

Adimax GmbH  
Esslingerstrasse 12  
D- 70182 Stuttgart

Moot Court Team 8  
Christian Meisser  
Kirsten Bischof  
Gabriela Medici

# **Klageantwort**

**In der Sache**

**Johann Müller, Kläger**

**Vertreten durch Moot Court Team 1**

**gegen**

**Adimax GmbH, Beklagte**

**Vertreten durch das Moot Court Team 8**

**betreffend**

**Vertragsauflösung**

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	II
Rechtsbegehren .....	IV
Literaturverzeichnis.....	V
Entscheidverzeichnis .....	VIII
Abkürzungsverzeichnis .....	IX
1 Feststellung der Vertragsbeendigung .....	1
1.1 Auslegung des Vertrages zur Bestimmung der Pflichten.....	1
1.2 Ausserordentliche Kündigung.....	3
1.3 Vertragsstrafe .....	4
2 Nichtverletzung der Geheimhaltungspflicht .....	4
2.1 Auslegung der Geheimhaltungsklausel.....	4
2.2 Nichtverletzung der Geheimhaltungspflicht .....	6
2.3 Konventionalstrafe .....	7
3 Behandlungskosten.....	8
3.1 Qualifikation des Vertrags bzw. anwendbares Recht.....	8
3.2 Schadenersatzforderung gemäss Art. 368 OR.....	8
3.2.1 Werkmangel .....	9
3.2.2 Fristgerechte Mängelrüge.....	10
3.3 Schadenersatzforderung gemäss Art. 97 OR.....	11
3.3.1 Verletzen einer vertraglichen Pflicht.....	11
3.3.2 Schaden .....	11
3.4 Fazit.....	13
4 Veröffentlichungen auf der Internetseite der Beklagten .....	13
4.1 Unzuständigkeit des Schiedsgerichts .....	13
4.2 Keine Persönlichkeitsverletzung .....	15

5	Entgangener Gewinn .....	16
5.1	Schadenersatz aus OR 97 .....	16
5.1.1	Verletzung einer vertraglichen Pflicht .....	16
5.1.2	Verschulden.....	16
5.1.3	Schaden .....	16
5.1.4	Kausalzusammenhang.....	17
5.1.5	Fazit.....	18
5.2	Ausservertragliche Haftung.....	18
5.2.1	Fazit.....	19
6	Entschädigung für Prozesskosten LG Stuttgart.....	19

## 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. November 2006 zu bezahlen;
3. Der Antrag des Klägers auf Zahlung von 100'000 CHF aufgrund eines geltend gemachten Verstosses gegen die Geheimhaltung ist abzuweisen;
4. Der Antrag des Klägers auf Ersatz der Behandlungskosten ist abzuweisen;
5. Der Antrag des Klägers auf Beseitigung der Veröffentlichungen im Internet ist abzuweisen;
6. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten 35'000 CHF entgangenen Gewinns zu bezahlen;
7. Es sei der Kläger zu verpflichten, die Beklagte für das Massnahmeverfahren vor dem Landgericht Stuttgart (Az. 4 O 513/06) mit weiteren 3095 EUR zu entschädigen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

## Literaturverzeichnis

- BENTELE, Roland Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss., Freiburg 1994  
Zitiert: BENTELE
- BERGER, Bernhard / KELLERHALS, Franz Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006  
Zitiert: BERGERG/KELLERHALS
- BUCHER, Andreas Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989  
Zitiert: BUCHER
- GAUCH, Peter Le contrat d'entreprise, Zurich 1999  
Zitiert: GAUCH
- GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / SCHMID, Jörg / REY, Heinz Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich 2003  
Zitiert: GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY
- HADZIMANOVIC, Natasa Auslegung und Ergänzung von Verträgen - Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht, Diss., Zürich 2006  
Zitiert: HADZIMANOVIC
- HAUSER, Thomas Der Sponsoringvertrag im schweizerischen Recht, Zürich 1991  
Zitiert: HAUSER
- HAUSHEER, Heinz / AEBI-MÜLLER, Regina Das Personenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005  
Zitiert: HAUSHEER / AEBI-MÜLLER
- HONSELL, Heinrich Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4., neubearbeitete Auflage, Zürich / Basel / Genf 2005  
Zitiert: HONSELL

- HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim / GEISER, Thomas (Hrsg.) Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-359 ZGB, 3. Auflage, Basel und Frankfurt a. M. 2006  
Zitiert: BSK - Autor
- HUGUENIN, Claire Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2006  
Zitiert: HUGUENIN, OR AT
- Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2005  
Zitiert: HUGUENIN, OR BT
- KRAMER, Ernst A. / SCHMIDLIN, Bruno Berner Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1991  
Zitiert: Autor, BK zu OR Art. 1-18
- KRÄUCHI, Thomas Die konstitutionelle Prädisposition, Bern 1998  
Zitiert : KRÄUCHI
- KRUMMENACHER, Alfred / THOMMEN, Jean-Paul Einführung in die Betriebswirtschaft – Mit Bankbetriebs- und Versicherungslehre, 2., überarbeitete Auflage, Zürich 2003  
Zitiert: KRUMMENACHER
- MEIER, Isaak Besondere Vollstreckungstitel nach dem Lugano-Übereinkommen, in: Das Lugano-Übereinkommen, Hrsg.: Ivo Schwander, St. Gallen 1990  
Zitiert: MEIER
- NETZLE, Stefan Sponsoring von Sportverbänden, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 105, Zürich 1988  
Zitiert: NETZLE
- REY, Heinz Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2003  
Zitiert: REY
- RIEMER, Hans Michael Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB, in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder, Hrsg. von Isaak Meier, Hans Michael Riemer und Peter Weimar, Zürich 1994

Zitiert: RIEMER

ROBERTO, Vito

Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002

Zitiert: ROBERTO

SCHWAMMBERGER, Frank

Die vertragsrechtliche Behandlung des Kunstspoons in der Schweiz, Zürich 1992

Zitiert: SCHWAMMBERGER

TRACHSEL, Heribert

Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln – Die Alleinverantwortlichkeit (Art. 369 OR) und die geteilte Gewährleistung, Bern 2000

Zitiert: TRACHSEL

VISCHER, Frank / HUBER, Lucius / OSER, David

Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, Bern 2000

Zitiert: VISCHER / HUBER / OSER

WALTER, Gerhard

Vorsorgliche Massnahmen bei fehlender Hauptsachezuständigkeit, in: Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht, Hrsg: Karl Spühler, Zürich 2000

Zitiert: WALTER

ZEN-RUFFINEN, Piermarco

Droit du Sport, Zürich / Basel / Genf 2002

Zitiert: ZEN-RUFFINEN

## **Entscheidverzeichnis**

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1988, BGE 114 II 239

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. März 1993, BGE 119 II 127

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. April 1987, BGE 113 II 246

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. November 1981, BGE 107 II 438

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 31. März 1987, BGE 113 II 86

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Februar 1992, BGE 118 II 142

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Februar 1972, BGE 98 II 34

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Juni 1985, BGE 111 II 156

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Mai 1981, BGE 107 II 172

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Juni 1992, BGE 118 II 353

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Februar 1982, BGE 108 II 77

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil des Kassationshofes vom 10. Mai 1977, BGE 103 IV 153



## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
Dr.	Doktor
Einl.	Einlagen
f./ff.	folgende / fortfolgende
gem.	gemäss
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h.L.	herrschende Lehre
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291); Stand 20. Februar 2007)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KS	Klageschrift der Moot Court Gruppe 1
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 (SR232.220.1)

LG Stuttgart Landgericht Stuttgart

LugÜ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; In Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1992 (SR 0.275.11); Stand 2. August 2005

lit. litera

Nr. Nummer

NZZ Neue Zürcher Zeitung

OR Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220); Stand 4. Juli 2006

Rz. Randziffer

S. Seite

s.o. siehe oben

sog. so genanntes

SRIA Swiss Rules of International Arbitration

StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0); Stand 19. Dezember 2006

u.a. unter anderem

v.a. vor allem

vgl. vergleiche

z.B. zum Beispiel

ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210); Stand 13. Juni 2006

Ziff. Ziffer

zzgl. Zuzüglich

## 1 Feststellung der Vertragsbeendigung

Die Beklagte wird in den folgenden Abschnitten beweisen, dass sie den zwischen den Parteien am 26. August 2005 geschlossenen Sponsoring-Vertrag mit Schreiben vom 08. November 2007 wirksam gekündigt hat. Somit ist die Schiedsklage des Klägers abzuweisen.

