildete Grundlage dieses Vertrages (K-3). Das Image des Sponsornehmers wurde vor den Vertragsverhandlungen mit „Zuverlässigkeit“, „Leistung“, „Loyalität“ und „Disziplin“ umschrieben (B-8 S. 6). Der Kläger erklärte sich ausdrücklich einverstanden mit diesem Öffentlichkeitsbild (E-Mail vom 28. Juli 2005, B-7). Dieses Image ist Element des Vertrages (Präambel SV). Wie der Kläger auch zugibt, schuldete er imagegemässes Verhalten (Z. 47 KS). Analoge Anwendung des Lizenzvertragsrecht (Z. 31 ff. KS) ergibt, dass tatsächliche Veränderungen am Image in die Risikosphäre des Schuldners fallen (vgl. HILTY S. 924). So kann im Weiteren *nicht* behauptet werden, die Beklagte habe ein diesen Werten widersprechendes Auftreten in Kauf zu nehmen (entgegen Z. 512 f. KS).
- 8 Hauptleistungen eines Vertrages sind vertragstypische Leistungen, sowie jene Leistungen, welche für die Parteien von besonderer Bedeutung sind (SCHWENZER N. 4.21, 4.25). Es ist aber nicht ersichtlich,

inwieweit die vom Kläger falsch vorgenommene Einordnung des Images als *Nebenleistung* von Bedeutung ist, da der Kläger hieraus keine konkreten Folgen zieht. Es ist unbestritten, dass das stipulierte Image ein *essentialium negotii* darstellt, dass die Beklagte sich nur mit den Werten „Zuverlässigkeit“, „Leistung“, „Loyalität“, „Disziplin“ identifizieren lassen wollte (Z. 50 KS).

- 9 Der Kläger behauptet einen aus Art. 27 ZGB und Art. 13 BV abgeleiteten Schutzbereich der Persönlichkeit (Z. 48 f., 518 ff. KS). Es ist nicht ersichtlich, woher die Drittwirkung des Grundrechts der persönlichen Freiheit abgeleitet wurde. Eine vertragliche Bindung kann entweder weil sie an einen höchstpersönlichen Bereich anknüpft oder wegen ihrer Intensität die Persönlichkeit übermässig beschränken (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N. 658 ff.). Wird das eigene Image kommerzialisiert, können Berührungen mit dem Intimbereich der Persönlichkeit aber nie ausgeschlossen werden (FREITAG S. 154).
- 10 Es ist richtig, dass vom Kläger nicht ein bestimmtes Verhalten im Bereich seiner persönlichen Beziehungen verlangt werden darf. Die Beklagte erwartete nur, dass der Sponsornehmer in der Öffentlichkeit für die vertraglich geschuldeten Werte eintritt und alle Handlungen unterlässt, die geeignet sind, sein Image zu verändern. Erfolgreicher Berufssportler zu sein setzt zwingend einen disziplinierten und seriösen Lebenswandel voraus. Insofern verlangt die Beklagte nichts anderes, als was der Kläger schon seinem Verein und moralisch auch seinen Fans schuldet.
- 11 Durch sein Verhalten legte der Kläger die Ursache für eine Medienkampagne, welche er laufend mit neuem Futter anheizte (B-1 bis B-5). Die Print- und Broadcastmedien zeichneten ein neues Bild vom Kläger, geprägt von exzessivem Lebensstil inklusive Alkoholmissbrauch, Promiskuität und Liederlichkeit. Hierdurch wurde die öffentliche Wahrnehmung des Klägers nachhaltig negativ verändert. Der Kläger gibt diesen Wandel auch implizit zu, indem er behauptet, die Beklagte habe diesen Wechsel in Kauf zu nehmen (Z. 510 ff. KS). Das neue Image ist für die Beklagte gänzlich unbrauchbar, da nicht mehr vermarktungsfähig. Die erfolgte Publizität ist unvereinbar mit der eigentlich erwünschten positiven (Rz. 7).
- 12 Das BGer wendet zur Unterscheidung, ob eine andere als die vertraglich geschuldete Leistung erbracht wurde, also ob Nicht- oder bloss Schlechterfüllung vorliegt, einen relativen Gattungsbegriff an. Zentral ist, welche Spezifikationen abgemacht wurden und welche Wichtigkeit den einzelnen Merkmalen beigemessen wurde (BGE 121 III 453, 456). Wendete man die vom Kläger angeführte Dichotomie auf den vorliegenden Fall an (Z. 54 ff. KS), müsste man von einer Nichterfüllung ausgehen, weil durch den Imagewandel der Kläger ein Öffentlichkeitsbild besitzt, welches nicht mehr die vertraglich stipulierten Eigenschaften aufweist (vgl. Rz. 11). Das neue Image ist für die Beklagte gänzlich unnütz. Diese Unterscheidung ist aber bei der vorliegenden Leistungsstörung wenig sachdienlich, da die Kündigung bereits dann zulässig ist, wenn die vertragliche Leistung nicht

erbracht wurde. Eine Unterscheidung kann zudem i.c. nur schwer vorgenommen werden (vgl. BK OR-WEBER Art. 97 N. 66). Viel hilfreicher ist die Frage, ob, in Hinblick auf die Vertragserfüllung, die nötige Sorgfalt angewendet wurde (WEBER ZSR S. 54). Diese ist gewahrt, wenn vernünftig und vorsichtig gehandelt wurde, so wie es ein durchschnittlicher Mensch in der gleichen Lage getan hätte (BK OR-WEBER Art. 99 N. 82). Andernfalls ist die Leistung als nicht erbracht und der Vertrag als verletzt zu betrachten. Ein vernünftiger Profifussballer würde, entgegen dem Moralverständnis des Klägers (Z. 514 ff. KS), nicht betrunken ein Fahrzeug lenken, dauernd an Partys negativ auffallen und so den Vertragszweck gefährden, sondern sich auf seinen Beruf konzentrieren.

13 So sagt auch Netzle, dass wenn ein Sponsornehmer durch sein Verhalten ausserhalb der Sportplätze bewusst seine positive Werbewirkung aufs Spiel setzt, ein typischer Kündigungsgrund vorliege (NETZLE, Sportler N. 159).

14 Der Kläger hat sorgfaltswidrig die vertraglichen Leistungen nicht erbracht. Er hat seine vertragliche Pflicht zum imagegemässen Verhalten nicht erfüllt; sein Image hat geändert. Der Kündigungsfall von Art. 11 Abs. 2 SV ist eingetreten. Der Kläger hat aber nicht nur seine Verpflichtungen, sondern auch das Treueverhältnis massiv verletzt und dem Vertrag seine Grundlage entzogen. Der Beklagten ist eine weitere Vertragsfortführung nicht zumutbar, da sie nicht mehr von der Publizität des Klägers profitieren, sondern sich damit nur noch schaden kann.

## **2.2. Feststellungsinteresse**

15 Die Beklagte hat sowohl ein rechtliches wie auch ein finanzielles Interesse an der Feststellung der Vertragsauflösung. Auch kann nur durch richterliche Bestätigung der Kündigung eine Vergrösserung des Imageschadens verhindert werden.

16 Ob der Kläger konkludent auf sein erstes Rechtsbegehren verzichtet, indem er sein Feststellungsinteresse nicht beweist, hat das Gericht zu beurteilen.

## **2.3. Konventionalstrafe**

### **2.3.1. Anspruch auf Konventionalstrafe**

17 Der Kläger erbrachte die vertraglich vereinbarte Leistung nicht (Rz. 14), worauf die Beklagte nach Art. 11 Abs. 2 SV kündigte. Da sowohl eine gültige Strafabrede wie auch ein wirksamer Hauptvertrag vorliegen, ist die Konventionalstrafe in der vollen Höhe von CHF 150'000 geschuldet.

