

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

Moot Court Team 2  
Sandro Brugnoli  
Désirée Klingler  
Matthias Leemann  
Martin Zuber

**per E-Mail**  
Schiedsgericht der  
Zürcher Handelskammer  
z.Hd. Frau Prof. Dr. X  
lst.huguenin@rwi.uzh.ch

Zürich, 18. April 2011

## **Klageantwort**

**Swiss Rules Fall Nr. 123456-2010**

In Sachen

**GLP Distribution (Switzerland) AG**

Grienbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz

**Klägerin 1**

**GLP Manufacturing Corporation**

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

**Klägerin 2**

beide vertreten durch das Moot Court Team 7

gegen

**HealthySales Ltd.**

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

**Beklagte**

vertreten durch das Moot Court Team 2

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Frist folgende

### **Rechtsbegehren**

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

und folgenden

### **Prozessualen Antrag**

*Es sei der Klägerin 2 die Teilnahme am Schiedsverfahren zu verweigern.  
Eventualiter sei auf die Klage der Klägerin 2 mangels Zuständigkeit nicht einzutreten,  
subeventualiter sei sie abzuweisen.*

## Inhaltsverzeichnis

<b>Rechtsbegehren und prozessualer Antrag .....</b>	<b>I</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>IV</b>
<b>Entscheidverzeichnis.....</b>	<b>X</b>
<b>1 Subjektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel -</b>	
<b>Keine Teilnahme der Klägerin 2 am Schiedsverfahren .....</b>	<b>1</b>
1.1 Allgemeines zur Schiedsklausel .....	1
1.2 Ablehnung eines Vertrags zugunsten Dritter .....	1
1.3 Keine Anwendung eines Durchgriffs.....	2
1.4 Ablehnung der <i>group of companies</i> -Doktrin .....	3
1.5 Zur formellen Gültigkeit der Schiedsklausel .....	5
1.6 Prozessökonomie betreffend den subjektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel....	5
<b>2 Objektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel.....</b>	<b>6</b>
2.1 Autonomie der Schiedsklausel.....	6
2.2 Fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Streitigkeiten aus Verkäufen vor dem 30. März 2009 .....	6
2.3 Prozessökonomie betreffend den objektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel .....	7
2.4 Fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts für ausservertragliche Ansprüche.....	8
<b>3 Keine Ansprüche der Klägerin 1 betreffend absichtliche Täuschung     nach dem 30. März 2009.....</b>	<b>8</b>
3.1 Genehmigung des Vertrages nach Art. 31 Abs. 1 OR.....	8
3.2 Eventualiter: Keine absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR .....	9
3.2.1 Keine Aufklärungspflicht der Beklagten .....	9
3.2.2 Keine Täuschungsabsicht der Beklagten.....	10
3.2.3 Fehlen eines Täuschungserfolges .....	11
3.2.4 Keine Aufhebung des Vertrages .....	11
3.3 Kein Anspruch aus culpa in contrahendo .....	11
3.3.1 Kein Schaden.....	12
3.3.2 Fehlender Kausalzusammenhang .....	12

<b>4</b>	<b>Kein Anspruch der Klägerin 1 betreffend absichtliche Täuschung vor dem 30. März 2009 .....</b>	<b>13</b>
4.1	Fehlen einer Gebietsklausel vor dem 30. März 2009 .....	13
4.2	Keine absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR sowie kein Anspruch aus culpa in contrahendo.....	13
<b>5</b>	<b>Kein Anspruch der Klägerinnen aus positiver Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR nach dem 30. März 2009 .....</b>	<b>14</b>
5.1	Kein Schaden und fehlender Kausalzusammenhang .....	14
5.2	Auslegung der Gebiets- und Konkurrenzklausel nach Vertrauensprinzip .....	14
5.3	Vorliegen eines widersprüchlichen Verhaltens nach Art. 2 Abs. 2 ZGB.....	16
<b>6</b>	<b>Kein Anspruch der Klägerin 1 aus positiver Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vor dem 30. März 2009 .....</b>	<b>16</b>
<b>7</b>	<b>Kein Anspruch der Klägerinnen aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 423 Abs. 1 OR.....</b>	<b>17</b>
7.1	Kein fremdes Geschäft.....	17
7.2	Fehlende Bösgläubigkeit.....	18
7.3	Zur Gewinnherausgabe .....	18
<b>8</b>	<b>Kein Anspruch der Klägerin 2 aus culpa in contrahendo .....</b>	<b>18</b>
<b>9</b>	<b>Kein Anspruch der Klägerin 2 aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR .....</b>	<b>19</b>
<b>10</b>	<b>Schuldanererkennung der Klägerinnen nach Art. 17 OR .....</b>	<b>19</b>
<b>11</b>	<b>Keine Verrechnung durch die Klägerinnen nach Art. 120 Abs. 1 OR .....</b>	<b>20</b>

## Literaturverzeichnis

BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Kartellgesetz: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Stämpflis Handkommentar, Bern 2007 (zit. SHK-BEARBEITER/IN).  
[Rz. 60]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS).  
[Rz. 1, 2, 3, 4, 6, 11, 20, 21, 23, 25, 28]

BERGER KLAUS PETER, International Economic Arbitration, Studies in transnational economic law, Volume 9, Deventer/Boston 1993 (zit. BERGER).  
[Rz. 11, 14, 28]

ELLGER REINHARD, Bereicherung durch Eingriff – Das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsverhältnis von Ausschliesslichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit, Habil. Hamburg, Tübingen 2002 (zit. ELLGER).  
[Rz. 76]

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 (zit. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL).  
[Rz. 82]

FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD, On International Commercial Arbitration, Den Haag 1999 (zit. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN).  
[Rz. 12, 16, 28]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. CHK-BEARBEITER/IN).  
[Rz. 38, 78]

GAUCH PETER, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968 (zit. GAUCH).

[Rz. 37]

GAUCH PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, 3. Auflage, Zürich 1993 (zit. ZK OR-BEARBEITER/IN).

[Rz. 69]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID).

[Rz. 38, 45, 76, 82]

GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I/1, Einleitung - Personenrecht, Art. 1-7 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998 (zit. ZK ZGB-BEARBEITER/IN).

[Rz. 63]

GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI/5, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR, 2. Auflage, Bern 1964 (zit. BK-BEARBEITER/IN).

[Rz. 69]

GILOMEN HERMANN VIKTOR, Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1950 (zit. GILOMEN).

[Rz. 38, 41]

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE (Hrsg.), International arbitration in Switzerland, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GIRSBERGER/VOSER).

[Rz. 16, 24, 25]

GONZENBACH RAINER, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, Diss. Bern 1987 (zit. GONZENBACH).

[Rz. 53, 73]

HABEGGER PHILIPP, *Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form*, in *ASA Bulletin*, Volume 22, No. 1, Den Haag 2004 (zit. HABEGGER).

[Rz. 16]

HOFSTETTER JOSEF, *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse*, Band VII/6, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Basel 2000 (zit. HOFSTETTER).

[Rz. 68]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 4. Auflage, Basel 2010 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN).

[Rz. 63]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 2. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN).

[Rz. 24]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 4. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN).

[Rz. 47, 54, 68, 76]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR*, 3. Auflage, Basel 2008 (zit. BSK OR II-BEARBEITER/IN).

[Rz. 47]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008  
(zit. HUGUENIN, OR AT).

[Rz. 37, 45, 73, 76]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008  
(zit. HUGUENIN, OR BT).

[Rz. 69]

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. CHK-BEARBEITER/IN).

[Rz. 68, 70]

JENNY RETO M., Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen: unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 2005 (zit. JENNY).

[Rz. 68]

KRAMER ERNST AUGUST/SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI/1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit. BK-BEARBEITER/IN).

[Rz. 58]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, OR Handkommentar, 2. Auflage, Zürich 2009 (zit. OFK-BEARBEITER/IN).

[Rz. 39, 54]

PFISTERER STEFANIE/SCHNYDER ANTON K., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2010 (zit. PFISTERER/SCHNYDER).

[Rz. 11]



POUDRET JEAN-FRANÇOIS, Un statut privilégié pour l'extension de l'arbitrage aux tiers?, in  
ASA Bulletin, Volume 22, No. 1, Den Haag 2004 (zit. POUDRET).

[Rz. 16]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative law of international arbitration,  
2. Auflage, Zürich 2007 (zit. POUDRET/BESSON).

[Rz. 1, 2, 4, 11, 20, 23]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Droit comparé de l'arbitrage international,  
Zürich/Basel/Genf 2002 (zit. POUDRET/BESSON, Arbitrage International).

[Rz. 1, 9]

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage,  
Zürich 1993 (zit. RÜEDE/HADENFELDT).

[Rz. 23, 24]

SANDROCK OTTO, Wirkungen von Schiedsvereinbarungen im Konzern, in: BÖCKSTIEGEL  
KARL-HEINZ/BERGER KLAUS-PETER/BREDOW JENS (Hrsg.), Die Beteiligung Dritter an  
Schiedsverfahren, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit,  
Band 16, Köln/Berlin/München 2005, S. 93 ff. (zit. SANDROCK).

[Rz. 10, 11, 12, 13, 14, 15]

SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht,  
Band VI/1b, Mängel des Vertragsschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 1995 (zit. BK-  
BEARBEITER/IN).