### 1.1 Auslegung des Vertrages zur Bestimmung der Pflichten

Der Kläger bemerkt richtig, dass eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 11 Abs. 2 des Sponsoringvertrages (vgl. K-1) nur gerechtfertigt ist, wenn die vertraglich vereinbarten Leistungen nicht erbracht wurden und dass mittels Vertragsauslegung bestimmt werden muss, welche Leistungen der Kläger laut Vertrag hätte erbringen müssen (KS, Rz. 1). Weiter wird einwandfrei beobachtet, dass Ziff. 5 bis 8 des Sponsoringvertrages ihrem Wortlaut nach erfüllt worden sind, dass die Pflichten des Sponsornehmers allerdings weiter gehen könnten und dies mittels weiteren Auslegungsmitteln zu bestimmen ist (KS, Rz. 2).

Bei Sponsoring-Verträgen handelt es sich um gemischte Verträge, gegebenenfalls mit starken Innominatelementen (Schwamberger S. 102; Huguenin, OR BT, Rz. 1707). Auf die einzelnen Vertragsbestandteile sind diejenigen Normen des OR anzuwenden, die dem Charakter des Vertragsteils am besten entsprechen (Huguenin, OR BT, Rz. 1708).

Als unbestrittener Vertragszweck wird der Imagetransfer des Klägers auf die Beklagte und ihre Produkte erkannt (KS, Rz. 3). Dass das Image, welches über den Kläger auf die Adimax GmbH übertragen werden soll nicht im Vertrag definiert sei, deshalb kein bestimmtes Image vom Kläger verlangt werden kann und somit keine Verletzung einer Pflicht auf der Seite von Johann Müller geortet werden kann (KS, Rz. 4) ist allerdings ein Trugschluss.

Als allgemeine Auslegungsregeln gelten die Auslegung nach Treu und Glauben (GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY, Rz. 1224) und die ganzheitliche Auslegung (BGE 117 II 622). Ein weiteres Auslegungsmittel ist die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss (BGE 122 III 429).

Die Erwartungen an ein Sponsoringverhältnis richten sich u. a. darauf, dass sich in der Öffentlichkeit und v. a. bei den Zielgruppen eine Wirkung einstellt, die primär psychologischer Art ist. Das Verhalten der Zielgruppen soll *in einer bestimmten* Art und Weise beeinflusst werden (HAUSER, S. 39). In der von der Beklagten hergestellten Studie (B-8), welche zur Konkretisierung einer möglichen Zusammenarbeit zwischen den Parteien herausgearbeitet sind, werden auf Folie 6 die aus Sicht der Sponsoring wichtigen Eckdaten des Klägers genannt, welche

auch mit den Werten für den Schuh „Score“ (vgl. Folie 4, B-8) weitgehend übereinstimmen. Alle der oben aufgeführten Auslegungsmittel führen zu dem Ergebnis, dass das Image des Klägers mit Blick auf den Sponsoringvertrag als definiert gelten kann und als Teil des Vertrages gewertet werden muss.

Das vom Kläger eingebrachte Argument, dass gemäss der Unklarheitsregel (in dubio contra stipulatorem) bei einem Vertrag diejenige Bedeutung vorzuziehen ist, welche für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist (KS, Rz. 6), ist zwar an sich korrekt. Die Unklarheitenregel darf aber erst angewendet werden, wenn alle anderen Auslegungsmittel versagen. Gar keine Anwendung findet sie wenn der Vertrag von beiden Seiten durchberaten wurde (GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY, Rz. 1232).

I.c. haben die Parteien laut Beschluss Nr. 2 Ziff. 2 den Vertrag gemeinsam endredigiert. Die Beklagte kann demnach nicht als Verfasserin des Vertrages im Sinne der Unklarheitsregel angesehen werden.

I.c. hat der Kläger seit Mitte August 2006 einen drastischen Imagewandel zu verantworten, welcher nicht zuletzt von den Medien wahrgenommen wurde, wie die bereits der Widerklage beigefügten verschiedenen Meldungen zeigen. Der Kläger nimmt in der Klageschrift eine differenzierte Prüfung dieser Medienberichte in Bezug auf ihren möglichen Kontakt mit der Zielgruppe vor (KS, Rz. 7 ff.) und behauptet zum Schluss, dass das Image von Johann Müller nicht gelitten hätte (KS, Rz. 13). Die (nächtlichen) Eskapaden des Klägers werden dabei heruntergespielt. Es steht aber ausser Frage, dass das Verhalten des Klägers nicht mehr mit Zuverlässigkeit, Leistung, Loyalität, Disziplin, geschweige denn Leidenschaft für den Sport verträglich sind. Dies äussert sich nicht zuletzt in Beilage B-5. Wenn selbst der Trainer es für nötig hält mit einem Spieler ein über 2-stündiges Gespräch über sein Verhalten zu führen, so kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass *kein* Imagewandel stattgefunden hätte.

Auch das Argument, dass die schlechte Presse nur bedingt von der Zielgruppe wahrgenommen worden sei, ist letztlich irrelevant. Der Kläger hat mit seinem Imagewandel gegen das im Sponsoring recht weitgehende Vertrauensverhältnis, insbesondere die aus Art. 2 ZGB fliessenden Nebenpflichten verstossen (SCHWAMMBERGER, S.159).

Er hat also seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt und die Kündigung der Adimax GmbH gemäss Art. 11 Abs. 2 des Sponsoringvertrags war gerechtfertigt und wirksam.

## 1.2 Ausserordentliche Kündigung

Nimmt das Schiedsgericht wider Erwarten an, dass der Kläger seinen vertraglichen Pflichten 12 nachgekommen sei, so wird die Beklagte beweisen, dass der Vertrag aus ausserordentlichem Grund gekündigt werden konnte und wurde.

Der Sponsoringvertrag ist als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet. Dies impliziert ein soforti- 13 ges Kündigungsrecht der Parteien aus wichtigem Grund (BSK OR I – SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. Rz. 447).

Wie in Rz.1 ff. aufgezeigt, hat sich das Image des Klägers im Spätsommer 2006 drastisch 14 verändert. Der Beklagten ist eine Assoziierung mit diesem neuen Image und damit ein Festhalten an dem Sponsoring-Vertrag nicht zuzumuten. Der Kläger bemerkt zwar richtig, dass diese Unzumutbarkeit sich bei der ausserordentlichen Kündigung dadurch ausdrücken muss, dass eine Aufschiebung der Kündigung nicht mehr haltbar wäre (KS, Rz. 16).

Es ist wohl richtig, dass allein das neue Freizeitverhalten des Klägers noch kein so grobes 15 Fehlverhalten darstellt, dass eine Kündigung gemäss Ziff. 9 des Sponsoringvertrages mit der darin festgelegten Kündigungsfrist nicht zumutbar gewesen wäre.

Wie der Kläger aber selber erkennt, stellt der Führerausweisenzug eine Übertretung i.S.v. 16 Art. 91 SVG dar (Beilage B-4). Er schweigt aber über die Blutalkoholkonzentration von 1.3 Promille. Dies ist eine erhebliche Konzentration, welche nicht mit der Begründung „ein Glas zu viel“ verharmlost werden kann (KS, Rz. 12).

Eine strafrechtliche Verurteilung (hier ein Verbrechen) bewirkt einen Verlust des Ansehens, 17 welcher als wichtiger Grund für die ausserordentliche Kündigung eines Sponsoringvertrages darstellt (SCHWAMMBERGER, S. 191).

Der Kläger behauptet in Rz. 17, dass die Beklagte sich zu viel Zeit gelassen hätte bis zum 18 Kündigungsschreiben. Die Beklagte wollte jedoch zuerst abwarten, ob die Imageveränderung von der Zielgruppe tatsächlich wahrgenommen wurde und hat sofort gekündigt, als sie die Absatzzahlen des Monats Oktober 2006 in der Hand hatte.

Somit ist die ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gegeben. Der Vertrag mit 19 dem Kläger wurde gerechtfertigt gekündigt und die Kündigung ist wirksam.