18 Der Kläger behauptet, die Konventionalstrafe und der Schadenersatz für entgangenen Gewinn deckten das gleiche Interesse und könnten mangels vertraglicher Abmachung nicht kumulativ gefordert werden (Z. 485 ff. KS).

- 19 Die Strafklausel ist in Art. 11 Abs. 2 SV festgehalten. Sie ist geschuldet, wenn die vertragliche Leistung nicht erbracht wurde. Die Klausel erwähnt nicht ausdrücklich, dass die Strafzahlung neben weitere Schadensforderungen tritt. Bei der Auslegung ist insbesondere jene Bedeutung zu betrachten, welche der Strafbegünstigte ihr beilegte (BGE 122 III 420, E.3). Da bei Art. 11 Abs. 2 SV wohl v.a. an die verschuldete mangelhafte Erfüllung gedacht wurde, sollte ein solches Verschulden sanktioniert werden. Damit hätte die Vertragstreue gefördert werden sollen.
- 20 Eine Konventionalstrafe soll den Geschädigten aber auch vor einer schwierigen Schadenssubstantiierung befreien (vgl. Art. 161 Abs. 1 OR). In einem komplexen Verhältnis wie dem vorliegenden Sponsoring fallen bei einer Vertragsverletzung Schäden an, welche gar nicht ersatzfähig oder nur schwer zu beweisen sind. Dieses Risiko wird mit der Konventionalstrafe gedeckt. Es war nie Ziel der Strafklausel, Schadensersatzansprüche zu ersetzen. Sie sollte neben solche Forderungen treten und die Geschädigte Partei zusätzlich entschädigen.
- 21 Durch die Vertragsverletzung des Klägers ist der Beklagten ein nicht bezifferbarer Imageschaden entstanden. Die gesamten Marketingausgaben für die Promotion des Schuhs „Score“ in der Höhe von CHF 1'500'000 – 2'500'000 (B-8 S. 2) wurden sinnlos. Die Produktion dieses Produkts musste eingestellt werden. Der Arbeitsaufwand auf allen Unternehmensstufen für diese rechtliche Auseinandersetzung ist zu beachten. Die weiteren Auswirkungen auf die Gesamtunternehmung sind schwer abzusehen. Solche Kosten sind regelmässig sehr hoch und werden nicht gerichtlich geltend gemacht (vgl. REDFERN/HUNTER Rz. 8-93).
- 22 Die Forderung der Konventionalstrafe soll schlecht oder nicht quantifizierbaren Schaden und Inkonvenienzen ersetzen und den Vertragsverletzer strafen, während der Schadenersatz auf ein anderes Interesse gerichtet ist, nämlich den *unmittelbar* aus der Verletzung resultierenden Schaden, welcher ohne weiteres bewiesen werden kann, zu decken. Diese Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip wird durch das Verhältnis der Höhe der entstandenen Kosten zu der Höhe der Konventionalstrafe gestützt. Das Interesse auf Schadenersatz und das Interesse an der Konventionalstrafe sind deshalb auseinander zu halten und kumulativ gut zu heissen.
- 23 Sollte das Gericht die Auffassung vertreten, dass die Konventionalstrafe nicht kumulativ zu Schadenersatz gefordert werden könne, muss es weiteren Schaden von mindestens CHF 150'000 anerkennen und zu den CHF 35'000 aus entgangenem Gewinn rechnen (Art. 42 Abs. 2, Art. 161 Abs. 2 OR; Rz. 21).

### **2.3.2. Strafzahlung in vollem Umfang**

- 24 Der Kläger will die Konventionalstrafe richterlich herabzusetzen lassen, da ihm nur ein geringes Verschuldens vorgeworfen werden könne und seine wirtschaftlichen Situation dies aufdränge (Z. 98

ff. KS). Eine solche Herabsetzung bedingt die Übermässigkeit der Strafe (Art. 163 Abs. 3 OR). Der Schuldner müsste die Übermässigkeit der Strafe beweisen (BGE 114 II 264), was er jedoch versäumt hat. Die Beklagte wird aufzeigen, weshalb sie zu Recht auf der Zahlung der vollen Konventionalstrafe beharrt.

- 25 Der Kläger gibt an, ohne Vorsatz die Beklagte geschädigt zu haben (Z. 90 f. KS). Doch ist das Verhalten des Sponsornehmers immerhin als fahrlässig zu bewerten (Rz. 14).
- 26 Ziel des Schuldnerschutzes von Art. 163 Abs. 3 OR ist es, den Schuldner vor missbräuchlicher Übervorteilung zu bewahren (BENTELE S. 111 m.w.H.). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Schuldner aus einer Notsituation heraus den Vertrag eingegangen ist (BENTELE S. 112). Der Kläger ist aus freien Stücken das Vertragsverhältnis eingegangen, um einen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen. Eine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des Klägers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist nicht ersichtlich. Art. 163 Abs. 3 OR darf auf diesen Fall gar nicht angewendet werden, weil kein Schutzinteresse besteht.
- 27 Eine Vertragsstrafe erfüllt auch eine Straffunktion (BENTELE S. 9 ff.). Weiter ist sie Ausdruck der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit (Art. 163 Abs. 1 OR; ENGEL S. 866). Wegen dem Prinzip „pacta sunt servanda“ und um ihre Straffunktion zu schützen, dürfen Vertragsstrafen nur in Ausnahmefällen herabgesetzt werden. Eine Reduktion ist insbesondere dann angebracht, wenn zwischen dem Interesse des Gläubigers und der Höhe der Strafe ein massives Ungleichgewicht besteht (BGE 114 II 264).
- 28 Der Kläger ist einziger Imageträger für die Vermarktung des Schuhs „Score“. Angesichts der Abhängigkeit der Beklagten vom Image des Klägers ist die Konventionalstrafe angemessen. Die Höhe des Interesses der Beklagten überwiegt die Konventionalstrafe bei weitem (Rz. 21).
- 29 Das BGer fand eine Vertragsstrafe von CHF 5'000 angemessen für einen vermögenslosen Familienvater mit einem Jahreseinkommen von ca. CHF 10'000 (BGE 91 II 372, E. 11).
- 30 Der Kläger behauptet, die Konventionalstrafe nicht bezahlen zu können, da er nur eine Ratenzahlung von der Beklagten erhalten habe. Dabei lässt er seine gesamte wirtschaftliche Lage unerwähnt. Der Kläger wird über ein regelmässiges Einkommen als Fussballer verfügen und da er bereits im Jahre 2004 als herausragender Sportler ausgezeichnet wurde (B-8 S. 6), ist anzunehmen, dass er inzwischen auch ein gewisses Privatvermögen besitzt. Das Gericht darf der Argumentation des Klägers nicht folgen, dass die Höhe von Konventionalstrafen in Dauerschuldverhältnissen zu Vertragsbeginn aus Prinzip herabgesetzt werden müsse, da der Verletzer in diesem Zeitpunkt noch nicht so viel aus dem Vertrag verdient hat, dass sich für ihn eine Verletzung lohnen würde.



### **3. Schadenersatz für entgangenen Gewinn**

#### **3.1. Umsatzeinbruch**

- 31 Der Kläger hat pflichtwidrig den Vertrag verletzt (Rz. 14). Die Beklagte hat deshalb nach Art. 97 Abs. 1 OR Anspruch auf Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens.
- 32 Aufgrund des Verhaltens des Klägers sind die Verkäufe des Schuhs „Score“ in den Monaten Oktober und November eingebrochen. Dadurch konnte die Beklagte Gewinne in der Höhe von CHF 35'000 nicht realisieren. Dieser entgangene Ertrag kann als erlittener Schaden geltend gemacht werden, wenn er üblicherweise verwirklicht worden wäre (BGE 82 II 397, 401 E. 6). Da es sich beim betreffenden Schuh um ein relativ junges Produkt handelte, ist davon auszugehen, dass es sich noch in einer Wachstumsphase befand. Der geltend gemachte Umsatz wäre ohne weiteres eingetreten.
- 33 Die der Schadensberechnung zu Grunde liegenden Tatsachen müssen nur so weit konkretisiert werden, als dass der Gegenpartei ein „substantiiertes Bestreiten“ möglich ist (BGE 127 III 365, E. 2 b). Diesen Anforderungen genügt die von der Beklagten vorgenommene Berechnung in der Einleitungsantwort (Ziff. 2. c).
- 34 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte nur für den entgangenen Gewinn Schadenersatz verlangt, da die anderen Schadensposten, wie die Kosten aus der Produktionseinstellung, von der Konventionalstrafe gedeckt werden (s.a. Rz. 22).