[Rz. 32, 35, 39, 43]

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen  
Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V/1a, Art. 1-17 OR, 3. Auflage, Zürich 1973  
(zit. ZK OR-BEARBEITER/IN).

[Rz. 2, 78]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage,  
Bern 2009 (zit. SCHWENZER).

[Rz. 3, 30, 76]

VON DER CRONE HANS CASPAR, Rahmenverträge: Vertragsrecht, Systemtheorie, Oekonomie,  
Zürich 1993 (zit. VON DER CRONE).

[Rz. 37]

WAHRENBERGER ANDRÉ, Vorvertragliche Aufklärungspflicht im Schuldrecht unter besonderer  
Berücksichtigung des Kaufrechts, Diss. Zürich 1992 (zit. WAHRENBERGER).

[Rz. 39]

ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005 (zit. ZÄCH).

[Rz. 60]

## Entscheidverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
19. September 1975

BGE 101 Ib 422

[Rz. 35]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
25. Juni 1976

BGE 102 II 81

[Rz. 38]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
11. November 1980

BGE 106 II 346

[Rz. 39]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
22. Juni 1982

BGE 108 II 102

[Rz. 30]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
03. Mai 1983

BGE 109 Ia 5

[Rz. 54]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
15. März 1990

BGE 116 Ia 56

[Rz. 17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
13. Juni 1991  
BGE 117 II 273  
[Rz. 51]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
09. September 1993  
BGE 119 II 391  
[Rz. 16]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
10. Oktober 1995  
BGE 121 III 350  
[Rz. 63]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
29. Januar 1996  
Urteil vom 29.1.1996  
[Rz. 10, 16]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
11. Januar 2000  
BGE 126 III 69  
[Rz. 68]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
08. Dezember 2000  
BGer 4C.363/1999  
[Rz. 32]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
22. Dezember 2000  
BGer 4C.296/2000  
[Rz. 30]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
19. August 2002  
BGE 128 III 419  
[Rz. 58]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
07. Februar 2003  
BGer 4C.326/2002  
[Rz. 30]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
21. Februar 2003  
BGE 129 III 320  
[Rz. 42]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
19. Mai 2003  
BGer 4C.40/2003  
[Rz. 18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
16. Oktober 2003  
BGE 129 III 727  
[Rz. 16]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
18. Mai 2006  
BGer 4C.30/2006  
[Rz. 78]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
20. August 2007  
BGer 4A\_141/2007  
[Rz. 37]

Urteil des ICC-Schiedsgerichtes vom 23. September 1987  
ICC Arbitral Award, Case No. 4131  
[Rz. 11]

# **1 Subjektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel - Keine Teilnahme der Klägerin 2 am Schiedsverfahren**

## 1.1 Allgemeines zur Schiedsklausel

- 1 Für die Gültigkeit einer Schiedsklausel bedarf es der klaren Derogation der staatlichen Gerichte sowie der genauen Umschreibung der Rechtsbeziehung – inklusive der beteiligten Parteien – die der Schiedsklausel unterstehen soll (BERGER/KELLERHALS, N 270, 272, 275, 284; POUURET/BESSON, N 156). Die durch den Vertrag zu bindenden Parteien müssen bestimmt oder klar bestimmbar sein (POURET/BESSON, Arbitrage International, N 154). Im vorliegenden Rechtsverhältnis sind als Vertragsparteien und damit Parteien der Schiedsvereinbarung nur die Klägerin 1 und die Beklagte genannt (Präambel, KB-10). Art. 19 (2) des Distributionsvertrages kann somit nicht, wie von der Klägerseite vorgebracht (KS-Rz. 10), zur Bestimmbarkeit der Parteien herbeigezogen werden.
- 2 Zu den Ausführungen der Klägerinnen zum normativen Konsens (KS-Rz. 12 ff.) ist anzumerken, dass nach dem Vertrauensprinzip derjenige in seinem Verständnis geschützt ist, der den Vertrag so auslegt, wie ein „verständig und redlich Urteilender“ dies täte (ZK OR-JÄGGI, Art. 1 N 195). Bei einer international tätigen Unternehmung, die Standardverträge ausarbeitet und verwendet, darf davon ausgegangen werden, dass sie sich der herrschenden Lehre bewusst ist. Diese setzt, wenn die Unternehmung als Konzern in einer Schiedsklausel erfasst sein möchte, eine ausdrückliche schriftliche Erwähnung der Parteien voraus (BERGER/KELLERHALS, N 513; POUURET/BESSON, N 251), was die Klägerin 2 jedoch unterlassen hat (Rz. 16). Eine Vertragspartei muss darauf vertrauen dürfen, dass von der Schiedsklausel nur die erwähnten Parteien gebunden werden. Im vorliegenden Verfahren durfte die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass vom Streiterledigungsmechanismus nur die vertragsunterzeichnenden Parteien erfasst sein sollen, d.h. die Klägerin 1 und die Beklagte.

## 1.2 Ablehnung eines Vertrags zugunsten Dritter

- 3 Der Vertrag zugunsten Dritter besteht im Versprechen des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, an einen Dritten zu leisten (SCHWENZER, N 86.01). Die Klägerseite macht geltend, die offene und weite Formulierung des Art. 19 (2) des Distributionsvertrages (KB-10) sei ein typischer Fall des Vertrags zugunsten Dritter (KS-Rz. 13). Inwieweit dem so sein soll, wird allerdings nicht ausgeführt und ist nicht ersichtlich. Der Schluss, dass eine offene und weite Formulierung als Vertrag zugunsten Dritter zu interpretieren sei, widerspricht der von den Klägerinnen angeführten Lehre (KS-Rz. 5), wonach der Einbezug des Dritten ausdrücklich

vorgesehen oder zumindest klar und unmissverständlich sein muss (BERGER/KELLERHALS, N 514).

- 4 In Art. 19 (2) des Distributionsvertrags (KB-10) liegt kein Versprechen der Beklagten vor, wie dies für einen Vertrag zugunsten Dritter erforderlich wäre. Die Klägerin 1 behält sich lediglich vor, Berechtigungen und Verpflichtungen des Vertrages einem verbundenen Unternehmen zuzusprechen. Diese Formulierung spricht von einer Handlung der Klägerin 1, nicht von einem Leistungsversprechen der Beklagten. Der Teilsatz über die Verpflichtungen ist lediglich eine sinngemässe Wiedergabe von Art. 68 OR, wonach der Schuldner nur persönlich erfüllen muss, wenn es auf seine Person ankommt. I.c. spielt es keine Rolle, wer die Waren ausliefert. Insofern können die Waren auch von der Klägerin 2 geliefert werden. Daraus können aber keine prozessualen Rechte der Klägerin 2 abgeleitet werden, wie behauptet wird (KS-Rz. 14). Die Berechtigungen, die zuweisbar sind, beziehen sich als Gegenstück zu den Verpflichtungen sinngemäss auf allfällige Inkassokompetenzen, da die Bezahlung der Lieferungen die einzige Leistungspflicht der Beklagten darstellt. Sicherlich beziehen sich diese nicht auf allfällige Klagerechte, die aufgrund ihrer grossen Tragweite dem von der Lehre statuierten Erfordernis der Ausdrücklichkeit und Unmissverständlichkeit genügen und daher explizit erwähnt sein müssen (BERGER/KELLERHALS, N 514; POUURET/BESSON, N 251).

### 1.3 Keine Anwendung eines Durchgriffs

- 5 Die Klägerinnen machen geltend, dass es nach Bundesgericht im Falle eines Rechtsmissbrauchs und eines daraus folgenden Durchgriffs möglich sei, die Schiedsklausel eines Vertrages auf die Muttergesellschaft auszudehnen (KS-Rz. 17).
- 6 Zuerst ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerseite nicht darlegt, inwiefern der geltend gemachte direkte Durchgriff anzuwenden sei. Die Klägerinnen vernachlässigen, dass der direkte Durchgriff zur Durchsetzung von Ansprüchen „berechtigter Dritter oder zur Verhinderung der Umgehung vertraglicher oder gesetzlicher Verpflichtungen“ des Hauptaktionärs geschaffen wurde (BERGER/KELLERHALS, N 527). Inwiefern dies im vorliegenden Falle einschlägig sein soll, wird weder ersichtlich noch erläutert oder mit allfälliger Literatur unterstrichen.
- 7 Die Klägerinnen legen nicht ihre wirtschaftliche Identität, sondern nur die operativ einheitliche Leitung beider Gesellschaften dar (KS-Rz. 11). Zwar ist die Klägerin 2 Alleinaktionärin der Klägerin 1, hat jedoch bewusst getrennte Vermögenssphären geschaffen, indem sie ihre Produkte an die Klägerin 1 verkauft (Beschluss Nr. 2 E. 2). Dadurch trennt sie sich vollen Wissens vom Geschäftsrisiko der Klägerin 1. Es ist als Rechtsmissbrauch der



Klägerin 2 einzustufen, sich im Haftungsfall des Risikos der Klägerin 1 entledigen zu wollen, sich im Falle von Einnahmen aber auf die wirtschaftliche Einheit zu berufen. Eine wirtschaftliche Einheit ist damit zu verneinen.