### 1.3 Vertragsstrafe

Konventionalstrafen sind in Sponsoringverträgen üblich und damit können insbesondere das Problem des Beweises und der Bezifferung eines Schadens, welcher dem Sponsor aus einer Vertragsverletzung seines Geschäftspartners erwächst, umgangen werden. Sie sind oft als Garantieverprechen ausgestaltet und sind unabhängig von einem möglichen Schaden geschuldet (NETZLE, S. 134).

I.c. haben die Parteien eine solche Konventionalstrafe in der Höhe von 150'000 CHF vereinbart in Art. 11 Abs. 2 des Vertrages, für den Fall der Verletzung von vertraglichen Pflichten.

Wie nachgewiesen wurde, hat der Kläger seine Pflichten verletzt. Somit schuldet er der Beklagten die 150'000 CHF ohne jede weitere Voraussetzung.

## 2 Nichtverletzung der Geheimhaltungspflicht

Der Kläger macht in der Klageschrift (Rz. 34ff.) eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht nach Ziff. 2 des Sponsoringvertrages durch die Aussage in der Pressemitteilung vom 10. November 2006 (vgl. K-3) geltend und klagt auf Bezahlung der Vertragsstrafe von 100'000 CHF.

### 2.1 Auslegung der Geheimhaltungsklausel

Der Kläger argumentiert, die Geheimhaltungsklausel sei entgegen der Meinung der Beklagten (Einleitungsantwort lit. c) so auszulegen, dass sie auf diesen Sachverhalt anwendbar ist. Die auf den ersten Blick einleuchtenden Argumente können jedoch leicht widerlegt werden, stützen sie sich doch auf Quellen die keiner Überprüfung standhalten, falls überhaupt vorhanden.

In Rz. 41 schreibt der Kläger, für die Auslegung entgegen dem Wortlaut sei erforderlich, dass eindeutig sei, was trotz fehlerhaftem Gebrauch der Worte gemeint war. Die zitierte Stelle (HADZIMANOVIC, S.53) findet sich unter dem Titel: „Landesbericht England“. Im Bericht über die Auslegung in der Schweiz heisst es dann richtig: „*Buchstabeninterpretation* ist unzulässig, selbst wenn der Inhalt auf den ersten Blick klar scheint, kann, wenn aufgrund des Einbezugs von Umständen ein anderer Sinn evident ist, nur dieser massgeblich sein“ (HADZIMANOVIC, S. 83/84).

In Rz. 42 wird dann argumentiert, die Beklagte sei Verfasserin des Vertrages und müsse sich deswegen die Unklarheitsregel entgegenhalten lassen, wobei sie sich auf GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY Rz. 1231 stützt. In der darauf folgenden Rz. 1232 heisst es dann aber, dass die Unklarheitsregel erst angewendet werden darf, wenn alle anderen Auslegungs-

mittel versagen, gar keine Anwendung findet sie wenn der Vertrag von beiden Seiten durchberaten wurde. I.c. haben die Parteien laut Beschluss Nr. 2 Ziff. 2 den Vertrag gemeinsam endredigiert. Die Beklagte kann demnach nicht als Verfasserin des Vertrages im Sinne der Unklarheitsregel angesehen werden.

Der Kläger stützt sich bei seiner Argumentation für eine Auslegung zu seinen Gunsten grösstenteils auf den Wortlaut der Vertragsklausel, ohne jedoch die gesamten Umstände ganzheitlich zu berücksichtigen. Dies ist jedoch nach einheitlicher Lehre und Rechtsprechung unzulässig (HADZIMANOVIC, S. 83/84; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY, Rz. 1228; BGE 88 II 344 f.).

Wenn dann vom Kläger andere Auslegungsmethoden angewendet werden, ist die Beweisführung nicht nachvollziehbar. So heisst es in Rz. 38 zunächst richtig, dass der Vertragszweck die Förderung der sportlichen Entwicklung der Sponsornehmerin beinhaltet (Art. 1, K-1). Darauf wird behauptet, die „Bekanntmachung des Einkommens“ habe für den Sponsornehmer Nachteile in Bezug auf zukünftige Vertragsverhandlungen. Wie die Förderung der sportlichen Entwicklung mit dem Aushandeln von zukünftigen Sponsorverträgen zusammenhängt, bleibt dabei unklar. In Rz. 39 heisst es dann, es sei unstatthaft, dass die Beklagte ihre wirtschaftlichen Interesse durch die Geheimhaltungsklausel geschützt sieht, die wirtschaftlichen Interessen des Klägers jedoch nicht. Warum dies nicht statthaft sei, bleibt dahingestellt.

Für die korrekte Auslegung der Geheimhaltungsklausel sind Auslegungsmittel und die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Auslegungsregeln, d.h. auch das Prinzip von Treu und Glauben und die gesamten Umstände, zu berücksichtigen (GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY Rz. 1204 ff.).

I.c. soll eine Verletzung der Geheimhaltung mit einer Konventionalstrafe von 100'000 CHF geahndet werden. Die Höhe der Strafe macht deutlich, dass mit der Geheimhaltungsklausel grosse wirtschaftliche Interessen geschützt werden sollten, so wie etwa das Verhindern der Nachahmung der zur Verfügung gestellten Sportartikel, speziell die in Zusammenarbeit mit der Calgary Universität (vgl. B-8, Folie 3) entwickelten Schuhe. Das Argument des Klägers, dass er nichts schützenswertes über den Schuh wisse (KS, Rz. 35), trifft nicht zu, so erhielt Johann Müller doch ein speziell auf seinen Fuss angepasstes Premium Modell (vgl. B-8, Folie 3). Allein das Verfahren der Anpassung des Schuhs kann viel Know-how benötigen, das der Konkurrenz teure Forschungsarbeiten ersparen könnte. Daneben wird die Sponsornehmerin für Marketing- und Kommunikationszwecke eingesetzt (vgl. K-1, Art. 6), wobei sie einen Einblick in zukünftige Werbekampagnen erhalten könnte, deren frühzeitige Veröffentlichung

den Werbeeffekt zerstören könnte. Interpretiert man die Geheimhaltungsklausel, v.a. die hohe Strafe, nach Treu und Glauben, muss klar sein, dass sie sich auf wirklich schützenswerte Informationen beschränkt und sich nicht auf Nebensächliches oder Vertragsübliches beziehen kann. Das Gehalt des Sponsornehmers ist nicht unerwartet hoch oder tief, sondern entspricht wohl dem branchenüblichen Entgelt, als besonders schützenswert oder als eine Strafe von 100'000 CHF rechtfertigend, kann dies nicht angesehen werden.

Bei der Auslegung einer Klausel ist auch das Verhalten der Vertragsparteien während der Vertragsdauer massgebend. Dass die Beklagte in einer Pressemitteilung überhaupt einen Hinweis auf die Bezahlung an den Kläger gibt, zeigt, dass sie dies als von der Geheimhaltungsklausel nicht gedeckt angesehen hat und ansieht.

Zudem ist in Zweifelsfällen auch die Auslegungsregel „in dubio pro mitius“, im Zweifel für den Schuldner, zu beachten.

Legt man die Geheimhaltungsklausel unter Berücksichtigung aller Umstände und von Treu und Glauben aus, so wird deutlich, dass es Sinn und Zweck der Klausel widerspricht, die sehr ungenaue Bekanntgabe der Entlohnung der Geheimhaltung zu unterstellen.

## **2.2 Nichtverletzung der Geheimhaltungspflicht**

Wird unerwarteterweise die Geheimhaltungsklausel vom Gericht so ausgelegt, dass sie auf den Sachverhalt Anwendung findet, so ist aber die Verletzung der Geheimhaltung zu verneinen.

In der Klageschrift (Rz. 40) wird geschrieben, dass die Beklagte mit ihrer Äusserung die „Grenze der Geheimhaltung“ überschritten habe. Wo genau diese Grenze liegt oder wie sie definiert ist, wird nicht gesagt, denn es gibt auch keine klar gezogene „Grenze der Geheimhaltung“, vielmehr muss von Fall zu Fall entschieden werden. I.c. ist der Satz: „Für sex, drugs and alcohol ist Adimax nicht bereit, 6-stellige Beträge an Sponsorgeldern zu bezahlen!“ (Pressemitteilung, K-3) Stein des Anstosses.