#### **3.2. Klägerverhalten als Ursache**

- 35 Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist bereits dann zu bejahen, wenn ohne das schädigende Ereignis der Schaden zu einem anderen Zeitpunkt oder nicht in gleicher Weise eingetreten wäre (BGE 129 V 177, 181).
- 36 Das Corporate Image ist unmittelbar mit dem Image des Sponsornehmers verbunden (WEHRLI S. 110 f.). Für die Marktpositionierung, und somit für den Markterfolg, ist das Unternehmensbild „von primärer Bedeutung“ (ebenda S. 106). Stellt sich ein Markenträger in schlechtem Licht in der Öffentlichkeit dar, wird automatisch die Unternehmung mit ihren Produkten verändert wahrgenommen. Diese Wirkung wurde i.c. dadurch verstärkt, dass der Schuh „Score“ nur einen einzigen Werbebotschafter hatte und sein Schicksal somit auf Gedeih und Verderb mit Johann Müller verknüpft war. Der Umsatz wäre nicht eingebrochen, wenn der Kläger sein Image nicht schuldhaft verändert hätte.
- 37 Der Kläger behauptet, dass auch ohne seinen Imagewechsel die Verkaufszahlen rückläufig gewesen wären, wegen der Pressemitteilung über seine Fussverletzung (Z. 534 ff. KS). Er sieht somit in dieser Mitteilung eine hypothetisch kausale Reserveursache. Eine solche bedingt begriffsnotwendig eine

reale kausale Ursache, welche sich im Schaden effektiv verwirklicht hat. Da vom Kläger keine weitere mögliche Ursache angeführt wird, kann nur sein Verhalten die reale Ursache für den Rückgang der Verkaufszahlen und damit für die Einstellung des Vertriebes sein.

- 38 Die vom Kläger zitierte Literatur sieht in diesem Sinne keinesfalls eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen dem Schaden und der eigentlichen kausalen Ursache bei Vorliegen einer Reserveursache vor, sondern nur eine allfällige Berücksichtigung derselben bei der Schadensberechnung oder Schadensbemessung (REY N. 604 ff.).
- 39 Zwischen Ende August bis Ende September erschien der Kläger wiederholt in unvorteilhaftem Zusammenhang in den Medien. Bereits im Oktober machte sich das veränderte Image des Klägers in einem deutlichen Rückgang der Verkaufszahlen des Schuhs „Score“ bemerkbar. Die Pressemitteilung über die Fussprobleme des Klägers erschien aber erst in einem Zeitpunkt, als der Absatz bereits rückläufig war (K-9). Deshalb kann diese einzelne Meldung auch als Reserveursache ausgeschlossen werden.
- 40 Auch der adäquate Kausalzusammenhang ist zu bejahen. Ungebührendes Auftreten des einzigen Werbeträgers in der Öffentlichkeit ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet den Produkteumsatz einbrechen zu lassen.

### **3.3. Nichtgelingen der Exkulpation**

- 41 Aufgrund der Vertragsverletzung wird das Verschulden präsumiert (Art. 97 Abs. 1 OR).
- 42 Unverschuldet wäre der Rückgang der Verkaufszahlen wegen dem Imagewechsel dann, wenn die Medienberichte frei erfunden wären. Da der Kläger durch sein Verhalten die Ursache für die Pressemitteilungen lieferte, ist der Imagewechsel ihm zuzuschreiben. Obwohl der Kläger nicht in der Absicht handelte, der Beklagten zu schaden, ist sein Verhalten als fahrlässig zu qualifizieren.
- 43 Die Ausführungen über die persönlichen Verhältnisse des Klägers (Z. 510 ff. KS) sind irrelevant, da ein objektivierter Sorgfaltsmassstab angewendet werden muss (vgl. BGE 116 Ia 162, E. 2 c).
- 44 Zudem gibt der Kläger sein Verschulden ja zu (Z. 89 KS).

## **4. Geheimhaltungspflicht**

- 45 Der Zweck einer Geheimhaltungsklausel liegt laut dem Kläger im Schutz von sensitiven und geheimen Informationen (vgl. Z. 99 ff. KS). Allerdings können damit nur der Gegenpartei bekannt gegebene Informationen gemeint sein (vgl. TAKEI S. 58). Nicht gedeckt sind hingegen rein vertragliche Abmachungen. Der vom Kläger vorgenommenen Auslegung der in Art. 2 SV festgehaltenen Geheimhaltungsklausel (Z. 130 ff. KS), dass alle vertraglichen Informationen geschützt seien, kann nicht gefolgt werden.

#### **4.1. Inhalt der Geheimhaltungsklausel**

- 46 Die Auslegung einer Vertragsklausel ist nicht mit der Betrachtung des Wortlauts abgeschlossen. Auch wenn der Wortlaut anscheinend klar ist, muss eine weiterführende Auslegung getätigt werden, denn eine „reine Auslegung nach dem Wortlaut ist gesetzeswidrig“ (Pra 2002 S. 110). I.c. muss die Klausel weiter ausgelegt werden, da bei einer strikten Auslegung nach dem Wortlaut keinerlei Spielraum für die Berücksichtigung des Vertragszwecks bliebe.
- 47 Der wesentliche Bestandteil dieses Vertrages bezieht sich auf die Öffentlichkeitsarbeit beider Parteien. Nach der wortwörtlichen Interpretation der Geheimhaltungsklausel durch den Kläger würde diese verunmöglicht, da keinerlei Information bezüglich der Zusammenarbeit nach aussen gelangen dürfte.

##### **4.1.1. Anwendung des Vertrauensprinzips**

- 48 Fraglich bleibt, nach welchen Regeln die Geheimhaltungsklausel ausgelegt werden muss. Anders als der Kläger ausführte, ist das Vertrauensprinzip nur beschränkt anwendbar. Es ist unbestritten, dass die Beklagte den Vertrag ausfertigen liess, allerdings ergänzt der Kläger den Sachverhalt in unzulässiger Weise, indem er behauptet, dies sei „durch die erfahrene Rechtsabteilung“ geschehen (Z. 132 ff. KS).
- 49 Die juristische Beratung ist laut Art. 13 SV Sache der einzelnen Parteien. Sollte der Kläger tatsächlich keine anwaltliche Hilfe für die Vertragsverhandlungen gehabt haben, so liegt dies allein in seiner Risikosphäre, die Beklagte muss sich dies nicht entgegenhalten lassen.

##### **4.1.2. Analoge Anwendung von Arbeitsrecht**

- 50 Eine allgemeine gesetzliche Regelung, welche Informationen von einer Geheimhaltungsvereinbarung erfasst sind, existiert nicht. Trotzdem sind Vorschriften vorhanden, welche zur Auslegung herbeigezogen werden können. In Bezug auf die Öffentlichkeitsarbeit für die Beklagte ist der Kläger weisungsgebunden. Deshalb bietet sich die analoge Anwendung von Arbeitsrecht an. Die Beklagte verstand seit jeher die Geheimhaltungsklausel im Sinne einer arbeitsrechtlichen Verschwiegenheitsvereinbarung.
- 51 Durch Art. 321a OR werden in erster Linie Fabrikationsgeheimnisse geschützt. Allerdings können auch andere von der Weisungsberechtigten Partei zu bezeichnende Tatsachen erfasst sein (BSK OR I-REHBINDER/PORTMANN Art. 321a N. 15 f.).