- 8 Inwiefern sich hingegen die Beklagte rechtmisbräuchlich verhalten haben soll, wird aus den Ausführungen der Klägerseite nicht ersichtlich (KS-Rz. 19). Der Klägerin 1 kann in den USA kein Schaden entstanden sein, da sie dort keinerlei wirtschaftliche Tätigkeiten entfaltet (Einleitungsanzeige Pkt. 2). Die Erwähnung eines Fakts kann keinen Rechtsmissbrauch darstellen. Die Klägerseite macht selbst geltend, dass die USA das alleinige Vertriebsgebiet der Klägerin 2 seien (KS-Rz. 96).
- 9 Dass die Beklagte eine Beteiligung der Klägerin 2 am vorliegenden Verfahren ablehnt, stellt ebenfalls keinen Rechtsmissbrauch dar. Die Klägerin 2 hat bewusst darauf verzichtet, in der Schiedsklausel erwähnt und damit Teil des Streiterledigungsmechanismus zu werden (Rz. 2). Dies entspricht der allgemeinen Geschäftshaltung der Klägerin 2, die das finanzielle Risiko ausserhalb der USA bewusst von sich auf die Klägerin 1 verlagert und daher auch nicht in deren Rechtsstreite verwickelt werden will. Der Durchgriff ist nur mit extremer Zurückhaltung anzuwenden, weshalb Rechtsmissbrauch zwingende Voraussetzung für einen solchen ist (POUDRET/BESSON, *Arbitrage International*, N 259, 264).
- 10 Als letzte Voraussetzung für einen Durchgriff wird verlangt, dass eine konsensuale Bindung zwischen der Konzernmutter und dem Dritten besteht (SANDROCK, S. 104; Urteil vom 29.1.1996 E. 6a, ASA Bulletin 1996, 503). Die Klägerin 2 hat sich bewusst nicht in den Distributionsvertrag eingebracht, obwohl ihr klar war, dass sie die Auslieferung der Produkte übernehmen muss (Beschluss Nr. 2 E. 2). Eine solche Bindung ist daher i.c. nicht vorhanden.

#### 1.4 Ablehnung der *group of companies*-Doktrin

- 11 Die Klägerinnen machen geltend, dass die Klägerin 2 aufgrund der *group of companies*-Doktrin ebenfalls durch die Schiedsvereinbarung gebunden sei (KS-Rz. 20 f.). Die *group of companies*-Doktrin entspringt der französischen Rechtsprechung (POUDRET/BESSON, N 253 ff.) und wurde im Dow Chemical Entscheid der ICC begründet (ICC Arbitral Award, Case No. 4131). Im englischen und amerikanischen Rechtsraum wird sie abgelehnt (SANDROCK, S. 102, 104). Es ist nicht ersichtlich, warum französische Konstruktionen zur Anwendung kommen sollen, wenn die Parteien ausdrücklich auf Schweizer Recht abstellen (Art. 19 (6), KB-10) und weder die Klägerin 1 noch die Klägerin 2, als amerikanische Gesellschaft, einen Bezug zu Frankreich aufweisen. Der Dow Chemical Entscheid wurde von einem der beteiligten Schiedsrichter als Ausnahmeentscheid bezeichnet, dessen Begründung

einer allgemeinen Anwendung nicht offenstehe (BERGER, S. 167). Der genannte ICC Entscheid basiert auf ICC-Regeln und der damit verbundene Anwendbarkeit von internationalen Handelsbräuchen und nicht auf nationalem Schiedsrecht (POUDRET/BESSON, N 255). Deshalb ist im vorliegenden Falle, in dem die Swiss Rules und Schweizer Recht als anwendbar erklärt wurden (Art. 19 (6), KB-10), die *group of companies*-Doktrin nicht einschlägig. Ohnehin wird diese in der Schweiz allgemein abgelehnt (PFISTERER/SCHNYDER, S. 38; BERGER/KELLERHALS, N 530; POUDRET/BESSON, N 256).

- 12 Davon abgesehen erfüllt die Klägerseite keine der Voraussetzungen der französischen Rechtsprechung für die Ausdehnung einer Schiedsklausel (SANDROCK, S. 98). Durch die Erfüllung einer dieser Voraussetzungen bekunden Konzerngesellschaften den Willen, als Einheit am Schiedsverfahren teilzunehmen (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, S. 283).
- 13 Als erstes wäre dies möglich, indem sich die Drittpartei an Vertragsverhandlungen beteiligt hätte (SANDROCK, S. 98). I.c. wurde die Beklagte dafür direkt an die Klägerin 1 verwiesen (KB-2). Dass der mit der Klägerin 1 abgeschlossene Vertrag von der Klägerin 2 als Standardvertrag ausgearbeitet wurde, ist unbeachtlich. Im Vertrag wird die Klägerin 2 nie namentlich erwähnt und weder explizit noch implizit in die Schiedsklausel integriert. Wer sich so bestimmt vom Vertrag und dessen Streiterledigungsmechanismus abgrenzt, kann nicht teilnehmen wollen. Standardverträge gibt es heute für praktisch alle rechtlichen Sachverhalte. Sie implizieren jedoch nicht den Willen des Verfassers, Teil des Vertrages zu werden. Solche Verträge sind im Internet, bei Interessenverbänden oder ähnlichen Quellen erhältlich. Trotzdem wird nicht jedes Mal der Verfasser mitgebunden.
- 14 Das zweite Kriterium, nämlich die Vertragserfüllung, kann i.c. ebenfalls nicht für eine Ausdehnung herbeigezogen werden (SANDROCK, S. 98). Um der Jurisdiktion des Schiedsgerichtes zu unterstehen, müsste die Klägerin 2 durch ihre Handlungen zu verstehen geben, eine Partei des Vertrages und der Schiedsklausel, und nicht nur Hilfsperson i.S.v. Art. 68 OR (Rz. 4), sein zu wollen und dem Willen ihrer Tochter zu folgen (BERGER, S. 161). Dies ist nicht geschehen. Obwohl die Klägerin 2 die Lieferungen physisch selbst ausführte, wies sie die Klägerin 1 an, die letzte zu stornieren, anstatt selbst nicht zu liefern (KS-Rz. 21). Nicht einmal als sie die Rechtsbeziehung der Klägerin 1 mit der Beklagten als problematisch einstufte, griff sie ein und beteiligte sich so am Geschäftsgeschehen.
- 15 Zur Erfüllung des dritten Kriteriums müsste sich die am Abschluss oder der Erfüllung beteiligte Partei aus ihrem Handeln zudem einen Vorteil erhoffen (SANDROCK, S. 98). Da die Klägerin 2 weder am Abschluss des Vertrages noch an dessen Erfüllung im Sinne der *group of companies*-Doktrin beteiligt war (Rz. 13 f.), ist auch das dritte Kriterium nicht erfüllt.

### 1.5 Zur formellen Gültigkeit der Schiedsklausel

16 Den Ausführungen der Klägerinnen ist zu entgegnen, dass der Einwand der Formungültigkeit sehr wohl zu beachten ist (KS-Rz. 26). So statuierte das Bundesgericht (Urteil vom 29.1.1996 E. 6b, ASA Bulletin 1996, 505): „Beruht die Verpflichtung der Muttergesellschaft [...] auf einer Verletzung [...] konzernrechtlicher Pflichten, so bedarf ihre Unterstellung unter die Schiedsklausel regelmässig einer eigenständigen und, soweit erforderlich, formgültigen Willensäusserung“. Dieses Erfordernis muss dementsprechend auch für die Geltendmachung von Ansprüchen gelten. Die Klägerin 2 hat diesen Erfordernissen klar nicht genügt. Dem von der Klägerseite erwähnten Entscheid (BGE 129 III 727) ist i.c. keine Bedeutung zuzumessen (KS-Rz. 26). Er wurde in der Lehre heftig kritisiert, wird sogar als Fehlurteil betrachtet. So sieht HABEGGER die Begründung der Ausdehnung durch das Bundesgericht als „contra legem“ an (HABEGGER, S. 410). Das Bundesgericht widerspricht mit der Ablehnung der Formvorschrift des Art. 178 Abs. 1 IPRG der überwiegenden Mehrheit der Lehre (POUDRET, S. 392 f.; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N 500, 504; GIRSBERGER/VOSER, Rz. 263). POUDRET legt überzeugend dar, dass das Gericht zu Unrecht das Formerfordernis von Art. 178 Abs. 1 IPRG als vernachlässigbar erklärt (POUDRET, S. 389 ff.). So handelt es sich bei Art. 178 Abs. 1 IPRG um eine Regel, die für eine gültige Unterstellung unter eine Schiedsklausel zwingend eingehalten werden muss (POUDRET, S. 391). Diese Notwendigkeit ergibt sich daraus, dass dem Text von Art. 178 Abs. 1 IPRG der gleiche Wortlaut zugrunde liegt wie Art. 5 Abs. 1 IPRG, bei dem das Bundesgericht eine Unterschrift für zwingend befunden hat (BGE 119 II 391 E. 3a). Deshalb ist auch das Formerfordernis des Art. 178 Abs. 1 IPRG zwingend (POUDRET, S. 391 f.). Der zwingende Charakter dieser beiden Artikel ergibt sich aus deren Schutzwirkung. So soll nicht jemand ohne sein Wissen und seine schriftliche Bestätigung um ein staatliches Verfahren gebracht werden (POUDRET, S. 391). Es kann hier keine Ausnahme für die Schiedsgerichtsbarkeit gemacht werden (POUDRET, S. 392). Das Bundesgericht verkennt, dass der Ursprung der *group of companies*-Doktrin in Frankreich liegt, wo keinerlei Formvorschriften für Schiedsabreden bestehen. In der Schweiz, wo solche Anforderungen explizit kodiert sind (Art. 178 Abs. 1 IPRG), kann jedoch nicht davon abgesehen werden (POUDRET, S. 393). Die Klägerinnen unterlassen es auszuführen, wie und warum der Haltung des Bundesgerichts trotz Ablehnung der Lehre zu folgen sei (KS-Rz. 26).