Als geheim können Informationen eingestuft werden, die einem bestimmten Personenkreis bzw. der Öffentlichkeit vorenthalten sind. Informationen, die zwar der Öffentlichkeit nicht explizit vorliegen, mit gesundem Menschenverstand aber nahe liegend sind und erahnt werden können, können jedoch nicht als geheim angesehen werden. Wenn, wie nach der Ansicht des Klägers, sämtliche Informationen des Vertrages der Geheimhaltung unterliegen, heisst das nicht, dass auch sämtliche Informationen geheim sind. So wäre es auch kein Verstoß der Geheimhaltungspflicht, wenn bekannt gemacht würde, dass der Sponsornehmer vertraglich ver-



pflichtet ist, an Kommunikationsmassnahmen teilzunehmen, oder dass die Sponsorin Johann Müllers Namen und Bild für Marketingzwecken einsetzen darf. Denn dass ein Sponsoringvertrag besteht, ist gemeinhin bekannt (vgl. K-9), so weiss die Öffentlichkeit auch, dass solche Verpflichtungen zu einem Sponsoringvertrag gehören. Dasselbe gilt für die Entlohnung. In der Pressemitteilung wird von 6-stelligen Beträgen gesprochen, was einen weiten Interpretationsspielraum offen lässt. Diese sehr ungenaue Information entspricht wohl auch etwa dem Erwartungswert eines Durchschnittbürgers. Wenn dann argumentiert wird, die Bekanntgabe habe einen negativen Einfluss auf zukünftige Vertragsverhandlungen (KS, Rz. 38), muss angefügt werden, dass Branchenkundige die Summe wohl noch genauer abschätzen können und somit keine neue Information erhalten haben.

Das veröffentlichte Quäntchen Information als geheim zu betrachten, widerspricht dem gesunden Menschenverstand, in der Pressemitteilung wurde höchstens bestätigt, was allgemein erwartet wurde. Deswegen eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht anzunehmen wäre vermessen.

### **2.3 Konventionalstrafe**

Wird die Geheimhaltungsklausel als auf den Sachverhalt anwendbar und verletzt angesehen, so ist doch die Strafe nach Art. 163 Abs. 3 OR angemessen herabzusetzen. Das Argument des Klägers, Art. 163 Abs. 3 OR sei auf atypische Konventionalstrafen nicht anwendbar (KS, Rz. 52), wird in der von ihm angegebenen Quelle nicht etwa untermauert, sondern als unbegründet und nicht überzeugend bezeichnet. Vielmehr sei Art. 163 Abs. 3 OR auf atypische Konventionalstrafen analog anwendbar (BENTELE, S. 134).

Bei der Frage, ob und in welchem Umfang die Strafe herabzusetzen sei, hat der Richter gemäss Art. 4 ZGB nach „Recht und Billigkeit“ zu entscheiden (GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY, Rz. 4042). Dabei ist das Verhältnis zwischen der vereinbarten Konventionalstrafe und dem Interesse des Berechtigten daran in vollem Umfang festzuhalten, zu berücksichtigen. Weiter ist die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, der höchstmögliche Schaden sowie die Art und Dauer des Vertrages massgeblich (GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY, Rz. 4048 f.).

Das Interesse der Beklagten an der Geheimhaltung ihres Entgelts ist gering, so werden als verletztes Interesse einzig Nachteile in zukünftigen Vertragsverhandlungen und eine erschwerte Erhöhung ihres Marktwerts beim Sponsoring geltend gemacht (KS, Rz. 38). Ob die

Bekanntgabe irgendeinen Einfluss auf den Marktwert hat und ob dieser dann auch negativ ist, wird nicht nachgewiesen und ist zu bezweifeln.

Der Kläger sagt zwar richtig, dass der Eintritt eines Schadens nicht nötig ist (KS, Rz. 44), 41 jedoch ist der potenzielle, höchstmögliche Schaden zu berücksichtigen (GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY, Rz. 4048). I.c. ist kein Schaden eingetreten, auch ist ein Szenario kaum vorstellbar, in dem eine andere Sponsorin wegen der ungefähren Bekanntgabe des Entgelts einen geringeren Betrag bezahlen würde. Der geltend gemachte potenzielle Schaden ist, wenn überhaupt, als sehr gering anzusehen und 100'000 CHF wären eine äusserst unverhältnismässige Strafe.

Dazu kommt, dass die Beklagte sich im Moment der Bekanntgabe keines Verschuldens be- 42 wusst war, so hat sie keineswegs erwartet, dass dies in irgendeiner Weise als Verstoss der Geheimhaltung qualifiziert werden könnte (Einleitungsantwort Ziff. 5).

Angesichts dieser Sachlage scheinen 100'000 CHF Strafe als masslos übertrieben und stehen 43 weder in einem angemessenen Verhältnis zum potenziellen Schaden noch zum angeblich verletzten Interesse. Deshalb ist die Strafe erheblich zu mindern.

### **3 Behandlungskosten**

#### **3.1 Qualifikation des Vertrags bzw. anwendbares Recht**

Der Kläger geht davon aus, dass die Leistungsstörungen des Sponsoringvertrages gemäss 44 HAUSER nach den Regeln des OR AT zu lösen sind, da keine hinreichende Ähnlichkeit mit einem Nominatkontrakt bestünde (KS, Rz. 59). Diese Ansicht ist aber im Einklang mit der h.L. nicht richtig, vielmehr verweist die grosse Mehrheit der Lehre auf die Anwendung der Regeln über den Werkvertrag gemäss Art. 363 ff. OR bei Störungen des Vertragsverhältnisses durch individuell angefertigte Sachleistungen des Sponsors an den Sponsornehmer (vgl. unter anderen NETZLE, S. 128; HUGUENIN, OR BT, Rz. 1729; BSK OR I – SCHLUEP/AMSTUTZ, Einl. Vor Art. 184 ff. Rz. 443; SCHWAMMBERGER, S. 107 ff.). Deshalb sind die Bestimmungen von Art. 97 OR für eine Schadenersatzforderung des Klägers, wie von diesem in Rz. 59 der Klageschrift vorgeschlagen, unseres Erachtens nicht massgeblich, vielmehr richtet sich ein solcher Anspruch nach Art. 368 OR.

#### **3.2 Schadenersatzforderung gemäss Art. 368 OR**

Art. 368 OR gibt dem Besteller bei einem Werkmangel das Recht auf Schadenersatz als Er- 45 gänzung der übrigen Mängelrechte, sofern der Unternehmer den Werkmangel mit Verschul-

den herbeigeführt hat. Es richtet sich auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (GAUCH, Rz. 1848).

Obwohl das Schadenersatzrecht nach OR 368 die übrigen Mängelrechte ergänzt, setzt es nicht 46 voraus, dass der Besteller eines dieser Rechte tatsächlich ausübt. I.c. macht der Kläger nur das Recht auf Schadenersatz für Folgeschäden geltend.

Der Unternehmer hat unter folgenden Voraussetzungen Schadenersatz zu leisten (vgl. OR 47 368). Erstens muss das Werk zum Zeitpunkt der Ablieferung mangelhaft sein, zweitens muss die Mängelrüge fristgerecht erhoben worden sein, drittens darf der Anspruch auf Gewährleistung noch nicht verjährt sein (HUGUENIN, OR BT, Rz. 636) und viertens muss ein Verschulden des Unternehmers vorliegen. In den folgenden Abschnitten wird die Beklagte beweisen, dass diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind und sie deshalb nicht für die Behandlungskosten des Klägers haftbar ist.

### **3.2.1 Werkmangel**

Ein Werk ist gem. OR 368 mangelhaft, wenn es von der vertraglich verabredeten Beschaffen- 48 heit abweicht (HUGUENIN, OR BT, Rz. 637), oder wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehlt (BGE 114 II 244). Der Werkmangel ist also ein relativer Begriff und vom konkreten Vertrag abhängig (GAUCH, Rz. 1360) und durch Vertragsauslegung zu ermitteln (GAUCH, Rz. 1366).