### **4.1.3. Analoge Anwendung von Auftragsrecht**

- 52 Aus den Ausführungen des Klägers geht hervor, dass er von einem auftragsrechtlichen Verständnis der Geheimhaltungspflicht ausgeht (Z. 99 ff. KS; vgl. auch Z. 33 KS). Die Geheimhaltung wird durch Art. 398 OR geregelt und als Element der sorgfältigen Auftragsausführung verstanden.
- 53 Es unterstehen nur Tatsachen der Geheimhaltung, welche für die Auftragsausführung bekannt gegeben werden (BSK OR I-WEBER Art. 398 N. 12). Folglich unterliegen i.c. seitens der Beklagten ausschliesslich jene Informationen der Geheimhaltungsvereinbarung, die sie über die körperliche Verfassung des Klägers erhalten oder erarbeitet hat. Nicht jedoch, wie der Kläger verlangt (Z. 130 ff. KS), die direkten Bestandteile des Vertrages.
- 54 Gegen das Offenlegungsverbot hat die Beklagte nicht verstossen, da das Verbot sich auf die Weitergabe erhaltener Informationen beschränkt (vgl. TAKEI S. 60).

### **4.1.4. Zwischenfazit**

- 55 Die Beklagte kommt dem Kläger insofern entgegen, als sie nicht strikt an der arbeitsrechtlichen Sicht festhält und die oben erläuterte Auftragsregelung anerkennt (Rz. 52 f.).
- 56 Somit fallen, wie die Beklagte bereits in der Widerklage dargelegt hat, insbesondere die Beschaffenheit der Kleider und Schuhe unter die Geheimhaltungspflicht. Hinzu kommen Informationen bezüglich persönlicher Daten des Klägers, welche sie im Zuge der Vertragserfüllung in Erfahrung gebracht hat.

## **4.2. Keine geheimhaltungswürdige Aussage**

- 57 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass auch der Inhalt des Vertrages unter die Geheimhaltungsklausel fällt, so ist einzig ein Interesse des Klägers am Schutz von genauen Informationen anzuerkennen. In der Pressemitteilung zeichnet die Beklagte lediglich formelhaft einen Grössenrahmen von 100'000 bis 999'999. Nicht einmal die konkrete Währung wird erwähnt.
- 58 Begriffsimmanent ist, dass nur Geheimnisse unter den Schutz einer Geheimhaltungsvereinbarung fallen können. Ein Geheimnis sollte nicht offenkundig oder allgemein zugänglich sein (vgl. WICKIHALDER S. 11 ff. m.w.H.). Hieran scheitert der Anspruch des Klägers. Die Beklagte muss den Werbeaufwand in ihrer Jahresrechnung vorlegen (MünchKomm-HGB-BEATER § 275 RdNr. 70), aus welchem die *ungefähre Entschädigung* des Klägers abgeleitet werden kann. Der Abschluss wird im Handelsregister veröffentlicht, welches ohne weiteres eingesehen werden kann (§ 325 i.V.m. § 1 HGB; vgl. GK-HGB-MARSCH-BARNER § 325 Rz. 10, GK-HGB-GESMANN-NUSSL § 9 Rz. 3). Jeder Interessierte kann folglich die Grössenordnung des Verdienstes des Klägers mit Hilfe der Jahresrechnung erahnen.

- 59 Auch sollte der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung nachweisen können (WICKIHALDER S. 11). Dieses Interesse entfällt i.c., da die Grössenordnung von Sponsoringgeldern im Fussball allgemein bekannt ist. So darf angenommen werden, dass sechsstellige Sponsorzahlungen für Spieler von der Qualität des Klägers branchenüblich sind.

### **4.3. Fazit**

- 60 Die Entschädigungsregelung des Sponsoringvertrages unterliegt nicht der Geheimhaltungspflicht. Eventualiter hat das Gericht anzuerkennen, dass die gemachten Äusserungen die Geheimhaltungsvereinbarung nicht verletzen. Das Rechtsbegehren Nr. 2 des Klägers ist abzuweisen; es ist keine Entschädigung auszurichten.

## **5. Bestreitung des Anspruches auf Schadenersatz**

### **5.1. Kein Haftungsanspruch aus Art. 368 OR**

- 61 Eine Haftung für Werkmängel aus Art. 368 Abs. 1 OR setzt einen Werkvertrag gemäss Art. 363 ff. OR voraus (SCHWENZER N. 5.01), der vorliegend zwischen den Parteien gar nicht besteht. Wie der Kläger selber erörtert, können vertragsähnliche Elemente des Werkvertrages auf den Sponsoringvertrag analoge Anwendung finden, doch eine allfällige vertragliche Haftungsgrundlage stellt ausschliesslich der Sponsoringvertrag dar (Z. 160 KS). Eine Klage ist lediglich aus dem Vertrag, unter *sinngemässer* Heranziehung werkvertragsrechtlicher Elemente möglich, weshalb ein fiktiver Werkvertrag keine zulässige Anspruchsnorm darstellt (vgl. HUGUENIN OR BT N. 1708). Mangels einer gültigen Haftungsgrundlage ist die Klage aus Art. 368 Abs. 1 OR vollumfänglich abzuweisen.

### **5.2. Kein Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 3 SV i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR**

#### **5.2.1. Erfüllung der vertraglichen Anpassungspflicht gemäss Art. 3 SV**

- 62 Der Kläger versucht, u.a. mit unlauteren Mitteln, geltend zu machen, die Beklagte habe ihm, unter Inkaufnahme, dass ihr exklusiver Werbeträger gesundheitliche Probleme erleidet, bewusst ein mangelhaftes und schlecht angepasstes Schuhwerk zur Verfügung gestellt (Z. 190 KS).
- 63 Laut Art. 3 SV sollten die Schuhe auf die sportlichen und sportmedizinischen Bedürfnisse des Klägers angepasst und speziell für ihn angefertigt werden. Es greifen zur Abklärung einer allfälligen Schlechterfüllung der vertraglichen Anpassungs- und Nebenpflichten die Regeln der Vertragshaftung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR (GAUCH/SCHLUEP/REY N. 2530, N. 2921).
- 64 Soweit sinnvoll, finden zur begrifflichen Erhärtung, die Bestimmungen über den Werkmangel sinngemäss Anwendung (HUGUENIN OR BT N. 1725).

- 65 Gemäss Art. 368 Abs. 1 OR ist der Werkmangel ein „vertragswidriger Zustand des Werkes, der darin besteht, dass dem Werk eine vertraglich geforderte Eigenschaft fehlt“ (GAUCH N. 1356). Der Werkmangel ist somit abhängig vom Inhalt des konkreten Vertrages. Seine Feststellung erfolgt durch den Vergleich der tatsächlichen Eigenschaften des Werkes mit den vertraglich vereinbarten (GAUCH N. 1360).
- 66 Vereinbart wurde eine Anpassung der Schuhe sowohl unter sportlichen wie auch unter sportmedizinischen Gesichtspunkten, wodurch sich die Beklagte verpflichtete, vordergründig die sportlichen Interessen des Klägers wahrzunehmen und zu unterstützen (GAUCH N. 1366). Dies nicht zuletzt, weil beide Parteien ihren Profit aus den sportlichen Leistungen des Klägers ziehen. Dieser Vorbehalt in den Anpassungsmodalitäten ist bereits in der Vertragsklausel von Art. 3 SV enthalten.
- 67 Die Anpassung erfolgte, wie vereinbart, nicht ausschliesslich nach medizinischen Aspekten, sondern bewusst unter Berücksichtigung der sportlichen Eigenschaften des „Score“, die im Interesse des Sportlers entwickelt wurden (vgl. Präambel SV). Inwieweit ein Fussballschuh abgeändert werden kann, ohne seine sportliche Funktion zu verlieren, lag und liegt im Ermessen der Spezialisten (Einleitungsanzeige Ziff. 7). Die Heranziehung eines Massanzugs (Z. 183 KS) seitens des Klägers ist kein aufschlussreicher Vergleich, da der Sportschuh darüber hinaus eine sportliche Funktion zu erfüllen hat, die Teil der vertraglich vereinbarten Eigenschaft ist und darüber hinaus eben auch seine Wertqualität, sowie Gebrauchstauglichkeit ausmacht (Z. 182 KS, GAUCH N. 1406 f.). Zudem verfügt der Kläger über eine langjährige Erfahrung bei der Benutzung von Fussballschuhen. Wäre der Schuh „Score“ tatsächlich zu eng gewesen, wie vom Kläger behauptet wird (Z. 196 KS), so hätte der Kläger dies bereits in den ersten Trainingseinheiten bemerkt. Folglich liegt kein Werkmangel vor, da dieser nicht von seiner vertraglich geforderten Beschaffenheit abweicht.