### 1.6 Prozessökonomie betreffend den subjektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel

17 Eine Teilnahme der Klägerin 2 am Verfahren aus Gründen der Prozessökonomie ist abzulehnen. So führt das Bundesgericht aus, dass den höheren Kosten des Schiedsverfahrens

grosse Tragweite zukommt und daher eine Schiedsklausel nicht leichtfertig zu bejahen sei (BGE 116 Ia 56 E. 3b). Da sämtliche anderen Grundlagen für eine Ausdehnung verneint werden, darf daher keine Ausdehnung alleine aus prozessökonomischen Gründen vorgenommen werden. Die Gefahr kontradiktorischer Urteile rechtfertigt nicht die unrechtmässige Ausdehnung einer Schiedsklausel, zumal sich die Klägerin 2 problemlos schriftlich in die Schiedsklausel hätte einbringen können, wenn dies ihr Wille gewesen wäre.

- 18 Der von den Klägerinnen zitierte Entscheid (BGer 4C.40/2003 E. 4.2) ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Als Voraussetzung für eine Ausdehnung wird eine Rechtsnachfolge, eine nachträgliche Genehmigung der Schiedsklausel oder ein Durchgriff statuiert (BGer 4C.40/2003 E. 4.1). I.c. liegt daher keine der drei Voraussetzungen vor (vgl. Rz. 6 ff.).
- 19 *Eine Ausdehnung der Schiedsklausel aufgrund eines Vertrags zugunsten Dritter, eines Durchgriffs, der group of companies-Doktrin oder der Prozessökonomie ist abzulehnen. Zusätzlich sind die Formerfordernisse nach Art. 178 Abs. 1 IPRG nicht erfüllt.*

## **2 Objektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel**

### **2.1 Autonomie der Schiedsklausel**

- 20 Die Ausführungen der Klägerseite zur Autonomie der Schiedsklausel gründen auf einem falschen Verständnis dieses Begriffs. Die Autonomie der Schiedsklausel bedeutet vor allem, dass eine Schiedsvereinbarung auch dann anwendbar bleibt, wenn strittig ist, ob der Vertrag, in dem sie enthalten ist, überhaupt zustande gekommen ist oder weiter besteht (POUDRET/BESSON, N 163; sinngemäss BERGER/KELLERHALS, N 618 f.).
- 21 Entgegen den Ausführungen der Klägerinnen (KS-Rz. 30 ff.) liegt es gerade im Wesen einer Schiedsklausel in einem Rahmenvertrag, dass diese auch für die einzelnen Kaufverträge im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag anwendbar sein soll (BERGER/KELLERHALS, N 476). Nach objektiver Auslegung gilt die Schiedsklausel selbstverständlich aber nur für die Kaufverträge, welche in der Folge des Rahmenvertrages abgeschlossen worden sind, nicht aber für die zuvor abgeschlossenen (Rz. 25).

### **2.2 Fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Streitigkeiten aus Verkäufen vor dem 30. März 2009**

- 22 Es ist festzuhalten, dass Verträge und die darin enthaltenen Schiedsklauseln ohne andere Vereinbarung für die Zukunft Wirkung entfalten, nicht aber für die Vergangenheit. I.c. bedeutet dies, dass die Schiedsklausel im Rahmenvertrag (KB-10) nur für die danach

abgeschlossenen Kaufverträge gilt, nicht aber rückwirkend für die vorherigen. Dem widerspricht die Argumentation der Klägerseite (KS-Rz. 34 ff.), die auf der rückwirkenden Geltung der Schiedsklausel für konnexe Verträge beruht. Dazu ist anzumerken, dass der Begriff der konnexen Verträge in der Lehre nicht einheitlich verwendet wird. Da die Klägerseite den Begriff, ohne Angabe einer Quelle, selbst definiert, nimmt die Beklagte ihre Erläuterungen losgelöst davon vor.

- 23 Bei Vorliegen einer Mehrheit von Verträgen ist mithin zu unterscheiden, ob die vorliegenden Verträge in Abhängigkeit zueinander stehen oder ob es sich um eigenständige Verträge mit ähnlichem Inhalt handelt. Abhängigkeit bedeutet, dass später abgeschlossene Verträge Zusätze zum ursprünglichen Vertrag darstellen und diesen lediglich ergänzen oder abändern, was i.c. aber nicht der Fall ist (BERGER/KELLERHALS, N 475). Die vorherrschende Rechtsprechung in der Schweiz und in Europa bejaht die Möglichkeit der Erstreckung der Schiedsklausel auf weitere Verträge nur für solche, die von einem Rahmenvertrag umfasst werden und für Verträge, welche in Abhängigkeit zum ursprünglichen Vertrag stehen (POUDRET/BESSON, N 311; RÜEDE/HADENFELDT, § 13 II 2).
- 24 Bei laufenden Geschäftsbeziehungen mit einzelnen, eigenständigen Verträgen, wie i.c., ist bei der Ausdehnung der Schiedsklausel mehr Zurückhaltung geboten. Ist in den anderen Verträgen keine Schiedsklausel enthalten, kann von den Klägerinnen nicht e contrario daraus die Möglichkeit gefolgert werden (KS-Rz. 35), die Schiedsvereinbarung auf diese Verträge auszudehnen (BSK IPRG-WENGER/SCHOTT, Art. 186 N 37). Vielmehr soll auch in diesen Fällen die Schiedsklausel nur für diejenigen Verträge gelten, in denen sie gemäss dem Parteiwillen wirksam sein soll (RÜEDE/HADENFELDT, § 13 II 2; GIRSBERGER/VOSER, N 251).
- 25 I.c. ist auf den normativen Konsens der Parteien abzustellen, um zu beurteilen ob die Schiedsklausel auch auf die Kaufverträge vor dem 30. März 2009 ausgedehnt werden kann (GIRSBERGER/VOSER, N 251; BERGER/KELLERHALS, N 476). Bei objektiver Betrachtung ist zu erkennen, dass die Klägerinnen weder für die Verträge vor dem 30. März 2009 Streiterledigungsmechanismen vereinbaren wollten noch in der Schiedsklausel des Rahmenvertrages (KB-10) eine Rückwirkung derselben angemerkt haben. Weder der Wortlaut eines der Verträge zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten noch das Verhalten der Parteien lassen einen solchen Schluss zu.

### 2.3 Prozessökonomie betreffend den objektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel

- 26 Die Prozessökonomie darf nicht als Mittel dazu dienen, die korrekte Rechtsanwendung zu untergraben, mithin begangene Fehler zu korrigieren. Sie kann keinesfalls eine Rechtfertigung

dafür sein, eine Schiedsklausel über den erzielten Konsens hinaus auszuweiten, wie dies die Klägerseite will (KS-Rz. 36 f.). Eine rasche Beilegung des Rechtsstreites liegt im Interesse beider Parteien, doch geht es nicht an, dass allein aus diesem Grund dem Rahmenvertrag mit der Schiedsklausel – entgegen dem normativen Konsens – Rückwirkung verliehen wird.

- 27 Dass derselbe Rechtsstreit auch vor einem staatlichen Gericht zu behandeln wäre und deshalb die Gefahr kontradiktorischer Urteile bestünde (KS-Rz. 37), ist falsch. Denn die Schiedsklausel im Rahmenvertrag hat nur für einen Teil der Verträge Geltung. Die behaupteten Ansprüche aus beiden Phasen (vor und nach Abschluss des Rahmenvertrags) sind getrennt zu behandeln, weshalb es sich nicht um denselben Rechtsstreit handelt. Kontradiktorische Urteile sind deshalb nicht zu befürchten.

#### 2.4 Fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts für ausservertragliche Ansprüche

- 28 Trotz der weiten Auslegung der Schiedsklausel und der daraus folgenden umfassenden Zuständigkeit des Schiedsgerichts (KS-Rz. 28 f.) können aufgrund ihres Wortlauts gewisse Streitigkeiten von der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen sein. So werden von der Formulierung *Streitigkeiten aus dem Vertrag* lediglich vertragliche Ansprüche, nicht jedoch ausservertragliche erfasst (BERGER/KELLERHALS, N 473; BERGER, S. 124 f.; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N 524). Da i.c. ebendiese Formulierung verwendet wird (Art. 19 (6), KB-10), ist das Schiedsgericht für die Beurteilung der strittigen Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung nicht zuständig (BERGER/KELLERHALS, N 472 f.).
- 29 *Die Schiedsklausel ist nur für Streitigkeiten aus Verkäufen nach dem 30. März 2009 und zudem nur für vertragliche Ansprüche anwendbar.*

### **3 Keine Ansprüche der Klägerin 1 betreffend absichtliche Täuschung nach dem 30. März 2009**

#### 3.1 Genehmigung des Vertrages nach Art. 31 Abs. 1 OR

- 30 Die Klägerin 1 behauptet, dass ihr infolge der Auflösung des Distributionsvertrages wegen absichtlicher Täuschung Ersatz für den ihr entgangenen Gewinn zuzusprechen sei (KS-Rz. 50). Unabhängig davon, wie das Schiedsgericht über eine allfällige absichtliche Täuschung entscheidet, hat die Klägerin 1 den Vertrag nach Art. 31 Abs. 1 OR genehmigt. Eine Genehmigung kann durch konkludente Handlung erfolgen, indem in Kenntnis des Irrtums (BGer 4C.326/2002 E. 3.2) die eigene Leistung vorbehaltlos und freiwillig erbracht

wird (SCHWENZER, N 39.21; BGer 4C.296/2000 E. 3b). Der Anfechtungsberechtigte muss dabei durch eine positive Handlung zu verstehen geben, dass er sich mit dem mangelhaften Vertrag abgefunden hat (BGE 108 II 102 E. 2a).