In Art. 3 des Sponsoringvertrags wurde festgehalten, dass die Adimax GmbH dem Kläger den 49 von ihr hergestellten und vertriebenen Schuh mit der Bezeichnung „Score“ zur Verfügung stellt und dass dieser auf die sportlichen und sportmedizinischen Bedürfnisse des Sponsornehmers angepasst und speziell für diesen angefertigt wird (vgl. K-1). Dies wurde laut Beschluss Nr. 2, Ziff. 8 des Schiedsgerichts auch getan, soweit dabei „die Leistungsmerkmale des Schuhs nicht nachhaltig berührt wurden, um die hervorragenden Eigenschaften des „Scores“, die ihn von anderen Fußballschuhen abheben, nicht zu beeinträchtigen.“ (vgl. Beschluss Nr. 2, Ziff. 8 des Schiedsgerichts). Dass dem Spreizfuss und der Anpassung an die Fussform des Klägers (vgl. Folie 3, B-8) nur soweit Rechnung getragen wurde, kann nicht als Abweichung von den vertraglichen Eigenschaften des Schuhs verstanden werden. Vielmehr ist im Vertrag und auch in der von der Beklagten angefertigten Studie immer eindeutig vom Schuh mit der Bezeichnung „Score“ die Rede. Dass die Schuhe gerade im Hinblick auf den Zweck des Sponsoringvertrages nur soweit angepasst werden konnten, als dass seine Leistungsmerkmale und hervorragenden Eigenschaften nicht nachhaltig berührt wurden, versteht sich

von selbst. Wie in K-6 vom Arzt des Klägers festgehalten wurde, können nur orthopädische Schuhe dem Spreizfuss von Johann Müller vollumfänglich gerecht werden. Der „Score“ war aber der Vertragsgegenstand dieses Verhältnisses und nicht irgendwelche Schuhe, die den Bedürfnissen des Klägers in jeder Beziehung gerecht werden würden. Somit weicht der „Score“ nicht von der vertraglich zu erwartenden Beschaffenheit ab. Es liegt kein Werkmangel vor.

Bejaht das Schiedsgericht wider Erwarten das Vorliegen eines Werkmangels, sind die weiteren Voraussetzungen zu prüfen. 50

### **3.2.2 Fristgerechte Mängelrüge**

Die Mängelrüge muss gem. OR 370 I fristgerecht erhoben werden, da das Werk sonst als genehmigt gilt und eine weitere vertragliche Haftpflicht des Unternehmers erlischt. Dabei wird zwischen offenen und versteckten Werkmängeln unterschieden und an diese Unterscheidung werden verschiedene Fristen für die Mängelrüge geknüpft. 51

Der Besteller muss nach der Ablieferung sorgfältig prüfen, ob das Werk Mängel aufweist (GAUCH, Rz. 2119). Die Sorgfaltspflicht impliziert bei der Prüfung Aufmerksamkeit, die von einem durchschnittlichen (nicht spezialisierten) Kenner des Werkes erwartet wird (GAUCH, Rz. 2122). 52

Der Kläger trug den „Score“ ab Beginn der Saison 2006/2007 regelmässig, machte jedoch seine Schadensmeldung, die im vorliegenden Fall als Mängelrüge betrachtet werden kann, erst am 18. Oktober 2006 (vgl. K-8). Der Kläger macht geltend, dass der Hallux valgus durch das dauerhafte Tragen des zu engen „Scores“ zustande gekommen ist (KS, Rz. 65). Johann Müller hätte die Schuhe auf ihre Beschaffenheit und Tauglichkeit bei der Abnahme prüfen müssen. Selbst wenn von einem Werkmangel ausgegangen wird, der sich erst mit der Zeit bemerkbar macht, ist es erforderlich, dass der Besteller den Mangel rügt, sobald er die Bedeutung und Tragweite desselben erfassen kann (BGE 118 II 149) und erkennt, dass der Zustand des Werkes vertragswidrig ist (BGE 107 II 175). 53

Der Kläger hat den „Score“ vertragsgemäss während rund 3 Monaten regelmässig und oft getragen. Gerade von Johann Müller als Profisportler kann verlangt werden, dass er seinem Körper gegenüber aufmerksam sein soll, ist dieser doch seine Kapitalanlage, wie der Kläger in der Klageschrift in Rz. 70 zutreffend ausführt. Dass die Schuhe zu eng für seine Füsse und somit mit einem Mangel behaftet waren, hätte er früher erkennen müssen. Es ist nicht denkbar, dass jemand während drei Monaten mit zu engen Schuhen intensiv trainiert, ohne dass 54

ihm Druckstellen und Beschwerden auffallen, bevor sich daraus eine Entzündung entwickeln kann.

Das Erfordernis der sofortigen Mängelrüge wird sehr streng gehandhabt (TRACHSEL, Rz. 55 146). Es ist hier klarerweise nicht erfüllt worden. Somit ist die Adimax GmbH von der Haftpflicht befreit, da der Kläger die Mängelrüge nicht fristgerecht erhoben hat und seine Mängelrechte nach Art. 370 OR dadurch verloren hat.

### **3.3 Schadenersatzforderung gemäss Art. 97 OR**

Gelangt das Schiedsgericht wider Erwarten zur Erkenntnis, dass der Kläger eine Schadenersatzforderung bezüglich Behandlungskosten gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR geltend machen kann, wird die Beklagte nun zeigen, dass auch hierfür die Voraussetzungen nicht gegeben sind.

#### **3.3.1 Verletzen einer vertraglichen Pflicht**

Bezüglich Vorliegens einer Verletzung einer vertraglichen Pflicht i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR 57 kann auf die Ausführungen zum Werkmangel in Rz. verwiesen werden. Die Beklagte hat im Rahmen der Möglichkeiten des Schuhs „Score“ auf den Spreizfuss des Klägers bei der sportmedizinischen Anpassung Rücksicht genommen. Dass dabei wie vom Kläger in der Klageschrift Rz. 62 ff. beanstandet, den Bedürfnissen des Klägers nicht vollumfänglich Rechnung getragen werden konnte, ergibt sich daraus, dass der „Score“ ein Sportschuh und nicht ein orthopädischer Schuh ist.

Wird vom Schiedsgericht dennoch das Verletzen einer vertraglichen Pflicht auf Seite der A- 58 dimax GmbH festgestellt, so ist im Folgenden darzulegen, dass die Beklagte dennoch nicht für den dem Kläger entstandenen Schaden einzustehen hat.

#### **3.3.2 Schaden**

Wie vom Kläger richtig erkannt wird, entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem 59 gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (KS, Rz. 61). Die Schadensberechnung ist unseres Erachtens in der Klageschrift jedoch zu kurz ausgefallen, indem nur die Rechnung des Dr. Unruh (vgl. K-7) aufgeführt wird. Vielmehr wäre zu prüfen, ob weitere Umstände zur Höhe dieses Schadens führen könnten.

Es wird vom Kläger richtig erfasst, dass die Erkrankungen des Klägers auf eine genetische 60 Disposition zurückzuführen sind (KS, Rz. 67 und K-6), die unter dem Titel der konstitutionellen Prädisposition abgehandelt werden. Ferner wird in der Klageschrift korrekterweise erkannt, dass es zwei verschiedene Arten der konstitutionellen Prädisposition geben kann, die unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Es ist zwar zutreffend, dass die Ermittlung der Haftungsquote so oder anders nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist (BGE 113 II 90), der Unterscheidung kommt aber dennoch Bedeutung zu. Der Kläger nimmt keine Stellung zu einer Einteilung seiner genetischen Disposition in der Klageschrift.

Unserer Ansicht nach hätte diese auch ohne die von der Adimax GmbH zur Verfügung ge- 61 stellten Sportschuhe „Score“ zu einer Vermögenseinbusse geführt. Wenn der entstandene Schaden aber „in vollem oder geringerem Umfang auch ohne den Unfall eingetreten wäre, ist er insoweit keine Folge davon, dem Haftpflichtigen folglich nicht zurechenbar und von der Schadensberechnung auszunehmen.“ (BGE 113 II 93). Ist neben der realen Ursache für einen Schaden noch eine zweite, jedoch hypothetische Ursache vorhanden, spricht man von hypothetischer Kausalität. Der vom Schädiger tatsächlich verursachte Schaden wäre durch die Reserveursache später ohnehin eingetreten (REY, Rz. 604). Die Beklagte muss beweisen, dass die Reserveursache mit nach der Lebenserfahrung hoher Wahrscheinlichkeit (KRÄUCHI, S. 107) in absehbarer Zeit (REY, Rz. 611) ebenfalls zum Schaden geführt hätte. Die hypothetische Kausalität ist ein Problem der Schadensberechnung gemäss Art. 42 i.V.m. Art. 99 OR (KRÄUCHI, S. 97) und kann bei konsequenter Anwendung der Differenztheorie dazu führen, dass sich der Schaden verringert oder gar auf Null sinkt (KRÄUCHI, S. 98). Es wird also der Schaden betrachtet, der ohne Zutun des Schädigers eingetreten wäre, und vom real eingetretenen Schaden abgezogen. Der Schädiger bleibt nur für den Verfrühungsschaden, also den Schaden, der aufgrund des früheren Eintritts der Vermögensminderung durch das Verhalten des Schädigers entstanden ist, haftbar (KRÄUCHI, S. 193).