### **5.2.2. Wahrung vertraglicher Nebenpflichten**

- 68 Wie der Kläger darzulegen versucht (Z. 255 f. KS), können zusätzlich zur Hauptpflicht der Beklagten, die Schuhe nach Art. 3 SV anzupassen, aus der Treuepflicht unter Vertragspartnern gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB weitere Nebenpflichten der Beklagten bestehen. Art. 364 Abs. 1 OR statuiert eine allgemeine Sorgfaltspflicht des Unternehmers zum Schutze des Bestellers (GAUCH N. 820), die i.c. durch das korrekte Verhalten der Beklagten gewahrt wurde.
- 69 Bei den Untersuchungen wurde entgegen der Unterstellung des Klägers kein Hallux valgus diagnostiziert (Z. 194 KS), sondern lediglich ein Spreizfuss festgestellt (Beschl. Nr. 2, Ziff. 8). Die Beklagte wurde weder darauf hingewiesen noch musste sie aus der Krankengeschichte des Klägers (weil nicht vorhanden) auf eine Veranlagung für weitergehende Fussprobleme schliessen (Rz. 74). Die Maximierung der positiven Leistungsmerkmale des Schuhs, unter bestmöglicher

Berücksichtigung der individuellen physischen Konstitution, erfolgte im Interesse des Klägers, da dieser seinen Marktwert über seine sportliche Leistung definiert. Deshalb trägt dieser auch keine „Birkenstockschuhe“ auf dem Feld. Da die Beklagte nichts von der Veranlagung wusste und wissen konnte, missachtete sie nach Treu und Glauben nicht ihre Schutzpflicht hinsichtlich der körperlichen Integrität des Klägers, wonach keine Sorgfaltspflichtverletzung i.S.v. Art. 364 Abs. 1 OR vorliegt.

### **5.3. Kausalzusammenhang**

- 70 Es wird bestritten, dass die durch den Kläger geltend gemachten Fussprobleme aufgrund der von der Beklagten zur Verfügung gestellten Schuhe eingetreten sind. Die Prädisposition für eine krankhafte Veränderung des Fussknochens, von der laut Dr. Unruh auszugehen ist (K-6), hat sich im Einzelfall des Klägers verwirklicht. Die fadenscheinige Behauptung des Klägers, der „Score“ wäre geeignet, aus heiterem Himmel eine solch *klassische Veranlagungserkrankung* hervorzurufen, geschweige denn auszulösen, ist rückblickend, angesichts des feststehenden Krankheitsverlaufs, der bereits vor der Zusammenarbeit mit der Beklagten seinen Lauf genommen hatte, absurd (REY N 518b). Der Kläger versucht aus der zeitlichen Koinzidenz Profit herauszuschlagen.
- 71 Der Vorwurf, das Tragen zu enger Schuhe sei generell geeignet Fussprobleme hervorzurufen, ist angesichts des vorliegenden Krankheitsbilds lachhaft (Z. 232 KS). Aus der Tatsache, dass andere „Score“-Träger keine Probleme bekundeten und keine weiteren Schadensmeldungen bekannt sind, lässt sich schliessen, dass sich die konstitutionelle Prädisposition des Klägers i.c. verwirklicht hat und nicht der Schuh die Ursache gesetzt hat. Der vom Kläger erlittene Schaden und die in diesem Zusammenhang geltend gemachten Behandlungskosten sind folglich nicht auf die Schuhe der Beklagten zurückzuführen.
- 72 Wie der Kläger dann auch selber zugibt (Z. 320 f. KS), wäre der Schaden auch bei vorbehaltloser Berücksichtigung der medizinischen Aspekte nicht in geringerem Umfang eingetreten (s.a. REY N. 589).

### **5.4. Exkulpationsbeweis**

- 73 Die Verschuldensvermutung zulasten der Beklagten gemäss Art. 97 Abs. 1 OR bemisst sich wiederum nach der aufzuwendenden erforderlichen Sorgfalt (HUGUENIN OR AT N. 638), die einerseits vertraglich vereinbart wurde (Rz. 62 ff.) und sich andererseits aus dem Vertrauensgrundsatz nach Treu und Glauben ergibt. (Rz. 68 f.). Der Kläger will den Sorgfaltsmassstab durch die anerkannten Regeln der Technik ergänzt sehen (Z. 291 KS), was aber für die Frage, ob die geltend gemachte Vertragsverletzung der Beklagten vorwerfbar ist, nicht von Belang ist (HUGUENIN OR AT N. 630). Die Beklagte lässt die gebotene Sorgfalt bei der Vertragserfüllung nicht ausser Acht und handelt somit sicher nicht fahrlässig (Z. 301 KS, GAUCH N. 841). Der Exkulpationsbeweis gelingt, da gar kein

Mangel besteht, sprich weder eine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflicht in der Anpassung der Sportschuhe gemäss Art. 3 SV noch eine Verhaltenspflichtverletzung bezüglich der körperlichen Integrität des Klägers vorliegt.

- 74 Die Beklagte bemerkte bei den Untersuchungen zur Anpassung der Schuhe auf den Kläger, dass dieser an einem Spreizfuss leidet. Sie ging, da es, wie der Kläger richtig bemerkt, „schlichtes, sportmedizinisches Grundwissen“ darstellt (Z. 304 KS), dass das dauerhafte Tragen zu enger Schuhe körperliche Beschwerden hervorrufen kann, davon aus, dass der diagnostizierte Spreizfuss auf die vom Kläger bisher getragenen Schuhe zurückzuführen ist. Aus dieser Überlegung heraus ist die Beklagte nicht von einer genetischen Veranlagung für weitere Probleme ausgegangen, sondern hat nach bestem Wissen und Gewissen versucht, ihren exklusiven Werbeträger bestmöglich auszustatten. Ausserdem dürfte im Hinblick der langjährigen Fussballerkarriere des Klägers, die kurze Zusammenarbeit mit der Beklagten kaum ins Gewicht fallen.

### **5.5. Umfang des Schadenersatzes**

- 75 Da der Schaden aufgrund der konstitutionellen Prädisposition des Klägers, eingetreten ist, hat er diesen Schaden vollumfänglich zu tragen.
- 76 Sollte das Gericht wider Erwarten zur Ansicht gelangen, dass der Schuh der Beklagte sich zusätzlich zur konstitutionellen Prädisposition schädigend ausgewirkt hat, so ist dies eventualiter bei der Schadensersatzbemessung als Reduktionsgrund i.S.v. Art. 43 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR zu berücksichtigen (REY N. 590). Die Herabsetzung einer allfälligen Ersatzpflicht der Beklagten in der Schadensersatzbemessung ist nicht rechtsmissbräuchlich (Rz. 69).