- 3 1 Am 20. Juli 2009 wurde der vollständige Verwaltungsrat darüber informiert, dass die an Jim's Gym gelieferten Produkte aus den Bestellungen der Beklagten stammten (Beschluss Nr. 2 E. 4). Die Klägerin 1 anerkennt selber, dass ihr das Wissen der Klägerin 2 vollumfänglich zuzurechnen ist (KS-Rz. 62). Am 20. Juli 2009 hatte die Klägerin 1 also sichere Kenntnis über ihren Willensmangel. Dennoch hat die sie im August und September 2009 freiwillig und vorbehaltlos im Wissen über ihren Irrtum an die Beklagte verkauft (KB-11). Eine konkludente Genehmigung der Klägerin 1 ist somit zu bejahen.
- 3 2 Die Klägerin 1 verkaufte an die Beklagte trotz Wissens über ihren Irrtum Waren im Wert von über CHF 800'000 (KB-11, KB-17). Mit dem Einreichen der Einleitungsanzeige wartete sie jedoch zu, bis die Frist von Art. 31 Abs. 1 OR beinahe abgelaufen war. Ein solches Verhalten muss als Genehmigung des Vertrages betrachtet werden (BK-SCHMIDLIN, Art. 31 N 131). Durch die Genehmigung nach Art. 31 Abs. 1 OR wird der Mangel, der bei Vertragsabschluss bestanden hat, aufgehoben (BGer 4C.363/1999 E. 2b/aa).
- 3 3 *Die Klägerin 1 kann sich nicht auf die absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR berufen, da sie den Vertrag nach Art. 31 Abs. 1 OR genehmigt hat.*

3.2 Eventualiter: Keine absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR

3.2.1 Keine Aufklärungspflicht der Beklagten

- 3 4 Sollte das Schiedsgericht den Ausführungen zur Genehmigung (Rz. 30 ff.) nicht zustimmen, wird eventualiter aufgezeigt, dass die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR nicht erfüllt sind.
- 3 5 Die Klägerin 1 behauptet, dass die Beklagte ihr verschwiegen habe, die Power-Linie nicht nur im indischen Subkontinenten vertreiben zu wollen. Die Beklagte soll diesbezüglich eine Aufklärungspflicht verletzt haben (KS-Rz. 43). Eine allgemeine Pflicht, den Vertragspartner über für diesen wesentliche Umstände aufzuklären, besteht nicht (BGE 101 Ib 422 E. 4b). Werden Tatsachen verschwiegen, wie dies der Beklagten vorgeworfen wird, ist die Rechtspflicht zur Wahrhaftigkeit kleiner, als wenn solche positiv behauptet werden (BK-SCHMIDLIN, Art. 28 N 38).
- 3 6 Die Klägerinnen berufen sich auf eine erhöhte Aufklärungspflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin 1, resultierend aus einem Vertrauensverhältnis, welches sie aus der Dauer der

Geschäftsbeziehung ableiten (KS-Rz. 42). Die Aufklärungspflicht ist i.c. jedoch zu relativieren, da nur ein einjähriges, zudem loses Geschäftsverhältnis besteht.

- 37 Weiter stützt sich die Klägerseite, um eine erhöhte Aufklärungspflicht zu begründen, auf die Natur des abzuschliessenden Vertrages ab. Sie bezeichnet diesen als Dauerschuldverhältnis, ohne dies weiter zu belegen (KS-Rz. 42). Ein Dauerschuldverhältnis liegt jedoch nur dann vor, „wenn die Pflicht ein fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten verlangt, mit dem der Schuldner so lange fortzufahren hat, als die Schuld besteht“ (BGer 4A\_141/2007 E. 4.1; vgl. GAUCH, S. 6 f.). Charakteristisch für die zu erbringende Leistung ist dabei die Dauer, für die der Vertrag besteht (VON DER CRONE, S. 198). I.c. war kein fortdauerndes Leistungsverhalten vereinbart. Die Klägerin 1 musste immer nur dann liefern, wenn die Beklagte bestellte. Um ihre Schuld zu erfüllen, musste die Klägerin 1 nur die Bestellung ausführen. Somit liegt ein Einmalschuldverhältnis vor (HUGUENIN, OR AT, N 84).
- 38 Bei reinen Austauschverträgen (i.c. Kaufvertrag: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 257) besteht eine geringe Aufklärungspflicht (CHK-KUT/SCHNYDER, OR 28 N 6). Diese Verträge bergen von Natur aus ein erhöhtes Risiko, da jeder Vertragspartner in erster Linie die eigenen Interessen zu wahren versucht (GILOMEN, S. 71). Daher darf es der Klägerin 1 sogar zugemutet werden, sich nach den für sie wichtigen Umständen zu erkundigen (GILOMEN, S. 62). Die Beklagte ist nicht gehalten, im Interesse der Klägerin 1 umsichtiger zu sein, als es diese ist oder sein könnte (BGE 102 II 81 E. 2).
- 39 Die Klägerin 1 stützt die Aufklärungspflicht auf BGE 106 II 346 ab (KS-Rz. 42). Anders als im Urteil handelt es sich bei der Klägerin 1 und der Beklagten um Branchenkundige (Einleitungsanzeige, Pkt. 1, 3). Unter solchen reduziert sich die Aufklärungspflicht auf ein Minimum, da beide Parteien über gleichartige Möglichkeiten zur Kenntnis der Sachlage verfügen (WAHRENBERGER, S. 91). Der Umfang der Aufklärungspflicht richtet sich nach dem Grad der Erkennbarkeit des verschwiegenen Mangels (BK-SCHMIDLIN, Art. 28 N 38). Es wäre der Klägerin 1 zumutbar gewesen, sich bei der Beklagten oder bei Jim's Gym zu erkundigen (OFK-DASSER, OR 28 N 5), zumal ihr zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bekannt war, dass die Bestellungen der Power-Linie in den USA eingebrochen sind (KB-13).

### 3.2.2 Keine Täuschungsabsicht der Beklagten

- 40 Die Klägerinnen behaupten, dass die Beklagte bereits vor dem Vertragsabschluss wusste, dass sie falsche Angaben machte (KS-Rz. 45), also aktiv täuschte. Damit widersprechen sie sich selbst. Zuvor (KS-Rz. 40) waren sie noch der Meinung, die Beklagte täusche sie durch Schweigen.



41 Absichtlichkeit bei der Täuschung durch Verschweigen liegt vor, wenn der Täuschende über Wissen bezüglich des Irrtums verfügt, die Gegenpartei aber nicht darüber aufklären will (GILOMEN, S. 96). Die Beklagte wusste nichts von einem Irrtum bei der Klägerin 1. Vielmehr war es die Beklagte, die um Formalisierung des bisherigen Geschäftsverhältnisses bat (KB-8). Hätte sie nicht darum ersucht, würden die Geschäfte zwischen den Parteien immer noch mittels einzelner Kaufverträge ohne Gebietsklausel (Rz. 51 f.) abgewickelt werden.

### 3.2.3 Fehlen eines Täuschungserfolges

42 Wie die Klägerinnen ihre Firmenpolitik gestalten, ist nicht Problem der Beklagten (KS-Rz. 47). Die Klägerin 1 hat vor dem Distributionsvertrag Kaufverträge ohne Gebietsklauseln abgeschlossen (Rz. 51 f.). Dadurch hat die Klägerin 1 der Klägerin 2 bereits vor dem 30. März 2009 einen Konkurrenten geschaffen. Warum dies erst nach dem 30. März 2009 ein Problem darstellen soll, wird von der Klägerseite nicht dargelegt. Weiter unterlassen es die Klägerinnen, den Kausalzusammenhang darzulegen. Nach Bundesgericht trägt die Getäuschte die Beweislast für den Kausalzusammenhang (BGE 129 III 320 E. 6.3).

### 3.2.4 Keine Aufhebung des Vertrages

43 Die Klägerin 1 macht geltend, dass der Vertrag gemäss Art. 23 OR unverbindlich sei (KS-Rz. 48). Die Rechtsfolge der absichtlichen Täuschung findet sich jedoch in Art. 28 Abs. 1 OR. Da der Vertrag konkludent genehmigt wurde (Rz. 30 ff.), kann er nicht aufgehoben werden. Eventualiter müsste der Vertrag per 30. März 2009 ex tunc aufgehoben werden (BK-SCHMIDLIN, Art. 31 N 81), da es sich nicht um ein Dauerschuldverhältnis handelt (Rz. 37).