I.c. leidet der Kläger am rechten Fuss an einem Hallux valgus, der sich in einem mittelschwe- 62 ren Stadium befindet, und an einer bakteriellen Schleimbeutelentzündung (vgl. K-6). Die Erkrankungen sind, wie bereits erwähnt, auf die genetische Disposition des Klägers und das dauerhafte Tragen zu enger Schuhe zurückzuführen. Fussballschuhe sind an sich eher enge Schuhe, um eine gute Ballführung zu gewährleisten und dem Sportler einen guten Halt darin zu bieten. Man kann mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass Johann Müller auch wenn er nicht den „Score“ angehabt hätte, so doch andere, enge Fussballschuhe getragen hätte. Man kann mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass dadurch der eingetretene Schaden entstanden wäre, wenn nicht sogar früher als der tatsächliche (da der „Score“ doch

immerhin teilweise auf die Bedürfnisse des Sponsornehmers angepasst wurde), so dann doch in absehbarer Zeit. Es stellt sich also die Frage, ob die Adimax GmbH einen Verfrühungsschaden verursacht hat. Der Kläger fordert i.c. von der Beklagten 23'169.50 CHF Behandlungskosten zzgl. 5% Zins für die erlittenen Verletzungen. Wie oben gezeigt, kann davon ausgegangen werden, dass sich bei Johann Müller ein Hallux valgus und eine bakterielle Schleimbeutelentzündung entwickelt hätten, auch ohne den „Score“. Es kann ferner davon ausgegangen werden, dass er sich auch in diesem Falle von seinem Vertrauensarzt Dr. Unruh hätte behandeln lassen und somit die gleichen Behandlungskosten entstanden wären. Der Schaden, für den die Adimax GmbH einzustehen hat, sinkt somit, wie gezeigt, auf Null. Die Beklagte hat dem Kläger keinen Schadenersatz zu leisten.

Falls das Schiedsgericht zur Erkenntnis gelangt, dass sich die konstitutionelle Prädisposition 63 des Klägers ohne die Schuhe „Score“ nicht ausgewirkt hätte, so ist diese im Zusammenhang mit der Schadenersatzbemessung (Art. 44 i.V.m. Art. 99 OR) zu berücksichtigen, wie der Kläger in Rz. 67 festhält, und die Haftungsquote nach richterlichem Ermessen zu bestimmen.

Entgegen der in Rz. 68 ff. vertretenen Auffassung ist eine Kürzung der Haftung nicht abzu- 64  
lehnen, da der Zweck des Haftpflichtrechts einzig und allein in einem Vermögensausgleich zwischen Schädiger und Geschädigtem besteht (KRÄUCHI, S. 103) und keinen pönalen Zweck verfolgt.

Eine ausservertragliche Haftung nach Art. 41 ff. OR, wie der Kläger sie in Rz. 63 ff. kumula- 65  
tiv zur vertraglichen Haftung geltend macht, scheidet am gleichen Begriff des Schadens bzw. an der hypothetischen Kausalität, wie oben ausführlich dargelegt.

### **3.4 Fazit**

Die Adimax GmbH haftet dem Kläger nicht für die entstandenen Behandlungskosten, der 66  
entsprechende Antrag desselben ist abzuweisen.

## **4 Veröffentlichungen auf der Internetseite der Beklagten**

### **4.1 Unzuständigkeit des Schiedsgerichts**

Die Ausführungen des Klägers zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts (KS, Rz. 81ff.) sind bis 67  
auf die Schiedsfähigkeit der Streitsache korrekt und unbestritten.

Bei der Prüfung der Schiedsfähigkeit werden jedoch wichtige Tatsachen ausgeblendet und 68

eine Belegstelle aus dem Kontext gerissen. So wird behauptet, das Bundesgericht verstehe unter der Schiedsfähigkeit „jeden Anspruch, welcher wenigstens für eine Partei ein (wenn auch nur indirektes) geldwertes Interesse“ haben könne (KS, Rz. 83). Dabei bezieht er sich auf BGE 118 II 353. Dort aber heisst es auf Seite 356, schiedsfähig seien Ansprüche, „qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif“ oder „un intérêt pouvant être apprécié en argent“. Von indirektem geldwertem Interesse wird dabei nicht gesprochen. In BGE 108 II 77 wird die Rechtsprechung in Grenzfällen deutlicher, da heisst es nämlich, dass darauf abgestellt werden müsse, ob das geldwerte oder das ideelle Interesse des Klägers überwiege. Dieser Rechtsprechung folgt auch die in der Klageschrift (Rz. 83) angegebene Quelle (BERGER / KELLERHALS, Rz. 201; so auch BUCHER, Rz. 91).

Ebenfalls in Rz. 83 wird dann behauptet, auch Riemer bejahe die Schiedsfähigkeit für die 69 Rechtsbehelfe des Persönlichkeitsschutzes (RIEMER, S. 376 f.). Dieser bezieht sich jedoch nur auf die innerschweizerische Schiedsgerichtsbarkeit, speziell auf Art. 5 KSG, wo als Voraussetzung die freie Verfügbarkeit aufgeführt wird, im Gegensatz zu Art. 177 Abs. 1 IPRG, in dem von vermögensrechtlichem Anspruch die Rede ist. Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit sind die Ausführungen von Riemer jedoch „weitgehend überholt“ (BSK-MEILI zu Art. 177, Rz. 14).

In Rz. 85 der Klageschrift wird dann argumentiert, dass die Schiedsfähigkeit allein schon 70 durch die Schiedsvereinbarung des Sponsoringvertrags (vgl. K-1, Ziff. 12) gegeben sein müsse, auch wenn der Anspruch nicht vermögensrechtlich sei. Daraus würde sich ja ergeben, dass Vertragsparteien sämtliche Streitsachen ohne Einschränkungen einem Schiedsgericht unterbreiten können. Dies widerspricht natürlich eindeutig dem Art. 177 Abs. 1 IPRG.

Für die Beurteilung, ob ein vermögensrechtlicher Anspruch nach Art. 177 Abs. 1 vorliegt, ist 71 also nach Lehre und Rechtsprechung abzuwägen, ob das ideelle oder das geldwerte Interesse des Anspruches überwiegt.

Als „indirekte“ geldwerte Interessen macht der Kläger in Rz. 83 „unmittelbare Auswirkungen 72 auf seinen Wert auf dem Transfermarkt und seine zukünftigen beruflichen Karrieremöglichkeiten“ geltend. Ob und inwiefern die Pressemitteilung, in welcher lediglich Berichte aus den Medien wiederholt werden, an einer Verminderung des Marktwerts von Johann Müller beigetragen hat, ist zweifelhaft, sogar von unmittelbaren Auswirkungen zu sprechen ist, bei der sehr dünnen Beweislage jedoch unangebracht.

Grundsätzlich wird mit dem Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB ein ideelles Interesse 73 verfolgt, in diesem Fall der Schutz der angeblich verletzten beruflichen Ehre von Johann Mül-



ler. Weiter deutet das gewählte Rechtsmittel auf ein ideelles Interesse hin. Hätte der Kläger tatsächlich ein geldwertes Interesse in dieser Streitfrage, so wäre eine Klage auf Schadenersatz nahe liegend, eine Klage auf Schutz der beruflichen Ehre deutet hingegen auf ideelle Interessen hin.