## **6. Veröffentlichung auf der Website der Adimax GmbH**

### **6.1. Kein Vorliegen von unwahren Tatsachenbehauptungen**

- 77 Der Kläger macht in Z. 343 ff. KS geltend, er sei durch die Pressemitteilung vom 10. November 2006 (K-3) in seiner Persönlichkeit verletzt worden. Insbesondere wird behauptet, die Formulierung, „dass sich der Kläger in gewissen Situationen auch nicht zu schade sei, in einen Raufhandel verwickelt zu werden“, stelle eine unwahre Tatsachenbehauptung dar und sei deshalb persönlichkeitsverletzend.
- 78 Zudem moniert der Kläger, dass auch „die Aussage der Beklagten, sie sei nicht bereit, Gelder für „sex drugs and alcohol“ zu verwenden“ (vgl. Z. 349 ff. KS), eine falsche Tatsache darstelle.
- 79 Obwohl bezüglich beider Aussagen die Beweislast, inwiefern diese Äusserungen persönlichkeitsverletzend sein sollten, beim Kläger liegen würde (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 132; BSK ZGB I-MEILI Art. 28 N. 56), begnügt sich dieser in Z. 343 ff. KS mit dem Hinweis darauf, dass es sich um falsche Tatsachen handle, ohne näher auszuführen (abgesehen von einem zitierten



Bundesgerichtsentscheid ohne genauere Seiten- oder Erwägungsangabe, vgl. Z. 354 KS), worin die konkrete Persönlichkeitsverletzung liegen solle. Die Beklagte wird sich deshalb im Folgenden darauf beschränken darzulegen, dass diese beiden Aussagen keinesfalls unwahr sind, sondern vielmehr der Wahrheit entsprechen.

### **6.1.1. Verwicklung in einen Raufhandel**

- 80 Der Zeitung „heute“ vom 8.9.2006 (B-3) ist zu entnehmen, dass es Zeugen gab, welche bestätigen können, dass der Kläger am Streit in der Disco ebenfalls beteiligt war. In diesem Sinne wird in der Pressemitteilung vom 10. November 2006 darauf hingewiesen, dass der Kläger in diese Auseinandersetzung verwickelt war.
- 81 Es wird ihm gerade *nicht vorgeworfen*, er habe damit den Straftatbestand des Raufhandels gemäss Art. 133 StGB erfüllt. Der sorgfältig gewählte Ausdruck „verwickelt“ deutet nur darauf hin, dass der Kläger, wie im oben erwähnten Zeitungsartikel von anwesenden Zeugen bestätigt, in irgendeiner Form an den Geschehnissen beteiligt war. Die Glaubwürdigkeit der Zeugen wird unterstrichen durch den Umstand, dass ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde (B-3).

### **6.1.2. Keine Bereitschaft der Beklagten für sex, drugs and alcohol Gelder auszugeben**

- 82 Die Beklagte ist *tatsächlich nicht bereit*, Gelder für „sex, drugs and alcohol“ auszugeben. Ihren diesbezüglichen Willen hat die Beklagte auf ihrer Website in der Pressemitteilung vom 10. November 2006 (K-3) klar zum Ausdruck gebracht. Die Aussage, dass die Beklagte nicht bereit ist, Gelder für „sex, drugs and alcohol“ auszugeben, entspricht der Wahrheit.

### **6.1.3. Eventualiter**

- 83 Sollte das Gericht die (zwar eindeutige) Formulierung des Klägers in Z. 349 ff. KS dennoch so verstehen, dass der Kläger geltend machen will, die Unwahrheit der Aussage und die damit behauptete Persönlichkeitsverletzung beziehe sich darauf, dass dem Kläger unterstellt werde, er konsumiere Drogen, führe ein ausschweifendes Sexualleben und fröne dauerhaftem Alkoholenuss, so ist dies ebenfalls abzulehnen.
- 84 Der Kläger unterstellt hier der Beklagten, diese sage mit der Formulierung, „sie sei nicht bereit, Gelder für „sex, drugs and alcohol“ auszugeben, indirekt, er konsumiere Drogen, führe ein ausschweifendes Sexualleben und fröne dauerhaftem Alkoholenuss, ob dies nun wahr oder unwahr ist, sei dahingestellt.
- 85 Jedoch unterstellt der Kläger der Beklagten damit etwas, das so nicht zutrifft. Diese Formulierung ist vielmehr eine Anspielung auf die bekannte Redewendung „sex, drugs and rock `n` roll“. Diese

- Redewendung wird im allgemeinen Sprachgebrauch dazu verwendet, einen bestimmten Lebensstil zu beschreiben, wie ihn vor allem Prominente pflegen, die häufig auf Partys und Festen anzutreffen sind.
- 86** Bei der Prüfung, ob eine Tatsachenbehauptung ehr- und damit persönlichkeitsverletzend ist, ist jedoch in erster Linie auf das Verständnis der Durchschnittsadressaten abzustellen und nicht darauf, wie der Autor die Äusserung verstanden haben wollte (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER S. 137).
- 87** Wie in Rz. 84 dargelegt, wird diese Formulierung beim Durchschnittsmenschen nicht die Vorstellung hervorrufen, der Kläger nehme Drogen, führe ein ausschweifendes Sexualleben und fröne dauerhaftem Alkoholgenuss, sondern es wird lediglich die Verbindung des Klägers mit häufigen Partybesuchen hergestellt.
- 88** Dass dies der Wahrheit entspricht, gibt sogar die Kläger zu (Z. 510 ff. KS). Zudem ist verschiedenen Pressemitteilungen zu entnehmen gewesen, dass der Kläger an einigen Partys und Feten anwesend war.
- 89** Beispielsweise ist dem Tagesanzeiger vom 22.8.06 (B-1) zu entnehmen, dass der Kläger gesichtet wurde, wie er schwankend eine Zürcher Disco verlassen hatte, der Glückspost vom 31.8.06 (B-2) ist zu entnehmen, dass der Kläger „*mehrmals* an wilden Partys“ anzutreffen gewesen sei. Am 8.9.2006 berichtete die Zeitung „heute“ (B-3), dass der Kläger von anderen Klubbesuchern in einer Disco gesichtet worden war. Am 18.9.2006 berichtete die Sendung „10vor10“ (B-4), dass sich der Kläger um 04:00 Uhr (am Montagmorgen!) auf dem Heimweg von einer Party befunden hatte. Ausserdem ist auch im Artikel des „Sport Blick“ vom 28.9.2006 (B-5) im Zusammenhang mit den erwähnten negativen Vorfällen im Leben des Klägers von „Partys“ die Rede.
- 90** Zudem wurde die bekannte Redewendung „sex, drugs and rock `n` roll“ angepasst auf „sex, drugs and alcohol“, womit das Augenmerk des Lesers durch die leichte Verfremdung auf das Wort „alcohol“ gelenkt wird und dieses im Vordergrund steht. Dafür, dass der Kläger vermehrt dem Alkohol zugesprochen hat, gibt es wiederum einige Belege in der Presse. In verschiedenen Zeitungsberichten wird berichtet, der Kläger sei „schwankend“ gesichtet worden (B-1), es drehe sich bei ihm „viele nur noch um Alkohol“ (B-2). Auch beim Ausweisentzug durch die Polizei war übermässiger Alkoholkonsum die Ursache (B-4). Beim Gespräch mit Trainer Fabre war ebenfalls der Alkoholkonsum des Klägers ein Thema (B-5).
- 91** Durch die besagte Metapher wird beim Durchschnittsleser die Assoziation zu ausschweifendem Partyleben und vermehrtem Alkoholkonsum geweckt, was in Bezug auf das Leben des Klägers (wie oben dargelegt wurde und durch den Kläger auch nicht bestritten wird, vgl. dazu Z. 510 ff. KS und oben Rz. 88 ff.) zutrifft und deshalb keine unwahre Tatsachenbehauptung darstellt.