44 *Die Klägerin 1 erfüllt die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung nicht, weshalb der Distributionsvertrag weiter besteht.*

### 3.3 Kein Anspruch aus culpa in contrahendo

45 Es bleibt unklar, wie die Klägerin 1 aus der angegebenen Literatur (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID zu Art. 26 OR) einen Anspruch aus culpa in contrahendo ableiten will. Aufgrund der konkludenten Genehmigung des Vertrages (Rz. 30 ff.) liegt zwischen den Parteien ein gültiger Vertrag vor. Durch die Geltendmachung von Art. 97 Abs. 1 OR wird die culpa-Haftung ausgeschlossen (HUGUENIN, OR AT, N 983). Bereits dargelegt wurde, dass keine vorvertragliche Aufklärungspflicht bestand (Rz. 35 ff.). Zudem täuschte die Beklagte nicht mit Absicht (Rz. 40 f.). Ein Verschulden ist somit nicht gegeben.

### 3.3.1 Kein Schaden

- 46 Der Klägerin 1 ist unbestrittenermassen kein Schaden entstanden (Rz. 8). Da die Klägerin 2 formell nicht zum Verfahren zuzulassen ist (Rz. 3 ff.), kann sie keine allfälligen Ansprüche geltend machen. Die Klägerin 1 belegt in ihren Ausführungen nur den direkten Durchgriff (KS-Rz. 53 ff.). Dass dieser i.c. nicht anwendbar ist, wurde bereits dargelegt (Rz. 5 ff.).
- 47 Die Klägerinnen stützen die Behauptung zur Einheitsbehandlung auf den jeweiligen Normzweck von Art. 28 OR und Art. 663e OR ab (KS-Rz. 54 f.). Der Zweck von Art. 28 Abs. 1 OR beschränkt sich auf den Schutz der Freiheit des Willens und zwar unabhängig davon, ob beim Getäuschten ein Vermögensnachteil entstanden ist (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28 N 1). Inwiefern der Normzweck von Art. 28 Abs. 1 OR bei der Klägerin 2 relevant sein sollte, wird von den Klägerinnen nicht dargelegt. Im Weiteren berufen sich die Klägerinnen auf den Zweck von Art. 663e OR (KS-Rz. 55). Dieser liegt in der Selbstinformation der Konzernleitung und in der Information von Aussenstehenden (BSK OR II-NEUHAUS/BLÄTTLER, Art. 663e N 2a). Inwieweit dies ein Grund für die Einheitsbehandlung der Klägerinnen sein soll, ist aus den Ausführungen der Klägerinnen nicht ersichtlich (KS-Rz. 55).
- 48 Die Klägerinnen haben eine bewusste Trennung der Vermögenssphären gewählt, indem die Klägerin 2 ihre Produkte an die Klägerin 1 verkauft (Rz. 7). Deshalb partizipiert die Klägerin 1 nicht am Schaden der Klägerin 2. Der von den Klägerinnen geltend gemachte Rechtsmissbrauch (KS-Rz. 56) wurde widerlegt (Rz. 8). Dass sich die Klägerin 2 nicht auf die culpa in contrahendo berufen kann (KS-Rz. 57), wird später dargelegt (Rz. 72 ff.).

### 3.3.2 Fehlender Kausalzusammenhang

- 49 Der Verkaufsrückgang im Frühling 2008 betraf sämtliche Produkte der Power-Linie (KB-13), obwohl die Beklagte nur PowerBar<sup>®</sup> an Jim's Gym lieferte (KB-7). Erst ab Juni 2008 hat die Beklagte Jim's Gym mit sämtlichen Produkten der Power-Linie versorgt. Die Verkaufszahlen für PowerVit<sup>®</sup> und PowerUp<sup>®</sup> sind aber seit März 2008 etwa auf dem gleichen Niveau geblieben (KB-13). Der Verkauf der Power-Linie in den USA kann somit nicht kausal für den Verkaufsrückgang bei der Klägerin 2 sein (KS-Rz. 59).
- 50 *Die Voraussetzungen der culpa in contrahendo sind nicht erfüllt, weshalb der Klägerin 1 kein Anspruch auf Schadenersatz zusteht.*

#### **4 Kein Anspruch der Klägerin 1 betreffend absichtliche Täuschung vor dem 30. März 2009**

##### 4.1 Fehlen einer Gebietsklausel vor dem 30. März 2009

- 5 1 Vertragsbezogene Willenserklärungen sind nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 117 II 273 E. 5a; Rz. 2). Die Klägerin 1 antwortete auf die Anfrage der Beklagten (KB-1), dass sie noch keine Expansion in den indischen Subkontinent vorsehe und derzeit keinen Distributor für diese Länder suche (KB-2). Die Klägerin 1 überschätzt die Relevanz des Betreffs im geschäftlichen Mailverkehr (KS-Rz. 65). Dieser ist für eine erste Kontaktaufnahme von Bedeutung. In den Antwortmails wird der Betreff jedoch automatisch übernommen. Die Klägerin 1 bekundet, dass sie nicht in den indischen Subkontinent expandieren möchte, trotzdem stellt sie der Beklagten 20 Paletten PowerBar<sup>®</sup> zur Verfügung (KB-2). Dieses Verhalten darf von der Beklagten nach Treu und Glauben so verstanden werden, dass sie die Produkte frei und damit auch in den USA verkaufen darf. Der Betreff der E-Mails wurde deshalb nicht Bestandteil des ersten Kaufvertrages, weshalb die erste Lieferung ohne Gebietszuordnung abgewickelt wurde (Einleitungsantwort Pkt. 1).
- 5 2 Da der erste Verkaufsvertrag keine Gebietsklausel enthielt und auch bis zum 30. März 2009 keine solche aufgenommen wurde, durfte die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sie die bestellte Ware frei vertreiben darf. Das fehlende Erstaunen über die Gebietsklausel im Distributionsvertrag (Art. 3, KB-10) kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden (KS-Rz. 66). Zum einen enthielt die Vertragsklausel kein Verbot für die USA (Rz. 59), zum anderen war die Beklagte der Meinung, dass sie bei fehlenden Abnehmern die Produkte weiterhin in den USA verkaufen dürfe (Einleitungsantwort Pkt. 7).

##### 4.2 Keine absichtliche Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR sowie kein Anspruch aus culpa in contrahendo

- 5 3 Wie bereits ausgeführt, liegt keine absichtliche Täuschung vor (Rz. 34 ff.). Die Klägerin 1 signalisierte, dass sie kein Interesse an der Erschliessung des indischen Subkontinents habe (KB-2). Die Beklagte erwähnte lediglich, die Produkte je nach Bedarf im indischen Subkontinent zu veräussern (KB-3). Bei fehlendem Bedarf war die Beklagte jedoch frei, die Produkte der Power-Linie in den USA zu verkaufen, da nie ein ausschliessliches Vertragsgebiet festgelegt wurde (Rz. 51 f.). Weiter verletzte die Beklagte keine Aufklärungspflicht (Rz. 35 ff.), da den Parteien bei Kaufverträgen ein gewisser Handlungsspielraum gewährt werden muss. Eine übermässige Aufklärungspflicht würde den wirtschaftlichen Mechanismen

nicht gerecht werden (GONZENBACH, S. 105). Die Klägerin 1 hat kein Interesse am indischen Subkontinenten als Vertriebsgebiet gezeigt, der Beklagten aber trotzdem Produkte der Power-Linie verkauft (KB-2). Dieses Verhalten durfte von der Beklagten nach Treu und Glauben so verstanden werden, dass sie frei war, die Produkte irgendwo zu veräussern.

- 54 Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin 1 auf die Aufhebung der Kaufverträge verzichten können sollte, da die Rechtsfolge der absichtlichen Täuschung die Unverbindlichkeit des Vertrages ist (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28 N 18). Die Klägerinnen machen Schadenersatz aus culpa in contrahendo geltend (KS-Rz. 68). Art. 31 Abs. 3 OR gewährt aber der mit dem Willensmangel behafteten Partei keinen selbständigen Anspruch auf Schadenersatz (OFK-SCHÖBI, OR 31 N 22). Die Klägerin 1 legt nicht dar, inwiefern sie die Voraussetzungen von Art. 31 Abs. 3 OR erfülle (BGE 109 Ia 5 E. 4b). Es wäre ihr zumutbar gewesen, den Vertrag bereits früher anzufechten, da ihr dadurch kein weiterer Schaden entstanden wäre, wie dies für Art. 31 Abs. 3 OR verlangt wird (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 31 N 22).
- 55 *Die Klägerin 1 hat aus den Verträgen vor dem 30. März 2009 keinen Anspruch aus culpa in contrahendo.*

## **5 Kein Anspruch der Klägerinnen aus positiver Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR nach dem 30. März 2009**

- 56 Da der Distributionsvertrag (KB-10) nur zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten geschlossen wurde und keine Anspruchsberechtigung der Klägerin 2 besteht (Rz. 46 bzw. 6 ff.), kann die Klägerin 1, nicht aber die Klägerin 2 einen allfälligen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung geltend machen.