Berücksichtigt man sämtliche Umstände, so deutet vieles auf ein ideelles Interesse hin, das geldwerte hingegen ist nicht nur unquantifizierbar, sondern auch zweifelhaft. Das ideelle überwiegt und ein vermögensrechtlicher Anspruch im Sinne von Art. 177 Abs. 1 IPRG ist nicht gegeben. Es sei nicht auf das Rechtsbegehren einzutreten. 74

#### **4.2 Keine Persönlichkeitsverletzung**

Der Kläger macht geltend, durch die Äusserungen in der Pressemitteilung in seiner beruflichen Ehre verletzt zu sein (KS, Rz. 95). In der Pressemitteilung wird jedoch nur die Medienberichterstattung zusammengefasst und wiederholt (B-1 bis B-5), ohne dass neue Tatsachen behauptet würden. Zwar wird das negative Auftreten von Johann Müller gewertet, doch solche Werturteile sind nur ehrverletzend, wenn sie „von der Form her eine unnötige Herabsetzung bedeuten“ (BGE 103 IV 158). Die Adimax GmbH wurde von Johann Müller als Sponsornehmer schwer enttäuscht und vor diesem Hintergrund seine, auch von den Medien negativ aufgefassten Aktionen, ebenfalls negativ zu bewerten, kann keine unnötige Herabsetzung bedeuten. 75

Der Kläger wappnet sich auch schon für eine allfällige Geltendmachung des Rechtfertigungsgrundes, dass Johann Müller als in der Öffentlichkeit stehende Person einen weiteren Eingriff in die Privatsphäre erlauben muss. Dieser kann jedoch nur geltend gemacht werden, wenn neue Tatsachen behauptet werden. Dies ist, wie schon gesagt, aber nicht der Fall, die Pressemitteilung ist viel mehr eine Collage von vorher publizierten Zeitungsartikeln mit Werturteil. Dass gewisse Angaben nicht bewiesen seien oder gar unwahr, kann demnach nur den Verfassern der Zeitungsartikel vorgeworfen werden. Die Ehrverletzung müsste demnach schon bei der Veröffentlichung der Zeitungsartikel eingetreten sein. Der Kläger behauptet, dass Trainer und Mitspieler auf die Pressemitteilung negativ reagiert haben (KS, Rz.95), jedoch scheint es unwahrscheinlich, dass die ganzen Negativnachrichten in den Medien im Team unbeachtet blieben, mit einer Pressemitteilung auf der Website von Adimax aber plötzlich alle darauf aufmerksam wurden. 76

Die Klage auf Beseitigung der Veröffentlichung im Internet ist abzuweisen. 77

## **5 Entgangener Gewinn**

### **5.1 Schadenersatz aus OR 97**

Bei Leistungsstörungen im Sponsoringvertrag werden die Bestimmung des allgemeinen Teils 78 des OR, also OR 97 ff. angewandt (ZEN-RUFFINEN, S. 329). Der Kläger nennt in Rz. 21 ff. korrekterweise die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Schadenersatzforderung nach Art. 97 Abs. 1 OR erfolgreich geltend gemacht werden kann: Verletzung einer vertraglichen Pflicht, Schaden, Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden, sowie Verschulden (HUGUENIN, OR AT, Rz. 598 ff.).

#### **5.1.1 Verletzung einer vertraglichen Pflicht**

Wie in Rz.1 ff. ausführlich nachgewiesen, hat der Kläger seine, ihm durch den Sponsoringver- 79 trag erwachsenen vertraglichen Pflichten verletzt.

#### **5.1.2 Verschulden**

Art. 97 Abs. 1 OR, kehrt die Beweislast nach Art. 8 ZGB für das Verschulden um. Deshalb 80 hat der Kläger zu beweisen, dass ihn keinerlei Verschulden trifft, wenn er sich von der Haftung befreien will (BGE 107 II 439). Dies hat der Kläger in seiner Klageschrift allerdings unterlassen.

Das Verschulden von Johann Müller kann präsumiert werden. 81

#### **5.1.3 Schaden**

Es ist zwar zutreffend, dass eine genügende Wahrscheinlichkeit erforderlich ist, um *lucrum* 82 *cessans* erfolgreich geltend zu machen (KS, Rz. 23). Die Anforderungen an den Beweis und die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des entgangenen Gewinnes sollten aber nicht allzu streng sein, da die Ermittlung der Gewinnhöhe regelmässig mit beweisrechtlichen Unsicherheiten verbunden ist und zu hypothetischen Erwägungen nötigt (ROBERTO, Rz. 697). Der entgangene Gewinn bleibt immer mehr oder weniger ungewiss, da die hypothetische Entwicklung nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden kann (HONSELL, § 1, Rz. 43). Der Nachweis der Schadenshöhe obliegt dem Geschädigten (BGE 111 II 160), wobei er nach Art. 42 Abs. 2 OR nach richterlichem Ermessen geschätzt wird, wenn er ziffernmässig nicht nachweisbar ist. Es besteht eine gewisse Tendenz, auch bei geringerer statistischer Wahrscheinlichkeit wenigstens einen prozentualen Schadenersatz zu leisten (HONSELL, § 1, Rz. 43), wobei das Bundesgericht Art. 42 Abs. 2 OR selbst dann anwendet, wenn die Schädigung an sich nicht nachweis-

bar ist, sich aber nach den Umständen mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängt (BGE 98 II 37).

Der Kläger argumentiert in Rz. 25, dass der „Score“ ein sog. „Poor-Dog-Produkt“ ist. Dem ist 83 aber zu widersprechen. Ein Poor-Dog-Produkt hat zwar einerseits einen niedrigen Marktanteil, das (zukünftige) Marktwachstum, als von der Unternehmung nicht selbst beeinflussbare Grösse, ist aber ebenfalls niedrig (KRUMMENACHER, S. 322 ff.). Die Absatzzahlen des „Scores“ haben sich wie in Antrag 2c der Widerklage bereits dargelegt, negativ entwickelt, währenddem aber die Gesamtmarktentwicklung, also das Marktwachstum für Fussballschuhe im Jahre 2006 konstant blieb (siehe Beschluss Nr. 2, Ziff. 4 des Schiedsgerichts). Bei einer Einteilung des „Scores“ ist also vielmehr davon auszugehen, dass es sich um ein sog. „Question-Mark-Produkt“ handelt. Sie sind die Nachwuchsprodukte, die bei hohem Marktwachstum einen niedrigen Marktanteil haben und einen grossen Ressourceneinsatz benötigen (KRUMMENACHER, S. 322 ff.).

Falls das Schiedsgericht die Höhe des entgangenen Gewinns von 35'000.- für nicht nachge- 84 wiesen hält, so ist das Erfordernis des Schadens nach Art. 97 Abs. 1 OR dennoch erfüllt, kann es die Höhe des Schadens doch nach eigenem Ermessen festlegen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR.

Geht das Schiedsgericht wider Erwarten davon aus, dass selbst die Schädigung an sich nicht 85 nachweisbar sei, so drängt sich aber immerhin auf, dass es unter den gegebenen Umständen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Schädigung gekommen ist. Gerade das Jahr 2006 mit der Weltmeisterschaft in Deutschland und dem erfolgreichen Schweizer Nationalteam hat einen riesigen Boom auf Fussballartikel ausgelöst. Es ist sehr wahrscheinlich, dass die Adimax GmbH den „Score“ weiterhin gut verkauft hätte. Der Kläger bemerkt in Rz. 25 zwar richtig, dass der Vertrieb von Fussballschuhen ein sehr kurzlebiges Geschäft ist. Den Schuh „Score“ aber als veraltetes Modell zu bezeichnen ist jedoch eine zu kurzfristige Begründung für den Absatzrückgang. Ein Modell das weniger als ein halbes Jahr auf dem Markt ist, wird bei den Konsumenten erst langsam wahrgenommen, das Marketingkonzept fängt an Früchte zu tragen.

Das Erfordernis des Schadens nach Art. 97 Abs. 1 OR ist erfüllt. 86

#### **5.1.4 Kausalzusammenhang**

Der Kläger macht geltend, dass der Rückgang der Verkaufszahlen des „Scores“ nicht kausal 87 gewesen sei zu den, das Image von Johann Müller schädigenden Meldungen in den Medien ab Mitte August 2006.

Dies wird einerseits damit begründet, dass der Absatzrückgang nicht unmittelbar auf die Mel- 88  
dungen über das auslassende Privatleben des Klägers folgte, sondern vielmehr als Reaktion  
auf den Zeitungsartikel vom 16. Oktober 2006 in der NZZ zu erklären sei. Der Kläger vergisst  
hierbei jedoch, dass der Prozess des Imagetransfers – des eigentlichen Zweckes eines Sponso-  
ringvertrags – bei den Zielgruppen eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt (HAUSER, S. 227).  
Es muss beachtet werden, dass sich das Bild des „neuen“, unseriösen und nicht mehr leiden-  
schaftlich dem Sport verpflichteten Johann Müller bei den potenziellen Käufern des „Scores“  
erst festigen muss und dann zusätzlich diese negative Assoziierung auf die Adimax GmbH  
übertragen werden muss. Dass sich die Auswirkungen dieser Entwicklungen erst in den Ver-  
kaufszahlen des Oktobers 2006 niederschlagen, ist selbstverständlich.