- 92 Es gilt ferner zu beachten, dass die Wahrheit einer Medienmitteilung selbst dann als gewahrt gilt, „wenn diese zwar nicht in allen Einzelheiten, aber doch insgesamt und im Kern der Wahrheit entspricht“ (BSK ZGB I-MEILI Art. 28 N 43, RIEMER/RIEMER-KAFKA S. 428).
- 93 Nicht jede journalistische Unkorrektheit, Ungenauigkeit, Verallgemeinerung oder Verkürzung lässt eine Berichterstattung insgesamt als unwahr erscheinen (BGE 126 III 305, 307).

## **6.2. Werturteile**

- 94 Der Kläger macht in Z. 355 ff. KS geltend, er sei durch in der Pressemitteilung vom 10. November 2006 (K-3) angeblich gemachte gemischte Werturteile in seiner Persönlichkeit verletzt worden. Wie schon oben in Rz. 79 dargelegt, liegt die Beweislast, inwiefern eine Formulierung die Persönlichkeit des Klägers verletzt, bei diesem.
- 95 Der Kläger begnügt sich mit dem Hinweis, dass die Abschnitte drei bis sieben der Pressemitteilung zahlreiche gemischte Werturteile beinhalten würden, welche derart undifferenziert, angriffig und verunglimpfend seien, dass sie als persönlichkeitsverletzend erachtet werden müssten.
- 96 Das einzig Undifferenzierte ist die Art und Weise, wie der Kläger seine Rechtsbegehren geltend zu machen versucht. Es kann und darf nicht Sache der Beklagten sein, erraten zu müssen, welche Formulierungen der Kläger als persönlichkeitsverletzend empfindet. Es ist die Aufgabe des Klägers, seine Begehren zu substantiieren.
- 97 Sollte der Kläger in der mündlichen Verhandlung seine Position differenzierter darlegen wollen, so stellt die Beklagte jetzt schon Folgendes fest:
- 98 Werturteile verletzen die Persönlichkeit dann, wenn sie auf unwahren Tatsachenbehauptungen beruhen (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 137). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass alle in der Pressemitteilung vom 10. November 2006 gemachten Aussagen, egal welcher Natur diese nun seien, der Wahrheit entsprechen oder auf wahren Tatsachenbehauptungen beruhen.

## **6.3. Eventualiter: keine Widerrechtlichkeit / Rechtmässigkeit**

- 99 Wie schon dargelegt ist die Beklagte der Auffassung, den Kläger nicht in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt zu haben, da alle in der Pressemitteilung vom 10. November 2006 (K-3) gemachten Aussagen der Wahrheit entsprechen oder auf wahren Begebenheiten beruhen. Sollte das Gericht zu einem anderen Schluss kommen, so ist festzustellen, dass die in diesem Falle vorliegende Persönlichkeitsverletzung aus folgenden Gründen rechtmässig erfolgte.

### **6.3.1. Allgemein zugängliche Tatsachen**

- 100 Eine Verletzung der Persönlichkeit entfällt regelmässig schon dann, wenn es um Tatsachen aus der Öffentlichkeitssphäre geht, da diese von jedermann und unbeschränkt zur Kenntnis genommen

werden können und weiterverbreitet werden dürfen (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 138). „Diesem Bereich gehören die Lebensbetätigungen an, durch die sich der Mensch wie jedermann in der Öffentlichkeit benimmt,“ wie zum Beispiel „durch unpersönliches Auftreten an allgemein zugänglichen Orten und Veranstaltungen...“ (BGE 118 IV 41, 45).

**101** In casu wurde in der betreffenden Pressemitteilung der Beklagten (K-3) lediglich über das Verhalten des Klägers in der Öffentlichkeit berichtet. Der Besuch von öffentlichen Partys und Discos kann ohne weiteres von jedermann zur Kenntnis genommen werden, da diese allgemein zugängliche Orte und Veranstaltungen darstellen.

### **6.3.2. Überwiegendes öffentliches und privates Interesse**

**102** Im Übrigen bestand sowohl ein überwiegendes privates als auch ein überwiegendes öffentliches Interesse i.S.v. Art 28 Abs. 2 ZGB an der Publikation der Pressemitteilung vom 10. November 2006 (K-3) und der darin gemachten Aussagen.

**103** Absolute Personen der Zeitgeschichte (unter diesen Begriff werden u.a. Sportler subsumiert) müssen sich eher Eingriffe in ihre Persönlichkeitsrechte gefallen lassen als andere Leute (BSK ZGB I-MEILI Art. 28 N. 52). Der öffentliche Informationsbedarf ist bei Persönlichkeiten, die im Rampenlicht stehen, regelmässig leichter zu bejahen als beim Durchschnittsbürger (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 140).

**104** Der Kläger ist eine absolute Person der Zeitgeschichte und eine Persönlichkeit, die im Rampenlicht steht. Durch seine berufliche Tätigkeit als Fussballer wird er in Medienberichterstattungen regelmässig erwähnt. Durch die Zusammenarbeit mit der Beklagten und den in diesem Zusammenhang erfolgten Werbekampagnen und der Kommunikationsmassnahmen wurde die Präsenz des Klägers in der Öffentlichkeit zusätzlich vergrössert. Der Kläger hat sich als absolute Person der Zeitgeschichte eher Eingriffe in seine Persönlichkeitsrechte gefallen zu lassen als andere Personen.

**105** Nach Beendigung der immerhin über ein Jahr dauernden Zusammenarbeit zwischen dem Kläger und der Beklagten bestand ein grosses Interesse der Öffentlichkeit an Information über die Beweggründe und Hintergründe der Beendigung dieser Kooperation. Hätte die Beklagte ohne Angabe von Gründen die Kündigung der Zusammenarbeit mitgeteilt, wäre es zu grossen Spekulationen darüber gekommen.

**106** Zudem bestand ein privates Interesse der Beklagten die Allgemeinheit zu informieren, dass die Zusammenarbeit gekündigt wurde und welche Umstände zu dieser Kündigung geführt haben. Sie musste sich nach den Verfehlungen des Klägers klar von diesem distanzieren um ihren durch die Verhaltensweisen des Klägers entstandenen Schaden so gering wie möglich zu halten. Sie musste der Öffentlichkeit substantiiert darlegen können, dass die Trennung von ihrem Werbeträger begründet war und kein anderer Ausweg bestand.

107 Sowohl die Beklagte als auch die Öffentlichkeit hat ein Interesse daran, umfassend über die Umstände der Vertragsbeendigung zu berichten bzw. informiert zu werden.

#### **6.4. Abweisung der weiteren Ansprüche**

##### **6.4.1. Wegen mangelnder Persönlichkeitsverletzung**

108 Da der Kläger, wie soeben dargelegt wurde, nicht in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt wurde, sind auch die Ansprüche auf Feststellung der Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, auf Urteilspublikation gemäss Art. 28a Abs. 2 ZGB und auf Beseitigung der Medienmitteilung gemäss Art. 28c Abs. 3 ZGB abzuweisen.

##### **6.4.2. Eventualiter: wegen mangelnden materiellen Voraussetzungen**

109 Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, es liege eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vor, so sind folgende Rechtsbegehren des Klägers dennoch abzuweisen.

###### **6.4.2.1. Berichtigung gemäss Art. 28c Abs. 3 ZGB**

110 Der Kläger macht in Z. 412 ff. KS geltend, die Voraussetzungen für eine Berichtigung gemäss Art. 28c Abs. 3 ZGB seien gegeben. Dies ist zu verneinen. Wie der Kläger in Z. 414 f. KS implizit richtig feststellt, sind Berichtigungen gemäss Art. 28c Abs. 3 ZGB nur zulässig, wenn die Voraussetzungen einer Gegendarstellung i.S.v. Art. 28g ff. ZGB *nicht* gegeben sind. Der Kläger behauptet in Z. 426 KS, diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt, da nur Tatsachenbehauptungen gegendarstellungsfähig seien. Dabei übersieht der Kläger, dass er in Zeile 341 ff. KS selbst darlegt, dass es sich bei in der Pressemitteilung vom 10. November 2006 (K-3) gemachten Äusserungen um Tatsachenbehauptungen handelt.