### **5.1 Kein Schaden und fehlender Kausalzusammenhang**

- 57 Ein allfälliger Schaden ist nur bei der Klägerin 2 eingetreten (Rz. 8). Dass die Klägerin 1 diesen, entgegen den Ausführungen der Klägerinnen (KS-Rz. 79), nicht geltend machen kann, wurde bereits ausgeführt (Rz. 46 ff.). Betreffend den natürlichen Kausalzusammenhang ist anzumerken, dass es nicht klar ist, dass kein Schaden entstanden wäre, wenn die Beklagte die Produkte nicht an Jim's Gym weiterverkauft hätte (KS-Rz. 76; Rz. 49).

### **5.2 Auslegung der Gebiets- und Konkurrenzklausel nach Vertrauensprinzip**

- 58 Als neues Argument führt die Beklagte eine Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip an. Dafür ist zu ermitteln, wie der Empfänger, i.c. die Beklagte, nach allen ihm erkennbaren

Umständen das Erklärte als vernünftiger Mensch verstehen durfte und musste (BGE 128 III 419 E. 2.2). Da der wirkliche Wille der Parteien i.c. nicht zu ermitteln ist, muss auf den normativen Konsens abgestellt werden (BK-KRAMER, Art. 1 N 102).

59 Beim ersten Lieferangebot (KB-2) war nie die Rede davon, wohin die Produkte geliefert werden sollen. Die Klägerin 1 zeigte kein Interesse an einer Lieferung in den indischen Subkontinenten (KB-2). Darauf folgten verschiedene Lieferungen, wiederum ohne ein Vertragsgebiet zu nennen. Es wurde nie erwähnt, dass die Beklagte ausschliesslich in den indischen Subkontinenten liefern dürfe. Erst bei Formalisierung des Geschäftsverhältnisses (KB-10) wurde ein Vertragsgebiet aufgeführt. Dass dieses jedoch als ausschliesslich zu verstehen ist, war für die Beklagte aufgrund dieser Vorgeschichte und des Wortlautes der Gebietsklausel nicht ersichtlich.

60 Sodann geht aus dem Konkurrenzverbot in Art. 3 Abs. 2 des Distributionsvertrags (KB-10) nicht klar hervor, welche Kunden gemeint sind. Da der Vertrag zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten geschlossen wurde, muss sich das Konkurrenzverbot auf das Anwerben von Kunden der Klägerin 1 beziehen. Am Anfang des Vertrages (Präambel, KB-10) steht wörtlich: „Die Lieferantin (Klägerin 1) vertreibt weltweit mit Ausnahme der Vereinigten Staaten von Amerika Produkte der Power-Linie“. Da die Klägerin 1 für das Gebiet der USA nicht zuständig war, konnte die Beklagte daraus schliessen, dass sie keine Kunden in den USA hat. Die Beklagte durfte und musste Art. 3 des Distributionsvertrages so verstehen, dass das Vertragsgebiet nicht ausschliesslich war und das Konkurrenzverbot lediglich Kunden der Klägerin 1 betraf. Wie von den Klägerinnen ausgeführt (KS-Rz. 69) dient das Konkurrenzverbot dazu, die Konkurrenzierung des Geschützten durch den Belasteten zu verhindern. Die Klägerin 2 wurde im Distributionsvertrag aber nie erwähnt, geschweige denn geschützt, weshalb nur die Klägerin 1 als Geschützte in Betracht kommt. Weiter kann das Onlinestellen der Power-Produkte auf der Website der Beklagten nicht als aktives Anwerben gesehen werden. Unter aktivem Anwerben ist ein aktives Verkaufsverhalten zu verstehen. Gemäss der herrschenden Lehre stellt die Publikation von Waren im Internet nur ein passives Verkaufsverhalten dar (SHK-REINERT, Art. 5 N 34; ZÄCH, N 472). Weiter erachtete es die Beklagte als problemlos, die Klägerin 1 nicht über die Anfrage von John Smith (BB-1) zu informieren, da die USA ausdrücklich von der Zuständigkeit der Klägerin 1 ausgenommen wurden (Präambel, KB-10).

61 *Die Beklagte hat weder die Gebietsklausel noch das Konkurrenzverbot verletzt. Folglich bestehen keine Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR.*

### 5.3 Vorliegen eines widersprüchlichen Verhaltens nach Art. 2 Abs. 2 ZGB

- 62 Als neues Argument gegen den geltend gemachten Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR führt die Beklagte ein widersprüchliches Verhalten seitens der Klägerin 1 an, indem letztere trotz Kenntnis der Verkäufe an Jim's Gym weiter an die Beklagte lieferte.
- 63 Eine Fallgruppe des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB ist die Ablehnung eines *venire contra factum proprium*, eines widersprüchlichen Verhaltens. Hierbei liegt ein „zwiespältiges Verhalten vor, das als treuwidrig erscheint“ (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 43). Nach der Rechtsprechung liegt rechtsmissbräuchliches Verhalten dann vor, wenn ein früheres Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet und der Vertrauende deswegen Dispositionen getroffen hat (BGE 121 III 350 E. 5b). Ein solches widersprüchliches Verhalten kann insbesondere in der Unvereinbarkeit zweier Verhaltensweisen liegen (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 44). I.c. hatte die Klägerin 1 am 20. Juli 2009 Kenntnis über die Verkäufe an Jim's Gym, lieferte aber trotzdem weiterhin an die Beklagte (Rz. 31). Dies begründete bei der Beklagten ein schutzwürdiges Vertrauen, dass alles in Ordnung sei. Bestärkt wurde die Beklagte in ihrem Vertrauen durch das Lob der Klägerin 1 (BB-2). Sie sprach dieses aus, obwohl sie seit drei Tagen von den Warenlieferungen in den USA durch die Beklagte wusste (Beschluss Nr. 2 E. 4). Zudem hat die Beklagte eine Disposition getätigt, indem sie die Vorauszahlung für die Bestellung vom 28. November 2009 in der Höhe von CHF 500'000 geleistet hat. Indem die Klägerin 1, obwohl ihr zu diesem Zeitpunkt bekannt war, dass die Beklagte in den USA vertrieb, noch zwei ganze Monate in vollem Umfang weiterlieferte und sich dann auf eine Verletzung des Konkurrenzverbotes beruft, handelt sie in widersprüchlicher und rechtsmissbräuchlicher Weise. Rechtsfolge von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist, dass dem angerufenen Recht keine Geltung zukommt (ZK ZGB-BAUMANN, Art. 2 N 244).
- 64 *Der Anspruch auf Schadenersatz der Klägerinnen ist aufgrund ihres widersprüchlichen Verhaltens abzuweisen.*

### **6 Kein Anspruch der Klägerin 1 aus positiver Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vor dem 30. März 2009**

- 65 Die einzelnen Kaufverträge vor Abschluss des Distributionsvertrags sind gültig zustande gekommen und erfüllt worden. Streitigkeiten aus Verträgen vor dem 30. März 2009 werden vom objektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel nicht erfasst (Rz. 22 ff.). Sodann erlitt die Klägerin 1 keinen Schaden (Rz. 8). Weiter enthielten die Kaufverträge zwischen der

Klägerin 1 und der Beklagten vor dem 30. März 2009, entgegen den Ausführungen der Klägerinnen (KS-Rz. 80), keine Gebietsklauseln (Rz. 51 f.).

66 *Die Klägerin 1 hat keinen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vor dem 30. März 2009.*

## **7 Kein Anspruch der Klägerinnen aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 423 Abs. 1 OR**

67 Sollte das Gericht die Teilnahme der Klägerin 2 bejahen (Rz. 3 ff.) und den objektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel auf die ausservertraglichen Ansprüche ausdehnen (Rz. 28), bestreitet die Beklagte nachfolgend einen Anspruch aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag. Entgegen den Ausführungen der Klägerseite (KS-Rz. 84 ff.) könnte nur die Klägerin 2 einen solchen geltend machen. Denn die Rechtssphäre der Klägerin 1 wurde durch die Geschäftstätigkeit der Beklagten nicht berührt. Der Vertrieb in den USA gehört eindeutig nicht zur Rechtssphäre der Klägerin 1, da laut Distributionsvertrag die USA explizit vom Vertriebsgebiet der Klägerin 1 ausgenommen sind (Präambel, KB-10). Näher einzugehen ist hier lediglich auf den geltend gemachten Anspruch der Klägerin 2 (KS-Rz. 96 f.).

### **7.1 Kein fremdes Geschäft**

68 Zu prüfen ist als erstes, ob überhaupt ein fremdes Geschäft der Klägerin 2 vorliegt. Es ist umstritten, ob der Widerrechtlichkeits- oder der Zuweisungstheorie zu folgen ist. Der grössere Teil der Lehre befürwortet die Zuweisungstheorie (CHK-HUGUENIN/JENNY, OR 423 N 6; HOFSTETTER, S. 269; JENNY, N 352 ff.; BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 5 f.). Der von den Klägerinnen angeführte Entscheid (BGE 126 III 69) handelt von der Untervermietung und ist daher im Falle einer Konkurrenzklausele nicht einschlägig. Nach der Zuweisungstheorie wird darauf abgestellt, ob die Tätigkeit dem Geschäftsherrn zur ausschliesslichen wirtschaftlichen Nutzung zugewiesen ist (CHK-HUGUENIN/JENNY, OR 423 N 5). Während bei der Verletzung absoluter Rechte Art. 423 OR Anwendung findet, begründen relative Rechte grundsätzlich keinen Zuweisungsgehalt (CHK-HUGUENIN/JENNY, OR 423 N 7; JENNY, N 405). Ebenso verleihen negative Rechte keinen Zuweisungsgehalt (HOFSTETTER, S. 269 Fussnote 5). I.c. geht es um einen Rahmenvertrag, also um relative Rechte. Darin soll der Beklagten angeblich verboten worden sein, in den USA zu vertreiben, was ein negatives Recht darstellt. Daher ist der Zuweisungsgehalt und somit das fremde Geschäft zu verneinen.