Ob der Artikel in der NZZ (vgl. K-9) Auswirkungen auf die Absatzzahlen hat (bzw. haben 89  
wird) ist fraglich. Einerseits wird die Zielgruppe des „Scores“ wohl kaum Kontakt mit dem  
Artikel gehabt haben (vgl. KS, Rz. 7ff.), andererseits reicht ein einziger, kleiner Artikel nicht  
aus, um ein neues Bild eines Produkts zu festigen und drittens wären allfällige Auswirkungen  
auf die Absatzzahlen gemäss den oben gemachten Anmerkungen nicht so schnell zu spüren.

Weiter argumentiert der Kläger, dass sich Produkte, bloss weil sie gesundheitsschädigend sein 90  
könnten, auch mit einem hervorragenden Marketingkonzept nicht erfolgreich verkaufen lies-  
sen (KS, Rz. 29). Dieses Argument kann jedoch mit Hinweis auf sehr erfolgreiche Alkohol-  
und Zigarettenwerbung einfach widerlegt werden.

Der Markt für qualitative Fussballprodukte, insbesondere Schuhe, ist stark umkämpft, und die 91  
potenziellen Käufer werden mit Werbung überflutet. Wenn nun ein Werbeträger nicht mehr  
primär als herausragender Profifussballer wahrgenommen wird, sondern als feucht-fröhlicher  
Partygänger, so greift der potenzielle Käufer lieber zu einem anderen Schuh, den er mit einem  
anderen Namen, einem durch herausragende Leistungen auffallenden Sportler verbindet. Das  
Verhalten des Klägers ist für den Absatzrückgang bei der Beklagten natürlich und adäquat  
kausal.

### **5.1.5 Fazit**

Der Kläger hat der Adimax GmbH gem. Art. 97 Abs. 1 den erlittenen entgangenen Gewinn zu 92  
ersetzen.

## **5.2 Ausservertragliche Haftung**

Falls die Voraussetzungen erfüllt sind, kann ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Hand- 93  
lung neben den vertraglichen Anspruch treten und mit diesem konkurrieren (GAUCH, Rz.

2341). Der Geschädigte kann sich sodann auf beide Ansprüche berufen (BGE 113 II 247). Sowohl der Schadensbegriff, als auch der Begriff des (adäquaten) Kausalzusammenhangs sind in der vertraglichen, wie in der ausservertraglichen Haftung deckungsgleich (vgl. die entsprechenden Definitionen in REY und HUGUENIN, OR AT). Somit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Das Eigentum ist ein absolutes Recht gemäss Art. 41 OR i.V.m. Art. 641 ZGB (REY, Rz. 94 690) und eine Beeinträchtigung somit als solche widerrechtlich (BGE 119 II 128).

Verschulden setzt subjektiv Urteilsfähigkeit des Schädigers voraus (REY, Rz. 810), diese darf 95 hier vermutet werden. Die objektive Komponente des Verschuldens ist entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Jemand handelt fahrlässig, wenn er nicht mit der unter den gegebenen Umständen erforderlichen Sorgfalt handelt. Es gilt ein objektivierter Begriff der Fahrlässigkeit (REY, Rz. 843 ff.). Dass sich ein von den Medien verbreitetes neues Image des Klägers beim Sponsor auswirkt, kann erwartet werden. Der Kläger hätte sich der Wirkung seines Verhaltens bewusst sein sollen, er hat zumindest fahrlässig gehandelt. Das Verschulden kann ebenfalls bejaht werden.

### **5.2.1 Fazit**

Der Kläger schuldet der Beklagten Schadenersatz für den entgangenen Gewinn aus Art. 41 96 OR.

## **6 Entschädigung für Prozesskosten LG Stuttgart**

Auch die Ausführungen der Klägerin zu der von uns geforderten Prozessentschädigung kön- 97 nen nicht unwidersprochen bleiben.

Der Kläger behauptet in Rz. 105, das LG Stuttgart sei aufgrund der Schiedsvereinbarung erst 98 durch Einlassung des Klägers zuständig geworden.

Dies ist unzutreffend. Eine Schiedsvereinbarung bezieht sich nur auf das Hauptverfahren. 99 Einstweiliger Rechtsschutz verfolgt ein anderes Ziel als die Durchsetzung des Hauptbegehrens, nämlich die vorläufige Sicherung oder Regelung des Hauptanspruches. Daher betrifft eine Schiedsabrede ausschliesslich das Hauptsacheverfahren. Einstweiliger Rechtsschutz ist von der Schiedsabrede nicht erfasst. Es kann daher ohne Verletzung der Schiedsabrede zur Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes ein staatliches Gericht angerufen werden (WALTER, S. 139). Eine Einlassung des Klägers war daher nicht erforderlich, um die Zuständigkeit des LG Stuttgart zu begründen.

Weiterhin geht der Kläger in Rz. 108 fälschlicherweise davon aus, die Beklagte begehre vom 100  
Schiedsgericht eine Abänderung des Kostenfestsetzungsbescheides.

Vielmehr macht die Beklagte einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Schadensersatz ge- 101  
mäss Art. 398 Abs. 1 OR geltend. Die Anwaltskosten stellen für die Beklagte einen Schaden  
dar. Die Geltendmachung dieses Schadenersatzanspruchs ist auch nicht durch eine entgegen-  
stehende Rechtskraft ausgeschlossen.

Zwar ist der Kostenfestsetzungsbeschluss als eigenständiger Vollstreckungstitel (§ 794 Abs. 1 102  
Ziff. 2 DZPO) von Art. 1 u. 25 LugÜ umfasst, so dass er grundsätzlich in der Schweiz anzu-  
erkennen ist und folglich eine entgegenstehende Rechtskraft begründen könnte. Im Kosten-  
festsetzungsverfahren nach § 104 DZPO hat die Beklagte auch die Festsetzung ihrer gesamten  
Anwaltskosten beantragt, so dass über die gesamten Kosten bereits entschieden wurde.

Dennoch ist nicht von einer entgegenstehenden Rechtskraft (res iudicata) auszugehen. Die 103  
Anerkennung des Kostenfestsetzungsbeschlusses in der Schweiz ist im vorliegenden Fall  
nicht möglich.

Die Anerkennung eines Titels in der Schweiz setzt voraus, dass das rechtliche Gehör der be- 104  
klagten Partei gewahrt wurde (WALTER, S. 134; MEIER S. 177).

Beklagte Partei bzw. Antragsgegner war vor dem LG Stuttgart der Kläger dieses Verfahrens. 105  
Der Kläger wurde vor dem LG Stuttgart vor Erlass der einstweiligen Verfügung wegen Dring-  
lichkeit nicht angehört (vgl. K-5). Dies ist zwar nach dem nationalen Prozessrecht zulässig, so  
dass die einstweilige Verfügung rechtmässig ergangen ist, jedoch steht dieser Umstand der  
internationalen Anerkennung entgegen. Da der Kostenfestsetzungsbeschluss in der Schweiz  
nicht anerkannt werden kann, kann er auch keine dem jetzigen Verfahren entgegenstehende  
Rechtskraft entfalten.

Dem Kläger entsteht auch kein Nachteil daraus, dass die einstweilige Verfügung und damit 106  
auch der Kostenfestsetzungsbeschluss in der Schweiz nicht anerkannt werden. Die Beklagte  
hat über einen Teil ihrer Anwaltskosten bereits einen Vollstreckungstitel, nämlich den Kos-  
tenfestsetzungsbeschluss des LG Stuttgart. Auch wenn sie diesen in der Schweiz, dem Wohn-  
ort des Klägers, nicht vollstrecken kann, so macht sie in der vorliegenden Widerklage den-  
noch nicht einen Schadenersatzanspruch in Höhe ihrer gesamten Anwaltskosten geltend, son-  
dern fordert lediglich einen Betrag, der die restlichen Anwaltskosten deckt. Der Kläger wird  
also nicht für einen Teil der Kosten doppelt in Anspruch genommen. Die Beklagte handelt  
damit nicht rechtsmissbräuchlich.