111 Die Beklagte stellt sich zudem auf den Standpunkt, dass eine Berichtigung nur schon aus dem Grunde unzulässig ist, weil es sich bei der Website der Beklagten nicht um ein periodisch erscheinendes Medium handelt, was jedoch gemäss Art. 28c Abs. 3 ZGB eine unabdingbare Voraussetzung darstellt.

112 Wie der Kläger in Z. 399 ff. KS richtig feststellt, *kann* eine Internetseite ein periodisch erscheinendes Medium darstellen. I.c. ist jedoch nichts bekannt über die Regelmässigkeit mit der eine Aktualisierung vorgenommen würde. Die Bezeichnung als „Pressemitteilung“ deutet eher auf eine einmalige Publikation hin.

###### **6.4.2.2. Feststellungsklage gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB**

113 Eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Feststellungsklage gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ist, dass die Persönlichkeitsverletzung nicht mehr durch Unterlassungsklage gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB verhindert werden kann, weil sie bereits eingetreten ist und auch nicht durch

Beseitigungsklage gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB beseitigt werden kann, weil sie nicht andauert (BSK ZGB I-MELI Art. 28a N 6). Die Feststellungsklage ist ergo subsidiär zu Art. 28a Abs.1 Ziff. 1 und 2 ZGB. Da die Beklagte in casu die Pressemitteilung nicht entfernt hat, wäre primär, falls die Voraussetzungen erfüllt wären, die Beseitigungsklage anzustrengen.

#### **6.4.2.3. Urteilspublikation gemäss Art. 28a Abs. 2 ZGB**

- 114 Da eine Feststellung wie in Rz. 113 dargelegt i.c. nicht erfolgen kann, ist auch das Begehren auf Urteilspublikation gegenstandslos. Zudem ist dieses Begehren in der jetzigen Phase (1. Phase) des Verfahrens unbeachtlich, da dieses Begehren keine in dieser Phase zu entscheidende Streitfrage darstellt (vgl. Beschl. Nr. 1 S. 3 Punkt 2.7).

### **7. Anspruch auf höhere Prozessentschädigung**

#### **7.1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts**

- 115 Der Ansicht des Klägers, welcher in Z. 454 f. KS ausführt, dass das Schiedsgericht für die Zusprechung einer EUR 3'405 übersteigende Prozessentschädigung zuständig ist, ist zu folgen.

#### **7.2. *Entscheid des Landgerichts Stuttgart***

- 116 Ebenfalls wird nicht bestritten, dass, wie der Kläger in Z. 460 ff. KS darlegt, das LG Stuttgart bei der Berechnung der Entschädigung für die Kosten des Verfahrens zum Erlass der einstweiligen Massnahmen deutsches Zivilprozessrecht anwenden musste.
- 117 Dass das Landgericht Stuttgart die Berechnung der Kostenentschädigung nach deutschem Zivilprozessrecht korrekt vorgenommen hat, wird nicht bestritten. (vgl. Z. 475 ff. KS)

#### **7.3. *Schiedsgericht als in der Hauptsache zuständiges Gericht***

- 118 Dem Kläger ist zuzustimmen, dass es nicht die Funktion eines Schiedsgerichtes sein kann, als Rechtsmittelinstanz für staatliche Gerichte zu fungieren. (vgl. Z. 467 f. KS) Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass das Schiedsgericht das Urteil des LGs Stuttgart aufheben müsste, um eine höhere Prozessentschädigung zusprechen zu können (Z. 464 ff. KS) Dieser Ansicht ist nicht zu folgen.
- 119 Die Beklagte macht die Aufhebung des Entscheids des LGs Stuttgart, wie ihr vom Kläger in Z. 464 ff. KS unterstellt wird, gar nicht geltend. Das Schiedsgericht ist im vorliegenden Fall nicht Rechtsmittelinstanz, sondern das im Hauptsacheverfahren zuständige Gericht. Auch das LG Stuttgart weist in seinem Beschluss vom 20. November 2006 (K-5) ausdrücklich darauf hin, dass innerhalb von zwei Wochen Klage im *Hauptsacheverfahren* zu erheben sei.

#### **7.4. Anspruch auf Zahlung weiterer EUR 3'095 aus Art. 38 lit. e SchO**

- 120 Gemäss Art. 38 lit. e SchO hat die unterliegende Partei der obsiegenden die Kosten für rechtliche Vertretung und rechtlichen Beistand zu ersetzen. Der Kläger behauptet, dass dies nur möglich sei, wenn das staatliche Gericht nicht in der Lage gewesen wäre, eine solche Entscheidung zu treffen oder einen klaren Fehlentscheid getroffen hat (Z. 472 ff. KS). Diese Behauptung, welche vom Kläger einzig durch den Hinweis auf die gesamte Kommentierung zu Art. 38 SchO (Z. 476 KS), welche immerhin zehn Seiten umfasst, belegt wird, ist zu differenzieren:
- 121 Kosten, die einer Partei in einem vorhergehenden gerichtlichen Verfahren erwachsen sind, welche aber der betreffenden Partei trotz Obsiegens nicht (vollumfänglich) zugesprochen werden, können grundsätzlich nach Art. 38 lit e SchO geltend gemacht werden (konkludent in: SRC-STACHER, Art. 38 N. 19), wenn zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:
- 122 Dem betreffenden staatlichen Gericht war es aus *rechtlichen Gründen* nicht möglich, der obsiegenden Partei die gesamten entstandenen Kosten zuzusprechen (REINER S. 283).
- 123 Die Aufwendungen, welche die betreffende Partei im Verfahren vor dem staatlichen Gericht getätigt hat, dienen unmittelbar der Verteidigung der Interessen im Schiedsverfahren (REINER S. 283).
- 124 Diese Voraussetzungen sind i.c. erfüllt. Die Beklagte ist die im Verfügungsverfahren vor dem LG Stuttgart obsiegende Partei. In Kenntnis der ihr entstandenen Kosten hat das Gericht diese nicht vollumfänglich ersetzt. Wie in Rz. 116 f. dargelegt, ist unbestritten, dass das LG Stuttgart die Kosten nach deutschem Zivilprozessrecht korrekt berechnet hat. Daraus folgt aber e contrario, dass es bei korrekter Anwendung des deutschen Zivilprozessrechtes *rechtlich* gar nicht die Möglichkeit gehabt hat, der Beklagten eine höhere Prozessentschädigung zuzusprechen.
- 125 Die vor dem LG Stuttgart angefallenen Kosten stehen zudem in engem Zusammenhang mit dem Verfahren vor dem Schiedsgericht. Die der Beklagten dort entstandenen Kosten dienen der Verteidigung der Interessen der Beklagten im Verfahren vor dem Schiedsgericht und wurden im Hinblick auf das Hauptsacheverfahren und die Entscheidung des Prozesses getätigt.

#### **7.5. Angemessenheit der entstandenen Kosten**

- 126 Grundsätzlich wäre das Schiedsgericht gemäss Art. 38 lit. e SchO befugt, die Kosten für rechtliche Vertretung und rechtlichen Beistand nur in der Höhe, die es für angemessen erachtet, zuzusprechen. In casu ist jedoch die Überprüfung der Angemessenheit nicht mehr durchzuführen, da der Kläger die „Höhe und Angemessenheit der Adimax im Verfahren vor dem Landgericht Stuttgart entstandenen Anwaltskosten“ nicht bestreitet, sondern anerkennt (Erwiderung auf die Schiedswiderklage vom 27. Dezember 2006).