## 7.2 Fehlende Bösgläubigkeit

69 Um einen Anspruch aus Art. 423 Abs. 1 OR geltend zu machen, ist Bösgläubigkeit eine zwingende Voraussetzung (BK-GAUTSCHI, Art. 423 N 2a, 4a; ZK OR-SCHMID, Art. 423 N 36; HUGUENIN, OR BT, N 907). Vorliegend mangelt es an der Bösgläubigkeit, denn die Beklagte greift nicht in einen fremden Rechtskreis ein, mit der Absicht sich Vorteile zu verschaffen (HUGUENIN, OR BT, N 893). Sie weiss nicht und kann nicht wissen, dass es sich i.c. um ein fremdes Geschäft handelt und ist der Überzeugung, sie handle in eigener Angelegenheit (HUGUENIN, OR BT, N 894). Aus BB-1 geht nicht hervor, wie weit sich John Smith über die Produkte erkundigt hat. Auch wenn er sich nicht erkundigt, kann entgegen den Ausführungen der Klägerinnen (KS-Rz. 92) nicht daraus geschlossen werden, dass er ein bestehender Kunde der Klägerin 2 war. Einerseits bestand nicht zwingend ein Informationsbedarf, andererseits gibt es genügend andere Informationsquellen. Der Behauptung der Klägerinnen widersprechend (KS-Rz. 96), war für die Beklagte nicht ersichtlich, dass die USA ausschliessliches Vertriebsgebiet der Klägerin 2 war (Rz. 60). Folglich konnte die Beklagte in guten Treuen davon ausgehen, in eigener Angelegenheit zu handeln. Im Gegensatz zur bösgläubigen Geschäftsführung handelt die gutgläubige Geschäftsführerin in einem entschuldbaren Irrtum (HUGUENIN, OR BT, N 906). Da die Beklagte während mehr als zwei Jahren ausser der ersten E-Mail nie mehr mit der Klägerin 2 in Kontakt war und sie auch keine Informationen dazu hatte, dass diese in den USA vertreibt, konnte sie den Irrtum nicht erkennen. Sie war der Auffassung, dass die Klägerin 2 nur für die Produktion zuständig war.

## 7.3 Zur Gewinnherausgabe

70 Die Klägerinnen haben es sodann unterlassen, auszuführen, worin der „Verletzergewinn“, dessen Herausgabe sie fordern, besteht (KS-Rz. 97). Das Vorliegen eines Gewinns muss stets vom Geschäftsherrn nachgewiesen werden (CHK-HUGUENIN/JENNY, OR 423 N 12).

71 *Da keine bösgläubige unechte Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt, trifft die Beklagte keine Herausgabepflicht.*

## **8 Kein Anspruch der Klägerin 2 aus culpa in contrahendo**

72 Die Klägerin 2 hat keine Vertragsverhandlungen mit der Beklagten geführt. Da das Vorliegen eines Vertrages zugunsten Dritter (Rz. 3 ff.) und die Möglichkeit eines Durchgriffs (Rz. 6 ff.) zu verneinen sind, kann die Klägerin 2, entgegen den Ausführungen der Klägerseite (KS-Rz. 94), keine Ansprüche geltend machen, die allein der Klägerin 1 zustehen.



- 73 Erste Voraussetzung für die Haftung aus culpa in contrahendo sind Vertragsverhandlungen zwischen der Schädigerin und der Geschädigten. Dabei ist die culpa-Haftung auf die an den Vertragsverhandlungen beteiligten Parteien zu beschränken, da eine Haftung gegenüber Dritten diese übermässig ausdehnen würde (HUGUENIN, OR AT, N 960; GONZENBACH, S. 179). Als die Klägerin 2 von der Beklagten betreffend eine Zusammenarbeit kontaktiert wurde, hat sie die E-Mail direkt an die Klägerin 1 weitergeleitet. Danach hatten die Beklagte und die Klägerin 2 keinen Kontakt mehr. Weder bei der Vereinbarung der Einzelkaufverträge noch bei der Konstituierung des Rahmenvertrages war sie als Partei beteiligt. Sämtliche Vertragsverhandlungen wurden durch die Klägerin 1 geführt.
- 74 *Da zwischen der Klägerin 2 und der Beklagten keine Vertragsverhandlungen stattgefunden haben, kann die Klägerin 2 keinen Anspruch aus culpa in contrahendo geltend machen.*

## **9 Kein Anspruch der Klägerin 2 aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR**

- 75 Sollte das Gericht eine Teilnahme der Klägerin 2 bejahen (Rz. 3 ff.) und der objektive Geltungsbereich der Schiedsklausel auch die ungerechtfertigte Bereicherung umfassen (Rz. 28), wird diese nachfolgend widerlegt.
- 76 Die Bereicherung muss nach Art. 62 Abs. 1 OR ungerechtfertigt erfolgt sein. Bei der Eingriffskondiktion wird dabei auf die Zuweisungstheorie abgestellt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1566; vgl. KS-RZ. 100). Danach ist zu prüfen, ob die Nutzung eines Rechts dem Inhaber ausschliesslich zugewiesen war (BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 19; SCHWENZER, N 57.02 ff.). Da im vorliegenden Fall keine ungerechtfertigte Leistung erfolgte, kommt allenfalls eine Eingriffskondiktion in Betracht (HUGUENIN, OR AT, N 1045). Im Gegensatz zu absoluten Rechten z.B. Immaterialgüterrechten, welche hier nicht zu behandeln sind (KS-RZ. 101), weisen relative Rechte wie Vertragsrechte keinen Zuweisungsgehalt auf (ELLGER, S. 862 ff; SCHWENZER, N 57.08). Da die Klägerin 2 im Vertrag (KB-10) nicht erwähnt ist, konnte ihr auch kein Vertriebsgebiet zugewiesen werden.
- 77 *Die Klägerin 2 hat keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR.*

## **10 Schuldanerkennung der Klägerinnen nach Art. 17 OR**

- 78 In der Verrechnungserklärung der Klägerinnen ist eine Schuldanerkennung nach Art. 17 OR enthalten (Einleitungsanzeige Pkt. 18). Bei einer solchen anerkennt der Schuldner gegenüber

dem Gläubiger, dass eine bestimmte Schuld besteht (BGer 4C.30/2006 E. 3.2). I.c. anerkennen die Klägerinnen die Forderung über CHF 500'000 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 28. November 2009 gegenüber der Beklagten. Die Schuldanerkennung begründet selbst eine Schuld und reicht als eigenständiger Klagegrund aus (ZK OR-JÄGGI Art. 17 N 13; BSK OR-I SCHWENZER, Art. 17 N 80; CHK-KUT/SCHNYDER, OR 17 N 7).

79 *Aufgrund der Schuldanerkennung der Klägerinnen nach Art. 17 OR sind der Beklagten CHF 500'000 zuzüglich 5% Zins seit dem 28. November 2009 zu bezahlen.*

### **11 Keine Verrechnung durch die Klägerinnen nach Art. 120 Abs. 1 OR**

80 Die Klägerinnen machen eine Verrechnung ihrer bestrittenen Ansprüche mit dem Anspruch der Beklagten über CHF 500'000 gemäss Art. 120 Abs. 1 OR geltend (KS-Rz. 102 ff.).

81 Als erstes bestreitet die Beklagte, dass der Klägerseite ein Schadenersatzanspruch zusteht. Sollte der Klägerseite vom Schiedsgericht dennoch ein Anspruch auf Schadenersatz zugesprochen werden, könnte die Klägerin 1 die Einrede der Verrechnung nicht erheben, da sie keine Vermögenseinbusse erlitten hat (Rz. 8). Die Klägerin 2 kann die Verrechnung nicht geltend machen, weil sie nicht zur Teilnahme am Schiedsverfahren berechtigt ist (Rz. 3 ff.).

82 Für den Fall, dass die Klägerin 2 doch zum Schiedsverfahren zugelassen wird, ist festzuhalten, dass die Konzernunternehmen selbständige juristische Personen sind (KS-Rz. 108). Deshalb ist die für die Verrechnung zwingend vorausgesetzte Gegenseitigkeit von Schuldner und Gläubiger der zu verrechnenden Forderungen nicht gegeben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 3210). Denn die Klägerseite stützt den fälschlicherweise angewandten umgekehrten Durchgriff auf die Ausführungen zum direkten Durchgriff ab (KS-Rz. 111). Beim umgekehrten Durchgriff soll eine Verpflichtung des Hauptaktionärs auf die von ihm beherrschte Gesellschaft erstreckt werden (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 87). Inwiefern dies der Klägerin 1 oder der Klägerin 2 zur Möglichkeit der Verrechnung verhelfen soll, ist unverständlich und wird von den Klägerinnen auch nicht weiter erläutert.

83 *Eine Verrechnung der (allenfalls bestehenden) Forderungen der Klägerinnen gegenüber der Beklagten über CHF 500'000 ist nicht möglich.*